



مركز  
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

للغفلة



الرأيا  
عليكم يا صابغين

www.

www.

www.

www.

Ghaemiyeh

.com

.org

.net

.ir

# كتاب المناهل

تراث

آية الله العظمى والسيّد محمد الطباطبائي

الترجمة لعام (١٣٤٢) هجرية

مكتبة آية الله العظمى والسيّد محمد الطباطبائي

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

# مناهل الصلوه

كاتب:

سيد على بن محمد طباطبائي ( صاحب رياض المسائل )

نشرت في الطباعة:

مؤسسه آل البيت ( عليه السلام ) لاحياء التراث

رقمى الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

## الفهرس

٥	الفهرس
١٥٥	مناهل الصلوه
١٥٥	اشاره
١٥٦	كتاب القرض و الدين
١٥٦	اشاره
١٥٦	[القول فى القرض]
١٥٦	منهل لا اشكال و لا شبهه فى مشروعته القرض و جوازه
١٥٦	اشاره
١٥٦	و ينبغى التنبيه على امور
١٥٦	الاول صرح فى المراسم و د و التبصره و القواعد و التنقيح و الرياض بان القرض افضل من الصدقه
١٥٧	الثانى لا يتحقق اصل الثواب فى القرض فضلا عن افضليته آلا بعد المقرض بفعله وجه الله تعالى
١٥٧	الثالث صرح فى التحرير بان القرض مستحب بالتسبه الى المقرض و جائز بالتسبه الى المقرض
١٥٧	الرابع صرح فى س بانه يستحب للمقرض اعلام المقرض ببساره و اعساره
١٥٧	منهل لا اشكال فى ان القرض من جمله العقود لا من جمله الايقاعات
١٥٧	اشاره
١٥٨	و ينبغى التنبيه على امور
١٥٨	الاول لا يشترط فى الايجاب و القبول لفظ خاص
١٥٨	الثانى هل يكفى فى حصول الملك و الانتقال بالقرض الايجاب و القبول الفعليان [فيه أقوال]
١٥٨	اشاره
١٥٩	احدها انه يشترط اللفظ فيهما معا
١٥٩	ثانيها انه لا يشترط ذلك بل يكفى فيهما الفعل
١٥٩	ثالثها ما يستفاد من عد من توقف الايجاب على اللفظ دون القبول
١٥٩	الثالث ان قلنا بتوقف انتقال الملك بالقرض على الإيجاب و القبول اللفظيين فهل يحصل بدونهما
١٦٠	الرابع صرح فى س و لك و الرياض بان القرض من العقود الجائزه
١٦٠	الخامس اذا قال الموجب ملكتك و أطلق و لم يوجد قرينه داله على القرض
١٦٠	منهل يحرم اشتراط النفع فى القرض

- ١٦٠ ..... اشارة
- ١٦١ ..... ينبغى التنبيه على امور -
- ١٦١ ..... الاوّل اذا شرط النفع فى العقد فسد
- ١٦١ ..... الثانى لا فرق فيما ذكر بين ان يكون العين المستقرضه ربويه او غيرها
- ١٦١ ..... الثالث الزيادة الحكميه و الوصفيه كالزيادة العينيه
- ١٦٢ ..... الرابع يتفرع على ما ذكرناه عدم
- ١٦٢ ..... الخامس اذا تبرع المقرض بزيادة عين او صفه
- ١٦٣ ..... السادس لو فسد القرض باعتبار شرط الزيادة فيه
- ١٦٣ ..... السابع لو اقترض شيئا و ارتهن عليه
- ١٦٤ ..... الثامن لو شرط رهنا بالقرض
- ١٦٤ ..... التاسع صرح فى القواعد بانّه لو اقترض بشرط ان يقترض منه
- ١٦٤ ..... العاشر صرح فى التهايه و السرائر بانّه ان اقترض شيئا على ان يعامله المستقرض فى التجارات
- ١٦٤ ..... الحادى عشر لو اقترض عددا فرد عليه وزنا من غير شرط
- ١٦٤ ..... منهل صرحوا بانّه يجوز اقراض و اقتراض اشياء منها الذهب و الفضة
- ١٦٥ ..... اشارة
- ١٦٦ ..... و ينبغى التنبيه على امور
- ١٦٦ ..... الاوّل صرح بجواز اقراض المكيل فى ف و الغنيه و عد و كره و س و لك
- ١٦٦ ..... الثانى صرح فى الكتب المذكوره بجواز اقراض الموزون أيضا
- ١٦٦ ..... الثالث صرح فى التحرير و س و غيرهما بجواز اقراض المعدود
- ١٦٦ ..... الرابع صرح بعض الاصحاب بجواز اقراض المزروع
- ١٦٧ ..... الخامس ادعى فى كره و س الاجماع على أنّه يجوز اقراض المثلى
- ١٦٧ ..... السادس صرح فى ف و الغنيه و يع و التبصره و عد و د و الكفايه و الرياض بانّه يجوز اقراض كل ما يضبط وصفه و قدره
- ١٦٧ ..... السابع صرح فى كره و عد بانّه يجب فى المال ان يكون معلوم القدر
- ١٦٧ ..... الثامن صرح فى لك بانّ الضابط فى المثل ما يعتبر فى المسلم من الكيل و الوزن
- ١٦٧ ..... التاسع قال فى التحرير لو كانت الدراهم مما يتعامل بها عددا اشترط تعيين العدد
- ١٦٧ ..... العاشر قال فى س أنّما يصح القرض مع ملك المقرض او اجازة المالك
- ١٦٨ ..... منهل المال الذى يقترض ان كان مثليا يثبت فى ذمه المقرض مثله لا قيمته

- ١٦٨ ..... و ينبغي التنبه على امور
- ١٦٨ ..... الأول فسر المثلى فى يع و ضه و الكفايه و ض بكلما يتساوى اجزائه
- ١٦٨ ..... الثانى صرح فى التحرير بان لكل مثلى يجب ردّ مثله
- ١٦٨ ..... الثالث لو تعذر المثل فى المثلى رد القيمة
- ١٦٩ ..... الزايع هل المراد بوجوب ردّ المثل فى المثلى المماثله من جميع الجهات
- ١٦٩ ..... الخامس هل يجوز دفع القيمة مع التمكن من المثل او لا
- ١٦٩ ..... السادس اذا تعدّر المثل و طالب المقرض بالدين
- ١٦٩ ..... السابع اذا ردّ المقرض العين فى المثلى
- ١٧٠ ..... الثامن صرح فى عد و س بانه لو اقترض نصف دينار فدفع دينارا صحيحا
- ١٧٠ ..... منهل اذا كان المال الذى يقترض قيميا فهل يجب رد قيمته او ردّ مثله او يتخير بين الامرين
- ١٧٠ ..... اشاره
- ١٧١ ..... ينبغي التنبه على امور
- ١٧١ ..... الاول صرح فى لك بان القيمي هو ما يختلف اجزائه فى القيمة و المنفعه
- ١٧١ ..... الثانى صرح فى يع و لك بانه يتفرع على القول بضمان القيمي بالقيمة
- ١٧١ ..... الثالث اذا ردّ المقرض العين بعينها فى القيمي
- ١٧٢ ..... الزايع اذا اختلف المقرض و المستقرض فى القيمة
- ١٧٢ ..... منهل لو اجل الدين الحال لم يتأجل و كان له المطالبه فى الحال
- ١٧٢ ..... اشاره
- ١٧٢ ..... و ينبغي التنبه على امور
- ١٧٢ ..... الاول المراد بتاجيل الحال ان يعتر صاحب الدين بعبارة تدلّ عليه
- ١٧٣ ..... الثانى لا فرق فيما ذكر بين جميع افراد الدين
- ١٧٣ ..... الثالث اذا شرط التاجيل فى ضمن عقد لازم
- ١٧٣ ..... الزايع صرح فى التنقيح بانّ التاجيل يلزم بامور
- ١٧٣ ..... الخامس لو اخر الاجل زياده فى الدين لم يتأجل
- ١٧٣ ..... السادس اذا اجل الدين الحال فهو و ان لم يتأجل
- ١٧٤ ..... منهل يصح تعجيل الدين المؤجل باسقاط بعضه مع تراضيهما بذلك

١٧٤ ..... و ينبغي التنبيه على امور

١٧٤ ..... الاوّل اذا لم يرض احدهما بذلك لم يصح ذلك

١٧٤ ..... الثّاني هل يكفى فى الاسقاط مجرد الرضا به

١٧٤ ..... الثالث لو اسقط المديون اجل الدين الذى عليه لم يسقط

١٧٥ ..... منهل لو اسقط السلطان الدرّاهم المقترضه

١٧٥ ..... اشاره

١٧٦ ..... و ينبغي التنبيه على امور

١٧٦ ..... الاوّل يلحق بالفرض هنا جميع اقسام الدّيون

١٧٦ ..... الثّاني يلحق بالدرّاهم الدنانير

١٧٦ ..... الثالث اذا تعدّرت الدرّاهم المقترضه فيلزم قيمتها

١٧٦ ..... الرابع صرح فى كره بانّه لو جعل السلطان قيمه الدرّاهم أقلّ كان الحكم فيه

١٧٧ ..... الخامس صرح فى كره و القواعد و جامع المقاصد بانّه لو تبايعا النقد فى البلد تلك الدرّاهم

١٧٧ ..... السادس لو كان راس مال المضاربه دراهم او دنانير معيّنه

١٧٧ ..... منهل اذا باع الذى ما لا يصح للمسلم تملكه شرعا كالخمر و الخنزير جاز دفع الثّمن الى المسلم

١٧٧ ..... اشاره

١٧٨ ..... و ينبغي التنبيه على امور

١٧٨ ..... الاوّل هل يلحق بالبيع غيره من نحو الضلع و الاجاره

١٧٨ ..... الثّاني هل يشترط فى بيع الدّمى ان يكون صحيحا فى دينه او لا

١٧٨ ..... الثالث لو كان البائع مسلما لم يحل اخذ ثمن ما ذكر منه

١٧٩ ..... الرابع هل يلحق بالدّمى فى ذلك الكافر الحربى و غير الدّمى

١٧٩ ..... الخامس هل يشترط فى الحكم المذكور كون الدّمى مستترا فى بيع ذلك

١٧٩ ..... السادس هل يشترط فى المشتري للخمر و الخنزير من الدّمى ان يكون ذمّيا مثله

١٨٠ ..... السابع هل يلحق بالدّين الجزيه و الهبه و الشّراء و المضاربه و نحو ذلك

١٨٠ ..... الثّامن لو اسلم الدّمى قبل بيع الخمر و الخنزير

١٨٠ ..... التاسع لو اقترض ذمّيا خمرا ثمّ اسلما او احدهما

١٨٠ ..... منهل اختلف الأصحاب فى جواز رجوع المقرض فى العين المستقرضه بعد قبضها من غير رضا المقرض على قولين



- ١٨١
- ١٨٢ ----- منهل يجوز للمقرض مطالبه المقرض بعد قضاء وطره مما اقترضه قطعاً
- ١٨٢ ----- منهل اذا شرط اجلا فى عقد القرض
- ١٨٣ ----- منهل لا اشكال و لا خلاف بين الاصحاب فى انه يجوز بيع الدين الحال بغير جنسه نقداً
- ١٨٣ ----- منهل يجب على من كان عليه دين و غاب صاحبه الذى يعرفه غيبه منقطعه
- ١٨٣ ----- اشاره
- ١٨٤ ----- و ينبغي التنبه على امور
- ١٨٤ ----- الاول يجب على المديون ان يكون ناويا و عازما على القضاء مط
- ١٨٥ ----- الثانى يجب على المديون الذى غاب ديانته غيبه منقطعه ان يوصى بانه مديون له
- ١٨٥ ----- الثالث يجب على المديون المقرض عزل الدين عند الوفاء
- ١٨٦ ----- منهل اذا علم المديون بموت الديان او ثبت ذلك شرعا
- ١٨٦ ----- اشاره
- ١٨٧ ----- و ينبغي التنبه على امور
- ١٨٨ ----- الاول صرح فى س و الروضه بالتخيير بين امور ثلاثه
- ١٨٨ ----- الاول التصدق به عنه
- ١٨٨ ----- الثانى ابقاؤه فى يده امانه
- ١٨٨ ----- الثالث دفعه الى الحاكم
- ١٨٨ ----- الثانى هل يجب الاجتهاد فى طلب الوارث او لا
- ١٨٨ ----- الثالث يظهر من الارشاد و القواعد و لف و س و اللمعه و المحكى عن الشيخ بان التصدق لا يجوز الا مع اليأس عن الوارث المالك
- ١٨٩ ----- الرابع اذا ظهر المالك فان رضى بالتصدق به عنه فلا اشكال
- ١٨٩ ----- الخامس صرح فى لك و جامع المقاصد بان مصرف هذه الصدقه مصرفه المندوبه
- ١٨٩ ----- السادس صرح فى لك بانه لو دفعها الى الحاكم فلا ضمان
- ١٨٩ ----- السابع اذا شك فى وجود الوارث فالاحوط الحاقه بصوره ما لو علم بوجود الوارث
- ١٨٩ ----- منهل الديان اذا طالب المديون الموسر و القادر على الوفاء بدينه الحال
- ١٨٩ ----- اشاره
- ١٨٩ ----- الاول العصيان و الاثم
- ١٩٠ ----- الثانى بطلان صلاه المماطل فى سعه الوقت بعد حصول المطالبه من الديان

- ١٩١
- ١٩١ ----- الزّابع عدم قبول شهاده المماطل اذا اصر على المماطله
- ١٩١ ----- منهل اذا كان المديون معسرا غير قادر على وفاء الدّين لعدم تملكه شيئا يصلح للوفاء و عجزه عن الاكتساب
- ١٩١ ----- اشاره
- ١٩٦ ----- و ينبغي التّنبيه على امرين
- ١٩٦ ----- الأوّل أطلق في التّهايه و السّرائر و عد أنّه يجب على المديون السّعى في قضاء الدّين
- ١٩٦ ----- الثّاني صرح في التّهايه و السّرائر و عد و كره و التّحرير و س بآته يجب على المديون ان يترك الاسراف
- ١٩٦ ----- منهل اذا طالب الدّيان من المطلوب دينه و حقّه فادعى المديون أنّه معسر و عاجز من الوفاء
- ١٩٦ ----- اشاره
- ١٩٧ ----- و ينبغي التّنبيه على امور
- ١٩٧ ----- الأوّل هل يجوز في الصّوره الأوّلى حبس المديون حتى يثبت اعساره او لا
- ١٩٨ ----- الثّاني هل يقبل قول مدعى الاعسار في الصّوره الثّانيه من غير يمين مط
- ١٩٨ ----- التّالّث فانه صرح بانّ عدم الاحلاف اظهر لظ الايه الشّريفه و غيره
- ١٩٨ ----- الزّابع فشر الاعسار في الرّوضه و الرّياض كما عن كثر العرفان بعجزه عن اداء الحقّ
- ١٩٨ ----- منهل اختلف الاصحاب في صحه قسمه الدين المشترك بين شريكين فصاعدا على قولين
- ١٩٨ ----- اشاره
- ١٩٩ ----- ينبغي التّنبيه على امور
- ١٩٩ ----- الأوّل يتفرع على المختار أنّه اذا كان للثنتين فصاعدا مال في ذمم غيرهم
- ٢٠٠ ----- الثّاني صرح في التّنقيح مفرعا على المختار بآته اذا دفع المديون الى احدهما شيئا
- ٢٠٠ ----- التّالّث اذا اريد اختصاص كلّ واحد بواحد من تلك الديون
- ٢٠١ ----- منهل لو كان لأحد في ذمّه اخر دين فباعه باقل منه عينا او قيمه
- ٢٠١ ----- اشاره
- ٢٠٢ ----- ينبغي التّنبيه على امور
- ٢٠٢ ----- الأوّل اذا كان العوضان ربويين
- ٢٠٣ ----- الثّاني اذا كان العوضان من النّقدين الدّهّب و الفصّه
- ٢٠٣ ----- التّالّث لو اشترى الدّين باكثر منه
- ٢٠٣ ----- الرّابع صرح في س بآته لو بيع الدّين

- ٢٠٣ .....  
٢٠٣ ..... منهل اذا طالب صاحب الدّين المديون بدينه ففّر المديون خوفا منه  
٢٠٣ ..... اشاره  
٢٠٤ ..... ينبغي التنبيه على امور  
٢٠٤ ..... الاوّل لا فرق في حرمه المطالبه  
٢٠٤ ..... الثاني هل يضيق ح على المديون في المطعم و المشرب الى ان يخرج او لا  
٢٠٤ ..... الثالث هل يحرم على صاحب الدين السلام على المديون  
٢٠٥ ..... الرابع لو استدان في الحرم فهل يجوز مطالبتة فيه  
٢٠٦ ..... منهل اذا كان المديون لا مال له و قتله غيره عمدا  
٢٠٧ ..... منهل اذا اقترض مالا في بلد و شرط على المديون الاقباض و الوفاء في بلده اخرى صح  
٢٠٧ ..... اشاره  
٢٠٨ ..... ينبغي التّنبيه على امور  
٢٠٨ ..... الاوّل لا فرق في ذلك بين ان يكون في حمله الى ذلك البلد مؤنه او لا  
٢٠٨ ..... الثاني هل يختص ذلك بما اذا كان مال المقترض مثليا او لا  
٢٠٩ ..... الثالث صرح في التذكرة و القواعد و الدّروس بان اطلاق عقد القرض ينصرف الى الرد  
٢٠٩ ..... الرابع لو طلب المقرض بمال القرض في غير بلده مع الاطلاق  
٢٠٩ ..... الخامس صرح في القواعد بانه لو دفع في غير بلد الاطلاق  
٢٠٩ ..... السادس اذا طالب المقرض في غير البلد الذي شرط الاداء فيه  
٢١٠ ..... السابع اذا دفع المقرض في غير البلد الذي شرط الاداء فيه  
٢١٠ ..... منهل يكره الاستدان مع الغناء عنها و عدم الحاجة و الاضرار اليها  
٢١٠ ..... اشاره  
٢١٠ ..... ينبغي التنبيه على امور  
٢١٠ ..... الاوّل قد وصف في كره و غيرها الكراهه هنا بالشّدّه  
٢١١ ..... الثاني هل تختص الكراهه بالقرض او نعم كل دين يشتغل الذّمه به  
٢١١ ..... الثالث هل يكره الاستدانه مطلقا و لو لفعل طاعه  
٢١١ ..... الرابع اذا استدان مع الكراهه فهل يثبت ح استحباب اقراضه  
٢١١ ..... الخامس اذا اضطر الى الاستدانه و حصلت ضروره داعيه اليها

- ٢١٢ -----
- ٢١٢ ----- السابع صرح في التذكرة بانه لو احتاج الى الدين
- ٢١٣ ----- الثامن صرح في التذكرة بارتفاع كراهه الاستدانه اذا كان له وفاء
- ٢١٣ ----- التاسع هل تجوز الاستدانه مط
- ٢١٤ ----- منهل يكره لصاحب الدين النزول على المديون
- ٢١٤ ----- اشاره
- ٢١٥ ----- ينبغي التنبيه على امور
- ٢١٥ ----- الاول اذا نزل عليه فلا اشكال في جواز اقامه ثلاثه ايام عنده و ما دونها
- ٢١٥ ----- الثاني لا فرق في جميع ما ذكر بين ان يكون الدين قرضا او ثمن مبيع
- ٢١٥ ----- الثالث لا فرق في ذلك بين ان يكون مشتاقا و مسرورا
- ٢١٥ ----- الرابع لا فرق في ذلك بين صورتى حلول اجل الدين عند النزول
- ٢١٦ ----- الخامس لا فرق في ذلك بين كون النزول و الاقامه لأجل المطالبه بالدين
- ٢١٦ ----- السادس هل يختص الحكمان المذكوران بما اذا كان الدين كثيرا يعتنى به
- ٢١٦ ----- السابع هل يختص الحكمان المذكوران بما اذا كان صاحب الدين مسافرا او لا
- ٢١٦ ----- الثامن لا يكره نزول المديون على صاحب الدين
- ٢١٦ ----- منهل اذا اهدى المديون الى صاحب الدين هديه لم تجر عاداته بها كره قبولها
- ٢١٦ ----- اشاره
- ٢١٦ ----- ينبغي التنبيه على امور
- ٢١٦ ----- الاول هل يلحق بالهديه المفروضه الهديه التي جرت عاده المديون بها قبل الدين او لا
- ٢١٧ ----- الثاني هل المراد بالاحتساب الابراء او الوفاء
- ٢١٧ ----- الثالث هل الاحتساب محله بعد قبول الهديه
- ٢١٧ ----- الرابع هل يتوقف الاحتساب على لفظ
- ٢١٧ ----- الخامس هل يتوقف الاحتساب على رضا المديون به
- ٢١٧ ----- السادس اذا احتسب فهل يجوز له الرجوع فيه او لا
- ٢١٧ ----- السابع هل يختص استحباب الاحتساب بما اذا كان المديون مؤمنا عادلا فقيرا او لا
- ٢١٧ ----- منهل يستحب للغريم الارقاق بالمديون في الاقتضاء و المسامحه في الحساب و عدم الاستقضاء
- ٢١٨ ----- منهل يستحب حسن القضاء

- ٢١٨
- ٢١٨ ..... منهل يجوز لصاحب الدين ان يطالب مديونه بدينه الحال و المؤجل عند حلول الاجل
- ٢١٨ ..... اشاره
- ٢٢٢ ..... ينبغي التنبيه على امور
- ٢٢٢ ..... الاول اذا كانت الدار دار غلته لا دار سكنه وجب بيعها في الدين
- ٢٢٣ ..... الثاني اذا كانت دار سكنه كبيره يكفيه بعضها
- ٢٢٤ ..... الثالث لو كانت دار السكنى و ساير المستثنيات نفيسه
- ٢٢٤ ..... الرابع صرح في س بانه لو باع دار سكنه جاز اخذ ثمنها
- ٢٢٤ ..... الخامس و لو كانت المستثنيات رهنا جاز بيعها
- ٢٢٤ ..... السادس لو كان له دور متعدده يسكن كلا منها
- ٢٢٤ ..... السابع صرح في لك
- ٢٢٥ ..... الثامن لو اشترى دارا او انتقلت اليه بنحو هبه
- ٢٢٥ ..... التاسع لا فرق في المملوك المستثنى بين العبد و الامه
- ٢٢٥ ..... العاشر هل يلحق بالفرس دابه الركوب
- ٢٢٥ ..... الحادى عشر هل يلحق بقوت نفسه في اليوم و الليله قوت عياله الواجبى النفقه فيهما
- ٢٢٥ ..... الثانى عشر هل يختص ثياب البدن بثياب التجمل او لا
- ٢٢٦ ..... منهل اول ما يبدأ به من التركه هو الكفن
- ٢٢٦ ..... اشاره
- ٢٢٦ ..... ينبغي التنبيه على امور
- ٢٢٦ ..... الاول الكفن من اصل المال و صلبه
- ٢٢٧ ..... الثانى لا فرق فيما ذكر بين ان يوصى بالكفن او لا
- ٢٢٧ ..... الثالث هل يقدم الكفن على حق المرتبهن
- ٢٢٨ ..... الرابع هل المراد بالكفن الذى يقدم على الدين
- ٢٢٨ ..... الخامس لو اوصى بالندب فهو من الثلث
- ٢٢٨ ..... السادس اذا لم يكن للميت مال بقدر الكفن دفن عريانا
- ٢٢٩ ..... السابع اذا كان للمسلمين بيت مال موجود
- ٢٢٩ ..... الثامن هل يجوز تكفين الميت من الزكاه

- ٢٣٠ ..... التاسع يقدم الكفن ثم الديون ثم الوصايا ثم الارث
- ٢٣٠ ..... العاشر صرح في جامع المقاصد بانه لو ضاقت التركة عن الكفن
- ٢٣٠ ..... الحادى عشر كما ان الكفن مقدم على الدين
- ٢٣٠ ..... الثانى عشر لو خلف كفنا فتبرع عليه بأخر
- ٢٣٠ ..... منهل متى الخ صاحب الدين على المديون و اراد حبسه
- ٢٣١ ..... منهل يجوز للزوجه المستحقه للنفقة من زوجها ان تستدين عليه النفقه التى تستحقها منه
- ٢٣١ ..... اشاره
- ٢٣٢ ..... ينبغى التنبيه على امور
- ٢٣٢ ..... الاول هل يلحق بصوره غيبه الزوج صوره حضوره
- ٢٣٢ ..... الثانى هل يجوز لها ان تستدين عليه من مال نفسها
- ٢٣٢ ..... الثالث هل يشترط فى استدانتها الاستيدان من الحاكم مع التمكن او لا
- ٢٣٢ ..... الرابع هل يشترط فيها عدم التمكن من بيع مال الزوج فى النفقه
- ٢٣٢ ..... الخامس لا يجوز لها ان تستدين عليه ازيد من النفقه الواجبه عليه
- ٢٣٢ ..... السادس هل يلزم تصديقها فى الاستدانه
- ٢٣٣ ..... السابع صرح فى الدروس بانه لا يقضى نفقه الاقارب مطلقا
- ٢٣٣ ..... منهل لا يجوز لمستحق الزكاه و الاحماس و الارزاق
- ٢٣٣ ..... منهل للمقرض مطالبه المقترض حالا بالجميع و ان اقرضه تفاريق
- ٢٣٣ ..... منهل لو اقترض من غيره دراهم و طلعت زيوف صحت القرض
- ٢٣٤ ..... منهل لو اوصى المقرض بمال القرض للمقترض او لغيره صح
- ٢٣٤ ..... منهل صاحب الدين اذا طالب المديون بدينه
- ٢٣٤ ..... اشاره
- ٢٣٤ ..... ينبغى التنبيه على امور
- ٢٣٤ ..... الاول صرح فى جامع المقاصد بانه انما يجب على صاحب الدين
- ٢٣٤ ..... الثانى ان قلنا ببراءة ذمه المديون بمجرد دفعه
- ٢٣٤ ..... الثالث هل انتفاء الضمان بمجرد دفع المديون
- ٢٣٧ ..... الرابع المراد بالدين فى جميع الصور
- ٢٣٧ ..... القول فى دين المملوك

- ٢٣٧ ..... منهل لا يجوز للمملوك ان يتصرف في نفسه في اجاره
- ٢٣٧ ..... منهل لو اذن المولى لعبده ان يشتري لنفسه لا للمولى
- ٢٣٨ ..... منهل اذا اذن السيد لعبده في الاستدانه
- ٢٤١ ..... منهل لا اشكال في انه يجوز للمولى ان يأذن لعبده في التجاره
- ٢٤١ ..... اشاره
- ٢٤٢ ..... ينبغي التنبيه على امور
- ٢٤٢ ..... اشاره
- ٢٤٢ ..... الاول القرائن الخارجيه
- ٢٤٢ ..... الثاني اذا اذن له في التجاره
- ٢٤٢ ..... الثالث هل للمأذون في التجاره ان يؤجر نفسه او لا
- ٢٤٣ ..... الرابع صرح في عد و كره بانه لا يجوز للمأذون في التجاره
- ٢٤٣ ..... الخامس صرح فيهما أيضا بانه لا يجوز ان ينفق على نفسه من مال التجاره
- ٢٤٣ ..... السادس صرح في عد و كره و جامع المقاصد بانه لا يجوز لغير المكاتب
- ٢٤٣ ..... السابع صرح في هذه الكتب الثلاثة
- ٢٤٣ ..... الثامن اذا اذن لعبده في التجاره لم يكن ذلك اذنا لعبد المأذون
- ٢٤٤ ..... التاسع ليس الاذن في التجاره اذنا في الاستدانه
- ٢٤٤ ..... منهل لو اذن السيد لعبده في الابتياح
- ٢٤٤ ..... منهل لو اذن السيد لعبده في التجاره دون الاستدانه
- ٢٤٤ ..... اشاره
- ٢٤٤ ..... ينبغي التنبيه على امور
- ٢٤٤ ..... الاول اذا استدان المأذون له في التجاره دون الاستدانه
- ٢٤٤ ..... الثاني اذا لم يكن المملوك مأذونا في التجاره و لا في الاستدانه
- ٢٤٤ ..... الثالث اذا اقترض بغير اذن مولاه مطلقا
- ٢٤٤ ..... الرابع اذا اقترض بغير الاذن فاخذه المولى
- ٢٤٧ ..... كتاب [المفلس]
- ٢٤٧ ..... مناهل احكام المفلس
- ٢٤٧ ..... اشاره

- ٢٤٨ ----- منهل يشترط ما في الحجر على المفلس امور
- ٢٤٨ ----- الاول ان يكون ديونه ثابتة عند الحاكم
- ٢٤٨ ----- الثاني ان يكون امواله قاصره عن ديونه
- ٢٤٩ ----- الثالث ان تكون الديون حاله فلو كانت مؤجله لم يحجر عليه
- ٢٤٩ ----- الرابع ان يلتزم الغرماء لم يحجر عليه
- ٢٥٠ ----- القول في المنع من التصرف
- ٢٥٠ ----- منهل يمنع الحاكم المفلس من جميع التصرفات
- ٢٥٢ ----- منهل لو اقر بدين سابق على الحجر صح و اعتبر
- ٢٥٢ ----- اشاره
- ٢٥٣ ----- ينبغي التنبيه على امور
- ٢٥٣ ----- الاول لو اقر المفلس بعد الحجر عليه بعين من الاعيان
- ٢٥٤ ----- الثاني نبه في لك على مجموع الاقوال هنا
- ٢٥٤ ----- الثالث لو قال هذا المال مضاربه لغائب
- ٢٥٥ ----- الرابع صرح في الشرائع و عد بانه لو اقر بمال مط
- ٢٥٥ ----- منهل لو تبايعا بشرط الخيار ففلسا او احدهما لم يبطل خيار المفلس
- ٢٥٥ ----- اشاره
- ٢٥٦ ----- ينبغي التنبيه على امور
- ٢٥٦ ----- الاول لا فرق في ذلك بين ان يرضى الغرماء بما يريد المفلس
- ٢٥٦ ----- الثاني يلحق بالبيع هنا الصلح
- ٢٥٦ ----- الثالث لا يشترط الغبطه في الفسخ
- ٢٥٦ ----- الرابع يجوز للمفلس الرد بالعيب أيضا
- ٢٥٧ ----- منهل صرح في الشرائع و الارشاد
- ٢٥٧ ----- منهل لو اقرض المفلس انسان مالا بعد الحجر او باعه بئمن في ذمته
- ٢٥٨ ----- منهل لو اتلف المفلس بعد الحجر عليه مالا لغيره بحيث يصير ضامنا شارك صاحب المال ح سائر غرماء المفلس
- ٢٥٨ ----- منهل لا تحل الديون المؤجله بالحجر على المفلس
- ٢٥٨ ----- منهل لا اشكال في تعلق الحجر بالمال الموجود حال الحجر و غيرها



٢٥٩ ----- ينبغي التنبيه على امور -----

٢٥٩ ----- الاول صرح في مجمع الفائده بعد الاشاره الى وجه الاحتمالين -----

٢٥٩ ----- الثاني لا يثبت الحجر على المفلس -----

٢٦٠ ----- الثالث صرح في بيع و الجامع بان الولاية -----

٢٦٠ ----- القول في اختصاص الغريم بعين ماله -----

٢٦٠ ----- منهل من افلس و حجر عليه الحاكم و كان من جمله ماله عين اشتراها من غيره -----

٢٦٠ ----- اشاره -----

٢٦١ ----- ينبغي التنبيه على امور -----

٢٦١ ----- الاول ان مقتضى القول الاول هو تسلط الغريم على اخذ ماله -----

٢٦١ ----- الثاني هل يجوز للغريم في محل البحث ترك اخذ عين ماله -----

٢٦٢ ----- الثالث هل الخيار هنا على الفور -----

٢٦٢ ----- الرابع هل يشترط في رجوع الغريم الى عين ماله في حيوة المديون -----

٢٦٣ ----- الخامس هل يشترط في رجوع الغريم الى عين ماله -----

٢٦٤ ----- السادس صرح بعض الاجلاء بان الرجوع الى العين مشروط عندهم -----

٢٦٥ ----- السابع هل المراد بالرجوع الفسخ -----

٢٦٥ ----- الثامن صرح في كره بانه لا يختص الرجوع بالبيع -----

٢٦٥ ----- التاسع صرح في كره أيضا بانه لا يفتقر الخيار -----

٢٦٥ ----- العاشر صرح في مجمع الفائده بان الظاهر انه لو بقى له -----

٢٦٥ ----- منهل اذا وجد البائع عن المفلس المشتري بعض مبيعه -----

٢٦٨ ----- منهل اذا افلس المشتري لعين و حكم عليه الحاكم بالحجر بافلاسه و اراد البائع الرجوع الى عينه و وجد فيها زياده فهذه الزياده على اقسام -----

٢٦٨ ----- الاول ان يكون الزيادة منفصلة عن تلك العين -----

٢٦٩ ----- الثاني ان يكون الزيادة متصله و لم تكن حاصله بفعل المشتري -----

٢٧١ ----- الثالث ان يكون الزيادة متصله و تكون حاصله بفعل المشتري -----

٢٧٤ ----- ينبغي التنبيه على امور -----

٢٧٤ ----- الاول صرح في عد و جامع المقاصد و لك بان الزيادة قد تكون صفه من جهه و عينا من اخرى -----

٢٧٥ ----- الثاني بسط الزيادة على مال المفلس و هو الصبغ -----

- ٢٧٥ ..... الثالث اشار في لك الى حكم الزيادة في القيمة سوقا
- ٢٧٥ ..... الرابع لو اشترى حبا و بيضه فصار الحب زراعا و البيضه فرخا
- ٢٧٦ ..... الخامس لو باعه نخلا غير مثمر ثم اثمر و اطلع
- ٢٧٦ ..... منهل لو اشترى شقصا مما يجب فيه الشفعة كدار ثم افلس و حجر عليه الحاكم
- ٢٧٧ ..... منهل لو افلس المستاجر و حجر عليه الحاكم بعد مضي تمام المده
- ٢٧٧ ..... اشاره
- ٢٧٨ ..... ينبغي التنبيه على امور
- ٢٧٨ ..... الاول لا فرق في جواز الفسخ ح بين صورتى بذل الغرماء الاجره للمؤجر و عدمه
- ٢٧٨ ..... الثانى لا فرق في ذلك بين ان يكون الاجاره واقعه على عين مخصوصه
- ٢٧٨ ..... الثالث هل يجوز للموجر امضاء الاجاره
- ٢٧٨ ..... الرابع ان فسخ المؤجر اخذ العين و سقطت الاجره
- ٢٧٨ ..... الخامس اذا افلس المستاجر العين
- ٢٧٩ ..... منهل لو اشترى ارضا فغرسها او بنى ثم افلس كان صاحب الارض و البائع احق بارضه
- ٢٧٩ ..... اشاره
- ٢٨٠ ..... ينبغي التنبيه على امرين
- ٢٨٠ ..... الاول صرح في جامع المقاصد و لك و غيرهما
- ٢٨٠ ..... الثانى صرح في لك و جامع المقاصد و غيرهما بانه على القول بعدم جواز
- ٢٨١ ..... منهل لو كان المبيع الذى حصل الافلاس بضمنه جاريه كان للبائع انتزاعها
- ٢٨١ ..... منهل اذا اشترى متاعا من ذوات الامثال كالحنطه و الشعير و الزبيب و الثمن و الشيرج
- ٢٨١ ..... اشاره
- ٢٨٣ ..... ينبغي التنبيه على امرين
- ٢٨٣ ..... الاول صرح في كره بانه اذا قلنا الخلط يلحق المبيع بالمفقود
- ٢٨٤ ..... الثانى صرح في التذكرة بانه لو كان المخلوط من غير جنس المبيع
- ٢٨٤ ..... منهل اذا مات المديون حل ما اجل عليه من الديون المؤجله
- ٢٨٤ ..... اشاره
- ٢٨٥ ..... ينبغي التنبيه على امور
- ٢٨٥ ..... الاول اذا مات المديون فهل يحل بموته ماله من الديون المؤجله

- ٢٨٥ ..... الثاني انه يحل له كما عليه فيجوز للوارث المطالبه
- ٢٨٦ ..... الثالث صرح في الروضه بانه يحل الديون المؤجله
- ٢٨٦ ..... منهل اذا افلس البائع سلما فان وجد المشتري عين ماله جاز له اخذه و كان احق به من ساير الغرماء
- ٢٨٦ ..... اشاره
- ٢٨٦ ..... ينبغي التنبيه على امور
- ٢٨٦ ..... الاول حكي في التحرير و لف عن الشيخ انه قال كيفيه الضرب بالمسلم
- ٢٨٧ ..... الثاني حكي في لف عن الشيخ بعد نقله عنه كيفيه الضرب بالمسلم فيه
- ٢٨٧ ..... الثالث اشار في التحرير الي بعض ما يتفرع على القول الثاني
- ٢٨٧ ..... الرابع اشار في لك الى شرط الخيار على القول الثاني
- ٢٨٧ ..... منهل اذا جنى على المفلس جنايه فان كانت خطاء تعلق حق الغرماء بالديه
- ٢٨٨ ..... منهل للمفلس المحجور بمال
- ٢٨٩ ..... القول في قسمه اموال المفلس و جملة من الاحكام
- ٢٨٩ ..... منهل يستحب احضار كل متاع من امواله في سوقه حيث يراد البيع و نحوه
- ٢٨٩ ..... منهل يستحب احضار الغرماء عند بيع اموال المفلس
- ٢٩٠ ..... منهل اذا كان في مال المفلس ما يخشى و يخاف تلفه
- ٢٩٠ ..... اشاره
- ٢٩٠ ..... ينبغي التنبيه على امور
- ٢٩٠ ..... الاول ترك هذا الواجب ليس بكبيره مع عدم الاصرار
- ٢٩٠ ..... الثاني اذا ترك عمدا او سهوا و حصل التلف
- ٢٩٠ ..... الثالث اذا رضى المفلس
- ٢٩١ ..... الرابع اذا قدم بيع ما حقه التاخير عمدا او سهوا
- ٢٩١ ..... الخامس لا فرق فيما يخشى فساده
- ٢٩١ ..... السادس يحصل خشيه التلف و خوفه بالظن به
- ٢٩١ ..... السابع صرح في الشرائع بانه يستحب ان يباع الرهن
- ٢٩٢ ..... الثامن صرح في كره بعد تصريحه باولويه تقديم بيع الرهن
- ٢٩٢ ..... التاسع صرح في التحرير بانه لو كان في ماله ما يخشى تلفه
- ٢٩٢ ..... منهل صرح في التذكرة و التحرير بانه ينبغي للحاكم ان يقول للمفلس و الغرماء ارتضوا من ينادى على الامتعه و الاموال

- ٢٩٣ ..... منهل اذا بيع مال المفلس لم يسلم و لا يدفع التلعه الى المشتري الا بعد قبض الثمن منه
- ٢٩٣ ..... منهل اذا باع الحاكم اموال المفلس و قبض ائمانها
- ٢٩٤ ..... اشاره
- ٢٩٤ ..... ينبغى التنبيه على امور
- ٢٩٤ ..... الاول اذا لم يتمكن من الاقراض تعين ايداعه
- ٢٩٥ ..... الثانى هل يشترط فى المقرض كونه ملتيا او لا
- ٢٩٥ ..... الثالث هل يشترط فى المقرض مع الملاءه الامانه و الوثاقه او لا
- ٢٩٥ ..... الرابع هل يجب اخذ الراهن اذا اقرض او لا
- ٢٩٥ ..... الخامس هل يجب على الحاكم اقرضه من غيره او لا
- ٢٩٥ ..... السادس هل يجوز التجاره به و الاسترباح للمفلس و الغرماء او لا
- ٢٩٥ ..... السابع صرح فى جامع المقاصد بانه لا يجوز تاجيل القرض
- ٢٩٦ ..... الثامن هل يشترط فى المستودع حيث يودع الوثاقه و العداله او لا
- ٢٩٦ ..... التاسع هل يجب الاشهاد على الاقراض او لا
- ٢٩٦ ..... العاشر صرح فى كره بانه لا يشترط اليسار فى المستودع
- ٢٩٦ ..... الحادى عشر صرح فى كره و لك بانه ينبغى ان يودع ممن يرتضيه الغرماء له
- ٢٩٦ ..... الثانى عشر صرح فى كره بانه لو تلف شىء من الثمن فى يد العدل
- ٢٩٦ ..... منهل اذا باع الحاكم او امينه مال المفلس على الوجه المعتبر شرعا
- ٢٩٦ ..... اشاره
- ٢٩٧ ..... و ينبغى التنبيه على امور
- ٢٩٧ ..... اشاره
- ٢٩٧ ..... الاول اذا التمس من المشتري حين الفسخ فهل يجب الاجابه او لا
- ٢٩٧ ..... الثانى اذا رضى المشتري بالفسخ او طلبه فهل يجب الفسخ او يستحب
- ٢٩٧ ..... الثالث اذا طلب زياده فى مده خيار البائع فلا اشكال فى جواز الفسخ حينئذ
- ٢٩٧ ..... منهل اذا حجر الحاكم على المفلس فيجرى عليه من وقت التحجير الى يوم قسمته امواله
- ٢٩٧ ..... اشاره
- ٢٩٨ ..... ينبغى التنبيه على امور
- ٢٩٨ ..... الاول حكم الكسوه الواجبه حكم النفقه الواجبه

الثالث يدخل فيمن يجب نفقته الزوجات و الاقارب ----- ٢٩٨

الرابع صرح في لك بان الظاهر ان المراد بعباده امثاله من هو في مثل شرفه و ضعته و باقى اوصافه ----- ٢٩٨

الخامس يدفع الى المفلس و من يجب عليه الانفاق عليه نفقتهما يوم القسمة أيضا ----- ٢٩٩

السادس صرح في لك بانه لو مات بعض من ينفق عليه في اثناء التهار ففي ارتجاع بقيه نفقته نظر ----- ٢٩٩

السابع صرح في عد بانه لو اتفقت القسمة في طريق سفره فالاقرب الاجراء الى يوم وصوله ----- ٢٩٩

الثامن صرح في التذكرة و التحرير بان وجوب الانفاق على المفلس و على من يجب عليه نفقته الى يوم القسمة ----- ٢٩٩

التاسع صرح في التحرير بعد التصريح بانه يستمر الانفاق عليه الى يوم القسمة ----- ٢٩٩

العاشر صرح في التذكرة بانه كلما يترك للمفلس اذا لم يوجد في ماله اشترى له ----- ٣٠٠

الحادى عشر صرح في التذكرة بانه ينفق على الزوجات نفقه المعسرين ----- ٣٠٠

الثاني عشر اذا كان الانفاق على المفلس و عياله يقتضى ان لا يبقى من المال شىء ----- ٣٠٠

منهل اذا قسم الحاكم مال المفلس بين الغرماء ثم ظهر بعد القسمة غريم اخر ----- ٣٠٠

اشاره ----- ٣٠٠

ينبغي التنبيه على امور ----- ٣٠١

الاول حكم في جامع المقاصد عن بعض شراح القواعد ----- ٣٠١

الثاني يظهر فائده النزاع في مواضع ----- ٣٠١

الاول اذا تصرف واحد في مقدار نصيبه ----- ٣٠١

الثاني يجب الزكاة اذا بلغ النصيب النصاب ----- ٣٠١

الثالث النماء المتجدد بعد القسمة ----- ٣٠١

الرابع لو زادت القيمة الان ----- ٣٠٢

الثالث صرح في القواعد بانه لو تلف المال بعد النقض ----- ٣٠٢

الرابع صرح في لك بانه اذا ظهر غريم بعد القسمة ----- ٣٠٢

منهل اذا كان على المفلس ديون حاله و ديون مؤجله عند القسمة قسمت امواله على حاله خاصه ----- ٣٠٢

منهل اذا قسم الحاكم مال المفلس بين الغرماء وجب اطلاقه من الحبس ان كان محبوبا ----- ٣٠٢

منهل اذا جنى عبد المفلس كان المجنى عليه احق بالعبد من الغرماء ----- ٣٠٣

منهل هل يزول الحجر عن المفلس بمجرد اداء امواله في الديون فلا يتوقف على حكم الحاكم او لا ----- ٣٠٣

كتاب مناهل الحجر ----- ٣٠٣

- ٣٠٣ ----- اشاره
- ٣٠٤ ----- ينبغى التنبيه على امرين
- ٣٠٤ ----- الاول صرح فى لك و الزياض بان الحجر على قسمين
- ٣٠٤ ----- الثانى صرح فى فع و بع و عد بان موجبات الحجر سته
- ٣٠٤ ----- منهل لا اشكال فى ان الصغير الذى لم يبلغ ذكرا كان او انثى او خنثى
- ٣٠٤ ----- منهل يعرف البلوغ الذى به يرتفع الحجر عن الضبى و يتعلق به التكاليف الملزمه من الوجوب و الحرمة
- ٣٠٥ ----- اشاره
- ٣١٢ ----- ينبغى التنبيه على امور
- ٣١٢ ----- الاول اختلف الاصحاب فى تعيين السن
- ٣١٢ ----- الثانى هل يكفى فى الخمس عشر الذى هو سن الذكور
- ٣١٣ ----- الثالث هل يعتبر على المختار من اعتبار الكمال فى السن الكمال الحقيقى
- ٣١٣ ----- الرابع صرح فى القواعد و ضه و لك و مجمع الفائدة
- ٣١٣ ----- الخامس هل الخنثى المشكل يلحق بالانثى او بالذكر
- ٣١٣ ----- السادس لا اشكال فى ثبوت السن فى المقامين بالعلم مط
- ٣١٣ ----- السابع تحديد البلوغ بالسن كغيره من التحديدات امر واحد
- ٣١٤ ----- منهل لا اشكال فى ان الاحتمام مما يتحقق به البلوغ
- ٣١٤ ----- اشاره
- ٣١٥ ----- ينبغى التنبيه على امور
- ٣١٥ ----- الاول هل يختص الحكم المذكور بالذكر او لا
- ٣١٦ ----- الثانى المراد بالاحتلام الذى جعل علامه البلوغ خروج المنى
- ٣١٦ ----- الثالث اذا خرج شيئا بصفه المنى فى وقت لا يحتمل فيه البلوغ
- ٣١٧ ----- الرابع هل يشترط خروج المنى من الموضع المعتاد
- ٣١٧ ----- الخامس هل يشترط اقترانه بالشهوه
- ٣١٧ ----- السادس ربما يستفاد من عبارته الشرائع و النافع
- ٣١٧ ----- السابع الخنثى اذا خرج المنى من كلا فرجه حكم ببلوغه
- ٣١٨ ----- الثامن يشترط فى هذه العلامه كون الخارج منسباً

٣١٨ ----- العاشر صرّح في س و ضه بانه يقبل دعوى الاحتلام من غير بينه

٣١٩ ----- الحادى عشر يحصل البلوغ بنفس خروج المنى

٣١٩ ----- منهل انبات الشعر الخشن على العانه و حول الذكر مما يعلم به بلوغ الذكر

٣١٩ ----- اشاره

٣١٩ ----- ينبغى التنبيه على امور

٣٢٠ ----- الاول لا فرق فى ذلك بين اولاد المسلمين و الكفار

٣٢٠ ----- الثانى هل يلحق الاناث بالذكور

٣٢٠ ----- الثالث هل الانبات مما يحصل به البلوغ

٣٢١ ----- الرابع هل يكفى مطلق الانبات

٣٢١ ----- الخامس هل انبات اللحيه مما يعرف به البلوغ او لا

٣٢١ ----- منهل يعرف بالحيض بلوغ الانثى

٣٢٢ ----- منهل يعرف بلوغ الانثى بالحمل أيضا

٣٢٢ ----- منهل يرتفع الحجر من غير البالغ ذكرا كان او انثى او خنثى

٣٢٤ ----- منهل اذا بلغ الصبى سفيها و غير رشيد لم يدفع اليه ماله و لم يزل عنه الحجر

٣٢٤ ----- اشاره

٣٢٧ ----- ينبغى التنبيه على امرين

٣٢٧ ----- الاول لا فرق فيما ذكر بين الذكر و الانثى و الخنثى و الحر و المملوك

٣٢٧ ----- الثانى اذا بلغ رشيدا و زال عنه الحجر ثم صار مبدرا

٣٢٧ ----- منهل يعلم الرشد بامور منها اختباره بما يلائمه من التصرفات و الاعمال ليظهر اتصافه بالملكه و عدمه

٣٢٧ ----- اشاره

٣٢٩ ----- ينبغى التنبيه على امور

٣٢٩ ----- الاول هل يشترط فى الاختبار حصول العلم بتحقق ملكه الرشد او لا

٣٢٩ ----- الثانى هل يختبر الصغير قبل بلوغه بحيث اذا بلغ لا يحتاج الى اختبار

٣٣٠ ----- الثالث صرّح فى التذكرة بانه ان قلنا انه يدفع المال للاختبار

٣٣٠ ----- الرابع اذا اختبر قبل البلوغ او بعده فتبين رشده به

٣٣٠ ----- الخامس اذا لم يتمكن من الاختبار قبل البلوغ

- ٣٣٠ ..... السادس اذا اتفق الاختبار بعد بلوغه و اوقع
- ٣٣١ ..... السابع اذا اختبر قبل البلوغ
- ٣٣١ ..... الثامن هل يختبر الخنثى بما يختبر به الذكر و الانثى
- ٣٣١ ..... منهل يثبت رشد الذكر و الانثى بشهاده رجلين عدلين به
- ٣٣١ ..... اشاره
- ٣٣١ ..... ينبغى التنبيه على امور
- ٣٣١ ..... الاول يثبت رشد الخنثى
- ٣٣١ ..... الثانى يثبت رشد الانثى بشهاده النساء
- ٣٣٢ ..... الثالث يثبت رشد الانثى أيضا بشهاده رجل و امراتين
- ٣٣٢ ..... الرابع صرح فى لك و ضه بانه يثبت رشد الانثى
- ٣٣٢ ..... الخامس يعتبر فى الشاهد هنا ذكرا كان او انثى
- ٣٣٢ ..... السادس هل يتوقف ثبوت الرشد بشهاده الرجال و النساء و الخنثاى
- ٣٣٢ ..... منهل صرح فى الشرائع و النافع و التحرير و ض بان السفيه هو الذى يصرف امواله فى غير الاغراض الصحيحه و يفسدها و لا يصلحها
- ٣٣٢ ..... اشاره
- ٣٣٣ ..... ينبغى التنبيه على امور
- ٣٣٣ ..... الاول صرح فى لك بانه يعتبر فى الرشد القدره
- ٣٣٤ ..... الثانى صرح فى مجمع الفائدة بان الذى يترك صنعه ابيه
- ٣٣٤ ..... الثالث صرح فى الكفايه بان تعدد الملابس
- ٣٣٤ ..... الرابع لا اشكال فى عدم تحقق السفاهه بصرف المال فى صنوف الخير
- ٣٣٤ ..... منهل يمنع السفيه من التصرفات المالبه بعد ثبوت الحجر عليه
- ٣٣٤ ..... اشاره
- ٣٣٤ ..... ينبغى التنبيه على امور
- ٣٣٤ ..... الاول لا فرق فى ذلك بين ما ناسب افعال العقلاء او لا
- ٣٣٤ ..... الثانى لا فرق فى ذلك أيضا بين الذكر و الانثى
- ٣٣٤ ..... الثالث يتفرع على ما ذكر امور
- ٣٣٤ ..... احدها المنع من تصرفه بالبيع
- ٣٣٤ ..... ثانيها المنع من تصرفه بالهبه



- ٣٣٧ ..... ثالثها المنع من تصرفه بالوقف
- ٣٣٧ ..... رابعها المنع من تصرفه بالعتق
- ٣٣٧ ..... خامسها المنع من تصرفه بالكتاب
- ٣٣٧ ..... سادسها عدم قبول اقراره بالمال
- ٣٣٧ ..... سابعها منعه من النكاح
- ٣٣٨ ..... الرابع يصح الطلاق من السفية
- ٣٣٨ ..... الخامس كما يصح طلاقه يصح ظهاره
- ٣٣٨ ..... السادس يصح خلعه أيضا كما صرح به في الغنية
- ٣٣٩ ..... السابع يسمع اقرار السفية بالنسب
- ٣٣٩ ..... الثامن يصح اقراره بما يوجب القصاص
- ٣٤٠ ..... التاسع لو وكل السفية اجنبي في عقد بيع او هبه جاز
- ٣٤٠ ..... العاشر لو اذن الولي للسفية في النكاح صح
- ٣٤٠ ..... الحادي عشر لو باع و اجازته الولي صح
- ٣٤٠ ..... منهل هل يثبت الحجر على السفية بظهور سفهه او لا بل يتوقف على حكم الحاكم بالحجر
- ٣٤٠ ..... اشاره
- ٣٤٤ ..... ينبغي التنبيه على امور
- ٣٤٤ ..... الاول اذا اثبت الحجر على السفية
- ٣٤٤ ..... الثاني صرح في مجمع الفائدة بانه يمكن قول ثالث في المسألة
- ٣٤٤ ..... الثالث اذا حصل الشك في حجر الحاكم
- ٣٤٤ ..... منهل اذا باع انسان السفية المحجور عليه شيئا و قبضه اياه كان البيع باطلا
- ٣٤٤ ..... اشاره
- ٣٤٧ ..... ينبغي التنبيه على امور
- ٣٤٧ ..... الاول صرح في مجمع الفائدة
- ٣٤٧ ..... الثاني صرح في جامع المقاصد بانه يلحق بالسفية الصبي
- ٣٤٧ ..... الثالث صرح في مجمع الفائدة بانه لا يجوز بالتصرف في مال السفية باذنه
- ٣٤٨ ..... الرابع صرح في مجمع الفائدة أيضا
- ٣٤٨ ..... منهل لو اودع انسان السفية وديعه بعد الحجر عليه

٣٤٨ ..... ينبغي التنبيه على امور .....

٣٤٩ ..... الاول يلحق بالوديعة العارية فيما ذكر .....

٣٤٩ ..... الثاني صرح في القواعد و جامع المقاصد .....

٣٤٩ ..... الثالث الصبي و المجنون اذا اتلفا مال غيرهما بغير اذنه .....

٣٤٩ ..... منهل لما كان السفه عله للحجر اما بنفسه او بحكم الحاكم .....

٣٤٩ ..... اشاره .....

٣٥٠ ..... ينبغي التنبيه على امور .....

٣٥٠ ..... الاول هل يتوقف ولاية الجد على فقد الاب او لا .....

٣٥٠ ..... الثاني المراد بالجد هنا اب الاب و ان علا .....

٣٥٠ ..... الثالث هل الاب و الجد من الرضاع يلحقان بالاب و الجد من النسب او لا .....

٣٥١ ..... الرابع هل يشترط في ثبوت الولاية للأب و الجد عدالتهما .....

٣٥٢ ..... الخامس ليس للأب و لا لأبيها و لا لغيرهما من الاخوه و الاعمام .....

٣٥٢ ..... السادس هل يشترط في ثبوت ولاية الوصي لأحد الابوين .....

٣٥٢ ..... السابع صرح في لك و الكفايه بانه لو جعل الاب او الجد .....

٣٥٢ ..... الثامن صرح في لك بانه لا حكم لوصي الاب مع وجود الجد له .....

٣٥٢ ..... التاسع صرح في لك و جامع المقاصد و الكفايه .....

٣٥٢ ..... العاشر اذا فقد جميع الاولياء المتقدم اليهم الاشاره .....

٣٥٣ ..... الحادي عشر ولي المجنون كولي الطفل .....

٣٥٣ ..... منهل الولاية في مال السفه الذي كان قبل السفاهه رشيدا و ارتفع عنه الحجر بالبلوغ و الرشد .....

٣٥٣ ..... اشاره .....

٣٥٥ ..... ينبغي التنبيه على امور .....

٣٥٥ ..... الاول صرح في التحرير بان الولاية في مال السفه للحاكم .....

٣٥٥ ..... الثاني اذا لم يتمكن من الحاكم و لا من الاب و لا من الجد له .....

٣٥٦ ..... الثالث صرح في يع بانه ينبغي للحاكم ان يوكل عن السفهاء .....

٣٥٦ ..... منهل حكم السفه في المحرمات و الواجبات و المستحبات و المكروهات و المباحات .....

٣٥٦ ..... اشاره .....

- ٣٥٦ ..... الاول صرح في التذكرة و عد و لك بان السفية لا يجوز له ان يفرق الزكاه و الخمس
- ٣٥٦ ..... الثاني صرح في التذكرة و الزوضه و لك بانه لا يمنع من الحج الواجب
- ٣٥٧ ..... الثالث هل يمنع من الحج المندوب او لا
- ٣٥٨ ..... ينبغي التنبيه على امور
- ٣٥٨ ..... الاول اذا لم يتمكن السفية من الاتيان بواجب كالصلاه
- ٣٥٩ ..... الثاني اذا احرم السفية تطوعا و لم تستوى نفقته حضرا و سفرا
- ٣٥٩ ..... الثالث اذا حلف السفية على فعل شىء او تركه
- ٣٦٠ ..... الرابع لو وجب للسفيه القصاص جاز له ان يعفو بغير شىء
- ٣٦٠ ..... كتاب مناهل الضمان و الحواله و الكفاله
- ٣٦٠ ..... القول فى الضمان
- ٣٦٠ ..... مقدمه عرف فى الشرائع و النافع الضمان بانه عقد شرع للتعهد بمال او نفس
- ٣٦٢ ..... القول فى ضمان المال
- ٣٦٢ ..... منهل لا ريب و لا اشكال فى جواز هذا القسم من الضمان و كونه صحيحا
- ٣٦٢ ..... منهل ذكروا ان ايجاب هذا الضمان يقع بالفاظ منها لفظ ضمانت
- ٣٦٣ ..... منهل يشترط فى الضامن امور
- ٣٦٣ ..... الاول ان يكون عاقلا فلا يصح ضمان المجنون
- ٣٦٣ ..... الثاني ان لا يكون مغمى عليه
- ٣٦٤ ..... الثالث ان يكون قاصدا للضمان
- ٣٦٤ ..... الرابع ان يكون مختارا
- ٣٦٤ ..... الخامس ان يكون بالغاً
- ٣٦٤ ..... السادس ان لا يكون محجورا عليه بالسفه
- ٣٦٥ ..... ينبغي التنبيه على امور
- ٣٦٥ ..... الاول لا يشترط فى الضامن الإسلام
- ٣٦٥ ..... الثاني يصح الضمان من المريض اذا كان عقله ثابتا و رشده باقيا
- ٣٦٦ ..... الثالث اذا صدر الضمان من الصبي و المجنون
- ٣٦٦ ..... الرابع لو اختلف الضمان و المضمون له فى وقوع الضمان من الضامن حال الصبي

- الخامس لو ادعى الضامن انه ضمن بعد البلوغ ٣٦٧
- السادس اذا ادعى الضامن الجنون حاله الضمان ..... ٣٦٧
- السابع صرح في التذكرة بان من يعتاد شرب الخمر اذا ادعى انه حال الضمان كان سكرانا ..... ٣٦٧
- الثامن هل يصح الضمان عن الصبي و المجنون او لا ..... ٣٦٨
- التاسع يصح الضمان عن الميت ..... ٣٦٨
- العاشر صرح في التحرير بانه يصح الضمان عن الحي المفلس ..... ٣٦٨
- منهل يصح الضمان من المملوك باذن سيده ..... ٣٦٨
- اشاره ..... ٣٦٨
- ينبغي التنبيه على امور ..... ٣٧٠
- الاول هل يشترط في اذن السيد بالضمان تخصيصه عليه ..... ٣٧١
- الثاني اذا ضمن باذن سيده و أطلق له السيد الاذن في الضمان ..... ٣٧١
- الثالث اذا اذن السيد بضمان العبد و شرط عليه ان يجعل المال في كسبه ..... ٣٧١
- الرابع اذا اذن السيد بضمان العبد و شرط ان يجعل المال في ذمته ..... ٣٧٢
- الخامس اذا اذن السيد بضمان العبد و شرط الاداء مما في يده من اموال المولى ..... ٣٧٢
- السادس اذا ادى العبد مال الضمان ..... ٣٧٢
- السابع اذا شرط الضامن كون ضمانه من مال معين من امواله ..... ٣٧٣
- منهل هل يشترط في صحة الضمان ان يعرف الضامن من المضمون له ..... ٣٧٣
- منهل اختلف الاصحاب في توقف صحة الضمان على رضا المضمون له ..... ٣٧٥
- اشاره ..... ٣٧٥
- ينبغي التنبيه على امور ..... ٣٧٨
- الاول على المختار هل يكفي مطلق الرضاء ..... ٣٧٨
- الثاني يشترط في صحة الضمان رضا الضامن ..... ٣٧٩
- الثالث لا يشترط رضا المضمون عنه ..... ٣٧٩
- الرابع متى تبرع الضامن من غير مسئله المضمون عنه ..... ٣٨٠
- منهل اذا تحقق الضمان على الوجه المعتبر شرعا ..... ٣٨٠
- اشاره ..... ٣٨٠
- ينبغي التنبيه على امور ..... ٣٨١

- ٣٨١ ..... الاول صرح في لك بان معنى براهه المضمون عنه براهته من حق المضمون له
- ٣٨١ ..... الثاني لا فرق في ذلك بين ان يكون المضمون عنه حيا او ميتا
- ٣٨١ ..... الثالث صرح في التحرير بانه يبرء المضمون عنه و ان لم يؤد الضامن
- ٣٨١ ..... الرابع صرح به الايضاح بان ضمان العهده ليس بتاقل بل هو ضم عندهم
- ٣٨٢ ..... الخامس اذا كان له على رجلين مال
- ٣٨٢ ..... السادس صرح في التحرير بانه يصح ترامي الضمان
- ٣٨٢ ..... السابع يصح وحده الضامن و تعدد المضمون عنه
- ٣٨٣ ..... الثامن اذا ابرأ مالك الدين و هو المضمون له لذمه الضامن
- ٣٨٣ ..... منهل اذا كان الضامن ملتيا و قادرا على اداء ما ضمنه فلا اشكال في صحه ضمانه و لزومه
- ٣٨٤ ..... اشاره
- ٣٨٤ ..... ينبغي التنبيه على امور
- ٣٨٤ ..... الاول هل يتوقف الصخه على الشرط المذكور
- ٣٨٥ ..... الثاني صرح في لك و ضه و مجمع الفائده و الرياض بان المراد بملاءه الضامن
- ٣٨٥ ..... الثالث لا يشترط استمرار الملاءه
- ٣٨٥ ..... الرابع لا يشترط في الفسخ اللفظ
- ٣٨٥ ..... الخامس هل الفسخ على الفور او يجوز فيه التراخي
- ٣٨٥ ..... منهل ضمان الضامن للدين يكون على اقسام
- ٣٨٥ ..... اشاره
- ٣٨٨ ..... ينبغي التنبيه على امور
- ٣٨٨ ..... الاول اذا ضمن الدين الحال و أطلق
- ٣٨٨ ..... الثاني اذا ضمن الدين المؤجل و أطلق
- ٣٨٨ ..... الثالث اذا ضمن المؤجل حالا او باجل دون اجل الدين المضمون
- ٣٨٩ ..... الرابع اذا كان الدين حالا فضمنه مؤجلا
- ٣٨٩ ..... منهل متى حصل الضمان على الوجه المعبر شرعا
- ٣٨٩ ..... اشاره
- ٣٩٠ ..... ينبغي التنبيه على امور
- ٣٩٠ ..... الاول اذا ضمن باذن المضمون عنه و ادى بغير اذنه

الثاني اذا تبرع بالضمان و ضمن بغير اذن المضمون عنه

٣٩٠

الثالث يجوز الرجوع للضامن بالاذن

٣٩١

الرابع اذا جاز له الرجوع

٣٩١

الخامس لو وهب المضمون له الضامن و ابراه عن الحق المضمون

٣٩١

السادس لو ادى الضامن الماذون تمام ما ضمنه للمضمون له

٣٩١

منهله الحقوق على اقسام

٣٩٢

الاول ما هو مال ثابت في الذمه وقت الضمان و مستقر ليس بمتزلزل

٣٩٢

الثاني ما هو مال ثابت في الذمه و لكنه متزلزل غير مستقر

٣٩٢

الثالث ما هو مال ليس ثابت و لا لازم و لكن يؤول الى الثبوت و اللزوم

٣٩٣

الرابع ما هو مال و لكنه ليس بتابت و لا يؤول الى الثبوت

٣٩٤

الخامس ما هو ليس بمال و لا هو مما يصح تملكه شرعا و لا يصح ضمان هذا

٣٩٤

التنبيه على امور

٣٩٤

الاول لا اشكال في صحه ضمان مال السبق و الرمايه بعد العمل

٣٩٥

الثاني صرح في التحرير بانه لو ضمن للعمل في الجعالة

٣٩٥

الثالث يصح ضمان ارش الجنايه

٣٩٥

الرابع يصح ضمان مال السلم

٣٩٥

منهله هل يصح ضمان مال الكتابه المشروطه او لا

٣٩٥

منهله يصح ضمان نفقه الواجبه الماضيه

٣٩٦

اشاره

٣٩٦

ينبغي التنبيه على امور

٣٩٧

الاول لا فرق في صحه ضمان الماضيه بين ان يحكم بها حاكم او لا

٣٩٧

الثاني لا فرق في ذلك أيضا بين ان يكون معلومه او مجهوله

٣٩٧

الثالث صرح في التحرير بانه اذا ضمن النفقه الماضيه

٣٩٧

الرابع هل المراد بالنفقه هنا ما يعم الكسوه

٣٩٨

الخامس لا اشكال في انه لا يصح ضمان النفقه المستقبليه لغير الزوجه

٣٩٨

منهله اختلف الاصحاب في صحه ضمان الاعيان المضمونه التي تجب على من هي في يده ردها

٣٩٨

منهله لا يصح ضمان قيمه ما هو امانه لا تضمن الا بتعد او تفريط قبل حصولهما

٤٠٠

- ٤٠٠ ..... ينبغي التنبيه على امور
- ٤٠٠ ..... الاول لا فرق في ذلك بين ان يضمن تلك الاعيان مط
- ٤٠٠ ..... الثاني هل يصح ضمانها معلقا على التعدى او التفريط او لا
- ٤٠١ ..... الثالث يصح ضمانها بعد حصول التعدى او التفريط فيها
- ٤٠١ ..... الرابع هل يصح ضمان اعيانها بمعنى وجوب الرد او لا
- ٤٠١ ..... منهل يصح ترمى الضمان
- ٤٠١ ..... اشاره
- ٤٠١ ..... ينبغي التنبيه على امور
- ٤٠١ ..... الاول يصح ترمى الضمان لا الى غايه معينه
- ٤٠٢ ..... الثاني ينتقل المال في هذا الضمان من ذمه الضامن الاول الى ذمه الثاني
- ٤٠٢ ..... الثالث يرجع هنا كل ضامن على من ضمن عنه
- ٤٠٢ ..... منهل كما يصح ترمى الضمان يصح أيضا دون
- ٤٠٢ ..... منهل هل يشترط في صحه الضمان العلم بكميه المال و مقداره
- ٤٠٢ ..... اشاره
- ٤٠٤ ..... ينبغي التنبيه على امور
- ٤٠٤ ..... الاول صرح في التذكرة و جامع المقاصد و لك و غيرها
- ٤٠٥ ..... الثاني لا فرق في صحه ضمان المجهول الذى يمكن استعلامه
- ٤٠٥ ..... الثالث هل يشترط في صحه الضمان علم الضامن بجنس ما على المضمون عنه
- ٤٠٦ ..... الرابع يدخل في الجهل بالكميه و جهاله المضمون
- ٤٠٦ ..... الخامس لا يلزم الضامن ديون المضمون عنه
- ٤٠٦ ..... منهل اذا ضمن المجهول الكمييه و المقدار لزم الضامن على المختار من صحه هذا الضمان ما يقوم به البيه
- ٤٠٦ ..... ينبغي التنبيه على امور
- ٤٠٦ ..... الاول لا يلزم الضامن للمجهول ما لم يقم به البيه شى ء
- ٤٠٧ ..... الثاني هل يلزم الضامن ما يقر به المضمون عنه
- ٤٠٧ ..... الثالث لو لم يقم بينه لشى ء من المال و لا اقرار
- ٤٠٨ ..... منهل صرح في الشرائع و التحرير و عد و لف بانه لو ضمن ما يشهد به عليه ما يقوم البيه عليه لم يصح

- ٤٠٩ ..... منهل اذا باع الانسان شيئا و ضمن عنه ضامن ليرجع المشتري عليه لو خرج المبيع مستحقا للغير فهو ضمان عهده الثمن
- ٤٠٩ ..... اشاره
- ٤١٠ ..... ينبغي التنبيه على امور
- ٤١٠ ..... الاول اشار في لك الي معنى العهده
- ٤١٠ ..... الثاني صرح في التحرير بان الفاظ ضمان الدرک
- ٤١٠ ..... الثالث لا اشكال في صحه ضمان عهده الثمن للمشتري عن البائع
- ٤١٠ ..... الرابع هل هذا القسم ناقل أيضا او لا
- ٤١١ ..... الخامس هل يشترط في صحه ضمان العهده عن البائع وقوعه بعد قبضه الثمن او لا
- ٤١١ ..... السادس صرح في القواعد و التحرير و التذکره
- ٤١١ ..... منهل اذا ضمن عهده الثمن لزمه درکه في كل موضع ثبت بطلان البيع من راس
- ٤١١ ..... اشاره
- ٤١٢ ..... ينبغي التنبيه على امور
- ٤١٢ ..... الاول لو تجدد الفسخ بالتقابل
- ٤١٢ ..... الثاني لو تلف المبيع قبل القبض
- ٤١٣ ..... الثالث لو فسخ المشتري بعيب سابق
- ٤١٣ ..... الرابع اذا لم يفسخ المشتري فيما اذا ظهر المبيع معيبا بعيب سابق
- ٤١٤ ..... الخامس اذا خرج بعض المبيع مستحقا
- ٤١٥ ..... منهل لو ضمن للمشتري ضامن عن البائع درک ما يحدثه المشتري في الارض
- ٤١٥ ..... اشاره
- ٤١٥ ..... ينبغي التنبيه على امرين
- ٤١٥ ..... الاول اذا ضمن للمشتري عن البائع بعد اشتغال ذمته للمشتري بالدرک
- ٤١٦ ..... الثاني اذا ضمن البائع للمشتري درک ما يحدثه في المبيع
- ٤١٦ ..... منهل اذا ضمن باذن المضمون عنه ثم اختلف الضامن و المضمون له في دفع المال المضمون
- ٤١٦ ..... اشاره
- ٤١٧ ..... ينبغي التنبيه على امور
- ٤١٧ ..... الاول انما تسمع شهاده المضمون عنه بذلك على المختار من كون الضمان ناقلا
- ٤١٧ ..... الثاني اذا لم تقبل شهاده المضمون عنه بسبب من الاسباب



٤١٨ ..... الرابع اذا تبرع بالضمان

٤١٨ ..... الخامس صرح في التحرير بانه لو اعترف المضمون له بالقضاء

٤١٨ ..... منهل اذا ضمن بسؤال المضمون عنه و ادى ما تحمله باعتبار الضمان الى المضمون له جاز له الرجوع على المضمون عنه

٤١٩ ..... منهل لو دفع الضامن الى المضمون له عوض دينه و ما في ذمته من الضمان عروضاً و رضى المضمون له بذلك برئت ذمه الضامن

٤١٩ ..... منهل اذا ضمن المريض في مرضه و مات فيه فاطلق في الشرائع و شد و عد انه يخرج من الثلث

٤٢٠ ..... القول في الحواله

٤٢٠ ..... مقدمه قد تضمنت جمله من الكتب تعريف الحواله

٤٢٠ ..... منهل الحواله مشروعه و جائزه شرعا

٤٢١ ..... منهل ليست الحواله بيعاً بل استيفاء حق بعقد مستقل

٤٢١ ..... منهل قد عرفت ان الحواله عقد من العقود فيتوقف على الايجاب و القبول كغيرها من العقود

٤٢١ ..... اشاره

٤٢٢ ..... ينبغي التنبيه على امور

٤٢٢ ..... الاول هل يشترط المقارنه بين الامرين

٤٢٢ ..... الثاني صرح في التذكرة بانه يشترط فيها التنجيز

٤٢٢ ..... الثالث صرح في التذكرة بانه لو قال احلني على فلان

٤٢٣ ..... منهل يشترط في صحه الحواله رضاه الثلاثه المحيل و المحتال و المحال عليه

٤٢٣ ..... اشاره

٤٢٨ ..... ينبغي التنبيه على امور

٤٢٨ ..... الاول أطلق

٤٢٩ ..... الثاني صرح في التذكرة مفرعاً على شرطيه رضاه المحيل

٤٢٩ ..... الثالث ان قلنا بعدم اعتبار رضاه المحال عليه

٤٢٩ ..... الرابع صرح في لك بانه يستثنى من القول بعدم اعتبار رضاه المحال عليه

٤٢٩ ..... الخامس صرح في لك و ضه بانه على تقدير اعتبار رضاه المحال عليه

٤٢٩ ..... منهل لا اشكال في انه يشترط في المحيل و المحتال و المحال عليه البلوغ و العقل و عدم الحجر

٤٣٠ ..... منهل الحواله عقد ناقل للمال من ذمه الى اخرى

٤٣٠ ..... منهل هل تبرأ ذمه المحيل بنفس الحواله المستجمعه لشرايط الصحه او لا بل لا تبرأ الا بعد ابراء المحتال اياه

منهل هل يشترط في صحه الحواله سبق اشتغال ذمه المحال عليه بالدين

٤٣٢

٤٣٢ ..... اشاره

٤٣٣ ..... ينبغى التنبيه على امور

٤٣٣ ..... الاول يتفرع على هذا النزاع جواز امتناع المحال من اداء ما احيل به عليه

٤٣٣ ..... الثانى صرح فى الشرائع و القواعد و كره بان هذه الحواله على تقدير صحتها

٤٣٣ ..... الثالث صرح فى التنقيح بانه يتفرع على القولين انه لو ادى المحال عليه

٤٣٣ ..... الرابع صرح فى لك بان مبنى القولين على ان الحواله هل هى استيفاء

٤٣٣ ..... الخامس اذا احال زيد عمرا على بكر بالف

٤٣٤ ..... منهل لا يجب على المحتال قبول الحواله و لو كانت على ملى باذل غير مماطل

٤٣٤ ..... اشاره

٤٣٤ ..... ينبغى التنبيه على امور

٤٣٤ ..... الاول هل يستحب قبول الحواله على الملى او لا

٤٣٤ ..... الثانى صرح فى التحرير بانه لو قبل المحتال

٤٣٤ ..... الثالث يجب الحواله على المحيل اذا توقف عليه

٤٣٤ ..... منهل اذا قبل المحتال الحواله المستجمعه للشرايط و كان المحال عليه مليا وقت الحواله

٤٣٤ ..... اشاره

٤٣٥ ..... ينبغى التنبيه على امور

٤٣٥ ..... الاول لا فرق فيما ذكرناه بين ان يفتقر المحال عليه بعد الحواله او لا

٤٣٥ ..... الثانى لا فرق فيما ذكرناه أيضا بين اخذ المحتال شيئا من المال و عدمه

٤٣٥ ..... الثالث اذا قبل المحتال الحواله غير عالم بملاءمه المحال عليه

٤٣٤ ..... الرابع إذا كان فقيرا حال الحواله ثم تجدد له اليسار بعدها

٤٣٧ ..... الخامس صرح فى لك بان المراد بالفقر هنا الاعسار

٤٣٧ ..... منهل يصح ترمى الحوالات و دورها

٤٣٨ ..... منهل اذا قضى المحيل الدين و اذاه بعد الحواله و تحول الدين من ذمته الى ذمه المحال عليه

٤٣٨ ..... منهل يشترط فى صحه المال به ان يكون ثابتا فى ذمه المحيل للمحتال

٤٣٨ ..... اشاره

٤٣٩ ..... ينبغى التنبيه على امور

الاول يتفرع على ما ذكرناه بطلان الحواله بما يقرضه في المستقبل

٤٣٩

الثاني لا فرق في الدين الثابت الذي يصح الحواله ----- ٤٣٩

الثالث صرح في لك بانه لا فرق في عدم صحه الحواله بغير الثابت ----- ٤٣٩

الرابع لو لم يكن المحيل مشغول الذمه للمحتال ----- ٤٣٩

منهل صرح في الخلاف و الشرائع و التذكره و لك و مجمع الفائده بانه يشترط ان يكون المال المحال به معلوما ----- ٤٤٠

منهل المال ان كان مثلها كالطعام و الادهان و الدراهم و الدنانير و ساير اقسام النقدين ----- ٤٤١

منهل لا يشترط في صحه الحواله اتفاق الدينين في سبب الوجود ----- ٤٤١

منهل هل يشترط في صحه الحواله اتفاق المالكين و الدينين ----- ٤٤١

اشاره ----- ٤٤١

تنبيه صرح في لف بان الشيخ قال قال قوم الحواله بيع ----- ٤٤٣

منهل حكى في لف و التقيح و جامع المقاصد عن الشيخ في المبسوط ----- ٤٤٣

منهل لو احال عليه فقبل الحواله و ادى ثم رجع على المحيل بما اذاه ----- ٤٤٤

اشاره ----- ٤٤٤

ينبغي التنبيه على امور ----- ٤٤٤

الاول انما يقدم قول المحال عليه مع يمينه ----- ٤٤٤

الثاني صرح في الروضه تبعاً للمعه بانه لا فرق في رجوع المحال عليه على المحيل ----- ٤٤٥

الثالث ان اعتبرنا في الحواله شغل ذمه المحال عليه ----- ٤٤٥

منهل يصح ان يحيل السيد المديون على عبده الذي كاتبه بمال الكتابه بعد حلول النجم ----- ٤٤٥

اشاره ----- ٤٤٥

ينبغي التنبيه على امور ----- ٤٤٦

الاول يتفرع على المختار ما نبه عليه في لك ----- ٤٤٦

الثاني صرح في الشرائع بانه لو باعه السيد سلعه ----- ٤٤٦

الثالث لو كان للمكاتب دين على اجنبي غير السيد ----- ٤٤٦

الرابع صرح في التحرير بانه لو حل نجم ----- ٤٤٧

منهل اذا احال رجل على رجل بحواله و قبض المحتال المال بعد الحواله ----- ٤٤٧

اشاره ----- ٤٤٧

ينبغي التنبيه على امور ----- ٤٥٢

- ٤٥٢
- ٤٥٣ ..... الثاني صرح في جامع المقاصد بانه لو اختلفا في وجود القرينه
- ٤٥٣ ..... الثالث لو قال المحيل المديون بعد اتفاقهما على جريان لفظ الحواله احلتك
- ٤٥٤ ..... الرابع جميع ما ذكر اذا لم يأت باللفظ على وجه لا يحتمل المجاز
- ٤٥٤ ..... منهل لو لم يتفق المحيل و المحتال اللذان جرى بينهما العقد على جريان لفظ الحواله
- ٤٥٥ ..... اشاره
- ٤٥٥ ..... ينبغي التنبيه على امور
- ٤٥٥ ..... الاول لا فرق في ذلك بين صورتى قبض المحتال للمال و عدمه
- ٤٥٥ ..... الثاني انما يقدم قول المحيل هنا بيمينه لا مط
- ٤٥٥ ..... الثالث صرح في جامع المقاصد بفائده هذا النزاع قائلا
- ٤٥٥ ..... الرابع اذا حلف المديون المحيل على نفى الحواله
- ٤٥٦ ..... الخامس لو قال المحتال وكلتني و قال لا بل احلتك
- ٤٥٨ ..... منهل يصح الحواله بدين عليه على دين له على اثنتين متكافلين
- ٤٥٨ ..... منهل اذا حال المشتري البائع بالثمن على اجنبى ثم رد المبيع بالعيب السابق فهل تبطل الحواله مط او لا
- ٤٥٨ ..... اشاره
- ٤٥٩ ..... ينبغي التنبيه على امور
- ٤٥٩ ..... الاول صرح في لك بانه لا فرق في ذلك بين كون الرد بالعيب بعد قبض المبيع و قبله
- ٤٥٩ ..... الثاني الحق فيه بخيار العيب هنا ساير الخيارات
- ٤٥٩ ..... الثالث ان قلنا ببطلان الحواله هنا فان لم يكن البائع المحتال قبض المال
- ٤٦٠ ..... الرابع ان قلنا بصحة الحواله هنا فان لم يكن البائع قد قبض المال
- ٤٦١ ..... منهل لو حال البائع رجلا اخر بدين له على المشتري بثمان المبيع و بعد استكمال الحواله ففسخ المشتري بالعيب
- ٤٦١ ..... اشاره
- ٤٦٢ ..... ينبغي التنبيه على امور
- ٤٦٢ ..... الاول احتمل في جامع المقاصد و لك بطلان الحواله هنا
- ٤٦٢ ..... الثاني لا فرق في صحة الحواله هنا بين صورتى قبض المحتال و عدمه
- ٤٦٢ ..... الثالث يلحق بالعيب هنا غيره من اسباب الخيار
- ٤٦٢ ..... منهل لو ثبت بطلان البيع من اصله في صورته حواله المشتري البائع على ثالث

٤٦٣ ----- تنبيه صرح في التذكرة و عد و جامع المقاصد بانه يرجع المشتري على من شاء من المحتال و البائع

٤٦٣ ----- القول في الكفاله

٤٦٣ ----- مقدمه اختلف العبارات في تعريف الكفاله

٤٦٣ ----- منهل لا اشكال في مشروعيه الكفاله و صحتها

٤٦٤ ----- منهل يشترط في صحه الكفاله رضاه الكفيل و هو الكافل و رضاه المكفول له و هو صاحب الحق

٤٦٤ ----- اشاره

٤٦٥ ----- ينبغي التنبيه على امور

٤٦٥ ----- الاول صرح في لك و الرياض بانه على القول باعتبار رضاه المكفول

٤٦٦ ----- الثاني صرح في كره بانه لو يكفل بغير رضاه المكفول

٤٦٦ ----- الثالث صرح في التذكرة بوجود الحضور على المكفول

٤٦٦ ----- الرابع صرح في التذكرة بانه اذا كفل باذن المكفول به

٤٦٦ ----- منهل تصح الكفاله و الحوالة مؤجله و حاله و مع الاطلاق و عدم ذكر القيدين تكون معجله و حاله

٤٦٧ ----- منهل اذا دفع الكافل الغريم و هو المكفول الى المكفول له و سلمه اليه تسليما تاما معتبرا شرعا فقد برئ و خرج من العهده

٤٦٧ ----- اشاره

٤٦٨ ----- ينبغي التنبيه على امور

٤٦٨ ----- الاول المراد بالتسليم التام ان يكون في الوقت و المكان المعينين

٤٦٨ ----- الثاني هل يجب على المكفول له تسلم المكفول

٤٦٩ ----- الثالث صرح في لك و ضه و الكفايه و الرياض بانه كما للحاكم في صورته الامتناع من التسليم التام

٤٦٩ ----- الرابع اذا حبسه و لم يتمكن من اداء ما على المكفول

٤٦٩ ----- الخامس التخيير بين الاحضار و اداء ما عليه

٤٧٠ ----- السادس اذا رضى المكفول له بالمال

٤٧١ ----- السابع صرح في مجمع الفائدة بان الظاهر ان الحبس الى الحاكم فهو يحبسه

٤٧١ ----- منهل من أطلق غريما و مديونا مطلوبا منه المال من يد صاحب الحق و الدين ضمن و صار بحكم الكفيل

٤٧١ ----- منهل لو كان الغريم قائلا و أطلق قهرا من يد ولي المقتول كان المطلق ضامنا و عليه احضار الغريم

٤٧٢ ----- اشاره

٤٧٢ ----- ينبغي التنبيه على امور

- ٤٧٢ ..... الاول لا فرق في القتل بين العمد و شبهه
- ٤٧٢ ..... الثاني اذا لم يرض ولي المقتول بالديه -
- ٤٧٢ ..... الثالث صرح في كره و جامع المقاصد و ضه و لك بانه لا يقتص في العمد -
- ٤٧٢ ..... الرابع صرح في التذكرة و القواعد و جامع المقاصد و لك و الروضه -
- ٤٧٣ ..... الخامس لو كان تخليصه من يد كفيله -
- ٤٧٣ ..... منهل يشترط في صحه الكفاله تعيين المكفول على وجه يرفع الابهام -
- ٤٧٣ ..... منهل اذا تكفل مؤجلا صح فان احضر الغريم المكفول قبل الاجل المشروط في ضمن عقد الكفاله -
- ٤٧٤ ..... منهل لو سلم الكفيل المكفول الى المكفول له و كان ممنوعا من تسلمه باعتبار كونه في يد قاهره -
- ٤٧٤ ..... منهل اذا كانت الكفاله حاله او مؤجله و حل اجلها -
- ٤٧٤ ..... اشاره -
- ٤٧٥ ..... ينبغي التنبيه على امور -
- ٤٧٥ ..... الاول صرح في التذكرة و لك و ضه بان المكفول ان كان غائبا غيبه منقطعه -
- ٤٧٥ ..... الثاني صرح به في التذكرة و لك بانه لو عرف موضعه -
- ٤٧٥ ..... الثالث صرح في كره بانه لو كان غائبا -
- ٤٧٥ ..... الرابع صرح في كره أيضا بانه لو فرط الكفيل في تحصيله بان طالبه المكفول له باحضاره -
- ٤٧٥ ..... الخامس هل يجب في الذهاب و الاياب و ارجاعه مراعات الفوريه -
- ٤٧٦ ..... السادس هل يجب على الكفيل مباشرة اعاده المكفول بنفسه او لا -
- ٤٧٦ ..... السابع هل اجره الذهاب و الاياب و ما يصرف في هذا السفر من المال -
- ٤٧٦ ..... منهل اذا وقع عقد الكفاله فلا يخ اما ان تعين المتعاقدان مكان التسليم او لا -
- ٤٧٧ ..... منهل لو تنازع الكفيل و المكفول له بعد صدور عقد الكفاله منهما -
- ٤٧٧ ..... اشاره -
- ٤٧٧ ..... ينبغي التنبيه على امور -
- ٤٧٧ ..... الاول هل يسمع قول المكفول له هنا من غير يمين او مع اليمين -
- ٤٧٨ ..... الثاني صرح في التذكرة بانه ان حلف فلا كلام -
- ٤٧٨ ..... الثالث اذا حلف المكفول له و جب على الكفيل احضار المكفول -
- ٤٧٨ ..... الرابع صرح في كره بانه لو قال ضمنت ما عليه و لا شىء عليه -
- ٤٧٨ ..... الخامس صرح في لك بان انكار الكفيل الحق على المكفول -

منهل اذا تكفل رجلان لرجل واحد فيكون المكفول و المكفول له متحدا

٤٧٨

٤٧٨ ..... اشاره

٤٧٩ ..... ينبغى التنبيه على امور

٤٧٩ ..... الاول لا فرق على المختار بين ان يكون الكفيلان كفيلين مستقلين

٤٧٩ ..... الثانى لا فرق أيضا بين ان يقع كفاله الكفيلين على الترتيب او لا

٤٧٩ ..... الثالث على المختار هل يشترط فى براءه الكفيل الاخر

٤٨٠ ..... الرابع صرح فى التحرير بانه لو قضى احد الكفيلين الدين برئ الاخر

٤٨٠ ..... منهل اذا تكفل واحد برجل لاثنتين فيكون الكفيل متحدا و المكفول له متعددا

٤٨٠ ..... منهل اذا أطلق الكفاله و مات المكفول قبل احضاره

٤٨٠ ..... اشاره

٤٨١ ..... ينبغى التنبيه على امور

٤٨١ ..... الاول لا فرق فيما ذكر بين كون الايجاب بلفظ كفلت فلانا

٤٨١ ..... الثانى أطلق فى الغنيه و الوسيه و النافع و الشرائع

٤٨١ ..... الثالث كما لا يجب على الكفيل بعد موت المكفول احضاره

٤٨٢ ..... منهل لو ادعى الكفيل ان المكفول له أبرأ المكفول من الدين الذى به تحققت الكفاله

٤٨٢ ..... اشاره

٤٨٢ ..... ينبغى التنبيه على امور

٤٨٢ ..... الاول انما يكون القول هنا قول المكفول له مع يمينه لا مط

٤٨٢ ..... الثانى ان حلف المكفول له برئ من دعوى الكفيل

٤٨٢ ..... الثالث لو رد المكفول له اليمين على الكفيل

٤٨٣ ..... الرابع لو حلف المكفول اليمين المردوده على البراه

٤٨٣ ..... الخامس لو نكل المكفول له عن الحلف

٤٨٣ ..... السادس اذا ادعى الكفيل بان المكفول و فى بدين المكفول له

٤٨٣ ..... منهل يصح و يجوز ترمى الكفالات بان يكفل الكفيل كفيل ثم يكفل الكفيل الثانى اخر و هكذا

٤٨٣ ..... اشاره

٤٨٤ ..... ينبغى التنبيه على امور

٤٨٤ ..... الاول صرح فى التحرير بعد التصريح بصحه ترمى الكفالات

٤٨٤ ----- الثالث صرح في لك بعدم صحه الدور في الكفاله

٤٨٤ ----- منهل هل يصح ان يكفل احد المكاتب لسيده فيصير مكفولا له و المكاتب مكفولا

٤٨٥ ----- منهل الاصل في الكفاله ان يتعلق بذات المكفول

٤٨٥ ----- اشاره

٤٨٦ ----- ينبغي التنبيه على امور

٤٨٦ ----- الاول اذا قلنا بصحه كفاله الوجه و الراس

٤٨٦ ----- الثاني هل يلحق بكفالتهمما على تقدير صحتها كفاله الجزء المشاع

٤٨٦ ----- الثالث هل يصح كفاله الجز

٤٨٧ ----- منهل لو قال ان لم احضره الى كذا كان على كذا كان كفيلا ايدا

٤٨٩ ----- كتاب مناهل الشركه

٤٨٩ ----- منهل صرح في لك و الكفايه و ض بان الشركه تطلق على معينين

٤٨٩ ----- اشاره

٤٩٠ ----- ينبغي التنبيه على امرين

٤٩٠ ----- الاوّل الشركه بالمعنيين ثابتة و صحيحه

٤٩١ ----- الثاني لا فرق في صحه الشركه بالمعنى الثاني

٤٩١ ----- منهل من جمله اقسام الشركه العنان

٤٩١ ----- اشاره

٤٩٢ ----- ينبغي التنبيه على امور

٤٩٢ ----- الاوّل الظاهر ان الاصحاب الا التادر منهم على انحصار الشركه الصحيحه

٤٩٢ ----- الثاني يشترط في صخه هذه الشركه اذن كل واحد من الشريكين

٤٩٢ ----- الثالث هل يشترط في الايجاب و القبول في هذه الشركه ان يكونا لفظين

٤٩٣ ----- منهل لا ريب في توقف صحه هذه الشركه على امتزاج المالمين للشريكين او الاموال للشركاء

٤٩٣ ----- اشاره

٤٩٣ ----- ينبغي التنبيه على امور

٤٩٣ ----- الاوّل لا فرق في المالمين بين التقدين و العروض

٤٩٣ ----- الثاني هل يختص العروض التي يصح فيها الشركه بالمثلى كالطحين و الدهن او لا



الثالث يعتبر في المزج الذي هو احد اسباب الشَّرْكَه اتفاق المالين جنسا و صفه

٤٩٤

الرابع لا يعتبر في المزج عدم حصول التميز في الواقع

٤٩٥

الخامس هل المعتبر عدم التَّميز بالتسببه الى المتعاقدين

٤٩٥

السادس يستفاد من الاصحاب ان الشَّرْكَه العنانيه و الشَّرْكَه بالمعنى الثَّانِي

٤٩٥

السابع يستفاد ممَّا ذكره في كره و الكفايه في تفسير شرْكَه العنان

٤٩٥

الثامن اذا تشارك بالعنانيه

٤٩٦

منهل من جمله اقسام الشَّرْكَه شرْكَه الأبدان و الأعمال

٤٩٦

اشاره

٤٩٦

ينبغي التنبيه على امور

٤٩٧

الأول لا فرق في ذلك بين ان يتفق عملهما قدرا او نوعا

٤٩٧

الثاني لا فرق في ذلك بين ان يعمل في مملوك

٤٩٧

الثالث ان اشتركا بدنا و عملا

٤٩٨

منهل من جمله اقسام الشَّرْكَه شرْكَه المعاوضه

٤٩٨

منهل من جمله اقسام الشَّرْكَه شرْكَه الوجوه

٤٩٨

منهل اذا اشترك المال بين اثنين فصاعدا

٤٩٩

اشاره

٤٩٩

ينبغي التنبيه على امور

٤٩٩

الأول الظاهر ان الاشتراك في المنفعة حكمه حكم الاشتراك في العين

٥٠٠

الثاني اذا اذن احد الشَّرْكَه للآخر

٥٠٠

الثالث لو اذن كل واحد من الشَّرْكَه لصاحبه

٥٠٠

الرابع لو خالف الماذون الأذن

٥٠٠

الخامس صرح في لك بأنه لا فرق في التحديد

٥٠٠

السادس ان أطلق احد الشَّرْكَه للآخر الاذن في التجاره

٥٠٠

و يتفرع على ما ذكر امور

٥٠٠

الأول منها جواز البيع بخصوصه و الشراء مرابحه

٥٠١

الثاني هل يجوز في صورته اطلاق الاذن اقراض شيء من المال المشترك او لا

٥٠١

الثالث هل يجوز في صورته الإطلاق و المحاببات في البيع

٥٠١

٥٠١

الخامس صرح في التحرير بالمنع من امور في صورته الإطلاق ..... ٥٠١

منهل الشريك امين على المال المشترك الذى تحت يده الماذون له في وضع يده عليه ..... ٥٠٢

اشاره ..... ٥٠٢

ينبغي التنبيه على امور ..... ٥٠٢

الأول اذا ادعى الشريك الأمين تلف المال ..... ٥٠٢

الثانى لا فرق في قبول قوله في دعوى التلف بين ان يدعى التلف بشىء ظ ..... ٥٠٢

الثالث اذا ادعى احد الشريكين على الاخر الخيانه ..... ٥٠٢

الرابع اذا اشترى احد الشريكين و ادعى انه اشتراه لنفسه ..... ٥٠٢

الخامس لو ادعى الشريك الامين انه اشتراه لهما ..... ٥٠٣

منهل عقد الشركه من العقود الجائزه ..... ٥٠٣

اشاره ..... ٥٠٣

ينبغي التنبيه على امور ..... ٥٠٣

الأول يجوز لكلّ منهما المطالبه بالقسمه متى شاء ..... ٥٠٣

الثانى اذا اختار احدهما الفسخ ..... ٥٠٣

الثالث الظاهر حصول الفسخ بكلمة يحصل العلم به ..... ٥٠٤

الرابع اذا فسح احدهما و اراد القسمه فلا يلزم الشريك الاخر اقامه راس المال ..... ٥٠٤

الخامس اذا حصل الشركه بينهما و شرطا التأجيل فيها ..... ٥٠٤

السادس اذا حصل الشركه بينهما فى المال قهرا ..... ٥٠٤

منهل تبطل الشركه العنانيه بموت احد الشريكين او الشركاء ..... ٥٠٤

اشاره ..... ٥٠٤

ينبغي التنبيه على امور ..... ٥٠٥

الأول تبطل هذه الشركه بجنون كل واحد من الشريكين ..... ٥٠٥

الثانى صرح فى التحرير و لك و مجمع الفائده بطلانها بالحجر ..... ٥٠٥

الثالث اذا بطلت الشركه العنانيه بما ذكر ..... ٥٠٥

منهل يصح المشاركه مع كل من يصح معه المعامله ..... ٥٠٥

اشاره ..... ٥٠٥

٥٠٥ ----- الاوّل صرح في الغنيه و التبصره و د و ض بکراهه مشارکه مطلق الکافر

٥٠٦ ----- الثاني صرح في النافع و اللّمعه و ضه بانّه يکره ايضاع الذمی

٥٠٦ ----- الثالث صرح في التافع بانّه يکره ايداع الذمی

٥٠٦ ----- الرابع قيل لو اشترى الذمی بمال الشركه

٥٠٦ ----- کتاب مناهل القسمه

٥٠٦ ----- منهل لا شبهه في شرعيه القسمه

٥٠٧ ----- منهل اذا كان المال المشترك مثليا

٥٠٧ ----- اشاره

٥٠٧ ----- ينبغي التنبيه على امور

٥٠٧ ----- الاوّل ان حصل بالقسمه ضرر على کلّ منهما لم يجبر الممتنع منها

٥٠٧ ----- الثاني ان تضرّر بها احدهما دون الاخر

٥٠٨ ----- الثالث اذا استلزمت القسمه الردّ و دفع عوض

٥٠٨ ----- الرابع المجبر فيما يصح فيه الأجرار

٥٠٨ ----- الخامس اختلف الاصحاب في تفسير الضرر

٥٠٩ ----- منهل يجبر الولي على القسمه في مواضع الاجبار

٥٠٩ ----- منهل يجوز للولي مط المطالبه بالقسمه مع الغبطه

٥٠٩ ----- منهل لو قسم الورثه التركة فيما بينهم ثم ظهر بعد القسمه على الميت المورث دين غير مستوعب للترکه

٥١٠ ----- منهل اذا وقف احد الشريكين حصته المشاعه دون الاخر

٥١٠ ----- اشاره

٥١٠ ----- ينبغي التنبيه على امور

٥١٠ ----- الاول اذا تضمنت القسمه ردّا

٥١٠ ----- الثاني ان كان الردّ من صاحب الطلق

٥١١ ----- الثالث اذا تضمنت القسمه ضررا

٥١١ ----- الرابع اذا وقف على جماعه شيئا

٥١١ ----- منهل اذا تحققت القسمه ثم ظهر بعدها كون بعض المقسوم للغير

٥١١ ----- اشاره

٥١٣----- الاؤل لو اقتسمها ثم بنى احدهما فى نصيبه

٥١٣----- التانى لو تضمنت القسمة التى فسدت بظهور استحقات التصيب

٥١٣----- التالث لو ظهرت بعد قسمه التركة

٥١٣----- منهل لو ظهر عيب فى نصيب احدهم بعد القسمة

٥١٤----- منهل اذا تحققت القسمة على الوجه المعتبر شرعا فهى لازمه

٥١٤----- منهل اذا ظهر غلط فى القسمة

٥١٤----- منهل اذا ادعى احد الشريكين او الشركاء الغلط فى القسمة و انه اعطى دون حقه

٥١٤----- اشاره

٥١٥----- ينبغي التنبيه على امور

٥١٥----- الاؤل لا فرق فى ذلك بين قسمه الأجار و التراضى

٥١٥----- التانى صرح فى لك بان طريقه اقامه البيتة على الغلط ان يحضر قاسمين

٥١٥----- التالث لو تقاسم الشريكان بانفسهما فاذا عى احدهما الغلط فى القسمة

٥١٥----- الرابع اذا لم يدع على المنكر العلم بالغلط

٥١٦----- الخامس لو تعدد الشركاء و حلف بعضهم دون بعض

٥١٦----- السادس صرح بعض الاصحاب بانه لا يحلف قاسم القاضى

٥١٦----- منهل اذا مات الإنسان و كان له غرماء يريدون ان يقتسموا امواله لاستيفاء حقوقهم

٥١٦----- اشاره

٥١٧----- ينبغي التنبيه على امور

٥١٧----- الاؤل اذا كان الميت المفروض مفلسا

٥١٧----- التانى اذا كان الميت المفروض غير مفلس و لا محجور عليه

٥١٧----- التالث هل جواز الاختصاص فى صورتين المشار اليهما على سبيل اللزوم

٥١٧----- منهل اذا كان للمديون المفلس و المحجور عليه الحى غرماء و كان عين مال احدهم باقيه لم يحاصه الغرماء فيها

٥١٨----- كتاب مناهل المضاربه و القراض

٥١٨----- منهل قد تبه فى التافع و التبصره و اللمعه على تعريف المضاربه

٥١٩----- منهل لا اشكال فى توقف صحه المضاربه على الإيجاب و القبول و رضاء صاحب المال و العامل بالمعامله

٥١٩----- اشاره

- ٥١٩ ..... الأوّل هل يشترط عدم الفصل بين الإيجاب والقبول
- ٥٢٠ ..... الثاني هل يشترط التنجيز هنا كأكثر العقود
- ٥٢١ ..... منهل اختلف الاصحاب في استحقاق العامل ما شرط له في عقد المضاربه من نصف الزبح او ثلثه او ربعه او غير ذلك
- ٥٢٢ ..... منهل عقد المضاربه من العقود الجائزه
- ٥٢٢ ..... اشاره
- ٥٢٢ ..... ينبغي التنبيه على امرين
- ٥٢٢ ..... الأوّل في جواز الفسخ بين ان يكون المال ناضا او لا
- ٥٢٢ ..... الثاني لا يشترط في الفسخ لفظ مخصوص
- ٥٢٣ ..... منهل يشترط في مال المضاربه ان يكون عيننا موجوده في الخارج
- ٥٢٣ ..... اشاره
- ٥٢٣ ..... ينبغي التنبيه على امور
- ٥٢٣ ..... الأوّل لا فرق في الدين بين ان يكون في ذمه العامل او غيره
- ٥٢٣ ..... الثاني صرح في بيع و التحرير و عد و جامع المقاصد بانه لو اذن العامل في القبض
- ٥٢٣ ..... الثالث صرح في التحرير و عد جامع المقاصد بانه لو قال اقضتكم هذه الالف شهرا
- ٥٢٤ ..... الرابع صرح في عد بانه لو قال ضاربتك شهرا
- ٥٢٤ ..... الخامس صرح في عد بانه لو قال له اعزل المال الذي لي عليك
- ٥٢٤ ..... منهل يشترط في مال المضاربه ان يكون معينا غير مجهول
- ٥٢٤ ..... اشاره
- ٥٢٤ ..... ينبغي التنبيه على امور
- ٥٢٤ ..... الأوّل لو احضر المالك الفين
- ٥٢٥ ..... الثاني لو قارضه و أطلق ثم احضر اليه الفا في المجلس
- ٥٢٥ ..... الثالث صرح في بيع و التحرير و لك و مجمع الفائدة بانه اذا قال بع هذه السلعه
- ٥٢٥ ..... الرابع صرح في بيع و التذكرو و التحرير و جامع المقاصد و لك و ضه و غيرها بانه يصح القراض بالمشاع
- ٥٢٥ ..... الخامس صرح في جامع المقاصد بانه يصح القراض بالمال الغائب عنهما وقت العقد
- ٥٢٥ ..... منهل اختلف الأصحاب في صحه المضاربه مع عدم العلم بمقدار المال الذي يصح به المضاربه على أقوال
- ٥٢٦ ..... منهل اذ وقع الاختلاف

٥٢٦ ..... اشارة

٥٢٧ ..... يتفزع على الشرط المذكور امور

٥٢٧ ..... احدها عدم صحه المضاربه بالعروض

٥٢٧ ..... و ثانيها عدم صحه المضاربه بالفلوس

٥٢٧ ..... و ثالثها عدم صحه المضاربه بالحلى

٥٢٧ ..... و رابعها عدم صحه المضاربه بالتقره

٥٢٨ ..... ينبغى التنبيه على امور

٥٢٨ ..... الاوّل هل يشترط فى الدراهم و الدنانير ان تكون مسكوكه بسكّه المعامله او لا

٥٢٨ ..... التانى لا فرق فى التسكه بين ان يكون سكه الإسلام

٥٢٨ ..... الثالث هل يصح المضاربه بالدراهم المغشوشه او لا

٥٢٨ ..... الرابع اذا كانت الدراهم و الدنانير قديميه و مهجوره حين المضاربه

٥٢٨ ..... الخامس لا يشترط فى راس المال كونه من جنس واحد

٥٢٨ ..... السادس لو كان التقدان مسكوكين بسكه المعامله

٥٢٩ ..... منهل اذا كان العامل عاجزا عن العمل فى راس المال

٥٢٩ ..... اشارة

٥٢٩ ..... ينبغى التنبيه على امور

٥٢٩ ..... الاوّل لو كان المالك غالبا بعجز العامل

٥٣٠ ..... التانى اذا عجز عن العمل فى البعض و قدر على العمل فى الباقي

٥٣٠ ..... الثالث صرح فى لك بائه لو كان قادرا فتجدد له العجز

٥٣٠ ..... الرابع اذا اخذ مع العجز للحفاظ لا بقصد المضاربه

٥٣٠ ..... منهل اطلاق عقد المضاربه يقتضى ان يتولى العامل ما يتولاه المالك

٥٣٠ ..... اشارة

٥٣١ ..... ينبغى التنبيه على امور

٥٣١ ..... الاوّل لو استاجر العامل لما يجب عليه عمله مباشره

٥٣١ ..... التانى اذا اتى بالعمل الذى له ان يستأجر عليه بنفسه

٥٣٢ ..... منهل يجوز للعامل ابتياع المعيب اذا لم يمنع منه المالك

٥٢٢

٥٢٢ ..... اشاره

٥٢٢ ..... ينبغى التنبيه على امور

٥٢٢ ..... الاول اذا اختلف صاحب المال و العامل فى الرد و الأرش

٥٢٣ ..... الثانى صرح فى القواعد بانّه اذا انتفت الغبطه قدم جانب المالك

٥٢٣ ..... منهل يكره ان يكون العامل كافرا

٥٢٣ ..... منهل يشترط فى صحه المضاربه ان يكون مشتركا بين ربّ المال و العامل

٥٢٣ ..... اشاره

٥٢٣ ..... ينبغى التنبيه على امور

٥٢٣ ..... الأوّل لو جعل لأحدهما شيئا معيّنا و الباقي مشتركا

٥٢٤ ..... الثانى لو جعل لأحدهما شيئا و الباقي للاخر

٥٢٤ ..... الثالث لو قال خذه قراضا و الربح لى

٥٢٥ ..... الرابع اذا قال خذه قراضا و الربح لك

٥٢٥ ..... منهل العامل اذا تلف راس المال و انكره المالك كان القول قول العامل

٥٢٥ ..... منهل لا يصح ان يشتري المالك من العامل شيئا من راس مال القراض

٥٢٦ ..... منهل لو شرط الاجل فى المضاربه و اجلها الى مدّه معلومه

٥٢٦ ..... اشاره

٥٢٦ ..... ينبغى التنبيه على امور

٥٢٦ ..... الأوّل لو قال ان مرّ بك سنه فبيع و لا تشتتر

٥٢٦ ..... الثانى اذا شرط لزوم المضاربه و عدم الفسخ مط

٥٢٧ ..... الثالث صرح فى كره بانّه لو قال قارضتك الان

٥٢٧ ..... الرابع لا يتوقف صحه المضاربه على اشتراط تاجيلها

٥٢٧ ..... منهل اذا اشترى العامل جاريه للقراض فلا يجوز له وطئها

٥٢٧ ..... منهل تبطل المضاربه بموت كل من المالك و العامل

٥٢٧ ..... اشاره

٥٢٨ ..... ينبغى التنبيه على امور

٥٢٨ ..... الأوّل لا فرق فى ذلك بين حصول الموت قبل التصرف و بعده

٥٣٨ ..... الثالث ان كان الميّت المالك و كان المال الباقي بعد موته عرضا

٥٣٩ ..... الرابع ان كان الميّت العامل فان كان المال ناضا و لا ربح

٥٣٩ ..... الخامس اذا بطلت المضاربه بالموت

٥٣٩ ..... السادس تبطل المضاربه بجنون كلّ من المالك و العامل

٥٣٩ ..... السابع صرح في كره و لك و ض بطلانها باغماء كل منهما

٥٣٩ ..... منهل يجب على العامل ان يقتصر في التّجاره على ما يعيّن له المالك من التصرف

٥٤٠ ..... اشاره

٥٤٠ ..... ينبغى التنبيه على امور

٥٤٠ ..... الأوّل صرح في كره باّنه لو شرط ان لا يشتري الا نوعا بعينه

٥٤٠ ..... التّاني صرح في كره أيضا باّنه لو قال اشتر هذا الشي ء و كان ممّا ينقطع

٥٤٠ ..... الثالث صرح في التّدكره أيضا باّنه لا فرق عندنا بين ان يقول لا تشتري الا هذه الجاربه

٥٤٠ ..... منهل لو خالف العامل

٥٤٣ ..... منهل يجب على العامل ان يشتري بعين المال حيث لا يكون هناك ما يدل على اذن المالك له في الشّراء في الدّمه

٥٤٣ ..... اشاره

٥٤٣ ..... ينبغى التنبيه على امرين

٥٤٣ ..... الأوّل اذا اذن المالك حين العقد بالشّراء في الدّمه

٥٤٤ ..... التّاني هل اطلاق عقد المضاربه يقتضى الاذن بالشّراء في الدّمه او لا

٥٤٥ ..... منهل هل يملك العامل نصيبه من الزّبح المشروط بظهوره و لا يتوقف على وجوده ناضا او لا

٥٤٥ ..... اشاره

٥٤٦ ..... ينبغى التنبيه على امور

٥٤٦ ..... الأوّل ليس تملك العامل بعد الظهور تملّكا تاما مستقرا

٥٤٧ ..... التّاني متى ما لم يحصل الموجب لاستقرار الملك

٥٤٧ ..... الثالث اذا اشترى العامل اباه

٥٤٧ ..... الرابع اذا ظهر ربح و مات العامل

٥٤٧ ..... الخامس لا شبهه في انه يحصل استقرار الملك بعد الانضاض

٥٤٧ ..... منهل هل يشترط في صحّه المضاربه اقباض المالك او وكيله راس المال من العامل او وكيله في مجلس العقد



٥٤٧ ----- منهل جوز تعدد العامل و وحده المالك و بالعكس

٥٤٧ ----- اشارة

٥٤٨ ----- ينبغى التنبيه على امور

٥٤٨ ----- الاوّل صرح في كره و الكفايه بانه يجوز اشتراط استقلال العاملين

٥٤٨ ----- الثانى صرح في جامع المقاصد بأنه اذا تعدد العامل

٥٤٨ ----- الثالث صرح في جامع المقاصد بأنه ان فاوت في الحصه بينهما صح عندنا

٥٤٨ ----- الرابع صرح في كره و جامع المقاصد ان تعدد المالك فان استويا في الحصه للعامل

٥٤٨ ----- منهل اذا كان له في يد غاصب مال فقارضه عليه

٥٤٨ ----- منهل اذا قارض المالك رجلا بعقد و شرط له شيئا

٥٤٩ ----- كتاب مناهل المزارعه و المساقات

٥٤٩ ----- القول في المزارعه

٥٤٩ ----- مقدمه صرح في النافع و جامع المقاصد و يع و كره و الكفايه بانّ المزارعه معامله على الارض بحصه من حاصلها و نمائها

٥٤٩ ----- منهل المزارعه جائزه و صحيحه شرعا

٥٤٩ ----- منهل لا اشكال في توقف المزارعه على الإيجاب و القبول

٥٥٠ ----- اشارة

٥٥١ ----- ينبغى التنبيه على امور

٥٥١ ----- الاول لا شك في صحه القبول بلفظ قبلت

٥٥١ ----- الثانى هل ينعقد المزارعه بلفظ الإجاره

٥٥٢ ----- الثالث اختلف الأصحاب في كفايه الايجاب و القبول الفعليين هنا على اقوال

٥٥٢ ----- الاوّل انه لا يكفى ذلك بل يشترط كونهما باللفظ

٥٥٢ ----- الثانى انه يشترط في الايجاب اللفظ و يكفى في القبول الفعل

٥٥٢ ----- الثالث انه يكفى هنا الايجاب و القبول الفعليين

٥٥٢ ----- الزابع هل يشترط وقوع القبول بعد الايجاب فورا

٥٥٣ ----- الخامس لا يبعد الحكم بجواز تقديم القبول على الايجاب

٥٥٣ ----- السادس صرح في التنقيح بان صوره عقد المزارعه الصحيح اجماعا ان يقول مالك الارض زارعتك

٥٥٣ ----- منهل المزارعه من العقود اللازمه التى لا يجوز فيها لأحد المتعاقدين الفسخ من غير رضاه الاخر

٥٥٣ ----- ينبغي التنبيه على امور

٥٥٣ ----- الاول يصح فسخ عقد المزارعه لو تقايلا و رضيا بالاقاله

٥٥٤ ----- الثاني اذا صار احد المتعاقدين مغبونا في هذه المعامله

٥٥٤ ----- الثالث اذا شرط كل منهما خيار الفسخ لنفسه

٥٥٤ ----- منهل لا تبطل عقد المزارعه بموت احد المتعاقدين

٥٥٤ ----- اشاره

٥٥٤ ----- ينبغي التنبيه على امور

٥٥٤ ----- الاول ان كان الميت العامل قام وارثه مقامه في العمل

٥٥٥ ----- الثاني لا تبطل المزارعه ببيع الارض

٥٥٥ ----- الثالث لا تبطل المزارعه أيضا بجنون احدهما

٥٥٥ ----- منهل و يشترط في صحه المزارعه ان يكون النماء باجمعه مشاعا بينهما

٥٥٥ ----- اشاره

٥٥٦ ----- ينبغي التنبيه على امور

٥٥٦ ----- الاول يجوز التفاضل في الحضه و التساوى

٥٥٧ ----- الثاني لو شرط احدهما ان يكون التمام له بطل العقد

٥٥٧ ----- الثالث اذا شرط صاحب البذر اخراج بذره ثم اشتركا في البقيه

٥٥٨ ----- الرابع اذا شرط احدهما ان يكون له عشره أفقره مثلا

٥٥٨ ----- الخامس لو شرط احدهما قدرا معلوما من الحاصل

٥٥٨ ----- السادس لو شرط احدهما المتقدم من الزرع

٥٥٨ ----- السابع لو شرط احدهما ان يكون له ما يزرع على الجداول

٥٥٩ ----- الثامن لو شرط احدهما ان يكون له زرع ناحيه و للاخر زرع ناحيه اخرى

٥٥٩ ----- التاسع لو شرط احدهما الشتوى و الاخر الصيفى

٥٥٩ ----- العاشر صرح في التذكرة بأنه لو شرط احدهما لصاحبه التصف

٥٦٠ ----- منهل و الاشكال في صحه المزارعه اذا كانت الارض مملوكه عينا و منفعه

٥٦٠ ----- اشاره

٥٦١ ----- ينبغي التنبيه على امور

الأول هل الأرض التي أباح مالكمها التصرف فيها

- ٥٦١
- ٥٦١ ----- الثاني هل تصح مزارعه الأرض الموقوفه بالوقف العام او لا
- ٥٦١ ----- منهل اذا شرط صاحب الأرض على العامل العمل بنفسه و ان لا يشارك غيره لزم و لم يجز له التعدي
- ٥٦١ ----- منهل لا يجوز للعامل التعدي عما عتین له المالك و شرط عليه من زرع شیء معین
- ٥٦٢ ----- منهل خراج الأرض و مؤنتها على صاحبها اذا لم يشترطها على العامل
- ٥٦٢ ----- اشاره
- ٥٦٢ ----- ينبغى التنبيه على امور
- ٥٦٢ ----- الأول لو شرط صاحب الأرض الخراج على العامل صح
- ٥٦٢ ----- الثاني لو شرط المالك المؤنه على العامل صح
- ٥٦٢ ----- الثالث يظهر من الزياض ان المراد من الخراج الاجره
- ٥٦٣ ----- الرابع صرح في لك بتفسير المؤنه
- ٥٦٣ ----- منهل اذا فسدت المزارعه كان الزرع لصاحب البذر
- ٥٦٣ ----- اشاره
- ٥٦٣ ----- ينبغى التنبيه على امور
- ٥٦٣ ----- الأول المراد بالاجره هنا اجره المثل
- ٥٦٤ ----- الثاني لا فرق في ثبوت الأجره لمن ليس له البذر على الأخر في مقابله
- ٥٦٤ ----- الثالث أطلق بعض الأصحاب وجوب الأجره لصاحب الأرض عند فساد المزارعه
- ٥٦٤ ----- الرابع مقتضى اطلاق كلام معظم الاصحاب في وجوب الاجره على صاحب البذر
- ٥٦٤ ----- الخامس صرح في مجمع الفائده بأنه يمكن استثناء ما كان البطلان
- ٥٦٤ ----- منهل اذا استاجر ارضا ثم اراد ان يوجرها باكثر مما استاجرها به جاز ذلك
- ٥٦٤ ----- اشاره
- ٥٦٥ ----- ينبغى التنبيه على امور
- ٥٦٥ ----- الأول يستفاد من التافع و يع و غيرها ان الإجاره الثانيه
- ٥٦٥ ----- الثاني يجوز الاجاره الثانيه في الفرض الأول
- ٥٦٥ ----- الثالث هل يكفي في الفرض الثاني مط ما يسمي حدنا
- ٥٦٥ ----- الرابع يلحق بالأرض في كلما ذكرناه فيها
- ٥٦٥ ----- الخامس لا فرق في الفرضين بين ان يكون انتفع من الأرض مده او لا

- ٥٦٦ ----- مقدمه صرح في الشرائع و النافع و عد و التذكرة و التحرير و مجمع الفائدة بان المساقات معاملته على اصول ثابتة بحضه من ثمرها
- ٥٦٦ ----- منهل لا خلاف بين الاصحاب في ان المساقات معاملته صحيحه جائزه مشروعه
- ٥٦٦ ----- منهل لا اشكال في توقف المساقات على الايجاب و القبول و كونها من العقود
- ٥٦٦ ----- اشاره
- ٥٦٧ ----- ينبغي التنبيه على امور
- ٥٦٧ ----- الاول هل يجوز ايقاع عقد المساقات بلفظ الاجاره
- ٥٦٨ ----- الثانى الاقرب عندى جواز الإيجاب و القبول بكل لفظ دلّ عليهما
- ٥٦٨ ----- الثالث اختلف الاصحاب في كفايه الايجاب و القبول الفعليين هنا
- ٥٦٩ ----- الرابع هل يشترط وقوع القبول بعد الإيجاب فوراً
- ٥٦٩ ----- الخامس لا يعبد الحكم بجواز تقديم القبول على الإيجاب هنا
- ٥٦٩ ----- منهل المساقات من العقود اللازمة من الطرفين التى لا يجوز لأحد المتعاقدين الفسخ من غير رضاه الاخر
- ٥٦٩ ----- اشاره
- ٥٧٠ ----- ينبغي التنبيه على امور
- ٥٧٠ ----- الاول يصح فسخ عقد المساقات لو تقايلا و رضيا به
- ٥٧٠ ----- الثانى هل للمغبون هنا خيار الفسخ او لا
- ٥٧٠ ----- الثالث هل يثبت هنا خيار الشرط للمشروطه له او لا
- ٥٧٠ ----- منهل تصح المساقات قبل ظهور الثمره و لا تصح بيعه اذ لم يبق للعامل عمل يستزاد به الثمره
- ٥٧٠ ----- اشاره
- ٥٧١ ----- ينبغي التنبيه على امور
- ٥٧١ ----- الاول قد عدّ ممّا يستزاد به الثمره امور
- ٥٧٢ ----- احدها الحرث
- ٥٧٢ ----- و ثانيها رفع اغصان الكرم على الخشب
- ٥٧٢ ----- و ثالثها تابير ثمره التخل
- ٥٧٢ ----- و رابعها السقى
- ٥٧٢ ----- و خامسها اصلاح الشجره
- ٥٧٢ ----- [الثانى]

- ٥٧٢ ..... اشاره
- ٥٧٢ ..... اشاره
- ٥٧٤ ..... ينبغي التنبيه على امرين
- ٥٧٤ ..... الاول لا تبطل المسافات بالبيع
- ٥٧٤ ..... الثاني صرح في الارشاد بانها تبطل بالتقابل
- ٥٧٤ ..... منهل صرح في يع و النافع و التبصره و الارشاد و القواعد و التحرير و اللمعه بأنه يصح المسافات على كل اصل ثابت له ثمره ينتفع بها عاده مع بقاء عينه
- ٥٧٤ ..... اشاره
- ٥٧٤ ..... امور ينبغي التنبيه عليها
- ٥٧٤ ..... الاول ليس من الثمره الاغصان
- ٥٧٤ ..... الثاني لا اشكال في عدم جواز المسافات على الشجر الذي لا ينتفع بورقه عاده
- ٥٧٧ ..... الثالث يصح المسافات على ماله
- ٥٧٧ ..... امور ينبغي التنبيه عليها
- ٥٧٧ ..... الاول لو ساقاه على ودى مغروس الى مده يعلم بانه يحمل مثله فيها صح
- ٥٧٨ ..... الثاني لو ساقاه على ودى مغروس الى مده يعلم بانه لا يحمل فيها
- ٥٧٨ ..... الثالث الظاهر ان غير الودى من صغار الشجر التي تصح المسافات على كبارها
- ٥٧٨ ..... الرابع هل يجوز المسافات على التخل و الاشجار الموقوفه عامًا او خاصا
- ٥٧٩ ..... منهل لا بد في المسافات من تاجيلها باجل و تعيينها في مده
- ٥٧٩ ..... اشاره
- ٥٧٩ ..... فينبغي التنبيه على امور
- ٥٧٩ ..... الأول يجوز ان تكون المده طويله و قصيره
- ٥٧٩ ..... الثاني ليس للمده الطويله حد شرعا
- ٥٨٠ ..... الثالث ليس للمده القليله حد شرعا أيضا
- ٥٨٠ ..... الرابع لا اشكال في انه يشترط في المده تعيينها في الجملة
- ٥٨١ ..... منهل يجب على العامل امور حيث يطلق عقد المسافات و لم يذكر فيه ما يلزمه
- ٥٨١ ..... اشاره
- ٥٨٣ ..... ينبغي التنبيه على امور
- ٥٨٣ ..... الاول صرح في عد و الكفايه و الرياض بان العمل بالتناضح على العامل

- ٥٨٣ ..... الثاني صرح في لك و ضه كما عن الحلّى
- ٥٨٣ ..... الثالث صرح في جامع المقاصد و ضه و لك بانّ اصلاح طريق الماء
- ٥٨٤ ..... الرابع صرح في كره و جامع المقاصد و ضه و لك بان فتح راس الساقيه و سدّها عند الفراغ
- ٥٨٤ ..... الخامس صرح في عد و التحرير و كره كما عن الحلّى بانّ البقر الّذى يحرث على العامل
- ٥٨٤ ..... السادس صرح في كره بان تجفيف الثمار على العامل
- ٥٨٤ ..... السابع صرح في الغنيه بانّ التابير على العامل
- ٥٨٤ ..... الثامن صرح في عد و كره و التحرير بان تقويه الارض بالزّيل
- ٥٨٤ ..... التاسع لا اشكال في انه يجب على العامل كلّها يستزاد به الثمره
- ٥٨٥ ..... العاشر اطلاق عقد المزارعه كإطلاق عقد المساقات
- ٥٨٦ ..... منهل يجب على المالك حيث يطلق عقد المساقات امور
- ٥٨٦ ..... اشاره
- ٥٨٦ ..... ينبغي التنبيه على امور
- ٥٨٦ ..... الأوّل صرح في التذكرة بانّه يجب على المالك نصب الابواب
- ٥٨٧ ..... الثّاني هل الثور الّذى يدير الدولاب على المالك
- ٥٨٧ ..... الثالث هل الكش للتلقيح على المالك او على العامل
- ٥٨٧ ..... الرابع صرح في التذكرة و القواعد و التحرير بانّ السّمد للأرض
- ٥٨٧ ..... الخامس اختلف الاصحاب في بيان الضّابط
- ٥٨٨ ..... منهل خراج الارض الخراجيّة على المالك
- ٥٨٨ ..... اشاره
- ٥٨٩ ..... ينبغي التنبيه على امور
- ٥٨٩ ..... الأوّل اذا شرط المالك كلّه او بعضه على العامل
- ٥٨٩ ..... الثّاني صرح في جامع المقاصد و ضه و الكفايه و الزّياض
- ٥٨٩ ..... الثالث يستفاد من اطلاق التبصره و الارشاد و عد و الّمعنه ان خراج النخل
- ٥٨٩ ..... الرابع الأرض الخراجيّة هي الأرض المفتوحه عنوه
- ٥٨٩ ..... منهل يملك العامل نصيبه بظهور الثمره المساقى عليها من دون توقّف على بدو الصّلاح و القسّمه
- ٥٨٩ ..... اشاره
- ٥٩١ ..... ينبغي التنبيه على امرين

الأول اذا لم يبلغ نصيب العامل نصاب الزكاه لم تجب عليه

٥٩١

الثاني لو كانت المساقات بعد تعلق الزكاه

٥٩٢

منهل يشترط في صحه المساقات ان يكون النماء باجمعه مشاعا بينهما

٥٩٢

اشاره

٥٩٢

ينبغي التنبيه على امور

٥٩٢

الأول لا ريب في أنه يجوز التفاصل في الحصة

٥٩٢

الثاني لو شرط احدهما ان يكون التمام له بطل العقد

٥٩٢

الثالث لو شرط كل النماء او بعضه لثالث

٥٩٣

الرابع لو شرط المالك لنفسه شيئا معينا

٥٩٣

الخامس يجوز اختلاف الحصة في الانواع

٥٩٣

السادس صرح في كرهه بانه يجوز ان يشترط احدهما كل الأشياء يسيرا

٥٩٣

منهل يجوز ان يشترط المالك على العامل شيئا من ذهب او فضه و لكن يكره و لو اتفق وجب الوفاء به

٥٩٣

اشاره

٥٩٣

ينبغي التنبيه على امور

٥٩٤

الأول اذا لم تخرج الثمره و عدت

٥٩٤

الثاني اذا تلفت بعض الثمره فهل يسقط مط

٥٩٤

الثالث يجوز اشتراط غير الذهب و الفضة من الاجناس التي هي غير الثمره

٥٩٥

الرابع هل يلحق بالذهب و الفضة غيرهما في حكم تلف تمام الثمره او بعضها او لا

٥٩٦

الخامس اذ شرط العامل على المالك شيئا من الذهب او الفضة

٥٩٦

السادس يلحق اشتراط ما عدا الذهب و الفضة من ساير الاجناس

٥٩٦

منهل اذا فسدت المساقات بفقد شرط من شروطها كانت الفائده لمالك الاصل و للعامل الاجره في صورته جهله بالفساد

٥٩٦

اشاره

٥٩٦

ينبغي التنبيه على امور

٥٩٧

الأول صرح في كرهه بانه للعامل الاجره

٥٩٧

الثاني المراد بالاجره هنا اجره المثل

٥٩٧

الثالث يظهر من اطلاق الكتب المتقدمه عدم الفرق

٥٩٧

منهل اذا استاجر مالك الشجر و التخل اجيرا على العمل بجزء من الثمره قبل ظهورها

٥٩٨

- منهل اذا دفع صاحب ارض ارضه الى من له نخل و شجر ليغرس فيها على ان يكون الغرس بينهما لم يصح و يبطل المغارسه
- ٥٩٨
- ٥٩٨ ..... اشاره
- ٥٩٩ ..... ينبغي التنبيه على امور
- ٥٩٩ ..... الأول لا فرق في ذلك بين ان يشترط للعامل جزء من الارض او لا
- ٥٩٩ ..... الثاني اذا تحققت هذه المعامله الفاسده فالغرس لصاحبه
- ٥٩٩ ..... الثالث يجوز لصاحب الأرض بعد ظهور فساد المعامله قلع الغرس
- ٦٠٠ ..... الرابع صرح في يع و كره و الإرشاد و عد و التحرير و مجمع الفائده بان المراد بالارش
- ٦٠٠ ..... الخامس لو كانا عالمين بالفساد
- ٦٠١ ..... السادس اذا دفع رجل له ارض و غرس الى غيره
- ٦٠١ ..... السابع لو دفع صاحب الغرس الى مالك الأرض اجره ارضه
- ٦٠١ ..... الثامن صرح في لك بانه لو كان الغرس من مالك الارض
- ٦٠١ ..... التاسع صرح في جامع المقاصد بان من المغارسه الباطله
- ٦٠٢ ..... العاشر اذا اتى بالمغارسه التي مر تفسيرها بطريق الصلح
- ٦٠٢ ..... كتاب مناهل الوديعه
- ٦٠٢ ..... مقدمه صرح في التافع و اللمعه و التنقيح بان الوديعه استنابه في الاحتفاظ و الحفظ
- ٦٠٢ ..... منهل اتفق الأصحاب على ان الوديعه جائزه و مشروع و لهم وجوه
- ٦٠٣ ..... منهل اذا اودع و كان المودع مضطرا الى الابداع
- ٦٠٣ ..... اشاره
- ٦٠٤ ..... ينبغي التنبيه على امور
- ٦٠٤ ..... الاول لا فرق على المختار بين ان يكون مريدا لإيداع مؤمنا او من ساير الفرق الصّاله
- ٦٠٤ ..... الثاني لو قلنا بالوجوب عينا او كفايه فيما سبق
- ٦٠٤ ..... الثالث اذا توقف الاتيان بواجب مطلق على قبول الوديعه وجب مط
- ٦٠٥ ..... الرابع لو قلنا بوجوب القبول فهل يشترط العلم بالسبب الموجب له او لا
- ٦٠٥ ..... الخامس اذا اودع
- ٦٠٥ ..... السادس اذا اودع من غير اضطرار اليه
- ٦٠٥ ..... منهل الوديعه عقد يتوقف على الايجاب و القبول و رضاء الطرفین
- ٦٠٥ ..... اشاره



٦٠٦----- الاوّل اختلف الاصحاب في اشتراط اللفظ في الايجاب و القبول

٦٠٦----- الثاني هل يشترط في غير اللفظ ان يكون مفيدا للعلم

٦٠٦----- الثالث لا يجب هنا مقارنة الايجاب للقبول قوليا كان او فعليًا

٦٠٦----- منهل اذا اكره المستودع على قبول الوديعة فقبلها اضطرارا فلا تصح الوديعة

٦٠٦----- اشاره

٦٠٧----- ينبغي التنبيه على امرين

٦٠٧----- الاوّل اذا اكره المودع المستودع على قبولها

٦٠٧----- الثاني اذا قبل المستودع بعد زوال الاكراه و وضع يده عليها مختارا

٦٠٧----- منهل يجب على المستودع ما دام مستودعا ان يحفظ كل وديعه صحيحه شرعا

٦٠٧----- اشاره

٦٠٨----- ينبغي التنبيه على امور

٦٠٨----- الاوّل هل وجوب الحفظ نفسى كوجوب الصلاه

٦٠٨----- الثاني لا يشترط في الحفظ قصد القربه

٦٠٨----- الثالث لا يجب عليه الحفظ الى ان يسترجع المالك

٦٠٨----- الرابع هل يجب على المستودع حفظ الوديعة

٦٠٨----- الخامس لا شبهه في ان المستودع اذا حفظ الوديعة بما جرت به العاده في حفظها

٦٠٩----- السادس صرح في لك و الكفايه و الرياض بانه لا فرق في وجوب الحفظ و الحرز بين علم المستودع

٦٠٩----- منهل الوديعة جائزه من الطرفين

٦٠٩----- اشاره

٦١٠----- ينبغي التنبيه على امور

٦١٠----- الاوّل اذا فسح المستودع و عزل نفسه صارت الوديعة في يده امانه شرعيّه

٦١٠----- الثاني ان ردها بعد الفسخ الى المالك او وكيله

٦١٠----- الثالث اذا تمكن من ردها اليهما فردها الى الحاكم

٦١٠----- الرابع اذا لم يتمكن من الرد الى المالك و الوكيل

٦١١----- الخامس اذا تمكن من حفظها و لم يتمكن من الرد الى المالك

٦١١----- السادس اذا وجب على المستودع اعطاء الوديعة للحاكم

٦١٢

٦١٢-----اشاره

٦١٢-----ينبغي التنبيه على امور

٦١٢-----الاول تبطل عقد الوديعة أيضا بجنون كل منهما في بيع و الارشاد

٦١٢-----الثاني تبطل عقد الوديعة أيضا بحصول الاغماء لكل منهما

٦١٢-----الثالث صرح في التنقيح ببطلان عقد الوديعة أيضا بسفه احدهما

٦١٢-----الرابع اذا مات المودع و حصل البطلان

٦١٣-----الخامس هل يجب اذا سمع المستودع موت المودع

٦١٣-----السادس اذا اتحد وارث المودع سلّمت الوديعة اليه

٦١٤-----منهل الوديعة امانه لا يضمنها المستودع

٦١٥-----منهل المستودع اذا اشترى شيئا على وجه التجاره

٦١٩-----منهل المستودع اذا صار ضامنا بالتعدى و التفريط

٦١٩-----اشاره

٦١٩-----ينبغي التنبيه على امور

٦١٩-----الاول اذا ردّ المستودع المفروض الوديعة الى صاحبها

٦١٩-----الثاني اذا لم يدفعها المستودع المفروض الى المالك

٦٢٠-----الثالث اذا أبرأ المالك المستودع من الضمان حيث لم يردها اليه

٦٢١-----الرابع صرح في كرهه بانه لو قال المالك اودعتك كذا

٦٢١-----الخامس اذا تلف الوديعة في يد المستودع بتعد او تفريط

٦٢١-----منهل لو اخذ الظالم من المستودع الوديعة قهرا و لم يتمكن هو من دفعه اصلا

٦٢١-----اشاره

٦٢١-----ينبغي التنبيه على امور

٦٢١-----الاول لا فرق في ذلك بين ان يتولى الظالم اخذها قهرا من يده او مكانه

٦٢٢-----الثاني صرح في الشرائع و اللمعه و لك و ضه و الكفايه بان المستودع

٦٢٣-----منهل اذا توقف رفع الظالم على حلفه بانه ليست عنده

٦٢٣-----اشاره

٦٢٣-----ينبغي التنبيه على امور

الأول هل يجب عليه التوريه في حلفه بما يخرج عن الكذب

٦٢٣

الثاني اذا لم يتمكن من التوريه فلا اشكال في عدم وجوبها

٦٢٣

الثالث هل الحلف ح يتصف بالوجوب او لا

٦٢٤

الرابع لا كفاره بهذا الحلف كما صرح به في كره

٦٢٤

الخامس لو ترك الحلف حيث وجب عليه فاخذها الظالم ضمنها

٦٢٤

منهل اذا طلب المالك الوديعة و تمكن المستودع من ردّها و لم يكن مانع منه وجب عليه ردّها

٦٢٤

اشاره

٦٢٤

ينبغي التنبيه على امور

٦٢٥

الأول هل وجوب الردّ فوري

٦٢٥

الثاني لو اهمل الردّ بعد المطالبه و امكانه ضمن

٦٢٥

الثالث هل يجوز تاخير الردّ للاشتهار عليه او لا

٦٢٦

الرابع اذا كان المستودع في صلاه فريضه

٦٢٦

الخامس هل يلحق الصلاه المندوبه بالفريضه فيما ذكرناه او لا

٦٢٦

السادس هل يكون الحمام و الطعام و المطر و التخلّي و نحو ذلك أعدارا في التأخير

٦٢٦

السابع اذا ترك الردّ بعد وجوبه عليه فورا

٦٢٧

الثامن صرح في جامع المقاصد و ضه و لك بان المعتبر في السعي

٦٢٧

التاسع صرح في التذكرة و عد بانه ليس على المستودع تحمّل مؤنه الرد على المالك

٦٢٧

منهل اذا اودعه الظالم شيئا يعلم انه ليس له و آته غصب فلا يجوز ردّه الى المودع الغاصب

٦٢٧

اشاره

٦٢٧

ينبغي التنبيه على امور

٦٢٨

الأول اختلف القائلون بوجوب التصدق في وجوبه عينا على قولين

٦٢٨

الاول انه واجب عينا

٦٢٨

الثاني انه لا يجب التصدق بها عينا بل يتخير

٦٢٨

الثاني اذا تصدق فهل يضمن

٦٢٩

الثالث تبه المقدس الأردبيلي و غيره على المراد بالضمان هنا

٦٢٩

الرابع صرح جماعه من الأصحاب كالشيخ في يه

٦٣٠

الخامس أطلق اكثر القائلين بالتصدق جوازه

٦٣٠

- ٦٣٠ ..... السادس اذا عرف الوديعة المفروضة حولا كاملا
- ٦٣٠ ..... السابع لا فرق في الوديعة المفروضة بين ان تكون بمقدار الدرهم او انقص منه
- ٦٣٠ ..... الثامن ان كان الظالم المودع مزج الوديعة التي غصبها من غيره بماله
- ٦٣١ ..... التاسع ائما يجب منع الغاصب في غير صورة الامتزاج
- ٦٣١ ..... منهل اذا قبض مالا و وضع يده عليه او اقر بوضع يده عليه فتلّف ذلك من غير تعد و لا تفريط
- ٦٣١ ..... اشاره
- ٦٣٢ ..... ينبغي التنبيه على امور
- ٦٣٢ ..... الاول يلحق بصوره التلف صورته عدم امكان ردّ المال
- ٦٣٢ ..... الثاني اذا تمكن الودعي من ردّ عين المال المتنازع فيه
- ٦٣٢ ..... الثالث اذا لم يعلم بوضع يده و لا اقر هو به
- ٦٣٣ ..... الرابع صرح في التذكرة بانه لو انعكس الفرض فادعى المالك الابداع
- ٦٣٣ ..... منهل لو طلب المالك من المستودع الردّ فادعى التلف من غير تفريط و لا تعدّ
- ٦٣٣ ..... اشاره
- ٦٣٣ ..... ينبغي التنبيه على امرين
- ٦٣٤ ..... الاول هل يتوقف قبول قول المستودع في الصورة المتقدمه على اليمين او لا
- ٦٣٤ ..... الثاني اذا اتفقا على التلف و ادعى المالك التفريط الموجب للضمان
- ٦٣٤ ..... كتاب مناهل جمله من الاحكام المتفرقه
- ٦٣٤ ..... منهل لا ريب في ان عقوق الابوين من المحرمات و الكبائر القادحة في العدالة
- ٦٣٥ ..... اشاره
- ٦٣٥ ..... ينبغي التنبيه على امور
- ٦٣٥ ..... الاول صرح في النهايه و القاموس و المصباح المنير و مجمع البحرين بان العقوق في الاصل من العق و هو الشق
- ٦٣٥ ..... الثاني هل يحرم ان يقال للوالدين اف او لا
- ٦٣٦ ..... الثالث هل يجوز اهانه الابوين و ايذاهما او زجرهما
- ٦٣٦ ..... الرابع هل يجوز الامور المذكوره للتقيه او لا
- ٦٣٦ ..... الخامس هل يجوز الامور المذكوره اذا رضى بها الوالدين تحتنا منهما
- ٦٣٦ ..... السادس هل يجوز الامور المذكوره لدفع الاذيه و الاهانه عن نفسه
- ٦٣٦ ..... السابع يستفاد من ظواهر الآيات المتقدمه وجوب الاحسان الى الوالدين

٦٣٧----- التاسع لا اشكال في انه لا يجب اطاعتهما في المعصيه من ترك الواجب

٦٣٧----- العاشر هل تجب اطاعه كل منها في المباح و حرمه عصيانه فيه

٦٣٩----- الحادى عشر هل يشترط في حرمه العقوق اسلام الابوين

٦٣٩----- الثانى عشر هل يحرم عقوق الجد و الجده و ان عليا او لا

٦٣٩----- الثالث عشر هل الابوان باعتبار الزنا يحرم عقوقهما أيضا او لا

٦٣٩----- منهل لا يجب الاستماع لقراءه القرآن في غير صلاه الجماعه

٦٣٩----- منهل لا اشكال و لا خلاف و لا شبهه في ان الغناء يحرم اذا اشتمل على محرم

٦٣٩----- اشاره

٦٤٠----- ينبغى التنبيه على امور

٦٤٠----- الاول هل يحرم الغناء في زياره سيدنا و مولانا ابى عبد الله الحسين او لا

٦٤١----- الثانى هل يحرم الغناء في القرآن او لا

٦٤١----- الثالث هل يحرم الحداء

٦٤١----- الرابع اختلف الاصحاب في جواز غناء المغنيه لرف العرائس

٦٤١----- الخامس الغناء الحرام من جمله الكبائر

٦٤١----- السادس لا يجوز استماع الغناء الحرام

٦٤١----- السابع صرح العلامة في المنتهى و المقدس الأردبيلي بانه يحرم تعلم الغناء

٦٤٢----- الثامن الظاهر انه لا خلاف بين الاصحاب في انه يحرم التكسب بالغناء الحرام

٦٤٢----- التاسع ورد في جمله من الروايات الضعيفه على الظاهر المنع من بيع الجاربه المغنيه

٦٤٢----- العاشر اختلف العلماء في تفسير الغناء

٦٤٣----- منهل لا اشكال و لا شبهه في ان غيبه المؤمن العدل الامامى محرمه لا تجوز فعلها و يجب تركها

٦٤٣----- اشاره

٦٤٤----- ينبغى التنبيه على امور

٦٤٤----- الاول لا فرق في المؤمن العادل في حرمه الغيبه

٦٤٥----- الثانى المؤمنه العادله و الخنثى العادل كالمؤمن العادل

٦٤٥----- الثالث هل يحرم غيبه اطفال المؤمنين او لا

٦٤٥----- منهل هل يجوز غيبه المسلم الغير الامامى

٦٤٦ ..... اشاره

٦٤٧ ..... الاوّل اصاله الاباحه

٦٤٧ ..... التّانى آتّه تبّه على دعوى الاجماع عليه الشّيخ

٦٤٧ ..... الثّالث أنّه لو لم يجز غيبه الفاسق المفروض

٦٤٧ ..... الرّابع أنّ الفاسق المفروض يجوز لعنه

٦٤٧ ..... الخامس آتّه قد جرت عاده الاماميه و استمرت طريقتهم بذكر الفسوق

٦٤٨ ..... السادس جملة من الاخبار منها التّبوى مشار اليه فى مجمع الفائدة

٦٤٨ ..... السابع اذا توقف نهى الفاسق الغير المتجاهر بالفسق عن المنكر الواجب على غيبته

٦٤٩ ..... الثامن هل استماع الغيبه المحزّمه كفعلها فيحرم او لا

٦٤٩ ..... التاسع هل الغيبه المحزّمه كبيره فيقدح بالعداله او لا

٦٤٩ ..... العاشر صرّح الشّهيد الثّانى فى الرّسالة بانه يباح غيبه من يحرم غيبته للاستفتاء

٦٥٠ ..... منهل الحسد حرام و معصيه لا يجوز ارتكابه

٦٥٠ ..... اشاره

٦٥١ ..... ينبغى التنبيه على امور

٦٥١ ..... الاول هل الحسد من الكبائر او لا

٦٥٢ ..... الثّانى هل يختص تحريم الحسد و كونه كبيره كون المحسود حرا مؤمنا او لا

٦٥٢ ..... الثّالث نبه فى مجمع البيان على معنى الحسد

٦٥٢ ..... الرّابع اذا حسده على ما وصل اليه من اللذائد المحرّمه

٦٥٣ ..... الخامس الكراهه التى تحصل له قهرا

٦٥٣ ..... منهل بغض المؤمن حرام و معصيته كحسده

٦٥٣ ..... اشاره

٦٥٤ ..... ينبغى التنبيه على امور

٦٥٤ ..... الاول هل هذا المحرم من جملة الكبائر القادحة فى العداله مط

٦٥٤ ..... الثّانى قال فى لك المراد ببغضه كراهته و استنقاله

٦٥٤ ..... الثّالث ان البغض المحرم هو الذى يقدر على تركه

٦٥٤ ..... الرّابع هل المراد بالمؤمن هنا الامامى العدل الثّقه

- ٦٥٥ ..... كتاب مناهل البيع
- ٦٥٥ ..... [القول في المعاطاه]
- ٦٥٥ ..... منهل اختلف عبارات الاصحاب في تعريف البيع
- ٦٥٥ ..... منهل لا اشكال في صحه البيع بالايجاب من البائع و القبول من المشتري
- ٦٥٥ ..... اشاره
- ٦٦٠ ..... ينبغي التنبيه على امور
- ٦٦٠ ..... الاوّل هل بيع المعاطات على المختار من كونه مفيدا لنقل الملك يفيد اللزوم أيضا
- ٦٦١ ..... الثاني هل بيع المعاطات الخالي من اللفظ و الصيغه يفيد اباحه التصرف
- ٦٦٣ ..... الثالث لا فرق في المعاطات بين المحقرات
- ٦٦٣ ..... الرابع صرح في الروضه بان المعاطات عباره من اعطاء كل واحد من المتبايعين ما يريد من المال
- ٦٦٣ ..... الخامس هل يشترط في افاده المعاطات و ما في معناها اباحه التصرف
- ٦٦٤ ..... السادس على المختار من صحه المعاطات في البيع ينعقد البيع بالاشاره
- ٦٦٤ ..... السابع اذا كان لفظا الايجاب و القبول فعلا او بالعكس
- ٦٦٤ ..... الثامن هل المعاطات و ما في معناها كالبيع المشتمل على الايجاب و القبول اللفظيين في الشرائط
- ٦٦٤ ..... منهل قد بينا فيما سبق ان المعاطاه لا تفيد اللزوم
- ٦٦٤ ..... اشاره
- ٦٦٥ ..... و ينبغي التنبيه على امور
- ٦٦٥ ..... الاوّل اذا نقل احدهما العين عن ملكه فهو تلف بمنع جواز الفسخ
- ٦٦٦ ..... الثاني اذا تصرف فيها تصرفا غير ناقل للملك و لا جزء سبب
- ٦٦٦ ..... الثالث لو اشتبهت بغيرها او امتزجت بحيث لا يتميز
- ٦٦٦ ..... الرابع لو رجع في العين حيث يجوز
- ٦٦٦ ..... منهل اذا كان ايجاب البيع و قبوله بغير اللغه العربيه
- ٦٦٦ ..... اشاره
- ٦٦٧ ..... ينبغي التنبيه على امور
- ٦٦٧ ..... الاوّل هل الكتابه على ورق او خشب او لوح او تراب او نحوها يقوم مقام التلفظ
- ٦٦٨ ..... الثاني اذا تعدّر التلفظ بخرس او أفه في اللسان او نحو ذلك فهل تقوم الاشاره مقام اللفظ

٦٦٨ ----- منهل اختلف الاصحاب في توقف الايجاب و القبول في عقد البيع على كونهما بصيغته الماضي على قولين

٦٦٩ ----- منهل اختلف الاصحاب في توقف عقد البيع على تقدّم الايجاب على القبول

٦٧٠ ----- منهل هل يشترط وقوع القبول فورا عاده بحيث يعد جوابا للإيجاب او لا

٦٧٠ ----- القول فيما يجوز بيعه و ما لا يجوز

٦٧٠ ----- منهل المشهور بين الاصحاب أنّه لا يصح بيع الخمر مط

٦٧٠ ----- اشاره

٦٧٢ ----- ينبغي التنبيه على امرين

٦٧٢ ----- الأوّل لا يجوز و لا يصح بيع الفقاع مط

٦٧٢ ----- الثاني لا يجوز و لا يصح بيع النبيذ المسكر

٦٧٣ ----- منهل لا يجوز بيع الميتة و لا يصح

٦٧٣ ----- منهل لا يجوز بيع الدّم

٦٧٣ ----- منهل لا يجوز و لا يصح بيع كلب الهراش و العقور

٦٧٣ ----- اشاره

٦٧٦ ----- ينبغي التنبيه على امور

٦٧٦ ----- الأوّل اختلف الاصحاب في جواز بيع كلب الماشيه على قولين

٦٧٦ ----- الأوّل أنّه يجوز و هو للمحكي في بعض مصنفات السيد الاستاد ق ره

٦٧٧ ----- الثاني أنّه لا يجوز

٦٧٨ ----- الثاني اختلف الاصحاب في جواز بيع كلب الزرع على قولين

٦٧٨ ----- الاول انه يجوز

٦٧٨ ----- الثاني انه لا يجوز

٦٧٩ ----- الثالث هل يجوز بيع الجرو القابل للتعليم من انواع كلاب الصيد

٦٧٩ ----- الرابع يجوز اجاره كلب الصيد كما يجوز بيعه

٦٨٠ ----- الخامس هل يجوز التصرفات المذكوره من الاجاره

٦٨١ ----- السادس يجوز اقتناء الكلاب التي ينتفع بها للانتفاع

٦٨١ ----- السابع كلما يجوز اقتنائه من الكلاب يصح تملكه كغيره من الحيوانات

٦٨٢ ----- منهل اختلف الاصحاب في جواز بيع الهرة على قولين



- ٦٨٢ ..... الاول انه يجوز
- ٦٨٢ ..... الثاني انه لا يجوز
- ٦٨٢ ..... ينبغي التنبيه على امرين
- ٦٨٢ ..... الاول حكى فى س عن القاضى القول بعدم جواز التصرف فى ثمن الهرة بغير التصديق
- ٦٨٣ ..... الثاني كما يجوز بيع ذلك يجوز اجارته و الصلح عليه
- ٦٨٣ ..... منهل يجوز بيع الفهد و السباع الطاهر
- ٦٨٣ ..... منهل اختلف الاصحاب فى جواز بيع الفيل على قولين
- ٦٨٣ ..... الاول انه يجوز
- ٦٨٣ ..... الثاني انه لا يجوز
- ٦٨٤ ..... ينبغي التنبيه على امور
- ٦٨٤ ..... الاول هل يجوز بيع سائر المسوخ او لا
- ٦٨٥ ..... الثاني صرح فى التهايه بانه لا يجوز بيع المارماهى و كل سمك لا يحل اكله
- ٦٨٥ ..... الثالث صرح فى الخلاف بالمنع من بيع الدب و الثعلب و الارنب
- ٦٨٥ ..... الرابع صرح فى المبسوط بعدم جواز اجاره المسوخ
- ٦٨٥ ..... منهل اختلف الاصحاب فى جواز بيع عذره الانسان على قولين
- ٦٨٥ ..... الاول انه لا يجوز
- ٦٨٥ ..... الثاني انه يجوز
- ٦٨٧ ..... ينبغي التنبيه على امرين
- ٦٨٧ ..... الاولين يلحق بالعذره كل سرجين و روث نجس
- ٦٨٨ ..... الثالث هل يلحق بالبيع كل عقد ناقل للعين
- ٦٨٨ ..... منهل هل يجوز بيع روث مأكول اللحم كالإبل و الغنم و البقر و غيرها او لا
- ٦٨٩ ..... منهل الابوال على ثلاثة اقسام
- ٦٨٩ ..... منها ما هو نجس العين
- ٦٨٩ ..... منها ما هو طاهر شرعا
- ٦٩٠ ..... منها ما هو طاهر
- ٦٩٣ ..... منهل المائعات التجسه التي لا تقبل الطهاره لا يجوز بيعها مط
- ٦٩٣ ..... اشاره

٦٩٤-----الاول هل يجوز ان ينتفع بذلك في غير الاستصباح

٦٩٥-----الثاني هل يختص جواز الاستصباح بالدهن المتنجس او لا

٦٩٥-----منهل عد في التافع مما يحرم بيعه الالات المحرمه كالعود و الطبل و الزمر و هياكل العباده المبتدعه

٦٩٦-----القول في المتعاقدين

٦٩٦-----منهل اختلف الاصحاب في صحه بيع المميز الذي لم يبلغ على اقوال

٦٩٦-----الاول انه لا يصح بيعه سواء كان صبياً أم صبيه

٦٩٦-----الثاني انه يصح بيع البالغ عشر سنين رشيداً

٦٩٦-----الثالث انه يصح بيع المميز الرشيد و شرائه

٦٩٦-----الرابع انه يصح بيعه و شرائه فيما كان فيه بمنزله الآله لمن له الاهليه

٦٩٨-----منهل هل يشترط في المتعاقدين ان يكونا مالكين لما يقع عليه عقدهما او بمنزله المالك

٦٩٨-----اشاره

٧٠٢-----ينبغي التنبيه على امور

٧٠٢-----الاول شراء الفضولي حكمه حكم بيع الفضولي

٧٠٢-----الثاني اذا باع الفضولي او اشترى يبقى على المختار ما فعله موقوفاً على اجازة الاصيل

٧٠٢-----الثالث لا فرق في بيع الفضولي بين ان يكون معاطاه او لا

٧٠٢-----الرابع هل يشترط في الاجازة اللفظ

٧٠٢-----الخامس لا يشترط في الاجازة الفوريه

٧٠٣-----السادس اذا سمع بالعقد من له الاجازة فلم يرض و رد بطل العقد

٧٠٣-----السابع لو كان طرف العقد فضوليين معا

٧٠٣-----الثامن لو كان للأصيل وكيل مطلق فاجاز الوكيل

٧٠٣-----التاسع الاجازة كاشفه عن حصول الملك من حين العقد او لا

٧٠٤-----منهل الاولى انه لا يبيع حاضر لباد

٧٠٤-----اشاره

٧٠٥-----ينبغي التنبيه على امور

٧٠٥-----الاول فسر البادي في التحرير و المنتهى و حاشيه الارشاد بمن يدخل البلده من غير اهلها

٧٠٦-----الثاني اختلفوا في معنى قوله ص لا يبيع حاضر لباد

٧٠٨ ..... الرابع هل يلحق بالبيع الشراء فيكره او يحرم ان يشتري الحاضر للبادى او لا

٧٠٨ ..... الخامس لو قلنا بالحرمة في محل البحث و اتفق أنّ الحاضر باع للبادى

٧٠٩ ..... القول فى العوضين

٧٠٩ ..... منهل اختلف الاصحاب فى توقّف صحّه بيع ما يقصد طعمه او رائحته و لا يفسده الاختبار

٧٠٩ ..... اشاره

٧١٠ ..... ينبغى التنبيه على امور

٧١٠ ..... الاوّل هل يصح ابتياع الجنس المفروض من غير اختبار

٧١٠ ..... الثانى هل يجب الاختبار بالذوق و الشم تعبدا

٧١١ ..... الثالث اذا اريد ابتياع الجنس

٧١١ ..... الرابع اذا ترك الاختبار بالذوق و الشم

٧١١ ..... منهل لا اشكال و لا خلاف فى عدم توقّف صحّه بيع ما يقصد طعمه على الاختبار اذا كان بما يفسده الاختبار

٧١١ ..... اشاره

٧١٢ ..... ينبغى التنبيه على امور

٧١٢ ..... الاوّل اذا أطلق و لم يشترط احد الامرين

٧١٢ ..... الثانى اذا أطلق و لم يشترط احد الامرين

٧١٢ ..... الثالث اذا باع بشرط البراءة من العيوب و خرج فاسدا

٧١٣ ..... منهل اختلف الاصحاب فى صحّه بيع المملوك من سمك الاجام المجهول قدره المقدور على تسليمه لغير المشاهد

٧١٣ ..... اشاره

٧١٤ ..... ينبغى التنبيه على امور

٧١٤ ..... الاوّل اذا لم يضم الى التمسك المفروض ضميمه اصلا لم يجز بيعه

٧١٥ ..... الثانى السمك الذى فى الاجمه اذا كان مملوكا و محصورا و مشاهدا

٧١٥ ..... الثالث صرح فى جامع المقاصد و حاشيه الارشاد

٧١٥ ..... منهل اذا قام الحرب بين المؤمنين و اعداء الدين فلا يجوز بيع السلاح لهم ليستعينوا به على قتال المؤمنين

٧١٥ ..... اشاره

٧١٦ ..... ينبغى التنبيه على امور

٧١٦ ..... الاول لا فرق فى اعداء الدين بين كونهم كفارا او مسلمين

- ٧١٧
- ٧١٧----- الثالث لا فرق بين جميع اصناف آلات الحرب فيما ذكر
- ٧١٧----- الرابع لو علم ان المخالف يستعين بالسلاح على قتال اهل الحرب
- ٧١٧----- الخامس هل يجوز ان يباع لأعداء الدين ما يعدّ جتّه لهم
- ٧١٧----- السادس اذا باع السلاح و غيره في موضع التحريم
- ٧١٨----- منهل اذا قبض المشتري ما ابتاعه بالعقد الفاسد الذي لا يوجب نقل الملك شرعا
- ٧١٨----- اشاره
- ٧٢٠----- ينبغي التنبه على امور
- ٧٢٠----- الأول اذا كان التالف الذي ضمنه المشتري باعتبار قبضه له
- ٧٢٢----- الثاني اذا كان التالف الذي ضمنه المشتري باعتبار قبضه له قبل التلف بالبيع الفاسد مثلها
- ٧٢٣----- الثالث اذا لم تتلف العين و كانت قائمه بعينها
- ٧٢٣----- الرابع اذا علم المشتري بالفساد فهل يجوز له التصرف فيه من غير اذن جديد او لا
- ٧٢٤----- الخامس صرح في جامع المقاصد بأنه ليس عليه تفاوت التسوق مع بقاء العين
- ٧٢٤----- السادس يجب ردّ المبيع نمائه المتصل و المنفصل
- ٧٢٤----- السابع ان نقص العين عند المشتري و كان بفعله ضمن ارشه
- ٧٢٥----- الثامن صرح في جامع المقاصد بان على المشتري اجرة الرد
- ٧٢٥----- التاسع صرح في التحرير و القواعد و المهذب البار و المقتصر بان المبتاع بالبيع الفاسد
- ٧٢٥----- العاشر اذا زاد في العين المبتاعه بالبيع الفاسد بفعل المشتري شيء
- ٧٢٦----- الحادي عشر يثبت للبائع باعتبار تصرفه في الثمن
- ٧٢٦----- الثاني عشر الصلح الفاسد الذي يقصد به نقل العين
- ٧٢٦----- الثالث عشر صرح في الارشاد و لف بان المقبوض بالسوم كالمقبوض بالبيع الفاسد
- ٧٢٦----- منهل مال الحكام و السلاطين و الامراء الظالمين الجائرين
- ٧٢٦----- اشاره
- ٧٢٨----- ينبغي التنبه على امور
- ٧٢٨----- الاول لا فرق في جواز اخذ جوائز الظلمه بين ان يعلم بان في مالهم مظالم
- ٧٢٩----- الثاني هل يشترط في جواز ذلك العلم باشتمال ماله على الحلال او لا
- ٧٢٩----- الثالث لا فرق في الظلمه بين كونهم من الكفار او المخالفين

- ٧٢٩ ..... الزايع لا فرق في جواز الامرين بان يظن بان المال الذى يدفعه الظالم حلالا او حراما
- ٧٢٩ ..... الخامس اخذ الجائزه من الظالم و ان كان جائزا
- ٧٣٠ ..... السادس ذكروا انه يرتفع كراهه اخذ الجائزه من الظلمه
- ٧٣١ ..... السابع كما يكره اخذ الجائزه من الظلمه
- ٧٣١ ..... الثامن هل يلحق بجوائز الظلمه ما يعطونه من الاخماس و الزكوات
- ٧٣١ ..... التاسع ألحق في المنتهى و التحرير بجوائز الظلمه كل مال محتمل للحظر
- ٧٣١ ..... منهل جوائز الظلمه ان علم كونها حراما بعينها فهي حرام لا يجوز اخذها و التصرف فيها
- ٧٣٣ ..... منهل ما يأخذه السلطان الجائر من الغلات باسم المقاسمه و من الاموال باسم الخراج عن حق الارض
- ٧٣٣ ..... اشاره
- ٧٤٠ ..... ينبغى التنبيه على امور
- ٧٤٠ ..... الاول لا فرق في جواز ابتياع الامور الثلاثه بين ان يعرف صاحبها او لا
- ٧٤١ ..... الثانى لا يشترط في ذلك رضا المالك
- ٧٤١ ..... الثالث لا يمنع بظلم المالك من الشراء
- ٧٤١ ..... الزايع هل يختص الحكم المذكور بالشراء فقط
- ٧٤٢ ..... الخامس صرح في التنقيح و س و لك و حاشيه الارشاد بانّه لا يجوز تناول الامور الثلاثه
- ٧٤٢ ..... السادس لا فرق في جواز اخذها من الجائر بين ان يقبضها بنفسه او يقبضها وكيله
- ٧٤٢ ..... السابع المراد بالخراج مقدار من المال يضرب على الارض
- ٧٤٢ ..... الثامن الزكاه قدر معين في الشريعه و اما الخراج و المقاسمه فليس لهما قدر معين فيها
- ٧٤٣ ..... التاسع صرح في التحرير و س و التنقيح و حاشيه الارشاد
- ٧٤٣ ..... العاشر هل يختص الحكم المذكور بالماخوذ من السلطان المخالف او لا
- ٧٤٤ ..... الحادى عشر هل يختص الحكم بمن يسمّى سلطانا حقيقه او لا
- ٧٤٤ ..... الثانى عشر هل يختص الحكم المذكور بالنسبه الى الزكاه ببعض انواعها او لا
- ٧٤٥ ..... الثالث عشر هل تبرأ ذمه المالك عن اخراج الزكاه مره اخرى
- ٧٤٥ ..... الرابع عشر هل يشترط في جواز اخذ الزكاه و الخراج و المقاسمه من الجائر الفقير
- ٧٤٦ ..... الخامس عشر هل يختص الحكم المذكور بالخراج و المقاسمه
- ٧٤٦ ..... السادس عشر هل يجب على الذين يجب عليهم اداء المقاسمه و الخراج
- ٧٤٨ ..... منهل يحرم اعانه الظالم في ظلمه في الاعمال المحرمه

٧٥٠

٧٥٠ ..... اشاره

٧٥١ ..... ينبغى التنبيه على امرين

٧٥٢ ..... الاول لا فرق في الظالم بين ان يكون كافرا او مخالفا

٧٥٢ ..... الثانى الظاهر من النصوص و الفتاوى ان قبول التوليه بنفسه و لذاته محرم

٧٥٤ ..... منهل اذا اكرهه الجائر على قبول التوليه المحرمه و لم يقدر على التفصى عنه جاز له قبولها ح

٧٥٤ ..... اشاره

٧٥٤ ..... ينبغى التنبيه على امور

٧٥٤ ..... الاول لو اكرهه الجائر على امر محرم من ترك واجب او فعل حرام

٧٥٦ ..... الثانى صرح فى لك و ض بان ضابط الاكراه المسوغ للممتنع منه شرعا من قبول التوليه و غيره الخوف على النفس

٧٥٦ ..... الثالث اذا امكن التفصى من اكرهه الجائر على المحرم

٧٥٨ ..... القول فى بيع الحيوان

٧٥٨ ..... منهل لا يصح بيع الامه المستولده من المولى فى ملكه ما دام ولدها حيا

٧٥٨ ..... اشاره

٧٥٩ ..... ينبغى التنبيه على امور

٧٥٩ ..... الاول المراد باعسار المولى

٧٥٩ ..... الثانى لا فرق فى الولد المانع بين الصغير و الكبير

٧٥٩ ..... الثالث ذكر بعض الاصحاب صورا اخر يجوز فيها بيع أم الولد مع حياته

٧٦٠ ..... الرابع لو مات ولد الامه و لكن له ولد

٧٦١ ..... الخامس صرح فى ضه بتحقق الاستيلاء المانع من البيع بعلوقها

٧٦١ ..... السادس هل يلحق بالبيع الصلح فلا يصح للمولى نقل أم الولد

٧٦١ ..... منهل يجب على البائع اذا اراد بيع امته التى دخل بها قبلا

٧٦١ ..... اشاره

٧٦٢ ..... ينبغى التنبيه على امور

٧٦٢ ..... الاول لا شبهه فى توقف الاستبراء على ترك الوطء قبلا

٧٦٢ ..... الثانى لا يجب الاستبراء على كل من البائع و المشتري

٧٦٣ ..... الثالث هل يسقط وجوب الاستبراء عن المشتري

الرابع هل يسقط الاستبراء عن المشتري باخبار البائع الثقه

٧٦٤

منهل هل يحرم التفرقه بين الطفل و امه قبل استغنائه عنها بالبيع

٧٦٤

اشاره

٧٦٤

ينبغي التنبيه على امور

٧٦٧

الاول متقضى اطلاق كلام الاصحاب و بعض النصوص انه لا فرق في الام و ولدها بين ان يكون مؤمناً

٧٦٧

الثاني يظهر من المراسم و الشرائع و فع و التبصره

٧٦٧

الثالث اختلف الاصحاب في حد الاستغناء على اقوال

٧٦٧

الرابع هل يختص الحكم من الكراهه او التحريم بالام

٧٦٨

الخامس ان قلنا بحرمة التفريق بين الولد و امه

٧٦٩

السادس هل الحكم المذكور يختص بالبيع المقتضى للتفريق او لا

٧٦٩

السابع لو رضيت الام و الولد بالتفريق

٧٧٠

الثامن اذا لم يستلزم العقد الناقل لهما

٧٧٠

التاسع صرح في جامع المقاصد و ضه و لك و ض بان موضع الخلاف في المسأله بعد سقى الام اللبأ

٧٧٠

العاشر هل يختص الحكم المذكور بما اذا كان الام و ولدها مملوكين

٧٧١

الحادى عشر اذا حصل التفريق بينهما ببيع و غيره من العقود

٧٧١

الثاني عشر اذا تضرر مالكهما بالجمع بينهما ضرراً

٧٧١

الثالث عشر صرح في الروضه و لك و ض بانه لا يتعدى الحكم الى البهيمة

٧٧١

القول في الخيارات

٧٧١

منهل اختلف الاصحاب في ثبوت الخيار بالغبن في البيع على قولين

٧٧١

اشاره

٧٧١

ينبغي التنبيه على امور

٧٧٢

الاول الخيار يثبت للمغبون

٧٧٢

الثاني يشترط في ثبوت الخيار بالغبن جهاله المغبون بالقيمه وقت العقد

٧٧٣

الثالث ليس للمغبون الارش

٧٧٣

الرابع هل يسقط الخيار ببذل الغابن التفاوت

٧٧٣

الخامس اختلف الاصحاب في فوريه خيار الغبن

٧٧٤

السادس الظاهر ان هذا الخيار يتحقق مع خيار الشرط

٧٧٤

السابع يشترط في ثبوت الخيار بالغبن تحققه حين العقد

٧٧٥

الثامن صرح في المهدب البارع بانّ الغبن هو نقص قيمه احد العوضين

٧٧٥

التاسع لا حد للغبن

٧٧٥

منهل اذا باع شيئا و لم يقبض الثمن و لا سلم المبيع و لم يشترط التأخير لزم البيع الى ثلاثة ايام من بعد العقد

٧٧٥

منهل من جملة الخيارات المعتبره شرعا خيار الشرط

٧٧٦

اشاره

٧٧٧

ينبغي التنبيه على امور

٧٧٨

الاول لو شرط كلّ منها خيارا لنفسه و لم يعتنا له مده معلومه

٧٧٨

الثاني اذا فسد الشرط باعتبار الجهاله

٧٨٠

الثالث يجوز جعل الخيار لأحدهما خاصه

٧٨١

الرابع لا فرق في المده المشترطه بين كونها متصله بالعقد او منفصله عنه

٧٨١

الخامس هل يجوز جعل المده متفرقه بان يشترط اللزوم وقتا

٧٨٢

السادس صرح في المصاييح بانّه يشترط تعيين الموضوع و المحل

٧٨٢

السابع لو شرطا الخيار ايدا و ما بقيا و ما شاء بطل

٧٨٢

الثامن صرح في التحرير بانه اذا شرط الخيار الى غايه

٧٨٢

التاسع لو شرط الخيار شهرا في اثناء الشهر

٧٨٢

العاشر صرح في القواعد بانّه يشترط في شرط الخيار ذكره في صلب العقد

٧٨٣

الحادى العشر لا يتوقف الفسخ بالخيار الثابت بالشرط

٧٨٣

منهل كما يجوز اشتراط الخيار للأجنبى يجوز اشتراط مؤامرتة و الرجوع الى امره

٧٨٣

اشاره

٧٨٣

ينبغي التنبيه على امور

٧٨٣

الاول صرح في جامع المقاصد و لك و ضه بان المؤامره مفاعله من الامر

٧٨٣

الثاني هل يشترط ضبط مده الاستيمار

٧٨٣

الثالث العقد لازم من جهه المتعاقدين

٧٨٤

الرابع اذا امر المشروط استيماره بالفسخ

٧٨٤

الخامس اذا سكت من شرط استيماره فلم يأمر بفسخ

٧٨٤

السادس صرح في لك بان الفرق بين الموامره و جعل الخيار للأجنبى

٧٨٥



- ٧٨٥ ..... السابع لو امر المشروط استيماره بالفسخ
- ٧٨٥ ..... الثامن صرح في المصاييح بانه لا يشترط تعيين المستامر -
- ٧٨٥ ..... منهل يجوز اشتراط مده يرد البائع فيها الثمن اذا شاء و يرتجع المبيع .
- ٧٨٥ ..... اشاره .....
- ٧٨٦ ..... ينبغى التنبيه على امور -
- ٧٨٦ ..... الاول يشترط تعيين المده هنا -
- ٧٨٦ ..... الثانى صرح فى التحرير بأنه ان كانت المده طرفا للأداء -
- ٧٨٦ ..... الثالث صرح فى س و لك بانه لو شرط ارتجاع بعض المبيع ببعض الثمن -
- ٧٨٦ ..... الرابع لو انقضت المده و لم يأت بالثمن المشروط -
- ٧٨٦ ..... الخامس كما ان للبائع اشتراط الرجوع فى المبيع -
- ٧٨٧ ..... السادس اذا اشترط البائع استرجاع العين التى باعها برده الثمن -
- ٧٨٧ ..... السابع هل يفسخ العقد بمجرد رد البائع الثمن -
- ٧٨٨ ..... الثامن نماء المبيع للمشتري -
- ٧٨٩ ..... التاسع تلف المبيع فى المده هنا من المشتري -
- ٧٨٩ ..... العاشر هل يتحقق الرد باحضار الثمن فى مجلس المشتري -
- ٧٨٩ ..... الحادى عشر اذا كان المشروط الرد الى المشتري -
- ٧٨٩ ..... الثانى عشر اذا كان المشروط الرد الى المشتري بخصوصه -
- ٧٨٩ ..... الثالث عشر اذا اجر المشتري المبيع فى مده خيار البائع من غيره -
- ٧٩٠ ..... منهل اذا شرط كل من البائع و المشتري الخيار لنفسه او لأجنبى خاصه او لنفسه معه فى مده مضبوطه -
- ٧٩٠ ..... اشاره .....
- ٧٩١ ..... ينبغى التنبيه على امرين -
- ٧٩١ ..... الاول لو شرط الخيار من حين التفرق -
- ٧٩١ ..... الثانى صرح فى لك بانه على قول الشيخ لو شرطاه من حين العقد -
- ٧٩١ ..... منهل اختلف الاصحاب فى ثبوت خيار الشرط فى الصرف و بيع النقدين على قولين -
- ٧٩١ ..... اشاره .....
- ٧٩٢ ..... ينبغى التنبيه على امور -
- ٧٩٢ ..... الاول صرح فى المصاييح بانه يعم هذا الخيار كل بيع لا يستعقب العتق -

- ٧٩٣ ..... الثاني لا يختص خيار الشرط بالبيع
- ٧٩٣ ..... الثالث النكاح لا يدخله خيار الشرط
- ٧٩٤ ..... الرابع الوقف لا يدخله خيار الشرط
- ٧٩٤ ..... الخامس هل يثبت خيار الشرط و يدخل في العقود الجائزه
- ٧٩٤ ..... السادس يثبت خيار الشرط في العقود التي اختلف في جوازها
- ٧٩٥ ..... السابع صرح في جامع المقاصد بدخوله في القسمه
- ٧٩٥ ..... الثامن لا يثبت خيار الشرط في العتق
- ٧٩٥ ..... التاسع لا يثبت خيار الشرط في الطلاق
- ٧٩٥ ..... العاشر البراء لا يدخله خيار الشرط
- ٧٩٦ ..... الحادى عشر صرح في المصاييح بعدم دخول خيار الشرط في سائر الايقاعات
- ٧٩٦ ..... منهل اذا جعل المشتري الخيار لنفسه ثم تصرف فيما انتقل اليه من البائع من المبيع سقط خياره بذلك التصرف
- ٧٩٦ ..... اشاره
- ٧٩٨ ..... ينبغي التنبيه على امور
- ٧٩٨ ..... الاول كما يسقط خيار المشتري بالتصرف في المبيع
- ٧٩٨ ..... الثاني لو تصرف فيما انتقل عنهما
- ٧٩٨ ..... الثالث لو كان الخيار لهما و تصرف احدهما
- ٧٩٩ ..... الرابع اذا كان الخيار لهما و تصرف احدهما فيما انتقل اليه
- ٧٩٩ ..... الخامس حكى في المصاييح عن بعض الاصحاب القول بسقوط الخيار بالعرض
- ٨٠٠ ..... السادس هل يشترط في التصرف المسقط للخيار
- ٨٠٠ ..... السابع هل يختص سقوط الخيار بالتصرف بالبيع او لا
- ٨٠٠ ..... الثامن لا اشكال و لا خلاف على الظاهر في ان لمس الجاريه و تقبيلها
- ٨٠١ ..... التاسع صرح في لك و الكفايه باّنه لو وقع التصرف نسيانا
- ٨٠١ ..... العاشر اذا اشترط البائع الخيار لنفسه في مدّه معينه
- ٨٠٣ ..... الحادى عشر صرح في المصاييح بانه يسقط الخيار بالايجاب منهما
- ٨٠٣ ..... منهل ان مات من له الخيار انتقل الخيار الذي حقه بالارث الى وارثه
- ٨٠٣ ..... اشاره
- ٨٠٣ ..... ينبغي التنبيه على امور

الأول لا فرق في موروثيه الخيار بين كونه خيار المجلس أو الشرط أو غيرهما

٨٠٣

الثاني أن كان الخيار خيار شرط

٨٠٤

الثالث أن كان الخيار خيار غبن

٨٠٤

الرابع لو تعددت الورثة فإن اتفقوا على الفسخ

٨٠٤

الخامس صرح في عد و جامع المقاصد بأن الخيار موروث الحصص

٨٠٤

السادس لو جن من له الخيار

٨٠٥

السابع صرح في الكفايه بأنه لو كان الميت عبداً مأدونا

٨٠٥

الثامن هل يختص الحكم بأن الخيار مورث بالخيار

٨٠٥

ينبغي التنبيه على امرين

٨٠٥

الأول لو قلنا بأن الصلح فرع البيع و الاجاره

٨٠٥

الثاني على المختار هل يفيد الصلح فائده كل عقد عدا التكاك

٨٠٥

كتاب الصلح

٨٠٦

اشاره

٨٠٦

القول في مناهل الصلح

٨٠٦

مقدمه تضمن جمله من الكتب الاشاره الى تعريف الصلح

٨٠٦

منهل لا ريب في مشروعيه الصلح و جوازه

٨٠٦

منهل لا يشترط في صحه الصلح سبق نزاع و خصومه

٨٠٦

منهل اختلف الاصحاب في ان الصلح هل هو عقد مستقل قائم بنفسه و ليس فرعاً لغيره

٨٠٧

منهل يصح الصلح مع الاقرار و الانكار

٨٠٩

اشاره

٨٠٩

ينبغي التنبيه على امور

٨٠٩

الأول لا فرق في ذلك بين ان يكون المدعى به ديناً او عيناً

٨٠٩

الثاني لا فرق في ذلك بين سبق النزاع و عدمه

٨٠٩

الثالث صورته الصلح مع الاقرار ظ

٨١٠

الرابع المراد بصحة الصلح مع الانكار صحته بحسب الظاهر

٨١٠

الخامس اذا كان المدعى مبطلاً و المنكر محققاً في نفس الامر

٨١٠

السادس صرح في لك و ضه بأنه لو كانت الدعوى مستنده الى قرينه

٨١١

- ٨١١ ----- منهل يشترط في صحه الصلح ان لا يكون محللا لحرام او محزما لحلال
- ٨١٢ ----- منهل يصح الصلح مع علم المتصلحين
- ٨١٢ ----- اشاره
- ٨١٣ ----- ينبغى التنبيه على امور
- ٨١٣ ----- الاول لا فرق في صحه الصلح مع العلم و الجهل
- ٨١٣ ----- الثانى لا يشترط فيما ذكر سبق المنازعه
- ٨١٣ ----- الثالث لا فرق في ذلك أيضا بين ان يكون ما يقع عليه الصلح ارثا
- ٨١٣ ----- الرابع لا فرق في صحه الصلح مع الجهل بين ان يكون المجهول ما يضر جهالته
- ٨١٤ ----- الخامس هل يختص صحه عقد الصلح مع الجهاله المفسده للبيع
- ٨١٥ ----- السادس لو قلنا بتوقف صحه الصلح على رفع الجهاله مع التمكن منه
- ٨١٦ ----- السابع اذا كان من عليه الحق
- ٨١٧ ----- الثامن ان كان المستحق عالما بقدر الحق و الغريم جاهلا به
- ٨١٨ ----- التاسع لو كان له مال و اراد نقله الى غيره
- ٨١٨ ----- منهل لا اشكال في كون الصلح من العقود المتوقفه على رضاء الطرفين
- ٨١٨ ----- اشاره
- ٨١٨ ----- ينبغى التنبيه على امور
- ٨١٨ ----- الأول عقد الصلح عقد اللازم من الطرفين
- ٨١٩ ----- الثانى لا فرق في ذلك بين ان يقصد الصلح فائده العقد اللازم
- ٨١٩ ----- الثالث اذا تقابلا و اتفقا على فسخه و رضيا به
- ٨١٩ ----- منهل اذا اصطاح الشريكان عند انتها الشركه و اراده القسمة على ان يكون الربح و الخسران على احدهما
- ٨١٩ ----- اشاره
- ٨٢٠ ----- ينبغى التنبيه على امور
- ٨٢٠ ----- الاول هل يتوقف صحه الصلح المفروض على جهاله المتعاقدين
- ٨٢٠ ----- الثانى هل يشترط في صحه الصلح المفروض كون بعض المال ديننا
- ٨٢٠ ----- الثالث هل يصح هذا الصلح عند ايقاع عقد الشركه
- ٨٢٣ ----- منهل اذا كان في يد شخصين درهمان فاداعاهما احدهما لنفسه فقال انهما لى و ملكى

- ٨٢٣ ..... ينبغى التنبيه على امور
- ٨٢٣ ..... الاول اذا ادعى الثانى نصف الدرهمين مشاعا
- ٨٢٤ ..... الثانى هل يشترط فى تصنيف احد الدرهمين بين المتخاصمين
- ٨٢٤ ..... الثالث هل يشترط فى التصنيف حلف كل منهما على نفي استحقاق الاخر لسهمه
- ٨٢٥ ..... الرابع اذا كان الدرهمان فى يد مدعيهما معا دون الاخر
- ٨٢٥ ..... الخامس هل يلحق بالدرهمين و المدعيين فيهما الدراهم و الديناران
- ٨٢٥ ..... منهل لو اودع انسان عند اخر درهمين و اودعه انسان اخر درهما فصارت الدراهم المودعه عند الودعى ثلاثه
- ٨٢٥ ..... اشاره
- ٨٢٦ ..... ينبغى التنبيه على امور
- ٨٢٦ ..... الاول هل يلزم اليمين هنا على المختار او لا
- ٨٢٧ ..... الثانى لو فرط الودعى فى الحفظ ضمن التالف
- ٨٢٧ ..... الثالث لا فرق فى هذه المسأله بين الدرهم و الدينار فى الحكم المذكور
- ٨٢٧ ..... الرابع لو كان بدل الدرهم مالا يمتزج اجزائه
- ٨٢٧ ..... منهل لو كان لأحد ثوب بعشرين درهما و للاخر ثوب بثلاثين ثم اشتبها
- ٨٢٩ ..... منهل اذا ظهر استحقاق احد العوضين للغير بطل الصلح اذا كان معينا فى العقد
- ٨٢٩ ..... اشاره
- ٨٢٩ ..... ينبغى التنبيه على امور
- ٨٢٩ ..... الاول لا فرق فى ذلك بين ان يجيز المالك للصلح او لا
- ٨٢٩ ..... الثانى اذا ظهر كون احد العوضين مما لا يصح تملكه شرعا
- ٨٢٩ ..... الثالث اذا وقع العقد على كلى
- ٨٢٩ ..... الرابع لو ظهر عيب فى احد العوضين
- ٨٢٩ ..... الخامس هل الغبن يوجب الخيار هنا كما فى البيع او لا
- ٨٣٠ ..... منهل يصح الصلح على عين بعين او منفعه او على منفعه بعين او منفعه
- ٨٣٠ ..... اشاره
- ٨٣٠ ..... ينبغى التنبيه على امور
- ٨٣٠ ..... الاول يصح الصلح على إسقاط خيار

- الثانى لو صالح عن حق الشفعه فالوجه الجواز ٨٣٠
- الثالث لا يشترط فى صحه الصلح على الحقوق العلم بتحققها حين العقد ٨٣٠
- الرابع لو صالح على عين بما يصيروا رايجا بعد مده ٨٣٠
- منهل اذا كان العوضان فى الصلح من النقدين الذهب و الفضة ٨٣١
- منهل هل يحرم الربا فى الصلح كما يحرم فى البيع و الدين او لا ٨٣١
- منهل لو ائلف رجل على غيره ثوبا قيمته درهم فصالحه عنه على درهمين ٨٣٤
- منهل لو ادعى دار فى يد غيره و انكر من هى فى يده فتصالحا على ان يسكنها المدعى سنه صح ٨٣٦
- منهل لو ادعى اثنان عينا فى يد ثالث من دار او ثوب او نحوهما بانها لهما بالمناصفه ٨٣٦
- اشاره ٨٣٦
- ينبغى التنبيه على امور ٨٣٨
- الاول لو ادعى كل واحد منهما النصف من غير سبب موجب للشركه ٨٣٨
- الثانى نبه فى جامع المقاصد على الفرق فى مسئله الارث ٨٣٨
- الثالث صرح فى لك بانه لو ادعى كل منهما انه اشترى النصف من غير تقييد بالمعيه معا ٨٣٩
- الرابع نبه فى لك على بعض الفروع ٨٣٩
- منهل يجوز جعل سقى الزرع و الشجر بمائه عوضا للصلح ٨٣٩
- منهل المدعى عليه و هو المنكر اذا طلب الصلح من المدعى ٨٣٩
- اشاره ٨٣٩
- ينبغى التنبيه على امرين ٨٤٠
- الاول لو قال المدعى عليه المنكر مخاطبا للمدعى يعنى ٨٤٠
- الثانى الحق فى التحرير و التبصره و س بلفظ يعنى فى الدلاله على الاقرار لفظ ٨٤١
- منهل يصح الصلح على اجراء الماء على سطحه و ساحته بعد العلم بالموضع الذى يجرى منه الماء ٨٤١
- اشاره ٨٤١
- ينبغى التنبيه على امور ٨٤١
- الاول صرح فى ضه و لك و الكفايه بانه لا يعتبر تعيين العمق ٨٤١
- الثانى صرح فى لك باعتبار مشاهده الماء ٨٤٢
- الثالث صرح فى ضه و لك بانه حيث يقع التطح بعد الصلح و يحتاج الساقيه الى اصلاح ٨٤٢
- الرابع صرح فى لك و ضه و الكفايه بانه لا فرق فى صحه ذلك بين جعله عوضا بعد المنازعه ٨٤٢

- ٨٤٢ -----
- ٨٤٢ ----- منهل يجوز اخراج الاجنحه و الرواشن الى الطرق النافذه
- ٨٤٢ ----- اشاره
- ٨٤٣ ----- ينبغي التنبيه على امرين
- ٨٤٣ ----- الاول صرح في لك و جامع المقاصد بان الروشن و الجناح يشتركان
- ٨٤٣ ----- الثاني لا يشترط في اخراج الاجنحه و الرواشن اذن الحاكم
- ٨٤٣ ----- منهل هل يشترط في جواز الامرين عدم معارضة مسلم فيهما
- ٨٤٤ ----- منهل يشترط في اخراج الاجنحه و الرواشن ان لا يكون مضره بالماره
- ٨٤٤ ----- اشاره
- ٨٤٥ ----- ينبغي التنبيه على امور
- ٨٤٥ ----- الاول المرجع و الضابط في الضرر المانع من الاخراج و عدمه هو العرف
- ٨٤٥ ----- الثاني صرح في لك و الكفايه بانه يعتبر في الماره بما يليق بذلك الطريق عاده
- ٨٤٦ ----- الثالث لو كان اخراج الجناح و الزواشن بحيث يصيران مشرفين على بيوت الجيران
- ٨٤٧ ----- الرابع اطلاق المار في كلام المعظم يعم المؤمن و المخالف
- ٨٤٧ ----- الخامس لو كان وضع الجناح و الروشن يوجب الضرر على بعض الماره دون بعض
- ٨٤٧ ----- السادس لو كان اخراج الامرين يوجب الضرر
- ٨٤٧ ----- السابع اذا كان اخراجهما يوجب ظلمه الدرب
- ٨٤٨ ----- الثامن اذا خرج جناحا و روشنا بحيث يوجبان الضرر على المازه
- ٨٤٩ ----- التاسع هل تفسد الصلاه و الوضوء و الغسل و نحوها في الجناح و الزواشن المخرجين
- ٨٥٠ ----- منهل لا يختص التصرف في الطرق النافذه باخراج الزواشن و الاجنحه
- ٨٥٠ ----- اشاره
- ٨٥١ ----- ينبغي التنبيه على امور
- ٨٥١ ----- الاول لا يجوز احداث دكه في الطرق النافذه اذا كانت مضره بالماره مط
- ٨٥٢ ----- الثاني صرح في الدروس بعدم جواز الغرس في الطرق النافذه
- ٨٥٢ ----- الثالث صرح في التذكرة بان الطرق المسلوكة لا يجوز احداث بالوعه فيها
- ٨٥٢ ----- الرابع الاقرب جواز دفن الاموات في الطرق النافذه ما لم تكن مضره بالماره
- ٨٥٣ ----- الخامس الاقرب جواز اخذ ترابها و استعمالها في التعميرات

السادس صرح في التذكرة بأنه يجوز لكل احد الاستطراق في الطرق التافذه

٨٥٣

السابع صرح في التذكرة بأنه لو سد الطريق النافذ .....

٨٥٣

الثامن صرح في التذكرة بأنه لا يجوز وضع ساقيه في درب مسلوک .....

٨٥٣

التاسع صرح في التذكرة بأنه لو جعل الطريق المقطوع مسلوکا .....

٨٥٣

العاشر صرح في كرهه بأنه لو غضب ملك غيره فجعله طريقا .....

٨٥٤

الحادي عشر صرح في كرهه بأن الشوارع لا يجرى عليها ملك احد .....

٨٥٤

الثاني عشر صرح في التذكرة بأنه اذا جلس رجل في مكان مباح .....

٨٥٤

الثالث عشر الاقرب جواز احداث الدكاكين في الطرق التافذه .....

٨٥٤

الرابع عشر الاقرب جواز الضلاه والتخلي فيها .....

٨٥٤

الخامس عشر هل يجوز للإنسان ان يدخل تمام الطريق التافذ او بعضه في ملكه .....

٨٥٤

السادس عشر اذا كان احداث الاجنحه والزواشن والتشاباط .....

٨٥٥

السابع عشر اذا احداث من المذكورات ما يضّر بالمازه .....

٨٥٥

الثامن عشر صرح في كرهه بأنه يصير الموضع شارعا بامور ان يجعل الانسان ملكا شارعا .....

٨٥٥

التاسع عشر صرح في كرهه بأن حد الطريق المتخذ في الارض المباحه .....

٨٥٥

منهل الطرق المرفوعه لا يجوز اخراج الاجنحه والزواشن فيها من غير اذن اربابها .....

٨٥٦

اشاره .....

٨٥٦

ينبغي التنبيه على امور .....

٨٥٩

الأول لا فرق في عدم جواز اخراج الاجنحه والزواشن في الطرق المرفوعه .....

٨٥٩

الثاني صرح في كرهه و عد و د و س بأنه لا يجوز نصب المياريب في المرفوعه .....

٨٦٠

الثالث صرح في كرهه بأنه لا يجوز عمل السرداب في الطريق المسدود .....

٨٦٠

الرابع صرح في كرهه أيضا بعدم جواز حفر بالوعه فيه .....

٨٦٠

الخامس صرح في كرهه و عد و لك بأنه لا يجوز احداث ساباط فيه .....

٨٦٠

السادس صرح في سهه بأنه لو كان في الدرب المرفوع مسجد او مدرسه .....

٨٦٢

السابع ان قلنا بمملوكيه الطريق المرفوع لأربابها .....

٨٦٢

الثامن صرح في كرهه و لك و مجمع الفائدة والكفايه بأن المراد من ارباب الشكه المرفوعه .....

٨٦٣

التاسع صرح في كرهه و لك و مجمع الفائدة بأن المراد بالمرفوعه المسدوده .....

٨٦٣

العاشر اذا اذن سائر ارباب الطرق المرفوعه باخراج الجناح .....

٨٦٣



- ٨٦٣
- ٨٦٤ ----- منهل هل يجوز فتح باب اخر فى الطريق المرفوع لغير فائده الاستطراق
- ٨٦٤ ----- اشاره
- ٨٦٥ ----- ينبغى التنبيه على امور
- ٨٦٥ ----- الاول صرح فى لك بانه لا فرق فى هذا الحكم بين الذى لا حق له فى الطريق المذكور
- ٨٦٥ ----- الثانى صرح فى كره بانه ليس لمن لا باب له فى الدرب المقطوع
- ٨٦٥ ----- الثالث صرح فى التذكرة بان من له باب فى تلك التسكة
- ٨٦٥ ----- منهل يجوز فتح الروازن و الشبايك فى الحيطان التى فى الدروب المسدوده
- ٨٦٥ ----- اشاره
- ٨٦٥ ----- ينبغى التنبيه على امور
- ٨٦٥ ----- الاول لا فرق فى ذلك بين ان يكون لصاحب الحائط فى ذلك الطريق باب او لا
- ٨٦٦ ----- الثانى صرح فى كره بانه يجوز له فتح روزنه
- ٨٦٦ ----- الثالث صرح فى مجمع الفائده بانه لا بد ان ينصب الشبايك
- ٨٦٦ ----- الرابع صرح فى كره و لك و مجمع الفائده بانه يجوز للجار ان ينسب حائطا فى وجه شباكه
- ٨٦٦ ----- الخامس لا فرق فى ذلك بين الشباك و الروزنه
- ٨٦٦ ----- منهل لو صالح بعوض واضع الزوشن و الجناح و نحوهما ارباب الدرب و التسكة المرفوعه على وضعها
- ٨٦٦ ----- اشاره
- ٨٦٧ ----- ينبغى التنبيه على امور
- ٨٦٧ ----- الاول كما يجوز الصلح المذكور بعوض
- ٨٦٧ ----- الثانى هل يشترط تعيين المده او لا
- ٨٦٧ ----- الثالث هل يشترط فى الصلح المذكور رضاء جميع اهل التسكة او لا
- ٨٦٧ ----- الرابع صرح فى التذكرة بانه اذا وضع الجناح او الزوشن
- ٨٦٨ ----- منهل لو كان لإنسان داران متلاصقان باب كل واحد منهما فى زقاق غير نافذ
- ٨٦٨ ----- اشاره
- ٨٦٨ ----- ينبغى التنبيه على امور
- ٨٦٨ ----- الاول حكى فى التذكرة عن بعض العالمه قولاً بالمنع
- ٨٦٩ ----- الثانى يلحق فى ذلك بالتارين المتلاصقين الدور المتعدده

الزابع صرح في س أيضا بأن ظ الشيخ اشتراك اهل الزقاق في الدرب ..... ٨٦٩

الخامس صرح في س أيضا بأنه اولى بالجواز ..... ٨٦٩

السادس صرح في التذكرة بأنه لو كان له داران متلاصقان ..... ٨٦٩

السابع صرح في كره بأنه لو صالح الممنوع من فتح الباب في الدرب المقطوع اربابه ..... ٨٦٩

الثامن صرح في التذكرة أيضا بأنه لو اراد فتح باب من داره الى دار غيره ..... ٨٦٩

منهل لو احدث في الطريق المرفوع حدثا ممنوعا منه بغير اذن اربابها ..... ٨٧٠

اشاره ..... ٨٧٠

ينبغي التنبيه على امور ..... ٨٧٠

الاول صرح في لك بأنه لا فرق في الحدث بين كونه مضرا او غيره ..... ٨٧٠

الثاني صرح في جامع المقاصد و لك بأنه لا فرق في جواز الازاله بين وقوع الحدث ..... ٨٧٠

الثالث هل يجوز لغير اهل السكة المرفوعه الازاله ..... ٨٧٠

الرابع هل يختص جواز الازاله بالنسبه الى اهل السكة بصوره امتناع المحدث منها او لا ..... ٨٧١

الخامس يلزم بعد الازاله رد اموال المحدث من الخشب و الحجر ..... ٨٧١

السادس اذا توقف الازاله على بذل مال ..... ٨٧١

السابع هل يجب الازاله على غير المحدث من اهل السكة او لا ..... ٨٧١

منهل اذا كان في السكة المرفوعه ابواب بعضها ادخل من الاخر ..... ٨٧١

اشاره ..... ٨٧١

ينبغي التنبيه على امور ..... ٨٧٤

الاول لو فضل في صدر الزقاق فضله عن الاستطراق ..... ٨٧٤

الثاني يجوز للتاخر ان يقدم بابه الى الخارج ..... ٨٧٥

الثالث هل يجوز لكل من الخارج و الداخل الدخول ببابه من غير اذن شريكه ..... ٨٧٥

الرابع صرح في التذكرة بأنه يجوز تحويل الميزاب من موضع الى موضع ..... ٨٧٦

الخامس صرح في س بأنه لو اذن اهل الاسفل في ادخال الباب ..... ٨٧٦

منهل لو اخرج بعض اهل الدرب التافذ روشنا لم يكن لمقابله معارضته ..... ٨٧٦

اشاره ..... ٨٧٦

ينبغي التنبيه على امور ..... ٨٧٦

الأول لا فرق في ذلك بين ان يستوعب ذلك الزوشن عوض الدرب او لا

٨٧٦

الثاني صرح في كره و جامع المقاصد و لك باشتراط ذلك بعدم تضرر الماره بذلك

٨٧٧

الثالث قد قيد الحكم المذكور في جامع المقاصد

٨٧٧

الرابع لو سقط ذلك الروشن فسبق جاره الى عمل روشن

٨٧٧

الخامس صرح في لك بانه لو فرض ان الثاني أقرب

٨٧٧

السادس صرح في كره بانه اذا خرج روشنه الى بعض الدرب

٨٧٧

منهل الجدار الذي بين الجارين اذا كان مختصا باحدهما و مملوكا له خاصه

٨٧٨

اشاره

٨٧٨

ينبغي التنبيه على امور

٨٧٨

الأول صرح في كره بانه ليس للجار وضع جذع و لا غيره على حائط الغير

٨٧٨

الثاني صرح فيه أيضا بان الجدار بين الملكين

٨٧٩

الثالث اذا كان الجدار مشتركا

٨٧٩

منهل لو اذن مالك الجدار بوضع الخشبه و نحوها عليه جاز له الرجوع قبل وضع الخشبه و نحوها عليه

٨٧٩

اشاره

٨٧٩

ينبغي التنبيه على امور

٨٨١

الأول اذا رجع المعير بعد الوضع فهل يلزمه دفع الارش الى المستعير

٨٨١

الثاني لو قلنا بالارش فهل هو عوض ما نقص من الالات بالهدم

٨٨١

الثالث اذا اتفقا على ابقائه بالاجره

٨٨١

الرابع لو انهدم البناء الماذون فيه لا باعتبار الرجوع في الاذن

٨٨٢

منهل لو صالح من يريد وضع الخشب على الجدار مالكة جاز و صح

٨٨٢

اشاره

٨٨٣

ينبغي التنبيه على امور

٨٨٣

الأول صرح في س و لك بان الضابط حيث لا مشاهدته الوصف

٨٨٣

الثاني صرح في جامع المقاصد و لك بانه لو كانت الالات مشاهدته

٨٨٣

الثالث صرح في جامع المقاصد و لك بانه لو وقع الصلح بعد البناء

٨٨٣

الرابع صرح في كره بانه لو صالحه على الوضع الجناح

٨٨٣

الخامس صرح في س و لك بانه لو كان الحائط وقوفا على مصالح عاتمه

٨٨٤

منهل اذا تداعيا جدارا بين داريهما مط اعنى غير مقيد بوجه يوجب كونه لأحدهما و لا يتينه لأحدهما

٨٨٤

٨٨٤ ..... اشاره

٨٨٤ ..... ينبغي التنبيه على امور

٨٨٤ ..... الاول لا فرق في ذلك بين ان يكون لكل منهما عليه يد او لا

٨٨٤ ..... الثاني الظاهر انه يلحق بالدار غيرها

٨٨٥ ..... الثالث اذا اقام احدهما يتينه فيحكم به لمن اقامها

٨٨٥ ..... الرابع تبه في كره الى كيفيه الحلف هنا

٨٨٥ ..... منهل اذا تداعيا جدارا بين داريهما و كان متصلا ببناء احدهما فهل القول قوله مع فقد البيئه او لا

٨٨٥ ..... اشاره

٨٨٥ ..... ينبغي التنبيه على امور

٨٨٥ ..... الاول اتما يقدم قوله بيمينه لا مط

٨٨٦ ..... الثاني اذا كان لخصمه يتينه على صحه دعواه

٨٨٦ ..... الثالث أطلق في يد و د و عد و اللمعه و الجامع الاتصال

٨٨٦ ..... الرابع اذا كان الجدار المتنازع فيه متصلا ببناء كل منهما

٨٨٦ ..... منهل إذا تداعيا جدارا بين داريهما و كان لأحدهما عليه جذع فهل يحكم به لصاحب الجذع و يكون القول قوله او لا

٨٨٦ ..... اشاره

٨٨٨ ..... ينبغي التنبيه على امور

٨٨٨ ..... الاول لا فرق في الجذع بين المتحد و المتعدّد

٨٨٨ ..... الثاني اتما يحكم على المختار لصاحب الجذوع يمينه لا مط

٨٨٨ ..... الثالث اذا اقام غير صاحب الجذوع البيئه على صدق دعواه

٨٨٨ ..... الرابع اذا حصل الظن بكذب صاحب الجذوع بسبب من الاسباب الخارجيه

٨٨٨ ..... الخامس اذا كان لأحدهما على الجدار المتنازع فيه قبه

٨٨٩ ..... السادس اذا كان الجدار في ارض احدهما

٨٨٩ ..... السابع اذا تعارضت المرجحات المذكوره

٨٨٩ ..... الثامن لا يرجح دعوى احدهما بالخوارج

٨٩٠ ..... التاسع صرح في الارشاد بعد الاشارة الى عدم العبره بالخوارج

٨٩٠ ..... العاشر صرح في كره بان كل من قضى له بالحائط اتا بالبينه او اليمين

- ٨٩٠ الحادى عشر صرح فى كره بآته لو كان الازج مبنيا على رأس الجدار يرجح به
- ٨٩٠ الثانى عشر صرح فى س بآته لو بنى الجدار على جذع داخل طرفه فى بناء احدهما
- ٨٩٠ الثالث عشر لم اجد احدا من الاصحاب
- ٨٩٠ الرابع عشر صرح فى س بان المستاه و البئر
- ٨٩٠ منهل لو اختلفا فى خصّ فهل يقضى به لمن اليه معاهد القمط او لا
- ٨٩٠ اشاره
- ٨٩٢ ينبغى التنبيه على امور
- ٨٩٢ الاول هل يرجح بمعاهد القمط حيث يكون الظاهر ذلك او لا
- ٨٩٢ الثانى صرح فى ضه بآته ينبغى تخصيص الحكم بمورد الزوايه من الخصّ دون غيره
- ٨٩٣ الثالث صرح الشيخ فى التهايه و ابن فهد و المهذب البارع بانّ الخصّ هو الطنّ
- ٨٩٣ الرابع حكى فى جامع المقاصد تفسير القمط عن جماعه
- ٨٩٣ منهل اذا كان الحائط مشتركا فلا يجوز للشريك التصرف فيه بادخال خشبه فيه بدون اذن شريكه
- ٨٩٣ اشاره
- ٨٩٣ ينبغى التنبيه على امور
- ٨٩٣ الاول لا فرق فى ذلك بين كون التصرف بين كونه مضرا بالشريك او لا
- ٨٩٣ الثانى صرح فى التذكرة و س و جامع المقاصد و لك و مجمع الفائده بجواز الاستناد الى الحائط
- ٨٩٤ الثالث لو منع مالك الجدار او الشريك فيه من الاستناد
- ٨٩٥ الرابع صرح فى س بعد التصريح بجواز الاستناد الى الجدار المشترك
- ٨٩٥ الخامس صرح فى كره و لك بآته لو بنى فى ملكه جدارا متصلا بالجدار المشترك
- ٨٩٥ منهل لو انهدم الجدار المشترك لم يجبر شريكه على تعميره و الاتفاق عليه
- ٨٩٥ اشاره
- ٨٩٦ ينبغى التنبيه على امور
- ٨٩٦ الاول لا فرق فى الانهدام بين ان يكون بنفسه او بفعل الغير
- ٨٩٦ الثانى لا فرق فى الحائط المشترك بين ان يكون حائط النار
- ٨٩٦ الثالث لا فرق فى عدم الاجبار بين صورتى تضرر الشريك
- ٨٩٦ الرابع هل يتوقف العمارة على اذن الشريك فلا تجوز بدونه او لا
- ٨٩٧ الخامس صرح فى لك بآته حيث يتوقف البناء على اذن الشريك

٨٩٨ ..... السابع صرح في التذكرة

٨٩٨ ..... الثامن صرح في كره بآته لو بنى الجدار بغير اذن شريكه في الاتفاق

٨٩٩ ..... التاسع لو هدم احد الشريكين الجدار المشترك من غير اذن صاحبه

٩٠٠ ..... العاشر اذا هدم احد الشريكين الجدار المشترك

٩٠٠ ..... الحادى عشر صرح في كره بآته لو كان لشخصين ملكان متجاوران

٩٠٠ ..... الثانى عشر اذا اذن له فى وضع الجذوع او السقف على جداره

٩٠٠ ..... منهل اذا كان بين الشريكين نهر مشترك

٩٠٠ ..... اشاره

٩٠١ ..... ينبغى التنبيه على امور

٩٠١ ..... الاوّل صرح فى جامع المقاصد بآته لو اراد احد الشريكين الاضرار فى الجدار

٩٠١ ..... الثانى صرح فى كره بآته لو انفق احد الشريكين على البئر و التهر

٩٠١ ..... الثالث صرح فى كره أيضا بآته لو كان بينهما دولاب او ناعوره

٩٠١ ..... الرابع صرح فى كره أيضا بآته لو كان له حقّ اجراء الماء فى ملك الغير

٩٠٢ ..... منهل لو كان علو الدار لواحد و سفلهما لغيره فانهدمت لم يكن لصاحب السفلى اجبار صاحب العلو على مساعدته فى اعاده السفلى

٩٠٢ ..... اشاره

٩٠٢ ..... ينبغى التنبيه على امور

٩٠٢ ..... الاوّل صرح فى جامع المقاصد و لك باّن ذلك ليس على اطلاقه قائلين بعد الاشارة اليه

٩٠٢ ..... الثانى لو طلب صاحب العلو بناء جدران السفلى تيزعا

٩٠٢ ..... الثالث صرح فى كره و لك بآته فى حكم العلو ما لو كان له ساباط

٩٠٢ ..... الرابع لو هدم الحائط فهو كما لو انهدم فى جميع ما ذكر

٩٠٣ ..... منهل اذا تنازع صاحب السفلى و البيت و صاحب العلو و العرفه فى جدران البيت فاختلف الاصحاب فيه على قولين

٩٠٣ ..... منهل اذا تنازع صاحب السفلى و صاحب العلو فى سقف البيت الذى عليه العرفه

٩٠٣ ..... اشاره

٩٠٤ ..... ينبغى التنبيه على امور

٩٠٤ ..... الاوّل احتمل فى القواعد و الايضاح اختصاص صاحب السفلى به

٩٠٤ ..... الثانى صرح فى كره و القواعد و غايه المراد و جامع المقاصد

الثالث صرح في التذكرة و س و ضه بأنه يقدم قول صاحب الغرفة

- ٩٠٤ .....  
٩٠٤ ..... منهل اذا خرجت اغصان شجره الى ملك الجار .....  
٩٠٤ ..... اشاره .....  
٩٠٥ ..... ينبغي التنبيه على امور .....  
٩٠٥ ..... الأول لا فرق في الاغصان من ان يكون كثيره او قليله .....  
٩٠٥ ..... الثاني المراد بالشجر هنا الاعم من النخل .....  
٩٠٥ ..... الثالث لا فرق في ملك الجار بين ارضه و هوائه .....  
٩٠٥ ..... الرابع هل يتخير الجار في الازاله بين عطف الاغصان من حد ملكه و بين قطعها منه .....  
٩٠٦ ..... الخامس هل يتوقف الازاله بعطف او قطع على اذن الحاكم او لا .....  
٩٠٦ ..... السادس هل يتوقف جواز الازاله بعطف او قطع على مطالبه المالك بها .....  
٩٠٦ ..... السابع هل يجب على المالك ازاله اغصان شجرته الداخلة الى ملك الغير او لا .....  
٩٠٧ ..... الثامن صرح في س و جامع المقاصد و لك بأنه ليس لمالك الارض ايقاد النار تحت الاغصان .....  
٩٠٧ ..... التاسع صرح في جامع المقاصد و لك بأنه لو مضت مده طويله على الاغصان الداخلة الى ملك الجار .....  
٩٠٧ ..... العاشر اذا سرت عروق الشجره الى ارض الجار .....  
٩٠٧ ..... الحادي عشر صرح في التذكرة و جامع المقاصد و لك بأنه لو مال جدار الغير الى هواء الجار .....  
٩٠٨ ..... الثاني عشر صرح في لك بأن في حكم الشجره التراب المنتقل الى ملك الغير .....  
٩٠٨ ..... الثالث عشر صرح في س و جامع المقاصد و لك بأن له اخراج بهيمه مملوكه تدخل الى داره .....  
٩٠٨ ..... الرابع عشر لو صالح مالك الاغصان الداخلة الى ملك الغير معه الى ابقائها في الهواء .....  
٩٠٩ ..... منهل اذا كان لإنسان بيوت الخان السفلى و لآخر بيوت العليا .....  
٩٠٩ ..... اشاره .....  
٩١٠ ..... ينبغي التنبيه على امور .....  
٩١٠ ..... الأول أما يحكم بالدرج لصاحب العلو .....  
٩١٠ ..... الثاني لا فرق في ذلك بين ان يكون الدرج المتنازع فيها موضوعة على ارض صاحب السفلى او لا .....  
٩١٠ ..... الثالث صرح في التذكرة بأنه لو تنازعا في التسلم .....  
٩١١ ..... الرابع صرح في س و لك و ضه بأنه كما يحكم بالدرج لصاحب العليا .....  
٩١١ ..... الخامس هل يختص الحكم بكون الدرج المتنازع فيها لصاحب العلو .....  
٩١١ ..... السادس لو اختلفا في الخزانه التي تحت الدرج المتنازع فيها .....

- منهل اذا تنازع صاحب علو الخان او الدار الذى مرقيه فى صدرهما فى العرصه و الصحن فادعاه كلّ منهما لنفسه
- ٩١١ ..... اشاره
- ٩١٢ ..... ينبغى التنبيه على امور
- ٩١٢ ..... الاول المراد بصدر الخان نهايته فى السعه
- ٩١٢ ..... الثانى اذا كان المرقى فى الدهليز
- ٩١٢ ..... الثالث صرح فى ضه و لك بانّ المرقى لو كان فى ظهر الخان
- ٩١٢ ..... منهل لو تنازعا فى دابه فادعاهما كلّ واحد منهما لنفسه
- ٩١٢ ..... اشاره
- ٩١٣ ..... ينبغى التنبيه على امور
- ٩١٣ ..... الاول صرح فى س و لك بانّه لا عبره هنا بكون الراكب غير معتاد
- ٩١٣ ..... الثانى على القول الثانى من القضاء بينهما بالمساوات يحلف كلّ منهما لصاحبه
- ٩١٣ ..... الثالث صرح فى جامع المقاصد و لك و ضه بانّ اللجام يقضى به لمن هو فى يده
- ٩١٣ ..... الرابع صرح فى مجمع الفائده بعد الاشاره الى القولين و مستندهما
- ٩١٤ ..... منهل لو تنازعا ثوبا و فى يد احدهما اكثر و لا يتنه فهما سواء
- ٩١٤ ..... منهل لو تنازعا عبدا و لأحدهما عليه ثياب لابسه و كان لهما عليه يد فهما فيه
- ٩١٤ ..... منهل لو تداعيا جملا و لأحدهما عليه حمل و كان لكلّ منهما عليه يد
- ٩١٤ ..... اشاره
- ٩١٤ ..... ينبغى التنبيه على امور
- ٩١٥ ..... الاول يظهر من اطلاق الكتب المذكوره عدم الفرق فى ذلك بين صورتى العلم
- ٩١٥ ..... الثانى اذا كان لغير صاحب الحمل يد على الجمل بقبض زمامه
- ٩١٥ ..... الثالث صرح فى لك بانّه لو كان لأحدهما حمل و لا يد للاخر
- ٩١٥ ..... منهل لو تداعيا غرفه كأنه على بيت احدهما و بابها الى غرفه الاخرى
- ٩١٥ ..... اشاره
- ٩١٥ ..... ينبغى التنبيه على امرين
- ٩١٥ ..... الاول اتما يقدم قول صاحب البيت الذى عليه الغرفه بيمينه
- ٩١٦ ..... الثانى اذا كان من اليه الباب متصرفا فى الغرفه المتنازع بسكنى و نحوها
- ٩١٦ ..... منهل لو وجد بنائه او خشبه او مجرى مائه كدولابه و نحو ذلك ملك غيره



- ٩١٧ ----- اشاره
- ٩١٧ ----- مقدمه الزهن لغه على ما صرح به جماعه الثبات
- ٩١٧ ----- منهل لا اشكال فى جواز الرهن و مشروعيتها فى الجملة
- ٩١٧ ----- اشاره
- ٩١٧ ----- ينبغى التنبيه على امور
- ٩١٧ ----- الاول لا يجب الرهن بلا خلاف و لا اشكال
- ٩١٧ ----- الثانى لا يشترط فى جوازه عدم الكاتب
- ٩١٨ ----- الثالث الرهن جائز حضرا و سفرا
- ٩١٨ ----- منهل لا اشكال و لا شبهه فى ان الزهن من جمله العقود المتوقفه على الايجاب و القبول
- ٩١٨ ----- اشاره
- ٩١٩ ----- يتفرع على ما ذكرناه امور
- ٩١٩ ----- احدها عدم اشتراط الماضويه
- ٩١٩ ----- ثانيها عدم اشتراط العربيه
- ٩٢٠ ----- ثالثها جواز اللحن
- ٩٢٠ ----- رابعها جواز التجوز
- ٩٢١ ----- ينبغى التنبيه على امور
- ٩٢١ ----- الاول هل يشترط تقديم الايجاب على القبول مطلقا او لا
- ٩٢١ ----- الثانى هل يشترط وقوع القبول بعد الايجاب فورا
- ٩٢١ ----- الثالث هل يجوز المعاطات هنا كما فى البيع او لا
- ٩٢٢ ----- الرابع لو قلنا باشتراط اللفظ فى عقد الرهن و حصل العجز منه
- ٩٢٢ ----- منهل لم اجد احدا من الاصحاب ينبه على صحه الرهن من الفضولى اذا اجاز المالك
- ٩٢٢ ----- منهل فوائد الرهن و منافعه التى تحدث بعده متصله كانت او منفصله للراهن المالك
- ٩٢٢ ----- منهل اذا رهن حيوانا فتجدد له حمل بعد الرهن و لم يشترط دخول الحمل فيه و لا عدمه
- ٩٢٢ ----- اشاره
- ٩٢٤ ----- ينبغى التنبيه على امور
- ٩٢٤ ----- الاول يلحق بالحمل المتجدد ثمره النخل و الشجر المتجدده

الثاني هل يدخل الفرس و الزرع المتجددان في رهن الارض او لا

٩٢٤

الثالث لو شرط الراهن خروج النماء المتجدد صح .....

٩٢٤

منهل لو رهن حيوانا حاملا و لم يشترط دخول الحمل في الرهن و لا عدمه .....

٩٢٤

اشاره .....

٩٢٤

ينبغي التنبيه على امور .....

٩٢٥

الاول لا فرق فيما ذكر بين كون الحمل مما تحله الحيوه او لا .....

٩٢٥

الثاني لا فرق فيما ذكر أيضا بين حمل الانسان و غيره .....

٩٢٥

الثالث ان شرط الدخول دخل كما في كره و ير و التنقيح .....

٩٢٥

الرابع يدخل الصوف الذي على ظهر الحيوان في رهنه .....

٩٢٥

الخامس هل يدخل اللبن في رهن الحيوان او لا .....

٩٢٥

السادس صرح في كره بعدم دخول البيض في رهن ما يبيض .....

٩٢٥

السابع لو رهن نخلا فيه ثمر و لم يشترط دخوله فيه لم يدخل فيه .....

٩٢٦

الثامن لو رهن شجرا يقصد ورقه كالحناء .....

٩٢٦

التاسع لو رهن شجرا فهل يدخل الاغصان اليابسه .....

٩٢٦

العاشر صرح بعض الاصحاب بانه لا يدخل في رهن الاشجار البيضاء .....

٩٢٦

الحادي عشر هل يدخل محلّ الغرس في رهن الشجر او لا .....

٩٢٦

الثاني عشر لو رهن الارض فلا يدخل فيه ما فيها من الزرع و النخل .....

٩٢٦

الثالث عشر صرح في كره بعدم دخول اس البناء في رهن .....

٩٢٧

الرابع عشر صرح في ير و كره بعدم دخول سكنى الدار .....

٩٢٧

الخامس عشر فوائد الرهن المتصله التي لا تقبل الانفصال .....

٩٢٧

منهل اختلف الاصحاب في توقف صحه الرهن على القبض على قولين .....

٩٢٨

اشاره .....

٩٢٨

ينبغي التنبيه على امور .....

٩٣١

الاول ان قلنا بعدم توقف صحه الرهن على القبض .....

٩٣١

الثاني استدامه القبض ليست شرطا كما في الغنيه .....

٩٣١

الثالث صرح في ير و عد و س و غيرها بان القبض هنا كالقبض في البيع .....

٩٣١

الرابع ان قلنا بعدم اشتراط القبض في صحه الرهن .....

٩٣١

- منهل الرهانه موروثة ٩٣٢
- منهل يصح رهن المشاع ٩٣٢
- اشاره ٩٣٢
- ينبغي التنبيه على امور ٩٣٢
- الاول اذا كان المرهون المشاع مما لا يكفى فى قبضه مجرد التخليه ٩٣٢
- الثانى اذا فعل الراهن و المرتهن المحرم فحصل بذلك القبض ٩٣٣
- الثالث اذا كان المرهون المشاع مما يكفى فى قبضه مجرد التخليه ٩٣٣
- منهل الرهن لازم من جهه الراهن ٩٣٣
- منهل اذا تحقق الرهن المعتبر شرعا فلا يجوز للراهن ان يتصرف فيه بالتصرفات الناقله للملك ٩٣٣
- منهل اذا ائلف المرتهن الرهن بتعمد منه و تفریط فيه و كان الرهن قيمتيا ٩٣٥
- اشاره ٩٣٥
- الاول انه يستحق قيمته يوم التلف ٩٣٥
- الثانى انه يستحق قيمته يوم قبضه ٩٣٥
- الثالث انه يستحق اعلى القيم من حين التفريط الى وقت التلف ٩٣٦
- الرابع انه يستحق اعلى القيم من حين القبض الى حين التلف ٩٣٦
- الخامس انه يستحق اعلى القيم من حين التلف الى ان يحكم الحاكم عليه ٩٣٦
- السادس انه يستحق اعلى القيم من غير تعيين ٩٣٦
- السابع ما صار اليه فى ضه و لك و الكفايه من انه يستحق قيمته يوم تلفه اذا كان الاختلاف بسبب السوق ٩٣٦
- كتاب مناهل الوكاله ٩٣٧
- مقدمه صرح فى النافع بان الوكاله عباره عن الايجاب و القبول الدالين على الاستنايه فى التصرف ٩٣٧
- منهل الوكاله مشروعه كما صرح به الاصحاب ٩٣٧
- منهل لا اشكال فى توقف صحه الوكاله على الايجاب من الموكل و القبول من الوكيل ٩٣٧
- منهل لا يتوقف قبول الوكاله على اللفظ بل يصح بالفعل الدال عليه ٩٣٨
- اشاره ٩٣٨
- ينبغي التنبيه على امور ٩٣٩
- الاول هل يشترط اللفظ فى الايجاب او لا ٩٣٩
- الثانى على ما ذكرناه يكفى فى الايجاب و القبول الاشاره ٩٣٩

٩٤٠ ..... الزابع هل يشترط فى الفعل و الاشاره و الكتابه الداله على الوكاله كونها مفيده للعلم او لا

٩٤٠ ..... منهل لا يشترط فوريه القبول فيجوز ان يكون متراخيا عن الإيجاب مط

٩٤١ ..... منهل هل يتوقف صحه عقد الوكاله على عدم الرد من الوكيل بعد ايجاب الموكل و قبل قبوله

٩٤٢ ..... منهل اذا علم برضاء شخص بتصرف من عقد و ايقاع و نحوهما و لم يصدر منه ايجاب الوكاله قولاً و لا فعلاً

٩٤٣ ..... منهل الوكاله ليست لازمه بل هى جائزه من الطرفين

٩٤٣ ..... اشاره

٩٤٣ ..... ينبغى التنبيه على امور

٩٤٣ ..... الاوّل لا يتوقف عزل الموكل لو كيله على اللفظ الدال عليه

٩٤٣ ..... التانى لا فرق فى جواز فسخ الوكيل بين ان يكون فى حضور الموكل و غيبته

٩٤٣ ..... الثالث لا فرق فى جواز الفسخ لكل منهما بين ان يكون الوكاله بجعل او لا

٩٤٣ ..... الرابع اذا شرط احدهما على الآخر عدم الفسخ فى ضمن عقد لازم

٩٤٤ ..... الخامس اذا تضرر احدهما بفسخ الآخر و لم يتضرر الآخر بعدم فسخه

٩٤٤ ..... منهل اذا عزل الوكيل نفسه و فسخ الوكاله

٩٤٥ ..... منهل لا اشكال فى انعزال الوكيل اذا علم بانّ الموكل عزله

٩٤٥ ..... اشاره

٩٥١ ..... ينبغى التنبيه على امور

٩٥١ ..... الاوّل صرح فى يع بما يتفرع على القول الاوّل قائلا و لو تصرف الوكيل قبل الإعلام

٩٥١ ..... التانى لو قلنا بالقول الثانى فهل يكفى مطلق الإشهاد و لو كان الشاهد واحدا

٩٥١ ..... الثالث استشكل فى التحرير جواز شراء شاهد العزل من الوكيل فى صورته الإعلام

٩٥٢ ..... الرابع لا اشكال فى ثبوت العزل بكل ما يفيد العلم به من المشاهده

٩٥٣ ..... الخامس هل يثبت العزل بشهادة عدل واحد او لا

٩٥٤ ..... السادس هل يثبت العزل بمطلق الظن المتأخم للعلم او لا

٩٥٥ ..... السابع صرح فى التحرير بانّه لو مات الموكل فقد انعزل الوكيل

٩٥٥ ..... الثامن لو اختلف الموكل و الوكيل فى العزل

٩٥٥ ..... التاسع لو شهد العدلان بوكالته

٩٥٥ ..... العاشر ان شهد احد الشاهدين بالعزل بعد شهادته بالوكاله

منهل تبطل وكاله الوكيل بالحجر على الموكل بسفه او فلس فيما يمنع من التصرف فيه بهما

٩٥٦

٩٥٦ ----- اشاره

٩٥٦ ----- ينبغى التنبيه على امور .....

٩٥٦ ----- الأول صرح في كره بانه لا فرق في ذلك بين ان يحجر عليه قبل التوكيل او بعده

٩٥٦ ----- الثاني لو وكل المحجور عليه باحد الأمرين

٩٥٦ ----- الثالث اذا وكل الشفيه و المفلس قبل الحجر عليهما فهل يصح اولا

٩٥٦ ----- الرابع صرح في كره و لك و ضه و الرياض بان في حكم الحجر طرو الرق على الموكل

٩٥٦ ----- الخامس صرح في الرياض بانه حيث فسدت الوكاله بالحجر

٩٥٦ ----- منهل لا تبطل الوكاله بالتوم و ان طال مدته

٩٥٧ ----- اشاره

٩٥٧ ----- ينبغى التنبيه على امرين

٩٥٧ ----- الاول صرح في التحرير بانه لا يبطل الوكاله بالسهو و ان كثر

٩٥٧ ----- الثاني أطلق في التحرير عدم بطلان الوكاله بالسكر و بالفسوق المتجدد

٩٥٧ ----- ينبغى التنبيه على الأمرين

٩٥٧ ----- الاول صرح في الرياض بانه لا فرق في ذلك بين ان يكون باذن الولي او لا

٩٥٧ ----- الثاني ان مقتضى كلام الاصحاب صحه وكالتهما في جميع ما تصح فيه الوكاله مط

٩٥٧ ----- منهل لا يصح التوكيل من اشخاص مط

٩٥٩ ----- منهل يشترط في الوكيل العقل فلا يصح الوكاله من المجنون

٩٥٩ ----- منهل لا اشكال في انه لا يصح ان يكون لطفل الغير المميز وكيلا

٩٥٩ ----- منهل المحجور عليه بالفلس او السفه يصح أن يكون وكيلا

٩٦٠ ----- منهل يجوز ان يوكل عبد غيره في جميع ما يصح فيه التوكيل كالبيع و الشراء و النكاح و الطلاق و غيرها

٩٦١ ----- منهل هل يجوز للمولى ان يوكل عبده في اعتناق نفسه او لا

٩٦١ ----- منهل اذا وكله في الامور التي يريد بها نفسه و في جميع مصالحه

٩٦٢ ----- منهل هل يشترط العدالة في وكيل الوصي فيما يصلح له التوكيل فيه و في وكيل الولي على الصغير و المجنون في جميع ما يتعلق بهما

٩٦٢ ----- منهل هل يشترط العدالة في وكيل الوكيل

٩٦٢ ----- اشاره

٩٦٥ ----- ينبغى التنبيه على امور .....

الأول لا فرق على المختار من جواز كون وكيل الوكيل فاسقا

٩٦٥

الثاني اذا أطلق الموكل لوكيله جواز التوكيل ----- ٩٦٥

الثالث اذا وكل الموكل او وكيله عدلا ثم فسق ----- ٩٦٥

منهل لا يجوز و لا يصح ان يتوكل الذمي على مسلم لمسلم او ذمي ----- ٩٦٦

اشاره ----- ٩٦٦

ينبغي التنبيه على امور ----- ٩٦٦

الأول يلحق بالذمي هنا فوق ساير الكفار الذين لا يطلق عليهم اسم الإسلام ----- ٩٦٦

الثاني لا اشكال في ان المسلم في كلمات الأصحاب يشمل العدول من الإمامية و فشافهم ----- ٩٦٧

الثالث الظاهر من تصريح الأصحاب بانه لا يصح ان يتوكل الذمي على المسلم ----- ٩٦٧

الرابع المسلم مط يجوز ان يتوكل على مثله لمثله ----- ٩٦٧

الخامس يجوز للمسلم ان يتوكل للذمي على الذمي ----- ٩٦٨

السادس يجوز للمسلم مط ان يتوكل للمسلم على الذمي ----- ٩٦٨

السابع يجوز للذمي ان يتوكل على الذمي للمسلم مط ----- ٩٦٨

الثامن يجوز للذمي ان يتوكل على الذمي للذمي كما في التهايه ----- ٩٦٨

منهل يجوز ان تلى المراه عقد التكاك لنفسها ----- ٩٦٨

اشاره ----- ٩٦٩

ينبغي التنبيه على امور ----- ٩٦٩

الأول لا فرق في عقد التكاك بين الدوام و الانقطاع ----- ٩٦٩

الثاني لا فرق في المراه بين الباكره و التيب ----- ٩٦٩

الثالث يجوز للمراه ان تتوكل عن الغير لإيقاع طلاق ----- ٩٦٩

الرابع هل يجوز لها ان تباشر طلاق نفسها بوكاله من زوجها او لا ----- ٩٦٩

الخامس لو وكل المراه في طلاق نساءه ----- ٩٧٠

منهل يكره لذوى المروات ان يتولوا المنازعه و الخصومه بانفسهم ----- ٩٧٠

اشاره ----- ٩٧٠

ينبغي التنبيه على امور ----- ٩٧٠

الأول صرح في جامع المقاصد و لك و الكفايه بان المراد بذوى المروات اهل الشرف ----- ٩٧١

الثاني اذا اتى هؤلاء بهذا المكروه لا لعذر ----- ٩٧١

الثالث لا فرق في كراهه ذلك بين ان يتولوا لأنفسهم او لغيرهم

٩٧١

الرابع لو توقف استيفاء الحق على المباشره ----- ٩٧١

الخامس هل يكره ذلك لغير ذوى المروات أيضا او لا ----- ٩٧١

منهل اذا لم يأذن الموكل لوكيله ان يوكل فيها هو وكيل فيه ----- ٩٧١

منهل لا اشكال في ثبوت اذن الموكل بالتوكيل حيث يكون لفظه دالاً عليه ----- ٩٧٢

منهل اذا قال اصنع ما شئت و افعل ما شئت فهل يفيد الأذن في التوكيل او لا ----- ٩٧٢

اشاره ----- ٩٧٢

ينبغي التنبيه على امرين ----- ٩٧٢

الأول صرح في جامع المقاصد بأنه في معنى اصنع ما شئت ----- ٩٧٢

الثاني اذا قال الموكل لوكيله انت وكيلى مط ----- ٩٧٢

منهل اذا وكله فيما يترفع الوكيل عن مباشرته كالأعمال الدنيه بالتسبيه الى اشراف الناس ----- ٩٧٣

منهل اذا وكله فيما لا يترفع الوكيل عن مباشرته ----- ٩٧٤

اشاره ----- ٩٧٤

ينبغي التنبيه على امور ----- ٩٧٨

الأول لا فرق في العجز بين حصوله بسبب عدم القدره عقلا او عاده ----- ٩٧٨

الثاني قد يثبت الأذن بالتوكيل من قاعده الاولويه ----- ٩٧٩

الثالث لا اشكال في أنه يثبت الاذن بالتوكيل ----- ٩٧٩

الرابع اذا وكل الوكيل عالما باذن الموكل بالتوكيل ----- ٩٧٩

الخامس يثبت الاذن بالتوكيل بشهادة العدلين به مط ----- ٩٧٩

السادس اذا ظن الوكيل برضاء الموكل بالتوكيل ----- ٩٨٠

منهل اذا وكل رجل غائب عن البلد لإيقاع الطلاق عنه فيه صح ----- ٩٨٠

اشاره ----- ٩٨٠

ينبغي التنبيه على امرين ----- ٩٨٢

الأول صرح في الرياض بأنه يصح الوكالة في الطلاق للغائب و الحاضر ----- ٩٨٢

الثاني حكى في الرياض عن بعض آته صرح بأنه على قول الشيخ يتحقق الغيبه ----- ٩٨٢

منهل من شروط الوكالة ان يقع منجزه غير معلقه نفسها على شرط و لا صفه ----- ٩٨٢

اشاره ----- ٩٨٢

٩٨٣ ..... الاول لو نجز الوكاله و شرط تاخير التصرف الى وقت معين

٩٨٤ ..... الثانى يجوز توقيت الوكاله كأن يقول وكلتك الى شهر

٩٨٤ ..... الثالث لو قرن الوكاله بشرط ان لا يقتضى التعليق

٩٨٤ ..... منهل هل يجوز للوكيل فى الوكاله المعلقه على شرط او صفه المحكوم بفسادها باعتبار هذا التعليق التصرف بعد حصول المعلق او لا

٩٨٨ ..... منهل اذا وكله فى طلاق زوجته سينكحها

٩٨٨ ..... اشاره

٩٩٠ ..... ينبغي التنبيه على امور

٩٩٠ ..... الاول صرح فى كره بانه لو وكله فى شراء عبد و عتقه

٩٩٠ ..... الثانى اذا كان متعلق الوكاله مقدور للموكل و الوكيل

٩٩٠ ..... الثالث اذا كان متعلق الوكاله غير مقدور للموكل و لا للوكيل

٩٩٠ ..... الرابع اذا كان متعلق الوكاله مقدورا بالنسبه الى الوكيل

٩٩٠ ..... الخامس ان كان متعلق الوكاله مقدور بالنسبه الى الموكل فى جميع الحالات

٩٩١ ..... منهل قد ذكروا امورا يصح فيها التوكيل و النيابة و لا يشترط فيها المباشره منها البيع

٩٩٤ ..... منهل يصح التوكيل فى الدعوى و المرافعه و اثبات الحقوق و الحجج و إيضاها عند الحاكم

٩٩٤ ..... اشاره

٩٩٥ ..... ينبغي التنبيه على امور

٩٩٥ ..... الأول لا يفتقر فى التوكيل فى الدعوى على الغير الى علم الوكيل

٩٩٥ ..... الثانى لا فرق فى التوكيل المفروض بين ان يكون الموكل غائبا او حاضرا

٩٩٥ ..... الثالث لا فرق فى التوكيل فى الحقوق بين ان يكون ماله او غيرها

٩٩٥ ..... منهل يجوز التوكيل فى استيفاء الحدود و اقامتها بعد ثبوتها

٩٩٥ ..... اشاره

٩٩٥ ..... ينبغي التنبيه على امور

٩٩٦ ..... الأول لا فرق فى الحدود بين حدود الله كحد الزنا و حدود الآدميين

٩٩٦ ..... الثانى لا فرق فى ذلك أيضا بين حضور المستحق و غيبته

٩٩٦ ..... الثالث لا فرق فى الموكل لاستيفاء الحد بين ان يكون الامام ع او الفقيه

٩٩٦ ..... الرابع هل يشترط فى صحه قبول الوكاله هنا علم الوكيل باستحقاق المحدود للحد شرعا او لا



٩٩٦----- السادس هل يجوز للحاكم ان يوكل غيره في اقامه الحد

٩٩٦----- السابع هل التعزير كالححد هنا او لا

٩٩٦----- منهل يجوز التوكيل في اثبات حدود الأدميين كحد القذف

٩٩٧----- منهل لا يجوز الاستنابه و التوكيل في امور

١٠٠٠----- منهل اختلف الاصحاب في صحه التوكيل

١٠٠٢----- منهل هل يصح التوكيل في الاقرار

١٠٠٢----- اشاره

١٠٠٤----- ينبغى التنبيه على امور

١٠٠٤----- الاول لو عمم الوكالة في كل شىء

١٠٠٤----- الثانى ان الموكل في الإقرار لا يخ انا ان يعين ما يقر به او يطلق

١٠٠٤----- الثالث اختلف الاصحاب في كون التوكيل في الاقرار اقرارا

١٠٠٥----- منهل هل يصح التوكيل في الجهاد ما لم يتعين عليه بخصوصه او لا

١٠٠٥----- منهل اذا وكله في شراء عبد و أطلق و لم يقيد بزمان و لا بمكان و لا بثمن معين و لا بوصف خاص

١٠٠٥----- اشاره

١٠٠٧----- ينبغى التنبيه على امور

١٠٠٧----- الأول لا يشترط في تعلق الوكالة ان يكون معلوما من جميع الوجوه

١٠٠٧----- الثانى لا فرق على المختار بين كون المقصود من العبد التجاره او القنيه

١٠٠٧----- الثالث لا يختص الجواز باطلاق التوكيل في شراء العبد

١٠٠٨----- الرابع هل يجوز ان يكون متعلق الوكالة مجملا

١٠٠٨----- الخامس اذا كان متعلق الوكالة موجودا خارجيا

١٠٠٩----- السادس لو وكله لمخاصمه غرمائه

١٠٠٩----- السابع اذا وكله في ابراء دينه

١٠٠٩----- الثامن لو قال ابرئه من كل قليل و كثير جاز

١٠٠٩----- التاسع صرح في كره بائه لو وكله في الإبراء من شىء

١٠٠٩----- العاشر لو قال وكتلتك في ان تبرئه مما شئت

١٠٠٩----- الحادى عشر لو قال ابرء فلانا عن دينى اقتضى ان يبرئه عن الجميع

- ١٠٠٩ ..... الثاني عشر صرح في كره بانه لو قال ابرئه عما شئت
- ١٠١٠ ..... الثالث عشر اذا وكله في البراء من الحق الذي عليه -
- ١٠١٠ ..... الرابع عشر لو كان له على رجل حق فوكل صاحب الحق من عليه الحق
- ١٠١٠ ..... الخامس عشر لو وُكِّل في ابراء غرمانه و كان الوكيل منهم -
- ١٠١٠ ..... منهل لو وُكِّل في كل ما يصح له التوكيل فيه و عمم الوكالة بحيث لم يبق شيء آلا و هو وكيل فيه
- ١٠١٠ ..... اشاره
- ١٠١١ ..... ينبغي التنبيه على امور -
- ١٠١١ ..... الأول لا فرق على المختار في التعميم بين ان يصرح الموكل بالتوكيل
- ١٠١٢ ..... الثاني لا فرق في الوكالة العامه على جهه الاجمال
- ١٠١٢ ..... الثالث لو اتى بعبارة تدلّ بحسب الوضع على التوكيل في جميع الامور -
- ١٠١٢ ..... الرابع لو لم يعمم الوكالة هذا التعميم بل خصها بنوع خاص
- ١٠١٣ ..... الخامس لو قال بع ما شئت من مالي و اقبض ما شئت من ديوني صح
- ١٠١٣ ..... السادس لو قال بع مالي كله و اقبض ديوني كلها -
- ١٠١٣ ..... السابع لو قال بع من رايت من عبيدي جاز
- ١٠١٣ ..... الثامن صرح في عد و كره بانه لو قال وكلتك
- ١٠١٣ ..... التاسع صرح في كره بانه لو قال اشتر لي شيئا او حيوانا
- ١٠١٤ ..... العاشر لو قال اشتر لي ما شئت
- ١٠١٤ ..... الحادي عشر صرح في كره بانه اذا وُكِّل في بيع امواله صح
- ١٠١٤ ..... الثاني عشر لو قال بع بما باع فلان سلعته صحت الوكالة
- ١٠١٥ ..... منهل اذا قبل الوكالة و لم يشترط على الموكل جعلاً و اجره
- ١٠١٥ ..... منهل يجوز توكيل اثنين في امر واحد -
- ١٠١٥ ..... اشاره
- ١٠١٦ ..... ينبغي التنبيه على امور -
- ١٠١٦ ..... الاول لو مات احد الوكيلين حيث كان المعتبر اجتماعهما
- ١٠١٧ ..... الثاني لو غاب احدهما لم يكن للاخر التصرف
- ١٠١٧ ..... الثالث لو جحد الغائب الوكالة او عزل نفسه
- ١٠١٧ ..... الرابع صرح في كره و التحرير بانه ان حضر احد الوكيلين و الآخر غائب

الخامس صرح في للتحرير و عد و جامع المقاصد بأنه لو وكلهما في حفظ ماله

- ١٠١٧
- ١٠١٧----- منهل اذا أطلق الوكالة في البيع فقال وكلت في بيع الشيء الفلاني فذكروا ان الاطلاق المذكور يقتضى امورا
- ١٠١٧----- اشاره
- ١٠١٩----- ينبغى التنبيه على امور
- ١٠١٩----- الاول لو خالف الوكيل ما يقتضيه الاطلاق من الامور المتقدمه عمدا او سهوا
- ١٠١٩----- الثانى كما صرح به في بيع و كره و جامع المقاصد و صرح فيه و في كره بأنه ان سلم العين قبل الاجاره
- ١٠٢٠----- الثالث قال في كره لو قال الموكل للوكيل بع بكم شئت
- ١٠٢٠----- الرابع قال في كره لو قال بع بما شئت فله البيع بغير نقد البلد
- ١٠٢٠----- الخامس قال في كره لو قال بع كيف شئت فله البيع بالنسيه
- ١٠٢٠----- السادس قال في كره لو قال بع عروضاً
- ١٠٢٠----- منهل اختلف الاصحاب في جواز ان يشتري الوكيل المال الذى وكل في بيعه
- ١٠٢٣----- منهل الوكيل امين لا يضمن ما تلف في يده الا بالتعدى او التفريط
- ١٠٢٣----- اشاره
- ١٠٢٣----- ينبغى التنبيه على امور
- ١٠٢٤----- الاول لا فرق فيما ذكرناه من الأحكام بين الوكيل المطلق و المقيّد
- ١٠٢٤----- الثانى لو باع و اشترى الوكيل المطلق او المقيّد
- ١٠٢٤----- الثالث لو تلف مال الموكل الذى انتقل الى غيره بفعل الوكيل
- ١٠٢٤----- منهل يجب على الوكيل في تصرفه بحسب الوكالة الاقتصار على ما دلّ عليه عقد الوكالة
- ١٠٢٥----- منهل اذا اختصت عباره الموكل و عقد الوكالة بنحو خاص و قيد مخصوص
- ١٠٢٦----- منهل اذا تعدى الوكيل عن مورد عباره الموكل بقرينه مفيدة للعلم بالرضاء بالتعدى
- ١٠٢٧----- منهل اذا تعدى الوكيل عن مورد عباره الموكل فلم يراع قيوداته التى اتى بها و اعتبرها
- ١٠٢٨----- منهل و لو امر الوكيل ببيع السلعه بدينار نسيه فباعها بدينارين او بدينار نقداً
- ١٠٢٩----- منهل لو وكله في البيع في سوق مخصوص فباعه الوكيل في غير ذلك السوق بالثمن الذى عين الموكل له
- ١٠٢٩----- اشاره
- ١٠٣٠----- ينبغى التنبيه على امور
- ١٠٣٠----- الاول لا فرق في الصورة الاخيريه على المختار
- ١٠٣٠----- الثانى صرح في كره بانه لو قال بع في بلد كذا

- الثالث صرح في جامع المقاصد بعد الاشارة الى صور الثلث المتقدمه ١٠٣٠
- الرابع لو قال الموكل لو كيله بعه من فلان ..... ١٠٣٠
- الخامس لو امره الموكل ان يشتري بعين المال ..... ١٠٣١
- السادس لو قال الموكل لو كيله بعه في الزمان المعين ..... ١٠٣١
- السابع صرح في التنقيح بانه لو امره بشراء ثوب بدينار ..... ١٠٣١
- الثامن اذا قيد الموكل بتوكيله بقيد من زمان او مكان ..... ١٠٣٢
- منهل اذا دفع الانسان الى وكيله زكاه ليصرفها الى المستحقين و كان الوكيل من جملتهم ..... ١٠٣٢
- اشاره ..... ١٠٣٢
- ينبغي التنبيه على امور ..... ١٠٣٥
- الاول اذا أطلق الموكل و قال هكذا هذه زكاتي امرها إليك ..... ١٠٣٥
- الثاني اذا امره الموكل بصرفها الى المستحقين ..... ١٠٣٥
- الثالث لا فرق في جواز الاخذ لنفسه حيث يأمره بالصرف في المستحقين ..... ١٠٣٥
- الرابع لا فرق فيما جوزنا فيه الاخذ للوكيل من الصور المتقدمه ..... ١٠٣٥
- الخامس اذا ظن في الصور التي جوزنا له الأخذ فيها باراده الموكل ..... ١٠٣٥
- السادس لا اشكال في انه يجوز للوكيل ان يأخذ في الصور التي جوزنا له الاخذ ..... ١٠٣٦
- السابع ان قلنا بعدم جواز اخذ الزيادة عن نصيب الجميع ..... ١٠٣٧
- الثامن هل يجب على الوكيل في دفع الزكاه الى مستحقيها ..... ١٠٣٧
- التاسع اذا دلت القرائن الحاليه او المقاليه على رضاء الموكل ..... ١٠٣٧
- العاشر يجوز للوكيل ان يعطى عياله ..... ١٠٣٨
- الحادي عشر اعلم ان مقتضى اطلاق اكثر من تكلم في اصل المسأله من المجوزين و المانعين ..... ١٠٣٨
- منهل تثبت الوكالة بامور منها شهادة ذكرين عدلين بها ..... ١٠٣٨
- منهل لا تثبت الوكالة بامور منها الاستفاضه الظنيه و التي لا تفيد العلم ..... ١٠٣٩
- منهل اذا شهد العدلان بالوكالة و إنشائها ..... ١٠٤٢
- اشاره ..... ١٠٤٢
- ينبغي التنبيه على امور ..... ١٠٤٤
- الاول لا يختص الحكم بالاختلاف من جهة العريبه و الفارسيه ..... ١٠٤٤
- الثاني كما لا تقبل الشهاده مع الاختلاف المذكور فكك لا تقبل شهادتهما اذا اختلفا في خصوص لفظ العقد ..... ١٠٤٤

- الثالث لو شهد احدهما بوكالته في الخصومه ببغداد ١٠٤٥
- الرابع لو علما لا عن حكاية لفظ الموكل ..... ١٠٤٥
- الخامس هل يجب في صورته العدول عن لفظ الموكل ..... ١٠٤٥
- السادس اذا شهد احدهما انه وكله في البيع مثلا ..... ١٠٤٥
- السابع لو شهد احدهما انه وكله في بيع عبده ..... ١٠٤٦
- الثامن لو شهد احدهما انه وكله في بيعه لزيد ..... ١٠٤٦
- التاسع لو شهد احدهما بانه وكله في البيع ..... ١٠٤٧
- العاشر لو شهد المالك لأمه بان زوجها ..... ١٠٤٧
- منهل اذا شهد العدلان بالإقرار بالوكالة لا بانثائها ..... ١٠٤٧
- اشاره ..... ١٠٤٧
- ينبغي التنبيه على امور ..... ١٠٤٨
- الأول لو صدرت من الشاهدين المختلفين بالاختلاف المفروض ..... ١٠٤٩
- الثاني ان لم يختلف الشاهدان بالاختلاف المفروض ..... ١٠٤٩
- الثالث لو شهد احدهما على عقد الوكالة ..... ١٠٤٩
- الرابع صرح في ير و كره بانه لو قال احدهما اشهد انه اقر عندي انه وكيله ..... ١٠٤٩
- منهل لا يشترط في ثبوت الوكالة و صحتها حضور الوكيل عقدها ..... ١٠٤٩
- منهل هل يتوقف ثبوت الوكالة بالشاهدين على حكم الحاكم او لا ..... ١٠٥٠
- اشاره ..... ١٠٥٠
- ينبغي التنبيه على امرين ..... ١٠٥٠
- الأول لو اقام البينه على الغائب بانه وكله سمعت بينته ..... ١٠٥٠
- الثاني صرح في كره بانه اذا قال له من عليه الحق انك لا تستحق مطالبتي ..... ١٠٥٠
- منهل لو اختلفا في الوكالة فادعاهما احدهما و انكره الاخر فالقول قول منكرها مع عدم البينه للمدعى ..... ١٠٥٠
- اشاره ..... ١٠٥٠
- ينبغي التنبيه على امرين ..... ١٠٥٠
- الأول انما يكون القول قول المنكر مع يمينه لا مط ..... ١٠٥٠
- الثاني لا فرق في ذلك بين كون المنكر الموكل او الوكيل ..... ١٠٥١
- منهل لو اختلفا في التفريط فادعاه الموكل و انكره الوكيل فالقول قول الوكيل المنكر مع عدم البينه للمدعى ..... ١٠٥١

- ١٠٥١ ..... ينبغي التنبيه على امور
- ١٠٥١ ..... الاول انما يقبل قول المنكر مع يمينه لا مط
- ١٠٥١ ..... الثانى التعدى حكمه حكم التفريط
- ١٠٥١ ..... الثالث صرح فى التحرير بانه اذا حلف فلا ضامن عليه
- ١٠٥١ ..... منهل لو اختلفا فى قيمه التالف على تقدير ثبوت الضمان فادعى الموكل انها عشره مثلا
- ١٠٥٢ ..... منهل لو اختلفا فى العزل فادعاه الموكل و انكره الوكيل فالقول قول الوكيل المنكر حيث لا بينه للمدعى
- ١٠٥٢ ..... منهل لو اختلفا فى الاعلام بالعزل فادعاه الموكل و انكره الوكيل فالقول قول الوكيل المنكر حيث لا بينه للمدعى
- ١٠٥٢ ..... منهل لو اختلفا فى التلف فى التلف الذى بيد الوكيل
- ١٠٥٢ ..... اشاره
- ١٠٥٢ ..... ينبغي التنبيه على امور
- ١٠٥٣ ..... الاول انما يقبل قول الوكيل مع يمينه لا مط
- ١٠٥٣ ..... الثانى لا فرق فى ذلك بين دعواه التلف بامر ظ كالغرق و الحرق او خفى كالسرقة
- ١٠٥٣ ..... الثالث الحق فى عد و التحرير و كره و لك بالوكيل
- ١٠٥٣ ..... منهل اذا زوجه امراه مدعيا وكالته على تزويجها او مط لكن بحيث يشمل التزويج فانكرها الموكل
- ١٠٥٣ ..... اشاره
- ١٠٥٣ ..... ينبغي التنبيه على امور
- ١٠٥٣ ..... الأول إنما يقبل قول المنكر مع يمينه لا مط
- ١٠٥٣ ..... الثانى يجب على الموكل فيما بينه وبين الله تعالى ان يطلقها مع كذبه
- ١٠٥٤ ..... الثالث يجوز للمراه ان تتزوج بغير المنكر حيث علمت بانكاره
- ١٠٥٤ ..... الرابع صرح فى التنقيح بانه لو طلق الموكل عند شاهدين
- ١٠٥٤ ..... الخامس لو قال الموكل ان كانت فلانه زوجتى فهى طالق
- ١٠٥٥ ..... السادس اذا زوجه على وجه الانقطاع مدعيا وكالته على ذلك
- ١٠٥٥ ..... منهل لو باع الوكيل الشئ الذى وكل فى بيعه بثمن و انكر الموكل الأذن بذلك القدر
- ١٠٥٥ ..... اشاره
- ١٠٥٥ ..... ينبغي التنبيه على امور
- ١٠٥٥ ..... الاول انما يقبل قول الموكل مع يمينه لا مط

الثاني لا فرق في قبول قول الموكل بين كون التلعه باقيه او تالفه

- ١٠٥٦
- الثالث اذا حصل الاختلاف المفروض قبل صدور البيع من الوكيل ..... ١٠٥٦
- الرابع اذا حلف الموكل على ما يدعيه و لم يرض ببيع الوكيل ..... ١٠٥٦
- الخامس الظاهر ان الصلح و الاجاره كالبيع في جميع ما ذكر ..... ١٠٥٦
- كتاب مناهل الوقف و السكنى و العمرى و الرقبى و الحبس ..... ١٠٥٦
- القول في الوقف ..... ١٠٥٦
- مقدمه لا اشكال في ان الوقف يقتضى تحبيس الاصل و اطلاق المنفعه ..... ١٠٥٦
- منهل لا ريب في مشروعيه الوقف و جوازه و صخته شرعا ..... ١٠٥٦
- منهل لا ريب في توقف الوقف على الايجاب من الواقف و إنشائه الوقف ..... ١٠٥٧
- اشاره ..... ١٠٥٧
- ينبغي التنبيه على امور ..... ١٠٥٨
- الاول لو قال جعلته وقفا صح ..... ١٠٥٨
- الثاني المراد باللفظ الصريح اللفظ الموضوع للوقف ..... ١٠٥٨
- الثالث اختلف الاصحاب في صراحه لفظي حسبت ..... ١٠٥٨
- الرابع قوله تصدقت ليس صريحا في الوقف ..... ١٠٥٩
- الخامس كل لفظ عربي موضوع للوقف خاصه ..... ١٠٦٠
- السادس قال في كره هل يصير مسجدا بقوله جعلته مسجدا ..... ١٠٦١
- منهل هل يتوقف صحه الوقف ان يكون ايجابه باللفظ فلا يصح بدونه او لا ..... ١٠٦١
- منهل اذا وقف على شخص معين او اشخاص معينين ..... ١٠٦٢
- اشاره ..... ١٠٦٢
- ينبغي التنبيه على امور ..... ١٠٦٣
- الاول ان قلنا بالتوقف على القبول ..... ١٠٦٣
- الثاني لا اشكال في ان صحه الوقف و لزومه لا يتوقف على قبول البطن المتاخر مط ..... ١٠٦٣
- الثالث اذا رد الموقوف عليه بعد الايجاب ..... ١٠٦٤
- الرابع صرح في كره و س و التنقيح و ضه و لك و جامع المقاصد بانه يعتبر في القبول فوريته ..... ١٠٦٤
- الخامس صرح في ضه و لك و جامع المقاصد بانه يعتبر فيه اللفظ العربي ..... ١٠٦٤
- السادس صرح في التنقيح بانه يشترط في القبول المطابقه للإيجاب ..... ١٠٦٤

- ١٠٦٤
- ١٠٦٥----- الثامن صرح في كره بانه اذا كان جعلت هذا للمسجد فهو تملك لا وقف
- ١٠٦٥----- منهل لا اشكال في توقف الوقف على القبض
- ١٠٦٥----- اشاره
- ١٠٧٤----- و ينبغي التنبيه لأمر -
- ١٠٧٤----- الاول هل القبض على المختار من عدم صحة الوقف بدون شرط من شروطها
- ١٠٧٥----- الثاني صرح في لك والكفايه و الرياض بانّ العقد موصوف بالصحة في نفسه قبل القبض
- ١٠٧٥----- الثالث يجوز للواقف ان يفسخ الوقف قبل القبض
- ١٠٧٥----- الرابع اذا مات المالك الواقف قبل القبض بطل الوقف
- ١٠٧٧----- الخامس حكى في المختلف و س و التنقيح عن ابن حمزه انه صرح بانه اذا جعل الواقف التظر لنفسه مدّه حياته لم يشترط القبض
- ١٠٨٩----- السادس هل يتوقف القبض على اذن الواقف
- ١٠٩٠----- السابع اختلفت عبارات الاصحاب في التعبير عن هذا الشرط و هو القبض
- ١٠٩١----- الثامن لا يشترط القبض في بقيه الطبقات المتأخره اذا قبضت الطبقة الاولى حيث يكون الوقف على الترتيب
- ١٠٩١----- التاسع اذا كان البطن الاول متعددا
- ١٠٩٢----- العاشر الوصى اذا وقف على أشخاص او على جهة باعتبار وصيته الموصى بذلك
- ١٠٩٢----- الحادى عشر هل يشترط في صحه الوقف قبض تمام الموقوف
- ١٠٩٢----- الثاني عشر لا يشترط في القبض المتوقف عليه الوقف الفوريه
- ١٠٩٣----- الثالث عشر اذا وقف الوالد شيئا من ماله الذى في قبضه و تحت تصرفه على الصغير الغير البالغ من اولاده صح الوقف
- ١٠٩٤----- الرابع عشر اذا وقف الاب على ولده الكبار
- ١٠٩٤----- الخامس عشر اذا وقف الاجنبى و غير الولى على الصغير ما ليس بمقبوض تولى الولى قبضه
- ١٠٩٤----- السادس عشر اذا كان الموقوف تحت يد الموقوف عليه البالغ و في قبضه بويده او عاربه او اجاره او نحوها فيكفى هذا القبض و لا يتوقف صحه الوقف على قبض اخر غيره
- ١٠٩٥----- السابع عشر اذا كان القبض من الموقوف عليه قبل الوقف عليه واقعا بغير اذن الواقف كالمقبوض بالغصب
- ١٠٩٥----- الثامن عشر لو وقف و على الفقراء او الفقهاء او نحوهم فلا بدّ من نصب قيم لقبض الوقف
- ١٠٩٦----- التاسع عشر اذا وقف على مصلحة كالفناطر و المساجد و المدارس و غيرها جاز للناظر فيها المنسوب من قبل الواقف قبضه و صح منه
- ١٠٩٧----- العشرون هل يتحقق قبض المسجد بالصلاه فيه و قبض المقبره بالدفن فيها مط
- ١٠٩٨----- الحادى و العشرون اذا وقف ملكا من املاكه كأرض او بستان على الجهة
- ١٠٩٩----- الثاني و العشرون صرح في التحرير بانه لا يجوز وقف الدار المستاجر و لا الموصى بخدمته



- الثالث والعشرون صرح في بيع و التنقيح و لك و الرياض بان القبض المعترف في الوقف هو القبض المعترف في البيع ١١٠٠
- منهل صرح في الغنيه و فع و بيع و د و التحرير و عد و كره و اللمعه و ضه و الرياض بانّه يشترط في العين الموقوفه ان يكون ممّا يصح اقباضها - ١١٠٠
- منهل يشترط في صحه الوقف التنجيز و ايقاعه في الحال ..... ١١٠١
- اشاره ..... ١١٠١
- ينبغي التنبيه على امور ..... ١١٠٢
- الاول يتفرع على هذا الشرط بطلان الوقف المعلق - ..... ١١٠٢
- الثاني لو كان المعلق عليه واقعا و الواقف عالم بوقوعه ..... ١١٠٢
- الثالث صرح في التنقيح و الرياض بانّه يترتب على اشتراط التنجيز بطلان اشتراط الخيار في الوقف ..... ١١٠٢
- الرابع لا فرق في اشتراط التنجيز بين الوقف الخاص و الوقف العام ..... ١١٠٢
- الخامس اذا بطل الوقف بعدم التنجيز ..... ١١٠٢
- السادس اذا قال اذا مت فهو وقف ..... ١١٠٢
- منهل يشترط في الموقوف ان يكون ممّا يصح تملكه شرعا ..... ١١٠٣
- اشاره ..... ١١٠٣
- ينبغي التنبيه على امرين ..... ١١٠٤
- الاول يشترط في الموقوف أيضا ان يكون مملوكا بالفعل ..... ١١٠٤
- الثاني هل يشترط ان يكون مملوكا للواقف ..... ١١٠٤
- منهل يشترط في الموقوف ان يكون عينا ..... ١١٠٥
- منهل يشترط في العين الموقوفه أيضا ان يكون ممّا ينتفع به فلا يصح وقف ما لا منفعه فيه ..... ١١٠٥
- اشاره ..... ١١٠٥
- ينبغي التنبيه على امور ..... ١١٠٥
- الاول يشترط في المنفعه ان تكون محلله ..... ١١٠٥
- الثاني المراد بالمنفعه المنفعه التي يعتد بها عاده ..... ١١٠٦
- الثالث يشترط في العين الموقوفه ان يكون ممّا ينتفع به مع بقائه ..... ١١٠٦
- الرابع من الاعيان التي يصح وقفها العقار ..... ١١٠٦
- الخامس من الاعيان التي يصح وقفها الثياب ..... ١١٠٦
- السادس من الاعيان التي يصح وقفها الحصر و القناديل و الزلاقي ..... ١١٠٦
- السابع من الاعيان التي يصح وقفها المصحف و الكتب ..... ١١٠٧

- ١١٠٧ ..... الثامن من الأعيان التي يصح وقفها السلاح
- ١١٠٧ ..... التاسع من الأعيان التي يصح وقفها الحيوان الذي يصح استيجاره
- ١١٠٧ ..... العاشر من الأعيان التي يصح وقفها العروض
- ١١٠٧ ..... الحادى عشر من الأعيان التي يصح وقفها الكلب المملوك
- ١١٠٧ ..... الثانى عشر من الأعيان التي يصح وقفها السنور
- ١١٠٧ ..... الثالث عشر من الأعيان التي يصح وقفها العبد
- ١١٠٨ ..... الرابع عشر يصح وقف الذهب و الفضة اذا كان حليا
- ١١٠٨ ..... منهل هل يصح وقف الدراهم و الدينار كما يصح وقف الحلى من التقدين او لا
- ١١٠٨ ..... اشاره
- ١١٠٩ ..... ينبغى التنبيه على امور
- ١١٠٩ ..... الاول على المختار من الصّحه هل يتوقف على وجود المنافع حين الوقف
- ١١٠٩ ..... الثانى لا اشكال فى عدم الصّحه للإنفاق فى الخيرات
- ١١١٠ ..... الثالث يلحق بهما الفلوس
- ١١١٠ ..... منهل لا يصح الوقف من اشخاص منهم المجنون حال جنونه
- ١١١١ ..... منهل يشترط فى صّحه الوقف ان لا يكون الموقوف عليه ممن يحرم الوقف عليه
- ١١١٢ ..... منهل يشترط فى صّحه الوقف تعيين الموقوف عليه فلو لم يعيّنه بطل الوقف
- ١١١٢ ..... اشاره
- ١١١٣ ..... ينبغى التنبيه على امور
- ١١١٣ ..... الاول لو وقف على احد المشهدين من غير تعيين بطل الوقف
- ١١١٣ ..... الثانى لو وقف على رجل من بنى آدم من غير تعيين
- ١١١٣ ..... الثالث لو وقف على الفقراء و المساكين صح
- ١١١٣ ..... الرابع هل يصح الوقف على بنى هاشم و بنى تميم او لا
- ١١١٤ ..... منهل يشترط فى الموقوف عليه ان يكون ممن يصح شرعا ان يملك
- ١١١٧ ..... منهل لا يجوز الوقف على نفسه و لو كان منضمّا الى غيره على الترتيب و التشريك
- ١١١٧ ..... اشاره
- ١١١٧ ..... ينبغى التنبيه على امور
- ١١١٧ ..... الأول اذا وقف على وجه العموم

الثاني لو وقف على وجه العموم بحيث يكون قصده خصوصيات الاشخاص

١١١٨

الثالث لو وقف على غيره عاما او خاصا -----

١١١٩

الرابع لو وقف مسكنا و شرط لنفسه السكنى فيه -----

١١١٩

الخامس لو شرط انتفاع الفقراء و نحوهم -----

١١٢٠

السادس لو شرط على الموقوف عليهم ان يقضوا ديونه -----

١١٢٠

السابع لو شرط اكل اهله و عياله غير الزوجه مما وقفه -----

١١٢٠

الثامن صرح الشهيد الثاني في لك و الفاضل الخراساني في الكفايه بانه لو شرط ان يأكل الناظر منه -----

١١٢٠

التاسع لو شرط ان يخرج وصاياه من الوقف -----

١١٢١

منهل يجوز وقف المشاع -----

١١٢١

منهل لو قال وقتت على اولادى اندرج تحته البنون و البنات و الخنثى من الضلب او البطن -----

١١٢١

اشاره -----

١١٢١

ينبغي التنبيه على امور -----

١١٢٢

الاول اذا وقف على اولاد اولاده -----

١١٢٢

الثاني صرح في لك و الرياض بدخول الخنثى أيضا كالبنات -----

١١٢٢

الثالث لو وقف على اولاد البنين و البنات -----

١١٢٣

الرابع يقسم الوقف بين اولاد البنين و البنات الذكور و الاناث بالتسويه -----

١١٢٣

منهل اذا وقف على جماعه و اشترط ادخال من يولد و يوجد مع الموجود صح -----

١١٢٣

اشاره -----

١١٢٣

ينبغي التنبيه على امور -----

١١٢٤

الاول لا فرق في ذلك بين ان يكون الوقف على اولاده الاصاغر او غيرهم -----

١١٢٤

الثاني اشتراط ادخال من يريد كاشتراط ادخال من يوجد -----

١١٢٤

الثالث اشتراط الدخول كاشتراط الادخال -----

١١٢٤

منهل اذا وقف على الفقراء و أطلق فهل يجب صرف نماء الوقف الى جميع من يتصف بالصفه المذكوره -----

١١٢٤

اشاره -----

١١٢٤

ينبغي التنبيه على امور -----

١١٢٥

الاول لا اشكال و لا شبهه في آتة لا يجب تتبع من غاب عن البلده -----

١١٢٥

الثاني هل يعم الغائب كل من خرج عن سور البلد -----

١١٢٥

- النالث هل يلحق بالبلد القريه و غيرهما من المحال ١١٢٦
- الرابع هل يشترط كون الموقوف عليه في البلد ١١٢٦
- الخامس قد يتينا انه اذا وقف على الفقراء ١١٢٦
- ينبغي التنبيه على امور ١١٢٨
- الاول لو قلنا بعدم جواز الصرف في أقل من الثلاثه ١١٢٨
- الثاني هل التقسيم بين الثلاثه او بين جميع اهل البلد ١١٢٨
- الثالث هل يشترط في البلده التي فيها الموقوف على القول بلزوم الاقتصار عليها ١١٢٨
- الرابع لا يختص الاحكام المتقدمه بالوقف على الفقراء ١١٢٨
- الخامس اذا كان الموقوف عليه منحصر اما في فرد معين ١١٢٩
- منهل اذا وقف المسلم على الفقراء ١١٢٩
- اشاره ١١٢٩
- ينبغي التنبيه على امور ١١٣٠
- الاول هل المراد بالمسلم الذي ينصرف اليه وقف المسلم على الفقراء مطلق المسلم ١١٣٠
- الثاني صرح في كزه بانه لو وقف المسلم على فقراء بلده ١١٣١
- الثالث صرح بها أيضا بانه لو وقف على فقراء بلده ١١٣١
- الرابع صرح في الرياض بانه لو وقف المسلم على العلماء ١١٣١
- الخامس اذا وقف المسلم او الكافر رباطا ١١٣٢
- منهل اذا أطلق الوقف على البر و لم يعين جهته منه جاز صرفه في كل ما يتقرب به الى الله تعالى ١١٣٢
- منهل الوقف اذا تحقق مع شرائطه المعتمبره في صحته لزم و لم يجز للواقف و لا للموقوف عليه و لا لغيرهما فسخه ١١٣٢
- اشاره ١١٣٢
- ينبغي التنبيه على امور ١١٣٣
- الاول لا فرق في ذلك بين ان يحكم به حاكم او لا ١١٣٣
- الثاني قال في لف بعد ما نقلنا عنه سابقا ١١٣٣
- الثالث اذا شرط الواقف لنفسه خيار الفسخ ١١٣٣
- منهل لو انقلعت نخله من الوقف فهل يجوز بيعها ح او لا ١١٣٤
- اشاره ١١٣٤
- ينبغي التنبيه على امور ١١٣٤

الأول لا فرق في ذلك بين الوقف العام و الوقف الخاص

١١٣٤

١١٣٤----- الثاني متى جاز البيع فهل يجب ان يشتري بثمنه ما يكون وقفا او لا

١١٣٥----- الثالث انكسار النخله حكمه حكم القلع

١١٣٥----- الرابع يلحق بالنخل ساير الأشجار

١١٣٥----- الخامس الحق في كره و جامع المقاصد و لك و الكفايه بقلع النخل

١١٣٥----- السادس اذا خلق حصير المسجد

١١٣٥----- السابع اذا انكسر جذع المسجد

١١٣٦----- الثامن صرح في كره و عد و جامع المقاصد بان الفاضل من حصر المسجد و آلاته

١١٣٦----- منهل لو وقف مسجدا في قريه او محلّه و خربتا لم يعد ذلك المسجد بعد خرابهما الى ملك الواقف

١١٣٧----- ينبغي التنبيه على امرين

١١٣٧----- الأوّل لو خرب المسجد بحيث لا يبقى اثره

١١٣٧----- الثاني لو انهدمت الدار الموقوفه لم يخرج عرصتها عن الوقف

١١٣٧----- منهل يجوز للواقف ان يجعل التّظر لغيره لظهور انعقاد الاجماع عليه و للعمومات

١١٣٧----- اشاره

١١٣٨----- ينبغي التنبيه على امور

١١٣٨----- الأوّل هل يجب على من جعل له النظر القبول او لا

١١٣٨----- الثاني لو قبل فهل يجب عليه الاستمرار عليه

١١٣٨----- الثالث هل يشترط عداله الناظر

١١٣٨----- منهل لو وقف على مصلحه لا تنقرض غالبا

١١٣٨----- اشاره

١١٣٩----- ينبغي التنبيه على امور

١١٣٩----- الاول لو عادت المصلحه الخاصه الموقوف عليها بعد انقطاعها

١١٣٩----- الثاني لو وقف على مصلحه تنقرض غالبا

١١٤٠----- الثالث لو وقف على مصلحه لا يعرف انقراضها غالبا

١١٤٠----- الرابع ليس المراد بصرفه في البر بيعه

١١٤٠----- الخامس هل يجب مراعات الاقرب الى المصلحه الموقوف عليها فالاقرب

١١٤١----- السادس لو علم كون الشئ وقفًا على مصلحه في الجملة

- ١١٤٢ -----
- ١١٤٢ ----- منهل لا ريب فى مشروعته الثلاثه المذكوره و يدل عليها امور
- ١١٤٢ ----- الاوّل ظهور اتفاق الاصحاب عليها
- ١١٤٢ ----- الثانى انه نبه فى كره على دعوى الاجماع عليها
- ١١٤٢ ----- الثالث ما احتج به فى كره
- ١١٤٢ ----- الرابع ما تمسك به فى كره أيضا قائلًا و من طريق الخاصه
- ١١٤٢ ----- الخامس ما استدل به فى كره أيضا قائلًا
- ١١٤٢ ----- السادس ما نبه عليه فى كره أيضا
- ١١٤٣ ----- ينبغى التنبيه على امرين
- ١١٤٣ ----- الأوّل لا ينتقل فى الثلاثه المذكوره المال المنتفع به من المالك الى غيره
- ١١٤٣ ----- الثانى اختلفت عبارات الاصحاب فى تعريف الثلاثه ففى الغنيه الرقى و العمرى سواء
- ١١٤٥ ----- منهل يتوقّف السكنى الموقّته بمدّه او بعمر احدهما على الايجاب و القبول
- ١١٤٥ ----- اشاره
- ١١٤٥ ----- ينبغى التنبيه على امور
- ١١٤٥ ----- الاول هل يتوقف السكنى المطلقة التى لم توقت بمدّه مط عليها او لا
- ١١٤٥ ----- الثانى يتحقّق الايجاب فى الثلاثه بالفاظ نبه عليها فى بع
- ١١٤٦ ----- الثالث اذا قال الدار لك مده حياتك صح
- ١١٤٦ ----- الرابع صرح فى جامع المقاصد بصحة الإيجاب بلفظ الهبه
- ١١٤٦ ----- الخامس هل يشترط فى الايجاب و القبول اللفظيتين العربيه او لا
- ١١٤٦ ----- السادس صرح فى التنقيح بانه يشترط فى الايجاب و القبول كونهما لفظيين
- ١١٤٦ ----- السابع يتحقق القبول بلفظ قبلت و رضيت و شبههما
- ١١٤٦ ----- الثامن هل يشترط فورتيه القبول هنا او لا
- ١١٤٦ ----- منهل صرح فى فع و بع و صره و التحرير و كره و عد و د و س و اللمعه و ضه و الرياض بتوقّف السكنى على القبض
- ١١٤٧ ----- منهل هل يتوقّف السكنى و العمرى و الرقى على قصد القربه و يكون شرطًا فى صحّتها او لا
- ١١٤٧ ----- منهل صرح فى كره بانه لا يجوز تعليق العمرى على شرط او صفه
- ١١٤٧ ----- منهل كلما يصحّ وقفه يصح اعماره و تسليط الغير على منفعتة ما بقى هو او ذلك الغير
- ١١٤٨ ----- منهل لو باع مالك الاصل ما جعله سكنى او عمرى او رقى لغيره

- ١١٤٨
- ١١٥١ ..... ينبغي التنبيه على امور
- ١١٥١ ..... الاول قال في كره اذا عمر الانسان دارا او ارقبها لزيد
- ١١٥١ ..... الثاني قال في التنقيح قال ابن الجنيد انه اذا دفع المالك الى الساكن
- ١١٥١ ..... الثالث قال في التنقيح هل يصح اجارتها مده معلومه
- ١١٥١ ..... منهل اذا اطلق السكنى لزيد مثلا فقال اسكنتك هذه الدار عمري مثلا
- ١١٥١ ..... اشاره
- ١١٥٢ ..... ينبغي التنبيه على امور
- ١١٥٢ ..... الاول الامتعه و الاجناس التي جرت العاده بان يكون معه و في مسكنه
- ١١٥٣ ..... الثاني اذا شرط المالك على الساكن ان لا يسكن من يجوز له السكنى
- ١١٥٣ ..... الثالث صرح في عد بانه لا يجب العمارة على احدهما و لا له
- ١١٥٤ ..... الرابع صرح في التنقيح بانه لو اعمره او ارقبه ارضا شانها الزرع
- ١١٥٤ ..... منهل اذا اسكن غيره ما يصلح للسكنى كدار فهل تكون السكنى من العقود اللازمة كالبيع
- ١١٥٤ ..... اشاره
- ١١٥٧ ..... ينبغي التنبيه على امور
- ١١٥٨ ..... الاول اذا مات المالك في السكنى المطلقة
- ١١٥٨ ..... الثاني هل يجوز في العمري ان يجعل المده عمر اجنبي غير المالك
- ١١٥٨ ..... الثالث هل يجوز اطلاق العمري كما يجوز السكنى او لا
- ١١٥٩ ..... الرابع هل يجوز اطلاق الرقبى او لا
- ١١٥٩ ..... الخامس لو اعمره مده معينه فهل يصح او لا
- ١١٥٩ ..... السادس كما يجوز تعليق العمري على عمر الغير
- ١١٦٠ ..... السابع لو جعلها لبعض من عقبه او جعلها له مده عمره
- ١١٦١ ..... القول في الحبس
- ١١٦١ ..... منهل يجوز حبس فرسه و بعيره في سبيل الله تعالى لنقل الماء الى المسجد و السقيه و لمعونه الحاج
- ١١٦١ ..... اشاره
- ١١٦١ ..... و ينبغي التنبيه على امور
- ١١٦١ ..... الاول صرح في النهايه و فع و التحرير و اللمعه و ضه و الرياض

- ١١٦١ ..... الثاني صرح في يع و د و جامع المقاصد و لك و ضه و الكفايه بأنه يجوز حبس غلامه في خدمه المسجد
- ١١٦١ ..... الثالث صرح في يع و د و اللمعه و ضه بجواز حبس غلامه في سبيل الله تعالى
- ١١٦٢ ..... الرابع المراد بسبيل الله تعالى هنا جميع القرب
- ١١٦٢ ..... الخامس هل يصح حبس غير ما ذكر كالحمار و البغل و الكتاب و غيرها في الامور المذكوره او لا
- ١١٦٢ ..... السادس هل الحبس المفروض عقد يتوقف على الايجاب و القبول او لا
- ١١٦٢ ..... السابع هل يتوقف الحبس المذكور المفروض على القبض او
- ١١٦٣ ..... الثامن صرح في جامع المقاصد بان الظاهر أنه لا بد في الحبس من قصد القربه
- ١١٦٣ ..... التاسع الحبس على الامور المتقدمه اليها الاشاره لازم لا يجوز تغييره و لا فسخه ما دامت العين باقيه
- ١١٦٣ ..... العاشر هل ينتقل الملك عن مالكة الى غيره بالحبس المفروض او لا فيه قولان
- ١١٦٤ ..... الحادى عشر لو عجزت الدابه و الجاربه و الغلام المحتبسه فيما تقدم اليه الاشاره عن خدمه
- ١١٦٤ ..... الثاني عشر لو قيد الحبس على ما ذكر بمده
- ١١٦٤ ..... الثالث عشر يجوز حبس كل ما يصح وقفه على رجل معين او جماعه معينين
- ١١٦٤ ..... كتاب مناهل الهبه و الهديه
- ١١٦٤ ..... اشاره
- ١١٦٥ ..... منهل اختلف الاصحاب في توقف انتقال الملك بالهديه على الايجاب و القبول اللفظيين
- ١١٦٥ ..... اشاره
- ١١٦٦ ..... و ينبغي التنبيه على امور
- ١١٦٦ ..... الاول اذا اهدى اليه جاربه و قبلها فعلا لا قولاً و كان ايجابها فعلا لا قولاً
- ١١٦٦ ..... الثاني هل انتقال الملك بالهبه بتوقف من الايجاب و القبول اللفظيين او لا
- ١١٦٧ ..... الثالث قال المحقق الثاني لو اعطاه مالا على انه هبه و لم يأت بالصيغه المعتبره ثم مات فهل لوارثه الرجوع فيها
- ١١٦٧ ..... منهل الابرء اسقاط لما في ذمه الغير و هو ثابت و مشروع
- ١١٦٨ ..... منهل هبه المشاع جائزه
- ١١٦٩ ..... منهل الهبه المعوضه لا يجوز الرجوع فيها بعد القبض
- ١١٦٩ ..... منهل لا اشكال في صحه الهبه اذا كان الموهوب معيناً من جهه المشاهده
- ١١٦٩ ..... اشاره
- ١١٧٠ ..... و ينبغي التنبيه على امور
- ١١٧٠ ..... الاول ان وهب الواهب ما تعين شخصه عنده دون المتهب



- ١١٧١
- الثالث ان وهب الواهب ما يعلم شخصه دون وصفه و عدده و ذرعه و كيله و وزنه - - - - -
- ١١٧١ [كتاب النكاح] - - - - -
- ١١٧١ القول في مناهل النكاح - - - - -
- ١١٧١ منهل من تاقت نفسه الى النكاح و خاف من تركه الوقوع في الزنا فانه يجب عليه التزويج - - - - -
- ١١٧١ اشاره - - - - -
- ١١٧٣ ينبغي التنبيه على امرين - - - - -
- ١١٧٣ الاول صرح بعض بان النكاح باعتبار العوارض ينقسم الى الاحكام الخمسه - - - - -
- ١١٧٤ الثاني اختلف الاصحاب في ان النكاح افضل من التخلي للعباده - - - - -
- ١١٧٤ منهل لا يجوز للرجل ان يترك وطى امراته اكثر من اربعة اشهر - - - - -
- ١١٧٤ اشاره - - - - -
- ١١٧٥ ينبغي التنبيه على امور - - - - -
- ١١٧٥ الاول صرح في لك و الزوجه بان المعتبر من الوطاء الواجب مسماه - - - - -
- ١١٧٥ الثاني صرح في لك و ضه بانه لا يكفى الوطاء في الدبر - - - - -
- ١١٧٥ الثالث لا فرق في الزوج بين الحر و المملوك - - - - -
- ١١٧٥ الرابع لا فرق في الزوج المعقوده بين الحره و المملوكه - - - - -
- ١١٧٥ الخامس هل يعم الحكم للمتمتع بها او لا - - - - -
- ١١٧٥ السادس اذا تضرر الزوج بالوطى بعد مضي المده المذكوره - - - - -
- ١١٧٦ السابع هل يختص الحكم المذكور بالزوج الحاضر - - - - -
- ١١٧٦ الثامن هل يختص الحكم بالزوجه الشابه فلا يحرم ترك وطى غيرها - - - - -
- ١١٧٧ التاسع اذا اذنت الزوجه بترك الوطاء - - - - -
- ١١٧٧ العاشر هل يشترط في الحكم المذكور عدم نشوز الزوجه او لا - - - - -
- ١١٧٧ الحادى عشر هل يجب الوطاء بعد مضي اربعة اشهر فورا او لا - - - - -
- ١١٧٧ الثاني عشر المرجع في المده المذكوره هو العرف - - - - -
- ١١٧٧ الثالث عشر اذا شك في مضي المده المذكوره فيبني على العدم - - - - -
- ١١٧٧ الرابع عشر اذا لم يتمكن من الوطاء قبلا - - - - -
- ١١٧٨ الخامس عشر هل يجزى الوطاء المحرم كالواقع في الحيض و التفاس - - - - -

- ١١٧٨ -----
- ١١٧٨ ----- منهل لا ريب فى صحه النكاح الدائم اذا كان ايجابه بلفظ زوجت و انكحت
- ١١٧٩ ----- منهل هل يشترط فى صحه عقد النكاح تقديم الايجاب و القبول او لا -----
- ١١٧٩ ----- اشاره -----
- ١١٨٠ ----- و ينبغى التنبيه على امور -----
- ١١٨٠ ----- الاول ان عقد التمتع هل يجوز الحاقه بعقد النكاح فى ذلك -----
- ١١٨١ ----- الثانى هل يختص جواز تقديم القبول بما اذا كان المتعاقدان الزوجين -----
- ١١٨١ ----- الثالث هل يشترط فى قول الزوجه التصريح بلفظ قبلت او زوجتك او لا يشترط -----
- ١١٨١ ----- القول فى اولياء العقد -----
- ١١٨١ ----- منهل لا اشكال فى ثبوت الولايه فى النكاح على الصغير و الصغيره للأب و الجد و لو مع بقاء الاب -----
- ١١٨١ ----- اشاره -----
- ١١٨١ ----- ينبغى التنبيه على امور -----
- ١١٨١ ----- الاول المراد بالجد هنا اب الاب و ان علا -----
- ١١٨١ ----- الثانى لا فرق فى النكاح بين الدوام و الانقطاع -----
- ١١٨٢ ----- الثالث لو زوج احد الأبوين الصغيره بمهر المثل -----
- ١١٨٢ ----- الرابع هل الصغير كالصغيره -----
- ١١٨٣ ----- الخامس لا فرق فى الصغيره بين ان تكون باكره او لا -----
- ١١٨٣ ----- منهل يجوز للزجل ان يتزوج زوجه ابن زوجته مط -----
- ١١٨٣ ----- القول فى التحريم بالرضاع -----
- ١١٨٣ ----- منهل لا اشكال و لا شبهه فى ان الرضاع من الاسباب الموجهه لتحريم المراه على الزجل ابدا فى الجملة -----
- ١١٨٣ ----- اشاره -----
- ١١٨٣ ----- ينبغى التنبيه على امور -----
- ١١٨٣ ----- الاول هل يتحقق التحريم باحد الامرين منفردا عن الاخر او لا -----
- ١١٨٤ ----- الثانى و هو ظ بعض الاخبار المتقدمه و ربما يظهر من جماعه دعوى الاجماع عليه -----
- ١١٨٤ ----- الثالث هل يعتبر قول اهل الخبره فى الحكم بحصولهما او لا -----
- ١١٨٤ ----- منهل من الامور التى يتحقق بها الرضاع المحرم بلوغه حدا يصدق معه حقيقه انه رضاع يوم و ليله -----
- ١١٨٤ ----- اشاره -----

- ١١٨٥ -----
- ١١٨٥ ----- الاول صرح في الكفايه و ضه و الكشف و ض باآه يعتبر ارضاعه فيهما
- ١١٨٥ ----- الثاني لا فرق في اليوم بين الطويل و غيره
- ١١٨٥ ----- الثالث هل يكفى الملقق منهما لو ابتدأ في اثناء احدهما او لا
- ١١٨٥ ----- منهل لا اشكال في آه لو ارتضع دون عشر رضعات فلا يحصل به التحريم
- ١١٨٧ ----- منهل المقادير الثلاثه الموجهه للتحريم هل هي اصول مستقله في افاده التحريم
- ١١٨٧ ----- القول في التحريم بالمصاهره
- ١١٨٧ ----- منهل اذا تزوج امرأه حرم عليه ان يتزوج معها بنت اخيها و بنت اختها من دون رضاها
- ١١٨٧ ----- اشاره
- ١١٨٨ ----- ينبغي التنبيه على امرين
- ١١٨٨ ----- الأوّل هل بنت بنت الخ و ان نزلت
- ١١٨٩ ----- الثاني اذا اذنت العمه و الخاله بتزويج بنت الاخ و بنت الاخت ارتفع المنع
- ١١٨٩ ----- منهل اذا تزوج امراه و لها بنت من زوجها السابق عليه جاز له ان يزوّج تلك البنت من ابنه و ان يتزوّجها الابن
- ١١٩٠ ----- اشاره
- ١١٩٠ ----- ينبغي التنبيه على امور
- ١١٩٠ ----- الاول ان ذلك غير مكروه لا بالنسبه الى الاب
- ١١٩٠ ----- الثاني لا فرق في الامّ التي هي زوج الاب بين ان تكون متعه او دائمه
- ١١٩٠ ----- الثالث اذا زوج الاب البنت من الابن
- ١١٩٠ ----- الرابع يجوز للأب ان يتزوج بالبنت
- ١١٩٠ ----- منهل اذا تزوج بامراه ثم فارقها فتزوّجت بغيره
- ١١٩٠ ----- اشاره
- ١١٩١ ----- و ينبغي التنبيه على امور
- ١١٩١ ----- الاول صرح في بع و فع و التحرير و عد و شاد و اللمعه و ضه و لك و الكفايه و الكشف و الرياض بانه يكره للأب ان يزوج البنت المفروضه من ابنه
- ١١٩١ ----- الثاني قال في الرياض بعد الإشاره الى الخبر المذكور و مقتضاه تعديده الحكم الى ابنه مطلق المنكوحه
- ١١٩١ ----- الثالث لا فرق في مفارقه الزوج عن أم البنت بين ان يكون بطلاق او غيره
- ١١٩١ ----- الرابع لا فرق في جواز تزويج الزوج الاول البنت المفروضه من ابنه
- ١١٩١ ----- الخامس اذا دخل بجاريته ثم اعتقها فتزوّجت برجل و اتت منه بنت جاز للمولى ان يزوج هذه البنت من ابنه

- ١١٩١ ..... السادس اذا زنى بامرأه او وطنها شبهه ثم تزوجت بغيره فولدت منه بنتا جاز للأول ان يزوج هذه البنت من ابنه
- ١١٩٢ ..... منهل اختلف الاصحاب في ان الزنا المتقدم على العقد اذا لم يكن المزني بها عمه
- ١١٩٢ ..... اشاره
- ١٢٠٠ ..... ينبغي التنبيه على امور
- ١٢٠٠ ..... الاول اذا كان الزنا متأخرا عن العقد و واقعا بعده
- ١٢٠١ ..... الثاني صرح في جامع المقاصد و ضه بأنه لا فرق في عدم تحريم المنكوحه بالزنا اللاحق
- ١٢٠١ ..... الثالث لو زنى بالعمه و الخاله له حرمت عليه بناتهما اذا كان الزنا بهما قبل العقد عليهن مط
- ١٢٠١ ..... الرابع لا يلحق بالزنا الوطء في القبل التطر و اللمس و التقبيل بشهوه
- ١٢٠٢ ..... منهل اختلف الاصحاب في سببته الوطء بالشبهه الذي هو قبل العقد لحرمة ما يحرم بسبب الوطء الصحيح من المصاهره
- ١٢٠٢ ..... اشاره
- ١٢٠٣ ..... ينبغي التنبيه على امور
- ١٢٠٣ ..... الاول صرح في جامع المقاصد و لك و غايه المرام بان المراد بوطى الشبهه ما ليس بمستحق منه
- ١٢٠٤ ..... الثاني هل يختص افاده وطى الشبهه التحريم بصوره عدم سبق العقد و الملك
- ١٢٠٤ ..... الثالث لو ملك امه و بنتها و لم يعلم بنسبهما
- ١٢٠٤ ..... منهل من تزوج امره في عدتها التي ليست منه و دخل بها فيها أيضا فسد العقد و حرمت عليه مؤتدا
- ١٢٠٤ ..... اشاره
- ١٢٠٥ ..... ينبغي التنبيه على امور
- ١٢٠٥ ..... الاول مقتضى اطلاق التصوص عدم الفرق في الدخول بين ان يكون في القبل او الدبر
- ١٢٠٥ ..... الثاني مقتضى اطلاق التصوص أيضا شمول العده لجميع اقسامها
- ١٢٠٥ ..... الثالث صرح الشهيد الثاني في لك و ضه و الفاضل الخراساني في الكفايه
- ١٢٠٦ ..... الرابع اعلم ان الاصحاب كالتصوص لم يقتدوا العده بالتى ليست منه كما فعلته
- ١٢٠٦ ..... الخامس هل يلحق مده الاستبراء بالعده هنا او لا
- ١٢٠٦ ..... السادس من تزوج امره في عدتها التي ليست منه و لم يدخل بها اصلا
- ١٢٠٦ ..... السابع من تزوج امره في عدتها التي ليست منه و لم يدخل بها اصلا
- ١٢٠٦ ..... منهل اذا دخل الرجل بجاريه ثم اعتقها جاز له ان يتزوجها من غير عدّه
- ١٢٠٧ ..... منهل يجوز للزجل ان يتزوج زوجه ابن زوجته من غيره مط
- ١٢٠٧ ..... القول في الكفاءه في التكااح

- ١٢٠٧ ..... اشاره
- ١٢٠٧ ..... اشاره
- ١٢٠٨ ..... و ينبغي التنبيه على امور
- ١٢٠٨ ..... الاوّل هل يلحق مجهول الحال و من لم يعلم فسقه و عدالته بالمعلوم عدالته
- ١٢٠٨ ..... الثّاني هل يشترط في وجوب ذلك القدره على التفقه
- ١٢٠٨ ..... الثالث لا يشترط تساوى الخاطب و المخطوبه
- ١٢٠٨ ..... الرابع لا يشترط كون الخاطب غنيا ذا مال كثير
- ١٢٠٨ ..... الخامس لو خطب المؤمن القادر على التفقه الضغيره
- ١٢٠٩ ..... السادس لو خطب ولى الصغير الكبيره له فهل يجب عليها او على وليها الاجابه او لا
- ١٢٠٩ ..... السابع هل يشترط في وجوب الاجابه اراده الخاطب النكاح الدائم او لا
- ١٢٠٩ ..... الثامن هل يشترط في وجوب الاجابه ان لا يكون للخاطب زوجه اخرى و لا متعه و لا جاريه يدخل بها او لا
- ١٢٠٩ ..... التاسع اذا لم تكن للمراه ولى شرعى و لا عرفى
- ١٢١٠ ..... العاشر اذا كان للمراه ولى شرعى في امر نكاحها
- ١٢١٠ ..... الحادى عشر اذا تعدّد الخطاب و كان كل واحد منهم كفوا شرعا و خطبوا دفعه واحده
- ١٢١١ ..... القول في النكاح المنقطع و التمتع
- ١٢١١ ..... منهل لا اشكال و لا شبهه في جواز التمتع و النكاح المنقطع و هو من ضروريات مذهبنا
- ١٢١١ ..... اشاره
- ١٢١١ ..... ينبغي التنبيه على امور
- ١٢١١ ..... الاوّل هل يشترط في الايجاب و القبول ان يكونا بلفظ الماضى مع قصد الانشاء او لا
- ١٢١٢ ..... الثّاني يصح القبول بلفظ قبلت و رضيت و نحوهما مط
- ١٢١٢ ..... الثالث لا اشكال في صحّه الايجاب من المراه و القبول من الرّجل
- ١٢١٢ ..... منهل يشترط في عقد التمتع ذكر الاجل
- ١٢١٣ ..... منهل يتقدّر الاجل بما تراضيا عليه سواء كان مدّه طويله أم قصيره
- ١٢١٣ ..... منهل يشترط تعيين الاجل بما لا يحتمل الزّيادة و التقصان
- ١٢١٣ ..... اشاره
- ١٢١٣ ..... ينبغي التنبيه على امور
- ١٢١٣ ..... الاوّل لو ذكر اجلا مجهولا

- ١٢١٤
- ١٢١٤----- الثالث اذا كان اللفظ محتملا لأجلين و ليس بظاهر فى احدهما
- ١٢١٤----- الرابع لو ذكر المره و المرتان مجزدين عن زمان مقدر لهما بطل التمتع
- ١٢١٤----- الخامس لو جعل المده بعض يوم صح كما فى يع و عد و التحرير و لك و الكفايه
- ١٢١٤----- منهل يشترط فى عقد التمتع ذكر المهر
- ١٢١٥----- منهل لا تقدير فى المهر الا ما تراضيا عليه ممّا يعدّ مالا قل او كثير
- ١٢١٥----- منهل يشترط فى المهر ان يكون ممّا يصحّ تملكه شرعا فلا يجوزى ما لا يصحّ تملكه كالخنزير و نحوه
- ١٢١٥----- منهل لا اشكال و لا شبهه و لا خلاف فى أنّ المهر يجوز ان يكون عينا شخصيا
- ١٢١٦----- منهل لا يشترط فى المهر غير ما ذكر من المملوكيه و المعلوميه
- ١٢١٦----- منهل لا يجب فى العقد التعرض لغير تعيين المهر و الاجل
- ١٢١٧----- منهل يجوز التمتع بالبكر البالغه الرّشيده التى ليس لها اب و لا جد
- ١٢١٧----- اشاره
- ١٢١٧----- ينبغى التنبيه لأمر
- ١٢١٧----- الاول اذا تمتع بالبكر المفروضه و افتضاها
- ١٢١٨----- الثانى يجوز التمتع بالبكر البالغه الرّشيده مع اذن ابيها
- ١٢١٨----- الثالث هل يجوز التمتع بالبكر البالغه الرّشيده مع عدم اذن ابيها
- ١٢١٨----- منهل يجوز العزل باذن المتمتع بها و لو لم يشترطه
- ١٢١٨----- اشاره
- ١٢١٩----- ينبغى التنبيه على امرين
- ١٢١٩----- الاول اذا ارادت العزل فهل يجب عليه القبول او لا
- ١٢١٩----- الثانى اذا عزل ثم ظهر ولد و امكن اللاحق به الحق
- ١٢١٩----- منهل لا اشكال و لا شبهه فى أنّه لا يجوز للحز ان يجمع فى العقد الدائم بين اكثر من اربع من حرائر و يجوز له ذلك فى التّكاح المنقطع فلا حصر لعددهن
- ١٢٢١----- منهل اذا انقضى اجل المتعه جاز له ان يعقد عليها عقد التمتع مره اخرى
- ١٢٢٢----- منهل اذا عقد الولى من الاب و الجد له على امراه بكرا كانت او تيبا لولده الضغير
- ١٢٣٢----- القول فى نكاح الإمام
- ١٢٣٢----- منهل اذا زوج المولى عبده امته فهل يجب ان يعطيها المولى شيئا من المال او لا
- ١٢٣٢----- اشاره

- ١٢٣٤
- ١٢٣٤----- الاوّل ان قلنا بعدم وجوب الاعطاء كان مستحبًا
- ١٢٣٤----- الثاني صرح في جامع المقاصد بانّ وجوب الاعطاء لا يأتي على كل من القولين
- ١٢٣٤----- الثالث صرح في الايضاح بان القول بالوجوب يتوقّف على مقدّمات
- ١٢٣٥----- الرابع اذا كان المولى امرأه فهل يجب عليها الاعطاء او لا
- ١٢٣٥----- الخامس صرح في الشرائع و التافع و عد و اللمعه و ضه و الكفايه بانّه اذا تزوّج عبده امته
- ١٢٣٥----- السادس لا يتقدّر ما يعطى للامه بقدر و لا بمال معيّن
- ١٢٣٥----- السابع الظاهر انّ هذا المدفوع ليس من المهر
- ١٢٣٥----- الثامن اذا ترك الاعطاء و زوّج سهوا او عمدا او جهلا بالمسأله
- ١٢٣٦----- القول في المهر
- ١٢٣٦----- منهل اختلف الاصحاب في ان الزوجه الدائمته هل تملك تمام المهر بنفس العقد او لا
- ١٢٣٦----- اشاره
- ١٢٣٧----- ينبغي التنبيه على امرين
- ١٢٣٧----- الاول يظهر فائده هذا النزاع في امور اشار اليها في المهذب البارع قائلا يظهر الفائده في مسائل
- ١٢٣٧----- الاولى في التماء المتجدد فيما بين العقد و الطلاق
- ١٢٣٧----- الثانيه لو خلعها على مهرها او طلقها عليه
- ١٢٣٧----- الثالثه لو كان المهر معينا
- ١٢٣٨----- الرابعه لو كان معينا و باعته بغير اذنه صح
- ١٢٣٨----- الخامسه لو كان معينا و حجر عليه للفلس
- ١٢٣٨----- السادسه لو مات احد الزوجين استقر الجميع على المشهور
- ١٢٣٨----- السابعه يحسب التّصف من اموالها و يخرج عن ماله عنده
- ١٢٣٨----- الثاني هل يلحق بالدائمه في استحقاق جميع المهر بالعقد المتمتع بها
- ١٢٣٩----- منهل اذا مات احد الزوجين قبل الدخول في عقد الدوام فهل يستحقّ الزوجه تمام المهر ح
- ١٢٤٣----- القول في التفقات
- ١٢٤٣----- منهل يجب نفقه الزوجه على الزوج
- ١٢٤٤----- منهل لا نفقه و لا سكنى للمطلقه البائنه اذا لم تكن حاملا من الزوج
- ١٢٤٥----- منهل يجب في نفقه الزوجه الواجبه على الزوج امور

١٢٤٥ ..... ينبغي التنبيه لأمر .....

١٢٤٥ ..... الاول هل للطعام الذى يجب على الزوج دفعه الى الزوجه نفقه مقدار معين .....

١٢٤٧ ..... الثانى على المختار يكون المعتبر هو قدر الكفايه و سد الخله و هى الحاجه على الوجه المعتاد .....

١٢٤٧ ..... الثالث يرجع فيما يحتاج اليه من الطعام و جنسه من البر .....

١٢٤٨ ..... الرابع نبه القاضى فى المهذب على حكم نفقه البدويه .....

١٢٤٨ ..... الخامس اذا اراد ان يعطيها من الحنطه او الشعير او الأرز .....

١٢٤٨ ..... السادس اذا دفع الزوج الحب فيجب عليه ان يدفع مؤنه الاصلاح .....

١٢٤٨ ..... منهل يجب على الزوج ان يعطيها الايام كما يجب عليه ان يدفع اليها الطعام .....

١٢٤٨ ..... اشاره .....

١٢٤٩ ..... ينبغي التنبيه على امور .....

١٢٤٩ ..... الاول هل يجب ان يدفع اليها اللحم او لا .....

١٢٤٩ ..... الثانى صرح فى المهذب و القواعد و لك و الكشف بانّ السمن و الزيت و الشيرج من الايام .....

١٢٥٠ ..... الثالث صرح فى القواعد و الارشاد و الكشف بانّه لو تبرمت بجنس من الايام فعليه السعى فى الابدال .....

١٢٥٠ ..... الرابع صرح فى الكتب الثلاثه المذكوره أيضا بانّه لها ان تاخذ الايام و الطعام .....

١٢٥٠ ..... الخامس اذا تصالحا على اخذ قيمه الايام و الطعام .....

١٢٥٠ ..... السادس استحقاق الزوجه التفقه من الطعام و الايام على وجه التمليك لا الامتاع .....

١٢٥٠ ..... السابع هل للزوج منع الزوجه من أكل الثوم او لا .....

١٢٥١ ..... الثامن هل للزوج منع زوجته من تناول السم و الأطمعه الممرضه او لا .....

١٢٥١ ..... التاسع هل الماء الذى يحتاج اليه الزوجه للشرب و غيره من التفقه الواجب على الزوج كالتعام او لا .....

١٢٥١ ..... العاشر صرح فى المهذب و شاد و عد و الجامع و الكشف بانّه لا يجب على الزوج دفع الدواء للمرض .....

١٢٥١ ..... الحادى عشر اذا دخل الزوج بها و استمرت تأكل معه و تشرب على العاده .....

١٢٥٢ ..... الثانى عشر اذا كان الاكل يضر الزوجه فى اليوم و الليله او فى ايام و لياليها .....

١٢٥٢ ..... الثالث عشر اذا كانت الزوجه صائمه فهل يجب عليه ان يدفع اليها ما تظطر به و تسحر به او لا .....

١٢٥٢ ..... الرابع عشر لو كانت تاكل كثيرا خارجا عن العاده .....

١٢٥٢ ..... الخامس عشر لا فرق فى وجوب الانفاق على الزوجه بدفع الطعام و الايام بين زمان الرخص و الغلاء .....

١٢٥٣ ..... السادس عشر اذا اعتادت الزوجه ابتلاع الافيون و شرب التتن .....



- ١٢٥٣
- ١٢٥٣----- الثامن عشر هل يجب على الزوج ان يدفع اليها فى شهر رمضان ازيد مما يدفع اليها
- ١٢٥٣----- منهل يجب على الزوج ان يدفع الى الزوجه كسوتها
- ١٢٥٣----- اشاره
- ١٢٥٣----- ينبغى التنبيه على امور
- ١٢٥٣----- الاوّل صرح فى المهدب و بع و عد و شاد و اللمعه و التنقيح و لك و ضه و الكفايه و الكشف بأنه يرجع فى جنس الملبوس الى العاده
- ١٢٥٤----- الثانى عدوا من الكسوه الواجب على الزوج دفعها الى زوجته امور
- ١٢٥٥----- ينبغى التنبيه على امرين
- ١٢٥٥----- الاوّل تزداد الزوجه اذا كانت من اهل التجمل زياده على ثياب البدله
- ١٢٥٥----- الثانى صرح فى لك بأنه لو لم تستغن بالثياب فى البلاد الباردة عن الوقود
- ١٢٥٥----- منهل يجب على الزوج ان يدفع الى الزوجه مضافا الى الكسوه الفراش
- ١٢٥٥----- اشاره
- ١٢٥٦----- ينبغى التنبيه على امور
- ١٢٥٦----- الاوّل و صرح فى المعتبر فيما ذكره ما يليق بها عاده
- ١٢٥٦----- الثانى الظاهر ان ما ذكره من الامور التى اشترنا اليها مبنى على بيان العاده لا أنها واجبه تعبدا شرعا
- ١٢٥٧----- الثالث حكى عن المبسوط أنه صرح بأن خادم الزوجه له وساده و كسائه
- ١٢٥٧----- منهل هل استحقاق الزوجه للكسوه على وجه التملك
- ١٢٥٧----- اشاره
- ١٢٥٩----- ينبغى التنبيه لأمر
- ١٢٥٩----- الاوّل لو دفع اليها كسوه لمدّه جرت العاده ببقائها فى تلك المدّه
- ١٢٥٩----- الثانى لو دفع اليها كسوه فانقضت المدّه و الكسوه باقيه
- ١٢٦٠----- الثالث قال فى لك من فائده الخلاف اذا لم يكسها مدّه صارت الكسوه ديننا عليه
- ١٢٦٠----- الرابع قال فى لك أيضا و من فائده الخلاف انّ له ان يأخذ المدفوع اليها
- ١٢٦٠----- الخامس قال فى لك أيضا و من فائده الخلاف أنه لا يصحّ لها بيع الماخوذ
- ١٢٦١----- السادس قال فى لك أيضا و من فائده الخلاف جواز اعطائها الكسوه بالاعاره و الاجاره
- ١٢٦١----- السابع لو دفع اليها كسوه لمدّه ثمّ طلقها قبل انقضاء المدّه
- ١٢٦٢----- منهل لا اشكال فى جوب نفقه كلّ من الابوين و الاولاد على الاخر

- ١٢٤٣ منهل هل يختص وجوب الانفاق على الاب و الام و الولد بمن كان ابا و اما و ابنا بلا واسطه او لا
- ١٢٤٣ ..... اشاره
- ١٢٤٤ ..... ينبغي التنبيه على امور
- ١٢٤٤ ..... الأول لا فرق في الاولاد الذين يجب الانفاق عليهم بين كونه ذكورا او اناثا
- ١٢٤٤ ..... الثاني هل الآباء و الأمهات و الاولاد من الرضاعه يجب الانفاق عليهم
- ١٢٤٤ ..... الثالث هل الاولاد و الآباء و الامهات من الرّثا يجب الانفاق عليهم او لا
- ١٢٤٤ ..... منهل لا يجب الانفاق على غير الابوين
- ١٢٤٤ ..... منهل هل يشترط فيمن يجب الانفاق عليه غير الزوجه من الآباء و الأمهات و الأولاد كونه فقيرا
- ١٢٤٤ ..... اشاره
- ١٢٤٧ ..... ينبغي التنبيه على امور
- ١٢٤٧ ..... الأول يعتبر في التكسب المسقط لوجوب الانفاق عليه ان يكون لانقا بحاله عاده
- ١٢٤٨ ..... الثاني صرح في عد و الكشف بانه لو صار الولد قادرا على التكسب امر الولي به
- ١٢٤٨ ..... الثالث قال في الكفايه لو امكن للمرأة التزويج مّمن يليق بها تزويجه عاده
- ١٢٤٨ ..... الرابع اذا كان للمنفق عليه وظائف و هبات و صلات مقرّره في كلّ سنه من السلاطين
- ١٢٤٨ ..... الخامس هل المراد من العجز عن التكسب عدم القدره عقلا
- ١٢٤٨ ..... منهل يشترط في وجوب الانفاق على الآباء و الأمهات و الأولاد ان يكونوا احرارا
- ١٢٤٨ ..... اشاره
- ١٢٤٩ ..... ينبغي التنبيه على امور
- ١٢٤٩ ..... الأول اذا امتنع المولى من الانفاق على مملوكه المفروض
- ١٢٤٩ ..... الثاني يلحق بامتناع المولى عدم تمكنه من الانفاق
- ١٢٤٩ ..... الثالث اذا امكن اجبار المولى في صورته الامتناع على الانفاق على البيع
- ١٢٤٩ ..... منهل لا يشترط في المنفق عليه العدالة و لا الايمان و لا الإسلام فيجب الانفاق على الفاسق و المخالف و الكافر
- ١٢٧١ ..... منهل لا يشترط في المنفق عليه ان يكون ناقص الخلقه و ناقص الحكم معا و لا ناقص الخلقه فقط
- ١٢٧٢ ..... منهل يشترط في المنفق القدره على الانفاق فلو كان عاجزا عنه يسقط وجوبه
- ١٢٧٢ ..... اشاره
- ١٢٧٢ ..... ينبغي التنبيه على امور
- ١٢٧٢ ..... الأول لا يتحقّق القدره على الانفاق آلا بعد قدرته على قوت يومه

الثاني هل يشترط في القدره على الانفاق قدرته على كسوته اللائقه بحاله

١٢٧٢

الثالث يشترط في وجوب الانفاق على القريب مع قدرته على نفقه نفسه

١٢٧٣

الرابع ان لم يكن له زوجة و فضل بعد اخراج مؤنه نفسه المتقدّم اليها الاشاره

١٢٧٣

الخامس اذا لم يكن له بالفعل ما ينفق به على الاقارب الواجب عليه انفاقهم

١٢٧٤

منهل لا يجب اعفاف من يجب النفقه له

١٢٧٤

اشاره

١٢٧٤

ينبغي التنبيه على امور

١٢٧٤

الأول قال في لك المراد بالإعفاف ان يصيره ذا عفه

١٢٧٤

الثاني لا فرق في ذلك بين كون المنفق عليه ابا مط او غيره

١٢٧٤

الثالث لا فرق في ذلك أيضا بين كون المنفق عليه ناقص الأحكام و الخلقه او لا

١٢٧٤

الرابع لا فرق في ذلك بين ان يظنّ المنفق وقوع المنفق عليه في المعصيه من الزنا و نحوه

١٢٧٤

الخامس هل يستحب اعفاف من يجب التفقه له او لا

١٢٧٧

السادس قال في لك و الكفايه و لا يتأدى الوظيفه وجوبا و استحبابا بالعجز

١٢٧٧

السابع قال في هذين الكتابين و يشترط حاجته الي التكاك

١٢٧٧

الثامن قال في لك لو كان قادرا على التزويج مالكا للمهر

١٢٧٧

التاسع قال في الكتابين المذكورين أيضا و نفقه الزوجه ح تابعه للإعفاف

١٢٧٧

العاشر قال في الكتابين المذكورين أيضا لو ماتت الزوجه او الأمه

١٢٧٧

الحادي عشر قال في الزوجه لا يجب اخدامه و لا التفقه على خادمه

١٢٧٧

منهل اذا ترك الانفاق الواجب عليه بالتنسيه الى اقاربه المتقدّم اليهم الإشاره

١٢٧٨

اشاره

١٢٧٨

ينبغي التنبيه على امور

١٢٧٨

الأول لا فرق في عدم وجوب القضاء بين ان يقدر الحاكم التفقه او لا

١٢٧٨

الثاني اذا امر الحاكم بالاستدانه على قريبه

١٢٧٩

منهل اذا دفع بالنفقه الواجبه عليه و تعمد ترك اعطائها لمستحقها اجره الحاكم عليها

١٢٨٠

اشاره

١٢٨٠

ينبغي التنبيه على امور

١٢٨١

الأول قال في ضه و في كيفيه بيعه وجهان

١٢٨١

- ١٢٨٢ ..... الثاني الفاعل للحبس و الأخذ للمال و البيع هو الحاكم يعني المجتهد الجامع للشرائط
- ١٢٨٢ ..... الثالث قال في لك و لو تعذر المنفق و امتنع احدهم
- ١٢٨٢ ..... الرابع قال في الكفايه قالوا و له ان يأذن للمنفق عليه في الاستدانه و الانفاق
- ١٢٨٢ ..... الخامس قال في لك لا فرق في الحكم بين نفقه الزوجه و الاقارب
- ١٢٨٣ ..... السادس هل يجوز للحاكم او غيره بيع المستثنيات في الدين
- ١٢٨٣ ..... منهل المملوك نفقته واجبه على مولاه
- ١٢٨٣ ..... اشاره
- ١٢٨٣ ..... ينبغي التنبيه على امور
- ١٢٨٣ ..... الأول لا فرق في المملوك بين ان يكون ذكرا او انثى
- ١٢٨٣ ..... الثاني ان اتحد المالك فالتفقه كلها عليه
- ١٢٨٤ ..... الثالث المعبر من هذه التفقه قدر الكفايه
- ١٢٨٤ ..... الرابع هل المعبر كفايه مثله في الغالب او كفايه نفسه فيراعى رغبته و زهاده
- ١٢٨٤ ..... الخامس يعتبر في جنس النفقه الى عاده مماليك السيد من اهل بلده
- ١٢٨٤ ..... السادس كما يجب دفع التفقه كك يجب دفع الملبوس و المسكن
- ١٢٨٥ ..... السابع هل يجب على المولى دفع الفراش و اللحاف
- ١٢٨٥ ..... الثامن اذا رضى الرقيق بالأدنى مما يستحقه من الطعام و الأدام
- ١٢٨٥ ..... التاسع صرح في لك بائه لو كان له مماليك فالاولى التسويه بينهم
- ١٢٨٥ ..... العاشر صرح في الوسيله و لك و الكفايه و الكشف بائه لو كان السيد يتنعم في الطعام و الأدام
- ١٢٨٥ ..... الحادى عشر يستحب ان يجلس رقيقه منه على المائدة
- ١٢٨٦ ..... الثاني عشر صرح في لك و الكفايه بان نفقه المملوك امتاع لا تملك
- ١٢٨٦ ..... الثالث عشر المملوك ذكرا كان او غيره
- ١٢٨٦ ..... الرابع عشر لو امتنع المولى من الانفاق على مملوكه عبدا كان او جاريه
- ١٢٨٨ ..... منهل يجب الإنفاق على البهائم المملوكه
- ١٢٨٨ ..... اشاره
- ١٢٨٨ ..... ينبغي التنبيه على امور
- ١٢٨٨ ..... الأول لا فرق في البهائم المملوكه بين الأنعام الثلاثة
- ١٢٨٨ ..... الثاني لا تقدير للنفقه بل عليه ما احتاجت اليه من الماكول و المشروب

- ١٢٨٩ ..... الثالث ان كان للبهيمه ولد رضيع وفر عليه من لبنها بقدر كفايته وجوبا
- ١٢٨٩ ..... الرابع لا يجوز تكليف الدابه بما لا تطبيقه من تثقيل الحمل و ادامة الشير
- ١٢٩٠ ..... الخامس يجب الانفاق على دود القرّ
- ١٢٩٠ ..... السادس يجب الانفاق على التحل
- ١٢٩٠ ..... السابع اذا لم يكن عنده علف الدابه و اراد ابتياعه من غيره
- ١٢٩٠ ..... الثامن اذا امتنع مالك البهيمه من الانفاق عليها
- ١٢٩١ ..... التاسع هل المملوك الذى لا روح فيه و لكنه ينمو كالنخيل و الأشجار
- ١٢٩٢ ..... العاشر لا يجب عماره العقار كما صرح به فى لك و الروضه
- ١٢٩٢ ..... الحادى عشر يجوز التوكيل فى الانفاق على الدابه
- ١٢٩٢ ..... كتاب الطلاق
- ١٢٩٢ ..... القول فى العده
- ١٢٩٢ ..... منهل الحره المنكوحه بالعقد الصحيح على وجه الدوام تعتد بموت زوجها اربعة اشهر و عشره ايام اذا كانت حائلا
- ١٢٩٢ ..... اشاره
- ١٢٩٣ ..... ينبغى التنبيه على امور
- ١٢٩٣ ..... الأول لا فرق فيما ذكرناه بين ان تكون الزوجه مدخولا بها او لا
- ١٢٩٤ ..... الثانى لا فرق فيما ذكر أيضا بين ان يكون الزوجه صغيره او كبيره
- ١٢٩٤ ..... الثالث لا فرق فى ذلك أيضا بين ان يكون الزوج المتوفى بالغاً
- ١٢٩٤ ..... الرابع لا فرق فى ذلك أيضا بين ان يكون الزوج المتوفى حراً او مملوكاً
- ١٢٩٥ ..... الخامس لا فرق فى ذلك أيضا بين ان يكون الزوجه من ذوات الأقرء او لا
- ١٢٩٥ ..... السادس لا فرق فى ذلك أيضا بين ان تحيض حيضه فى المده او لا
- ١٢٩٥ ..... السابع لا فرق فى ذلك أيضا بين ان يكون الزوجه مسلمه او ذميه
- ١٢٩٥ ..... الثامن صرح فى ضه و الكفايه و الرياض بأنه لا فرق فى ذلك أيضا بين التكاخ الدائم و المنقطع
- ١٢٩٥ ..... منهل اذا مات الزوج و كانت زوجته حره معقوده بعقد صحيح يفيد الدوام لا الانتطاع
- ١٢٩٥ ..... اشاره
- ١٢٩٧ ..... ينبغى التنبيه على امرين
- ١٢٩٧ ..... الأول صرح فى بع بانه لو كان له اكثر من زوجه و كن حوامل
- ١٢٩٧ ..... الثانى صرح فى للمعه و ضه بان عدّه الحامل وضع الحمل

- ١٢٩٧ ..... كتاب مناهل اليمين
- ١٢٩٧ ..... منهل لا ينعقد يمين التّوجه في غير الواجب مع منع التّزوج منها و لا يمين الولد فيه
- ١٢٩٧ ..... اشارة
- ١٣٠٠ ..... ينبغى التنبيه على امور
- ١٣٠٠ ..... الأوّل لا اشكال في صحه يمين الولد و الزوجه و العبد اذا اذن بها قبلها الوالد
- ١٣٠٠ ..... الثاني هل يلحق الوالده بالوالد فيشترط اذنها في يمين الولد او لا
- ١٣٠٠ ..... الثالث هل يلحق بالوالد الأب الرضاعى او لا
- ١٣٠٠ ..... الرابع هل يلحق بالوالد الجد و هو اب الأب او لا
- ١٣٠١ ..... الخامس لا فرق في الوالد بين ان يكون عادلا او فاسقا
- ١٣٠١ ..... السادس لا فرق في الولد بين الحر و المملوك
- ١٣٠١ ..... السابع هل يلحق ولد الزنا بمن نسبه صحيح
- ١٣٠١ ..... الثامن هل المراد بالتّوجه من يعم المنقطعه او لا
- ١٣٠١ ..... التاسع لا فرق في التّوجه بين المدخول بها و غيرها
- ١٣٠١ ..... العاشره لا فرق في الزوج بين الكبير و الصّغير
- ١٣٠١ ..... الحادى عشر هل يتوقّف صحه يمين الزوجه المزوّجه بالعقد الفضولى على الأذن من الزوج
- ١٣٠٢ ..... التّانى عشر لا فرق في المولى بين الكبير و الصّغير
- ١٣٠٢ ..... الثالث عشر قال في لك بعد الإشاره الى التّزاع
- ١٣٠٢ ..... الرابع عشر قال في عد و الكشف و كلّ موضع ثبت لهم الحل لا كفّاره معه على الحالف
- ١٣٠٢ ..... الخامس عشر هل ينعقد يمين الولد و الزوجه و العبد في فعل الواجب و ترك الحرام
- ١٣٠٣ ..... السادس عشر صرّح في الكفايه بانه لو ظهر الحنث قبل الأذن
- ١٣٠٣ ..... كتاب مناهل التّذر و العهد
- ١٣٠٣ ..... القول في التّذر
- ١٣٠٣ ..... مقدّمه صرّح في لك بانّ التّذر بفتح الدّال في الماضى
- ١٣٠٣ ..... منهل لا ريب في مشروعيه التّذر و لزوم الوفاء به
- ١٣٠٣ ..... منهل يشترط في الناذر امور
- ١٣٠٣ ..... الأوّل البلوغ
- ١٣٠٤ ..... الثاني العقل

١٣٠٥----- الزابح الاختيار

١٣٠٥----- الخامس القصد الى مدلول الصيغه

١٣٠٥----- منهل هل يشترط في صحه نذر الزوجه بالتطوعات

١٣٠٥----- اشاره

١٣٠٨----- ينبغي التنبيه على امور

١٣٠٨----- الأول هل المراد بالزوجه على تقدير القول بالاشتراط الدائم او الاعم منها

١٣٠٨----- الثاني هل المطلقة المعتده بالعهده الرجعيه او البائنه

١٣٠٨----- الثالث هل يشترط في الزوجه على تقدير القول بالاشتراط الدخول بها و عدم نشوزها

١٣٠٨----- الرابع لا فرق على القول بالاشتراط بين ان يكون الزوج كبيرا او صغيرا

١٣٠٨----- الخامس هل يتوقف صحه نذر الزوجه المزوجه بالعقد الحاصل من الفضولي

١٣٠٩----- السادس الحق في د و س كما عن التلخيص بالزوجه الولد

١٣٠٩----- السابع هل يلحق بالزوجه المملوك

١٣٠٩----- الثامن ان قلنا يتوقف نذر الزوجه و الولد و المملوك على اذن الزوج

١٣١٠----- التاسع يظهر من يع و التحريم و د و س ان نذر الولد و الزوجه و المملوك

١٣١٠----- العاشر اذا تحقق الأذن من هؤلاء الثلاثة قبل النذر صح

١٣١٠----- منهل هل يتوقف صحه النذر على التلفظ و الصيغه

١٣١٠----- اشاره

١٣١٣----- ينبغي التنبيه على امرين

١٣١٣----- الأول لا اشكال و لا خلاف في انعقاد النذر بقوله لله على كذا

١٣١٣----- الثاني هل ينعقد بغيره من الالفاظ العربيه و غيرها الدالين عليه او لا

١٣١٤----- منهل يشترط في النذر قصد التقرب الى الله عز و جل بالمنذور

١٣١٥----- منهل اذا نذر ان يهدى جاريته الى بيت الله عز و جل

١٣١٦----- منهل يلحق بالجاريه العبد و الدابه فيصح نذر اهدائهما لبيت الله عز و جل

١٣١٦----- منهل هل يلحق بالثلاثة المذكوره غيرها من الدراهم و الدنانير

١٣١٨----- منهل هل يلحق ببيت الله عز و جل في صحه النذر العبد و الجاريه و غيرها من سائر الاموال مشهد التبي ص

١٣١٨----- منهل اذا نذر اهداء العبد او الجاريه او الدابه الى بيت الله تعالى

- ١٣٢٠ ..... منهل قال فى الزىاض من جعل دابته او جاريته او عبده هديا لبيت الله تعالى
- ١٣٢٠ ..... منهل اذا نذر للمشاهد المشرفة التى يصح التذير لها غير النعم و العبد و الجاربه و الدابه
- ١٣٢١ ..... منهل اذا نذر للمساجد و الزباطات و غيرها ممّا يصحّ التذير له جاز صرفه فى مصالحها
- ١٣٢١ ..... منهل اذا نذر جاريه او عبدا او دابه او غيرها من الاموال و الدراهم و الدنانير و الفرش و البسط و نحوها
- ١٣٢٢ ..... منهل اذا نذر للبيت غير النعم و العبد و الجاربه و الدابه من سائر الاموال فقد بيتنا صحته
- ١٣٢٣ ..... منهل هل يجب فى صرف التذير للبيت او المشهد او غير ذلك
- ١٣٢٣ ..... اشاره
- ١٣٢٣ ..... ينبغى التنبيه على امور
- ١٣٢٣ ..... الاول اذا توقف الصرف فى مصرفه على النقل من البلد باجره
- ١٣٢٤ ..... الثانى صرح فى السرائر و التحرير بانه لا يصرف نذر البيت و المشهد الى الحاج و الزائرين
- ١٣٢٤ ..... الثالث هل يشترط فى الحاج و الزائر الذين يصرف اليهما نذر البيت و المشهد الايمان او لا
- ١٣٢٤ ..... الرابع هل يجب البسط فى المستحقين او لا
- ١٣٢٥ ..... الخامس هل يشترط فى الاعطاء قصد الاعانه فى سفر الحج
- ١٣٢٥ ..... السادس هل يلزم فى صرف التذير للمشاهد طلب المستحق بالتداء
- ١٣٢٥ ..... السابع هل يجوز الصرف فى تعمير اوقاف البيت و المشاهد او لا
- ١٣٢٥ ..... الثامن هل يجوز صرف نذر البيت فى سدنته و خدمته و حفظته
- ١٣٢٦ ..... التاسع هل المراد بالحاج و الزائرين الاعتم من البعيد النائي المسافر الى البيت
- ١٣٢٦ ..... العاشر هل يشترط فى الاستحقاق العلم بصحة العمل من الحج
- ١٣٢٦ ..... الحادى عشر هل يجب على الحاج و الزائرين القبول او لا
- ١٣٢٦ ..... الثانى عشر هل يجب فى الاعطاء و القبول اللفظ او يكفى الفعل
- ١٣٢٧ ..... الثالث عشر هل يجب على الدافع اعلام المدفوع اليه
- ١٣٢٧ ..... الرابع عشر اذا لم يتمكن من الصرف فى المصالح و الحاج و الزائرين
- ١٣٢٧ ..... الخامس عشر هل يجب الاقتصاد فى الصرف على ما تندفع به ضروره الحاج
- ١٣٢٧ ..... السادس عشر النذر للمشاهد المشرفة
- ١٣٢٧ ..... السابع عشر قال بعض الاجله روى فى به من محمد بن عبد الله بن مهران عن علي بن جعفر عن اخيه ع
- ١٣٢٧ ..... منهل لا يجوز صرف الاموال الموضوعه فى الكعبه و المشاهد المشرفة من القناديل و الاعلام و غير ذلك فى الجهاد
- ١٣٢٨ ..... القول فى العهد



- ١٣٢٨ ..... منهل هل يشترط في صحه العهد اللفظ
- ١٣٢٨ ..... منهل اختلف الاصحاب في صيغه العهد على اقوال
- ١٣٢٩ ..... كتاب مناهل العتق
- ١٣٢٩ ..... منهل اختلف الأصحاب في انعناق العبد قهرا بتنكيل مولاه آياه و ثبوت حرّيته بذلك على قولين
- ١٣٢٩ ..... اشاره
- ١٣٣٠ ..... ينبغي التنبه على امور
- ١٣٣٠ ..... الاوّل كلّما يسمّى تنكيلا حقيقه عرفا فهو سبب للانعتاق
- ١٣٣٠ ..... الثاني يتحقّق التنكيل بقطع انفه و لسانه و اذنيه و شفّتيه
- ١٣٣٠ ..... الثالث الجبّ و قطع الذّكر تنكيل يوجب الانعتاق
- ١٣٣٠ ..... الرابع قال في الكفايه الظاهر أنّ قلع العين تنكيل
- ١٣٣٠ ..... الخامس اذا حصل الشكّ في كون شيء تنكيلا فينبغي الحكم ببقاء الرقيه
- ١٣٣٠ ..... السادس ليس الحبس و الضرب و الشتم ظلما من التنكيل
- ١٣٣١ ..... السابع اذا فعل المولى بعبده فعلا لم يقصد به التنكيل
- ١٣٣١ ..... الثامن اذا كان العبد مشتركا بين اثنين مثلا فنكل احدهما دون الآخر
- ١٣٣١ ..... التاسع اذا نكل المشتري عبده في زمان خيار البائع
- ١٣٣١ ..... العاشر اذا كان المولى صغيرا او مجنونا و نكل عبده فهل ينعق بذلك او لا
- ١٣٣١ ..... الحادى عشر اذا نكل المولى بامته فهل ينعق بذلك كما لو نكل عبده او لا
- ١٣٣٢ ..... الثاني عشر اذا نكلت المرأه عبدها فهل ينعق بذلك او لا
- ١٣٣٢ ..... الثالث عشر اذا نكلت المرأه منها فهل تنعتق بذلك او لا
- ١٣٣٢ ..... منهل لا اشكال في ان عمى العبد و جذامه يوجبان انعتاقه قهرا
- ١٣٣٢ ..... اشاره
- ١٣٣٣ ..... ينبغي التنبه على امور
- ١٣٣٣ ..... الاوّل لا فرق في حصول الانعتاق بالأمرين
- ١٣٣٣ ..... الثاني هل الجاربه تنعتق بالأمرين كالعبد او لا
- ١٣٣٣ ..... الثالث لا فرق في ذلك بين ان يكون المرضان مّقا يرجى زواله و عدمه
- ١٣٣٣ ..... الرابع هل يشترط في العمى ان يكون بحيث لا يبصر
- ١٣٣٣ ..... الخامس لا فرق في العمى بين حصوله بمرض

- ١٣٣٣ ..... منهل حكى فى س و لف عن ابن حمزه القول بان البرص فى المملوك يوجب اعتاقه قهرا
- ١٣٣٤ ..... منهل الحق ان اقعاد العبد و زمانته يوجب اعتاقه قهرا
- ١٣٣٤ ..... كتاب مناهل الاقرار
- ١٣٣٤ ..... منهل اذا اقر المريض بمال لغيره فى مرضه الذى توفى به فهل يحسب ذلك الاقرار من ثلثه
- ١٣٣٤ ..... اشاره
- ١٣٣٧ ..... ينبغى التنبيه على امور
- ١٣٣٧ ..... الاول صرح فى التنقيح المراد بالتهمة هنا العلم او الظن المتأخم له
- ١٣٣٧ ..... الثانى صرح فى التنقيح بانه لا خلاف فى نفوذ الاقرار
- ١٣٣٧ ..... الثالث قال فى التنقيح أيضا لو اختلفا فى التهمة فادعاها الوارث
- ١٣٣٨ ..... الرابع قال فى لك قوى فى كره اعتبار العدالة فى المريض
- ١٣٣٨ ..... منهل يقبل اقرار الزوج بانه طلق زوجته و يحكم بالتفريق بينهما
- ١٣٣٩ ..... كتاب مناهل الجعالة
- ١٣٣٩ ..... مقدمه الجعالة لغه على ما صرح به فى كره ما يجعل للإنسان على شىء يفعل
- ١٣٣٩ ..... منهل الجعالة مشروع و جائزه و يترتب عليها الاثر شرعا
- ١٣٣٩ ..... منهل لا ريب فى توقف صحة الجعالة على الايجاب من الجاعل
- ١٣٤٠ ..... اشاره
- ١٣٤٠ ..... ينبغى التنبيه على امور
- ١٣٤٠ ..... الاول على تقدير توقف الجعالة على القبول لا يشترط فيه اللفظ
- ١٣٤٠ ..... الثانى لا ريب فى حصول الايجاب بنحو قوله من ردّ عبدى او ضالتى
- ١٣٤٠ ..... الثالث هل يشترط فى الايجاب و القبول ان قلنا باعتباره العربيه و عدم اللحن
- ١٣٤٠ ..... الرابع هل يشترط فى الايجاب اللفظ فى الجملة او لا
- ١٣٤١ ..... منهل يشترط فى العمل الذى هو متعلق الجعالة امور
- ١٣٤١ ..... منهل هل يشترط فى العمل تعيينه بحيث لم يبق جهاله اصلا
- ١٣٤١ ..... منهل هل يشترط التعيين و رفع الجهاله فى العوض
- ١٣٤٢ ..... اشاره
- ١٣٤٣ ..... ينبغى التنبيه على امور
- ١٣٤٣ ..... الاول جهاله العوض ان كانت بحيث لا تمنع من تسليمه

الثاني اذا كانت جهاله العوض بحيث تمنع من تسليمه و تفضي الى التنازع و التجاذب عاده

- ١٣٤٤
- ١٣٤٥ ----- ينبغي التنبيه على امور
- ١٣٤٥ ----- الاوّل هل يلزم على القول باعتبار التعيين في العوض الكيل ان كان مكيلا
- ١٣٤٥ ----- الثاني قال في لك و الكفايه و حيث كان العوض مجهولا و لم نقل بصحته
- ١٣٤٦ ----- منهل هل يشترط في الجاعل اهليّه الاستيجار
- ١٣٤٦ ----- منهل هل يشترط في العامل البلوغ كما يشترط في الجاعل او لا
- ١٣٤٦ ----- اشاره
- ١٣٤٧ ----- ينبغي التنبيه على امور
- ١٣٤٧ ----- الاوّل هل يشترط في العامل العقل كما يشترط في الجاعل
- ١٣٤٧ ----- الثاني هل يشترط في العامل ان لا يكون مكرها و غير قاصد
- ١٣٤٧ ----- الثالث هل يشترط في العامل ان لا يكون محجورا عليه بسفه او فلس او لا
- ١٣٤٧ ----- الرابع لا يشترط في العامل و لا في الجاعل الذكوريه
- ١٣٤٧ ----- الخامس صرح في يع و د و عد و التحرير و لك و مجمع الفائده بانه يشترط في العامل ان يكون متمكنا من العمل
- ١٣٤٨ ----- السادس لا يشترط في الجعالة الايمان و لا الإسلام في العامل
- ١٣٤٨ ----- السابع لا يشترط في العامل و لا في الجاعل الحريه
- ١٣٤٨ ----- الثامن هل يشترط في العامل ان يكون مباشرا للعمل او لا
- ١٣٤٨ ----- منهل لا يشترط في صحه الجعالة تعيين العامل
- ١٣٤٩ ----- منهل لو عين الجعالة لواحد
- ١٣٤٩ ----- منهل صرح في يع و د و مجمع الفائده بانه لو تبرع اجنبي بالجعل بفتح الجيم و جب عليه الجعل بضمّ الجيم مع الرد
- ١٣٤٩ ----- منهل لو قال احد ان فلانا قال من ردّ عليّ عبدي او ضالتي فله الف درهم مثلا فاعتمد على قوله بعض فرد على المالك العبد او الضاله ثم ظهر كذب المخبر على المالك
- ١٣٥٠ ----- منهل اذا ردّ عبد غيره او ضالته بقصد التبرع لم يستحق شيئا
- ١٣٥١ ----- منهل اذا جعل على ردّ شيء يجرى فيه التسليم و التسلم كرد العبد و الضاله فقال من ردّ عبدي او ضالتي فله دينار و أطلق فلا يستحق العامل شيئا اصلا الا بعد التسليم الى المالك
- ١٣٥١ ----- اشاره
- ١٣٥١ ----- ينبغي التنبيه على امور
- ١٣٥١ ----- الاوّل صرح في يع و لك و الكفايه بانه لو جاء به الى البلد و لم يسلمه لم يستحق الجعل
- ١٣٥١ ----- الثاني لو جاء العامل بالعبد الآبق
- ١٣٥٢ ----- الثالث هل المراد بالتسليم جعله في يد الجاعل او لا

- ١٣٥٢ ..... اشاره
- ١٣٥٢ ..... اشاره
- ١٣٥٣ ..... ينبغى التنبيه على امور
- ١٣٥٣ ..... الاوّل لا فرق فى ذلك بين كونها من العقود او لا
- ١٣٥٣ ..... الثانى اذا وقع الفسخ من كلّ منهما ح لم يستحق العامل شيئاً
- ١٣٥٣ ..... الثالث اذا تلبس العامل بالعمل و لم يتمه
- ١٣٥٤ ..... الرابع اذا فسخ الجاعل بعد التلبس بالعمل و مضى شرط منه من نصف او ثلث
- ١٣٥٤ ..... الخامس اذا فسخ العامل بعد التلبس بالعمل
- ١٣٥٥ ..... كتاب مناهل الأُطعمه و الاشربه
- ١٣٥٥ ..... مقدّمه نته فى لك على انّ معرفه احكام الأُطعمه من المهمّات
- ١٣٥٥ ..... القول فيما يحل و يحرم من الحيوانات
- ١٣٥٥ ..... منهل يحلّ اكل لحم الغنم و البقر و الابل الاهليته
- ١٣٥٥ ..... منهل يحلّ اكل لحم الخيل و البغال و الحمير
- ١٣٥٥ ..... اشاره
- ١٣٥٧ ..... ينبغى التنبيه على امرين
- ١٣٥٨ ..... الاوّل ان اكل الثلاثة مكروه
- ١٣٥٨ ..... الثانى اختلف الاصحاب فى انّ البغل هل هو اشدّ كراهه من الحمار او بالعكس
- ١٣٥٨ ..... منهل يحرم الكلب و الخنزير و السنور
- ١٣٥٩ ..... منهل صرح فى يع بانه يكره ان يذبح بيده ما رثاه من التعم
- ١٣٥٩ ..... اشاره
- ١٣٥٩ ..... ينبغى التنبيه على امرين
- ١٣٥٩ ..... الاوّل هل يكره ذلك مط او للتضحيه
- ١٣٥٩ ..... الثانى هل يكره اكل لحم هذا المذبوح او لا
- ١٣٦٠ ..... منهل يحلّ من حيوان البحر السمك الذى له فلس و قشر
- ١٣٦٠ ..... اشاره
- ١٣٦٠ ..... ينبغى التنبيه على امرين
- ١٣٦٠ ..... الاوّل لا فرق فى التمسك الذى ذكرناه بين ان يكون ممّا يبقّى عليه الفلّس فى جميع الأحوال أو يزول عنه فى بعضها

الثاني يتفرع على ما ذكرناه جواز اكل الزبيبا و الاربيان و الطمر و الابلامي

- ١٣٤٠
- ١٣٤١ ..... منهل يحرم من حيوان البحر الذي لا يكون طيرا كلما لا يندرج تحت مفهوم السمك حقيقه
- ١٣٤١ ..... اشاره
- ١٣٤٢ ..... ينبغي التنبيه على امور
- ١٣٤٢ ..... الاوّل لا فرق في الحيوان المفروض بين ان يكون مثله في البرّ مأكولا او لا
- ١٣٤٣ ..... الثاني يتفرع على ما ذكرناه حرمه اكل حيوانات منها كلب البحر و خنزيره
- ١٣٤٣ ..... منهل اختلف الاصحاب في جواز اكل السمك الذي لا فلس له اصلا
- ١٣٤٧ ..... منهل الطافي من السمك المحلّل حرام لا يجوز اكله
- ١٣٤٧ ..... اشاره
- ١٣٤٧ ..... ينبغي التنبيه على امور
- ١٣٤٨ ..... الاوّل الطافي هو السمك الذي يموت في الماء فيطفو عليه
- ١٣٤٨ ..... الثاني لا فرق في حرمه الطافي بين ان يموت في الماء بسبب كضرب العلق او حراره الماء او غير سبب
- ١٣٤٨ ..... الثالث صرح في الغنيه و يع و فع و التحرير و عد بحرمة ما يموت في شبكه الصائد في الماء
- ١٣٤٨ ..... الرابع قال في س يحرم الطافي اذا علم انه مات في الماء
- ١٣٤٨ ..... منهل اذا اختلط الحى من السمك الذي يجوز اكله مع الميت الذي لا يجوز اكله
- ١٣٤٩ ..... منهل لا اشكال و لا شبهه في ان بيض السمك المحلل حلال يجوز اكله
- ١٣٤٩ ..... اشاره
- ١٣٧٠ ..... ينبغي التنبيه على امور
- ١٣٧٠ ..... الاوّل لا فرق في جواز اكل بيض السمك الحلال و عدم جواز اكل بيض السمك الحرام
- ١٣٧٠ ..... الثاني اذا اشتبه بيض السمك فلم يعلم كونه من الحلال او من الحرام
- ١٣٧١ ..... الثالث هل يعتبر الظنّ في صورته الاشتباه و يدور الحكم مداره المعتمد
- ١٣٧١ ..... الرابع الاشتباه بشهادة العدلين على الاقرب دون العدل
- ١٣٧١ ..... الخامس قال في مجمع الفائده و نقل في س عن ابن ادريس و المصنف حلّ ما في جوف السمك مط
- ١٣٧١ ..... منهل اذا وجد الانسان سمكه على ساحل بحر او شاطئ نهر و لم يعلم ذكيه هي أم ميتة فليلقها في الماء
- ١٣٧١ ..... اشاره
- ١٣٧٢ ..... ينبغي التنبيه على امرين
- ١٣٧٢ ..... الاوّل لا فرق في الماء الذي يلقي فيه هذا المشتبه بين ان يكون فراتا عذبا او مالحا

التّانى هل يعتبر فى الطّافى هذا الاعتبار حيث يحصل فيه الاشتباه المذكور او لا

١٣٧٢

١٣٧٢ ----- منهل يحلّ و يؤكل من الحيوانات البريّة الوحشية البقره و الكباش الجليله و الحمير و الغزلان و اليحامير

١٣٧٢ ----- منهل هل يكره الحمر الوحشيه كالأهليه او لا

١٣٧٣ ----- منهل الحيوانات المحرمه و آلتى لا يجوز اكلها غير الطيور كثيره

١٣٧٥ ----- منهل يحرم من الطيور ما كان ذا مخلاب

١٣٧٥ ----- اشاره

١٣٧٥ ----- ينبغى التنبيه على امور

١٣٧٦ ----- الأوّل لا فرق فى ذلك بين ان يكون الطير

١٣٧٦ ----- التّانى صرح فى الرياض بانّ المخلب الظفر الذى يفترس و يعدو به على الطير

١٣٧٦ ----- الثالث عدّ من محل البحث اقسام من الطّير

١٣٧٦ ----- منهل اختلف الاصحاب فى حرمه الغراب و حليته على اقوال

١٣٧٦ ----- اشاره

١٣٧٨ ----- تنبيه

١٣٧٩ ----- منهل ما كان من الطّير صفيغه اكثر من دفيغه

١٣٧٩ ----- اشاره

١٣٨٠ ----- ينبغى التنبيه على امور

١٣٨٠ ----- الأوّل اذا كان الدّفيف اكثر او مساويا للصفيف

١٣٨٠ ----- التّانى الصفيف هو ان يطير الطائر مبسوط الجناحين من غير ان يحركهما

١٣٨٠ ----- الثالث قال فى لك اطلاق النّص و الفتوى باعتبار الامرين يقتضى كونها ضابطا فى الحد مستقلا

١٣٨٠ ----- منهل الطّير اذا لم يكن له قانصه و لا حوصله و لا صيصيه يكون حراما

١٣٨٠ ----- اشاره

١٣٨١ ----- ينبغى التّنبه على امور

١٣٨١ ----- الأوّل لا فرق فيما ذكر بين طيور البرّ و طيور الماء

١٣٨١ ----- منهل يحرم الخفاش و الطاوس و الزنابير و الدّباب و البقّ و البرغوث

١٣٨٢ ----- منهل طيور آلتى هى حلال و لا كراهه فيها كثيره

١٣٨٣ ----- منهل يكره من الطّيور الهدهد و الفاخته و القنبراء و الحبارى و الصرد و الصّوام و الشّقراق

١٣٨٥ ----- منهل اختلف الأصحاب فى حرمه الخطاف على قولين

١٣٨٨ ----- ينبغى التنبيه على امرين

١٣٨٨ ----- الاوّل الظاهر أنّ القائلين بالجواز ذاهبون الى كراهته

١٣٨٨ ----- الثانى قال فى المهذب البارع الخطاف طائر صغير اسود فى قدر العصفور يأبى العراق من داخل البحر

١٣٨٨ ----- منهل يحرم المحتمه و هى التى تجعل غرضا و ترمى بالتشاب حتى تموت

١٣٨٨ ----- منهل البيض تابع للطير فى الحلّ و الحرمه

١٣٨٩ ----- اشاره

١٣٨٩ ----- ينبغى التنبيه على امرين

١٣٨٩ ----- الاوّل الظاهر أنّه لا فرق فى الحرام هنا بين ما يكون حراما بالاصل كالصقر و ما يكون حراما بالعارض

١٣٨٩ ----- الثانى هل الطائر الذى يكره اكله يكون بيضه مكروها أيضا

١٣٩٠ ----- منهل ان اشتبه البيض و لم يعلم أنّه من المأكول او من غيره

١٣٩٠ ----- اشاره

١٣٩٠ ----- ينبغى التنبيه على امور

١٣٩٠ ----- الاوّل هل يختص المميّز المذكور بصوره الاشتباه او لا

١٣٩١ ----- الثانى هل يقدم المميّز المذكور على شهاده العدلين لو وقع التعارض بينهما

١٣٩١ ----- الثالث هل يقدم المميّز

١٣٩١ ----- منهل اذا صار احد الطيور التى هى حلال جلالا فهل يحرم قبل الاستبراء او لا

١٣٩١ ----- اشاره

١٣٩٣ ----- ينبغى التنبيه على امرين

١٣٩٣ ----- الاوّل لا يختص التحريم باعتبار الجلل بالطيور الماكوله

١٣٩٣ ----- الثانى لا اشكال فى حصول الجلل باكل عذره الانسان

١٣٩٣ ----- منهل اختلف الاصحاب فيما يتحقّق به الجلل باكل عذره الانسان على اقوال

١٣٩٥ ----- منهل قد ذكروا انه يحرم من الذبيحه اشياء

١٣٩٥ ----- اشاره

١٤٠٣ ----- ينبغى التنبيه على امور

١٤٠٣ ----- الاول لا يحرم من الذبيحه غير ما تقدم اليه الاشاره من الاشياء المحزمه

١٤٠٤ ----- الثانى المراد بالذبيحه ما يعم المنحوره كالجمل فيحرم منه

الثالث هل المراد بالذبيحه كل حيوان مذكى بالذبح او النحر للأكل

١٤٠٤

١٤٠٦-----منهل اذا شوى الطحال مع اللحم فلا يحرم اللحم حيث يكون فوق الطحال

١٤٠٦-----اشاره

١٤٠٧-----ينبغي التنبيه على امور

١٤٠٧-----الاول هل يختص حرمه اكل اللحم الذى تحت الطحال حالكونه مثقوبا بصوره العلم

١٤٠٧-----الثانى الظاهر ان اللحم هنا يشمل جميع اللحوم المحلله شرعا

١٤٠٧-----الثالث هل يلحق بالطحال الجرى والميته

١٤٠٨-----الرابع هل يلحق باللحم غيره من ساير الماكولات

١٤٠٨-----منهل يحرم العصير العنبى وهو الماء المعتصر من العنب اذ غلا و اشتد و لم يذهب ثلثاه

١٤٠٨-----اشاره

١٤١٠-----ينبغي التنبيه على امور

١٤١٠-----الاول هل الحكم بتحريم العصير العنبى قبل ذهاب ثلثيه تعبد محض او لا

١٤١٠-----الثانى فسر الغليان فى الوسيله و التحرير و الدروس و لك و ضه و الكفايه و المهذب البارع و الرياض بصيروره الاسفل اعلى

١٤١٠-----الثالث نته فى مجمع الفائده على معنى الشده

١٤١١-----الرابع لا فرق فى الغليان بين حصوله بالنار او بالشمس او بغيرهما

١٤١١-----الخامس لا يشترط ان يقذف بالزبد

١٤١١-----السادس اذا غلا العصير و لم يذهب ثلثاه و لم يحصل له الاشتداد

١٤١١-----السابع اذا غلا ماء العنب و هو فى حبه و لم يذهب ثلثاه

١٤١٢-----الثامن العصير العنبى اذا حرم بالغليان فيحل بذهاب ثلثيه

١٤١٢-----التاسع نته فى النهايه على ما يعرف به ذهاب الثلثين

١٤١٢-----العاشر هل يشترط فى ذهاب الثلثين الموجب للحليه ان يكون بالنار او لا

١٤١٣-----الحادى عشر كما يحل العصير العنبى بعد صيرورته حراما بذهاب الثلثين

١٤١٤-----منهل هل يلحق بعصير العنب فى الحرمه عصير الزبيب اذا غلا و اشتد و لم يذهب ثلثاه و لم يبلغ حد الاسكار و لم يصر فقاعا او لا

١٤٤٠-----منهل اكل الطين حرام الا طين قبر الحسين بن على بن ابي طالب عليهما السلام

١٤٤٢-----منهل هل المراد بالطين فى المستثنى منه معناه المتعارف

١٤٤٢-----اشاره

١٤٤٥-----ينبغي التنبيه على امور



الأول اذا امتزج التراب اليابس بغير الماء المطلق من ساير المائعات

١٤٤٥

الثاني هل يشترط في حرمه اكل الطين على تقدير اختصاص التحريم به

١٤٤٦

الثالث هل الجص او الرمل او التوره او الاجر او نحو ذلك ممّا ليس بتراب

١٤٤٦

الرابع هل السيان المسقى بالفارسيه باللجن كالطين

١٤٤٦

الخامس هل اكل الطين المحترّم يعتمّ البلع

١٤٤٦

السادس لا فرق في حرمه اكل الطين بين كثيره و قليله

١٤٤٧

السابع المعتبر في التحريم صدق اكل الطين عرفا حقيقه

١٤٤٧

الثامن اذا امتزج الماء بالطين بحيث لا يصدق على هذا المجموع المركب اسم الماء

١٤٤٧

التاسع هل يحرم اكل الطين مط و لو لم يترتب عليه ضرر اصلا

١٤٤٧

العاشر اذا حصل الشك في صدق الطين على شىء حقيقه

١٤٤٧

الحادى عشر اذا اكل الطين عمدا او سهوا

١٤٤٧

الثانى عشر هل يجب على الولي منع المولى عليه الذى ليس بمكلف

١٤٤٨

الثالث عشر هل اكل الطين المحرم من المعاصى الكثيره

١٤٤٨

الرابع عشر هل يجوز استعمال الطين في غير الاكل

١٤٤٨

الخامس عشر اذا كان ترك اكل الطين موجبا للضرر الذى لا يتحمل عاده

١٤٤٩

السادس عشر هل يحرم ابتلاع الغبار مط و لو كان رقيقا او لا مط

١٤٤٩

السابع عشر اذا مات اكل الطين المحرم من غير توبه

١٤٤٩

الثامن عشر يترتب على اكل الطين عمدا مضار كثيره

١٤٤٩

منهل هل يجوز اكل الطين الارمنى لا بقصد التداوى او لا

١٤٤٩

اشاره

١٤٤٩

ينبغي التنبيه على امور

١٤٥٠

الأول كما يحرم الطين الأرمنى كك يحرم الطين المختوم

١٤٥٠

الثاني اذا توقف معالجه مرض على اكل الطين الارمنى

١٤٥٠

الثالث هل يجب اكل الطين الارمنى حيث يترتب على ترك اكله الضرر

١٤٥١

الرابع اذا امكن المعالجه بغير اكل الطين الارمنى

١٤٥١

الخامس نته في ضه على معنى الطين الأرمنى

١٤٥١

السادس يلحق بالطين الأرمنى فى جواز الاكل للضروره

١٤٥١

- ١٤٥١ ..... منهل قد بيتنا سابقا جواز اكل طين قبر سيد الشهداء
- ١٤٥٢ ..... منهل هل يجوز اكل التربه الشريفه الحسينيه ع لا بقصد الاستشفاء او لا
- ١٤٥٢ ..... منهل لا اشكال فى جواز اكل التربه بقصد الاستشفاء من مرض واقع متحقق -
- ١٤٥٣ ..... منهل هل يشترط فى جواز اكل التربه الشريفه القله او لا
- ١٤٥٥ ..... منهل لا ريب فى انه يجوز تناول التربه الماخوذه من نفس القبر
- ١٤٥٥ ..... اشاره
- ١٤٥٧ ..... ينبغى التنبيه على امور
- ١٤٥٧ ..... الاول صرح فى الدروس و التنقيح بانه لو حى ء بتربه ثم وضعت على الصريح كان حسنا
- ١٤٥٧ ..... الثانى صرح فى س بانه يجوز لمن جاز التربه بيعها كيلا و وزنا و مشاهده
- ١٤٥٧ ..... الثالث صرح فى الدروس بانه ينبغى للزائر ان يستصحب منها ما يمكن ليعم البركه اهله و بلده
- ١٤٥٧ ..... الرابع هل يجوز اكل المطبوخ من التربه و الاستشفاء به فيه اشكال
- ١٤٥٧ ..... الخامس قال فى التنقيح و حيث ورد متواتره ان الشفاء فى تربته ع
- ١٤٥٨ ..... السادس صرح فى فى الروضه بانه لو وجد تربه منسوبه اليه حكم باحترامها
- ١٤٥٨ ..... السابع لا اشكال فى ثبوت كون الطين من تربته ع
- ١٤٥٨ ..... منهل هل يلحق بطين قبر الحسين ع
- ١٤٥٩ ..... منهل هل يجوز اكل طين قبر الحسين ع و تربته الشريفه للاستشفاء مط و لو من غير دعاء و عمل مخصوص او لا
- ١٤٦٠ ..... القول فى جملة من الآداب و اللواحق
- ١٤٦٠ ..... منهل يستحب عند الاكل و الشرب امور
- ١٤٦٣ ..... منهل ذكر جماعه من الأصحاب هنا امورا مكروهه
- ١٤٦٥ ..... منهل يحرم الاكل على مائه يشرب عليها الخمر
- ١٤٦٥ ..... اشاره
- ١٤٦٦ ..... ينبغى التنبيه على امور
- ١٤٦٦ ..... الاول نبه فى مجمع الفائدة على المراد قائلا تحريم الاكل على مائه يشرب عليها شى ء من المسكرات
- ١٤٦٦ ..... الثانى هل يختص الحكم المذكور بالخمر او لا
- ١٤٦٦ ..... الثالث صرح فى التهايه و يع و عد و الارشاد اللمعه و ضه و لك بالحاق الفقاع بالخمر فى ذلك
- ١٤٦٦ ..... الرابع هل يلحق بالخمر فى ذلك الحكم باقى المحرمات من الزنا و اللواط
- ١٤٦٧ ..... الخامس هل يحرم الاكل من المائه التى يشرب عليها المسكر و الفقاع

- ١٤٦٧ ..... السادس هل يحرم الجلوس على المائدة المفروضة من غير اكل او لا
- ١٤٦٧ ..... السابع هل يصير الطعام الذى يحرم اكله حراما كالتجس و المغصوب او لا
- ١٤٦٨ ..... الثامن الأقرب ان حرمه الاكل يختص بالاكل من المائدة التى يشرب عليها المسكر
- ١٤٦٨ ..... التاسع هل يلحق بالاكل الشرب او لا
- ١٤٦٨ ..... العاشر هل المراد بحرمه الاكل على المائدة المفروضة الاكل المتعارف
- ١٤٦٨ ..... الحادى عشر قال فى ضه لا فرق بين وضع المحرم او فعله على المائدة فى ابتدائها او استدامتها
- ١٤٦٨ ..... كتاب مناهل الشفعه
- ١٤٦٨ ..... منهل لا اشكال فى ثبوت الشفعه بين الشريكين
- ١٤٦٩ ..... كتاب مناهل احياء الموات
- ١٤٦٩ ..... منهل من سكن بيتا من مدرسه موقوفه على المشتغلين و المحصلين او من رباط موقوف على الزائرين و كان هو من جملةهم
- ١٤٦٩ ..... اشاره
- ١٤٧٠ ..... ينبغى التنبيه على امور
- ١٤٧٠ ..... الأول لا يبطل حقه مع عدم الشرط المذكور بالخروج لحاجه
- ١٤٧٠ ..... الثانى اذا خرج مع قصد العود اليهما و عدم الاعراض عن السكنى فيهما
- ١٤٧٠ ..... الثالث اذا فارقهما و قصد الاعراض عنهما لغير عذر
- ١٤٧١ ..... الرابع اذا فارقهما و قصد الاعراض عنهما لعذر
- ١٤٧١ ..... كتاب مناهل المواريث
- ١٤٧١ ..... منهل اذا ماتت الزوجه الدائمه فى حيوة زوجها الباقي زوجيته ورثها زوجها
- ١٤٧١ ..... اشاره
- ١٤٧١ ..... ينبغى التنبيه على امرين
- ١٤٧١ ..... الأول لا فرق بين ان يكون الزوجه المتوفاه ذات ولد من الزوج او من غيره
- ١٤٧١ ..... الثانى لا فرق فى ذلك أيضا بين ان يكون الزوج دخل بها او لا
- ١٤٧١ ..... منهل اذا مات الزوج و كانت الزوجه الدائمه وارثه و غير مطلقه و لم يكن لها منه ولد مط
- ١٤٧٤ ..... منهل اذا مات الزوج و كانت الزوجه وارثه و باقيه غير مطلقه و كان لها من هذا الزوج المتوفى ولد
- ١٤٧٩ ..... منهل على المختار من ان الزوجه التى لا ولد لها من زوجها المتوفى لا تستحق من جميع تركته
- ١٤٨٢ ..... منهل هل ترث الزوجه المتوفى عنها زوجها التى لا ولد لها منه من عين الدور و المساكن
- ١٤٨٢ ..... اشاره

- ١٤٨٣ ..... الاوّل صرح في الانتصار و فع و بع و عد و التبصره و الإرشاد
- ١٤٨٣ ..... الثاني يندرج في آلات الابنيه التي لا تستحق الآ قيمتها امور
- ١٤٨٤ ..... الثالث قال في لك بان المراد بالآله ما كانت مثبتة فيه كالأحجار و الاخشاب
- ١٤٨٤ ..... منهل هل يلحق بالدور و المساكن في عدم الاستحقاق من العين
- ١٤٨٤ ..... اشاره
- ١٤٨٥ ..... ينبغي التنبيه على امور
- ١٤٨٦ ..... الاوّل تستحق الزوجه المفروضه مما تركه زوجها من المياه المملوكه
- ١٤٨٦ ..... الثاني هل يلحق بالدور ما هو بمنزلتها من الخيام
- ١٤٨٦ ..... الثالث اذا كان للزوج المتوفى أبار محفوره غير مبنيه
- ١٤٨٦ ..... الرابع لا فرق في الدور بين ان تكون عاليه غاليه او لا
- ١٤٨٦ ..... الخامس هل تستحق الزوجه المفروضه عين تراب التار حيث لا يكون جزاء منها او لا
- ١٤٨٧ ..... السادس صرحت صحيحه زاره و موثقه طربال بن رجا المتقدمان بان الزوجه المفروضه لا ترث من القرى
- ١٤٨٧ ..... السابع نته في الانتصار على الحكمه في حرمان الزوجه عن عين الزباع
- ١٤٨٧ ..... منهل هل تستحق الزوجه التي لا ولد لها من زوجها المتوفى عنها من اعيان الأشجار التي هي من تركه زوجها او لا
- ١٤٨٧ ..... اشاره
- ١٤٨٩ ..... ينبغي التنبيه على امور
- ١٤٨٩ ..... الاوّل هل يلحق بالشجر النخل
- ١٤٨٩ ..... الثاني الزوجه المفروضه و ان كانت محرومه عن اعيان الاشجار و النخيل
- ١٤٩٠ ..... الثالث هل يلحق بالشجره و النخل الزرع كالتفصيل و الحنطه و الشعير و نحوها من اقسامه
- ١٤٩٠ ..... الرابع لا فرق في الشجر و النخل بين كونهما مثمرين او لا
- ١٤٩٠ ..... الخامس اذا كان الشجر و النخل مقلوعين
- ١٤٩٠ ..... السادس اذا يبس النخل و الشجر حال انتصابهما على الارض و عدم انقلاعهما منها
- ١٤٩٠ ..... السابع هل الشوك و الحطب و سائر النباتات التي تنبت من غير زرع في البساتين
- ١٤٩١ ..... الثامن هل ترث الزوجه المفروضه اعيان الاسلحه من الخنجر و السيف و الزمخ
- ١٤٩١ ..... التاسع ترث الزوجه المفروضه من اعيان جميع ما تركه زوجها المتوفى عنها
- ١٤٩١ ..... العاشر الزوجه التي لها ولد من زوجها المتوفى عنها

الحادى عشر ان قلنا باختصاص الحرمان من الامور المذكوره بغير ذات الولد

- ١٤٩١
- ١٤٩٢ ..... الثانى عشر هل الولد هنا يختص بالصلبى او يعم ولد الولد
- ١٤٩٢ ..... الثالث عشر قال فى لك لو تعددت الزوجات و اختلف فى الحكم كذات الولد و غيرها
- ١٤٩٢ ..... منهل هل دفع القيمه فى المواضع التى تستحق الزوجه مط او غير ذات الولد على وجه التعيين
- ١٤٩٢ ..... اشاره
- ١٤٩٣ ..... ينبغى التنبيه على امور
- ١٤٩٣ ..... الاول على القول الاول لا تستحق الزوجه اجره الاعيان
- ١٤٩٣ ..... الثانى لو تعذر للزوجه اخذ القيمه
- ١٤٩٣ ..... الثالث نبه فى لك و الكفايه و الرياض على كفيته التقويم
- ١٤٩٣ ..... منهل هل يجب ان يحبى لمن يستحق الحبوه بالسلاح او لا
- ١٤٩٤ ..... منهل اختلف الأصحاب فى توقف استحقاق الولد الاكبر للحبوه على ان يقضى ما فات من والده من صلاه و صوم
- ١٤٩٤ ..... منهل اختلف الاصحاب فى توقف استحقاق الحبوه على بلوغ الولد الذى يستحقها
- ١٤٩٤ ..... منهل اذا انحصر الولد الاكبر فى فرد و كان له اولاد غير ذكور
- ١٤٩٤ ..... كتاب القضاء
- ١٤٩٤ ..... [القول فى القضاء]
- ١٤٩٤ ..... منهل القضاء من الواجبات الكفائيه
- ١٤٩٤ ..... اشاره
- ١٤٩٥ ..... ينبغى التنبيه على امور
- ١٤٩٥ ..... الاول و الثانى اذا انحصر القاضى الجامع للشرايط فى فرد تعين عليه
- ١٤٩٥ ..... الثالث اذا تعدد القاضى و كان كل منهم صالحا له و متمكنا منه
- ١٤٩٥ ..... الرابع اذا تعدد القاضى و لكن لم يتمكّن من اقامته الا واحد منهم
- ١٤٩٦ ..... الخامس اذا تعدد القاضى و ترافع الى احدهم المتخاصمان و علما بوجود مثله
- ١٤٩٦ ..... السادس اذا صلح للقضاء واحد لا غير
- ١٤٩٦ ..... السابع هل القضاء واجب مطلق كالصلاه بالنسبه الى الوضوء
- ١٤٩٦ ..... الثامن هل يستحب فى صورته تعدد القاضى و تمكّنهم من القضاء ان يتولاه
- ١٤٩٨ ..... القول فى شرائط القاضى
- ١٤٩٨ ..... منهل يشترط فى القاضى البلوغ و العقل

١٤٩٨ ..... ينبغي التنبيه عليه امور

١٤٩٨ ..... الاول لا يختص الشرطان المذكوران بالقاضى الذى ينصبه التبيى ص

١٤٩٨ ..... الثانى لا فرق فى الصبى بين المميز و غيره

١٤٩٨ ..... الثالث لا فرق فى المجنون بين المطبق و الادوارى

١٤٩٨ ..... منهل يشترط فى القاضى أيضا طهاره المولد

١٤٩٩ ..... منهل يشترط فى القاضى الذكوره

١٤٩٩ ..... منهل يشترط فى القاضى الايمان و كونه من الاثنى عشره

١٤٩٩ ..... اشاره

١٥٠٠ ..... ينبغي التنبيه على امرين

١٥٠٠ ..... الاول لا فرق فى عدم صحه قضاء غير المؤمن بين ان يكون على المؤمن او له

١٥٠١ ..... الثانى لا فرق فى ذلك بين القاضى المنسوب

١٥٠١ ..... منهل يشترط فى القاضى العدالة

١٥٠٢ ..... منهل يشترط فى القاضى ان يكون عالما بالحكم الشرعى الذى يقضى به

١٥٠٦ ..... منهل هل يجوز لمن لم يبلغ رتبه الاجتهاد اصلا ان يقضى بالتقليد للمجتهد الحى

١٥٠٦ ..... اشاره

١٥٠٩ ..... ينبغي التنبيه على امور

١٥٠٩ ..... الاول لا فرق على القول الاول بين تقليد الحى و الميت

١٥١٠ ..... الثانى يشترط فى القضاء بالتقليد حيث يجوز تقليد الاعلم و الاورع مع التمكن منهما

١٥١٠ ..... الثالث لا يشترط فى القضاء بالتقليد حيث يجوز اذن المجتهد به

١٥١٠ ..... الرابع لا يشترط فى ذلك ان يكون القاضى منصوبا من السلطان

١٥١٠ ..... الخامس لا يشترط فى ذلك أيضا ان يكون المتنازعان مقلدين

١٥١٠ ..... السادس اذا توقف التمكن من المجتهد لقطع النزاع على مسافره

١٥١٠ ..... السابع هل يكون حكم القاضى بالتقليد نافذا و لا يجوز ابطاله مط

١٥١٠ ..... منهل هل يشترط فى القاضى كونه قادرا على الكتابه

١٥١٠ ..... اشاره

١٥١٢ ..... ينبغي التنبيه على امور

الاول لا يخفى ان الفائده في النزاع في هذه المسأله قليله جدًا

١٥١٢

الثاني لا فرق في الشرط المذكور بين القاضى المنصوب و غيره

١٥١٣

الثالث لا يشترط جوده الخط

١٥١٣

الرابع لا يشترط خطاً مخصوص قطعاً

١٥١٣

منهل اختلف الاصحاب في اشتراط البصر و عدم العمى في القاضى

١٥١٣

اشاره

١٥١٣

ينبغي التنبيه على امور

١٥١٥

الاول هل يتحقق العمى بفقد احدى العينين او يتوقف على فقدهما معا

١٥١٥

الثاني به الظاهر ان شرطيه البصر لا يختص بالقاضى المنصوب

١٥١٥

الثالث اذا انحصر الجامع لشرائط القضاء عدا البصر في الاعمى

١٥١٥

الرابع هل يشترط في القاضى ان لا يكون اخرس او لا

١٥١٥

الخامس هل يشترط في القاضى انتفاء الصمم عنه

١٥١٥

منهل هل يشترط في القاضى ان يكون ضابطاً

١٥١٦

منهل اختلف الاصحاب في توقف القضاء

١٥١٧

منهل صرح في ثر بانه يشترط في القاضى مط امور

١٥١٨

منهل يجوز في زمان الغيبه كهذا الزمان للفقيه المجتهد الجامع للشرائط

١٥١٩

اشاره

١٥١٩

ينبغي التنبيه على امور

١٥٢٠

الاول تبّه في المنتهى على ان المراد من الفقيه الذى يجوز له القضاء

١٥٢٠

الثاني لا يجوز لغير المجتهد الحكم و القضاء

١٥٢١

الثالث لا فرق في صحه قضاء المجتهد في زمن الغيبه بين ان يتراضى به الخصمان او لا

١٥٢١

الرابع كما تبّه عليه في الكشف بقوله ينفذ قضاء الفقيه الجامع للشرائط الافتاء

١٥٢١

الخامس صرّح في ضه بانه يجب قبول قول الفقيه المفروض

١٥٢١

السادس هل يجوز الحكم بمذهب اهل الخلاف تقيه او لا

١٥٢١

السابع هل الفقيه المفروض في زمن الغيبه نائب عن الامام المعصوم ع في القضاء او لا

١٥٢٢

منهل اذا تعدد الفقيه الجامع لشرائط الفتوى و الحكم

١٥٢٢

اشاره

١٥٢٢

١٥٢٢----- الاوّل اذا اختار المدعى الى الحاكم الّذى هو فى مكان بعيد

١٥٢٢----- الثانى و اذا اختار المدعى الرجوع الى رجل لم يعلم المنكر كونه مجتهدا جامعا لشرائط الحكم

١٥٢٣----- الثالث اذا وقع الاختلاف بين المدعى و المنكر

١٥٢٣----- منهل اذا نصب الامام ع قاضيا بين الناس

١٥٢٤----- منهل من عدل عن الفقيه المجتهد الّذى يصح قضائه شرعا

١٥٢٤----- اشاره

١٥٢٤----- ينبغي التنبيه على امور

١٥٢٤----- الاوّل هل الترافع الى قضاء الجور كبيره

١٥٢٥----- الثانى يلحق بقضاه الجور حكام الجور و المتولين من قبل الظالم

١٥٢٥----- الثالث لا فرق فى الجائر هنا بين المؤمن و المخالف

١٥٢٥----- الرابع صرح فى هى و التحرير بأنّه يجب على كل تمكن منع الطالب لقضاه الجور

١٥٢٥----- الخامس هل يختص الحكم المذكور بالترافع الى قضاء الجور و حكامهم

١٥٢٦----- منهل اذا ترافعا الى قضاء الجور على الوجه المنهى عنه

١٥٢٦----- اشاره

١٥٢٧----- ينبغي التنبيه على امور

١٥٢٧----- الاوّل اذا لم يعلم المدعى يكون ما يأخذ من المنكر بحكمهم ماله

١٥٢٧----- الثانى اذا علم انسان بان ما يأخذه المدعى من المنكر بحكمهم ماله

١٥٢٧----- الثالث اذا شك الانسان المذكور فى صحه دعوى المدعى

١٥٢٧----- منهل يجوز الترافع الى الجائر سواء كان كافرا او مخالفا او مؤمنا

١٥٢٧----- اشاره

١٥٢٨----- ينبغي التنبيه على امور

١٥٢٨----- الاوّل هل يجب على المدعى اذا اراد الرجوع الى الجائر اعلام المنكر

١٥٢٨----- الثانى هل يتوقف الرجوع الى الجائر ح على اذن الحاكم او لا

١٥٢٨----- منهل اذا ترافع الخصمان عند القاضى الجامع للشرائط

١٥٣٠----- منهل اذا حكم حاكم يصح منه الحكم شرعا بشىء و تحقق بطلانه عند حاكم آخر

١٥٣٠----- اشاره



١٥٣٠ ..... ينبغي التنبيه على امور

١٥٣١ ..... الاوّل لا فرق في ذلك بين ان يكون الحاكم الاوّل قاطعا او ظانا

١٥٣١ ..... الثاني اذا حكم هو بحكم ثم علم ببطلانه وجب عليه نقضه

١٥٣١ ..... الثالث اذا حكم الحاكم بحكم و علم حاكم آخر بآته قصر في الاجتهاد في المسأله سهوا

١٥٣٢ ..... الرابع اذا حكم المجتهد بحكم على الوجه المعتبر شرعا

١٥٣٢ ..... الخامس لو شك في التقصير في اجتهاد الحاكم الاوّل او اجتهاده الاوّل

١٥٣٢ ..... القول في كيفية الحكم

١٥٣٢ ..... منهل اذا ترفع الخصمان المؤمنان عند الحاكم لقطع الدعوى بينهما

١٥٣٢ ..... اشاره

١٥٣٤ ..... ينبغي التنبيه على امور

١٥٣٤ ..... الاوّل القائلون بوجود التسويه صرحوا بوجودها في امور منها

١٥٣٥ ..... الثاني هل يستحب التسويه في الامور المتقدم اليها الاشاره على المختار

١٥٣٥ ..... الثالث لا فرق في رجحان التسويه بين الخصمين الاثنى عشرين بين ان يكونا عادلين او فاسقين

١٥٣٥ ..... الرابع اذا كان المتخاصمان من اهل الخلاف من غير الشيعه الاثنى عشرية

١٥٣٥ ..... الخامس هل يلحق في حكم التسويه من الوجوب والاستحباب

١٥٣٥ ..... السادس اذا كان احد الخصمين مسلما و الاخر كافرا

١٥٣٦ ..... السابع الاشكال في آته يجب التسويه بين الخصمين مط

١٥٣٦ ..... الثامن آته لا يجب التسويه بين الخصمين و لو كانا مؤمنين عادلين في الميل القلبي

١٥٣٧ ..... التاسع صرح في ير بآته يستحب للخصمين الجلوس بين يدي الحاكم

١٥٣٧ ..... العاشر هل حكم التسويه من الاستحباب او الوجوب

١٥٣٧ ..... منهل صرح في يع و فع و ير و عد و د و س و لك و ضه و الكشف و الزياض بآته لا يجوز للحاكم ان يلحق احد الخصمين ما فيه ضرر على خصمه

١٥٣٧ ..... اشاره

١٥٣٨ ..... ينبغي على امور

١٥٣٨ ..... الاول عد الجماعه المصرحه بتحريم ذلك

١٥٣٨ ..... الثاني هل يجوز للحاكم الاستفسار من المدعى

١٥٣٨ ..... الثالث هل يحرم على غير الحاكم ما له عليه من التلقين او لا

١٥٣٩ ..... منهل اذا جلس الخصمان بين يدي الحاكم فله ان يسكت حتى يتكلما

منهل اذا ورد عند القاضى الخصوم المختلفون فى الدّعى كان كل اثنين منهم له دعوى غير دعوى الاخر

١٥٣٩

١٥٣٩ ..... اشاره

١٥٤٠ ..... ينبغى التنبيه على امور

١٥٤٠ ..... الاوّل هل يجوز الاقتصار فى القرعه على خصوص اسماء المدّعين

١٥٤٠ ..... الثانى للأصحاب فى كيفية القرعه هنا عبارات متخالفه

١٥٤١ ..... الثالث اذا تقرر احد المدّعين التأخير قدم سواء

١٥٤١ ..... الرابع اذا قطع المدعى عليه المدعى بدعوى لم تسمع

١٥٤١ ..... الخامس لو اتفق مسافر و حاضر فهل يستويان او لا

١٥٤٢ ..... منهل اذا حضر المتخاصمان عند الحاكم و بدر احدهما الى الدّعى

١٥٤٢ ..... منهل اذا ابتدا معا بالدعوى على صاحبه و لم يتقدّم احدهما على الاخر فى اظهار الدّعى

١٥٤٢ ..... اشاره

١٥٤٣ ..... ينبغى التنبيه على امور

١٥٤٣ ..... الاوّل الظاهر ان السماع هنا على الوجوب

١٥٤٣ ..... الثانى الظاهر أنّه لا فرق بين سعه الوقت لسماع الدعويين و ضيقه

١٥٤٣ ..... الثالث اذا لم يسمع من صاحب اليمين بل سمع من صاحبه سهوا

١٥٤٣ ..... الرابع اذا تراحم الطلبة عند مدرس و المستفتون عند مفت

١٥٤٤ ..... منهل يكره للحاكم ان يشفع الى المستحق فى اسقاط حق بعد ثبوته و الى المدعى فى ابطال دعوى قبله

١٥٤٤ ..... اشاره

١٥٤٤ ..... ينبغى التنبيه على امور

١٥٤٤ ..... الاوّل لا فرق فى ذلك بين بعض الحق او كله

١٥٤٤ ..... الثانى لا يكره شفاعه الحاكم الى المستحق فى اسقاط حق قبل ثبوته

١٥٤٤ ..... الثالث لا يكره للحاكم ان يطلب من المدّعى الصلح

١٥٤٥ ..... الرابع حكى فى الكشف عن المفيد انه قال فان اقر المدّعى عليه بما ادعاه خصمه

١٥٤٥ ..... منهل لا اشكال فى صحة الدّعى و جواز سماعها اذا كان محلها و متعلقها معلوما معيناً مشخّصاً لا جهاله فيه

١٥٤٥ ..... اشاره

١٥٤٦ ..... ينبغى التنبيه على امور

١٥٤٦ ..... الاوّل يتفرع على المختار من عدم اشتراط التعيين فى صحّ الدّعى

١٥٤٦

١٥٤٧----- الثالث لا يشترط في دعوى الاقرار

١٥٤٧----- منهل فلا اشكال في صحه سماع الدعوى حيث يكون المدعى عالما و جازما بما يدعيه

١٥٤٧----- اشاره

١٥٥١----- ينبغي التنبيه على امور

١٥٥١----- الاول لا فرق في عدم صحه سماع الدعوى المفروضه

١٥٥١----- الثاني لا يختص عدم السماع بدعوى دون دعوى

١٥٥١----- الثالث هل يختص السماع في صوره عدم العلم على القول به

١٥٥١----- الرابع ان قلنا بصحه السماع في محل البحث فهل يجوز للمنكر رد اليمين على المدعى المفروض او لا

١٥٥١----- الخامس صرح في بر و س و ضه بانه لا يجوز أيضا الحلف مع اقامه شاهد

١٥٥١----- السادس اذا حلف المنكر او قامت عليه البيئه

١٥٥٢----- السابع اذا أطلق الدعوى فهو منصرف الى الجزم

١٥٥٣----- الثامن قال في غايه المراد و لك و الكشف على القول بسماع الدعوى الظئيه

١٥٥٣----- منهل اذا تمت الدعوى و حررها

١٥٥٣----- اشاره

١٥٥٤----- ينبغي التنبيه على امور

١٥٥٤----- الاول هل التماس المدعى على القول الثاني شرط لصحه الحكم او لا

١٥٥٤----- الثاني هل يشترط في الالتماس اللفظ

١٥٥٤----- الثالث اذا لم يكن المدعى عالما بتوقف مطالبه الجواب على التماس

١٥٥٤----- الرابع اذا اجاب المدعى عليه بنفسه من غير مطالبه الجواب منه

١٥٥٤----- منهل اذا حرر المدعى الدعوى الجواب المدعى عليه

١٥٥٤----- اشاره

١٥٥٥----- ينبغي التنبيه على امور

١٥٥٥----- الاول اعلم ان حكم الحاكم الذى يلزم انفاذه و لا يجوز نقضه

١٥٥٦----- الثاني يلحق بالحكم هنا الحكم فيما عداه من سائر الموارد التى يعتبر فيها الحكم

١٥٥٦----- الثالث صرح في عد و س و ضه و الكشف و الزياض بانه لا يكفى في الحكم ثبت عندى

١٥٥٦----- منهل اذا حكم الحاكم للمدعى بعد اقرار المدعى عليه

- ١٥٥٨ ..... منهل اذا كان جواب المدعى عليه الانتكار و لم يكن للمدعى على ما يدعيه توجه اليمين الى المنكر
- ١٥٥٨ ..... اشاره
- ١٥٥٨ ..... ينبغي التنبيه على الامرين
- ١٥٥٨ ..... الاول صرح في ثر و يع و ير و عد و مجمع الفائدة و الكشف و الكفايه و الرياض بآته يجوز للحاكم الحلف
- ١٥٥٩ ..... الثاني صرح في عد و اللمع و الروضه و الكشف بآته لا يستقل الغريم بالحلف من دون اذن الحاكم
- ١٥٥٩ ..... منهل اذا التمس المدعى من الحاكم احلاف المنكر فاحلفه بسؤال المدعى سقطت الدعوى
- ١٥٦٠ ..... منهل لو اقام المدعى بينه بالحق الذي يدعيه بعد احلافه للمنكر
- ١٥٦٢ ..... منهل لو اكدب الحالف نفسه جاز للمدعى ان يطالب و ان يقاص ما يجده له مع امتناعه عن التسليم
- ١٥٦٢ ..... اشاره
- ١٥٦٣ ..... ينبغي التنبيه على امور
- ١٥٦٣ ..... الاول هل جواز المطالبه و الاقتصاص بعد الاقرار يختص بصوره اقراره بجميع الحق او لا
- ١٥٦٣ ..... الثاني هل يختص عدم جواز المطالبه و الاقتصاص بعد الحلف مع عدم الاقرار بصوره حكم الحاكم ببراءة ذمه الحالف ظاهرا او لا
- ١٥٦٣ ..... الثالث صرح في ير بآته لو ادعى صاحب الحق ان الحالف اكدب نفسه فانكر
- ١٥٦٣ ..... منهل يجوز للمنكر المتوجه اليه اليمين ان يرد ما توجه اليه من اليمين على المدعى
- ١٥٦٣ ..... اشاره
- ١٥٦٤ ..... ينبغي التنبيه على امور
- ١٥٦٤ ..... الاول اذا حلف المدعى بعد رد اليمين عليه استحق ما يدعيه
- ١٥٦٤ ..... الثاني لا يجوز الرد اذا لم يكن المدعى قاطعا في دعواه
- ١٥٦٥ ..... الثالث اذا ادعى وصي اليتيم مالا على آخر فانكر
- ١٥٦٥ ..... الرابع لو ادعى الوصي على الوارث ان الميت اوصى للفقراء بخمس
- ١٥٦٥ ..... الخامس اذا وكل غيره في دعوى فادعى الوكيل في غيبه الموكل
- ١٥٦٥ ..... السادس الظاهر من اطلاق الاصحاب ان الرد يصح في جميع الدعاوى
- ١٥٦٦ ..... منهل هل اليمين المردوده على المدعى بمنزله بينه او بمنزله المنكر فيه قولان
- ١٥٦٧ ..... منهل اذا رد المنكر الحلف على المدعى في موضع يصح الرد عليه و امتنع من الحلف المردود اليه
- ١٥٦٧ ..... اشاره
- ١٥٦٨ ..... ينبغي التنبيه على امرين
- ١٥٦٨ ..... الاول اذا اتى المدعى للممتنع من الحلف المردود بينه

- ١٥٦٩ -----  
منهل اذا نكل المنكر و المدعى عليه عن اليمين المتوجه اليه - - - - -  
١٥٦٩ -----  
اشاره - - - - -  
١٥٧٦ -----  
ينبغي التنبيه على امرين - - - - -  
١٥٧٦ -----  
الاوّل قال في مجمع الفائده ثم انّ المعلوم ان البحث فيما اذا امكن احلاف المدعى - - - - -  
١٥٧٦ -----  
الثاني اذا نكل المنكر من الحلف و الرد على المدعى - - - - -  
١٥٧٧ -----  
منهل المنكر اذا نكل من الحلف و امتنع من ردّه على المدعى - - - - -  
١٥٧٧ -----  
اشاره - - - - -  
١٥٧٨ -----  
ينبغي التنبيه على امور - - - - -  
١٥٧٨ -----  
الاوّل يعتبر البذل اذا اتفق قبل حكم الحاكم - - - - -  
١٥٧٨ -----  
الثاني قال في س و الزياض لو قضى بنكوله من غير عرض - - - - -  
١٥٧٨ -----  
منهل اذا كان للمدعى بينه غائبه فهل يجوز للحاكم ان يقول له احضرها او لا - - - - -  
١٥٨٠ -----  
منهل لا يسأل الحاكم الشهاده من الشاهد الحاضر مع حضور المدعى من غير التماسه و طلبه - - - - -  
١٥٨١ -----  
منهل اذا اقيمت البينه على المدعى عليه باشتغال ذمته بدين و حق او بغير ذلك - - - - -  
١٥٨١ -----  
منهل اذا ادعى على ميت دين و اقام على ما يدعيه بينه مقبوله - - - - -  
١٥٨١ -----  
اشاره - - - - -  
١٥٨١ -----  
ينبغي التنبيه على امور - - - - -  
١٥٨١ -----  
الاوّل لا فرق في الدين على الميت بين القرض و ثمن البيع و غير ذلك - - - - -  
١٥٨١ -----  
الثاني صرح في مجمع الفائده و الكفايه بان اليمين المتوجهه الى المدعى يمين واحده - - - - -  
١٥٨٢ -----  
الثالث اذا علم ببقاء الاشتغال بعد الموت و حين الدعوى - - - - -  
١٥٨٢ -----  
الزابع لو اقر له بدين قبل الموت - - - - -  
١٥٨٣ -----  
الخامس اذا ادعى الوصى ديناً للميت على آخر - - - - -  
١٥٨٣ -----  
منهل اذا ادعى المدعى على عين في تركه الميت و فيما هو تحت يده و اقام بينه معتبره شرعا على صحه دعواه - - - - -  
١٥٨٤ -----  
منهل قال في المسالك و لو لم يجد العين في التركة و حكم بضمانها للمالك - - - - -  
١٥٨٤ -----  
منهل هل يلحق الغائب و الطفل و المجنون بالميت في دعوى الدين عليهم - - - - -  
١٥٨٤ -----  
منهل اذا اثبت المدعى عند الحاكم ديناً على الغائب فيجوز للحاكم ان يدفع من ماله قدر ذلك الحق و ذلك الدين - - - - -  
١٥٨٤ -----  
اشاره - - - - -

- ١٥٨٥ -----
- ١٥٨٥ ----- الاوّل لا فرق في لزوم التكفيل بين ان يكون القابض ملتباً او لا
- ١٥٨٦ ----- الثاني الاحوط ضم اليمين مع التكفيل
- ١٥٨٦ ----- الثالث لا يشترط ملاءه الكفيل
- ١٥٨٦ ----- الرابع هل يجب التكفيل مع البيّنه في الدّعى على الصّبي و المجنون او لا
- ١٥٨٦ ----- منهل لو ذكر المدّعى أنّ له بينه غائبه خيره الحاكم بين الصّبر الى ان يحضر بيّنته و يثبت الدّعى و بين احلاف الغريم
- ١٥٨٦ ----- اشاره
- ١٥٨٧ ----- ينبغي التنبيه على امور
- ١٥٨٧ ----- الاوّل كما لا يجوز الالزام بالكفيل على المختار كك لا يجوز ملازمته
- ١٥٨٨ ----- الثاني كما لا يجوز ملازمته كك لا يجوز حبسه
- ١٥٨٨ ----- الثالث قال في الرّياض و على القول بالتكفيل فهل يتعيّن في ضرب مدّته ثلاثه ايام
- ١٥٨٨ ----- الرابع ليس للمدّعى مطالبه خصمه بالتوكيل
- ١٥٨٨ ----- القول في اليمين
- ١٥٨٨ ----- منهل لا يستحلف احد الا بالله تعالى و لا يجوز الحلف و لا يصح الا بذات الباري تعالى
- ١٥٨٨ ----- اشاره
- ١٥٨٩ ----- ينبغي التنبيه على امور
- ١٥٨٩ ----- الاوّل يتفرع على ما ذكرناه امور
- ١٥٨٩ ----- الثاني هل الحلف بغير الله عزّ و جل و بجميع المذكورات يكون مع فساد حراما ذاتيا
- ١٥٨٩ ----- الثالث أنّه ما تبّه عليه في س و ضه بقولهما و في تحريمه في غير الدّعى نظر
- ١٥٩٠ ----- الرابع ما حكاه في الكشف فائلا و قطع الشّهاد بالتحريم في الدّعى
- ١٥٩١ ----- منهل لا اشكال و لا خلاف في اجزاء لفظه الجلاله و هي لفظه الله و جواز الاقتصار عليها في الحلف
- ١٥٩١ ----- اشاره
- ١٥٩٢ ----- ينبغي التنبيه على امرين
- ١٥٩٢ ----- الاوّل هل يلحق بلفظ الجلاله سائر اسمائه الغالبه او لا
- ١٥٩٣ ----- الثاني ذكر جماعه أنّه لو رأى الحاكم احلاف الذمى بما يقتضيه دينه من التوريه و الانجيل
- ١٥٩٣ ----- منهل يستحب للحاكم تقديم العظه على اليمين و التخويف من عاقبتها
- ١٥٩٤ ----- منهل لا اشكال في أنّه يجوز الاكتفاء في اليمين على نحو قوله ما له قبلي حق

- ١٥٩٥ -----
- ١٥٩٥ ----- منهل يحصل التغليظ بامور
- ١٥٩٥ ----- اشاره
- ١٥٩٦ ----- ينبغي التنبه على امور
- ١٥٩٦ ----- الاوّل صرح في ير بآته يغلظ على الكافر بالمواضع التي يعتقد شرفها
- ١٥٩٦ ----- الثاني هل يستحب التغليظ في جميع الحقوق الماليه و غيرها من غير استثناء او لا
- ١٥٩٧ ----- الثالث لو امتنع الحالف من الاجابه الى التغليظ المستحب لم يجبر
- ١٥٩٧ ----- الرابع هل يجوز التغليظ على المخدّره بحضور الجامع و نحوه او لا
- ١٥٩٨ ----- الخامس صرّح في يع و ير و عد و لك و مجمع الفائدة و الكشف بآته لو حلف آا بحيث الى التغليظ
- ١٥٩٨ ----- منهل الاصل في اليمين ان يكون على المنكر دون المدعى
- ١٥٩٨ ----- منهل الحالف قد يحلف على البت و الجزم و قد يحلف على نفي العلم
- ١٥٩٨ ----- اشاره
- ١٥٩٩ ----- ينبغي التنبه على امور
- ١٥٩٩ ----- الاوّل صرّح في يع بآته لو ادعى عليه ابتياع او قرض
- ١٥٩٩ ----- الثاني صرّح في لك و الكفايه و الزياض بانّ من ادعى عليه بمال فانكر
- ١٥٩٩ ----- الثالث صرّح في المسالك و الكفايه بآته لو ادعى ابراء او قضاء
- ١٥٩٩ ----- الرابع صرح في يع و فع و الزياض بانّ المدعى الذي لا شاهد له لا يمين عليه آا مع الرد
- ١٥٩٩ ----- الخامس صرّح في يع و فع و ير و عد و س و ضه و الكفايه و الزياض
- ١٥٩٩ ----- السادس صرّح في المسالك و الكفايه بآته لو ادعى عليه ان الدار التي بيده غضبها مورثه
- ١٦٠٠ ----- السابع صرّح في المسالك و الكفايه بآته ما ادعى وارث على انسان
- ١٦٠٠ ----- الثامن هل يجوز الحلف على البت في الموضوع الذي يجوز فيه الحلف
- ١٦٠٠ ----- التاسع اذا ادعى عليه
- ١٦٠٠ ----- العاشر لو نصب البائع وكيلا ليقبض الثمن
- ١٦٠١ ----- الحادى عشر لو طولب البائع بتسليم المبيع
- ١٦٠١ ----- الثاني عشر لو مات عن ابن في الظاهر
- ١٦٠١ ----- منهل لا يجوز الحلف الامع العلم القطعى و الجزم التحقيقى بما يحلف به
- ١٦٠١ ----- منهل اذا علم المنكر بعدم اشتغال ذمته بالحق المدعى عليه بحيث يجوز له الحلف عليه

- ١٦٠٢ ..... منهل اذا ادعى عليه بمال في ذمته و لم يكن المدعى عليه عالما بشيئوته
- ١٦٠٤ ..... منهل لو ادعى المنكر الابرء او الاقباض فقد انقلب مدعىا و المدعى منكرًا
- ١٦٠٤ ..... اشاره
- ١٦٠٤ ..... ينبغي التنبيه على امور
- ١٦٠٤ ..... الاوّل يكفي المدعى الذي صار منكرًا هنا الحلف على بقاء الحق
- ١٦٠٤ ..... الثاني صرح في ذلك بأنه لا فرق في توجه اليمين بهذه الدعوى على المدعى
- ١٦٠٥ ..... الثالث قال في المسالك و ليس في هذه الدعوى تكذيب البينة
- ١٦٠٥ ..... منهل كل من يتوجه عليه دعوى صحيحة يتوجه الجواب عنها بالافرار او الانكار
- ١٦٠٥ ..... اشاره
- ١٦٠٥ ..... ينبغي التنبيه على امور
- ١٦٠٥ ..... الاوّل يندرج في ذلك العتق و التكاثر و النسب و الزجعه
- ١٦٠٥ ..... الثاني قال في لك و خرج بقوله يتوجه الجواب فيه حدود الله تعالى
- ١٦٠٥ ..... الثالث قال في مجمع الفوائد اما نفس الظهار و الايلاء
- ١٦٠٦ ..... منهل اذا ادعى مدع على الوارث بدين على مورثه الميت و انكره توجه اليه اليمين
- ١٦٠٦ ..... اشاره
- ١٦٠٧ ..... ينبغي التنبيه على امور
- ١٦٠٧ ..... الاوّل اذا كان المدعى شاكا في علم الوارث بالموت
- ١٦٠٧ ..... الثاني و هو المعتمد و اذا ظن بالثلاثة او ببعض منها بنى على سماع الدعوى الظنية
- ١٦٠٧ ..... الثالث قال في مجمع الفوائد على تقدير انكار المتعدد منها
- ١٦٠٧ ..... منهل لا تسمع الدعوى و لا يلزم الجواب عنها في الحدود التي تكون حقا محضا لله عزّ و جلّ
- ١٦٠٨ ..... منهل هل تسمع الدعوى في الحد الذي هو حدّ مشترك بين الله عزّ و جلّ و بين عباده مجزدا على البينة
- ١٦٠٨ ..... اشاره
- ١٦٠٩ ..... ينبغي التنبيه على امور
- ١٦٠٩ ..... الاوّل قال في لك و الكفايه و الرياض فرع الشيخ على قوله انه لو ادعى عليه انه زنا
- ١٦٠٩ ..... الثاني اعلم ان موجب السرقة امران
- ١٦١٠ ..... الثالث لو اقام شاهدا واحدا على السرقة
- ١٦١٠ ..... الرابع لا شبهه في سماع الدعوى في الحدود مط



- ١٦١٠ ..... منهل لو كان للمدعى بيتنه فاعرض عنها
- ١٦١٠ ..... اشاره
- ١٦١٠ ..... ينبغي التنبيه على امرين
- ١٦١١ ..... الاول هل يختص جواز الرجوع بصوره عدم وقوع الاختلاف او لا
- ١٦١١ ..... الثاني لو اقام شاهدا فاعرض عنه و قنع بيمين المنكر
- ١٦١١ ..... منهل قد ذكروا مواضع و صوراً يصدق فيها المدعى من غير يمين و لا بيتنه منها
- ١٦١٣ ..... منهل لو ادعى الصبي الحربى الذى اسره المسلمون و لم يعلم ببلوغه
- ١٦١٣ ..... اشاره
- ١٦١٤ ..... ينبغي التنبيه على امور
- ١٦١٤ ..... الاول هل يختص قبول قول الصبي المفروض من غير يمين
- ١٦١٤ ..... الثاني قال فى غايه المراد فان قلنا باليمين فى حال الشك
- ١٦١٤ ..... الثالث لا فرق فى قبول الصبي المفروض هنا بين وجود المنازع له و عدمه
- ١٦١٤ ..... منهل لو ادعى الصبي انه بلغ بالاحتلام
- ١٦١٤ ..... اشاره
- ١٦١٥ ..... ينبغي التنبيه على امور
- ١٦١٥ ..... الاول لا فرق هنا بين وجود المنازع للمدعى و عدمه
- ١٦١٥ ..... الثاني هل يقبل من الصبي دعوى البلوغ بالسنة و الانبات من غير بينه
- ١٦١٥ ..... منهل لو مات و لا وارث له و ظهر له شاهد بدين و بانه يطلب من فلان كذا
- ١٦١٦ ..... اشاره
- ١٦١٦ ..... ينبغي التنبيه على امرين
- ١٦١٦ ..... الاول قال فى المبسوط اذا ادعى الوصى على الورثة ان اباهم اوصى للفقراء
- ١٦١٦ ..... الثاني قال فى ط أيضاً اذا مات رجل و خلف طفلاً و اوصى الى رجل بالنظر فى امره
- ١٦١٦ ..... منهل قال العلامة فى القواعد و الفاضل الهندى فى الكشف لو احاط الدين بالتركة لم يكن للوارث التصرف فى شىء منها
- ١٦١٩ ..... منهل هل يجوز و يصح الحكم و القضاء على الغائب عن البلد المسافر سفراً شرعياً يجب فيه القصر
- ١٦١٩ ..... اشاره
- ١٦٢٠ ..... ينبغي التنبيه على امور
- ١٦٢٠ ..... الاول هل يلحق بالغائب المفروض كل غائب عن البلد

الثاني يلحق بالغائب عن البلد حاضر فيه اذا تعذر عليه الحضور

١٦٢٠

الثالث هل الحاضر في البلد الغير الممتنع من الحضور المتمكن منه يلحق به أيضا -

١٦٢١

الرابع صرح في النافع و الدروس و ضه و الرياض بان الغائب يقتضى عليه

١٦٢٢

الخامس صرح في الخلاف و التحرير و الدروس و لك بانه لا يشترط في القضاء على الغائب تعلق الحكم بحاضر

١٦٢٢

السادس صرح في الدروس و ضه بانه لو كان في المجلس لم يقض عليه الا بعد علمه

١٦٢٣

السابع انما يقتضى على الغائب في حقوق الناس

١٦٢٣

الثامن لو اشتمل على الحقين حق الله تعالى و حق الناس

١٦٢٣

تعريف مركز -

١٦٢٤

شماره بازیابی: ۱۶۸۸-۵

شماره کتابشناسی ملی: ع ۱۶۸۸

سرشناسه: طباطبائی، محمد بن علی بن محمد

عنوان و نام پدید آور: مناهل الصلوه [نسخه خطی] محمد بن علی بن محمد طباطبائی معروف به سید مجاهد

ناشر: مؤسسه آل البيت عليهم السلام

وضعیت استنساخ: قرن سیزدهم ه.ق

آغاز، انجام، انجامه: آغاز نسخه: بسمله و به ثقتی، الحمد لله رب العالمین و الصلوه والسلام علی خیر خلقه محمد و آله الطیبین

...

انجام نسخه: القول فی الاذان و الاقامه

: معرفی کتاب: این جلد بحث صلوه است از کتاب المناهل سید مجاهد و درین بحث با توجه باخبار متعدد مسائل گوناگون صلوه مورد گفتگو قرار گرفته. عبارات تحت فصولی آمده که این فصول بجای فصل با کلمه "منهل" شروع میشود منهل اول "در مطلوبیت صلوه" و منهل آخر "در عدم صحه السجود الا علی الارض او ما ینبت منها" می باشد. همه مباحث از روی آیات فتاوی استدلال شده است

مشخصات ظاهری: ۲۱۶ برگ، ۲۹ سطر کامل، اندازه سطور ۲۱۰×۱۰۰

یادداشت مشخصات ظاهری: نوع کاغذ: فرنگی

خط: نسخ

تزئینات جلد: مقوایی، تیماج عنابی، ساهد، حاشیه منگنه، ۱۷۵ ۲۹۵ X

تزئینات متن: ساده، روی پاره ای از عبارات با مرکب قرمز خطکشی شده

دسترسی و محل الکترونیکی: <http://dl.nlai.ir/UI/d1f09193-bfb6-472d-bf0b>

۵۳e.e.a۳۶۵۶d/Catalogue.aspx

## كتاب القرض والدين

### اشاره

ص: ٢

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ وَ بِهِ نَسْتَعِينُ

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على محمد وآله الطيبين الطاهرين مناهل القرض والدين

### [القول في القرض]

#### منهل لا اشكال ولا شبهه في مشروعيه القرض وجوازه

### اشاره

بالإجماع بل الضرورة من الدين وهو مستحب وفيه فضل كثير وثواب جسيم وقد صرح بذلك في النهايه والغنيه والسرائر والمراسم وفع وبع والتبصره وكره والتحرير و د و عد و س و اللعنه و التنقيح و ضه و لك و الكفايه و ض و لهم وجوه منها تصريح العلامه في كره بدعوى الإجماع على ان القرض مستحب مندوب اليه مرغب فيه و منها ما صرح به في التنقيح من انه لا شك في ان القرض من المروه والمعروف و من التعاون على البر وقال تعالى تَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَ سَمَاهُ الصَّادِقُ ع معروفًا و قد اشار الى هذا في فع و بع و كره وغيرها حيث احتجوا على تضمنه الثواب بما فيه من معونه المحتاج و كشف كربه المسلم و منها جمله من الأخبار احدها النبوي المرسل ما من مسلم يقرض مسلماً قرضاً الا كان كصدقه مره و ثانيها النبوي الاخر المرسل رايت ليله اسرى بي على باب الجنه مكتوباً الصِّدْقَةُ بِعَشْرٍ امثالها و القرض بثمانيه عشر و ثالثها النبوي الاخر المرسل من كشف عن مسلم كربه من كرب الدنيا كشف الله عنه كربه من كرب يوم القيمة و رابعها المروي عن مولانا الصادق ع في قوله تعالى لا خَيْرَ فِي كَثِيرٍ مِنْ نَجْوَاهُمْ اِلَّا مَنْ اَمَرَ بِصِدْقَةٍ اَوْ مَعْرُوفٍ اَوْ اِصْلَاحٍ بَيْنَ النَّاسِ فَقَالَ يَعْنِي بِالْمَعْرُوفِ الْقَرْضَ وَ خَامِسُهَا الْمُرْوِيُّ عَنْ مَوْلَانَا الْبَاقِرِ ع مِنْ اَقْرَضَ قَرْضًا اِلَى مَيْسَرَةٍ كَانَ مَالُهُ فِي زَكَاهٍ وَ هُوَ فِي صَلَاةٍ مِنَ الْمَلَائِكَةِ عَلَيْهِ حَتَّى يَقْبِضَهُ وَ سَادِسُهَا الْمُرْوِيُّ عَنْ الصَّادِقِ ع قَالَ قَالَ النَّبِيُّ ص الْفُ الدَّرَاهِمُ اَقْرَضُهَا مَرَّتَيْنِ اِحْبَبْ اِلَى مَنْ اِنْ اُتِصِدَّقَ بِهَا مَرَّةً

### و ينبغي التنبيه على امور

#### الاول صرح في المراسم و د و التبصره و القواعد و التنقيح و الزياض بان القرض افضل من الصدقه

و صرح في الاخير بانه يدل عليه ما رواه الشيخ و جمله ممن تأخر عنه في الكتب الفقيهيه من ان القرض افضل من الصدقه بمثله من الثواب ثم صرح بان معناه كما فهمه جماعه ان ثواب القرض ضعف ثواب الصِّدْقَةِ ثم استشكل الجمع بينه و بين غيره مما

ادعاه من المعتبر المرويّه في في و عن هدايه الصدوق و نوادر الزاوندی من ان الصدقه الواحده بعشر و القرض بشمانيه عشر معللا بان ظ الخير الاول ان درهم الصدقه بعشره و درهم القرض بعشرين ثم صرح بأنه ربما يدفع بانّ المفاضله و المضاعفه في الثواب و لا ريب أنّه اذا تصدق بدرهم فأنه تصير عشره باعتبار ضم الدرهم المتصدق به حيث أنّه لا يرجع و الحاصل من الثواب الذي اكتسبه بالصدقه في الحقيقه مع قطع النظر عن ذلك الدرهم أنّما هو تسعه و على هذا فتواب القرض و هو ثمانيه عشر ضعف التسعه لان المفاضله أنّما هو في الثواب المكتسب خاصه و علله جماعه من الاصحاب المفاضله بوجوه احدها أنّ القرض يرد فيقرض دائما و الصدقه تنقطع و قد ذكر هذا في س و ثانيها أنّ الصدقه تقع في يد المحتاج وغيره و القرض لا يقع الا في يد المحتاج غالبا و حكى هذا في الرياض عن بعض قائلين يشير اليه الخير المروي عن الهدايه و أنّما صار القرض افضل من الصدقه لان المستقرض لا يستقرض الا من حاجه و ثالثها ما ذكره في التنقيح من أنّ القرض اعمّ نفعا لأنّ كثيرا ممّن يرى قبول القرض و لا يقبل الصدقه و أيضا أنّه يكون للغنى و الفقير و الصدقه غالبا لا تكون الا للفقير

### **الثاني لا يتحقق اصل الثواب في القرض فضلا عن افضليته الا بعد المقرض بفعله وجه الله تعالى**

كما في نظائره من الطاعات التي يترتب عليها الثواب فلو لم يتفق هذا القصد سواء قصد غيره من الاغراض الدنيويه أم لا لم يستحقّ عليه ثوابا كما لا يخفى و قد صرح بما ذكر في لك و كذا صرح به في الرياض محتجا عليه بالخبرين المروي احدهما عن في و الاخر عن تفسير عليّ بن ابراهيم ففيهما الرّبا رباء ان احدهما حلال و الاخر حرام فاما الحلال فهو ان يقرض الرّجل اخاه طمعا ان يزيده و يعوّضه اكثر مما يأخذه من غير شرط بينهما فهو مباح له و ليس له عند الله تعالى ثواب فيما اقرضه و هو قوله تعالى فلا يزبوا عند الله و اما الحرام فالرّجل يقرض قرضا بشرط ان يرد اكثر مما اخذه فهو الحرام

### **الثالث صرح في التحرير بان القرض مستحب بالنسبه الى المقرض و جائز بالنسبه الى المقرض**

و يكره مع الغناء و لا- يكره اقراض المعروف بحسن القضاء ثم صرح بان الاقراض ليس بواجب و صرح في س بأنه لا يجب اقراض الموسر و جميع ما ذكره حسن

### **الرابع صرح في س بأنه يستحب للمقرض اعلام المقرض بيساره و اعساره**

و حسن قضائه او مطله و اشار اليه في التحرير أيضا

### **منهل لا اشكال في أنّ القرض من جمله العقود لا من جمله الاقاعات**

#### **اشاره**

فيتوقف انتقال الملك به على الإيجاب من المقرض و القبول من المقرض ما توقّفه على الإيجاب و قد صرح

به فى المراسم و يع و عد و د و التّحرير و كره و س و اللّمعه و جامع المقاصد و لك و ضه و الرّياض بل صرّح فيه بنفى الخلاف فيه و عزاه فى الكفايه الى الاصحاب بلفظ قالوا و صرّح فى لك بأنّه لا شبهه فى اشتراطه و اما توقفه على القبول فقد صرّح به أيضا فى الكتب المذكوره و صرّح فى الرّياض بأنّه مما لا خلاف فيه أيضا و عزاه فى الكفايه الى الاصحاب بلفظ قالوا أيضا و صرّح فى لك بأنّه لا شبهه فى اشتراطه أيضا و لكن عبارته التذكرة ربما تشعر بوجود الخلاف فى ذلك حيث صرّح بأنّ الاقرب أنّ القبول شرط و لكن ظ كلامه أنّ المخالف من المخالف و احتجّ على الاشتراط بأنّ الاصل عصمه مال الغير و افتقار الثّقل فيما فيه الايجاب الى القبول كالبيع و الهبه و ساير التّملكات و قد ذكر للايجاب الفاظ منها اقرضتك و قد صرّح بهذا فى يع و التّحرير و د و كره و عد و اللّمعه و س و جامع المقاصد و الرّوضه و لك و الكفايه و منها تصرف فيه و عليك عوضه و قد صرّح بهذا فى يع و القواعد و د و التّحرير و اللّمعه و س و ضه و الكفايه و منها انتفع به و عليك رد عوضه و قد صرّح بهذا فى يع و التّحرير و د و عد و اللّمعه و س و ضه و الكفايه و منها ملكتك و عليك ردّ عوضه و قد صرّح بهذا فى عد و س و لك و ضه و منها اسلفتك و عليك ردّ عوضه و قد صرّح بهذا فى كره و س و ضه و لك و منها خذه بمثله و قد صرّح بهذا فى كره و س و منها اخذه بقيمته و قد صرّح بهذا فى س و منها اصرفه فيما شئت و ردّ مثله و قد صرّح بهذا فى كره و لك و ضه و منها تملكه و عليك ردّ عوضه و قد صرّح بهذا فى لك و يتحقّق القبول بلفظ قبلت و نحوه مما دل على الرّضا بالايجاب كما صرّح به فى يع و د و اللّمعه و س و ضه و لك و الكفايه

### و ينبغى التّنبه على امور

#### الاول لا يشترط فى الايجاب و القبول لفظ خاص

بل يتحققان بكلّ لفظ دلّ عليهما كما هو ظ المراسم و يع و د و التّحرير و عد و كره و س و جامع المقاصد و لك و ضه و الكفايه بل الظاهر أنّه ممّا لا خلاف فيه و يدلّ عليه مضافا الى ما ذكر العمومات الدّاله على لزوم الوفاء بالعقود و الشّروط و على مشروعيّته القرض و فضيلته و ما تمسّك به فى ضه و الرّياض من أنّ القرض من العقود الجائزه و هى لا ينحصر فى لفظ بل يتأدّى بكلّ ما افاد معناها فان كان اللفظ صريحا لم يحتج الى ضميمة كلفظ اقرضتك كما صرّح به فى لك و ديتتك و الا احتاج الى ضميمة تدل على المراد كما فيما عدا صيغه اقرضتك و ديتتك من الصّيع المتقدّمه فانّها لا تفيد المعنى الا بالضميمة من نحو و عليك ردّه او رد مثله فلا يشترط العريّيه و لا عدم اللّحن و لا الماضويه و لكن يشترط قصد الانشاء قطعاً

#### الثانى هل يكفى فى حصول الملك و الانتقال بالقرض الايجاب و القبول الفعليان [فيه أقوال]

#### اشاره

فيكون المعاطاه فيه موجه لنقل الملك كما فى البيع على المختار او لا- بل يشترط فى ذلك الايجاب و القبول اللفظيان و ان جازا بكلّ لفظ دلّ عليهما اختلف الاصحاب فى ذلك على اقوال

## احدها أنه يشترط اللفظ فيهما معا

و هو لظ الشرائع و د و التحرير و عد و فى اللمعه و كره و جامع المقاصد و لك و ضه و الكفايه و الرياض و ربما يستفاد من المراسم لتصريحه بافتقاره الى الإيجاب و القبول لان المراد منها الصيغه و اللفظ كما يستفاد من جمله من الاصحاب بل يظهر من الكفايه نسبه هذا القول الى الاصحاب و صرح فى الرياض بنفى الخلاف فيه مستظها لإجماعهم عليه و صرح فى لك بأنه لا شبهه فى ذلك على القول بأنه يملك بهما و بالقبض

و

## ثانيها أنه لا يشترط ذلك بل يكفى فيهما الفعل

و ربما يستفاد هذا من الدروس بل الظاهر ان كل من قال بان المعاطات فى البيع يفيد نقل الملك قال به فى القرض

و

## ثالثها ما يستفاد من عد من توقف الإيجاب على اللفظ دون القبول

و قد صرح فيه بكفايه الفعل فيه و قد صرح فى لك بان جماعه قطعوا بالاكتفاء بالقبول الفعلى فيه لإفاده الملك و المسأله محل اشكال فلا- ينبغى ترك الاحتياط فيها و لكن القول الثانى فى غايه القوه لوجوه منها ان المعاطاه فى البيع يفيد نقل الملك كما بيناه فيلزم ان المعاطاه فى القرض كك لوجهين احدهما ظهور عدم القائل بالفصل بينهما كما تقدم اليه الإشاره و ثانيهما قاعده الاولويه كما صرح بها فى جامع المقاصد و لك قائلين الاكتفاء بالمعاطاه التى هى عباره عن الاخذ و الاعطاء فى البيع يقتضى الاكتفاء بها فى القرض بطريق اولى لان البيع عقد لازم بخلاف القرض فاذا جازت فى العقد اللازم جازت فى الجائز بطريق اولى لأن الجائز يدخله من الرخص ما لا يدخل فى العقد اللازم و منها ان انتقال الملك بالقرض لو كان متوقفا على الإيجاب و القبول للفظيين لاشتهر و التالى باطل بل المعهود من سيره المسلمين خلافه اذ لا يراعون اللفظ فيهما عند الاقتراض مع اعتقادهم حصول الملك به و منها العمومات نحو قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و قوله ص المؤمنون عند شروطهم و الاطلاقات الداله على شرعيه القرض و منها ان الالتزام بذكر اللفظ قد يؤدى الى الحرج غالبا فلا يجب لأصالة نفى الحرج لا يقال المشهور بين الاصحاب اشتراط اللفظ فيهما و الشّهرة حجه بل لم اجد مصرحا بكفايه الفعل فيهما معا بل صرح فى الرياض بان ظ الاصحاب من غير خلاف ان القرض عقد لا بد فيه من الإيجاب و القبول الدالين عليه و المراد منهما اللفظ كما يستفاد منه و من غيره لأننا نقول لا نسلم الاجماع على شرطيه اللفظ فيهما بل و لا الشّهرة لأنه لم يحك عن القدماء تنبيه على ذلك و تصريح بعضهم بتوقفه على الإيجاب و القبول لا- يدل على ذلك لأنهما اعم من القول و الفعل لغه و عرفا و لم يثبت الحقيقه الشرعيه و لا الثقل الى الاول عند الاصحاب و ليس الاول غالبا فلا يمكن دعوى انصراف الاطلاق اليه سلمنا الشّهرة و لكن فى حجيتها تامل خصوصا فى مقابله ما قد مناه فت و بما ذكرناه يندفع الاصل الذى تمسك به فى الرياض على القول الاول

## الثالث ان قلنا بتوقف انتقال الملك بالقرض على الإيجاب و القبول للفظيين فهل يحصل بدونهما

إذا كان فعليين أو كان أحدهما فعليًا أباحه التصرف كما في بيع المعاطاه عند بعض أو لا صرح بالأول في جامع المقاصد

ص: ٤

و لك و الرياض بل صرح فيه بنفى الخلاف مستظها لإجماعهم عليه

### الرابع صرح في س و لك و الرياض بان القرض من العقود الجائزه

بل صرح في الاخير بنفى الخلاف فيه مستظها لإجماعهم عليه فما ذكره هو المعتمد و هو ظ جامع المقاصد و صرح في التحرير بان القرض عقد لازم من جهه المقرض جائز من جهه المقرض على معنى ان للمقرض من اداء العين او المثل

### الخامس اذا قال الموجب ملكتك و أطلق و لم يوجد قرينه داله على القرض

كسبق الوعد به فهو هبه كما صرح به في القواعد و كره جامع المقاصد و صرح فيه بأنه مع وجود القرينه يجب حمل اللفظ على مقتضاها لان القرائن تقيّد الأشياء المطلقه و تصرف اللفظ من ظاهره الى غيره فيكون معها قرضا و بدونها هبه و ان اختلفا في ذكر ردّ البدل فقال الموجب قلت لك ملكتك و ردّ عوضه و قال القابل اطلقت ملكتك و لم تذكر ردّ العوض فصّح في كره و جامع المقاصد بأنه يقدم قول المنكر لذكر الردّ و احتجّ عليه في الاول بان الأصل عدم الذكر و هو جيّد و لو اتفقا على عدم الذكر و اختلفا في القصد فصّح في كره بأنه يقدم قول صاحب اليد محتجا بأنه اعرف بلفظه و الاصل عصمه ماله و عدم التبرّع و وجوب الردّ على الأخذ لقوله ص على اليد ما اخذت حتى تؤدي ثم صرح بأنه يحتمل تقديم دعوى الهبه قضيه للظ من ان التمليك من غير عوض هبه و اجاب في جامع المقاصد عن الوجوه التي استدللّ بها في كره على الاحتمال الاول الذي صار اليه قائلا- و يشكل بأنه لا- يلزم من كونه ابصر بنيته تقديم قوله بيمينه و ارتكاب خلاف ظاهر اللفظ فان الواجب انما هو استعمال الألفاظ في معانيها اذا جردت عن القرائن في الايقاعات و العقود و لا يلتفت الى قول احد المتعاقدين انه لم يقصد مدلولها و ان كان القصد بحسب الواقع معتبرا لأنّ الظاهر انه لم ينطق بها الا- و هو يريد لمعناها فلا يلتفت الى خلافه نعم لو شهدت قرينه كالا- كراه و غلبه المرض سمع قوله بيمينه و سبق الوعد بالقرض في مسألتنا من هذا القبيل و لو اختلفا في القصد ح قدم قول الدافع بيمينه عملا- بالقرينه و لا- يخفى ان لفظ التمليك المجرد عن ردّ العوض حقيقه في الهبه و مجاز في القرض لأنه جزء مفهومه لأنّ جزئه الاخر ردّ العوض و لا- دلالة لقوله ص على اليد ما اخذت اه و اصاله بقاء الملك على مالكه على ذلك لأنّ ذلك كله عند عدم وجود ما يعد سببا ناقلا شرعا لا معه و لقد اجاد فيما افاد فالاحتمال الثاني اقوى كما صرح به في جامع المقاصد

### منهل يحرم اشراط النفع في القرض

اشاره

كما صرح في الخلاف و الغنيه و السيراء و يع و فع و التبصره و الارشاد و التحرير و عد و اللمعه و س و التنقيح و ضه و لك و



الكفايه و الرياض و لهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه و منها تصريح الخلاف و لك كما عن لف بدعوى الاجماع عليه بل حكى فى الرياض عن بعض الاجله دعوى اجماع المسلمين عليه و يؤيد ذلك تصريح التذكرة بان ذلك لا يجوز عند علماءنا و تصريح الرياض بانه مما لا خلاف فيه و قول الكفايه لا اعلم خلافا فى تحريم اشتراط النفع و منها ما تمسك به فى الرياض من عموم ادله الربا و الزيادة و منها النبويان المرسلان كل قرض يجر منفعه فهو حرام كما فى احدهما او رباء كما فى الاخر و قد تمسك بالثانى فى ف و بالأول فى لك و قد اشار اليهما فى كره و س و التنقيح و ضه و الرياض قائلين يحرم ذلك لعموم النهى عن قرض يجر نفعاً و منها ما تمسك به فى الكفايه من خبر الحلبي الذى وصفه بالحسن عن ابي عبد الله ع قال اذا اقرضت الدرهم فجاءك بخير منها فلا - باس اذا لم يكن بينكما شرط و منها ما تمسك به فى الكفايه أيضا من خبر اخر للحلبى و قد وصفه بالحسن أيضا عن ابي عبد الله ع قال سألت عن الرجل يستقرض الدرهم البيض عددا ثم يعطى سودا وزنا و قد عرف أنها اثقل مما اخذه و يطيب نفسه ان يجعل له فضلها فقال لا باس اذا لم يكن فيه شرط لو وهبها كله صلح و منها ما تمسك به فى الكفايه و الرياض من المروى عن قرب الاسناد الذى وصفه بالصحة عن علي بن جعفر عن اخيه موسى بن جعفر عليهما السلام قال سألت عن رجل اعطى رجلا مائة درهم على ان يعطيه خمس دراهم او أقل او اكثر قال هذا الربا المحض و منها ما تمسك به فى الرياض من الخبر الذى وصفه بالصحة من اقرض رجلا ورقا فلا يشترط الا مثلها فان جوزى بافضل منها فيقبل و لا يقبل احد منكم ركوب دابه او عاريه متاع يشترط من اجل قرض ورقه و منها ما ذكره فى الكفايه من خبر خالد بن الحجاج قال سألت عن الرجل كانت لى عليه مائة درهم عددا قضاها (فتقاضاها خ) مائة وزنا لا باس ما لم يشترط قال و قال جاء الربا من قبل الشروط أما يفسده الشروط و

**ينبغي التنبيه على امور**

**الأول اذا شرط النفع فى العقد فسد**

ولا- يجوز للمقترض التصرف فيه ح اما فساد العقد فقد صرح به فى السيرائى و يع و التحرير و عد و س و اللمعه و جامع المقاصد و لك و الزوضه و لهم وجوه منها احدها ظهور الاتفاق عليه و ثانيها تصريح لك بدعوى الاجماع عليه و ثالثها ما دل على فساد المعامله الربويه من النهى و غيره بناء على اندراج المفروض تحت الربا كما دل عليه بعض النصوص و الفتاوى و اما عدم جواز التصرف ح كما صرح به فى عد و جامع المقاصد فلأصل و انتفاء الاذن المعتبر شرعا

**الثانى لا فرق فيما ذكر بين ان يكون العين المستقرضه ربويه او غيرها**

كما صرح به فى السيرائى و عد و س و اللمعه و ضه و الكفايه و هو ظ الباقيين و يدل عليه بعض الاخبار المتقدمه

**الثالث الزيادة الحكيمه و الوصفه كالزيادة العينيه**

فلا- يجوز اشتراطها كما فى ف و السرراى و الغنيه و فع و يع و د و لف و التحرير و عد و س و اللمعه و التنقيح و الرياض و لهم

وجوه احدها دعوى الاجماع عليه فى صريح الخلاف و يعضده الشهره العظيمة بل ظهور عدم الخلاف و ثانيها اطلاق قوله ص كل قرض جر منفعه فهو ربا و ضعف السند هنا مجبور بما تقدم اليه الاشاره و ثالثها خبر محمد بن قيس الذى وصفه فى الكفايه و الرياض بالصيحه عن ابى جعفر من اقرض رجلا- ورقا فلا يشترط الا مثلها فان جوزى باجود منها فليقبل و رابعها الخبر الاول للحلبى فان مقتضى مفهوم الشرط ثبوت البأس مع اشتراط الاجود فيكون حراما اما لأنّ البأس فى اللغه يفيد الحرمة لأنّه فيها بمعنى العذاب او لأنّه فى مثل المقام يفيدها او لفهم الأصحاب منه ايّاه

#### الرابع يتفرع على ما ذكرناه عدم

ص: ٥

جواز اشتراط الصيحيح بدل الكسر حيث يكون مرجعه الى اشتراط الزيادة فى الصيحه خلافا للشيخ فى النهايه فجوزّه كما عن القاضى و الحلبي و لهم امور منها عموم قوله المؤمنون عند شروطهم و منها عموم ما دلّ على أنّ خير القرض ما جر المنفعه خرج منه بعض الصور و لا- دليل على خروج محلّ البحث فيبقى مندرجا تحته و منها خبر يعقوب بن شعيب قال سألت ابا عبد الله ع عن الرّجل يقرض الدرّاهم الغله فيأخذ منه الدرّاهم الطازجيه طيبه بها نفسه قال لا بأس و روى نحوه عن امير المؤمنين ع على ما صرح به فى لك و قد يجاب عن الاول بلزوم تخصيصه بما دلّ على عدم جواز الشرط المذكور و هو امران احدهما عموم ما دلّ أنّ اشتراط الزيادة فى القرض غير جائز من النصّ و الاجماع المحكى و ثانيهما دعوى الإجماع على خصوص فساد هذا الشرط فى السّرائر و كره و لف و يعضدها الشهره العظيمة و ممّن صرح بفساده بالخصوص الحلى فى السّرائر و الفاضلان فى التّافع و كره و لف و الشّهيد الثّانى فى لك و والدى العلّامة فى الرياض و عن الثّانى بنحو ما ذكر مع أنّ ظاهره صوره عدم الاشتراط و عن الثالث بالمنع من دلّاته على ذلك كما صرح به فى السّرائر و لف و التنقيح و ضه و لك و الكفايه و الرياض بل صرح فيه و فى لك و ضه بأنّه ظ فى صوره عدم الاشتراط

#### الخامس اذا تبرّع المقرض بزيادة عين او صفه

يحرم اشتراطها جاز و كانت حلالا كما فى السّرائر و الخلاف و الغنيه و يع و فع و التحرير و التّبصره و القواعد و س و لك و الكفايه و الرياض و غيرها و لهم وجوه منها تصريح الخلاف و الغنيه بدعوى الاجماع عليه و هى ظاهره من لك و غيره و منها الاخبار الكثيره المصحّح بعضها و منها ما تمسّك به فى الغنيه و الخلاف من الأصل و لا فرق فى ذلك بين صورتى كون يتّهما التبرّع و عدمه كما صرح به فى س و لك و الكفايه و هو ظ اطلاق الأخبار و الفتاوى الدّاله على جواز التبرّع و كذا لا فرق فى ذلك بين كون التبرّع معتادا للمتبرّع و عدمه كما صرح به فى الخلاف و السّرائر و لك و الكفايه و هو ظ الاخبار و الفتاوى الدّاله على جواز التبرّع أيضا ثمّ أنّه ان كانت الزيادة المتبرّع بها حكميه كما لو دفع الجيد بدل الرّدى و الكبير بدل الصّغير ملكه المقرض ملكا مستقرّا بقبضه و كان باجمعه استيفاء و لا يجوز للمتبرّع الرجوع اصلا كما صرح به فى لك و الكفايه و ان كانت عينيه كما لو دفع اثنى عشر من عليه عشره فيحتمل كون المجموع وفاء كالحكمى و يدلّ عليه أنّه معاوضه عمّا فى الذّمه غايته كونه متفاضلا و هو جائز بالشرط و هو عدم الشرط كذا فى لك و يحتمل كون الزائد بمنزله الهبه فيلزم حكمها من جواز

الرّجوع على بعض الوجوه و يدلّ عليه أنّ الثابت في الذمّه أنّما هو مقدار الحق فالزائد تبرع خالص و احسان محض و عطيه منفرد كذا في لك أيضا و اختار فيه هذا الاحتمال و فيه نظر بل الاحتمال الاوّل من عدم جواز الرّجوع مط اوجه لان انتقال الملك مقطوع به فالاصل بقائه حتّى يثبت الرّافع له و لم يثبت اذ ادّله جواز الرّجوع في الهبه شمولها لمحلّ البحث غير معلوم مضافا الى أنّ الظاهر من الاخبار المجوّزه للتبرّع كون المجموع استيفاء بل بعضها صريح فيه و هو الخبر الذي وصف بالصّحّه عن الرّجل يستقرض الدرّاهم البيض عددا ثم يعطى وزنا و قد عرفت أنّها اثقل ممّا اخذ و يطيب نفسه ان يحصل له فضلها فقال لا باس اذا لم يكن فيه شرط و لو وهبها كان اصلح و ح لا وجه لتوقّف صاحب الكفايه في المسأله

### السادس لو فسد القرض باعتبار شرط الزيادة فيه

لم يجز للمقترض اخذه فلو قبضه فهل يكون مضمونا عليه كالبيع الفاسد او لا صرح بالاول في لف و س و لك و احتجّ عليه فيه بالقاعده التي صرح باشتهاها من ان كل ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده ثمّ حكى فيه كما في لف و س عن ابن حمزه القول بعدم الضمان و بكونه امانه و المسأله محلّ اشكال فلا ينبغي فيها ترك الاحتياط

### السابع لو اقرض شيئا و ارتهن عليه

و سوغ له الراهن الانتفاع منه من غير شرط جاز سواء كان في ذلك متاعا او آنيه او جاريه كما صرح به في النّهايّه و السّرائر و لف و كره و س و احتجّ عليه في الرّابع بخبرين احدهما خبر محمّد بن مسلم الذي وصفه بالحسن قال سألت الصادق ع عن الرّجل يستقرض من الرّجل قرضا و يعطيه الرّهن اما خادما و اما آنيه و اما ثيابا يحتاج الى شىء من منفعتة فيستأذنه فيأذن له قال اذا طاب نفسه فلا بأس قلت ان من عندنا يرمون ان كل قرض يجر منفعه فهو فاسد قال او ليس خير القرض ما جر المنفعه و ثانيهما خبر محمّد بن عبيده قال سألت الصادق ع عن القرض يجر المنفعه قال خير القرض الذي يجر المنفعه و لا تنافى بين هذين الخبرين و الخبرين الدالين على أنّ القرض الذي يجر المنفعه حرام بعد تنزيل الاوّلين على صورته عدم الشّروط و الاخيرين على صورته الشّروط كما صرح به في كره محتجا عليه بالجمع بين الادلّه و بقول الباقر ع من اقرض رجلا ورقا فلا يشترط الا مثلها و ان جوزى اجود منها فليقبل و لا يأخذ منكم ركوب دابّه او عاريه متاع بشرطه من اجل قرض ورقه و هل تسويغ الرّاهن الانتفاع من الجاريه يفيد اباحه و طئها او لا اختلفوا فيه على قولين الاوّل انه لا يفيد ذلك و هو للنّهايّه و المحكى في لف عن ابى حمزه و احتجّ عليه في به بمكان القرض و اعترض عليه في السّرائر بان قوله لمكان القرض ان اراد به التعليل في صورته الشّروط فالجميع لا يجوز و ليست الجاريه بالتخصيص اولى من غيرها و ان اراد التعليل في صورته عدم الاشتراط فالجميع متساو في الاباحه فلا وجه لقوله لمكان القرض حتى تنفرد الجاريه و اجاب عنه في لف بأنّه لا امتناع في الحمل على الاوّل و تكون الجاريه مخالفه لغيرها اذ غيرها يجوز الانتفاع به بمجرد الاذن لكن يضمن للأجره بخلاف الجاريه و فيه نظر الثّاني انه يفيد ذلك و هو للمختلف و المحكى فيه عن المبسوط و الحلّى و احتجّ عليه فيه بأنّ الوطاء منفعه مقصوده يجوز اباحتها من غير قرض و جاز مع القرض مع عدم الاشتراط كغيره من المنافع و التحقيق ان يقال ان كان اباحه و طى الجاريه يتوقف على خصوص لفظ التّحليل فالمعتمد هو القول الاوّل كما اشار اليه في السّرائر مبنيّا لوجه ما صار اليه في النّهايّه و ان اكتفى فيها بكلّ ما دلّ على الاذن بالوطى او بكلّ لفظ دلّ عليه فالمعتمد هو القول الثّاني ان لم يكن هناك قرينه تفيد اراده انتفاع خاص غير الوطاء

## الثامن لو شرط رهنا بالقرض

او كفيلا- له جاز ذلك كما صرح به في التحرير والقواعد وكره وجامع المقاصد واحتج عليه فيما عدا الاول بان ذلك من التوثيق و

ص: ٦

و احكام الحجّه فليست منافع ماليه و لو شرط في القرض رهنا بدين اخر فصرح في القواعد و كره و الايضاح و جامع المقاصد بجوازه أيضا و هو الأقرب و احتج عليه في كره بقوله ع المؤمنون عند شروطهم و في الايضاح بأنه شرط لا ينافي القرض و هو سائغ و في جامع المقاصد بأن ذلك ليس زياده في مال القرض و إنما هو خارج عنه و ان كان زياده بحسب الواقع فان المنهى عنه هو الزيادة في مال القرض و صرح في التحرير و س بعدم جواز ذلك و احتمله في الايضاح و جامع المقاصد و علله في الاول بأنه قرض جر نفعاً و بأنه كزياده الصفه و في الثاني بالتبوي العامي كل قرض يجز منفعه فهو حرام و يتحقق زياده المنفعه

## التاسع صرح في القواعد بأنه لو اقرضه بشرط ان يقتض منه

او يقرضه اخر جاز و صرح في التحرير بجواز الأخير و صرح في جامع المقاصد بعد الاشاره الى ما في عد بأنه ربما قيد ذلك بمحض الاحسان و نحوه مما يحصل بالقرض مصلحه و نفع للمقترض ثم احتج على جواز ذلك بأن الزيادة الممنوع من اشتراطها هي ما كانت في مال القرض و ما صار اليه في عد هو الأقرب عندى و صرح فيه بأنه لو شرط بان يبيعه بثمن المثل او بدونه او يستسلف جاز و حكى في جامع المقاصد القول بالمنع في الثاني عن بعض لجر المنفعه ثم صرح بأنه مردود بما حكينا عنه عن بعض سابقا و المعتمد ما ذكره في عد

## العاشر صرح في النّهايّه و الشرائر بانه ان اقرض شيئاً على ان يعامله المستقرض في التّجارات

جاز ذلك و صرح في التحرير بأنه لو شرط في القرض ان يؤجره داره او يبيعه شيئاً اخر او يقرضه المقرض مره اخرى جاز أيضا و ما ذكره جيد و صرح في التحريم أيضا بأنه لو شرط ان يؤجره داره باقل من اجرتها او يستأجر منه باكثر او ان يهدى له هديه او يعمل له عملاً- فالوجه التحريم و بأنه لو فعل ذلك من غير شرط جاز و صرح في التحرير أيضا بأنه لو شرط في القرض ان يوفيه انقص ممّا اقرضه ففي التحريم اشكال سواء كان مما يجزى فيه الرّبا او لا

## الحادى عشر لو اقرضه عددا فرد عليه وزنا من غير شرط

جاز كما صرح به في النّهايّه و الشرائر و التحرير و صرح فيه بجواز العكس أيضا مع عدم الشّروط و كلاهما جيدان

منهل صرحوا بانه يجوز اقراض و اقتراض اشياء منها الذهب و الفضة

و قد صرح بجواز اقراضهما فى يع و عد و الكفايه و الرّياض و هو ظ الخلاف و الغنيه و التحرير و لهم وجوه منها ما تمسك به فى الخلاف و الغنيه من أنّ الاصل الاباحه و المنع يحتاج الى دليل و فيه نظر و منها ظهور الاتفاق عليه و منها ظهور التحرير فى دعوى الاجماع عليه و منها عموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و منها قوله ص المؤمنون عند شروطهم و منها ما تمسك به فى الخلاف و الغنيه من عموم الاخبار الواردة فى جواز القرض و الحث على فعله و التخصيص يحتاج الى دليل و مقتضى اطلاق الكتب المصرّحه بجواز اقراضهما عدم الفرق بين المسكوك منها من الدنانير و الدراهم و غير المسكوك من الحلّى و السبيكه و صرح فى يع و الرّياض بأنهما يقرضان وزنا و منها الحنطه و الشّعير و قد صرح بجواز اقراضهما فى يع و القواعد و الكفايه و الرّياض و يمكن استفادته من غيرها بل الظاهر أنّه ممّا لا خلاف فيه و صرح فى الثّانى و الرّابع بجواز اقراضهما وزنا و كيلا و صرح بعض بجواز اقراضهما كيلا و ما ذكره جيّد و منها التمر و الرّبيب و قد صرح بجواز اقراضهما وزنا و كيلا فى الكفايه و الرّياض و صرح فى الرّياض بجواز اقراض مطلق الحبوب و هو جيّد أيضا و منها الخبز و قد صرح بجواز اقراضه وزنا و عددا فى يع و فع و التحرير و عد و كره و التنقيح و جامع المقاصد و لك و الرّياض و حكى عن ط و هو مقتضى اطلاق تجويز اقراضه فى ف و السّرائر و لف و لهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه و منها تصريح الخلاف و لف و المحكى عن المبسوط بدعوى الإجماع على جواز اقراضه بل مقتضى الأخير دعوى الاجماع على جواز اقراضه وزنا و عددا فأنّه صرح بأنّه يجوز استقراض الخبز ان شاء وزنا و ان شاء عددا لان احدا من المسلمين لم ينكره و من انكره من الفقهاء خالف الاجماع و يعضد ما ذكره امور احدها تصريح الخلاف بأنّ النّاس يستقرضون من عهد النّبى ص الى يومنا الخبز من غير تناكر منهم و لعله اشار الى ما ذكره فى يع و كره و عد و س مصرّحين بجواز اقراضه وزنا و عددا نظرا الى المتعارف فى العرف العام و ثانيها تصريح السّرائر بأنّه لا خلاف بين اصحابنا فى جواز اقراض الخبز و ان كان لا يضبط بالصّفه و ثالثها تصريح كره بأنّه يجوز اقراض الخبز عند علماءنا و باطابق التّياس و رابعها تصريح الدروس باتفاقهم على جواز اقراض الخبز عملا بالعرف العام و خامسها تصريح الكفايه بأنّ المشهور عندنا بأنّه يجوز اقراضه عددا و سادسها تصريح لك بأنّه لا شبهه فى جواز اقراض الخبز وزنا لانضباطه و لجواز اقراضه عددا عندنا و منها ما تمسك به فى كره من الحاجه اليه و منها ما تمسك به فى ف و ض من الاصل و العمومات و منها ما تمسك به فى الرّياض من التّصوص المنجبر قصور اسانيدها بالشّهره العظيمه منها لا- باس باستقراض الخبز و منها انا نستقرض الخبز من الجيران فرد اصغر منه او اكبر منه فقال ع انا نستقرض الجوز السّتين او السّبعين عددا فيه الصّغير و الكبير فلا بأس و نحوه غيره ثم صرح بأنّهما صريحان فى جواز الاقراض و الردّ مع التّفاوت و هو مقتضى اطلاق الكتب المصرّحه بجواز اقراضه عددا و المطلقه لجواز اقراضه و صرح باغتفار ذلك فى جامع المقاصد و لك محتجّين عليه بالعهاده و صرح فى س و التنقيح بأنّه مع التّفاوت لا بد من الوزن و التحقيق ان التّفاوت ان كان يسيرا يتسامح به عاده فيجوز الردّ عددا و الا فلا و قد نبه على هذا التّفصيل فى لك و الرّياض و يمكن تنزيل ما فى جامع المقاصد من التصريح باغتفار التّفاوت و ما فى س من التصريح بالمنع منه على ما ذكر فلا نزاع فى المسأله و لا- فرق فى جواز اقراض الخبز بين جميع انواعه من الحنطه و الشّعير و الرز و الثخين و الرقيق و الدهن و غير المدهن و بالجملة كلما يسمّى خبزا يجوز اقراضه و منها الجوارى و قد صرح بجواز اقراضهنّ و اقتراضهن فى الخلاف و السّرائر و يع و عد و كره و جامع المقاصد و لك و الكفايه و هو المعتمد و لهم وجوه منها ما تمسك به فى ف و لك من الاصل و صرح فى الاوّل بأنّه اصل الاباحه و بان المنع يحتاج الى دليل و منها ما تمسك

الاحبار الدّالة على جواز القرض و الحثّ عليه و منها ما تمسّك به في الخلاف أيضا من قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ قائلًا القرض عقد بلا- خلاف و منها ما تمسّك فيه أيضا من النبويّ ص النَّاسِ مَسْلُطُونَ عَلَى أَمْوَالِهِمْ و منها ما تمسّك به فيه أيضا من النبويّ الآخر لا يحل مال امرئ مسلم الاّ من طيب نفس منه و منها ظهور جملة من الكتب في دعوى الإجماع على جواز اقراضها فإنّ في التذكرة التصريح بأنّه يجوز اقراضها عندنا و في لك التصريح بأنّه لا خلاف فيه عندنا و في الكفاية التصريح بأنّه لا اعرف فيه خلافا لا يقال يدفع ما ذكر تصريح الشيخ في ف بأنّه ليس لأصحابنا نصّ في جواز اقتراض الجوارى و بأنّه لم يعرف لهم فتوى به لأننا نقول ذلك لا- يصلح للدفع قطعاً و اذا اقترضهن و لم يكن ممن يحرم عليه نسب او رضاع او مصاهره جاز له وطئهن كما صرح به في ف و التحرير و لك و الكفاية و يلحق العبيد بالجوارى فيجوز اقراضهم كما صرح به في السرائر و كره و لك و الكفاية و صرح فيها بأنّه لم يعرف فيه خلافا منا و يلحق بهما الحيوان المملوك كما صرح به في الخلاف و السرائر و الغنية و كره بل صرح بدعوى الإجماع عليه في الأوّل و اشار اليه في الأخير بلفظ عندنا محتجاً على اصل الحكم بالأصل و بان النبويّ ص اقترض بكرا و رد باذلاً و بانه يثبت في الذمّه بعقد السلم فيه فجاز ان يثبت في الذمّه بعقد القرض و اذا اقترض الجارية او العبد و كانا ممتنّين يعتقان عليه انعتقا عليه بعد القرض كما صرح به في السرائر و التحرير و المسالك و منها الجوز و البيض و قد صرح بجواز اقراضهما في لك و الكفاية و لا يمنع منه التفاوت اليسير الذي يتسامح به عادة كما صرحا به

### و ينبغي التنبيه على امور

#### الأول صرح بجواز اقراض المكمل في ف و الغنية و عد و كره و س و لك

بل صرح في التحرير بدعوى الاجماع عليه و هو المعتمد

#### الثاني صرح في الكتب المذكوره بجواز اقراض الموزون أيضا

بل صرح في التحرير بدعوى الاجماع عليه و هو المعتمد

#### الثالث صرح في التحرير و س و غيرهما بجواز اقراض المعدود

و هو الاقرب

#### الرابع صرح بعض الاصحاب بجواز اقراض المزروع

## الخامس ادعى في كرهه و س الاجماع على أنه يجوز اقراض المثلى

ثم صرحا بجواز اقراض القيمي الذي يمكن السلف فيه و هما جيّدان

## السادس صرح في ف والغنيه و يع و التبصره و عد و د و الكفايه و الرياض بانه يجوز اقراض كل ما يضبط وصفه و قدره

و هو جيّد

## السابع صرح في كرهه و عد بأنه يجب في المال ان يكون معلوم القدر

فلا يجوز اقراض المجهول لتعذر الرد فلو اقرضه دراهم او دنانير غير معلومه الوزن او اوقيه من طعام غير معلومه الكيل و الوزن او قدرها بمكيال معين او صبحه معينه غير معروفين عند الناس لم يصحّ و جميع ما ذكره جيّد و اشار اليه في التحرير و س و جامع المقاصد و احتج عليه في القواعد بتعذر ردّ المثل و صرح في جامع المقاصد بأنه غير واضح لأنّ المكيال و الصّبحه مع حفظهما لا- يتعذر ردّ المثل فكان عليه ان يعلل بغير ذلك ثم صرح بان جوابه امكان اراده كونه بمعرض التلف فيكون شأنهما تعذر رد المثل باعتبار تلفهما و صرح في كرهه بأنه ان تلفت العين في صوره فساد القرض بالجهاله تصالحها و هو احوط ثم صرح فيها بأنه اذا ثبت له في ذمه المقرض مال و لا يعلم احدهما قدره و تعذر ابراء الذمه الاّ بالصّالح فيكون الصّالح متعيّنا ثم صرح بأنه لو ادعى المالك العلم لم يقبل منه الاّ بالبينه و بأنه لو ادعى الغريم العلم قبل قوله مع اليمين لأنه غارم

## الثامن صرح في لك بان الضابط في المثل ما يعتبر في المسلم من الكيل و الوزن

فيجوز اقراض المكيال وزنا لأنه اضبط و الموزون كيلا مع عدم الخلاف المؤدّي الى الجهاله بان يكون قطعاً كبارا يتجافى في المكيال و نحو ذلك و ح فلو اقراض المقدر على وجه غير معتبر لم يفد الملك و لم يجز التصرف فيه و ان اعتبره بعد ذلك و لو تصرف فيه قبل الاعتبار ضمنه و تخلص منه بالصّح

## التاسع قال في التحرير لو كانت الدراهم مما يتعامل بها عددا اشترط تعيين العدد

و ردّ عددا و ان استقرض وزنا رد وزنا و كذا المعدود يجب معرفه عدده وقت الاقتراض و جميع ما ذكره جيد

## العاشر قال في س انما يصح القرض مع ملك المقرض او اجازة المالك

و هو جيّد و صرح بأنه لو اقرضه المقدر غير معتبر لم يفد الملك و ضمنه القابض فان تلف و تعذر استعماله فالصّح و هو احوط و ان كان احتمال الاكتفاء بالاقبل في غايه القوه

## اشاره

فيجب عليه ردّ المثل كما صرح به في ف و الغنيه و السرائر و يع و التبصره و د و التحرير و كره و لف و عد و اللمعه و س و ضه و لك و الكفايه و ض و لهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه و منها تصريح الغنيه و كره بدعوى الاجماع عليه و يعضدها اولاً تصريح لك بانها لا خلاف في ذلك و ثانيها حكاية الرياض عن الصيمري دعوى الاجماع على ذلك و حكايته عن غير لك دعوى نفى الخلاف فيه و منها ما تمسك به في الخلاف و الغنيه من انه اذا قضاه بمثله برئت ذمته و ليس كك اذا قضاه بقيمته و منها ما تمسك به في الخلاف من ان الذي اخذه عين مخصوصه فمن نقل الى قيمتها فعليه الدلاله و منها انه مقتضى العقد عرفاً فيجب الوفاء به لعموم قوله تعالى أوفوا بالعقود و منها سيره المسلمين كما لا يخفى

## و ينبغي التنبيه على امور

### الأول فسر المثلي في يع و ضه و الكفايه و ض بكلما يتساوى اجزائه

و زاد فيما عدا الاول في القيمه و زاد في الثلاثه الأخيره و المنفعه و يتفاوت صفاته و مثل له في الاول بالحنطه و الشعير و في الثلاثه الأخيره و لك بالحبوب و الادهان و صرح بما ذكره في لك أيضاً قائلاً المثلي هو ما يتساوى اجزائه في القيمه و المنفعه و يتقارب صفاته بمعنى ان قيمه نصفه تساوى قيمه نصف اخر و يقوم مقامها في المنفعه و يقاربها في الوصف و هكذا كل جزء بالنسبه الى نظيره لا مط كالحبوب و الادهان و في الغنيه و ثر بالمكيل و الموزون

### الثاني صرح في التحرير بان لكل مثلي يجب ردّ مثله

سواء كان ممّا يكال و يوزن أم لا و سواء رخص أم غلام لا

ص: ٨

### الثالث لو تعذر المثل في المثلي رد القيمه

كما صرح به في السرائر و كره و عد و لف و التحرير و جامع المقاصد و لك و الكفايه و الرياض بل الظاهر انه ممّا لا خلاف فيه و أنّما الخلاف في تعيين القيمه و فيه اقوال الاول ان المراد بها قيمه يوم المطالبه و هو للسرائر و القواعد و كره و لك و الكفايه و الرياض و هو ظ جامع المقاصد و لهم ما ذكره في لك و جامع المقاصد و الرياض من انه وقت الانتقال الى القيمه اذ الثابت في الذمه أنّما هو المثل الى ان يطالب به الثاني ان المراد بها قيمته يوم تعذر المثل و هو للتحرير و حكاية في جامع المقاصد عن موضع من عد و وجهه ما ذكره في لك و الرياض من انه وقت الانتقال الى البدل الذي هو القيمه و اورد عليه ان



التعذر بمجردة لا- يوجب الانتقال الى القيمة لعدم وجوب الدّفح فيستصحب الواجب الى ان يجب دفعه بالمطالبه فحيث لم يوجد الاذن ينتقل الى قيمته الثالث ان المراد بها قيمه يوم القرض و هو للمحكّي في الرّياض عن بعض و وجهه ما ذكره فيه و في لك من سبق علم الله عزّ و جلّ بتعذر المثل وقت الاداء فيكون الواجب ح هو القيمة و اوردا عليه أنّه لا منافاه بين وجوب المثل وقت القرض طردا للقاعده الاجماعيه و الانتقال الى القيمة عند المطالبه لتعذّره الزّابع ما ذكره في لف من ان المراد به يوم الدّفح محتجّا بانّ الثّابت في الذّمه المثلى و لا يبرء الاّ بالمعاوضه و صرح في الرّياض بعد الاشاره الى ما عدا القول الاخير من الاقوال المذكوره بأنّه لا ريب في أنّ العمل باعلى القيم احوط و هو كك و لكنّه لا قائل بلزومه فالذى يقتضيه التحقيق هو التّخيير بين الاقوال المذكوره و ح لا- يبعد ان يقال انّ الاحوط هو القول الأوّل لأنّ القائل به اكثر بل لا يبعد الحكم بترجيحه لإفاده ذلك الظنّ و الاصل فيه الحجّيه مع أنّ ذلك اوفق بالاعتبار

### **الزّابع هل المراد بوجوب ردّ المثل في المثلى المماثله من جميع الجهات**

كالصّغرى و القيمة و الجوده و الرداءه و الشّكل و السّيكه و غير ذلك او المماثله في الجمله لم اجد احدا من الاصحاب تعرض لهذا و الذى يقتضيه التّحقيق هنا ان المعتبر صدق اسم ردّ المثل عرفا عملا بمقتضى اطلاق كلامهم و ما اشتهر بينهم من ان ما لا تعين له شرعا يرجع فيه الى العرف و العاده و عليه فرعوا مسائل كثيره فاذا لا يعتبر المماثله من جهه اتحد خط السّيكه و العرض و الطول المّدين لم يتغيّر بهما الوزن و القيمة نعم يمنع من صدق المماثله الاختلاف وزنا في الموزون و كيلا في المكيل و زرعا في المزروع و عددا في المعدود و قيمه و اسما

### **الخامس هل يجوز دفع القيمة مع التمكن من المثل او لا**

المعتمد هو الثّاني اذا لم يرض المقرض بها للأصل و ظواهر عبارات الاصحاب و ان رضى بها فالأقرب الأوّل

### **السادس اذا تعذّر المثل و طالب المقرض بالدين**

فهل يجوز للمقترض الامتناع من الأداء الى ان يتمكن من المثل او لا- بل يجب عليه دفع القيمة فورا المعتمد هو الثّاني عملا بظاهر كلام الأصحاب و دفعا للضرر المترتب على المقرض بالمماطله و مراعاة القاعده البدليّه لان القيمة عند تعذر المثل بدلا عنه فتأمل

### **السابع اذا ردّ المقرض العين في المثلى**

و صرح في كره و التّحريير و عد و س بوجوب القبول و حكاه في الرّياض عن جماعه متمسّكين بقاعده الاولويّه و احتج عليه في كره و جامع المقاصد بان الواجب امر كلّى في الذّمه و العين احد افراده و التعيين الى من عليه الحقّ و ربما يظهر من الخلاف دعوى الوفاق عليه و نفى الخلاف فيه و هو جيّد سواء قصد بردّ العين الفسخ او الوفاء و لا فرق في ذلك بين ترخص العين او لا

كما صرّح به في كره و صرّح في التحرير بأنه ان نقصت العين في عين او صفه لم يجب القبول و هو جيّد

### الثامن صرّح في عد و س بأنه لو اقترض نصف دينار فدفق ديناراً صحيحاً

و قال نصفه قضاء و نصفه امانه جاز و لم يجب القبول اما لو كان له نصف اخر فدفقه عنهما وجب القبول اما جواز القبول و عدم وجوبه في الصوره الاولى فهو جيّد و اما وجوب القبول في الصوره الثانيه حيث يكون النصفان مضروبا عليهما بالسّيكه فمشكل للأصل و عدم صدق المماثله و انه غير الحقّ الذي سقط كما صرّح به في جامع المقاصد و يظهر منه عدم وجوب القبول و هو الأقرب

### منهل اذا كان المال الذي يقترض قيميا فهل يجب رد قيمته او ردّ مثله او يتخير بين الامرين

#### اشاره

اختلف الأصحاب في ذلك على اقوال الاول انه يجب ردّ القيمه و هو للغنيه و السرائر و التبصره و د و القواعد و التحرير و اللمعه و س و ضه و صرّح في لك بأنه قول الاكثر و في الكفايه بأنه الاشهر و يظهر من س أنه المشهور و لهم ما اشار اليه في جامع المقاصد قائلاً- في مقام الاحتجاج على هذا القول لأنّ ما كان من ذوات القيم أنّما يعتبر فيه القيمه نظرا الى أنه الذي يقابل به و يعد عوضاً عنه و لأنّه اضبط لبعده عن الزيادة و التّقصان و اشار الى الأخير في لك بقوله في المقام المذكور لعدم تساوى جزئياته و اختلاف صفاته فالقيمه فيه اعدل و كذا اشار اليه في الرياض الثاني ما صار اليه في يع حيث صرّح اولاً بان ما ليس بمثل يثبت في الذمه و قيمته وقت التسليم ثم صرّح ثانياً بأنه لو قيل يثبت أيضاً كان حسناً و له ما اشار اليه في لك من ان المثل اقرب الى الحقيقه و من انه قد روى عن التّبيّ ص انه اخذ قصعه امرأه كسرت قصعه اخرى و حكم بضمنان عائشه اثناء حفصه و طعامها لما كسرت و ذهب الطعام بمثلها ثم اجاب عن الخبرين بأنّهما عاميان و مع ذلك فهما حكايه حال فلا تعمّ فعل الغريم رضى بذلك و موردهما مطلق و عورضا بحكمه ص بالقيمه في معتق الشقص و اشار الى جميع ما ذكره في س الثالث ما صار اليه في كره قائلاً ان لم يكن مثلياً فان كان مما يضبط بالوصف و هو ما يصحّ السلف فيه كالحيوان و الثياب و الاقرب أنه يضمنه بمثله من حيث الصوره لأنّ التّبيّ ص استقرض بكراً و رد باذلاً و البكر الفتى من الابل و الباذل الذي تم له ثمان سنين و روى أنه ص استقرض بكراً فامر برد مثله و اما ما لا يضبط بالوصف كالجواهر و القيمي و ما لا يجوز السّلف فيه يثبت قيمته و اجاب في لك عن الروايتين بانّه على تقدير صحّه السند لا دلالة فيهما على المدعى لان مطلق الدفع اعم من الوجوب و لا شبهه في جواز ذلك مع التراضي كيف و قد زاده خيراً فيما دفع و ما امر به لو صحّ لا يدل على تحقق البراءه به بل يجوز كونه مشروطاً بالتراضي

ص: ٩

و قد صرّح بما ذكره في تضعيف الدلاله في جامع المقاصد و اشار اليه في الرياض و يظهر منه و من جامع المقاصد و لك و الكفايه التوقف في المسأله لعدم اشارتهم الى ترجيح شىء من الأقوال المذكوره و هو في محلّه لعدم دليل يعتد به على شىء منها و لكن القول الاول لعله احوط بل هو في غايه القوّه لاشتهاره بين الأصحاب مع انه صرّح في لك بأنه لا قائل بالقول الثاني من اصحابنا مستشهداً عليه باشعار قول المحقق في يع و لو قيل اه و يعضده تصريح الكفايه بأنه لم يعرف به قائلاً صريحاً سوى

المحقق و تصريح الرياض بأنه لا قائل به عدا المحقق و الشيخ في ظ ف على ما حكى و على المختار ففي القيمة الواجب دفعها احتمالات احدها ان يكون المراد بها قيمه وقت التسليم و قد صار اليه في السرائر و يع و التبصره و د و كره و اللّمعه و ضه و احتجّ عليه فيها و في كره و المسالك بأنه وقت الملك لتحققه بالقبض فيكون وقت الثبوت في الذمه و ثانيها ان يكون المراد بها قيمه وقت القرض و هو للتحرير و قد حكاه في لك عن القواعد و اختاره في جامع المقاصد محتجاً بأنه وقت الثبوت في الذمه و اعترض عليه في المسالك بأنه ليس بواضح اذ لا- انتقال اليها قبل القبض عنده و لعله تجوز في اطلاق القرض على القبض بناء على الغالب من اتصال القبض باللفظ الدال على القرض الذي هو الايجاب و من ان القبض هو القبول بناء على الاكتفاء بالفعل كما اختاره و هو الغالب في العاده فيكون القرض مستلزماً للقبض عاده او غالباً و ثالثها ان يكون الاعتبار بقيمه وقت التصرف و هو للمحكى في لك عن بعض بلفظ قيل و ذكر فيه انه مبني على انتقال الملك به ثم صرح بأنه لا اعتبار بقيمه يوم المطالبه هنا قولاً واحداً على القول بضمانه بالمثل و يتعدّر فيعتبر يوم المطالبه كالمثلي على اصحّ الاقوال و لم يرجح فيه و لا في الكفايه و لا في الرياض شيئاً من الأقوال فهم متوقفون في المسأله و هو في محله فلا ينبغي ترك الاحتياط فيها و

### ينبغي التنبه على امور

#### الأول صرح في لك بان القيمي هو ما يختلف اجزائه في القيمة و المنفعه

كالحيوان

#### الثاني صرح في يع و لك بأنه يتفرع على القول بضمان القيمي بالقيمه

جواز اقراض اللآلى معللا له في الأخير بانضباطه بالقيمه و حكى عن المبسوط القول بعدم الجواز مصرّحاً بعد الحكاياه بأنه مبني على أنّ الوصف لا- يضبطه و قائلًا بعده و هو يتم على القول بوجوب ردّ المثل في مثل ذلك و اشار الى القول المذكور في يع بلفظ قيل و يظهر من الدروس و الكفايه التوقف لإشارتهما الى القولين و الوجهين من غير ترجيح في البين و صرح في لف بجواز اقراض كلّما لا- يضبط بالوصف كالجواهر و حكاه عن ابن ادريس و احتج عليه بالاصل و عموم ما دل على جوازه و الاجماع على جواز اقراض الخبز مع أنّ السلم لا- يصحّ فيه و هذا القول هو الأقرب و عليه فهل يشترط في صحّ القرض العلم بقيمته عنده ليضبط حاله العقد فإنّ ذلك بمنزله تقدير ما يقدر بالكيل و الوزن او يكفي في جواز اقراضه مشاهدته على حد ما يعتبر في جواز بيعه و يبقى اعتبار القيمة بعد ذلك و هو امر وراء الصّححه و على المقترض معرفتها مراعاتاً لبراءه ذمّته صرح في لك بأنّ فيه وجهين و بان اطلاق كلام الاصحاب يدلّ على الثّاني و بأنّ للأوّل وجهاً و بأنه ربما كان به قائل و الاقرب عندي هو الاحتمال الأوّل و على المختار أيضا يجوز اقراض اللحم و الجلد

#### الثالث اذا ردّ المقرض العين بعينها في القيمي

فهل يجب على المقرض قبولها او لا- احتمالات الاوّل أنّه يجب عليه القبول مط و يدلّ عليه امور احدها أنّه حكى في س عن

الشَّيخ دعوى الاجماع عليه و لذا اختاره و ثانيها ما ذكره في كرهه من ان الانتقال الى القيمه انما كان لتعذر العين و قد وجدت فلزمه القبول مع الدفَع و اجاب عنه في جامع المقاصد قائلا كون القيمه انما اعتبرت لتعذر المثل اولا غير معلوم و ثانيا لا يضرنا لأنّ الكلام انما هو في الثابت في ذمّه المقترض الآن لا فيما كان حقّه الثبوت و قد عدل عن ثبوته لدليل نعم لو كان الواجب المثل و مع تعذر القيمه تمّ هذا و ثالثها ما ذكره في الايضاح من انه اذا وجد مساويا و دفعه وجب القبول و لا مساوات اعظم من مساوات الشئ ء لنفسه الثاني انه لا يجب القبول مط و هو للتذكرة و التنقيح و جامع المقاصد و احتجوا عليه بان اقتراضه موجب لثبوت قيمته في ذمه المقترض فالمدفع ليس عين الحق فلا- يجب قبوله و اختار ما صاروا اليه في الايضاح أيضا الثالث ما اشار اليه في كرهه مصرّحا بعد ترجيح الاحتمال الاول بأنه يحتمل وجوب قبولها ان تساوت القيم او زادت وقت الردّ و ان نقصت فلا و اعترض عليه في التنقيح قائلا- بعد الاشاره اليه و فيه نظر ينشأ من انها ليست عين الحق نعم ان قلنا ان قرضه بوجوب ثبوت مثله مستحقا لصفاته الخاصه وجب القبول و فيما ذكره نظر و لكن المسأله محلّ اشكال و لكن الاحتمال الثاني اقرب خصوصا اذا كان المقصود من دفع العين فسخ عقد القرض بناء على ما بيناه من انه من العقود الجائزه من الطرفين و لكن لا- ينبغي ترك الاحتياط الا ان يتراضيا بدفع العين فيجوز بلا اشكال

### الزايغ اذا اختلف المقرض و المستقرض في القيمه

صرّح في كرهه و التحرير و لك بانّ القول قول المستقرض و احتجّ عليه في الاول بانه غارم و صرّح بأنه يعتبر قوله مع يمينه و هو جيد

### منهل لو اجل الدين الحال لم يتأجل و كان له المطالبه في الحال

#### اشاره

كما صرح به في الخلاف و السرائر و فع و يع و التبصره و د و عد و كره و التحرير و س و التنقيح و لك و ضه و الكفايه و ض و لهم وجوه منها ظهور الاتّفاق عليه و منها ما تمسّك به في المسالك و الرياض من ان ذلك ليس بعقد يجب الوفاء بل هو وعد يستحبّ الوفاء به و منها ما تمسّك به في كرهه من ان التاجيل زياده في العقد فلا يلحق به كما لا يلحق به في حقّ الشفيح و منها ما تمسّك به في كرهه أيضا من انّ التاجيل حط بعد استقرار العقد فلا يلحق به كحط الكل و منها ما تمسّك به في كرهه أيضا من ان الاصل عدم اللزوم اذ قوله قد اجلت ليس بعقد ناقل فيبقى على حكم الاصل

### و ينبغي التنبيه على امور

### الاول المراد بتاجيل الحال ان يعبر صاحب الدين بعبارته تدلّ عليه

بان يقول اجلتك في هذا الدين مده كذا و قد صرح بهذا التفسير في لك و الرياض

## الثاني لا فرق فيما ذكر بين جميع افراد الدين

من القرض و ثمن المبيع و المهر و عوض الخلع و بدل التلف و الأجره و ارش جنايه و قد صرح بالتعميم المذكور في ف و التبرائر و يع و فع و كره و التحرير و لك و الكفايه و الرياض و هو مقتضى اطلاق الارشاد و التبصره و عد و س و التنقيح و ضه بل الظاهر أنه ممّا لا خلاف فيه بين اصحابنا كما يظهر من الخلاف و كره و لك و الرياض لاقتصارها على نقل الخلاف فيه عن بعض العامه

## الثالث اذا شرط التاجيل في ضمن عقد لازم

كالبيع و شبهه مثل ان يقول بعثك بكذا بشرط ان تصبر على بالدين الحال كذا او اشترى على هذا الشرط لزم التاجيل و الوفاء كما صرح به في كره و د و عد و التنقيح و جامع المقاصد و الروضه و احتج عليه في كره بقوله ع المؤمنون عند شروطهم و استشكل ذلك في الدروس معللاً بأن الشرط في اللزم يجعله جائزاً فكيف ينعكس و نبه عليه في لك بقوله جعلوا قاعده كليّه هي أنّ الشرط الجائز في اللزم يقبل اللزم جائزاً و لعله اذا أطلق عدم لزوم التاجيل هنا و لم يستثن صورته شرطه في عقد لازم و لا غيرها في الخلاف و التبرائر و فع و يع و التبصره و التحرير و الكفايه و الرياض و فيه نظر بل القول الاول في غايه القوه مع ذلك هو احوط بالنسبه الى المقرض

## الرابع صرح في التنقيح بان التاجيل يلزم بامور

منها ما تقدّم اليه الاشاره من اشتراطه في عقد لازم و منها الايصاء بالصبر الى مدّه معينه و منها التذر و العهد و اليمين فان الأنظار طاعه فيلزم باحد هذه الثلاثه و ما ذكره في غايه القوه و ان كان مقتضى اطلاق كلمات الاصحاب خلافه و ذلك لعموم التصوص الداله على لزوم العمل بالامور المذكوره مع سلامتها عن المعارض هنا سوى الاطلاق المذكور و في شموله للصور المذكوره اشكال بل الظاهر عدم انصرافه اليها سلمنا و لكنّه معارض باطلاق كلمات الاصحاب المصرّحه بلزوم العمل بالامور المذكوره و التعارض بين الاطلاقين من قبيل تعارض العمومين من وجه و من الظاهر ترجيح الاطلاق الاخير و مع هذا فالمختار احوط في الجملة

## الخامس لو اخر الاجل زياده في الدين لم يتأجل

و لم يثبت الزيادة كما صرح به في الخلاف و الاستبصار و التبرائر و يع و عد و التحرير و جامع المقاصد و الكفايه بل الظاهر أنه ممّا لا خلاف فيه

## السادس اذا اجل الدين الحال فهو و ان لم يتأجل

ألا أنه يستحب الوفاء بما وعد من التأجيل كما صرح في ف و السرائر و يع و التحرير و س و لك و ض و عليه حمل في يع روايه قائلًا لو اجل الحال لم يتأجل و فيه روايه مهجوره تحمل على الاستحباب و صرح في لك بأنها روايه الحسين بن سعيد قائلًا و محصلها من مات و قد اقرض الى اجل يحل و هي مشعره بجواز التأجيل و حملها على الندب اولي

### منهل يصح تعجيل الدين المؤجل باسقاط بعضه مع تراضيهما بذلك

#### اشاره

كما صرح به في الانتصار و يع و عد و التحرير و التبصره و كره و جامع المقاصد و لك و الكفايه و لهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه و منها تصريح الانتصار بدعوى الاجماع عليه و منها ما تمسك به في الكفايه من خبر محمّد بن مسلم عن مولانا الباقر الذى وصفه بالصحة و منها ما تمسك به في الانتصار من ان تصرف الانسان فيما يملكه مباح بالعقل و الشرع و قد علمنا ان الدين المؤجل له مالک يصح تصرفه فيه فيجوز له ان ينقص منه كما يجوز له البراء منه و من عليه أيضا هذا الدين هو مالک التصرف فله ان يقدمه كما له ان يؤخره و لا خلاف في أنه لو قبضه بعضه او ابراء من الباقي من غير اشتراط لكان ذلك جائزا و اى فرق في جواز ذلك بين الاشتراط و نفيه و منها عموم قوله المؤمنون عند شروطهم فت

#### و ينبغى التنبيه على امور

### الاول اذا لم يرض احدهما بذلك لم يصح ذلك

كما هو مقتضى التقييد بتراضيهما في القواعد و التحرير و لك و الكفايه و علله في جامع المقاصد بان ذلك حقّ لهما فلا بدّ من تراضيهما بالاسقاط

### الثانى هل يكفى فى الاسقاط مجرد الرضاء به

و لو فهم من الفعل او لا بد من لفظ يدلّ على البراء كأبرأت او عفوت او اسقطت او نحوها او عقد المصالحة صرح بالثانى فى لك محتجًا بأصالة بقاء الملك الى ان يتحقق المزيل له شرعا و ربما يظهر الاول من اطلاق الانتصار و يع و التبصره و التحرير و عد و هو الأقرب لفحوى ما دلّ على عدم توقّف صحّحه البيع و غيره من العقود اللّازمه و الجائزه المفيده لنقل المال و الحقوق على اللفظ و لظهور ان الاكثر على عدم اعتبار اللفظ و للسيره المستمره

### الثالث لو اسقط المديون اجل الدين الذى عليه لم يسقط

و ليس لصاحبه المطالبه فى الحال كما صرح به فى القواعد و التذكرة و صرح به أيضا فى جامع المقاصد محتجًا بان ذلك ثبت بالعقد اللّازم لأنّه المفروض فلا يسقط بمجرد الاسقاط و بان فى الاجل حقًا لصاحب الدين و لهذا لا يجب عليه قبول الدين قبل

الاجل ثم صرح بأنه لو تقايلا في الاجل فإنه يصحّ و هو جيّد ثم صرح بأنه لو نذر التّاجيل فإنه يلزم و بانه ينبغي ان لا يسقط بتقايلهما اذ الاقاله في العقود لا في التّدور و هو جيّد

## منهل لو اسقط السلطان الدرّاهم المقترضه

### اشاره

و اجرى غيرها فهل يجب على المديون دفع مثل الدرّاهم الاولى و لا يستحقّ الدّيان الا تلك الدرّاهم او لا يجب على المديون دفع الدرّاهم الجاربه بين الناس و لا يستحقّ الدّيان الا هذه اختلف الاصحاب في ذلك على قولين الاول انه يجب على المديون دفع مثل الدرّاهم الاولى التي اقرضها و هو للتّهايه و السّرائر و لف و عد و كره و التّحرير و س و التّنيح و جامع المقاصد و المحكى في لف عن القاضي و صرح في السّرائر بانه اشهر الثّاني انه لصاحب الدرّاهم التي تجوز بين الناس و هو للمحكى في س عن الاسكافي و الصّيدوق و حكاه في لف عن المقنع ثم صرح بأنه صرح في من لا يحضره الفقيه بان شيخه محمد بن الحسن كان يروى حديثا في ان له الدرّاهم التي تجوز بين الناس ثم صرح بانه متى كان للرجل على الرجل دراهم بنقد معروف فليس له الا- ذلك النقد و متى كان له على رجل بوزن معلوم بغير قدر معروف فأنما له الدرّاهم التي تجوز بين الناس للقول الاول وجوه منها اصله بقاء اشتغال الذّمه بمثل الدرّاهم الاولى و منها ما تمسّك به في كره و لف من ان الدرّاهم الاولى المقترضه من ذوات الامثال فكانت مضمونه

ص: ١١

بالمثل و منها ان الدرّاهم الجائزه بين الناس قد تزيد على الاولى ففي الالتزام بها ضرر على المديون و قد ينقص عنها ففي الالتزام بها ضرر على الدّيان و الأصل عدم الضرر و لعموم قوله ع و لا ضرر و لا ضرار و منها ما تمسّك به في لف من خبر يونس الذي وصفه فيه و في كره و التّنيح بالصّحه قال كتبت الى ابي الحسن الرّضاع انه كان لي على رجل دراهم و ان السلطان اسقط تلك الدرّاهم و جاء دراهم اعلى من تلك الدرّاهم الاولى و لها اليوم و ضيعه فآى شىء عليه الاولى التي اسقطها السلطان او الدرّاهم التي اجازها السّليطان فكتب الدرّاهم الاولى و منها ما ذكره في لف من خبر صفوان الذي وصفه بالصّحه فيه و في كره قال سأله معاويه بن سعيد عن رجل استقرض دراهم من رجل فسقطت تلك الدرّاهم او تغيّرت فلا يباع بها شىء الصّاحب الدرّاهم الاولى او الجائزه التي تجوز بين الناس فقال لصاحب الدرّاهم الاولى و للقول الثّاني ما ذكره في لف قائلا احتجّ ق بما رواه محمّد بن عيسى قال قال لي يونس كتبت الى الرّضاع ان لي على رجل ثلاثه الف درهم فكانت تلك الدرّاهم تنفق بين الناس تلك الايام و ليس تنفق اليوم عليه تلك الدرّاهم باعيانها او ما ينفق بين الناس قال فكتب الى لك ان تاخذ منه ما ينفق بين الناس و قد يجاب عنه اولا بضعف السّند من غير جابر كما صرح به في لك و لف قائلا في مقام الجواب انّ في طريق الزّوايه سهل بن زياد و فيه قول و مع ذلك فهي مشتمله على المكاتبه و هي اضعف من السّماع و أيضا فان ابن الوليد كان يتوقّف فيما يرويه محمّد بن عيسى عن يونس و ثانيا بقصور الدّلاله كما اشار اليه الشّيخ على ما حكاه عنه في لف و غيره قائلا هذا الحديث لا- ينافى الخبرين الاوّلين لأنه انما قال لك ان تاخذ منه ما ينفق بين الناس يعنى بقيمه الدرّاهم الاولى ممّا ينفق بين الناس لأنه يجوز ان يسقط الدرّاهم الاولى حتّى لا- يكاد يوجد اصلا فلا يلزمها و هو لا ينتفع بها و أنّما له قيمه دراهمه الاولى و ليس له المطالبه بالدرّاهم التي تكون في الحال فاذا المعتمد هو القول الاول

## الأول يلحق بالقرض هنا جميع اقسام الديون

و ان كان المفروض في كلام من تعرض لمسئله القرض

## الثاني يلحق بالدراهم الدنانير

و بالسلطان مطلق الحاكم اعم من ان يكون كافرا او مخالفا او مؤمنا

## الثالث اذا تعذرت الدراهم المقترضة فيلزم قيمتها

كما صرح به في النهايه و السيرائر و عد و كره و التحرير و س و التنقيح و صرح فيما عدا النهايه و التحرير بلزوم كون قيمه من غير الجنس حذرا من التفاضل في الجنس و الرباء و اختلفوا في قيمه الواجب دفعها على اقوال الاول أنها قيمه وقت القرض و هو للنهايه و المحكى عن موضع من السيرائر و احتمله في عد و كره و لهم وجوه منها ما ذكره في الايضاح من ان الانتقال الى قيمه من معلولات القرض و احكامه فيثبت وقته و ضعفه ظ و منها ما ذكره في الايضاح أيضا من أنه بتعذر المثل صارت كذات القيم تضمن بقيمتها و اجاب عنه بتأخر التعذر عن وقت القرض فيلزم تقدم المسبب على سببه و منها ما ذكره في جامع المقاصد من سبق علم الله تعالى بتعذر المثل وقت الاداء فيكون الواجب ح هو قيمه ثم اجاب عنه بأنه ليس بشيء اذ لا ملازمه بينهما و لا محذور في ان الثابت في الذمه وقت القرض المثل و ينتقل بالتعذر عند المطالبه الى قيمه فلا دليل على اخراج هذا من عموم وجوب المثل في المثلى و منها تصريح التحرير و جامع المقاصد بان به روايه صحيحه الثاني أنها قيمه وقت التعذر و هو للتذكرة و عد و التنقيح و المحكى في الايضاح عن الشيخ في يه و ابن البراج و ابن ادريس في موضع من كتابه و لهم وجوه منها ما ذكره في جامع المقاصد من أنه وقت الانتقال الى البدل الذي هو قيمه ثم اورد عليه بان التعذر بمجرد لا يوجب الانتقال الى قيمه لعدم وجوب الدفع فلا مقتضى له و الأصل بقاء ما كان على ما كان و لا محذور في كون الشيء ثابتا في الذمه و ان تعذر تسليمه ما لم يجب دفعه و لا وجوب الا بالمطالبه و هو المفهوم من فتوى س فإنه صرح فيها بوجوب قيمتها وقت الدفع لا وقت التعذر و لا وقت القرض و لا يريد بها الا قيمه وقت المطالبه و منها ما ذكره في الايضاح و التنقيح من ان الثابت في الذمه في المثل المثلى و لا ينتقل الى قيمته الا وقت الاولى تعذره و منها ما ذكره في الايضاح أيضا من ان وقت التعذر لو وجد مثل الدراهم الاولى لوجب دفعها و ان نقصت قيمتها عن وقت القرض و منها ما ذكره فيه أيضا من ان الوقت التعذر وقت وجوب قيمه الثالث أنها قيمه وقت الدفع و هو لجامع المقاصد و س و المسأله محل اشكال فلا ينبغي فيها ترك الاحتياط و ان كان القول الاول في غايه القوه

الزابع صرح في كره بأنه لو جعل السلطان قيمه الدراهم أقل كان الحكم فيه



### الخامس صرح في كرهه و القواعد و جامع المقاصد بأنه لو تبايعا النقد في البلد تلك الدراهم

ثم سقطت لم يكن للبائع الا النقد الاوولى الجارى بين الناس وقت العقد و لو تعاملوا بعد النقص و العلم فلا خيار للبائع و ان كان قبل العلم فالوجه ثبوت الخيار للبائع سواء تبايعا في بلد السلطان او غيره و احتج على الاوّل في جامع المقاصد بوجوب حمل اطلاق العقد على المتعارف ح او الغالب و على الثانى بان الخيار ضرر على المشتري لو لم يعلم و على الثالث بأنه نقص سابق على العقد و لم يعلم به فيكون عيبا او كالعيب بثبوت نقص المالى به و قد اشار اليه في كرهه أيضا و لعله لهذا صرح في س بثبوت الخيار أيضا و لكن احتمل في جامع المقاصد العدم معللا- بعدم الزيادة و النقصه عن المجرى الطبيعى ثم ضعفه بأن المراد بالنقصه و الزيادة باعتبار الغالب و لهذا يعد كون الصفقه منزل الجيوش عيبا مع عدم نقصان فيها و لا زياده فيها و هذا المعنى ثابت هنا لان الساقط او الذى نقصت قيمته يكون ناقصا باعتبار العرف الغالب و جميع ما ذكره من الاحكام فى الصور الثلاث هو الاقرب

### السادس لو كان راس مال المضاربه دراهم او دنانير معينه

ثم اسقط السلطان تلك الدراهم و الدنانير ففيه احتمالان احدهما ان يكون راس المال هي تلك الدراهم او الدنانير التي اسقطها السلطان بعينها و قد صار الى هذا الاحتمال فى القواعد و الايضاح و جامع المقاصد و وجهه امور احدها ما

ص: ١٢

ذكره فى الايضاح و جامع المقاصد من أنّها هي رأس المال المدفوع فلا- يطالب بغيرها كما لو دفع فضّه لم يكن له المطالبه بذهب و ثانيها ما ذكره فى الايضاح من أنّه نقص لم يحصل من التجاره و ثالثها ما ذكره فى جامع المقاصد من أنّ المضاربه أنّما انعقدت بالنسبه اليها و الاصل بقاء ما كان و ثانيهما ان يجبر الخسران و النقص بالربح و وجهه ما ذكره فى الايضاح و جامع المقاصد و أنّه نقص حصل بعد الدوران فى التجاره و ضعفه فى الثانى بأن رأس المال بحاله و النقص الذى يجب جبره هو النقص عن رأس المال و لم يحصل فان نقصان قيمه رأس المال ليس نقصا عنه و الأقرب عندي هو الاحتمال الاوّل

### منهل اذا باع الذى ما لا يصح للمسلم تملكه شرعا كالخمر و الخنزير جاز دفع الثمن الى المسلم

اشاره

عن حق له و صح للمسلم تملكه من جهه دينه الذى على ذلك الذمى و قد صرح بذلك فى النهايه و السرائر و الجامع و يع و فع و التبصره و د و التحرير و عد و لف و كره و اللّمعه و س و لك و ضه و الكفايه و الرّياض و لهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه و منها حكايه الرّياض عن بعض العبارات التصريح بدعوى الاجماع عليه و يعضده دعواه نفى الخلاف فيه و منها ما تمسك به فى كرهه و ضه من ان الثمن المفروض مباح عندهم و قد امرنا ان نقرهم على احكامهم و منها ما تمسك به فى لف و كره من

خبر داود بن سرحان الذى وصفه فى الاول بالصّحه قال سألت ابا عبد الله ع عن رجل كانت له على رجل دراهم فباع خنازير و خمرا و هو ينظر فقضاه قال لا- باس امّا للمقتضى فحلال و اما للبائع فحرام و منها ما ذكره فى الرّياض من الخبر الّذى وصفه بالموثقيه لى على رجل ذمى دراهم فبيع الخمر و الخنازير و انا حاضر فهل لى ان اخذها فقال أنّما لك عليه دراهم فقضاك دراهمك و منها ما ذكره فى الرّياض أيضا من اطلاق المعبره المستفيضه منها الصّحاح فى اثنين منها فى رجل كان له على رجل دراهم فباع خمرا او خنزيرا و هو ينظر اليه فقضاه فقال لا باس اما للمقتضى فحلال و اما للبائع فحرام و نحوهما الثالث و الرّابع و اشار الى ما ذكره فى الكفايه أيضا حيث نبه على انه يدلّ على ذلك اطلاق اخبار كثيره كصحيحه محمّد بن مسلم و حسنه و حسنه زراره و روايه ابى بصير و روايه محمد بن يحيى الخثعمى

## و ينبغى التنبه على امور

### الاول هل يلحق بالبيع غيره من نحو الصّح و الاجاره

او يختص الحكم بالبيع فيه اشكال من ان الاصل لزوم الاقتصار على البيع لكونه مورد النصوص المتقدّمه و فتاوى معظم كتب الأصحاب المتقدّم اليها الإشاره عدا التبصره لظهورها فى الاحتمال الاول فينبغى الرجوع فى غيره الى ما يقتضيه القاعده و هو المنع مضافا الى التّبوى المرسل اذا حرّم الله شيئا حرم ثمنه فت و من عموم الوجه الثالث الذى تمسك به فى كره و ضه و غلبه اشتراك الصّح و الاجاره فى مثل هذه الاحكام و عدم تصريح احد من الاصحاب بالاختصاص بالبيع و ان كانت كلمات اكثرهم مقصوره عليه و ظهور عباره التبصره فى التعميم مع عدم اشارتها الى خلاف و لا اشكال و عدم اشاره غيرها الى ما فيها و كيف كان فلا ينبغى ترك الاحتياط بل الاحتمال الثّانى هو الأقرب

### الثانى هل يشترط فى بيع الذمى ان يكون صحيحا فى دينه او لا

بل يجوز مط و لو كان البيع فاسدا بحسب اعتقاده فيه اشكال من اطلاق النصوص و الفتاوى و من امكان دعوى انصرافه الى الصحيح بحسب اعتقاده و كيف كان فلا- ينبغى ترك الاحتياط هنا أيضا بل الاحتمال الاول فى غايه القوّه نعم لا يشترط العلم بالصّحه فى دينه بل يكفى عدم ظهور فساد فيه

### الثالث لو كان البائع مسلما لم يحل اخذ ثمن ما ذكر منه

كما صرح به فى السرائر و يع و التحرير و كره و ربما يستفاد ذلك من الاقتصار على الذمى فى الحكم المذكور فى فع و التبصره و د و القواعد و س و اللّمعه و غيرها و لكن يظهر من اطلاق الثّنايه الحاق المسلم بالذمى فى الحكم المذكور و ربما يستفاد من الكفايه الميل اليه نظرا الى ما ادّعه من اطلاق اخبار كثيره كصحيحه محمّد بن مسلم و حسنه زراره و روايه ابى بصير و روايه محمّد بن يحيى الخثعمى و فيه نظر لما ذكره فى الرّياض من أنّ اطلاق الاخبار المذكوره و ان شمل البائع المسلم الا أنّ الظاهر بحكم التّبادر و الغالب هو الذمى لا المسلم لعدم اعتبار بيعه لمثل الخمر و الخنزير فى بلاد الإسلام التّى هى مورد الرّوايات ثم

على تقدير عمومهما يجب تخصيصها بغيره التفاتاً الى عموم الأدلة بعدم تملكه ثمنها و فساد بيعه فكيف يجوز اقتضاء ما لا يملكه و يعضد ما ذكره تصريح السرائر بان بيع الخمر للمسلم حرام و ثمنه حرام و جميع انواع التصرفات فيها حرام على المسلمين بغير خلاف بينهم و عندنا انّ الخمر ليست بمملوكة للمسلم فيكف يجوز بيع غير المملوك و البيع لغير المملوك لا ينعد و لا يملك الثمن فكيف يكون حلالاً ثم استشهد بتصريح الشيخ في ف و ط بانّ المسلم لا يملك الخمر و لا يصحّ منه بيعها و لا قبض ثمنها و لا قبض دينه منه ثم اعتذر عن اطلاقه في النهاية بأنّه أنما يورد فيها اخبار الآحاد و غيرها ايراداً مغلقاً على الفاظها لا- اعتقاداً لأنّه كتاب خبر لا كتاب بحث و نظر ثم احتجّ على تحريم ثمن الخمر بقول الرسول ص انّ الله اذا حرم شيئاً حرم ثمنه قائلًا الخمر محرّم بالإجماع فيجب ان يكون ثمنها محرماً لا محللاً

#### **الرابع هل يلحق بالذمى فى ذلك الكافر الحربى و غير الذمى**

فيجوز استيفاء الدين من ثمن ما باعه من الخمر و الخنزير او لا صرح بالثانى فى س و ضه و لك و ربما يستفاد من الاقتصار فى الحكم المذكور على الذمى فى الكتب المتقدمه اليها الاشاره و يدلّ عليه الأصل و النبوى المتقدم اليه الاشاره و ما تمسك به فى الروضه و لك من عدم اقرار الشريعة للحربى على ذلك و بما ذكر يقيد اطلاق الاخبار المتقدمه على انّ فى شموله لمحل البحث تأملاً لإمكان دعوى انصرافه الى الذمى لغلبيه صدور بيع الخمر و الخنزير عنه و كيف كان فلاحتمال الثانى احوط بل هو فى غايه القوه

#### **الخامس هل يشترط فى الحكم المذكور كون الذمى مستترا فى بيع ذلك**

فلو تظاهر به لم يثبت ذلك الحكم او لا- بل يثبت مط و لو كان متظاهراً به صرح بالأوّل فى س و لك و ضه و احتج عليه فى الأخيرين بان شرطيه ذلك مقتضى اقرار الشريعة و ما ذكره احوط فى الجملة و لكن فى لزومه اشكال بل احتمال عدم اللزوم فى غايه القوه لإطلاق

ص: ١٣

النصوص و معظم الفتاوى و ان صرح فى س بانّ اطلاق الشيخ محمول على ما ذكره

#### **السادس هل يشترط فى المشتري للخمر و الخنزير من الذمى ان يكون ذمياً مثله**

و ان تخالفا دينا كما اذا كان احدهما نصرانياً و الاخر يهودياً او لا مقتضى اطلاق النصوص و كلمات معظم الاصحاب الثانى و ربما يظهر من كره و القواعد الأوّل و هو احوط بل فى غايه القوه للأصل و امكان دعوى انصراف الاطلاق المذكور الى صورته المماثلة

## السابع هل يلحق بالذم الجزية والهبة والشراء والمضاربه ونحو ذلك

فيجوز ان يؤخذ الجزية من الذمى من ثمن الأخبثين و يتهب و يشتري منه ذلك الثمن و يجعل رأس المال فى المضاربه او لا بل يختص الجواز بالدين صرح فى القواعد و كره بالحاق الجزية بالدين و المسأله محل اشكال فلا ينبغي ترك الاحتياط فيها و ان كان احتمال الاحاق مط فى غايه القوه للعمومات الداله على صحه العقود من نحو قوله تعالى **أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَ أَوْفُوا بِالْعُقُودِ** و قوله ص المؤمنون عند شروطهم فت

## الثامن لو اسلم الذمى قبل بيع الخمر و الخنزير

فحكى فى النافع عن بعض القول بأنه يتولاه غيره فيقضى منه دينه ممن يجوز له بيعه و يظهر من بعض أنه الشيخ فى النهايه و احتج له بالخبر و ان اسلم رجل و له خمر و خنازير ثم مات و هى فى ملكه و عليه دين قال يبيع ديانه او ولى له غير مسلم خنازيره و خمره فيقضى دينه و ليس له ان يبيعه و هو حى و لا يمسه و قد صرح فى فع و التنقيح بضعف هذا القول فلا يجوز عندهما ذلك و قد حكاه فى الرياض عن الحللى و القاضى و العلامة و احتج عليه فى التنقيح قائل العمل بالزوايه باطل لأنه لا يخ اما ان يخرج المسمى عن ملك الذمى باسلامه او لا فان كان الاول فلا يجوز بيعه حيا و ميتا لا بنفسه و لا بغيره لأن فعل الوكيل فعل الموكل و ان كان الثانى جاز له بيعه بنفسه لكنه باطل اجماعا و اشار الى هذه الحججه فى الرياض أيضا ثم صرح بان الزوايه مقطوعه و مع ذلك فى سندها جهاله و من الجائر حملها على ان يكون له ورثه كفار يبيعون الخمر و يقضون و يظهر منه اختياره قول هؤلاء و هو الاقرب و اذا باع الذمى الخمر و الخنزير ثم اسلم فهل يجوز له ان يستوفى ثمنهما بعد الإسلام فيقضى به دينه او لا- يظهر من اطلاق النهايه و فع و يع و د و عد و التحرير و اللغه و س و ضه و لك و الرياض الاول بل يظهر من الأخير دعوى نفى الخلاف فيه و حكايه دعوى الاجماع عليه عن بعض و هو الاقرب لإطلاق الاخبار المتقدمه المعترضه بالشهره و بما تقدم اليه الاشاره

## التاسع لو اقرض ذميا خمرًا ثم اسلم او احدهما

فهل يبطل القرض و لم يجب على المقرض دفع العين لا قيمه سواء كان هو المسلم او الاخر او لا صرح بالأول فى التحرير و القواعد و جامع المقاصد و كذا صرح به فى كره محتجا بأنه لا يجب على المسلم اداء الخمر و لا قيمته لأنه من ذوات الأمثال و لا يجوز للمسلم المطالبه به و اشار الى هذا الوجه فى جامع المقاصد أيضا و صرح فى س بان الاقرب لزوم قيمه باسلام الغريم و فيه نظر فالأقرب هو القول الاول و لو اقرض الذمى ذميا خنزيرا ثم اسلم احدهما فصرح فى كره و عد و س و جامع المقاصد بان لصاحب الدين المطالبه بالقيمه و بأنه يجب على المديون دفعها و احتج عليه فى الاول و الاخير بان الخنزير من ذوات القيم لا- من ذوات الامثال فالذمى لما اقترض الخنزير و جب عليه بالقبض قيمته بخلاف الخمر فإنه يجب عليه وقت القبض مثله فيلزم فى الاول بعد اسلام احدهما دفع القيمه الثابته فى الذمه لأن الإسلام دينا فى استحقاق الخمر لا استحقاق قيمته و ما ذكره جيد

**منهل اختلاف الأصحاب فى جواز رجوع المقرض فى العين المستقرضه بعد قبضها من غير رضا المقرض على قولين**

الاول أنه لا يجوز ذلك و هو للسريائر و التبصره و د و التحرير و عد و اللّمعه و التّنقيح و لك و الكفايه و الرّياض و صرّح في الثّلاثه الاخيره بدعوى الشهره عليه بل في الاخير دعوى اتّفاق عامّه المتأخّرين عليه الثّاني أنه يجوز ذلك و هو لبعض الأصحاب و هو ضعيف سواء اراد جواز الفسخ او جواز الاستيفاء امّا ضعف الاول فلأنّ المقرض يملك بالقبض فاذا حصل الملك به فالاصل بقائه حتّى يثبت جواز الفسخ بدليل و لم يثبت هنا و قد احتجّ بهذا الاصل في لك و غيره لا يقال قد اتفقوا على أنّ القرض من العقود الجائزه و ليس معنى العقد الجائز أنّ جواز الفسخ لأنّنا نقول لا نسلم الاتّفاق على ذلك بحيث ينفع في هذا المقام كما نبه عليه في لك و الرّياض و كيف يسلم ذلك و المعظم على المختار بل ربّما يستشعر من بعض عدم القول بالفصل بين القول بحصول الملك بالقبض و القبول بعدم جواز الفسخ و ربما اول ما قيل من أنّ القرض عقد جائز بتاويلات لا حاجه الى الاشاره اليها و يحتمل ان يكون المراد منه جواز ردّ المستقرض على المقرض العين و ان كان مكرها فإنّ الشيخ صرح بجوازه و ادعى عليه الاتّفاق و بالجملة رفع اليد عن الأصل المشار اليه المعتضد بالشّهره العظيمه و عموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و قوله ص المؤمنون عند شروطهم غير جائز و امّا ضعف الثّاني فعموم قوله ص الناس مسلّطون على اموالهم المعتضد بالشّهره العظيمه لأنّ الظاهر من اطلاق المعظم اراده التعميم الذى ذكرناه لا يقال صرّح الشيخ في ف بانّ القرض عندنا يجوز الرجوع فيه و هو ظ فى دعوى الاجماع على ما صار اليه لأنّنا نقول لا نسلم ظهور كلامه فى دعوى الاجماع على ذلك و ربما يؤيّدّه احتجاجه على ذلك لان المنع يحتاج الى دليل و عدم تصريحه بالاجماع كما هو عادته غالبا فى الكتاب المذكور سلمنا و لكنّه موهون بالشّهره على خلافه

#### منهل القرض يملكه المستقرض بعد العقد و القبض

كما فى ف و الغنيه و السريائر و يع و فع و د و التحرير و لف و كره و س و التّنقيح و الرّياض و ربما قيل بانه لا يملك الا بالتصرّف و هو ضعيف بل المعتمد هو الاول لوجوه منها ظهور عباره السريائر و كره فى دعوى الاجماع عليه و لذا حكى فى الرّياض عنهما دعوى الاجماع و يعضدها الشّهره العظيمه القريبه من الاجماع بل القائل بخلاف المختار من اصحابنا غير

ص: ١٤

معلوم و اما نسبته الى ط و ف فالظاهر أنّها ضعيفه بل عباره الخلاف صريحه فى المختار نعم له عباره موهمه لذلك و منها ما تمسّك به فى الخلاف و الغنيه و يع و التّنقيح من أنّ اباحه التصرّف فرع الملك فلا يكون الملك مشروطا به و الا لزم الدّور المحال لا يقال يدفع ما ذكره ما اورده فى لك عليه قائلا لمنع تبعيّة جواز التصرّف للملك مط و توقّفه عليه بل يكفى فى جواز التصرّف اذن المالك فيه كما فى غيره من المأذونات و لا شك أنّ الاذن للمقرض حاصل من المالك بالايجاب المقترن بالقبول فيكون ذلك سببا تامّا فى جواز التصرّف و ناقصا فى افاده الملك و بالتصريف يحصل تمام سبب الملك ثم ان كان التصرّف غير ناقل للملك و اكتفينا به فالامر واضح و ان كان ناقلا و افاد الملك الضمنى قبل التصرّف بلحظه يسيره كما فى العبد المأمور بعقده عن الامر غير المالك بل نقل فى س أنّ هذا القائل يجعل التصرّف كاشفا عن سبق هذا على تقدير جعل التصرّف ناقلا- و اما على تقدير كونه كاشفا فلا اشكال لأنّنا نقول الأصل التبعيّة و التوقّف سلمنا و لكن لا نسلم حصول الاذن بالتصرّف من المقرض هذا اذ لم يصدر منه ما يفيد الا- الايجاب و هو لا- يفيد بل غايته افاده نقل الملك و هو غير الاذن بالتصرّف و قد نبه على هذا فى الرّياض مضيّفا الى هذا الايراد ايرادا اخر و هو عدم كفايه الاذن فى كثير من التصرفات المجمع

عليها المتوقّف على الملك كالوطى المتوقّف عليه او على التحليل المتيقن فقدته فى المقام و منها عدم اشتهار توقّف الملك على التصرف مع اشتهار خلافه و منها ان مقتضى الايجاب و القبول حصول النقل بعدهما بلا فصل خرج صورته عدم القبض من عموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و لا- دليل على خروج غيرها فيبقى مندرجا تحته و منها بعض الأخبار الذى وصف بالصحة و منها ان اكثر العقود الناقله للملك تفيد من غير توقف على التصرف فكذا هنا عملا بالاستقرار و بالفحوى كما اشار اليه فى كره قائل ان الملك فى الهبه يحصل بالقبض فى القرض اولى لأن للقرض مدخلا فيه

### منهل يجوز للمقرض مطالبه المقرض بعد قضاء وطره مما اقترضه قطعاً

و هل يجوز له مطالبته قبل قضاء وطره او لا- صرح العلامة فى كره و الشهيد الثانى فى لك بالأول و هو ظ التحرير و هو جيد لظهور الاتفاق عليه و لأن المقرض بعد العقد انما يطالب ملكه فالاصل جوازه لعموم قوله ص الناس مسلطون على اموالهم

### منهل اذا شرط اجلا فى عقد القرض

فهل يلزم فلا يجوز للمقرض المطالبه الا بعد انقضاء الأجل او لا فيجوز له المطالبه اى وقت شاء اختلف الأصحاب فيه على قولين الأول انه لا- يلزم و يجوز له المطالبه متى شاء و هو للشرائع و عد و التحرير و اللّمع و ضه و الرياض و حكاى فى الكفايه عن المعظم الثانى انه يلزم فلا يجوز له المطالبه الا بعد انقضاء الأجل و هو لظ جماعه من متأخري المتأخرين منهم الشهيد الثانى فى لك و هو فى غايه القوه لعموم ما دلّ على لزوم الوفاء بالعقود و الشروط من قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و قوله ص المؤمنون عند شروطهم و قد تمسك بما ذكر فى لك و الكفايه و غيرهما و يؤيده امران احدهما قوله تعالى إِذَا تَدَايَيْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ فان القرض قسم من الدين عرفا فيشملة الاطلاق و ما ذكره بعض اهل اللّغه من ان الدين غير القرض لا ينافى ما ذكر كما لا- يخفى و اما ما حكى عن القاموس و غيره من التصريح بان القرض لا- اجل له و الدين فيه الأجل فى جواز الاعتماد عليه اشكال فت و ثانيهما جملة من الاخبار و منها خبر الحسين بن سعيد قال سألت عن رجل اقرض رجلا درهما الى اجل مسمى ثم مات المستقرض أ يحل مال القارض عند موت المستقرض منه او لورثته من الأجل ما للمستقرض فى حياته فقال اذا مات فقد حل مال القارض و منها الخبر المروى عن ثواب الاعمال من اقرض قرضا و ضرب له اجلا و لم يؤت به عند ذكر الاجل كان له من الثواب كل يوم يتأخر عن ذلك الاجل مثل صدقه دينار واحد كل يوم و نحوه الرضى على ما قيل و المناقشه فى هذا الأخبار بان غايه ما يستفاد منها كآيه تدايئتم جواز التّأجيل و العمل بالشّروط لا وجوبه الذى هو محل البحث فضعفه كما لا يخفى لا- يقال يعارض ما ذكر ظهور عبارته فع و يع فى دعوى الاجماع على عدم لزوم الوفاء بالشّروط لأننا نمنع ذلك اذ ليس فيهما ما يدلّ على ذلك نعم لم يشترط الى الخلاف و من الظاهر ان هذا بمجرّده لا يدل على دعوى الاجماع و لا يقال القرض عقد جائز فلا- يلزم الوفاء بالشّروط الذى تضمّنه لأننا لا نسلم كونه عقدا جائزا بالمعنى المتعارف كما اشار اليه فى لك و غيره و لا يقال القرض تبرّع و المتبرّع ينبغى ان يكون بالخيار فى تبرّعه و انما يلزم الاجل فى المعاوضات لأننا نقول لا نسلم ان كل متبرّع يكون له الخيار و اى دليل عليه و لا- يقال اذا لم يجب العمل بمقتضى عقد القرض من التّأجيل الى قضاء الوطر فعدم وجوب العمل بمقتضى الشّروط الذى فى ضمنه بطريق اولى لأننا نقول لا نسلم الأولويه و لا يقال الشّهره تخصص العمومات الدّاله على لزوم الوفاء بالشّروط لأننا نقول هذا مبنى على حججه الشّهره بنفسها و هى ممنوعه سلمناها و لكن فى ثبوتها فى المسأله اشكال اذا لم اجد مصرّحا بعدم لزوم الوفاء بالشّروط هنا الا الفاضلان و الشّهيديان و بعض اخر و فى ثبوت الشّهره بذلك اشكال و مع هذا

فالتجربى على الفتوى بوجوب العمل بالشرط مشكل و لكنه احوط بالنسبه الى المقرض لا المقترض فانّ الأحوط بالنسبه اليه عدم مراعات الشرط كما لا يخفى

### منهل لا اشكال و لا خلاف بين الاصحاب فى انه يجوز بيع الدين الحال بغير جنسه نقدا

على من هو عليه و اختلفوا فى جواز بيعه بذلك على غير من هو عليه على قولين الاول انه يجوز و هو للتّهايه و ط و يع و فع و لف و التبصره و كره و التحرير و د و اللّمعه و التنقيح و ضه و لك و جامع المقاصد و الكفايه و حكاه فيها و فى ضه عن الاكثر الثّانى انه لا- يجوز و هو للسّرائر و هو يظهر عن المحكى عن ط انه مذهب قوم للأولين وجوه منها ظهور عباره لف فى دعوى الإجماع على الجواز حيث صرح بانه يجوز بيع الدين عند علماءنا ثم عقبه بأنّه لا فرق بين بيعه على من هو

ص: ١٥

عليه و لا غيره و منها عموم ادلّه صحّحه البيع من نحو قوله تعالى أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَأَوْفُوا بِالْعُقُودِ خبر ابى حمزه الثّمالى قال سئل ابو جعفر عن رجل كان له على رجل دين فجاءه رجل فاشترى منه بعرض ثم انطلق الى الذى عليه فقال له اعطى ما لفلان عليك فأتى قد اشتريته منه فكيف يكون القضاء فى ذلك فقال ابو جعفر ع يرد الذى عليه الدين ماله الذى اشترى به من الرجل له الدين و منها خبر محمّد بن الفضيل قال قلت للرضاع رجل اشترى دينا على رجل ثم ذهب الى صاحب الدين فقال له ادفع الى ما لفلان عليك فقد اشتريته منه فقال ع يدفع اليه ما دفع الى صاحب الدين و برى الذى عليه المال من جميع ما بقى عليه و لا يقدر فيه و لا فى سابقه ضعف السنن لانجباره بالشّهره العظيمه الّتى لا يبعد معها دعوى شذوذ المخالف و للآخرين وجوه أيضا منها ظهور عباره السّرائر فى دعوى الاتفاق على المنع و يجاب عنه بعد تسليم الدّلاله بوهنه بمصير المعظم الى خلافه و منها ما اشار اليه فى ط من انّ الدين الذى فى ذمّه الغير ليس بمقدور على تسليمه فأنّه ربما منعه من هو عليه و ربما جحده و ربما افلس و من ابتاع ما لا يقدر على تسليمه بطل بيعه كما لو ابتاع عبدا مغصوبا او ابقا و يجاب عنه بالمنع من المقدّمين و منها ما ذكره فى السّرائر من انّ افراد البيع الصّحيحه محصوره فى ثلاثه السّلف و بيع العين المشاهده و بيع العين الغائبه الموصوفه و ليس محلّ البحث من شىء منها فيلزم ان يكون فاسدا و يجاب عنه بمنع الحصر كما اشار اليه فى لف و ضه فاذا المعتمد هو القول الاول

### منهل يجب على من كان عليه دين و غاب صاحبه الذى يعرفه غيبه منقطعه

اشاره

بحيث لا- يتمكّن من ايصال حقّه اليه مطّيه القضاء اذا تمكّن منه و قد صرّح بوجوب ذلك فى التّهايه و ثر و يع و فع و د و القواعد و كره و س و غيرها و لهم وجوه منها ما ذكره فى لك من ان ذلك من احكام الايمان كما قالوا فى العزم على الواجب فى الوقت الموسع لا- لكونه بدلا و أنّما ذكر الوجوب مع الغيبه المنقطعه تاكيذا و ليس المراد أنّه تجديد العزم السّابق لعدم دليل على هذا الوجوب و قد يناقش فيما ذكره امّا اولها فبانّ الظاهر من المصرّحين بوجوب ذلك أنّه يجب تّيه القضاء هنا بالخصوص و الحمل على التّاكيد خلاف الاصل و عدم وجدان دليل يدلّ على ذلك لا يكون قرينه على اراده خلاف الاصل و اما ثانيا فبانّ جعل وجوب تّيه القضاء من احكام الايمان يحتاج الى دليل و لم اعثر عليه الا ان يدعى الاجماع عليه او يقال بدلاله العقل عليه و فيهما تأمل و منها ما تمسّك به فى الرّياض من النّصوص المرويّه فى باب الدين فى الكتب الثلاثه الدّاله على انّ من

استدان دينا فلم ينو قضاؤه كان بمنزله السِّارق و به صرَّح الرِّضوى ثم صرَّح بأن قصور الاسانيد منجبره بالاعتبار و فتوى الأصحاب و يؤيد تلك النصوص كما صرَّح به اخبار احدها ما وصفه بالصَّححه عن الذى يكون عليه الدِّين لا يقدر على صاحبه و لا على ولى له و لا يدري باى ارض هو قال لا جناح بعد ان يعلم الله تعالى منه انَّ تيه الأداء و ثانيها الخبر الذى اشار اليه أيضا من كان عليه دين ينو قضاؤه كان معه من الله عزَّ و جلَّ حافظان يعينانه على الاداء فان قصر تيته عن الأداء قصر عنه المعونه بقدر ما قصر من تيه و ثالثها الخبر الاخر الذى اشار اليه أيضا احب للرجل يكون عليه دين ينو قضاؤه و قد يق هذه الاخبار منها ما لا يدل على وجوب تيته القضاء اصلا كما لا يخفى و منها ما يمكن الاستدلال به على ذلك و لكن ليس فيه دلالة على محلَّ البحث بالخصوص فت و منها ما حكاه فى الرياض عن بعض من دعوى الاجماع على وجوب ذلك فى محلَّ البحث و فيه نظر و التحقيق ان يقال المديون يجب عليه اذا غاب صاحب دينه غيبه منقطعه ان يكون عازما على القضاء اذا تمكَّن منه و لا يجوز له العزم على عدمه و لا التردد فيه لظهور اتفاق الأصحاب عليه و يؤيده الوجوه المتقدمه و لا ثمره مهمه يترتب على البحث فى انَّ ذلك هل هو من اجل ما ذكره فى لك او من اجل ان المديون يجب عليه العزم على القضاء او من اجل ان المديون يجب عليه ذلك بعد حصول الغيبه المنقطعه لصاحب دينه او من اجل جميع ما ذكر اذا العزم على ما ذكر لا بد منه و تعيين سببه غير لازم لا يقال البحث فى كون الأمور المذكوره موجهه للعزم المفروض بانفسها لانَّه لو كان كلُّها موجبا للعزم وجبت تكراره بعد حصول الغيبه المنقطعه لتكرار سببه و ان كان الايمان او الدِّين موجبا كفى عزم واحد حين تحقق الموجب و لا يحتاج الى تجديده حين حصول الغيبه المنقطعه لصاحب الدِّين و ان كان الموجب الغيبه المنقطعه وجب تجديد العزم بعدها سواء كان عازما على تيه القضاء قبلها أم لا لأننا نقول ما ذكر ربما يتجه لو فسِّر العزم و النيه هنا بالصوره المخطره بالبال لأنها يقبل التكرير و التجديد و لكنَّه بعيد فى الغايه و لا اظن احدا يقول به فالمراد هنا مجرَّد الداعى و من الظاهر أنه لا يقبل التكرير حيث لم يحصل ذهول و ان تكرر سببه فلا فائده فى البحث المتقدم اليه الإشارة على هذا التقدير فت

**و ينبغى التنبه على امور**

**الاول يجب على المديون ان يكون ناويا و عازما على القضاء مط**

و لو قبل حصول الغيبه المنقطعه لصاحب الدِّين كما صرَّح به فى لك و ضه و هو مقتضى اطلاق التَّهايه و السِّرائر و التَّحرير و التَّبصره و عد و س و اللمعه و جامع المقاصد و قد صرَّح فيه بدلاله النصِّ و الاجماع عليه و لا فرق فى ذلك بين ان يكون قادرا على الاداء او لا كما صرَّح به فى ضه و هو مقتضى اطلاق الباقيين و لو ترك نيه الاداء متعمدا فصرَّح فى التَّهايه و السِّرائر بأنَّه يكون ح بمنزله السِّارق فان اراد محض ترتب الاثم فهو حسن و لكن لا- خصوصيَّه للسِّارق و ان اراد الاشتراك فى جميع الأحكام من قطع اليد و الخروج عن العداله و غيرهما ففيه اشكال ممَّا اشار اليه فى الرياض من الأخبار الداله على ان من لم ينو قضاء الدِّين فهو بمنزله السَّارق بناء على المختار من افاده المنزله العموم و الشَّركه فى جميع الاحكام و من الاصل و عدم معلوميَّه اعتبار سند الأخبار المذكوره و ضعف دلالتها لإمكان دعوى تبادر اراده شده العقوبه فى الآخره و عدم اشتهار الاشتراك فى جميع الأحكام بين الأصحاب و ملاحظه سيره المسلمين فاذا اقرب عدم الاشتراك فى جميع الأحكام و صرَّح فى التَّهايه بأنَّه اذا كان عازما على قضاؤه ساعيا فى ذلك كان له بذلك اجر كثير و ثواب جزيل و يعينه الله على ذلك



### الثانى يجب على المديون الذى غاب ديانه غيبه منقطعه ان يوصى بانه مديون له

كما صرح فى النهايه و النافع و الشرائع و الإرشاد و القواعد و اللمعه و الروضه و لهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه و منها حكايه الرياض عن الصيمرى نفى الخلاف فيه و منها ما تمسك به فى الرياض من انه مع ترك الوصيه ربما ادى الى فوات المال و بقاء اشتغال الذمه فيجب من باب المقدمه و منها ما تمسك به فى الرياض أيضا من دلالة بعض النصوص عليه و منها ما تمسك به فى الرياض أيضا من الأخبار الداله على وجوب الوصيه بما له و عليه و حكى عن بعض انه حكى ذلك عن ظاهر جمله من الأصحاب

### الثالث يجب على المديون المقروض عزل الدين عند الوفاء

كما صرح به فى الشرائع و النافع و القواعد و لف و التذكره و اللمعه و الدروس و الروضه و هو ظاهر جامع المقاصد و لك و لهم وجوه منها ما تمسك به فى الشرائع و عد و جامع المقاصد و الروضه و لك من انه مناسب لتمييز الحق و ابعاد عن تصرف الورثه فيه و سبب للتوصل الى الرد الى من يستحقه و هو وجه ضعيف لا يصلح لإثبات حكم مخالف للأصل كما نبه عليه فى الرياض و منها ظهور عبارتى جامع المقاصد و المسالك فى دعوى الاجماع على وجوب ذلك فان الاول صرح بأن ظاهرهم ان وجوب العزل عند الوفاء اجماعى و الثانى صرح بأن ظاهر كلامهم خصوصا على ما يظهر من لف انه لا خلاف فيه و فيه نظر اما اولا فللمنع من دلالة كلامهما على دعوى الاجماع على وجه يصح الاعتماد عليه على القول بحجيه الإجماع المنقول بخبر العدل و اما ثانيا فلان ما ذكره على تقدير تسليم دلالاته على دعوى الإجماع معارض بدعوى الحلّى فى السرائر الإجماع على عدم وجوب العزل حيث انه نقل عن الشيخ التصريح بوجوب العزل على المديون المقروض ثم اورد عليه بأن عزل المال غير واجب بغير خلاف بين المسلمين فضلا عن طائفتنا لا يقال ليس فى كلامه تصريح بدعوى الاتفاق على عدم وجوب العزل عند الوفاء بل غايه ما يستفاد من كلامه دعوى الاتفاق على ذلك فى الجملة و لا كذلك ما ذكره المحققان المتقدم اليهما الإشاره فإنه صريح فى دعوى الاتفاق على وجوب العزل عند الوفاء و من الظاهر ان المجمع لا يعارض المبين لأننا نقول كلام الحلّى و ان لم يكن مصرحا بذلك الا ان اطلاقه يشمل محل البحث فلا يكون مجملا و الاطلاق و ان وجب تقييده بالمقيد و لكن لا نسلم صلاحيه المقيد هنا و هو كلام المحققين المذكورين للتقييد و ذلك لقصور دلالاته على دعوى الاجماع و لإمكان دعوى ظهور الاطلاق فى العزل عند الوفاء لأنه ورد ردا على الشيخ و الظاهر من اطلاقه هذا كما لا يخفى على ان وجوب العزل عند الوفاء لو كان مسلما عند الحلّى او مشكوكا فيه لما اتجه منه الايراد على الشيخ بقول مطلق بل كان اللازم التفصيل و بالجملة شمول اطلاق الحلّى للعزل عند الوفاء مظنون بظن متأخم للعلم فلا يبعد ان يدعى تكافؤ المتعارضين دلالة باعتبار الشمول لذلك فينبغى ترجيح ما ادعاه الحلّى لتقدمه و اظهره دلالاته فى دعوى الاجماع و اعتضاده بالأصل و بعدم اشتهاار وجوب العزل عند الوفاء مع توفر الدواعى عليه و باستلزام وجوبه الحرج العظيم غالبا و لذا قوى والدى العلامة قدس سره عدم الوجوب و فيه نظر فان الظاهر من موضع من السرائر القول بوجوب العزل عند الوفاء حيث حمل اطلاق وجوب العزل فى كلام الشيخ على هذا فيكون اطلاق كلامه محمولا على غير ذلك و كيف كان فالمسأله محل اشكال و لا شك فى ان الوجوب احوط بل هو فى غايه القوه و عليه

فلا- يلزم من العزل انتقال الضمان بل عليه الضمان مع التلف على الاطلاق كما صرح به فى الرياض محتجا بعدم الدليل على الانتقال و هل يجب العزل عند اليأس من الوصول الى المالك او لا ظاهر الاكثر الثانى و هو الأقرب للأصل و الإجماع المحكى فى السرائر و عدم اشتهاى الوجوب و السيره و استنزام العزل تضييع المال و الحرج العظيم و ربما يستفاد من النهايه الأول حيث أطلق وجوب العزل و هو ضعيف مع ان الظاهر من السرائر حمله على من حضرته الوفاه

## منهل اذا علم المديون بموت الديان او ثبت ذلك شرعا

### اشاره

فلا- يخ اما ان يعلم بأنه لا- وارث له غير الإمام ع او يعلم بوجود وارث له و يعرفه بعينه او يعلم بوجود وارث له و لكن لا يعرفه بعينه فان علم بفقد الوارث فالدين يختص بالإمام ع و يكون له ع كما صرح به فى السرائر و لف و الايضاح و الدروس و التنقيح بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه بل صرح بدعوى الاجماع عليه فى السرائر محتجا مضافا اليه بالاصول فينبغى ح دفعه الى الحاكم الشرعى فى زمن الغيبه بحق النيباه و ان علم بوجود الوارث له و كان معروفا دفعه اليه بلا خلاف و لا اشكال و ان علم بوجود الوارث له و كان غير معروف فهل يجوز ان يتصدق عنه فلا يجب حفظه و لا دفعه الى الحاكم او لا اختلف الأصحاب فى ذلك على قولين الأول انه يجوز التصديق به عنه و هو النهايه و النافع و الارشاد و التبصره و لف و القواعد و الدروس و اللمعه و جامع المقاصد و الروضه و لك و الكفايه و الرياض و المحكى فى الايضاح عن ابن براج بل صرح فى الروضه بدعوى الشهره عليه كما فى جامع المقاصد الثانى انه لا يجوز التصديق به عنه و هو للسرائر و ظاهر التنقيح و يظهر من الايضاح و المحكى فى الكفايه عن الفاضلين التوقف فى المسأله للقول الاول وجوه منها ما تمسك به فى لف قائلا و مع اليأس من الظفر بالوارث و عدم العلم به يمكن ان يتصدق به لثلا- يعطل المال اذ لا يجوز التصرف فيه و لا يمكن ايصاله الى مستحقه فاشبهه اللقطه اذ الحكمه التى منوط بها حكم اللقطه موجوده هنا فيجب مراعاتها عملا بالمقتضى السالم عن المعارض و منها ما تمسك به فى جامع المقاصد و لك و الروضه و الكفايه و الرياض من ان الصدقه احسان محض بالنسبه الى المالك لأنه ان ظهر ضمن له عوضها ان لم يرض بها و الا فالصدقه انفع له من بقائها المعرض لتلفها بغير تفريط المؤدى الى سقوط حقه و قد قال الله تعالى ﴿ مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ وَيَعْضُدُهُ مَا صَرَحَ بِهِ فِي جَامِعِ الْمَقَاصِدِ مِنَ الشَّهْرَةِ وَ مِنْهَا مَا صَرَحَ فِي جَامِعِ الْمَقَاصِدِ وَ لَكَ مِنْ كَثْرَةِ وَرُودِ الْأَمْرِ بِالْصَّدَقَةِ فِي كَثِيرٍ مِنْ نِظَائِرِ مَحَلِّ الْبَحْثِ فَيَنْبَغِي الْحَاقَهُ بِهَا عَمَلًا بِالِاسْتِقْرَاءِ الْمَفِيدِ لِلظَّنِّ الْقَوِي الَّذِي الْأَصْلُ فِيهِ الْحُجِّيَّةُ بِنَاءً عَلَى الْمُخْتَارِ وَفَاقًا لِجَمَاعِهِ مِنَ الْأَصْحَابِ أَنْ لَمْ نَقْلُ كُلَّهُمْ وَ مِنْهَا مَا ذَكَرَهُ فِي الرَّيَاضِ مِنْ اِحْتِيَاجِ مَنْ هُوَ عَلَيْهِ إِلَى تَفْرِيفِ ذِمَّتِهِ وَ لَا سَبِيلَ غَيْرِ الصَّدَقَةِ وَ لَكِنَّهُ أَشَارَ

ص: ١٧

الى ضعفه بقوله و هو كما ترى و منها ما ذكره فى الرياض قائلا بعد التضعيف المشار اليه نعم فى الفقيه و قد روى فى هذا خبر اخر ان لم يجد وارثا و علم الله تعالى منك الجهد فتصدق به قيل و نحوهما الخبران فى احدهما قد وقعت عندى مائتا درهم و اربعة دراهم فمات صاحبها و لم اعرف له ورثه فرايك فى اعلامى حالها و ما اصنع بها فقد ضقت بها ذرعا فكتب اعلم فيها و اخرجه صدقه قليلا قليلا حتى يخرج و فى الاخر كان لأبى جيران كان يقومه فى رحاء و له عندنا دراهم و ليس له وارث فقال ع تدفع الى المساكين ثم قال رأيك فيها ثم عاد عليه المسأله فقال له مثل ذلك فاعاد عليه المسأله ثالثه فقال ع تطلب وارثا فان

وجدت له وارثا و أبا فهو كسييل مالِك ثم قال ما عسى ان يصنع بها ثم قال يوصى بها فان جاء و أبا فهو كسييل مالِك و لا يقدر فيها ضعف اسانيدھا بالارسال و الجهالة على ما صرح به في الرياض لانجباره بالشَّهره و منها أنه لو لم يجز التصدق لما جاز للمتصدق عليه التصرف فيه بالبيع و الصِّلح و الاجاره و الوقف و نحو ذلك و التالى بط فالمقدم مثله اما الملازمه فظاهره و اميا التالى فللعومات الداله على صحه الامور المذكوره من نحو قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ و قوله ص المؤمنون عند شروطهم و منها ما صرح به في جامع المقاصد و لك من انه لا شبهه في جواز التصدق و انما الكلام في تعينه لظهور هذا الكلام في دعوى الاجماع و حصول القطع بالجواز و الاصل فيها اذا كانت من العادل الحجيّه فت و للقول الثانى وجوه منها ما ذكره في الرياض من ان الاصل بقاء اشتغال الذمه و عدم البراءه بالصدقه و منها ما ذكره في الروضه من ان الصدقه تصرف في مال الغير بغير اذنه فلا يجوز و منها ما تميّك به في السيرائر من ان الصِّدقه لا دليل عليها من كتاب و لا سنه مقطوع بها و لا اجماع و منها خبر معاويه بن وهب الذى وصفه بالصحه في لف و جامع المقاصد و الكفايه و الرياض قال سئل ابو عبد الله ع عن رجل كان له على رجل حق و فقده و لا يدري اين يطلبه و لا يدري احي هو أم ميت و لا يعرف له وارثا و لا نسبا و لا ولدا قال اطلب قال ان ذلك قد طالب فاتصدق به قال اطلب و صرح في الرياض بان نحوه خبران آخران مرويان كالأول و في الكتب الثلاثه في باب ميراث المفقود في احدهما أنه كان عند ابي جيران يعمل عنده بالاجر ففقده و بقي له من اجره شىء و لا نعرف له وارثا قال فاطلبه قال طلبناه و لم نجد له قال مساكين و حرّك يديه قال فاعاد عليه قال اطلب و اجتهد فان قدرت عليه و أبا فكسييل مالِك حتى يجىء ليطالب فان حدث بك حدث فاوصى به ان جاء له طالب ان يدفع اليه و قد صرح في جامع المقاصد بان ظ الزوايه الصِّححه مشعر بالمنع من الصدقه للأمر بطلب المدين عند قول السائل فاتصدق به و صرح في لف بانها معشره بوجوب الحفظ و لكن صرح في جامع المقاصد اخيرا بانه لا دلالة فيها لأن الطلب كما يحتمل وجوبه دائما يحتمل وجوبه الى زمان اليأس منه سلمنا الدلالة و لكنها كالوجوه السابقه لا تصلح لمعارضه ادله جواز الصدقه من وجوه عديده كما لا يخفى فاذن المعتمد القول الاوّل و عليه فهل يجب التصدق به عنه و يتعيّن فلا يجوز دفعه الى الحاكم و لا ابقائه في يده امانه او لا يتعيّن ذلك يظهر الاوّل من الامر بالتصدق في التبصره و د و القواعد و اللمعه و المحكى في لك و الكفايه عن الشيخ و جماعه و في لف عن النهايه و القاضى و صرح في الروضه بانه المشهور الا ان يقال الامر هنا لا يفيد الوجوب بل غايه ما يستفاد منه الرخصه لوروده بعد الحظر و هو المنع من التصرف في مال الغير و قد حققنا في الاصول انه اذا ورد الامر بعد الحظر فلا يكون مفيدا للوجوب و على هذا لا يفيد الأخبار المتقدمه المتضمنه للأمر بالتصدق به سوى الرخصه به و جوازه فلا يفيد الوجوب و التعيّن و قد صرح بنفيه في الدروس و جامع المقاصد و لك و ضه و الكفايه و ض و هو الاقرب للأصل و لما تضمن الامر بالتصدق من

الأخبار المتقدمه بناء على ما ذكرناه و للخبرين المتقدمين المتضمنين لقوله ع و أبا فهو كسييل مالِك فان الأصل في التشبيه الاشتراك في جميع الاحكام و من جملتها هنا نفى وجوب التصدق اذ لا يجب على الانسان ان يتصدق به و لما تمسك في الكفايه من صحيحه معاويه بن وهب المتقدمه و من خبر زراره المذى وصفه فيها و في لف بالصِّححه عن الباقر ع قال سألته عن الرجل يكون عليه الدين لا يقدر على صاحبه و لا على ولى له و لا يدري باى ارض هو قال لا جناح عليه بعد ان يعلم ان نيه الأداء

## الأول صرح في س و الروضه بالتخير بين امور ثلاثة

### الأول التصدق به عنه

و قد بينا ان المعتمد جوازه مط و لو تمكن من الدفع الى الحاكم و قد يدعى انه احوط

### الثاني ابقاؤه في يده امانه

و المعتمد عندي جوازه وفاقا للمعظم على الظاهر و يدل عليه الاصل و ظهور عدم القائل بالفرق بين جواز التصدق و جواز بقائه امانه و صرح في التنيح بان حفظه اولي

### الثالث دفعه الى الحاكم

و قد صرح بجوازه في جامع المقاصد و لك و ض و حكى عن ابن ادريس القول بوجوبه و صرح في الايضاح بان هذا هو الصيحيح لانه مع وجود الوارث يكون له و وليه الحاكم مع غيبته و الا فهو للإمام ع و هو ضعيف كما تبه عليه في جامع المقاصد قائلا لا شبهه في جوازه اما الوجوب فلا دليل عليه مع ان اكثر الأصحاب على خلافه ثم صرح بان القول بالصيحه لا محيد عن جوازه عند فقد الحاكم و مع وجوده فيمكن اولويه الصيحه من الحاكم و لكن صرح في لك بان القول بجواز التصدق اجود خصوصا مع تعذر قبض الحاكم اما معه فهو احوط و حيث يمكن مراجعته فهو اولي من الصيحه بغير اذنه و ان كان جائزا لانه ابصر بمواقفها و عندي فيما ذكره من جواز الدفع الى الحاكم اشكال لفقد الدليل المعتمد عليه و لكن مراعات رخصته في التصدق او الإبقاء امانه لعله احوط

## الثاني هل يجب الاجتهاد في طلب الوارث او لا

بل يجوز التصدق مع عدمه صرح بالأول في التناهي و

ص: ١٨

السرائر و يع و فع و عد و كره و لك و ض و الكفايه و يدل عليه الأصل و قوله تعالى إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا و الأخبار المتقدمه الآمره بالطلب و فيها الصيحيح و أطلق تجويز التصدق من غير ذكر الاجتهاد في التبصره و د و س و اللّمعه و ضه و جامع المقاصد و يدل عليه بعض الاخبار المتقدمه و لكنّه ضعيف فالمعتمد هو القول الاول و صرح في لك و الرياض بان المعتمد في الاجتهاد هنا بذل الوسع في السؤال عنه في الاماكن التي يمكن كونه او خبره بها و يستمر كك على وجه لو كان لظهر و هو جيّد و هل يحدّ بسنته او لا- الاقرب الثاني و اذا علم من غير اجتهاد بعدم التمكن من الوصول الى الوارث فالظاهر سقوط الاجتهاد

الثالث يظهر من الارشاد و القواعد و لف و س و اللّمعه و المحكى عن الشيخ بان التصدق لا يجوز الا مع اليأس عن الوارث المالك

و هو جيّد و فسّيره في الرّياض بان لا يحتمل الوقوف عليه عادة فلا يكفى الظنّ و لو كان متاخماً للعلم و فيه نظر لصدق اليأس معه عرفاً و كيف كان فالمعتبر صدق اليأس عرفاً

### **الرابع اذا ظهر المالك فان رضى بالتصدّق به عنه فلا اشكال**

و ان لم يرض به فيظهر من جامع المقاصد و لك و ضه و الكفايه انّ المتصدّق يضمن له و هو احوط و ان كان في تعيّنه نظر لخلوّ النّصوص و جملة من العبارات كالقواعد و الارشاد و التبصره و لف و اللّمعه و س عن الاشاره اليه و لاستلزامه الضّرر المنفى فاذن احتمال العدم في غايه القوّه و على تقدير الضّمان اذا مات المتصدّق فهل يخرج من تركته او لا فيه اشكال

### **الخامس صرّح في لك و جامع المقاصد بان مصرف هذه الصّدقه مصرفه الصّدقه المندوبه**

و ان وجبت على المديون او وارثه بالعرض فأنّه بمنزله الوكيل و الوصيّ الذي يجب عليه الصّدقه و ان كانت في اصلها مندوبه و هو جيّد فيجوز دفعها للفقراء من الذّريه

### **السادس صرّح في لك بانه لو دفعها الى الحاكم فلا ضمان**

و ان تلفت في يده بغير تفريط و لم يرض المالك اّما مع بقائها معزوله في يده او يد وارثه فينبغي ان يكون حكمها حكم ما لو كانت في يد الحاكم لأنّ الاذن الشرعي في عزلها يصيرها امانه في يده فلا يتبعه الضّمان مع احتمال له لأنّ الأمانه هنا شرعيّه لا مالكيه و الأمانه الشرعيه قد تتبعها الضّمان و عندى أنّ ما ذكره من الاحتمال الثّاني ضعيف فلا يضمن ح

### **السابع اذا شك في وجود الوارث فالاحوط الحاقه بصوره ما لو علم بوجود الوارث**

و ان كان الأصل عدمه

### **منهل الدّيان اذا طالب المديون الموسر و القادر على الوفاء بدينه الحال**

#### **اشاره**

سواء كان مؤجلاً- و حل أم لا- و اراد منه الوفاء فان و في المديون و ادّى الدّين اليه فلا كلام و ان ماطل و ترك الأداء عمدا فيظهر منه أنّه يترتّب عليه امور

### **الاول العصيان و الاثم**

فالمماطله محرمة كما صرح به في الغنيه و السرائر و القواعد و التحرير و كره و هو ظ النهايه و س و لك و الكفايه بل الظاهر انه ميّالا- خلاف فيه و يدلّ عليه مضافا الى ما ذكر العمومات الدّاله على نفى الحرج و الضرر و النبوى المرسل لئى الواجد يحل عقوبته و عرضه و النبوى الاخر الذى اشار اليه فى السّرائر قائلا- قال الرسول ص مطلق الغنى حرام و ما دلّ على جواز حبس المماطل

### الثانى بطلان صلاه المماطل فى سعه الوقت بعد حصول المطالبه من الدّيان

و عدم رضائه بالتأخير بمقدار الصّلاه و قد صرح بذلك فى السّرائر و عد و كره و لف و صرح فى جامع المقاصد بالصّحّح و هو ظ المحكى فى لف عن ابن حمزه للقول الاول و جوه منها قاعده الاحتياط و قد يجاب عنها بعدم صلاحيتها المعارضه للعمومات الدّاله على الصّحّح و منها ما تمسك به فى السّرائر من ان قضاء الدّين بعد المطالبه واجب مضيق و اداء الصّلاه فى اول وقتها واجب موسع فكلّ شىء يمنع من الواجب المضيق فهو قبيح بغير خلاف من محصل و قد يناقش فيه اولا بالمنع من التضييق على وجه يمنع من اداء الصّلاه و الفوريه العرفيه على تقدير تسليمها يتحقق مع فعل الصّلاه و فيه نظر و ثانيا بالمنع من كليه الكبرى و دعوى نفى الخلاف فيها ممنوعه و منها ما ذكره فى جامع المقاصد من ان الامر بالاداء على الفور يقتضى النهى عن ضده و النهى فى العباده يقتضى الفساد و قد يناقش فيه بالمنع من المقدمه الاولى ان اريد من الضد الضد الخاص الذى من جمله افراده هنا الصّلاه فى اول الوقت لعدم الدليل على ان الأمر بالشىء يقتضى النهى عن ضده الخاص و ان ذهب اليه جماعه من الاصوليين و ان اريد منه الضد العام فهو حقّ لدلاله العقل و النقل على انّ الامر بالشىء يقتضى النهى عن الضد العام المعبر بالترك و لكنه لا يجدى هنا لان المطلوب فى النهى هو الكف عن الشىء او تركه و الكف عن الامر العام و تركه غير متوقّف على شىء من الامور الخاصه حتّى يكون شىء منها متعلّق النهى لإمكان الكف عن الامر الكلى من حيث هو و ليس ذلك كالأمر بالكلى لأنّ ايجاد الكلى بدون احد جزئياته ممتنع على انّ التحقيق ان الامر بالكلى ليس امرا بشىء من جزئياته و ان توقّف عليها من باب المقدمه فوجوبه ح من باب المقدمه لا- من نفس الامر و قد حكى هذا فى جامع المقاصد عن حذاق الاصوليين مصرحا بما ذكرناه من الجواب لا يقال الامر بالشىء و ان لم يقتضى النهى عن ضده الخاص الا انه يمنع من تعلّق الامر به و هو يكفى فى الحكم بفساده اذا كان من العبادات كما فى محلّ البحث اذ الصّلاه من جمله العبادات بالضروره و قد صار الى ما ذكر بعض افاضل المتأخرين لأننا نقول لا نسلم ذلك لعدم دلالة شىء من الادله الأربعة عليه و منها ما ذكره فى جامع المقاصد أيضا من ان اداء الدّين مأمور به على الفور و لا يتم الا بترك العباده الموسعه و ما لا يتم الواجب الا به فهو واجب و ما وجب تركه ففعله منهى عنه لأننا نقول لا نسلم وجوب المقدمه بمعنى المطلوبه على وجه اللزوم و ترتب الاثم على الترك نعم هو لا- بد منه عقلا- و لا- نسلم ان كلما كان تركه لا بد منه يكون فعله منهيا عنه بمعنى انه مطلوب الترك و بالجمله الوجه المذكور ضعيف كما نبه عليه فى جامع المقاصد قائلا قوله و ما لا يتم الواجب الا به فهو واجب فيه بحث فانه ان اريد بذلك العموم منع لاین الواجب الموسع لم يتم دليل على انّ تركه مقدمه لواجب اخر مضيق و ظ الاوامر الوارده به الاطلاق فى جميع وقته الا- ما اخرجه دليل و ان اريد به ما سوى ترك الواجب فهو حقّ الا انّ المتنازع فيه من قبيل ما كان فيه ترك الواجب فيه هو المقدمه و منها

ما ذكره في جامع المقاصد أيضا من أنّ وجوب القضاء على الفور ينافي وجوب الصّلاه في الوقت الموسع لأنه حين وجوب الصلاه اذا تحقّق وجوب القضاء على الفور يلزم تكليف ما لا يطاق و اجاب عنه فيه بأنه لا يمتنع ان يقول الشّارع اوجبت عليك كلّا من الامرين لكن احدهما مضيق و الاخر موسع فان قدّمت المضيق فقد امتثلت و سلمت من الاثم و ان قدمت الموسع فقد امتثلت و اثمت بالمخالفة في التّقديم و منها ان الحكم بعدم الصّحّه احوط و ازجر للنّفوس عن التّهاون في اداء الحقوق الفوريّه كما صرّح به في جامع المقاصد فيلزم مراعاته عملا بقاعده اللّطف المسلمه عند الاماميّه و فيه نظر بل التحقيق أنّ مراعات قاعده اللّطف تقتضى الحكم بالصّحّه فت و للقول الثّاني ما تمسّك به في جامع المقاصد من ظواهر اطلاقات الأوامر بالصّلاه و يعضدها امور الأوّل قوله ع في صحيحه زراره لا تعاد الصّلاه إلّا من خمسه الوقت و القبلة و الطهور و الرّكوع و السّجود الثّاني خلوّ الأخبار من الاشاره الى ترتّب الفساد بذلك مع توفّر الدواعى عليه و شدّه مسيس الحاجه اليه الثّالث السّييره المستمره بين المسلمين كما لا يخفى الرّابع ترتب الحرج العظيم و الضّرر الشّديد على الحكم بالفساد و الأصل عدمهما للعمومات الدّاله على نفيهما و الانصاف ان المسأله محلّ اشكال فلا- ينبغى ترك الاحتياط فيها و لكن القول الثّاني في غايه القوّه و يلحق بالصّلاه كل عباده موسعه كالوضوء و الغسل و نحوهما فيكون فاسدا اذا اشتغل به و ترك اداء الدّين في الوقت الموسع على القول الاول و قد صرّح بفساد ذلك في القواعد و كره و صرّح فيهما بأنه يلحق بالدّيون غيرها من الحقوق الواجبه كالزّكاه و الخمس محتجّبا في الاخير بان اربابها في العاده مطالبون و ان لم يصرّحوا بالطلب و فيه نظر و لو على القول الأوّل لعدم الدّليل على فوريّه الأمرين من شىء من الادلّه الأربعة مع أنّ الاصل عدمها

### الثّالث أنّه يجب على الحاكم حبس المماطل

و الزامه باداء الدّين حيث يسئل الأوّل صاحب الدّين و يتوقّف الانتهاء عن المنكر عليه و قد صرّح بذلك في النّهايه و السّرائر و كره و القواعد و احتجّ عليه في الثّالث بان الصّادق ع قال كان امير المؤمنين ع يحبس اذا التوى على غرمانه ثم يأمر فيقسم ماله بينهم بالحصص فان ابى باعه فقسمه بينهم يعنى ماله و يؤيّده تصريح الحلّي بأنّ الصّحابه و التابعين و المسلمين في جميع الأعصار يتحاكمون الى الحكام في الحرم و يطالبون الغرمان بالدّيون و يحبس الحاكم على الامتناع من الأداء الى عصرنا هذا من غير تناكر بينهم و في ذلك و اجتماع المسلمين على خلاف ذلك هذا معلوم ضروره او كالضروره و هل يجب حبسه بمجرد المماطله كما هو ظ اطلاق النّهايه و كره او لا فيه اشكال و لكن الاقرب عدم الوجوب بل قد يمنع من جوازه للأصل و عموم ما دلّ على حرمة ايداء المسلمين السليمين عن المعارض فانّ الرّوايه المذكوره و ما حكاه الحلّي من الاجماع لا يصلحان للمعارض قطعاً فان حبسه الحاكم ثم ظهر له بعد ذلك اعساره و جب عليه تخليته كما صرّح به في النّهايه و السّرائر لا فرق في ذلك بين ان يحضر خصمه أم لا كما صرّح به في الاخير محتجّبا بقوله تعالى وَ إِنْ كَانَ ذُو عُسْرِهِ الْايه

### الرّابع عدم قبول شهاده المماطل اذا اصر على المماطله

من غير عذر كما صرّح به في كره

منهل اذا كان المديون معسرا غير قادر على وفاء الدّين لعدم تملكه شيئا يصلح للوفاء و عجزه عن الاكتساب

فيحرم على الدّيان مع علمه بذلك و ثبوته شرعا مطالبته بالوفاء و قد صرّح بما ذكر في النّهاية و الغنيه و السّرائر و لف و القواعد و كره و التّبصره و الدروس و لهم وجه منها تصريح الغنيه بدعوى الاجماع على ذلك و يعضده اولا ظهور الاتّفاق عليه و ثانيا تصريح التّدكره بنسبته الى علماءنا اجمع و منها ما تمسّك به في الغنيه و كره من قوله تعالى وَ إِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ و حكى هذا الاحتجاج عن ابن بابويه و منها ما اشار اليه في كره من أنّه لو جاز مطالبه المعسر لجاز ملازمته و حبسه و التالى باطل للمروى عن مولانا الباقرع أنّ عليّاع كان يحبس في الدّين فاذا تبيّن له افلاس و حاجه خلى سبيله حتّى يستفيد مالا و فيه نظر و هل يختصّ حرمة المطالبه بصوره انفاق المديون في غير المعصيه او لا- بل يعمّ صوره الانفاق في المعصيه اختلف الأصحاب في ذلك فحكى عن ابن بابويه و ظ الحلبي الأوّل و ظ عباره الاكثر الثّاني و به صرّح في لف و كذا صرّح به في س مستبعدا للقول الأوّل و قائلان أنّ المنفق في المعروف اوسع مخرجا لحل الزكاه له و هذا القول مع كونه احوط اقرب عندى و اذا كان المديون ممّن لا- مال له اصلا و لكنه يقدر على الاكتساب و ثبت ذلك عند الحاكم فهل يجوز له تسليمه الى غرمائه ليستعملوه او يؤاجروه او لا- بل ينظر و يخلى سبيله حتّى يوسع الله تعالى عليه و يقدره على وفاء الدّين اختلف الأصحاب في ذلك على اقول الاول أنّه لا- يجوز له ذلك بل ينظر حتّى يوسع الله عزّ و جلّ عليه و هو للنّهاية و الخلاف و الغنيه و يع و فع و التحرير و التّبصره و د و عد و س و اللمعه و ضه و لك و المحكى عن الحلّى و المفيد و صرّح في المهذب البارع و لك و ضه و يه و مجمع الفائده بأنّه المشهور بين الأصحاب و في الكشف بأنّه ممّا ذهب اليه الا- كثر و منهم الشّيخان و في الرّياض بأنّه الاشهر و فى يع و فع بأنّه اشهر الرّوايتين الثّاني أنّه يسلم الى الغرماء و هو للمحكى عن النّهاية و ابن حمزه و نفى عنه البعد فى لف الثّالث ما حكاه فى لف و الكشف عن ابن حمزه من أنّه اذا ثبت اعساره خلى سبيله اذا لم يكن ذا حرفه يكسب بها و ان كان ذا حرفه دفعه اليه ليستعمله فما فضل عن قوته و قوه عياله اخذه بحقه و صرح فى الأوّل بانه ليس بعيدا من الصواب و يظهر من التّفريح و مجمع الفائده المصير اليه للقول الأوّل و وجه منها ما تمسّك به فى الخلاف و السّرائر و الكشف و الرّياض من ان الاصل براءه الذّمه فمنها ما تمسّك به فى لك من ان الاصل عدم تسلّط صاحب الدّين على عين المديون لانتفاء ولايته و منها ما تمسّك به فى مجمع الفائده من ان تسليط شخص على آخر باى شىء شاء يفعل به مع عجزه مما ياباه العقل و النقل و منها انه لو كان القول الثّانى و الثّالث صحيحين لنقل عن النّبى ص و عن امير المؤمنين ع ارتكاب التّسليم الى الغرماء و التّالى باطل فت و منها أنّهما لو كانا صحيحين

ص: ٢٠

لتواتر النصوص عليه من اهل العصمه عليهم السّلام لتوفّر الدّواعى عليه و التّالى باطل و منها ان تسليط الغريم على المديون على الوجه المذكور مستلزم للحرّج و هو باطل للأدله الأربعة الدّاله على اصاله نفيه فى الشّريعه و منها أنّ تسليطه على المديون ضرر فالاصل عدمه لعدم نفي الضّرر لا يقال ترك التسليط ضرر على الغريم فالاصل عدمه أيضا لأننا نقول ذلك فى جميع الموارد ممنوع سلمنا و لكن تخصيص الغريم من العموم اولى لاعتضاده بالنسبه الى المديون بالشهره و غيرها و منها ان التسليط المذكور مستلزم للفساد العظيم و مورث للفتنه الشّديده و قد ينتهى الامر الى اتلاف النّفوس و هتك الاعراض و ارتكاب الفواحش و ذلك مخالف لحكمه الشّرع كما لا يخفى و منها ما تمسّك به فى الخلاف و السّرائر و المهذب البارع و لك و مجمع الفائده و الكشف و الرّياض من قوله تعالى فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ لا يقال يدفع ما ذكر ما صرح به فى لف من ان الآيه الشّريفه متأوله بالعجز عن التّكسّب و التّحصيل لأننا نقول التأويل خلاف الاصل فلا يصار اليه الا بدليل و ليس لايق لا نسلم أنّ ذلك تأويل بل هو ظ



اللفظ لأنَّ الشَّرط في الانظار على ما دلَّ عليه الآيه الشَّريفه الإعسار و هو غير متحقَّق في صورته قدره المديون على التكبُّب فينتفى الانتظار فيجوز المطالبه و من الظاهر أنَّه لا- يجوز المطالبه بالوفاء بالدين لعدم قدره عليه بخصوصه فان حضرت في المطالبه بالتكبُّب للوفاء و هو معنى تسلُّط الغريم على استعمال المديون للوفاء اذ يلزم منه ذلك لظهور عدم القائل بالفرق بين الامرين كما لا يخفى لأننا نقول ذلك غير وجيه اذ الظاهر صدق الاعسار مع العجز من خصوص بذل المال للوفاء و ربما يشهد بذلك تمسك كثير من محققى الاصحاب بالآيه الشريفة على هذا القول سلمنا عدم الصدق و لكن لا نسلم شمول المفهوم لمحلِّ البحث و لو باعتبار اطلاقه بل هو مجمل بالنسبه اليه سلمنا ان اطلاق المفهوم يفيد العموم ككثير من المطلقات و لكن نمنع من شموله لمحلِّ البحث أيضا لعدم تبادره بل المتبادر خلافه و قد بينا في الاصول ان المطلق ينصرف الى الفرد المتبادر سلمنا عدم التبادر و لكن غايه المفهوم دفع وجوب الإنظار بعدم الإعسار و هو لا يستلزم تسليط الغريم على استعمال المديون لا عقلا و لا- شرعا فانَّ القول بعدم القول بالفصل غير معلوم و منها ما تمسك به في مجمع الفائده و الكفايه و ض من خبر زراره الذى وصفوه بالصَّححه عن الباقر ع كان على ع لا يحبس فى السِّجن الا ثلث الغاصب و من اكل مال اليتيم ظلما و من ائتمن على امانه فذهب بها و ان وجد له مال باعه غائبا كان او شاهدا و حكى فى التنقيح عن اللائى أنَّه صرح بانَّ هذه الروايه هى الروايه التى اشار فى يع الى دلالتها على هذا القول مدعى اشهريتها و لكن صرح فى التنقيح و لك بانَّه لا دلالة فيها عليه و صرَّحا أيضا بأنَّهما لم يقفا على روايه تدلُّ عليه و صرح فى الثانى بانَّ بعضهم ذكر أنَّها ليست موجوده اصلا و لذا احتمل فى الاول ان يكون مراد المحقِّق من الشَّهره شهره الحكم لا- شهره الروايه و لكنه اعترف بانَّه خلاف مصطلحه و قد يق الروايه داله على ذلك لوجوه الاول تصريحها بان المديون الخاص و لو كان قادرا على الاداء لا يحبس و التسليم الى الغرماء ليستعملوه او يؤاجروه حبس و قد صرح بهذا الوجه فى مجمع الفائده و فيه نظر امَّا اولا- فللمنع من صدق الحبس على ذلك حقيقه و اما ثانيا فللمنع من انَّ ذلك حبس فى السِّجن ان سلم صدق الحبس عليه فى الجملة و الذى نفته الروايه الحبس فى السِّجن لا مطلق الحبس الثانى أنَّه اذا لم يجز حبسه مع العجز كما هو مقتضى الروايه لم يجز استعماله و مؤاجرته بطريق اولى و قد صرح بهذا فى مجمع الفائده أيضا و فيه نظر أيضا للمنع من فهم الاولويه عرفا و لو سلم اهونيه الحبس فى السِّجن من الاستعمال و المواجره عقلا الثالث ما صرح به فى مجمع الفائده أيضا من أنَّه يفهم من سوق الروايه انه ع ما كان يستعمل المديون و قد يعترض عليه بالمنع من فهم ذلك سلمنا و لكن لعلَّ ذلك لعدم قبول الدين للاستعمال او لغيره من الاعذار سلمنا ظهور الروايه فى الدلاله على المدعى و لكنه لا تصلح لمعارضه الروايه المصرَّحه بالاستعمال و المواجره ألما ان يجاب عنها بضعف السِّند كما اجاب به عنها فى لك و الكفايه او بمخالفتها للعقل كما صرح

به فى مجمع الفائده قائلا لا يمكن فى مثل هذه المسأله الاكتفاء بمثل هذه الروايه المخالفه للعقل فان حبس شخص قبل موجه غير معقول او بتضمُّنها التصريح بانَّ امير المؤمنين ع كان يحبس فى الدين ثم ينظر فى امر المديون فان لم يكن له مال دفعه الى الغرماء للاستعمال او المؤاجره و يخالف الاول تصريح هذه الروايه الصَّححه بانَّه ع ما كان يحبس من المديون الا الثلاثه و من الظاهر انَّ هذه الصَّححه اولى بالترجيح من وجوه عديده فاذا بطل العمل بالروايه المصرَّحه بانَّه ع كان يحبس فى الدين فى الجملة بطل مط حتَّى بالنسبه الى الاستعمال و المؤاجره لتفرعهما على الجزء الاول و هذا أيضا احد توجيهات دلاله الروايه على المدعى ألما ان يقال لا تعارض بين الروايتين اصلا لأنَّ غايه ما يستفاد من الروايه المصرَّحه بانَّه ع كان يحبس فى الدين الحبس فى الجملة و هو مقتضى الصَّححه المذكوره أيضا كما لا يخفى غايه الامر أنَّها تضمَّنت التفصيل دون الروايه المذكوره فانَّها مجمله و من الظاهر أنَّه لا- تعارض بين المجمل و المبين فت و منها خبر غياث بن ابراهيم عن جعفر عن ابيه ع انَّ عليَّ ع كان

يحبس في الدين فاذا تبين له افلاس و حاجه خلى سبيله حتى يستفيد مالا و قد صرح في مجمع الفائدة و الكفايه و الرياض بدلالته على المدعى و زاد الاوّل فجوز كونه هي الزوايه التي اشار اليها في يع مدّعيًا اشهريتها و لكنها حكم بضعفها في الثاني و قد يجاب عنه بانجباره بالشهره و منها خبر السكوني عن جعفر عن ابيه عن علي ع ان امرأه استعدت على زوجها أنّه لا ينفق عليها و كان زوجها معسرا فابى ان يحبسه و قال ان مع العسر يسرا و قد صرح بدلالته على المدعى في الكفايه و الرياض و كذا في مجمع الفائدة قائلا- لا- شكّ أنّه يفهم من هذه الزوايه عدم استعمال الزوج و مواجرته و تحصيل نفقه الزوجه لقوله ع ابي ان يحبسه خصوصا و قال انّ مع العسر يسرا فالغير بالطريق الاولى او بالمساوات

ص: ٢١

لوجود العلّه و هو قوله ع فَإِنَّ مَعَ الْعُسْرِ يُسْرًا\* فافهم و لكن الثاني ضعفه سندا و قد يجاب عنه بنحو ما تقدّم من الجبر بالشهره مع أنّه صرح في الرياض بأنّه كالصحيح بروايه عبد الله بن المغيرة عن السكوني و قد حكى على تصحيح ما يصحّ عنهما اجماع العصابه و منها ما تمسك به في الكشف من الامر بالانظار في جملة من النصوص و للقول الثاني وجوه منها ما ذكره جماعه من روايه السكوني عن الصادق ع انّ عليّ ع كان يحبس في الدين ثمّ ينظر ان كان له مال اعطى الغرماء و ان لم يكن له مال دفعه الى الغرماء فيقول لهم اصنعوا به ما شئتم و ان شئتم فاجروه و ان شئتم استعملوه و يجاب عنه اولا بضعف السند كما صرح به في لك و الكفايه و ثانيا بمخالفته للعقل كما صرح به في مجمع الفائدة كما تقدّم اليه الاشاره و ثالثا بما ذكره في الرياض من معارضته بما هو اكثر عددا و اوضح سندا و اوفق بالآيه الكريمة فلا تكافؤ بينهما مضافا الى كونه شاذلا عاملا به حتى الشيخ لرجوعه في ف عمّا ذكره في النهاية الى ما عليه اصحابنا و منها انّ تسلط الغريم على المديون باستعماله اوفق بالمصلحة في وفاء الدين و اضبط للنظام و فيه نظر و منها أنّه لو لم يتسلط الغريم على استعمال المديون للزمت ترتب الضرر العظيم عليه و الأصل عدمه لعدم ما دلّ على نفى الضرر و فيه نظر لمعارضه ذلك بترتب الضرر على المديون أيضا و ترجيح الاوّل ممّا لا دليل عليه بل الدليل على الترجيح الثاني موجود و للقول الثالث وجهان احدهما ما تمسك به في لف من أنّه اذا كان ذا حرفه يكتسب بها يتمكّن من اداء ما وجب و ايفاء صاحب الدين حقّه فيجب اما الصغرى فظ لأنّ الفرض أنّه متمكّن من الكسب فلا يكون معسرا و لا فرق بين قدره على المال و على تحصيله و لهذا منعنا القادر على المتكسب بالصيّنه و الحرفه من اخذ الزكاه باعتبار الحاقه بالغنى القادر على المال و اما الكبرى فلّمّا دلّ على انّ القادر على اداء الدين يجب عليه اداؤه و اورد عليه في المهذب البارع و لك و الكفايه و مجمع الفائدة و الرياض بانه لا يصلح حجّه لابن حمزه اذ غايته وجوب التكسب على المديون لا تسلط الغريم على منافعه بالاستعمال و الاجازه و مع ذلك فقد ذهب جماعه منهم المحقق على ما حكى الى عدم وجوب التكسب في قضاء الدين بل اذا تكسب و فضل معه عن المعونه شيء و وجب صرفه في قضاء الدين عملا- بظاهر الآيه لا يقال اذا تمكّن من اداء الدين بالتكسب فيسلمه الحاكم الى الغريم للاستعمال و الاجاره من باب ولايته عليه لأنّنا نقول لا نسلم ثبوت هذه الولاية كما اشار اليه في المهذب البارع قائلا في دفع الايراد المذكور ولاية الحاكم و حجره يتعلّق بالمال و التقدير أنّه لا مال له و ثانيهما ما اشار اليه في المهذب البارع و لك و الكفايه و الكشف و الرياض من روايه السكوني و اجاب عنه في لك و الكفايه و الرياض بعدم انطباقها على المدعى من التفصيل على أنّها ضعيفه السند كما اشار اليه في الاولين لا يقال يمكن الاستدلال على هذا القول بالجمع بين الادله و الروايات المختلفه لأنّنا نقول هذا مدفوع بما ذكره في الرياض من عدم التكافؤ اولا و عدم الشاهد عليه ثانيا فهذا القول ضعيف كسابقه فاذا المعتمد هو القول الاوّل و عليه فهل يجب على المديون ح التكسب لأداء الدين او لا اختلفوا فيه

على قولين الأوّل اذ التكبّب فى قضاء الدّين ليس بواجب بل اذا تكبّب و فضل عن المئونه شىء و جب صرفه فى قضاء الدين و هو للمحكى فى لك و الكفايه عن جماعه و عد فى الأوّل منهم المحقّق و حكاه فى س عن ظ ف و صرح بأنّه ممّا قطع به ابن ادريس الثّانى أنّه يجب مط و هو للغنيه و س و المهذبّ البارع و و لك و الرّوضه و مجمع الفائده و الرّياض و المحكّى عن العلّامه فى لف للأوّلين وجوه منها ما اشار اليه فى الخلاف و فى الكفايه ان الاصل براه الذّمّه من وجوب ذلك و منها ما اشار اليه فى الخلاف و س و لك من ظ قوله تعالى فَظَرَّةٌ إِلَيَّ مَيَّسْرَةٌ و فيه نظر لما ذكره فى مجمع الفائده من أنّها مقيدة بذى عسره و نمنع كون المفروض كك اذ المتبادر الى الدّهن العاجز على الوجه المتعارف بالكليه و منها أنّ ذلك لو كان واجبا

لورد التنبيه عليه فى الاخبار و الثّانى بط فالمقدّم مثله اما الملازمه فظاهره و اما بطلان الثّالى فلانا لم نجد روايه تدلّ على ذلك و منها أنّ ذلك لو كان واجبا لترتب الضّرر على المديون و لزمه الوقوع فى الحرج و الأصل عدمها للعمومات النافيه لهما و منها ان صاحب الكشف حكى عن الشيخ فى ط أنّه صرح بعد ذكر الخلاف فى الاجبار على التكسب فأنّه لا خلاف فى أنّه لا يجب عليه قبول الهبات و الوصايا و الاحتشاش و الاحتطاب و الاصطياد و الاعتنام فى دار الحرب و قتل الأبطال و سلبهم ثيابهم و سلاحهم و لا- يؤمر بالتزويج لتأخذ المهر و تقتضى الديون و لا- يؤمر الرّجل بخلع زوجته فيأخذ عوضه فت و منها ان ذلك لو كان واجبا لاشتهر بل و تواتر بين المسلمين لكثرت ابتلائهم بالدّين مع عدم القدره على الوفاء و لو فى بعض الازمان و الأحوال و الثّالى بط بل ما وجدنا و لا سمعنا من احد من السّلف و الخلف أنّه التزم بالتكسب للوفاء خصوصا العلماء و الصّالحاء و الأشراف و منها ان الكسب لم يتّصف بالوجوب قبل الدّين فالاصل البقاء بعده و منها أنّ ذلك لو كان واجبا للزم الاشتغال به و السّعى فيه و ذلك مستلزم لعدم جواز الإتيان بالمستحبات المنافيه لذلك و للزم تأخير الفرائض الى اخر وقتها و جميع ذلك مدفوع بالأصل و العمومات و السّيره بين المسلمين و للآخرين وجوه منها أنّ وفاء الدّين واجب و لا يتم الا بالكسب فيجب فان ما لا يتم الواجب الآ به فهو واجب لا- يقال لا نسلم أنّ وفاء الدّين واجب مط حتّى يجب تحصيل مقدّمته كما يجب تحصيل اللباس للصّلاه بل هو واجب مشروط كالحجّ بالنّسبه الى الاستطاعه فلا يجب تحصيل مقدّمته كما لا يجب تحصيل الاستطاعه لأجل وجوب الحجّ و لئن تنزلنا فلا- أقلّ من احتمال ذلك و معه كيف يمكن الحكم بالوجوب لأنّنا نقول اذا دار الأمر فى الواجب بين ان يكون واجبا مط او مشروعا فالأصل ان يكون واجبا مط لأنّ الواجب المطلق اكثر من الواجب المشروط و ان كان كلّ منهما يعتبر فيها الاخر من جهه فيجب الحاق المشكوك فيه بالاعم الأغلب

ص: ٢٢

عملا- بقاعده الاستقراء و يعضد ذلك فى كثير من المواضع اطلاق ما دل على وجوب ذى المقدمه و منها أنّ ترك التكسب اضرار بصاحب الدّين فلا يكون جائز العموم نفى الضّرر و منها ما صرح به فى المهذبّ البارع من دلاله الأحاديث عليه و فى جميع الوجوه المذكوره نظر و المسأله محلّ اشكال فلا ينبغى فيها ترك الاحتياط بمراعات التكسب بالقدر الممكن و ان كان التفصيل بين صورتى كونه غير لائق بحاله و لا- موافق لزيه كالزّباله و النساجه و نحوهما من الصّنائع الدّنيه الرذله بالنّسبه الى اشرف النّاس كالعلماء و الملوّك او مستلزم لترتب ضرر اخر غير ما ذكر فلا يجب عملا بعموم نفى الضّرر السّليم عن المعارض المؤيد بسيره المسلمين و كون التكسب موافقا لحاله و مناسبا لزيه و غير مستلزم لترتب ضرر على الكاسب بوجه من الوجوه مع استلزام تركه الضّرر العظيم على المالك فيجب فى غايه القوّه و ربما يستفاد هذا التفصيل من جامع المقاصد و المحكّى فيه عن

الدّروس

### الأول أطلق فى النّهايه و السّرائر و عد أنّه يجب على المديون السّعى فى قضاء الدّين

و عبر فى كره عن حكم ذلك بلفظ ينبغى الظاهر فى الاستحباب و هو ضعيف بل الاقرب هو الأوّل حيث لا يترتب على السّعى ضرر لا يتحمّل عادة و مع ذلك فهو احوط و لو توقّف القضاء على دين فلا اشكال فى جوازه و هل يجب فيه اشكال بل احتمال عدم الوجوب فى غايه القوّه

### الثانى صرّح فى النّهايه و السّرائر و عد و كره و التّحرير و س بأنّه يجب على المديون ان يترك الاسراف

و ان يقنع فيها بالاعتقاد و لا يجب عليه ان يضيق على نفسه بل يكون بين ذلك قواما و الظاهر أنّ مرادهم من الاسراف التّوسعه الزّائده على الاقتصاد الجائزه فى نفسها شرعا و ما ذكروه جيّد بالنّسبه الى المديون الذى يجب عليه دفع امواله فى الدّين عدا المستثنيات و اما المديون الذى يملك الزّائد عن دينه فلا يحرم عليه تلك التّوسعه و لا يبعد تنزيل كلامهم على ما ذكرنا و هل يستحبّ التّضييق او لا استقرب فى س الأوّل اذا رضى به عياله و مقتضى اطلاق الكتب المتقدّمه عدم الفرق فى ذلك بين ان يحجر عليه الحاكم او لا و بين ان يطالبه الدّيّان بدينه او لا و هو جيّد

### منهل اذا طالب الدّيّان من المطلوب دينه و حقّه فادعى المديون أنّه معسر و عاجز من الوفاء

#### اشاره

بحيث لا- يجوز مطالبتة و لم يعلم بصدقه و لا- بكذبه فهل يلزم ان يصدق فيترك و لا- يطالب منه بالدّين او لا بل يجب على المديون اثبات عجزه شرعا التّحقيق ان يقال ان للمسئله صورا احديها ان يكون هذا المديون فى سابق الزّمان و قبل هذه المطالبه ممّن كان له مال يصلح للوفاء و لكن لا يعلم ببقائه حين المطالبه فيكون كاذبا و لا بعدمه فيكون صادقا و هنا لا يصدق بل يجب عليه اقامه اليّنه على تلف ذلك المال كما فى السّرائر و فع و يع و عد و التّحرير و د و س و اللّمعه و المهذب البارع و جامع المقاصد و لك و ضه و مجمع الفائده و الكفايه و الكشف و الرّياض و لهم و جوه منها ظهور الاتّفاق على ذلك و منها ان التّصديق قد يستلزم الضّرر على صاحب الدّين فلا يلزم و منها ما تمسك به فى السّرائر و جامع المقاصد و ضه و لك و الكشف من أنّ الاصل عدم تلف ذلك المال و ثانيها ان يكون هذا المديون فقيرا قبل زمان الدّين و لم يعلم بغنايه بعده و لم يكن له مال و لا- كان الدّعوى مالا كما اذا كانت جنايه او صداقا او نفقه او اجره خدمه او عوض معامله و هنا يقبل قوله فى دعوى الاعسار من غير يّينه عليها و قد صرّح بذلك فى يع و فع و د و التّحرير و عد و س و اللّمعه و المهذب البارع و جامع المقاصد و ضه و لك و الكفايه و الكشف و مجمع الفائده و الرّياض و لهم و جهان احدهما ظهور الاتّفاق عليه و ثانيهما ما تمسك به فى جامع المقاصد و لك و ضه و الرّياض من أنّه فى الحقيقه منكر و الاصل عدم المال و ثالثها ان لا يعلم بغناء هذا المديون فى شىء من الازمنه السّابقه و على زمان المطالبه و احتمال فقره مط و الحكم هنا كما فى الصّوره الثانيه كما يظهر من الشّرائع و د و عد و التّحرير و لك و مجمع الفائده و الكفايه و الكشف و الرّياض بل الظاهر أنّه ممّا لا خلاف فيه و ان اوهم بعض العبادات المخالفه

## الاول هل يجوز فى الصوره الاولى حبس المدين حتى يثبت اعساره او لا

صرح بالأول فى يع و فع و عد و التحرير و س و اللّمعه و جامع المقاصد و لك و ضه و الكفايه و الكشف و الرياض و ادعى فيه الشّهرة عليه و نسبه فى مجمع الفائده و الكفايه الى الاصحاب بلفظ قالوا و ربما يظهر من مجمع الفائده الثّانى فى المسأله قولان للقول الاول و جوه احدها الشّهرة العظيمه التى لا- يبعد معها دعوى شذوذ المخالف مع عدم صراحه كلامه فى المخالفه و لو سلمت فخلايفه لا يقدر فى ظهور اتفاق من عداه على هذا القول و ثانيها ما تمسك به فى الرياض من التّصوص فى الموتق و غيره انّ عليّ اع كان يحبس فى الدّين فاذا تبين افلاس و حاجه خلّى سبيله حتّى يستفيد مالا و قد يناقش فيه اولا باجماله لأنّه قضيه فى واقعه فتكون مجمله و ثانيا بالمعارضه بصحيحه زراره عن الباقر كان عليّ لا يحبس فى السّجن الاّ ثلاثه الغاصب و من اكل مال اليتيم ظلما و من اوّتمن على امانه فذهب بها الا ان يجب بانّ الروايه السابقه اولى من هذه الصّحيحه كما صرح به فى الرياض مدّعيا ترجيح الروايه بوجوه عديده اظهرها كونها مفتى بها دون هذه الصّحيحه لمخالفه الحصر فيها للإجماع على أنّه قد صرح الشّيخ فيما حكى عنه بعدم المنافات بينهما و ثالثها ما ذكره فى مجمع الفائده من ان الحقّ ثابت عليه و المال كان موجودا و الأصل بقائه فتلفه غير مسموع الا- بالبينه و ليست فيحبس حتّى يقر أو يثبت التّلف و للقول الثّانى و جوه أيضا منها ما اشار اليه فى مجمع الفائده بقوله اذ قد لا- يكون له بينه و يكون معسرا و المال تالفا و لم يكن مماطلا ظالما حتى يحل عرضه و عقوبته عاجلا- من غير ظهور وجهها و مجرد وجود مال عنده لا يستلزم بقائه حتّى يحبس لإعطائه و فيه نظر اذ قد يعارض باحتمال ان يكون له بينه و باحتمال ان يكون غنيّا قادرا على الوفاء و لكن يظهر الفقر لمصلحه دينويّه و لا ترجيح لما ذكره على هذا فيبقى ما دلّ على جواز الحبس من النصّ و الفتوى سلّما عن المعارض و منها ما اشار اليه فى مجمع الفائده أيضا بقوله الحبس بعيد اذا كان ظ حاله اتلافه مثل ان يستقرض ليخرجه فى مؤنته مع حاجته او وجد عنده و لكن يحتاج

ص: ٢٣

كلّ يوم الى نفقه فالظاهر من حاله أنّه اخرجه و من اين يأتى بالبينه حين اخراج كلّ درهم فيمكن عدم الحبس بل الاحلاف على عدم بقائه عنده فت و يخلى سبيله الى ميسره و فيه نظر لأنّ ظهور التّلف من حاله ظنّ فى الموضوعات الصّرفه و قد تقرر عندنا انّ الأصل فيها عدم حجّيه الظنّ مع أنّه معارض باستصحاب البقاء و هو اولى بالترجيح على القول بتقديم الأصل على الظاهر حيث يقع التّعارض بينهما كما هو التّحقيق و منها ما اشار اليه فى مجمع الفائده أيضا بقوله و يؤيّده ظ الآيه فانّ الظاهر من كونه ذا عسره كونه ذا عسره بحسب الظاهر لا فى نفس الأمر و هو كك و فيه نظر للمنع من كون المراد من هو ذو عسره بحسب الظاهر بل المراد و الله اعلم ذو عسره بحسب الواقع و نفس الامر فانّ الألفاظ و من جملتها هذه اللفظه موضوعه للمعاني الواقعيّه و النفس الأمرية كما عليه المحققون فلا- يتّجه ما ذكره و كك لا يتّجه على تقدير موضوعه للمعاني المعلومه كما توهم بل على هذا التّقدير تدلّ الآيه الشّريفه بمفهومها على أنّه لا نظره الى ميسره حيث لم يعلم بالاعسار و كك على الاول بناء على انصراف الاطلاق الى المعلوم كما فى كثير من اطلاقات الالفاظ الموضوعه للمعاني الواقعيه و لم اجد احدا صار الى وضع الألفاظ او هذا اللفظ المذكور الى المعنى الظّاهرى و المظنون او ادعى انصراف الاطلاق اليه و الحمل عليه مجاز يتوقّف على وجود القرينه و لم تظهر فالاصل عدمها مع اعتضاده بما تقدّم اليه الاشارة فاذا المعتمد هو القول الاول و ينبغي التنبيه على امور الاول هل يجب

الحبس على الحاكم مط او لا كك او يجب اذا التمس المدعى و لا يجب اذا لم يلتمسه فيه اشكال من ان الظاهر من العبارات المصرحه بالحسب الأمر به و هو للوجوب و من اصاله البراءه و قوه احتمال عدم كون الامر هنا للوجوب لظهور وروده مورد توهم الحظر فلا يفيد سوى الرخصه و الجواز فاذن الاحتمال الثاني فى غايه القوه

### **الثانى هل يقبل قول مدعى الاعسار فى الصوره الثانيه من غير يمين مط**

او مع يمينه كك او يقبل مع يمينه فى صوره انكاره وجود المال المستلزم للإعسار بعد دعوى المدعى عليه وجود المال يظهر من اطلاق الكتب المصرحه بلزوم اليمين فى هذه الصوره كالتبرائر و يع و التحرير و القواعد و س و جامع المقاصد و الكفايه و ض الثانى بل نسبه فى مجمع الفائده الى الأصحاب بلفظ قالوا و لكن يظهر منه

### **الثالث فانه صرح بان عدم الاحلاف اظهر لظ الايه الشريفه و غيره**

و لعدم الدليل على ذلك الا ان يدعى وجود ماله و ينكره المدعى عليه فيدخل تحت عموم قوله و اليمين على من انكر ثم صرح بانه لا شك ان التبرك اولى و فيه نظر بل الاحتمال الثانى فى غايه القوه للشهره العظيمه التى لا يبعد معها دعوى شذوذ المخالف و لعموم قوله ع و اليمين على من انكر فت الثالث يثبت الاعسار بينه مطلع على باطن امره مراقبه له فى خلواته واجده صبره على ما لا- يصبر عليه واجد المال حتى ظهر لها قرائن الفقر مع شهادتها على ذلك بما يتضمن الاثبات لا على النفى الصيرف و قد صرح بذلك فى ضه و صرح فى التحرير و اللّمعه و الكشف بثبوت ذلك بالبينه المطلعه على باطن امره بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه

### **الزابع فسر الاعسار فى الروضه و الزياض كما عن كنز العرفان بعجزه عن اداء الحق**

لعدم ملكه لما زاد عن داره و ثيابه اللائقه بحاله و دابته و خادمه كك و قوت يومه و ليلته له و لعياله الواجب النفقه

### **منهل اختلف الاصحاب فى صحه قسمه الدين المشترك بين شريكين فصاعدا على قولين**

#### **اشاره**

الاول انها لا تصحّ و هو للنهايه و السرائر و فع و يع و التبصره و د و التحرير و القواعد و كره و س و اللّمعه و التنقيح و لك و ضه و الكفايه و المحكى فى الزياض عن الاسكافى و القاضى و ابن حمزه و ابن زهره و صرح فى التنقيح بانه مذهب الشيخ و اتباعه الثانى انها تصحّ و هو للمحكى فى التنقيح و الزياض عن الحلّى و صرح فى الثانى بانه مال اليه فى لف و تبعه بعض المتأخرين و هو المقدّس الأردبيلى على ما حكاه بعض الاجله للأولين وجوه منها ما اشار اليه فى الزياض من الاصل و منها ما تمسك به فى السرائر من ان المال الذى فى ذمه الغرماء من الديون غير مقسوم فهو شركه بعد لان ما فى الذم غير مقبوض و لا معين حتى يصحّ قسمته و اشير الى هذا الوجه فى كره و المحكى عن لف و كذا اشار اليه فى التنقيح قائلا لما كانت القسمه تميز حقوق و

الملك و لم يكن لقسمه المديون اثر فى الاستحقاق لعدم تعيّر ما فى الذمه فلا تميّز فيه و منها تصريح الرياض بان الشيخ و ابن زهره ادعيا الاجماع على المنع و عدم الصّححه و يعضده تصريح الرّوضه و مجمع الفائده بأنّه المشهور و الرياض بأنّه الأشهر و الكفايه بأنّه المعروف بين الأصحاب و منها جمله من الأخبار احدها خبر سليمان ابن خالد الذى وصفه فى الكفايه و الرياض و غيرهما بالصّححه قال سئل ابا عبد الله ع عن رجلين كان لهما مال بايديهما و منه متفرق عنهما فاقتهما بالسويه ما كان فى ايديهما و ما كان غائبا عنهما فهلك نصيب احدهما ما كان غائبا و استوفى الاخر عليه ان يرد على صاحبه قال نعم ما يذهب بماله و ثانيها خبر عبد الله بن سنان الذى وصفه بعض الاجلّه بالموثقيه عن ابي عبد الله ع قال سألت عن رجلين بينهما مال منه دين و منه عين فاقتهما العين و الدّين فتوى الذى كان لأحدهما من الدين او بعضه و خرج الذى للاخر أ يردّ على صاحبه قال نعم ما يذهب بماله و ثالثها خبر ابي حمزه قال سئل ابو جعفر ع عن رجلين بينهما مال بايديهما و منه غائب فاقتهما الذى بايديهما و احوال كل واحد منهما بنصيبه من الغائب فاقتهما و لم يقتضى الاخر قال ما اقتضى احدهما فهو بينهما و ما يذهب بماله و رابعها خبر غياث عن جعفر عن ابيه عن على ع فى رجلين بينهما مال منه بايديهما و منه غائب فاقتهما الذى بايديهما و احوال كل واحد منهما بنصيبه من الغالب فاقتهما و لم يقتضى الاخر قال ما اقتضى احدهما فهو بينهما و ما يذهب فهو بينهما و قد تمسك بالأخبار المذكوره بعض الاجله و كذا والدى العلامه اعلى الله تعالى فى الخلد مقامه قائلا قصور الأسانيد فيما عدا الصّحيح منها منجبر بالشّهرة العظيمه و الاجماع المحكيه و بعض الوجوه الاعتباريه المذكوره فى لف و للقول الثّانى وجوه تمسك بها فى مجمع الفائده قائلا الحكم مشهور بينهم و مستندهم روايه غياث و يؤيده عدم التعيين و القسمة فرعه و الشّهرة ليست بحجه و ابن ادريس مخالف و نقل

ص: ٢٤

عنه ان لكل واحد ما قبض كما هو مقتضى القسمة و المستند غير معتبر لوجود غياث كأنه ابن ابراهيم التبرى و ادله لزوم الشّروط يقتضيه و كذا التسلط على مال نفسه و جواز الاكل مع التراضى و التّعين التام ليس بمعتبر فى القسمة بل يكفى فى الجملة كما فى المعاوضات فأنّه يجوز البيع و نحوه و لأنّ الدّين المشترك بمنزله دينين لشخصين و للمالك ان يخصّ احدهما دون الاخر فلو كان قابلا بتخصيص كلّ واحد قبل القسمة بحصته لأمكن ذلك أيضا فانّ الثّابت فى الذمه امر كلّى قابل للقسمة و أنّما يتعيّن بتعيين المالك فله ان يعين و لكن الظاهر أنّه قابل لك بان قبل القسمة و بعدها القول به نادر من غير دليل و الشّهرة مع الخبر المجبور بها يمنع ذلك و يؤيّده الاستصحاب و الأخبار و يعضد ما ذكره من ادله الجواز ما روى عن قرب الإسناد الذى وصفه فى الرياض بالصّححه كما يستفاد من الكفايه عن عبد الله بن الحسن عن جدّه على بن جعفر عن اخيه ع قال سألت عن رجلين اشتركا فى السلم أ يصلح لهما ان يقتسما قبل ان يقتضيا قال لا بأس و قد يجاب عن جميع ما ذكر اولا بالمنع عن نهوضها لإثبات الجواز المخالف للأصل و لو خلت عن المعارض و ثانيا بالمنع من صلاحيتها لمعارضه ادله المنع فان وجوه الترجيح معها فتكون اولى بالاعتبار فاذن المعتمد هو القول الاول و

**ينبغى التنبيه على امور**

**الاول يتفرع على المختار أنّه اذا كان للثنين فصاعدا مال فى ذمهم غيرهم**

و ارادوا قسمته فانه لا يصح ما لم يقبض و لو اقتسموا و الحال ككك لم يصح بل يكون كلما خرج فهو على الشركه و ما نوى و تلف فهو على الجميع و بينهم كما ذا لم يقسم و قد صرح بذلك فى النهايه و السرائر و يع و فع و القواعد و كره و س و اللّمعه و ضه و لك و الكفايه و يدلّ عليه مضافا الى ظهور اتفاق القائلين بعدم صحّه قسمه الدّين اكثر الاخبار المتقدّمه

### **الثانى صرّح فى التنقيح مفرعا على المختار بأنّه اذا دفع المديون الى احدهما شيئا**

فلا يخ انا ان يدفعه على انه لهما او أنّه من اصل الدّين و يطلق او يقول هذا قدر نصيبك فان كان الاوّلان فلا يخ انا ان يكون ذلك القابض و كيلا- فى القبض فيقع القبض لهما او لا- يكون و كيلا- فاما ان يقبضه لذلك فيقع القبض بقدر حصّته و الباقي موقوف على الإجازة فان اجاز الشّريك اخذ حصّته منه و ان لم يجز كان الشّريك مختيرا بين الرجوع على شريكه او على الدافع و يكون ذلك القدر امانه بيد القابض لأنّه و كيل الدّافع فى الإيصال الى شريكه او يقبضه لنفسه فيكون مضمونا عليه لأنه يضمن بصحيحه فيضمن بفاسده و ان كان الثالث فاما ان يقبضه لنفسه فيقع صحيحا فى قدر حصته و الباقي لشريكه المطالبه له او يرجع على المديون بمقابله اذ لا يكون مضمونا على القابض ان كان الدّافع عالما بفساد القبض و ان كان جاهلا ضمن و ان قبضه على أنّه له او لشريكه و كان و كيلا وقع القبض موقعه و ان لم يكن و كيلا و اجاز الشّريك فكك و ان لم يجز كان مضمونا عليه ان جهل الدافع و الآ فلا

### **الثالث اذا اريد اختصاص كل واحد بواحد من تلك الديون**

فقد ذكر له وسائل و حيل احديها ان يصطلحوا على ما فى الذّم بعضها ببعض و هذه الحيله قد ذكرها فى س و التنقيح و ضه و الكفايه و الرّياض و هو المعتمد و استحسنته فى لك أيضا مفرعا له على اصاله الصّيلح و صرّح فى جامع المقاصد بان صحته محتمله و ربما يشعر بهذا بتوقفه فيها و ليس فى محلّه لعموم ادلّه الصّيلح السّليمه هنا عن المعارض كما صرّح به بعض الاجلّه قائلًا و يؤيّده ما رواه فى فى عن محمّد بن مسلم فى الصّيحج او الحسن عن احدهما ع أنّه قال فى رجلين كان لكل واحد منهما طعام عند صاحبه و لا يدري كلّ واحد منهما كم له عند صاحبه فقال كلّ واحد منهما لك ما عندك و لى ما عندى قال لا بأس اذا تراضيا و طابت انفسهما و من هذه الروايه و امثالها يظهر ان الصّيلح عقد برأسه لا يتفرع على البيع كما اشار اليه فى لك لعدم صحّه البيع فى الصّوره المذكوره و روايه المذكوره و ان لم يكن من محلّ البحث الا ان صحه الصّيلح على هذه الكيفيه مستلزمه للصّحه فيما نحن فيه فأنّه اذا جاز مع هذه الجهاله التامه فالجواز فى محلّ البحث اولى و الجميع مشترك فى كون المال فى الذّم و ثانيها ان يبيع احدهم الاخر سلعه بقدر حصّته من الدين على زيد فيقبل ثم يبيع القابل عليه تلك السلعه بقدر حصّته على عمرو فيقبل فيختص القابل الاوّل بما على زيد و الثانى على عمرو و هذه الحيله قد صرّح بها فى التنقيح و ثالثها ان يبيع كلّ منهم حصّته من الدّين على صاحبه بمال معيّن او دين حال و يحيل به على الغريم الاخر و هذه الحيله قد صرّح بها فى س و التنقيح و رابعها ان يحيل كلّ منهم بصاحبه بحصّته التى تريد اعطائها صاحبه و يقبل الاخر و قد صرّح بهذه الحيله فى القواعد و لكن صرّح فى س بعد الإشاره اليها بانّ الاقرب انه لا اثر له لأنه توكيل فى المعنى و اشار الى ما ذكره فى التنقيح أيضا حيث صرح بانّ فيه نظر لأنه اذا لم يستبق دين فلا اثر له لأنه توكيل فى المعنى و ان سبق دين فهو القسم الثالث و صرح فى جامع المقاصد و لك و ضه و الكفايه بانّ ذلك يصح حيث لم يسبق دين على تقدير صحّه الحواله ممّن ليس فى ذمّته دين و قالوا لو فرض سبق



دين فلا اشكال فى الصحه و صرح بعض الاجلّه معترضاً على ما ذكره بانّ روايه ابن ابي حمزه و روايه غياث ظاهران فى عدم صحّه الحيله المذكوره و أنّها لا تفيد فائده بل الواجب هو اقتسام ما خرج و ما ذهب على الجميع و يمكن بناء على ما ذكره من عدم صحّه الحواله ممن ليس له فى ذمّته دين ان يكون الخبران المذكوران حجّه لذلك

**منهل لو كان لأحد فى ذمّه آخر دين فباعه باقل منه عينا او قيمه**

**اشاره**

على وجه لا- يحصل فيه الرّبا و لا- الاخلاص بشروط الصّيرف لو كان العوضان من الاثمان كما لو باع قفيزا من حنطه فى الذمّه يساوى دينارا بربع او باع دينارا فى الذمه بربع القفيز فهل يجب على الذى عليه الدين دفع ذلك الدين كاملا الى المشتري او لا يجب عليه ان يدفع الى المشتري الا- ما دفعه الى البائع من الثمن اختلف الأصحاب فى ذلك على قولين الاول أنّه يجب على المديون ح ان يدفع الى المشتري جميع ما اشتراه من تمام الدين و هو للسّرائر و د و التّحرير و القواعد و كره و لف و الايضاح و التّقيح و جامع المقاصد و لك و الرّوضه و الكفايه و الرّياض و صرح فى الايضاح بأنّه قول ابن ادريس و اكثر الاصحاب و فى الدّروس بانه مما قاله المتأخرون و فى جامع المقاصد بانه مذهب الاكثر

ص: ٢٥

و فى الرّياض بأنّه الاشهر بين الطّائفة و فى غيرها بأنّه المشهور بين الأصحاب الثّانى انه لا يجب على المديون ان يدفع الى المشتري للدين الا ما دفعه الى البائع للدين من ثمنه و هو للنّهايه و المحكى فى جمله من الكتب عن القاضى و صرح فى ضه و غيرها بأنّه مذهب الشّيخ و جماعه و قد استفاد من بيع و فع و س و اللّمعه و لذا صرح فى ضه بأنّه يظهر من المص الميل اليه للأولين ما تمسّك به فى جامع المقاصد و لك و ضه و الكفايه و الرّياض من عموم الادلّه من الكتاب و السّينه الدّال على استحقاق الجميع فمن ذلك ما تمسّك به فى التّقيح من قوله تعالى أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ مدعيًا انه مقتضى لتمليك المبيع جمله و منه أيضا ما اشار اليه فى الرّياض من قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ قائلا ان ما وقع عليه العقد الذى يجب الوفاء به ليس الا جميع الدين دون بعضه فلا وجه فى الاقتصار عليه و يعضد ذلك الشّهره العظيمه اذ لم نجد قائلا بالقول الثّانى صريحا الا الشّيخ و القاضى على ما حكى بل اقتصر فى كره و الايضاح و جامع المقاصد عند ذكر المخالف على الشّيخ و اما عبارته يع و فع و س و اللّمعه فليست بصريحه بل و لا ظاهره فى المخالفه نعم ربما اشعرت بها و لكن الإشعار ليس بحجّه و يعضد ذلك أيضا أنّ هذا العقد اما صحيح او فاسد و لا- واسطه بينهما قطعا فان كان صحيحا لزم المختار لأنّ الصحّه عبارته عن ترتب الأثر و من الظاهر أنّه هنا لا يكون الا انتقال جميع الدين الى المشتري فيجب دفعه اليه و ان كان فاسدا لزم عدم استحقاق المشتري شيئا من الدين فاستحقاقه بعضا دون بعض ليس من مقتضيات الصحّه و لا الفساد فلا يكون معقولا فيكون باطلا فت و قد حكى عن ابن ادريس الاشاره الى ما ذكره و للقول الثّانى وجوه منها اصاله عدم استحقاق المشتري للزائد عمّا دفعه الى البائع و استصحاب بقائه على ملكيه البائع و قد يجاب عن هذا بعدم صلاحيّته لمعارضه ادلّه القول الاوّل و منها خبر محمّد بن الفضيل قال قلت للرّضاع رجل اشترى دينا على رجل ثمّ ذهب الى صاحب الدّين فقال له ادفع الى ما لفلان عليك فقد اشتريته منه قال يدفع اليه ما دفع الى صاحب الدين و برئ المذى عليه المال من جميع ما بقى عليه و قد يجاب عنه اولا بعدم صحّه السّند و ضعفه و قد صرح بالأوّل فى الايضاح و بالثّانى فى جامع المقاصد و ضه و لك و الكفايه و الرّياض و صرح بعض الاجلّه بأنّه المشهور بين المتأخّرين رد هذا

الخبر بضعف الاسناد و الوجه فى ذلك انّ محمّد بن الفضيل قد ضعفه الشّيخ و صرح غيره كالعلّامة فى ضه أنّه روى بالغلو و لكن صرح فى التنقيح بصحّ الروايه و هو بعيد و ثانيا بما صرح به فى الرّياض من مخالفته للقواعد المعترضه بالاصل من اصلها و بالشّهره بين الطائفه فى خصوص المسأله و ثالثا بعدم صراحته فى المدعى لأنّ غايته الاطلاق الشّامل لصورتى كون الشراء بالاقبل من الدّين او بالمساوى له فيلزم تقييده بالثّانى لأنّ التّعارض بينه و بين العمومات المتقدّم اليها الاشاره من قبيل تعارض العمومين من وجه و من الظاهر ان الترجيح مع تلك العمومات لوجه عديده سلمنا ظهوره فى المدعى باعتبار قوله و برئ اه لكن يجب ارتكاب التّأويل فيه بما يرتفع معه المخالفه مع تلك العمومات لأنّها اقوى منه كما اشار اليه فى لف قائلا لا ريب فى صحّ هذا البيع و لزومه و وجوب ايفاء المشتري ما على المديون و لا بدح من محمل للرّوايه و ليس بعيدا من الصّواب ان يحمل على امرين الاوّل الضّمان و يكون اطلاق البيع عليه و الشّراء بنوع من المجاز اذا الضّامن اذا ادى عن المضمون عنه بأنّه عوض عن الدّين كانت له المطالبه بالقيمه و هو نوع من المعاوضه يشبه البيع بل هو فى الحقيقه و انما ينفصل عنه بمجرد اللفظ لا غير المحمل الثّانى ان يكون البيع وقع فاسدا فانه يجب على المديون دفع ما سوى مال المشتري اليه بالإذن الصادر من صاحب الدّين و براء من جميع ما بقى عليه من المشتري لا- من البائع و يجب عليه دفع الباقي الى البائع لبراءته من المشتري و هذان المجملان قريبان يمكن صرف الروايه اليهما و كلام الشّيخ يحمل عليهما و قد اشار الى المحمل الثّانى فى كرهه أيضا و حكاها ما فى ضه و لك و الرّياض عن بعض

من غير طعن عليهما و لكن قد يناقش فيهما اولاً- بما ذكره فى غايه المراد و موردا عليهما من انّ لفظ الشّراء لا يستعمل فى الضّمان لا حقيقه و لا مجارا و ان اضرار الاذن فيه الذى لم يجر له ذكر بعيد و اما فساد البيع فيدفع قوله فى الرّوايه و برئ الذى اه فان ظاهره مطلق البراءه و الحمل على البراءه من المشتري خاصه تخصيص يخالف الاصل ثم كيف يلزم المشتري الدّفح بحكم العقد الفاسد مع فساده بما تضمّنه و أيضا ليس للمشتري عليه شىء فكيف يصح استناد البراءه الى المشتري و ثانيا بما ذكره فى التنقيح موردا عليهما أيضا من انّ حمل البيع على الضّمان على تقدير جوازه مجازا لا يوجب ان يدفع المديون ما عليه لا كله و لا بعضه لكونه ضمّانا حصل بغير اذنه كما دلّت عليه الرّوايه و كذا على تقدير الفساد فان المشتري العالم بالفساد ادى دينه بغير اذنه فليس له الرجوع عليه نعم مع جهله له الرجوع على البائع و مع التّعذّر باخذ المديون قصاصا قدر ما دفع ثمّ صرح بان الاولى حمل الرّوايه على انّ البائع شرط على المشتري ابراء المديون من الرّائد او شرط عليه قيمه المدفوع ثمنا لا غير ثمّ علل جواز هذا الحمل بانّ فيه جمعا بين عموم و احل الله البيع المقتضى لتملك المبيع جمله و بين صحّ الرّوايه القابله للتأويل و الشّروط غير ممتنع حصوله و هو اولى من حملها على الضّمان او الفساد و فيما ذكره نظر و منها خبر ابى حمزه قال سئلت ابا عبد الله ع عن رجل كان لرجل عليه دين فجاء رجل فاشترى منه بعرض ثم انطلق الى العدى عليه الدّين فقال له اعطني ما لفلان عليك فأتى قد اشتريته منه كيف يكون القضاء ذلك فقال ابو جعفر ع يرد عليه الرّجل الذى عليه الدّين ماله الذى اشترى به من الرّجل الذى له الدّين و يجاب عنه بما يجاب به عن الرّوايه المتقدّمه بل صرح فى لك و الرّياض بانّها اظهر دلاله من هذه الرّوايه و المسأله لا تخلوا عن اشكال فلا ينبغى ترك الاحتياط فيها و لكن الأقرب عندي هو القول الاوّل و

**ينبغى التنبيه على امور**

**الاوّل اذا كان العوضان ربويين**

كما اذا كان الدين ديناراً و اشتراه بالدينار فصّرَح في جامع المقاصد و لك

ص: ٢٦

و ضه و الكفايه بأنه لا بدّ من رعايه السلامه من الرّباح و هو ظ الدروس و المحكّي عن عد بل الظاهر أنّه مما لا خلاف فيه فهو المعتمد

### الثاني اذا كان العوضان من النقدين الذهب و الفضة

فصّرَح في جامع المقاصد و لك و ضه و الكفايه بأنه يجب رعايه شروط الصّيرف و هو جيد و صرح في الثلاثه الأخيره بأنه لو وقع ذلك بصيغه الصّح صح و لم يلزم مراعات شروط الصّرف و هو جيد أيضا

### الثالث لو اشترى الدين باكثر منه

فلا اشكال في أنّه لا يجب على المديون دفع الزائد منه

### الرابع صرَح في س بأنه لو بيع الدين

وجب على المديون اقباض الغريم و ان لم يأذن البائع في الاقباض و هو جيد

### الخامس صرح في النهايه بأنه لو باع الدين

فان و في الذي عليه الدين للمشتري و الّا رجع على من استدانه منه بالدرك و حكي في التحرير عن الشّيخ ما ذكر من غير تنبيه على المخالفه و الموافقه فظاهره التّوقف و الأقرب عندي عدم صحّه الرجوع

### منهل اذا طالب صاحب الدين المديون بدينه ففرّ المديون خوفاً منه

### اشاره

و التجأ الى الحرم فهل يجوز ح مطالبته او لا اختلف الاصحاب في ذلك على قولين الاول أنّ مطالبه المديون ما دام هو في الحرم محرّمه و هو للنّهايه و الغنيه و السّرائر و القواعد و كره و التحرير و الايضاح و س و جامع المقاصد و المحكّي في لف عن ابن بابويه و ابن البراج و ابي الصّيلاح الثّاني مطالبته ح جائزه و لكنّها مكروهه و هو للمختلف و هو ضعيف بل المعتمد هو القول الاول الذي عليه المعظم و لهم وجوه منها ما تمسّك به في كره و الايضاح و جامع المقاصد من قوله تعالى مَنْ دَخَلَهُ كَانَ آمِنًا فان المراد من الجملة خبريّة الامر للقرينه العقلية و لفظه من للعموم كما صرَح به في الايضاح و منها ما تمسّك به في الاولين

من خبر سماعه بن مهران الذى وصفه بعض الاجله بالموثقيه عن ابى عبد الله ع قال سألته عن رجل لى عليه مال فغاب عنى زمانا فرأيتة يطوف حول الكعبه فتقاضاه قال لا- تسلم عليه و لا- تروعه حتى يخرج من الحرم و منها ما اشار اليه بعض الأجله من الرضى ان كان لك على رجل حق فوجدته بمكه او فى الحرم فلا تطالبه و لا تسلم عليه فتزعه الا ان تكون اعطيت حقك فى الحرم فلا- بأس ان تطالبه فى الحرم و منها خبر على بن حمزه عن أبى عبد الله ع فى قول الله عز و جل وَ مَنْ دَخَلَهُ كَانَ آمِنًا قَالَ ان سرق سارق بغير مكه او جنى جنايه على نفسه ففر الى مكه لم يؤخذ ما دام فى الحرم حتى يخرج عنه و لكن يمنع من السوق و لا يباع و لا يجالس حتى يخرج منه فيؤخذ و اذا احدث فى الحرم ذلك الحدث اخذ فيه و منها خبر الحللى الذى وصفه فى لك بالحسن قال سألته عن قول الله عز و جل وَ مَنْ دَخَلَهُ كَانَ آمِنًا قَالَ اذا احدث العبد الجنايه فى غير الحرم ثم فر الى الحرم لم يسع لأحد ان يأخذه فى الحرم و لكن يمنع من السوق و لا يباع و لا يطعم و لا يسقى و لا يكلم فانه اذا فعل ذلك به يوشك ان يخرج فيؤخذ و اذا جنى جنايه اقيم عليه الحد فى الحرم لأنه لم ير للحرم حرمة و منها الشهرة العظيمه التى لا يبعد معها دعوى شذوذ المخالف بل صرح بندوره فى س و اما ما تمسك به فى لف من الاصل فلا يصلح لمعارضه الوجوه السابقه و

### ينبغى التنبيه على امور

### الاول لا فرق فى حرمة المطالبه

ح بين صورتى كون صاحب الدين محتاجا الى دينه غايه الاحتياج و عدمه كما هو مقتضى اطلاق النصوص و الفتاوى

### الثانى هل يضيق ح على المديون فى المطعم و المشرب الى ان يخرج او لا

صرح بالأول فى جامع المقاصد و كره و لم ينبه عليه بوجه من الوجوه فى النهايه و الغنيه و السيرائر و القواعد و التحرير و الايضاح و الدروس و المحكى عن على بن بابويه فظاهرها عدم الوجوب و المسأله محل اشكال من الاصل و منافات التضييق للأمن و خلو موثقه سماعه و الرضى عن الاشاره اليه بل هما ظاهران فى الدلاله على عدمه باعتبار ان حرمة السلام عليه و ترويعه يستلزم حرمة التضييق بطريق اولى و أنه اضرار بالمديون فلا يجوز لعموم ما دل على نفي الضرر و من فحوى ما دل من النصوص و الفتاوى على وجوب التضييق فى المطعم و المشرب و عدم جواز ان يباع و ان يؤوى و ان يتكلم معه اذا احدث ما يوجب حدا او تعزيرا او قصاصا و لجأ الى الحرم و ان التضييق فى الأمرين نفي للمديون عن المنكر و امر له بالمعروف و احقاق للحق و ابطال للباطل و دفع للضرر عن صاحب الدين فيجب للعمومات الداله على المذكورات فاذا اقرب هو الاحتمال الاول مع أنه احوط و فسر التضييق فى جامع المقاصد بان يمنع من الأمرين من اسباب النقل و صرح فى ك بان الفقهاء فسروه فى مسئله التجاء صاحب الجنايه الى الحرم بان لا يطعم و لا يباع و يسقى ما لا يحتمله مثله عادة او بما يسد الرمق ثم صرح بان كلا المعنيين مناسب للفظ التضييق و على المختار من وجوبه فهل يحرم ان يباع و ان يؤوى و ان يتكلم معه او لا الاقرب الاول ان ترتب على ترك المذكورات الانتهاى عن المنكر

### الثالث هل يحرم على صاحب الدين السلام على المديون

المذكور و ترويجه او لا الاقرب الاحوط الاول كما هو ظ المحكى عن علي بن بابويه و تستفاد حرمه الترويع من السرائر

### الرابع لو استدان في الحرم فهل يجوز مطالبته فيه

ح او لا كما لو استدان خارج الحرم صرح بالأول في السرائر و التحرير و كره و عد و الايضاح و المحكى عن علي بن بابويه و يظهر من اطلاق النهايه و الغنيه الثاني و صرح به في جامع المقاصد للقول الاول وجوه منها الاصل و منها الرضوى المتقدم المنجبر قصوره بالشهره و منها فحوى ما دل على جواز اقامه الحد و التعزير في الحرم على من اتى بموجبهما فيه من الفتاوى و النصوص منها ما تقدم اليه الاشاره و منها خبر معاويه بن عمار الذي وصفه في ك بالصحه قال سألت ابا عبد الله ع عن رجل قتل رجلا في الحل ثم دخل الحرم فقال لا يقتل و لا يطعم و لا يسقى و لا يباع و لا يبيع و لا يؤوى حتى يخرج من الحرم فيقام عليه الحد قلت فما تقول في رجل قتل في الحرم او سرق قال يقام عليه الحد في الحرم صاغرا انه لم ير للحرم حرمه و قد قال الله تعالى فَمَنْ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فقال هذا في الحرم و قال لا عدوان الا على الظالمين و قد اشار الى هذا الوجه في جامع المقاصد بقوله و لان الجنايه الواقعه في الحرم يجوز المطالبه بها فالدين اولي لانه احق و منها ان في وجوب ترك المطالبه

ص: ٢٧

ضرر على صاحب الدين فالاصل عدمه لعموم قوله ص لا ضرر و لا ضرار و منها ان وجوب ذلك يستلزم اضرار المديون على المعصيه بتركه و فاء الدين فالاصل عدمه لعموم ما دل على وجوب النهي عن المنكر و منها ان المطالبه قد يكون احسانا بالنسبه الى المديون فالاصل جوازها لعموم قوله تعالى مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ و منها ما صرح به في السرائر معترضاً على الشيخ في يه من ان ما ذكره لو كان صحيحاً لورد ورود امثاله متواتراً و الصيحابه و التابعون و المسلمون في جميع الاعصار يتحاكمون الى الحكام في الحرم و يطالبون الغرماء بالديون و يحبس الحاكم على الامتناع من الاداء الى عصرنا هذا من غير تناكر بينهم في ذلك و اجماع المسلمين على خلاف ذلك و وفاق ما اخترناه و حررناه و هذا معلوم ضروره او كالضروره فلا يرجع عن الامور المذكوره المعلومه باخبار ضعيفه اكثرها يثمر الظن دون اليقين و العلم و لا يورد ذلك في كتابه الاحاد من اصحابنا و لا اجماع عليه منهم و الاصل الاباحه و الحظر يحتاج الى دليل و الانسان مسلط على اخذ ماله و المطالبه به عقلا و شرعا و منها ما تمسك به في الايضاح من انه لو لا جواز المطالبه في الحرم لزم الحرج و وجهه ما ذكره في جامع المقاصد من ان وجوب ترك المطالبه ح يفضى الى منع المداينه في الحرم لان المدين اذا علم منعه من المطالبه امتنع من الادائه و في ذلك ضرر و تضيق على الناس و منها ما تمسك به في الايضاح و جامع المقاصد من ان سبب المطالبه و هو الاستدانه قد تحقق في الحرم فيجوز فيه و زاد في الثاني قائلاً فان قيل قد يطلب مسببته بكونه في الحرم قلنا فيمتنع المطالبه مط و هو بط بالاجماع فان قيل ثبت بطلان سببته ما دام في الحرم قلنا اذا لم يستحق المطالبه حين القرض لم يستحقها اصلاً لانتفاء سبب اخر يقتضيها فان قيل اقتضى استحقاق المطالبه بعد الخروج قلنا لا دليل على ذلك الا عموم و مَنْ دَخَلَهُ كَانَ آمِنًا و ليس التمسك به في هذا الفرد باولى من التمسك بعموم النصوص الداله على استحقاق المطالبه بالدين و الاجماع الواقع على ذلك و للقول الثاني ما تمسك به في جامع المقاصد من اطلاق قوله تعالى وَ مَنْ دَخَلَهُ كَانَ آمِنًا و صريح قول الصادق ع في الغريم يطوف لا يسلم عليه و لا يفزعه حتى

يخرج من الحرم وفيهما نظر واضح و المعتمد عندي هو القول الاوّل الخامس اذا استدان خارج الحرم ثم دخله غير ملتجئ اليه بل لحاجه اخرى فهل يجوز مطالبتة فيه ح او لا يظهر من اطلاق التّهايه و الغنيه و جامع المقاصد الثّاني و احتج عليه في الثّاني بعموم الآيه و موثقه سماعه و يعضدها الرّضوى و غيره المتقدّم اليه الاشاره و يظهر من السّرائر و التّحرير الاوّل و ربما يظهر أيضا من موضع اخر من جامع المقاصد و المسأله محل اشكال فلا ينبغي ترك الاحتياط فيها بل الاحتمال الثّاني هو الاقرب لإطلاق موثقه سماعه و الرّضوى المتقدّمين السّادس هل يلحق بالحرم مسجد النّبى ص و مشاهد الائمّه ع او لا حكى في لف و س عن القاضي و الحلبي الاوّل و احتجّ عليه بعض علماءنا فيما حكى عنه باطلاق اسم الحرم عليها في بعض الاخبار و هو ضعيف كما صرّح به في ك و الاقرب عدم اللاحق

### منهل اذا كان المديون لا مال له و قتله غيره عمدا

فهل يجوز لأولياء المديون القود من غير ان يضمّنوا الدين عن صاحبهم او لا يجوز الا بعد ان يضمّنوا الدّين فان لم يفعلوا ذلك لم يكن لهم القود اختلف الأصحاب في ذلك على اقوال الاول أنّه لا يجوز القود الا بعد ان يضمّنوا الدّين و هو للتّهايه و الغنيه و المحكى في لف عن ابى الصّلاح و ابن البراج و صرّح في س بأنّه المشهور و ربما يستفاد منه المصير اليه الثّاني ما حكاه في لف عن ابى منصور الطّبرسى من أنّه اذا بذل القاتل الدّيه لم يكن لأولياء القود الا بعد ضمان الدّين و ان لم يبذل جاز القود من غير ضمان الثّالث أنّه يجوز القود مط و لو لم يضمّنوا الدّين عن المديون المقتول مط و لو بذل القاتل الدّيه و هو للسّرائر و لف و المحكى عن المحقّق للقول الاوّل وجوه منها تصريح الغنيه بدعوى الاجماع عليه و يعضدها الشّهرة المحكيه في س و منها ما صرّح بعض الاجلّه بدلالته عليه من خبر ابى بصير قال سئلت ابا عبد الله ع عن رجل قتل و عليه دين و ليس له مال فهل لأوليائه ان يهبوا دمه لقاتله و عليه دين فقال ان اصحاب الدين هم الخصماء للقاتل فان وهب اوليائه دمه للقاتل فهو جائز و ان ارادوا القود ليس لهم ذلك حتّى يضمّنوا الدين للغرماء و الافلا و اجاب عنه في غايه المراد على ما حكى تاره بضعف السّند و اخرى بندوره و قد يجاب عن الاوّل بانجبار ضعف السّند بالشّهرة المتقدّم اليها الاشاره فت و عن الثّاني بالمنع منه كيف قد ادعى في س شهره القول الاول و منها ما اشار اليه في لف بقوله احتجّ الشّيخ بما رواه عبد الحميد ابن سعيد قال سألت ابا الحسن الرّضاع عن رجل قتل و عليه دين و لم يترك مالا فاخذ اهله الدّيه من قاتله أ عليهم ان يقضوا الدّين قال نعم قلت و هو لم يترك شيئا قال أنّما اخذوا الدّيه فعليهم ان يقضوا عنه الدّين ثمّ اجاب عنه تاره باحتمال ان يكون القتل خطأ او شبهه و اخرى بان السّؤال دفع عن اولياء اخذوا الدّيه و نحن نقول بموجبه فان الورثه لو صالحوا القاتل على الدّيه و جب قضاء الدين منها و ان كان كلام ابن ادريس يوهم المنع من ذلك و منها فحوى ما دلّ على توقّف هبه الأولياء دم المقتول المقروض لقاتله على ضمانهم للدّين و هو خبران لأبى بصير في احدهما و هو المروى عن يب و يه قال سألت ابا عبد الله ع عن رجل قتل و عليه دين و ليس له مال فهل لأولياء المقتول ان يهبوا دمه لقاتله و عليه دين فقال ان اصحاب الدّين هم الخصماء للقاتل و ان وهب اوليائه دمه للقاتل ضمن الدّيه للغرماء و الافلا و في ثانيهما و هو المروى عن يه قال قلت لأبى الحسن موسى ع جعلت فداك رجل قتل رجلا متعمدا او خطاء و عليه دين قال فارادوا اوليائه ان يهبوا دمه للقاتل فقال ان يهبوا دمه للقاتل ضمنوا الدّيه و لكن في ذيله ما ينافى جواز الاعتماد عليه هنا و هو قوله قلت فانهم ارادوا قتله فقال ان قتل عمدا قتل قاتله و ادى عنه الامام الدين من سهم الغارمين قلت فان هو قتل عمدا و صالح اولياء قاتله على الدّيه فعلى من الدين على اوليائه او على المسلمين فقال بل يؤدّوا عنه من ديتة الّتى صالح عليها اوليائه فانه احقّ بدينه من غيره فت و للقول الثّاني ما اشار اليه بعض

الاجله قائلا بعد نقل الروايه الأولى لأبى بصير و حملها الطبرسى على ما اذا بذل القاتل الدية فإنه يجب على الاولياء قبولها و لا يجوز للأولياء القصاص الا بعد الضمان و ضعفه ظ و للقول الثالث وجوه منها ما اشار اليه فى لف من ان موجب العمد القصاص و اخذ الدية اكتساب و هو غير واجب على الوارث فى دين مورثه و منها ما تمسك به فى السيرائى قائلا و الذى يقتضيه اصول مذهبا و ما عليه اجماع طائفتنا ان قتل العمد المحسن يوجب للقوق فحسب دون المال و الله تعالى قال فى محل التنزيل وَ لَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حِكْمَةٌ وَقَالَ تَعَالَى فَمَنْ جَعَلْنَا لِيَوْمِهِ سُلْطَانًا و لا يرجع عن هذه الأدله باخبار الآحاد التى لا تفيد علما و لا عملا و الأولى ان يخص ما ورد من الأخبار بقتل الخطأ لان قتل الخطأ يوجب المال بغير خلاف دون القود كآتما الميت ما خلف مالا و استحق بسببه مالا- فيقضى به دينه و اما قتل العمد المحض فإنه يوجب القود دون المال فكان الميت ما خلف مالا و لا يستحق بسببه مال فان عفت الورثه و اصلح القاتل و الورثه على مال فانهم استحقوه بفعلهم و عفوهم و فى قتل الخطأ ما استحقوه بعفوهم بل بسبب الميت لأنهم لا يستحقون غيره و فى قتل العمد المحض استحقوا القود دون المال فمن ابطله عليهم و دفعه عنهم فقد ابطل سلطانهم الذى جعل الله لهم و خالف ظ التنزيل و ابطل القود و اسقطوا اللطف الذى هو الزجر فى الآخره فى قوله تعالى وَ لَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حِكْمَةٌ لان من علم ان يقتل اذا قتل كف عن القتل فحى هو و حى من يريد قتله و أيضا فصاحب الدين لا يستحق الا ما خلفه الميت من الأموال و كان مملوكا له فى حياته او مالا مستحقا بسببه على ما قلناه فى قتل الخطأ لأجل الإجماع و الاخبار على قتل الخطأ لان موجب المال و قتل العمد المحض لا مال و لا موجب المال فمن اين يستحق صاحب الدين المال و يمنع من القود حتى يأخذ المال و لا يخفى ضعف هذه الوجوه فاذا الاقرب هو القول الاول مع أنه احوط و صرح بعض الاجله بان الاشهر الأظهر ان الدية فى حكم مال المقتول مط يقضى منها دينه و ينفذ منه وصاياه و يرثها ورثته ثم حكى عن بعض بلفظ قيل القول بأنها لا تصرف فى الدين لتأخر استحقاقها عن الحيوه التى هى شرط الملك و الدين كان متعلقا بالذمه حال الحيوه و المال بعدها و الميت لا يملك بعد وفاته ثم صرح بضعفه محتجا بالروايات المتقدمه و بخبرى يحيى الأرزق عن ابى الحسن ع فى رجل قتل و عليه دين و لم يترك مالا فأخذ اهله الدية من قاتله أ عليهم ان يقضوا الدين قال نعم قال قلت و هو لم يترك شيئا قال قال انما اخذوا الدية فعليهم ان يقضوا الدين و بالأخبار الداله على أنه يرثها الورثه على كتاب الله تعالى و سنه نبينه ص مثل صحيحه سليمان و صحيحه عبد الله بن سنان و صحيحه محمد بن قيس ثم صرح بأنه قيل بالفرق بين ديه الخطأ و ديه العمد اذا رضى الوارث بها معللا- بان العمد انما يوجب القصاص و هو حق للوارث فاذا رضى بالديه كانت عوضا عنه فكانت ابعده من استحقاق الميت من ديه الخطأ ثم ضعف هذا القول بعموم جمله من الأخبار و بخصوص روايات ابى بصير الثلث و لا- سيما الأخيره لقوله ع فيها بل يؤدوا دينه من ديته التى صالح عليها اوليائه فإنه احق بدينه من غيره و المعتمد هو القول الاول الذى صرح باشهريته و قد صرح به فى النهايه و د و س

**منهل اذا اقرض مالا فى بلد و شرط على المدينون الاقباض و الوفاء فى بلده اخرى صح**

**اشاره**

و جاز و قد صرح بذلك فى النهايه و ف و الغنيه و السيرائى و التبصره و التحرير و كره و د و عد و س و جامع المقاصد و مجمع الفائده و لهم وجوه منها ما تمسك به فى ف و الغنيه و مجمع الفائده من ان الأصل الاباحه و المنع يفتقر الى دليل و هو خال عن

المعارض كما اشار اليه في السِّرائر قائلا يجوز ذلك لان هذا الشَّرط لا في زياده عين و لا صفه و قد اشار اليه في كره أيضا و منها ما تمسك به في مجمع الفائده من ان ذلك مشروع لأجل دفع الضروره اذ قد لا يكون الإنسان عنده شىء فيستقرض و يقضى قرضه و لو شرط التَّقابض في المجلس لا تنتفى ذلك و منها ظهور الاتفاق على ذلك و منها تصريح الخلاف و الغنيه بدعوى الإجماع عليه و يعضده تصريح كره بان ذلك مذهب علماءنا و منها ما تمسك به في جامع المقاصد من عموم قوله ص المؤمنون عند شروطهم و منها جمله من الأخبار احدها خبر يعقوب بن شعيب الذي وصفه في كره و مجمع الفائده و غيرهما بالصحه متمسكين به عن الصادق ع قال قلت يسلف الرجل الرجل الورق على ان ينقده اياه بارض اخرى او يشترط عليه ذلك قال لا بأس و ثانيها خبر زراره الذي وصفه بعض الاجله بالصِّححه و هو على ما يظهر منه نحوه الخبر السابق و ثالثها خبر ابي الصباح الذي وصفه في كره و غيره بالصحه عن ابي عبد الله ع في الرجل يبعث مالا الى ارض فقال الذي يريد ان يبعث به اقرضنيه و انا اوفيه اذا قدمت الأرض قال لا بأس بهذا و قيل في يب تريد ان يبعث به معه و هو اظهر و رابعها خبر إسماعيل بن جابر الذي وصفه بعض الاجله بالصحه عن ابي جعفر ع قال قلت له يدفع الى الرجل الدراهم فاشترط عليه ان يدفعها بارض اخرى سودا بوزنها و اشترط ذلك قال لا بأس و خامسها خبر السكوني عن ابي عبد الله ع قال قال امير المؤمنين ع لا بأس ان يأخذ الرجل الدراهم بمكه و يكتب سفاتج ان يؤدي اليه ذلك في بلد اخر و

### ينبغي التنبه على امور

#### الاول لا فرق في ذلك بين ان يكون في حمله الى ذلك البلد مؤنه او لا

كما صرح به في القواعد و كره و جامع المقاصد و كذا لا فرق في ذلك بين ان يكون المصلحه في جانب المقرض او المقرض كما هو ظ اطلاق معظم الكتب المتقدمه و صرح به في جامع المقاصد قائلا لكن لو كانت مصلحه الاداء في بلد اخر بالنسبه الى المقرض كالخلاص من مؤنه الحمل او السلامه من خوف النهب و نحوه جاء احتمال فساد القرض لجر النفع و قد صرح به شيخنا الشَّهيد في بعض فوائده و قد عرفت ان الممنوع منه الزيادة في مال القرض عينا او صفه و ليس هذا واحدا منها

#### الثاني هل يختص ذلك بما اذا كان مال المقرض مثليا او لا

بل يعم المثلى و القيمي يظهر من اطلاق الخلاف و الغنيه و د و عد و كره و التبصره و التحرير و س و جامع المقاصد و مجمع الفائده الثاني و ربما يظهر من التَّهايه و السِّرائر و الموضوع من التحرير الاول لاقتصارها على الدرهم و الدينار و هو ضعيف بل المعتمد هو الاول لإطلاق الاجماع المحكيه و صحيحه ابي الصباح المتقدمه و الروايات

ص: ٢٩

الداله على لزوم الوفاء بالشروط المتقدمه و يعضدها الشهره الطاهره بل ظهور عدم الخلاف لعدم اشاره احد من الاصحاب اليه و مجرد الاقتصار على الدرهم و الدينار لا يقتضى عدم التعميم و الا لكان الحكم مختصا بهما و هو باطل



### الثالث صرح في التذكرة والقواعد والدروس بان اطلاق عقد القرض ينصرف الى الرد

و اداء المثل في مكانه و علة في جامع المقاصد قائلا و ذلك لأنه موضع الوجوب اذ القرض على طريق الحلول و لو اخل بسبب لازم فموضع الرد مكان الحلول و فيه نظر

### الرابع لو طلب المقرض بمال القرض في غير بلده مع الاطلاق

و عدم شرط ادائه في غير بلده فصرح في القواعد بانه يجب الدفع مع مصلحه المقرض فبدونها لا يجب الدفع و علة في جامع المقاصد قائلا اما اذا لم يكن مصلحه فلأنه ضرر لم يقتضيه عقد القرض و لم يلتزمه فلا يجب عليه الالتزام به لظاهر لا ضرر و لا ضرار و اما اذا كان له مصلحه فلان القرض حالّ اذ هو المفروض فيجب اداء ماله عند المطالبة حيث لا مانع يمنع شرعا و ليس الا الضرر و الفرض عدمه و فيه نظر و أطلق في التذكرة وجوب الدفع من غير تقييد بمصلحه المقرض و حكاة في جامع المقاصد عن لف ثم صرح بمختاره قائلا-المختار وجوب الدفع ما لم يختلف قيمه المثل و يكون قيمه مكان المطالبة اكثر فانه لا يجب الدّفع ح للضرر الا ان يرضى المقرض بقيمه موضع القرض جمعا بين الحقين ثم استظهر من عبارته عد اراده ما ذكر و ما ذكره محل مناقشه و التحقيق ان يقال ان تضرر المقرض بالدفع و لم يتضرر المقرض بتركه كما لو كان المال المقرض قيميا و كانت قيمه في مكان المطالبة زائده زياده يترتب بدفعها الضرر على المقرض او كان مثليا و يترتب على دفعه الضرر عليه فلا يجب الدّفع و ذلك لعموم ما دلّ على نفى الضرر و ان كان الدّفع مستلزما للضرر على المقرض و تركه مستلزما للضرر على المقرض و تساوى ضررهما فيحتمل قويا وجوب الدّفع ح و كذا فيما اذا كان ضرر ترك الدفع اشدّ و اما اذا كان ضرر الدفع اشدّ فيحتمل قويا عدمه و مع هذا لا ينبغي ترك الاحتياط من الطرفين مط

### الخامس صرح في القواعد بأنه لو دفع في غير بلد الاطلاق

وجب القبول مع مصلحه المقرض و صرح في التذكرة بوجوب القبول ح من غير تقييد بمصلحه المقرض و لكن صرح بوجود الاشكال في وجوب القبول ح و اختار في جامع المقاصد هنا ما اختاره في المسألة السابقة و الاقرب عندي ما فصلته فيها

### السادس اذا طالب المقرض في غير البلد الذي شرط الاداء فيه

فصرّح في التذكرة بانه يجب الدفع و أطلق و صرح في القواعد بانه يجب الدفع ح مع مصلحه المقرض و صرح في جامع المقاصد بان حكم هذه الصورة حكم الصورة المطالبة في غير بلد القرض مع الاطلاق محتجا بانّ الشرط لا يصير المال مؤجلا و لا سبيل الى اطراح الشرط بالكلية لعموم قول المؤمنون عند شروطهم فيجمع بين الحقين بما ذكره ثم صرح بان كلما ذكره في صورته المطالبة في غير بلد القرض مع الاطلاق فهو آت هنا و استشكل في ذلك بعض المحققين فيما حكى عنه قائلا بعد الحكم بظهور جواز شرط الاداء في بلد اخر انما البحث في انه هل يلزم ذلك أم لا بل يجوز له ان يطالب اينما يريد ظاهر كلامهم في

عدم لزوم الاجل فى القرض و ان القرض جائز دائما الا ان يشترط فى عقد لازم الجواز و مقتضى ادله لزوم الشرط عدمه و كذا نفى الضرر اذا فرض انه قد يتعسر او يكون قليلا فى بلد المطالبه دون بلد الشرط و غير ذلك من الضرر و فيما ذكره نظر بل الاقرب عدم وجوب الدفع و لزوم الوفاء بالشرط كما صرح به فى النهايه و التبصره و ربما يستفاد من جمله من الكتب المقتصره على التصريح بجواز الشرط المذكور كالاخلاف و الغنيه و السرائر و الارشاد و التحرير و الدروس

### السابع اذا دفع المقرض فى غير البلد الذى شرط الاداء فيه

فصرح فى التذكرة بانه يجب القبول على اشكال و صرح فى القواعد بانه يجب القبول مع مصلحه المقرض و صرح فى س بانه لم يجب القبول و ان كان الصلاح للقباض و لا ضرر على المقرض و صرح فى جامع المقاصد بانه ذهب الشهيد فى حواشيه الى اعتبار موضع الشرط و الاطلاق فى وجوب الدفع و القبول سواء كان للممتنع مصلحه او لا و اختار هو هنا نحو ما اختاره سابقا و لوقيل ان كان الشارط هو المقرض دون المقرض و جب القبول لان حق الشرط له و قد اسقطه بدفعه فى غير بلد الشرط و ان كان الشارط هو المقرض فلا يجب القبول لعموم ما دل على لزوم الوفاء بالشروط و لم يتحقق منه اسقاط الحق لم يكن بعيدا

### منهل يكره الاستدانه مع الغناء عنها و عدم الحاجه و الاضطرار اليها

#### اشاره

و قد صرح بذلك فى النهايه و السرائر و الغنيه و التبصره و الارشاد و كره و التحرير و القواعد و لف و الدروس و جامع المقاصد و لهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه فى الجملة و منها ما تمسك به فى التحرير و كره من خبر عبد الله بن ميمون القداح عن ابي عبد الله ع عن ابائه عن على ع قال اياكم و الدين فانها منذله بالنهار و مهمه بالليل و قضاء فى الدنيا و قضاء فى الآخرة و منها ما تمسك به فيهما أيضا من خبر عبد الرحمن بن الحجاج الذى وصف فى الاول و غيره بالصحة عن الصادق ع قال تعوذوا بالله من غلبه الدين و غلبه الرجال و بوار الایم و منها ما تمسك به فيهما أيضا من خبر معاويه بن وهب الذى وصفه فى الاول و غيره بالصحة قال قلت لأبى عبد الله ع انه ذكر لنا ان رجلا من الانصار مات و عليه ديناران فلم يصل عليه النبى ص فقال صلوا على صاحبكم حتى ضمنهما عنه بعض قرابته فقال ابو عبد الله ع ذلك الحق ثم قال ان رسول الله ص انما فعل ذلك ليتعظوا و ليرد بعضهم على بعض و لئلا يستحقوا بالدين و منها ما تمسك به فيهما أيضا من خبر حنان بن سدير عن ابيه عن ابي جعفر ع قال كل ذنب يكفره القتل فى سبيل الله عز و جل الا الدين لا كفاره له الا ادائه او يقضى صاحبه او يعفو الذى له الحق و

#### ينبغى التنبيه على امور

### الاول قد وصف فى كره و غيرها الكراهه هنا بالشده

و لم اجد مستنده مع ان الأكثر اطلقوها

## الثاني هل تختص الكراهه بالقرض او نعم كل دين يشتغل الذمه به

كما في السلف و النسيه و المهر غالبا و غير ذلك ربّما يستفاد الثاني من النهايه و الشرائر و التبصره

ص: ٣٠

و الارشاد و التحرير لتصريحها بكراهه الدين بقول مطلق و الدين اعم من القرض عرفا و قد اشار اليه بعض الاجله قائلا حيث كان الدين عباره عما يوجب شغل الذمه فالظاهر شمول الكراهه هنا للبيع سلفا و نسيه بل ربما امكن شموله للحال مع احضار النقد بل تاخيره الى وقت اخر و قد يستدلّ عليه بالاخبار المتقدمه و لكن قد يمنع من دلالتها على اصل الكراهه في الجملة فضلا عن دلالتها عليها مطلقا فيبقى اصاله العدم سليمه عن المعارض و يعضدها السييره المستمره بين المسلمين و لزوم الحرج العظيم في ثبوت الكراهه مط فت و اما اطلاق الكتب المتقدمه فلا يبعد تنزيله على القرض لتبادره منه و قد اقتصر في التذكرة و الارشاد و الرياض على الحكم بكراهه الاستدانه و هي ظاهره في القرض

## الثالث هل يكره الاستدانه مطلقا و لو لفعل طاعه

كالحج و الزياره و بناء المسجد و الانفاق في سبيل الله تعالى و نحو ذلك او لا بل يختص بغير ذلك مقتضى اطلاق الكتب المتقدمه الاول و لكن في روايه موسى قال قلت لأبي عبد الله جعلت فداك يستقرض الرجل و يحج قال نعم قلت يستقرض و يتزوج قال نعم انه ينتظر رزقه الله تعالى غدوه و عشيه و فيه نظر بل الاقرب هو الاول

## الرابع اذا استدان مع الكراهه فهل يثبت ح استحباب اقراضه

و ادانته فيه اشكال من الاصل و استلزام الاقراض الاعانه على المكروه و هي مكروهه و من اطلاق النصوص و الفتاوى باستحباب الاقراض و منع كراهه الاعانه على المكروه فالاحتمال الاول هو الاقرب

## الخامس اذا اضطر الى الاستدانه و حصلت ضروره داعيه اليها

فصرح في الشرائر و التحرير و عد و الدروس بزوال الكراهه و احتج عليه في الاخير بفعل المعصومين عليهم السلام قائلا فقد مات رسول الله ص و الحسنان عليهما السلام و عليهم دين و يدل على ما ذكره جمله من الاخبار احداها صحيحه معاويه بن وهب المتقدمه فان في ذيلها قد مات رسول الله ص و عليه دين و قتل امير المؤمنين ع و عليه دين و مات الحسن ع و عليه دين و قتل الحسين ع و عليه دين و ثانيها ما رواه بعض الاجله عن كتاب كشف الحجه لابن طاوس قال رايت في كتاب ابراهيم بن محمد الاشعري الثقه باسناده عن ابي جعفر ع قال قبض على ع و عليه دين ثمانمائه الف درهم و كانت تنوبه نواب قال و رايت في كتاب عبد الله بن بكير باسناده عن ابي جعفر ع ان الحسين ع قتل و عليه دين و ان على بن الحسين ع باع ضيعه له بثلاث

مائة الف فقضى دين الحسين ع و عادات كانت عليه و ثالثها خبر العباس بن عيسى قال ضاق على علي بن الحسين عليهما السلام ضيقه فاتي مولى له فقال اقرضني عشرة آلاف درهم الى ميسره فقال لا لأنه ليس عندي و لكني اريد وثيقه قال له من ردائه هدبه فقال هذه الوثيقه قال فكان مولاه كره ذلك فغضب ع فقال انا اولي بالوفاء أم صاحب بن زراره فقال انت اولي بذلك منه قال فكيف صار صاحب بن زراره يرهن قوسا و هي خشبه على مانه حماله و هو كافر و انا لا أفي هديه ردائي قال فاخذها الرجل منه و اعطاه الدرهم و جعل الهديه في حق فسهل الله عز و جل له المال فحملة الى الرجل ثم قال احضرت مالك فهات وثيقتي فقال له جعلت فداك ضيعتها فقال اذا لا تأخذ مالك مني ليس شىء من يستخف بذمته قال فما خرج الرجل فاذا فيه الهديه فاعطاها علي بن الحسين عليهما السلام فاعطاه علي بن الحسين ع الدرهم فاخذ الهديه فرمى بها ثم انصرف و صرح في التذكرة و الرياض بالكراهه تحف مع الحاجه فاذا اشتدت زالت و صرح في السرائر بانه في هذه الحاله لا يستدين الا مقدار حاجته و كفايته على الاقتصار من نفقته و نفقه عياله ممن يجب عليه نفقته و صرح في القواعد بانه يقتصر على كفايته و مؤنه عائلته على الاقتصار و صرح في جامع المقاصد بان الذى ينبغي ان يقال ان سقوط كراهه الاستدانه منوط بالحاجه فالمقدار المحتاج اليه بالنسبه الى نفسه و عياله لا كراهه فيه مع رعايه وجود احد الامرين الوفاء و الولي و ما عداه يكره بغير تفاوت و الاقرب عندي ان الاقتصار على قدر الضروره ليس بواجب بل يجوز الزائد ح و ان كان المستفاد من السرائر و القواعد الوجوب و لكن الظاهر ارادتهما الكراهه فى الزائد و ربما يدل عليها بعض الاخبار المتقدمه

### السادس لو خاف التلف بترك الاستدانه

وجبت كما صرح به فى التذكرة و جامع المقاصد و غيرهما و استدلل عليه فى الاول بالمروى عن مولانا الرضا ع من طلب هذا الرزق من حله ليعود به على عياله و نفسه كان من المجاهدين فى سبيل الله تعالى فان غلب عليه فليستد على الله عز و جل و على رسوله ص ما يقوت به عياله فان مات و لم يقضه كان على الامام ع قضائه فان لم يقضه كان عليه وزره فان الله تعالى يقول **إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَ الْمَسْكِينِ وَ الْعَامِلِينَ عَلَيْهَا وَ الْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ وَ فِي الرِّقَابِ وَ الْعَارِمِينَ** فهو فقير مسكين مغرم و صرح فى جامع المقاصد بانه لا فرق فى ذلك بين ان يكون له وفاء او ولي و عدمه و لا فرق فى خوف التلف بين ان يكون على نفسه او على عياله

### السابع صرح فى التذكرة بانه لو احتاج الى الدين

و كان له من يقوم مقامه فى الاداء بعد موته جاز له الاستدانه من غير كراهه و يظهر ما ذكره من النهايه و التحرير و يظهر من الدروس خفه الكراهه ح و اعترض على هذا فى السرائر بعد التصريح بكونه مرويا قائلا هذا غير واضح لان الولي لا يجب عليه قضاء دين من هو ولي له بغير خلاف و اجاب عنه فى لف بان هذا القول خطأ من ابن ادريس فان الشيخ لم يدع وجوب القضاء على الولي بل قال اذا علم ان له وليا يقضى عنه زالت الكراهه و ليس فى هذا القول دلالة على وجوب القضاء لا بصريحه و لا بايمائه و الشيخ عول فى ذلك على ما رواه سماعه عن الصادق ع و لا يستقرض على ظهره الا و عنده وفاء و لو طاف على ابواب الناس فردوه اللقمه و اللقمتين و التمره و التمرتين الا ان يكون له ولي يقضى من بعده ليس منا من يموت الا جعل الله عز و جل له وليا يقوم فى عدته و دينه فيقضى عدته و دينه و قد وصف هذه الروايه بعض الاجله بالموثقيه

و لكن صرّح في التحرير بان الاولى ح تركها

ص: ٣١

و صرح في الدروس بان الكراهه تخف

### التاسع هل تجوز الاستدانه مط

و لو لم يكن المديون قادرا على وفاء الدين باعتبار عدم تملكه شيئا يقابل الدين و عجزه عن اكتساب ما يوفى به الدين و لم يكن له ولى يقضى عنه الدين بعد موته او لا يجوز له الاستدانه الا بعد قدرته على الوفاء بوجود مال له او بقدرته على الاكتساب او وجود ولى يقضى عنه بعد موته اختلف الاصحاب في ذلك على اقوال الاول انها تجوز مطلقا و ان كانت في بعض الصور واجبه و في اخر مكروهه و في اخر مباحه و هو للسبب و القواعد و الارشاد و التذكرة و التحرير و التبصره و لف و الدروس و جامع المقاصد و صرح في لف بانه المشهور الثانى انها تحرم اذا لم يكن قادرا على قضائه و هو المحكى في لف عن الحلبي الثالث انها تحرم مع عدم القدره على قضائه و زوال الضروره عنه الرابع ما اختاره في النهايه قائلا مع الاختيار لا ينبغي له ان يستدين فان فعل فلا يفعل الا اذا كان له ما يرجع اليه فيقضى به فان لم يكن له ما يرجع اليه و كان له ولى يعلم انه ان مات قضى عنه قام ذلك مقام ما يملك فاذا خلا من الوجهين فلا يتعرض على حال و الاقرب عندي هو القول الاول لوجوه منها الاصل و قد تمسك به في لف و منها انه لو كان حراما في الصور المذكور لاشتهر بل و تواتر نصا و فتوى و التالى باطل كيف لا و القائل بالحرمة شاذ نادر بل لم ينبه احد عن القولين الاخيرين بوجه من الوجوه و انما اقتصر بعض على حكاية القول الاول فلو لم يكن دليل على المختار الا هذه الشهره العظيمه التى لا يبعد عنها دعوى شذوذ المخالف للزم القول به فت و منها ان القرض لو كان حراما في الصور المذكوره لَمَا جاز الاقراض فيها و الثانى بط فالمقدم مثله اما الملازمه فلعوم ما دل على النهى عن الاعانه على المحرم و اما بطلان التالى فللعوميات الداله على رجحان القرض و ترتب الثواب عليه من النصوص و الفتاوى و منها عموم ما دل على نفى الضرر و منها العمومات الداله على نفى الحرج فى الشريعة من الكتاب و السنّه و منها السيره المستمره بين المسلمين من عهد النبى ص و الائمه عليهم السلام الى الان و منها العمومات الآمره بطاعات كثيره كالحج و الزياره و الصدقه و غيرها متوقفه على الاستدانه فى الصور المذكوره و منها ما تمسك به فى لف من خبر موسى بن بكر قال قال لى ابو الحسن ع من طلب الرزق من حله ليعود به على عياله و نفسه كان من المجاهدين فى سبيل الله فان غلب فليستقرض على الله عز و جلّ و على رسوله ص ما يقوت به عياله فان مات و لم يقضه كان على الامام قضائه فان لم يقضه عليه وزره ان الله عز و جل يقول إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَ الْمَسْكِينِ وَ الْعَامِلِينَ عَلَيْهَا وَ الْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ وَ فِي الرِّقَابِ وَ الْغَارِمِينَ فَهُوَ غَيْرُ مَسْكِينٍ مَغْرَمٍ وَ يعضده امور احدها العموم الثاشى من ترك الاستفصال فى خبر اخر لموسى ابن بكر عن الصادق ع قلت يستقرض و يتزوج قال نعم انه ينتظر رزق الله غدوه و عشيه و ثانيها قوله ع فى بعض الاخبار المتقدمه فان غلب عليه فليستدن على الله عز و جل الحديث و ثالثها خبر إسماعيل بن على عن رجل من اهل الشام انه سئل ابا الحسن الرضا ع عن رجل عليه دين قد قدحه و هو يخالط الناس و هو يؤتمن يسعه

شراء الفضول من الطعام و الشراب فهل يحل له أم لا و هل يحل له ان يتضلع من الطعام أم لا يحل له الا قدر ما يمسك به نفسه و يبلغه قال لا- باس بما اكل لا يقال يعارض ما ذكر روايه سماعه المتقدمه لأننا نقول هذه الروايه لا يصلح للمعارضه للوجه المتقدمه خصوصا على القول بعدم حجيه الموثق و بعدم ظهور النهى فى اخبار الائمه ع فى الحرمة كما عليه جماعه هذا صرح فى جامع المقاصد بان الاخبار الوارده فى تغليظ امر الاستدانه لا تبلغ التحريم و على المختار فهل تجوز الاستدانه حيث يعلم بعدم قدرته على الوفاء اصلا و بان احدا لا- يوفى عنه حيا و ميتا فيجوز للفقير العاجز عن الكسب الذى لا مال له و لا ولى ان يستقرض مائه الف دينار مثلا مطلقا و لو لم يعلم بحاله المقرض او لا يجوز مطلقا و لو علم بحاله المقرض او لا يجوز اذا لم يعلم بحاله المقرض و يجوز اذا

علم بحاله فيه اشكال و لكن احتمال الجواز فى صورته علم المقرض بالحال هو الاقرب بل احتمال الجواز مط فى غايه القوه و عليه فهل يستحق العقاب على ترك الاداء وجهان و صرح فى التذكرة بانه لو مات المديون و لم يتمكن من القضاء و لم يخلف شيئا البتة لم يكن معاقبا اذا لم ينفقه فى المعصيه و كان فى عزمه القضاء و لو انفقه فى المعصيه و لم يكن فى عزمه القضاء كان مأثوما قال عبد الرحمن الحارثى سئل الصادق ع عن رجل مات و عليه دين قال ان كان اتى على يديه من غير فساد لم يؤاخذه الله تعالى اذا علم من نيته الاداء الا- من كان لا يريد ان يؤدى امانته فهو بمنزله السارق و كذلك الزكاه و كك من استحل ان يذهب بمهور النساء ثم صرح يستحب لصاحب الدين ابراء المديون اذا مات معسرا محتجا بخبر ابن تميم بن عبد الحميد عن الصادق ع قال قلت ان لعبد الرحمن بن سبابه دينا على رجل قد مات و كلمناه على ان يحلله فابى قال ويحه اما يعلم ان له بكل درهم عشره اذا حلله فاذا لم يحلله فانما له بدل درهم درهم و ما ذكره جيد العاشر صرح فى السرائر و التحرير و الدروس بان قبول الصدقه للمستحق الذى لم يجد شيئا افضل من الاستدانه و يستفاد هذا من جامع المقاصد أيضا و احتج عليه فى الاول بان الصدقه حق جعلها الله تعالى له فى الاموال و لا باس بما ذكره و بالحاق الخمس و ساير وجوه البر بالصدقه حيث لم يكن فى اخذها مذله و اهانه و ذهاب ماء الوجه و صرح فى التذكرة بانه لو لم يكن له شىء و تمكن من سؤال الناس كان اولى من الاستدانه و فيه نظر

## منهل يكره لصاحب الدين النزول على المديون

### اشاره

كما صرح به فى النهايه و الغنيه و التذكرة و القواعد و الدروس و لهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه و منها ظهور عباره الغنيه فى دعوى الاجماع عليه و منها الخبران احدهما خبر الحلبي الذى وصفه بالصحة فى التذكرة و غيرها عن ابى عبد الله ع انه كره للرجل ان ينزل على غريمه قال لا يأكل من طعامه و لا يشرب من شرابه و لا يعتلف من علفه و ثانيهما خبر جراح المدائنى عن ابى عبد الله ع انه كره ان ينزل الرجل على الرجل و له عليه دين و ان كان قد هاله الا ثلاثة ايام و منها ما تمسك به فى كرهه من انه اضرار به

ص: ٣٢

### الاول اذا نزل عليه فلا اشكال فى جواز اقامه ثلاثه ايام عنده و ما دونها

و هل يجوز ان يقيم عنده ازيد من ثلاثه ايام او يحرم اختلف الاصحاب فى ذلك على قولين الاول ان ذلك حرام و هى للغنيه و المحكى فى جملة من الكتب عن ابى الصيلاح و يمكن استفادته من النهايه و التذكرة الثانى ان ذلك ليس بحرام و لكنه مكروه و هو للمختلف و الدروس و جامع المقاصد و قد وصف الكراهه فيه و فى الاول بالشده للأولين وجوه منها ظهور الغنيه فى دعوى الاجماع على عدم جواز ذلك و منها صحيحه الحلبي المتقدمه لا- يقال لم يقبل احد بظاهرها فيحمل النهى فيها على الكراهه بل قد يمنع من دلالتها على الحرمة بناء على ما صار اليه جماعه من ان النهى فى اخبار الائمه لا يفيد الحرمة لأننا نقول الحمل على الكراهه مجاز و هو مرجوح بالنسبه الى تقييد اطلاق الروايه بما زاد على الثلاثه لما تقرّر فى الاصول من اولويه التقييد من المجاز حيثما يقع التعارض بينهما و منها روايه جراح المتقدمه و منها خبر سماعه الذى وصفه بعض الاجله بالموثقيه قال سئلت ابا عبد الله ع عن الرجل ينزل على الرجل و له عليه دين أ يأكل من طعامه فقال نعم يأكل من طعامه ثلاثه ايام ثم لا يؤكل بعد ذلك شيئا و للآخرين وجوه أيضا منها ما تمسك به فى لف من الاصل الدال على نفي التحريم و يجاب عنه بعدم صلاحيته لمعارضه الوجوه المتقدمه الدالّه على التحريم و منها خبر جميل بن دراج الذى وصفه بعض الاجله بالصحة عن ابى عبد الله ع فى الرجل يأكل عند التحريم على غريمه او يشرب من شرابه او يهدى به هديه قال لا باس به و يجاب عنه بتقييده بالثلاثه فما دونها لان الوجوه المتقدمه الدالّه على التحريم اخص منه و لا شك فى لزوم تقييد المطلق بالمقيد و منها المروى عن الفقيه قال سئل ابو جعفر عن الرجل يكون له على الرجل الدرهم و المال فيدعوه الى طعام او يهدى له هديه قال لا باس به و يجاب عنه بنحو ما تقدم و المسأله محل اشكال فلا ينبغي فيها ترك الاحتياط بمراعات القول الاول بل هو الاقرب

### الثانى لا فرق فى جميع ما ذكر بين ان يكون الدين قرضا او ثمن مبيع

او غير ذلك

### الثالث لا فرق فى ذلك بين ان يكون مشتاقا و مسرورا

و منتفعا بنزول صاحب الدين عليه و بقائه عنده ازيد من الثلاثه او لا بل صرح بعض الاجله بان كراهه النزول عليه فيما لم يظهر من المديون كراهه النزول عليه و التاذى بالجلوس عنده و اكل طعامه و الا فلا يبعد التحريم و هو فى غايه القوه

### الرابع لا فرق فى ذلك بين صورتى حلول اجل الدين عند النزول

و مضى الازيد من الثلاثه و عدمه

## الخامس لا فرق فى ذلك بين كون النزول و الاقامه لأجل المطالبه بالدين

و اقتضائه او لحاجه اخرى من زياره او معامله او نحو ذلك و جميع ما ذكر من التعميمات مقتضى اطلاق النصوص و الفتاوى فتأمل

## السادس هل يختص الحكمان المذكوران بما اذا كان الدين كثيرا يعنى به

او لا بل يعمان ما اذا كان قليلا غايته كعشره دراهم فيه اشكال و لكن الاحتمال الاول فى غايه القوه

## السابع هل يختص الحكمان المذكوران بما اذا كان صاحب الدين مسافرا او لا

بل يشملان حاضر البلده المقيم فيها الظاهر من النصوص و الفتاوى هو الاول لأنه المتبادر من لفظ النزول المفروض فيها و لكن الثانى احوط خروجها عن الشبهه

## الثامن لا يكره نزول المديون على صاحب الدين

و لا الاقامه عنده ازيد من الثلاثه للأصل السليم عن المعارض

## منهل اذا اهدى المديون الى صاحب الدين هديه لم تجر عاداته بها كره قبولها

### اشاره

كما صرح به فى السِّرائر و صرح فى الغنيه أيضا مدعيا عليه الاجماع و اذا قبلها استحب له ان يحتسبها من دينه كما صرح به فى النهايه و الغنيه و السِّرائر و التذكره و التحرير و عد و س و جامع المقاصد و لهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه و منها تصريح الغنيه بدعوى الاجماع عليه و منها ما تمسك به فى التذكره و س و جامع المقاصد من خبر غياث عن ابى عبد الله ع ان رجلا اتى عليّ فقال له ان لى على رجل دينار اهدى الى هديّه فقال ع احسبه من دينك عليه و الامر و ان كان للوجوب و لكن ينبغى حمله هنا على الاستحباب كما صرح به فى جامع المقاصد قاطعا به و معللا بان الهديّه يجوز قبولها مطلقا و

### ينبغى التنبيه على امور

## الاول هل يلحق بالهديه المفروضه الهديّه التى جرت عاده المديون بها قبل الدين او لا

صرح فى الدروس بالأوّل و بان الاستحباب فى غير المعتاد يتأكد و هو مقتضى عموم الرّوايه و ربما يستفاد من تقييد الحكم بغير



المعتاد فى يه و ئر و التحرير و كره و عد الثانى و لا وجه له الا الاصل المدفوع بالروايه

### **الثانى هل المراد بالاحتساب الابراء او الوفاء**

فيه اشكال و الاقرب ان المعتبر صدق اللفظ

### **الثالث هل الاحتساب محله بعد قبول الهديه**

و تملكه اياها هديه او عند قبولها او عند احد الامرين مخيرا بينهما الاقرب الأخير عملا باطلاق النصوص و الفتاوى

### **الرابع هل يتوقف الاحتساب على لفظ**

او يكفى مجرد القصد الباطنى الاقرب الاخير عملا بالامرین المذكورين

### **الخامس هل يتوقف الاحتساب على رضا المديون به**

و قبوله له او لا الاقرب الاخير عملا بالامرین المذكورين

### **السادس اذا احتسب فهل يجوز له الرجوع فيه او لا**

الاقرب الاخير للأصل

### **السابع هل يختص استحباب الاحتساب بما اذا كان المديون مؤمنا عادلا فقيرا او لا**

بل يستحب و لو كان كافرا غنيا مقتضى عموم الامرین الثانى و هو الاقرب

### **منهل يستحب للغريم الارفاق بالمديون فى الاقتضاء و المسامحه فى الحساب و عدم الاستقضاء**

كما صرح به فى التذكرة محتجا بما رواه حماد بن عثمان قال دخل على الصادق ع رجل من اصحابه فشكى اليه رجلا من اصحابه فلم يلبث ان جاء المشكو فقال له ابو عبد الله ع مغضبا ما لأخيك يشكوك فقال يشكونى انى استقضيت منه حقى قال فجلس ابو عبد الله ع مغضبا فقال كأنك اذا استقضيت حقك لم تسئ أ رأيت ما حكى الله عز و جلّ فقال تعالى وَ يَخَافُونَ سُوءَ الْحِسَابِ انما خافوا ان يجوز الله عليهم لا و الله ما خافوا الا الاستقضاء قسما بالله تعالى سوء الحساب فمن استقضيت فقد اساء و

يؤيده المرفوع عن ابي عبد الله ع قال قال له رجل ان لى على بعض

ص: ٣٣

الحسنيين مالا و قد اعيانى اخذه و قد جرى بينى و بينه كلام و لا امن ان يجرى بينى و بينه ما اغنم له فقال له ابو عبد الله ع ليس هذا طريق التقاضى و لكن اذا اتيته فاطل الجلوس و الزم الشكوت قال الرجل فما فعلت الا يسيرا حتى اخذت مالى

### منهل يستحب حسن القضاء

كما صرح به بعض الفضلاء محتجا بالنبوى المرسل المروى عن الفقيه ليس من غريم ينطلق من عند غريمه راضيا الا صلّت عليه دواب الارض و نون البحر و ليس من غريم ينطلق صاحبه غضبان و هو ملّى الّما كتب الله تعالى بكل يوم و ليله يحسبه ظلما و بخبر ابي بصير عن ابي عبد الله ع قال قال رسول الله ص المدين ثلاثه رجل كان له فانظروا اذا كان عليه اعطى و لم يمطل فذاك له و لا- عليه و رجل اذا كان له استوفى و اذا كان عليه اوفى فذلك لا له و لا عليه و رجل اذا كان له استوفى و اذا كان عليه مطل فذاك عليه و لا له

### منهل صرح بعض الفضلاء باستجاب الاشهاد على المديون

محتجا عليه باخبار عديده منها خبر جعفر بن ابراهيم عن ابي عبد الله ع قال اربعة لا تستجاب لهم دعوه الى ان قال و رجل كان له مال فادانه بغير بينه فيقال له أ لم امرك بالشهاده و منها خبر عمرو بن ابي عاصم قال قال ابو عبد الله ع اربعة لا يستجاب لهم دعوه احدهم رجل كان له مال فادانه بغير بينه يقول الله عز و جل أ لم امرك بالشهاده و منها خبر عبد الله بن سنان عن ابي عبد الله ع قال من ذهب حقه على غير بينه لم يؤجر و لا بأس بما ذكره

### منهل يجوز لصاحب الدين ان يطالب مديونه بدينه الحال و المؤجل عند حلول الاجل

#### اشاره

و يجب على المديون الخروج من الدين و وفائه و لو بدفع جميع ما يملكه عدا ما سيأتى الاشاره الى استثنائه و قد صرح بذلك فى السرائر و يه و عد و كره و التحرير و س و لهم وجوه منها ظهور الاتفاق على ذلك و يؤيده ما صرح به بعض الاجله قائلوا و كأنه مجمع عليه بل قيل بين المسلمين و منها انه لو لم يجب ذلك لم يجب الوفاء بمقتضى العقد و التالى باطل فالمقدم مثله اما الملازمه فظاهره و اما بطلان التالى فلعموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و منها انه لو لم يجب ذلك لزم ترتب الضرر على صاحب الدين و التالى باطل فالمقدم مثله اما الملازمه فظاهره و اما بطلان التالى فلعموم قوله ص لا ضرر و لا ضرار و منها انه لو لم يجب ذلك لما كان صاحب الدين مسلطا على امواله الذى ادانه و التالى باطل فالمقدم مثله اما الملازمه فظاهره و اما بطلان التالى فلعموم قوله الناس مسلطون على اموالهم و منها ما صرح به والدى العلامة قدّس سره من اطلاق الاوامر بوجوب ايتاء الدين و يؤيده ما صرح به بعض الاجله من انه يدل على ذلك عموم ادله وجوب اداء الدين و ابراء الذمّه من اموال الناس و ح فلا بد لكل من استثنى من دليل و منها خبر عمار الذى وصفه بعض الاجله بالموثقيه عن ابي عبد الله ع كان امير المؤمنين ع يجلس

الرجل اذا التوى على غريمه ثم يأمر فيقسم ماله بينهم بالحصاص فان ابى باعه فيقسم بينهم ماله فت و يؤيده خبر السيكونى عن جعفر عن ابيه عن على ع انه كان يحبس فى الدين ثم ينظر فان كان له مال قد اعطى الغرماء و ان لم يكن له دفعه الى الغرماء فيقول لهم اصنعوا به ما شئتم و كذا يؤيده النبوى المرسل المشهور لى الواجد يحلّ عرضه و عقوبته و النبوى الآخر المرسل مطلق الغنى ظلم و استثنوا من مال المديون شيئاً حكموا بانه لا يجب عليه دفعها فى الدين و بانه لا يتسلط صاحب الدين على اخذها و لا الحاكم على اجباره على ايفاء الدين منها او مباشرته لأخذها لوفاء الدين منها دار سكناه و قد صرح باستثنائها فى النهايه و يه و ير و يع و ره و كره و لف و عد و شد و التحرير و اللمعه و س و جامع المقاصد و لك و ضه و حكى فى اللمعه عن ظاهر ابن الجنيد تجوز بيعها فى الدين و لكن يستحب للغريم تركه و هو ضعيف بل المعتمد هو القول الاوّل الذى عليه المعظم و لهم و جوه منها تصريح الغنيه بدعوى اجماع الطائفة على انه لا يجب على المفلس بيع داره التى يسكنها و لا عبده الذى يخدمه و لا دابته التى يجاهد عليها و يعضده امور احدها تصريح كره بانه لا يجوز بيع دار السكنى عند علمائنا اجمع و نقل الخلاف فيه عن العامه و ثانيها قول الحلى فى السرائر يمنع من بيع الدار و الخادم فى الدين على ما روى فى بعض الاخبار و ان تحقق اجماع اصحابنا يرجع اليه و لا دليل عليه سوى الاجماع منهم و ثالثها ان احدا من الاصحاب عدا الشهيدى فى اللمعه و ضه لم يحك خلافا فى ذلك مع ان طريقهم الاشارة اليه غالباً و لو كان نادراً و رابعها ان والدى العلامة حكى عن كثر العرفان انه حكى على عدم جواز بيع دار السكنى اجماع علمائنا و منها ما تمسك به فى كره من ان فى تجوز بيعها ضرراً بالمديون اذ لا بد له من مسكن فان الانسان مدنى بالطبع لا يمكنه ان يعيش بغير سكن فاشبه المنفعة التى تقدم على الدين و منها جمله من الاخبار احدها خبر الحلبى الذى وصفه بعض الاجله بالصّحّح او الحسن عن ابى عبد الله ع قال لا تباع الدار و لا الجارية فى الدين و ذلك انه لا بد للرجل من ظل يسكنه و خادم يخدمه و ثانيها ما تمسك به فى كره و غيرها من خبر ابراهيم بن هاشم ان محمد بن ابى عمير كان رجلاً بزازاً فذهب ماله و افتقر و كان له على رجل عشرة آلاف درهم فباع داراً له كان يسكنها بعشره آلاف درهم و حمل المال الى بابه فخرج اليه ابن ابى عمير فقال ما هذا فقال هذا مالك الذى لك على قال و رثته قال لا قال و هب لك قال لا قال فهل هو ثمن ضيعه بعثها قال لا قال فما هو قال بعت دارى التى اسكنها لأقضى دينى فقال ابن

ابى عمير حدثنى ذريح المحاربى عن ابى عبد الله ع قال لا يخرج الرجل من مسقط رأسه بالدين ارفعها فلا حاجه لى فيها و الله انى لمحتاج فى وقتى هذا الى درهم واحد و ما يدخل ملكى منها درهم واحد و ثالثها خبر ذريح المحاربى الذى وصفه بعض الاجله بالصّحّح عن ابى عبد الله ع قال لا يخرج عن مسقط رأسه بالدين و رابعها خبر مسعده بن صدقه قال سمعت جعفر بن محمد و قد سئل عن رجل عليه دين و له نصيب فى دار و هى تغل غله فربما بلغت

ص: ٣٤

عليها قوته و ربما لم تبلغ حتى يستدين و ان هو باع الدار و قضى دينه بقى لا دار له فقال ان كان فى داره ما يقضى دينه و يفضل منها ما يكفيه و عياله فليبع الدار و الا فلا و خامسها ما تمسك به فى كره و غيرها من خبر عثمان بن زياد قال قلت لأبى عبد الله ع ان لى على رجل ديناً و قد اراد ان يبيع داره فيقضينى فقال له ابو عبد الله ع اعيدك بالله ان يخرج من ظل رأسه اعيدك بالله ان تخرجه من ظل رأسه اعيدك بالله ان يخرج من ظل رأسه و فيه نظر لا يقال يعارض ما ذكره خبر سلمه بن كهيل قال سمعت علياً يقول لشريح انظر الى اهل المعك و المطل و دفع حقوق الناس من اهل القدره و اليسار ممن يدلى باموال المسلمين الى الحكام فخذ الناس بحقوقهم منهم و بع فيها العقار و الديار فانى سمعت رسول الله ص يقول مطل الموسر ظلم للموسر و من لم

يكن له عقار و لا دار و لا مال فلا سبيل عليه الحديث لأننا نقول هذه الروايه لا تصلح للمعارضه من وجوه عديده منها ضعيف سندها و حكي عن بعض دعوى اختصاصه بالغنى اذا مطل و اخفى ماله و عن اخر احتمال الحمل على ما يزيد على قدر الحاجه و استقرب بعض الاجله حمله على التقيّه مدعيا فهمه من عباره كره و قائله و ممن نقل عنه ذلك لشريح المذكور فى هذا الخبر و الشافع و مالك و فى تتمّه الخبر ما يساعد هذه الاحتمال و منها الخادم و المملوك الذى يخدمه و قد صرح باستثنائه كدار السكنى فى النهايه و غه و ثر و يع و التبصره و كره و عد و التحرير و شد و اللمعه و س و لك و ضه كما عن كنز العرفان و حكي فى اللمعه عن ظاهر الاسكافى تجويز بيعها فى الدين و لكن يستحب للغريم تركه و هو ضعيف بل المعتمد هو القول الاول الذى عليه المعظم و لهم وجوه منها تصريح الغنيه بدعوى اجماع الطائفه على استثنائه و يعضده اولا ظهور التذكرة فى انعقاد اجماع الاماميه عليه لأنه لم يحك فيه خلافا الا من العامه و ثانيا ظهور عباره السرائر فى دعوى اجماع على ذلك و ثالثا حكايه والدى العلامه قدّس سره عن كنز العرفان دعوى اجماع عليه و رابعا تصريح بعض الاجله بظهور كونه مجمعا عليه و خامسا الشهره العظيمه التى لا يبعد معها دعوى شذوذ المخالف بل لم ينبه عليه فى معظم الكتب التى طريقها نقل الخلاف من الخاصه و لو كان شاذا فظاهر هذا الكتب ان ذلك مجمع عليه و منها ما تمسك به فى كره هنا من قاعده نفى الضرر التى تمسك بها استثناء الدار و منها ما تمسك به فيها و فى غيرها من خبر الحلبي المتقدم و منها قوت يومه و ليلته و قد صرح باستثنائه فى السرائر و ثر و عد و كره و س و جامع المقاصد و حكي عن كنز العرفان و ربما يستفاد من ثر و شد و ضه لتصريحها بانه يجرى على المفلس نفقته يوم القسمه و نفقه واجبى النفقه و لم يصرح باستثنائه فى يه و غه و التبصره و شد و اللمعه و لك فظاهرها عدم استثنائه و المسأله محل اشكال من فتوى جماعه كثيره بالاستثناء من غير ايماء الى وجود الخلاف فيه بوجه من الوجوه مع عدم صراحه الكتب التى لم تصرح بالاستثناء فى عدمه بل هى غير ظاهره فيه مضافا الى فحوى ما دل على استثناء الدار و الخادم لان الاحتياج الى القوت اشد و الى عموم التعليل فى خبر الحلبي المتقدم و من العمومات المتقدم اليها الاشاره الداله على وجوب دفع جميع ما يملك فى وفاء الدين خرج السكنى و الخادم بالدليل و لا دليل على خروج غيرهما فيبقى مندرجا تحتها و لا يجوز تخصيصها هنا بفتوى الجماعه المتقدم اليهم الاشاره بالاستثناء و لا بالفحوى و لا بعموم التعليل المتقدم اليهما الاشاره اما عدم جواز التخصيص بفتوى الجماعه المتقدم اليهم الاشاره فلعدم بلوغها حد اجماع و لا الشهرة و عدم حجيتها فى نفسها مع معارضتها بظهور كلمات جماعه آخرين فى عدم الاستثناء و منعه فى غايه البعد و اما عدم جواز التخصيص بالفحوى فلوجوه الاول انها ممنوعه لأنها غير مفهومه الثانى ان مقتضى الفحوى الحاق كلما يكون الحاجه اليه اشد من الاحتياج الى دار السكنى بها من اثار البيت و نحوها و لا قائل بهذا العموم على الظاهر بل الظاهر اتفاق الاصحاب على اختصاص

الاستثناء بامور خاصه قليله غايه القله فليست الفحوى على ظاهرها و ارتكاب التخصيص فيها كما فى الالفاظ الموضوعه للعموم التى ثبت تخصيصها من الخارج باطل اما اولا فلاستلزامه تخصيص العام الى الاقل من النصف و هو ممنوع منه عند جماعه من الاصوليين و لو سلم جوازه فلا اشكال فى مرجوحته بالنسبه الى اكثر الامور المخالفه للأصل و منها طرح اصل الفحوى و اما ثانيا فللمنع من حجيه الفحوى بعد لزوم تخصيص عمومها لعدم الدليل و القياس على الالفاظ الموضوعه للعموم قياس مع الفارق لان دلالة هذه الالفاظ بالوضع و لا كك الفحوى فانها بالالتزام و لا شك فى انها اضعف على ان حجيه العام المخصص متفرعه على قاعده لزوم حمل اللفظ على اقرب المجازات و ليست هى هنا جاريه و اما ثالثا فلان ما دلّ على عدم استثناء بعض ما يكون الاحتياج اليه اشد من الاحتياج الى قوت يومه و ليلته يقتضى بفحواه عدم استثنائه فيكون الفحوى السابقه معارضه بهذه الفحوى و هى اولى بالترجيح لاعتضادها بالعمومات المتقدم اليها الاشاره و قد اشار الى ما ذكر فى مجمع الفائده قائلا فى شرح عباره

الارشاد لا- تباع دار سكناه و لا- عبد خدمته و لا- فرس ركوبه اذا كان من اهلها و لا- ثياب تجمله ما لفظه لا دليل على الكل بخصوصه الا- ان يكون اجماعا نعم موجود في دار السكنى فكأنهم فهموا من باب الموافقه و هو مشكل بل يمكن من باب الموافقه فهم عدم جواز ذلك الا ما ثبت بالدليل فانه قد ثبت انه لا يخلى سوى قوت يوم القسمه و ليس العبد و الدابه و ثياب التجمل اكثر احتياجا من قوت الغد بل العكس فينبغى الاختصار على ما ثبت بالدليل و اخراج الغير فى الديون سيما ثياب التجمل و عبد الخدمه و الدابه الا مع الضروره الكليه بحيث لا يعيش بدونها او مرض او مشقه لا تتحمل و مع ذلك الاحتياط و الاولى و الاخير البيع و تحمل المشقه الا ان يؤل المرض الى الهلاك و اولى من ذلك التبديل اذا تمكن بتحصيل ما يكفى و دفع الباقي الى الديان و اما رابعا فلان الفحوى

ص: ٣٥

المذكوره معارضه بالعمومات المتقدم اليها الاشاره و هى و ان كانت اعم من الفحوى الا ان مراعات الفحوى يلزم منها ارتكاب تخصيص احدهما فى عمومها كما تقدم اليه الاشاره و ثانيهما فى هذه العمومات و لا يلزم هذا على تقدير عدم اعتبار الفحوى من اصلها كما فى كثير من المقامات فيكون اولى سلمنا و لكن لا أقل من المساوات و معها لا يجوز الاعتماد عليها أيضا كما لا يخفى فتأمل و اما عدم جواز التخصيص بعموم التعليل المذكور فلجميع ما ذكرناه فى عدم جواز التخصيص بالفحوى و منها فرس الركوب و قد صرح باستثنائه فى غه و كره و شد و عد و لك و ضه و هو ظاهر جامع المقاصد بل صرح فى الغنيه بدعوى الاجماع عليه و لم يصرح فى كثير من الكتب الاستثناء فظاهره عدمه و المسأله لا يخ من اشكال لما تقدم اليه الاشاره و لكن القول بالاستثناء فى غايه القوه للإجماع المنقول المشار اليه و منها ثياب بدنه و قد صرح باستثنائها فى التحرير و شد و كره و س و اللمعه و جامع المقاصد و ضه و لك و المحكى عن كثر العرفان و صرح فى ضه بتظافر الروايات به و لم يصرح بالاستثناء فى النهايه و الغنيه و التبصره و صرح فى اللمعه بان الظاهر من ابن الجنيد بيعها فى الدين و لكن يستحب للغريم تركه و المسأله محل اشكال لما تقدم اليه الاشاره و منها كتب العلم و قد حكى بعض الاجله عن بعض استثنائها أيضا و لم اجد فى كتب اصحابنا المشهوره موافقا له و التحقيق عندى فى الاستثناء ان يقال ان ما يملكه المديون على قسمين احدهما ما يحتاج اليه حاجه شديده بحيث يترتب على فقده ضرر عظيم و مشقه شديده و هلاك نفسه او نفس عياله او نقص عضو منه او من عياله و ثانيهما ما لا يحتاج اليه ككسواء احتاج اليه فى الجملة أم لا فان كان الاؤل فيحتمل الاؤل قويا ان لا يجب صرفه فى وفاء الدين و ان يكون مستثنى كالدائر سواء كان قوتا لنفسه او عياله او ثيابا او فرسا او دابه اخرى او اثاث البيت او كتب العلم او غير ذلك كما يظهر من المقدس الأردبيلي و بعض الاجله و ذلك لوجوه منها الاصل و منها العمومات الداله على نفى الحرج فى الشريعه من الادله الاربعه و هى اولى بالترجيح من العمومات المتقدمه الداله على وجوب اداء الدين لوجوه عديده و ان كان التعارض بينهما من قبيل تعارض العمومين من وجه و منها عموم ما دل على نفى الضرر فى الشريعه من قوله ص لا ضرر و لا ضرار و ان كان قد يعارضه مثله و منها عموم قوله ص الناس مسلطون على اموالهم و منها عموم قوله تعالى لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض لان وفاء الدين ليس من التجاره و منها عموم فحوى ما دل على استثناء الدار و الخادم و لا معارض لها فت و منها ما اشار اليه بعض الاجله قائلا اما استثناء غير الدار و الخادم فلم اقف عليه فى شىء من الاخبار و لعل المستند فيه هو الضروره و الحاجه مع انه قد روى فى فى عن عمرو بن يزيد قال اتى رجل ابا عبد الله ع يقتضيه و انا حاضر فقال له ليس عندى اليوم شىء لكن يأتينا خطر و رسمه فنباع و نعطيك إن شاء الله تعالى فقال له الرجل عدنى فقال كيف اعدك و انا لما لا ارجو

ارجى منى لما ارجو و انت خبير بما فى هذا الخبر من الدلاله على التوسعه و عدم ما ذكروه من الضيق فانه يبعد كل البعد ان لا يكون له ع مال بالكليه سوى المستثنيات المذكوره اذ الاستفادة من الاخبار انه ع كان ذا ثروه و املاك و ان تعذر عليه النقد فى ذلك الوقت و يؤيده أيضا ما رواه فى يب عن يزيد بن معاويه فى الصّحيح قال قلت لأبى عبد الله ع ان على دينا و اظنه ان يعود لى و قال لا ينام و اخاف ان بعث ضيعتى و ما لى شىء فقال لا تبع ضيعتك و لكن اعطى بعضا و امسك بعضا و احتمال انظار الولى له ع او انه رخص له لولايته العامه كما قيل الظاهر بعده سيما انا لم نقف لما ذكروه من التضيق هنا على الوجه المذكور فى كلامهم على دليل واضح من كتاب او سنه و نحو صحيحه يزيد المذكوره فيما دلت عليه قوله ع فى الفقه الرضوى و ان كان له ضيعه اخذ

منه بعضا و ترك بعضا الى ميسره على انه يبعد كل البعد استثناء مثل الخادم و الفرس و نحوهما مما تقدم مع عدم جواز ازيد من قوت يوم و ليله مع ان القوت اضر و ان كان الثانى فيحتمل لزوم الاختصار فى الاستثناء على الدار و الخادم و فرس الركوب لقيام الدليل على استثنائها و قد تقدم اليه الاشاره و مقتضا الاستثناء اعم من ان يشتد الحاجه اليها اولا كما لا يخفى فهى مستثناه تعبدا كما فى توقف وجوب الحج على الزاد و الراحله لا يق التفصيل المذكور لم يذكره احد بل مقتضى كليات الاصحاب الاقتصار على امور مخصوصه دون غيرها لأننا نقول لا نسلم انصراف اطلاقات الاصحاب الى الصوره الاولى بل الظاهر انها منصرفه الى الصوره الثانيه كما فى اكثر الموارد من ابواب العبادات و المعاملات نعم ربما اشعر تعليل بعضهم الاستثناء كبعض التّصوص باراده الصوره الاولى و لكنه ليس بحيث يجوز الاعتماد عليه فى الحكم بذلك فت على ان حصر المستثنيات أنما يستفاد من جملة من الكتب كالتقواعد و التحرير و كره و س و موضع من السرائر لتصريحها اولا- بانه يجب دفع جميع ما يملكه فى وفاء الدين ثمّ تصريحها ثانيا باستثناء امور من الكليه التى ذكروها كالدّار و الخادم و غيرهما و اما جملة اخرى من الكتب كالنهايه و قه و لف و التبصره و شد و اللمعه فلم تنبه على الكليه المذكوره بوجه من الوجوه بل انما اقتصرت على التصريح بانه لا يباع الاشياء المذكوره فى وفاء الدين و من الظاهر انه لا يدل على بطلان ما ذكرناه من التفصيل بوجه من الوجوه فانه من المطالب المشهوره بين العقلاء ان اثبات الشىء لا ينفى ما عداه و قد نبه عليه محقق الاصوليين بان مفهوم اللقب ليس بحجه فت و كيف كان فلا ينبغى للمقترض و المقرض ترك الاحتياط هنا فان المسأله من المسائل المشكله و

**ينبغى التنبيه على امور**

**الاول اذا كانت الدار دار غلته لا دار سكناه و جب بيعها فى الدين**

كما صرح به فى يه و ثرو هو ظاهر عد و كلما قيد الدّار المستثناه بدار سكناه كالغنيه و يع و ير و لف و شد و كره و صرح فيها فى موضع اخر بجواز بيع دار الغله و ظاهرها اراده الوجوب و احتج على ذلك بروايه مسعده بن صدقه المتقدمه و المراد بدار الغله كما صرح به فى مجمع الفائده الدار المرصده للنماء كالبيت المعد للإجاره و نحو

ص: ٣٦

ذلك و يلحق بها الحانوت و الرباط و الحمام و غير ذلك من الابنيه و كذا يلحق بها العبد و الجاربه و الفرس المعده للاسترباح

باجاره و نحوها و هل يلحق بدار السكنى الخيمه و ما فى معناها او بدار الغله الظاهر من فتاوى الاصحاب الثانى لاقتصارها على دار سكنها فى الاستثناء و ليس المفروض منه قطعا و لكن المستفاد من التعليل المذكور فى حسنه الحلبي المتقدمه و من صحيحه ذريح المحاربي و روايه ابراهيم بن هاشم المتقدمين و من بعض الوجوه التى تمسك بها فى كرهه على استثناء دار السكنى و قد تقدم اليه الاشاره الاول فالمسأله لا تخلو عن اشكال و لكن الاحتمال الثانى فى غايه القوه لان التعارض بين الاخبار المذكوره و بين العمومات المتقدمه الدالّه على وجوب اداء الدين بعد اخراج دار السكنى منها من قبيل تعارض العمومين من وجه و من الظاهر ان الترجيح مع تلك العمومات على انه قد يمنع من شمول اطلاق الاخبار المذكوره لمحل البحث لظهور انصرافه الى دار السكنى لغلبتها فت و كيف كان فلا- ينبغى للطرفين ترك الاحتياط فى البيان و اذا كان دار سكنها مشتركه بينه و بين غيره فهل يستثنى له سهمه او لا فيه اشكال و لكن الاحتمال الاول فى غايه القوه و كذلك الكلام فى ساير المستثنيات المشتركه بينه و بين غيره و هل يلحق منفعة الدار المستاجرته التى يسكنها بدار سكنها فيستثنى أيضا او لا- الاقرب الاخير و كك الكلام فى ساير المستثنيات أيضا

### الثانى اذا كانت دار سكنها كبيره يكفيه بعضها

فصرح فى بيع و لف و عد و كره و س و لك و ضه بانه يجب عليه بيع الزائد فى وفاء الدين و حكى فى لف عن الصدوق و انه حكاه عن شيخه محمد بن الحسن بن وليد و يمكن استفاده وجوب ذلك من يه و ثر و لكن أطلق فى غه و يع و التحرير و ره و شد و لف و اللعنه استثناء الدار فمقتضاه عدم وجوب ذلك للقول الاول وجوه منها ما تمسك به فى كرهه من ان المقتضى لاستثناء الدار الضروره و هى بالنسبه الى الزائد المفروض منتفيه و منها ما تمسك به فيها أيضا من خبر مسعده بن صدقه المتقدم و اورد عليه والدى العلامه بان الظاهر ان المراد من الدار فيها غير دار السكنى بل دار الغله كما صرح به فى صدرها و جوابه ع و ان لم يتضمن التصريح به الا ان اضافته الدار فيه الى الضمير يقتضى ذلك لكون دار الغله هى المعهوده الموجوده فى السؤال و ح فلا دلالة فيها على جواز بيع ما يفضل من دار السكنى و عندى فيما ذكره من المناقشه نظر فت و منها ما ذكره والدى العلامه من لزوم الاقتصار فيما دلّ على لزوم الوفاء من اطلاقات الاوامر المستلزمه لبيع جميع ما يملكه و لو من باب المقدمه على القدر المتيقن من النص و الفتوى و ليس الا- الدار المحتاج اليها بقدر ضرورته لعدم الاجماع على عدم جواز بيع ما زاد و اختصاص النصوص بحكم التبادر و الغالب بالدار التى لم تفضل عن حاجه المديون مضافا الى اشعار تعليل المنع من بيعها بلا يخرج من ظل رأسه و نحوه باختصاص المنع بقدر ما يحتاج اليه من ظل الراس دون ما زاد فانه ليس من ظل رأسه المحتاج اليه فت و للقول الثانى وجوه أيضا منها استصحاب عدم وجوب الزائد فى بعض الصور و لا يقدر فيه اختصاصه ببعض افراد المدعى لان الباقي يلحق به بعدم القائل بالفصل على الظاهر و منها اطلاق الاجماع المحكى فى الغنيه على استثناء الدار و منها اطلاق صحيحى الحلبي و ذريح و خير ابراهيم بن هاشم و خير عثمان بن زياد و قد تقدمت و قد يجاب عنه اولا بالمنع من شموله لمحل البحث كما نبه عليه والدى العلامه و كذا نبه عليه بعض الاجله أيضا و بنحوه يجاب عن اطلاق الاجماع المنقول فى الغنيه بل قد يدعى عدم الخلاف فى المسأله و لذا لم يته عليه احد من الطائفة و ثانيا بان اطلاق الاخبار المذكوره لو سلم شمولها لمحل البحث فهو معارض باطلاقات الاوامر التى اشار اليها والدى العلامه و هى اولى بالترجيح كما لا يخفى فاذا المعتمد هو القول الاول

### الثالث لو كانت دار السكنى و سائر المستثنيات نفيسه

يتمكن المديون من الاكتفاء بالادون منها فهل يجب عليه الاستبدال بالادون منها و صرف تفاوت القيمتين فى الدين او لا فيه اقوال احدها وجوب الاستبدال ح و هو للمحكى عن محمد بن الحسن بن الوليد و قد استفاد من عبارتى النهايه و السرائر و ثانيها عدم وجوب الاستبدال ان كانت المستثنيات التى هى اعلى قيمه لائقه بحاله و وجوبه ان لم يكن لائقه بحاله و هو للروضه و لك و صرح فى جامع المقاصد بانه لا شبهه فى انها لو كانت مع نفاستها لايقه بحاله لم يجب البيع و ثالثها عدم وجوب الاستبدال مط و هو لظاهر اطلاق كره و كل من أطلق الاستثناء ممن تقدم اليه الاشاره و لم يرجح فى المسأله اشياء فى لف و س و هى محل اشكال فلا ينبغى فيها ترك الاحتياط فيراعى القول الاول و دونه فى الاحتياط القول الثانى و لكن الثالث هو الاقرب لإطلاق الاخبار المتقدمه و الاجماع المحكى فى الغنيه مع كون المفروض اغلب افراد المطلق مضافا الى ان فى الاستبدال مشقه عظيمه غالبا و قد يوجب هتك حرمة المديون و بروز سرّه و افتقاره بين الناس و هذا لو كان الاستبدال واجبا لاشتهر نصابا بل و تواتر لتوفر الدواعى عليه و ميسر الحاجه اليه و التالى باطل قطعاً و احتج فى كره على عدم وجوب الاستبدال بالاصل و عموم النهى عن بيع هذه الاشياء

### الزابع صرح فى س بانه لو باع دار سكناه جاز اخذ ثمنها

ثم صرح بان الروايه تدل على استحباب منعه من بيع داره و كراهه ثمنها و لعل اشارتها الى روايه ابراهيم بن هاشم المتضمنه لقضيه ابن ابى عمير و ما صار اليه من جواز اخذ ثمنها ح جيد فيجب على المديون دفعه فلا يكون من المستثنيات ثمن الدار مط و لو لم يكن له دار و كان عنده ثمنها و كذلك الكلام فى سائر المستثنيات

### الخامس و لو كانت المستثنيات رهنا جاز بيعها

كما صرح به فى كره و عد بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه

### السادس لو كان له دور متعدده يسكن كلا منها

بحيث يصدق على كل منها انها دار سكناه و كان محتاجا الى جميعها فالظاهر استثنائها اجمع كما اشار اليه الشهيد الثانى فى ضه و لك قائلا فيهما لو احتاج الى متعدد استثنى كالمتردد و لا فرق فى ذلك كما هو مقتضى اطلاق الكتابين بين ان يكون الجميع فى بلد واحد او فى بلاد متعدده و لا بين ان يكون بعضها اشد احتياجا اليه او لا و لا بين ان يكون بعضها اكثر سكنى او لا و كذلك الكلام فى سائر المستثنيات كما اشار اليه فى الكتابين أيضا و لو لم يكن محتاجا الى واحد منها فالاحوط بيع الباقي و الاحوط الاقتصار على الادون

### السابع صرح فى لك



لا فرق فى المستثنيات بين كونها عين مال بعض الغرماء و عدمه عندنا و هو جيد

### **الثامن لو اشترى دارا او انتقلت اليه بنحو هبه**

او صلح او ارث او بناها و لم يسكنها فهل تكون مستثناه أيضا او لا فيشترط فى استثناء الدار ان يكون مسكونه له فيه اشكال فالاحوط الثانى بل لا يخ من قوه

### **التاسع لا فرق فى المملوك المستثنى بين العبد و الامه**

كما صرح به فى لك بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه و ان اقتصر فى بيع على الامه و فى يه و ثر و التحرير و كره و اللمعه و س و ضه على الخادم و فى الغنيه و عد و ره و شد على عبد الخدمه و صرح فى كره بانه يشترط ان يكون المولى من اهل الاخدام و هو ظاهر الارشاد و صرح فى الروضه بانه يعتبر فى الخادم ان يكون لايقا بحاله لشرف او عجز و صرح فى لك انه يعتبر فى الامه الحاجه الى خدمتها او الاهليه لها بحسب حاله و مثلها العبد و فى جميع هذه الشروط نظر لإطلاق النص و معظم الفتاوى فالاقرب عدم الاشتراط و لكنه احوط و صرح فى كره بانه لو كان له خادمان بيع احدهما لاندفاع الضروره و فيه نظر بل مقتضى اطلاق النص و معظم الفتاوى عدم الوجوب و هو الاقرب

### **العاشر هل يلحق بالفرس دابه الركوب**

او يختص الاستثناء به ظاهر اكثر العبارات كعباره القواعد و شد و كره الثانى لاقتصارها على فرس الركوب و صرح بالاول فى الغنيه و لك و ضه الا ان الأول قيد الدابه بالتى يجاهد عليها و الاحوط الاقتصار على الفرس بل هو فى غايه القوه و صرح فى ضه و لك بانه يعتبر فى الدابه ان يكون لائقه بحاله لشرف او عجز و ربما يستفاد من الارشاد أيضا و فيه نظر بل الاقرب عدم الاشتراط و ان كان احوط

### **الحادى عشر هل يلحق بقوت نفسه فى اليوم و الليله قوت عياله الواجبى النفقه فيهما**

او لا صرح بالاول فى التحرير و س و غيرهما و ربما يظهر من السرائر الثانى و هو احوط

### **الثانى عشر هل يختص ثياب البدن بثياب التجمل او لا**

بل يعم الجميع ربما يظهر من الارشاد و اللمعه و غيرهما الاول للاقتصار على ثياب التجمل و لكن أطلق الثياب فى التحرير و س و جامع المقاصد و صرّح فى لك بانه يستثنى له دست ثوب يليق بحاله شتاء و صيفا و فى كنز العرفان على ما حكى بانه يستثنى له دست ثوب و حكى فى لك عن كره انه صرّح بان الاولى اعتبار ما يليق بحاله فى افلاسه لا حال ثروته و بانه يترك لعياله من الثياب ما يترك له و بانه لا يترك الفرش و البسط بل يسامح بالبد و الحصر القليل القيمه

## منهل اول ما يبدأ به من التركه هو الكفن

### اشاره

فهو مقدم على الدين فليس للغرماء المنع منه و لا مطالبته فان فضل شىء بعد اخراجه صرف فى الدين و قد صرح بتقدمه على الدين فى يه و ثر و يع و النافع و المعبر و المنتهى و كره و عد و شد و س و الذكرى و جامع المقاصد و الروض و الروضه و المدارك و الذخيره و الرياض و لهم و جوه منها التصريح بدعوى الاجماع على ذلك فى الذكرى و الروض و يعضدها اولاً ظهور الاتفاق عليه و عدم نقل احد من الاصحاب خلافاً فيه و ثانياً تصريح المنتهى و جامع المقاصد و الذخيره بانه لا خلاف فيه بين الاصحاب و ثالثاً تصريح المدارك بان هذا قول علمائنا و اكثر العامه و رابعاً تصريح بعض الاجله بان الظاهر انه لا خلاف فى ان الكفن مقدم على الدين و منها ما تمسك به فى المنتهى من ان لباس المفلس مقدم على ديونه فى حال حياته و كذا بعد موته و يعضده اولاً عبارته التذكرة و لان الميراث بعد الدين و المئونه مقدمه على الدين و ثانياً قول الشهيد فى الذكرى و لان الارث بعد الدين و المئونه قبله و ثالثاً قول المحقق فى المعبر و لأنه ما ينتقل الى الوارث الا ما بعد فضل عن دينه و مؤنه الرجل مقدمه على دينه و رابعاً قول المحقق الثانى فى جامع المقاصد و لان الارث بعد الديون المتعلقة بالذمه قبل الموت فان تعلقها بالتركة متأخره عن الموت فلا يزاحم الكفن و ان كان مفلساً و خامساً قول الرياض و لان المفلس لا يكلف بنزع ثيابه و حرمة المؤمن ميتاً كحرمة حيّاً و منها ما تمسك به فى ك و خيريه و الرياض و غيرها من خبر زواره الذى وصفه بالصحة كما فى كره قال سئل ابا عبد الله ع عن رجل مات و عليه دين بقدر كفنه قال يكفن بقدر ما ترك الا ان يتجر عليه انسان فيكفنه فيقضى ما ترك دينه و منها ما تمسك به فى كره و الكتب المذكوره التى تمسكك بالروايه الاولى من خبر السكونى عن جعفر عن ابيه عليهما السلام قال قال رسول الله ص ان اول ما يبدأ به من المال الكفن ثم الدين ثم الوصيه ثم الميراث و منها ما ذكره بعض الاجله من الرضوى و اذا مات رجل عليه دين و لم يكن له الا قدر ما يكفن به كفن به فان تفضل عليه رجل بكفن كفن به و يقضى بما ترك دينه و اذا مات رجل و عليه دين و لم يخلف شيئاً فكفنه رجل من زكاه ماله فهو جائز له و ان اتجر عليه رجل اخر يكفن كفن من الزكاه و جعل الذى اتجر عليه لورثته يصلحون به حالهم لان هذا ليس بتركة الميت انما هو شىء صار اليهم بعد موته و

### ينبغى التنبيه على امور

### الاول الكفن من اصل المال و صلبه

و قد صرح بذلك فى الشرائع و المعبر و النافع و عد و شد و كره و المنتهى و س و الذكرى و جامع المقاصد و الروض و

المدارك و الذخيره و الرياض و لهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه و منها تصريح الذكري و الروض بدعوى الاجماع منا عليه بل صرح في المعبر بان مذهب اهل العلم الا شذاذ من الجمهور فانهم جعلوه من الثلث و في كرهه بان اجماع العلماء الا من شذ من الجمهور فانهم جعلوه من الثلث و هو خطأ و في المنتهى بان مالا خلاف فيه و يعضد ما ذكر تصريح الذخيره و في جامع المقاصد بان لا خلاف بين علمائنا في ذلك و اكثر العامه الا من شذ منهم و في المدارك بان هذا قول علمائنا و اكثر العامه و يعضده ما ذكر في الذخيره بان لا خلاف في هذا الحكم بين الاصحاب و منها ما تمسك به في المدارك و الذخيره من خبر عبد الله بن سنان الذي وصفه بالصيحه عن ابي عبد الله ع قال الكفن من جميع المال و هو باطلاقه يدل على تقدمه على الدين كما لا يخفى و منها ما تمسك به في المعبر و كره و المنتهى و كرى من ان جماعه من الصيحه لم يكن له تركه الا قدر الكفن فكفونهم كحمزه و مصعب بن عمير و منها ما تمسك به في كره و كرى و جامع المقاصد من قول النبي ص

ص: ٣٨

في الدين و قصه راحلته كفونه في توبيه و لم يسئل عن ثلثه

### الثاني لا فرق فيما ذكر بين ان يوصى بالكفن او لا

كما صرح به في كره و الذكري بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه

### الثالث هل يقدم الكفن على حق المرتهن

و غرماء المفلس او لا احتمالات احدها تقديمه على حقهما و قد صرح في جامع المقاصد و المدارك و الذخيره و الرياض بان مقتضى اطلاق الاخبار و كلمات الاصحاب المصرحه بتقديم الكفن على الدين و لذا صار اليه في المدارك و نفى في جامع المقاصد البعد عن تقديم الكفن عن حق المرتهن و قد يناقش في الاطلاق المذكور اولا بما صرح به في الرياض موردا عليه من الشك في انصرافه الى محل البحث و ثانيا بان معارضه عموم قوله تعالى **أَوْفُوا بِالْعُقُودِ** و التعارض هنا من قبيل تعارض العمومين من وجه كما لا يخفى و من الظاهر لزوم ترجيح الآيه الشريفه لكونها من الكتاب الذي هو من المرجحات المنصوص عليها في الاخبار الكثيره بل المتواتره في كلمات كثير من العلماء و لاعتضادها بعموم ما دل على نفى الضرر و قد يجاب عن الاول بان لا موجب للشك في انصراف الاطلاق الى محل البحث فالاصل حملة على العموم مع تايده بان لو كان حق المرتهن مقدما ح لورد التنبيه عليه لتوفر الدواعي عليه كما لا يخفى و عن الثاني بان الظن الحاصل من الشهره و لو كانت حاصله من اطلاقات العبارات اقوى من الظن الحاصل من ظاهر الكتاب خصوصا مثل هذه الآيه الشريفه التي قد يمنع من دلالتها على المدعى و كونها من المجملات هذا و يعضد الشهره اطلاق الاجماع المحكيه على تقدم الكفن على الدين و اطلاق الاوامر بالتكفين و ما دل على ان حرمة المؤمن ميتا كحرمة حيا فاذن الاحتمال المذكور هو الاقرب و ثانيها ان حق المرتهن مقدم بخلاف غرماء المفلس و قد صار اليه في كره و ثالثها ان حقهما معا مقدم و لم اجد به قائلا نعم يظهر من الذخيره و غيرها التوقف في المسأله و يلحق بحق المرتهن حق المجنى عليه فيقدم الكفن عليه لما دل على تقدمه على حق المرتهن و هو الاطلاق المتقدم و قد اشار اليه في جامع

المقاصد و الذخيره و لكن صرح فى الاول بانه يمكن الفرق بين المرهون و الجانى لان المرتهن انما يستحق من قيمته و لا يستقل بالاخذ بخلاف المجنى عليه و الفرق بين كون الجنايه خطاء و عمدا و صرح بان الحكم موضع تردد من ان مقتضى الرهن و الجنايه الاختصاص و من بقائهما على الملك ثم صرح بان هذا اذا لم يكن الجنايه او الرهن بعد الموت فان الكفن مقدم ح جزما

### **الرابع هل المراد بالكفن الذى يقدم على الدين**

و يكون من صلب المال هو القدر الواجب منه فما زاد عليه لا يكون كك و ان كان مندوبا او لا المعتمد هو الاول و قد صرح به فى عد و المنتهى و جامع المقاصد و الروض و الروضه و المدارك و الذخيره و هو ظاهر كره و س و كرى و غيرها بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه و ان أطلق فى الشرائع و النافع و المعبر و شد و كره و كونه من صلب المال و مقدا على الدين كما فى الاخبار الداله على ذلك الانصراف الاطلاق الى القدر الواجب و عدم تعرض احد لنقل خلاف فى المسأله من فتوى او نص و يؤيد ما ذكر عموم ما دل على نفي الضرر

### **الخامس لو اوصى بالندب فهو من الثلث**

الامع اجازته الورثه فمن الاصل ح و قد صرح بما ذكر فى كره و الذكرى و س و جامع المقاصد و ك و الذخيره و اشار اليه فى المنتهى أيضا و صرح فى كره و كرى بانه لو تشاح فى الورثه فى الكفن اقتصر على الواجب و زاد فى الاول فصرح بانه لو ضائق اصحاب الديون المستغرقه فى الزائد على الواجب لم يخرج و لو ضايقوا فى الواجب اخرج و جميع ما ذكره جيد و اشار الى الاخيره فى الثانى أيضا بقوله لو كان هناك دين مستوعب منع الندب و ان قلنا لا يبيع ثياب التجمل لحاجته الى التحمل بخلاف الميت فانه اخرج الى براءه ذمته و صرح فى الاول بانه لو اوصى باسقاط الزائد على الواجب نفذت وصيته و صرح فى الثانى بان الاقرب ان للوارث الخيار و اورد على ما فى الاول بانه ان اريد تحريم الندب على الوارث و على غيره فهو بعيد و توصيه بعض الصحابه بان يكفن فى ثوبه الخلق و انفاذ اهله ليست حجه و لو سلم فغير دال على الوجوب و اختار فى جامع المقاصد ما اختاره فى كرى من ثبوت الخيار للورثه

### **السادس اذا لم يكن للميت مال بقدر الكفن دفن عريانا**

و لا يجب على المسلمين بذله و لكن يستحب اما الاول فقد صرح به فى كره و عد و المنتهى و س و جامع المقاصد و المدارك بل صرح فيه بانه مما لا خلاف فيه بين العلماء و اما الثانى فقد صرح به فى يع و عد و كره و المنتهى و كرى و جامع المقاصد و الذخيره و المدارك بل صرح فيه فى انه مما لا خلاف فيه بين العلماء و احتج عليه باصالة البراءه السليمه عن المعارض كما احتج بها فى كره و جامع المقاصد و لا فرق فى ذلك بين كون الميت قريبا او بعيدا و اما الثالث فقد صرح به فى يع و عد و كره و شد و س و جامع المقاصد و المدارك و الذخيره بل صرح فيها بان الظاهر انه مما لا خلاف فيه بين العلماء و بدلاله روايات عليه و عد منها خبر سعد بن ظريف الذى وصفه بالحسن فى ك محتجا به على ذلك كالدكرى و جامع المقاصد و هو مروى

عن مولانا الباقر ع وفيه من كفن مؤمنا كان كمن ضمن كسوته الى يوم القيمة و صرح في ك أيضا بدلاله روايات على ذلك و صرح في جامع المقاصد بانه يستحب البذل استجابا مؤكدا و حكاة في كرى عن جماعه من الاصحاب و لا اشكال في انه يجب على الزوج بذل كفن زوجته و هل يجب على المولى بذل كفن مملوكه او لا الاقرب الاوّل لتصريح التذكرة بدعوى الاجماع عليه و احتج عليه أيضا باستمرار حكم رقيته الى الوفات و هل يجب عليه بذل كفن من يجب عليه الانفاق عليه من الآباء و الامهات و الاولاد او لا صرح بالثاني في المنتهى قائلا و هل يجبر الانسان على كفن ولده او والده او من يجب النفقه عليه غير الزوجه فيه توقف اقربه عدم الوجوب و هو الاقرب عندي للأصل السليم عن المعارض هنا

### السابع اذا كان للمسلمين بيت مال موجود

و لم يوجد باذل للكفن فصرح في المنتهى و جامع المقاصد بانه يجب اخذ الكفن منه و هو ظاهر عد و كره و س و الذخيره و علله فيها و في جامع المقاصد بان بيت المال معد لمصالح المسلمين و ما ذكره في غايه القوه و صرح في الاخير بان المراد ببيت المال الاموال التي تستفاد

ص: ٣٩

من خراج الارضين المفتوحه عنوه و سهم سبيل الله من الزكاه على القول بان المراد به كل قربه لا الجهاد وحده

### الثامن هل يجوز تكفين الميت من الزكاه

مع احتياجه الى ذلك او لا صرح في الذكرى و س و جامع المقاصد و الذخيره بالاول و هو ظاهر المنتهى بل صرح بوجوب ذلك في الثالث و هو ظاهر الثاني و المستند امور منها ما صرح به في جامع المقاصد من ان الميت اشد فقرا من غيره و منها ما صرح به في ك من ان جواز قضاء الدين عن الميت الذى لم يترك به ما يوفى به دينه من الزكاه يقتضى جواز تكفينه بطريق اولى و منها عدم ظهور مخالف صريح فيما ذكر و منها ما صرح به في ك و خيره بما رواه الشيخ عن الحسن بن محبوب عن الفضل بن يونس الكاتب قال سئلت ابا الحسن موسى ع فقلت له ما ترى في رجل من اصحابنا يموت و لم يترك ما يكفن به اشترى كفنه من الزكاه فقال اعط عياله من الزكاه قدر ما يجهزونه فيكونون هم الذين يجهزونه قلت فان لم يكن له ولد و لا احد يقوم بامرهم فاجهزه من الزكاه قال ان ابى ع كان يقول ان حرمه المؤمن ميتا كحرمته حيا فوار بدنه و عورته و جهزه و كفنه و حطه و احتسب بذلك من الزكاه و توقف في الحكم المذكور في المدارك و اجاب عن الروايه بضعف السند معللا بنص الشيخ على ان الفضل بن يونس كان واقفيا و فيه نظر اما اولاً فلان الفضل و ان صرح الشيخ و العلامة بكونه واقفيا الا انه صرح النجاشى فيما حكى عنه بكونه ثقه و كذا صرح به في الذخيره فيكون الروايه من الموثقات و هى حجه عندنا وفاقا لجماعه منهم صاحب الذخيره و اما ثانيا فلان الراوى عن الفضل هو ابن محبوب و هو ممن اجمعت العصابه على تصحيح ما يصح عنه فيكون ما يرويه الفضل معتبرا و قد اشار اليه في الذخيره فاذا الاقرب و جوب ذلك و لكن يلزم مراعاة ما في الروايه فيلزم اعطاء الزكاه اولاً للعيال بقدر ما يجهزونه و اذا فقدوا و لم يكن احد يقوم بامرهم يصرف الزكاه في كفنه و مؤنه تجهيزه الواجب من الحنوط و

غيره و ربما يظهر ما ذكر من المنتهى و جامع المقاصد و الذخير و صرّح فى كرى بافضليه الدفع الى الورثه و لا اعرف لها وجهها مع اعتبار الروايه سندا و وضوحها دلالة و خلوها عن المعارض و صرح فى جامع المقاصد بانه يجوز الاعطاء من سهم الفقراء و المساكين و لا يشترط فى العيال الذين يدفع اليهم الزكاه الفقر و لا العدالة و لا الإسلام و لا يشترط فى الميت العدالة كلّ ذلك لإطلاق الروايه و هل يشترط فى الميت الايمان او لا الاحوط بل الاقرب الاول و الظاهر ان الاعطاء ليس تملিকা لهم بل هو دفع للصرف على الميت

### **التاسع يقدم الكفن ثم الديون ثم الوصايا ثم الارث**

كما صرّح به فى عد و المنتهى و الارشاد و جامع المقاصد و الروض و الذخير بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه و يندرج فى الدين القرض و الاثمان و الاعواض التى اشتغلت الذمه بها بالمعاملات من البيع و نحوه و الزكاه و الخمس و الكفاره و النذور و قد اشار الى ما ذكر فى ضه

### **العاشر صرح فى جامع المقاصد بانه لو ضاقت التركة عن الكفن**

فالممكن

### **الحادى عشر كما ان الكفن مقدم على الدين**

فكذلك مؤنه التجهيز مقدمه عليه أيضا كما صرح به فى يع و عد و كره و الذكرى و جامع المقاصد و الروض و الروضه و المدارك و الذخير و يظهر منها انها مشتركة مع الكفن فى جميع الاحكام المتقدم اليها الاشارة فهى أيضا من اصل المال و قد صرّح بخصوصه فى ك و احتج عليه بان الوجوب متحقق و لا محل له سوى التركة اجماعا و مع فقدها لا يجب على المسلمين بذلها بل يستحب و قد صرّح به بالخصوص فى ك و خيره و صرح فيها بان الظاهر انه مما لا خلاف فيه بين العلماء و لو لم يكن باذل دفن مجردا عنها و قد صرح بخصوصه فى المنتهى و عدّ منها فى الشرائع و عد و كره و جامع المقاصد الكافور و السدر و زاد فيما عدا الاول الماء

### **الثانى عشر لو خلف كفنا فتبرع عليه بآخر**

ففى روايه يونس بن الفضل يكفن بالمتبرع و الاخر للورثه لا يقضى منه الدين لأنه شىء صار اليه بعد الوفاء فلا يعد تركه و تأمل فيه فى جامع المقاصد و صرّح فى كره بانه اذا تبرع انسان بكفنه كان ما يتركه فى الدين مع قصور التركة لصحيحه زواره المتقدمه و هو جيد

**منهل متى الخّ صاحب الدين على المديون و اراد حسبه**

و لم يكن له بينه و خاف المديون ان اقر بدينه عند الحاكم من الحبس المضر به و بعياله و لم يكن الحاكم عالما باعساره و حاله جاز له ح ان ينكر و يحلف بالله ماله قبل شىء و قد صرح بذلك فى التّهايه و ثر و عد و كره و لف و س و جامع المقاصد و حكى عن ابى الصّيلاح و لهم الاصل و ظهور الاتفاق عليه و العمومات الدّاله على نفى الحرج و الضرر من الكتاب و السنّه و غيرهما و هل يجب عليه عند الانكار و الحلف ان يؤدى فى نفسه و يقصد من اللفظ خلاف ظاهره و بما يخرج عن الكذب كان يقصد بقوله لا- دين لك الا- دين يجب ادائه الان او غير الدين الذى يدعيه اولا المعتمد هو الاول و قد صرح به فى الكتب المتقدمه بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه أيضا و احتج فى جامع المقاصد بعموم ما دلّ على حرمه الكذب و كون الكاذب ملعونا و هل يجب اعلام المديون بذلك قبل اليمين او لا صرح الحلبي فيما حكى عنه بالاول و صرح بالثانى فى لف و هو ظاهر ما عداه من الكتب المتقدمه و هو الاقرب للأصل السّليم عن المعارض و صرح فى يه و ثر و عد و كره بانه يجب على المديون ح نيه القضاء و هو احوط بل فى غايه القوه و يلحق بالحبس كل ضرر لا يتحمل عادة و اذا اتى بصورة الانكار و الحلف من غير قصد للمعنى اصلا فهل يجزى او لا بل يجب قصد خلاف ظاهر اللفظ فيه اشكال من انه لا يسمّى توريه لأنها على ما صرح به فى جامع المقاصد عبارته عن ان يقصد باللفظ خلاف ظاهره و قد صرحوا بوجود التوريه و من الاصل و ان المقصود من التوريه الخروج من الكذب و هو يحصل بالمفروض و كيف كان فالاحوط هو التوريه و اذا كان عدلان يعرفان حقيقه الحال من اشتغال ذمته و اعساره و ترتب الضرر بثبوت ذلك الدين عليه فهل لهما الامتناع من الشهاده ح او لا الاقرب هو الاول

**منهل يجوز للزوجه المستحقه للنفقة من زوجها ان تستدين عليه النفقه التى تستحقها منه**

**اشاره**

اذا غاب عنها و لم يخلف لها نفقه و يجب عليه قضاء هذا

ص: ٤٠

الدين و ان لم يأذن لها بالاستدانه و قد صرح بذلك فى يه و ثر و عد و لف و كره و س و جامع المقاصد و لهم وجهان احدهما ظهور الاتفاق عليه و ثانيهما روايه السكونى عن الصادق ع و عن الباقر ع قال قال على ع المرأه تستدين على زوجها و هو غائب فقال يقضى ما استدانت بالمعروف و هل يجب على الزوج تسليم النفقه بالمعروف الى الزوجه ثم تقضى هى ما استدانت فيكون قضاء الدّين واجبا عليها لا عليه و تكون هى المطالبه بالدين دون الزوج او لا بل يجب عليه القضاء عنها فتكون القضاء واجبا عليه لا- عليها صرح بالأوّل فى السرائر و صرح فى جامع المقاصد بكون كلامه متجها محتجا عليه بانها الغريم دونه و فيه منع لأنها استدانت على الزوج لا- على نفسها فيكون كالفصولى غايه ما فى الباب انه لا يتوقف صحه فعلها و لزومه على اجازة الزوج و امضائه بل الحكم الشرعى بالجواز يكون كاجازة الزوج و امضائه و يظهر من النهايه و عد و لف و كره الثانى و لهم وجهان احدهما ما تمسك به فى لف قائلا و قول الشيخ عندى ممكن اذ الزوجه هنا كالوكيل عن الزوج فيجب عليه القضاء و اليه اشار فى كره بقوله لأنه فى الحقيقه دين عليه و اورد عليه فى جامع المقاصد قائلا و فيه منع لان استحقاقها النفقه لا يصير كالوكيل و ثانيهما ما اشار اليه فى لف قائلا و الشيخ عول فى ذلك على روايه السّكونى و ساقها و لا اشكال فى ظهورها فى المدعى كما اعترف به فى جامع المقاصد قائلا و كلام ابن ادريس هو المتجه و ان كان العدول عن ظاهر الروايه لا يخلو عن شىء و لو حمل الامر بقضاء الزوج عنها على دفع ذلك اليها لان تمكينه اياها من القضاء كأنه قضاء عنها لكان عدولا عن الظاهر و ارتكابا

للمجاز و ما ذكره جيد فاذن الاقرب هو القول الثانى و لو استدانى على نفسها فيظهر من اطلاق كره و عد و س انه يجب على الزوج القضاء عنها ح أيضا و فيه نظر بل الاقرب انه لا يجب عليه ذلك و لكن يجب عليه دفع النفقه و

### ينبغى التنبيه على امور

#### الاول هل يلحق بصوره غيبه الزوج صوره حضوره

مع امتناعه من الانفاق ربما يظهر من اطلاق عد و كره و س الاول و اقتصر فى يه و السرائر كالروايه على الاولى و لا دليل على التعدى فعدمه فى غايه القوه

#### الثانى هل يجوز لها ان تستدين عليه من مال نفسها

او لا بل يجب الاستدانه من غيره فيه اشكال و لكن الاخير احوط بل و اقرب

#### الثالث هل يشترط فى استدانتها الاستيدان من الحاكم مع التمكن او لا

الاقرب الاخير لخلو النص و الفتوى عن الاشاره الى الاشتراط

#### الرابع هل يشترط فيها عدم التمكن من بيع مال الزوج فى النفقه

او لا الاقرب الاخير لخلو الامرين عن الاشاره الى ذلك

#### الخامس لا يجوز لها ان تستدين عليه ازيد من النفقه الواجبه عليه

و لا يجب عليه قضاء الزائد عليها ان استدانته و قد صرح به فى يه و السرائر

#### السادس هل يلزم تصديقها فى الاستدانه

و مقدارها من غير بينه و لا- يمين او لا- تصدق الا مع البينه او لا تصدق الا مع اليمين احتمالات و لكن الاقرب هو الاول و عليه فهل يشترط فى التصديق كونها ثقه عادله او مأمونه او لا يشترط شىء من ذلك الاقرب الثانى و عليه فهل يشترط عدم ظهور كذبها او لا فيه اشكال و لكن الاول فى غايه القوه



الا مع اذنه او اذن الحاكم بالاستدانه و هو جيد

### منهل لا يجوز لمستحق الزكاه و الاخماس و الارزاق

التى على السيلطان الذى يؤديها من بيت المال ان يبيعها قبل قبضه اياها كما صرح به فى السرائر و التحرير و عد و كره و جامع المقاصد و صرح به بعدم جواز بيع الاخير فى النهايه و لهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه و منها ما ذكره فى السرائر من ان ذلك بيع غرر و بيع ما ليس بملك له لأنه لا يملكه الا بعد قبضه اياه و لا يتعين ملكه له الا بعد قبضه فجميع ذلك غير مضمون و يبعه غير جائز و لا- صحيح و اشار الى انه بيع غرر فى كره و س بقولهما لا- يجوز بيع المذكورات لعدم تعيينها و اشار الى انه غير مملوك فى النهايه بقوله لان ذلك غير مضمون و فى جامع المقاصد بقوله لان ذلك كله غير مملوك و انما يملك بالقبض و يلحق بالبيع كل عقد ناقل للعين او المنفعه

### منهل للمقترض مطالبه المقرض حالا بالجميع و ان اقرضه تفاريق

كما صرح به فى عد و التحرير و س و جامع المقاصد و هو ظاهر كره بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه و احتج عليه فى جامع المقاصد بان الجميع حال فله المطالبه كما هو واضح فصرح فى س بان للغريم دفع المفرق جملة و هو جيد و لو اقرضه جملة فدفع اليه تفاريق فلا اشكال فى جواز القبول و هل يجب او لا صرح بالاول فى عد و كره و كذا صرح به فى جامع المقاصد محتجا بانه حق له استحق اخذه و ليس له الامتناع من اخذه الى ان يسلمه الجميع اذ لا صفقه هنا بخلاف البيع فان كلا من المبيع و الثمن انما يجب تسليم جميعه نظرا الى اتحاد الصفقه ثم صرح بانه مع وجوب قبول البعض المدفوع له المطالبه بالباقي و بانه لا يجب على المقرض التاخير و ان قل الزمان الا مع الاعسار و ما ذكروه احوط بل فى غايه القوه

### منهل لو اقترض من غيره دراهم و طلعت زيوف صرح القرض

كما فى التحرير و كره و عد و س و جامع المقاصد لا يقال كيف يصح القرض مع انه انما اخذها على أنها خالصه لأننا نقول هذا مدفوع بما صرح به فى جامع المقاصد فى دفع هذا الايراد من انه لم يقع هذا الشرط فى عقد القرض ليكون منافيا و انما اقترض الموجود غايه ما فى الباب انه ظنها خالصه و ذلك لا ينافى صحه القرض و لعل الوجه فيما ذكره مع مخالفته للأصل عموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و عموم قوله ص المؤمنون عند شروطهم و عموم ما دل على مشروعيه القرض و فحوى ما دل على عدم كون ظهور العيب بعد العقد موجبا لبطلان النكاح و البيع و ظهور الاتفاق على صحه القرض ح فاذا اشترى المقرض بهذه الدراهم من مقرضها سلعه صح البيع و لزم ان وقع الشراء بالعين و كان البائع عالما بالغيب كما صرح به فى الكتب المتقدمه و احتج عليه فى جامع المقاصد بانه قد رضى بكون المدفوع ثمنا و ان كان خلاف ما يظن بحسب الظاهر لان ضرر ذلك مع الجهل به قد اندفع بعلمه و قد صرح فيه و فى كره و عد بانه يجب على المقرض رد مثل الزيوف و هو جيد و لو لم يكن البائع عالما بعيب الدراهم ح كان له فسخ البيع كما

صرّح به في كره و عد و س و استشكل في ذلك في جامع المقاصد معللا بان الثمن المعين اذا خرج من غير الجنس بطل البيع و لو خرج بعضه بطل في ذلك البعض فحقه بطلان البيع فيما كان من غير الجنس لا- التسلط على الفسخ و فيما ذكره نظر بل الاقرب هو الاول و لو باع المقرض الدراهم المقرضه من المقرض سلعه بدراهم كليه غير هذه الدراهم ثم المقرض دفعها الى المقرض عوضا عما اشتراه منه من السلعه لم يلزم المقرض قبولها بل له مطالبه المقرض بالدراهم الصحيحه السليمه كما صرح به في التحرير و كره و عد و س و صرح به في جامع المقاصد أيضا محتجا بان البيع انما جرى على نقد مخصوص غير معين بالمدفوع فينصرف اطلاقه الى الخالص فلا- يصلح دفعه ثمننا لعدم المطابقه و صرحت الكتب المذكوره بجواز ان يحتسب المقرض بتلك الدراهم المدفوعه المعيوبه على البائع الوفاء عن القرض و احتج عليه في جامع المقاصد بانه حق له في يد البائع و له عليه مثله بالقرض فيسوغ له احتسابه عنه و ما ذكره جيد و صرح في س بانه لو ظهر في العين المقرضه عيب فله ردّها و لا ارش فان امسكها فعليه مثلها او قيمتها و هو جيد و هل يجب اعلام المقرض الجاهل بالعيب او لا يظهر من س التوقف قائلا من اختلاف الاغراض و حسم ماده النزاع و من قضيه الاصل و لو اختلفا في العيب فصّرّح في س بانه يحلف المقرض مع عدم اليّنه و هو جيد و صرّح أيضا بانه لو تجدد عنده عيب اخر منع من الرد الا ان يرضى المقرض به مجانا او بالارش و هو جيد أيضا

### منهل لو اوصى المقرض بمال القرض للمقرض او لغيره صح

كما صرح به في س و لو قال المقرض اذا مت فانت في حل او برى ء كان وصيته تمضى من الثلث كما صرح به في كره و التحرير و عد و س و جامع المقاصد و لو قال ان مت فانت في حل فصّرّح في عد و كره و التحرير و جامع المقاصد بطلانه و وجهه في الاخير الفرق بين العبارتين بان قوله اذا مت فانت في حل معناه وقت موتى انت في حل و ذلك لان لفظه اذا موضوعه للتوقيت و ان تضمنت الشرط و ذلك مجزوم به غير مشكوك فيه فلا- تعليق فيه فيصح بخلاف قوله ان مت فانت في حل فان كلمه ان حرف وضع للشرط فاذا قال ان مت كان مقتضيا للشك في كونه ابراء لان مقتضى تعليق الموت بكلمه ان الشك في حصوله و متى كان المعلق عليه مشكوكا فالمعلق بطريق اولى و لا- يضر كون الموت بحسب الواقع مقطوعا به لان الاعتبار في الجزم بالصّيغه الواقعه ابراء فمتى لم تكن واقعه على وجه الجزم لم تكن صحيحه و اشار الى الوجه المذكور في عد و كره بقوله لو قال ان مت فانت في حل كان ابراء باطلا لأنه علقه على شرط و فيه نظر كما اشار اليه في س قائلا بعد التصريح بالصّحه مع لفظ اذا و لو علق بان قيل تبطل و الفرق تحقق مدلول اذا بخلاف ان و الاقرب العمل بقصده فان المدلول مجمل في العبارتين و هو في غايه الجوده و لو اشتبه القصد و احتمل الصحيح و الفاسد فهل يحمل على الاول او على الثانى او يقرع بينهما فيه اشكال من اصاله بقاء الاشتغال و من اصاله حمل فعل المسلم على الصّحه و من عموم قوله ع القرع لكل امر مشكل و لعل الاقرب هو الاول للمنع من كليه لزوم حمل الفعل على الصّحه بحيث يشمل محل البحث و لارتفاع الاشكال بالاستصحاب الذى هو حجه شرعيّه سلمنا و لكن التعارض بين ادله حجه الاستصحاب و دليل القرع من قبيل تعارض العمومين من وجه كما لا يخفى و من الظاهر ان الاول ارجح لأكثرته عددا و غلبه اعتباره شرعا و اعتضاده باطلاقات كلمات الاصحاب القائلين بحجّيته

### منهل صاحب الدين اذا طالب المديون بدينه

#### اشاره

فان كان حالا و كان المديون متمكنا من الاداء و جب عليه الاداء كما صرّح به في النهايه و ثر بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه و

ان كان مؤجلا و كانت المطالبه بعد انقضاء الاجل وجب على المديون الاداء أيضا كما صرح به فى النّهايّه بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه و ان كانت المطالبه قبل انقضاء الاجل فلا يجب على المديون ح الاداء بل له التاخير الى انقضاء الاجل كما صرح به فى عد و كره و هو الظاهر من النّهايّه و ثر و جامع المقاصد بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه و ان تبرع المديون بالاداء قبل الاجل فلا يجب على صاحب الدين القبول مط و ان انتفى الضرر به باخذه كما صرح به فى عد و كره بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه و اذا تضرر المديون بعدم القبول ح فهل يجب على صاحب الدين القبول ح او لا صرح بالثانى فى كره و هو ظ عد و فيه اشكال من عموم قوله ع لا ضرر و لا ضرار و من الاصل و عموم قوله ع المؤمنون عند شروطهم و قوله ص الناس مسلطون على اموالهم و ان اجبار الديان بالاخذ ضرر و كيف كان و الاحوط القبول و ان كان احتمال عدم وجوبه هو الاقرب و اذا ادّى المديون الدّين الحال و المؤجل بعد حلول الاجل وجب على الديان قبضه كما صرح به فى عد و كره بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه و اذا امتنع من القبول و ترك الواجب فصّرح فى عد و كره بان المديون يدفعه ح الى الحاكم و يبرأ من ضمانه و هو الظاهر من الايضاح و جامع المقاصد و هو جيد حيث يكون الحاكم مبسوط اليد و صرح فى كره بان الحاكم يلزم صاحب الدين بالقبض او البراء و هو جيد و اذا تعذر الحاكم و امتنع صاحبه من اخذه فصّرح فى عد و كره و الايضاح و جامع المقاصد بان هلاكه منه لا من المديون و لهم وجوه احدها ما تمسك به فى الايضاح و جامع المقاصد من انه لو لا ذلك للزم الضرر العظيم على المديون و التالى بط فالمقدم مثله اما الملازمه فظاهره كما صرح به فى الايضاح و اما بطلان التالى فلعموم قوله ص لا ضرر و لا ضرار و فيه نظر اما اولا فللمنع من الملازمه فى جميع صور المسأله بل قد يكون الاخذ احسانا بالنسبه الى المديون فى بعض الصور و قد قال الله عز و جل ﴿عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ﴾ و اما ثانيا فلان دفع الضمان من المديون يلزم منه الضرر على صاحب الدّين أيضا فالاولى مراعات دفع ضرره عملا باصاله بقاء اشتغال ذمه المديون لا يقال صاحب الدين قد اقدم على ضرر نفسه فلا يجب مراعاته لأننا نقول الاقدام على الضرر لا يقتضى سلب الاسم لا لغه و لا عرفا و لم نجد دليلا من الشرع أنّ الاقدام على الضرر يقتضى عدم مراعاته مطلقا و لو كان الاقدام عليه لعذر مسوغ له شرعا و لا يقال اذا وجب الحكم بسقوط ضمان المديون باعتبار الضرر فى بعض صور المسأله

ص: ٤٢

وجب الحكم به مطلقا و لو لم يكن هنا ضرر اذ لا قائل بالفصل لأننا نقول هذا معارض بمثله لان سقوط الضمان قد يوجب ضررا عظيما على صاحب الدين و لا يكون بقاء الضمان موجبا لترتب الضرر على المديون فاذا لزم الحكم ببقاء الضمان باعتبار قاعده نفى الضرر فى بعض الصّور لزم الحكم به مط لعدم القائل بالفصل و هذا اولى بالترجيح لاعتضاده بالاصل المتقدم اليه الاشاره على ان عدم وجود القائل بالفصل انما يصير حجه حيث يرجع الى الاجماع المركب الكاشف علما او ظنا عن قول المعصوم ع و ليس الامر هنا ككك اذ لم اجد احدا تعرض للمسئله الا من تقدّم اليه الاشاره و من البين ان الاجماع لا يحصل من ملاحظه قولهم و عدم تعرّض الباقيين فتأمل و ثانيها أنّ بقاء الضمان بعد امتناع صاحب الدين من اخذ دينه يوجب الحرج العظيم بالنسبه الى المديون و هو منفى شرعا بالادله الاربعه و فيه نظر أيضا لما تقدم اليه الاشاره و ثالثها ان المحقق الثانى فى جامع المقاصد نسب ما صار اليه من ارتفاع اشتغال ذمه المديون بمجرد دفعه الى صاحب الدين الى الاصحاب و هو ظاهر فى دعوى الاجماع على ذلك و الاجماع المنقول بخبر العدل حجه فت و رابعها ما تمسك به فى كره و الايضاح من ان الدين حق تعين المالك بتعيين المديون و امتنع من اخذه فكان التفريط منه اما الاول فلما ذكره فى الايضاح من ان صاحب الدين يجب عليه قبول المدفوع اليه

سليما و ليس له طلب غيره و لا نعى بالتعيين الا ذلك فالتعيين مستند الى الدفع و اما الثانى فظاهر و فيه نظر اما اولا فلما ذكره فى الايضاح من انه لا- يتعين الا- بقبض المديون و الا- لم يشاركه باقى الديانه لو حجر عليه للفلس بعد ذلك و قبل قبض صاحب الدين و لكان النماء له ح فالتاليان باطلان و قد يطالب بدليل بطلانهما و اما الاصل فلا ينهض لإثباتهما هنا فت و اما ثانيا فلما ذكره فى الايضاح أيضا من انه لم يخرج عن ملك المديون بمجرد تعيينه و الا لم يجر له تغييره و تبديله و المنع من التصرف فيه ما لم يقبض و يستحيل ضمان مال الغير فى يد مالك بلا جنايه و لا يد و اجاب عنه فى جامع المقاصد بان التعيين كما يتوقف على قبض المالك يتوقف على تعيين المديون فاذا امتنع احدهما فى محل الوجوب و جب ان يسقط اعتباره حذرا من لزوم الضرر و من ثم يجوز اخذ الدين اذا ظفر المالك بمال للمديون الممتنع من الاداء و تعذر الاخذ بالحكم فيكون تعيين المالك كافيا و فيه نظر و اما ثالثا فلما ذكره فى الايضاح أيضا من انه لو دخل فى ملك المدفوع اليه لوجب عليه زكاته و وجوب القبض لا من حيث التعيين بل لاشتماله على الماهية الكلية المبيحة له و اما رابعا فلان حصول التعيين و دفع اشتغال ذمه المديون و بطلان استحقاق صاحب الدين بمجرد دفع المديون اليه خلاف الاصل لان قاعده الاستصحاب تقتضى بقاء اشتغال ذمه المديون و بقاء استحقاق صاحب الدين بعد دفع المديون الدين لثبوت الامرين قبله فالاصل بقائهما بعده و قد يناقش فى هذا بان هذا الاصل معارض بمثله و هو اصاله عدم انتقال ما يدفعه المديون ثانيا الى صاحب الدين و عدم جواز تصرفه فيه لثبوت هذين الامرين قبل ذلك قطعا و لا ترجيح لأحد الاصلين على الاخر فينبغى الرجوع الى اصاله براءة ذمه المديون من وجوب الدفع ثانيا و قد يقال اصاله بقاء الاشتغال ارجح لان مرجعها الى استصحاب الموضوع بخلاف معارضة فان مرجعه الى استصحاب الحكم و هو مرجوح بالنسبة الى الاول حيث لم يمكن العمل بهما و لو من وجه هذا و قد يؤيد اصاله بقاء الاشتغال عموم قوله ص على اليد ما اخذت حتى تؤدى و كيف كان فالمسألة محل اشكال فلا ينبغى للمديون و لا لصاحب الدين ترك الاحتياط و ان كان ما صار اليه اولئك الجماعه من براءة ذمه المديون يدفعه فى غايه القوه و

### **ينبغى التنبيه على امور**

#### **الاول صرح فى جامع المقاصد بانه انما يجب على صاحب الدين**

قبول ما دفعه المديون من دينه فى الحال اذا ساوى المدفوع الدين جنسا و وصفا و قدرا فلو فقد احد الامور الثلاثة لم يجب القبض قطعا و هو جيد

#### **الثانى ان قلنا ببراءه ذمه المديون بمجرد دفعه**

فهل يعتبر فى ذلك الاشهاد او لا صرح فى جامع المقاصد بان الذى يقتضيه النظر اعتباره لثبوت الدعوى بالتعيين عند الامتناع لو انكره المدين لا لتحقيق ذلك فى نفس الامر و هو جيد أيضا

#### **الثالث هل انتفاء الضمان بمجرد دفع المديون**

على القول به مشروطا بالحفظ بمجرى العاده فيكون امينا او لا فلا يكون الحفظ واجبا صرح في جامع المقاصد بانه لم يجد به تصريحاً لكن قوه كلام الاصحاب يشهد للثاني حيث اطلقوا نفى الضمان عنه دفعا للضرر و لو وجب الحفظ الدائم لنفى الضرر المحذور للزم الضمان بالتقصير فيه ثم صرح بانه يتجه الفرق بين ما اذا عرضه على المالك بعد تعيينه و لم يأت به لكنه اعلمه بالحال و بين ما اذا اتاه به و طرحه عنده فينتفى وجوب الحفظ في الثاني دون الاول و ان اشتركا في عدم الضمان

### الرابع المراد بالدين في جميع الصور

المتقدمه الاعم من القرض فيدخل اثمان الاعيان و المنافع و غير ذلك و بالجمله المراد به كل حق مالي يتعلق بذمه الانسان و قد صرح بما ذكر في كره و عد

### القول في دين المملوك

#### منهل لا يجوز للمملوك ان يتصرف في نفسه في اجاره

و لا باستدانه و لا بغير ذلك من العقود و لا بما في يده ببيع و لا هبه الا باذن سيده و قد صرح بذلك في الشرائع و التحرير و كره و س و اللمعه و لك و ضه و الكفايه و صرح بعدم جواز الاستدانه له في النافع و ضه و الرياض و لهم و جوه منها ظهور الاتفاق على ذلك و قد صرح في الرياض بانه لا خلاف حتى ممن قال بمالكيته في انه ليس له اخذ الدين مطلقا و لو لمولاه و منها ما ذكره في الرياض من انه محجور عليه بالنص و الاجماع المانعين عن مطلق تصرفاته و اشار الى هذا الوجه في لك و كذا في ف لتمسكه على المنع من شرائه بغير اذن مولاه بقوله تعالى عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَيْهِ شَيْءٌ و لا فرق في ذلك بين ان يقول بمالكيته او لا- كما صرح به في الشرائع و س و الرياض و لا بين ان يوقع التصرفات المذكوره لنفسه او لمولاه و لا بين كون المملوك

ص: ٤٣

ذكر او انثى او خنثى

#### منهل لو اذن المولى لعبده ان يشتري لنفسه لا للمولى

فهل يصح هذا الاذن بمعنى وقوع الشراء للعبد او لا يصح صرح في كره بالاول و صرح في لك و الكفايه بانه يبنى على ان العبد هل يمكن ان يملك مثل هذا او لا و صرح في الاولى بان الأصح العدم و عليه فلو اشترى العبد فهل يقع الشراء للسيد او لا فيه احتمالان احدهما انه يقع للسيد و وجهه ما ذكره في لك و جامع المقاصد من الاذن في ان الشراء لنفسه تضمن امرين الاذن في الشراء و تقييده بكونه لنفسه فاذا بطل القيد بقى المطلق لان المطلق جزء المقيد فيقع للمولى لأنه اذن في الاتباع في الجمله و صرح في الاول بان لهذه المسأله نظائر كثيره في الفقه و غيره يدعى ان المقيد يدل على المطلق من الجهه التي اشرنا إليها و اختار هذا الاحتمال في كره قائلًا لو اذن المولى لعبده في الشراء صح و الاقرب انه لا يملكه العبد فح يملكه المولى لاستحاله ملك لا مالك له و لكن للعبد استباحه التصرف و لكن اجاب في الاولين عن الوجه المذكور بان الاذن انما تعلق بامر واحد و هو شراء

مخصوص بالعبد و قد انتفى بامتناعه فيكون البيع الواقع غير مأذون فيه فلا يثمر ملكا للمولى و ثانيهما انه لا يقع للسيد و وجهه ما ذكره في لك و جامع المقاصد من ان الاذن في الشراء لنفسه فاسد فلا يترتب عليه صحة البيع فلا يثبت للمولى و قد اختار هذا الاحتمال في لك و الكفايه و هو الاقرب و يظهر من عد التوقف في المسأله و لو قلنا بوقوعه للمولى و كان المبيع امه فهل يستبيح العبد بضعها بهذا الاذن او لا فيه قولان احدهما انه يستبيح ذلك و هو للتذكرة و عد و وجهه ما ذكره في لك و جامع المقاصد من استلزام الاذن من المولى في الشراء لنفسه الاذن له في الوطاء لأنها اذا كانت مملوكة للعبد كان جميع التصرفات له حلالا- و من جملتها الوطاء فاذا بطل الاذن الاول لعارض و هو عدم اهليته لملك الرقبه بقى الثاني الداخلة ضمننا او التزاما لان العبد اهل للإباحه كما يستبيح الامه التي يأذن له فيها المولى فاستباحه الوطاء بذلك الاذن لا من حيث الملك و قد تمسك بهذا الوجه في كره و عد و فيه نظر لما نبه عليه في لك و جامع المقاصد من ان المأذون فيه هو الشراء لنفسه فان تحقق استلزام اباحه التصرفات اما الاذن في التصرف مع كونه غير مالك للرقبه فغير حاصل و من الجائز رضاء المالك بكون العبد يطاء امه نفسه و لا يرضى بوطاء امه المولى فلا- ملازمه بين الامرين فاذا لم يقع الشراء للعبد لم يستبيح الوطاء و ثانيهما انه لا يستبيح ذلك و هو لجامع المقاصد و لك و الكفايه و هو الاقرب

### منهل اذا اذن السيد لعبد في الاستدانه

فهل الدين لازم للمولى او للعبد التحقيق ان يقال المسأله تنحل الى صور الاولى ان يأذن العبد في الاستدانه لنفسه لا للعبد و لا اشكال ح في ان الدين يلزم المولى لا العبد و قد نبه على ذلك في لف و كره و غايه المراد و المهذب البارع و التنقيح و لك و ضه و الكفايه و الرياض بل صرح بدعوى الاتفاق على ذلك في ضه و هي ظاهره من لف و غايه المراد و التنقيح و المهذب البارع و لك و الرياض و يدل عليه خبر ابى بصير الذى وصف بالصحة في لف و غايه المراد و لك و الكفايه و غيرها عن الصادق قال قلت له الرجل يأذن لمملوكة في التجاره فيصير عليه دين قال ان كان اذن له ان يستدين فالدين على مولاه و ان لم يكن اذن له ان يستدين فلا شىء على المولى و يستسعى العبد و صرح في الكفايه بانه يؤيده موثقه زراره عن ابى عبد الله ع الثانيه ان يأذن العبد لان يستدين لنفسه لا للمولى و يستبقى العبد او يبيعه و ح يكون الدين لازما للمولى أيضا لا للعبد و قد صرح بذلك في يه و يع و النافع و شد و التحرير و عد و كره و ضره و لف و س و اللمعه و المهذب البارع و الروضه و لك و الكفايه و لهم و جوه منها ظهور الاتفاق عليه و قد صرح بدعوى الاتفاق عليه في المهذب البارع و صرح في الرياض بنفى الخلاف فيه و منها خبر ظريف ببيع الاكفان قال سئلت ابا عبد الله ع عن غلام لى كنت اذنت له في الشراء و البيع فوقع عليه مال للناس و قد اعطيت به مالا كثيرا فقال له ابو عبد الله ع ان بعته لزمك ما عليه و ان اعتقته فالمال على الغلام و هو مولاك و منها خبر اخر لظريف ببيع الاكفان قال كان اذن لغلام له في الشراء و البيع فافلس و لزمه دين فاخذ بذلك الذى عليه و ليس يساوى ثمنه ما عليه من الدين فسأل ابا عبد الله ع فقال ان بعته لزمك الدين و ان اعتقت لم يلزمك فعتقه و لم يلزمه شىء لا يقال هذا الخبر و سابقه ضعيفان سندا لأننا نقول ضعف السند هنا غير قادح لما صرح به في الرياض من ان قصور السند فيهما منجبر في المسأله بعدم الخلاف فيها بين الطائفة و وجود عثمان بن عيسى الذى اجتمعت على تصحيح ما يصح عنه العصابه و لا يقال هما مختصان بالبيع فلا يفيدان تمام المدعى لأننا نقول هذا أيضا مدفوع بما نص عليه في الرياض من ان ثبوت الحكم في صورة البيع مستلزم الثبوت في صورة الاستبقاء بطريق اولى و لكنه ناقش في دالتهما على المدعى من وجه اخر قائلا ان الاذن في التجاره فيهما غير ملازم للإذن في الاستدانه جدا الثالثه ان يأذن العبد للاستدانه لنفسه لا للمولى في غير نفقته الواجبه على المولى او نفقته و قد اختلف الاصحاب ح في كون الدين لازما للمولى و في ذمته او لان ما للعبد و في ذمته على قولين الاول انه في ذمته

المولى و لازم له و هو للقواعد و ضره و شد و غايه المراد و س و جامع المقاصد و لك و ضه و الكفايه و الرياض و المحكى فى جمله من الكتب عن الشيخ فى صا و ابن حمزه و ابن ادريس و حكاه فى المهذب البار عن المحقق بل صرح فى كره و غيرها بان هذا هو المشهور و صرح فى النافع بانه الاشهر و فى يع بانه أشهر الروايتين الثانى انه فى ذمه العبد و لازم له و يسعى به و هو للنهائيه و التذكرة و المحكى عن القاضى ما عدا صا من كتب الشيخ و اختاره فى لف الا انه قال بعد التصريح بانه الاقرب و قول الشيخ فى صا لا استبعاد فيه و استظهر بعض الاجله القول المذكور من اللمعه و يظهر من يع و النافع و التحرير و غايه

ص: ٤٤

المراد و التنقيح و المهذب البار التوقف فى المسأله و لكن ربما يظهر من الاخير الميل الى القول الاول و له وجوه منها انه بعد الاستدانه و قبل العتق يشتغل ذمه المولى بالدين المذكور لاستحاله تعلقه بذمه العبد ح لتوقفه على العتق على القول الثانى و هو غير حاصل و من المحال ان يتحقق المسبب قبل وجود السبب فاذا ثبت اشتغال ذمه المولى بذلك فالاصل بقاء الاشتغال بعد العتق عملا- بالاستصحاب و قد اشار الى هذا فى التنقيح و الرياض و منها ما تمسك به فى لك و ضه و الرياض من ان ذلك مقتضى القواعد الشرعيه فان العبد بمنزله الوكيل و انفاقه للمال على نفسه بالمعروف باذن المولى انفاق لمال المولى فيلزمه كما لو لم يعتق و قد حكم فى غايه المراد و التنقيح هذا الاحتجاج عن ابن ادريس و لكن صرح الاول بانه رد بان الدين للعبد لا للمولى و اشار بهذا الى ما ذكره فى لف قائلا و قول ابن ادريس المولى اذا اذن العبد فى الاستدانه فقد و كله فى ان يستدين له فالدين فى ذمه المولى خطاء فاحش فان التقدير ان الدين للعبد لا- للمولى و نحن لا- ننازع فى ان المولى اذا اذن لعبد فى الاستدانه له لا للعبد كان الدين لازما للمولى و ليس ذلك محل النزاع لا يقال الدين الماذون فيه قد صرفه العبد الى مصالحه باذن مولاه و قد كان لازما للمولى فكذا اذا اذن له فى الدين لها لأنا نقول لا نم ان جميع مصالح العبد لازمه لمولاه و انما يلزمه الانفاق عليه بالمعروف و نحن نقول لو استدان باذن مولاه فى النفقه الواجبه على مولاه كان الدين لازما للمولى و ليس ذلك محل النزاع و منها ما اشار اليه فى كره قائلا يحتمل الزام المولى لأنه اذن له فى الاستدانه فكأنه قد اذن له فى اتلاف مال الغير و لا شىء للعبد حاله الاذن فيضمن ذلك الالتزام السيد و منها ما تمسك به فى لك و الكفايه و اشار اليه فى لف و غايه المراد و التنقيح من صحيحه ابى بصير المتقدمه فانها بعمومها التاشى من ترك الاستفصال تشمل صورته العتق و البيع و الاستبقاء كما صرح به فى الرياض و للقول الثانى وجوه أيضا منها ما تمسك به فى كره من ان العبد اخرج فى مصلحته فكان عليه ادائه بخلاف ما لو باعه او استبقاه لأن التفريط من المولى و لعدم تمكن صاحب المال من اخذه و فيه نظر و منها ما تمسك به فى لف من ان المولى اذن لعبد فى الاستدانه فاقضى ذلك رفع الحجر فلا- يستعقب الضمان كالمحجور عليه اذا اذن له المولى فى الاستدانه و فيه نظر و منها ما تمسك به فى لف أيضا من ان الاصل براء ذمه السيد و هى معارضه بان الاصل براء ذمه العبد و هى اولى بالترجيح لاعتضادها بالشهره على انا بينا ان الاصل يقتضى اشتغال ذمه السيد و منها ان عموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ يقتضى وجوب اداء الدين على العبد خرج منه بعض الصوره و لا دليل على خروج محل البحث فيبقى مندرجا تحته و قد يجاب عن هذا اولا بان هذا العموم قد خص قبل العتق لاشتغال ذمه المولى بالدين ح فلا يشمل ما بعد العتق لان ما خرج عن العموم لا يدخل فيه ثانيا فت و ثانيا بلزوم تخصيصه بصحيحه ابى بصير المتقدمه و ان كان التعارض بينهما من قبيل تعارض العمومين من وجه لاعتضاد الصحيحه المذكوره بالشهره و بالاصل مضافا الى انه قد يدعى ان الآيه الشريفه اعم منها مطلقا فيجب تخصيصها بالصحيحه المذكوره فت و منها ما تمسك به فى لف من خبر عجلان عن الصادق ع فى رجل اعتق عبدا له دين و عليه دين قال

دينه عليه لم يزد العتق الا- خيرا و فيه نظر اما اولاً فلعدم اعتبار سند الروايه بالضعف و الجهاله على ما صرح به فى الرياض فلا يجوز الاستناد اليها فضلاً عن تخصيص الصحيحه المتقدمه بها و ان ادعاه فى التنقيح و غايه المراد و اما ثانياً فلعدم وضوح دلاله الروايه على المدعى كما صرح به فى الرياض معللاً- بان الضمير فى لفظه عليه كما يحتمل رجوعه الى العبد كذلك يحتمل رجوعه الى المولى و لا- يعين الاول قوله ع فى ذيل الروايه لم يزد الا- خيراً على انه قد يدعى انه يقوى الاحتمال الثانى لاین الظاهر من الخير الثواب و هو للمولى لا- للعبد لا- يقال العبد فى الروايه اقرب و الاصل فى الضمير ان يرجع الى الاقرب لا الى الابد و هو هنا العبد و

ربما يؤيد هذا ان احداً من الاصحاب لم يتعرض لاحتمال رجوع الضمير الى المولى بل الظاهر فهمهم رجوعه الى العبد و ان لم يعتمد جماعه منهم عليها لأننا نقول لا نسلم الاصل المذكور و لا فهم الاصحاب الرجوع الى العبد بحيث ينهض حجه سلمنا الاصل المذكور و لكن يجب العدول عنه بشهره القول بتعلق ذمه المولى بالدين فتأمل و اما ثالثاً فلان التعارض بين هذه الروايه و الصحيحه المتقدمه من قبيل تعارض العمومين من وجه لان هذه الروايه و ان اختصت بالعتق و لكنها اعم من صورتى اذن المولى بالدين و عدمه بخلاف الصحيحه المتقدمه فانها مختصه بصوره اذن المولى بالاستدانه ألاً انها اعم من صورتى العتق و عدمه و من الظاهر ح لزوم ترجيح الصحيحه لوجوه عديده أقواها الشهره و لعلّه لذا حمل الشيخ فيما حكى عنه الروايه على صوره عدم الاذن بالاستدانه و قد اشار الى ما ذكره فى الرياض أيضاً و منها ما تمسك به فى لف أيضاً من خبر ظريف الاكفانى قال سئلت ابا عبد الله ع عن غلام لى كنت اذنت له فى الشراء و البيع فوقع عليه مال للناس و قد اعطيت به مالا كثيراً فقال ابو عبد الله ع ان بعته لزمك ما عليه و ان اعتقته فالمال على الغلام و هو مولاك و نحوه روايه اخرى على ما يظهر من الرياض و فيهما نظر لضعفهما سنداً من غير جابر له و قصورهما دلاله لاحتمالهما الحمل على ما اذا لم يقع الاستدانه باذن المولى و الاذن فى التجاره فيهما لا يستلزم الاذن فى الاستدانه جدا كما صرح به فى الرياض قائلاً و لعلّ الوجه فى تضمين المولى للدين فى صوره البيع فيهما و هو حيلولته بين الاصحاب المدين و بين العبد بالبيع الا من حيث ان المال لازم باصل الاذن فى التجاره و الحال ان الاذن لم يحصل فى الاستدانه و على الوجه يحمل اطلاق النص فى عبد بيع و عليه دين قال دينه على من اذن له فى التجاره و اكل ثمنه مع احتمال الحمل على صوره الاذن فى الاستدانه و ليس فيه ما ينافيه بالمره سلمنا ضعف ما ذكره و لكن هذه الروايه لا تصلح لمعارضه صحيحه ابى بصير المتقدم و ان فرض صحتها و اخصيه دلالتها مط لاعتضاد الصحيح بالشهره المانع من التخصيص و ان كان المخصّص معتبراً فاذن الاقرب هو القول الاول الرابعه ان يأذن العبد للاستدانه لنفسه لا للمولى فى النفقه الواجبه على المولى و هنا الدين لازم للمولى أيضاً مطلقاً

ص: ٤٥

و ان اعتقه و يظهر من لف و غايه المراد و المهذب البارع و الرياض ان هذا مما لا خلاف فيه و انه لا يندرج تحت محل النزاع السابق و لكن مقتضى اطلاق جمله من العبارات الاندراج و اذا لزم المولى دين العبد باحد الوجوه المتقدمه و مات المولى كان الدين فى تركته و لو كان له غرماء كان غريم العبد كأحدهم فى تقسيط التركه فلا يقدم احدهم على الاخر و قد صرح بذلك فى يه و ثر و النافع و يع و صره و سد و عد و كره و لك و جامع المقاصد و الكفايه و الرياض و لهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه كما نبه عليه فى الاخير حيث صرح بنفى الخلاف فيه و منها ما تمسك به فى ثر و كره و جامع المقاصد و لك من ان الدينين جميعاً دين المولى و فى ذمته فلا وجه لتقديم بعض و تأخير اخر و منها ما تمسك به فى كره و لك و الرياض من خبر



زراره السدى وصفه فى الاخير وغيره بالموثقيه قال سئلت ابا جعفر عن رجل مات و ترك عليه ديناً و ترك عبداً له مال فى التجاره و ولداً و فى يد العبد مال و متاع و عليه دين استدانه العبد فى حيوة سيده فى تجارته فان الورثه و غرماء الميت اختصموا فيما فى يد العبد من المال و المتاع و فى رقبه العبد فقال ان ليس للورثه سبيل على رقبه العبد و لا على ما فى يده من المتاع و المال الا ان يضمّنوا دين الغرماء جميعاً فيكون العبد و ما فى يده من المال للورثه فان ابوا كان العبد و ما فى يده للغرماء يقوم العبد و ما فى يده من المال ثم يقسم ذلك بينهم بالحصص فان عجز قيمه العبد و ما فى يده عن اموال الغرماء رجعوا على الورثه فيما بقى لهم ان كان الميت ترك شيئاً و ان فضل من قيمه العبد و ما كان فى يديه عن دين الغرماء ردّ على الورثه لا يقال يعارضه خبر الاشعث عن الحسن ع فى الرجل يموت و عليه دين و قد اذن لعبده فى التجاره و على العبد دين قال يبدأ بدين السيد لأننا نقول هو لا يصلح للمعارضه لاشتمال سنده على عده من المجاهيل على ما صرح به فى الرياض فينبغى طرحه او تاويله بتعميم دين السيد لدين العبد و يجعل صدق الابتداء بالاضافه الى الارث و الوصايا او بحمله على صوره الاذن فى التجاره دون الاستدانه و يخصّ حينئذ دين السيد بدين نفسه دون عبده و يجعل الامر باداء دين العبد المفهوم من الامر بالابتداء بدين السيد للاستحباب فلا منافات

### منهل لا اشكال فى انه يجوز للمولى ان يأذن لعبده فى التجاره

#### اشاره

وقد نبه على الحكم المذكور فى الشرائع و عد و كره و اللّمعه و س و جامع المقاصد و لك و ضه و الكفايه و لهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه و منها تصريح كره بدعوى الاجماع عليه و منها ما تمسك به فى كره من ان المملوك صحيح العبارة و انما منع من التصرف لحق السيد فاذا امره زال المانع و منها عموم قوله ص الناس مسلّطون على اموالهم و منها انه لو لم يصح اذنه للتجاره لكانت العقود الصادره منه لأجلها غير جائزه و باطله و التالى بط فالمقدم مثله اما الملازمه فظاهره و اما بطلان التالى فللعموماّت الدّاله على صحه العقود من نحو قوله تعالى اَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ و اَوْفُوا بِالْعُقُودِ و اِلَّا اَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ و منها انه لو لم يجز ذلك لاشتهر بل و تواتر لتوفر الدّواعى عليه و منها ان الاذن بالتجاره للمماليك من سيره المسلمين قديماً و حديثاً من غير انكار من احد من العلماء ثم ان الاذن فى التجاره اما ان يكون مطلقاً لا تقييد فيه بنوع خاص و لا بزمان و لا بمكان و لا بغيرهما او يكون مقيداً بخصوصيه فان كان الأوّل فلا اشكال فى انه يجوز للمملوك الماذون كلما يندرج حقيقه تحت اسم التجاره كما صرح به فى عد و كره و ير و ضه بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه و يدلّ عليه مضافاً الى ما ذكر القاعده الاصوليه المسلمه عند الفقهاء و الاصوليين المستنده الى العرف و اللغه المعبرين شرعاً بالكتاب و السنه و الاجماع و العقل و هل يجوز للمملوك ح كلما كان من لوازم التجاره او لا صرح بالأوّل العلامه فى عد و ير و كره و عد من ذلك فى الاخير نشر الثوب و حمل المتاع الى المنزل و السوق و الرد بالعيب و المخاصمه فى العهده و فى الاول الثانى و الثالث و صرح فى ضه بجواز ما هو من ضروريات التجاره ممثلاً- لها بنقل المتاع و حفظه مع الاحتياج اليه و عندى فيما ذكره نظر بل التحقيق ان كانت اللوازم مما يدل عليها اللفظ بالدّلاله الالتزاميه المعبره عند اهل اللسان فلا اشكال فى الجواز ح و ان لم تكن مما يدل عليها اللفظ و لا ممّا يقصد السيد بخطابه الاشاره اليها و لكن كانت من اللوازم العقليه التى يستحيل انفكاكها عقلاً فلا اشكال فى الجواز ح و ان لم يصدق اذن السيد بها و لا فرق فى هذا بين ان يكون السيد معتقداً بالاستلزام او بعدمه او شاكاً فى الامرين و ان لم تكن مما يدلّ عليها اللفظ بالالتزام و لا من اللوازم العقليه التى يستحيل انفكاكها و لكن تكون من اللوازم العاديه التى يعسر الاتيان بالتجاره مع

فقدما بحيث يترتب الحرج العظيم و المشقه الشديده ففى الجواز ح اشكال و لكنه فى غايه القوه لحصول الاذن فحوى عاده غالبا و لان اطاعه المولى واجب و الحرج منفى شرعا فت و ان كانت من اللوازم العاديه التى لا يعسر الاثيان بالتجاره مع فقدها و لكن يكون بحيث يحصل الظن بالرضا بالاثيان بهما ففى الجواز ح اشكال و لكن الاحوط الترك بل لزومه فى غايه القوه و ان كان الثانى فيجب الاقتصار على ما اقتضاه القيد و ما عين له و لا يجوز له التعدى الى غيره سواء كان فى جنس ما يشتريه و يبيعه او فى القدر او فى السفر الى موضع معين او فى نحو ذلك و قد صرح بذلك فى يع و عد و اللمعه و ضه بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه و يدل عليه مضافا الى ما ذكر الاصل و العمومات المانعه من التصرف فى مال الغير من غير اذنه و الداله على كون العبد محجورا عليه فلو اذن له السيد بالتجاره فى نوع من المال لم يصير مأذونا فى سائر الانواع و كذا لو اذن له فى التجاره شهرا او سنه لم يكن مأذونا بعد تلك الازمه كما صرح به فى كره عازما له الى علمائنا و ناقلا للخلاف فى المقامين عن ابى حنيفه و مستدلا على مختاره بلزوم الاقتصار على مورد الاذن و هو هنا لا يفيد العموم فى المقامين و

**ينبغى التنبيه على امور**

**اشاره**

ص: ٤٤

**الاول القرائن الخارجيه**

المعتبره عند اهل اللسان قد تفيد تعميم الخاص و قد تخصص الخطاب العام فيجب اعتبارها حاله كانت او مقاليه

**الثانى اذا اذن له فى التجاره**

فليس له ان ينكح بهذا الاذن كما صرح به فى كره و عد و يرو س و جامع المقاصد و علله فى الاوّل بان الاذن يتعلّق بالتجاره و هو لا تتناول النكاح فيبقى على اصاله البيع و كما ان الماذون له فى النكاح ليس له ان يتجر كذا بالعكس لان كل واحد منهما لا يندرج تحت اسم الاخر و اشار الى ما ذكره فى جامع المقاصد بقوله لعدم تناول الاذن فى التجاره لشيء منهما ثم زاد قائلا و لأنه لا يملك التصرف فى منفعتة فيتوقف على الاذن ان قيل الاذن فى التجاره يعم وجوه الاكتساب و هذا من جملتها قلت المتبادر من الاذن له فى التجاره الاكتساب بشيء اخر فلا يكون اللفظ متناولا للاكتساب بمنفعتة و مقتضى كلامه كالتذكرة و يرو و عد عدم الفرق بين ان يضطر العبد الى النكاح او لا

**الثالث هل للمأذون فى التجاره ان يؤجر نفسه او لا**

صرّح بالثانى فى عد و يرو و كره و س و هو جيد و علله فى كره بانه لا يملك التصرف فى رقبته فكذا فى منفعتة و اشار اليه فى

س بقوله ليس له اجاره نفسه و لا التزويج لأنه تصرف فى رقبته و لم يؤذن له فيها ثم حكى عن القاضى التصريح بجواز ان يؤجر نفسه و هو ضعيف و هل له اجاره اموال التجاره كالعييد و الدواب او لا صرح بالاول فى عد و س و جامع المقاصد و اشار فيه الى وجهه قائلًا- وجه ذلك انه من جمله وجوه الاكتسابات بالمال فيتناوله الاذن و يحتمل ضعيفا العدم لان التجاره هى البيع فلا يتناوله الاذن فى الاجاره و الأصح الاول و صرح فى كره بان الاقرب اتباع العرف فى ذلك و هو الاجود و صرح فيها بان للشافعيه وجهين احدهما المنع كما انه لا يؤاجر نفسه و الثانى الجواز لاعتياد التجاره ذلك و لان المنفعه من فوائد المال فيملك العقد عليها كالصوف و اللبن و لان ذلك انفع للمالك فيكون محسنا فلا سبيل عليه لقوله تعالى **مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ** و اشار فى س الى الوجهين بقوله و فى اجاره رقيقه و دوابه نظر من انها لا تسمى تجاره و من ان التاجر ربما فعلها و هو قريب

#### **الرابع صرح فى عد و كره بانه لا يجوز للمأذون فى التجاره**

ان يتصدق و هو جيد و ان علم برضاء المولى به جاز كما صرح به فى الأخير و يقتصر على القدر المتيقن

#### **الخامس صرح فيهما أيضا بانه لا يجوز ان ينفق على نفسه من مال التجاره**

و هو جيد و صرح به فى جامع المقاصد أيضا محتجا بانه مناف لمقصود التجاره و صرح فيه أيضا بانه لو استأذن الحاكم فى الانفاق مع تعذره و تعذر مراجعه المولى فلا كلام فى الجواز و كذا لو تعذر ذلك كله و بلغ حد الضروره فان له وضعها و جميع ما ذكره من الاحكام جيد

#### **السادس صرح فى عد و كره و جامع المقاصد بانه لا يجوز لغير المكاتب**

ان يعامل سيده بيعا و شراء و يجوز للمكاتب ذلك و احتج فى الاخير على الاول بان تصرفه لسيده و على الثانى بانقطاع سلطنه المولى عنه و كون تصرفه لنفسه

#### **السابع صرح فى هذه الكتب الثلاثه**

بانه لا يضم ما اكتسبه المأذون له فى التجاره بالاحتطاب و الاصطياد الى مال التجاره و احتج عليه فى الثانى بانه مال اكتسبه بغير التجاره فيكون للسيّد و السيّد لم يؤذن له فى التصرف و لم يسلم اليه ليكون راس المال و اشار اليه فى جامع المقاصد و صرح فيه بانه لو عمم الاذن كان له ان يضمه و جميع ما ذكره جيد

#### **الثامن اذا اذن لعبده فى التجاره لم يكن ذلك اذنا لعبد الماذون**

كما صرح به فى يع و ير و كره و لك لان المولى انما اعتمد على نظره فلم يكن له ان يتجاوز بالاستنابه كالتوكيل و قد صرح

بهذا الوجه فى الاول و الاخيرين و المراد بعبد المأذون الاعم ممن هو فى خدمته من مماليك المولى حاله التجاره بحيث يدخل تحت امره كما هو الواقع فى كثير من التجار بالنسبه الى بعض مواليتهم و قد صرّح بما ذكر فى لك و صرّح فيه أيضا بانه ليس للمأذون ان يوكل غيره محتجا عليه بالوجه السابق و هو جيد و لو اذن له السيد فى الامرين جاز كما صرّح به فى كره و صرّح فيها أيضا بان المأذون ينزل بعزل السيد له سواء انتزعه من يد المأذون او لا و هو جيد

### التاسع ليس الاذن فى التجاره اذنا فى الاستدانه

حيث لم تكن من ضرورتها كما يظهر من ف و النهايه و فع و يع و الارشاد و كره و ير و عد و لف و س و جامع المقاصد و لك و الكفايه و الرياض بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه

### منهل لو اذن السيد لعبده فى الابتعا

فصرّح فى يع و شد و كره و ير و عد و س و جامع المقاصد و لك بانه ينصرف الى الابتعا بالنقد و لهم وجوه منها عدم ظهور المخالف كما اشار اليه فى الكفايه بقوله قالوا و لو اذن له فى الابتعا انصرف الى النقد و منها ما تمسك به فى جامع المقاصد من ان النقد هو الغالب و منها ما تمسك به فيه أيضا من ان النسبه غير مرغوبه غالبا و منها ما تمسك به أيضا من ان النسبه معرضه للتلف و الضياع و لعله اشار بهذا الى ما نبه عليه فى لك بقوله من القواعد الاصوليه ان الامر بالكلى ليس امرا بجزئى معين و ان توقف تحققه عليه بالعرض و مقتضى الاطلاق التخيير و انما اختص هنا بواسطة قرائن خارجيه عينت بعض افراد الكلى و هو الاضرار بالمولى فى النسبه بثبوت شىء فى ذمته بخلاف النقد بجواز ان لا يقدر المولى على غير ما دفعه الى العبد من المال اذ لا- غرض له فيه و فى جميع الوجوه المذكوره نظر و احتمال الرجوع الى العرف و العاده و المفهوم من الاطلاق حين الاذن فى غايه القوه و لكن الاحوط مراعات ما ذكره مهما امكن و لو اذن له فى النسبه صرّح فى يع و شد و ير و عد و كره و س و جامع المقاصد و لك و الكفايه بانه يثبت الثمن فى ذمه المولى و هو جيد و لو تلف الثمن قبل تسليمه الى البائع و الحال انه اشترى نسبه بالاذن فصرّح فى يع و ير و عد و س و جامع المقاصد و لك انه يلزم المولى عوضه و علله فى الاخيرين بان تلفه بيد العبد كتلفه بيد السيد و ما ذكره جيد و لا فرق فيه بين تلفه بيد العبد بتفريط و غيره كما صرّح به فى الاخير و صرّح فيه بانه لو لم يكن السيد اذن فى الشراء بالذمه فاشترى بها ثم تلف الثمن الذى دفعه اليه لم يلزم السيد بدله و ح فان تبرع السيد و دفع ثانيا صح العقد له لان العقد ح

ص: ٤٧

كالفصولى للسيد و البيع وقع له فاذا دفع الثمن صح و افسخ البائع العقد و فيما ذكره نظر بل الاقرب انه يلزم السيد دفع الثمن ثانيا ان اجاز ما فعله العبد اولاً

### منهل لو اذن السيد لعبده فى التجاره دون الاستدانه

اشاره

فاستدان فى غير ضروريات التجاره و ما تحتاج اليه و تلف المال كان لازما لذمه العبد دون المولى كما صرح به فى النهايه و المبسوط و الخلاف و السرائر و الشرائع و النافع و شد و صره و ير و كره و عد و لف و اللمعه و ضه و الكفايه و الرياض و المحكى عن الحلبي و صا بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه بل صرح فى الخلاف بدعوى الاجماع عليه و استظهره فى الرياض محتجا على الحكم المذكور كالمختلف بالاصل و هل يستسعى العبد معجلا ح او يتبع به اذا اعتق و الا ضاع اختلف الاصحاب فى ذلك على اقوال احدها انه يستسعى العبد معجلا ح و هو للنهايه و نفى عنه البعد فى لف و لهما وجوه احدها ما تمسك به فى لف من ان المولى غارّ بالاذن للعبد فى التجاره و وجب عليه التمكين من السعى و فيه نظر للمنع من كون المولى غارّ المعلومه ان الاذن فى التجاره لا يستلزم الاذن فى استدانه ما ليس من ضرورتها لا شرعا و لا عقلا و لا عرفا سلمنا و لكن نمنع ان هذا القسم من التعزير يوجب التمكين و رفع اليد عن الملك و هو هنا منافع العبد فى ايام السعى و ثانيها روايه ابى بصير التى وصفت بالصيحه و الكفايه و غيرها عن ابى جعفر قال قلت له رجل يأذن لمملوكه فى التجاره فيصير عليه دين قال ان كان اذن له ان يستدين فالدين على مولاه فان لم يكن اذن له ان يستدين فلا شىء على المولى و يستسعى العبد فى الدين و ثالثها خبر وهب بن حفص الذى عد موثقا عن ابى جعفر قال سألته عن مملوك يشتري و يبيع قد علم بذلك مولاه حتى صار عليه مثل ثمنه قال يستسعى فيما عليه و رابعها روايه روح بن عبد الرحيم عن ابى عبد الله ع فى رجل مملوك استتجره مولاه فاستهلك مالا كثيرا قال ليس على مولاه شىء و لكنه على العبد و ليس لهم ان يبيعه و لكن يستسعى و ان حجر عليه مولاه فاستهلك مالا كثيرا قال ليس على مولاه شىء و لا على العبد و قد يجاب عن الاخبار المذكوره و ان اعتبر سند اكثرها اولاً بشذوذها و ندره القائل بها بل لم نجد قائلاً بها و الشيخ و ان قال بمضمونها فى النهايه الا انه رجع عنه فى المبسوط و الخلاف مع انه صرح الحلبي فى السرائر بان كتاب النهايه ليس كتاب الفتوى بل كتاب الاخبار بحذف الاسانيد فلم يمنع يعلم منها فتوى الشيخ و معتقده بخلاف الكتابين المذكورين و اما نفى البعد فى لف فليس بصريح فى الفتوى بمضمونها خصوصا مع تصريحه قبل ذلك بما عليه المعظم الذى يأتى اليه الاشاره إن شاء الله و لذا لم ينقل عنه الموافقه للنهايه سلمنا مصير الجليلين الى الفتوى بمضمونها و لكن استقر رأى من نشأ بعدهما من محققى الاصحاب على خلاف ذلك و الاجماع بعد الخلاف حجه كالذى لم يسبقه خلاف و اما ثانيا فلاحتمال كون الامر بالاستسعاء محمولا على الاستحباب او مخصوصا بصوره اذن المولى و لا خلاف فى جوازه ح على الظاهر و هذا و ان كان خلاف الاصل على المختار من كون الامر حقيقه فى الوجوب الا انه يجب المصير اليه للداله على عدم وجوب الاستسعاء فانها اقوى على انه قد منع جماعه من المحققين من دلالة الامر فى اخبار الاثمه ع على الوجوب لكثرة استعماله فيها فى الاستحباب بحيث صار من المجازات الراجحه المساوى احتمالها لاحتمال الحقيقه فت هذا و اجاب فى الرياض عن صحيحه ابى بصير تاره بحملها على علم المولى باستدانته مع عدم منعه عنها الظاهر فى حصول الاذن بالفحوى و لا كلام فيه جدا و اخرى على الاستسعاء برضى المولى كما افصح عنه بعض الاخبار و اخرى على تقييد الاستسعاء بما بعد العتق و ثانيها انه يتبع به اذا اعتق و الا ضاع ما دام مملوكا و هو للخلاف و السرائر و يع و فع و عد و كره و اللمعه و ضه و لك و جامع المقاصد و المحكى عن الاستبصار و الحلبي و لهم وجوه منها ما تمسك به فى الرياض من الاصل و منها ما تمسك به فى جامع المقاصد من ان ما يحصل بسعى العبد ملك المولى و قد علم ان اداء هذا الدين ليس على الولي و منها ان الاستسعاء ضرر على المولى و الاصل عدمه لعموم قوله ص لا ضرر و لا ضرار و منها تصريح الشيخ فى الخلاف بدعوى الاجماع على انه ان لم

يكن المولى اذن للعبد فى الاستدانه كان فى ذمته يطالب به اذا اعتق و قد صرح مع ذلك بدلاله الاخبار عليه أيضا و يعضد ذلك الشهره العظيمه و منها ان الاستسعاء من غير رضاه المولى لو كان واجبا لما كان مسلطا على ماله و التالى باطل لعموم قوله

ص النَّاسِ مَسْلُطُونَ عَلَى أَمْوَالِهِمْ فَتٍ وَثَالِثُهَا أَنَّهُ إِنْ عَلِمَ الْمَدِينُ أَنَّ الدِّينَ لَيْسَ بِإِذْنِ الْمَوْلَى فَهُوَ لِإِذْنِ الْعَبْدِ يَتَّبِعُ بِهِ وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ يَسْتَسْعَى وَهُوَ لِلْمَحْكِيِّ فِي جَمَلِهِ مِنَ الْكُتُبِ عَنْ أَبِي حَمْزَةَ وَ لَمْ يَعْثُرْ لَهُ عَلَى حُجَّةٍ يَعْتَدُ بِهَا وَ تَوَقَّفَ فِي الْمَسْأَلَةِ فِي التَّنْقِيحِ وَ الْكِفَايَةِ فَلَمْ يَرْجَحْ فِيهَا شَيْئًا مِنَ الْأَقْوَالِ الْمَذْكُورَةِ وَ الْأَقْرَبُ عِنْدِي فِيهَا هُوَ الْقَوْلُ الثَّانِي وَ

### ينبغي التنبيه على أمور

#### الأول إذا استدان المأذون له في التجاره دون الاستدانه

لضروريات التجاره و ما يتوقف عليها كمنقل المتاع و حفظه و نحوهما فصرّح في التبصره و عد و لف و كره و جامع المقاصد و لك و ضه و الكفايه بان دين العبد في ذلك يلزم المولى و احتج عليه في الرابع بان الاذن في التجاره يستلزم الاذن في جميع ضرورياتها و ما ذكره جيد ان حصل الاذن بالاستدانه بالدلاله الالتزاميه اللفظيه او بالدلاله العقلية القطعية و ح يراد من عدم الاذن بالاستدانه عدم التصريح به كما اشار اليه في التنقيح

#### الثاني إذا لم يكن المملوك مأذونا في التجاره و لا في الاستدانه

و استدان فتلف كان لازما في ذمه العبد يتبع به اذا اعتق و لا يستسعى و قد صرح به في النهايه و ثر و يع و شد و جامع المقاصد و الكفايه

#### الثالث إذا اقترض بغير اذن مولاه مطلقا

كان باطلا و تستعاد العين مع بقائها كما صرّح به في يع و عد و كره و لك و ضه و الكفايه و احتج عليه في ضه بفساد العقد و لا فرق في ذلك بين ان يكون في يد السيد او في يد العبد كما صرح به في كره

#### الرابع إذا اقترض بغير الاذن فاخذه المولى

فتلف في يده كان المقرض بالخيار

ص: ٤٨

بين مطالبه المولى و اتباع المملوك اذا اعتق كما صرّح به في يع و شد و عد و كره و اللعنه و جامع المقاصد و لك و ضه و الكفايه و لهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه و منها عموم قوله ص على اليد ما اخذت حتى تؤدي فت و منها ما تمسك به في جامع المقاصد و لك و ضه من ان كلا- منهما قد اثبت يده على ماله فيرجع على من شاء منهما فان رجع على المولى قبل ان يعتق العبد فصرح في لك بانه لم يرجع المولى على العبد و ان اعتق قائلا لاستقرار التلف في يده و لان المولى لا يثبت له مال

فى ذمه عبده و صرّح بالحكم المذكور فى جامع المقاصد و ضه أيضا و اشار فيهما الى الوجه الاخير و هو جيد على القول بان العبد لا يملك و ان كان الرجوع على المولى بعد عتق العبد فان كان حين اخذه للمال عالما بانه قرض فصرح فى لك و ضه بانه لا رجوع له على العبد أيضا و احتج فى الاخير بتفريطه و صرّح فى جامع المقاصد بانه ليس ببعيد رجوعه على العبد ح و أطلق و الاقرب عندى ما فى لك و ان كان قد غره العبد بان المال له فصرّح فى لك و ضه بانه يتجه رجوعه على العبد للغرور و هو جيد و لو رجع المقرض على العبد بعد عتقه و يساره فصرّح فى لك و ضه و جامع المقاصد بان له الرجوع على المولى لاستقرار التلف فى يده الا ان يكون قد غره المولى فلا رجوع له عليه و فى الاول نظر و اما الثانى فهو الاقرب

بسم الله الرحمن الرحيم و به تفتى الحمد لله رب العالمين و الصلاه و السلام على خير خلقه محمد و آله الطاهرين

## كتاب [المفلس]

### مناهل احكام المفلس

#### اشاره

مقدمه صرح فى يع بان المفلس هو الفقير الذى ذهب خيار ماله و بقى فلوسه و المفلس هو الذى جعل مفلسا اى منع من التصرف فى امواله و صرح فى القواعد بان المفلس من ذهب جيد ماله و بقى رديّه و صار ماله فلوسا او زيوفاف و شرعا من عليه ديون و لا مال له يفى بها و هو شامل لمن قصر ماله و من لا مال له فيحجر عليه فى المتجدد باحتطاب و شبهه و اشار الى التعريفين فى كره قائلالا- المفلس من ذهب خيار ماله و بقى دونه و صار ماله فلوسا و الافلاس مأخوذ من الفلوس و قولهم افلس الرجل كقولهم اخبث اى صار اصحاب خبثاء لان ماله صار فلوسا و زيوفاف و لم يبق له مال خطير و كقولهم اذل الرجل اى صار الى حاله يذل فيها و كذا افلس اى صار الى حاله يق فيها ليس معه فلس او لم يبق معه الا الفلوس او كقولهم اسهل الرجل و احزن اذا وصل الى السهل و الحزن لأنه انتهى امره و ما صرفه الى الفلوس و الاصل ان المفلس فى العرف هو الذى لا مال له و لا ما يدفع به حاجه و لهذا لما قال النبىّ أ تدرّون من المفلس قالوا يا رسول الله المفلس فينا من لا درهم له و لا متاع قال ليس ذلك المفلس و لكن المفلس من يأتى يوم القيمه حسناته امثال الجبال و يأتى و قد ظلم هذا و أخذ من عرض هذا فيأخذ هذا من حسناته و هذا من حسناته فان بقى عليه شىء أخذ من سيئاتهم فيرد عليه ثم وصل فى النار هذا فى عرف اللغه و اما فى الشرع فمن عليه الديون بحيث لا يفى بها ماله و يشمل من لا مال له البتة و من له مال قاصر و سمي مفلسا و ان كان ذا مال لان ماله يستحق الصيرف فى جهه دينه فكأنه معدوم و قد دل عليه تفسير النبىّ ص مفلس الآخره فانه اخبر ان له حسنات كالجبال لكنها دون ما عليه فقسمت بين الغرماء فبقى لا حسنه له و مثل هذا الرجل يجوز للحاكم الحجر عليه بشرائط و هذا التعريف شامل لمن قصر ماله و من لا مال له فيحجر عليه فى المتجدد باحتطاب و شبهه

#### منهل من جمله اسباب الحجر الفليس

كما صرح به فى النافع و يع و شد و عد و كره و غيرها و لهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه و منها تصريح الرياض بان جماعه من الاصحاب ادعوا الاجماع عليه و يؤيده اولا ظهور عباره لك فى دعوى الاجماع عليه و ثانيا عدم اشاره احد من الاصحاب الى خلاف فيه لا من الخاصه و لا من العامه و ثالثا ان المقدّس الأردبيلى مع كثره مناقشته مع معظم الاصحاب و شده مخالفته

اياهم خصوصا فيما لم يرد فيه نص لم يتعرض هنا للمنع من سببيه ذلك للحجر بوجه من الوجوه بل لم يشر الى تأمل فيه و رابعا ان بعض الاصحاب كالمحقق في يع جعل الاحكام المفلس كتابا مخصوصا و العلامه في عد و شد جعل لها في كتاب الحجر بابا مخصوصا و ليس ذلك الا لكون سببيه المفلس للحجر من المسلمات بل و من البديهيات كما لا يخفى و منها ما اشار اليه في لك قائلا- و قد روى ان النبي ص حجر على معاذ بالتماسه و منها خبر غياث ابن ابراهيم عن جعفر عن ابيه ان عليا ع كان يفلس الرجل اذا التوى على غرمائه ثم يأمر به فيقسم ماله و لا يقدر فيه و في سابقه ضعف السند لانجباره بما تقدم اليه الاشاره و منها ان التفليس قد يكون نهيا عن المنكر و امرا بالمعروف و اعانه على البر و احسانا محضا و دفعا للضرر فيجوز بل يجب للعمومات الداله على جواز المذكورات و وجوب اكثرها فت و مما ذكر يندفع مناقشه بعض الاجله في كون الفليس من اسباب الحجر و فيما ذكره من ان المفلس يجب الحجر عليه كما يجب على الصبي و السفیه و المجنون تمسكا بخلو الاخبار عن الاشاره الى ذلك و عدم تضمن شىء منها حكاية ارتكابه عن احد من المعصومين صلوات الله عليهم اجمعين مع ان في جملة منها ارتكاب بعضهم ع لحبس المديون و قسمه امواله بين الغرماء و هو تمسك ضعيف جدا و المناقشه ليست في محلها قطعا خصوصا مع اعترافه باتفاق الاصحاب على عد الفليس من اسباب الحجر و وجوب الحجر على المفلس

### منهل يشترط ما في الحجر على المفلس امور

#### الاول ان يكون ديونه ثابتة عند الحاكم

و قد صرح بهذا الشرط في يع و عد و شد و كره بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه كما اشار اليه في مجمع الفائده قائلا لعل دليله الاجماع و وجهه ان الحجر انما يقع من الحاكم فلا بد من ثبوت الدين عنده باقرار او بينه او علم منه بذلك على اظهر القولين

#### الثاني ان يكون امواله قاصره عن ديونه

ص: ٤٩

فلو كانت مساويه لها او زائده عليها لم يحجر عليه و قد صرح بهذا الشرط في الكتب المذكوره و جامع المقاصد و لك و لهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه و منها تصريح التذكرة و جامع المقاصد بدعوى الاجماع عليه و يعضده تصريح لك كموضع اخر من كره بانه لم يجز الحجر عند عدم قصور امواله عن الديون عند علمائنا اجمع و كذا يعضده ما اشار اليه في مجمع الفائده قائلا و لعل دليل هذا الشرط الاجماع و منها ما تمسك به في كره من اصاله عدم الحجر ثبت خلافها فيما اذا قصرت امواله عن ديونه حفظا لأموال الغرماء فبقى الباقي على الاصل و منها ما تمسك به في كره أيضا قائلا و لان الغرماء يمكنهم المطالبه بحقوقهم و استيفائها في الحال و لا فرق في ذلك بين من ظهرت عليه امارات الفليس مثل ان يكون نفقته من رأس ماله او يكون ما في يده بازاء دينه و لا- وجه لنفقته الا- ما في يده و من لم يظهر كمن كان كسوبا ينفق من كسبه و قد صرح بهذا التعميم في جامع المقاصد و لك بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه و تحسب من جملة امواله معوضات الديون كما صرح به في يع و عد و كره و جامع المقاصد و لك و صرح في الاخيرين بان المراد من معوضات الديون الاموال التي ملكها بعوض ثابت في الذمه كالأعيان التي اشتراها او استدانها ثم صرح بوجه الاحتساب قائلين و انما احتسب من جملة امواله لأنها ملكه الان و ان كان اربابها بالخيار بين ان يرجعوا فيها و بين ان لا يرجعوا و يطالبوا بالعوض و كما يحتسب من ماله يحتسب اعواضها من جملة ديونه و لو لم يكن



له مال اصلا فهل يحجر عليه ح او لا استشكل في ذلك في التذكرة قائلا ينشئ من عدم فائده الحجر و هي التحفظ بما في يده عن الاتلاف و من الاكتفاء بمجرد الدين بجواز الحجر منعا له من التصرف فيما عساه يتجدد في ملكه باصطياد و اتياب و ظفر بر كاز و غيرها و هل يحتسب من جملة امواله المستثنيات في الديون فلو كانت هي بانفسها او بانضمامها الى مال اخر له تفي بديونه لم يحجر عليه او لا فيعتبر فيما يساوي ديونه او يزيد عليها ان لا يكون من المستثنيات فيه اشكال و لكن الاقرب احتسابها من جملة الاموال كما هو مقتضى اطلاق الكتب المتقدمه

### الثالث ان تكون الديون حاله فلو كانت مؤجله لم يحجر عليه

و ان لم يقف ماله بها و قد صرح بهذا الشرط في الشرائع و عد و شد و كره و لك بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه كما نبه عليه في مجمع الفائده قائلا لعل دليله الاجماع و علله في كره و لك و غيرها بانه ليس لهم المطالبه في الحال و ربما يجد الوفاء عند توجه المطالبه فلا يجوز تعجيل عقوبته بمنعه من التصرف و لو كان بعضها حالا اعتبر قصور ماله عنه خاصه فلو و في به لم يحجر عليه و ان لم يبق للمديون شئ و ان قصر عن الحال حجر له و قسم عليه و لا يدخل للمؤجل شئ و قد صرح بجميع ذلك في لك و التذكرة

### الرابع ان يلتمس الغرماء لم يحجر عليه

فلو لم يلتمس احدهم ذلك لم يجوز و قد صرح بهذا الشرط في يع و عد و شد و كره و جامع المقاصد و لك بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه كما اشار اليه في مجمع الفائده قائلا لعل دليله الاجماع فلا يثبت الحجر عليه بمجرد التماس المديون منه الحجر عليه و لا يتبرع الحاكم حيث لا يكون وليا لصاحب الدين اما الاول فقد صرح به في يع و شد و عد بل صرح في لك بانه هو المشهور ثم احتج عليه بان الحجر عقوبه و الرشد و الجريه ينافيانه فلا يصار اليه الا بدليل صالح و انما يتحقق مع التماس الغرماء و استقرب في التذكرة جواز اجابته قائلا لو لم يلتمس احد من الغرماء فالتمسه المفلس فالاقرب عندى جواز الحجر عليه لان في الحجر مصلحه للمفلس كما فيه مصلحه للغرماء و كما اجبنا الغرماء الى تحصيل ملتسمهم حفظا لحقوقهم كذا يجب ان يجاب المفلس تحصيل لحقه و هو حفظ اموال الغرماء ليسلم من المطالبه و الاثم و اذا تحقق ثبوت غرض للمفلس صحيح في الحجر عليه اجيب اليه و قد روى ان حجر النبي ص على معاذ بالتماس من معاذ دون طلب الغرماء و جميع ما ذكره مدفوع بالاصل و العمومات المعتضده بالشهره المحققه و المحكيه و عدم صلاحه ما اشار اليه من الروايه لتخصيصها لضعفها سندا و قصورها دلالة و اما الثاني فقد صرح به في يع و شد و عد و كره و لك و احتج عليه في الاخيرين بان الدين حق للغرماء و الحجر لمصلحتهم و هم ناظرون لأنفسهم فلا يحكم الحاكم عليهم ثم صرحا كما في عد و جامع المقاصد بانه لو كانت الديون لمن للحاكم عليه ولايه كما لو كانت الديون لمجانين او اطفال او المحجور عليهم بالسفه كان له الحجر و هو جيد و علله في كره بانه الغريم في الحقيقه فله التماس ذلك من نفسه و صرح في جامع المقاصد بانه لو كانت الولاية للأب او الوصى لم يمكن الحجر اذ ليس له المطالبه و لو كان الدين للغيب فهل يجوز للحاكم ان يحجر ح او لا صرح بالثاني في التذكرة و عد و جامع المقاصد و لك و هو جيد و احتج عليه في الاول و الاخيرين بان الحاكم لا يستوفى ما للغيب في الذمم بل يحفظ اعيان اموالهم فعلى هذا لا يجوز للحاكم الحجر على من اشتغلت ذمته بالزكاه و الخمس و نحوهما و اذا التمس بعض الغرماء الحجر دون بعض فيظهر من الشرائع و عد و جامع المقاصد و لك انه يحجر و هو جيد و صرح في الاخيرين بانه انما يحجر مع التماس البعض اذا

كانت ديون ذلك البعض لا يفى مال المديون بها و اشار اليه في عد أيضا و علله في جامع المقاصد بانتفاء بعض الشروط لو و في بها لان دين غير الملتمسين ليس للحاكم الحجر لأجله فهو بالنسبه الى الحجر بمنزله المعدوم و ما ذكره جيد و صرح في لك بانه اذا حجر للمتمس عمّ الحجر الجميع محتجا بثبوت الديون كلها و استحقاق اربابها المطالبه بخلاف المؤجله و صرح بما ذكره في التذكرة و لكنه منع من اشتراط زياده دين الملتمس على مال المديون في الحجر عليه قائلا- لو التمس بعض الغرماء الحجر دون بعض فان كانت ديون الملتمس قدرا يجوز الحجر بها حجر عليه لذلك القدر اجبوا الى ذلك ثم لا يختص الحجر لهم بل يعم اثره الجميع و ان لم يكن ديونهم زائده على امواله فالاقرب

ص: ٥٠

جواز الحجر و لا ينتظر التماس الباقيين لثلا يضيع على الملتمس ماله بتكامل غيره و فيما ذكره نظر بل الاقرب ما صار اليه في لك و اعلم انه زاد في عد و كره على ما ذكرناه من الشروط الاربعه شرطا اخر و هو المديونيه فجعل الشروط خمس و لا شبهه و في كون ذلك شرطا و لكن يكتفى في الاشاره اليه بالشرط الاول و هو الثبوت عند الحاكم فانه فرع المديونيه و قد صرح بما ذكرناه في مجمع الفائده الا ان يقال قد يثبت عند الحاكم ما لا واقع له فلا يصلح الحجر في الواقع و ان ثبت ظاهرا فلا بد من الاشاره الى هذا الشرط فت و صرح في الشرائع و عد و كره بانه اذا حجر الحاكم على المديون ثبت احكام منعه من التصرف كتعلق حق الغرماء و اختصاص كل غريم بعين ماله و قسمه امواله بين غرمائه و هو جيد و زاد في كره و عد حبسه الى ثبوت اعساره

## القول في المنع من التصرف

### منهل يمنع الحاكم المفلس من جميع التصرفات

الابتدائيه المتعلقة بالمال الموجود حال الحجر سواء كانت بعوض كالبيع و الاجاره او بغير عوض كالعق و الهبه و قد صرح بذلك في بيع و كره و عد و شد و لف و جامع المقاصد و لك و مجمع الفائده بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه كما اشار اليه في الاخير فلو تصرف بعد الحجر كما لو باعه او اجره فهل يقع فاسدا من راس مطلقا كعامله الصبيّ و المجنون او لا بل يصح لو فضل عن الدين بعد قسمه ماله عليهم اختلف الاصحاب في ذلك على اقوال الاول انه يفسد من راس مط و هو لصريح الشرائع و الايضاح و المحكى في لف عن المبسوط و الاسكافي الثاني انه لا يفسد بل يبقى موقوفا على انفصال امر الديون فان صرف الجميع في الدين فيبطل و ان فضل شىء فلا يبطل بل يجعل الزائد الفاضل تلك العين التي تعلق بها التصرف و صرح في جامع المقاصد و لك بانه يتصور كون الشىء فاضلا بارتفاع قيمه السوقيه و بابراء بعض الغرماء من حقه و زاد في الاوّل قائلا و يتصور بغيرهما كتجدد مال و موت بعض الغرماء الذى يرثه المديون و هو للمسالك و قواه في جامع المقاصد و حكاه في ط عن بعض الثالث انه يفسد الا- في البيع بعوض فانه يصح ح و هو للمختلف للقول الاول ما اشار اليه في لك من انه ممنوع عن التصرف شرعا فيكون عبارته مسلوبه الاعتبار كعباره الصبيّ فلا يصح و ان لحقته و الاجازه و هذا هو المناسب للحجر فان معنى قول الحاكم حجرت عليك منعتك من التصرفات و معناه تعذر وقوعها منه و اورد عليه في جامع المقاصد قائلا و فيه نظر لان منعه على هذا الوجه غير ظاهر اذ مطلق المنع و الحجر لا- يستلزم ذلك و ليس هناك شىء بخصومه يقتضيه فان قيل قول الحاكم حجرت عليك معناه منعتك من التصرفات و لا معنى للمنع منها الا تعذر وقوعها منه قلنا الممنوع منه انما هو التصرف المنافى لحق الغرماء و ذلك هو النافذ و اما غيره فلا دليل عليه فالتعذر وقوعه هو النافذ دون ما سواه على ان الحجر لو اقتضى

المنع المذكور لسقط به اعتبار عباره السفيه مع انه لو باع فاجاز الولي نفذ فيجب ان يكون الحكم هنا كذلك بطريق اولي فاذا اجاز الغرماء حكم بنفوذه و نبه على ما ذكره في لك أيضا و للقول الثاني ما تمسك به في جامع المقاصد قائلا وجهه انه لا يقصر عن التصرف في مال غيره فيكون كالفضولي مع بقاء ملكه الى حين الاداء الى الغرماء و يعضده ظاهر قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ وَإِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ وَأَحْإِلَ اللّهُ الْبَيْعِ و امثال ذلك من عمومات الكتاب و السنّه و اشار الى الوجه الذي ذكره في الايضاح و لك أيضا و للقول الثالث ما اشار اليه في لف قائلا قول ابن الجنيّد جيد الا في البيع بعوض فان الاولى فيه كما قاله الشيخ في الوجه الثاني لأنه عقد صدر من اهله في محله خال عن المانع فيكون صحيحا و بيان خلوه عن المانع انه بعد رفع الحجر لم يبق مانع و لا- غيره عملا- بالاصل و المسأله محل اشكال و لكن القول الثاني في غايه القوه و عليه فصرح في عد بانه يجب تاخير ما تصرف فيه فان قصر النافي ابطال الاضعف كالرهن و الهبه ثم البيع و الكتابه ثم العتق و قد اشار الى وجه ما ذكره في جامع المقاصد قائلا حين حكمنّا بكون التصرف موقوفا الى ان ينظر هل يفضل العين التي تعلق التصرف بها أم لا يجب تاخير ما يصرف فيه فلا- يباع و لا- يسلم الى الغرماء الى ان يبقى غيره من اموال المفلس فان قصر ما سواه عن الوفاء و كان التصرف متعددا ابطال الاضعف ثم ما يليه في الضعف و على هذا فلو اجتمعت من التصرفات الانواع المذكوره ابطال الرهن و الهبه فانهما اضعف من الباقي باعتبار جواز الرهن من جانب المرتهن و كون الهبه موضوعه على الجواز ثم البيع و الكتابه لأنهما و ان كانا لازمين من الطرفين الا ان العتق اقوى لكونه في نظر الشارع على التغليب و لهذا كان من خواصه السرايه و لا يبعد على هذا ان يكون الوقف بمنزله العتق لانه كلا- منهما لا يقبل الفسخ بخلاف باقى العقود و يحتمل ابطال اخير التصرفات ثم ما يليه الى اخرها كما في تبرعات المريض و وجهه ان المزاحمه انما وقعت بين ديون الغرماء و التصرفات الاخيره فيكون السابق ماضيا لعدم ما ينافيه و يمكن الفرق بين

تصرفات المريض و هذه لان الحجر على المريض انما هو فيما زاد على الثلث خاصه فالتصرف بالزائد على الثلث هو الاخير فيكون باطلا- دون ما سواه بخلاف المفلس فانه محجور عليه في الجميع فلا- يظهر فرق بين الاخيرين و غيره لان الجميع كالفضولي فاذا احتيج الى بيع بعض الاعيان التي تعلق بها التصرف امكن ان يقال ان جميع التصرفات موقوفه فلا بد من ابطال بعضها و لا اولويه لبعض على غيره بشىء من الاعتبارين المذكورين فان المتقدم و المتأخر سواء في كونهما غير نافذين نعم لما لم يتصور في العتق ان يكون موقوفا حكمنّا بكونه مراعيًا فحقه ان يكون نافذا فالتحقيق انا اذا قلنا ان الاجازة من الفضولي كاشفه لا ناقله كانت جميع التصرفات مراعات فيظهر للأقدم اثر و حيث انا رجحنا هذا القول فيما سبق كان هذا الاحتمال الاخير اقوى و اليه مال في كره و لو وقعت التصرفات دفعه احتمال المرعه و الابطال في الجميع و عندي ما صار اليه من الاحتمال الاخير في غايه القوه كاحتمال ابطال الجميع في

ص: ٥١

صوره وقوع التصرفات دفعه و ينبغي التنبيه على امور الاول اذا اجاز الغرماء تصرفاته فهل تصح او لا- صرح بالاول في جامع المقاصد و لك و هو الاقرب لما تقدم اليه الاشارة الثاني لا يمنع من التصرفات التي لا تصادف المال كما صرح به في الارشاد و كره و عد و جامع المقاصد و لك و مجمع الفائده بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه كما اشار اليه في مجمع الفائده و يدل عليه مضافا الى ما ذكر الاصل و العمومات و عدّ من هذا القبيل امور احدها النكاح و قد صرح بخصوص هذا في كره و شد و عد و لك و هو حسن بالنسبه الى الزوجه و كذلك بالنسبه الى الزوج ان جعل الصداق في ذمته او تحمله غيره و اما اذا جعل الصداق

عينا مخصوصه من امواله التي لا تكون من المستثنيات فلا كما لا يخفى و قد نبه على ما ذكر في جامع المقاصد و مجمع الفائده و لا فرق فيما ذكر بين الدائم و المنقطع و ثانيها الطلاق و قد صرح بخصوصه في الكتب المذكوره و صرح في كرهه بانها اذا صح منه الطلاق مجانا كان صحه الخلع الذي هو طلاق بعوض اولى بالجواز و هو جيد و قد صرح بخصوص كون الخلع من هذا القبيل في عد و شد و مجمع الفائده و كذا صرح به في جامع المقاصد قائلا لكن هذا اذا كان المحجور عليه بالفلس رجلا فلو كان امراه منع و هو جيد و ثالثها استيفاء القصاص و قد صرح بخصوص هذا في كرهه و لك و مجمع الفائده و اشار الى وجهه في الاول قائلا لأنه ليس تصرفا في المال و لا يجب عليه اخذ الدين و ان بذل الجاني لان القصاص شرع لدفع الفساد و الدينه انما تثبت صلحا و ليس واجبا عليه تحصيل المال باسقاط الدينه و رابعها العفو عن القصاص مجانا و قد صرح بخصوص هذا في كرهه و شد و عد و لك و مجمع الفائده أيضا و صرح بعضهم بانها لو وجبت له الدينه بالاصاله كما في جنايه الخطاء فانه ليس له اسقاطه لأنه بمنزله الابراء من الدين و هو جيد و خامسها الحاق النسب بالاقرار و قد صرح بخصوص هذا في كرهه و شد و عد و مجمع الفائده و اشار الى وجهه في الاول قائلا اذ ليس تصرفا في المال و ان وجبت المئونه هنا و سادسها نفى النسب باللعان و قد صرح بخصوص هذا في كرهه و شد و عد و مجمع الفائده الثالث لا يمنع أيضا من التصرف الذي يصادف المال بالتصنيف كالاخطاب و الاصطياد و الاحتشاش و الاتهاب و قبول الوصيه كما صرح به في كرهه و عد و لك و مجمع الفائده بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه كما اشار اليه في مجمع الفائده بل صرح بدعوى الاجماع في التذكرة و احتج عليه بان الغرض من الحجر منعه مما يتضرر به الغرماء و هو هنا مفقود الرابع صرح في عد و كرهه بانها لا يمنع من التصرف الذي يصادف المال بالاتلاف بعد الموت كالتدبير و الوصيه

**منهل لو اقر بدين سابق على الحجر صح و اعتبر**

**اشاره**

كما صرح به في المبسوط و الشرائع و عد و شد و كرهه و جامع المقاصد و لك و مجمع الفائده و لهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه و منها تصريح جامع المقاصد بانها لو اقر بدين سابق لزمه قولاً واحداً و يؤيده تصريح لك بانها لا اشكال في صحه الاقرار في الجملة و تصريح بعض الاجله بان الظاهر ان ذلك مما لا خلاف فيه و منها ما تمسك به في جامع المقاصد و لك و مجمع الفائده و غيرها من عموم قوله ص اقرار العقلاء على انفسهم جائز و صرح في الاولين كما في كرهه بان الاقرار ليس كالإنشاء حيث ان فيه قولاً بوقوعه باطلاً فلا ينفذ اصلاً بعد الحجر و الاقرار لا شك في نفوذه بعد الحجر و الفرق ان المقصود من الحجر المنع من التصرف فيناسبه القاء الانشاء لكونه تصرفاً جديداً و اما الاقرار فانه اخبار عن تصرفات سابقه لم يتعلق بها الحجر و لم يقتض الحجر سلب اهليه العبارة عن المحجور عليه و هل يشارك المقر له باقى الغرماء في دفع اليه كما يدفع اليهم او لا بل يتبع به بعد فك الحجر فلا يدفع اليه شىء ما دام الحجر باقياً اختلف الاصحاب في ذلك على قولين الاول انه يشارك الغرماء و هو للشرائع و التذكرة و المحكى في لك عن المبسوط و التحرير الثانى انه لا يشاركهم بل يتبع به بعد فك الحجر و هو لجامع المقاصد و لك و مجمع الفائده و استظهره بعض الاجله من الارشاد للأولين و لهم وجوه منها ما تمسك به في كرهه من انه عاقل فينفذ تصرفه لعموم قوله ص اقرار العقلاء على انفسهم جائز و اورد عليه في لك قائلاً و يشكل بمنع دلالة الخبر على المدعى لأننا قبلناه على نفسه و من ثم الزمناه بالمال بعد زوال الحجر و لم يدل على انه جائز على غيره و لو شارك المقر له للغرماء لنفذ عليهم لتعلق حقهم بجميع المال و لا معنى لمنعه من التصرف الا عدم نفوذه في ماله و المشاركة تستلزم ذلك و فيه نظر و منها ما

ذكره في كره من عموم الخبر في قسمه ماله بين غرمائه و المقر له احدهم و منها ما ذكره في عد و كره من ان الاقرار كالبينه و مع قيامها لا اشكال في المشاركة فكذلك مع الاقرار و اورد عليه في لك قائلًا و نمنع مساوات الاقرار للبينه في جميع الاحكام و يظهر اثره فيمن لا يقبل اقراره اذا اقيمت عليه البينه و اذا لم تكن القاعده كليه لم يصح كبرى للشكل الاوّل و لا ينتج المطلوب و فيه نظر لان الاصل المساوات اما لقاعده الاولويه او لغلبه الاشتراك و الخروج عن الاصل في بعض الموارد لا يمنع من كليته و اعتباره حيث لم يقدّم دليل على خلافه اللهم الا ان يمنع من حجبه الاستقراء و من فهم الاولويه او من حجيتها ح و فيه اشكال فت و منها ان المقر له لو لم يشارك سائر الغرماء لم يجز للمفلس ان يعطيه شيئًا من ماله وفاء و لا ان يصالحه على اسقاط شيء مما اقر له به و لا ان يتصرف المقر له فيما اعطاه المفلس من ماله و التالي بجميع اقسامه باطل فالمقدم مثله اما الملازمه فظاهره و اما بطلان التالي بجميع اقسامه فلعموم قوله أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و قوله ص النَّاسُ مَسْلُطُونَ عَلَى أَمْوَالِهِمْ و قوله ص الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ و قوله تَعَالَى أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ و قوله ص الصلح جائز بين المسلمين و غير ذلك من العمومات فت و للآخرين وجهان احدهما ما ذكره في كره و اشار اليه في عد من ان حق الغرماء تعلق بماله من المال و في القبول و المشاركة اضرار لهم بمزاحمته اياهم و فيه نظر للمنع من تعلق حق الغرماء بجميع ماله و غايه ما يثبتته من الحجر هو

ص: ٥٢

منعه من التصرف في جميع المال لا تعلق حق الغرماء بها و الضرر غير معلوم بل هو محتمل بالنسبه الى كل من الغرماء و المقر له خصوصا اذا كان حق الغرماء او بعضهم ثابتا بالاقرار قبل الحجر فت و ثانيهما ما ذكره في كره من ان المقر متهم في هذا الاقرار فلا يسقط به حق الغرماء المعلق بماله كما لو اقر بما رهنه بل صرح في جامع المقاصد بانه لا ريب ح ان تعلق حق الغرماء بمال المفلس اقوى من تعلق حق المرتهن بمال الزاهن لثبوت الحجر هنا بصريح حكم الحاكم بخلاف هناك فكما ان الزاهن لو اقر بسبق رهن المعين الاخر او يبيعه اياها لا يسمع في حق المرتهن فهنا كك بطريق اولي و فيه نظر اما اولًا فلما صرح به في كره و عد من المنع من التهمه في هذا القرار لان ضرر الاقرار في حقه اكثر منه في حق الغرماء و لأن الظاهر من حال الانسان انه لا يقر بدين عليه مع عدمه لا يقال هذا مندفع بما صرح به في لك و جامع المقاصد من ان التهمه موجوده لأنه يريد اسقاط حقهم باقراره و تحقق الضرر عليه لا يمنع من ايجابه الضرر عليهم و لإمكان المواطات بينه و بين المقر له في ذلك فلا يتحقق الضرر الا عليهم لأننا نقول ذلك بعيد عاده و ان جاز عقلا سلمنا و لكن لا نسلم بثبوت ذلك في جميع المواضع و الثبوت احيانا لا يقتضى صحه الصغرى نعم لا- يصح ان يستدل بانتفاء التهمه في هذا الاقرار على اعتباره و الحكم بالمشاركه به كما فعله في كره و قد اشار الى هذا في لك قائلًا و على كل حال لا يمكن الحكم بنفي التهمه على الاطلاق بل غايته انه قد يكون متهما و قد لا يكون فلا يصلح جعل عدم التهمه وجهًا للنفوذ و قد اشار الى ما ذكره في جامع المقاصد أيضا و اما ثانيا فللمنع من عدم اعتبار الاقرار الموجبه للتهمه بالاضرار كيف لا- و عموم قوله ص اقرار العقلاء على انفسهم جائز يقتضى اعتبار الاقرار مطلقًا و الانصاف ان المسأله محل اشكال فلا ينبغي فيها ترك الاحتياط و لكن القول الاول هو الاقرب و

**ينبغي التنبيه على امور**

**الاول لو اقر المفلس بعد الحجر عليه بعين من الاعيان**

التي في يده لإنسان آخر و قال غضبته منه او استعترته او اخذته سوما او وديعه او نحو ذلك فهل يدفع الى المقر له و لا يكون لباقي الغرماء فيها حق او لا- بل تختص بالغرماء و لا يستحق المقر له منها شيئا فيه قولان احدهما انه يدفع الى المقر له و هو للتذكرة و المحكى عن الشيخ في ط و ابن ادريس و صرح به في يع اولا الا انه تردد فيه آخرًا قائلًا لو اقر بعين دفعت الى المقر له و فيه تردد لتعلق حق الغرماء باعيان ماله و ربما يستفاد من الايضاح المصير اليه أيضا و ثانيهما انها لا تدفع الى المقر له بل تختص بالغرماء و هو للإرشاد و جامع المقاصد و لك و مجمع الفوائد للأولين و جهان احدهما ما صرح به في الايضاح عن عموم قوله ص اقرار العقلاء على انفسهم جائز و اعتبار الاقرار هنا يستلزم الدفع الى المقر له كما صرح به في كره و عد و جامع المقاصد و لك و ليس سماع الاقرار هنا كسماع الاقرار بالدين السابق فانه يجتمع مع الحكم بعدم لزوم دفع شيء من المال الى المقر له باعتبار تعلق حق الغرماء بجميع المال لان الدين لم يتعلق بالمال الموجود بوجه من الوجوه بخلاف سماع الاقرار بالعين فانه يستلزم عقلا- دفعه الى المقر له فت و ثانيهما ان الاقرار كالبينه و مع قيامها تدفع الى من شهدت به فكذلك مع الاقرار للآخرين و جهان أيضا احدهما ما صرح به في يع و لف من تعلق حق الغرماء باعيان امواله كما يتعلق حق المرتهن باعيان امواله اذا صارت مرهونه عنده فكما لا يسمع اقرار الراهن بعد الرهن بانها لغيره فكك المفلس بعد الحجر عليه و الوجه في عدم السماع في المقامين ان الاقرار فيهما اقرار في حق الغير فلا يسمع و قد يجاب بان الحجر انما افاد المنع من تصرف المفلس فيما هو ماله بحسب الواقع و لم يثبت كون ما اقر به للغير مالا- له فيبقى عموم ما دل على سماع الاقرار سليما عن المعارض و هذا و ان كان جاريا في اقرار الزاهن الا ان المنع من سماع اقراره انما هو لدليل و هو لا يقتضى المنع من سماع اقرار المفلس الا على تقدير حجية القياس و هي ممنوعه بالضرورة من مذهبنا و ثانيهما ان المفلس المقر متهم في اقراره فلا يسمع منه و فيه نظر و قد تقدم اليه الاشارة و الانصاف ان المسألة محل اشكال فلا ينبغي ترك الاحتياط فيها و لكن القول الاول اقرب و صرح في عد و جامع المقاصد و لك بانه مع قبول الاقرار هنا يسلم الى المقر له و ان قصر باقى في مال المفلس عن ديون الغرماء و علله في الاخيرين بان الضرب انما هو بالدين فصاحب العين يختص بها و صرح في مجمع الفوائد بان الظاهر من عدم السماع هنا عدم السماع بالنسبة الى الغرماء فينبغي للحاكم ان يؤخر تلك العين فان فضلت عن الديون سلمها الى المقر له و الا باعها في الديون و اغرم مثلا او قيمه و صرح بما اشار اليه بقوله فان فضلت اه في كره أيضا

### **الثاني نبه في لك على مجموع الاقوال هنا**

و في السابق قائلًا- و اعلم ان جملة الاقوال في المسألة اتفقت على قدر الاحتمالات الممكنة و هي اربع ففي نفوذه فيهما اختاره العلامة في الارشاد و الشهيد و جماعه و اثباته فيهما و هو خيره كره و ثبوته في العين دون الدين و بالعكس و هو ظاهر المص رة في الكتاب و ان كان بعد ذلك تردد

### **الثالث لو قال هذا المال مضاربه لغائب**

فهل يقبل قوله مع يمينه و يقر في يده اذا حلف او لا حكي عن الشيخ في المبسوط الاول و اعترض عليه بوجوه الاول ان اقراره اقرار في حق الغير و هم الغرماء فلا يسمع و قد صرح بهذا الاعتراض في جامع المقاصد و هو غير وجيه على المختار من سماع اقرار المفلس بالعين و لذا صرح في لك بان ما ذكره الشيخ متفرع على قبول اقراره بالعين الثاني ان اليمين لا وجه له مع الاقرار

لا- يشرع لإثبات مال الغير و قد صرح بهذا الاعتراض فى جامع المقاصد و هو غير وجيه على المختار من سماع اقرار المفلس بالعين و لذا صرح فى لك بان ما ذكره الشيخ متفرع على قبول اقراره بالعين الثانى ان اليمين لا وجه له مع الاقرار و لا يشرع لإثبات مال الغير و قد صرح بهذا الاعتراض فى جامع المقاصد و لك الثالث ان اقراره بما فى يده لا وجه له لأنه مسلوب اهليه اليد لان الحجر رفع يده و سلطنته الماليه و صرح بهذا الاعتراض فى لك الا انه صرح بانه يمكن رفعه بان المفلس انما يرفع يده عن ماله لتعلق حق الغرماء به اما

ص: ٥٣

مال الغير الذى هو وكيل فيه فلا وجه لرفع يده عنه لأنه مكلف مختار رشيد و يده ليست يد عدوان و قد صرح بهذا فى جامع المقاصد أيضا و هو جيد فالاقرب سماع اقراره من غير توقف على يمين و جواز ابقائه فى يده و لو قال هذا المال مضاربه لحاضر فان صدقه فيسمع اقراره و يدفع الى المقر له على المختار و قد صرح به فى يع و عد و كره و ان كذبه المقر له فصرح فى الكتب الثلاثه المذكوره بانه يقسم بين الغرماء و احتج عليه فى جامع المقاصد بتعلق حقوق الغرماء بالعين سابقا و اخراجها عنهم انما كان مع صحه الاقرار و مع رد المقر له لا يكون الاقرار صحيحا ثم استشكل فى ذلك بان الاقرار على تقدير نفوذه على الغرماء لا يبطل برد المقر له و تكذيبه بل يخرج العين عن المقر بالاقرار و لا- يتعين مالكها فيكون مالا مجهول المالك فكيف يعود الى المقر و يقسم بين الغرماء و لا- يخفى ان التفصيل باعتبار التصديق و التكذيب لا- يختص بالاقرار بالمضاربه بل يشمل الاقرار بالدين و العين مط و قد صرح به فى عد و جامع المقاصد بالنسبه الى الاقرار بالعين

#### الرابع صرح فى الشرائع و عد بانه لو اقر بمال مط

و جهل السبب له يشارك المقر له الغرماء لاحتمال كون السبب لا يقتضى الضرب و صرح بما ذكره فى لك أيضا محتجا باصالة عدم استحقاق المقر له المشاركه ثم حكى عن بعض القول بوجوب استفصاله ليعلم استحقاق المقر له الضرب اولا و دفعه بان تعلق حق الغرماء بعين ماله لما كان معلوما و تعلق حق المقر له غير معلوم فيبقى على اصاله عدم المشاركه الى ان يثبت خلافها ثم صرح بانه لا شبهه فى جوازه و اولويته و جميع ما صار اليه هنا هو الاقرب و ان امكن المناقشه فى بعض ما ذكره

#### منهل لو تبايعا بشرط الخيار فلنسا او احدهما لم يبطل خيار المفلس

#### اشاره

و كان له اجازة البيع و رده فلو اشترى بخياره و فلس و الخيار باق كان له اجازة البيع و فسخه و قد صرح بذلك فى يع و كره و شد و عد و جامع المقاصد و لك و مجمع الفائده و لهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه و يؤيده ان الجماعه المتقدم اليهم الاشاره لم يتبها على خلاف فى ذلك بوجه من الوجوه بل افتوا به من غير تأمل و لا استشكل و منها ان الحجر على العاقل البالغ الرشيد على خلاف الاصل فيجب الاقتصار فى الخروج عنه على ما قام الدليل عليه و ليس منه محل البحث لعدم قيام دليل من الادله الاربعه على خروج المفروض من الاصل و ليس هذا مترتبا على الحجر و لا من لوازمه العقليه و لا الشرعيه و لا العرفيه كما صرح به فى لك محتجا به على الحكم المذكور و منها ان الظاهر اختصاص الحجر بالتصرفات المبتدأه و ليس هذا التصرف منها كما

صرح به فى يع و كره قائلين فى مقام الاحتجاج المذكور لان هذا التصرف ليس بابتداء تصرف و منها اصاله بقاء الخيار و لعله اشار الى هذا فى مجمع الفائده فى مقام الاحتجاج على الحكم المذكور بقوله و يقتضيه الاصل و منها اطلاق الادله الداله على ثبوت الخيار من النصوص و الفتوى و

### ينبغى التنبيه على امور

### الاول لا فرق فى ذلك بين ان يرضى الغرماء بما يريد المفسر

من الفسخ او الامضاء او يسخطوا به كما صرح به فى كره و هو ظاهر اطلاق غيرها من الكتب المتقدمه

### الثانى يلحق بالبيع هنا الصلح

و الاجاره

### الثالث لا يشترط الغبطه فى الفسخ

او الامضاء كما صرح به فى كره و عد و الارشاد و لك و هو ظاهر اطلاق الشرائع

### الرابع يجوز للمفسر الرد بالعيب أيضا

كما صرح به فى كره و شد و عد و جامع المقاصد و لك بل الظاهر انه مما لا خلاف و هل يشترط فى الرد بالعيب او امضائه اعتبار الغبطه او لا فيه قولان احدهما انه يشترط فيه ذلك فلو كان العيب يساوى ازيد من الثمن و لا ضرر فى بقائه منع من الفسخ بخلاف الخيار بالشرط و هو للقواعد و كره و المحكى عن الشهيد و حكى عنه فى لك انه فرق بين الرد بالعيب و الرد بخيار الشرط بان الخيار بالشرط يثبت باصل العقد لا على طريق المصلحه فلا يتقيد بها بخلاف الرد بالعيب فانه يثبت على طريق المصلحه فيتقيد بها و اورد عليه فى لك قائلًا و فيه نظر لان كلا من الخيارين ثابت باصل العقد و انما افترقا بان احدهما ثبت بالاشتراط و الاخر بمقتضى العقد و لم يقل احد بتقيد فسخ البيع فى غير المفسر بالمصلحه فاعتبار الغبطه فيه هنا مع كونه ليس من التصرفات المبتدأه ليس بجيد و لو قيل ان الحكمه الباعثه على اثبات خيار العيب هو الغبطه نظرًا الى نقص المعيب قلنا مثله فى الخيار فان حكمه الخيار مع ان الاصل فى البيع اللزوم لأنه لم يوضع الا لتملك كل من المتعاضين مال الاخر انما هى امكان ان يتجدد لذى الخيار ما يوجب اراده الفسخ فلا يجد السبيل اليه فشرع الخيار لذلك و من ثم يثبت فى الحيوان ثلاثه ايام من غير شرط لان الحيوان مما يشتمل على امور خفيه لا يطلع عليها ابتداء غالبًا بخلاف غيره و لما امكن فى غيره ذلك شرع اشتراط الخيار و مما قد تخلف من افراد العيب ما لا غبطه فى رده بل الغبطه فى قبوله غالبًا خصى العبد فانه عيب مع استلزامه زياده قيمه و مثله الفسخ بخيار بمجرد التشهى فالحكم فيهما واحد و بالجمله فالقواعد الكليه فى الاحكام الشرعيه اخرجت الامور الحكميه



عن بعض موضوعاتها الجزئية و قد اشار فى جامع المقاصد الى ما اورده من الايراد أيضا ثم حكى ثانيا عن التذكرة انه فرق بين ذينك الامرين بطريق اخر قائلا- و فى كره فرق بين الخيار و العيب بان العقد فى زمن الخيار متزلزل لا ثبات له فلا يتعلق حق الغرماء بالمال و يضعف تعلقه به بخلاف ما اذا خرج معييا و اذا ضعف التعلق جاز ان يعتبر شروط الغبطه ثم اورد على هذا الفرق أيضا بان التزلزل مشترك فيهما فالفرق تحكّم و ثانيهما انه لا يشترط فيه ذلك و هو للمسالك و ربما يستفاد من الارشاد و جامع المقاصد أيضا و المسألة محل اشكال فلا- ينبغى فيها ترك الاحتياط و ان كان القول الثانى فى غايه القوه و ينبغى التنبيه على امرين الاول يلحق بخيار الشرط فيما ذكر جميع الخيارات الثابتة له قبل التفليس الثانى اذا كان الردّ او الامضاء اصلح لصاحب الدين اما لحصول وفاء دينه بذلك او لسهولته فهل يجب على المديون مراعات الاصلح بحيث يترتب على المخالفه الحكم التكليفي

ص: ٥٤

و هو الحرمة و الحكم الوضعى و هو الفساد او لا فلا يكون بالمخالفه اثما و لا اتيا بشىء فاسد فيه اشكال و لكن احتمال ترتب الاثم بالمخالفه فى غايه القوه لان وفاء الدين عند مطالبه صاحبه اياه واجب مطلق فيجب تحصيل مقدماته فاذا اخل بها او بواحد منها ترتب عليه الاثم سواء قلنا بان مقدمه الواجب واجبه بالمعنى المتعارف أم لا و اذا خالف عمدا او سهوا فاحتمال الصحه فى غايه القوه عملا بالاصل و اطلاق الادله الداله على ثبوت الخيار من النصوص و الفتاوى فت

### منهل صرح فى الشرائع و الارشاد

و عد و كره بانه لو كان للمفلس حق قبض دونه كان للغرماء منعه و هو حسن ان كان المراد اخذ بعض الحق و اسقاط الباقي و قد صرح بكونه ممنوعا بهذا المعنى فى لك مدعيا ظهوره و معللا بانه تصرف مبتدأ فلا يمكن منه و على هذا لو منع من الردّ بالعيب السابق بتصرف او سبب حادث لزم الارش و لم يملك المفلس اسقاطه كما صرح به فى كره معللا بان ذلك تصرف فى مال و جب له بالاتلاف بغير عوض و هو ممنوع من الاتلاف بالعوض بغيره اولى و ان كان المراد قبض بعض الحق فى ذلك المجلس و تاخير الباقي الى وقت الاخر لا يفوت فيه غرض الغرماء ففيه اشكال و صرح فى لك و جامع المقاصد بانه انما يكون لهم منعه ح حيث لا- يلزم قبض البعض اذا بذله من عليه الحق كئتم المبيع فلو كان الحق عوضا عن دين او اتلاف كان له قبض البعض و صرح فى لك بان نسبه القبض اليه على طريق المجاز فانه لا يمكن من قبض المال لاقتضاء الحجر ذلك و انما المراد اثبات تسلطه على الحكم المذكور و انما القابض غيره

### منهل لو اقرض المفلس انسان ما لا بعد الحجر او باعه بئمن فى ذمته

و كان ذلك الانسان المقرض او البائع عالما حين العقد بالحجر على ذلك المفلس صحت المعامله و لزمتم لم يشارك ساير الغرماء و كان القرض او الثمن ثابتا فى ذمه المفلس الى ان يوفى و قد صرح بذلك فى الشرائع و الارشاد و عد و لك و لهم وجوه منها الاصل و منها ظهور الاتفاق عليه و منها تصريح لك بان الحكم المزبور موضع وفاق و منها ما تمسك به فى لك من اقدامه على دينه حيث علم اعساره و تعلق حق الغرماء بامواله و اما الجاهل بالحجر ففيه احتمالات احدها انه كالعالم فلم يشارك سائر الغرماء و تبقى ذمه المفلس مشغوله الى ان يوفى فيجب الصبر على صاحب الدين و هو لصريح التذكرة و جامع المقاصد و

لك و ظاهر اطلاق الشرائع و عد و شد و صره و لهم وجوه منها ما ذكره في لك من تعلق حق الغرماء الموجودين عند الحجر بامواله و ان كانت متجدده بناء على تعلق الحجر بالمتجدد من ماله فلا يتوجه له الضرب معهم و لا اخذ عين ماله و منها ما ذكره في جامع المقاصد قائلا ان الفسخ على خلاف الاصل فيقتصر فيه على موضع الدليل و الضرب مع الغرماء يقتضى ابطال حقهم من عين المال التي سبق تعلق حقهم بها و منها ما ذكره في جامع المقاصد من ان البائع اضرر بنفسه و غرر بماله حيث باع قبل ان يستعلم حال المشتري فكان ذلك رضى منه و أشار اليه في كره و ثانيها ان للبائع و المقرض الفسخ و الاختصاص بماله و لم اجد به قائلا- نعم اشار اليه في جامع المقاصد و لك و يدلّ عليه امور منها ما صرحا به من عموم قوله صاحب المتاع احق بمتاعه اذا وجدته بعينه و اجاب عنه في الاوّل بان العموم ممنوع فان اورد من سبقت معاملته و منها عموم ما دل على نفى الضرر و منها فحوى ما دل على ثبوت خيار الغبن او عمومه و ثالثها الضرب مع الغرماء و الشركه معهم و لم اجد به قائلا أيضا و ان اشار اليه في جامع المقاصد و لك و وجهه امران احدهما ما ذكر فيهما من ان له حقا ثابتا في الذمه فهو غريم فيضرب له كسائر الغرماء و ثانيهما ما ذكر فيهما و في الايضاح من انه قد ادخل في مقابل الثمن مالا فيضرب بالثمن اذ ليس فيه اضاعه بل زياده لهم و ضعف الوجهين في لك قائلا- و يضعف الوجهان بما تقدم من تعلق حق الغرماء بماله و ان كان متجددا قبل هذا الغرم مع ان الوجهين متنافران لأنه ان كان غريما اختص بعين ماله و ان لم يكن غريما لم يضرب

### منهل لو اتلف المفلس بعد الحجر عليه مالا لغيره بحيث يصير ضامنا شارك صاحب المال ح سائر غرماء المفلس

كما صرح به في يع و شد و عد و صره و جامع المقاصد و لك و لهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه و ان كانت عباره كره و مجمع الفائده تشعر بالتوقف هنا و منها ما ذكره في جامع المقاصد و لك من انتفاء رضاء المجنى عليه فحقه ثبت عند المفلس على وجه قهري فيثبت له استحقاق الضرب كسائر الغرماء و اليه اشار في كره بقوله لأنه لم يوجد منه تقصير فيبعد تكليفه بالانتظار و منها ما صرح به في مجمع الفائده قائلا دليله انه غريم فيثبت له ما لغيره لعموم الخبر الدال على الضرب و الادله الداله على وجوب عوض التلف و منها فحوى ما دل على ان الجاهل بالحجر اذا باع المفلس بعد الحجر عليه شيئا يشارك سائر الغرماء كما اشار اليه في لك فت لا يقال بدفع ما ذكر ما صرح به في كره و مجمع الفائده من تعلق حق الغرماء باعيان امواله فكأنها صارت لهم فلا مال ح للمفلس المتلف فلا يصح الاشتراك ح لأننا نقول ما ذكر لا يصلح للدفع كما لا يخفى و صرح في عد و جامع المقاصد و لك بان الجنايه على النفس المحترمه او على الطرف حكمه حكم اتلاف المال و صرح بهذا في الغنيه أيضا و هو جيد

### منهل لا تحل الديون المؤجله بالحجر على المفلس

كما صرح به في الغنيه و يع و شد و لف و اللمعه و لك و ضه و مجمع الفائده و الكفايه و قد صرح فيها و في لف و لك بدعوى الشهره عليه و احتج عليه في الغنيه و لف و لك و ضه و مجمع الفائده بان الاصل بقاء ما كان على ما كان و لم يثبت كون الحجر موجبا للحلول و حكي في لف و اللمعه و لك و عن ابن الجنييد القول بالحلول هنا قياسا على الدين على الميت و اجابا عن حجته بوجود الفارق بتحقق الضرر على الورثه ان منعوا من التصرف الى حلوله و صاحب الدين ان لم يمنعوا بخلاف المفلس

### منهل لا اشكال في تعلق الحجر بالمال الموجود حال الحجر و غيرها

و هل يتعلق الحجر بالمال المتجدد بعده الحاصل باصطياد او اتهاب او قبول وصيه او نحو ذلك و يصح للحاكم ان يحجر عليه بصريح او عموم شامل

ص: ٥٥

للموجود و المتجدد او لا فيه احتمالان احدهما ان الحجر يصح تعلقه به فاذا نص الحاكم على الحجر عليه او كانت عبارته شامله للحجر عليه تعلق الحجر به كما يتعلق بالموجود و قد صار الى هذا الاحتمال فى الارشاد و عد و ير و كره و مجمع الفائده و يدل عليه ما تمسك به فى كره و مجمع الفائده من ان المقصود من الحجر اىصال حقوق المستحقين اليهم و هذا لا يختص بالموجود عند الحجر و فيه نظر اما اولا فلانه قياس لعدم معلوميه العله المذكوره بوجه من الوجوه و لا هى ظاهره من الخطاب الشرعى بشىء من الدلالات الثلث و لا اولويه هنا مطلقا و اما ثانيا فلان القياس هنا مع الفارق فت و اما ثالثا فلمعارضته بما سياتى اليه الاشاره فت و ثانيهما ان الحجر لا يصح تعلقه به و وجهه ما صرح به فى مجمع الفائده قائلا ان الاصل عدم الحجر و ان الناس مسلطون على اموالهم عقلا و نقلا و قد ثبت الحجر و عدم التسلط فى الموجود حال الحجر بالإجماع و بقى غيره على اصله لا يقال يدفع ما ذكره انه لا- قائل بهذا الاحتمال بل يظهر من التذكرة دعوى اتفاق اصحابنا على بطلانه لأنه صرح بان وجه الثانى للشافعى قائلا الوجه الثانى للشافعى ان الحجر لا يتعدى الى المتجدد المفلس لقصر يده عن التصرف فيما عنده فلا يتعدى الى غيره كما ان حجر الرهن على نفسه فى العين المرهونه لا يتعدى الى غيرها اذ لو كان احد من اصحابنا قائلا به لكان اولى بالاشارة اليه لأننا نقول مجرد عدم ظهور القائل بهذا الاحتمال فى هذه المسألة التى لم يتعرض لها الا قليل من الاصحاب لا يفيد الظن بالإجماع فضلا عن العلم به على انا لم نجد قائلا بالاحتمال الاول سوى العلامة فى جملة من كتبه و المقدس الأردبيلى فى مجمع الفائده مع ان الاول فى الارشاد صرح بالاشكال فيما صار اليه من الاحتمال الاول و هو ظاهر فى عدم ظهور الاجماع له فاذن هذا الاحتمال فى غايه القوه و لكن الاحوط مراعات الاول و

ينبغى التنبيه على امور

### الاول صرح فى مجمع الفائده بعد الاشارة الى وجه الاحتمالين

بان التحقيق ان يق ان كان المراد شمول حجر الحاكم لذلك المال ينظر فان كان كلامه فى حجره شاملا له يتعدى اليه الحجر مثل ان يقول حجرتك عن جميع التصرفات الماليه و الا- فلا- لأنه قد ثبت ان الحجر لا بد فيه من حكم الحاكم و انه لا يثبت بدونه فان كان شاملا- له ثبت و الا- فلا و هو ظاهر و ان كان المراد انه هل يحجر عن جميع المال الموجود و المتجدد حتى يؤدى الديون فالظاهر التعدى لامن دليل الثبوت و شرائطه ثابت و ان كان المراد هل للحاكم ان يحجره ثانيا فى ذلك المال المتجدد أيضا فالظاهر التعدى بمعنى ان له الحجر عليه فيه أيضا بالشرائط المتقدمه اذ لا فرق و لا منع و لا يمنع من ذلك ثبوت الحجر على غيره و هو أيضا واضح و فيما ذكره نظر

الثانى لا ثبت الحجر على المفلس

الا بحكم الحاكم كما صرح به في يوع و شد و الجامع و لك و قد صرح في الاخير بنفى الخلاف فيه و صرح في يوع و عد و شد بانه يزول الحجر على المفلس بعد ثبوته بمجرد الاداء فلا يفتقر الى حكم الحاكم و علة في الاوّل بزوال سببه و سيأتى تحقيق الكلام في المسأله

### الثالث صرح في يوع و الجامع بان الولاية

في مال المفلس للحاكم و هو جيد

### القول في اختصاص الغريم بعين ماله

منهل من افلس و حجر عليه الحاكم و كان من جملة ماله عين اشتراها من غيره

### اشاره

و لم يقبضه ثمنها فوجدها عنده فهل للبائع ان يأخذها منه و لم يضرب مع سائر الغرماء ح او ليس له الا الضرب مع الغرماء فلا اختصاص له بها اختلف الاصحاب في ذلك على قولين الاول ان للبائع اخذ العين ح و ان له الاختصاص بها مط و لو لم يكن هناك وفاء و هو للغنيه و الشرائع و كره و صره و ير و شد و شد و عد و لف و الجامع المقاصد و لك و مجمع الفائده و الكفايه و المحكى في لف عن ابن الجنيد و الشيخ في ف و ابن ادريس و ابن البراج الثاني انه لا اختصاص للبائع ح الا ان يكون هناك وفاء و هو للمحكى في لف عن الشيخ في النهايه و الاستبصار و المبسوط ثم صرح بان قول الشيخ لا يخلو عن قوه للقول الاول وجوه منها تصريح الغنيه و جامع المقاصد بدعوى الاجماع عليه و يعضده اولا تصريح لك و الكفايه و غيرهما بدعوى الشهره عليه و ثانيا انه لم يحك في كره خلافا هنا الا عن ابى حنيفه و منها ما تمسك به في لف من انه لم يناله العوض فكان له الرجوع الى العوض دفعا للضرر و منها ما تمسك به في كره من ان هذا العقد يلحقه الفسخ بتعذر العوض فكان له الفسخ كما لو تعذر المسلم فيه و منها ما تمسك به في كره أيضا من انه لو شرط في البيع رهنا فعجز عن تسليمه استحق البائع الفسخ و هو وثيقه بالثمن فالعجز عن تسليم الثمن اولى و منها ما تمسك به في كره و لف و مجمع الفائده و الكفايه من خبر عمر بن يزيد الذى وصف فيما عدا الاوّل بالصحة بل حكى عن الاول التصريح بصحته أيضا عن ابى الحسن ع قال سألت عن رجل يركبه المدين فيوجد متاع رجل عنده بعينه قال لا يحاصه الغرماء و يؤيده روايات احديها ما اشار اليه في كره قائل بعد الاشارة الى القول الاوّل و به قال في الصحابه على ع و عثمان و ابو هريره و فى التابعين عروه بن الزبير و من الفقهاء مالك و الاموزاعى و الشافعى و العبرى و احمد و اسحاق و ثانيها ما اشار اليه في كره أيضا قائل روى العامه عن ابى هريره عن النبى ص انه قال اذا افلس الرجل و وجد البائع سلعته بعينها فهو احق بها من الغرماء و ثالثها ما اشار اليه في كره أيضا من خبر اخر لأبى هريره عن رسول الله ص ايما رجل مات او افلس فصاحب المتاع احق بمتاعه اذا وجده بعينه و لعله لهذه الروايات صرح في لك بدلاله النصوص على هذا القول و للقول الثانى وجوه منها ما تمسك به الشيخ في يب على ما حكى من ان دينه و دين غيره متعلق بذمته و هم مشتركون في ذلك فلا وجه للتخصيص و اجاب عنه في لف بان وجه التخصيص ظاهر و هو النص و الحكمه فيه ظاهره فانه قد وجد عين

ماله و لم يحصل له العوض فكان له التسلّط باخذها بخلاف غيره اذا الذمه محل ديونهم و منها ان البائع كان له الامسك لقبض الثمن فلمّا سلّمه قبل قبضه فقد اسقط حقه من الامسك فلم يكن له ان يرجع فى ذلك بالافلاس كالمرتهن و البائع و فيه نظر واضح و منها ما ذكره فى مجمع الفائده

ص: ٥٦

من ان الرجوع الى العين خلاف القواعد من وجوب الوفاء بالعقود و لوازمها بالنص و الاجماع و اشار اليه فى لف بقوله احتج الشيخ بان المال قد انتقل اليه فلا يعود الى مالكه الا بوجه شرعى ثم اجاب عنه بان الوجه الشرعى ظاهر و هو النصّ و منها خبر ابى ولاد الذى وصف بالصّحّحه فى لك و مجمع الفائده و الكفايه قال سئلت ابا عبد الله ع عن رجل باع من رجل متاعا الى سنه فمات المشتري قبل ان يحل ماله و اصاب البائع متاعه بعينه له ان يأخذه اذا تحقق له قال فقال ان كان عليه دين و ترك نحو مما عليه فليأخذ اذا تحقق له فان ذلك حلال له و لو لم يترك نحو من دينه فان صاحب المتاع كواحد ممن له عليه شىء يأخذ بحصته و لا سبيل له على المتاع و اجاب عنه فى لف و لك و مجمع الفائده بان الروايه غير داله على مطلوب الشيخ لأنها وارده فى غريم الميت و هو ليس من محل البحث سلمنا شمول الروايه لمحل البحث و لكنها لا تصلح لمعارضه ما دل على القول الاول و هو المعتمد عندى و

**ينبغى التنبيه على امور**

**الاول ان مقتضى القول الاول هو تسلط الغريم على اخذ ماله**

سواء لم يكن هناك وفاء أم كان و قد يورد على هذا بان شرط الحجر القصور فكيف يتصور الوفاء و اجاب عنه فى لك و جامع المقاصد قائلين يمكن تجدد الوفاء و ان كان فى ابتداء الحجر قاصر عن الدين اما بارث او اكتساب او ارتفاع قيمه امواله او نمائها فلا يرد ان شرط الحجر القصور فكيف يتصور الوفاء و يمكن هنا أيضا ان يكون الديون انما يزيد عن امواله مع ضميمة الدين المتعلق بمتاع واحد فاذا خرج دينه من بين الديون و متاعه من بين امواله صارت وافية بالديون

**الثانى هل يجوز للغريم فى محل البحث ترك اخذ عين ماله**

و الضرب مع الغرماء بدينه فيكون مخيرا بين الامرين او لا بل يتعين له اخذ ماله صرّح بالاول فى يع و شد و كره و ير و عد و جامع المقاصد و لك و مجمع الفائده و الكفايه بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه بين محققى اصحابنا و قد منع ذلك بعض الفضلاء قائلين لا- يخفى ان ما ذكره من الخيار فى صورته جواز اخذ العين فى الحى او الميت و انه يتخير بين اخذ العين او الضرب مع الغرماء و لا اعرف له دليلا واضحا فان الروايات انما اشتملت على اخذ العين بل ظاهرها ان ذلك هو مقتضى الحكم شرعا و اما ان ذلك محمول على الرخصه ان اختاره و الا- سبيله سبيل الغرماء كما هو ظاهر كلامهم فلا- اشاره فى الاخبار المذكوره اليه فضلا عن الدلاله عليه و لو بما لم يرض الغرماء بذلك و ظاهريهم انه يشاركهم لو ارادوا رضوا و لم يرضوا و هو مشكل لعدم ظهور الدلاله عليه من هذه الاخبار بل ظاهرها كما عرفت انما هو اختصاصه بمتاعه و بالجملة فان الاصل عدم

المشاركة و اثباتها يحتاج الى دليل فظاهاها أيضا اختصاصه بعين ماله فلا يشاركه الغرماء فيها و هو اعم من ان يقتصر على اخذ العين او يشاركهم و يضرب معهم فيشاركونه في تلك العين كما شاركهم في غيرها فان نفى المحاصه في الروايتين اعم من الامرين المذكورين و فيما ذكره نظر اما اولا فلما بيناه من ظهور اتفاق الاصحاب على الحكم بالتخيير و ان اقتصر بعضهم على اخذ العين و اما ثانيا فللمنع من دلالة الروايات التي اشار اليها على تعيين اخذ العين و عدم التخيير بين الامرين لورود الامر و النهى فيها مورد توهم الحظر فلا يفيدان سوى الرخصه سلمنا و لكن ينبغي تقييد اطلاقهما بصورة اراده اخذ العين و اما ثالثا فلان الاصل عدم الفسخ و عدم انتقال الملك اليه فالاصل المشاركة لا عدمها سلمنا ان الاصل يقتضى عدم المشاركة و لكن اصله عدم الفسخ اولى بالترجيح لاعتضادها بعموم قوله تعالى **أَوْفُوا بِالْعُقُودِ** و بظهور عدم الخلاف المتقدم اليه الاشارة فاذن المعتمد ما صرح به الجماعه المتقدم اليهم الاشارة

### **الثالث هل الخيار هنا على الفور**

فلو علم بالحجر و لم يفسخ و لم يسترد عين ماله يبطل حق رجوعه فيضرب بدينه مع الغرماء او على التراخي فمهما اراد الرجوع الى عين ماله جاز له فيه قولان احدهما ان الخيار هنا على التراخي و هو للشرائع و ير و لك و ثانيهما انه على الفور و هو للقواعد و كره و جامع المقاصد و يظهر من الكفايه التوقف في المسأله للأولين وجوه احدها ما صرح به في جامع المقاصد و لك من اصله بقاء الخيار و استصحابه و قد يعارض باصالة بقاء الملك على مالكة و فيه نظر و ثانيها اطلاق قوله ع في صحيحه عمر بن يزيد المتقدمه و اشار اليه في لك و جامع المقاصد و ثالثها ظهور عبارته الغنيه في دعوى الاجماع على التراخي و للآخرين وجوه أيضا احدها ما اشار اليه في جامع المقاصد و لك من ان الاصل في البيع اللزوم و وجوب الوفاء بالعقد الظاهر قوله تعالى **أَوْفُوا بِالْعُقُودِ** فيقتصر في الخروج عن مقتضى الاصل و ظاهر الآيه على ما يندفع به الضروره و الى ما ذكر اشار في كره بقوله الاقرب ان هذا الخيار على الفور لان الاصل عدم الخيار فيكون الاصل عدم بقاءه لو وجد و فيه نظر لما ذكره في جامع المقاصد و لك من دلالة النص على ثبوت الخيار فيكون مخرجا لهذا الفرد عن الاصل و عموم الآيه و ثانيها ما اشار اليه في جامع المقاصد قائلا و يمكن ترجيح الفوريه بانها الاشهر في كلام الاصحاب و فيها جمع بين الحقين فالقول بالفوريه قريب و فيما ذكره نظر لان الظاهر من اطلاق اكثر عبارات الاصحاب هو التراخي و من جملتها عبارته الغنيه المتضمنه لدعوى الاجماع على اصل جواز الرجوع فلا يبعد ان يدعى ان الاشهر هو التراخي و ثالثها ما تمسك به في كره قائلا و لأنه خيار ثبت في البيع لنقض في العوض فكان على الفور كالرد بالعيب و الشفعه و ضعفه ظاهر و رابعها ما تمسك به في كره أيضا قائلا و لان القول بالتراخي يؤدي الى الاضرار بالغرماء من حيث انه يؤدي الى تاخير حقوقهم و فيه نظر و المسأله لا يخ عن اشكال فلا ينبغي فيها ترك الاحتياط و لكن القول الاول اقرب

### **الرابع هل يشترط في رجوع الغريم الى عين ماله في حيوة المديون**

فلو مات و لم تكن تركته تفي بجميع ديونه فليس للغريم الرجوع الى عين ماله بل يحاص مع ساير

الغرماء فغرماء الميت سواء فى التركة حيث لا يفى بالديون فيقسم بينهم على نسبة الديون سواء فى ذلك صاحب العين و غيره او لا بل الميت كالحى فى الاختصاص بعين المال اختلف الاصحاب فى ذلك على قولين الاول ان غرماء الميت سواء فى التركة و هو للنهايه و يع و صره و شد و ير و لف و كره و س و اللمعه و جامع المقاصد و الروضه و لك و الكفايه و المحكى فى لف عن ابن ادريس و صرح فى لك بانه المشهور بين الاصحاب بل حكاه فى س و الجامع عن الاصحاب الثانى ان غرماء الميت كغرماء الحى اذا وجد احدهم بعد وفات المديون عين ماله اختص بها و لا يحاصه سائر الغرماء و هو للمحكى فى جمله من الكتب عن ابن الجنيذ للقول الاول وجوه منها ظهور عباره س فى دعوى الاجماع عليه و يعضده الشهره العظيمة التى لا يبعد معها دعوى شذوذ المخالف و منها ما تمسك به فى لف من انه مديون فيقسم تركته على الديون بالحصص لعدم اولويه البعض و وجدان العين لا يوجب التخصيص لرضا مالكها بذمته فكان كفاقدتها و منها جمله من الاخبار احدها ما تمسك به فى لف و كره و س و لك و ضه و الكفايه من صحيحه ابى ولاد المتقدمه و ثانيها النبوى العامى الذى نقله فى كره ايما رجل باع متاعا فافلس الذى ابتاعه و لم يقبض البائع من ثمنه شيئا فوجده بعينه فهو احق و ان مات فهو اسوه الغرماء و ثالثها روايه ابى بصير عن ابى عبد الله ع انه سئل عن رجل كانت عنده مضاربه و وديعه اموال ايتام و بضايح و عليه سلف لقوم فهلك و ترك الف درهم او اكثر من ذلك و الذى للناس عليه اكثر مما ترك فقال نعم لهؤلاء الذين ذكرت كلهم على قدر حصص اموالهم و للقول الثانى وجوه احدها ما ذكره فى لف من روايه عمر بن يزيد المتقدمه و اجاب عنها بانها مطلقة و روايه ابى ولاد مفضّله و المطلق يحمل على المفصل و اشار اليه فى ضه أيضا و ثانيها ما ذكره فى لف أيضا من انه واجد للعين فكان اولى كالمفلس و اجاب عنه بان الفرق بينه و بين المفلس ظاهر اذ المفلس له ذمته يمكن ان يرجع صاحب الحق عليها بخلاف الميت و اشار اليه فى لك أيضا و ثالثها ما ذكره فى لف أيضا من انه لم يسلم له العوض فكان له الرجوع الى العوض دفعا للضرر و اجاب عنه بان الضرر يتخير بالذمه بخلاف الميت و رابعها خبر جميل الذى وصفه بعض الاجله بالصحة عن بعض اصحابنا عن ابى عبد الله ع فى رجل باع متاعا فقبض المشتري المتاع و لم يدفع الثمن بمهمات المشتري و المتاع قائم بعينه فقال اذا كان المتاع قائما بعينه ردّه الى صاحب المتاع قال و ليس للغرماء ان يحاصوه و فيه نظر فانّ هذه الروايه مرسله لا يصلح للحجيه و الاقرب عندي فى المسأله هو القول الاول و ان كان فى تركة الميت و فاء للديون جاز للغريم ان يأخذ عين ماله كما صرح به فى يه و يع و شد و ير و لف و كره و س و اللمعه و جامع المقاصد و صه و هو ظ مره و حكاه فى لف عن ابن ادريس بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه بين الاصحاب كما اشار اليه فى الجامع بقوله رواه اصحابنا و لا فرق فى ذلك بين ان يموت بعد الحجر عليه او قبله كما صرح به فى ير و لك و ضه و الكفايه و صرّح فيها بانه المشهور و علله فى الاولين بان الموت بمنزله الحجر مع الوفاء ثم نقل فيما عدا الاول عن بعض اختصاص الحكم بالمحجور عليه ثم دفعاه باطلاق النص

### الخامس هل يشترط فى رجوع الغريم الى عين ماله

حيث يكون المديون حيا كونه محجورا عليه فلو لم يحجر عليه الحاكم لم يجز الرجوع و ان كانت امواله قاصره عن ديونه او لا بل يجوز الرجوع بمجرد قصور امواله عن وفاء الدين و ان لم يحجر عليه الحاكم يظهر من اطلاق الغنيه و يع و صره و عد و ير و لف و الجامع و الكفايه و غيرها الثانى لتصريحها بان من وجد عين ماله كان له اخذها و يدلّ عليه اطلاق صحيحه عمر بن يزيد و صرّح بعض الاجله بانه لا اشعار فى الروايات هنا بالحجر فى الميت و لا فى الحى بل لا دليل عليه مط و مقتضى كلامهم ان فى الحى لا بد من حصول الحجر مع ان اطلاق النصوص المذكوره يدفعه و فيما ذكره من ان مقتضى كلامهم التوقف على الحجر

نظر لما عرفت من ان مقتضى اطلاق اكثر العبارات هو الاحتمال الثانى الا ان يدعى انصرافه الى صوره الحجر لكونه مذكورا فى كتاب المفلس و فيه نظر واضح فاذا الاحتمال الثانى فى غايه القوه و لكن مراعات الاحتياط اولى لظهور مجمع الفائده و غيره فى دعوى الشهره على الاحتمال الاوّل و لما اشار اليه فى كره قائلا المنع من التصرف يفتقر الى حكم الحاكم بالحجر اجماعا فلو لم يحجر عليه الحاكم نفذت تصرفات المفلس باسرها و ليس للغرماء منعه من شىء منها الا بعد حجر الحاكم عليه اما الرجوع الى عين المبيع او عين العوض او غير ذلك من امواله التى هى معاوضات الديون فهل يفتقر صاحبها الى سبق الحجر كمنع التصرف أم لا- فيه اشكال ينشاء من قوله ع ايما رجل مات او افلس فصاحب المتاع احق بمتاعه اذا وجد بعينه الذى رواه العامه اثبت الاحقيه بمجرد الافلاس و من طريق الخاصه روايه عمر بن يزيد و لم يشترط فيها الحجر و من انه مال انتقل اليه بعقد شرعى فلا- يخرج عنه الا بوجه شرعى و لا وجه الا الحجر فانه يمنعه من التصرف فيه فيتحقق ح اولويه البائع و المقرض و غيرهما بعين اموالهم على ان الاحقيه فى حديث العامه لا- يقتضى الاخذ بدون الحجر فيجوز ان يكون احق على معنى ان له التمكن من الرجوع الى عينه بسلوك الاسباب المقتضيه اليه و من جملتها طلب الحجر و الافلاس بعد الاحقيه و كذا فى حديث الكاظم ع فى قوله ع لا يحاصه فانه لا يقتضى جواز الاخذ من غير حجه و قد يناقش فى منعه من دلالة الخبرين الذين اشار اليهما على عدم التوقف على الحجر بانهما ظهران فى ذلك باطلاقهما كما لا يخفى مع انه لو كان الحجر شرطا لوقوع التنبيه فيهما عليه لان المقام مقام الحاجه الى بيانه و لا- يجوز تاخير البيان عن وقت الحاجه و يعضد ما ذكر اولا ظهور كلام الاكثر فى عدم التوقف على الحجر و ثانيا ان الغالب فى احكام المعاملات عدم التوقف على الحجر فكذا محل البحث عملا بالاستقراء و ثالثا ان الحكمه المسوّغه للرجوع لا يختلف بالحجر و عدمه

ص: ٥٨

كما لا يخفى

### السادس صرح بعض الاجلاء بان الرجوع الى العين مشروط عندهم

بشروط ثلاثه الاول تعذر استيفاء تمام ثمن العين الذى فى ذمه المفلس الا من العين فلو كان فى ماله وفاء مع كونه مفلسا بان حصل نماء المال بعده او وجد مالا اخر او حصلت الزيادة بسبب ارتفاع قيمه السوقيه و صارت قيمه اعلى من وقت الحجر فلا رجوع له الى العين اذ سبب الرجوع انما هو تعذر الثمن و الفرض انه ممكن بناء على ما ذكرناه و ثانيها كونه مفلسا محجورا عليه لفلسه فلو كان غير مفلس محجور عليه لفلسه فان الحكم فيه كما فى غيره من اصحاب الديون فان كان قادرا على الاداء و امتنع حبسه الحاكم حتى يوفى او يبيع ماله و يوفى عنه و مع تعذر الحاكم يمكن الاخذ منه مقاصه و ان لم يكن قادرا فالاشهر الاظهر الصبر عليه و يدل عليه جملة من الاخبار و ثالثها كون المال حالا حين الحجر فلو كان مؤجلا يومئذ فلا رجوع له لانه بالحجر لا تحل الديون فى المؤجله عليه و انما تحل بالموت خاصه و العين المذكوره و غيرها قد تعلق بهما حق الغرماء الذين حجبوا لاجلهم و صاحب هذا الدين لكونه مؤجلا ليس منهم بل وجوده كعدمه و قد صرح فى مجمع الفائده أيضا بان المشهور ان الرجوع مشروط بالشروط الثلاثه التى ذكرها



## السابع هل المراد بالرجوع الفسخ

او قصد الوفاء صرح بالأول في مجمع الفائده و يستفاد من التذكرة أيضا اشار فيها الى ما به يتحقق الفسخ قائلا الفسخ قد يحصل بالقول كما ينعقد البيع به و صيغه الفسخ فسخت البيع و نقضته و دفعته و لو اقتصر على قوله رددت الثمن او فسخت البيع ففيهما اشكال اقربه الاكتفاء و قد يحصل بالفعل كما لو باع صاحب السلعه سلعته او وهبها او اوقفها و بالجمله اذا تصرف فيها تصرفا يدل على الفسخ كوطى الجاريه المبيعه على الاقوى صونا للمسلم عن فساد التصرفات و تكون هذه التصرفات تدل على حكمين الفسخ و العقد و ما ذكره من حصول الفسخ بالقول و الفعل هو الاقرب و لا يشترط في القول لفظ مخصوص بل يكفي كل لفظ دل عليه و لو بالالتزام و كذا لا يشترط في الفعل فعل مخصوص بل يكفي كلما دل عليه و لكن يشترط ان يكون الدلاله قطعيه فلا يكفي الظن بخلاف القول

## الثامن صرح في كرهه بانه لا يختص الرجوع بالبيع

بل يثبت في غيره من المعاوزات و هو جيد

## التاسع صرح في كرهه أيضا بانه لا يفتقر الخيار

هنا الى اذن الحاكم بل يستبد به الفاسخ من غير حاجه الى حكم الحاكم محتجا بانه ثابت بالسنة الصحيحه كخيار المرأه فسخ النكاح و العتق و بوضوح دلاله الحديث على ذلك و هو جيد أيضا

## العاشر صرح في مجمع الفائده بان الظاهر انه لو بقي له

بعض الثمن و وجد عين ماله اخذ بعضه بالحساب كالكل و فيما ذكره نظر لأصالة عدم جواز الفسخ باعترافه و هي سليمه هنا عن المعارض لظهور النصوص و الفتاوى المتضمنه لتجوز الرجوع في غير محل البحث فت و كيف كان فالاحوط ترك الرجوع بل لزومه في غايه القوه

## منهل اذا وجد البائع عن المفلس المشتري بعض مبيعه

فلا يخ اما ان يكون البعض الفائت مما يسقط عليه الثمن بمعنى بسطه عليه و على الباقي بالنسبه و هو الذى تصح افراده بالبيع كعبد من عبيدين و ثوب من ثوبين و نصف ثوب او لا يكون كك كيد العبد و على التقديرين فالتالف اما ان يكون تلفه بآفه سماويه و امر من غير الانسان او بجنايه اجنبى او بجنايه المشتري او بجنايه البائع فالصور ثمان فان كان البعض الفائت له قسط من الثمن بالمعنى الذى ذكرناه فهل للبائع ان يأخذ الباقي بحصته من الثمن و يضرب مع الغرماء بحصته التالف او لا صرح بالاول في المبسوط و الغنيه و يع و شد و عد و ير و كره و الجامع و اللمع و ضه و لك و هو المعتمد سواء كان بآفه سماويه او بجنايه البائع او المشتري او غيرهما كما هو ظاهر اطلاق الجماعه المشار اليهم و لهم وجوه منها تصريح لك و غيره بانه لا خلاف في

ذلك عندنا و منها ما تمسك به فى كره و لك و غيرهما من ان الموجود يصدق عليه انه عين ماله فله اخذها لقوله ص من ادرك متاعه بعينه عند انسان قد افلس فهو احق به و منها ما تمسك به فى كره من انه مبيع وجده بعينه فكان للبائع الرجوع فيه كما لو وجد جميع المبيع و اعترض فى جامع المقاصد على ما ذكره من الحكم اولا بان أخذ الباقي بحصته من الثمن ان كان على طريق المعاوضه توقف على رضى المستحقين و صدور العقد على الوجه المعبر شرعا و لا يقوله احد و ان كان على وجه الفسخ فلا معنى لأخذه من الثمن بل يفسخ و يأخذ و فيه نظر فان الظاهر ان المراد من الأخذ من الثمن ان المديون تبرأ ذمته من الدين المستغرق فى ذمته بمقدار ما يختص بالمأخوذ عند تقسيط الثمن الذى هو مجموع الدين فيبقى ذمه المديون مشغوله بحصته التالف من الثمن و هذا معنى صحيح لا غبار عليه فت و ثانيا بان الفسخ فيه وحده يقتضى تبعض الصفقه و ذلك غير جائز و فيه نظر لعدم الدليل على عدم جوازه بل الدليل و هو اصاله لزوم البيع بالنسبه الى التالف يقتضى جوازه فت و ثالثا بما اشار اليه بقوله معترضا على ما فى القواعد انه أطلق الضرب بحصته من الثمن و ذلك لا يستقيم على اصله بل يجب ان يقيد بما اذا كانت قيمه ازيد من الثمن هربا من محذور اجتماع الثمن و المثلث فان ساوت او نقصت فيجب عنده الضرب بنقصانها ثم صرح بان الذى يقتضيه النظر انه يفسخ المعاوضه مط او يترك مط حذرا من لزوم تبعض الصفقه او يقال ينظر حيث يكون على المفلس ضرر يفسخ فى الموجود فأخذه و يسقط حصته من الثمن و يبقى البيع فى الاخر بحاله فيضرب بحصته من الثمن و ذلك حيث يكون قيمه ازيد من الثمن اما اذا كانت انقص او مساويه فانه ينقص حصته عن قيمه و لا يمنع ذلك لكون العبدین بمنزله البيعين نظرا الى ان لكل منهما قسطا من الثمن و ان كان فى الثانى مناقشه لان المنع من تبعض الصفقه لحق كل منهما و اطلاق كلام ابن الجنييد يقتضى الفسخ فى الجميع و أخذ الباقي بقيمته و يضرب بقيمه التالف و قواه المص فى لف و قربه ابنه ثم صرح بانه لا فرق بين كون التلف فى هذه الصوره قبل الحجر او بعده معللا بان الفسخ يوجب الرجوع الى مجموع العين و لكن صرح بعد ذلك بانه ينبغي ان يكون ما ذكره المص و الجماعه مخصوصا

ص: ٥٩

بما اذا كان التلف قبل الحجر اما بعده يجب ان يجعلوه كتلف بعض المبيع فى زمان الخيار ثم صرح بان الاعتبار بالقيمه حيث يعتبر حين التلف لأنه وقت الانتقال الى البدل و هل يجوز فى الصوره المفروضه ترك أخذ الموجود و الضرب بتمام الثمن مع الغرماء كما يجوز له أخذ الموجود بحصته من الثمن و الضرب بقيمه التالف مع الغرماء فيكون مخيرا بين الامرين المذكورين او لا- يجوز له ذلك بل يتعين الثانى صرح بالاول فى الغنيه و ير و كره و لك بل صرح فيه كما فى غيره بنفى الخلاف فيه بين اصحابنا و لكن يظهر الثانى من المبسوط و يع و عد و شد و الجامع و اللمع و ضه لاقتصارها عليه بل تضمن جمله منها الامر به و فيه نظر بل الاقرب هو الاحتمال الاول من التخيير بين الامرين المذكورين و اذا كان الفائت لا قسط له من الثمن كيد العبد او سائر اجزائه بان وجده بعد البيع و عند اراده الرجوع بغير يد او بغير عين او بغير اذن او نحو ذلك و كان النقص و التلف بانه سماويه لا بفعل احد من البشر فلا اشكال و لا خلاف على الظاهر فى كون البائع مخيرا بين الرجوع الى عينه ناقصه و بين ابقائها على حالها و الضرب مع باقى الغرماء بتمام الثمن و هل يضرب مع الغرماء فى صوره الرجوع الى العين الناقصه بما نقص و بقيمه التالف كما فى المسأله السابقه او لا بل يأخذها ناقصه من غير ضرب مع الغرماء بوجه من الوجوه اختلف الاصحاب فى ذلك على قولين الاول انه يأخذها ناقصه من غير ان يضرب مع الغرماء بنقصانه و هو ارشه و هو للمبسوط و الغنيه و يع و شد و عد و ير و الجامع و مجمع الفائده و صرح فى جامع المقاصد و لك بانه مذهب اكثر الاصحاب و صرح فى مجمع الفائده و غيره بانه

المشهور الثاني انه يأخذها مستحقا لأرش النقصان فيضرب به مع الغرماء كما اذا كان الفأنت مما يتقسط عليه الثمن كأحد العبدین و هو لجامع المقاصد و ضه و لك و المحكى في الاخيرين عن ابن الجنيدي و لف للأولين وجوه منها ما تمسك به في مجمع الفائده من ان الاصل براءه الذمه من وجوب دفع الارش و الاصل بقاء عدم استحقاقه و منها ما تمسك به فيه أيضا من ان لزوم دفع الارش ضرر على المشتري فالاصل عدمه لعموم ما دل على نفى الضرر و منها ما اشار اليه في جامع المقاصد و لك من ان البائع لا حق له في العين الا بالفسخ المتجدد بعد العيب و انما حقه قبل الفسخ في الثمن فلم تكن للعين مضمونه له فلم يكن له الرجوع بارش المتجدد و للآخرين ما تمسك به في جامع المقاصد و لك و ضه من ان الرجوع فسخ للمعاوضه و هو يوجب رجوع كل مال الى صاحبه فان كان باقيا رجع به و ان كان تالفا رجع ببذله كائنا ما كان كما فيما اذا كان التالف احد العبدین و نحوه و الفرق بين الكل و البعض ضعيف كما صرح به في جامع المقاصد لا يقال ان العين في يد المشتري لم تكن مضمونه للبائع فلا يترتب عليه ضمان بوجه من الوجوه لأننا نقول هذا مدفوع اما اولا فيما ذكره في جامع المقاصد و لك من انه معارض بما له قسط من الثمن الا ان يقال ذلك خرج بالدليل و قد تقدم اليه الاشاره و لولاه لكان مقتضى الاصل المشار اليه عدم ضمان التالف الا ان يجاب بان قوله ع على اليد ما أخذت حتى تؤدي يقتضى ضمان التالف سواء كان مما يتقسط عليه الثمن أم لا و سواء كان التالف بآفه سماويه او بفعل كل من البائع و المشتري او بفعل اجنبي و قد ذهب اليه في جامع المقاصد و لك و ضه و حكى عن الاسكافي و لف و قد يق الروايه ضعيفه السند قاصره الدلاله فلا يجوز التمسك بها في اثبات حكم مخالف للأصل خصوصا مع اعتضاده بالشهره العظيمه فت و اما ثانيا فيما اشار اليه في جامع المقاصد و لك قائلين بعد تحرير الدليل المشار اليه و قولهم ان العين في يد المشتري لم تكن مضمونه عليه معارض بما له قسط على انا لا نقول انها مضمونه مط بل بمعنى ان الفأنت في يد المشتري يكون من ماله لان ذلك هو مقتضى عقود المعاوضات المضمونه فاذا ارتفع عقد المعاوضه رجع كل من العوضين الى مالكة او بدله و قد يناقش فيما ذكره بعدم قيام دليل على انه اذا

ارتفع عقد المعاوضه رجع كل من العوضين الى مالكة او بدله بل هو اول الدعوى و قد اشار الى ما ذكر في مجمع الفائده قائلا بعد الاشاره الى تمسك المحقق الثاني و الشهيد الثاني بالوجه المذكور و فيه تأمل لان الرجوع خلاف الاصل و النص كتابا و سنه و اجماعا و اقتضى نص اخر الرجوع الى نفس العين الباقية لا غير و فسخ العقد لا يستلزم ذلك خصوصا و قد صرح في ح يع و كره بان المفسوخ انما يبطل بالعقد من حين وقوعه لا- من رأسه كما انه لا- يستلزم كون النماء للراجع اذ قد يحكم الشارع بفسخه و الرجوع الى العين بنفسه لا- بجميع ما يلزم اذا كان له فانه قد سلطه المفلس عليه من غير لزوم شىء الا الثمن و لا يق قولهم ان يد العبد لا قسط لها من الثمن يقتضى عدم ضمانها عند تلفها لأننا نقول هذا مدفوع اما اولا فبالمنع من حجيته كلامهم لأنه لم يبلغ حد الاجماع و اما ثانيا فيما اشار اليه في لك قائلا و اما كون مثل اليد لا قسط لها من الثمن فان ارادوا ان الثمن لم يبذل في مقابلتها منه شىء ففساده ظاهر اذ لولاها لم يبذل جميعه قطعا و ان ارادوا ان الثمن لا يتقسط عليها و على باقى الاجزاء على نسبه الكثره و القله كالعشر في متساوى الاجزاء فانه يسقط عليه عشر الثمن و يحسب قيمته فيما يمكن افراده بالبيع كالعبد من عبدین فلا- دلالة فيه على مطلوبهم و قد تبّه على بعض ما ذكره في جامع المقاصد قائلا على ان القول بان يد العبد مثلا لا قسط لها من الثمن من الامور المستهجنه فان من المعلوم البديهي انه لو لا وجود اليد لم يبذل المشتري جميع الثمن المخصوص في مقابلته العبد و قد يقال غايه ما ذكره منع دلالة قولهم المذكور على القول الاول و هو لا يستلزم عدم الدليل عليه مط بل بنينا الدليل عليه فهو الاقرب و ان كان فوات ذلك الجزء الذى لا- قسط له من الثمن بجنايه اجنبي فيتخير البائع ح بين أخذ العين المعيوبه و الضرب بأرش العيب و بين الضرب بجميع الثمن و ترك العين كما صرح به في المبسوط و يع و شد و عد و ير و

كما اشار اليه بعض الاجله و اقتصار الغنيه على الامر باخذ العين و الضرب بقسط ما نقص بالجنايه مع الغرماء لا يقدر في ذلك و لذا لم يحك عنه احد من الاصحاب هنا خلافا و منها تصريح مجمع الفائده بدعوى الاجماع على استحقاق البائع للضرب بارش العيب و منها ما حكاه في لك عن القائلين بما ذكر من ان الاجنبى لما ثبت عليه ارش الجنايه و الارش جزء من المبيع و قد اخذه المشتري فلا- يضيع على البائع بخلاف التعب بالآفه السماويه حيث لم يكن لها عوض و لكنه اورد عليهم قائلا و هو ينافى ما ذكره سابقا لأنه لما وقع في وقت لم تكن العين مضمونه عليه و لم يستحقها البائع الا بعد كما ذكره في ذلك التعليل ينبغى ان لا- يكون له الا- الرضا بالعيب لأنه لم يجد سواه و على ما قررناه من ان الفسخ يوجب رجوع كل من المتعاضدين الى ماله او بدله فالاشكال منتف و اشار الى ما ذكره في جامع المقاصد أيضا ثم انه على المختار اذا اختار الرجوع الى العين المعيوبه و الضرب بارش العيب فالمعتبر كون الارش الذى يرجع به على المشتري بنسبه نقصان قيمه بان ينسب قيمه الناقصه الى الصحيحه و يضرب من الثمن الذى باعه بتلك النسبه فلا يرجع بتمام ارش الجنايه كائنا ما كان و قد صرح بذلك فى عد و ير و اللغه و ضه و لك و جامع المقاصد و لهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه و منها تصريح الروضه و لك بان ذلك مقتضى قاعده الارش و منها ما صرح به فى جامع المقاصد من امكان كون ارش الجنايه بقدر الثمن كما لو كان العبد يساوى مأتين و قد اشتراه بمائه و جنى عليه بقطع يده فان ارشها نصف قيمه و هو مائه و ربما كان نقصان قيمه السوقيه كك فلو استحق البائع الرجوع بالارش لرجع بالعبد و بمائه فيجتمع له الثمن و المثلن و هو معلوم البطلان و قد احتج بما ذكره أيضا فى عد و لك و ضه و لكن صرح فى جامع المقاصد بعد الاشاره الى ما ذكر بان ما ذكره من لزوم الجمع بين الثمن و المثلن ممنوع لان بعد الفسخ يأخذ بدل الجزء الفائت من العين لا على انه ثمن و ان كان بقدر الثمن و الممتنع انما هو اخذ العين كلها و عوضها الذى هو محسوب ثمنها ثم صرح بان هذا هو المختار و ان كان فوات ذلك الجزء الذى لا قسط له من الثمن بجنايه المشتري فالحكم فيه كما لو كان الفوات بافه سماويه فيكون مخيرا بين الامرين المتقدمين فلا يرجع بارش النقصان و قد صرح بذلك فى الغنيه و يع و عد و ير و الجامع بل صرح فى جامع المقاصد بانه اصح الوجهين فيه عندهم و اختار فى لك هنا ما اختاره فيما لو كان التلف بافه سماويه و الظاهر ان كل من قال بمقالته هناك وافقه هنا فلا قائل بالفرق بين المقامين على الظاهر و ان صرح فى لك بانه يحتمل هنا ان يكون جنايه المشتري كجنايه الاجنبى معللا بان اتلاف المشتري نقص و استيفاء فكأنه صرف جزءا من المبيع الى غرضه و حكى ما ذكره فى جامع المقاصد عن كره قائل و ابن الجنيد على اصله من ثبوت الضمان هنا أيضا بل يكون بطريق اولى و ان كان فوات الجزء المذكور بجنايه البائع فصرح فى جامع المقاصد و لك بانه كالأجنبى معللين بانه جنى على ما ليس بمملوك له و لا فى ضمانه و احتملا دخول هذا القسم فى قولهم و ان كان بجنايه اجنبى اه

**منهل اذا افلس المشتري لعين و حكم عليه الحاكم بالحجر بافلاسه و اراد البائع الرجوع الى عينه و وجد فيها زياده فهذه الزياده على اقسام**

**الاول ان يكون الزيادة منفصله عن تلك العين**

و هى التى يجوز بيعها و التصرف فيها من غير تصرف فى العين و هنا لا اشكال و لا خلاف على الظاهر فى جواز رجوع البائع

الى عين ماله التي باعها فأخذها و لكن ليس له اخذ الزيادة بل تكون ملكا للمشتري و لا يستحقها البائع الراجع فى العين و قد صرح بذلك فى المبسوط و الغنيه و يع و شد و كره و عد و ير و الجامع و لك و مجمع الفائده و لهم و جوه منها ظهور الاتفاق عليه و منها ظهور التذكرة و لك فى دعوى الاجماع عليه فان الاول صرح بانہ لم يعلم فيه خلافا الا من مالك و الثانى صرح بانہ موضع وفاق لم يخالف فيه الا بعض العامه و منها ما تمسك به فى مجمع الفائده من ان الرجوع على خلاف الاصل فيقتصر فيه على المتيقن و هو العين و منها ما تمسك به فى الغنيه و كره و لك و مجمع الفائده من ان النماء انفصل فى ملك المفلس فلم يكن للبائع الرجوع فيه لأنه ليس عين ماله و لا ملازمه بين الرجوع فى الملك و الرجوع بالنماء و لا فرق فى ذلك بين ان تكون الزيادة حاصله بفعل المشتري او بغيره و لا بين ان تكون موجبه لزيادة قيمه العين او لنقصها او غير موجبه لشيء من الامرين و عد من هذه الزيادة امور الاول الولد و قد صرح بهذا فى الغنيه و يع و عد و كره و لا فرق فيه بين الحمل و المنفصل كما صرح به فى لك الثانى اللبن و قد صرح بهذا فى يع و كره و لا فرق فيه بين المحلوب و ما فى الضرع كما صرح به فى لك و مجمع الفائده الثالث الثمره و قد صرح بهذا فى الغنيه و عد و لك و لا فرق فيها بين المقتطف و غيره كما صرح به فى لك

### الثانى ان يكون الزيادة متصله و لم تكن حاصله بفعل المشتري

كالسمن و هل يجوز هنا الرجوع فى العين او لا بل يتعين الضرب مع الغرماء فيه قولان احدهما انه يجوز الرجوع فى العين و هو للمبسوط و الغنيه و عد و لف و جامع المقاصد و المحكى فى لف عن ابن البراج و ثانيهما انه لا- يجوز ذلك و هو للإرشاد و المحكى عن التذكرة و ربما يستفاد من مجمع الفائده للأولين و جهان احدهما انه يصدق مع هذه الزيادة انه وجد عين ماله فيرجع فيها اما الاول فقد صرح به فى لك و مجمع الفائده و غيرهما و تدل عليه عدم صحه السلب و الاطراد و صحه التقسيم و صحه التقييد بالقيدين و حسن الاستفهام و الاستثناء و غير ذلك من دلائل الاشتراك المعنوى و اما الثانى فلاطلاق النصوص الداله على جواز الرجوع اذا وجد عين ماله كما اشار اليه بعض الاجله قائلا فان قوله ع اذا كان المتاع قائما بعينه رد الى صاحبه اعم من ان يحصل فيه هذه الزيادة أم لا لصدق وجدان المتاع قائما بعينه مع حصولها و اما تخصيص ذلك بالعينه التي كان عليها وقت الانتقال بمعنى ان المعنى فى قوله قائما

ص: ٦١

بعينه مع حصولها و اما تخصيص ذلك بالعينه التي كان عليها وقت الانتقال بمعنى ان المعنى فى قوله قائما بعينه انما هو ذلك فالظاهر بعده تمام البعد لما سيأتى من تصريحهم بانہ لو نسج الغزل او قصر الثوب او شق الحطب الواحا بل جعله بابا لا يمنع من الرجوع فى العين لصدق وجود العين فى جميع هذه الفروض و نحوها و انما المراد بهذه العبارة انما هو الاحتراز عن تلفه و ذهابه فيكفى وجوده على اى حال لا- يقال ما ذكره انما يتجه لو لم تكن هذه الزيادة مزيله لاسم عين المال مط و اما اذا فرض اقتضاء هذه الزيادة زوال الاسم بحيث لا يصدق معها وجدان المتاع بعينه فيما ذكره لا ينهض باثبات جواز الرجوع فيه فيكون الدليل اخص من المدعى لأننا نقول الاخصيه من المدعى على تقدير تسليمها هنا غير قادحة لان الظاهر عدم وجود القائل بالفصل بين صور المسأله فيلحق صورته زوال الاسم بصوره عدم الزوال بظهور الاجماع المركب و لا يمكن العكس لان النصوص الداله على جواز الرجوع اقوى و اخص من اصاله عدمه فت و ثانيهما فحوى ما حكى عن الاصحاب من التصريح بانہ لو نسج الغزل او قصر الثوب او شق الحطب الواحا او جعلها ابوابا فلا يمنع من الرجوع فى العين و للآخرين الاصل و العمومات الداله على لزوم العقد و

يجاب عنهما بعدم صلاحيتهما لمعارضه ما دل على القول الاول فهو الاقرب و عليه فاذا زادت قيمه العين باعتبار الزيادة المفروضه فهل يأخذ البائع العين بزيادتها مجانا و لا يستحق المشتري الزيادة فلا يشارك البائع بالنسبه فتكون العين و زيادتهما كلتاهما له فتكون الزيادة تابعه للعين او لا بل تكون الزيادة للمشتري فيشارك البائع بالنسبه فيه قولان احدهما ان العين و الزيادة كلتاهما للبائع و لا يستحق المشتري شيئا و هو للمبسوط و الغنيه و عد و المحكى فى لف عن القاضى و صرح به فى بيع و لكن صرح اخيرا بان فيه ترددا و ثانيهما ان هذه الزيادة تكون ملكا للمشتري كالزيادة المنفصله و يكون هو شريكا مع البائع بالنسبه و هو للمختلف و شد و كره و جامع المقاصد و لك و المحكى فى جمله من الكتب عن ابن الجنيدي و يظهر من لك التوقف فى المسأله للأولين وجوه منها ما ذكره فى لك من ان هذه الزيادة محض صفة و ليست من فعل المفلس فلا تعد مالا و فيه نظر لأنها لو لم تكن مالا- لما بذل عادة بازائها الثمن و لما اختلفت قيمه العين زياده و نقيصه باختلاف العين باعتبار هذه الزيادة وجودا و عدمها فت و منها ان صاحب الخيار اذا فسخ و كان بايعا و حصل فيما باعه هذه الزيادة بعد البيع يأخذ ما باعه مع هذه الزيادة مجانا و لا يكون للمشتري معه شركة و لا له استحقاق باعتبار هذه الزيادة فكذلك البائع هنا و قد اشار الى هذا فى لك و فيه نظر لأنه قياس فلا يكون معتبرا عندنا على انه مع الفارق كما صرح به فى جامع المقاصد قائلا فان قيل ما الفرق بين الزيادة هنا و بينها فى بيع الخيار اذ يرجع بعد الفسخ فى مجموع العين قلنا استحقاق الرجوع ثابت هناك فى كل وقت باصل العقد بخلافه هنا فان الاستحقاق ظاهر هنا و قد يجاب عما ذكر بالمنع من كون ذلك قياسا بل هو من باب تنقيح المناط الذى هو معتبر عند الجميع و ذلك للقطع بانه عله جواز اخذ صاحب الخيار العين مع زيادتها مجانا ان هذه الزيادة تابعه للعين و لا يكون مالا كالمنفصله و هذه العله موجوده هنا و اما الفارق الذى اشار اليه فى جامع المقاصد فضعفه ظاهر كما نبه عليه فى لك قائلا لاشراكهما فى ان الفسخ من حينه فالسابق وقع فى ملك المشتري و منها ما صرح به الشيخ فيما حكى عنه من ان العقد ان فسخ فى الاصل فيتبعه الزيادة كالمنفصله و اجاب عنه فى لف قائلا بعد الاشارة اليه هو ممنوع لان وجود الفسخ المتجدد ان كان فى تقدير وجوده حال العقد لزم فى المنفصله ما قاله فى المتصله و الا لزمه فى المتصله ما قاله فى المنفصله و منها ان الاصل براءة ذمه البائع من لزوم دفع شىء الى المشتري بعد الرجوع فى العين و منها ان الاصل عدم اشتراك المشتري مع البائع بعد رجوعه فى العين و منها خلو الاخبار الدالّ على جواز رجوع البائع فى العين عن الاشارة الى لزوم شىء فى ذمه البائع و الى استحقاق المشتري شيئا و اشتراكه مع البائع بالنسبه مع ان المقام مقام الحاجه على

ان مقتضى اطلاقها جواز تصرف البائع فى العين التى استرجعها من المشتري اى تصرف شاء و لو كان هو شريكا مع البائع بالنسبه لما صح ذلك لأنه لا يجوز التصرف فى المال المشترك الا باذن الشريك فت و أيضا تجوز الرجوع فى العين معناه اخذها مع ما عليها من الصفه لاستحاله انفكاك المعروض عن عرضه و الشىء عن جزئه الصورى و لا يصح ذلك الا بعد كون المجموع المركب من المادة و الصوره ملكا للأخذ فت و للآخرين وجوه منها ما تمسك به فى كره و لف و جامع المقاصد و لك من ان الزيادة المفروضه ملك المشتري المفلس و ان لم تكن بفعله فلا يستحقها البائع فيبقى على ملك المشتري اما الاول فلان تلك الزيادة نماء ملكه فيتبعه فى الملكيه و ليس كونها ملكا له مشروطا بكونها من فعله و اما الثانى فلان هذا الملك قد يملكه المشتري قبل رجوع البائع فالاصل بقاء التملك بعده عملا بالاستصحاب و فيه نظر اما اولا فللمنع من اتصاف هذا النماء بالملكيه فانها صفة للأعيان و الاجسام الخارجيه لا للاعراض و لذا لا يصح ان يقال سواد العبد و كبره و سمنه ملك لى و يصح ان يقال يده و رجله و رأسه مالى و اما ثانيا فللمنع من ان كل نماء ملك يتبع اصله فى الملكيه و ان سلمنا اتصاف هذا النماء بالملكيه و اما ثالثا فالآثان غير معهود لا شرعا و لا عاده كون الاجزاء الماديه ملكا لبعض و الاجزاء الصوريه و الاعراض الخارجيه ملكا لآخر و

اما رابعا فللمنع من صحه الاستصحاب المذكور لان الحكم بان هذا النماء ملك المشتري انما هو باعتبار كون المجموع المركب من المادّه و الصوره ملكا له فاذا ارتفع ملكيته له باعتبار رجوع التابع فى عينه لم يبق للاستصحاب محل و لذا لم يصح التمسك باستصحاب الجواز حيث يفسخ الوجوب

ص: ٦٢

و اما خامسا فلان الاستصحاب على تقدير تسليمه هنا لا يصلح لمعارضه ظواهر الاخبار المتقدمه و ان اعتضد بالعمومات الداله على اصاله لزوم العقد لأنها كالأستصحاب اعم مط من ظواهر تلك الاخبار فتقدم الا ان يدعى ان التعارض بينهما بعد خروج صوره عدم الزيادة من العمومات من قبيل تعارض العمومين من وجه و من الظاهر انها ارجح من ظواهر تلك الاخبار فتقدم سلمنا المساوات و لكن يبقى الاستصحاب بلا- معارض فيلزم العمل به و لعله لذا تمسك فى لف و جامع المقاصد و لك و مجمع الفائده على هذا القول بان الرجوع فى العين على خلاف الاصل فيقتصر فيه على ما لا يلزم فوات مال للمفلس و فيه نظر بل ظواهر الاخبار المتقدمه اولى بالمراعات و منها ما تمسك به فى كره و لف من ان اخذ البائع هذه الزيادة اضرارا بالمفلس لأنها زياده قد حصلت فى ملكه فلا- وجه لأخذ الغرماء له و فيه نظر للمنع من كون ذلك اضرارا بالمفلس لغيره و عرفا فت و منها ما تمسك به فى التذكرة قائلا او لأنه فسخ بسبب حادث فلم يملك به فى عين المال الزائد زياده متصله كالطلاق فانه ليس للزوج الرجوع فى عين ما دفعه من المهر مع زيادته المتصله و فيه نظر و منها ما تمسك به فى لف قائلا و لأنها ليست عين مال الغريم بل زائده عليه فليس له اخذها و انما سوغنا اخذها بدفع قيمه جمعا بين المصالح و هو اخذ عينه التى لا يتم الا باخذها و استعادته قيمه الزيادة للمفلس و الغرماء اذ لا فرق بين اخذ عين الشىء و قيمته فى المالىه و الاعتبار فى نظر الشرع بالخصوصيات و فيما ذكره نظر و المسأله لا تخلو عن اشكال فلا ينبغى فيها ترك الاحتياط و لكن القول الاول هو الاقرب و اذا كان الزيادة المفروضه لا- توجب زياده فى قيمه العين فالظاهر انه لا خلاف فى ان البائع يأخذها مجانا و ليس للمشتري شىء ح و كذلك اذا كانت موجبه لنقص قيمه العين و ليس للبائع الرجوع على المشتري بارش النقصان و الظاهر انه مما لا خلاف فيه و عد من هذه الزيادة امور احدها السمن و قد صرح به فى المبسوط و الغنيه و يع و عد و كره و مجمع الفائده و ثانيها الكبر و قد صرح به فى المبسوط و الغنيه و ثالثها الطول و قد صرح به فى يع و رابعها الصوف و قد صرح فى مجمع الفائده

### الثالث ان يكون الزيادة متصله و تكون حاصله بفعل المشتري

كما اذا اشترى عينا و عمل فيها ما يزيد فى صفتها مثل ان يشتري حنطه فيطحنها او دقيقا فيخبزه او ثوبا فيقصره او يخيظ قميصا بخيوط من الثوب او غزلا ينسجه او خشبا فينشره الواحا و الواحا فيعملها بابا ثم يحكم الحاكم عليه بالحجر باعتبار الافلاس و هل للبائع فى هذه الصوره الرجوع الى العين اذا لم يرد الضرب بالثمن مع الغرماء او لا- بل ليس له الا- الضرب بالثمن مع الغرماء المعتمد هو الاول و قد صار اليه فى الشرائع و شد و عد و ير و كره و جامع المقاصد و المسالك و مجمع الفائده و لهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه و منها ظهور عبارتى التذكرة و المسالك فى دعوى الاجماع على ذلك لتصريحها بانه لا يسقط حق الرجوع عندنا هنا فان لفظه عندنا فى هذا المقام ظاهره فى دعوى الاجماع كما تبّه عليه فى مجمع الفائده قائلا فى جمله كلام له و قد يخلج فى خاطر عدم جواز الرجوع فى نحو النسج أيضا فلو وجد القائل لم يبعد القول به فت و يفهم من ظاهر يع الاجماع عندنا حيث قال لم يسقط الرجوع عندنا فى النسج و نحوه من جعل الخشب الواحا و الحنطه طحنا و يؤيده ما ذكره نسيبه بعض

الاجله عدم سقوط الرجوع هنا الى الاصحاب بلفظ قالوا و كذلك يؤيده ما اشار اليه في مجمع الفائده بقوله فلو وجد القائل اه و منها ما تمسك به في كره و لك و غيرهما من ان العين لم تخرج عن حقيقتها بتوارد هذه الصفات عليها فيصدق عليه انه واجد عين ماله فله الرجوع فيها عملا باطلاق النصوص و الفتاوى الداله على جواز رجوع البائع الى عين ماله اذا وجدها عند المفلس و قد يناقش فيما ذكره اولا بالمنع من صدق الصغرى حقيقه فلا يترتب عليها كليه الكبرى فان الاحكام دائره مدار الاسماء التى هى موضوعاتها و ثانيا بالمنع من شمول الاطلاقات لمحل البحث و لو سلم صدق الصغرى فيبقى الاصل و العمومات الدالين على عدم جواز الرجوع سليمين عن المعارض و قد اشار الى ما ذكر في مجمع الفائده و كذلك بعض العامه على ما حكاه في كره قائلا قال احمد يسقط حق البائع من الرجوع لأنه لم يجد عين ماله بعينه فلم يكن له الرجوع كما لو اتلفه و لأنه غير اسمه و صفته فلم يكن له الرجوع كما لو كان نوى فنبت شجرا و اما ما اجاب به فيها عما ذكره قائلا بعد الاشاره اليه و ليس بصحيح لأننا قد بينا ان العين لم تخرج عن حقيقتها و الا- لكان الغاصب يملك المغصوب اذا فعل به ما يوجب هذه الصفات و كان ينتقل الحق المغصوب منه الى المثل او قيمه و ليس ككك و تغير الوصف لا- ينافى بقاء العين و يخالف النوى لادن الحقيقه قد زالت و وجدت الاخرى ففيه نظر يظهر وجهه مما سبق و ممّا بيناه فى الا-صول من عدم جواز القياس فت فالاولى الجواب ان يق ان الاصل و العمومات الدالين على لزوم الاصل العقد يلزم تخصيصهما بظهور الاتفاق على جواز الرجوع فى محل البحث مضافا الى ظهور جملة من العبارات فى دعوى الاجماع عليه على انا نقول عدم صدق اسم العين لا- يعم جميع صور المسأله بل يختص بجملة منها كالنسخ و غيره فالصور الباقية التى يتحقق فيها صدق الاسم حقيقه كصبغ الثوب و قصارته يبقى مندرجه تحت اطلاقات النصوص و الفتاوى المتقدم اليها الاشاره و اذا جاز الرجوع فى هذه الصور جاز الرجوع فى الصورة التى لا يصدق فيها الاسم لظهور عدم القائل بالفصل بين صور المسأله من هذه الجهة و قد تقدم سابقا الى نحو هذا الكلام الاشاره فهذا الوجه الذى ذكره فى كره و لك و غيرهما فى غايه المتانه فجواز الرجوع فى هذه الصور مما لا اشكال فيه و عليه فالزياده المفروضه لا تخلو اما ان لا- توجب زياده فى قيمه العين و لا نقصا فيها او توجب نقصا فيها او توجب زياده فيها فان كان الاوّل فلا شىء للمفلس على البائع و لا يتشاركان فى العين الموجوده و يأخذها البائع مجانا و قد صرّح

ص: ٦٣

بذلك فى عد و كره و ير و جامع المقاصد و لك و مجمع الفائده و غيرها و لهم ظهور الاتفاق عليه و الاصل و خلو النصوص عن الاشاره الى وجوب شىء على البائع و عموم ما دلّ على نفى الضرر و ان كان الثانى فكالصوره الاولى فيما ذكر كما هو ظاهر الاصحاب و احتج فى جامع المقاصد على عدم استحقاق المفلس شيئا هنا و فيما سبق بعد القطع به بانّ عين مال البائع موجوده اذ لم يتلف بانضمام الصفه اليها و لا قيمه للصفه فيمتنع الشركه لان اثر الشركه انما يظهر فى قيمه و هل للبائع على المفلس الارش و جبر النقصان او لا بل يأخذها من المفلس من غير رجوع عليه بشىء صرّح بالثانى فى كره و ير و لك و مجمع الفائده و غيرها و لهم الوجوه المتقدم اليها الاشاره أيضا و ان كان الثالث فهل للمفلس على البائع شىء فى احتمالات ثلاثه احدها ان للمفلس عمله الموجب للزياده و يكون شريكا بالنسبه فلو كان قيمه العين التى تغيرت مع عدم التغير مائه مثلا و معه مائه و عشرين كان للمفلس سدس الثمن الذى يباع به العين و قد اختار هذا الاحتمال فى بيع و شد و عد و ير و كره و جامع المقاصد و ثانيها ان للمفلس اجره عمله من غير شركه مع البائع و قد صار الى هذا الاحتمال فى موضع من التحرير و اشار اليه فى مجمع الفائده من غير تنبيه على اختياره و لا على مصير احد اليه و ثالثها انه لا شىء للمفلس مط بل يأخذ العين مع الزياده مجانا



و هذا الاحتمال قد حكى فى لك و غيره عن بعض المصير اليه و حكاها فى كره عن المزنى و صرح فيها بانه القول الثانى للشافعى و الاقرب عندى هو القول الاول لضعف الاحتمالين الاخيرين فيتعين الاول اذ لا قائل بغير هذه الاحتمالات و لا وجه له على الظاهر أيضا اما ضعف الاحتمال الثانى فلان الظاهر انه لا قائل به و ان كان المستفاد من موضع من التحرير المصير اليه لتصريحه فى موضع اخر بالاحتمال الاول سلمنا وجود القائل به لكنه شاذ جدا فلا ينبغي المصير اليه خصوصا مع مخالفته لأصالة براءة ذمه البائع عن الاشتغال بالاجره و اما ضعف الاحتمال الثالث فلان اخذ البائع العين مجانا و الحكم بعدم استحقاق المفلس شيئا ضرر عليه و تضييع لعمله المحترم و الاصل عدمه و قد اشار الى هذا فى عد و كره و جامع المقاصد قائلين و تحتل الشركه بينه و بين المفلس و وجهه أنها زياده حصلت بفعل متقوم محترم و كلما كان كذلك يجب ان لا يضع على فاعله بخلاف الغاصب فان فعله عدوان محض فلا يستحق باعتباره شيئا و يعضد ما ذكره امور احدها ندره القائل من اصحابنا بهذا الاحتمال بل قد يدعى عدمه كما يستفاد من كره حيث لم يحك من احد منهم المصير اليه و انما ادعى ان بعض العامه صار اليه نعم ربما يدعى مصير القواعد اليه حيث صرح اولا- بأنه لو كانت الزيادة صفه محضه كطحن الحنطه و خبز الطحين و قصاره الثوب و رياضه الدابه و ما يستأجر على تحصيله سلمت الى البائع مجانا لأنها كالمتمصله من السمن و غيره و لكنه صرح ثانيا بانه تحتل الشركه محتجا عليه بما تقدم اليه الاشاره و مفرعا عليه بعض الفروع من غير رد للاحتمال و وجهه فربما كان هذا ظاهرا فى المصير الى الاحتمال الاول فت و ثانيا ما تمسك به فى كره قائلًا و لان الطحن و القصاره اجرى مجرى الاعيان و لهذا كان ان يمسك الدقيق على الاجره و كذا القصاره و ثالثها جميع ما دل على ان الزيادة المتمصله التى لم تحصل بفعل المفلس تكون له و انه يكون شريكا بالنسبه و قد تقدم اليه الاشاره بل الحكم بالشركه هناك يستلزم الحكم بها هنا بطريق اولى كما اشار اليه فى لك قائلًا و قيل انه يسلم الى البائع مجانا الحقا لهذه الزيادة بالزيادة المتمصله كالسمن و نحوه بناء على ان حكم المتمصله ذلك و قد عرفت الخلاف فيه و ان الاقرب ذلك و من حكم هناك فى تلك المسأله بان الزيادة للمشتري يحكم هنا بطريق اولى و من حكم ثمه بكونها للبائع فانه يمكن ان يحكم هنا بانها للمشتري لان هذه الزيادة بفعله او ما فى حكمه بخلاف السمن و الكبر فانها من فعل الله تعالى و ان كان سببهما من فعل المكلف كالعلف و السقى و من ثم يتخلف الثمن عنهما فى بعض الاحيان و ربما يحصل بدونهما فى الاخر و على

تقدير استناده اليهما فالفاعل هو الله تعالى بخلاف طحن الحنطه و خبز الدقيق و نحوهما و من ثم جاز الاستيجار عليه و لم يجز الاستيجار على التسمين و نحوه كما لا يخفى و الاقوى فى الموضوعين ان الزيادة للمفلس و قد صرح بجميع ما ذكره فى وجه الفرق بين الزياتين فى كره كما اشار اليه فى جامع المقاصد قائلًا بعد الاشاره الى وجه احتمال الشركه فان قيل اى فرق بين هذا و بين نحو السمن و الكبر و النمو فان ذلك آت قلنا فرق المص فى كره بينهما بان القصاره و نحوها فعل القصار فانه اذا قصر الثوب صار مقصورا بالضروره و كذا الطحن و الخبز اما السمن و الكبر فان العلف و السقى قد يوجدان كثيرا او لا يحصل سمن و لا كبر فلا يكون السمن و الكبر اثرا للسقى و العلف فلا يكونان من فعل فاعلهما بل هما محض صنع الله تعالى و لهذا لا يجوز الاستيجار على تسمين الدابه و كبر الودى و يجوز الاستيجار على القصاره و نحوها هذا محصل ما فرق به اذا عرفت هذا فلا حاجه بنا الى هذا البحث و الفرق لأننا نجعل الزيادة فى الموضوعين للمفلس لا يقال الوجوه المتقدمه الداله على ان المفلس لا يستحق شيئا من الزيادة المتمصله التى لم تحصل بفعل المفلس و من جملتها ظواهر الاخبار المتقدمه اليها الاشاره تقتضى بعمومها عدم استحقاق المفلس هنا شيئا من الزيادة المتمصله فتلحق هذه الصوره بالصوره الثانيه من باب اتحاد طريق المسألتين و اما الفرق المتقدم اليه الاشاره الذى ذكره فى كره و جامع المقاصد و لك فلا يصلح لتخصيص تلك الوجوه بغير محل البحث لأننا نقول

الامر و ان كان كما ذكر الا ان دليل نفى الضرر يقتضى الفرق بين الصورتين و عدم استحقاق المفلس هنا شيئا و تخصيص تلك الوجوه بغير محل البحث و لا كك الصورة الثانيه و التعارض بينه و بين ظواهر الاخبار المتقدمه الداله على جواز رجوع البائع فى عين ماله اذا وجدها

ص: ٦٤

بعد صيروره المشترى محجورا عليه بالافلاس و ان كان من قبيل تعارض العمومين من وجه الا- ان عموم نفى الضرر اولى بالترجيح هنا كما فى اكثر موارد تعارضه مع العمومات تعارض العمومين من وجه مضافا الى اختصاص هذا التعارض بصوره بقاء الاسم بعد حصول الزيادة بفعل المفلس و اما مع عدمه فلا تعارض بينهما اصلا فيلزم العمل بعموم نفى الضرر السليم عن معارضه تلك الاخبار و اذا لزم العمل به هنا لزم العمل به فى جميع الصور لظهور عدم القائل بالفصل بينهما فت و مع هذا كله فعموم نفى الضرر هنا معتضد بالشهره التى هى من اقوى المرجحات كما لا- يخفى و على المختار فهل المعتبر فى زياده قيمه الزيادة المتصله الحاصله بفعل المفلس وقت الرجوع او لا صرح بالأول فى جامع المقاصد و لك و هو جيد و هل يجوز لكل من البائع و المفلس التصرف فى تلك العين المشتركه من غير اذن الاخر او لا الاقرب الثانى لأصالة عدم جواز تصرف احد الشريكين فى المال المشترك بدون اذن الاخر

و

**ينبغى التنبيه على امور**

**الاول صرح فى عد و جامع المقاصد و لك بان الزيادة قد تكون صفه من جهه و عينا من اخرى**

و مثلوا له بصبغ الثوب و نحوه و عله فى الثانى و الثالث بان اجزاء الصبغ عين و تلون الثوب بها صفه و هنا أيضا متى لم تزد قيمه بالصبغ انتفت الشركه كما صرح به فى الكتب المذكوره بل صرح فى الثانى بانه ينتفى الشركه هنا قولوا واحدا و اليه اشار فى لك أيضا قائلا و ان لم تزد قيمه الثوب بالصبغ او نقصت لم يكن للمفلس شىء لان عين مال البائع قائمه و عين مال المفلس ذاهبه كما مر و الصفه منتفیه فينتفى الشركه فيه قولوا واحدا و ان زادت فاما ان تكون بقدر قيمه الصبغ او أقل او اكثر فالاقسام ثلاثه الاول ان تكون الزيادة بقدر قيمه الصبغ كما لو كانت قيمه الثوب مائه و الصبغ عشرين و يساوى بعد الصبغ مائه و عشرين و هنا يكون البائع و المفلس شريكين بالنسبه فيستحق المفلس فى المثال سدس الثمن و قد صرح بما ذكر فى الغنيه و يع و شد و عد و ير و جامع المقاصد و لك و صرح فيه بان القسمه هنا على الاعيان ثم صرح كسابقه بانه لا يتحقق للصفه حكم لانتفاء الزيادة بسببها الثانى ان تكون الزيادة أقل من قيمه الصبغ كما لو كانت قيمه الثوب و الصبغ درهمين و المصبوغ خمسه و هنا صرح عد و ير و جامع المقاصد و لك بانه يكون للبائع بقدر قيمه الثوب و النقصان على المفلس و عله فى الاول و الاخيرين بان الصبغ يتفرق اجزائه فى الثوب و تهلك اذ لا يصبغ بها شىء اخر و الثوب قائم بحاله فكانت نسبه النقصان الى الصنع اولى من نسبته الى الثوب و صرح فى الاخيرين بانه يشترط فى ذلك ان لا يعلم استناد النقصان او بعضه الى الثوب و الا لحقه بحسبه و قد يطالبون بدليل هذه الاولويه فانى لم اجد شيئا من الأدله الاربعه يدل عليها فالاولى هنا العمل بالاحتياط الثالث ان تكون

الزيادة اكثر بان يزيد قيمته مصبوغا عن قيمه الثوب و الصبغ كما لو كانت قيمه الثوب مائه و الصبغ عشرين و يساوى بعد الصبغ مائه و ثلثين و قد اشار الى حكمه فى لك قائلا لا شبهه فى كون كل عين محفوظه بقيمتها و انما الكلام فى الزائد عنها فانه صفه محضه فان الحقنا هنا بالاعيان فهى باجمعها للمفلس و هو الاقوى و ان الحقنا الاثر بالعين فهى للبائع و يحتمل بسطها على نسبه المالين لعدم الاولويه حيث انها تابعه للعينين و قد اشار الى التفصيل الذى ذكره فى عد أيضا قائلا فان الحقنا الصفه بالاعيان فالزيادة للمفلس فالثمن نصفان و الا- احتمل تخصيص البائع كالسمن فالثمن اربعا او البسط فالثمن اثلاثا و كذا اشار اليه فى جامع المقاصد قائلا فان الحقنا الصفه بالاعيان فقيمه الصبغ و قيمه الصفه كلاهما للمفلس و هما عباره عما زاد على قيمه الثوب و وجه هذا التفرع ظاهر بعد الاحاطه بما سبق و ان لم نقل باللاحاق ففيه احتمالان احدهما تخصيص البائع بالصفه على نهج ما سبق فيكون ما قبلها من القيمه له و للمفلس قيمه الصبغ اذ لا مال له على ذلك التقدير سواه

### **الثانى بسط الزيادة على مال المفلس و هو الصبغ**

و مال البائع و هو الثوب لعدم الاولويه و لما كانت قيمه الثوب ثلثى مجموع القيمتين كان للبائع ثلثى الزيادة و للمفلس ثلثها و هذا لا- يستقيم الا على تقدير العلم بان تلون الثوب بالصبغ فلا حظ له من الزيادة و قد اختار المص فى كره كون الزيادة كلها للمفلس لأنها عوض الصبغ و الصفه جميعا و هما له و لا- شىء للبائع فيهما فيكون احتمالا رابعا و لا ريب انه اقوى على كل تقدير الثانى لو باعه نخلا- و ثمرتها قبل بلوغها و بلغت بعد التفليس فصرح فى يع و لك بان حكمه حكم النماء المتصل بل صرح فى الاخير بانه فرد من افراده

### **الثالث اشار فى لك الى حكم الزيادة فى القيمه سوفا**

قائلا و ان كانت الزيادة فى القيمه خاصه مع بقاء العين على قدرها ففى الحاقها بها و جهان من كون الزيادة فى القيمه حصلت فى ملك المفلس فلا يؤخذ منه مجانا و من بقاء عين مال البائع من غير تغير فيدخل فى عموم الخبر و استترب فى كره عدم جواز الرجوع فى العين مط متى زادت قيمتها لزيادة السوق و الحق به ما لو اشترىها المفلس بدون ثمن المثل و لم يرجح هو شيئا و الاقرب عندى هو الاحتمال الثانى

### **الرابع لو اشترى حبا و بيضه فصار الحب زراعا و البيضه فرخا**

ثم افلس لم يكن للبائع الرجوع فيه كما صرح به فى يع و صره و عد و كره و الجامع و جامع المقاصد و لك و لهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه كما نبه عليه فى كره و منها ما نبه عليه فى يع و كره و الجامع و جامع المقاصد و لك من ان الخبر الدال على الرجوع يقتضى اعتبار كون عين المال قائمه و ح فلا رجوع فى الحب المزروع و البيضه لان الموجود الان ليس عين المال بل هو مال اخر و عين اخرى حيث صارت الحقيقه غير الحقيقه و تبدل الاسم و الموضوع لا يقال ما ذكر حدث من عين ماله او هو عين ماله اكتسب هيئه اخرى فصار كالودى اذا صار نخلا فيجوز للبائع الرجوع كما يرجع اذا غضب منه لأننا نقول الرجوع على خلاف الاصل فيلزم الاقتصار فى مخالفته على القدر المتيقن و هو صوره بقاء العين و ليس منه محل البحث بالضروره و صرح فى جامع

المقاصد و لك بالفرق بين الغصب و محل البحث بان التغيير هناك كان فى ملك المغصوب منه بخلاف ما هنا لان التغيير فيه فى ملك المفلس و بالجمله المرجع هنا الى وجود

ص: ٦٥

العين لا- الى مجرد الملك و منها ما تمسك به فى كره و اشار اليه فى لك من ان الزيادة المتصله تمنع من الرد فهنا كك لاشتمالها على تغيير العين بالكليه و صرح فيهما بان مثل محل البحث العصير اذا اخمر فى يد المشتري ثم تخلل و هو جيد

### الخامس لو باعه نخلا غير مشمر ثم اثمر و اطلع

ثم افلس المشتري فرجع البائع فى النخل فهل يرجع فى الثمره و الطلع و يتبعان النخل او لا بل يبقيان على ملك المشتري و لا يتبعان النخل الاقرب الاخير سواء اُثر أم لم يؤثر و قد صرح بذلك فى بيع و عد و كره و لف و الجامع و جامع المقاصد و لك و لهم ما اشار اليه فيه قائل- لان الطلع ثمره متجدده فى حكم المنفصله فلا- نتبع و انما تبعت فى البيع بنص خاص فلا يتعدى و خالف فيه الشيخ حيث حكم بجواز اخذ النخل مع الطلع و هو احد قولى الشافعى الا انه قاسه على البيع و الشيخ لا يقول بالقياس و لو كانت قد اُثرت فلا خلاف فى عدم التبعية لأنها ح نماء حصل للمشتري على ملكه فلا يزول و لا يتصور بتعيينه بوجه و يلحق بالنخل فيما ذكر ساير الاشجار اذا اثمرت بعد البيع فلا- يرجع البائع بالثمره ح بافلاس المشتري و قد صرح بذلك فى جامع المقاصد و لك و صرح فيه بان البائع اذا اخذ الشجر و جب عليه ابقاء الثمره عليه الى اوان قطعها عاده بغير اجره

### منهل لو اشترى شقما مما يجب فيه الشفعه كدار ثم افلس و حجر عليه الحاكم

ثم علم الشريك بالبيع و اراد الاخذ بالشفعه و اراد البائع الرجوع فى الشقص ففيه احتمالان احدهما تقدم حق الشفيع فيدفع الشقص اليه دون البائع و قد صار اليه فى بيع و شد و عد و ير و صره و لف و كره و جامع المقاصد و لك و مجمع الفائده و حكى عن الشيخ فى الخلاف و المبسوط و لهم وجوه منها ما ذكره فى عد و كره و جامع المقاصد و لك من ان حق الشفيع اقوى بالنسبه الى حق البائع فيكون ارجح اما الاول فلان الشفيع يأخذ من المشتري و ممن نقله اليه و ان تعدد و يبطل جميع العقود و البائع انما يتعلق حقه بالعين ما دامت باقيه على ملك المشتري و لان الشفيع يأخذها و ان زادت و البائع لا يأخذها مع الزيادة و اما الثانى فلانه لا يشك فى انه اذا تعارض الحقان لزم ترجيح الاقوى منهما و منها ما اشار اليه فى كره و جامع المقاصد و لك و المحكى عن الخلاف و مجمع الفائده من ان حق الشفيع اسبق من حق البائع فيقدم اما الاول فلوجهين احدهما ما ذكره فى كره و جامع المقاصد و لك من ان حق الشفيع يثبت من حين البيع و حق البائع انما يثبت بالتفليس و ثانيهما ما نقله فى جامع المقاصد عن بعض قائل و الشارح وجه السبق بان حق الشفيع لاحق المبيع لذاته و حق البائع لاحق بواسطه الافلاس و ما بالذات اسبق و هذا سبق معنوى و ما ذكرناه اوجه و اشار الى هذا الوجه فى لك أيضا و اما الثانى فلما ذكره فى جامع المقاصد قائل و الاسبق مقدم و مانع من ثبوت الاخر عملا بالاستصحاب و للمنافاه بينهما فلا يثبتان فيمتنع ثبوت المتاخر و دفع المتقدم لانتفاء المقتضى للعدم و منها انه قد وقع التعارض بين عموم ما دل على الاستحقاق بالشفعه و عموم ما دل على الاستحقاق بالتفليس و التعارض هنا من قبيل تعارض العمومين من وجه كما لا يخفى فينبغى ترجيح الاول لاعتضاده بالشهره العظيمه بل بظهور اتفاق

اصحابنا على تقدم حق الشفيع هنا و بما تقدم اليه الاشاره و ثانيهما تقدم حق البائع فيفسخ و يختص بالعين و لم اجد به قائلًا من اصحابنا نعم احتمله في عد و يدل عليه امران احدهما ما ذكره في كره و جامع المقاصد و لك من عموم الخبر الدال على اختصاص البائع بعين ماله اذا افلس المشتري بالثمن و لكنه ضعيف في الاخيرين اولا بمنع شمول الخبر لهذا القسم لسبق حق الشفيعه الثابت قطعًا و ثانيا بمعارضته بعموم ما دل على استحقاق الشفيعه فيقدم الاسبغ و ثانيهما ما ذكر في الكتب الثلاثه و عد أيضا من ان الشفيعه شرعت لدفع الضرر بالشركه التي لا يختارها الشريك و الضرر هنا يزول عن الشفيع لان البائع اذا رجع في الشقص عاد الامر كما كان قبل البيع و لم يتجدد شركه غيره و ضعفه في لك بان مراعات دفع الضرر في الشفيعه غير لازم و ان كان اصل الحكمه فيها ذلك بل هي ثابتة بالنص و الاجماع فلا يندفعان بهذه الاعتبارات الوهميه و اشار الى هذا في جامع المقاصد أيضا فهذا الاحتمال ضعيف جدا بل المعتمد هو الاحتمال الاول و هو تقدم الشفيع و عليه فهل يختص الثمن الذي يدفعه الشفيع بالبائع فليس لسائر الغرماء فيه حق او لا بل يحاصر الغرماء فيه و يضرب البائع به معهم صرح بالثاني في يع و صرد و شد و ير و لف و هو ظاهر التذكره و جامع المقاصد و لك و هو الاقرب و لهم ما ذكره في الخلاف و التذكره و جامع المقاصد و لك من ان البائع لا حق له اذا قدم الشفيع في العين عليه و انما الثمن من اموال المشتري و البائع و احد من الغرماء فيضرب معهم و احتمل في عد كما عن المبسوط اختصاص الثمن بالبائع و احتج عليه في الاول بان فيه جمعا بين الحقين يعني حق البائع و حق الشفيع حيث جعل لأحدهما العين و للاخر قيمه و هو ضعيف كما صرح به في جامع المقاصد و صرح به في لك أيضا قائلًا- و يضعف بان الخبر ان افاده حكما اخذ العين و الا لم ينفعه في الثمن لعدم تناول الخبر له بل هو من جمله اموال المفلس ثم نقل عن الشيخ تفصيلا قائلًا- و للشيخ في هذه المسأله تفصيل مبني على اصله السابق و هو انه مع الوفاء يكون البائع اولي بالثمن و ان لم يكن في ماله وفاء كان اسوه الغرماء اختاره في ط و هو

ضعيف الماخذ لكنه غير مخالف في فائده الحكم لأنه مع وفاء ماله بدين الغرماء يفضل له الثمن المذكور الا انه لا يختص به الفضل

### منهل لو افلس المستاجر و حجر عليه الحاكم بعد مضي تمام المده

#### اشاره

و لم يؤد شيئا من مال الاجاره ضرب المؤجر مع الغرماء بالاجره مط كما صرح به في ير بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه و ان وقع الحجر على المستاجر قبل مضي شىء من المده و لم يكن قد دفع الاجره جاز للمؤجر فسخ الاجاره و اخذ العين المؤجره فتكون المنافع بمنزله الاعيان هنا و قد صرح بذلك في يع و شد و عد و ير

ص: ٦٦

و كره و الجامع و جامع المقاصد و لك و مجمع الفائده و لهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه و منها ما ذكره في جامع المقاصد قائلًا- فاذا افلس المستاجر و الحال انه لم يسلم عوض الاجاره فسخ الاجاره تنزيلا للمنافع منزله الاعيان فكما ثبت الفسخ في الاعيان المتعارض عليها يجب ان يثبت في المنافع لأنها اموال و للاشتراك في الضرر في كل من الموضوعين مع ان الاجاره معاوضه محضه لا يقصد بها الا العوضين و ذكرهما ركن في العقد و لعله لما ذكره صرح في كره و عد و لك بانه يجوز الفسخ

هنا تنزيلا- للمنافع منزله الاعيان و منها ما ذكره فى لك قائلا بعد الاشاره الى الوجه الثانى و لأنه يدخل فى عموم الخبر لأنه قد وجد عين و قد اشار الى ما ذكره فى مجمع الفائده و

### ينبغى التنبيه على امور

#### الاول لا فرق فى جواز الفسخ ح بين صورتى بذل الغرماء الاجره للمؤجر و عدمه

كما صرح به فى يع و عد و شد و جامع المقاصد و مجمع الفائده بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه و احتج فى جامع المقاصد على نفى وجوب الامضاء بعد البذل بالاصل ثم صرح بانه لا- فرق بين كون البذل من مال المفلس او من مال الغرماء و لا بين ان يكون البذل لمصلحه الغرماء و غبطهم او لمحض مصلحته و هو جيد

#### الثانى لا فرق فى ذلك بين ان يكون الاجاره واقعه على عين مخصوصه

كالدار و الدابه او على الذمه و بالجمله هذا الحكم جار فى جميع انواع الاجاره

#### الثالث هل يجوز للموجر ح امضاء الاجاره

و الضرب بالاجره مع الغرماء فيكون مخيرا بين الفسخ و الضرب مع الغرماء بعد الامضاء او لا بل يتعين له الفسخ صرح بالاول فى عد و ير و كره و لك و جامع المقاصد بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه و ان اقتصر فى يع و شد و الجامع على تجويز الفسخ و الامر به كما فى الاخيرين و يدل عليه مضافا الى ما ذكر الاصل و عموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ فت و ما ذكره هو المعتمد

#### الرابع ان فسخ المؤجر اخذ العين و سقطت الاجره

و ان اختار امضاء الاجاره ضرب مع الغرماء و اجر الحاكم العين المستاجر كما يؤجر اعيان امواله التى لا يمكن بيعها و صرف الاجره الى الغرماء و قد صرح بذلك فى كره و عد و جامع المقاصد و لك بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه و اذا كانت الاجاره فى الذمه و اختار المؤجر الامضاء امره الحاكم بتعيينها ليؤجر كما صرح به فى جامع المقاصد و لك

#### الخامس اذا افلس المستاجر العين

و حَجَّرَ عليه بعد مضى شىء من المده له قسط من الاجره فللمؤجر الفسخ فهو مخير بين الامرين أيضا كما صرح به فى لك بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه و ان كانت العين المستاجر فارغه و فسخ المؤجر ضرب مع الغرماء بقسط المده الماضيه من الاجره المسماه كما لو باع عبدين فتلف احدهما ففسخ فى الباقي و قد صرح بذلك فى كره و لك ان اختار الامضاء ضرب بجميع

الاجره كما صرح به فى لك و ان كانت مشغوله بزرع و قد استحصد و اختار الفسخ فله المطالبه بالحصاد و تفرغ الارض كما صرح به فى لك و ان كان قبله فان اتفق مع الغرماء على قطعه قصيلا كان كالسابق كما صرح فى لك و ان اتفقوا على التبقية فصرح فى لك بان لهم ذلك مع بذل اجره المثل لبقية المده مقدمه على الغرماء معللا بان فيه مصلحه الزرع الذى هو حقهم كأجره الكيال و الوزان و هو جيد السادس لو حجر على المستاجر و هو فى مكان مخوف كالباديه و اجتمعت شرائط الفسخ ففسخ المؤجر و كانت الاجاره لنقل متاع لم يكن للمؤجر طرح المتاع فى الباديه المهلكه و لا فى موضع غير محرز بل يجب عليه نقله الى ما من باجره المثل لذلك النقل من ذلك المكان و يقدم بها على الغرماء و قد صرح بذلك فى كره و عد و جامع المقاصد و لك و علله فى الاول و الثالث بان الاجره لصيانته المال و حفظه ليصل الى الغرماء فهو من مصالح الحجر و اذا نقله فقد صرح فى جامع المقاصد و لك بانه يسلمه الى الحاكم مع امكانه و الا جعله على يد عدل و هو فى غايه القوه حيث لم يتمكن من حفظه بنفسه الى ان يتمكن من الحاكم و صرح فى كره بانه اذا وصل الى المامن وضعه عند الحاكم و توقف فى وضعه عند العدل قائلا لو وضعه على يد عدل من غير اذن الحاكم فوجهان و لو كانت الاجاره لركوب المفلس و حصل الفسخ فى اثناء المسافه فصرح فى جامع المقاصد و لك بانه ينقل الى المامن باجره مقدمه على الغرماء و علله فى الاخير بان فى ذلك دفعا للضرر عن نفسه الذى هو اولى من حفظ ماله و هو فى غايه القوه و صرح فى لك بانه لا فرق فى هذه المواضع بين كون مورد الاجاره العين او الذمه و هو جيد

### منهل لو اشترى ارضا فغرسها او بنى ثم افلس كان صاحب الارض و البائع احق بارضه

#### اشاره

كما فى الشرائع و شد و ير و عد و الجامع و لك و مجمع الفائده بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه كما اشار اليه بعض الاجله حيث نسبه الى الأصحاب بلفظ قالوا و يدل عليه مضافا الى ما ذكر ما نبه عليه فى لك قائلا انما كان له الرجوع فى الارض مع تغيرها بالغرس لأنها عين ماله و هى متميزه عن مال المفلس و لا يستلزم الرجوع فيها اخذ مال المفلس و لا ضرر عليه لأنه يبقى فيها الى ان يفى بغير اجره فيدخل فى عموم الخبر و ليس لصاحب الارض ازاله الغرس و البناء من غير بذل الارش كما صرح به فى يع و شد و كره و الجامع و لك و مجمع الفائده بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه و احتج عليه فى كره و لك بان المفلس حين البناء و الغرس لم يكن متعديا بهما بل فعل ذلك بحق فى زمن ملكه فيكون محترما و زاد الاول قائلا و مفهوم قوله ع ليس بعرق ظالم حق انه اذا لم يكن ظالما فله حق و يعضد ما ذكره مضافا الى الاستصحاب ان التسلط على القلع من غير بذل الارش ضرر على المفلس و الغرماء فالاصل عدمه لعموم قوله ع لا ضرر و لا ضرار و هل لصاحب الارض الازاله مع بذل الارش او لا فيه قولان احدهما انه ليس له ذلك و هو للشرائع و شد و عد و لك و مجمع الفائده بل صرح بعض الاجله بدعوى الشهره

ص: ٦٧

عليه و ثانيهما انه له ذلك و هو للشيخ فى ط على ما يظهر من لك و احتج عليه فى جامع المقاصد قائلا و قد يستدل عليه بظاهر الخبر فان المتبادر من الرجوع الى العين و استحقاقها الرجوع اليها بمنافعها لان العين التى قد استوفيت منافعها بمنزله المعدومه و الفرق بين الغرس و البناء و بين الزرع و الثمره ان لهما امدا قريبا ينتظر فلا يعد العين معه كالتالفه بخلاف الغرس و البناء و لما فى ذلك من الضرر العظيم و هو استحقاق منفعة الغير دائما و مثله ما لو اجر العين مده طويله جدا ثم افلس و بالجمله فالتوقف فى

المسألة مجال و يعضده ما ذكره عموم قوله ص الناس مسلطون على اموالهم و عموم قوله تعالى إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ و قوله ص لا يحل مال امرئ مسلم الا عن طيب نفسه خرج منها صورته عدم بذل الارش و لا دليل على خروج صورته البذل فيبقى مندرجا تحتها و انه مع بذل الارش يحصل الجمع بين الحقين و يرتفع الضرر عن الطرفين فانه على هذا التقدير لا يفوت على صاحب الارض الانتفاع بارضه و لا ضرر على صاحب الغرس و البناء لأخذه الارش فيبقى ما يقتضى ازاله سليما عن المعارض فاذن الاقرب هو هذا القول و لكن مراعات الاحتياط مهما امكن اولى و لو لم يبذل الارش فهل يستحق الاجره ببقاء الغرس و البناء او لا صرح بالثاني فى جامع المقاصد و لعل وجهه ما اشار اليه فى لك قائلا بعد اشارته الى حجه القول الثانى من انه بعد بذل الارش يحصل الجمع بين الحقين و على هذا ينبغى ان يجوز بقاءه بالاجره لا مجانا لان ذلك هو مقتضى التعليل و لكن لم يذكر احد استحقاق الاجره لو ابقاها نعم هو وجه لبعض الشافعية و الفرق بين هذه المسألة و بين العين المؤجره اذا فسخ فيها المؤجر و قد اشتغلت بغرس المستاجر حيث انه يستحق الاجره فيها دون هذه ان المعقود عليه فى البيع الرقبه و انما تحصل له بالفسخ و ان لم يؤخذ الاجره و فى الاجاره المقصود عليه هو المنفعه فاذا فسخ العقد فيها و استوفاه المستاجر بغير عوض خلا الفسخ عن الفائده و لم يعد اليه حقه فلم يستفد بالفسخ شيئا فجرت المنفعه حيث لم يتمكن من استيفائها بالاجره مجرى العين و أيضا فان المشتري دخل على ان لا- يضمن المنفعه فلم يثبت اجره كما لو باع اصولا دون ثمرتها بخلاف المستاجر فان متعلق ضمانه هو المنفعه فيجب عليه الاجره و فى حكم الغرس البناء اما الزرع فيجب على البائع ابقائه الى اوانه بغير اجره لو فسخ الارض قولاً- واحدا و الفرق ان للزرع امدا قريبا ينتظر فلا تعد العين كالتالفه بخلاف الغرس و البناء و قد يقال عدم ذكر احد استحقاق الاجره لا يدل على عدمه فيبقى مقتضى التعليل سليما عن المعارض فاحتمال الاستحقاق فى غايه القوه مع انه احوط فى الجملة و يظهر من مجمع الفائده اختيار القول بالاستحقاق أيضا نعم يجب على البائع ابقاء الزرع الى اوانه بغير اجره لو فسخ الارض لظ لك فى دعوى الاجماع عليه فهو المخرج لما ذكر عن الاصل و القاعده و الفرق بين البناء و الزرع و ان ذكر فى لك وجه فرق اخر و

**ينبغى التنبيه على امرين**

### **الاول صرح فى جامع المقاصد و لك و غيرهما**

بانه على القول بجواز قطع الغرس و ازاله البناء بالارش فطريق تقديره ان يقوم الغرس قائما الى ان يفنى بغير اجره و البناء ثابتا كذلك و مقلوعا و ينظر ما بينهما من التفاوت فهو الارش

### **الثانى صرح فى لك و جامع المقاصد و غيرهما بانه على القول بعدم جواز**

قلع الغرس و ازاله البناء فالطريق الى وصول كل ذى حق الى حقه هو ان تباع الارض بما فيها من البناء و الغرس فلكل منهما من الثمن ما قابل ما يخصه و يعلم ذلك بان يقوموا معا ثم تقوّم الارض مشغوله بهما ما بقيا و ينسب قيمتها كك الى قيمه المجموع و يؤخذ من الثمن بنسبه ذلك فالباقى للمفلس فلو قوما معا بمائه درهم و قومت الارض مشغوله بهما مجانا بخمسين فنسبه قيمه الارض الى المجموع بالنصف فيؤخذ لصاحب الارض من الثمن النصف و الباقى للمفلس ثم صرحوا بان هذا ان رضى البائع



بيع الارض و الا- لم يجبر عليه بل يباع مال المفلس على الحالة المذكوره من كونه فى ارض الغير مستحق البقاء الى ان يفنى مجاناً و ان استلزم ذلك نقصاناً فى قيمته لو ضم الى الارض و اخذ للأرض قسطها فان ذلك هو حق المفلس فلا يؤثر هذا النقصان و حيث يباع منفرداً يصير حكمه حكم من باع ارضاً و استثنى شجره فى جواز دخول مالكها اليها و سقيها و غير ذلك

### منهل لو كان المبيع الذى حصل الافلاس بثمنه جارياً كان للبائع انتزاعها

و ان حبلت من المفلس و لا يمنع الاستيلاء من الاخذ و قد صرح بذلك فى بيع و عد و شد و ره و جامع المقاصد و المسالك و مجمع الفائده و لهم وجهان احدهما ظهور الاتفاق عليه و ثانيهما ما تمسك به فى جامع المقاصد و لك و مجمع الفائده من ان أمّ الولد تباع فى ثمن رقبته فلا يكون الاستيلاء مانعاً من اخذها باعتبار تعذر اخذ ثمنها فلا يمنع مانع من تناول الخبر الدال على الاختصاص بعين المال اذا وجدها و اذا انتزعتها البائع فله بيعها و نحوه كما صرح به فى بيع و شد و مجمع الفائده بل الظاهر انه مما لا- خلاف فيه و اذا ترك البائع انتزاعها و اختار الضرب بثمنها مع الغرماء فصرح فى بيع و ره و لك و جامع المقاصد بانه يجوز بيعها فى ثمن رقبته و يظهر من مجمع الفائده الاشكال فى ذلك و لا اشكال فى ان الحمل اذا كان من المفلس يكون حراً لا- يتبع الام و لا- يصح بيعه و لا سبيل عليه بوجه من الوجوه كما صرح به فى جامع المقاصد و لك و اما اذا كان من مملوك المفلس فهو مملوك و هل هو قبل الوضع من المنافع المنفصله التى لا يتبع الام فتكون للمشتري او من المنافع المتصله التى تتبع الام فيكون للبائع كماه فيه قولان احدهما انه لا يتبع الام بل هو ملك المشتري و هو للشرائع و عد و شد و جامع المقاصد و ثانيهما انه يتبع الام و قد حكاه فى لك عن الشيخ قائلًا خالف فيه الشيخ فجعل الحمل كالجزم من الامه فحكم بانه يتبع الحمل لذلك و لكنه اعترف بان الشيخ لم يصرح قائلًا خالف فيه الشيخ فجعل الحمل كالجزم من الحمل لذلك و لكنه اعترف بذلك و انما هو لازم مذهبه من ان الزيادة المتصله لا تمنع اخذ البائع

ص: ٦٨

مجاناً و كيف كان فهذا القول ضعيف بل المعتمد هو القول الاول و عليه فهل يجب على البائع اذا انتزع الجاربه ان يبقى الحمل الى الوضع بغير اجره او لا- بل يستحق الاجره على البقاء صرح بالأول فى لك بل صرح بانه يمكن اعتبار شرب اللبأ قائلًا و قد ذكره فى نظائره محتجين بان الولد لا يعيش بدونه

### منهل اذا اشترى متاعاً من ذوات الامثال كالحنطه و الشعير و الزبيب و السمن و الشيرج

اشاره

و ماء الورد و ماء الرمان و نحو ذلك فخلطها و مزجها بجنسها كأن يخلط صاعاً من الحنطه بصاع من الحنطه و صاعاً من الزيت بصاع من الزيت بحيث لا يتمكن من تخليص بعضها من بعض ثم افلس فهل للبائع الرجوع فى العين فيقع الاشتراك بينه و بين المشتري فى عين الممتزجه او لا- بل يتعين ضربه مع الغرماء بالثمن التحقيق ان يق ان للمسئله صور احدها ان يكون الممتزجان متمثلين كيفاً بحيث لا يكون احدهما اجود من الاخر و لا اردى و قد صرح فى المبسوط و بيع و شد و عد و ير و كره و جامع المقاصد و لك و مجمع الفائده بانه يجوز هنا للبائع الرجوع فى عين ماله كما ان له الضرب بالثمن مع الغرماء و هو جيد و لهم وجهان احدهما ظهور اتفاق اصحابنا عليه لان الجماعه الذين اشرنا اليهم افتوا بذلك من غير اشاره الى الخلاف مع تنبيه

جماعه منهم على وجود الخلاف فى بعض الصور الآتية و يؤيد ما ذكر ان العلامه فى كره لم يحك خلافا هنا الا عن احمد قائلا و قال احمد يسقط حقه من العين لأنه لم يجد عين فلم يكن له الرجوع كما لو تلف و لان ما يأخذه من عين ماله ممتزجا بغير ماله انما يأخذه عوضا عن ماله فلم يختص به اذن الغرماء كما لو تلف و يمنع عدم الوجدان لعين ماله بل وجدها ممتزجه بغيرها و الفرق بينه و بين التلف ظاهر لان ما يقبضه من عين ماله و ان كان عوضا عن ماله الا انه يدخل بواسطته فى حق المفلس بالامكان مقدما به على باقى الغرماء و ثانيهما ما تمسك به فى لك قائلا انما لم يبطل حق البائع بمزج المبيع لوجود عين ماله فى جملة الموجود غايته انها غير متميزه و ذلك لا يستلزم عدمها اذ لا واسطه بين الموجود و المعدوم و يمكن التوصل الى حقه بالقيمه لان الزيت كله سواء فآخذ حقه بالكيل او الوزن و قد اشار الى هذا الوجه أيضا فى كره و جامع المقاصد و فيه نظر و على المختار يقع الشركه بين البائع و المشتري المفلس فى ذلك الشىء الممتزج فلأول المطالبه بالقسمه و اذا طالب بالبائع فهل يجب اجابته او لا- صرح فى التحرير الثانى و هو الاقرب للأصل السليم عن المعارض و صرح فى كره بالاول قائلا ان لم يجز القسمه و طالب بالبائع فالاقرب ان يجاب الى ذلك لان القسمه لا يصل على عين ماله و ربما كان له غرض فى ان لا يؤخذ من زيت المشتري شيئا و هو احد قولى الشافعى و الثانى انه لا يجاب اليه لأنه يصل الى جميع حقه بالقسمه فهو كجماعه ورثوا زيتا لا يكون لبعضهم ان يطالب بعضا بالبائع و الفرق ان الورثه ملكوا الزيت ممزوجا و المفلس كان قد ملك البائع و كذا البائع متميزا فافترقا الثانيه ان يمزج المشتري العين التى انتقلت اليه باردا منها و هنا للبائع اخذ عينه كما ان له الضرب مع الغرماء فلا فرق بين هذه الصوره و الصوره السابقه فى عدم سقوط حقه بالخلط بالأردى و قد صرح به فى يع و ره و شد و ير و عد و كره و جامع المقاصد و لك و حكاه فى لف عن المبسوط بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه كما يستفاد من التذكرة حيث لم ينقل هنا خلافا الا- عن احمد قائلا- الثانيه ان يمزجه المشتري باردا منه و للبائع هنا أيضا الخيار بين الفسخ فيرجع فى عينه بالكيل او الوزن و به قال الشافعى و مالك لما تقدم فى المساوى فاذا رضى بالأردى كان اولى و قال احمد يسقط حقه من العين بمجرد المزج سواء الا-جود او الأردى او المساوى و قد تقدم بطلانه لان عين ماله موجوده من طريق الحكم فكان له الرجوع كما لو وجد عين ماله منفردة لأنه ليس فيها اكثر من اختلاطها و هو لا يخرج الحقيقه عن حقيقتها فاشتبهت صبغ الثوب و بلّ السويق بالزيت و احتج فى يع و جامع المقاصد بانه قد رضى بدون حقه فله ذلك و هل للبائع المطالبه بالبائع هنا او لا صرح بالاول فى التحرير و المحكى فى لف عن المبسوط و فيه نظر بل الاقرب الثانى الثالثه ان يمزج المشتري العين المنتقله اليه بالاجود و هل للبائع ح الرجوع فى عين ماله او لا- بل ليس له الا- الضرب مع الغرماء بالثمن فيه قولان احدهما انه لا رجوع له ح فيبطل حقه بالمزج بالاجود و هو للغنيه و ره و شد و ير

و كره و عد و المحكى فى لف عن ط و ثانيهما ان حقه لا يبطل ح بل له الرجوع فى عين ماله كما فى الصورتين المتقدمتين و هو للمختلف و المحكى فيه عن ابن الجنييد و اختاره فى جامع المقاصد كما هو ظاهر لك و حكاه فيه عن التحرير للأولين وجهان الاول ما تمسك به فى المبسوط و التذكرة و اشار اليه فى لك من ان العين باعتبار مزجها بالاجود تصير تالفه اذ ليست موجوده من طريق المشاهده و لا الحكم اما الاول فللاختلاط و المزج و اما الثانى فلانه لا يمكن الرجوع الى عينه بالقسمه و اخذ المقدم الممتزج للإضرار بصاحب الا-جود و قد يناقش فيما ذكر بان تلف العين ان ادعى استناده الى نفس الامتراج او الى الامتراج بالمغاير فهما حاصلان فيما سبق من الصورتين فيلزم تحقق التلف هناك أيضا و هم لا يقولون به و ان ادعى استناده الى خصوصيه الامتراج بالاعلى فهو تحكم بحت و قد اشار الى ما ذكرناه فى لك قائلا بعد الاشاره الى الوجه المذكور و هو ضعيف لان العين موجوده يمكن التوصل الى الحق بالقسمه و لو اثر مثل هذا الاختلاط فى ذهاب العين لزمه مثله فى القسمين الاخيرين

و كذا اشار الى ذلك فى جامع المقاصد بقوله فان الخلط بالاجود لا يصير العين تالفه الثانى ان الاصل و القاعده المستفاده من قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و قوله ص المؤمنون عند شروطهم لزوم العقد و عدم جواز الرجوع للبائع فى عين ماله خرج من ذلك بعض الصور و لا- دليل على خروج محل البحث فيبقى مندرجا تحته لا يق يدفع ما ذكر عموم قوله ع فى الاخبار المتقدمه اذا كان المتاع قائما بعينه

ص: ٦٩

رده الى صاحب المتاع و ليس للغرماء ان يحاصوه و قوله ع فى روايه اخرى فصاحب المتاع احق بمتاعه اذا وجده بعينه و نحوهما صحيحه عمر بن يزيد و غيرها المتقدمان و بالجملة يدفع ما ذكر عموم الاخبار المتقدمه الداله على رجوع البائع الى عين ماله اذا وجدها و اذا كانت قائمه بعينها لأننا نقول لا نسلم صدق الصغرى و هو وجدان العين و قيامها بعينها فى محل البحث لصحة السلب و عدم التبادر سلمنا الصدق حقيقه و لكن نمنع من انصراف الاطلاق اليه و قد نبه على ما ذكرنا فى مجمع الفائده قائلا و بالجملة ان كان النظر الى البقاء عرفا فلا- ينبغى الرجوع فى الكل و يمكن دفع الضرر من الجانبين بتقويم مال البائع و المشتري فيكون شريكا بنسبه قيمه فى العين و الاصل و القاعده يقتضى عدم الرجوع الا فيما ظهر صدق النص المتقدم و ليس ذلك بظاهر مع المزج و التغييرات فانه لا- يق يوما ان المتاع الممزوج باق بعينه و انه خفى و هما موجودان فى الروايتين لا- يق لو كان المزج مقتضيا لسلب اسم الصغرى او لعدم انصراف الاطلاق لكان اللازم الحكم بعدم جواز الرجوع فى الصوره الاولى و الثانيه أيضا و هو بط لما عرفت من ظهور اتفاق الكل على جواز الرجوع فيهما لأننا نقول هذا النقض مدفوع بان الفارق بين الصور الماضيه و محل البحث هو ظهور الاتفاق على جواز الرجوع فى الاول دون الثانى و لو منع هذا الفارق لكان اللازم الحكم باتحاد حكم جميع الصور الثلاث و للآخرين وجهان أيضا احدهما اصاله بقاء جواز الرجوع فيما اذا حصل المزج بعد الافلاس الموجب للرجوع و ثانيهما ما ذكره فى جامع المقاصد قائلا و الحاصل ان قول الشيخ بسقوط الحق من الرجوع بالخلط بالاجود لان العين كالتالفه ضعيف لان العين موجوده قطعاً غايه ما هناك انه تعذر تمييزها لكن لم يتعذر الرجوع الى قيمتها بان يباع فكيف يسقط ذلك و ينحصر الامر فى الضرب بالثمن و قد اشار الى هذا الوجه فى لك أيضا و فى كلا الوجهين نظر و الاقرب عندي هو القول الاول و هو احوط أيضا فلا ينبغى تركه و على الثانى فطريق توصل كل منهما الى حقه على ما صرح به فى لك ان يباعا و يكون لكل منهما بنسبه ما يخصه من قيمه فعلى هذا لو كانت قيمه زيته درهما و الممزوج به درهمين يباع و اخذ البائع ثلث الثمن ثم صرح بانه يحتمل ان يكون له ذلك فى الخلط بالأردأ أيضا قائلا لأنه حقه و الحال ان العين باقيه و قد تعذر التوصل اليها فيعدل الى قيمه و اختاره فى التحريم ثم حكى عن الشيخ فى الاجود قولاً اخر قائلا و حكى الشيخ فى قسم الاجود قولاً ثالثاً و هو ان يدفع الى البائع من عين الزيت بنسبه ما يخصه فاذا خلط اجره تساوى ديناراً بجره تساوى دينارين فللبائع قيمه ثلث الجميع فيعطى ثلث الزيت و هو ثلثا جره ثم ضعفه باستلزامه الربا و هو يتم على القول بثبوتة فى كل معاوضه و لو خصصناه بالبيع لم يكن بعيداً و ضعف فى جامع المقاصد ما حكاه الشيخ قولاً و اختار ما صار اليه فى لك و

**ينبغى التنبيه على امرين**

**الاول صرح فى كره بانه اذا قلنا الخلط يلحق المبيع بالمفقود**

و لو كان احد الخليطين كثيرا و الاخر قليلا و لا يظهر به زياده فى الحسّ و يقع مثله بين المثلين فان كان الكثير للبائع فهو واجد عين ماله و ان كان الكثير للمشتري فهو فاقد و ما ذكره فى غايه الجوده

### الثانى صرح فى التذكرة بانه لو كان المخلوط من غير جنس المبيع

كالزيت و الشيرج فهو فاقد عين ماله و ليس له الفسخ ح و يكون بمثابه ما لو تلف المبيع فيضارب بالثمن قاله الجوينى و ما ذكره من انه لا فسخ له ح فهو جيد أيضا

### منهل اذا مات المديون حل ما اجل عليه من الديون المؤجله

#### اشاره

فيجوز للغرماء اخذها بعد موته معجلا و لا يجب عليهم الصبر حتى ينقضى الاجل و ليس لورثه المديون الامتناع من الاداء و قد صرح بذلك فى الناصريّات و الخلاف و النهايه و الغنيه و السرائر و يع و ره و شد و كره و عد و ير و اللمعه و س و جامع المقاصد و لك و الروضه و مجمع الفائده و غيرها و لهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه و منها تصريح الخلاف و جامع المقاصد بدعوى الاجماع عليه بل صرّح فى الاول بانه مجمع عليه بين المسلمين قائلا من مات و عليه دين مؤجل حل عليه بموته و به قال ابو حنيفه و الشافعى و مالك و اكثر الفقهاء ألما الحسن البصرى دليلنا على بطلان مذهب الحسن اجماع الفرقة بل اجماع المسلمين لان خلافه قد انقض و هو واحد لا يعتد به لشذوذه و يعضد ما ادعياه أو لا تصريح الغنيه بان ذلك لا خلاف فيه الا من الحسن البصرى و ثانيا تصريح لك بانه موضع وفاق و ثالثا تصريح مجمع الفائده بان الظاهر انه اجماعى لا يق يستفاد من كلام السيّد فى الناصريّه ان اصحابنا لم يتعرضوا لهذه المسأله حيث صرح بانه لم يعرف لأصحابنا فيها مفتيا و انما افتى بحلول الاجل ح فقهاء الامصار فيحصل الوهن فيما ادعاه اولئك الجماعه من الاجماع لأننا نقول لا يتطرق الوهن فيما ادّعوه بما قاله السيّد قطعاً و وجهه واضح جدا و منها ما صرّح به فى لف و لك من انه ان امرنا الورثه بالتصرف لزم الضرر على المالك و ان منعناهم لزم الضرر عليهم فوجب القول بالحلول دفعا للمفسدتين بخلاف موت من له الدين و اليه اشار السيّد فى الناصريه بعد تصريحه باختياره الحلول هنا بقوله و يمكن ان يستدلّ عليه بقوله تعالى مِنْ بَعْدِ وَصِيَّتِهِ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ \* علق القسمه بقضاء الدين فلو اخرجت تضررت الورثه و منها ما تمسّك به فى مجمع الفائده من ان بقاء الدّين على الميّت بعد موته لا معنى له و معلوم انه لم ينتقل الى ذمه الورثه للأصل و لعدم تكليف احد بفعل غيره و اليه اشار السيّد فى الناصريه أيضا بقوله و لأنه يلزم انتقال الحق من ذمه الميّت الى ذمه الورثه و الحق لا ينتقل الا برضاء من له الحق و منها جمله من الاخبار احدها ما تمسّك فى مجمع الفائده من خبر الحسين بن سعيد الذى وصفه بالصحة قال سألته عن رجل اقرض رجلا دراهم الى اجل مسمّى ثم مات المستقرض ا يحل مال القارض عند موت المستقرض فى حياته فقال اذا مات فقد حل مال القارض و صرّح بانه لا يضر الاضرار هنا و هو جيد و ثانيها ما تمسّك به فيه أيضا من روايه ابى بصير قال قال ابو عبد الله ع اذا مات

الميت حلّ ماله و ما عليه و ثالثها ما تمسّك به فيه أيضا من خبر السيّد كوني عن جعفر عن ابيه ع انه قال اذا كان على الرجل دين

الى اجل و مات الرجل حل الدين و منها ما تمسك به فيه أيضا قائلا و يدل عليه أيضا الاخبار الداله على عدم الصلاه على الميت حتى ضمن عنه و

### ينبغي التنبيه على امور

#### الاول اذا مات المديون فهل يحل بموته ماله من الديون المؤجله

كما عليه او لا يحل اختلف الاصحاب فى ذلك على قولين الاول انه لا يحل فلا يجوز للوارث المطالبه حتى ينقضى الاجل و هو للخلاف و الغنيه و السرائر و يع و ره و ير و لف و شد و الايضاح و س و اللمعه و جامع المقاصد و لك و ضه و مجمع الفائده و المحكى عن ط و صرح فى لك بانه المشهور

#### الثانى انه يحل له كما عليه فيجوز للوارث المطالبه

به بعد موته فورا و هو للنهائه و المحكى فى لف و الايضاح عن ابى الصيلاح و ابن البراج و الطبرسى للأولين وجوه احدها ما تمسك به فى لف و الايضاح و ضه و لك و اشار اليه فى جامع المقاصد و مجمع الفائده من ان الاصل بقاء الاجل خرج منه بعض الصور و لا دليل على خروج محل البحث فيبقى مندرجا تحته و ثانيها ظهور الخلاف فى دعوى الاجماع على عدم الحلول هنا لقوله اما اذا كانت له ديون مؤجله فلا يحل بلا خلاف الا روايه شاذه رواها اصحابنا انها تصير حاله و يعضد ما ذكره اولا تصريح الغنيه أيضا بانه لا خلاف فى ذلك الا ما رواه بعض اصحابنا انه تصير حالا و ثانيا الشهره المحققه و المحكيه بل ظهور الاتفاق المتأخرين على ذلك و ثالثها ما تمسك به فى لف من ان الوارث انما يرث مال مورثه و هو مال مؤجل فلا يرث حالا و رابعها انه لو كان الحلول هنا ثابتا أيضا لتظافرت الاخبار به و اشتهر و التالى بط فت و للآخرين وجهان احدهما روايه ابى بصير المتقدمه و اجاب عنها فى لف و جامع المقاصد و لك بضعفها بالارسال و اشار اليه فى مجمع الفائده أيضا قائلا و الروايه ضعيفه بالارسال فانه رواها محمد بن عبد الجبار عن بعض اصحابه عن خلف بن ابى حماد عن إسماعيل بن ابى قره و هو أيضا مجهول و ابى بصير مشترك و فى خلف أيضا قول و ان كان ضعيفا فلا- يمكن الخروج مما ذكرناه بمثلها و لا بما قاله فى الفقيه و قال الصادق ع اذا مات حل ماله و ما عليه و يعضد ما ذكره تصريح الشرائع بان الروايه مهجوره و تصريح الخلاف و ير بانها شاذه و تصريح الخلاف بانه رواها اصحابنا لا يدل على اعتبارها اما اولا فلان روايتهم لا تدل على اعتمادهم عليها بالضروره و اما ثانيا فلما ذكره فى السرائر قائلا و ما ذكره فى نهايته فهو خبر شاذ من اخبار الآحاد و اخبار الآحاد لا يجوز العمل بها و قد شهد بذلك شيخنا فى مسائل الخلاف و قال الزوايه شاذه رواها اصحابنا انه يصير حالا فلو كان عاملا باخبار الآحاد لما قال ذلك و لا ساغ له ترك العمل بالروايه و بخبر الواحد و كل من قال عنه انه كان يعمل بالاخبار الآحاد فهو محجوج بقوله هذا و جميع ما يورده و يذكره فى نهايته مما لا يشهد بصحته الادله فهى اخبار آحاد يوردها كما اورد هذه الروايه فلا يظن ظان انه اذا قال روى اصحابنا او روايه اصحابنا ان جميع الاماميه روت ذلك و تواترت به و اجتمعت عليه و انما مراده ان هذا القول و الروايه من جهه اصحابنا و روايهها منهم لا- من روايه مخالفيهم فهذا مقصوده و مراده فلا- يتوهم عليه غير ذلك فيغلط عليه و يعتقد ان جميع ما يورده و يطلقه فى نهايته اعتقاده و حق و صواب و ثانيهما ما اشار اليه فى ضه من القياس على موت المديون و هو باطل كما صرح به

فيها اما اولاً فلعدم جواز العمل بالقياس عندنا و اما ثانياً فلانه مع الفارق كما صرح به في لف و لك الثاني صرح في التحرير بأنه لو مات و عليه دين مؤجل حل أجل ما عليه سواء كان الميت محجوراً عليه أم لا و سواء وثق بالورثه أم لا و هو جيد

### **الثالث صرح في الروضه بأنه يحل الديون المؤجله**

إذا مات المديون سواء في ذلك مال السلم و الجنايه المؤجله و غيرهما للعموم و كون اجل السلم يقتضى قسطاً من الثمن و اجل الجنايه بتعيين الشارع و تحقق الفرق بين الجنايات لا يدفع عموم النص و هو جيد

**منهل إذا افلس البائع سلماً فإن وجد المشتري عين ماله جاز له اخذه و كان احق به من ساير الغرماء**

### **اشاره**

كما صرح به في التحرير و لف و لك بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه و احتج عليه في لك بالعمومات المتقدمه قائلاً وجهه مع وجدان عين ماله دخوله في العموم و كما يجوز له الاخذ يجوز له الضرب بدينه و هو المسلم فيه فيتخير بين الفسخ فيأخذه و بين الضرب بدينه كما صرح به في لك بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه و ان وجدها تالفه فهل يتعين الضرب بالدين و هو المسلم فيه او لا بل يتخير بين الفسخ فيضرب بالثمن و بين الامضاء فيضرب بالمسلم فيه قولان احدهما انه يتعين الضرب بالدين و هو المسلم فيه و لا يتخير فيه و هو للمحكي في لف و وجهه ما نبه عليه في لك من ان كل غريم اذا لم يجد عين ماله عند المفلس يضر بدينه مع الغرماء فكذا هنا لعدم الفرق و يمكن ان يحتج عليه أيضاً بان الاصل عدم صحه الفسخ لما تقدم اليه الاشاره خرج منه بعض الصور و لا- دليل على خروج محل البحث فيبقى مندرجا تحته و ثانيهما انه يتخير بين الامرين المتقدم اليهما الاشاره و هو للشرائع و شد و ير و لك و مجمع الفائده و حكاه في ط عن بعض بلفظ قيل بل حكاه في لك عن الاكثر قائلاً وجهه ما تقدم في السلف من انه متى تعذر المسلم فيه في وقته تخير المسلم بين الفسخ و الصبر فيكون هنا كذلك الا انه مع الفسخ بالثمن و مع عدمه فضر بضر ببقيمه المسلم فيه اذ لا صبر هنا لأحد من الغرماء و قد اشار الى ما ذكره في لف أيضاً قائلاً المعتمد القول الثاني لنا انه قد تعذر استيفاء المسلم فيه فكان للمشتري فسخ البيع كغيره من اصناف السلم و ح يضر براس المال و فيما ذكره نظر و المسأله عندي محل اشكال فلا ينبغي فيها ترك الاحتياط و هو لا يحصل الا بمراعات القول الاول و

### **ينبغي التنبيه على امور**

### **الاول حكي في التحرير و لف عن الشيخ انه قال كيفيه الضرب بالمسلم**

فيه ان يقوم الطعام الذي استحقه

ص: ٧١

بعقد السلم ثم يضر ببقيمه مع الغرماء و صرح في لك بأنه انما اعتبر القيمه لان الضرب باعتبار القيمه و الا فالمرجع الى نفس

### الثانى حكى فى لف عن الشيخ بعد نقله عنه كيفيه الضرب بالمسلم فيه

انه قال ان كان فى مال المفلس طعام اعطى منه بقدر ما يخصه من القيمه و ان لم يكن فى ماله طعام اشترى له بالقدر الذى يخصه من القيمه طعاما بمثل الطعام الذى يستحقه و يسلم اليه و لا يجوز له ان يأخذ بدل الطعام القيمه التى يخصه لأنه لا يجوز صرف المسلم فيه الى غيره قبل قبضه ثم صرح فى لف كما فى التحرير بان الوجه الكراهه

### الثالث اشار فى التحرير الى بعض ما يتفرع على القول الثانى

قائلا و على قولنا بجواز الفسخ يضر بقيمه راس المال و يأخذ ما يخصه من جنس القيمه و مع عدم الفسخ لو عزل له نصيبه من جنس القيمه فنقص السعر اشترى له ما يساوى المتاع قدرا و قسم الباقي من القيمه بين الغرماء لان حظه فى المتاع لا القيمه

### الرابع اشار فى لك الى شرط الخيار على القول الثانى

قائلا بعد التصريح باختياره و يجب تقييده بما لو لم يكن مال المفلس من جنس المسلم فيه او يشتمل عليه بحيث يمكن وفائه منه فلو فرض ذلك لم يكن له الفسخ اذ لا انقطاع للمسلم فيه و لا تعذر و من الممكن ان يصل الى جميع حقه بان يعرض قصور المال حين القسمه و ان كان قاصرا كما مر فلا بد من ملاحظه مثل هذا القيد و على تقدير وصول البعض فلا وجه للفسخ فيه أيضا

### منهل اذا جنى على المفلس جنايه فان كانت خطاء تعلق حق الغرماء بالديه

التي يستحقها و لا- يجوز له العفو كما صرح به فى يع و شد و عد و ير و كره و جامع المقاصد و لك و مجمع الفائده و لهم و جوه منها ظهور الاتفاق عليه و منها ما تمسك به فى لك من ان العفو هنا تصرف مالى و هو ممنوع منه و منها ما اشار اليه فى مجمع الفائده قائلا وجه تعلق الديون بديه الخطأ على نفس المفلس و كذا العمد بعد قبول الديه هو ادله جعل الديه من جمله التركة و فى حكم مال المقتول كما هو المقرر عندهم و الظاهر انه لا خلاف فيه و يدل عليه الخبر مثل روايه عبد الحميد بن سعيد فى باب الديون قال سئلت ابا الحسن ع الى ان قال انما اخذوا الديه فعليهم ان يقضوا عنه الدين و لا يضر عدم التصريح بتوثيق عبد الحميد بن سعيد مع كونه مصنفا صاحب كتاب لأنها مؤيده و الحق فى كره و لك بالمفلس عبده و مورثه فاذا جنى عليهما خطا تعلق الجنايه بديتهما أيضا غرماء المفلس و لا يصح له العفو و ان كانت الجنايه على المفلس عمدا كان بالخيار بين القصاص و بين اخذ الديه ان بذلت له و لا يتعين عليه قبول الديه و ليس للغرماء مطالبته بالالتزام بها و قد صرح بذلك فى يع و كره و عد و ير و الجامع و جامع المقاصد و لك و هو ظاهر الارشاد و مجمع الفائده و لهم و جوه منها ظهور الاتفاق عليه و منها ما صرح به فى جامع المقاصد من الاصل و قد اشار اليه فى لك أيضا قائلا لما كان الواجب فى العمد بالاصاله هو القصاص و

المال انما يلزم بالتراضى كان التخيير للمجنى عليه مع بذل الجانى المال بين القصاص لأنه حقه و بين اخذ المال و بين العفو و المال انما يلزم بالتراضى لو بذل له عملا بالاصاله و منها ما تمسك به فى بيع و كره و لك من ان وجوب قبول الدية اكتساب و هو غير لازم له الان كما لا يلزمه قبول الهبه و ان اقتص فلا كلام و ان رضى بالمال و بذله الجانى تعلق به حق الغرماء كما صرح فى الارشاد و عد و كره و لك و مجمع الفائده بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه و ان عفى عن القصاص و الدية معا سقط حقه منهما كما صرح به فى التحرير و لك و هو جيد و فصل فى كره قائلا و ان عفى مط سقط حقه من القصاص و لم يثبت له لان موجب جنايه العمد القصاص خاصة و للشافعى قول بان موجبها احد الامرين اما القصاص او الدية فان عفى عن القصاص ثبت له الدية و تعلق بها حقوق الغرماء و ان عفى على غير مال فان قلنا الواجب القصاص خاصة لم يثبت له شىء و ان قلنا الواجب احد الامرين تثبت الدية و لم يصح اسقاطه لها لحق الغرماء لان عفوه عن القصاص يوجب الدية فلا يصح منه اسقاطها

### منهل للمفلس المحجور بمال

فان اعترف المدعى عليه او قامت له البيئه المعتبره شرعا ثبت له المال و تعلق به حق الغرماء كما صرح به فى كره فان حلف براء و سقطت الدعوى كما صرح به فى كره و لو اقام المفلس شاهدا واحدا عدلا بما يدعيه فان حلف مع شاهد جاز و استحق المال و تعلق به حق الغرماء كما صرح به فى بيع و كره و عد و شد و ير و مجمع الفائده بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه و صرح فى مجمع الفائده بان وجه حلفه مع شاهد ظاهر فانه حق له يثبت بهما كسائر الحقوق و ان امتنع من الحلف ح فهل يجبر عليه او لا صرح بالثانى فى كره قائلا و ان امتنع لم يجبره على اليمين لأننا لا نعلم صدق الشاهد و لو علمناه ثبت الحق بشهادته من غير يمين فلا يجبره على الحلف على انا لا نعلم صدقه و لأنه ليس واجبا عليه و الظاهر ان ما قاله مما لا خلاف فيه فهو المعتمد و صرح به فى مجمع الفائده أيضا قائلا الظاهر جواز النكول و عدم تكليف بالحلف للأصل و هل يحلف الغرماء ح و يثبت بحلفهم الحق او لا- فيه قولان احدهما انه لا يحلف الغرماء ح و لا يثبت بحلفهم شىء و هو للشرائع و كره و شد و لف و ير و الجامع و لك و مجمع الفائده بل صرح فى لك انه قول الشيخ و الاكثر و لهم وجوه منها الاصل و منها ظهور عبارته التذكرة فى دعوى الاجماع عليه حيث صرح بانه لم يحلف الغرماء عندنا و منها ما تمسك به فى كره و لف و لك و مجمع الفائده و اشار اليه فى جامع المقاصد من ان المال للمفلس الى ان يقتسمه الغرماء و ان تعلق حقههم به و الحلف لإثبات مال الغير غير جائز فلو حلف الغرماء هنا لكان لإثبات مال الغير و قد بينا عدم جوازه و يظهر من مجمع الفائده دعوى

ص: ٧٢

الاجماع عليه فانه قال كأنه مجمع عليه و ثانيهما انه يجوز حلف الغرماء هنا و هو لابن الجنييد على ما صرح به فى لف و له ما اشار اليه فى لف قائلا احتج ابن الجنييد بانه اذا حلف الغرماء كان لهم المطالبة و كان النفع لهم فجاز لهم الحلف ثم اجاب عنه بانه يأخذون عن المفلس لا بالاصاله و صرح فى لك بضعف هذه الحجة قائلا القول بالجواز لابن الجنييد بناء على عود النفع اليهم و يستحقون المطالبة و هو ضعيف اذ لم يخرج بذلك عن كونه مال المفلس و فى حلفهم اشكال من وجه اخر و هو ان كل واحد منهم ان حلف على مجموع المال كان حلفا لإثبات مال لغيره و هو باقى الغرماء و هو ممتنع زيادة على تقدم و ان حلف على بعضه و هو القدر الذى يصيبه بالتقسيم لم يثبت له اجمع بل بعضه لأنه مال المفلس فلا يلتزم ثبوت جميع المال بهذا الحلف و الاعتذار عن حلفه على المجموع بانه انما يثبت به استحقاقه لا يدفع ما ذكرناه لأنه يتضمن اثبات مال الغير أيضا و لم



يرجح فى القواعد و جامع المقاصد شيئا من القولين فظاهرهما التوقف و الاقرب عندى هو القول الذى صرح فى لك بدعوى الشهره عليه

## القول فى قسمه اموال المفلس و جملة من الاحكام

### منهل يستحب احضار كل متاع من امواله فى سوقه حيث يراد البيع و نحوه

فبياع الكتب فى سوق الوراقين و البزر فى سوق البزازين و الحديد فى سوق الحدادين كما صرح به فى كره و قد صرح باستحباب ذلك فى الشرائع و لك و هو ظاهر الارشاد و عد و ير و كره لتصريحها بانه ينبغى احضار كل متاع فى سوقه و ان يباع كل شىء فى سوقه فان لفظه ينبغى يراد منها الاستحباب كما صرح به فى مجمع الفائده و لكن صرح فى جامع المقاصد بانها محتمله للوجوب و الاستحباب و هو كك لغه و لكن الظاهر من اطلاقها عرفا الثانى و كيف كان فالاقرب ان ذلك ليس بواجب فيجوز الاحضار و البيع فى غير السوق اذا بيع فيه بثمن المثل كما صرح به فى التحرير و كره و لكنه مستحب اما عدم الوجوب فلأصل و عدم ظهور دلالة نص على الوجوب و استلزامه الحرج و الضرر و المفسده احيانا و لا قائل بالفصل فت مضافا الى ظهور الاتفاق على ذلك فى الجملة و اما الاستحباب فلفتوى الجماعه مع قاعده التسامح فى ادله السنن و احتج على ذلك فى كره و لك بان يبعه فى سوقه احوط له و اكثر لطالبه و معرفه قيمته و فى بيع بتوفر الرغبه و هل يجب البيع فى سوقه اذا علم بانه انفع له باعتبار زياده قيمه او ظن بذلك او لا يجب ذلك مط يظهر من اطلاق الكتب المتقدمه الثانى و ربما يظهر من جامع المقاصد و لك و مجمع الفائده الاول و ان الاستحباب يختص بصوره الوثوق بانتفاء الزيادة لو بيع فى غير سوقه و لكن اعترف فى الاخيرين بان الجماعه اطلقوا الاستحباب و لا ريب فى ان الاحتمال الاول احوط بل الاحوط مراعات كل ما يترتب عليه زياده قيمه و لو كان البيع فى غير سوقه حيث لم يستلزم الحرج و الضرر و لكن وجوبه محل اشكال بل احتمال العدم فى غايه القوه و هل الاستحباب و الوجوه هنا يتعلقان بالحاكم او بغيره الظاهر الاول و قد صرح فى عد بتعلق الاستحباب بالحاكم

### منهل يستحب احضار الغرماء عند بيع اموال المفلس

كما صرح به فى الشرائع و كره و لك و هو ظاهر الارشاد و عد و ير لتصريحها بانه ينبغى ذلك و هو ظاهر فى الاستحباب كما تقدم اليه الاشاره و لكن صرح فى جامع المقاصد بانه هنا يحتمل الوجوب و الاستحباب أيضا و احتج فى كره على الاستحباب اولاً- بانه يباع لهم و ربما رغبوا فى شراء شىء تزاود فى ثمنه فانتفعوا هم و المفلس و ثانيا انه اطيب لقلوب الغرماء و ثالثا بانه ابعد من التهمه و صرح فيها بانه يستحب احضار المفلس او وكيله و لا باس به و صرح به فى لك أيضا قائلًا و كذا يستحب حضور المفلس و وكيله فانه اخبر بقيمه متاعه و اعرف بجيده من غيره فيتكلم عليه و يخبره بقدره و يعرف المعيب من غيره و ربما كان اكثر للرغبه فيه و ابعد عن التهمه و اطيب لنفس المفلس و اشار أيضا الى هذه الفوائد فى التذكرة و جامع المقاصد معللين اقتضائه كثره الرغبه فيه بان شراء المال من مالكه احب الى المشتري و اقتصر فى مجمع الفائده على الحكم باستحباب احضار الغرماء المفلس معللا الاخير بانه يطمئن قلبه و قلب المشتري و يظهر ثمن امواله فانه اعرف و هل يجب احضار الغرماء اذا رعى به الزيادة فى قيمه اولى يظهر الاول من جامع المقاصد و لك و مجمع الفائده و هو احوط و ان كان فى تعيينه نظر كما تقدم اليه الاشاره و الظاهر ان الحكم هنا يتعلق بالحاكم كما صرح به فى عد و ير و عليه يحمل اطلاق ما عداهما كالشرائع و التذكرة و غيرهما

اشاره

كالفواكه فهل يستحب تقديم بيعه على ما لا يخشى تلفه او لا بل يجب فيه قولان احدهما انه يستحب و لا يجب و هو لصريح الشرائع و ظاهر القواعد لتصريحه بانه ينبغي البداءه بالمخوف تلفه و لهما الاصل و عدم ظهور دلالة نص معتبر بل و غيره على وجوب ذلك و ثانيهما انه يجب ذلك و هو لصريح جامع المقاصد و لك فان الاول صرح بانه لا ريب في وجوب هذا و الثاني صرح بان جعل هذا من المستحب ليس بواضح بل الاجود وجوبه و ربما يستفاد مقالتهما من الارشاد و ير و كره لتضمنها الامر بالمبادره الى بيع ما يخشى تلفه او لا و هو ظاهر في الوجوب وضعا و لذا صرح في مجمع الفائده بان ظاهرهم وجوب مبادره الحاكم الى بيع مال المفلس الذى يخشى تلفه و يظهر منه أيضا موافقه المتن في ذلك فيما ظن بالتلف او علم به بل صرح بذلك ح و لهم وجوه منها ما اشار اليه في كره و لك قائلين يجب ذلك لثلا يضيع على المفلس و لا على الغرماء و قد يقال مجرد احتمال التضييع عليهم و لو كان مظنوننا لا دليل على وجوب دفعه من شىء من الادله الاربعه فت و منها ما اشار اليه في جامع المقاصد و لك من وجوب الاحتياط على الامناء و الوكلاء في اموال مستأمنهم فالحاكم اولى لان ولايته قهريه فهى ابعد من مسامحه المالك فلا يجوز له تعريض مال من حجر عليه للتلف و لكن صرح الاول بعد ما ذكر بانه يمكن ان يق كون الشىء مخوفا تلفه في نفسه لا يقتضى حصول خوف التلف في الوقت فلا يلزم وجوب

ص: ٧٣

المبادره اليه لان ذلك انما هو عند خوف التلف و لا يلزم من كون الشىء مخوفا باعتبار شانته و جنسه ان يكون مخوف التلف في وقته و منها ان التصرف في مال الغير بغير اذنه حرام لعموم قوله ص لا يحل مال امرء مسلم الا عن طيب نفسه خرج منه صورته تقديم بيع ما يخشى تلفه و لا دليل على خروج صورته تاخيره فينبغى مندرجا تحت العموم و المسأله لا تخلو من اشكال و لكن الاحوط هو القول الثانى فينبغى مراعاته بل هو الاقرب و

ينبغى التنبيه على امور

الاول ترك هذا الواجب ليس بكبيره مع عدم الاصرار

على الاقرب

الثانى اذا ترك عمدا او سهوا و حصل التلف

فهل يضمن التارك للواجب عليه او لا فيه اشكال و لكن الاحتمال الاول في غايه القوه مع انه احوط

الثالث اذا رضى المفلس

و الغريم او احدهما بالتاخير فهل يرتفع وجوب التقديم ح او لا- فيه اشكال و لكن الاحتمال الثانى هو الاقرب لأصالة بقاء الوجوب فى بعض الصور و يلحق الباقي بظهور عدم القائل بالفصل بينهما فت

#### **الرابع اذا قدم بيع ما حقه التاخير عمدا او سهوا**

فهل يفسد او لا فيه اشكال و لكن الاحتمال الثانى فى غاية القوه

#### **الخامس لا فرق فيما يخشى فساده**

بين ان يكون قيمته قليله نازله كعشر درهم مثلا او كثيره عاليه كالف درهم مثلا لإطلاق الفتاوى و عموم الوجوه المتقدمه

#### **السادس يحصل خشيه التلف و خوفه بالظن به**

و بالشك فيه بالمعنى المتعارف و تلحق صوره العلم به بطريق اولى و اما اذا علم او ظن بعدم الفساد بالتاخير فلا يتحقق الخشيه و الخوف فلا يجب التقديم

#### **السابع صرح فى الشرائع بانه يستحب ان يباع الرهن**

بعد بيع ما يخشى تلفه و هو ظاهر عد و المراد به على ما صرح به بعض الأجله و يظهر من كر و لك انه اذا كان للمفلس مال مرهون عند احد فانه يبدأ ببيعه بعد بيع ما يخشى فساده و احتج عليه فى لك و غيره بانه ربما زادت قيمته فيضم الزائد الى مال الغرماء و يقسم عليهم و ربما نقصت فيضرب المرتهن بالناقص مع الغرماء و يظهر من الارشاد و كره و الجامع المخالفه فى ذلك اما الاول فلظهوره فى وجوب الترتيب الذى صرح فى الشرائع باستحبابه و فيه نظر لعدم الدليل عليه على انه صرح فى لك بان هذا التقديم يناسب الاستحباب لان الغرض منه معرفه الزائد و الناقص قبل القسمة و اشار الى ما ذكره فى مجمع الفائده قائلا و اما كون بيع الرهن بعد بيع ما يخشى تلفه بلا فصل فلوجوبه غير ظاهر بل الظاهر هو الاستحباب و دفع الثمن الى المرتهن ليعلم أنه يبقى منه شىء بعد اعطاء ما عليه الرهن أم لا و اما الثانى فلظهوره فى استحباب تقديم بيع الرهن على بيع ما يخشى تلفه و نحوه ما فى التحرير و احتج على ذلك فى كره قائلا و ينبغي للحاكم ان يبدأ ببيع الرهون و صرف الثمن الى المرتهنين لاختصاص حق المرتهن بالعين لأنه ربما زادت قيمه الرهن على الدين فيضم الباقي الى مال المفلس و ربما نقصت عن الدين فيضرب المرتهن بباقي دينه مع الغرماء و فيه نظر بل الاقرب ما فى بيع كما اشار اليه فى لك قائلا و فى التذكرة قدم الرهن على بيع المخوف و ما هنا اولى و اورد عليه فى مجمع الفائده قائلا بعد الاشارة الى ما ذكره و انت تعلم انه ليس فى كره الا التقديم بحسب الذكر فى المسأله لا- الفعل بل الظاهر منها وجوب بيع ما يخشى تلفه و استحباب بيع الرهن كما قاله أيضا فت على انه قد يناقش فى استحباب اولويه ذلك على ما فيها فت و اما الثالث فلظهوره فى وجوب بيع الرهن قبل بيع ما يخشى تلفه و هو ضعيف جدا

## الثامن صرح فى كره بعد تصريحه باولويه تقديم بيع الرهن

بانه ان كان له عبد جان قدم بيعه أيضا محتجا بتعلق حق المجنى عليه برقبته و اختصاصه به و ربما فضل من قيمته شىء فاضيف الى مال مولى الجانى و لا يساوى الرهن فانه ان نقص قيمته من حق الجنايه لم يستحق الباقي و لان حقه لا يتعلق بالذمه بل بالعين خاصه فالمرتهن يتعلق حقه بالعين و الذمه معا و صرح فى التحرير بانه ينبغى ان يبدأ بيع الرهون و صرفها الى المرتهنين و بالجانى و صرفه الى المجنى عليه و صرح فى عد بعض التصريح باولويه البداءه ببيع ما يخاف تلفه ان يبدأ بيع الرهن و الجانى

## التاسع صرح فى التحرير بانه لو كان فى ماله ما يخشى تلفه

بيع اولاً- ثم ان كان فيه حيوان يحتاج الى الانفاق عليه باعه سابقا على غيره ثم يبيع السِّلعه و القماش و جميع ما ينقل و يحول ثم يبيع العقار و ينبغى البداءه على الامتعه و الاقمشه و كذا العقار ليتوفر الشراء و صرح فى التذكرة بعد الحكم باستحباب بداءه الحاكم ببيع الرهون و الجانى بانه يقدم بيع ما يخاف عليه الفساد كالفواكه و شبهها ثم الحيوان لحاجته ثم الى النفقه و كونه عرضه للهلاك ثم ساير المنقولات لان التلف اليها اسرع من العقارات لأنه لا يخشى عليها التلف و لا السرقة و لا سكنه فانه لا يباع به و صرح فى لك بعد التصريح بوجوب البداءه ببيع ما يخشى فساده مفرعا عليه بانه يبدأ بما يخاف عليه الفساد عاجلا كالفواكه و الحيوان ثم بالعقارات ثم صرح بان هذا هو الغالب و قد يعرض لبعض ما يستحق التاخر التقدم بوجه و فيما ذكره نظر و التحقيق انه يبيع ما يخاف تلفه بالتاخير و الاحوط تقديم كلما يتضرر المفلس و غريمه او احدها بتاخير بل احتمال وجوبه فى غايه القوه و ذلك يختلف باختلاف الاحوال و الازمان و الامكنه و الاعتبارات و اما اذا انتفى الضرر بالتقديم و التاخير فلا دليل على لزوم الترتيب ح و لا على اولويته الاقاعده التسامح فى ادله السنن فينبغى مراعاتها ان امكن فت

## منهل صرح فى التذكرة و التحرير بانه ينبغى للحاكم ان يقول للمفلس و الغرماء ارتضوا من ينادى على الامتعه و الاموال

و عله فى الاول بان الحاكم لا يكلف بذلك بل يرد اليهم فانه ابعد من التهمه ثم صرح بانه ان اتفقوا على رجل و كان مرضيا ارتضاه الحاكم و يظهر من قوله ارتضاه الحاكم وجوب ذلك على الحاكم و هو مخالف لما يظهر من الشرائع و عد من استحباب ذلك فان الاول صرح بانه يستحب ان يعول على مناد

ص: ٧٤

يرتضى به الغرماء و المفلس دفعا للتهمه و الثانى صرح بانه ينبغى للحاكم التعويل على مناد مرضى عند الغرماء و المفلس بل صرح بعض الاجله بانهم قالوا و من المستحبات ان يعول على مناد يرضى به الغرماء و المفلس دفعا للتهمه و يظهر من جامع المقاصد و لك المصير الى الاول من وجوب ذلك لتصريحهما بان هذا الحكم ينبغى ان يكون على طريق الوجوب لان الحق فى ذلك للمفلس فانه ماله و الغرماء لأنهم استحقوا صرفه اليهم بدينهم و لكن احتمال فى الثانى الاستحباب أيضا قائلا بعد ذكر وجه الوجوب المتقدم ذكره و يمكن مع ذلك الاستحباب لان الحاكم لحجره على المفلس اسقط اعتباره و كان كوكيله و حق الغرماء الاستيفاء من قيمه و هى حاصله بنظره و فيما ذكره نظر و الاقرب عندى الاستحباب و ان كان الاحوط الوجوب و ان

اتفق الغرماء و المفلس على خائن و غير ثقه فصرح فى كره و جامع المقاصد بان الحاكم يردّه و يعين مرضيًا قائلين و ليس ذلك كالزاهن و المرتهن اذا اتفقا على غير ثقه لبيع الرهن اذ لا نظر للحاكم معهما بخلاف ما هنا فان للحاكم نظر فى مال المفلس اذا الحجر بحكمه و ربما ظهر غريم فيتعلق حقه فلهذا نظر فيه بخلاف الرهن و ان اختار المفلس رجلا و اختار الغرماء غيره فصرح فى بيع و عد و مجمع الفائده بانه يعين الحاكم ان تعاسروا و اطلقوا من غير تفصيل و صرح فى التذكرة و التحرير بانه ينظر الحاكم فان كان احدهما ثقه دون الاخر اقر الثقه منهما و هو احوط و ان كانا ثقتين فان كان احدهما متطوعا دون الاخر اقر المتطوع دون غيره كما صرح به فى التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و لك و ان كانا متطوعين فصرحا فى التذكرة و التحرير و جامع المقاصد بانه يضم احدهما الى الاخر محتجين بانه احوط و هو كك فلا ينبغي تركه و ان كانا غير متطوعين فصرحا فى الكتب المذكوره بانه يختار اوثقهما و اعرفهما و اقلهما اجره و هو احوط و صرح فى لك بلزوم تقديم المتبرع و قليل الاجره و اذا لم يوجد من تبرع بالبيع و النداء و لا- بذله الاجره من بيت المال اما لعدمه او للاحتياج الى صرفه الى ما هو اهم من ذلك فصرح فى بيع و ير و عد و كره و لك بان الاجره ح على المفلس و عله فى الاول و الاخيرين بان البيع واجب و حق عليه و ما ذكره جيد و أطلق فى القواعد ان اجره المنادى على المفلس و مقتضاه انها عليه و لو كان هناك بيت مال واسع يصلح لأخذ الاجره و هو خلاف ما يظهر من بيع و كره و ير و لك من انها ح على بيت المال لا المفلس و عله فى الثانى و الاخير بان بيت المال معدّ للمصالح و هذا من جملتها و اعترض عليه بعض الاجله قائلا الرجوع الى بيت المال يحتاج الى دليل و مجرد كونه موضوعا لمصالح المسلمين لا- يستلزم ذلك و الا- لوجب اعطاء ديون الغارمين منه و ان كانوا قادرين على ادائها مع انه ليس كذلك و بالجملة فانه يجب على المفلس اىصال الديون الى الغرماء بكل وجه اتفق و من جملتها ما نحن فيه

### منهل اذا بيع مال المفلس لم يسلم و لا يدفع السلعه الى المشتري الا بعد قبض الثمن منه

كما صرح به فى بيع و عد و المختلف و ير و كره و جامع المقاصد و لك و لهم وجهان احدهما ظهور الاتفاق عليه لفتوى الجماعه بذلك من غير ايماء الى الخلاف و لا- الاشكال بل صرح فى لك بان هذا الحكم واضح و ثانيهما ما اشار اليه فى التذكرة و جامع المقاصد و لك من لزوم الاحتياط التام فى حفظ مال الغير و صيانتته عن الضياع و اذا رضى المفلس و الغرماء بالتسليم الى المشتري قبل اقباضه الثمن فهل يجوز التسليم قبل القبض ح او لا احتمالا ان احدهما انه يجوز و قد اشار اليه فى لك قائلا- و هل الحق فى ذلك منحصر فى المفلس و الغرماء فيجوز مع رضاهم يحتمله لان الحق الان منحصر فيهم و عدمه لجواز ظهور غريم اخر يتعلق دينه بالمال و هو اجد و ثانيهما انه لا يجوز أيضا و هو لصريح جامع المقاصد و لك و ظاهر اطلاق بيع و عد و لف و كره و ير و لهم ما تقدم الاشاره اليه فى عباره لك و قد اشار اليه فى جامع المقاصد أيضا و يعضده اصاله بقاء المنع فى بعض الصور و ينبغي التنبيه على امور الاول مقتضى اطلاق الكتب المتقدمه عدم الفرق فى ذلك بين البيع نقدا او نسيه الثانى ان امتنع المشتري من دفع الثمن فحكى فى لف عن الشيخ انه صرح بان فيه اقوالا قائلا اذا بيع مال المفلس لم يسلم السلعه الا بعد قبض الثمن فان امتنع المشتري من الدفع قال الشيخ فيه ثلاثه اقوال احدها و هو الصحيح انها يجبران معا و الثانى لا يجبران و متى شرع احدهما اجبر الاخر و الثالث ان البائع يجبر اولًا- ثم المشتري و هو الاولى فقد اختلف قوله فى هذه المسأله و الحق الاول لعدم الاولويه و يظهر من الشرائع ما صار اليه فى لف من ترجيح القول الاول و هو الاقرب و صرح فى التحرير بانه ان امتنع المشتري اجبر على التسليم و الاخذ الثالث صرح فى التذكرة بانه ان خالف الواجب و سلم المبيع قبل قبض الثمن ضمن و فيه نظر

### منهل اذا باع الحاكم اموال المفلس و قبض اثمنها

فان كان الغريم واحدا سلم اليه ما يطلبه من غير تاخير مع عدم رضائه به وقد صرح بذلك فى التحرير و كره بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه و ان تعدد الغرماء و كانت القسمة بينهم بسرعه ممكنه وجبت من غير تاخير مع عدم رضائهم به و قد صرح بذلك فيما تقدم من الكتابين بل الظاهر انه مما لا-خلاف فيه و اذا لم تكن القسمة مع تعددهم ممكنه اما لتعذرهما او لتعسرهما او لاشتمالها على مفسده غير مجوزه شرعا فيكون المصلحه فى تاخيرها فهل يجب ح ان يجعل ما عنده من اموال المفلس فى ذمه احد و ان يقرضه مط و ان امكن ايداعه عند ثقه او لا بل يتخير بين الامرين فيه قولان احدهما انه يجب اقراضه و لا يجوز ايداعه و هو للقواعد و الارشاد و التحرير و المحكى فى يع عن بعض بلفظ قيل و لهم وجوه الاول ان الاصل عدم جواز التصرف فى مال الغير خرج منه الاقراض هنا بظهور الاتفاق على جوازه و لا دليل على خروج الايداع ح فيبقى مندرجا تحته الثانى ان الاصل فى وضع اليد على مال الغير الضمان لعموم قوله ص

ص: ٧٥

على اليد ما اخذت حتى تؤدى خرج منه هنا صورته الاقراض و لا دليل على خروج صورته الايداع فيبقى مندرجا تحته فت الثالث ما ذكره فى كره قائلًا و اذا تاخرت القسمة فان وجد الحاكم من يقرضه من الامناء ذوى اليسار اقرضهم اياه فانه اولى من الايداع لان القرض مضمون على المقترض بخلاف الوديعه فانها غير مضمونه على المستودع و هى امانه فى يده لا يؤمن تلفها فلا يرجع المفلس و الغرماء الى شىء و صرح فى لك بانه اعتبر فى التذكر فى المقترض مع الملاءه الامانه و هو حسن و عندى فى جميع الوجوه المذكوره نظر و ثانيهما انه يتخير بين الاقراض و الايداع و لكن الاول اولى و هو لصريح التذكره و لك و ظاهر جامع المقاصد و لهم وجوه أيضا منها ما ذكره فى لك قائلًا و نسبه المص الحكم الى القيل يشعر بتوقفه فيه و وجه التوقف من ان قرض الحاكم فى الاموال التى يليها انما هو الاستيداع كما هو فى اموال اليتامى و غيرهم ممن امره احوط من مال المفلس فينبغى ان يجوز الاقتصار على الوديعه و ان امكن القرض و به قطع فى كره و هو حسن و ان كان الاول احوط و منها انه لو وجب الاقراض ح لما جاز الايداع و التالى بط فالمقدم مثله اما الملازمه فظاهره و اما بطلان التالى فلعموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و قوله ع المؤمنون عند شروطهم و منها ان الايداع اصلح غالبًا بالنسبه الى الغرماء لوجوده و تمكن الوفاء منه اى وقت اريد و الا من التلف يحصل عاده بوثاقه المستودع و وجوب الحفظ عليه و خوفه من التهمه و هتك العرض و الشناعه فاحتمال التلف احتمال ضعيف عاده فلا يعبأ به و لا كك القرض لان المقترض قد يفتقر و ان كان مليا عند الاقتراض فلا يجوز مطالبته لان مطالبته حرام و قد لا يتمكن من وفاء الدين و ان كان مليا الا بعد مده طويله و قد يمتنع من اداء الدين لحب المال و لا استبعاد عاده فى ظهور الفسق او تحققه بعد العداله و اذا كان الايداع اصلح كان جائزًا فت و منها ان الاقراض قد يستلزم الحرج فلا يجب عينا فاذن القول الثانى فى غايه القوه و ان كان الاول احوط كما صرح به فى لك و

ينبغى التنبيه على امور

الاول اذا لم يتمكن من الاقراض تعين ايداعه

كما صرح به في الارشاد و عد و ير و كره و مجمع الفائدة و هو ظاهر جامع المقاصد و لك بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه

### **الثاني هل يشترط في المقرض كونه مليا او لا**

صرح بالاول في التذكرة و شد و عد و لك و حكى في يع عن بعض و هو احوط بل في غايه القوه و لم يتبه على هذا الشرط في التحرير

### **الثالث هل يشترط في المقرض مع الملاءه الامانه و الوثاقه او لا**

صرح في التحرير و التذكرة باشتراط الوثاقه و صرح في لك باشتراط الامانه و هي اعم من الوثاقه لتحقيق الامانه في الكفار و الفساق مع عدم وثاقتهم و قد يكون عدلا و لا يكون امينا باعتبار غلبه ترك الحفظ سهوا فت و ربما يظهر من مجمع الفائدة عدم اشتراط الامانه و الوثاقه لقوله ينبغي الامانه و ربما يظهر هذا من الارشاد و عد و المحكى في يع عن بعض لإطلاقها تجويز الاقراض من ملي و الاحوط اشتراط الامانه و الوثاقه بل هو في غايه القوه

### **الرابع هل يجب اخذ الراهن اذا اقراض او لا**

الاقرب الثاني كما هو ظاهر الكتب المتقدمه بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه نعم الاولى اخذه كما نبه عليه في مجمع الفائدة قائلا ينبغي مع الرهن و لو لم يمكن الرهن اكتفى بالضمان و الا فبالقرض مع الامانه و الا فبالملاءه مع الوثوق بعدم التلف

### **الخامس هل يجب على الحاكم اقراضه من غيره او لا**

بل يجوز له الاقراض و الاقتراض لنفسه ظاهر الكتب المتقدمه الاول و لكن الاحتمال الثاني هو الاقرب

### **السادس هل يجوز التجاره به و الاسترباح للمفلس و الغرماء او لا**

يظهر من الكتب المتقدمه الثاني و لكن الاحتمال الاول في غايه القوه حيث لم يترتب على المفلس و الغرماء ضرر بذلك لعموم قوله تعالى مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ و لفحوى ما دل على جواز الاقراض و الايداع

### **السابع صرح في جامع المقاصد بانه لا يجوز تاجيل القرض**

بسبب يقتضيه من اشتراط في بيع و نحوه و اليه اشار في كره بقوله فانه يقرض من الملى ثقته حالا غير مؤجل لان الديون حاله و

لو اَجَله بان شرط الاجل فى بيع و شبهه لم يجز عندنا و فيه نظر بل احتمال جواز التاجيل حيث لم يستلزم فوات حق للغرماء فى غايه القوه بل يظهر من اطلاق القواعد و ير و شد و المحكى فى بيع عن بعض جوازه مط

### **الثامن هل يشترط فى المستودع حيث يودع الوثاقه و العداله او لا**

فيجوز الايداع عند فاسق امين صرح بالاول فى كره و شد و ير و جامع المقاصد و لك و مجمع الفائده و هو احوط بل فى غايه القوه و لم ينبه على هذا الشرط فى عد و المحكى فى بيع عن بعض

### **التاسع هل يجب الاشهاد على الايداع و الاقراض او لا**

يظهر من الكتب المتقدمه الثانى نعم يظهر من مجمع الفائده اولويه ذلك فى الايداع لقوله ينبغى ان يكون بالشهود و فيه نظر بل الاحتمال الاول فى غايه القوه مع انه احوط

### **العاشر صرح فى كره بانه لا يشترط اليسار فى المستودع**

و هو ظاهر الكتب المتقدمه بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه فهو المعتمد نعم صرح فى كره بانه اولى و لا باس به

### **الحادى عشر صرح فى كره و لك بانه ينبغى ان يودع ممن يرتضيه الغرماء له**

فان اختلفوا و عينوا من ليس يعدل لم يلتفت الحاكم و عين هو من اراد من الثقات و لا يودع من ليس يعدول و هو جيد

### **الثانى عشر صرح فى كره بانه لو تلف شىء من الثمن فى يد العدل**

فهو من مال المفلس و هو جيد و صرح بانه لا فرق فى ذلك بين ان يكون الضياع فى حيوه المفلس او بعد موته و هو جيد أيضا

### **منهل اذا باع الحاكم او امينه مال المفلس على الوجه المعبر شرعا**

#### **اشاره**

و مضى مداه الخيار و لزم البيع ثم طلب بزياده فليس له فسخ العقد من غير رضاه المشتري به كما تبه عليه فى بيع و ير و كره و عد و جامع المقاصد و لك و الكفايه و لهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه و منها الاصل و منها عموم قوله تعالى **أَوْفُوا بِالْعُقُودِ** و قوله ص المؤمنون عند شروطهم و منها ان ذلك قد يوجب ضررا على المشتري و قد يوجب ضررا على المفلس و الغرماء لان ذلك يوجب قله الرغبه فى شراء مال المفلس فينبغى ان لا يصح



## اشاره

ص: ٧٦

### الاول اذا التمس من المشتري حين الفسخ فهل يجب الاجابه او لا

بل تستحب فان لم يفعل لم يجبر صرح بالثاني فيما عدا الكفايه من الكتب المتقدمه و صرّح في الكفايه بانه لا يجب على المشتري الاجابه ح و ما صاروا اليه هو المعتمد و لهم ما نبه عليه في لك قائلًا لا ريب في استحباب الاجابه الى كل اقاله فهنا اولى و لكن لا- تجب لأنه صار حقه و يؤيد ما ذكره ما اشار اليه في كره قائلًا و يستحب له الاجابه الى ذلك لتعلقه بمصلحه المفلس و الغرماء و قضاء دين المحتاج فان لم يفعل لم يجبر عليه

### الثاني اذا رضى المشتري بالفسخ او طلبه فهل يجب الفسخ او يستحب

صرّح بالثاني في عد و هو ظاهر جامع المقاصد و هو الاقرب

### الثالث اذا طلب بزياده في مده خيار البائع فلا اشكال في جواز الفسخ حينئذ

و هل يجب او لا صرّح في كره و جامع المقاصد و لك بالاول بل نفى الاشكال فيه في الثاني و اشار الى وجهه في لك قائلًا اذا كان البائع بخيار جاز الفسخ و في وجوبه نظر اقربه ذلك و ان كان قد بيع بثمان المثل للقدره على تحصيل الزيادة بالفسخ فيكون كما لو طلب بزياده عن ثمن المثل قبل البيع و فيه نظر و لكنه احوط فلا ينبغي تركه

### منهل اذا حجر الحاكم على المفلس فيجزي عليه من وقت التحجير الى يوم قسمته امواله

## اشاره

على الغرماء نفقته و نفقه من يجب عليه نفقته بالمعروف فيتبع في ذلك عاده امثاله و قد صرّح بذلك في يع و ره و شد و عد و ير و كره و هو ظاهر جامع المقاصد و لك بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه كما نبه عليه في الكفايه بقوله قالوا و يجزي عليه نفقته و نفقه من يجب عليه و كسوته و يتبع في ذلك عاده امثاله الى يوم قسمته ماله فيعطى هو و عياله نفقه ذلك اليوم و يدل على ذلك مضافا الى ما ذكر اولًا انه لو لم يجز الانفاق على النحو المذكور ليلزم ترتب الضرر العظيم على المفلس و عياله و الاصل عدمه لعموم قوله ص لا- ضرر و لا- ضرار و ثانياً انه لو لم يجز ذلك للزم الحرج العظيم بل قد يؤول الى الهلاك تاره و الى السؤال من اردال الناس اخرى و الاصل عدم ذلك لما دلّ على نفى الحرج شرعا من الادله الاربعه و ثالثاً عموم قوله ص الناس

مسلطون على اموالهم خرج منه بعض الافراد و لا- دليل على خروج محل البحث فيبقى مندرجا تحت العموم و رابعا ان ترك الانفاق عليه يستلزم ذلته عاده و الاصل عدمه لعموم قوله تعالى لِلَّهِ الْعِزَّةُ وَ لِرَسُولِهِ وَ لِلْمُؤْمِنِينَ وَ خامسا عموم ما دل على عدم جواز التصرف في مال الغير خرج منه ما عدا محل البحث بالدليل و لا دليل على خروجه فيبقى مندرجا تحته و سادسا اصاله بقاء استحقاق النفقه فت و سابعا انه لو وجب صرف جميع امواله حتى ما قابل النفقه في الديون لورد التنبيه عليه في الاخبار و لاشتهر غايه الاشتهار و بطلان التالي في غايه الوضوح و ثامنا فحوى ما دل على عدم صرف الكفن في الدين و تقدمه عليه و تاسعا ان ترك الانفاق يقتضى فوران الفتن العظيمه و المفسد الكثيره فيكون مخالفا للحكمه التي جرت عاده الشرع بمراعاتها و

### ينبغي التنبيه على امور

### الاول حكم الكسوه الواجب حكم النفقه الواجب

فيجب اجرائها عليهم على حسب العاده كما صرح به في يع و شد و عد و ير و كره بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه و ان اقتصر في التبصره على الحكم بوجوب الانفاق

### الثاني هل اجره المسكن الذي لا بد منه يلحق بالانفاق

فيجب دفعها من مال المفلس او لا- فيه اشكال من عدم تعرض شىء من الكتب المذكوره لها هنا و اقتصارها على النفقه و الكسوه و من عموم نفى الحرج و الضرر و غيره من اكثر الوجوه المتقدمه و عدم التصريح بها في الكتب المذكوره لعلها مبني على عدم الحاجه اليها بعد التحجير الى يوم القسمة فاذا احتمال اللاحاق في غايه القوه و لكن مراعاة الاحتياط مهما امكن اولى و هل يلحق بالنفقه ساير المصارف الضروريه اللازمه التي يتضرر المفلس بفقدانها ضررا لا يتحمل عاده و يقع في حرج عظيم شديد سواء كان ممّا يصاب به العرض و ماء الوجه أم يعالج به البدن أم غير ذلك كقيمه الادويه و اجره الحمام و الخدمه و ما يصرفه في الضيافه اللازمه و نحو ذلك او لا لم اجد احدا يثبته على ذلك نعم ربما يستفاد من اقتصارهم على النفقه و الكسوه الاحتمال الثاني و فيه نظر بل الاحتمال الاول في غايه القوه و لكن مراعاة الاحتياط مهما امكن اولى

### الثالث يدخل فيمن يجب نفقته الزوجات و الاقارب

و العبد و الامه و قد صرح بالاولين هنا في كره و الظاهر ان نفقه الحيوان الواجب عليه الانفاق يدخل في ذلك أيضا و ان لم يثبته عليه احد هنا

### الرابع صرح في لك بان الظاهر ان المراد بعاده امثاله من هو في مثل شرفه و وضعته و باقى اوصافه

بحسب ما هو عليه الان و هو جيد

### الخامس يدفع الى المفلس و من يجب عليه الانفاق عليه نفقتهما يوم القسمه أيضا

كما صرح به في كرهه و يروى و عد و شد و ربما يستفاد من يع و ره أيضا بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه كما نبه عليه في الكفايه و احتج عليه في كرهه بانه موسر في اول ذلك اليوم ثم صرح بانه لا يزيد على نفقه ذلك اليوم محتجا بانه لا ضبط بعده و ما ذكره من الحكم جيد

### السادس صرح في لك بانه لو مات بعض من ينفق عليه في اثناء النهار ففي ارتجاع بقيه نفقته نظر

من ان النفقه تمليك مطلق او بشرط اجتماع شرائط الاستحقاق زمانها و حكي في جامع المقاصد عن بعض القول بالارتجاع و ينبغي هنا مراعات الاحتياط

### السابع صرح في عد بانه لو اتفقت القسمه في طريق سفره فالاقرب الاجراء الى يوم وصوله

و صرح في جامع المقاصد بان ظاهر عبارته الانفاق الى وصوله الى منزله ثم صرح بانه مستقيم ان لم يكن دونه موضع اخر فان كان دونه بلد اخر او نحوه ففي وجوب الاجراء الى وطنه المألوف اشكال ثم صرح بان وجه القريب الاضرار المؤدى الى الهلاك و المشقه العظيمه لولاه و احتمال العدم في هذه الصوره ضعيف و فيما ذكره نظر للمنع من تحقق الوجه المذكور في جميع الصور بل قد يتحقق و قد لا يتحقق فالاقرب عدم الاجراء الى يوم وصوله الى الوطن المألوف مط و لو لم يكن دونه موضع اخر كما هو ظاهر اكثر العبارات نعم ان ترتب على عدم الاجراء

ص: ٧٧

الهلاك او المشقه الشديده التي لا يتحمل عاده فيجرب عليه الانفاق الى ان يرتفع السبب الموجب و ليس هذا قول اخر في المسأله خارفا للإجماع لظهور ان اطلاق اكثر العبارات لا ينصرف الى صورته حصول احد السببين المذكورين فت

### الثامن صرح في التذكرة و التحرير بان وجوب الانفاق على المفلس و على من يجب عليه نفقته الى يوم القسمه

يختص بما اذا لم يكن كسوبا فاذا كان ذا كسب جعل نفقته في كسبه فان فضل الكسب فالفاضل للغرماء و ان اعوز اخذ من ماله القسمه و فيه نظر فانه مخالف لإطلاق اكثر العبارات و لكنه احوط فلا ينبغي تركه

### التاسع صرح في التحرير بعد التصريح بانه يستمر الانفاق عليه الى يوم القسمه

بانه ينبغي ان يكون ذلك مما لا يتعلق حق بعض الغرماء بعينه

## العاشر صرح في التذكرة بأنه كلما يترك للمفلس إذا لم يوجد في ماله اشترى له

و هو جيد

## الحادى عشر صرح في التذكرة بأنه ينفق على الزوجات نفقه المعسرین

قائلا- و هل ينفق على الزوجات نفقه المعسرین او الموسرین الاقرب عندى الاول و يحتمل الثانى لأنه لو انفق نفقه المعسر لما لزمه نفقه الاقارب و عندى ان الاحتمال الثانى فى غاية القوه

## الثانى عشر اذا كان الانفاق على المفلس و عياله يقتضى ان لا يبقى من المال شىء

يفى بشىء من الديون فهل يسقط وجوب الانفاق ح او لا فيه اشكال

## منهل اذا قسم الحاكم مال المفلس بين الغرماء ثم ظهر بعد القسمة غريم اخر

### اشاره

لم يكن معلوما عندها و هو يطالب بالدين و بما فى ذمه المفلس لا بالعين فلا اشكال فى انه لا يسقط حقه بالقسمه بل يكون مستحقا لدينه كسائر الغرماء و الظاهر انه مما لا خلاف فيه و قد احتج عليه فى الغنيه بان حقه ثابت فيما كان فى يد المفلس و لا دليل على سقوطه منه بقسمته على غيره و هل ينقض الحاكم القسمه و يعيدها ثانيا او لا بل يرجع الغريم على كل واحد بحصته يقتضيها الحساب اختلف الاصحاب فى ذلك على قولين الاول انه ينقض القسمه و يشارك الغريم سائر الغرماء و هو للغنيه و يع و ير الثانى انه لا- ينقضها بل يرجع الغريم على كل واحد بحصته يقتضيه الحساب و هو للقواعد و الجامع للأولين وجوه احدها ما ذكره فى لك من ان جميع الغرماء مستوون فى المال و قد وقعت القسمه بغير رضاء البعض فيكون كما لو اقتسم الشركاء ثم ظهر لهم شريك اخر و اورد عليه فى جامع المقاصد قائلا و وجه الثانى ان القسمه الواقعه واحدا لمستحقين غائب باطله لتوقفها على رضاء الجميع و يضعف بان ذلك فى الشركاء و هنا لا شركة اذ المال للمفلس نعم يستحقون الإيفاء فلا يستحق الغريم الاخر سوى الحصة و ما سواها لا حق له فيكون صرفه الى الديون معتبرا و ثانيها ان الاصل عدم صحه هذه القسمه و عدم انتقال الحصة الى الغرماء بها و هو جيد اذا لم يكن هذه القسمه من جمله العقود و الا فلا لأصالة صحه العقود لعموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و قد يعارض هذا بعموم قوله تعالى إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ و هذا التعارض من قبيل تعارض العمومين من وجه و حيث لا- ترجيح فيجب التوقف و ثالثها ان الغرماء لا يملكون كلما دفع اليهم قطعا و لا شيئا معيناً منه و ان كان بقدر حصصهم لبطان الترجيح بلا مرجح و لا شيئا منه بقدر حصصهم لان الدافع لم يقصده اصلا و لا سببا للتملك قهرا و بالجمله ما قصده الدافع لم يمكن تملكه و ما يمكن تملكه و هو الامر المبهم المشاع لم يقصده الدافع فيلزم بطلان القسمه فت و للآخرين ما ذكره فى جامع المقاصد و لك من ان كل واحد منهم قد ملك ما هو قدر نصيبه بالاقباض الصادر من اهله فى محله فلا يجوز النقص لأنه يقتضى ابطال الملك الثابت اما الحصة الزائده على قدر نصيبه باعتبار الغريم الاخر فانها غير مملوكة

له فستعاد و اورد عليه فى الثانى قائلًا- و يضعف بان الملك كان مبيًا على الظاهر من انحصار الحق فيهم و قد تبين خلافه و لا فرق فى نفس الامر بين هذا الغريم و بين سائر غرمائه فان قيل ان ذلك انما يتم فى الشركاء و هنا لا شركة اذ المال للمفلس نعم يستحقون الايفاء فلا يستحق الغريم الاخر سوى الحصة و ما عداها لا حق له فيه فيكون صرفه الى الديون معتبرا قلنا هذه و ان لم تجعلها شركة حقيقه لكن الايفاء أيضا مشروط ببسط المال على نسبة جميع الغرماء غايه ما فيه انه لم يكن ظاهرا سواهم فصحت ظاهرا فلما تبين من يشاركهم فى استيفاء لم يصح القسمة الاولى و الغريم المتجدد و ان لم يستحق سوى الحصة الا انها مشاعه فى جميع المال فتميزه بغير اذنه لا- يصح فكان القول بالنقض اجود و فيما ذكره نظر و المسألة محل اشكال و لكن القول الاول هو الاقرب و

### ينبغى التنبيه على امور

#### الاول حكم فى جامع المقاصد عن بعض سراح القواعد

تفصيلا فى هذا المقام قائلًا و بنى الشارح الاحتمالين على ان الدين هل يتعلق بالتركة تعلق الدين بالرهن او الارش برقبه الجانى و على الاول يتخرج القول الثانى و على الثانى القول الاول ثم زيفه قائلًا و هذا البناء فاسد لأنه لا يلزم من كون تعلقه بها كتعلق الارش برقبه الجانى ثبوت القسمة حقيقه التى هى فرع الشركة الحقيقه فان المجنى عليه لم يملك الجانى و لا شيئًا منه بمجرد الجنايه و لا استحق ذلك

#### الثانى يظهر فائده النزاع فى مواضع

#### الاول اذا تصرف واحد فى مقدار نصيبه

فانه يمضى و يكون صحيحا على القول الثانى و على الاول يجب بدله و يكون فاسدا و قد صرح بما ذكر فى جامع المقاصد و لك

#### الثانى يجب الزكاه اذا بلغ النصيب النصاب

و اجتمعت الشرائط على القول الثانى دون الاول و قد صرح بما ذكر فى جامع المقاصد و لك

#### الثالث النماء المتجدد بعد القسمة

على القول الثانى يكون للمفلس و للغرماء الذين حصل هذا النماء فى سهامهم و لا يستحق هذا الغريم شيئًا منه و على القول الاول يشارك هذا الغريم سائر الغرماء فيه و قد صرح بما ذكر فى لك و استشكل فيما ذكر فى عد قائلًا بعد الاشارة الى القولين و ترجيحه الثانى منهما ففى الشركة فى النماء المتجدد اشكال و اشار الى وجه الاشكال فى جامع

المقاصد قائلا- بعد الاشاره الى المتجدد هذا متفرع على الاحتمالين السابقين اى فبناء على الرجوع بالحصه او النقض فى حال النماء المتجدد فى يد الغرماء اشكال يلتفت الى الاحتمالين المذكورين فعلى الرجوع بالحصه النماء مشترك بين المفلس و الغرماء على نسبه المملوك بالقبض فاذا كان دين الغريم الظاهر بقدر عشر مجموع الديون كلها بعد اعتباره معها مثلا ملك كل واحد من القابضين تسعه اعشار المقبوض فيملك تسعه اعشار النماء و يبقى عشر المقبوض و عشر النماء على ملك المفلس فيضمن الجميع و يدفع الحصه الى الغريم الظاهر و يقسم نماءها بين الجميع و على احتمال النقض لا شركة بل الاصل و النماء باق على ملك المفلس فيقسم الجميع بين الغرماء

### الزابع لو زادت قيمه الان

فعلى الثانى يعتبر قيمه الحصه خاصه فان ما سواها مملوك للقابض و لا كك على القول الاول بل عليه تستعاد الحصص و تعدل بين الغرماء و قد صرح بما ذكر فى جامع المقاصد

### الثالث صرح فى القواعد بانه لو تلف المال بعد النقض

ففى احتسابه على الغرماء اشكال و اشار الى وجه الاشكال فى جامع المقاصد قائلا لو تلف المال فى يد الغرماء بغير تفريط و ظهر غريم بناء على النقض ففى احتسابه عليهم بحيث يجب عليهم الغرم اشكال ينشأ من عدم التفريط و اصاله البراءه و من انهم قبضوه للاستيفاء و القبض يضمن بصحيحه مع تاييده بظاهر قوله ع على اليد ما اخذت و هو الأصح و فيما ذكره نظر و ان كان احوط بل احتمال عدم الاحتساب عليهم فى غايه القوه لفحوى ما دل على عدم الضمان فى الوديعه و العاريه و الرهن و غير ذلك من الامانات فت

### الرابع صرح فى لك بانه اذا ظهر غريم بعد القسمه

فلا يخ اما ان يطالب بعين من مال المفلس بان يكون بايعا و مبيعه قائم او يطالب بدين و الاول اما ان يجدها مع بعض الغرماء او مع غيرهم بان يكون الحاكم قد باعها و جعل ثمنها فى ماله او يجدها بايدي الغرماء بالسويه و فيما عدا الصوره الاخيره لا يتوجه الانقض القسمه لان العين اذا انتزعت من احدهم بقى بغير حق و ما ذكره من نقض القسمه فى الصوره المذكوره هو المعتمد و يقتضيه اطلاق الغنيه و يع و ره و شد و ير

### منهل اذا كان على المفلس ديون حاله و ديون مؤجله عند القسمه قسمت امواله على حاله خاصه

و لا يدخر شيئا لأصحاب الديون المؤجله و قد صرح بذلك فى يع و ره و شد و عد و ير و كره و الكفايه و لك بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه و صرح فى الاخير بان الديون لو كانت مؤجله عند الحجر و حلت عند القسمه شارك فيها و هو جيد ثم صرح بانه لو حل الدين بعد قسمه البعض شارك فى الباقي و ضرب بجميع المال و ضرب باقى الغرماء ببقية ديونهم

### منهل اذا قسم الحاكم مال المفلس بين الغرماء و يجب اطلاقه من الحبس ان كان محبوسا

كما صرّح به في يع و ره و شد و عد و جامع المقاصد و لك و الكفايه بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه

### منهل اذا جنى عبد المفلس كان المجنى عليه احق بالعبد من الغرماء

كما صرّح به في يع و شد و عد و ير و جامع المقاصد و لك بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه و علله في الاخيرين بانحصار حقه في العين بخلافهم و صرّح في التحرير بانه على هذا يباع العبد في الجنايه فان زادت قيمته ردّ الفاضل الى الغرماء و لو كانت أقلّ لم يثبت للمجنى عليه غيره و صرح بالاول في لك أيضا قائلًا و انما يكون احق به مع استيعاب الجنايه لقيمته و الا استوفى منه بقدرها و صرف الباقي الى الغرماء و هو جيد ثم صرّح في التحرير بانه لو اراد مولاه فكه كان للغرماء منعه و قد صرح بهذا أيضا في يع و عد و شد و جامع المقاصد بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه و صرح في لك بانه انما يمنع المولى من فكه مع عدم المصلحه في فكه فلو فرضت بان كان كسوبا يثمن مالا الى حين القسمه و قيمته باقيه فله فكه لمصلحه ثم صرّح بانه لو كان الجاني المفلس كان غريمه اسوه الغرماء و الفرق بين جنايته و جنايه عبده واضح فان المجنى عليه في صورته العبد تعلق حقه بعين العبد و هنا تعلق بذمه الجاني فكان كغيره

### منهل هل يزول الحجر عن المفلس بمجرد اداء امواله في الدّيون فلا يتوقف على حكم الحاكم او لا

بل يتوقف زواله على الحكم صرّح بالأوّل في يع و ره و كره و عد و جامع المقاصد و لك و لهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه فان الجماعه المشار اليهم افتوا بذلك من غير اشاره الى خلاف و لا اشكال في ذلك على انه صرح في جامع المقاصد بان الزوال لا يتوقف على حكم الحاكم عندنا و منها العمومات الداله على صحه المعاملات الماليه من نحو قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و قوله ع المؤمنون عند شروطهم و قوله ع التّاس مسلّطون على اموالهم و غير ذلك و منها ما تمسّك به في يع و لك و جامع المقاصد من ان الحجر انما كان لحقوق الغرماء ليقترسوا امواله الموجوده و قد حصلت فيزول ثم صرح في لك بوجه التوقف على الحكم و بتزييفه قائلًا- و وجه توقيفه على حكم الحاكم ان الحجر لم يثبت الا باثباته فلا يرتفع الا برفعه كالسفيه و لأنه حجر يحتاج الى نظر و اجتهاد كحجر السّفيه و الملازمه ممنوعه لما بيناه من زوال المعنى المقتضى له بخلاف السفيه فانه لا يعلم زواله الا بالاختبار المستند الى الحاكم ثم صرح بان هذا كله مع اعتراف الغرماء بانه لا مال له سواه او عدم تعرّضهم لغيره فلو ادعوا بعضهم عليه الاخر ففيه التفصيل السابق و هو جيد بسم الله الرحمن الرحيم و به ثقّتي الحمد لله رب العالمين و الصّلاه و السّلام على خير خلقه محمد و آله الطّاهرين

### كتاب مناهل الحجر

#### مقدمه الحجر لغه هو المنع

#### اشاره

كما صرح به في يع و عد و كره و غيرها و صرّح في الرياض بانه لغه المنع و الحظر و التضييق و في لك بانه لغه المنع و التضييق و منه سمى الحرام حجرا لما فيه من المنع و اما المحجور فقد عرفه في النافع بانه الممنوع من التصرف في ماله و صرح في الشرائع بان المحجور شرعا هو الممنوع من التصرف في ماله و لا- اشكال في شرعيه الحجر و قد استدل عليها في الرياض

بِالْكِتَابِ وَهُوَ قَوْلُهُ تَعَالَى وَ لَّا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ لِيَامًا وَقَوْلُهُ تَعَالَى وَ ابْتُلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَ بِالسَّنَةِ وَ الْإِجْمَاعِ وَ

**ينبغي التنبيه على امرين**

### **الاول صرّح فى لك و الرياض بان الحجر على قسمين**

حجر الانسان لحق غيره

ص: ٧٩

كالمفلس لحق الغرماء و المريض لحق الورثه و المكاتب لحق السيّد و الراهن لدين المرتهن و حجر عليه لحق نفسه و هو ثلاثه الصّبي و المجنون و السفيه

### **الثانى صرّح فى فع و يع و عد بان موجبات الحجر ستة**

الصغر و الجنون و السفه و الرق و المرض و الفلس و احتج فى الرياض على ان هذه الستّه من موجباته بدعوى الاجماع على ذلك فى كلام جماعه و فى المحكى عن التذكرة و بالنصوص المستفيضه من الكتاب و السنه الدالّه على سببيه بعضها و بذلك يخصص الاصل و عموم الادله باثبات السلطنه كما صرّح به و هل ينحصر الموجبات فى تلك الستّه او لا يظهر من الكتب المصرحه بها الاوّل و علل الحصر بان الحجر اما عام للأموال و الذمم او خاص بالاول و الاوّل اما ان يكون ذا غايه يعلم زوال سببها أم لا- و الاوّل ذو السبب الاول و الثانى ذو الثانى و الثانى اما ان يكون الحجر فيه مقصورا على مصلحه المحجور عليه او لغيره و الاوّل ذو السبب الاوّل و الثانى اما ان يكون مالكا للمحجور عليه او لا- و الاوّل ذو الثالث و الثانى اما ان يكون موقوفا على حكم الحاكم او لا- و الاوّل ذو الخامس و الثانى ذو الرابع و صرّح فى لك بان حصر اسبابه فى الستّه المذكوره جعلى لا استقرائى و لا ما سواه و قد جرت عاده الفقهاء بالبحث عن هذه الستّه و عقد الباب لها و بقى اقسام كثيره يتناولها التعريف و لا يذكر هنا كالحجر على الزّاهن و على المشتري فيما اشتراه قبل دفع الثمن و على البائع فى الثمن المعين و على المكاتب فى كسبه لغير الاداء و النفقه و على المرتد الذى يسوغ عوده و غير ذلك مما هو مذكور فى تضاعيف الفقه

### **منهل لا اشكال فى ان الصغير الذى لم يبلغ ذكرا كان او انثى او خنثى**

احرارا كانوا او مماليك مميزين كانوا او لا- ممنوع من التصرف فى الاموال و يرتفع عنه ذلك المنع بعد البلوغ و الرشد و قد صرّح بذلك فى الغنيه و يع و النافع و التبصره و الارشاد و عد و ير و اللعنه و الروضه و الكفايه و الرياض و لهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه و منها تصريح مجمع الفائده بدعوى اجماع الامه على ذلك فى الجملة و تصريحه أيضا كغيره بانه صرح فى كره بدعوى الاجماع عليه و منها ما تمسك به بعض الاجلّه بعد نفيه الخلاف فى ذلك من قوله تعالى وَ ابْتُلُوا الْيَتَامَى الْاِيه و منها ما تمسك به بعض الاجلّه أيضا من خبر الاصبغ بن نباته عن امير المؤمنين ع انه قضى ان يحجر على الغلام حتى يعقل

### **منهل يعرف البلوغ الذى به يرتفع الحجر عن الصّبي و يتعلق به التكاليف الملزمه من الوجوب و الحرمة**



و ترتب كثير من الاحكام الشرعية التكليفية و الوضعية بامور منها السن و لا اشكال و لا خلاف فى كونه من الاسباب الشرعية لمعرفته بالنسبة الى الذكر و الانثى و قد اختلف الاصحاب فى تعيين السن الذى يعلم به بلوغ الذكر على اقوال احدها انه اذا بلغ خمس عشر سنه حكم ببلوغه و الا فلا و هو للخلاف و الغنيه و يع و السرائر و النافع و يع و ير و عد و لف و كره و شد و للمعه و لك و الرياض و الوسائل و المصاييح و ربما يظهر من مجمع البيان و جامع المقاصد و قد حكاها السيد الاستاد قدس سره عن ابن حمزه و يحيى ابن سعيد و الشهيد و الالى و السيورى و الصيمرى و جدى التقى المجلسى و الفاضل الأسترابادى و الجواد الكاظمى و شيخه الحائرى و غيرهم و قد صرح بدعوى الشهره عليه فى لف و لك و مجمع الفائده و المصاييح و الرياض و صرح فى المصاييح بانه نص على ان هذا القول مشهور بين الاصحاب فى المهذب البارع و شرح الشرائع و الكفايه و المفاتيح و شرحه و عوالى اللثالى و قلائد الدرر و ثانيها انه يحكم ببلوغه اذا بلغ ثلث عشر سنه و اكملها و دخل فى الرابع عشر و هو للكفايه و المفاتيح و ربما يظهر من مجمع الفائده و استظهره فيه و فى الكفايه من يب و صا و حكياء عن بعض و حكاها فى التنقيح عن الاسكافى و صرح فى المصاييح بانه عزاه فى المجمع و قلائد الدرر الى ظاهر الصدوق و زاد الاول نسبه الى الشيخ فى صا و نسب القول به فى شرح المفاتيح الى ابن الجنيد و يقتضيه ظاهر التنقيح و المهذب البارع و الغوالى و مال الى هذا القول من المتأخرين السيد السند و اختاره بعض من تأخر عنه و قواه القاسانيان و احتمله المولى الأردبيلى تاره و قواه اخرى و حكى بعض الاجله عن بعض افاضل متأخرى المتأخرين انه حكى عن بعض القدماء و الشيخ فى كتابى الاخبار و اكثر محققى المتأخرين القول بحصول البلوغ بالدخول فى الرابع عشر و اكملها و ثالثها انه يحكم ببلوغه اذا بلغ اربع عشر سنه و هو للمحكى فى لك و ض عن الاسكافى و رابعها انه يحكم ببلوغه اذا بلغ عشر سنين و هو للمحكى فى الكفايه عن بعض للقول الاوّل وجوه منها تصريح الخلاف و الغنيه بدعوى الاجماع على ذلك و يعضده اولاً الشهره العظيمة المحققه و المحكيه فى كثير من العبارات و ثانياً تصريح مجمع البيان بان ذلك مذهب اصحابنا و ثالثاً تصريح لك بان ذلك كاد ان يكون اجماعاً و رابعاً تصريح المصاييح بتنصيب التذكرة على دعوى الاجماع على ذلك و خامساً تصريح المصاييح أيضاً بان دعوى الاجماع على ذلك ظاهره من كثر الفوائد و المسالك الجواديه و بلوغ المنتهى و كشف الرموز و تلخيص الخلاف و نقد الشرائع ثم صرح بان ذلك قضيه انحصار المخالف فى ابن الجنيد على ما يظهر من لف و المهذب البارع و شرح الشرائع و غوالى اللثالى و المخالف متميز معروف النسب فلا يقدح خلافه فى الاجماع و مع ذلك فالقول بالاربع عشر المنسوب اليه ضعيف المآخذ شديد الوهن بين الشذوذ فيسقط من البين و يتعين بسقوطه القول المشهور لعدم القائل بالفصل و لو تطرق المنع الى الاجماع من الخلاف المتقدم و المتأخر فلا ريب فى تحققه فيما بينهما حيث ارتفع الخلاف السابق و لم يتجدد القول اللاحق و ذلك من عهد السيد ابى المكارم ابن زهره الى زمن الشهيد الثانى طاب ثراهما فاذا اقوال هذه الطبقة المتوسطه متطابقه على الخمس عشر و فتاوى ائمتهم بذلك ظاهره لا تنكر و تصانيفهم المحفوظه المضبوطه تشهد بذلك و قطعهم فيها بالحكم بل الاجماع عليه و عدم نقلهم الخلاف فيه الا عن سبق

يكشف عما هنالك و هذا الاجماع قاض على ما بعده كاشف عن بطلان الخلاف الواقع قبله و منها ما تمسك به فى المصاييح من الاستصحاب اب فان الاصل عدم البلوغ و التكليف و بقاء الحجر و الولايه عليه الى ان يعلم الناقل عنه و لا يعلم الا باكمال الخمس عشر فيكون بلوغاً دون ما قبله و هو المطلوب ثم بين وجه التمسك بالاستصحاب هنا بعد الاشارة الى ادله حجتيه و

ثبوتها في النفي و الاثبات و الثابت و الزائل و الصّريح و اللازم و المظنون و المشكوك و الموضوع و الحكم قائلا و المطلوب بالاستصحاب في المسألة اثبات الحكم اذا المشتبه فيها حكم السنّ المعلوم الاصل لا اصل السنّ المعلوم الحكم فالموضوع و الحكم هنا متعاكسان في الاستصحاب فلو علم سن البلوغ و لم يعلم بلوغ ذلك السنّ فمقتضى الاستصحاب نفي الاكثر بخلاف ما لو بلغ سنا و لم يعلم انه بلوغ فان الاصل عدم البلوغ به كما عرفت و مقتضاه نفي الاقل نعم لو قيل ان البلوغ شرعا هو بلوغ الحلم و السنّ كاشف كان المشتبه الموضوع و المنفي بالاستصحاب الاقل لان الاصل عدم بلوغ الحد الكاشف لكنه خلاف ما عليه الاصحاب من ان السنّ بلوغ في الشرع و ان كانت العله فيه كشفته عن غيره و متى كان ككك و اشتبه الحد فالمشتبه هو الحكم دون الموضوع و موضوعيه البلوغ لبعض الاحكام لا- تنافي كونه حكما لان الحكم قد يكون موضوعا لحكم اخر و لا استحاله في ذلك مع اختلاف الجهه و اقوى وجوه الاستصحاب هنا و الصقها بالمدعى استصحاب عدم البلوغ فانه نفي صريح و المطلوب منه عين المستصحب دون لآزمه و التمسك به لا- يتوقف على ضميمه عدم القول بالفصل و نحوه و هو من الامور القاره الثابته كغيره و اضافته الى ما يرجع الى الزمان لا يخرج عن القرار و معنى اصل عدم البلوغ ان الاصل عدم حضور زمان البلوغ لا بقاء زمان عدم البلوغ و استصحاب غير القار انما يلزم لو اريد الثاني دون الاول و يمكن ان يتمسك في المطلوب باصل البراءه من التكليف لا لكونه حادثا منفيا باصل العدم لرجوعه الى الاستصحاب و لا للأصل الشرعيّ المستفاد من نحو قولهم ع كل شىء مطلق حتى يرد فيه نهى و الناس في سعه ما لم يعلموا و كلما حجب الله علمه عن العباد فهو موضوع عنهم فان المفهوم من ذلك سقوط التكليف بما لا يعلمه المكلف كما يظهر بالتدبر بل لان التكليف فرع البيان و هو مفقود في محل النزاع لا يقال البيان موجود و هو الخطاب العام الصالح لكل مميز لان ذلك مشروط بالبلوغ و لم يثبت قبل اكمال الخمس عشر و قد يناقش فيما ذكره بما لا يخفى و قد تمسك في لف بان الاصل بقاء الحجر و قد صرح في مجمع الفائده بانه يدل على ذلك الاصل و الاستصحاب و في الرياض بانه يدل عليه الاصول الكثيره القطعيه و منها ان من لم يبلغ ما ذكر لم يبلغ النكاح و ان بلغ عشرة او ثلث عشر او اربع عشر فيجب ابتلائه حيث يكون يتيما و هو ينافى كونه بالغاً بهذه الثلاثه اما الاول فلان المراد بلوغ النكاح القدره على الجماع و الانزال على ما صرح به في مجمع البيان و من الظاهر ان من لم يبلغ خمس عشر سنه لا يقدر على ذلك و ان بلغ ما بلغ و اما الثاني فلقوله تعالى وَ ابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ اِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَاِنْ اَنْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا اِلَيْهِمْ اَمْوَالَهُمْ و اما الثالث فلان الابتداء و عدم وجوب رد الاموال لا يكون الا لعدم البلوغ اذ لو بلغ و استانس منه الرشد لزم دفع الاموال بمقتضى قوله تعالى فَاِنْ اَنْتُمْ مِنْهُمْ اِيه لا يقال لا نسلم انحصار القدره على الجماع و الانزال فيمن اكمل الخمس عشر بل قد يتفق في العشر و في اثناء الثلث عشر و الرابع عشر و الخمس عشر لأننا نقول ذلك نادر ان سلم وقوعه و النادر في حكم المعدوم فلا ينصرف اليه الاطلاق و منها ما تمسك به في مجمع الفائده من عمومات الاخبار الداله على عدم حصول البلوغ الا بالحلم و الانبات خرج منها ما اذا اكمل الخمس عشر بالاجماع فيبقى غيره مندرجا تحتها فمن تلك الاخبار النبوى المرسل و المرتضوى المسند رفع القلم عن ثلاثه عن الصبي حتى يحتلم و منها خبر طلحه بن يزيد عن ابي عبد الله ع اولاد المسلمين اذا بلغوا اثنتى عشره سنه كانت لهم الحسنات فاذا بلغوا الحلم كتبت عليهم السيئات و منها خبر على بن جعفر عن اخيه موسى ع قال سألته

عن اليتيم متى ينقطع يتمه قال اذا احتلم و عرف الاخذ و العطاء و منها المرسل على الصبي اذا احتلم الصيام و على المراه اذا حاضت الصيام و منها انه لو تحقق البلوغ بالعشر او الثلث عشر او الرابع عشر لكتب عليه فيها ماله و ما عليه و اخذ منه الحدود و التالي بط فالمقدم مثله اما الملازمه فظاهره و اما بطلان التالي فللنبوى المرسل المروى في ف و الغنيه كما عن كره اذا استكمل المولود خمس عشر سنه كتب ما له و ما عليه و اخذ منه الحدود و منها انه لو تحقق البلوغ في احد المذكورات لوجب عليه

الجهاد و التالى بط فالمقدم مثله اما الملازمه فظاهره و اما بطلان التالى فللمرسل ان عبد الله بن عمر قال عرضت على رسول الله ص عام و انا ابن ثلث عشر سنه فردنى و عرضت عليه يوم احد و انا ابن اربع عشر سنه فردنى و لم يرمى بلعب و عرضت عليه يوم الخندق و انا ابن خمس عشر سنه فقبلنى و اخذنى فى المقاتله و صرح فى المصاييح بان هذه الروايه مشهوره رواها جماعه من ارباب المغازى و السير ممن يوثق بنقلهم ثم نقل عن عيون الاثر انه صرح بانه ورد انه ص رد يوم احد أيضا اسامه بن زيد بن ثابت و اسيد بن طهر ثم اجازهم يوم الخندق و هم ابنا خمس عشر سنه و منها ما تمسك به فى المصاييح من خبر حمزه بن حمران قال سئلت ابا جعفر ع قلت متى يجب على الغلام ان يؤخذ الحدود العامه و تقام عليه و يؤخذ بها قال اذا خرج عنه اليتيم و ادرك قلت فلذلك حد يعرف به فقال اذا احتلم او بلغ خمس عشره سنه او اشعر او انبت قبل ذلك اقيمت عليه الحدود التامه و اخذ بها و اخذت له ثم قال و الغلام لا يجوز امره فى الشراء و البيع و لا يخرج من اليتيم حتى يبلغ خمس عشر سنه او يحتلم او يشعر او ينبت قبل ذلك و قد صرح بصراحه هذه الروايات فى الدلاله على المدعى بعض الفضلاء لا يقال هذه الروايه لا يجوز الاعتماد عليها لضعف سندها كما اشار اليه بعض لأنا نقول ضعف السند هنا غير

ص: ٨١

قادح اما اولاً فلانجباره بالشهره العظيمه التى لا يبعد معها دعوى شذوذ المخالف و اما ثانيا فلما اشار اليه والدى العلامه قدس سره من اشتماله على ابن محبوب المجمع على تصحيح ما يصح عنه و منها ما تمسك به فى المصاييح أيضا من خبر يزيد الكناسى عن ابي جعفر ع قال الجاربه اذا بلغت تسع سنين ذهب عنها اليتيم و زوجت و دفع اليها ما لها و اقيم الحدود التامه عليها و لها فقلت الغلام اذا زوجه ابوه و لم يدرك كان له الخيار فاذا ادرك و بلغ خمس عشر سنه او اشعر فى وجهه او نبت فى عانته قبل ذلك و منها خبر ابي بصير ع عن الصادق ع فى غلام صغير لم يدرك ابن عشر سنين زنا بامراه محصنه قال لا ترجم لان الذى ينكحها ليس بمدرك و لو كان مدركا رجمت و صرح فى المصاييح باعتبار سند هذه الروايه قائلا الطريق الى الراوى و هو يزيد الكناسى فى الروايتين صحيح و اما يزيد الكناسى فان كان هو ابا خالد يزيد القمط الثقه فالحديث صحيح و يؤيد الاتحاد اتحاده الايسم و الكنيه و ان الشيخ ذكر الكناسى فى رجاله و لم يذكر القمط و النجاشى ذكر القمط و لم يذكر الكناسى مع ذكره روايتهما و على تقدير المغايره فالحديث حسن لما حكاه العلامه فى الايضاح عن السيد الصفى محمد بن سعيد موسى عن الدارقطنى من محدث العامه ان يزيد الكناسى شيخ من شيوخ الشيعة روى عن ابي جعفر و ابي عبد الله ع لكنه ضبطه بالباء الموحد و الرء المهمله و أيضا فان الحسن بن محبوب التيراد يروى عنه كما اتفق فى هذه الروايه و غيرها و قد عرفت انه ممن اجتمعت العصابه على تصحيح ما يصح عنه قال فى الذخيريه فى يزيد و ابو خالد الكناسى ممدوح و قد عده من جمله المشاهير المتكويرين فى الاسانيد و هذا يقتضى حسنا فيه مع انجبار ضعفه لو كان بعمل الاصحاب و استنادهم الى روايته فى هذا الباب و منها ما تمسك به فى المصاييح أيضا من خبر العباس بن عامر الذى نقله عن الخصال عمن ذكره عن ابي عبد الله ع قال يؤذن الصبى على الصوم فيما بين خمس عشر سنه الى سته عشر سنه و منها ما تمسك به فى المصاييح أيضا من الخبر الذى رواه عن المقنع و فيه روى ان الغلام يؤخذ بالصيام ما بين اربع عشره الى سته عشره الا ان يقوى قبل ذلك و صرح بصراحته و بصراحه الذى رواه عن الخصال فى المدعى و لا يضر ضعفهما سنداً بالارسال و الجهاله لانجباره بالشهره العظيمه بل و عمل الاصحاب كما صرح به و منها ما تمسك به فى المصاييح أيضا عن خبر معاويه بن وهب الذى وصفه فى الرياض بالصحة قال سئلت ابا عبد الله ع فى كم يؤخذ الصبى بالصلاه فقال فيما بين سبع سنين و ست سنين قلت فى كم يؤخذ بالصيام فقال فيما بين خمس عشره

و اربع عشره و ان صام قبل ذلك فدعه فقد صام ابني فلان قبل ذلك فتركته و التقريب فى هذه الروايه على ما صرح به مدعى و ضوحه هو انه متى كان الاخذ فيما بين الاربع عشره و الخمس عشره تمرينا و جب ان لا يكون ما قبلهما و لا ما بينهما بلوغا فالبلوغ اما ان يكون باكثر العددين او بما بعده لكن الثانى باطل باجماع علمائنا بل الضروره من المذهب فتعين الاول و هو المطلوب و وجه الدلاله فى الرياض بظهوره فى عدم الزامه بالصوم قبل الخمسه عشر لمكان التخيير المنافى للوجوب العينى و حيث لا قائل بالوجوب التخييرى حتى الاسكافى يعين حمل الاخذ فيه على الاخذ الاستحبابى مضافا الى شهاده صدره به حيث سئل فيه فى كم يؤخذ الصبى بالصلاه و الاخذ الاول للاستحباب بالاجماع فكك الثانى لظاهر السياق و تحديدها الى الحد المذكور بل لعل صريح فى ارتفاعه بالبلوغ اليه و هو ملازم للوجوب بعده اذ لا قائل بالاباحه ح مع منافاته الاعتبار و منها ما تمسك به فى المصاييح قائل يدل على ذلك ما رواه ثقه الإسلام الكلينى فى كا و الصدوق فى يه و الشيخ فى يب بطريق فيه على بن السندى و حديثه يقرب من الصحيح عن معاويه بن وهب و هو ثقه مشهور قال سئلت ابا عبد الله ع فى كم يؤخذ الصبى بالصيام قال ما بينه و بين خمسه عشر سنه و اربع عشره سنه فان صام قبل ذلك فدعه و فى الفقيه ما بينه و بين خمسه عشر سنه او اربع عشره سنه بالعطف باو و هذا واضح

و المعنى فى العطف بالواو كما فى الكافى و يب يرجع اليه لاستحاله اراده الجمع هنا كما هو ظاهر وجه الدلاله فى الروايه انه قد جعل فيها ما تقدم على الخمسه عشر سنه و الاربع عشره وقتا للتمرين و الاخذ على سبيل التاديب كما يقتضيه السياق و الترديد بين العددين المذكورين و مقتضى ذلك حصول البلوغ باحد الامرين لكن يمتنع ان يكون بالاقبل و الا لم يكن الزمان المتوسط تمرينيا و اللآزم من الترديد كونه كك فيجب ان يكون بالاكتر و هو الخمسه عشر و المراد منه على ما سبق نفس العدد الذى لا يتم الا بالمجموع فلا يتحقق البلوغ الا باكمالها و الوجه فى الترديد بين العددين التنبيه على الفرق بين المتوسط بينهما و المتقدم عليهما فى التضييق و عدمه فان الصبى يضيق عليه فيما بين الاربعه عشر و الخمسه عشر بخلاف ما تقدمهما من الزمان فانه لا يضيق عليه فيه لبعده عن البلوغ و للقول الثانى وجهان احدهما ما اشار اليه فى مجمع الفائده من عموم ادله التكليف على سبيل الوجوب و الحرمة خرج منها بعض الافراد كابن سبع سنين و لا دليل على خروج محل البحث فيبقى مندرجا تحته و فيه نظر اما اولا فللمنع من عموم معتبر يشمل محل البحث و اما ثانيا فلان العموم المذكور على تقدير تسليمه يجب تخصيصه بادله القول الاول التى هى ارجح منه من وجوه عديده و اما ثالثا فلان ذا الثلث عشر ان كان مجتهدا فنطالبه بدليل حجيه هذه العمومات بالنسبه اليه و ان كان غير مجتهد فنطالبه بالدليل على كونه مقلدا لمجتهد بل الحكم بوجوبه يتوقف على بلوغه فلو توقف الحكم ببلوغه على وجوب التقليد لزم الدور و هو بط و ليس الامر كك لو بلغ الخمس عشر فانه يحكم ح ببلوغه و وجوب التقليد عليه معا قطعاً اللهم ان يقال انه يجب على الصبى عقلا اما العمل بظنه فى معرفه البلوغ و الرجوع الى المجتهد كما يجب على البالغ فى معرفه الدين و مثل هذا الوجوب لا يتوقف على سبق العلم بالبلوغ فت و ثانيهما جمله من الاخبار احدها خبر عبد الله بن

ص: ٨٢

سنان الذى وصفه فى الكفايه و الرياض بالموثقيه عن ابى عبد الله ع عن قول الله عز و جل حَتَّىٰ إِذَا بَلَغَ أَشُدَّهُ قَالَ الاحتلام قال فقال يحتلم فى ست عشره و سبع عشره سنه فقال اذا اتت عليه ثلث عشر سنه كتبت له الحسنات و كتبت عليه السيئات و جاز امره الا ان يكون سفيها او ضعيفا و ثانيها خبر اخر لعبد الله بن سنان عن ابى عبد الله ع قال اذا بلغ ثلث عشر سنه كتبت له الحسنه و كتبت عليه السيئه و عوقب فاذا بلغت الجاربه تسع سنين فكك و قد وصف هذه الروايه فى الكتابين المذكورين و المصاييح

بالموثقيه و ثالثها خبر اخر أيضا لعبد الله بن سنان عن ابي عبد الله ع قال اذا بلغ اشده ثلث عشر سنه و دخل فى الاربع عشر سنه و جب عليه ما و جب على المحتملين احتلم او لم يحتلم كتبت عليه السيئات و كتبت له الحسنات و جاز له كل شىء الا ان يكون سفيها و قد وصف هذه الروايه بالحسن فى الكفايه و الرياض بل ربما يظهر من مجمع الفائده تصحيحها و رابعها خبر ابي حمزه الشمالى عن الباقر ع قال قلت جعلت فداك فى كم يجرى الاحكام على الصبيان قال فى ثلث عشر سنه و اربع عشر سنه قلت فانه لم يحتلم قال و ان لم يحتلم فان الاحكام تجرى عليه و خامسها خبر عمار الساباطى الذى وصفه فى المصاييح بالموثقيه عن ابي عبد الله ع قال سألته عن الغلام متى تجب عليه الصلاه فقال اذا اتى عليه ثلث عشر سنه فان احتلم قبل ذلك فقد وجبت عليه و جرى عليه القلم و الجاريه مثل ذلك ان اتى بها ثلث عشر سنه او حاضت قبل ذلك فقد وجبت عليها الصلاه و جرى عليها القلم و قد يق لا يجوز الاستناد الى هذه الاخبار فى اثبات المدعى لعدم صلاحيتها لمعارضه ما دل على القول الاول اما اولاً فلان ما دل على القول الاول من الاخبار اكثر عدداً و لا كك هذه الاخبار فانها أقلّ جداً خصوصاً على ما صرح به السيد الاستاد فى المصاييح من ان روايات عبد الله بن سنان الاصل فيها واحده و هو عبد الله بن سنان فهى فى قوه روايه واحده و ان تعدد الطرق اليه و اما ثانياً فلما صرح به فى المصاييح أيضاً من ان الاخبار الداله على القول الاول اكثرها معتبر سنداً بل فيها الصحيح و لا كك هذه الاخبار فان بعضها ضعيف السند و بعضها قاصر السند بالموثقيه و الحسن و ليس فيها الصحيح و اما روايه الحسن بن على الوشاء التى استظهره فى مجمع الفائده صحتها فليست بصحيحه عند الاكثر على ما صرح به فى المصاييح قائلاً ظاهر الاكثر عد حديثه من الحسن دون الصحيح بناء على ان الذى قيل فى مدحه انه من وجوه هذه الطائفه و عيونها و هو لا يبلغ حد التوثيق و هو الذى اختاره الشهيد الثانى ثم حكى عنه التصريح بان توصيف بعض الاصحاب روايته بالصحه محمول على الصحه الاضافيه دون الحقيقه و اما ثالثاً فلما ذكره فى المصاييح من ان الاخبار الداله على القول الاول موافقه لمقتضى الاصل و العمومات و ظواهر الكتاب و السنه و الاجماع المنقوله و الشهرة و فيها ما هى صحيح السند نقى الطريق متعدد الطرق صريح الدلاله على نفى الثلاثه عشر و هو صحيحه ابن وهب فانه قد جعل فيها ما بين الاربعه عشر و الخمسه عشر زماناً للتمرين و التاديب و اقصى ما يتصور معه الحكم بتحقيق البلوغ بالدخول فى الرابعه عشر بناء على ان المراد من العددين الاخذ فيهما على خلاف الظاهر و اما حصوله بالثلاثه عشر او الدخول فى الرابعه عشر فمما لا يتأتى فيه قطعاً سواء اريد من العددين الاكمال او الشروع و حديث الثلاثه عشر لا يصلح لمعارضته لعدم التكافؤ بينهما اما من جهه السند فظاهر و اما من جهه الدلاله فلكون الصحيحه المذكوره نصياً فى نفى الاقل من الاربعه عشر مع امكان التاويل فيما دل على الثلاثه عشر بالحمل على الاستحباب المؤكد او تحقق البلوغ بغير السن من الاسباب كما ذكره غير واحد من الاصحاب و لا ينافى ذلك قوله احتلم او لم يحتلم فان البلوغ قد يعلم بغير الاحتلام لا- يقال يمكن ترجيح ما دل على الثلث عشر بما صرح به بعض المحققين من مخالفته لمذاهب العامه بخلاف الخمسه عشر فانه موافق لما ذهب اليه الاوزاعى و الشافعى و ابو يوسف و محمد بن الحسن و احمد بن حنبل فيمكن حمل ذلك على التقيه فانها احدى المحامل و السبب الاعظم فى

اختلاف الاخبار و مع هذا فقد ورد الامر بالاخذ بما خالف العامه معللاً بان الرشد فى خلافهم لأننا نقول لا يمكن المصير الى هذا الترجيح اما اولاً فلان مرجحات الخمس عشر اقوى ظناً و اكثر عدداً و مع ذلك فبعضها منصوص عليه و هو الاعليه و الشهرة و اما ثانياً فلما ذكره فى المصاييح من ان الحمل على التقيه لا يستقيم فيما دل على الخمسه عشر لوروده عن الباقر ع و الصادق ع و زمان الباقر ع متقدم على زمان القائلين بالخمسه عشر من فقهاء اهل الخلاف و كذا الصادق ع ممن عدا الاوزاعى من المذكورين و اما الاوزاعى فربما يتوهم احتمال التقيه منه فيما ورد عن الصادق ع حيث انه كان فى عصره لكن الذى يظهر من

تتبع الاخبار ان التقيه فيما روى عن الصادق ع و الكاظم ع انما كانت من فقهاء الحجاز و العراق دون غيرهم و الازاعى هذا كان من فقهاء الشام و لم يكن بحيث يتقى منه مع ان من جمله تلك الاخبار ما اشتمل على تحديد البلوغ فى الاثنى بسبع سنين و هذا مخالف لما أطلق عليه اهل الخلاف فى ذلك فالروايات من الطرفين مخالف لمذهب العامه و لا يتأتى الحمل على التقيه فى شىء منها غايه الامر ان المخالفه فى احديها اتم من الاخرى و هو لا يصلح للترجيح هذا اذا كان النظر فى الحمل على التقيه الى الاقوال الظاهره المعروفه و لو بنى على الاحتمال فهو قائم فى حديث الثلاثه عشر أيضا بل هو فيه اولى من جهة الراوى و المروى عنه معا فان عبد الله بن سنان الراوى للثلاثه عشر كان وجيها عند العامه و قد ذكر علماء الرجال انه كان على خزائن المنصور و المهدي و الهادي و الرشيد من خلفاء بنى العباس و مثل هذا اولى بان يتقى فى حديثه و قد روى ابن سنان هذا الحديث عن الصادق ع و التقيه فى اخباره كثيره جدا بخلاف الاخبار المرويه عن ابيه الباقر ع فانه كان يفتى اصحابه بمر الحق كما

ص: ٨٣

صح عن الصادق ع و للقول الثالث وجوه أيضا منها ما اشار اليه فى المصاييح قائلا و يمكن الاحتجاج لابن الجنيده بعمومات التكليف و صحه توجه الخطاب الى المميز عقلا لوجود شرطيه و هما العلم و القدره و قد خرج عن ذلك من لم يبلغ اربع عشر سنه بالنص او الاجماع فيبقى غيره ثم اجاب عنه بان البلوغ شرط ثالث للتكليف مغاير للعلم و القدره و هو فى الاربعه عشر مشكوك فيه و الشك فيه يستلزم الشك فى التكليف المشروط به و أيضا الاصل عدم الشرط مع الشك فيه كما هو المفروض فيحكم بانتفاء المشروط و عندى فى هذا الجواب الذى ذكره مناقشه فالاولى الجواب بان تلك الاخبار يجب تخصيصها بادله القول الاول و منها ما ذكره فى المصاييح أيضا من ان احوال البدن فى الاسنان مرتبه على الاسابيع فيجب ان يكون بلوغه كك و ليس فى الاسبوع الاول و لا- الثالث قطعاً فيكون فى الثانى و هو المطلوب اما الثانى فظ و اما الاول فبالعقل و النقل فلما ذكره الاطباء من ان استكمال الانسان و تراجع فى السنين يشبه احوال القمر فى استكمالها و تراجعها فى دوره فانه يبدو هلالاً ضعيفاً ثم لا- يزال يزداد الى الليله السابعه يتقوى و يشتد نوره و لا يزال فى الاشتداد حتى يصير فى الليله الرابعه عشر بدرًا كاملاً تاماً ثم يرجع فينقص شيئاً فشيئاً حتى يكون فى الواحد و العشرين كهيئته فى السابع منه ثم يزداد نقصانه و خفائه الى ان ينتهى الى العدم و المحاق فى الثمانيه و العشرين و هكذا الصبى اذا ولد كان ضعيف الخلقه نحيف التركيب الى ان يتم له سبع سنين فاذا تم له ذلك استبان فيه آثار القوه فى العقل و الجسم ثم لا يزال يترقى الى ان يتم له اربع عشره سنه فاذا دخل فى الخامسة عشر دخل فى الاسبوع الثالث و هناك يكمل عقله و تشتد قوته و تتحرك فيه الشهوه ثم لا يزال يرتقى الى هذه الحاله الى السنه الحاديه و العشرين ثم يدخل فى الاسبوع الرابع و هو اخر اسابيع النشو و النماء فاذا تم له ذلك باتمام السنه الثمانيه و العشرين انتقل الى سن الوقوف و هو الزمان الذى يبلغ فيه الشده و ذلك هو الاسبوع الخامس و يمتد الى ست و ثلاثين سنه ثم يبدو له الرجوع من بعد ذلك و يكون عوده كبعده و اما الثانى فلما رواه الصدوق فى يه عن امير المؤمنين ع انه قال يولى الصبى سبعا و يؤدب سبعا و يستخدم سبعا و ينتهى طوله فى ثلث و عشرين سنه و عقله فى خمس و ثلاثين سنه و ما كان بعد ذلك فبالتجارب و عن الصادق ع انه قال دع ابنك يلعب سبع سنين و يؤدب سبع سنين و الزمه نفسك سبع سنين فان افلح و الا فانه ممن لا خير فيه و ما رواه الكليني عن عيسى بن يزيد عن ابي عبد الله ع قال قال امير المؤمنين ع ينصر الصبى لسبع سنين و يؤمر بالصلاه لتسع و يفرق بينهم فى المضاجع لعشر و يحتلم لأربع عشر و ينتهى طوله لإحدى و عشرين سنه و ينتهى عقله لثمان و عشرين الا التجارب ثم اجاب عن هذا الوجه بمنع اطراد الاسابيع فى كل شىء حتى البلوغ بالمعنى الذى يترتب عليه الاحكام الشرعيه الواجبه و الوجه

العقلى مع كونه ظنيا لا يقتضيه و النقلى مسبق بشىء اخر فلا يقاس على البلوغ و قوله ع يحتلم الاربع عشر لا عموم له و انما المراد به الغلبه او الامكان فى ذلك دون ما قبله فان الاحتلام قد يتأخر عن المده المذكوره و منها ما ذكره فى المصاييح أيضا من ان ما دل على الخمسه عشر يحتلم اراده الاخذ و الانتهاء و ليس نصا فى احدهما فيبنى على الاول احتياط للعباده ثم اجاب عنه اولاً- بان روايات الخمسه عشر منها ما هو نص فى الاكمال و منها ما هو ظاهر فيه فلا اجمال و ثانيا بان وجوب الاحتياط موقوف على التكليف فلو توقف التكليف عليه لزم الدور و ثالثا بان الاحتياط فى نفسه لا يقتضى الوجوب و انما يجب مع اشتغال الذمه بما يتوقف عليه و ذمه الصبى خاليه عن الشواغل و منها ما اشار اليه فى المصاييح أيضا قائلا احتج العلامة لابن الجنيده بما رواه الشيخ فى يب عن ابى حمزه الثمالى عن ابى جعفر ع قال قلت له جعلت فداك فى كم تجرى الاحكام على الصبيان قال فى ثلث عشر او اربع عشر قلت فانه لم يحتلم فيهما قال و ان لم يحتلم فان الاحكام تجرى عليه

ثم اجاب عنه اولاً- بضعف السيّد معللا بان فيه السندي بن ربيع و يحيى بن المبارك و هما مجهولان و عبد الله بن جبه و هو واقفى و ثانيا بمنع دلالة على المطلوب معللا- باشتماله على التريده المنافى للتعين و لكنه اجاب عن هذا بحمل العطف على التقسيم او على التريده من الراوى فان منزله الامام تنافى الشك فى الاحكام و اذا دار الامر بين الاقل و الاكثر وجب البناء على الاكثر عملا- بمقتضى الاصل فيثبت التحديد كما هو المطلوب و فيما ذكره نظر لوجوه الاول ان حمل العطف على التقسيم خلاف الظاهر مع ان التقسيم فى السن الذى يحصل به البلوغ لا- قائل به بل كل من قال بسن قال به مط الثانى ان التريده من المعصوم ع غير ممتنع اذا اراد التخيير بين الزائد و الناقص الا ان يدفع بانه لا قائل به الثالث ان الاصل على تقدير تسليمه لا يصح دلالة الروايه و ثالثا بحمل الروايه على التمرين مع ابقاء العطف على ظاهره فان الاستصحاب يقبل الدرجات بخلاف الايجاب و منها ما استدل به بعض على ما حكاه فى الرياض من خبر معاويه بن وهب المتقدم و فيه نظر بل استدل به فيه و فى غيره على القول الاول و للقول الرابع ان الصبى لو لم يبلغ بعشر سنين لما صح وصيته و التالى بط فالمقدم بمثله اما الملازمه فلان الوصيه تصرف فى المال و غير البالغ لا يجوز له ذلك لكونه محجورا عليه و اما بطلان التالى فللأخبار الداله على صحه وصيه غير البالغ و فيها الصحيح كما صرح به فى لك و فيه نظر للمنع من الملازمه لجواز اختصاص غير البالغ بهذا الحكم كما صرح به فى لك بل يتعين الحكم بذلك اما اولاً فلما تقدم من الادله الداله على القول الاول و اما ثانيا فللأخبار الداله على عدم حصول البلوغ بعشر سنين احدها الخبر الذى وصفه بالصحه فى المصاييح مصرحا بانه رواه المشايخ الثلاثة عن ابى جعفر و عن ابى عبد الله ع فى غلام صغير لم يدرك ابن عشر سنين زنا بامرأه قال يجلد الغلام دون الحد و تجلد المراه الحد كاملا قيل له و ان كانت محصنه قال لا ترجم لان الذى نكحها ليس بمدرك و ثانيا خبر الحلبي الذى وصفه بالصحه فى المصاييح قال قلت لأبى عبد الله ع الغلام له سنين فزوجه

ص: ٨٤

ابوه فى صغره ا يجوز طلاقه و هو ابن عشر سنين فقال اما التزويج فصحيح و اما طلاقه خاطب من الخطاب و ان انكر ذلك و ابى ان يمضيه فهو امراته و ثالثها خبر صفوان بن يحيى عن اسحاق بن عمار قال سئلت ابا الحسن ع عن ابن عشر سنين يحج قال ع عليه حجه الإسلام اذا احتلم و كذا الجارىه عليها الحج اذا حملت و رابعها خبر شهاب عن ابى عبد الله ع قال سألته عن ابن عشر سنين يحج قال عليه حجه الإسلام اذا احتلم و كذا الجارىه عليها الحج اذا حملت و خامسها خبر سماعه الذى وصفه فى المصاييح بالموثقيه قال اذا سرق الصبى و لم يحتلم قطعت اطراف انامله فاذن المعتمد هو القول الاول و

## الاول اختلف الاصحاب في تعيين السن

الذى يعلم به بلوغ الانثى على قولين الاول انه يحكم ببلوغها اذا بلغت تسع سنين و هو للخلاف و الغنيه و السرائر و النافع و الشرائع و كره و عد و شد و ره و ير و اللعمه و ضه و لك و مجمع الفائده و الكفايه و الرياض و حكاة فى المصاييح عن الشيخ فى كتاب الحجر من المبسوط و سائر كتبه و ابن حمزه فى كتاب النكاح من الوسيله و ادعى الشهره على هذا القول فى لك و الكفايه و المصاييح الثانى انه لا يحكم ببلوغها الا اذا بلغت عشر سنين و هو للمحكى عن الشيخ فى كتاب الصوم من ط و ابن حمزه فى كتاب الخمس من الوسيله و الاقرب عندى هو القول الاول الذى عليه المعظم و لهم و جوه منها دعوى الاجماع عليه فى الخلاف و الغنيه و السرائر و كره و ضه و هو معتضد بالشهره العظيمه بل صرح فى لك بندور المخالف بل قد يمنع من ظهور كلامه فى المخالفه لاحتمال ان يكون مراده من العشر الدخول فيه لإتمامه و ذلك يحصل بكمال التسع الذى هو المختار و منها جملة من الاخبار المصرحه بان الجاربه اذا تزوجت و دخل بها و لها تسع سنين ذهب عنها اليتم و دفع اليها مالها و جاز امرها فى البيع و الشراء و منها ما تمسك به فى مجمع الفائده من الاخبار الداله على جواز الدخول بالجاربه التى لها تسع سنين معللا بثبوت تحريم الدخول بغير البالغه و منها المرسل المروى عن يه قال قال ابو عبد الله ع اذا بلغت الجاربه تسع سنين دفع اليها مالها و جاز امرها فى مالها و اقيمت الحدود التامه لها و عليها لا- يقال يعارض الاخبار المذكوره جملة من الاخبار منها خبر عمّار المتقدم و منها المرسل الدال على انها تبلغ بالعرض و قد اشار اليه فى الكفايه و المصاييح و منها خبر غياث بن ابراهيم عن الصادق ع ان امير المؤمنين ع قال لا توطأ جاربه لأقل من عشر سنين لأننا نقول هذه الاخبار لا تصلح لمعارضه الاخبار المتقدمه من وجوه عديده

## الثانى هل يكفى فى الخمس عشر الذى هو سن الذكور

و فى التسع الذى هو سن الاناث على المختار الطعن فيهما كما عن بعض او لا بل يعتبر كمالهما الاقرب الثانى وفاقا للتذكرة و جامع المقاصد و لك و المصاييح و الرياض و لهم و جوه منها تصريح الثلاثة الاول بان ذلك مقتضى فتوى الاصحاب و منها العمومات الداله على عدم تحقق البلوغ الا- بالاحتلام خرج منها صورته كمال السن بالإجماع و لا دليل على خروج غيره فيبقى مندرجا تحتها و منها اصالة عدم تحقق البلوغ قبل الاكمال و قد اشار اليها فى كره و جامع المقاصد و لك و الرياض و منها ما تمسك به فى المصاييح من خبر حمزه بن حمران المتقدم المصرح بان بلوغ الذكر يحصل ببلوغ الخمس عشر لان المتبادر من بلوغ الخمس عشر هو اكمالها دون الاخذ فيها و صرح فى المصاييح بظهور الفرق بين بلوغ الشىء و بين البلوغ الى الشىء فان المفهوم من الثانى خروج الشىء الذى جعل غايه بخلاف الاول فان المتبادر بلوغ اقصاه و الوصول الى منتهاه و مرجعه الى حصول ذلك الشىء دون الوصول اليه و أيضا فان خمس عشر كالعشره اسم لمجموع العدد و بلوغ الجمع لا يكون الا باكمالها و لو اريد الادله على اكمال الاربعه عشر لقليل الى الخامس عشر كما يقال الى العاشر و يراد به اكمال التسع و قد يطلق اسماء العدد الموضوعه للمجموع على مراتبها و لكن ذلك مجاز لا- يصار اليه الا- بقريته تدل عليه و الاصل فى الكلام الحقيقه و بناء الاستدلالات الشرعيه على الظاهر فلا- ينافيه الاحتمالات المخالفه له و منها ما تمسك به فى كره و جامع المقاصد و لك و الرياض من ان الداخل فى السنه الاخيره لا يسمى ابن خمس عشر لغه و لا عرفا



### الثالث هل يعتبر على المختار من اعتبار الكمال في السن الكمال الحقيقي

او يكفى الكمال العرفى و صدق ان الذكر ابن خمس عشره و ان الانثى بنت تسع سنين عرفا فيحكم بالبلوغ مع بقاء لحظه الاقرب الاخير لإطلاق النصوص و الفتاوى و كون المرجع فى الكتاب و السنه هو العرف و اللغه و عدم الدليل على ان المعتبر هو الكمال الحقيقى سوى العمومات الداله على ان البلوغ لا يحصل الا بالاحتلام و لكن ينبغى تخصيصها بالاطلاق المذكور فت

### الرابع صرح فى القواعد و ضه و لك و مجمع الفائدة

و المصاييح بان المراد بالسنين فى تحديد البلوغ القمريه المتعلقه بالشهور و الاهله و احتج عليه فيما عدا الاولين بان ذلك هو المعهود من الشرع و زاد فى الاخير فصرح بانه المعروف عند العرب و صرح فى الرابع بانه المتعارف فى هذا الزمان فهو المتبادر و احتج عليه فى المصاييح بحجه اخرى أيضا قائلًا و يدل عليه أيضا قوله تعالى إِنَّ عِدَّةَ الشُّهُورِ عِنْدَ اللَّهِ اثْنَا عَشَرَ شَهْرًا فِي كِتَابِ اللَّهِ يَوْمَ خَلَقَ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضَ مِنْهَا أَرْبَعَةٌ حُرْمٌ وَقَوْلُهُ سُبْحَانَهُ هُوَ الَّذِي جَعَلَ الشَّمْسُ ضِيَاءً وَالْقَمَرَ نُورًا وَقَدَرَهُ مَنَازِلَ لِتَعْلَمُوا عَدَدَ السِّنِينَ وَالْحِسَابَ وَقَوْلُهُ عَزَّ وَجَلَّ يَسْتَبْشِرُونَكَ عَنِ الْأَهْلِ قُلْ هِيَ مَوَاقِيتُ لِلنَّاسِ وَالْحَجِّ ثم صرح بانه على هذا يعتبر فى بلوغ الذكر مضى اربعة عشر سنه قمريه و احد عشر شهرا هلاليا فى السنه الاولى و يكمل الشهر الاول منها من السادسة عشر ثلثين يوما ان كان تاما و الا- ففى تكميله ثلثين كالأول او بقدر ما فات منه ثم الانقاص احتمالا ان اظهرهما الاول و قس على ذلك حال الانثى و ربما قبل بانكسار الشهور و السنين كلها فيها بانكسار الشهر الاول فيبطل باعتبار الاهله و يرجع الى العدد فى الجميع و هو ضعيف و الظاهر انتفاء القول فيها هنا و ان قيل بمثله فى غيره

### الخامس هل الخنى المشكل يلحق بالانثى او بالذكر

صرح فى لك بالاخير محتجا بعد الاعتراف بانه لا- نص فى ذلك بالخصوص بان اصاله عدم التكليف و البلوغ يقتضى استصحاب الحال السابق الى ان يعلم المزيل

ص: ٨٥

و هو البلوغ للخمس عشر ان لم يحصل قبله امر اخر و صار الى ذلك فى مجمع الفائدة أيضا و هو جيد و لكن مراعات الاحتياط اولى

### السادس لا اشكال فى ثبوت السنّ فى المقامين بالعلم مط

و بشهاده العدلين و قد صرح بالاخير فى ضه و صرح فيها بثبوتها بالشياع و أطلق و هو جيد ان اراد المفيد للعلم و اما المفيد للظن فيه اشكال و هل يثبت بدعوى الصبى و الصبيّه او لا الاقرب الاخير وفاقا للروضه للأصل السليم عن المعارض و هل يثبت بقول الابوين او لا صرح فى ضه بان فى الاول وجه قوى و فيه نظر بل الاقرب هو الثانى

### السابع تحديد البلوغ بالسن كغيره من التحديدات امر واحد

غير مختلف بالقياس الى انواع التكليف و غيرها من الامور المشترطه بالبلوغ و قد صرح بذلك في المصاييح و لكنه حكى عن القاساني انه تفرد هنا فزعم ان التحديد بالسن مختلف باختلاف التكليفات و ان الحد في كل شىء هو التحديد الوارد فيه ظنا منه ان التوفيق بين الأحاديث المختلفه الوارده في ذلك يحصل به و هو فاسد لوجهين احدهما انه ادعى في المصاييح الاجماع على بطلان ما ذكره قائلا- هو فاسد لمخالفته اجماع الاماميه بل اجماع المسلمين كافة فان العلماء مع اختلافهم في حد البلوغ بالسن مجمعون على ان البلوغ الواقع للحجر هو الذى يثبت به التكليف و ان الذى يثبت به التكليف في العبادات هو الذى يثبت به التكليف في غيرها و ان الذى يثبت به التكليف في بعض العبادات كالصلاه مثلا هو الذى يثبت به التكليف في العبادات الباقية و هذا امر ظاهر في الشريعة معلوم من طريقه فقهاء الفريقين و عمل المسلمين في الاعصار و الامصار من غير نكير فانه متى ثبت بلوغ احد عندهم في البعض ثبت بلوغه عندهم في الكل و اجريت عليه التكليف و ارتفع عنه الحجر و انقطعت عنه ولايه الاولياء و حكم الاوصياء و كان كغيره من المكلفين مالكا لأمره في المناكح و الاموال ثابتا له ما ثبت لهم جاريا عليه ما جرى عليهم في العبادات و المعاملات و الحدود و الايقاعات و لم يسمع من احد تنوع الصبيان و تقسيمهم بحسب اختلاف مراتب السن بان يكون بعضهم بالغاً في الصلاه غير بالغ في الزكاه و بعضهم بالغاً في الزكاه غير بالغ في الصوم او بالغ في الصوم غير بالغ في الحج و الجهاد او بالغاً في العبادات غير بالغاً في المعاملات أو بالغاً في المعاملات غير بالغ في غيرها و ما ذلك الا لكون البلوغ بالسن امرا متحدا غير قابل للتجزيه و التنوع كغيره مما جعله الشارع مناطا للتكاليف و ارتفاع الحجر في النفس و ثانيهما ما تمسك به في المصاييح من ان الروايات الوارده في المسأله مع اختلافها في مقدار السن متفقه في هذا المعنى فان روايه عبد الله بن سنان التي قواها المتأخرون و مال الى الاخذ بها المخالف المذكور مصرحه بان الصبي متى اكمل الثلاثه عشر و جب عليه ما و جب على المحتملين و ثبت له الحسنات و كتبت عليه السيئات و جاز له كل شىء الا ان يكون سفيها او ضعيفا و كذا روايه الثمالى الذى جعل مستندا لابن الجنيدي في التحديد بالاربعه عشر فانها دلت على ان الاحكام تجرى على الصبيان في الحد المذكور و ان من بلغ اربع عشر سنه كالمحتمل في جريان الاحكام عليه و اما ما دل على المشهور و هو الخمسه عشر فان منه ما هو صريح في ذلك كالنبوى و منه ما هو ظاهر في العموم غايه الظهور كروايه حمزه بن حمران حيث قرن فيها السن بالاحتلام و الانبات و جعل كلا منها حدا لإدراك و الخروج عن اليتيم و اجراء الحدود و الاخذ بهما و كذا في ارتفاع الحجر في البيع و الشراء كالتمتع في النساء و قد روى الثقة الجليل عبد الله بن جعفر الحميرى في قرب الاسناد عن علي بن الفضل انه كتبت الى ابي الحسن ع ما حد البلوغ قال ما اوجب على المؤمنين الحدود و بهذا يتبين العموم في روايه يزيد الكناسى أيضا حيث دلت على ان الحدود لا تثبت للغلام قبل الخمسه عشر و أيضا فان من جمله الاخبار الوارده في المسأله روايتا سليمان بن جعفر المروزي و الحسن بن راشد و هما نص في وجوب الفرائض و الحدود على الغلام باكمال ثمان سنين و التوفيق بينهما و بين التحديدات الاخر غير ممكن و كذا التوفيق بين ما ورد في وجوب الصلاه على من بلغ ست سنين و ما دل على عدم وجوبها على من لم يبلغ ثلث عشره سنين او اربع عشره سنين و كذا ما دل على وجوب الصيام على الجاربه بتسع سنين و ما دل على وجوبها عليها بالثلاثه عشر فاين التوفيق و بالجمله فالروايات في المسأله بلغت في الاختلاف بحيث لا يرجى فيها الجمع و التطبيق كما يظهر بالرجوع اليها و النظر في مدلولاتها و قد علم من ذلك ان الواجب في اخبار المسأله النظر في التكافؤ و المعادله و الاخذ بالراجح و ترك المرجوح او تاويل ما يتطرق اليه الاحتمال بالحمل على التمرين و التاديب كما فعله الاصحاب و اما الترجيح فقد تقدم بيان ما فيه كفايه

**منهل لا اشكال في ان الاحتلام مما يتحقق به البلوغ**

و يثبت به التكليف كما صرح به في الغنيه و ثر و يع و فع و عد و صره و شد و كره و ير و اللمعه و ضه و لك و جامع المقاصد و الكفايه و الرياض و لهم و جوه منها ما تمسك به جماعه منهم السيد الاستاد قدس سره من قوله تعالى **إِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنْكُمُ الْحُلُمَ فَلْيَسِّرُوا تَأْذِينًا** و قوله تعالى **وَالَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُوا الْحُلُمَ مِنْكُم** و قوله تعالى **وَ ابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ** و قوله تعالى **وَلَا تَقْرُبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ** \* و منها العمومات الداله على وجوب الغسل بالاحتلام و منها دعوى الاجماع على ذلك في الغنيه و التذكرة و مجمع الفائده و المصاييح و ظاهر لك بل صرح في المصاييح بانه مما لا خلاف فيه بين المسلمين و قد اشار اليه في كره بقوله قد اجمع العلماء على ان الفرائض و الاحكام تجب على المحتلم العاقل و منها الاخبار الكثيره احدها النبوى المشهور رفع القلم عن الثلث عن الصبي حتى يحتلم و عن المجنون حتى يفيق و عن النائم حتى ينتبه و صرح في المصاييح بانه مما رواه المخالف و الموافق ثم حكى عن ابن ادريس التصريح بانه مجمع عليه و ثانيها المروى عن الخصال عن باسناده

ص: ٨٦

عن ابن ظبيان قال اتى عمر بمجنونه قد زنت فامر برجمها فقال على ع | ما علمت ان القلم يرفع عن ثلاثه عن الصبي حتى يحتلم و عن المجنون حتى يفيق و عن النائم حتى ينتبه و صرح في المصاييح بان هذا حديث مشهور رواه الفريقان و ذكر اصحابنا في الفروع و في كتب الاماميه في جمله مطاعن الثلاثه و ثالثها المروى عن الفقيه عن الصبي اذا احتلم الصيام و على المرأه اذا حاضت الصيام و رابعها خبر طلحه بن زيد عن ابى عبد الله ع قال ان اولاد المسلمين مرسومون عند الله تعالى شافع و مشفع فاذا بلغوا اثني عشر كتبت لهم الحسنات فاذا بلغوا الحلم كتبت عليهم السيئات و خامسها خبر هشام بن سالم عن ابى عبد الله ع قال انقطع يتم اليتيم الاحتلام و هو اشده و سادسها خبر عبد الله بن سنان الذى وصفه فى المصاييح بالموثقيه عن ابى عبد الله ع قال سأله ابى و انا حاضر عن قول الله عز و جل **حَتَّىٰ إِذَا بَلَغَ أَشُدَّهُ** قال الاحتلام و سابعها المروى عن قرب الاسناد عن على ابن جعفر عن اخيه موسى ع قال سألته عن اليتيم متى ينقطع يتمه قال اذا احتلم و عرف الاخذ و العطاء و صرح في المصاييح بان الاخبار الواردة فى هذا المعنى كثيره و

**ينبغي التنبيه على امور**

**الاول هل يختص الحكم المذكور بالذكور او لا**

بل يعم الاناث صرح بالثانى فى السرائر و يع و النافع و عد و المنتهى و كره و شد و جامع المقاصد و ضه و لك و مجمع الفائده و الكفايه و الرياض و المصاييح و ربما يستفاد من ط و النهايه و الوسيله و المهذب و المحكى عن الصدوق الاول و هو ضعيف بل المعتمد هو القول الاول الذى عليه المعظم و لهم و جوه منها تصريح مجمع الفائده و الرياض بدعوى الاجماع عليه و يعضده اولاً تصريح التذكرة بان الاحتلام و هو خروج المنى و هو الماء الدافق الذى يخلق منه الولد بلوغ فى الرجل و المرأه عند علمائنا أجمع و لا- نعلم خلافاً فى الذكور و هو فى النساء كك و للشافعى قول بأن خروج المنى من النساء لا يوجب بلوغهن لأنه نادر فيهن و لا- عبره به و اطبق اكثر العلماء على خلاف هذا و ثانياً ظهور لك فى دعوى الاجماع على الاشتراك و ثالثاً تصريح المصاييح بعد اشارته الى جمله من العبارات الظاهره فى اختصاص الحكم بالذكور بان هذه العبارات و ان استفيد من ظواهرها اختصاص الاحتلام بالذكور و لكن الظاهر انهم تسامحوا فى بيان العلامات و اعتمدوا فيها على ما يعلم به البلوغ فيهما فى الغالب

فان من المعلوم من مذاهب الاصحاب كون الحمل علامه البلوغ و انه دليل على سبقه و هذا مما لا ريب فيه عندهم و قد تضمن ذلك الكلام المنقول عن ابن حمزه و ابن ادريس أيضا و لا- يكون ذلك الامع الاحتلام بلوغا في حقهن و قد صرح الشيخ باشتراك الاحتلام فيما بين الذكور و الاناث و هو قرينه واصله على ان التخصيص بالذكر في كلامهم المنقول مبني على التسامح دون قصد التخصيص و ما نقل عن الصدوق بناء على الغالب من عدم تحقق الاحتلام في النساء و تاخره على تقدير تحققه عن البلوغ بالسن و ان بلوغهن انما يعلم في الاغلب بالسن و الحيض و على هذا يحمل بعض الاخبار الظاهره في اختصاص الاحتلام بالرجال و بالجملة تتبع كلام الاصحاب يقتضى القطع بصحة الاجماع الذى حكاه في كره و منها ما تمسك به في المصاييح من ان الاصل في الاحكام الاشتراك بين الذكور و الاناث فيما لم يثبت خلافه و يشير اليه في هذه المسأله انكار امير المؤمنين ع على عمر في قضيه المجنونه الزانيه بما ذكره من ارتفاع القلم عن الصبي حتى يحتلم و المجنون حتى يفيق و منها ما تمسك به في المصاييح أيضا من ان الاحتلام انما جعل حد البلوغ لدلالته على وجود الشهوه و تحرك الطبيعه عن حد الصبي و الطفولي و هذا امر طبيعي لا يختلف فيه الذكور و الاناث و منها ما تمسك به الشيخ و العلامه فيما حكى عنهما مما روى عن النبى ص ان أم سليم سألته عن المراه ترى في منامها ما يرى الرجل فقال اذا رئت ذلك فلتغتسل و صرح في المصاييح بان الاستناد اليه مبني على استفاده الفوريه المقتضيه لثبوت التكليف بالغسل بالفعل و الا فسببته الاحتلام للغسل لا ينافى عدم البلوغ حال وجود السبب كما في الحدث الاصغر و منها ما تمسك به في مجمع الفائده من عموم الكتاب و السنه و الظاهر انه اراد به العمومات الداله على وجوب الغسل بالاحتلام

### الثانى المراد بالاحتلام الذى جعل علامه البلوغ خروج المنى

سواء كان فى نوم او يقظه و سواء كان بجماع او غيره فخروج المنى يقتضى البلوغ مط و قد صرح به فى الغنيه و السرائر و الشرائع و النافع و عد و صره و شد و كره و ير و اللعنه و ضه و لك و جامع المقاصد و مجمع الفائده و الكفايه و الرياض و قد صرح فى المصاييح بانه عبر الشيخ و الفاضلان و كثير من الاصحاب عن هذه العلامه بخروج المنى و بالجملة الظاهر ان ذلك مما لا خلاف فيه بين الاصحاب و ان عبر بعضهم بلفظ الاحتلام لظهور ان مرادهم المعنى الاعم و ان صرح فى المفاتيح بكون الاحتلام لغه هو الرؤيه فى المنام و ان لم ينزل و لهم وجوه منها اطلاق الاجماع المحكى فى الغنيه و غيرها على ان الانزال و خروج المنى دليل البلوغ و منها ما تمسك به فى المصاييح من قوله تعالى **وَإِذَا بَلَغُوا النَّكَاحَ** و منها ما تمسك به فى المصاييح أيضا من انه لو لا ذلك لزم ان لا يتحقق البلوغ فى الرجال ما لم يتحقق الاحتلام و ان نكحوا و اولدوا و بطلانه ظاهر

### الثالث اذا خرج شيئا بصفه المنى فى وقت لا يحتمل فيه البلوغ

فلا عبره فلا بد فى ذلك من كونه فى وقت يحتمل البلوغ فيه كما صرح به فى التذكرة و لك و المصاييح و صرح فيه بامتناع خروج المنى من الذكور ما لم يبلغوا العشر مستفيدا له من لك و محتجا عليه بالعادة و هو جيد و اذا تجاوز الصبي العشر فصرح فى المصاييح بامكان ذلك قائلا- و اما ما يتجاوز العشره فالظاهر فيه الامكان فيحكم بالبلوغ مع تحقق الاحتلام فيه عملا بالعمومات الداله على حصول البلوغ بذلك فيما لم يثبت امتناعه و فيما دل على تحديد السن فى الذكور بعشر سنين تنبيه على ذلك و كذا ما دل على التفريق بينهم فى المضاجع بالعشره نحو ما رواه الكليني عن القداح عن ابى عبد الله ع قال يفرق بين الغلمان و النساء فى المواضع اذا بلغوا عشر سنين و ما رواه الصدوق عن القداح عن جعفر عن ابيه عن ابائه عليهم السلام قال قال

رسول الله ص الصبي و الصبيه يفرق بينهم في المضاجع بعشر سنين و قد صرح بعض الاصحاب بحمل ما دل على البلوغ بالعشر على الاحتلام و الانبات و قال

ص: ٨٧

الابى فى شرح النافع كل روايه دلت على البلوغ فيما بين الخمسه عشر و العشره فهو محمول على ما اذا كان الغلام قد احتلم او انبت شعر العانه توفيقا بين الروايات و لان الاحتلام فى تلك السنين قد يقع كثيرا و لقد شاهدنا من احتلم فى ثلث عشر سنه او اثنى عشر سنه و ينبغى القطع بالامكان فى الثلاثه عشر فما فوقها لقضاء العاده بالاحتلام فى ذلك غالبا و لما رواه الشيخ عن عبد الله بن سنان عن ابى عبد الله ع قال اذا بلغ اشده ثلث عشر سنه و دخل فى الاربعه عشر و جب عليه ما و جب على المحتملين احتلم او لم يحتلم و عن عيسى بن يزيد عن ابى عبد الله قال قال امير المؤمنين ع ينفر الصبي لسبع سنين و يؤمر بالصلاه لتسع و يفرق بينهم فى المضاجع و يحتلم الاربع عشر

#### **الرابع هل يشترط خروج المنى من الموضع المعتاد**

فلو خرج من غيره لم يعتبر او لا الاقرب الاول كما يستفاد من الشرائع و عد و جامع المقاصد و لك و احتج عليه فى الاخيرين بلزوم حمل كلام الشارح على المعهود

#### **الخامس هل يشترط اقترانه بالشهوه**

او يكفى خروجه مط صرح بالثانى فى كره و التحرير و هو مقتضى اطلاق المعظم و ربما يظهر الاول من جامع المقاصد و هو فى غايه القوه للأصل و انصراف اطلاق ما دل على كونه دليل البلوغ الى الغالب و هو ما قارن الشهوه

#### **السادس ربما يستفاد من عباره الشرائع و النافع**

و عد و التحرير ان المنى الذى يكون علامه البلوغ هو الذى يكون منه الولد لا غيره و فيه نظر بل الاقرب انه لا فرق بين الامرين فى الدلاله على ذلك لإطلاق الآيات و الاخبار و دعوى الاجماع على ان خروج المنى يدل على ذلك و يعضده اطلاق كلام المعظم مع عدم صراحه الكتب المتقدمه فى الدلاله على المخالفه و قوه احتمال ارادتها الاعم من الامرين أيضا مع ان التميز بينهما لا يكاد يتحقق غالبا فلا يتجه جعل اخذهما دليلا على ذلك فت

#### **السابع الخنى اذا خرج المنى من كلا فرجه حكم ببلوغه**

كما صرح به فى الشرائع و الارشاد و ير و كره و جامع المقاصد و لك و ضه و لهم وجوه منها عموم قوله تعالى إِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنْكُمُ الْحُلُمَ فَإِنَّ الْأَطْفَالَ يَحْتَلِمُونَ ع رفا و لغه و الجمع المعروف باللام يفيد العموم و العام لا ينصرف الى الافراد الشائعه و منها قوله تعالى وَ الَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُوا الْحُلُمَ مِنْكُمْ فَإِنْ لَفَظَ الَّذِينَ يَطْلُقُ عَلَى الْخَنَى حقيقه و هو من الفاظ العموم و منها قول الصادق ع فى خبر طلحه بن زيد اولاد المسلمين اذا بلغوا الحلم كتبت عليهم السيئات و منها ما تمسك به فى لك من ان خروج المنى يدل

على البلوغ بالنسبة الى الذكر و الانثى و الخنثى المشكل لا يكون الا احدهما و لو امني من احد فرجيه خاصه لم يحكم ببلوغه كما صرح به في يع و عد و موضع من كره و جامع المقاصد و ضه و لك و صار اليه الشيخ أيضا فيما حكى عنه و احتج عليه في الاخير بجواز كون ذلك الفرج زائدا فلا- يكون معتادا و يظهر من موضع اخر من كره انه يحكم بذلك ببلوغه و مال اليه في مجمع الفائده و لكنه اعترف بعدم معلوميه كونه قولاً لأحد من الاصحاب و لذا استشكل الخروج عن الاصل المقتضى لعدم الحكم بالبلوغ بذلك خصوصا مع اعتضاده بفتوى الا- كثر و لكنه نفى الريب في كونه احوط في الجملة و لو امني الخنثى المشكل من فرج الذكر و حاض من فرج الانثى فيحكم ببلوغه كما في الشرائع و الارشاد و التحرير و عد و كره و ضه و لك و مجمع الفائده و ادعى عليه الشهره في الخامس و لهم اطلاق ما دل على حصول البلوغ بالامناء و الحيض و اليه اشار في لك بقوله و دلالتة واضحه لأنه اما ذكر فقد امني و اما انثى فقد حاضت و صرح في جامع المقاصد و لك بان الخنثى لو امني من فرج الذكر بعد التسع حيث يكون احتلام الذكر ممكنا و جب ان يحكم ببلوغه محتجين بانه ان كان امراه فقد استكمل التسع و ان كان رجلا فقد امني و هو جيد و اليه ذهب المقدس الأردبيلي ره

### الثامن يشترط في هذه العلامة كون الخارج منسباً

و ان فقد الاوصاف اذ لا اعتبار بالصفه و قد صرح بما ذكر في المصايح قائلا و مع الاشتباه فالوجه الرجوع اليها لإناطه الحكم بالجنابه و وجوب الغسل بها مع انتفاء العلم و السبب فيها منحصر في الوطء و انزال المنى فاذا انتفى الاول تعين الثاني و يحتمل العدم لان اعتبارهما في الغسل لا يستلزم اعتبارهما في البلوغ لجواز تقدم الاسباب عليه

### التاسع اذا تحرك المنى من محله الى ان وصل الى قريب الخروج

فمنع منه بحيث لو لاه لخروج فهل يحكم ببلوغه فلا- يجب الانفصال الحسي هنا او لا كما لا يحكم بوجوب الغسل عليه صرح بالاول في المصايح محتجا اولا بان السبب في البلوغ امر طبيعي لا يختلف بظهور الانفصال و عدمه و لذا ترى ان الاصحاب اطبقوا على ثبوت البلوغ للأنثى بالحمل لمسبوقيته بالانزال مع ان الانزال فيها خصوصا معها النطفه للانقاد و تكون الولد لا يكاد يتحقق معه الخروج الى خارج و ثانيا بقوله تعالى حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ الْمَعْنَى فِيهِ عَلَىٰ مَا ذَكَرَهُ الْمَفْسُورُونَ بِلُغَةِ شَهْوَةِ النِّكَاحِ وَ الْوَطْءِ وَ الْقَدْرَةِ عَلَى الْانْزَالِ وَ قَدْ نَصَّ عَلَى ذَلِكَ الطَّبْرَسِيُّ فِي مَجْمَعِ الْبَيَانِ وَ السِّيُورِيِّ فِي كَنْزِ الْعُرْفَانِ وَ مَعْلُومٍ أَنْ التَّمَكُّنَ مِنَ الْانْزَالِ لَا يَسْتَلْزِمُ تَحَقُّقَ الْانْفِصَالِ فَلَوْ أَحْسَسَ بِالشَّهْوَةِ وَ لَمْ يَخْرُجْ مِنْهُ الْمَنِيُّ كَانَ بِالْغَاوِ وَ ان لَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ الْغَسْلُ إِلَّا بِالْخُرُوجِ وَ ثَالِثًا بَانَ الْبُلُوغُ مِنْ مَوْضُوعَاتِ الْأَحْكَامِ الشَّرْعِيَّةِ وَ مِنْ شَأْنِهَا الرَّجُوعُ إِلَى مَقْتَضَى الْعُرْفِ وَ الْعَادَةِ وَ مِثْلُ هَذَا لَا يَشْكُ فِي كَوْنِهِ بِالْغَاوِ بِاتِّفَاقِ الْعَادَاتِ وَ انما يتيقن الرجوع الى الشرع في تحديد الموضوعات مع الشك دون اليقين و ما صار اليه في غايه القوه مع انه احوط

### العاشر صرح في س و ضه بانه يقبل دعوى الاحتلام من غير بينه

و يمين و حكى عن الشيخ و العلامه و يمكن استفادته من لك و فيه نظر و لم اجد له دليلا الا تعسر الاطلاع عليه و في صلاحيته للدلاله اشكال و لو قامت البينه عليه قبلت بلا اشكال كما صرح به في ضه و صرح بثبوتة بالشيع و هو جيد مع حصول العلم به و اما مع الظن ففيه اشكال

او تحركه و ليس ذلك دليلا على سبق البلوغ و هو الظاهر من الاصحاب كما نبه عليه فى المصاييح قائلا اما بلوغ الحلم فظاهر الاصحاب كونه سببا و لا-ريب فى انه كك ان اريد به الاحساس بالشهوه و القدره على الانزال اما لو اريد به خروج المنى و انفصاله

ص: ٨٨

حسًا فالظاهر كونه دليلا و اماره على السبق لترتبه على الاول فلو احتلم من غير سبق احساس بالشهوه علم تقدم بلوغه على خروج المنى من دون تحديد فيحكم عليه بالبلوغ فيما يتصل بذلك لأصالة تاخر الحادث فلا- يظهر للسبق فيه اثر و كأنهم حكموا بالسببىي لأجل ذلك

### منهل انبات الشعر الخشن على العانه و حول الذكر مما يعلم به بلوغ الذكر

اشاره

و قد صرّح بذلك فى الخلاف و الغنيه و يروى و يع و شد و صره و نهج الحق و اللمعه و ضه و لك و مجمع الفائده و الرياض و لهم و جوه منها ظهور الاتفاق عليه و منها التصريح بدعوى الاجماع عليه فى الخلاف و الغنيه و يعضده اولا تصريح التذكره بنسبه ذلك الى علمائنا اجمع و ثانيا ظهور نهج الحق و مجمع الفائده فى دعوى الاجماع على ذلك و ثالثا تصريح المصاييح بانه المعروف من مذهب الاصحاب و منها جمله من الروايات احديها ما تمسك به فى المصاييح من خبر ابى بصير البخترى عن جعفر عن ابيه عليهما السّلام ان رسول الله ص عرضهم يومئذ على العانات فمن وجده انبت قتله و من لم يجده انبت الحقه بالذرارى و ثانيها خبر حمزه ابن حمران عن ابى جعفر الغلام لا- يجوز امره فى الشراء و البيع و لا- يخرج من اليتيم حتى يبلغ خمس عشره سنه او يحتلم او يشعر او ينبت و ثالثها خبر يزيد الكناسى ان الغلام اذا زوجه ابوه و لم يدرك كان الخيار له اذا ادرك و بلغ خمس عشره سنه او يشعر فى وجهه او ينبت فى عانتة و يؤيد هذه الاخبار ما نبه عليه فى المصاييح قائلا و فى تفسير على بن ابراهيم فى قوله تعالى وَ ابْتُلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النُّكَاحَ الْآيَه قال و من كان فى يده مال بعض اليتامى فلا يجوز له ان يعطيه حتى يبلغ النكاح و يحتلم فاذا احتلم وجب عليه الحدود و اقامه الفرائض فان انس منهم الرشد دفع اليه المال و اشهد عليه و ان كانوا لا- يعلمون انه قد بلغ فانه يمتحن بريح الابط او نبت عانتة فاذا كان ذلك فقد بلغ فيدفع اليه ماله اذا كان رشيد او الضمير فى قوله قال اذا كان راجعا الى الصادق ع على ما يقتضيه سبق ذكره ع فى الآيه المتقدمه على هذه الآيه صح الاحتجاج به و الا كان الكلام المذكور من كلام على بن ابراهيم و يؤيده تكرر مثله فى هذا الكتاب مع التصريح بالاسناد الى نفسه كما هو طريقه القدماء لكن كلام مثله ان لم يكن حجه فلا ريب فى تاييده على ما يعلم من طريقه السلف خصوصا فى تفسير الآيات و الفاضل القاسانى فى الصافى بنى الكلام على الوجه الاول حيث اسند القول الى الصادق ع قاطعا به و لعله وجده مسندا اليه ع فيما انتهى اليه من النسخ و

ينبغى التنبيه على امور

## الاول لا فرق في ذلك بين اولاد المسلمين و الكفار

فيعرف بلوغ جميعهم بالانبات كما صرح به في يع و ير و عد و نهج الحق و لك و المصاييح و هو ظاهر اطلاق الغنيه و اللمعه و ضه و غيرها و لهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه و ان نسب الى الشيخ القول باختصاص هذه العلامه باولاد الكفار كما عن بعض العامه و منها التصريح بدعوى الاجماع على التعميم المذكور في الخلاف و كره و منها الاخبار المتقدمه و منها ما ذكره في المصاييح من ان الانبات امر طبعى لا يختلف باختلاف الملل و المذاهب فاذا ثبت كونه علامه لبلوغ الكفار كان علامه في حق المسلمين أيضا و الفرق الذى ذكره الشافعى ضعيف جدا فان احتمال الاستعجال قائم فى الفريقين و كذا الحاجه الى الاستعلام بهذه العلامه فان الاحتلام و السن كثيرا ما يشبه الامر فيها فيحتاج الى عدّه العلامه لعدم اللبس فيها

## الثانى هل يلحق الاناث بالذكور

فيكون الانبات فيهن علامه البلوغ او لا يظهر الاول من الكتب المصرحه بان الانبات علامه البلوغ فى الذكور و لكن صرح فى المصاييح بان فى عبارات بعض الاصحاب ما يظهر منه اختصاص هذه العلامه بالذكور لاختصاص النصوص المصرّحه بكون ذلك علامه لهم و هو ضعيف بل المعتمد فهو اشتراك الذكور و الاناث فى هذه العلامه لوجوه منها ظهور اتفاق الاصحاب عليه و ان اوهم بعض العبارات خلافه و يؤيد ما قلناه تصريح المصاييح بان الاصحاب قطعوا بالعموم من دون نقل خلاف و منها ما تمسك به فى المصاييح من قضاء العاده بتاخر انبات هذا الشعر عن تسع سنين و منها ما تمسك به فى المصاييح أيضا من ان الانبات اماره طبيعیه اعتبرها الشارع لكشفه عن تحقق الادراك فلا يختلف و منها ما تمسك به فى المصاييح أيضا من اطلاق نقل الشيخ و العلامه الاجماع على كون الانبات دليل البلوغ من غير تفصيل مع تصريح العلامه بالعموم و الاشتراك فى موضع النقل و نص الشيخ عليهما فى محل اخر و الاقرب انه يلحق بالذكر و الخنثى فى هذه العلامه

## الثالث هل الانبات مما يحصل به البلوغ

او هو دليل على سبقه اختلف الاصحاب فى ذلك على قولين الاول انه مما يحصل به البلوغ و هو للشرائع و شد و ضه و الرياض و ربما يظهر من الغنيه و المحكى عن الوسيله و الحلّى أيضا و لهم وجهان احدهما ما اشار اليه فى جامع المقاصد و لك و المصاييح من ترتب احكام البلوغ على الانبات و هو ضعيف كما صرح به فى الاولين و ثانيهما ما صرح به فى الرياض من ان ذلك ظاهر الاصول و اكثر الادله الثانى انه يدل على سبق البلوغ و هو للقواعد و جامع المقاصد و لك و المصاييح و صرح فيه بانه اختار الشيخ و العلامه و فخر المحققين و المحقق العاملى و صرّح أيضا بانه ادعى فى لك كونه مشهورا و لهم وجوه منها ما تمسك به فى جامع المقاصد و لك من تعلق الاحكام فى الكتاب و السنه على الحلم و الاحتلام فلو كان الانبات بلوغا بنفسه لم يخص غيره بذلك و فيه نظر بل هذا بالدلاله على القول الاول اولى فت و منها ما تمسكا أيضا من ان البلوغ غير مكتسب و الانبات قد يكتسب بالدواء و هو ضعيف أيضا و منها ما تمسكا به أيضا من ان الانبات تدريجى الحصول بخلاف الاحتلام و هو ضعيف أيضا و المسأله لا يخ عن اشكال الا ان القول الاول فى غايه القول و صرح فى المصاييح بان فائده الخلاف تظهر فى قضاء ما يجب قضائه من العبادات و فى نذره و اقراره و تصرفاته المتقدمه على الانبات بزمان يسير يعلم عدم تاخر بلوغه عنه ثم صرح بان فى تحديده بالاخذ فى الخشونه وجه قريب



و لو كان بعلاج او لا- بل يشترط ان لا يكون بعلاج الاقرب الثانى لان الاصل عدم البلوغ بما ينبت بالعلاج و لعموم ما دل على انحصار البلوغ فى الاحتمال خرج منه ما لم يكن بعلاج

ص: ٨٩

بالدليل و لا دليل على خروج غيره فيبقى مندرجا تحته لا يقى نمنع من عدم الدليل على ذلك فان اطلاق النص و الفتوى الدالين على حصول البلوغ بالانبات يدل عليه لأننا نقول نمنع الدلالة فان الاطلاق ينصرف الى الغالب و هو غير المفروض

### الخامس هل انبات اللحيه مما يعرف به البلوغ او لا

اختلف فيه الاصحاب على قولين الاول انه مما يعلم به البلوغ و هو للمبسوط و النهايه و المذهب و التحرير و التذكرة و ضه و المصاييح و ض و ربما يستفاد من لك و ما أطلق فيه كون الانبات دليل البلوغ و هو السرائر و صره و اللمعه الثانى انه مما لا يعلم به البلوغ و هو للمحكى فى مجمع الفائده عن صريح كره و يستفاد منه و من الشرائع و الارشاد و الكفايه المصير اليه للأولين و جهان احدهما ما تمسك به فى المبسوط و التذكرة و لك و المصاييح من قضاء العاده بتاخر عن البلوغ و حد الادراك و الانبات على العانه فانه انما يحصل فى اوائل تحرك الطبيعه و خروج اللحيه يتراخى عن ذلك و ثانيهما ما تمسك به فى المصاييح من قوله ع فى روايتى يزيد الكناسى و ابن حمران او يشعر فى وجهه او ينبت لا يقى هاتان الروايتان ضعيفتان سندا فلا تصلحان للحجيه لأننا نقول ذلك مدفوع بما اشار اليه فى المصاييح قائلا و هاتان الروايتان هما العمده فى مسئلة البلوغ و اليهما استند الاصحاب فى حكمى السن و الاثبات و غيرهما فلا يقده فى الاحتجاج بهما ضعف السند بجهاله بعض الرواه على انا قد بينا سابقا اعتبار هذين السندين و عدم قصورهما عن الحد الذى يعتبر فى حجته اخبار الآحاد فالأخذ بهما متعين و للآخرين الاصل و عموم ما دل على حصر البلوغ بالاحتمال و ان المفروض لو كان علامه لاستغنى به عن اخبار شعر العانه فلم يجز الكشف عنها و التحقيق عندى فى المسأله ان يقى ان حصل من جهه العاده العلم بالبلوغ باعتبار انبات اللحيه كما هو الغالب فلا اشكال و الا فالقول الثانى هو الاقرب و عليه لا يحكم بالبلوغ بانبات شعر الابط و شعر الخصيتين و شعر الدبر و الشارب و ان قوى فى ضه ثبوت البلوغ به و كذا لا يثبت بالشعر الضعيف المفرط لرعب كما صرح به فى التحرير و عد و جامع المقاصد و ضه و لك و الرياض بل الظاهر اتفاق الاصحاب عليه بل صرح بدعوى الاجماع فى المصاييح

### منهل يعرف بالحيض بلوغ الانثى

كما صرح به فى الغنيه و السرائر و يع و شد و ير و عد و كره و مجمع الفائده و المصاييح و لهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه و منها تصريح الغنيه و المصاييح بدعوى الاجماع عليه و هى ظاهره أيضا من التحرير و كره و لك و مجمع الفائده و منها ما تمسك به فى كره و لك من ان الشارع علق احكام المكلف على الحيض فى عده اخبار كقوله ص لا تقبل صلاه حائض الا بخمار و قوله ص اذا بلغت المحيض لا يصلح ان يرى منها الا هذا و اشار الى الوجه و الكفّين و قول الصادق فى روايه بنى على الصبى اذا احتلم الصّيام و على الجارية اذا حاضت الصيام و الخمار الا ان تكون مملوكه فانه ليس عليها خمار و قول ابى الحسن

ع في روايه لإسحاق بن عمار و قد وصفت بالموثقيه يحجج ابن عشر سنين حجه الإسلام اذا احتلم و كك الجاربه عليها الحج اذا طمئت و نحوها روايه شهاب عن الصادق ع لا يقال الدم الذى تراه المراه قبل بلوغ التسع ليس بحيض كما عن الاصحاب و ما تراه بعد التسع فهو مسبوق ببلوغها بالسّن فلا- اثر للحيض فى الدلاله على البلوغ لأننا نقول هذا مدفوع بما صرح به بعض فى الجواب عن هذا الايراد من ظهور الفائده فى مجهوله السن فان بلوغها يعرف بالحيض لدلالته عن السن الذى يحصل به البلوغ لا بنفس السن لا- يق لا يعلم كون الدم الخارج من التى اشتبه سنّها حيضا الا بعد العلم ببلوغها فلو توقف العلم ببلوغها على كون ذلك حيضا لزم الدور و هو باطل لأننا نقول الدم الخارج من هذه المفروضه ان كان بصفه الحيض و شرائطه يحكم عليه بالحيضيه و الا لم يعلم سنّها و اذا حكم عليه بالحيضيه حكم عليها بالبلوغ باعتبارها و لكن قد ينافى هذا ما صرح به فى كره من انه لو اشتبه الخارج انه حيض أم لا لم يحكم به الا مع اليقين عملا بالاستصحاب الا ان يق مع وجود الصفه و الشرائط لا اشتباه شرعا فى الحيضيه فت و قد صرح فى الارشاد يع و ضه و لك كما عن الاصحاب بان الحيض دليل على سبق البلوغ و ليس هو بلوغا بنفسه و صرح فى مجمع الفائده بانه لا فائده فى هذا البحث

### منهل يعرف بلوغ الانثى بالحمل أيضا

كما صرح به فى السّرائر يع و عد و شد و ضه و لك و مجمع الفائده و المصاييح و لهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه و منها ظهور التحرير و مجمع الفائده فى دعوى الاجماع عليه و منها ما تمسك به فى المبسوط على ما حكى من قضاء العاده بتقدم الحيض عليه و منها ما تمسك به فى المصاييح من انه مسبوق بالانزال و هو سبب البلوغ اما الثانيه فظاهره و اما الاولى فلان تكوّن الولد انما يكون من مجموع ماء الرجل و المراه لقوله تعالى **إِنَّا خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ نُطْفَةٍ أَمْشَاجٍ** اى مختلطة من منى الرجل و منى المراه و قوله تعالى **مِنْ مَاءٍ دَافِقٍ يَخْرُجُ مِنْ بَيْنِ الصُّلْبِ وَ التَّرَائِبِ** اى صلب الرجل و ترائب المراه و صرح بان ما ذكره فى تفسير الآيتين الشريفتين هو المشهور بين المفسرين و المنقول عن ابن عباس ثم صرح بانه وردت روايات كثيره عن النبى ص و الائمه ع فى ان خلق الولد من المائين مع ماء الرجل ابيض غليظ و ما المراه اصفر رقيق و ان العظم و العصب و العروق من نطفه الرجل و ان الشعر و الجلد و اللحم من نطفه المراه و ان الذكوره و الانوثة و الشبيه بالاعمام و الاخوال من تسابق المائين و علو احدهما على صاحبه روى ذلك و فى العلل و الراوندى فى القصص و الطبرسى فى المجمع و الاحتجاج و روى العامه ذلك فى كتبهم عن رسول الله ص ثم ادعى اتفاق الحكماء و الاطباء على ذلك و ان اختلفوا فى ثبوت المنى للمراه و صرح بان هذا النزاع لفظى

### منهل يرتفع الحجر من غير البالغ ذكرا كان او انثى او خنثى

ببلوغه و رشده كما نبه عليه فى الغنيه يع و فع و صره و شد و عد و ير و الكفايه و غيرها و لا اشكال فى توقف الرشد على اصلاح

ص: ٩٠

ماله كما صرح به فى الخلاف و الغنيه يع و فع و ير و كره و عد و شد و لف و اللمعه و جامع المقاصد و المهذب البارع و لك و ضه و مجمع الفائده و الرياض و المحكى عن المبسوط و الاسكافى بل حكى عن اكثر اهل العلم و لهم وجهان الاول ظهور الاتفاق عليه كما اشار اليه فى الاخيرين حيث نسبا ذلك الى الاصحاب و نفي الخلاف فيه الثانى ما صرح به فى لف و

التنقيح و الروضه و لك و مجمع الفائده و الرياض من ان المفهوم من الرشد هو اصلاح المال و نفى فى الاول الشك فيه و صرح فى الثالث بان ذلك مناسب للمعنى اللغوى و هو الاهتداء و الهدايه على ما صرح به فى القاموس و مجمع البيان و المراد باصلاح المال صونه عن الفساد و عن صرفه فى غير الوجوه اللائقه بافعال العقلاء كما صرح به فى عد و لك و ضه و ثده و الرياض و هل يشترط فى ذلك ان يكون ذلك لأجل ملكيه نفسانيه يعسر زوالها كالشجاعه و السخاوه او يكفى مطلق الاصلاح صرح بالاول فى عد و جامع المقاصد و المهذب البارع و لك و ضه و مجمع الفائده و الكفايه و الرياض و احتج عليه فيه بان مطلق الاصلاح يجتمع مع الرشد و عدمه مع عدم صدقه بمجرد الاصلاح عرفا و عاده و هو جيد و ان أطلق تفسيره باصلاح المال فى الخلاف و الغنيه و النافع و الشرائع و ير و شد و هل يتوقف الرشد و دفع مال اليتيم اليه بعد بلوغه و اصلاحه لماله على العدالة او لا- اختلف الاصحاب فى ذلك على اقوال الاول ان ذلك يتوقف عليها مط و هو للخلاف و الغنيه و المحكى فى لف عن المبسوط الثانى انه لا يتوقف عليها و هو لصريح القواعد و المختلف و اللمعه و جامع المقاصد و لك و ضه و مجمع الفائده و الرياض و غيرها و حكاها فى الثانى عن الاسكافى و فى التذكره و لك عن اكثر اهل العلم و فى مجمع الفائده و الرياض عن الاكثر و صرح فى ضه و غيرها بانه المشهور الثالث ان الفاسق ان كان ينفق ماله فى المعاصى كشرب الخمر و آلات اللهو و القمار او يتوصل به الى الفساد فهو غير رشيد لا- يدفع اليه امواله و ان كان فسقه لغير ذلك كالكذب و منع الزكاه و اضاعه الصيلاه مع حفظه لماله فهو رشيد يدفع اليه امواله و هو للتذكره و ير و التنقيح و صرح فى النافع و يع بالتردد فى المسأله و هو ظاهر المهذب البارع لأنه لم يرجح فيها شيئا للقول الاول و جوه منها ما تمسك به فى الغنيه من انه لا خلاف فى جواز دفع المال مع العدالة و اصلاح المال و ليس على جواز دفعه اليه اذا انفرد احد الامرين دليل و اذا اجتمع الامران معا جاز على كل حال و فيه نظر لما سياتى من الادله الداله على جواز الدفع مع فقد العدالة و منها تصريح الغنيه بدعوى الاجماع على انه لا يحصل الرشد الا ان يكون عدلا فى دينه و مع عدمه يستمر الحجر و فيه نظر اما اولا فلوهنه بمصير المعظم الى خلافه بل الظاهر حصول الاتفاق بعد الشيخ و ابن زهره على عدم اشتراط العدالة و لذا صرح فى الرياض بان عليه عامه من تاخر و قد صرح فيه أيضا لو هن هذا الاجماع بمصير الاكثر الى خلافه مع عدم ظهور مخالف لهم سوى الطوسى فى الكتابين خاصه فلم يبق الا مدع الاجماع فكيف يصلح دليلا و اما ثانيا فلعدم صلاحيته لمعارضته الادله الداله على عدم الاشتراط و منها ان الفاسق سفيه فلا يدفع اليه الاموال اما الاول فلانه يصح عرفا اطلاق السفيه على العاصى و الفاسق من غير صحه السلب و لان السفاهه عباره عن نقصان العقل و لا شبهه فى ان العاصى ناقص العقل كما يؤمى اليه قوله ع فى بعض الروايات العقل ما عبد به الرحمن و اكتسب به الجنان و لان السفيه استعمل فى المعاصى و من لا- يصلح ماله من العدول فالاصل ان يكون حقيقه فى القدر المشترك بينهما دفعا للاشتراك و المجاز و لأنه يصح ان يقسم السفيه الى قسمين يقال السفيه على قسمين سفيه فى امور الدنيا و سفيه فى امور الآخره و الاصل فى ذلك ان يكون المقسم موضوعا للقدر المشترك و لأنه يصح ان يقيد السفيه بالقيدين و الاصل فيه الاشتراك المعنوى و لأنه يصح الاستفهام عن الفردين و الاصل فيه الاشتراك المعنوى و ان

كان الظاهر من بعض الاصوليين انه من دلائل الاشتراك اللفظى و اما الثانى فلعموم قوله تعالى **وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا** و قد تمسك بالوجه المذكور فى الغنيه مصرحا بان الفاسق سفيه و فيه نظر اما اولا فللمنع من الصغرى لأنه لا يتبادر من السفيه الا المفسد لماله و المبذر و لا يتبادر منه القدر المشترك بين المبذر و الفاسق المصلح لماله و التبادر من دلائل الحقيقه و عدمه او تبادر الغير من علامات المجازات وفاقا للمحققين من الاصوليين و قد نبه على ما ذكر فى الرياض و لان الفاسق المصلح لما له يصح سلب اسم السفاهه عنه فيق هو ليس بسفيه و صحه السلب من اقوى امارات المجاز و قد صرح بما

ذكر في الرياض و اما ثانيا فللمنع من كليه الكبرى على تقدير تسليم الصغرى و ذلك اما لان المفهوم من السفيه المقترن بذكر المال المبذر او للزوم تخصيص الآيه الشريفه بما سيأتى إن شاء الله من الادله الداله على عدم اشتراط العدالة فت و منها ان الفاسق موصوف بالغى و من وصف به فلا يوصف بالرشد لتنافى الصفتين كما صرح به فى الغنيه و يعضده قوله تعالى قَدْ تَبَيَّنَ الرُّشْدُ مِنَ الْغَىِّ فَلَا يَكُونُ الْفَاسِقُ رَشِيدًا فَلَا يَجُوزُ دَفْعُ الْمَالِ إِلَيْهِ لِعُمُومِ قَوْلِهِ تَعَالَى فَإِنْ آتَيْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ هَذَا و قد روى عن ابن عباس تفسير الرشد فى هذه الآيه بالوقار و الحلم و العقل و فيه نظر اما اولا فلتصريح لف و التذكرة و التنقيح و ضه و لك و الرياض بان المفهوم من الرشد عرفا هو مجرد اصلاح المال و ان كان فاسقا و قد صرح فى الثالث بنفى الشك فيه و قد حكى العلامة فى التذكرة عن اكثر اهل العلم انهم صرحوا بان الرشد اصلاح المال خاصة سواء كان صالحا فى دينه او لا ثم صرح بانه قول ابى حنيفه و مالك و احمد ثم حكى عن مجاهد انه صرح بانه اذا كان عاقلا و حافظا لماله فقد انس منه الرشد و اما ثانيا فللمنع من ان تنافى وصفى الغى و الرشد

ص: ٩١

يمنع من اتصاف الفاسق الموصوف بالغى بالرشد مط لجواز كون تنافى الامرين من قبيل تنافى العلم و الجهل و القدره و العجز و الايوه و البنوه و غير ذلك من الامور الاضافيه المتنافيه التى يمكن اتصاف شخص واحد بها فى آن واحد لكن بالاعتبارات المختلفه و الجهات المتغايره لا- باعتبار واحد كما تقول فلان عالم بالنحو و جاهل بالاصول و قادر على الاكل و عاجز على المشى و اب لزيد و ابن لعمرو و رشيد فى امور الدنيا و سفيه فى امور الآخره و على هذا فيلزم دفع اموال الايتام اليهم بعد البلوغ و الرشد بمعنى اصلاح المال باعتبار اطلاقه قوله تعالى فَإِنْ آتَيْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ هَذَا و لان هذه نكره مثبتة تصدق فى صورته فلا تفيد العموم فى كلما يصلح و لا ريب فى ثبوت الرشد للمصلح لماله و ان كان فاسقا لأنه قد وجد منه رشد هذا و صرح فى الرياض بعد التصريح بان الرشد فى العرف هو مجرد اصلاح المال و ان كان فاسقا بان عدم الفسق لا مدخلية له فى فهمه فى مفهوم الرشد عرفا كيف لا و هو امر شرعى مغاير له من حيث هو قطعاً فكيف يعتبر ما لا مدخلية له فى فهمه مما هو متداول بينهم و متعارف تعارفا شايعا و اما ما روى عن ابن عباس المتقدم اليه الاشاره فلا يعارض ما قدمناه اما اولا فلضعف الروايه بالارسال و لذا صرح فى الرياض بان الروايه عن ابن عباس غير ثابتة و اما ثانيا فللمنع من حجية تفسير ابن عباس و ان قيل هو من اهل اللغة و الخبره فيغير كلامه من هذه الجبهه فت و لو بنى على ان ما ذكره روايه فليس بحجه لأنها مقطوعه كما صرح به فى الرياض و اما ثالثا فلمخالفه ما ذكره للعرف كما صرح به فى الرياض و صرح بان العرف مقدم على اللغة و اما رابعا فللمنع من دلالتها على خلاف المدعى فت و اما خامسا فلمعارضته بما اشار اليه فى التذكرة قائل روى عن ابن عباس انه قال فى قوله تعالى فَإِنْ آتَيْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا يَعْنِي صَالِحًا فى اموالهم و منها ما اشار اليه فى لف و ضه و لك و مجمع الفائده و الرياض و غيرها من انه روى عنهم ان شارب الخمر سفيه و صرح فى الثانى و الثالث و الخامس بانه لا قائل بالفرق و فيه نظر اما اولا فلعدم معلوميه اعتبار سند الروايه بحيث يصح الاعتماد عليه كما اشار اليه فى مجمع الفائده و اما ثانيا فلان غايتها الاستعمال و هو اعم من الحقيقه و المجاز سلمنا الحقيقه و لكن كونه سفيا حقيقه باعتبار الآخره لا يمنع من كونه رشيدا باعتبار الدنيا لما تقدم اليه الاشاره و ليس فى الروايه دلالة بوجه من الوجوه لشارب الخمر من كل جهه و اما ثالثا فللمنع من عدم القائل بالفصل بل هو موجود و قد تقدم اليه الاشاره فت و اما رابعا فللمنع من صلاحية هذه الروايه لمعارضته ما دل على عدم اشتراط العدالة و للقول الثانى وجوه أيضا منها ما تمسك به فى مجمع الفائده من ان الاصل عدم منع المالك من التصرف فى ملكه

حيث يكون مصلحا لماله و فيه نظر و منها ما تمسك به في مجمع الفائده و الرياض من ان الاصل جواز تصرف الملاك في املاكهم و صرح في الاخير بان مستنده عموم ادله ثبوت السيلطنه لأرباب الاموال و من جملتها قوله ص الناس مسلطون على اموالهم و صرح في الاول بانه يدل عليه العقل و النقل كتابا و سنه و اجماعا و يخرج منه غير البالغ و غير الرشيد بالمعنى المتفق عليه بالإجماع و النص و بقى الباقي و منها ما تمسك به في لف و كره و التنقيح و لك و ضه و مجمع الفائده و الرياض من اطلاق الادله كتابا و سنه بدفع اموال اليتامى بايناس الرشد من غير اعتبار امر اخر معه و المفهوم من الرشد هو مجرد اصلاح المال و ان كان فاسقا و منها ما تمسك به في لف قائلا قال ابن الجنيدي و قد روى عن ابي عبد الله ع ان اليتيم اذا بلغ و لم يكن له عقل لم يدفع اليه شىء ابدا و هو يدل على المطلوب من حيث مفهوم الخطاب اذ تعليق الحكم على وصف يقتضى عدمه عند عدم ذلك الوصف و منها ما تمسك به في التنقيح من عدم دليل يدل على اشتراط العدالة مع خلو كلام المفسرين من اعتبارها و منها ما تمسك به في مجمع الفائده من

انه نقل عن ابن عباس و غيره في تفسير الرشد في قوله فَإِنْ أَنْسَيْتُمْ الْآيَةَ انه اصلاح المال و منها ما تمسك به في مجمع الفائده أيضا من ان كون العدالة شرطا مستلزما للضرر في الجملة و الاصل عدمه لعموم قوله ص لا ضرر و لا ضرار و منها ما تمسك به في مجمع الفائده من ان غالب الناس على غير العدالة فيلزم من اشتراطها الحرج العظيم و الاصل عدمه اما الاول فمما لا ريب فيه و لا شبهه تعتريه و اما الثانى فلما نبه عليه في لك بقوله و اعلم انه لو اعتبرت العدالة في الرشد لم يقم للمسلمين سوق و لم ينظم للعالم حال لان الناس الا النادر منهم فاسق او مجهول الحال و الجهل بالشرط يقتضى الجهل بالمشروط و حكى هذا في الرياض عن جماعه فيلزم ترك المعامله و المناكحه مع معظم العباد لكونهم اما سفهاء او محتلمين السفاهه و قد ثبت ان السفه محجور عليه لا يجوز له التصرف في الاموال و لا مباشره النكاح و هل هذا الا الحرج العظيم و المشقه الشديده التى لا يتحمل عاده مضافا الى ان معظم الناس الذين فيهم السلاطين و الامراء و الحكام و ارباب القهر و الغلبه و من لا يخاف الآخره و يعشق الدنيا الفانيه امر عظيم مستلزم لحرج شديد و مشقه تامه بل يكاد ان يعد من المحالات العاديه و اما الثالث فلأدله الاربعه المداله على نفى الحرج في الشريعه لا يقال الاول ممنوع لان الاصل في المسلم العدالة لأننا نقول هذا الاصل ممنوع لفقد الدليل عليه بل صرح في مجمع الفائده بان الاصل عدمها لتوقف العدالة على ملكه الطاعه و الظاهر عدمها فى الاغلب و منها ما تمسك به جماعه على ما حكاها فى الرياض و منهم المقدس الأردبيلي من انه ما نقل فى الروايات و اقوال العلماء المعاصرين للأئمه ع مع عموم البلوى بالايتم و اموالهم المنع عن معاملتهم و مناكحتهم و غير ذلك بدون العدالة و قد ورد فى النصوص الامر

ص: ٩٢

بالمعامله و المناكحه من غير تقييد بالعداله و فى كثير من المعبر دلاله على جواز معامله الفساق و اهل السرقة و اخذ جوائز العمال و الظلمه و على جواز بيع الخشب لمن يعمل صنما و العنب لمن يعمل خمرا و اورد فى الرياض على هذا الوجه بعدم تماميته الا على تقدير اشتراط العدالة على الاطلاق و ليست كك بمشرطه فقد صرح الاصحاب بان اعتبارها على القول به انما هو فى الابتداء لا فى الاستدامه و عليه حكى الاجماع فى كره و بذلك صرح القائلان فى الكتب المزبوره و ان احتاطوا باعتبارها أيضا فى الاستدامه فعلى هذا يمكن ان يمنع ما ذكر لاحتمال ابتناؤه على وجه الصحه و هو حصول العدالة ابتداء و ان طرأ بعدها وصف الضد و مرجعه الى حمل افعال المسلمين على الصحه و هو شىء متفق عليه بين العلماء كافه مستفاد من النصوص المعبره و سيره المسلمين فى جميع الامصار و الازمنه و لا يضر معه الجهل بالشرط فى المسأله كما لا يضر معه الجهل بكثير من

الشروط المعتره في الاموال المبتاعه في اسواق المسلمين كالجلود المشترط فيها التذكيه و مطلق الاموال المشترطه في المعامله بها و ابتياعها الملكيه و عدم كونها سرقه و غير ذلك مما لا يعد كثره و منه مفروض المسأله بالاضافه الى شرط اصل الرشد الذي هو اصلاح المال فلو صح التمسك بما ذكر لنفي اعتبار العداله لصح التمسك به لنفي اعتبار اصل الرشد لتساوي نسبه اليهما بالضروره فكما لا يضر الجهل بالشرط فيما عدا المسأله بناء على حمل افعال المسلم على الصحه فكك فيها بالبيديه لتساوي النسبه و قد يناقش فيما ذكره قدس سرّه بالمنع من اتفاق القائلين باشتراط العداله على كونها شرطاً في الابتداء لا في الاستدامه بل كلام ابن زهره صريح في انها شرط مطلقاً و عليه نزل في لف كلاماً للشيخ في ط و ف سلمنا و لكن ما ذكره من الاحتمال مقطوع بفساده غالباً فلا ينفع ح اصاله حمل فعل المسلم على الصحه مع ان حجيتها بحيث تشمل محل البحث محل مناقشه و ان كانت في اكثر الموارد حجه بلا ريب فت و منها ما تمسك به في التذكره و لك و مجمع الفائده من ان الكافر لا يحجر عليه بكفره فالفاسق اولى و منها ما تمسك به في الاولين من ان العداله لو كانت شرطاً في الابتداء لاعتبرت بعد ذلك لوجود المقتضى و فيه نظر و منها ما تمسك به في الاول من ان الحجر عليه انما كان لحفظ ماله و حراسته عن التلف بالتبذير و المؤثر فيه ما اثر في تضييع المال و الفاسق و ان لم يكن رشيداً في دينه لكنه رشيد في ماله و للقول الثالث ما اشار اليه في التذكره قائلاً ان الفاسق ان كان ينفق ماله في المعاصي كسرب الخمر و آلات اللّهُو و القمار او يتوصل به الى الفساد فهو غير رشيد لا يدفع اليه امواله اجماعاً لتبذيره لماله و تضييعه اياه في غير فائده و ان كان فسقه لغير ذلك كالكذب و منع الزكاه و اضعاء الصلاه مع حفظه لماله دفع اليه لان الفرض من الحجر حفظ المال و هو يحصل بدون الحجر فلا حاجه اليه و كذا لو طرأ الفسق الذي لا يتضمن تضييع المال و لا تبذيره فانه لا يحجر عليه و فيه نظر و الاقرب عندي هو القول الثاني

**منهل اذا بلغ الصبي سفيها و غير رشيد لم يدفع اليه ماله و لم يزل عنه الحجر**

**اشاره**

و ان صار شيخاً و طعن في السن و قد صرح بذلك في الغنيه و النافع و الشرائع و الارشاد و عد و صره و كره و التحرير و اللّمعه و الروضه و لك و مجمع الفائده و الكفايه و الرياض و لهم و جوه منها ظهور الاتفاق عليه و منها تصريح اللّمعه و الروضه بدعوى الاجماع على عدم ارتفاع الحجر عن المفروض ببلوغه خمسا و عشرين سنه و يعضده اولا تصريح لك بان ذلك موضع وفاق عندنا و ان المخالف فيه بعض العامه حيث زعم انه متى بلغ خمسا و عشرين سنه فكك عنه الحجر و دفع اليه ماله و ان كان سفيها و ثانيا تصريح الرياض بانه مع عدم البلوغ و الرشد او احدهما يستمر الحجر عليه و لو طعن في السن و بلغ خمسا و عشرين سنه اتفاقاً هنا كما في نهج الحق و لك و غيرهما خلافاً للحنفيه و منعوا من حجره و ببلوغه الى المده المذكوره و ثالثا تصريح التذكره بان لو بلغ الصبي غير رشيد لم يدفع اليه ماله و ان صار شيخاً و طعن في السن عند اكثر علماء الامصار من اهل الحجاز و العراق و الشام و مصر فانهم يرون الحجر على كل مضيع لماله صغيراً كان او كبيراً و به قال مالك و الشافعي و احمد بن حنبل و ابو يوسف و محمد و منها ما تمسك به في مجمع الفائده من الاستصحاب و منها ما تمسك به في التذكره من قوله تعالى وَ ابْتُلُوا النِّبِيَّاتِ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ عَلَىٰ شَرْطِ الْبَلُوغِ وَ الرشد فلا يثبت الحكم بدونهما و منها ما تمسك به في التذكره أيضاً من قوله تعالى وَ لَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ وَ صرح فيها بان المراد اموالهم و منها ما تمسك به في التذكره أيضاً من قوله تعالى فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمْلَ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَيُّمْلِلْ بِالْعَدْلِ اثبتت الولايه على السفيه و اشار الى هذه العمومات في ضه و مجمع الفائده و الرياض و

## الاول لا فرق فيما ذكر بين الذكر و الانثى و الخشى و الحر و المملوك

و الوضيع و الشريف و قد حكى فى مجمع الفائده عن التذكرة انه صرح بانه لا فرق بين الذكر و الانثى فى هذا الحكم عند علمائنا

## الثانى اذا بلغ رشيدا و زال عنه الحجر ثم صار مبدرا

و عاد الى السفه حجر عليه ثانيا كما صرح به فى كره و الرياض بل عزاه فى الاول الى علمائنا اجمع محتجا عليه بقوله تعالى فَإِنْ أَنْتُمْ مِنَ الْآيَةِ وَقَائِلًا دَلِّ بِمَفْهُومِهِ عَلَى تَعْلِيلِ جَوَازِ الدَّفْعِ بِعِلْمِ الرُّشْدِ فَإِذَا انْتَفَى الْعِلَّةُ انْتَفَى الْحُكْمُ

## منهل يعلم الرشد بامور منها اختباره بما يلائمه من التصرفات و الاعمال ليظهر اتصافه بالملكه و عدمه

### اشاره

و قد صرح بهذا فى النافع و يع و ير و شد و صره و عد و كره و اللمعه و جامع المقاصد و ضه و لك و مجمع الفائده و الكفايه و الرياض و غيرها و لهم و جوه احدهما ظهور الاتفاق عليه و ثانيهما تصريح مجمع الفائده بدعوى الاجماع على ذلك و ثالثها ما تمسك به فى مجمع الفائده من قوله تعالى وَ ابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ فَاِنَّهُ لَامْتِحَانٌ وَ الْاِخْتِبَارُ و اشار الى ما ذكره فى كره أيضا و رابعها ما اشار اليه فى الاول أيضا من دلالة الاخبار عليه و كيفية الاختبار على ما صرح به فى الروضه و لك

ص: ٩٣

و الرياض و غيرها ان ينظر الى الصغير فان كان من اولاد التجار فوض اليه البيع و الشراء لا بمعنى ان يبيع و يشتري بل بمعنى مماكسته فيهما على وجهها و يراعى الى ان يتم المساومه ثم يتولاه الولي ان شاء فاذا تكرر منه ذلك و سلم من الغبن و التضييع فى غير وجهه فهو رشيد و صرح بما ذكره فى التذكرة الا انه أطلق تفويض البيع و الشراء اليهم و لم يفسره بما تقدم اليه الاشارة و كذا صرح به فى التحرير الا انه أطلق تفويضهما أيضا و لم يذكر التكرار و صرح فى عد بانه يحكم برشده ان كان تاجرا و عرف منه جوده المعامله و عدم المغابنه و ان كان من اولاد الاكابر الذين يصانون عن مباشره البيع و الشراء فاختره بما يناسب حال اهله اما بان يسلم اليه نفقته لمدته معينه لينفقها فى مصالحه او فى مواضعها او بان يستوفى الحساب على معاملتهم و نحو ذلك و قد صرح بما ذكره هنا فى التذكرة و ير و جامع المقاصد قائلين ان كان من اولاد الدّهاقين و الوزراء و الاكابر الذين يصانون عن الاسواق فان اختباره يكون بان يسلم اليه نفقته مده قريبه كالشهر لينفقها فى مصالحه فيما بذلك يصرفها فى مواضعها و يستوفى الحساب على وكيله و يستقضى عليه فهو رشيد و صرح فى القواعد بانه ان عرف منه المحافظه على ما يتكسب به و الملازمه له حكم برشده ان كان صانعا و نحوه و ان كان انثى لم تختبر بالامور المذكوره لان وضعها لم يكن لذلك و انما تختبر بما يلائم عاده امثالها كالغزل و الخياطه و شراء آلتها المعتاده لأمثالهما بغير غبن و حفظ ما يحصل فى يدها من ذلك و المحافظه على اجره مثلها ان عملت للغير و حفظ ما تليه من اسباب البيت على وجهه و صون اطعمته التى تحت يدها

من الهره و الفاره و نحو ذلك فاذا تكرر ذلك على وجه افاد الملكة ثبت الرشد و لا يقدح وقوع ما ينافيها من الغلط و الانخداع فى بعض الاحيان لوقوعه من الكاملين كثيرا و صرح فى الشرائع و عد و ير و كره بانه يختبر الصبي بان تحتفظ من التبذير و ان تعتنى بالاستغزال و الاستنتاج ان كانت من اهل ذلك و بما يضايه من الحركات المناسبه لها و صرح فى لك و ضه بانه انما يتحقق الاختبار بتكرر الفعل منه على وجه يصير ملكه له و اشار اليه فى التذكرة و جامع المقاصد قائلين لا يكفى المره الواحده فى الاختبار بل لا بد من التكرار مرارا يحصل معها غلبه الظن بالرشد و زاد الثانى قائلا اذ الملكة لا يعرف حصولها بمره و هى لا تحدث فى الزمان القصير للقطع بانها انما يكون بالتمرن المستفاد من تكرار الفعل فى الاوقات المتطاولة و عندى فيما ذكره الجماعه المتقدم اليهم الاشاره من التفصيل نظر اذ لا دليل عليه من شىء من الادله الاربعه اما الكتاب و السنه فواضح اذ لم نجد آيه و لا روايه و لو ضعيفه متضمنه لبيان كيفيه الاختبار بوجه من الوجوه و انما الموجود فيهما لفظ الرشد و السفاهه و من الظاهر انه لم يثبت فيهما حقيقه شرعيه كلفظ الصلاه و نحوه فينبغى الرجوع فى معرفه معناهما الى العرف و اللغه كالألفاظ المذكوره فيهما التى لم يثبت لها حقايق شرعيه خاصه فكل من يصدق عليه عرفا و لغه انه رشيد و سفيه حقيقه يثبت له الحكم المعلق عليهما و كل من لم يصدق عليه اللفظان المذكوران لم يثبت له حكمهما و هذا من القواعد المسلمه المتفق عليها بين المسلمين بل المليين بل العقلاء و يدل عليه مضافا الى ما ذكر الاعتبار و جمله من الاخبار و اما الاجماع فلانه لم يتعرض للكيفيه المذكوره الا- جماعه قليله تقدم اليهم الاشاره و اما القدماء فلم نعثر لهم لا عينا و لا اثرا على كلام يدل على بيان الكيفيه و اما المتأخرون فاكثرهم على الظاهر لم يتعرضوا لذلك و منهم المحقق فى النافع فانه صرح بانه يعلم رشد الصبي باختباره بما يلائمه من التصرفات و منهم أيضا العلامة فى التبصره فانه صرح بانه يعلم الرشد باصلاح ماله عند اختباره بحيث يسلم من المغابنات و يقع افعاله على وجه الملائم و صرح فى الارشاد بانه يعلم الرشد باصلاح ماله بحيث يتحفظ من الانخداع و التغايب فى المعاملات و منهم أيضا الشهيد فى اللمعه فانه صرح بانه يختبر و أطلق و منهم أيضا الفاضل الخراسانى فى الكفايه فانه صرح بانه يعرف باعتنائهم بالافعال اللائقه بحاله على وجه يدل على كون ذلك ينشأ عن كيفيه

راسخه و مع هذا فيمكن تنزيل كلام المصرحين بالكيفيه المتقدمه على اراده المثل فى اغلب الاوقات لا على اراده الحصر و دوران الحكم مدارها وجودا و عدما و اما العقل فلانا لم نجد منه ما يدل على ما ذكره بل هو قد يدل على عدم تاميه ما ذكره لانتقاضه طردا و عكسا على ان الكيفيه المذكوره لو كانت معتبره لورد بها روايه و لو غير معتبره لتوفر الدواعى عليها و قد اشار الى ما ذكرناه المقدس الأردبيلي فى مجمع الفائده قائلا بعد الاشاره الى ما فى التذكرة و الظاهر الذى نفهمه ان الضابط هو حصول العلم و الظن المتأخم له بانه ضابط لماله و لا يصرفه الا فى الاغراض الصيحيه عند العقلاء بالنسبه الى حاله باى شىء كان و لا يتعين لذلك امر و شىء فلا يتعين فى اولاد التجار البيع و لا فى غيره عدمه بل اذا علم او ظن ظنا متأخما للعلم من اى شىء كان يحصل الرشد و انه لا يحتاج الى ايقاع البيع الا من الولى و لا من غيره و انه قد لا يعرف ذلك اولاد التجار و يعرفه غيرهم لعدم علمهم و ان اولاد الاكابر قد يعرفون البيع و لا يعرفون غيره بل ينبغى كونه بحيث لو كان المال بيدهم لا يضيعونه و لا- يصرفونه فى غير الاغراض الصيحيه فانهم ان ارادوا البيع و نحوه لا- يفعلونه من غير تحقيق بل يصيرون الى ان يحققوه ثم يفعلوه حتى لا- يتغابنوا فيه و ذلك كاف و لا يحتاج الى العلم السابق و المعرفه و لا كونه صنعه ابيه و لا حصول الملكة بتكرر الفعل بل لا بد من حصول العلم بتلك الملكة لا حصول الملكة الا ان بهذه الافعال و ان صرف مال اولاده الاكابر فى مصالحهم مشكل قبل العلم بالرشد و الاختبار مثل بيع الاختبار و لأنه قد يكون الاختبار قبل البلوغ كما صرح به فى كره الا انه قال بصحته حال الاختبار و استثناءه من عدم صحه تصرفات غير البالغ و فيه تامل قال من قبل بيعه و انه قد لا يعرف صرفه فى مواضعه و لكن



إذا أعطى تحفظه حتى تحقق ذلك فيفعل سواء كان بيعا و شراء و صرفا مصالحة

ص: ٩٤

و بالجمله الغرض العلم او الظن المذكور باى شىء كان و لقد اجاد فيما افاد و بالجمله المعتبر صدق الرشد فى الرشيد و السفاهه فى السفيه حقيقه عرفا و لغه و الظاهر ان الاول لا- يصدق الا- بعد الاتصاف بملكه راسخه مانعه عن صرف المال و الحقوق فى غير وجهها المعتبر عند العقلاء و موجهه للصرف فى المصالح و الوجوه المستحسنه عندهم فلو صرف المال من غير ضروره فيما لا مصلحه فيه اصلا او فيما مصلحته لا يعتنى بها و لا يقابل المال عند العقلاء لم يعد رشيدا و هذا امر اعتبارى ذو حيثيات كثيره كما لا يخفى و

**ينبغي التنبيه على امور**

**الاول هل يشترط فى الاختبار حصول العلم بتحقيق ملكه الرشد او لا**

بل يكفى الظن ربما يظهر الاول من جمله من الكتب كالنافع و يع و شد و صره و عد و ير لتصريحها بانه يعلم الرشد بالاختبار و صرح بالثانى فى جامع المقاصد و مجمع الفائده و المسأله محل اشكال من الاصل و العمومات المانعه من العمل بالظن و غير العلم من الكتاب و السنه و من فحوى ما دل على ثبوت الرشد بشهاده العدلين و فحوى ما دل على جواز الاكتفاء فى معرفه العدالة التى هى ملكه راسخه و فى معرفه القبلة و ان اشتراط العلم هنا يقضى الى الحرج العظيم لانه ملكه الرشد من الامور الباطنيه التى لا- تدرك بالحواس الظاهره فتحصيل العلم بها فى غايه الصعوبه و كيف كان فلا ينبغى ترك الاحتياط هنا مع الامكان بل الاحتمال الاول فى غايه القوه

**الثانى هل يختبر الصغير قبل بلوغه بحيث اذا بلغ لا يحتاج الى اختبار**

بل يسلم اليه ماله ان كان قد عرف رشده او لا بل يختبر بعده صرح بالأول فى الشرائع و الارشاد و التذكرة و غايه المراد و جامع المقاصد و ضه و لك و الرياض و لهم وجوه منها ظهور كره و غايه المراد فى دعوى الاتفاق على ذلك لأنهما لم يحكما خلافا هنا الا- من بعض العامه القائل بانه يعتبر بعد البلوغ نعم أطلق الاختبار فى بيع و التحرير و اللعنه و لكنه لا ينافى ما ذكر كما لا يخفى و منها ما تمسك به فى غايه المراد من انه لو كان الاختبار بعد البلوغ لأدى الحجر الى البالغ الرشيد و هو خلاف الاجماع و قد اشار الى ما ذكره فى التذكرة و الرياض أيضا و كذا فى جامع المقاصد قائلا انه لو كان الاختبار بعد البلوغ لم يؤمن معه الحجر على البالغ الرشيد و هو ظلم فيجب التحفظ عنه و لا يكون الا بالاختبار قبل البلوغ و منها ما تمسك به فى التذكرة و غايه المراد و جامع المقاصد و ضه من قوله تعالى وَابْتُلُوا الَّذِينَ آمَنُوا حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النُّكَاحَ ۚ أَمَّا الْأُولَادُ فَلَانَ ابْتِلَاءَ الْيَتِيمِ لَا يَصَدَّقَ عَرَفًا وَلَا لُغَةً بِالْإِخْتِبَارِ بَعْدَ الْبُلُوغِ لِأَنَّ الْبَالِغَ لَا يُسَمَّىٰ يَتِيمًا حَقِيقَةً كَمَا صَرَّحَ بِهِ فِي التَّذَكِرَةِ وَ جَامِعِ الْمَقَاصِدِ بَلْ صَرَّحَ بِدَعْوَى الْإِتِّفَاقِ عَلَيْهِ فِي مَجْمَعِ الْفَائِدَةِ سَلَمْنَا الصَّدَقَ حَقِيقَةً وَ لَكِنْ إِطْلَاقَ الْأَمْرِ بِالْإِبْتِلَاءِ يُقْتَضَىٰ جَوَازُهُ قَبْلَ الْبُلُوغِ فَلَا يُتَعَيَّنُ بَعْدَهُ وَ قَدْ تَعَارَضَ بَآنَهُ يُقْتَضَىٰ جَوَازُهُ بَعْدَهُ فَلَا يُتَعَيَّنُ قَبْلَهُ إِلَّا أَنْ يَرُجَّحَ الْأَوَّلُ بِمَا تَقَدَّمَ إِلَيْهِ الْإِشَارَةُ وَ أَمَّا الثَّانِي فَلِدَّلَاتُهُ عَلَىٰ امْتِدَادِ إِخْتِبَارِهِمْ إِلَى الْبُلُوغِ بَلْفِظٍ حَتَّىٰ فَدَلَّ عَلَىٰ أَنَّ الْإِخْتِبَارَ قَبْلَ الْبُلُوغِ وَ أورد فى مجمع الفائده على هذا الوجه اولا بانه لا يبعد صدق

اليتيم على البالغ القريين من زمان عدمه باعتبار ما كان و هو شايح و ذايح و فيه نظر لأنه ان اراد الصدق حقيقه فهو الممنوع لتبادر عدمه و لصحه السلب و ان اراد الصدق مجازا فلا يجدى و ان كان من المجازات المشهوره و ثانيا بان ظاهر قوله تعالى فَإِنْ أَنْسَيْتُمْ اه يدل على دفع المال بعد ايناس الرشد بلا فصل فلو كان الاختبار قبل البلوغ لزم وجوب الاعطاء بعد الرشد و قبل البلوغ و هو منفي بالإجماع و فيه نظر لان ما ذكره اينما يتم على تقدير كون الفاء الجزائيه فى قوله تعالى فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ للتعقيب بلا- مهله كالفاء العاطفه و هو ممنوع و ان ذهب اليه جماعه لما بيناه فى كتبنا الاصوليه نعم مقتضى اطلاق الامر بالدفع جوازه بعد الرشد و قبل البلوغ و لكن يجب تقييده بما ذكره من الاجماع و هو اولى من التجوز فى اليتيم بحمله على ما ذكره و تقييد اطلاقه بما بعد البلوغ و ذلك واضح جدا و ثالثا بما اشار اليه بقوله فى مقام ذكر الايرادات و أيضا معلوم ان الابتلاء لم ينته الى حين البلوغ فكأنه مقيّد بعدم الرشد أيضا بقريته قوله تعالى فَإِنْ أَنْسَيْتُمْ او ان المراد من ابتلوا هو عدم اعطاء المال و التقدير و ابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح و رشدوا و يمكن أيضا تقدير فبلغوا بعد قوله تعالى أَنْسَيْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا أيضا فيكون الاختبار مقدما فلا يبعد جواز الامرين بجواز التقدير و فيه نظر و المسأله محل اشكال و لكن الاحتمال الاول فى غايه القوه

### **الثالث صرّح فى التذكرة بانه ان قلنا انه يدفع المال للاختبار**

فتلف فى يده لم يكن على الولى الضمان لأصالة براءة الذمه و هو جيد

### **الرابع اذا اختبر قبل البلوغ او بعده فتبين رشده به**

و مضت مده بعد ذلك فحصل الشك فى رفع رشده فالظاهر انه يحكم ببقائه مط و لو حصل الظن بالرفع عملا بالاستصحاب

### **الخامس اذا لم يتمكن من الاختبار قبل البلوغ**

او لم يقع اختبر بعده

### **السادس اذا اتفق الاختبار بعد بلوغه و اوقع**

من يقصد اختباره حين الاختبار عقدا من بيع و نحوه و تبين كونه رشيدا حين العقد فالظاهر صحه العقد ح و قد قطع به فى الايضاح و صرّح به أيضا فى جامع المقاصد قائلا ان العلم بكون العاقد رشيدا ليس شرطا لصحه العقد و صرح بالصحه أيضا فى مجمع الفائده قائلا- الظاهر صحه المعاملات و التصرفات التى وقعت فى حال الاختبار مع ظهور كونه رشيدا ح اذا كان بالغا لحصول الشرائط فى نفس الامر بل عند المعامل أيضا فتدخل تحت عموم ادله صحه البيع و نحوه و هو ظاهر و لأنه تصرّف صدر من اهله فى محله و ان تبين كونه سفيها او لم يتبين رشده حين العقد فاستشكل فى صحه العقد ح فى الايضاح قائلا منشأه ان السفية يصح تصرفه باذن الولى و هذه العقود مأذون فيها شرعا و من حيث بطلان تصرفات السفية و هذا سفيه و اليه ذهب الشيخ و ابن البراج و منعا صغرى الاول و فى المجهول الحال انه كان محجورا عليه شرعا و لم يعلم المزيل للحجر و الأصل بقاء ما كان فالمقتضى للبطلان موجود و المانع لم يتحقق و اورد عليه فى جامع المقاصد بان عقد السفية صحيح اذا اجازه الولى و كان بالغا فإى وجه للإشكال و الاقرب عندى الصحه ح أيضا

## السابع اذا اختبر قبل البلوغ

و اوقع الصبي حين الاختبار عقدا

ص: ٩٥

كالباع فهل يصح او لا الاقرب الثانى كما صرح به فى الشرائع و مجمع الفائده و حكى عن التحرير التصريح بالصحة مع اذن الولي و استشكل فى ذلك فى جامع المقاصد قائلا ان الاشكال فى العقد الواقع للاختبار قبل البلوغ و منشأه ان الامر بالابتلاء يقتضى كون الفعل الصادر من الصبي معتبرا خصوصا على القول بان افعال الصبي شرعيه و من ان الصغر مانع من الصحة و افعال الصبي و اقواله غير شرعيه كما هو مبين فى موضعه و الامر بالابتلاء لا يستلزم ازيد من كونه معتبرا فى افاده الرشد و عدمه فلا يقتضى ترتب اثر اخر عليه ثم صرح بان الأصح بطلان العقد الواقع قبل البلوغ

## الثامن هل يختبر الخنثى بما يختبر به الذكر و الانثى

لم اجد احدا نبه على هذا و الاقرب انه يجوز اختباره بكلمة يفيد رشده

## منهل يثبت رشد الذكر و الانثى بشهادة رجلين عدلين به

### اشاره

و قد صرح بذلك فى بيع و النافع و شد و صره و عد و اللمعه و الروضه و لك و مجمع الفائده و الرياض و لهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه و منها حكاية الرياض عن بعض اصحابنا التصريح بدعوى الاجماع عليه مع ظهور كلامه فى ادعائه و منها ما تمسك به فى مجمع الفائده و الرياض من عموم ما دل على قبول شهادة العدلين فى كل موضوع مشتبه و منها ما تمسك به فى الرياض أيضا من الاستقراء فان اكثر الموضوعات الصرفه المشتبهه يثبت بشهادتهما فكذا هنا و منها انه لو لزم الاقتصار فى ثبوت الرشد على الاختبار لزم الحرج العظيم كما لا يخفى و هو منفى شرعا و قد اشار الى هذا فى مجمع الفائده أيضا و منها فحوى ما دل على ثبوت البلوغ و العقل و العدالة و نحوها بشهادة العدلين و منها ان المعهود من سيره المسلمين قبول شهادة العدلين و منها ان الاصل تسلط المالك على ملكه خرج منه من لم يثبت رشده و لم يشهد العدلان به و لا دليل على خروج من شهد العدلان برشده فيبقى مندرجا تحته فت و

## ينبغي التنبيه على امور

## الاول يثبت رشد الخنثى

بذلك أيضا

## الثانى يثبت رشد الانثى بشهادة النساء

كما صرح به فى الكتب المقدمه بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه و قد صرح به فى الرياض قائلًا بل عليه الاجماع فى كثير من العبارات ثم تمسك عليه بالنصوص المستفيضه الداله على الاكتفاء بشهادتهن منفردات فيما لا يطلع عليه الرجال غالبًا بناء على كون رشد النساء كك بلا اشكال و تمسك أيضا كالشرائع و مجمع الفائده بقاعده نفى الحرج و تمسك بها أيضا فى لك قائلًا لان رشد المراه مما لا يطلع عليه الرجال غالبًا فلو اقتصرنا فى ثبوت رشدهن على الرجال لزم الحرج و الضيق و اليه اشار المص بقوله دفعا لمشقه الاقتصار و صرح فى ضه بان المعبر فى شهاده النساء بذلك ان تكن اربع و هو ظاهر الارشاد و لك و مجمع الفائده و ربما يستفاد من غيرها من الكتب المتقدمه فيما ذكره فى ضه هو الاقرب

### **الثالث يثبت رشد الانثى أيضا بشهاده رجل و امرأتين**

كما صرح به فى لك و ضه و مجمع الفائده و الرياض و احتج عليه فى الاول بقاعده الاولويه فى الاخير بظهور عدم الخلاف فيه و بتضمن كثير من العبادات دعوى الاجماع عليه

### **الرابع صرح فى لك و ضه بانه يثبت رشد الانثى**

أيضا بشهاده اربع خنثى

### **الخامس يعتبر فى الشاهد هنا ذكرا كان او انثى**

او خنثى العداله كما صرح به فى الرياض

### **السادس هل يتوقف ثبوت الرشد بشهاده الرجال و النساء و الخنثى**

على اقامتها عند الحاكم و حكمه بالرشد فلا يجوز لغيره الاعتماد عليها او لا بل يجوز لكل احد احتاج الى معرفه الرشد الاعتماد عليها صرح بالاول فى الرياض و بالثانى فى مجمع الفائده و هو فى غايه القوه لوجوه منها ان الاصحاب الذين تقدم الاشاره الى كلامهم اطلقوا ثبوت الرشد بالشهاده و لم يتتبعوا على التوقف على حكم الحاكم و لو كان موقوفا عليه لوقع منهم او من بعضهم التنبيه عليه لان ذلك عادتهم و يعضد ما ذكر ما اشار اليه فى مجمع الفائده قائلًا يثبت الرشد بشهاده عدلين بذلك عند الحاكم فيحكم به و يجرى احكامه عليه و اما اذا شهدا لا عنده او لم يحكم به فظاهر اشراطهم انضمام الحكم الى الشهاده فى الامور الا ما استثنى و ليس الرشد منه يقتضى عدم الثبوت و عدم ترتب الاحكام عليه و دليل الاشراط غير ظاهر فيمكن الثبوت مع تعذره رفعا للحرج و منها عموما ما دل على جواز قبول شهاده العدلين و منها فحوى ما دل على ثبوت الهلال و العداله بالشهاده مط و لو يحكم الحاكم بهما و منها ان التوقف على الحكم مع توفر الدواعى على ثبوت الرشد يستلزم الحرج العظيم و المشقه الشديده لفقد الحاكم فى اكثر الامكنه و عدم التمكن من الوصول اليه فى اكثر الازمنه غالبًا

**منهل صرح فى الشرائع و النافع و التحرير و ض بان السفهيه هو الذى يصرف امواله فى غير الاغراض الصحيحه و يفسدها و لا يصلحها**

و صرح فى الارشاد بان السفه هو المبذر لأمواله فى غير الاغراض الصحيحه عن التصرف فى ماله و فى القواعد بان السفه هو الذى يصرف امواله على غير الوجه الملائم لأفعال العقلاء و صرح فى المهذب البارع بان السفه هو صرف المال فى الوجوه غير اللائقه بافعال العقلاء و صرّح فيه و فى لك و الرياض بان السفه و السفه مقابل الرشد و الرشيد و يضاد كل منهما للاخر و هو كك بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه و يدلّ عليه العرف كما لا يخفى فكل سفه ليس برشيد و كل رشيد ليس بسفيه فكلما اعتبر فى تحقق الرشد اذا انتفى اقتضى تحقق السفه و بالعكس فيتفرع على هذا الحكم بسفاهه من لم يصلح ماله و يفسده و يصرفه فى غير الوجوه اللائقه بافعال العقلاء و فى غير الاغراض الصحيحه و لا خلاف و لا اشكال فى ذلك و يدلّ عليه مضافا الى الاتفاق العرف و اللغه و هل يتحقق السفاهه حيث لم يتحقق الا عدم اصلاح المال كما اذا لم يفسده و لا يصرفه فى غير الاغراض الصحيحه و الوجوه الغير اللائقه بافعال العقلاء و لكن لا رغبه له فى اصلاحه على الوجه المعبر عند العقلاء او لا صرح بالاول فى لك و هو يقتضى اطلاق الكتب المصرّحه بتوقف الرشد على اصلاح

ص: ٩٦

المال و قد تضمن بعضها دعوى الاتفاق عليه و لا- اشكال فى ذلك حيث يصدق حقيقه عرفا و لغه السفاهه مع ذلك و الا فالاقرب عدم الحكم بها و اذا خلى عن ملكه اصلاح المال و صرفه فى الوجوه اللائقه بافعال العقلاء و لكن اصلحه و صرفه فى الوجوه اللائقه بافعالهم على وجه الاتفاق فهل يحكم بسفاهته او لا الاقرب الاول لما بيناه سابقا من توقف الرشد على الملكه و صرّح فى لك بانه لو كان له ملكه الاصلاح و العمل و جمع المال و لكن ينفقه بعد ذلك فى غير الوجه اللائق بحاله فانه لا يكون رشيدا أيضا و هو جيد و عدّ من السفاهه امور منها انفاق المال فى المحرمات كشرب الخمر و آلات اللهو و القمار و نحو ذلك و قد صرّح بذلك فى التذكرة و التحرير و لك و التنقيح و مجمع الفائده و الرياض بل صرّح فى الاول بدعوى الاجماع عليه ثم احتج عليه بتبذيره و تضييعه اياه فى غير فائده و هو على اطلاقه مشكل و لذا صرّح فى الكفايه بان الاتفاق فى المحرمات على وجه التبذير سفاهه و منها صرف المال فى الأُطعمه النفسه التى لا تليق بحاله بحسب وقته و بلده و شرفه و وضعته و قد صرّح بهذا فى الارشاد و التحرير و لك و ضه و الكفايه و زاد فى الثالث قائلا- و مثله شراء الامتعه الفاخره و اللباس كك و نحوه و صرّح فى التذكرة بان صرف المال فى الملابس النفسه و الثياب الرقيقه و المركوبات الجليله التى لا تليق بحاله سفاهه و ما ذكره جيد مع الصدق عرفا حقيقه كما اشار اليه فى مجمع الفائده قائلا صرف المال فى الأُطعمه النفسه و الاشربه و الاكل و الشرب الغير اللائق بحاله بحيث يعاب على ذلك عرفا غالبا سفاهه و منها تضييع المال بالقائه فى البحر و قد صرّح بهذا فى كره و مجمع الفائده و أطلق فى التذكرة و لك و الرياض كون التضييع سفاهه و منها عدم التحفظ من الانخداع و التغابن فى المعاملات و قد صرّح بهذا فى الشرائع و التذكرة و ره و شد و التنقيح و لك و ضه و مجمع الفائده و الرياض و صرّح فى جامع المقاصد و لك و الكفايه و الرياض بان الغلط و الانخداع احيانا لا يوجب السفاهه و علة فى الثانى و الرابع بوقوعه كثيرا من المتصرفين بالرشد و هو جيد و

**ينبغى التنبيه على امور**

**الاول صرّح فى لك بانه يعتبر فى الرشد القدره**

على حفظ الموجود و تحصيل المعدوم و منعه فى مجمع الفائدة و هو الاقرب

## الثانى صرّح فى مجمع الفائدة بان الذى يترك صنعه ابيه

ليس بسفيه و هو جيد

## الثالث صرّح فى الكفايه بان تعدد الملابس

و كثرتها ليس باسراف محتجا عليه بالاخبار المستفيضه و ما ذكره جيد حيث لا يصدق اسم السفه

## الرابع لا اشكال فى عدم تحقق السفاهه بصرف المال فى صنوف الخير

و فى سبيل الله تعالى من الصدقات المستحبه و الاوقاف كبناء المساجد و المدارس و الرباطات و اكساء العارى و اطعام الجائع و اعانه الفقراء و نحو ذلك حيث يكون ذلك لائقا بحاله عاده و هل تتحقق السفاهه بصرف جميع امواله او اكثرها فى صنوف الخير و فى سبيل الله تعالى و ان لم يكن لائقا بحاله او لا فيه قولان احدهما انها لا تتحقق بذلك و هو للإرشاد و جامع المقاصد و الروضه و مجمع الفائدة بل صرّح بدعوى الشهره عليه فى لك و ثانيهما انها تتحقق بذلك و هو للتذكره و الكفايه و غيرهما للأولين وجوه منها الاصل و منها ان ذلك لو كان موجبا للسفاهه و الخروج من الرشد للزم تقييد الاطلاقات و العمومات الوارده فى الامر و الترغيب بتلك الخيرات و التالى باطل فالمقدم مثله اما الملازمه فلأن الله سبحانه لا يأمر بما يقتضى السفاهه و اما بطلان التالى فلان الاصل عدم التقييد و التخصيص حيث لا دليل عليهما كما فى محل البحث و قد اشار الى ذلك فى مجمع الفائدة بقوله صرف المال فى التقربات و اصناف الخيرات ليس تبييرا و اسرافا منافيا للرشد و هو الظاهر من الكتاب و السنّه اذ الترغيب و التحريض على الانفاق فيهما كثير جدا و لا يمكن حصره و عد من تلك العمومات قوله تعالى لَنْ تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ وَ آتَى الْمَالَ عَلَى حُبِّهِ وَ مِنْهَا ان السفاهه انما تتحقق باعتبار خلو صرف المال عن فائده تقابله و ليس الامر هنا كذلك فان الفوائد المترتبه على هذا النوع من الصرف اعظم من المال و من جميع الفوائد الدنيويه بالضروره و يرشد اليه قوله تعالى مَنْ جَاءَ بِالْحَسَنَةِ نَهْ فَلَهُ عَشْرُ مَثَالٍهَا وَ قوله تعالى مَنْ (ذَا الَّذِي) يُقْرِضُ اللَّهَ قَرْضًا حَسَنًا\* الْآيَه و بالجملة هذه الفوائد يليق بها بذل النفوس دونها فكيف بالاموال و لذا بذلت الانبياء و الاوصياء و الاولياء انفسهم دونها فكيف يمكن ان يعد بذل الاموال الكثيره لأجل تحصيلها سفاهه مع ان المعامله مع ارذل الناس يتوقع نفع جزئى لا يعد سفاهه و محال ان يكون المعامله مع الله سبحانه ادون من المعامله مع الناس فت ما قلناه بعين البصيره و منها ان السفاهه و الرشد من موضوعات الاحكام الشرعيه فيجب الرجوع فيهما الى العرف و لا شك فى انه يصدق على من بذل اكثر امواله بل جميعها فى سبيل الله تعالى و صنوف الخيرات تقربا الى الله تعالى و اخلاصا له انه رشيد ممدوح و لا يصدق عليه انه سفاهه بوجه من الوجوه و منها ما نبه عليه فى لك بقوله من المستفيض خروج جماعه من الصحابه و بعض الائمه عليهم السلام كالحسن ع فى اموالهم فى الخير و يعضد ما ذكره ما ذكر فى مجمع الفائدة قائلا و يكفى فى ذلك ايثار امير المؤمنين ع المسكين و اليتيم و الاسير على نفسه و ولده و زوجته و امته مع كونهم صائمين و شده حاجتهم و امكان دفع حاجتهم باقل مما اعطاهم فانه نقل فى التفاسير انه ع استقرض من يهودى ثلاثه اصوع من الشعير و طحنت فاطمه ع كل ليله صاعا و خبزت خمسه اقراص بعددهم فاعطاهم اياها و تركهم بلا عشاء و ما ذاقوا كلهم الماء فى هذه الثلاثه الليالى و فى النهار كانوا صائمين فنزلت فيهم سوره هل اتى بمدح عظيم لم ينله الا هم قال فى

مجمع البيان و ليس ذلك مخصوصا بهم بل كل مؤمن يفعل ذلك ينال ذلك و يعضد ما ذكر أيضا صرف النبي ص و امير المؤمنين ع ما كانا يملكانه في الجهاد من الاموال الكثيره في سبيل الله تعالى لا يقال هذا مدفوع بما نبه عليه في لك بقوله اللهم الا ان يمنع من كون ذلك لا يليق بهم و الكلام انما هو في ذلك

ص: ٩٧

كما لو صرف التاجر امواله كلها في عماره المساجد و فك الرقاب و نحو ذلك كما مثل به المانع منه لأننا نقول ما ذكر لا يصلح للدفع فت و منها ما تمسك به في مجمع الفائده من المروي في وصيه رسول الله ص لأمير المؤمنين ع الذي وصفه بالصحة يا على اوصيك في نفسك بخصال فاحفظها اللهم فاعنه و ذكر منها بذلك مالك و دمك دون دينك ثم قال و اما الصدقه فجهدك حتى تقول اسرفت و لم تسرف ثم صرح بان لا سرف في الخيرات مشهور و للاخرين وجوه أيضا منها ما تمسك به في التذكرة من قوله تعالى وَ لَا تَجْعَلْ يَدَكَ مَغْلُولَةً إِلَىٰ عُنُقِكَ وَ لَا تَبْسُطْهَا كُلَّ الْبَسْطِ وَ صرح فيها بانه صريح في النهي عن صرف المال في صنوف الخيرات و اجاب عنه في مجمع الفائده قائلا و دليله ليس بتام على انه لو كان الدليل تاما لما دل على كون مثل ذلك اسرافا بالنسبه الى كل واحد فيمكن كونه خاصا به ص في ذلك الوقت و نحوه و الا يلزم المنع من الايثار الذي دل عليه الاخبار و الآيات مثل قوله تعالى وَ يُؤْتِرُونَ عَلَىٰ أَنْفُسِهِمْ وَ لَوْ كَانَ بِهِمْ خَصَاصَةٌ اى حاجه و صرح في لك بانه لا يدل على مطلوب المستدل معللا بان الحكم بكونه تبذيرا يقتضى فساد التصرف هنا بقبضه و منها ما تمسك به في الكفايه من اطلاق النهي عن الاسراف و ايده بقوله تعالى وَ الَّذِينَ إِذَا أَنْفَقُوا لَمْ يُسْرِفُوا وَ لَمْ يَقْتُرُوا وَ كَانَ بَيْنَ ذَلِكَ قَوَامًا وَ بقوله وَ آتُوا حَقَّهُ يَوْمَ حَصَادِهِ وَ لَا تُسْرِفُوا إِنَّهُ لَا يُحِبُّ الْمُسْرِفِينَ فانه دال على وقوع الاسراف في البذل و الانفاق و كذا ايد ذلك بجمله من الروايات قائلا و يؤيده روايه عجلان و روايه عبد الملك و روى ابن ابي نصر في الصحيح عن ابي الحسن ع عن قول الله عز و جل وَ آتُوا حَقَّهُ يَوْمَ حَصَادِهِ وَ لَا تُسْرِفُوا قال كان ع يقول من الاسراف في الحصاد و الجذاذ ان يتصدق الرجل بكفه جميعا و كان ابي اذا حضر شيئا من هذا فرأى احدا من غلمانه يتصدق بكفيه صاح به اعط بيد واحده القبضه بعد القبضه و الضغث بعد الضغث و من السنبل و في الحسن الى ابن ابي عمير عن هشام بن المثنى قال سئل رجل ابا عبد الله ع عن قول الله عز و جل وَ آتُوا حَقَّهُ يَوْمَ حَصَادِهِ الآيه فقال كان فلان ابن فلان الانصارى سماه و كان له حرث و كان اذا اخذ يتصدق به و يبقى هو و عياله بغير شىء فجعل الله ذلك سرفا و ما يدل على المطلوب الحديث الطويل المذكور في كتاب كافي باب دخول الصوفيه على ابي عبد الله ع و منها ما تمسك به بعض الاجله من روايه اللحام المرويه في في و تفسير العياشى عن ابي عبد الله ع قال لو ان رجلا انفق ما في يده في سبيل من سبيل الله تعالى ما كان احسن و لا وفق للخير اليس الله تبارك و تعالى يقول وَ لَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ وَ أَحْسِنُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ يعنى المتصدقين و منها ما تمسك به بعض الاجله من خبر الوليد بن صبيح الذى وصفه بالصحة قال كنت عند ابي عبد الله ع فجاءه سائل فاعطاه ثم جاءه اخر فاعطاه ثم جاءه آخر فقال يسع الله تعالى عليك ثم قال ان رجلا كان له مال ثلثين او اربعين الف درهم ثم شاء ان لا يبقى منها الا وضعها في حق فيبقى لا مال له فيكون من الثلاثة الذين يرد دعائهم قلت من هم قال احدهم رجل كان له مال فانفقه في وجهه ثم قال يا رب ارزقني فيقال له لم ارزقك و قد يجاب عن هذه الروايه بمعارضتها بالعمومات الداله على رجحان الانفاق في سبيل الله عز و جل و التعارض هنا من قبيل تعارض العمومين من وجه لاختصاص العمومات بصوره قصد الاخلاص و التقرب و بصوره عدم ترتب الفرد بخلاف هذه الروايه فانها تعم الامرين و غيرهما و ان اختصت بصوره انفاق جميع المال او اكثره كما هو المفروض في محل البحث بخلاف تلك العمومات فانها تعم

هذين الامرين وغيرهما و من الظاهر لزوم ترجيح العمومات لتواترها و اعتضاها بالاعتبار العقلي و بما ذكر يجاب عن الروايات السابقيه مع انها غير مصرحه بتحقيق السفيه في محل البحث و لا بالمنع من الانفاق المفروض فيه و المسأله لا تخلو عن اشكال فلا ينبغي فيها ترك الاحتياط و ان كان القول الاول لا يخ

عن قوه و عليه فيشترط قصد الاخلاص و نيه التقرب فلو فقدا فلا اشكال في تحقق السفاهه غالبا و قد اشار الى ما ذكر في مجمع الفائده أيضا

### منهل يمنع السفيه من التصرفات الماليه بعد ثبوت الحجر عليه

#### اشاره

اما بحكم الحاكم او بمجرد ظهور السفه و ثبوته و قد صرح بذلك في الغنيه و الشرائع و عد و ره و شد و كره و اللمعه و جامع المقاصد و لك و ضه و مجمع الفائده و الرياض و لهم و جوه منها ظهور الاتفاق عليه كما نبه عليه في مجمع الفائده قائلًا وجه منع السفيه عن التصرفات الماليه لنفسه من غير اذن الولي مط عينا و دينا مع اصابه المصلحه و الربح أم لا هو الاجماع ظاهر او منها قوله تعالى **لَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا** و قد اشار اليه في مجمع الفائده و منها ما اشار في الغنيه من النبوي المرسل اقبضوا على ايدي سفهائكم و

#### ينبغي التنبيه على امور

### الاول لا فرق في ذلك بين ما ناسب افعال العقلاء او لا

كما صرح به في القواعد و ضه و لك و الرياض بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه

### الثاني لا فرق في ذلك أيضا بين الذكر و الانثى

كما صرح به في جامع المقاصد و لك بل صرح في الاول بان الاخير اشد معللاً بانها الى نقصان العقل و الانخداع اقرب و مستشهدا على ذلك بما ذهب اليه بعض العامه من بقاء الحجر عليها و ان بلغت رشيدته

### الثالث يتفرع على ما ذكر امور

### احدها المنع من تصرفه بالبيع

و قد صرح بخصوصه في الشرائع و يع و عد و شد و كره و لك و الرياض و يلحق به الشراء و قد صرح بخصوصه في الغنيه و كره و القواعد و لا فرق فيه ان يتعلق بالعين او بالذمه كما صرح به في الاخير و

### ثانيها المنع من تصرفه بالهبه



و قد صرّح بخصوصه فى الشرائع و عد و شد و كره و لك و الرياض و

### ثالثها المنع من تصرفه بالوقف

و قد صرّح بخصوصه فى القواعد و يلحق بما ذكر كل عقد ناقل للعين كالصلح او للمنفعه كالإجاره و صرّح فى كرهه بانّه لا يصح منه العقود المتعلقة

ص: ٩٨

بالمال و

### رابعها المنع من تصرفه بالعتق

و قد صرح بخصوصه فى التذكرة و

### خامسها المنع من تصرفه بالكتاب

و قد صرح بخصوصه فى التذكرة أيضا و

### سادسها عدم قبول اقراره بالمال

و قد صرح بخصوصه فى الشرائع و عد و شد و لك و الرياض و قد صرح به فى التذكرة أيضا قائلا اذا اقر السفية بدين او بما يوجب المال كجنايه الخطاء و شبه العمد و اتلاف المال و غصبه لم يقبل اقراره به لأنه محجور عليه لحفظ ماله فلم يصح اقراره كالصبي و المجنون و لأننا لو قبلنا اقراره فى ماله لزال معنى الحجر لأنه يقر فيأخذه المقر له و لأنه اقر بما هو ممنوع من التصرف فيه فلم ينفذ كإقرار الراهن بالرهن و لا فرق بين ان يسنده الى ما قبل الحجر او الى ما بعده و صرح فى جامع المقاصد بان اقرار السفية بالمال غير نافذ حال الحجر فاذا زال فظاهرهم انه لا يؤخذ به لكن فيما بينه و بين الله يجب عليه الاداء ان كان حقا صرح بذلك فى التذكرة و يمكن توجيهه بكون اقراره ح لغوا فلا يعتد به حال الحجر و لا بعده و ما حكاه عنهم و عن كره جيد ثم صرح بانّه لو ادعى عليه بمال فمع الحججه الشرعيه يجب و هل يجب باليمين المردوده يبنى على انها كاليينه او كالأقرار فيجب على الاول لا الثانى و

### سابعها منعه من النكاح

وقد صرح بخصوصه في التذكرة والقواعد وجامع المقاصد واحتج عليه في الاول تاره بانه تصرف يتضمن المال وهو الالتزام بالصداق فكان ممنوعا منه لتعلقه بالمال واخرى بانه يجرى مجرى المعاوضه الماليه فممنوع منه كالبيع وحكى عن بعض العامه الحكم بصحة النكاح منه لأنه عقد غير مالى فصح منه كخلعه و طلاقه وان لزم منه المال فحصوله بطريق الضمن ولا يمنع من العقد كما لو لزم ذلك من الطلاق واجاب عما ذكره بالمنع من كونه غير مالى لان التصرف فى المال ممنوع منه سواء كان بطريق الاصاله او الضمن ولهذا اوجبنا نفقه الولد الذى اقر به فى بيت المال و اثبتنا النسب و فيه نظر لكن المعتمد هو المنع ولا فرق بين الدائم والمنقطع ولا بين الرجل والمرأه كما صرح به فى جامع المقاصد محتجا بان النكاح يقتضى الصداق فهو تصرف مالى من طرفهما فالزوج يلتزمه والزوجه تجعل البضع فى مقابله وهى تلحق بالأشياء المتقومه ولهذا لو انكحت نفسها بدون مهر المثل لا يصح بل الولى لا يصح منه ذلك إلا بالمصلحه فالحاصل انه تصرف مالى

#### الرابع يصح الطلاق من السفیه

كما صرح به فى الغنيه و يع و فع و عد و شد و كره و ضه و لك و مجمع الفائده و الرياض و لهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه و منها ظهور التذكرة فى دعوى الاجماع عليه حيث صرح بان ذلك قول عامه اهل العلم الا ابن ابى لیلی و يؤيده تصريح مجمع الفائده بان الظاهر انه مجمع عليه و منها ما تمسك به فى مجمع الفائده من عموم ما دل على صحه الطلاق السليم عن المعارض هنا و منها ما تمسك به فى كره من انه لا يدخل تحت حجر الولی و تصرفه و لهذا لا يطلق الولی اصلا بل المحجور عليه يطلق بنفسه اذا كان مكلفا كالعبد و منها ما تمسك به فى التذكرة أيضا من ان الحجر انما يثبت عليه لإبقاء ماله عليه و البضع ليس بمال و الا هو جار مجرى الاموال و لهذا لا ينتقل الى الورثه و لا يمنع المريض من ازاله الملك عنه و منها ما تمسك به فى كره أيضا من انه ليس بتصرف فى المال فصح وقوعه منه كالإقرار بالحد و القصاص و قد اشار الى هذا فى الشرائع و لك قائلین يصح ذلك اذ المقتضى للحجر صيانته المال و هو لا يقتضى تضييع المال اذ ليس فيه الا فوات الاستمتاع و منها ما تمسك به فى كره أيضا من انه يصح من العبد بغير اذن سيده مع منعه من التصرف فى المال و هذا يقتضى ان البضع لا يجرى مجرى المال و منها ما تمسك به فى التذكرة أيضا من انه مكلف طلق مختارا فوجب ان ينفذ كالعبد و المكاتب و لا فرق فى ذلك بين ان يطلق قبل الحجر عليه او بعده كما صرح به فى التذكرة مدعيا عليه اتفاق اهل العلم الا ابن ابى لیلی

#### الخامس كما يصح طلاقه يصح ظهاره

كما صرح به فى يع و النافع و كره و القواعد و شد و لك و ضه و مجمع الفائده و الرياض بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه و احتج عليه فى كره بعد حكمه بالتكفير بالصوم بان الظهار ليس ابتداء نكاح بل تمسك بالعقد السابق

#### السادس يصح خلعه أيضا كما صرح به فى الغنيه

و الشرائع و التذكرة و عد و شد و لك و ضه و مجمع الفائده و لهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه كما اشار اليه فى مجمع الفائده بقوله و الظاهر انه مجمع عليه و منها ما تمسك به فى مجمع الفائده من الاصل و العمومات السليمه عن معارضه ادله حجر السفیه و منها ما تمسك به فى كره و لك من انه اذا صح منه الطلاق مجانا من غير مقابله شىء فصحه الخلع الذى هو طلاق بعوض اولى و هل يشترط فى خلعه ان يخالعه بمهر المثل او ازيد او لا بل يجوز ما دون الاول استشكل فى التذكرة فى ذلك قائلا ينشاء

من انه يصح الطلاق بغير شىء البتة فمهما كان مع العوض يكون اولى و من انه يجرى مجرى المعاوضه فلا يجوز بدون مهر المثل كالباع بدون ثمن المثل و صرح بالوجهين المذكورين فى لك أيضا و لكنه افتى بالاحتمال الثانى و ان احتمال الاول و عندى صحه ما افتى به فى غايه القوه و هل يسلم اليه عوض الخلع او لا صرح بالثانى فى الغنيه و يع و عد و كره و شد و اللعنه و ضه و مجمع الفائده بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه و احتج عليه بانه تصرف مالى ممنوع فلا يجوز و صرح فى كره بانه ان دفع اليه لم يصح قبضه و ان اتلفه لم يضمنه و بانه لم يبرأ المراه بدفعه اليه و هو من ضمانها ان اتلفه او تلف فى يده لأنها سلطنه على اتلافه و صرح فيها أيضا كما فى الارشاد بصحه لعانه و هو جيد لما صرح فى كره من انه ليس تصرفا ماليا و زاد فى الارشاد فصرح بجواز رجعتة و فيه اشكال حيث يستلزم وجوب الانفاق او دفع مال اخر و الا فلا اشكال فى الجواز

### السابع يسمع اقرار السفیه بالنسب

كما صرح به فى الشرائع و التذكرة و عد و الارشاد و الروضه و لك و جامع المقاصد و الرياض بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه بل حكى فى الرياض عن بعض دعوى الاجماع عليه و احتج عليه فى كره و جامع المقاصد بالاصل و انتفاء المانع باعتبار انه لا يستلزم التصرف فى المال و صرح فى كره و ضه و الرياض بانه يسمع اقراره بالنسب و ان اوجب النفقه و هو جيد و لكن استشكله فى لك قائلا و اما الاقرار بالنسب فان لم يوجب النفقه فقبوله

ص: ٩٩

واضح و ان اوجبها اشكل من حيث استلزامه لوجوبها فينبغى ان لا ينفذ لأنه تصرف فى المال و فيه نظر لما صرح فيه دافعا لهذا الاشكال من ان الاقرار ح يتضمن شيئين احدهما الحاق النسب و هو ليس بمال فيجب ان يثبت و الثانى الانفاق عليه و هو تصرف مالى فلا يثبت و ان كان احدهما لا ينفك عن الاخر غالبا الا ان تلازمهما غير معلوم و مثله فى الاقرار بمتلازمين غالبا او ثبوت احدهما دون الاخر الاقرار بالسرقه مره واحده من الحرز فانه يثبت به المال دون القطع و بالعكس لو اقر هذا السفیه بالسرقه فانه يقبل فى القطع دون المال و قد تبّه على ما ذكره فى الرياض و على المختار من قبول الاقرار ح فهل ينفق على المقر له من بيت المال او من مال المقر صرح بالأول فى التذكرة و علله فى لك بان بيت المال معدّ لمصالح المسلمين و النفقه هنا منها و حكى فيه عن الشهيد قولاً - بانه ينفق عليه من مال المقر لأنه فرع على ثبوت النسب و لان فى الانفاق عليه من بيت المال اضرار بالمسلمين فكما يمنع من الاضرار بماله كذلك يمنع بغيره ثم اورد على الوجهين قائلا و يضعف بان الاقرار انما نفذ فيما لا يتعلق بالمال كما قدمناه و بيت المال معدّ لمصالح المسلمين فكيف يقال ان مثل ذلك يضر بهم اذ ذلك آت فى كل من يأخذه منه خيرا و لأنه لو قيل فى النفقه لأمكن جعله وسيله الى تضييع المال لان ذلك من مقتضيات السفه و قد يناقش فى بعض ما ذكره و كيف كان فالمسأله محل اشكال فالاحوط ترك اخذ النفقه من الامرين المذكورين بل عدم جوازه فى غايه القوه للأصل السليم عن المعارض الا عدم ظهور القائل بذلك و هو هنا غير قادح كما لا يخفى لان المتعرض لمسئله النفقه قليل من الاصحاب فت

### الثامن يصح اقراره بما يوجب القصاص

كالقتل كما صرح به فى الغنيه و الشرائع و القواعد و كره و شد و الايضاح و لك و ضه و الرياض بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه كما صرح به فى لك بل صرح فى كره بانه لم يعلم فيه خلافا بين اهل العلم و احتج عليه فيها و فى الايضاح و لك بانه

مكلف عاقل و كل عاقل يقبل اقراره بما يوجب القصاص بعموم قوله ص اقرار العقلاء على انفسهم جائز و احتج على ذلك فى كره أيضا بانه لا تعلق لهذا الاقرار بالمال حتى يتأثر بالحجر و لا فرق فى ذلك بين ان يكون فى النفس او فى غيرها كما صرح به فى لك و صرح بانه لو طلب المال فى اجابته اليه نظر من وجوب حفظ النفس التى هى اولى من حفظ المال و من انه مفوت للغرض من الحجر لإمكان ان يتواطى مع المقر له على ذلك ليفوت المال ثم صرح بان الاقوى وجوب المال و هو جيد وفاقا للقواعد و الايضاح و جامع المقاصد و صرح فى كره و الارشاد بصحة اقراره بما يوجب الحد و زاد الاول التعزير أيضا و هو جيد

### التاسع لو وكل السفیه اجنبى فى عقد بيع او هبه جاز

و صح كما صرح به فى الشرائع و عد و شد و كره و اللمعه و الروضه و لك و مجمع الفائدة و لهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه كما استفاد من التذكرة و منها العمومات نحو قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ و قوله ص المؤمنون عند شروطهم و منها ما تمسك به فى الشرائع و كره و لك و ضه من ان عبارته معتبره لم يسلب الشارع حكمها عنه فصح عقده للموكل حيث لم يصادف تصرفه مالا- كما فى محل البحث فان ايقاع صيغه العقد ليس منه و هل يجوز توكيله فى نفس المبيع و الهبه لا فى خصوص صيغتهما او لا يظهر من اطلاق بع و عد و شد الاول و نبه عليه فى مجمع الفائدة أيضا قائلا و اما توكله لغيره فالظاهر انه صحيح ان وقع بشرائطه للأصل و ادله جواز التوكيل و صدق البيع من اهله فى محله مثلا و منعه من التصرف فى ماله لاحتمال اضعاءه ماله لا يستلزم منعه عن مال غيره باذنه مع الامن من التضييع اذ قد يسامح فى ماله دون مال غيره و كذا فى ماله باذن الولى و تعيين الثمن للمبيع مثلا لرفع العله المقتضيه و هى الانخداع و احتمال التضييع مع صلاحيته لإيقاع العقد و اعتبار كلامه و خرج ما هو مستقل به للنص و الاجماع و بقى الباقي و هذا الاحتمال عندى هو الاقرب و يلحق بالبيع سائر العقود الناقله للعين و المنفعه

### العاشر لو اذن الولى للسفيه فى النكاح صح

كما صرح به فى الشرائع و عد و كره و لك و لكن صرح فيه بانه انما يجوز الاذن له فيه اذا عينه على وجه يؤمن معه من اتلاف المال بان يعين الزوجه و المهر مع احتمال الاكتفاء بتعيين الزوجه و انصراف اطلاق الاذن الى كونه بمهر المثل الا ان الاول انبى بالغرض من الحجر و الاحوط ما ذكره اولا و لا يخفى ان جواز ذلك مشروط بالمصلحه كما لو باشر بنفسه بل هنا اولى و قد صرح بذلك فى لك

### الحادى عشر لو باع و اجازه الولى صح

و لزم كما صرح به فى الشرائع و عد و لف و شد و جامع المقاصد و لك و الرياض و حكى فيه و فى لك عن الشيخ و ابن حمزه و فى لف عن ابن البراج الحكم بالفساد ح و الاقرب عندى هو القول الاول لفحوى ما دل على صحه بيع الفضولى مع الاجازه بل و عمومه و لذا تمسك فى الرياض على الصحه ح بالاصل و العمومات السليمه عن المعارض فى المقام و يعضد ما ذكر ما تمسك به فى جامع المقاصد من انه بالغ مكلف غايه ما فى الباب منعه لخوف اتلاف المال و هو منتف هنا

**منهل هل يثبت الحجر على السفیه بظهور سفيهه او لا بل يتوقف على حكم الحاكم بالحجر**

فاذا لم يحكم به الحاكم صح جميع تصرفاته اختلف الاصحاب فى ذلك على قولين الاول انه يثبت الحجر بمجرد ظهور السفه و لا- يتوقف على حكم الحاكم و هو للمعه و جامع المقاصد و ضه و لك و الكفايه و الرياض الثانى انه لا يثبت الا بعد حكم الحاكم و هو للشرائع و التحرير و شد و عد و كره و لف و المحكى عن المبسوط بل حكى فى مجمع الفائده عن بعض دعوى الشهره عليه و يظهر من هذا الكتاب اختياره أيضا للأولين وجوه منها ما تمسك به فى الايضاح و لك و ضه و الكفايه و الرياض من قوله تعالى فَإِنْ أَنْشِئْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَانِمْ مَقْتَضَى مفهوم الشرط فيه انه مع عدم ايناس الرشد لا يدفع اليهم فدل على ان وجود السنه كاف بنفسه فى اثبات الحجر و مفهوم الشرط حجه عند معظم المحققين بل عزاها فى لك الى جميعهم و فيه نظر اما اولا فلان غايه ما يستفاد منه انه يثبت

ص: ١٠٠

الحجر على السفيه المتصل سفهه بعدم البلوغ بمجرد السفه و يزول بزوال السفه من غير توقف فى الامرين على حكم الحاكم بل صرح بفهم دعوى الاجماع على ذلك من شرح الشهيد و فيه نظر لما اورده عليه بعض الاجله قائلا و انت خير بان الظاهر من كلام الاصحاب ان محل الخلاف ما هو اعم من الامرين و ما نقله من شرح الشهيد من الاجماع على ما ادّعه و الظاهر انه اشار به الى شرحه على الارشاد كما يشير اليه دائما فلم اقف عليه فى الكتاب المذكور و لم يتعرض لهذه المسأله بالكليه بل ظاهر عباراته مثل عبارات غيره انما هو العموم لأنهم جعلوا العنوان فى الخلاف السفيه بقول مطلق و هو اعم من ان يكون متصلا بالصغر او منفصلا غايه الامر انهم لم يبحثوا عنه فى حال الصغر متى كان متصلا اعتمادا على ثبوت الحجر بمجرد الصغر فانه احد اسبابه و انما بحثوا بعد البلوغ لزوال ذلك السبب الاول و مرادهم ما هو اعم مما ذكرنا و هذا التفصيل الذى ذكره لم اقف عليه الا فى كلامه و قد يناقش فيما ذكره بان الاصحاب فى هذه المسأله و ان اطلقوا السفيه فى تحرير محل النزاع بحيث يشمل المسبوق بالرشد و عدمه الا انهم صرحوا من غير نقل خلاف الا من بعض العامه بانه اذا بلغ الصبى سفيها لم يدفع اليه ماله و لم يزل عليه الحجر و ان صار شيخا و طعن فى السن و قد صرح جماعه منهم بدعوى الاجماع عليه و من الظاهر ان الحجر الثابت فى حال الصغر لم يكن متوقفا على حكم فينحصر محل النزاع فى المسأله فى المسبوق بالرشد و قد يقال ليس كلامهم فى تلك المسأله صريحا فى ثبوت الحجر على من بلغ سفيها و لو لم يحكم به الحاكم بل انما يدل على ذلك بالاطلاق كما لا يخفى و التحقيق ان التعارض بين كلامهم فى تلك المسأله و كلامهم فى هذه المسأله من قبيل تعارض العمومين من وجه فيمكن تقييد كلا منهما بالآخر و لكن احتمال تقييد كلامهم فى تلك المسأله بما ذكره فى هذه المسأله فى غايه القوه فت و اما ثانيا فلان غايه ما يستفاد من الآيه الشريفه اشتراط الرشد فى دفع مال الصغير بعد بلوغه اليه و هو لا يستلزم عدم صحه تصرفه فى ماله حالكونه سفيها الا- ان يق- قائل بالفصل بين الامرين فت و اما ثالثا فلمعارضه المفهوم فى الآيه الشريفه بادل القول الثانى و منها ما تمسك فى جامع المقاصد و ضه و لك و الكفايه و الرياض من منطوق قوله تعالى فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيْفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيْعُ أَنْ يُدِيْعَ هُوَ فَلْيُمْلَأْ وَرِيْهُ بِالْعِدْلِ حَيْثُ اثْبَتَ عَلَى السَفِيْهِ الْوَلَايَةَ فَتَوَقَّفْهَا عَلَى امْرٍ اٰخِرٍ يَحْتَاجُ إِلَى دَلِيْلٍ وَ اُوْرِدَ عَلَيْهِ فِى مَجْمَعِ الْفَائِدَةِ قَائِلًا هَذِهِ الْآيَةُ مَخْصُوصَةٌ بِعَدَمِ الْاِمْلَالِ وَ الْوَلِيِّ فِيْهِ لَا مَطَّ عَلَى اِنِّهِ قِيلَ الْمُرَادُ بِالسَفِيْهِ الْجَاهِلُ بِالْاِمْلَاءِ وَ قِيلَ الْوَلِيُّ الْوَلِيُّ الْاِحْمَقُ قَالَهُ فِى مَجْمَعِ الْبَيَانِ وَ يَحْتَمَلُ غَيْرَ ذَلِكَ اَيْضًا وَ يَحْتَمَلُ كَوْنَهُ فِى الْاِبْتِدَاءِ وَ الْمَحْجُورِ عَلَيْهِ بِحُكْمِ الْحَاكِمِ وَ لِهَذَا قَالَ فِى السَفِيْهِ الْمَحْجُورِ عَلَيْهِ فَتَ وَ مِنْهَا مَا تَمَسَّكَ بِهِ فِى الْكِفَايَةِ مِنْ قَوْلِهِ تَعَالَى وَ لَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ اَمْوَالَكُمُ الْآيَةَ حَيْثُ جَعَلَ سَبْحَانَهُ مَنَاطَ الْمَنْعِ السَّفِهَ فَلَا يَحْتَاجُ إِلَى اٰمْرِ اٰخِرٍ وَ ذَلِكَ لِانَّ تَعْلِيْقَ الْحُكْمِ عَلَى الْمَشْتَقِّ يَفِيْدُ عَلَيْهِ مَبْدَأَ الْاِشْتِقَاقِ كَمَا صَرَّحَ بِهِ فِى

مجمع الفائده قائلا- و لهذا يتبادر ان العله هو السِّفه و صرح أيضا بان الآيه عامه بحسب ظاهر اللفظ فى كل سفيه و لكنه أورد على ذلك قائلا هذه الآيه مخصوصه بالابتداء و تسليم المال على ما قالوه هذا على تقدير تسليم أن المراد السفهاء المبذرون و بالاموال أموالهم اضيف الى الاولياء و انهم المراد بكم بقرينه و ارزقوهم و قيل المراد اموال المخاطبين و قد امروا بان لا يسلموا اموالهم الى السفهاء لينتفعوا بمثل نساءهم و اطفالهم بل يرزقهم منها و لا يسلمها اليهم ثم يرزق منهم و هو الظاهر من الآيه و فى بعض الاخبار أيضا اشاره اليه و يعلم التفصيل من مجمع البيان و منها المروى عن العياشى فى تفسير قوله تعالى وَ لَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ عَنِ الصَّادِقِ قَالَ هُم اليتامى لا تعطوهم حتى تعرفوا منهم الرشد قيل فكيف يكون اموالهم اموالنا فقال اذا كنت انت الوارث لهم و منها المروى عن القمى عن الباقر ع من كان فى يده مال بعض اليتامى فلا- يجوز ان يعطيه حتى يبلغ النكاح و يحتلم فاذا احتلم وجب عليه الحدود و اقامه الفرائض

و لا- يكون مضيعا و لا- شارب خمر و لا- زانيا فاذا انس منه رشدا دفع اليه المال و اشهد عليه و ان كانوا لا يعلمون انه بلغ فانه يمتحن بريح ابطه او نبت عانته و اذا كان كك فقد بلغ فيدفع اليه ماله اذا كان رشيدا و لا يجوز ان يحبس عنه ماله و فيه نظر لضعف سند هذه الروايه كالتسابقه فلا تصلحان للحجيه مع عدم صراحه دلالتهما على المدعى كالأيات السابقه و منها ما تمسك به فى غايه المراد و الايضاح و الروضه و لك من ان المقتضى للحجر و العله فيه هو السِّفه فيجب تحققه بمجرد السفاهه لان وجود العله يستلزم وجود المعلول و فيه نظر و لذا اجاب عن هذا فى مجمع الفائده بان القياس باستخراج العله فى امثاله ليس بحجه و منها ما صرح به فى مجمع الفائده من ان تجويز المعامله للسفيه حيث لم يحجر الحاكم عليه يقتضى تضييع ماله فى الحال لأنه يعطى ما يسوى اضعاف درهم بدرهم و هو ضرر عظيم و الظاهر نفيه شرعا و عقلا فليسد باب تصرفه لئلا يؤل الى ذلك كما فعل فى امثاله و فيه نظر و منها ان الحجر باكثر الاسباب الموجه له كالجنون و الرقيه و عدم البلوغ و المرض لا يتوقف على حكم الحاكم به فكذا محل البحث عملا بالاستقراء و يؤيده ان اكثر الاحكام المنوطه فى الكتاب و السنه و كلام الاصحاب باوصاف خاصه لا يتوقف ثبوتها لموضوعاتها على حكم الحاكم فكذا هنا عملا بالاستقراء و فيهما نظر و منها ان حجر السفيه لو توقف على حكم الحاكم لورد التنبيه عليه فى آيه او روايه لتوفر الدواعى عليه و التالى بط قطعاً و منها ما اشار اليه فى مجمع الفائده قائلا جزم المحقق الثانى

ص: ١٠١

و الشهيدان بان السفه بنفسه مانع بل نجد عبارات الاصحاب كلها فى جميع الاحكام من البيع و الاجاره و الوقف و الوصيه و الهبه و غيرها مشحونه باشتراط الرشد من القائل و غيره فيبعد حملها على الرشد و السفه ابتداء لأنهم يطلقون و يعمون و يفرعون عليه الفروع الكثيره بحيث يفهم عدم النزاع فى ذلك كما فى اشتراط البلوغ و العقل و يبعد حملها على ان السفه مانع مع حكم الحاكم و هو ظاهر و فيما ذكره نظر أيضا و منها اصاله بقاء الحجر الثابت قبل البلوغ و فيه نظر لمعارضتها باصاله عدم الحجر الثابت قبل حصول السفه حيث يسبقه البلوغ و الرشد اذ لا قائل بالفصل بين الصورتين على الظاهر فينبغى ترجيح الاصل الثانى لاعتضاده بادل القول الثانى و للآخرين وجوه منها ما تمسك به فى لك و مجمع الفائده و غايه المراد و الرياض من ان الحجر على خلاف الاصل فيقتصر فيه على مورد اليقين و ليس الا بعد حكم الحاكم و منها العمومات الداله على صحه تصرف البالغ فى ماله نحو قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَ لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ وَ قوله ع الناس مسلطون على اموالهم و المؤمنون عند شروطهم و الصلح جائز بين المسلمين و قد اشار اليها فى مجمع الفائده قائلا

قبل المشهور توفقه على حكم الحاكم و حجره و هو مذهب المص فى كره للأصل و تسلط الناس على أموالهم و عقلا و نقلا و شمول ادله التصرفات تصرفه الذى فعله فى زمان سفهه من الكتاب و السنه و صدقها عليه ح و لعدم الدليل فى الكتاب و السنه الا على استصحاب الحجر الى ان يرشد و اما الحادث فلا و هذا دليل قوى و يؤيده الاجماع على عدم تحققه فى المفلس الا بعده و يؤيده الاجماع أيضا الشريعة السهلة و قد يناقش فى بعض ما ذكره و لكن لا اشكال فى دلالة العمومات المتقدمة على ذلك لا يقال يعارض هذه العمومات الداله على كون السفية محجورا عليه مط من الكتاب و السنه و قد تقدم اليها الاشاره و هى اخص مط من تلك العمومات فيجب تخصيصها خصوصا مع اعتضاد هذه العمومات بوجوه اعتباريه تقدم اليها الاشاره لأننا نقول هذا مدفوع اما الاول فللمنع من نهوض العمومات الداله على كون السفية محجورا عليه لإثبات الحجر عليه مط كما تقدم اليه الاشاره و اما ثانيا فللمنع من كون هذه العمومات اخص مط بل هى اما اعمّ مط او من وجه فيكون التعارض بين الصنفين من العمومات من قبيل تعارض العمومين من وجه و ذلك لاین هذه العمومات تشمل المجنون و السفية بالمعنى المتعارف عند الاصحاب لاین السفية لغه و عرفا يعم الامرين و يجب حمل اطلاق الفاظ الكتاب و السنه عليهما لا على المصطلح عليه بين الفقهاء و من الظاهر اختصاص العمومات المتقدمه الداله على صحه تصرف البالغ بالعقل المكلف فلا يعم المجنون و ان شملت معامله السفية لنفسه و لغيره و تصرفاته فى ماله نحو الاكل و الشرب و الجلوس و ح يجب ترجيح هذه العمومات لاكثريتها و اوضحه دلالتها و اعتضادها بما سيأتى اليه الاشاره سلمنا ان السفية عرفا و لغه حقيقه فيما هو المتعارف بين الاصحاب و لكن مع هذا يكون التعارض بين هذين الصنفين من العمومات من قبيل تعارض العمومين من وجه أيضا و ذلك لان العمومات المتقدمه داله على صحه تصرفات البالغ المكلف قد خرج منها السفية الذى حجر عليه الحاكم بالإجماع و من الظاهر انه يلزم على هذا ان يحكم بان التعارض بين هذين القسمين من العمومات من قبيل تعارض العمومين من وجه لشمول كل منهما ح ما لا يشمل الآخر و به يتحقق مادتا الافتراق و شمولهما معا للسفيه قبل حجر الحاكم عليه و هو ماده الاجتماع فيتعين كون التعارض ح من قبيل تعارض العمومين من وجه فت سلمنا ان التعارض هنا من قبيل تعارض العام و الخاص المطلقين و لكن تخصيص جميع افراد السفية من العمومات الداله على صحه تصرفات البالغ المكلف يقتضى اخراج اكثر افراد العام منه و تخصيصه الى الاقل من النصف لان اكثر افراد البالغ المكلف سفية خصوصا على القول بحصول السفاهه بفقد العدالة و صدور المعصيه و الاصل عدم جواز تخصيص العام الى الاقل من النصف فيلزم تخصيص العمومات الداله على كون السفية محجورا عليه بمن حجر عليه الحاكم لسفاهه فت و منها ما اشار اليه فى كره و الايضاح و لك من ان السفه امر خفى و الانظار فيه تختلف فناسب كونه منوطا بنظر الحاكم و منها انه لو

ثبت الحجر على السفية بمجرد السفه للزم ترك معامله مع الناس و جميع العباد بالبيع و الصلح و الاجاره و الهبه و النكاح و غير ذلك و لا يستثنى منهم الا من يثبت رشده شرعا و هو فى غايه القله و نهايه الندره و التالى بط فالمقدم مثله اما الملازمه فظاهره على القول بتوقف الرشد على العدالة و تحقق السفه بمجرد صدور المعصيه القادحه فى العدالة و ذلك لاین غالب الناس خصوصا الكفار و المخالفين و المتجاهرين بالمعاصى الكبيره ليسوا على صفه العدالة فهم من السفهاء فيجب ترك معاملتهم و اما على القول بعدم توقف الرشد على العدالة و حصوله مع صدور المعصيه القادحه فلا لاین الناس بين اصناف الثلاثه معلوم السفاهه و هو غالب النساء و المستضعفين من الرجال و بالجملة شطر عظيم من الناس من هذا الصنف كما لا يخفى و معلوم الرشد و هو فى غايه القله و نهايه الندره بالنسبه الى جميع الناس و مجهول الحال و هذا الصنف كالأول حيث ترك معامله على تقدير ثبوت الحجر على السفية بمجرد السفه لاین شرط صحه معامله عدم السفاهه من الطرفين فاذا جهل بحالهما او حال

احدهما جهل تحقق شرطا الصحة و الجهل بالمشروط فلا تصح معامله مع ذلك و من الظاهر ان الصنف الثاني بالنسبه اليهما فى غايه القله بل كالمقطره بالنسبه الى البحر لا يقال الملازمه ممنوعه لجواز الحكم بصحة معامله مجهول الحال و ان قلنا بثبوت الحجر على السفينه بمجرد سفيه و ذلك لان الاصل فى البالغ العاقل ذكرا كان او انثى او خنثى الرشد شرعا كما ان الاصل فى الماء الطهاره و فى يد المسلم الملكيه و فى فعله الصحة لأننا نقول لا دليل على هذا الاصل من شىء من الادله الاربعه اما الكتاب و السنه

ص: ١٠٢

فظاهر و اما الاجماع فلانا لم نجد احدا من الاصحاب نبه عليه فكيف يدعى اجماعهم على اعتباره و اما الاتفاق على معامله مجهول الحال قديما و حديثا و ارتكابها فى جميع الاعصار و الامصار فلا يدل على صحة الاصل المذكور و كونه مستندهم فى الجواز لاحتمال ان يكون مستندهم فيه هو ما دل على عدم ثبوت الحجر على السفينه بمجرد السفينه لا- يقال الحمل على هذا يقتضى تخصيص العمومات الداله على كون السفينه محجورا عليه مط و لا يلزم هذا على تقدير كون الوجه هو الاصل المذكور كما لا يخفى لأننا نقول يلزم على هذا التقدير دفع اصله عدم الرشد الذى هو ملكه نفسانيه مسبوقة بالعدم و هى مستنده الى العمومات الداله على عدم جواز نقض اليقين بالشك و كذا يلزم تخصيص العمومات المانعه من الاعتماد على غير العلم من الكتاب و السنه و من الظاهر ان ارتكاب التخصيص فى العمومات الداله على ثبوت الحجر على السفينه بمجرد السفينه اولى من ارتكاب التخصيص فى هذه العمومات لأنها اكثر و اوضح دلالة على انه قد يدعى لزوم ارتكاب التخصيص فى تلك العمومات على تقدير كون الاصل فى مجهول الحال الرشد فت و اما العقل فلانا لم نجد منه ما يدل على صحة الاصل المذكور ان لم ندع انه يدل على خلافه و اما بطلان التالى فلوجوه احدها ان المعهود من سيره المسلمين قديما و حديثا ارتكاب معامله مع السفهاء و المجهولين حالا حيث لم يحجر عليه الحاكم من غير انكار و لا نكير و ثانيها انه لو وجب ترك معامله اولئك لتظافر به الاخبار و لاشتهر و ظهر ظهور الشمس فى رابعه النهار و التالى بط قطعاً و ثالثها ان ترك معامله موجب للضرر العظيم و المشقه الشديده و العسر الكامل و الاصل عدم ذلك للعمومات الداله على نفى الضرر و الحرج من الكتاب و السنه و قد نبه على ما ذكر على مجمع الفائده قائلان ان كان مجرد السفه حجرا يشكل المعاملات و الانكحه فان غالب الناس مجهول الحال او معلوم السفاهه و هو ظاهر مع اعتبار العداله و مع عدمه أيضا خصوصا اذا اعتبر ما اعتبره الشَّهيد الثانى من ان الرشد لا يكفى فى اصلاح المال بل لا بد من ملاحظه اصلاح الموجود و تحصيل المعدوم و منها انه لو كان السفينه محجورا عليه بمجرد السفه لما توقف الحجر عليه على حكم الحاكم به و التالى بط فالمقدم مثله اما الملازمه فظاهره و اما بطلان التالى فلما نبه عليه فى كره قائلان روى عروه بن الزبير ان عبد الله بن جعفر ابتاع بيعة فقال على ع لاتين عثمان ليحجر عليك فاتى عبد الله بن جعفر الزبير فقال قد ابتعت بيعة و ان عليا ع يريد ان يأتى عثمان فيسأله الحجر على فقال الزبير انا شريكك فى البيع قال ع لعثمان ان عبد الله بن جعفر قد ابتاع بيع كذا فاحجر عليه فقال الزبير انا شريكه فى البيع فقال عثمان كيف احجر على رجل شريكه الزبير فت و المسأله فى غايه الاشكال فلا ينبغى ترك الاحتياط فيها خصوصا فيما اذا بلغ سفيها و لكن القول الثانى فى غايه القوه و

ينبغى التنبيه على امور

الاول اذا اثبت الحجر على السفينه



اما بحكم الحاكم به او بمجرد ظهور السفه ثم صار رشيدا فلا اشكال فى زوال الحجر عنه ح و هل يتوقف على حكم الحاكم به او لا بل يزول بمجرد تحقق الرشد اختلف الاصحاب فى ذلك على قولين الاول انه يتوقف على حكم الحاكم به و هو للشرائع و لف و شد و اللمعه و المحكى عن المبسوط الثانى انه لا يتوقف عليه بل يزول بمجرد تحقق الرشد و هو لجامع المقاصد و لك و ضه و مجمع الفائده و الكفايه و الرياض و غيرها و حكى عن ابن حمزه للأولين وجوه منها ما تمسك به فى الرياض و اشار اليه فى لك و لف من ان رفع الحجر الثابت على خلاف الاصل فلا بد فيه من الاقتصار على القدر المتيقن و هو حيث يحكم الحاكم به و منها ما اشار اليه فى لف و لك من ان السفه امر خفى فالانظار فيه تختلف فيناط بنظر الحاكم و منها انا قد بينا ان ثبوت الحجر بالسفه يتوقف على حكم الحاكم فكذا صرح بهذمه الملازمه فى غايه المراد مدعيا ظهورها و كذا صرح بها فى التذكرة على ما حكاه عنها فى مجمع الفائده و ربما يستفاد من الارشاد أيضا و قد يناقش فيها بالمنع منها كما صرح به فى مجمع الفائده لعدم الدليل عليها من شىء من الادله الاربعه لا يقال لا نسلم ذلك لان كل من قال بتوقف ثبوت الحجر على الحكم قال بتوقف الرفع عليه لأننا نمنع ذلك لان اقوال الاصحاب فى مسئله توقف ثبوت الحجر بالسفاهه و رفعه برفعها على الحكم اربعة على ما صرح به فى لك احدها توقف الامرين عليه و هو الذى صار اليه فى الشرائع و الارشاد و حكى عن المبسوط و ثانيها عدم توقفها عليه و هو الذى صار اليه فى لك و الكفايه و الرياض و غيرها و قد صرح فى الرياض باشتهار هذين القولين و ثالثها توقف الرفع عليه دون الثبوت و هو الذى صار اليه فى اللمعه و لكن صرح بضعفه فى غايه المراد و رابعها توقف الثبوت عليه دون الرفع و هو الذى صار اليه فى مجمع الفائده و صرح فى لك بانه قيل بوجود القائل به و صرح فى الرياض بان جماعه صرحوا بانه مجهول القائل فدعوى عدم القائل بالفصل و ثبوت الملازمه به ضعيفه الا ان يقال ان القائل بالفصل و ان كان موجودا الا انه شاذ و لم يثبت كونه من المتقدمين فلا عبره به و فيه نظر و للآخرين وجوه أيضا منها ما تمسك به فى لك و الكفايه من ان المقتضى للحجر هو السفه فاذا ارتفع المقتضى فيجب ان يزول و فيه نظر اما اولا فللمنع من ان السفه بنفسه مقتضى بل هو مع حكم الحاكم او بشرط حكم الحاكم فارترقا فقط لا يقتضى ذلك و اما ثانيا فلان السفه بنفسه مقتضى لحدوث الحجر و من الظاهر ان ارتفاع السبب الخاص لا يستلزم ارتفاع المسبب مط لجواز ان يخلفه سبب آخر و لان سلب الاخص لا يستلزم سلب الاعم و منها قوله تعالى فَإِنْ أَنْشِئْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا الْآيَهُ و قد تمسك به فى الروضه و الكفايه و الرياض و كذا تمسك به فى لك قائلا حيث علق الامر بالدفع على ايناس الرشد فلو توقف معه على امر اخر لم يكن الشرط صحيحا و فيه نظر نعم قد يقال ان مقتضى اطلاقه وجوب الدفع و ان لم يحكم الحاكم برفع الحجر عنه و قد يجاب بان الظاهر من الاطلاق هنا من لم يحكم عليه الحاكم بالحجر باعتبار السفه بل و من

ص: ١٠٣

لم يتصف بالسفه اصلا فلا- يشمل محل البحث فت و منها ما تمسك به فى الكفايه من عموم قوله ص الناس مسلطون على اموالهم و يعضده العمومات المتقدمه الداله على اصاله صحه تصرفات البالغ العاقل و لعلّه لذا صرح فى مجمع الفائده فى مقام الاحتجاج على ما صار اليه بان الظاهر و الاصل عدم الحجر على احد عقلا و نقلا الا ما ثبت بالدليل و هو مع وجود السفه و حكم الحاكم و قد يقال قد خرج من العمومات المذكوره السفه الذى حكم الحاكم بحجره باعتبار السفه فلا يمكن ان يشملها بعد زوال السفه لان من خرج من العام لا يدخل فيه ثانيا فيلزم فيه الرجوع الى اصاله بقاء الحكم السابق و هو هنا بقاء الحجر لا رفعه كما لا- يخفى و قد يجاب بان الامر فى العمومات المذكوره بعد امتناع حملها على ظاهرها من العموم و الاطلاق لثبوت

الحجر على السفه بحجر الحاكم عليه بالإجماع قد دار بين التخصيص و هو اخراج السفه المحجور عليه من اللفظ العام و هو الناس فى الروايه المتقدمه و العقود فى قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ فى قوله ص المؤمنون عند شروطهم فيصح ما ذكره و بين ابقاء العام على عمومه و تقييد اطلاق حكم العمومات المذكوره بصوره حجر الحاكم عليه فيكون غيرها مندرجا تحت العمومات فلا يصح ما ذكر بل عليه يصح الاستدلال بها على ذلك كما لا يخفى و من الظاهر ان تقييد المطلق اهون من تخصيص العام لأنه مجاز لا- محاله دون الاول و فيه نظرت و منها ما تمسك به فى مجمع الفائده قائلا و اما اذا قيل انه لا يثبت الا بحكم الحاكم فيحتمل زواله بمجرد زوال السفه لان حكم الحاكم كان مشروطا بوجوده فلما عدم لا يمكن ثبوته و يبعد بقاءه من دون الشرط سيما على القول بان البقاء محتاج الى عله و ان علتة عله الحدوث و يؤيده انه قد يعسر اعلام الحاكم فيحصل الضرر بالمنع عن تصرفه فى ماله مع عدم المانع الحقيقي اى السفه فجزم المصنف بعد زواله الا بحكم الحاكم مع اشكاله فى ثبوته بدونه محل التامل و لان العله هو السفه فلا يبقى المعلول بعد زوالها و لحصول الضرر مع عدم السبب اى السفه و فيما ذكره نظر و كيف كان فالمسأله فى غايه الاشكال فلا ينبغي فيها ترك الاحتياط و لكن القول الثانى فى غايه القوه

### **الثانى صرح فى مجمع الفائده بانه يمكن قول ثالث فى المسأله**

لو لم يكن خرق اجماع و هو انه قد يكون ممنوعا بمجرد السفه من التصرف فيما لا مصلحه له فى ذلك بل يكون مضرا مثل الغبن الفاحش و شراء المحرمات و صرف المال بلا عوض و فى غير الاغراض الصحيحه لا مط و يكون ممنوعا عنه مط بحكم الحاكم اى مصلحه فى ذلك او لا يكون له ذلك فت

### **الثالث اذا حصل الشك فى حجر الحاكم**

فالاصل عدمه و يؤيده السيره فت و اذا حصله الشك فى السفه و قلنا بالحجر به من دون توقف على حكم الحاكم فيظهر من بعض الاجله ان الاصل عدمه أيضا و فيه اشكال ذلك فى غايه القوه

### **منهل اذا باع انسان السفه المحجور عليه شيئا و قبضه اياه كان البيع باطلا**

#### **اشاره**

حيث لم يجزه الولي فان كان المبيع موجودا استعاده البائع المالك له و قد صرح بذلك فى الشرائع و شد و عد و كره و اللمعه و ضه و لك و مجمع الفائده بل الظاهر انه مما لا- خلاف فيه و لا- فرق فى جواز استعادته مع وجوده بين ان يكون البائع عالما باتصاف المشتري بالسفاهه حال العقد او لا و قد صرح به فى لك محتجا عليه بان البيع فى نفسه باطل فله الرجوع فى ماله متى وجده و يظهر ما ذكره من اطلاق ما عداه من الكتب المتقدمه بل نسبه بعض الاجله الى الاصحاب بلفظ قالوا و ان تلف المبيع و كان قبض السفه باذن صاحبه مع كونه عالما بالسفه كان تلفه من مال صاحبه و لا يضمه السفه و قد صرح بذلك فى الشرائع و شد و عد و كره و جامع المقاصد و لك و ضه و مجمع الفائده و احتج عليه فى ضه بان المالك قد ضيع ماله بيده حيث سلمه الى من نهى الله تعالى عن ايتائه و اشار الى هذا فى لك أيضا بقوله لأنه سلطه على ماله مع كونه سفيا و وجود السفه مانع من ثبوت العوض و كذا اشار اليه فى كره و جامع المقاصد و لا فرق فى ذلك بين ان يفك الحجر عن السفه بعد التلف او لا كما

صرح به في الكتب المذكوره لما صرح به في لك و جامع المقاصد من انه اذا لم يلزم حال الاتلاف لم يلزم بعد الفك و لو تلف و الحال ان البائع جاهل بالسفه فصرح في القواعد و كره بان السفه لا يضمن ح و يكون التلف من المالك و هو ظاهر من اطلاق يع و شد و اللمعه بل صرح بعض الاجله بدعوى الشهره عليه و صرح في لك بان وجهه ان البائع قصر في معاملته قبل اختبار حاله و علمه بان العوض المبذول منه ثابت أم لا فهو مضيع لماله و صرح هذا الوجه في كره أيضا قائلا لا فرق بين ان يكون من عامله عالما بحاله او جاهلا اذ كان من حقه ان يبحث عنه و لا يعامل احدا الا عن بصيره و فيه نظر اما اولا فلما ذكره بعض الاجله معترضا على الوجه المذكور من انه لا قائل بتوقف صحه البيع على اختبار البائع و المشتري بكونه محجورا عليه او لا بل و الاصل عدمه و ظهور المانع بعد ذلك لا يوجب ما ذكر و اما ثانيا فلانه قد يكون ترك الاختبار لغفله و الغافل معذور و اما ثالثا فلانه قد يكون اختبر و اشتبه عليه الامر و صرح في الروضه بانه لو كان جاهلا بحاله فله الرجوع مط لعدم تقصيره و هذا هو الظاهر من مجمع الفائده أيضا و يظهر من موضع من التذکره القول بضمان السفه بعد رفع الحجر عنه مط و لو في صورته علم المالك بالحال و عندى ان ما في الروضه في غايه القوه لعموم الروضه قوله ع على اليد ما اخذت حتى تؤدي و يؤيده عموم قوله ع لا- ضرر و لا- ضرار و ان كان السفه قبض المبيع بغير اذن صاحبه و اتلفه فصرح في لك بانه يضمنه مط محتجا بان البيع لا يقتضى الاذن في القبض فيكون متصرفا في مال الغير بغير اذنه فيضمنه كما لو اتلف مالا او غصبه بغير اذن مالكة و اختار هذا في ضه أيضا حاكيا له عن بعض و يظهر من اطلاق يع و و شد و عد و كره و اللمعه عدم ضمان السفه ح و لعلّه لأجل ان البيع يفيد الاذن في التصرف عاده و ان لم يفد عقلا فت و الاقرب عندى انه مع عدم الاذن في التصرف يضمن السفه قبل فك الحجر عنه و لا فرق ح في ذلك بين ان يكون البائع عالما بالحال او جاهلا به و

### ينبغي التنبيه على امور

### الاول صرح في مجمع الفائده

بانه يلحق

ص: ١٠٤

بالبيع فيما ذكره سائر المعاوزات حتى القرض و هو جيد و يظهر أيضا من القواعد و جامع المقاصد

### الثاني صرح في جامع المقاصد بانه يلحق بالسفيه الصبي

و المجنون محتجا بقاعده الاولويه و لا اشكال في اللاحق في صورته عدم ضمان السفه

### الثالث صرح في مجمع الفائده بانه لا يجوز بالتصرف في مال السفه باذنه

و زاد قائلا بل يمكن تحريم اصل المعامله بمجرد ايقاع صورته البيع و الشراء معه مثلا خصوصا على تقدير اعتقاده صحه بل كاد ان يكون كفرا مع علمه بعدمها

## الرابع صرح في مجمع الفائدة أيضا

بانه اذا وقع مال من السفية بيد الانسان اختيارا او بغيره يجب رده الى وليه فان تلف في يده يكون ضامنا حيث ابتاعه من السفية سواء كان عالما بحاله أم جاهلا و احتج على ذلك في صوره الجهل بتقصيره فانه كان ينبغي ان لا يعامل به حتى يعرف و بعموم قوله ع على اليد ما اخذت حتى تؤدى و بان ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده و ادعى انه كالمجمع عليه عندهم و بان التلف من جنس خطاب الوضع و ما ذكره احوط بل في غايه القوه

## منهل لو اودع انسان السفية وديعه بعد الحجر عليه

### اشاره

فتلفت بتفريط او تعد من السفية فهل يضمن السفية ح او لا اختلف الاصحاب في ذلك على قولين الاول انه لا يضمن ح و هو للشرائع و شد الثاني انه يضمن و هو لصريح التذكرة و جامع المقاصد و الروضه و لك و مجمع الفائدة و بعض حواشى والدى العلامة قدس سره و ربما يستفاد من عد و توقف في اللغه كما عن التحرير للأولين وجوه منها اصاله البراءه من الضمان و استصحاب عدمه و منها ان اكل مال السفية ح ليس من جهه التجاره فلا يجوز لعموم قوله تعالى **لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ** و منها ما اشار اليه في لك قائلا وجه عدم الضمان تفريض المودع باعطائه و قد نهى الله تعالى عنه بقوله تعالى **وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ** فيكون بمنزله من القى ماله في البحر و قد اشار الى هذا الوجه في كره و جامع المقاصد و ضه و مجمع الفائدة و منها عموم الاخبار الداله على نفى الضمان في الوديعة و في جميع ما ذكر نظر اما الاول فلان الاصل لا يصلح لمعارضه عموم ما دل على الضمان الآتى اليه الاشاره و اما الثاني فللمنع من دلالة الآية الشريفة سلمنا و لكن يجب تخصيصها بما دل على الضمان هنا و اما الثالث فلما صرح به في كره و لك و ضه و مجمع الفائدة من ان المالك لم يسلطه على الاتلاف و انما امره بالحفظ فقد حصل منه الاتلاف بغير اختيار صاحبها كما لو غضب و الحال ان السفية بالغ عاقل و الاصل عصمه مال الغير الا بسبب و اما الرابع فبالمنع من شموله لصوره التعدى او التفريط التى هى محل البحث سلمنا و لكن يجب تخصيصه بما سيأتى اليه الاشاره إن شاء الله و للآخرين وجوه أيضا منها ما تمسك به في مجمع الفائدة من عموم دليل الضمان و لعله اراد به قوله ص على اليد ما اخذت حتى تؤدى و منها ما تمسك به في لك و جامع المقاصد من ان وضع اليد حال الاتلاف غضب و الغاصب ضامن و منها ما صرح به في كره من ان الصبى و المجنون لو فعلا ذلك لزمهما الضمان فالسفيه اولى و منها ما صرح في جامع المقاصد قائلا و من الامور المستبعده تضمينه بالغضب و عدم تضمينه بالاتلاف للوديعة مع كونه ابلغ و افحش و منها اطلاق دعوى الاجماع على ان التعدى و التفريط في الوديعة يوجب الضمان و يعضده اطلاق كلام المعظم بل الظاهر الجميع و منها عموم الخبر الذى وصفه في الرياض بالصحة رجل دفع الى رجل وديعه فوضعها في منزل جاره فضاعت هل يجب عليه اذا خالف امره و اخرجها عن ملكه فوقع ع هو ضامن لها إن شاء الله و منها ان عدم ضمان السفية المفرد و المتعدى يوجب ضررا عظيما على المودع خصوصا اذا لم يعلم بالسفه حين الايداع و الاصل عدمه لعموم قوله ص لا ضرر و لا ضرار و المسألة لا يخ عن اشكال فلا ينبغي فيها ترك الاحتياط و لكن الاقرب هو القول الثانى و

### ينبغي التنبيه على امور

## الاول يلحق بالوديعة العاربه فيما ذكر

كما صرح به فى كره و اللعنه و لك و الروضه

## الثانى صرح فى القواعد و جامع المقاصد

بانه لو اتلف السفينه بعد الحجر ما اودعه قبل الحجر ضمن و هو جيد و احتج عليه فى الثانى بانه لا تسليط على الاتلاف هنا من المالك و لا تعريض للإتلاف لكونه ح غير محجور عليه فيضمن لان اتلاف مال الغير سبب للضمان

## الثالث الصبى و المجنون اذا اتلفا مال غيرهما بغير اذنه

او غصباه فتلف فى يدهما فصرح فى التذكره و جامع المقاصد و لك بانهما يضمنان التالف ح كالسفيه و هو جيد لظهور الاتفاق على ذلك و لعموم قوله ع على اليد ما اخذت حتى تؤدى و لعموم نفي الضرر لا يقال يدفع ما ذكر الحديث المشهور الدال على رفع القلم عنهما لأننا نقول الظاهر منه رفع المؤاخذه و الحكم التكليفى و هما غير الضمان الذى هو حكم وضعى و اذا اتلفا مال الغير الذى سلطهما على الاتلاف كما اذا باعهما او اقرضهما فصرح فى الاولين بانتفاء الضمان عنهما و هو جيد و اذا اودعا او اعيرا شىء فتلف بتفريطهما او باتلافهما فهل يضمنان ح او لا صرح بالاول فى التذكره و حكاه فى جامع المقاصد عن التحرير و لكنه صرح بان ضمان الصبى المميز اذا باشر الاتلاف قوى قائلا لا يكاد التفريط يقصر عن الاتلاف اما غير المميز و المجنون فيها كسائر الحيوانات و فرق فى لك بين التلف بالتفريط و بين التلف بالاتلاف قائلا الصبى و المجنون حكمهما فيما يقبض مضمونا كالبيع و القرض و الغصب و اتلاف مال الغير بغير اختياره حكم السفينه و اما الوديعة و العاربه اذا تلف بتفريطهما او اتلافهما ففى ضمانهما قولان اجودهما ذلك فى الثانى دون الاول اما الاول فلان الضمان باعتبار الاهمال انما يثبت لأنه يجب الحفظ و الوجوب من باب خطاب الشرع المتعلق بافعال المكلفين فلا يتعلق بالصبى و المجنون فلا يرد المعارضه بقوله ص على اليد ما اخذت حتى تؤدى فانه مفهوم على الوجوب و التكليف بالرد و هو منفى عنهما و اما الثانى فلان اتلاف مال الغير مع عدم الاذن فيه سبب فى ضمانه و الاسباب من خطاب الوضع فلا يتوقف على التكليف و منه يعلم وجه ضمان ما يتلفانه من مال الغير بغير اذنه و فيما ذكره نظر فتدبر و

ص: ١٠٥

المسأله محل اشكال فلا ينبغى فيها ترك الاحتياط و ان كان ما فى كره فى غايه القوه

## منهل لما كان السفه عليه للحجر اما بنفسه او بحكم الحاكم

### اشاره

على ما مر كان وجود العله يقتضى وجود المعلول و رفعها رفعه من غير فرق بين المرء و المراه فلذا صرح فى يع و الارشاد و عد و كره و لك و مجمع الفائده بانه لو فك حجر السفينه ثم عاد مبذرا حجر عليه و لو زال فك حجره و لو عاد عاد الحجر و هكذا دائما و قد صرح بنفى الخلاف فى ذلك فى لك بل صرح فى مجمع الفائده بانه نقل عليه اجماع علمائنا فى التذكره بل اجماع

الصحابه الولايه فى مال الطفل للأب و الجد له فان فقدا فالوصى لأحدهما فان فقد فالحاكم و قد صرح بذلك فى الشرائع و النافع و ره و شد و عد و كره و ير و س و للمعه و كنز العرفان و جامع المقاصد و لك و الروضه و الكفايه و الرياض و لهم وجوه منها ظهور الاتفاق على ذلك و قد صرح بنفى الخلاف فيه فى مجمع الفائده و الرياض و صرح فى لك و الكفايه بنفى الخلاف فى ولايه الاب و الجد له بل حكى عن كره و غيرها التصريح بدعوى الاجماع عليه و منها ما تمسك به فى الرياض من فحوى النصوص المتواتره الداله على ثبوت الولايه لهما عليه فى امر الترويج لأنه اعظم من المال كما يظهر من بعض الاخبار و منها ما تمسك به فى الرياض أيضا من خصوص النصوص المستفيضه الداله على ثبوت ولايه الوصى و صرح فيه بانه يستفاد من بعضها ثبوت الولايه للحاكم مع فقد الوصى و للمؤمنين مع فقده مدعىا كثرته و استفاضته و منها السيره المستمره فى الجملة و

### ينبغى التنبيه على امور

#### الاول هل يتوقف ولايه الجد على فقد الاب او لا

بل يكون وليا و لو كان الاب موجودا المستفاد من اطلاق الكتب المتقدمه الثانى بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه فهو المعتمد و ان اشعر عبارته لك و كره فى كتاب الوصايا بالاول و عليه فهل كلّ منها ولى مستقل فيكون تصرفه ماضيا و ان لم يرض به الاخر او لا- بل هما وليان على وجه الاشتراك فلا ينفذ تصرف احدهما بدون رضاء الاخر الظاهر من الكتب المتقدمه هو الاول بل صرح بنفى الخلاف فيه فى الرياض فهو المعتمد و قد احتج عليه فى جامع المقاصد بثبوت الولايه لهما و الاصل عدم اشتراط الانضمام و فيه نظر و ان وقع التعارض بين الاب و الجد له كما اذا باع احدهما شيئا من اموال المولى عليه لشخص و باع الاخر ذلك الشىء بعينه لغير ذلك الشخص و وقع عقدهما فى آن واحد فهل يقدم ح عقد الجد او عقد الاب او يقرع بينهما او يحكم ببطلان العقدین معا او يتخير الحاكم بينهما احتمالات بل صرح فى الرياض بوجود اقوال هنا ثم رجح تقديم عقد الجد متمسكا بفحوى ما دل على ثبوته فى الترويج من الاجماع و النصوص المستفيضه و حكى عن كتاب الحجر من التذکره ما يوافق و لكن حكى عن كتاب الوصايا منها ترجيح تقديم عقد الاب و ربما يستفاد أيضا من كتاب الوصايا من لك و احتج فى لك و الكفايه على ترجيح احتمال بطلان العقدین بقاعده استحاله الترجيح من غير مرجح و يظهر منهما و من ضه التوقف فى المسأله و هى محل اشكال فلا ينبغى فيها ترك الاحتياط و ان كان ما صار اليه فى الرياض فى غايه القوه

#### الثانى المراد بالجد هنا اب الاب و ان علا

كما صرح به فى التذکره و ضه و لك و الكفايه و الرياض بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه و هل الاجداد فى مرتبه واحده فكلهم اولياء بالاستقلال او لا بل الاقرب الى الاب يمنع الابد صرح بالثانى فى جامع المقاصد و لك و الكفايه و يظهر الاول من اطلاق الشرائع و النافع و ره و شد و ير و عد و كره و س و للمعه و كنز العرفان و ضه و الرياض و المسأله محل اشكال فلا ينبغى فيها ترك الاحتياط و ان كان الاحتمال الاول فى غايه القوه

#### الثالث هل الاب و الجد من الرضاع يلحقان بالاب و الجد من النسب او لا

المعتمد هو الثانى للأصل و عدم انصراف اطلاق اللفظين الى الاولين بل الظاهر مجازيتهما و هل الاب و الجد من الزنا كالأب و

الجد من النسب الصحيح او لا فيه اشكال من اطلاق الاصحاب و صدق اللفظين عليهما حقيقه عرفا و لعدم صحه السلب و غيره من اكثر الامارات الداله على وضع اللفظ للقدر المشترك و من الاصل و عدم انصراف الاطلاق الى المفروض و كيف كان فلا ينبغي ترك الاحتياط هنا و ان كان الاحتمال الثانى فى غايه القوه

### الرابع هل يشترط فى ثبوت الولايه للأب و الجد عدالتهما

فلو كانا فاسقين لم يثبت لهما الولايه او لا فيثبت الولايه لهما و لو كانا فاسقين يظهر من اطلاق النافع و الشرائع و ره و شد و كره و الدروس و اللمعه و كثر العرفان و لك و ضه و الكفايه الثانى بل الاخير كالصريح فيه بل صرح به فى جامع المقاصد و مجمع الفائده و صرح فيه و فى الكفايه و غيرهما بان اكثر العبارات خاليه عن اشتراط العداله فيهما بل صرح بعض هؤلاء بانه اعتبار جلّه من محققى متأخرى المتأخرين و بان الظاهر من كلام الاصحاب أيضا و لكن صرح فى الايضاح بالأول و يظهر من القواعد التوقف فى المسأله و لكن استفاد منه فى مجمع الفائده و الكفايه ما ذهب اليه فى الايضاح للقول الاول و جوه منها ما صرح به فى مجمع الفائده و الكفايه من ان الاصل يقتضى عدم الاشتراط و لعلهما ارادا به الاشاره الى العمومات الداله على صحه العقود و المعاملات الصادره من الابوين الفاسقين باعتبار الولايه و يحتمل انهما اشارا به الى ما صرح به بعض الاجله من ان الاخبار الداله على ولايتهما مطلقه و الاصل عدمها حتى يقوم دليل واضح على ثبوتها و الى ما ذكر اشار فى جامع المقاصد أيضا قائلا و الذى يقتضيه النظر ان ولايته ثابتة بمقتضى النص و الاجماع و اشتراط العداله فيه لا دليل عليه و المحذور يندفع بان الحاكم متى ظهر عنده بقرائن الاحوال اختلاف حال الطفل اذا كان للأب عليه ولايه عزله و منعه من التصرف فى ماله و اثبات اليد عليه و ان ظهر خلافه فولايته ثابتة و ان لم يعلم استعلم حاله بالاجتهاد و بتتبع سلوكه و شواهد احواله و منها فحوى ما دل على عدم اشتراط العداله فى الوكيل و منها ان اشتراط العداله فيهما يستلزم الحرج غالبا فيكون منفي لقاعده نفى الحرج فت و منها ان العداله لو كانت شرطاً فى ثبوت ولايتهما لاشتهر روايه بل و تواتر لتوفر الدواعى عليه و التالى بط فكذا المقدم

ص: ١٠٦

و اليه اشار فى جامع المقاصد بقوله ان ولايه الاب باصل الشرع ثابتة و لم يشترط الشرع فى ولايته العداله و الفرق بينه و بين الـاجنبى قائم لان شفقتة المركوزه فى العجله تمنعه من تضييع مصلحه اولاده و للقول الثانى و جوه منها ما صرح به فى جامع المقاصد من ان الفاسق لا يركن اليه و اشار أيضا به الى قوله تعالى وَ لَا تَزْكُونا اِلى الَّذينَ ظَلَمُوا فَتَمَسَّكُمُ النَّارُ و يعضده قوله تعالى اَفَمَنْ كَانَ مُؤْمِنًا كَمَنْ كَانَ فَاسِقًا لَا يَسْتَوُونَ و قوله تعالى لَا يَسْتَوِي اَصْحَابُ النَّارِ و اَصْحَابُ الْجَنَّةِ و فيه نظر و منها ما صرح به فى جامع المقاصد من ان الفاسق ليس اهلا للاستيمان و صرح بما ذكر فى الايضاح قائلا الأصح انه لا ولايه للأب ما دام فاسقا لأنها ولايه على من لا يدفع عن نفسه و لا يعرف عن حاله و يستحيل من حكمه الصانع ان يجعل الفاسق أمينا يقبل اقراراته و اخباراته عن غيره مع نص القرآن على خلافه و فيه نظر أيضا و منها ان الفاسق سفيه خصوصا اذا كان شارب الخمر و السفيه لا يثبت له الولايه مط و فيه نظر أيضا للمنع من المقدمه الاولى كما تقدم اليه الاشاره و منها ان الاصل عدم ثبوت الولايه لهما لأنها على خلاف الاصل فيلزم فيه الاقتصار على المتيقن و هو صوره ثبوت العداله لهما و فيه نظر لان الاصل بقاء الولايه لهما اذا كانا عدلين ثم فسقا و لا قائل بالفصل بين الصور على الظاهر مع ان المثبت للولايه مقدم على النافى لهما كما لا يخفى فت و الاقرب عندى هو القول الاول و عليه لو علم ان الاب و الجد الفاسقين يضيعان و يتلفان مال الصغير فالاقرب ان الحاكم لا

يمكنهما منه وانه لا يجوز ح دفع ماله اليهما

### **الخامس ليس للأم و لا لأبيها و لا لغيرهما من الاخوه و الاعمام**

و سائر الاقارب و لايه على الصغير و ان فقد ابوه و جده و وصيهما و الحاكم و قد صرح بذلك فى القواعد و كره و قد صرح بنفى و لايه الام فى التحرير و الدروس و الكفايه و حكى فى الاخير عن الاسكافى القول بولايه الام اذا كانت رشيده و هو شاذ كما صرح به فى س بل صرح فى كره بدعوى الاجماع على نفي و لايه الام

### **السادس هل يشترط فى ثبوت و لايه الوصى لأحد الابوين**

و جعله وصيا على الصغير او لا- بل يكفى مجرد صدق كونه وصيا و لو كان وصيًا على الثلث فقط يظهر من اطلاقات عبارات الاصحاب الثانى و لكن قد يدعى انصراف الاطلاقات المذكوره الى صورته جعله وصيا على الصغير فيلزم الرجوع فى غيرها الى حكم الاصل و هو عدم ثبوت الولايه فلاحتمال الثانى هو الاقرب

### **السابع صرح فى لك و الكفايه بانه لو جعل الاب او الجد**

له للوصى ان يوصى ذلك و ان لم ينص له الوصى فحكم وصيه حكمه فيقدم رضا الوصى و ان تعدد على الحاكم و فيه نظر فان المتبادر من اطلاق الوصى المحكوم بكونه وليا فى كلمات الاصحاب هو الوصى بلا واسطه لا وصى الوصى فالاصل عدم ثبوت الولايه فت

### **الثامن صرح فى لك بانه لا حكم لوصى الاب مع وجود الجد له**

و ان علا و حكاه عن كره و استفاده من الشرائع و ما ذكره جيد

### **التاسع صرح فى لك و جامع المقاصد و الكفايه**

و الرياض بان المراد بالحاكم حيث يطلق فى ابواب الفقه الفقيه الجامع لشرائط الفتوى و قد صرح فى الاول بدعوى الاجماع عليه و فى الاخير بنفى الخلاف فيه و لكن صرح فى الاول و الثانى فى مقام اخر بان المراد بالحاكم الامام المعصوم ع و نائبه الخاص و فى زمن الغيبه ع النائب العام و هو المستجمع لشرائط الفتوى و لا يشترط فى الحاكم مباشره التوليه بل يجوز له نصب امين فيها كما صرح به فى الغنيه و الشرائع و شد و كره و عد و ير و ره و اللمعه و ضه و الرياض بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه و يدل عليه مضافا الى ما ذكر عموم ما دل على نفي الحرج و الضرر و العمومات الداله على صحه معاملاته عن الصغير و اشتهاى نصب الامين للتوليه من غير تكبير و لا- نكار و هل ينزل بموت الحاكم او لايه اشكال من الاستصحاب و من ان الامين هنا وكيل و الوكاله تبطل بموت الموكل و هذا هو الاقرب

### **العاشر اذا فقد جميع الاولياء المتقدم اليهم الاشاره**



و لم يبق احد منهم فهل يجوز للعدل المؤمن ان يباشر التوليه بنفسه فيثبت له الولايه أيضا بفقده اولئك او لا الاقرب الاول و سيأتي تحقيق الكلام فيه في محل اخر

### الحادى عشر ولى المجنون كولى الطفل

فالولايه فى مال الاول للأب و الجد له فان فقدا فالوصى لأحدهما فان فقد فالحاكم و قد صرح بذلك فى الشرائع و النافع و ره و شد و اللمعه و ضه و الكفايه و مجمع الفائده و الرياض بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه كما صرح به فى الرياض و هل تثبت الولايه عليه للعدل المؤمن مع فقد اولئك الاولياء او لا فيه اشكال و لكن الاقرب الاول الثانى عشر يمنع المجنون من التصرفات اجمع الى ان يكمل عقله فهو محجور عليه و قد صرح به فى النافع و شد و اللمعه و ضه و مجمع الفائده بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه بل صرح فى الرياض بان ثبوت الحجر عليه مجمع عليه كما عن التذكره ثم صرح بان الحججه المخصصه للأصل و صرح فى مجمع الفائده بان دليل حجر المجنون هو العقل و النقل و هو ظاهر و لو كان الجنون يعود ادوارا صح تصرفه فى حال افاقته و رجوع عقله و رشده كما صرح به فى الارشاد و مجمع الفائده و اشار اليه فى اللمعه و ضه و لو ادعى المجنون المعلوم جنونه بعد افاقته وقوع البيع حال جنونه و انكره المشتري فصرح فى الارشاد بان القول قوله مع اليمين و احتج عليه فى مجمع الفائده بوجوه قائلان لان الاصل بقاء الملك على مالكة و لاستصحاب حال الجنون الى ان يعلم زواله و ليس بمعلوم و لأنه اعرف بحاله فلا يعارض ذلك باصل الصحه و عدم الفساد لكثرتة و لأنه قد يمنع كون الصحه اصلا نعم قد يكون ظاهرا من حال المسلم فان الاصل عدم البيع و عدم الصحه لأنها موقوفه على الشرائط المعلومه و الاصل فى الكل هو العدم فلا يرد ما اورده المحقق الثانى انه لا أقل ان يكون هنا التردد كما فعله فى عد و ير و يظهر مما ذكره انه اختار ما اختاره فى الارشاد و هو الاقرب

### منهل الولايه فى مال السفيه الذى كان قبل السفاهه رشيدا و ارتفع عنه الحجر بالبلوغ و الرشده

#### اشاره

ثم لحقه السفه فيثبت عليه الحجر للحاكم لا غيره من الاب و الجد له و قد صرح بذلك فى الشرائع و التحرير و شد و عد و كره و جامع المقاصد و لك و ضه و هو ظاهر النهايه

ص: ١٠٧

و المراسم و ره و الكفايه و لهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه كما يظهر من اكثر كتب الاصحاب المفتيه بما ذكر من الحكم لعدم اشارتها الى خلاف منهم بوجه من الوجوه نعم ربما يستفاد من الرياض تقويه القول بثبوت الولايه هنا للأبوين و وصيهما مع وجودهم و لكنه اعترف بان ظاهر لك و ضه و غيرهما عدم الخلاف فيه و منها ما تمسك به فى لك و ضه من ارتفاع ولايه الاب و الجد له ح بالرشده السابق فيحتاج عودها الى دليل و الحاكم ولى عام لا يحتاج الى دليل و ان تخلف فى بعض الموارد و اورد عليه فى الكفايه بان عموم ولايه الحاكم فى محل المنع و انما ثبت لو ثبت عدم ولايه الاب و الجد هنا و منها ما تمسك به فى مجمع الفائده و الكفايه قائلين و يمكن الاستدلال بانه لا بد له من ولى يباشر اموره و ليس احد يساويه برجحانه فى العلم و الديانه و لاین العلماء ورثه الانبياء و انهم بمنزله انبياء بنى اسرائيل و لا شك فى ثبوت ذلك للانبياء و لان الفقيه نائب ولى

الاصل بمقتضى بعض الاخبار المؤيد بالشهره و نقل الاتفاق و منها ما سيأتى اليه الاشاره إن شاء الله تعالى و اختلف الاصحاب فيمن له الولاية على السفية المحجور عليه الذى بلغ سفيها و لم يسبق له رشد اصلا على قولين الاول انه الحاكم و ان الولاية له و هو لصريح موضع من التذكرة و ظاهر اطلاق الشرائع و شد و ير و عد و يمكن استفادته من النهايه و المراسم و ره بل صرح فى لك بانه اشهر القولين و صرح فى الرياض بانه اختيار الاكثر حاكيا هذه النسبه عن لك و غيره الثانى انه الاب و الجد له و ان فقدا فوصى احدهما فان فقد فالحاكم كالصغير و هو للمعه و جامع المقاصد و لك و ضه و الرياض و نفى عنه الباس فى موضع اخر من التذكرة و ربما يستفاد من مجمع الفائده أيضا للأولين وجوه منها ان الحجر على هذا السفية يتوقف على حكم الحاكم و كذلك رفعه يتوقف عليه فيلزم ان تكون الولاية بعد الحجر عليه ثابتة للحاكم و قد صرح بهذه الملازمه فى التذكرة و جامع المقاصد و ضه و كذا صرح بها فى كل مدعيها ظهورها لا يقال لا نسلم ان الحجر على هذا السفية يتوقف على حكم الحاكم بل يثبت بمجرد ظهور السفه و قد اشار الى هذا فى مجمع الفائده و الرياض بل صرح فى الاول بانه لا نزاع على الظاهر فى عدم توقف الحجر على السفية المفروض على حكم الحاكم مستدلا على ذلك بقوله تعالى فَإِنْ أَنْسَبْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا الْآيَه و مستشهدا بعبارة التذكرة لأننا نقول ما ذكر غير وجه لما بيناه سابقا من توقف الحجر على هذا السفية على حكم الحاكم و ان النزاع فيه موجود ظاهر و لا يقال الملازمه ممنوعه كما صرح به فى مجمع الفائده قائلا على انه على تقديره تسليم قول المحقق بالتوقف فى حجر السفية و زواله على حكم الحاكم لا يستلزم ذلك كون الولاية له لجواز ان لا يثبت و لا يزول الا بحكمه مع كون الولاية و التصرف الى الولي و انما التوقف لعدم معرفته و قصور نظره بخلاف الحاكم فانه المجتهد الجامع للشرائط كما صرح به فى لك و غيره و قد صرح بمنع الملازمه فى الرياض أيضا معللا بما ذكره لأننا نقول غايه ما يلزم مما ذكره عدم ثبوت الملازمه عقلا و هو لا ينافى ثبوتها شرعا بالإجماع و غيره كما هو الظاهر من كره و لك و ضه فت و منها ان الولاية على السفية تثبت للحاكم فى الجملة بالإجماع على الظاهر فلو ثبت لغيره من الاب و الجد له و لو فى الجملة لكان بينهم مساوات و الاصل عدمها لعموم قوله تعالى هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَدِينُونَ وَ الَّذِينَ لَا يَدِينُونَ وَ قوله تعالى أَفَمَنْ كَانَ مُؤْمِنًا كَمَنْ كَانَ فَاسِقًا لَا يَسْتَوُونَ فت و منها قوله تعالى الْمُؤْمِنُونَ وَ الْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ فانه باطلاقه يقتضى ثبوت الولاية للحاكم مع وجود الابوين اللذين لم يتصفا بالايمان من غير معارض فاذا ثبت ولايته ح ثبت مط اذ لا قائل بالفصل فت و للآخرين وجوه أيضا منها ما تمسك به فى جامع المقاصد و لك و ضه و ض من ان الولاية للأب و الجد له كانت ثابتة لهما قبل البلوغ فالاصل بقائها بعد البلوغ و قبل الرشد عملا بالاستصحاب و اورد عليه فى الكفايه بالمنع من حججه هذه الاستصحابات و فيه نظر لما بيناه فى المفاتيح

من حججه الاستصحاب مط نعم قد يناقش فيما ذكر بمعارضته باصالة بقاء ولاية الحاكم فيما اذا كان الاب و الجد له مجنونين قبل البلوغ و بعده قبل الرشد ثم صارا عاقلين رشيدين لظهور ان الولاية حين جنونهما للحاكم اذ لا ولي غيره قطعا و يلزم على القول بكونهما وليين فيما اذا بلغ الصغير سفيها بثبوت الولاية لهما بعد ارتفاع الجنون عنهما و حصول الرشد لهما و لا يلزم ذلك على القول الاول بالضرورة و من الظاهر موافقته لقاعده الاستصحاب فى هذه الصورة و ان خالفها فى الصورة الغالبه فاذا وقع التعارض بين الاستصحابين و لو باعتبار عدم القائل بالفصل بين صور المسأله كما فى محل البحث كان اللازم اما التوقف او الرجوع الى المرجحات الخارجيه و على اى تقدير لا يتجه التمسك بالاستصحاب على هذا القول اما على التقدير الاول فواضح و اما على التقدير الثانى فلاعتضاد الاستصحاب الثانى الدال على بقاء ولاية الحاكم فيما فرضناه بالشهره على ما صرح به فى لك و من الظاهر ان الشهره و لو كانت منقوله من المرجحات فاذن الاستصحاب يدل على القول الثانى دون الاول فت و منها ما تمسك به فى الرياض من فحوى ما دل على ثبوت الولاية على السفية للأب و الجد له فى النكاح من الاجماع المحكى فى عبائر

كثير من الاصحاب و قد يناقش فيه اولاً بالمنع من الفحوى و ثانياً بان ما دل على ثبوت الولاية لهما عليه فى النكاح لا يختص بما اذا بلغ سفيها بل يعم ما اذا حصل له السفاهه بعد الرشد على ما يظهر من الرياض فيلزم ان يحكم بالفحوى بثبوت الولاية لهما عليه فى المال مط و لو حصل له السفاهه بعد الرشد كما صرح به فى الرياض و لكن قد عرفت له الولاية لهما عليه فى المال فى هذه الصوره فيلزم فيها رفع اليد من الفحوى و يلزم منه رفع اليد منها فى محل البحث اذ لم يثبت كونها كالعالم فى ان التخصيص لا يخرجها عن الحجيه فت و ثالثاً بمعارضه الفحوى بادلها القول الاول و ما

ص: ١٠٨

يؤديها و هو الشهره فت و منها ما تمسك به فى الرياض من ان السففيه بالاضافه الى المال فى معنى المجنون فكما ان ولى المجنون الاب و الجد له فكذلك السففيه و فيه نظر لأنه ان اريد من كونه فى معنى المجنون انه فرد من افراده الحقيقيه ليدخل تحت عموم ما دل على ان ولى المجنون هو الجد و الاب فضعفه ظاهر لان السففيه لا يطلق عليه حقيقه انه مجنون الا مجاز لصحه السلب و عدم المتبادر او بتبادر الغير و عدم حسن الاستفهام و عدم صحه الاستثناء و عدم الاطراد و عدم صحه التقسيم و التقييد بالقيدين و بالجملة لوازم الاشتراك المعنوى كلها او اكثرها منتفيه هنا و نفى اللازم يدل على نفى الملزوم و ان اريد انه ملحق بالمجنون فى الاحكام فهو ممنوع لعدم دلالة شىء من الادله الاربعه عليه على انه لو صح ذلك لزم ارتفاع التكاليف عنه و لزم أيضاً ان يكون وليه الاب و الجد له مط و لو سبق له الرشد و كل ذلك باطل فت و ان اريد انه يشبه المجنون فى خفه العقل و قله الادراك فذلك لا يقتضى الاشتراك فى الحكم الشرعى بل يقتضى صحه التجوز و ليست بمحل البحث فت و منها ما صرح به بعض الاجله و اشار اليه فى الكفايه من ان المفهوم من قوله تعالى فَإِنْ آنَسْتُمْ اِلَيْهِ اَنْ مَعَكُمْ اِيهُ اِنْ كَانَ سَفِيهاً اَوْ مَجْنُوناً لا يدفع اليه المال و الخطاب للأولياء حال الصغر و هم الاب و الجد له و من تفرع عليهما و فيه نظر و منها تصريح مجمع الفائده بان الظاهر انه لا خلاف و لا نزاع فى جواز البيع و الشراء و سائر التصرفات للأطفال و المجانين و السفهاء المتصل جنونهم و سفههم الى البلوغ من الاب و الجد للأب لا للأُم و من وصى احدهما مع عدمهما ثم من الحاكم او الذى يعينه لهم و فيما ذكره نظر واضح و المسأله لا يخ عن اشكال فلا ينبغى فيها ترك الاحتياط و ان كان القول الاول هو الاقرب و

**ينبغى التنبيه على امور**

**الاول صرح فى التحرير بان الولاية فى مال السففيه للحاكم**

او امينه خاصه و هو جيد و اشار اليه فى النهايه و المراسم و النافع و صره و شد و غيرها بقولهم للحاكم ان يوكل عن السففيه

**الثانى اذا لم يتمكن من الحاكم و لا من الاب و لا من الجد له**

و لا من وصى احدهما اما لفقدهم او لتعسر الوصول اليهم فهل يثبت الولاية على السففيه فى ماله للعدل المؤمن و من يوثق بدينه و امانته كما يثبت الولاية له على الصغير و المجنون حيث لا يتمكن من الحاكم او لا صرح بالاول فى مجمع الفائده و الكفايه و هو الاقرب و لهما وجوه منها ما تمسك به فى التذكرة و س و ضه و لك و الرياض على ثبوت ولايته على الصغير عند فقد الحاكم من انها اعانه على البر و التقوى فيجوز لعموم قوله تعالى تَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَ التَّقْوَى و منها ما تمسك به فى الدرّوس و

لك و ض على ذلك أيضا من قوله تعالى الْمُؤْمِنُونَ وَ الْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ خَرَجَ مِنْهُ مِنْ أَجْمَعٍ عَلَى عَدَمِ وَلَايَتِهِمْ فَبَقِيَ الْبَاقِي دَاخِلًا فِي الْعُمُومِ وَمِنْهَا مَا تَمَسَّكَ بِهِ فِي لَفِّ عَلَى ذَلِكَ أَيْضًا مِنْ أَنْ وَلَايَتِهِ إِحْسَانٌ مَحْضٌ فَيَجُوزُ لِعُمُومِ قَوْلِهِ تَعَالَى مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ وَمِنْهَا مَا تَمَسَّكَ بِهِ فِي الْإِيضَاحِ وَ جَامِعِ الْمَقَاصِدِ وَ فِي لَفِّ عَلَى ذَلِكَ أَيْضًا مِنْ أَنْ ذَلِكَ مِنَ الْمَعْرُوفِ وَ الْمَصَالِحِ الْحَسِيئَةِ فَيَسْتَفَادُ الْأَذْنَ فِيهَا مِنْ دَلَائِلِ الْأَمْرِ بِالْمَعْرُوفِ وَ مِثْلِ هَذَا كَافٍ فِي الْأَذْنِ الشَّرْعِيَّةِ وَ قَدْ تَمَسَّكَ فِي مَجْمَعِ الْفَائِدَةِ عَلَى ثُبُوتِ وَلَايَتِهِ عَلَى السَّفِيهِ حَ بِعَدَمِ الْفَرْقِ بَيْنَهُ وَ بَيْنِ الصَّغِيرِ وَ بِالضَّرُورَةِ وَ بِحِكَايَةِ الْخَضِرِ عَ مِنْ خَرَقِ السَّفِينَةِ وَ فَهْمِ أَنْ الْعَلَةَ فِي مَالِ الْيَتِيمِ هِيَ الْحَسَنُ وَ بِقَوْلِهِ تَعَالَى مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ وَ صَرَّحَ فِي لَفِّهِ وَ جَامِعِ الْمَقَاصِدِ بِأَنْ تَطْرُقَ مَحْذُورِ اتِّلَافِ الْمَالِ يَنْدَفَعُ بِحَصُولِ وَصْفِ الْعَدَالَةِ فِي الْمَتُولَى وَ يَنْبَغِي الْاِقْتِصَارُ عَلَى الْقَدْرِ الضَّرُورِيِّ الَّذِي يَضْطَرُّ إِلَى تَقْدِيمِهِ قَبْلَ مَرَاجَعَةِ الْحَاكِمِ وَ تَأْخِيرِ غَيْرِهِ إِلَى حِينِ التَّمَكُّنِ مِنْ إِذْنِهِ كَمَا صَرَّحَ بِهِ فِي ضِهِ وَ لَكَ وَ ضِ فِي وَلَايَتِهِ لِلطِّفْلِ عِنْدَ فَقْدِ الْحَاكِمِ

### الثالث صرح في يع بانه ينبغي للحاكم ان يوكل عن السفهاء

من يتولى الحكومه عنهم و اشار الى هذا في الكفايه بقوله قالوا و ينبغي للحاكم ان يوكل عن السفهاء و كذا غير السفهاء ممن للحاكم عليه ولايه كالصبيان و المجانين

### منهل حكم السفيه في المحرمات و الواجبات و المستحبات و المكروهات و المباحات

#### اشاره

و معظم الاحكام الوضعية حكم الرشيد فكما تتعلق الاحكام المذكوره به ككك تتعلق بالسفيه فليس هو كالمجنون في ارتفاع التكاليف عنه و الحجه في ذلك وجوه منها ظهور الاتفاق عليه بل هو مجمع عليه بل هو ضروري الدين و منها انه بالغ قادر عاقل عالم و كل من كان كذلك فالاصل ان يكون مكلفا بتلك التكاليف للعمومات الداله على تعلقها بمن ذكر من الكتاب و السنه و كلمات الاصحاب و هي سليمه عن المعارض لعدم قيام شئ من الادله الاربعه على خروج السفيه منها و منها انه لو لم يتعلق به تلك التكاليف لاستفاض بل و تواتر التنبيه عليه في الاخبار و كلمات الاصحاب و التالي بط قطعاً فيحرم عليه الزنا و الربا و شرب الخمر و قتل النفس و الغيبه و الغناء و غير ذلك من ساير المحرمات و يجب عليه الوضوء و الغسل و التيمم و الصلاه و الصوم و الزكاه و الخمس و الحج و الجهاد و غير ذلك من الواجبات و يستحب له الصلاه جماعه و الزياره و قراءه القرآن و غير ذلك من المستحبات و

#### ينبغي التنبيه على امور

### الاول صرح في التذكرة و عد و لك بان السفيه لا يجوز له ان يفرق الزكاه و الخمس

و ساير الحقوق الماليه الواجبه و هو جيد و احتج عليه في الاول بانه تصرف في المال و هو ممنوع منه على الاستقلال و ربما يدل عليه قوله فَإِنْ أَنْشَأْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا الْآيَهُ وَ قَوْلُهُ تَعَالَى وَ لَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الْآيَهُ

### الثاني صرح في التذكرة و الروضه و لك بانه لا يمنع من الحج الواجب

سواء زادت نفقته عن نفقه الحضر أم لا و هو ظاهر الشرائع و عد و شد و اللمعه و جامع المقاصد و مجمع الفائده و احتج فيه على ذلك لعموم ادله الوجوب كتابا و سنه و اجماعا من غير تخصيص و ما ذكره جيد و صرح فى كره و ضه و لك بانه لا يسلم اليه النفقه بل يتولاها الولي و زاد فى الاخيرين فصرح فيهما بانه يجوز الدفع الى وكيل الولي و ما ذكره جيد و صرح فى مجمع الفائده بانه ينبغى ان يسلم نفقته و متاعه الى من يوثق به ممن كان معه و لو باجره و يمكن ان يكون ذلك مراده بقوله يدفع اليه كفايته و هل الحج الواجب يختص بحجه الإسلام او لا بل يعم الواجب بالنذر قبل

ص: ١٠٩

عروض السفاهه صرح بالثانى فى التذكرة و الروضه و لك و هو ظاهر اطلاق الشرائع و عد و شد و اللمعه و هو الاقرب و صرح فى كره بانه لو نذر الحج بعد الحجر عليه فالاقوى انعقاده لكن لا يمكن منه ان زادت نفقته السفر و لم يكن له كسب يفى بها بل اذا رفع الحجر عنه

### الثالث هل يمنع من الحج المندوب او لا

الاقرب الثانى اذا استوت نفقته حضرا و سفرا كما صرح به فى الشرائع و عد و كره و عد و شد و اللمعه و الروضه و لك بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه و احتج عليه فى الثانى و الاخير بانه لا ضرر على المال ح و صرح فى الثانى بانه يكون على الولي الانفاق عليه او يدفع النفقه الى نفسه و اذا كان نفقه السفر اكثر من نفقه الحضر كما هو الغالب و قال السفية انا اكتسب هذه الزيادة فى السفر فهل يمنع ح من الحج المندوب او لا صرح بالثانى فى الشرائع و كره و عد و ضه و احتج عليه فى الثانى و لك بانتفاء الضرر عن ماله المحجور عليه فيه و اورد عليه فى جامع المقاصد و لك بان ما يكتسبه مال فيتعلق الحجر به و لكن اجاب فى جامع المقاصد اولاً- بانه قبل الاكتساب لم يكن مالا و بعده صار محتاجا الى زياده النفقه و ثانيا بان الاكتساب ليس بواجب على السفية و ليس للمولى قهره عليه فلا يلزم من صرف ما يحصل به اتلاف لشيء من المال الذى تعلق به الحجر و اجاب فى لك عن الاول بانه انما يتم لو لم يمكنه العود او امكنه بنفقه مساويه لنفقه الاكمال و الا لم ينفعه احتياجه الى النفقه و عن الثانى بان الاكتساب و ان كان غير واجب عليه الا انه اذا اكتسب باختياره تحقق المال و لزم الحجر فيه فعاد المحذور نعم لو كان ذلك الكسب الواقع فى السفر لا يحصل فى الحضر و كان بعد التلبس بالحج او قبله و لم يمكنه العود الا بصرفه زال الاشكال و قد يقال لا نسلم ثبوت الحجر على جميع اموال السفية حتى هذه الزيادة التى حصلها بالكسب فى طريق الحج المندوب سلمنا و لكن كونه محجورا عليه لا- يمنع من جواز صرف الولي او وكيله و امينه ذلك المال على السفية المالك له كما لا يمنع من صرف الزيادات التى يحتاج اليها باعتبار الفصول و الحوادث و الاعراض بل الصرف هنا اولى لحصول منفعه اخرويه به و لا اشكال فى انها اعظم من المنافع الدنيويه باسرها مضافا الى عموم قوله ص الناس مسلطون على اموالهم و الى ما اشار اليه بعض الاجله قائلا اما لو اراد الحج ندبا فانهم اشترطوا فيه ان لا يزيد نفقته سفرا من نفقته حضرا لعدم الضرر و لا اعرف لهذا الشرط وجها اذا كان الولي هو او وكيله المتولى للإنفاق عليه و الضرر انما يتطرق بتمكينه من النفقه على نفسه على انه من الظاهر البين ان نفقه السفر تزيد على نفقه الحضر غالبا لما يحتاج اليه من الدواب و العزم كما هو المشاهد المعلوم فى جميع الازمان و ح فكيف يمنع من هذا الثواب العظيم المترتب على الحجر و هو مكلف عاقل لا مانع له سوى السفاهه الذى هو عباره عن صرف المال فى غير محله و هو هنا يندفع بتولى الولي لذلك او وكيله و المسأله المذكوره غير منصوصه كما اعترف به فى لك فليجب الوقوف فيها على

ما ذكره و العجب انهم قالوا انه يجوز للإنسان ان يتصدق بجميع امواله و ينفقها فى الخيرات و الطاعات و لا يكون ذلك سفيها مع ما فيه من الضرر العظيم و يمنعون هنا من زياده نفقه السفر لكون ذلك ضررا و الى ما ذكرنا يميل كلام المحقق الأردبيلي أيضا كما اشار اليه بقوله و الظاهر عدم منعه من المندوب أيضا لمثل ما مرّ و ان استلزم صرف المال زائدا على الحضر على ان ما ذكره من عموم الحجر على وجه يتناول منعه من فعل الطاعات و القربات المستحبه و النذر و نحو ذلك فى محل المنع فان غايه ما يستفاد من الآيات و الاخبار التى تقدم ذكرها هو انه لسفهه لا يمكن من المال خوفا من ان يصرفه فى المصارف الغير الشرعيه و ح فلو اراد ان يتصدق بصدقه او يبنى مسجدا او نحو ذلك على وجه لا- يدفع المال اليه فما المانع منه حتى انهم يحكمون بالحجر فيه و فى امثاله فانه عاقل كامل داخل تحت الخطاب بتلك الاخبار الداله على استحباب الصدقه و فعل الخير و بذل المعروف و تخصيص هذه الاخبار باخبار الحجر ليس باولى من العكس فان غايه ما يتمسكون به كونه سفيها و مجرد السفه من حيث هو لا- يصلح للمنع من ذلك كالفاسق نعم الذى يقتضيه السفه هو الحجر عليه فى ماله لثلا- يصرفه فى غير المصارف الشرعيه من وجوه السفه و الفرض هنا انه صرف فى المصارف الشرعيه التى ليست بسفه على وجه لم

يدفع اليه المال و بالجمله فان دعوى عموم الحجر على وجه يتناول ما ذكرناه و امثاله ممنوعه لا اعرف عليها دليلا و يؤيد جميع ما ذكره و ان كان فى بعضه مناقشه واضحه ان السفه لو كان ممنوعا من الحج المندوب و فى الصوره المفروضه لورد التنبيه عليه فى الاخبار كما لا يخفى و التالى بط فاذا تجوز الحج المندوب فيما ذكرناه من الصوره هو الاقرب و لا يبعد الحاق الزيارات المستحبه و الاسفار الراجحه به و هل يشترط ان لا يكون قادرا فى الحضر على الكسب الذى يحصل به الزيادة فى السفر او لا يظهر الاول من ضه و لك و الثانى من اطلاق يع و كره و عد و هو فى غايه القوه و اذا لم يكن له كسب يحصل به الزيادة فهل يمنع من الحج المندوب ح او لا يظهر من الكتب المقدمه الاول و هو احوط بل فى غايه القوه

و

## ينبغي التنبيه على امور

### الاول اذا لم يتمكن السفه من الاتيان بواجب كالصلاه

الا- يبذل مال و ارتكاب معامله كما اذا توقف اتيانه بالفرائض اليوميّه على ابتياع الماء و التراب للوضوء او الغسل او التيمم و على ابتياع الساتر و نحوه و لم يكن له ولى يباشر ذلك مط فهل يسقط عنه التكليف بذلك الواجب ح او لا يتوقف ذلك الواجب على الشرط الذى يتوقف تحصيله على بذل المال او لا- بل يرتفع الحجر عنه ح اما مط او اذا علم انه يبذل المال و يرتكب معامله على الوجه اللائق عند العقلاء احتمالات أقواها

ص: ١١٠

الثالث للعمومات الداله على ثبوت التكليف بذلك الواجب و بشرطه و جزئه و استصحابه و هو ان يختص ببعض الصور الا ان الثانى يلحق به بظهور عدم القول بالفصل او لا يعارضهما اطلاق ادله الحجر من النص و الفتوى لعدم انصرافه الى محل البحث سلمنا و لكن التعارض بينه و بين تلك العمومات من قبيل تعارض العمومين من وجه و من الظاهر ان وجوه الترجيح مع تلك

### الثاني اذا احرم السفية تطوعا و لم تستوى نفقته حضرا و سفرا

و لم يمكنه تكسب ما يحتاج اليه فصرح فى الشرائع و القواعد و شد و كره بان الولي يحلله بالصوم كالمحصور و استشكل هذا فى لك قائلا و يفهم من قوله و ان لم يكن كك حلله الولي ان احرامه ينعقد على كل حال و يشكل مع الاخلال بالشرائط للنهي عنه ح المقتضى للفساد ثم صرح بانه يمكن دفعه بان النهي هنا ليس عن ذات العبارة و لا عن شروطها لان المندوب لا يشترط فيه المال فينعقد و انما النهي عن اتلاف المال الزائد فطريق استدراكه تحليل الولي له بالصوم لأنه ح كالمحصور حيث يحرم عليه الذهاب للإكمال و ان كان لأمر خارج كعجزه عن النفقه ثم صرح كما فى كره و جامع المقاصد بان هذا يتجه ان جعلنا لدم الاحصار بدلا و الابقى على احرامه الى زمان الفك ثم صرح كما فى جامع المقاصد بانه على القول بالبدل فهو صوم عشره ايام كما مر فى الحج و روى ثمانية عشره يوم و صرح بان خصوص هذه المسأله لا نص فيه عندنا

### الثالث اذا حلف السفية على فعل شيء او تركه

حيث تكون اليمين منعقدة فى غيره انعقد يمينه أيضا كما صرح به فى الشرائع و الارشاد و عد و كره و اللعنه و الروضه و لك و مجمع الفائده بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه فان حنث فعلية الكفاره كما صرح به فى الكتب المذكوره و قد قطع به فى لك قائلا لأنه بالغ عاقل و هل يكفر بالصوم او بالمال صرح بالاول فى الارشاد و القواعد و كره و اللعنه و ضه و لك و مجمع الفائده و صرح فى يع بعد التصريح بانه يكفر بالصوم بان فيه تردد و صرح بوجهه فى لك قائلا وجه التردد من انه ممنوع من التصرف المالى فيكفر بالصوم كالعبد و الفقير و من ان الكفاره تصير ح واجبه عليه و هو مالك للمال فيخرج من المال كما يخرج الواجبات من الزكاه و الخمس و مؤنه الحج الواجب و الكفاره التى قد سبق وجوبها على الحجر ثم ضعف ما ذكر قائلا- و يضعف بان هذه الواجبات يثبت عليه بغير اختياره فلا تصرف له فى المال و انما الحاكم به هو الله تعالى بخلاف الكفاره فى المتنازع فان سببها مستند الى اختياره فى مخالفه مقتضى اليمين فلو اخرجها من المال امكن جعل ذلك وسيله له الى اذها به لان مقتضى الصفه توجيه صرفه على ما لا ينبغى ثم صرح بان الاقوى انه يكفر بالصوم و به قطع العلامة فى كتبه حتى فى كره من غير نقل التردد و لا- خلاف و ما قواه فهو الاقوى عندى للعمومات المانعه من دفع المال الى السفية لظهور انه لو جاز له التكفير بالمال لجاز الدفع اليه من هذه الحثيه لا يقال يعارضها عموم ما دل على صحه التكفير بالمال فلا عبره بها لأننا نقول لا نسلم هذا العموم كما صرح به بعض الاجله هو الشيخ يوسف سلمنا و لكن التعارض بينه و بين تلك العمومات من قبيل تعارض العمومين من وجه و من الظاهر ان وجه الترجيح مع تلك العمومات لاعضادها بالشهره العظيمه بل بعدم ظهور الخلاف و بغير ذلك أيضا و صرح فى ضه و مجمع الفائده بان يمينه انما تنعقد حيث لا تكن متعلقه بالمال بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه و ان أطلق فى الارشاد و القواعد و كره و اللعنه انعقاد يمينه و يلحق بها النذر و العهد اللذان لم يتعلقا بالمال كما صرح به فى لك و ضه و صرح فيهما بانه لو حلف او نذر ان يتصدق بمال لم ينعقد نذره لأنه تصرف مالى هذا مع تعيينه اما لو كان مط فلا يبعد ان يراعى فى انفاذه الرشد و صرح فى التذكره بانه لو فك الحجر عنه قبل تكفيره بالصوم فى اليمين و حلف النذر و الظهار و الافطار و غير ذلك لزمه العتق ان قدر عليه لأنه الان متمكن

## الرابع لو وجب للسفيه القصاص جاز له ان يعفو بغير شيء

و لو وجب له دية لم يجز له العفو وقد صرح بجميع ذلك في الشرائع و شد و عد و اللعنه و الروضه و لك و مجمع الفائده اما جواز عفوه عن القصاص فلما صرح به في مجمع الفائده من عموم دليله و حسنه من غير اختصاص مع عدم استلزام الحجر المنع منه لان القصاص ليس بمال فلا يكون العفو عنه تصرفا ماليا حتى يمنع منه و اما عدم جواز العفو عن الدية فلما صرح به في ضه و مجمع الفائده من انه تصرف مالي فلا يجوز و صرح في لك بانه لو طلب في العمد القصاص فله ذلك لأنه موضع للتشفي و الانتقام و هو صالح له و اذا جاز له العفو عنه مط و فعفوه عنه على مال فاولى فحيث يثبت بصالحه لا يسلم اليه بل الى الولى و هو جيد و هل لوليه استيفاء القصاص المستحق له او العفو عنه او لا- حكى في التذكرة عن بعض علمائنا المنع من الامرين معللا الاول بانه ربما يرغب في العفو و الثانى بانه ربما يختار الاستيفاء تشقيا ثم اختار خلاف ذلك قائلا الوجه عندى ان له الاستيفاء مع المصلحه لان ولايته عامه فمهما فرض له مصلحه كان للولى السعى فيه تحصيلها و ان عفى مط فالاقرب اختبار المصلحه أيضا فان كانت المصلحه في العفو مجانا اعتمد عليه كما ان له الصلح ببعض ماله مع المصلحه و هو جيد فرغ من تسويد هذه الا-حرف مؤلفها الفقير الى الله الغنى محمد بن على الطباطبائى غفر الله تعالى لهما بسم الله الرحمن الرحيم و به ثقى الحمد لله رب العالمين و الصلاه و السلام على خير خلقه محمد و آله الطاهرين

## كتاب مناهل الضمان و الحوالة و الكفالة

### القول في الضمان

#### مقدمه عرف في الشرائع و النافع الضمان بانه عقد شرع للتعهد بمال او نفس

و يستفاد من هذا التعريف امور الاول ان الضمان من الالفاظ المنقوله عن اللغه و ذلك لان المعنى اللغوى مخالف لما ذكره على ما يظهر من لك فانه صرح بان الضمان عندنا

ص: ١١١

مشتق من الضمن لأنه يجعل ما كان في ذمه من المال في ضمن ذمه اخرى او لان ذمه الضامن يتضمن الحق فالنون فيها اصلية بناء على انه ينقل المال من الذمه الى الذمه و عند اكثر العامه بانه غير ناقل و انما يفيد اشتراك الذميتين فاشتقاقه من الضم و النون فيه زائده لأنه ضم ذمه الى ذمه فيتخير المضمون له في المطالبه و اشار الى ما ذكره في التحرير هذا و صرح في التنقيح بانه قال الجوهري ضمنت الشيء ضمانا كفلت فانا ضامن و ضمن و ضمنت الشيء تضمنا فيضمنه على مثل عزمته و شرعا يقال على معينين الخ فت الثانى ان اطلاق الضمان على الكفاله و الحوالة و ضمان المال بطريق الحقيقه كإطلاق الانسان على زيد و عمرو و بكر لان المراد بالتعهد بالنفس الكفاله و بالتعهد بالمال الحوالة و ضمان المال كما نبه عليه جماعه و يظهر ذلك أيضا من القواعد و التحرير فان الاول صرح بان الضمان هو عقد شرع للتعهد بنفس او مال ممن عليه اولا و الثانى صرح بان التعهد بالمال او النفس و لكن يظهر من اللعنه ان الضمان حقيقه في ضمان المال الذى هو غير الكفاله و الحوالة لأنها صرحت بان الضمان هو التعهد بالمال من البرى و صرح في ضه بانه بقيد المال خرجت الكفاله فانها تعهد بالنفس و بالبرى الحوالة بناء على اشتراطها بشغل ذمه المحال عليه للمحيل بما احاله به للقول الاول وجوه منها ان لفظ الضمان يستعمل في تلك المعانى



الثلاثة كما يظهر من كثير من الكتب فالاصل ان يكون حقيقه فى القدر المشترك بينهما دفعا للاشتراك و المجاز و منها ان الضمان يصح تقسيمه الى الاقسام الثلاثة الكفاله و الحواله و ضمان المال و الاصل فى المقسم ان يكون حقيقه فى اقسامه و موضوعا للقدر المشترك بينهما و منها انه صح ان يقيد الضمان بقيود ثلاثة و الاصل فيما يقيد بالقيود المختلفه ان يكون موضوعا للقدر المشترك بينها دفعا للتكرار و التناقض و منها انه لا يصح سلب الضمان عن الاقسام الثلاثة و عدم صحه السلب من دلائل الحقيقه و منها انه صح الاستفهام عند اطلاق لفظ الضمان عن كل من الاقسام الثلاثة و الاصل فيه الاشتراك المعنوى لان اللفظى على خلاف الاصل و منها تصريح مجمع الفائده بان الضمان لفظ مشترك عند الفقهاء بين المعنى الاعم من الضمان بالمعنى الاخص و الحواله و الكفاله و بين الاول منهما و الاعم هو التعهد على وجه خاص و نفسا كان او مالا لمن فى ذمته شىء أم لا- فان كان نفسا فهو الكفاله و ان كان مالا- فان كان فى ذمته شىء فهو الحواله و الا- فالضمان بالمعنى الاخص على المشهور و يعضد ما ذكره تصريح التنقيح و جامع المقاصد و لك و ضه و الرياض بان للضمان معنيين احدهما اعم و الاخر اخص و هذه العبارات و ان كانت ظاهره فى الاشتراك اللفظى لكن ينبغى حملها على الاشتراك المعنوى لبعده اراده الاول فى الغايه و ظهور عدم القائل به فت و منها ان الوضع للمعنى الاعم اولى لكونه اقرب الى المعنى اللغوى و الاصل فيما هو اقرب الى المعنى اللغوى ان يكون هو المنقول اليه و على هذا ينبغى ان لا- يكون موضوعا للمعنى الاخص بوضع اخر لان المجاز خير من الاشتراك و للقول الثانى وجوه أيضا منها ان المتبادر من اطلاق لفظ الضمان المجرد عن القرائن ضمان المال الذى هو المعنى الاخص كما صرح به فى مجمع الفائده قائلًا بعد ما حكينا عنه سابقا الا ان الضمان اذا أطلق بغير قيد يتبادر منه المعنى الاخص لكثرة تداول هذا المعنى و يعضده اولا تصريح الشرائع و عد بان ضمان المال هو المسمى بالضمان المطلق و ثانيا تصريح لك بان المعنى المتبادر من الضمان شرعا عند اطلاق لفظه من غير قيد هو الضمان ممن ليس عليه مال للمضمون و هو المعنى الاخص و اما الآخرا و هو الحواله و الكفاله فانما يفهم منهما معنى الضمان مع انضمام لفظ اخر اليه و هو ضمان النفس او ضمان مشغول الذمه للمضمون و نحو ذلك و ثالثا تصريح الرياض بان ضمان المال هو المراد حيث يطلق بلا قيد بخلاف القسمين فلا يطلق عليهما الا باحد القيدين و منها ان اطلاق الضمان على الحواله و الكفاله يتوقف على انضمام لفظ اخر اليه و لا يجوز بدونه كما صرح به فى لك و الرياض و صرح به أيضا فى جامع المقاصد قائلًا ضمان المال ممن ليس له عليه مثله ضمان مطلق اى غير محتاج الى تقييد بكونه ضمان المال ممن ليس عليه مثله فيكون

الضمان واقعا على معينين و هذا بخلاف الكفاله فانها لا تطلق على ضمان المال الا بقيد فيقال كفاله بالمال و فى حواشى الشهيد ان الكفاله و الحواله لا- يطلق عليهما الضمان الا مضافا فيقال فى الكفاله ضمان نفس و فى الحواله ضمان ممن عليه مثله و من الظاهر ان ذلك من علامه المجاز لا يقال ما ذكر مدفوع بما تبّه عليه فى لك قائلًا بعد الاشاره الى الوجه المذكور و لكن يبقى فيه اشكال و هو ان ذلك يقتضى كون اطلاق الضمان ليس على وجه الحقيقه لان من علاماتها صحه الاطلاق من غير قيد كما ان توقف فهم المعنى المراد من اللفظ على قيد ينضم اليه دليل المجاز فكيف يجتمع كونها من افراد الكلى بطريق الحقيقه و افتقارهما مع ذلك فى صحه الاطلاق الى التقييد و جوابه ان التقسيم اليهما بحيث صاروا فردين له بطريق الحقيقه هو مطلق الضمان و ذلك لا يتنافى كونهما مجازين بالنظر الى الضمان الذى هو قسيمهما و الحاصل فرق بين الشىء المطلق و مطلق الشىء و مثل هذا البحث يأتى فى الماء فانهم قسموا مطلق الماء الى المطلق و المضاف مع ان اطلاق الماء على المضاف بطريق المجاز لافتقاره الى القيد الا انه فرد حقيقه من مطلق الماء و منشأ الاختلاف اختلاف الوجهين لكن لما اشتهر المعنى المطلق و خفى مطلق المعنى لوحظت الحقيقه و المجاز باعتبار المشتبه خاصه لأننا نقول ما ذكره ضعيف جدا لا يصلح للدفع كما اشار اليه

فى مجمع الفائده و منها ان الضمان لو كان حقيقه فى الاعم من ضمان المال و الحواله و الكفاله لما صح الايجاب فى ضمان المال بلفظ ضمنت فت الثالث ان الضمان هو العقد لا نفس التعهد على ما صرح فى القواعد و لكن صرح

ص: ١١٢

فى التحرير بانه نفس التعهد و قد صار اليه فى لك مصرّحا بان اطلاقه على العقد مجاز اقامه للسبب مقام المسبب و صار اليه فى جامع المقاصد أيضا قائلا ان الضمان هو التعهد لا نفس الايجاب و القبول و انما الضمان اثرهما و يرد على هذا ان الضمان قد يكون صحيحا و قد يكون فاسدا و نقل الملك لا- يكون الا صحيحا و كذا التعهد و يجاب بان النقل لا يلزم ان يترتب عليه الانتقال و كذا التعهد فلا يترتب عليه اثره الرابع ان الضمان من العقود المتوقفه على الايجاب و القبول لا من الايقاع الذى يكفى فيه مجرد الايجاب و قد صرح بتوقفه عليه و على القبول فى المراسم و التنقيح و ضه و قد صرح فى عد و النزّه بانه عقد

### القول فى ضمان المال

#### منهل لا ريب و لا اشكال فى جواز هذا القسم من الضمان و كونه صحيحا

كما فى المقنعه و النهايه و الغنيه و الوسيله و الشرائع و النافع و صره و شد و ير و كره و عد و الجامع و اللمعه و التنقيح و جامع المقاصد و لك و الروضه و الكفايه و مجمع الفائده و الرياض و لهم و جوه منها ظهور الاتفاق عليه و منها تصريح التحرير بدعوى الاجماع عليه و بانه مما لا- خلاف فيه بين العلماء كاه و يعضده تصريح الرياض بان الضمان ثابت بالاجماع من المسلمين كاه فى المهذب و غيره و منها ما تمسك به فى التحرير و الرياض من قوله تعالى وَ لِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ و منها ما تمسك به فى الرياض من قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و منها ما يمتسك به فى مجمع الفائده من عموم قوله ع المسلمون عند شروطهم و منها ما ذكره فى الرياض قائلا و اما السنه من طرق الخاصه و العامه فمستفيضه و من الثانيه النبويه المشهوره فى قضيه ضمان على ع عن الميت و كذا ابى قتاده و فيها اقبل (ص) على على ع فقال جزاك الله عن الإسلام خيرا و فك برهانك كما فككت برهان اخيك و فى اخرى نبويه العاربه مؤداه و المنحه مردوده و الدين مقتضى و الزعيم غارم و اذا صح الضمان لزم الضمان اداء ما ضمن فكان للمضمنون له مطالبته كما صرح به فى التحرير مدّعا نفي الخلاف فيه

#### منهل ذكروا ان ايجاب هذا الضمان يقع بالفاظ منها لفظ ضمنت

و قد صرح به فى عد و التحرير و اللمعه و التنقيح و الروضه و هو حسن على القول بكون لفظ الضمان حقيقه فى ضمان المال لا غير و اما على تقدير كونه موضوعا للقدر المشترك بين المعانى الثلاثه المتقدمه فلا يجوز الاتيان به الا مع قرينه تدل على المراد و منها لفظ تكفلت و قد صرح فى الكتب المتقدمه عدا التنقيح و هو حسن ان اقترن بقرينه تفيد المراد و منها لفظ تحملت و قد صرح به فى عد و التحرير و منها لفظ تعهدت و التزمت و قد صرح بهما فى التنقيح و منها تقبلت و شبهه و قد صرح بهما فى اللمعه و الروضه و الاقرب عندى اجزاء كل لفظ يدل على اراده الضمان كما صرح به فى التحرير و القواعد و مجمع الفائده للعمومات و قد اشار اليها فى مجمع الفائده و هل يشترط ان تكون الدلاله بالوضع او لا بل تكفى الدلاله بالقرينه و لو كانت حاله الاقرب الاخير للعمومات فعلى هذا يجرى لفظ اؤدى و احضر مع الدلاله و لكن منع منها فى عد و التحرير و لعله اراد صوره عدم القرينه و هل يشترط فى الدلاله و لو بالقرينه الصّراحه او يكفى الظهور ربّما يظهر من اللمعه الاول و به صرح فى ضه

و فيه اشكال بل الاحتمال الثاني حيث يكون الظهور معتبرا عند اهل اللسان في غايه القوه و لكن الاول احوط و قد صرح في اللغه بعدم صراحه مالك عندى او على او ما عليه على و علة في ضه لجواز ارادته ان للغريم تحت يده مالا او انه قادر على تخليصه او ان عليه السعى او المساعدة و نحوه ثم حكى عن بعض القول بان لفظى على و في ذمتى يفيدان الضمان لاقتضائهما الالتزام و استوجهه ثم صرح بان قوله ضمانه على كاف معللا بانتفاء الاحتمال مع تصريحه بالمال و هل يشترط العرييه مع امكانها او لا- صرح بالاول في التنقيح و ضه و فيه نظر بل الاقرب الثاني و ان كان الاحوط هو الاول و هل لا يتحقق الايجاب بالكتابة المفيدة للضمان و لو بالقرينه المتضمنه اليها اختيارا فيشترط النطق او لا بل لا يشترط النطق صرح بالاول في القواعد و كذا صرح به في جامع المقاصد محتجا بان النطق معتبر في العقود اللازمه بالإجماع و هو ممنوع لما بيناه من صحة المعاطاه في البيع و كونها ناقله للملك و الاقرب عندى هو الاحتمال الثاني وفاقا للشرائع و التحرير و مجمع الفائده للعمومات المتقدم اليها الاشاره كما صرح به في الاخير و لكن الاحوط هو الاول و عليه لو تعذر النطق كما في الاخرس و نحوه كفت الكتابه كما صرح به في عد و جامع المقاصد و لك و صرحوا بان الكتابه انما تجزى مع الاشاره الداله على الرضا و علة في الثاني و الثالث بإمكان العبث بدونها و صرح في الاخير بان الظاهر الاكتفاء بالاشاره و ان قدر على الكتابه ح محتجا بان المعبر تبين رضاه بالقرائن و الكتابه منها و هل يكفى مطلق الفعل الدال على اراده الضمان على المختار او لا فيه اشكال فلا ينبغي ترك الاحتياط و لكن الاحتمال الاول في غايه القوه للعمومات و هل يشترط في دلالة العلم بالمراد او يكفى الظن فيه اشكال و لكن الاقرب الاول و اما في دلالة الكتابه فاحتمال الاكتفاء بالظن المتعارف في غايه القوه و ان كان الاحوط تركه و هل يشترط قبول المضمون له او لا بل يكفى مجرد الايجاب صرح بالاول في المراسم و التنقيح و كذا صرح به في الروضه محتجا بان الضمان من العقود اللازمه الناقله للمال من ذمه المضمون عنه الى ذمه الضامن و سيأتى تحقيق الكلام في هذه المسأله إن شاء الله تعالى و صرح في التنقيح بان الفاظ القبول قبلت و رضيت و شبهه و بانه يجب المطابقه بينه و بين الايجاب و قد صرح بهذا في ضه أيضا

### منهل يشترط في الضامن امور

#### الاول ان يكون عاقلا فلا يصح ضمان المجنون

كما في النافع و الشرائع و التحرير و لف و شد و كره و لك و جامع المقاصد و مجمع الفائد و الكفايه و الرياض و لهم وجوه منها الاصل و منها انه مجمع عليه بينهم كما صرح به في لك و قد صرح بنفى الخلاف فيه في الرياض و استظهر الاجماع عليه في مجمع الفائده و منها ما تمسك به في التذكرة من النبوى المشهور و رفع القلم عن ثلثه عن الصبى حتى يبلغ و عن المجنون حتى يفيق و عن النائم حتى ينتبه و منها ما تمسك به في كره من انه غير مكلف فلم يكن لكلامه اعتبار

#### الثاني ان لا يكون مغمى عليه

ص: ١١٣

وقت الضمان فلو كان حين الضمان مغمى عليه لم يصح ضمانه كما في التحرير و لف و كره و المحكى عن الطبرسى و ربما يستفاد من النافع و الشرائع و الكفايه لتصريحها بانه يشترط في الضامن ان يكون مكلفا و كذا يستفاد من الارشاد و غيره بل الظاهر انه مجمع عليه

## الثالث ان يكون قاصدا للضمان

و شاعرا به فلا يصح الضمان من الغافل كما صرح به في التذكرة و مجمع الفائدة و لا من الشاهي كما صرح به فيها و لا من الهاذل كما صرح به في التذكرة محتجا عليه و على عدم صحته من الغافل و الساهي لسقوط التكليف عنهم و بعدم الوثوق بعبارتهم و احتج في مجمع الفائدة على عدم صحه الضمان من الاخيرين بظهور الاجماع عليه و بحديث رفع القلم و صرح في التحرير و التذكرة بعدم صحه الضمان من المبرسم و قيده في الاخير بالذى يهذى و يختلف في كلامه ثم صرح بعدم صحه الضمان من النائم محتجا بأنه لا عبره بعبارته الصّادره عنه كغيره من العقود ثم صرح بانه لو ضمن السكران لم يصح عندنا لعدم الوثوق بعبارته و جميع ما ذكره جيد و الظاهر ان عدم صحه الضمان من الغافل و الساهي و النائم و الهاذل و السكران و نحوهم مما لا خلاف فيه حيث يصدر الضمان منهم حين الاوصاف المذكوره

## الرابع ان يكون مختارا

كما صرح به في الغنيمه و التحرير فلو اكره على الضمان لم يصح ضمانه و قد صرح في الثانى بدعوى الاجماع عليه قائلا و يشترط في الضامن الاختيار فلو ضمن مكرها لم يصح اجماعا

## الخامس ان يكون بالغا

فلا يصح ضمان الصبى كما صرح به في الشرائع و عد و كره و لف و التحرير و شد و لك و مجمع الفائدة و الكفايه و حكى عن الطبرسى و لهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه و منها تصريح لك بدعوى الاجماع عليه و يعضده تصريح الرياض بنفى الخلاف فيه و منها الاصل و منها ما تمسك به في التذكرة و الرياض من حديث رفع القلم و منها ما تمسك به في الاخير من ادله الحجر عليه و منها ما تمسك به في التذكرة من انه غير مكلف فلم يكن لكلامه اعتبار و لا فرق في الصبى بين المميز و غيره كما صرح به في التذكرة و ير و جامع المقاصد و هو مقتضى اطلاق النافع و يع و شد و لف و عد و لك و الكفايه و الرياض و لهم اولا للأصل و ثانيا اطلاق دعوى الاجماع فى لك على عدم صحه ضمان الصبى و يعضده ظهور عدم الخلاف فى ذلك و ثالثا اطلاق حديث رفع القلم و رابعا اطلاق ادله الحجر عليه لا يقال يجوز بيع المميز فيجوز ضمانه لأننا نقول المقدمه الاولى ممنوعه كما بيناه فى البيع سلمناها و لكن نمنع الثانيه كما تبّه عليه فى جامع المقاصد قائلا لا فرق بين المميز و غيره و ان جوزنا بيعه بالاذن لان الضمان الترام مال لا فائده له فيه و انما يؤثر اذن الولى فيما يضمن مصلحه الصبى و اشار الى ما ذكره فى التذكرة أيضا و لكنه صرح بانه لو قلنا بالروايه الداله على جواز تصرفه فى المعروف اذا بلغ عشا و كان مميزا احتمال جواز الضمان اذا كان فى معروف و فيما ذكره نظر واضح و كذا لا فرق فى ذلك بين ان يأذن الولى بضمانه او لا كما صرح به فى التذكرة و صرح به أيضا فى جامع المقاصد محتجا بان عبارته مسلوبه الاعتبار فلا يؤثر فيها اذن الولى و فيه نظر نعم يدل عليه الوجوه المتقدمه

## السادس ان لا يكون محجورا عليه بالسفه

فلا يصح ضمان السفیه المحجور عليه كما صرح به فى التذكرة و التحرير و ير و عد و جامع المقاصد و مجمع الفائدة و ض و

لهم وجوه منها ظهور الاصل و منها ظهور الاتفاق عليه كما تبّه عليه في الرياض قائلًا لا يصح من السفية بلا خلاف اجده و يستفاد من كرهه أيضا لأنها لم تحك خلافا هنا الا من بعض العامة و منها ما تمسك به في جامع المقاصد قائلًا و انما كان بعد الحجر كالمملوك لأنه ممنوع من التصرفات الماليه فيمكن القول بالبطلان لذلك و الصحه و يتبع به بعد ذلك فك الحجر و الأصح الاوّل لان الحجر مانع من اثبات مال في ذمته و من ثم لم يصح بيعه على ان يؤدي الثمن بعد الفك و اذا اذن له الولي فهل يصح ضمانه ح او لا صرح بالاول في جامع المقاصد و يظهر من اطلاق جمله من الكتب المتقدمه الثاني و هو احوط و لكن الاول في غايه القوه و هل يصح ضمانه قبل الحجر او لا صرح بالاول في عد و ربما يستفاد من كرهه و جامع المقاصد و هو جيد بناء على المختار من عدم تعلق الحجر به بدون حجر الحاكم عليه كما صرح به في الاخير و يستفاد من اطلاق التحرير و مجمع الفائده و الرياض الثاني و هو احوط و لكن الاول اقوى و هل المحجور عليه بالفلس يصح ضمانه مع رضاه المضمون له او لا كالسفيه بعد الحجر عليه صرح في التحرير و عد بالاول و بانه يتبع به بعد فك الحجر و بانه لا يشارك المضمون له سائر الغرماء و صرح بذلك في التذكرة أيضا محتجا بأنه من اهل التصرف و الحجر عليه في ماله لا في ذمته فاشتباه الراهن اذا تصرف في عين الرهن و كما لو اقترض او اشترى في ذمته و جميع ما ذكره جيد و

### ينبغي التنبيه على امور

### الاول لا يشترط في الضامن الإسلام

و لا الايمان و لا العدالة و لا الذكوره فيصح الضمان من الكافر و المخالف و الفاسق و المرأه و بالجمله كل جائز التصرف يصح ضمانه سواء كان رجلا او امرأه كما صرح به في التحرير و التذكرة بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه و قد صرح في كرهه بدعوى الاتفاق على صحه ضمان المرأه قائلًا- يصح ضمان المرأه و لا- نعلم فيه خلافا كضمان الرجل ثم احتج على ذلك اولا بان الضمان عقد يقصد به المال فيصح من المرأه كالباع و ثانيا بانها حرة عاقله مالكة لأمرها نافذه التصرف في مالها يصح منها الاستدانه و غيرها من التصرفات فيصح منها الضمان كالرجل و لا فرق في صحه ضمانها بين ان تكون خاليه من بعل او تكون ذات بعل و لا تحتاج الى اذن الزوج و قد صرح بجميع ذلك في التذكرة مدعيا انه قول اكثر اهل العلم من العامة و الخاصه الا مالك فانه قال بالتوقف على اذن الزوج

### الثاني يصح الضمان من المريض اذا كان عقله ثابتا و رشده باقيا

كما صرح به في التحرير و التذكرة و عد و جامع المقاصد بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه كما تبّه

ص: ١١٤

عليه في التذكرة قائلًا المريض يصح ضمانه و لا يعلم فيه خلافا و يعضد ما ذكره تصريح جامع المقاصد بانه لا شك في صحه ضمان المريض و لا- فرق في صحه ضمانه بين ان يكون في مرض الموت او لا- كما صرح به في التذكرة و التحرير و جامع المقاصد فان عوفى من مرضه صحّ ضمانه مط كما صرح به في هذه الكتب و ان توفي و كان متبرعا بالضمان نفذ من الثلث كل

من اثبت تبرعاته من الثلث كما نص عليه في التذكرة و اشار اليه في جامع المقاصد و من جعل منجزاته من الاصل امضاه هنا من الاصل كما نص عليه في كره و اشار اليه في جامع المقاصد و ان لم يتبرع بالضمان بل ضمن لسؤال المضمون عنه و صرح في كره بان حكمه حكم ما لو باع نسيه و هو انه ان علم بعدم الرجوع لفقر المديون بحيث يعلم عدم وصول ماله اليه كان ماضيا من الثلث كما لو تبرع و الا مضى من الاصل

### الثالث اذا صدر الضمان من الصبي و المجنون

و الغافل و الساهى و النائم و السكران و السفية المحجور عليه و المكره ثم ارتفعت الاوصاف المذكوره المانع من صحه الضمان فهل يصح بالاجازه و الامضاء منهم عند اجتماع شرائط الصحه او لا المعتمد هو الثاني كما هو المستفاد من عبارات الاصحاب و يدل عليه الاصل أيضا

### الرابع لو اختلف الضمان و المضمون له في وقوع الضمان من الضامن حال الصبي

او حال الكمال و البلوغ فادعى الضامن انه وقع منه حال كونه صبيًا و ادعى المضمون له انه وقع منه حال كونه بالغًا فان عينا للضمان وقتا كان البلوغ غير محتمل فيه قدم قول الضامن كما صرح به في التذكرة محتجا بحصول العلم بعدم البلوغ و صرح بانه لا يمين هنا محتجا بانها اثبتت في المحتمل و ان كان الصغر غير محتمل قدم قول المضمون له من غير يمين كما صرح به في كره أيضا محتجا بالعلم بصدقه و ان احتمل الامران أو لم يعينا وقتا فصرح في التذكرة و القواعد و جامع المقاصد بان القول قول الضامن و احتجا عليه في الكتب المذكوره اولا بان الاصل براءة الذمه فيستصحب و ثانيا بان الاصل عدم البلوغ ثم صرحا فيها بانه ليس لمدعى اهليه الضمان حين وقوعه و هو المضمون له اصل يستند اليه و لا ظاهر يرجع اليه و يكون معارضا للأصلين السابقين بخلاف ما لو ادعى شرطا فاسدا لان الظاهر انهما لا يتصرفان باطلا حيث كان المتعاقدان كاملين و زاد في الاخير أيضا قائلا فان قيل له اصاله الصحه في العقود و ظاهر حال التعاقد الاخر انه لا يتصرف باطلا قلنا الاصل في العقود الصحه بعد استكمال اركانها ليتحقق وجود العقد اما قبله فلا- وجود للعقد و كذا الظاهر انما يثبت مع الاستكمال المذكور لا مط و اعترف شيخنا الشهيد في حواشيه بوجود اصاله الصحه في العقود لكن يعارضه اصاله الصبي فيتساقطان و يبقى اصاله البراءه سليمه عن المعارض فكأنه لا اصل له و بان العقد من بالغ صبي خلاف الظاهر و ما ذكرناه اثبت و قد يناقش فيما ذكره في جامع المقاصد اولا بان الاصلين المذكورين معارضان باصاله تاخر الحادث حيث يعلم بزمان البلوغ و يحتمل تاخر الضمان عنه كما لا يخفى و من الظاهر انها مقدمه على ذينك الاصلين نعم هنا سليمان عن المعارض حيث لم يعلم بوقت كل منهما و هنا يجب بمقتضى اصاله تاخر الحادث الحكم بمقارنتها و معها يجب الحكم بفساد العقد لان شرط صحته سبق البلوغ فلا يكفى المقارنه و كذلك هما سليمان عن المعارض اذا علم بوقت الضمان و احتمل تاخر البلوغ عنه فاذا ينبغي التفصيل في المسأله الا ان يدفع بانه لا قائل به و لكن قد يقال مجرد عدم وجود القائل لا يقدح في ذلك الا ان يعلم او يظن بانه مخالف للإجماع البسيط او المركب و هما منتفیان فاذا التفصيل بين الصور بالحكم بتقديم قول الضامن في صورتى معلوميه زمان الضامن دون زمان البلوغ و عدم معلوميه زمان كل منهما و بتقديم قول المضمون له في صورته معلوميه زمان البلوغ دون الضمان في غايه القوه الا ان يقال عموم قوله ص البينه على المدعى و اليمين على من انكر يقتضى تقديم قول الضامن مط و هو الاقرب و ثانيا بان صدق العقد حقيقه لا

يتوقف على استكمال اركانه فالعقد الصادر من غير البالغ لا اشكال في كونه عقدا حقيقه و ان كان فاسدا نعم قد يقال الحكم بصحة العقد المحتمل لكونه من العقود الثابت فسادها شرعا و لكونه من العقود الثابت صحتها شرعا على خلاف الاصل و ان ثبت اصاله حمل فعل المسلم على الصحة في الجملة و لكن لا دليل عليها بحيث يشمل محل البحث فينبغي فيه الرجوع الى غيرها فتأمل ثم انه على تقدير تقديم قول الضامن في جميع الصور او في بعضها فهل يقدم مع يمينه او لا صرح بالاول في كره و هو الاقرب و هو ان لم يشر اليه ما عداها و يلحق بالضمان جميع العقود اللازمه و الجائزه اذا صارت محل النزاع على النحو المذكور

### **الخامس لو ادعى الضامن انه ضمن بعد البلوغ**

وقبل الرشد و ادعى المضمون له انه ضمن بعد الرشد فصرح في التذكرة بان القول قول الضامن هنا أيضا و فيه نظر بل احتمال كون القول قول المضمون له في غايه القوه

### **السادس اذا ادعى الضامن الجنون حاله الضمان**

و لم يعهد منه جنون سابقا فحكى في لف عن الشيخ في ط انه اختار ان القول قوله محتجا بان الاصل براءة الذمه و خالفه في كره و لف فصرح فيهما بانه لا تسمع دعواه و ان القول قول المضمون له و احتج عليه في الاخير باصاله عدم الجنون و اصاله صحه الضمان و يعارض احدهما باصاله البراءه و يبقى الاخر سليما عن المعارض و قد يناقش فيما ذكره المنع من اصاله صحه هذا الضمان لعدم دليل عليها فيعارض اصاله عدم الجنون اصاله البراءه الا- ان يرجح الاول بان الجنون خلاف الظاهر و قد يعارض بان الضمان المعتبر أيضا خلاف الظاهر فاذن قول الشيخ في غايه القوه و على القول الثاني للضامن احلاف المضمون له اذا ادعى عليه بالجنون

ص: ١١٥

على ما صرح به في كره و اذا عرف له حاله جنون فيظهر من التحرير و عد ان القول قول الضامن ح و فيه نظر بل ينبغي مراعات التفصيل السابق و اصاله تاخر الحادث كما اشار اليه في جامع المقاصد قائلا ما سبق من الاختلاف في وقوع الضمان حاله الصبي و البلوغ آت فيمن عرف له حاله جنون لعين ما ذكر لكن لو حصل الاختلاف في وقوع العقد من يوم الجمعة و كان فيه كاملا او في يوم الخميس قبله و كان باتفاقهما صبيا او مجنونا فهل هو كما سبق أم يحتمل هنا التمسك باصاله عدم التقدم كل ممكن و قد يجاب عن اصاله تاخر الحادث بالمعارضه بالعموم المتقدم اليه الاشاره فاذن ما ذكره في عد في غايه القوه

### **السابع صرح في التذكرة بان من يعتاد شرب الخمر اذا ادعى انه حال الضمان كان سكرانا**

و ادعى صاحبه انه كان حال الضمان صاحيا فالوجه تقدم قول الضامن مع اليمين و اما لو لم يعهد منه الشرب قدم قول المضمون له مع اليمين بانتفاء سكره و فيما ذكره نظر بل احتمال تقديم قول الضامن في الصورتين في غايه القوه للعموم المتقدم اليه

الإشارة المعتضد بالأصول في جملة من الصور فتأمل

### الثامن هل يصح الضمان عن الصبي والمجنون أو لا

حكى في لف عن الطبرسي الثاني و هو ضعيف بل المعتمد هو الاول وفاقا للمختلف و الرياض بل صرح في الاخير بانه لا خلاف فيه ألما من الطبرسي محتجا عليه اولاً بالأصل و العمومات و ثانياً بما احتج به عليه في لف من فحوى ما دلّ على صحه الضمان عن الميت

### التاسع يصح الضمان عن الميت

كما صرح به في الغنيه و عد و ير و لف و الرياض و لهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه و منها عموم قوله ص الزعيم غارم و قوله ص المؤمنون عند شروطهم و قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ فتأمل و منها الخبران المتضمنان لضمان امير المؤمنين ع و ابي قتاده عن ميت بحضرة النبي ص و امضائه ص اياه و لا- فرق في الميت بين المفلس و غيره كما صرح به في عد و ير و صرح في الغنيه بصحه الضمان عن الميت المفلس محتجا بانه لا مانع منه و بان النبي ص اجاز الضمان مط في بعض الاخبار و لم يستفهم عن الميت

### العاشر صرح في التحرير بانه يصح الضمان عن الحي المفلس

و هو جيد

### منهل يصح الضمان من المملوك باذن سيده

### إشاره

كما في الشرائع و ير و شد و عد و لف و كره و اللعنه و جامع المقاصد و لك و ضه و مجمع الفائده و الكفايه و ض و لهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه و منها تصريح لف و كره بدعوى الاجماع على ذلك و يعضده اولاً تصريح كره في موضع بانه لم يعلم فيه خلافاً و في آخر بانه اذا ضمن باذن سيده صح قولاً واحداً فقد تكرر و من كره دعوى الاجماع على ذلك في مقامات ثلاثه و اصرحها قوله كما في لف ان ضمن باذن سيده صح اجماعاً و ثانياً تصريح الرياض بانه لا خلاف في ذلك و منها عموم قوله ص الزعيم غارم و منها ما تمسك به في كره من ان الحجر لحق السيد فاذا اذن له فيه زال الحجر و منها ما اشار اليه في كره أيضاً من انه يجوز له الاستدانه باذن سيده فكذلك الضمان و هل يصح الضمان من المملوك بدون اذن سيده او لا اختلف الاصحاب في ذلك على قولين الاول انه لا يصح و هو للشرائع و شد و ير و اللعنه و جامع المقاصد و الروضه و لك و الكفايه و ض و المحكى في لف عن الشيخ و ابن الجنييد و ربما يظهر من مجمع الفائده بل صرح فيه بانه على تقدير عدم تملكه ظاهر قائلاً- و معه يمكن الجواز ان لم يكن محجوراً عليه و قد تقدم ان ظاهر كلامهم انه محجور عليه فتأمل و صرح في الرياض بان



هذا القول مختار الا-كثر الثاني يصح و هو للمختلف و التذكرة للقول الاول وجوه منها الاصل و منها ظهور عبارته يع في انه لا خلاف في ذلك كما اشار اليه في لك قائلا في ضمان العبد بغير اذن سيده قولان احدهما و به قطع المص من غير نقل خلاف عدم الصحه و منها ما ذكره في لك من ان العبد لا يقدر على شىء كما وصفه الله تعالى بقول عز و جل عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَيَّ شَيْءٌ و قد اشار اليه في الرياض بقوله لا يصح من المملوك وفاقا للأكثر لعموم ادله حجر و منها قوله سبحانه عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَيَّ شَيْءٌ و قد تمسك به في الكفايه أيضا و اشار اليه في جامع المقاصد و فيه نظر اما اولا فلما ذكره في لف قائلا منع الشيخ من ضمان العبد و كذا ابن الجنيدي احتج الشيخ بقوله تعالى عَبْدًا الْآيَةَ و الضمان شىء فوجب الا يصح لأنه تعالى انما نفى حكم الشىء لا نفس القدره عليه و الجواب المراد بالشىء المال لقوله تعالى في مقابلته وَمَنْ رَزَقْنَاهُ مِنَّْا رِزْقًا حَسَنًا و اجاب عن هذا الايراد في الرياض قائلا- تخصيص الشىء بالمال مخالف للعموم المستفاد من ذكر النكره في سياق النفي و ظهوره من السياق صريحا بل ظاهرا غير معلوم سيما مع استنادهم عليهم السلام بالآيه المنعه عن الطلاق الذى ليس بمال في كثير من النصوص و اما ثانيا فلما ذكره في لك قائلا و يرد عليه ضمانه لما اتلفه او غصبه او جناه في ذمته بغير اذن المولى فلو توقف شغل ذمته مط على اذن المولى لم يلزمه هنا شىء و قد يجاب عنه اولا بما ذكره في لك قائلا الا ان يقال ان ذلك لا يعد التزاما بل هو حكم شرعى مبنى على القهر بسبب وقوعه بغير اختيار مستحقه و من ثم لزم ذلك الصبى و المجنون أيضا مع عدم صحه ضمانهما اجماعا و ثانيا بان خروج بعض افراد العام منه لا يوجب سقوط حجتيه لما بيناه في الاصول من ان العامل المخصص حجه في الباقي و اما ثالثا فلان الآيه الشريفه لا يمكن حملها على ظاهرها للاتفاق على قدرته على جميع العبادات و المعاملات باذن السيد و على كثير من الاول بدون اذنه فيلزم ارتكاب التاويل فيها و ذلك و ان امكن بالتخصيص الذى هو احسن وجوهه الا- انه هنا مرجوح لاستلزامه خروج اكثر افراد العام و قد صار جماعه من الاصوليين الى امتناع تخصيص العام الى الاقل من النصف و هو و ان كان محل اشكال الا ان هذا القسم من التخصيص لا شك في كونه مرجوحا

ص: ١١٦

بالنسبه الى معظم التاويلات من الاضمار و المجاز و غيرهما ان لم نقل بالنسبه الى جميعها فاذن يلزم ارتكاب تاويل اخر فى الآيه الشريفه و لم نجد تاويلا اخر يكون اقرب الوجوه و يصح معه الاستدلال على المدعى فيكون الآيه الشريفه هنا مجمله و من البين ان المجمل لا يصح معه الاستدلال و اما رابعا فلان الآيه الشريفه على تقدير دلالتها على المدعى و نهوضها باثباته كما يظهر من جماعه من محققى الاصحاب معارضه بعموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و قوله ص المؤمنون عند شروطهم و قوله ص الزعيم غارم و التعارض بين المتعارضين من قبيل تعارض العمومين من وجه و من الظاهر ان تخصيص عموم الآيه الشريفه المانع من تصرفات العبد اولى من تخصيص تلك العمومات لكثرتها و وحده معارضها الا ان يرجح باعتضاده بالشهره المحققه و المحكيه و هى من اعظم المرجحات و أقواها فتأمل و منها ما ذكره فى عد و جامع المقاصد و لك من ان الضمان يستلزم اثبات مال فى الذمه فيمتنع فى تحققه من المملوك بدون اذن مالكة لان ذمته مملوكه للمولى فلا يملك اثبات شىء فيها الا باذنه و فيه نظر اما اولا- فلانه انما يتم على القول بان العبد لا- يملك شيئا و اما على القول بتملكه مط او فى الجمله فلا على انه قد يمنع من تماميته على القول الاول للمنع من استلزام الضمان اثبات مال فى الذمه فى جميع الاحوال مط و لو كان الضامن مملوكا سلمنا ان الاصل يقتضى ذلك لكن يجب الخروج عنه بالعمومات الداله على صحه ضمان العبد سلمنا انه لا يمكن الخروج عنه لكن اثبات المال فى الذمه لا يتوقف على كونه مالكا حين الثبوت فلا يكون ممتنعا بالنسبه الى العبد و لعله لذا صرح فى لك مجيبا

عن الوجه المذكور بانه يرد عليه منع كون مطلق اثبات المال فى ذمته ممتنعا مط و هل هو الا محل النزاع و منها ما اشير اليه فى الكتب المذكوره من ان النكاح ممنوع من العبد لأنه يتضمن اثبات مال فى الذمه و هذه العله قائمه فى الضمان و اجاب عنه فى جامع المقاصد و لك اولاً بانه قياس و هو باطل و ثانياً بالمنع عن كون المانع فى النكاح استلزامه اثبات المال فى الذمه و من ثم امتنع و ان عرى العقد عن المهر بل و ان بذله اجنبى و زاد الاخير قائلاً و انما المانع الحجر و استلزام صحته و ترتب اثره قدره العبد الممتنعه لو لا- الاجماع عليه و منها ظهور عبارته مجمع الفائده المتقدم اليها الاشاره فى دعوى الاجماع على كون العبد محجوراً عليه و من الظاهر عدم صحه الضمان مع الحجر و فيه نظر و للقول الثانى وجوه أيضاً منها ما اشار اليه فى ض من الاصل و العموم و فيه نظر كما اشار اليه قائلاً- فيه نظر اذ لا اصل للأصل بعدم قطع النظر عن العموم بل مقتضاه الفساد و لا للعموم بعد فقد اللفظ الدال عليه فى العرف و اللغه و الاطلاق لا ينصرف الا الى الفرد المتبادر الغالب و ليس منه محل الفرض و أما الاستناد بعموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ فغير مقيد بعد اختصاصه بحكم الوضع عندنا بالحاضرين و انحصار وجه التعديه الى من عداهم بالاجماع المفقود فى المفروض لمصير الاكثر الى عدم الصّحه فتأمل و فيه نظر اما اولاً فلان خطاب اوفوا و ان اختص بالحاضرين المخاطبين بيا ايها الذين آمنوا و لكن منهم العبيد الذين آمنوا كعبد النبى ص و غيره ص و لم يرق دليل على اختصاص المخاطبين بالاحرار حتى يتوقف الحاق العبيد بهم هنا على الاجماع و اذا صح الضمان من العبيد المخاطبين باوفوا صح مط بالاجماع المركب و هذا الاجماع لا- يمكن انكاره قطعاً الا ان يقال المخاطبون بيا ايها الذين آمنوا غير معلوم فلعله الاحرار اذ مجرد وجود العبيد فى زمان صدور الخطاب لا يقتضى ان يكونوا مخاطبين و فيه نظر لان الظاهر ان الخطاب المذكور يعم جميع المؤمنين الموجودين حين صدور ذلك الخطاب و لا اشكال فى ان فيهم العبيد فتأمل و اما ثانياً فلان العموم المقتضى لأصاله صحه الضمان لا ينحصر فى قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ بل يدل عليها أيضاً قوله ص المؤمنون عند شروطهم كما لا يخفى و قوله ص الزعيم غارم و دعوى عدم انصرافه الى محل البحث غير سديده نعم قد يناقش فى السند فتأمل و منها ما تمسك به فى لف و التذكرة و اشار اليه فى لك من ان الضمان كالدين فكما يجوز الاستيدان بغير اذن السيد فكك الضمان و ان افترقا بكون صاحب الدين لو وجد

عين ماله كان له انتزاعها منه و لا يتصور ذلك فى الضامن لتعلق حقه بالذمه و فيه نظر و منها ما تمسك به فى التذكرة قائلاً لأنه مكلف له قول صحيح و انما منع من التصرف فيما يتعلق بسيدته لاشتماله على ضرر سيده و الضمان لا ضرر فيه على السيد لأنه انما يطالب به بعد العتق فلا يمنع و لهذا لو اقر بدين فى ذمته لزمه الاقرار و كان للمقر له ان يتبعه بعد العتق و لو اقر بالجنايه لم يقبل و اشار الى ما ذكره فى لك أيضاً قائلاً كالتذكرة لا يقال فى ذلك اضرار بالسيد لان السيد يستحق ارث ماله بالولاء اذا اعتق و ثبوت الضمان يمنع الارث لأننا نقول حكم الارث المذكور لا يمنع الضمان فان الارث متأخر عن الدين فيهما قيل انه دين يقدم عليه و لهذا لا- يمنع الارث قراره بمال مع ان الملك يمنع منهما فدل على ان الارث ليس فى حكم الملك مط كما ان الحجر لا- يمنع الضمان بحق ورثته و يمنع مما هو ملكهم فعلى هذا يتبع به بعد العتق لان كسبه مملوك للمولى و لا- يملك التصرف فى مال مولاه و فيه نظر كما اشار اليه فى جامع المقاصد قائلاً بعد الاشاره الى الوجه المذكور و ضعفه ظاهر لان المانع هو كونه لا يقدر على شىء بنص القرآن العزيز و ان ذمته مملوكه للمولى فلا يملك اثبات شىء فيها بدون اذنه و ما ثبت قهر من اعراض اتلاف او جنايه لا يقدر على ذلك مبنى على القهر بالنسبه الى كل جان و ليس ذلك بالالتزام و فيما ذكره نظر أيضاً و الانصاف ان المسأله محل اشكال و لكن القول الاول هو الاقرب و

بل يكفى العموم و الاطلاق و الفحوى الاقرب الاخير

### الثانى اذا ضمن باذن سيده و أطلق له السيد الاذن فى الضمان

و لم يشترط عليه ان يجعله فى كسبه او فى ذمته او فى غير ذلك فهل يثبت المال فى كسبه او فى ذمته او فى مال من اموال سيده  
اختلف الاصحاب فى ذلك على اقوال الاول انه يثبت المال ح فى ذمه العبد لا فى كسبه و لا فى غيره و هو للشرايع و شد و لف  
و ير و للمعه و ضه و لهم و جوه احدها ما ذكره فى جامع المقاصد و لك و الروضه من ان اطلاق الضمان اعم من كل من الذمه  
و الكسب و العام لا- يدل على الخاص فلم يقع من المولى ما يدل على التزامه فى ملكه و كسبه ملكه و ثانيها ما ذكره فى لك  
قائلا- بعد ذكر الوجه الاول و لاین الاذن فى الكلى ليس اذنا فى الجزئى المعين و ان كان لا يوجد الا فى ضمنه كما حقق فى  
الاصول و ثالثها ما ذكره فى لف قائلا هذا البحث يبتنى على البحث عن استدانه العبد باذن مولاه فان قلنا انه لازم للمولى فكذا  
هنا و ان قلنا انه لازم لذمه العبد فكذا هنا و كان ابن الجنييد نظر الى ذلك فان الضمان نوع من الاستدانه فى التحقيق و التحقيق ما  
ذهبنا اليه هناك و هو ان الضمان يتعلق بذمه العبد يتبع به العبد بعد العتق كالإذن فى الاستدانه سواء اذن له فى الضمان او لا و  
سواء كان مأذونا له فى التجاره او لا و رابعها ان مقتضى عقد الضمان كون المال فى ذمه العبد فيجب العمل به لعموم قوله تعالى  
أَوْفُوا بِالْعُقُودِ فتأمل و خامسها ان الاصل عدم التسلّط على مال من اموال السيد من كسب العبد و غيره من ساير امواله لعموم قوله  
ص الناس مسلّطون على اموالهم و قوله ع لا ضرر و لا ضرار و قوله ص لا يحل مال امرئ مسلم الا عن طيب نفسه و قوله تعالى  
إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ فَتَأْمَلْ و اذا اثبت المال فى ذمه العبد فيتبع به بعد العتق كما صرح به فى التذكرة و لك و مجمع  
الفائده بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه الثانى انه يثبت المال فى كسب العبد و هو للمحكى فى لف عن ط و له ما ذكره فى جامع  
المقاصد و لك و ضه من ان اطلاق الضمان انما يحمل على الضمان الذى يستعقب الاداء فانه المعهود و الاداء من غير مال  
السيد يمتنع و كذا من ماله غير الكسب و الا لكان الضمان يتعلق بالمولى الثالث انه يثبت فى مطلق مال المولى و هو للمحكى  
عن الاسكافى و ضه و مال اليه فى لك قائلا بعد الاشارة الى القولين المتقدمين و حججهما و البحث فى ذلك قريب مما لو اذن  
له فى الاستدانه فينبغى ترتب قول ثالث و هو ان الضمان يتعلق بالمولى و لا- يختص بكسب العبد و لعله اقوى و المسأله محل  
اشكال و لكن القول الاول فى غايه القوه

### الثالث اذا اذن السيد بضمان العبد و شرط عليه ان يجعل المال فى كسبه

كما اذا قال له اقصه مما تكسبه تعلق المال بكسبه كما صرح به في يع و شد و ير و عد و كره و الروضه و مجمع الفائده و الكفايه و حكاه في لف عن ط بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه و لهم مضافا الى ما ذكر وجوه منها قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و منها قوله ص المؤمنون عند شروطهم و منها ما ذكره في لك من ان كسبه مال مخصوص من اموال السيد فيكون بمنزله ما لو ضمن في مال بعينه و لا فرق في ذلك بين ان يكون العبد مأذونا في التجاره او لا كما صرح به في ط و هو ظاهر اطلاق غيره و صرح فيه بانه يدفع من المال الذي في يده حيث يكون مأذونا في التجاره معللا بانه من كسبه و فيه نظر و صرح في ضه و لك بانه ان و في الكسب بالحق المضمون فقد تم للمضمون له حقه و الاضاع عليه ما قصر و هو جيد و لو اعتق العبد قبل تجدد شىء من الكسب فهل يبقى التعلق به او يبطل الضمان احتمالان احدهما انه يبقى التعلق به و يدل عليه اصاله بقاء الصحه و التعلق و العمومان المتقدمان و يعضد ما ذكر ظهور عبارته لك في دعوى الاتفاق عليه و ثانيهما انه يبطل الضمان و وجهه ما ذكره في لك قائلا لو اعتق العبد قبل تجدد شىء من الكسب فهل يبقى التعلق به أم يبطل الضمان لفوات المحل المعين لأداء المال لانصراف الاطلاق الى الكسب الذى هو ملك للمولى و قد فات الظاهر من كلامهم الاول فان ذلك هو معنى الكسب فاذا اعتق صار كسبه و ما في يده سواء و مع ذلك لا يسمى فى اصطلاح الشرع كسبا و ان أطلق عليه لغه لكن يشكل على هذا صحه اشتراطه فى كسبه حال عبوديته لان السيد لا حق له فيه فلا مدخل لإذنه فيه و العبد لم يكن حين الضمان يقدر على شىء الا ان يقال بصحه ضمانه بغير اذن سيده كما مر فهنا اولى و ظاهر كلامه هنا و فى الروضه التوقف و عندى ان الاحتمال الاول فى غايه القوه

#### **الرابع اذا اذن السيد بضماني العبد و شرط ان يجعل المال فى ذمته**

لا فى مال المولى صح الضمان و تعلق المال بزمه العبد فيتبع به بعد العتق كما يظهر من كلام الاكثر و تامل فى ذلك فى جامع المقاصد قائلا فى صحته نظر لان ذمه العبد مملوكه للسيد فكيف يثبت فيها مال باختيار العبد و السيد و لا يكون على السيد مع كونه لا يقدر على شىء و لا ينتقض بعوض الاتلاف لأنه قهرى لا بقدرته و ليس هو كما لو شرط الاداء من مال بعينه لان ذلك من جمله اموال السيد و ما العبد بعد العتق ليس من جمله امواله

#### **الخامس اذا اذن السيد بضماني العبد و شرط الاداء مما فى يده من اموال المولى**

صح الضمان أيضا و تعلق بمال المولى كما صرح به فى التحرير و حكاه فى لف عن ط

#### **السادس اذا ادى العبد مال الضمان**

فهل حق الرجوع له او لمولاه فصل فى ذلك فى التذكرة قائلا فان ادى مال الضمان حاله الرق فحق الرجوع للسيد لأنه ادى من مال السيد سواء كان من رقيه العبد او ما فى يده او كسبه فان اداه بعد عتقه فحق الرجوع للعبد لأنه اداه من ماله و لو قلنا انه اذا ضمن باذن سيده تعلق الضمان بزمه السيد او بكسب العبد فالاقرب ان حق الرجوع للسيد أيضا

فانه يصح الضمان ح و ينحصر وجوب الاداء فيه كما

ص: ١١٨

صرح به في لك و مجمع الفائده و الكفايه و نبه عليه في يع و شد و عد بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه و قد صرح في مجمع الفائده بانه لا نزاع في صحته ح

### منهل هل يشترط في صحة الضمان ان يعرف الضامن من المضمون له

الذى هو عبارته عن مستحق الدين او لا- اختلف الاصحاب في ذلك على قولين الاول انه لا يشترط في الضمان علم الضامن بالمضمون له و بنسبه و وصفه و شخصه و ما يميزه عما عداه بحيث يصح الاشاره اليه فيجوز للضامن ان يقول ضمننت الدين الذى عليك لأى شخص كان و هو للشرائع و شد و لف و ير و عد و للمعه و ضه و لك و الكفايه و المحكى فى جمله من الكتب عن الخلاف بل غراه فى جامع المقاصد الى الاكثر الثانى انه يشترط علم الضامن بالمضمون له و هو للمحكى فى لف و لك عن المبسوط و يظهر من كره المصير اليه أيضا و صرح فى جامع المقاصد بان الأصح انه لا يشترط علمه عند الضامن نعم لا بد من تمييزه عند الضامن للأولين وجوه منها عموم قوله ص الزعيم غارم و منها عموم قوله ص المؤمنون عند شروطهم و منها عموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و منها ما ذكره فى التذكرة و جامع المقاصد و منه من ان الفرض ايفاء الدين و هو لا يتوقف على ذلك و منها جمله من الاخبار احدها ما تمسك به فى لف و جامع المقاصد و اشار اليه فى كره و لك من خبر ابى سعيد الخدرى قال كنا مع رسول الله ص فى جنازه فلما وضعت قال ص هل على صاحبكم دين قالوا نعم درهمان فقال صلوا على صاحبكم فقال على ع على يا رسول الله ص و انا لهما ضامن فقام رسول الله ص فصلّى عليه ثم اقبل على على ع فقال جزاك الله تعالى ع عن الإسلام خيرا و فكك برهانك كما فككت برهان اخيك و ثانيها ما تمسك به فى لف أيضا قائلًا و روى جابر بن عبد الله ان النبى ص كان لا- يصلى على رجل عليه دين فاتى بجنازه فقال هل على صاحبكم دين فقالوا نعم ديناران فقال صلوا على صاحبكم فقال ابو قتاده هما على يا رسول الله قال فصلّى عليه فلما فتح الله على رسوله قال فانا اولى بالمؤمنين من انفسهم فمن ترك مالا- فلورثته و من ترك دينًا فعلى و ثالثها ما اشار اليه بعض الاجله قائلًا روى فى فى عن فضيل و عبيد عن ابى عبد الله ع قال لما حضر محمد بن اسامه الموت دخلت عليه بنو هاشم فقال هلم لقد عرفتم قرابتى و منزلتى منكم و على دين فاحب ان تقضوا عنى فقال على بن الحسين عليهما السلام ثلث دينك على ثم سكت و سكتوا فقال على بن الحسين ع اما انه لم يمنعنى ان اضمنه اولا الا كراهه ان تقولوا سبقنا و التقريب فى دلاله هذه الاخبار على المدعى ما اشار اليه فى الخلاف على ما حكاه فى لف قائلًا بعد التصريح بدلاله الخبرين الاولين على المدعى احتج الشيخ على قوله فى ف بالحديثين فان النبى ص لم يسئل عليا ع و لا- ابا قتاده عن معرفتهما صاحب الدين و لا الميت فلا يشترط علمهما و قد يناقش فى نهوض الروايات الثلث المذكوره لإثبات المدعى اولا بانها ضعيفه الاسناد بل الاوليان منها عاميتان كما صرح به بعض الاجله مضعفا للاستناد اليها فى محل البحث الا ان يجاب بان ضعف السند هنا غير قادح لانجباره بالشهره العظيمة خصوصا مع استناد جماعه منهم اليها فى جمله من مسائل الضمان من غير اشاره الى ضعف السند و ثانيها بانها قاصره الدلاله على المدعى لتضمنها قضايا شخصية فى موارد

مخصوصه فلعل الضّامين كانوا عالمين بالمضمون له لا- يقال المناط في الاستدلال هو عدم الاستفصال من النّبى ص عن معرفتهم للمضمون له كما نبه عليه في الخلاف لأننا نقول هذا باطل اما اولاً فلان هذا المقام ليس مما يجب فيه الاستفصال بل و لا يحسن بناء على ان الاصل في الفعل الصادر من المسلم الحمل على الصحة و عدم حسن التجسس عن كفيته وقوعه على ان بعض الفاعلين هنا امام و هو معصوم فلا وجه للاستفصال عن كفيته فعله و اما ثانياً فلاحتمال علم النّبى ص بعلمهما بالمضمون له لا يقال الاصل عدم علمه ص بذلك و كذلك الاصل عدم علم الضامين بالمضمون له لأننا نقول ذلك معارض باصالة عدم صحة الضمان مع عدم علم الضامن بالمضمون له الا ان يقال ان الاوّل اولى بالترجيح بناء على ان استصحاب الموضوع مقدم على استصحاب الحكم و يعضده ظهور سوق الروايات في علم الضامين بالمضمون له مضافاً الى استدلال جماعه من محققى الاصحاب تلك الروايات على المدعى و فى جميع ما ذكر نظر على انه قد يمنع من دلالة الروايات على المدعى باحتمال

ما صدر عن الامامين عليهما السلام و ابى قتاده اراده الوعد بالوفاء الذى لا يتحقق خلفه منهم لا الضمان بالمعنى المراد هنا و فيه نظر فتأمل و للآخرين الاصل و ما تمسك به فى التذكرة قائلاً- لا بد ان يعرفه لنا من الغرر لان الناس يتفاوتون فى المعامله و القضاء و الاستيفاء تشديداً او تسهيلاً و تختلف الاغراض فى ذلك فمع اهماله غرر و ضرر من غير ضروره و فى كلا الوجهين نظر اما الاول فلان دفاعه بما تقدم اليه الاشارة و اما الثانى فللمنع من حصول الغرر و الضرر بالاهمال فى المعرفه مطلقاً خصوصاً اذا كان الضمان تبرعاً سلمنا و لكن الضامن اقدم على ضرر نفسه و ليس الا لمصلحه لائقه و الا لكان سفيهاً و ليس الكلام فيه على ان الضرر لو كان موجبا للفساد لفسدت المعاملات المشتمله على الضرر كالبيع الذى فيه الغبن و هو باطل قطعاً هذا و قد اجاب عن الوجه المذكور فى لف بانه معين لتشخصه و حضوره عنده و لا- يشترط علمه بنسبه و لا- حاله و الغرر ليس بمعتبر اذا لا يشترط علمه حاله الضمان بحسن معامله المضمون و عدمه و ان علمه بعينه اجماعاً فلو كان الغرر معتبر كان العلم بهذا الوصف شرطاً و ليس كذلك بالإجماع لا- يقال يعتبر رضا المضمون له فيلزم تميزه كما صرح به فى لك قائلاً و اما المضمون له فان اعتبرنا قوله لفظاً كما هو مقتضى العقد اللازم اقتضى ذلك تميزه و لا يعتبر ازيد من ذلك و ان لم نعتبر كما يدل عليه واقعه الميت المديون الذى امتنع النّبى ص من الصلاه عليه حتى ضمنه على ع لم يعتبر علمه بوجه لأننا نقول لا- نسلم الملازمه اذا لا دليل عليها لا من عقل و لا من نقل سلمنا لكن التميز فى الجملة لا يقتضى المدعى كما ظهر من

ص: ١١٩

جامع المقاصد و لك فتأمل فاذا المعتمد هو الاول نعم اذا كان على المديون ديون عديده و ضمن الضامن بعضها و توقف تميز ما ضمنه على معرفه المضمون له لزم من هذه الجهة و يكفى معرفته بحيث يحصل المقصود و هل يشترط معرفه الضامن للمضمون عنه و هو المديون او لا يختلف الاصحاب فى ذلك على قولين الاوّل انه لا يشترط و هو للشرائع و عد و ير و كره و جامع المقاصد و الروضه و لك و الكفايه و المحكى عن ف الثانى انه يشترط و هو للمختلف و التنقيح و المحكى فى جملة من الكتب عن المبسوط للأولين وجوه منها ما تمسك به فى جامع المقاصد و ضه من ان الواجب بالضمان اداء الدين عن المضمون عنه و ليس فيه ما يقتضى معرفته و فيه نظر و منها ما تمسك به فى لك و ضه من ان الضمان و فاء دين و هو جائز عن كل مديون و فيه نظر و منها ما تمسك به فى التذكرة من ان الواجب اداء الحق فلا حاجة الى معرفه من يؤدى عنه لأنه لا معامله بينهما فى ذلك و فيه نظر و منها ما تمسك به فى التذكرة أيضاً من انه لا يشترط رضاه فلا يشترط معرفته و منها ما تمسك به فى التذكرة أيضاً من ان علياً و ابا قتاده ضمنا عن لا يعرفانه و اجاب عنه فى التنقيح قائلاً و ليس فى ضمان على ع دلالة على عدم ذلك

لجواز معرفته له و لم ينقل و منها تصريح التذكرة بانه لا يشترط معرفه الضامن المضمون عنه و لو ضمن الضامن عمن لا يعرفه صح ضمانه عند علمائنا فانه ظاهر في دعوى الاجماع على عدم الاشتراط و الاجماع المنقول بخبر الواحد العدل حجه خصوصا اذا اعتضد بفتوى الاكثر كما في محل البحث و لا يقدح فيه مخالفه الشيخ في ط المتقدم عليه لشذوذه و مصيره في الخلاف الى هذا القول و لا مخالفه السيورى لتأخره عنه و لا مخالفته بنفسه لعموم ما دل على حجه الاجماع المنقول فتأمل و منها العمومات المتقدم اليها الاشارة و للاخرين وجوه أيضا منها الاصل و هو مندفع بما تقدم اليه الاشارة و منها ما تمسك به في لف من ان المضمون عنه لا بد ان يتميز عن الضامن و يتخصص عن غيره ليقع الضمان عنه و ذلك يستدعى العلم به و فيه نظر و منها ما تمسك به في التنقيح قائلا و الاقوى قول ط اما اذا لم يكن الضمان تبرعا فظاهر و اما اذا كان تبرعا فلانه احسان لا بد في عقل المعاش في معرفه محله و الا لجاز وضع ذلك في غيره و قد ورد النهى عن وضع المعروف عند غير اهله كما قال على ع و ليس الواقع في غير اهله الا محمده اللثام و فيه نظر لان الضمان اذا لم يكن تبرعا فلا وجه للمنع منه حيث لم يعلم بالمضمون عنه الا توهم عدم التمكّن من الرجوع اليه و هو فاسد لان عدم العلم به حين العقد لا يمنع من العلم به بعده و لان الفرض اشتمال الضمان المفروض على المصلحه و الا لكان الضامن سفيها و هو غير محل البحث و ان كان الضمان تبرعا فلانه احسان و هو كما يمكن ان يكون بالنسبه الى المضمون كذلك يمكن ان يكون بالنسبه الى المضمون له على انا نمنع من حرمه وضع المعروف عند غير اهله و النهى غير ثابت سلمنا و لكن التحرير في المعاملات لا يقتضى الفساد فتأمل فاذا المعتمد هو القول الاول فلا يتوقف صحه الضمان على العلم بنسب المضمون عنه و لا اسمه و لا وصفه بسهولة الاقتضاء و نحو ذلك و كذلك لا يجب تميزه بوجه من الوجوه فلو قال ضمنت لك الدين الذى على من كان من الناس جاز كما صرح به في لك و صرح به في موضع من كره مستشكلا فيه و صرح في الشرائع و عد و ير و موضع من التذكرة و اللمعه بعد التصريح بانه لا يشترط العلم بالمضمون عنه بانه لا بد ان يمتاز المضمون عنه عند الضامن بما يصح معه القصد الى الضمان عنه و صرح في لك بان وجهه ان الضمان يتوقف على القصد و هو يتعلق بالمضمون عنه فلا بد من تميزه بوجه يزول معه الجهاله ليتمكن القصد اليه ثم اورد عليه قائلا و يشكل بمنع توقف القصد على ذلك فان المعتبر القصد الى الضمان و هو التزام المال الذى للمضمون له مثلا في الذمه و ذلك غير متوقف على معرفه من عليه الدين و الدليل

انما دل على اعتبار القصد فى العقد لا فى من كان عليه الدين فلو قال شخص مثلا انى استحق فى ذمه شخص مائه فقال له آخر ضمنتها لك كان قاصدا الى عقد الضمان عن اى من كان عليه الدين و لا دليل على اعتبار ما ذلك و قد صرح بما ذكره هنا فى الروضه أيضا و هو فى غايه الجوده نعم اذا تعدد المضمون عنه و قصد الضامن ديون بعضهم لزم التعيين ح و لعل الكتب المصرحه بلزوم التميز تريد هذه الصوره كما يشعر بعضها بها

**منهل اختلاف الاصحاب فى توقف صحه الضمان على رضا المضمون له**

**اشاره**

و هو مستحق الدين على قولين الاول انه يتوقف عليه و يكون مشروطا به فلو ضمن و لم يرض المضمون له به لم يصح و هو للمبسوط و الوسيله و الغنيه و يع و النافع و صره و شد و عد و كره و لف و ير و الجامع و جامع المقاصد و لك و الكفايه و ض و صرح فيه بانه مذهب الاكثر قائلا بل لعله عليه عامه من تاخر و فى الغنيه الاجماع عليه و صرح فى كره بانه قول اكثر علمائنا و

فى لك و غيره بانه المشهور و فى الكفايه بانه الاشهر و فى التنقيح بانه ذهب اليه فى الخلاف و المبسوط ثم تردد الثانى انه لا يتوقف عليه بل يصح بدونه و حكاه فى لف عن الخلاف قائلًا قال فى الخلاف ليس من شرط الضمان رضاء المضمون له و المضمون عنه و ان قيل شرطه رضاء المضمون له كان اولى و حكى هذا القول فى التذكره و لك و الكفايه عن الشيخ أيضا للقول الاول وجوه منها ما تمسك به فى الرياض من الاصل و هو ما اشار اليه فى لك من اصاله بقاء ما كان من شغل ذمه المضمون عنه و سلامه ذمه الضامن و عدم انتقال الحق الى المضمون له الى ان يتحقق المزيل و اليه اشار فى جامع المقاصد بقوله الاصل عدم شرعيه الضمان الى ان يثبت المزيل و قد يجاب عما ذكر باندفاعه بادله القول الثانى و منها تصريح الرياض بدعوى الغنيه الاجماع على ذلك و قد يجاب عنه بان عبارته الغنيه فى كتاب الضمان قاصره عن الدلاله على دعوى الاجماع على ذلك لان العبارة

ص: ١٢٠

صورتها هكذا من شرط الضمان ان يقبل المضمون له ذلك و ان يكون المضمون به حقا لازما فى الذمه كمال القرض و الاجره و ما اشبه ذلك بدليل الاجماع المشار اليه او مصيره الى اللزوم و من الظاهر ان غايه ما يستفاد من هذه العبارة دعوى الاجماع على الشرط الاخير لا على جميع ما ذكره من الشروط و الالقال كل ذلك بدليل الاجماع المشار اليه كما هى عادته حيث يريد دعوى الاجماع على احكام كثيره المذكوره فى كتابه على الترتيب و اما احتمال انه ادعى الاجماع على ذلك فى مقام اخر فهو و ان كان ممكنا لكنه بعيد غايته و منها الشهره العظيمه التى لا يبعد معها دعوى شذوذ المخالف على انه قد يمنع من وجوده لان قول الشيخ فى ف و ان قيل شرطه يحتمل العدول عما افتي به اولا سلمنا وجوده و لكن الظاهر اتفاق جميع من بعده على القول بالاشتراط و الاجماع بعد الخلاف حجه خصوصا اذا كان المخالف موافقا فى الجمله فتأمل و منها ما ذكره فى لك من ان حق المضمون له يتحول من ذمه عزمه الى ذمه الضامن و الناس يختلفون فى حسن المعامله و سهوله القضاء فربما كان الضامن لا يرضى بابداله بعزمه لتقصه عنه فلو لم يعتبر رضاه لزم الضرر و الغرور و قد يجاب عنه اولا بانه اخص من المدعى كما لا يخفى و التميم بعد القائل بالفصل مشكل فتأمل و ثانيا بمعارضته بالمثل اذ على تقدير التوقف على رضاء المضمون له قد يترتب الضرر على المضمون عنه كما اذا كان بينهما معاده و يريد الاول بعدم الرضا بالضامن ايذاء الثانى و هتك عرضه بالمطالبه و منها ما اشار اليه فى كره من ان الضمان اثبات حق فى الذمه فلا بد من اعتبار رضاء المضمون له كسائر الحقوق ثم اجاب عنه بانه قياس و منها ما تمسك به فى التذكره أيضا من انه اثبات مال لآدمى و تجديد سلطنته و ولايته فلا يثبت الا برضاه او من ينوب عنه كالبيع و الشراء اذ يبعد ان يملك الانسان بتمليك الغير شيئا من غير رضاه و ضعفه ظاهر و منها ما تمسك به فى جامع المقاصد من ان الضمان عقد اجماعا فلا بد من القبول و قد تمسك به فى التذكره أيضا لكن من غير دعوى الاجماع اشار اليه فى لف بقوله لان ذلك اثبات مال فى الذمه بعقد فلا يصح ذلك الا برضاه و اورد عليه فى مجمع الفائده قائلًا قد ينازع فى كونه عقدا عند الشارع بالمعنى الظاهر و فيه نظر و منها ما تمسك به فى لف و التنقيح و لك و الكفايه و ض من خبر عبد الله بن سنان الذى وصف فى الاول و الثلاثه الأخيره و غيرها بالصحة عن ابي عبد الله ص فى الرجل يموت و عليه دين فيضمه ضامن للغرماء فقال اذا رضى به الغرماء فقد برئت ذمه الميت فانه يدل بمفهومه على عدم البراءه مع عدم الرضا لتضمن لفظ اذا هنا معنى الشرط و قد صرح بما ذكر فى لف و التنقيح و ض و قد صرح بعض الاجله بانه روى فيمن لا يحضره الفقيه مثله عن الحسن بن محبوب عن الحسن بن صالح الثورى عن ابي عبد الله ص و الحسن بن صالح و ان كان ضعيفا على ما صرح به و



لكن الضعف هنا غير قادح لانجباره بالشهره و الاصل كما صرح به والدى العلامة قدس سره مع ان الراوى عنه الحسن بن محبوب الذى هو ممن اجمعت العصابه على تصحيح ما يصح عنه على ما صرح به بعض ائمه الرجال و قد اشار الى ما ذكر والدى العلامة أيضا و منها ما تمسك به فى لف من خبر عيسى بن عبد الله قال احتضر عبد الله بن الحسن فاجتمع اليه غرمائه فطالبوه بدين لهم فقال ما عندى ما اعطيكم و لكن ارضوا بمن شئتم من بنى عمى على بن الحسين عليهم السلام او عبد الله بن جعفر فقال الغرماء اما عبد الله بن جعفر ملى مطول و على بن الحسين عليهما السلام رجل لا مال له صدوق و هو احبهما إلينا فارسل اليه فاخبره الخبر فقال اضمن لكم الى غله و لم تكن له غله تجملا فقال القوم قد رضينا و ضمنه فلما اتت الغله اتاح الله تعالى بالمال فاداه و الترقيب فى الدلاله ما صرح به فى لف قائلا و لو لم يعتبر رضاء المضمون له لم يخبروهم به و فيه نظر كما اشار اليه فى الرياض و لذا جعله مؤيدا لا دليلا مستقلا و منها ما تمسك

به فى الرياض من الرضى و ان كان ذلك على رجل مال و ضمنه رجل عند موته و قبلت ضمانه فالميت قد برئ و قد لزم الضامن رده عليك و للقول الثانى وجوه أيضا منها عموم قوله ص الغريم غارم و قوله ص المؤمنون عند شروطهم و قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و يجاب عن هذه العمومات بلزوم تخصيصها بما تقدم اليها الاشاره و منها ان عليا عليه السلام و ابا قتاده ضمنا الدين عن الميت و لم يسئل النبي ص عن رضاء المضمون له بل حكم ص عليهما باللزوم بمجرد ضمانهما و فيه نظر اما اولا فلضعف سند الروايتين الداليتين على فعل على و ابي قتاده من غير جابر كما اشار اليه فى الرياض و اما ثانيا فلما اجاب به فى لف و التنقيح و جامع المقاصد و الرياض من ان قضيه على و ابي قتاده حكايه حال لا عموم لها و لذا قال فى الكفايه فى الدلاله تامل و اما ثالثا فلما اجاب به فى التنقيح قائلا و أيضا عدم اعتبار رضاء فى الميت لا يدل على عدم اعتباره مط لجواز خصوصيه الميت و قد اشار الى هذا فى مجمع الفائده أيضا و فيه نظر و اما رابعا فلما اجاب به فى لف قائلا على انا نقول يصح الضمان لكن لا يلزم الا برضاء المضمون له لان حقه على المضمون عنه و لا ينتقل الا برضاء و من العجائب ان الشيخ انكر وجوب قبض الدين من غير الغريم فكيف اوجب قبول ضمانه و اما خامسا فلما اجاب به فى الرياض قائلا النبوى المتضمن لضمان على ع و ابي قتاده عن الميت مع قصور سنده مع عدم جابر له فى محل الفرض قاصر الدلاله اولا- بانه لا عموم فيه لكونه قضيه فى واقعه و ثانيا باحتمال وجود القرينه الداله على رضاه لعدم وجود ما يوفى به دينه من التركة على الظاهر مع كون الضامن مثل على عليه السلام فى غايه مرتبه من الوثوق به عليه فى الوفاء و هو موجب لحصول العلم برضاء المضمون له و لفحوى و لعله كاف فى الصحه بل و اللزوم و ان توقف على القبول اللفظى بعده على الاختلاف و ثالثا باحتمال حصول رضاء المضمون له فى الواقعه و عدم النقل لا يدل على العدم بالضرورة

ص: ١٢١

و دفعه باصالة العدم مشروط بعدم النص على الاشتراط و قد مر فما هذا شأنه لا يعترض به الادله المتقدمه و قد اشار الى جوابه الثانى فى مجمع الفائده و الى الثالث فى التنقيح و فيهما نظر و اما سادسا فلان ما ذكر على تقدير تسليم دلالتة لا يصلح لمعارضته ادله القول الاول من وجوه عديده لا تخفى و منها خبر اسحاق بن عمار الذى وصف بالموثقيه فى الكفايه و الرياض و غيرهما و صرح فى الاول و الاخير بدلالته على المدعى عن ابي عبد الله ع فى الرجل يكون عليه دين فحضره الموت فيقول وليه على دينك قال يبرئه ذلك و ان لم يوفيه وليه و قال ارجو ان لا يأثم و انما ائمه على الذى يحبس و فيه نظر كما اشار اليه فى الرياض قائلا- و فيه بعد قصور السند عن المقاومه لما مر قصور الدلاله لإطلاقه بالاضافه الى حصول رضاء المضمون له و عدمه فليقيد

بالاول جمعا بين الادله للاتفاق على تقديم النص على الظاهر سيما مع اعتضاده بالاصل و ادله نفى الضرر و عمل الا-كثر فالاستدلال به فى مقابله الاول ضعيف و قد اشار الى ما ذكره فى الكفايه بقوله يدل على المدعى موثقه اسحاق بن عمار لكنها تضعف عن مقاومه الصّحيح المعتضد بالشهره و الاعتبار العقلى و منها ما صرّح به بعض الاجله بصراحه دلالتة من خبر الحسين بن الجهم الذى وصفه بالموثقيه كالرياض قال سئلت ابا الحسن ع عن رجل مات و له على دين و خلف ولدا رجالا و نساء و صبيانا فجاء رجل منهم فقال انت فى حل مما لإخوتى و اخواتى و انا ضامن لرضاهم عنك قال تكون فى سعه من ذلك و حلّ قلت و ان لم يعطهم قال كان ذلك فى عنقه قلت فان رجع الورثه على فقالوا اعطنا حقنا فقال لهم ذلك فى الحكم الظاهر فاما بينك و بين الله عز و جلّ فانت فى حل منها اذا كان الرجل الذى احل لك يضمن رضاهم فيحتمل الضامن لك و اجاب عنه فى الرياض قائلا هو مع قصور سنده خارج عن محل النزاع لتضمنه ابراء ذمه المديون عن مال العزيز مجانا بدون نقله الى ذمته و هذا مع كونه فى الظاهر مخالفا للإجماع لحرمة التصرف فى مال الغير بدون الاذن و لعله لهذا أطلق ع و قال ان للورثه المطالبه فى الحكم الظاهر و هو اعم من وجود البيئه على الضمان و عدمه ليس من محلّ النزاع لأنه ما تضمن ابراء ذمه المديون عن مال الغريم بنقله الى ذمه الضامن لا ابراءه مجانا و الضمان فى الخبر ليس الا على تحصيل رضاء الغريم و هو ليس من الضمان الذى هو محل الفرض نعم الخبر صريح فى حصول البراءه بما فيه من الضمان لكنه مخالف للقواعد بل و الاجماع و على تقدير العدم فهو كما عرفت خارج عن محل النزاع فالاستدلال على المطلب فيه عين الغفله و فيما ذكر نظر فتأمل و منها ما تمسك به بعض الاجله على المدعى قائلا و يدل على ذلك أيضا ما رواه الشيخ فى الصحيح عن حبيب الخثعمى و الصدوق فى يه عن ابن ابى عمير عن حبيب الخثعمى عن ابى عبد الله ع قال قلت له الرجل يكون عنده المال وديعه و يأخذ منه بغير اذن صاحبه قال لا يأخذ الا ان يكون له وفاه قلت أ رأيت ان وجدت من يضمنه و لم يكن وفاء و اشهد على نفسه الذى يضمنه يأخذ منه قال نعم و هو كما ترى أيضا ظاهر فى صحه الضمان من غير اشتراط رضاه المضمون له و المراد من الخبر ان الضامن اشهد على نفسه بانها ضامن و ينبغى تقييده بملاءه الضامن و حمله على ذلك و قد وصف هذه الروايه فى الرياض بالصحه أيضا و لكن اجاب عنها اولا بخروجها عن محل النزاع كسابقتها و ثانيا بمخالفتها للقواعد بل الاجماع فاذن المعتمد هو القول الاول و

**ينبغى التنبيه على امور**

**الاول على المختار هل يكفى مطلق الرضاء**

فلا يشترط القبول باللفظ و لا فى لفظه الصيغه العربيه و لا الموالاة بين الايجاب و القبول و لا تاخره عن الايجاب و لا غير ذلك او لا- بل يشترط القبول المعبر فى سائر العقود اللازمه فيه قولان احدهما كفايه مطلق الرضاء و هو لظاهر الشرائع و النافع و ره و شد و عد و ير و الكفايه و قد صرح به فى مجمع الفائده و ثانيهما انه يشترط القبول اللفظى و جميع ما يعتبر فى سائر العقود من التواصل المعهود بين الايجاب و القبول و كونه بلفظ الماضى و اللفظ العربى و هو لجامع المقاصد و لك و الرياض و صرح فى الغنيه باشتراط القبول للأولين وجوه منها ما تمسك به فى مجمع الفائده من عموم قوله ص المؤمنون عند شروطهم و منها ما تمسك به فيه أيضا من انه يصدق الضمان بمجرد الرضاء فيشملة عموم قوله ص الزعيم غارم و الاصل عدم التخصيص و منها فحوى ما دل على جواز المعاطات و الصيغه الغير العربيه فى البيع و نحوه و قد اشار الى هذا فى مجمع الفائده أيضا و منها اطلاق اكثر الاخبار المتقدمه و اجاب عنه فى الرياض قائلا النص ليس فيه تصريح بكفايه مطلق الرضاء و اطلاقه لا عبره به لعدم وروده

فى بيان حكمه بل لبيان حكم اخر مضافا الى تضمن بعض ما مر من الاخبار القبول بصيغته و شرائطه من المضى و التواصل المعهود بينه و بين الايجاب و فى جميع ما ذكره نظر بل التحقيق دلالة جمله من الاخبار المتقدمه على المدعى ان لم نقل كلها و قد تمسك عليه فى مجمع الفائده بما دل على ضمان على ع و ابى قتاده على ان اشتراط الموالاة و القبول اللفظى يستلزم عاده العلم بالمضمون له و قد بينا انه ليس بشرط فما يدل عليه يدل على المدعى هنا فتأمل و للآخرين وجوه منها ان الضمان عقد لدعوى الاجماع عليه فى مجمع الفائده و الاصل فيه لزوم القبول اللفظى و العرييه و الموالاة و فيه نظر اما اولا- فللمنع من الصغرى كما نبه عليه فى مجمع الفائده و الاجماع المنقول هنا موهون بظهور عباره الاكثر فى كفايه مطلق الرضا و اما ثانيا فللمنع من كليه الكبرى لعدم الدليل عليها من شىء من الأدلة الاربعه بل جمله منها تدل على الخلاف و منها ما تمسك به فى لك قائلا- و على القول باعتبار رضاه فهل المعتبر مجرد رضاه كيف اتفق و لو مع التراخى أم لا بد من كونه بصيغه القبول اللفظى اجودهما الثانى لأنه عقد فلا بد من القبول و لأصالة بقاء ما كان من شغل ذمه المضمون عنه و سلامه ذمه الضامن و عدم انتقال

ص: ١٢٢

الحق الى المضمون له الى ان يتحقق المزيل و ح فيعتبر فيه ما يعتبر فى سائر العقود من التواصل المعهود بين الايجاب و القبول و كونه بلفظ الماضى و اللفظ العربى لأنه من العقود اللازمه و وجه العدم قضيه على ع و اصالة عدم الاشتراط و مخالفته لغيره من العقود المملكه لان الضمان لا يثبت ملكا جديدا و انما يوثق به الدين الذى كان مملوكا و فيه ان استحقاق المضمون له عند الضامن حقا ضرب من التملك ثم ينتقض بالرهن فان فائده التوثيق مع اشتراطه فيه و قد تمسك فى الرياض على المدعى أيضا بالوجه الثانى الذى ذكره و هو الاصل و فيه انه لا يصلح لمعارضته العمومات المتقدم اليها الاشاره فاذن المعتمد هو القول الاول و لكن الثانى احوط و على المختار فهل يشترط العلم برضاء المضمون له او يكفى الظن الاقرب الاول الا اذا كان الدال على الرضا لفظا او شهد به العدلان

### **الثانى يشترط فى صحه الضمان رضاه الضامن**

كما صرح به فى التبصره و ير و التنقيح بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه بل صرح بدعوى الاجماع عليه فى الاخير قائلا رضاه الضامن شرط اجماعا لاستحاله اثبات مال فى ذمه شخص بغير رضاه

### **الثالث لا يشترط رضاه المضمون عنه**

كما صرح به فى الخلاف و ط و الغنيه و النافع و يع و صره و ير و عد و شد و كره و لف و اللمعه و التنقيح و جامع المقاصد و المسالك و مجمع الفائده و الكفايه و الرياض و قد حكاه فى لف عن والده و ابن ادريس و لهم وجوه منها تصريح التذكرة و جامع المقاصد بدعوى الاجماع عليه و يعضده اولا تصريح لك بانه موضع وفاق و ثانيا تصريح الرياض بانه لم يجد فيه خلافا و بان عباره النافع و غيرها تشعر بعدم الخلاف أيضا لا يقال يمنع عدم الخلاف فان القائلين بطلان الضمان اذا تبرع احد به ثم علم المضمون عنه به و انكره المخالفون لان قولهم ذلك يتضرع على الحكم باشتراط رضاه كما صرح به فى لف و التنقيح و مع هذا

فقد صرح في الوسيله بانه يشترط رضا المضمون عنه لأننا نقول لا نسلم التفريع المذكور كما صرح به في الرياض قائلا ان قولهم بذلك غير مبنى على اعتبار رضاه ابتداء بل على جعلهم الانكار مانعا و لذا صرحوا بالصيحه مع عدم معلوميه كل من الرضا و الانكار سلمنا و لكن المخالف قليل فلا يقدح في الاجماع المنقول المعتضد بالشهره العظيمه و منها ما تمسك به في لف و التنقيح من عموم قوله ص الزعيم غارم و يعضده قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و قوله ص المؤمنون عند شروطهم و لذا صرح في الرياض بانه يدل على ذلك العمومات و منها ما تمسك به في الرياض من ظواهر المعبره المكتفيه في شرائط الصيحه و الحكم باللزوم بمجرد رضاه المضمون له و منها ما تمسك به في المبسوط و الخلاف و التذكرة و جامع المقاصد و لك و الرياض من ضمان على ع و ابى قتاده عن الميت بمحضر من النبي ص اذ لو كان رضاه المضمون عنه شرطا لما صح ضمانهما لامتناع الرضا من الميت و منها ما تمسك به في المبسوط و الشرائع و عد و لف و التنقيح و جامع المقاصد و ضه و مجمع الفائده من ان الضمان قضاء دين الغير و هو لا يتوقف على اذن المديون و الى ما ذكر اشار في التذكرة و لك قائلين بجواز اداء الدين عن الغير بغير اذنه فالتزامه في الذمه اولى بالجواز و منها ما تمسك به في لف قائلا لنا ما رواه داود الرقي في الصحيح عن الصادق ع قال مكتوب في التوبه كفاله ندامه غرامه

#### الرابع متى تبرع الضامن من غير مسئله المضمون عنه

و قبل المضمون له ضمانه فقد برئ ذمه المضمون عنه سواء رضى بهذا الضمان بعد الاطلاع عليه أم انكره و لم يرض به و فاقا للشرائع و النافع و صره و عد و لف و التنقيح و جامع المقاصد و لك و الكفايه و حكي في لف عن النهايه و المقنعه و ابن البراج و ابن حمزه القول ببطالان الضمان بعد انكار المضمون عنه و ظاهر كلامهم المحكى عنهم في لف ان ذلك يتفرع على اشتراط رضاه المضمون عنه في صحه الضمان و قد عرفت ضعفه و ان ارادوا ان الانكار يقتضى ابطال ما صح و انه مانع من الموانع فيدفعه الاصل مضافا الى ما تقدم و الى ما ذكر اشار في لك قائلا لو انكر المضمون عنه الضمان فانه لا اثر له لأنه اذا لم يعتبر رضاه ابتداء فلا عبره بانكاره بعده

#### منهل اذا تحقق الضمان على الوجه المعبر شرعا

#### اشاره

فهل ينتقل الحق من ذمه المضمون عنه الى ذمه الضامن فيبرأ ذمه المضمون عنه و ليس للمضمون له الرجوع على المضمون عنه بل انما يرجع على الضامن او لا- فيه احتمالان احدهما ان الضمان ناقل للحق الى ذمه الضامن و مبرئ لذمه المضمون عنه و اختاره في الغنيه و النافع و الشرائع شد و ير و عد و كره و لف و صره و الايضاح و التنقيح و الروضه و لك و مجمع الفائده و المحكى عن النهايه و السرائر و المهذب و نهج الحق و عزاه في الايضاح الى جمهور الاصحاب و في التنقيح الى اكثرهم و ثانيهما ان الضمان ليس بناقل بل ضم ذمه الى اخرى و لم نجد قائلا به من الاصحاب نعم عبارته التنقيح ربما تشعر بوجود قائل به منهم حيث نسب القول الى اكثرهم دون جميعهم و ربما يؤيده تصريح الايضاح بانه عرف جمهور الاصحاب الضمان بانه نقل المال من ذمه الى ذمه و عرفه آخرون بانه ضم ذمه الى ذمه فعلى الاول يبرء المضمون عنه و على الثاني لا بل يتخير المضمون له في الرجوع على من شاء و يحتمل انه اراد بالآخرين العامه فانه قد حكي هذا القول عنهم في لك و غيره و كيف كان فهذا القول

ضعيف بل المعتمد هو القول الاول الذى عليه المعظم و لهم وجوه منها تصريح الغنيه بدعوى الاجماع عليه و يعضده اولا الشهره العظيمة بل ظهور عدم الخلاف و ثانيا تصريح الرياض بان الضمان ينقل المال المضمون من ذمه المضمون عنه الى ذمه الضامن و يبرء ذمه المضمون عنه باجماعنا المستفيض الحكايه فى كلام جماعه كالسراير و الغنيه و نهج الحق و المهذب و النهايه و التذكره و غيرها من كتب الجماعه و هو الحجه المخصصه للأصل و ثالثا تصريح لك بان هذا القول عندنا موضع وفاق و رابعا تصريح الكفايه بانه لم يعرف فيه خلافا و تصريح مجمع الفائده بانه لم يظهر فيه خلاف و خامسا تصريح لك و لف بان الضمان ناقل عندنا و منها ما تمسك به فى الغنيه و الايضاح و التنقيح من الخبرين المتقدمين

ص: ١٢٣

المتضمنين لنقل ضمان امير المؤمنين ع و ابى قتاده عن الميت و قد صرحوا بدلالتهما على المدعى و منها ما تمسك به بعض الاجله قائلًا و يدل على القول المذكور مضافا الى اتفاق الاصحاب صحيحه عبد الله بن سنان و موثقه اسحاق ابن عمار و موثقه الحسين بن الجهم المتقدمات فانها صريحه فى خلو ذمه المضمون عنه و انتقال المال الى ذمه الضامن و يعضده تصريح الرياض بانه يدل على ذلك النصوص المستفيضه الخاصيه و العاميه التى هى ظاهره فى ذلك بل صريحه و منها ما تمسك به فى الايضاح من قوله تعالى وَ أَنَا بِهِ زَعِيمٌ و منها ما تمسك به فيه أيضا من قول النبى ص الامانه مؤداه و الدين مقضى و الزعيم غارم و

**ينبغى التنبيه على امور**

**الاول صرح فى لك بان معنى براءه المضمون عنه براءته من حق المضمون له**

لا مطلق البراءه فان الضامن يرجع بما اداه اذا ضمن باذنه و هو جيد

**الثانى لا فرق فى ذلك بين ان يكون المضمون عنه حيا او ميتا**

كما صرح به فى التحرير بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه

**الثالث صرح فى التحرير بانه يبرء المضمون عنه و ان لم يؤد الضامن**

و هو جيد و الظاهر انه مما لا خلاف فيه

**الرابع صرح به الايضاح بان ضمان العهده ليس بناقل بل هو ضم عندهم**

و ربما يظهر ما ذكره من مجمع الفائده أيضا و لكن مقتضى اطلاق اكثر الفتاوى و الاجماع المحكيه عدم الفرق فى كون

الضمان ناقلا بين جميع افراده فهو ناقل و ان تبرع بالضمان

### الخامس اذا كان له على رجلين مال

فيضمن كل منهما ما على صاحبه تحول ما كان على كل منهما الى صاحبه كما صرح به في الشرائع و التحرير و عد و لك و الكفايه و الرياض بل صرح في لك بنفى الاشكال فيه قائل لا اشكال في صحة هذا الضمان لان كل واحد جامع لشرائط الصحة و حكي في الرياض عن ط المنع من هذا الضمان قائل لا خلاف بيننا فيه الا من ط فمنعه لاستلزامه صيروره الفرع اصلا و الاصل فرعا و لعدم الفائده و رد الاول بانه لا يصلح للدلاله على الفساد و الثانى بان الفائده موجوده و هى ترتب احكامه لظهور اعسار الاصيل الذى صار ضامنا الموجب لخيار المضمون له فى فسخ ضمانه و الرجوع الى المضمون عنه الذى صار ضامنا عنه و ما ذكره من الفائده جيد و لا اشكال فى ان المضمون له ليس له الرجوع على كل من الضامين الا بما ضمنه لا بما فى ذمه الاخر سواء تمكن منه أم لا الا شرط المضمون له على كل منهما انه اذا لم يتمكن من الاخر ان يستوفى ما فى ذمته من صاحبه او صالح كذلك و كذلك الكلام اذا استدان منه اثنان منه او ازيد و شرط معهما ذلك او صالح معهما كك و الوجه فى صحة الشرط و الصلح فى المقامين العمومات السليمه عن المعارض من النص و الفتوى و الاعتبار العقلى

### السادس صرح فى التحرير بانه يصح ترامي الضمان

فيجوز الضمان عن الضامن و يتحول الحق الى ذمه الضامن الثانى و سيأتى تحقيق الكلام فيه إن شاء الله تعالى

### السابع يصح وحده الضامن و تعدد المضمون عنه

بان يضمن واحد عن جماعه و قد صرح بذلك فى الرياض و هل يصح تعدد الضامن وحده المضمون عنه بان يضمن جماعه عن واحد أطلق جوازه فى التحرير و حكاه فى لف عن ابن حمزه و صرح بانه يكون للمضمون له الخيار فى مطالبه من شاء منهم على الانفراد و على الاجتماع و التحقيق ان يقال ان قد بينا ان الضمان ناقل فضمان الجماعه اما ان يقع على التعاقب او دفعه فان وقع على التعاقب فان رضى المضمون له بضمان كل واحد على التعاقب بان يرضى بضمان السابق قبل تجدد اللاحق فيطالب الاول هنا خاصه كما صرح به فى لف محتجا بانه بضمانه و رضاء المالك به انتقل الحق الذى فى ذمه المضمون عنه الى ذمه الضامن فاذا ضمن الثانى المضمون عنه بطل الخلو ذمته عن المال عندنا و هو فى غايه الجوده و لو تقدم رضاء المضمون له بضمان المتاخر على ضمان المتقدم كان له مطالبه من تقدم الرضا بضمانه و ان تاخر ضمانه و ضمانه هو الصحيح دون المتقدم عليه و المتاخر عنه و ان كان و قد صرح بذلك فى لف و ان رضى المالك بضمان كل واحد دفعه صح ضمان الاول دون من تاخر عنه على ما صرح به فى لف محتجا بانه اذا رضى بضمان كل واحد فقد رضى بضمان الاول فينتقل المال اليه فلا يصارف ضمان الثانى و لا الرضا به حقا على المضمون عنه فيبطل و فيه نظر لأنه كما رضى بضمان الاول كذلك رضى بضمان الثانى و لا ترتيب بين الامرين و لا دليل على ان تقدم ضمان الاول يوجب انصراف الرضا اليه دون غيره فينبغى ان يكون حكمه حكم الصوره الاخيره و ان وقع ضمان الجماعه دفعه واحده فان رضى المضمون له بضمان كل واحد على التعاقب صح ضمان من

رضى بضمانه اولا كما صرح به في لف محتجا بانتقال المال بالضمان و رضاء المالك الى ذمته فلا يصارف ضمان الباقي ذمه مشغوله فيبطل و ان وقع الرضا دفعه كأصل ضمان الجميع ففيه احتمالات احدها بطلان ضمان الجميع و اليه ذهب في لف قائلا لامتناع انتقال الحق دفعه واحده الى ذمم متعدده و ثانيها صحه ما اخرجته القرعه لعموم قوله ع في المرسل القرعه لكل امر مشكل و فيه انه لا اشكال بعد حكم الاصل و الدليل بالفساد مع عدم العلم بصحه احد الضمانات في الواقع و مع هذا لم اجد قائلا به و ثالثها صحه ما يختاره المضمون له على وجه التخيير و رابعها تقسيط الحق المضمون على الجميع فيصح ضمانهم بالنسبه الى سهامهم و وجه اصاله عدم التخصيص في العمومات الداله على صحه ضمان جميعهم الا بمقدار الضروره و هذا الاحتمال في غايه القوه

### الثامن اذا ابرأ مالك الدين و هو المضمون له لذمه الضامن

برئ ذمته و ذمه المضمون عنه معا فليس للضامن الرجوع عليه بشىء اما براءه ذمه المضمون عنه ح فقد صرح به في الوسيله و كره و شد و عد و ير و الجامع و جامع المقاصد و لك و مجمع الفائده و لهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه و منها تصريح كره بانه اذا ابرأ مالك الدين ذمه الضامن برئ الاصيل عند علمائنا و منها ما تمسك به في التذكرة قائلا لان الضمان عندنا ناقل للدين

ص: ١٢٤

من ذمه الاصيل الى ذمه الضامن و ليس للضامن ان يرجع على المضمون عنه الا بما اداه فاذا اسقط الدين عنه لم يؤد شيئا و قد تمسك هذا الوجه في جامع المقاصد أيضا و اما براءه ذمه الضامن ح فقد صرح به في الارشاد و عد و ير و الجامع و لك و مجمع الفائده بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه و ان ابرأ المضمون له الضامن و صالحه على بعض الدين لم يرجع على الاصيل الا بما عزم كما صرح به في كره و لو تعدد الضمنا على الترتيب بان ضمن الدين ضامن ثم ضمن الضامن اخر فاذا ابرأ الضامن الاخير برئ الاصيل و من تفرع عليه كما صرح به في التذكرة مشعرا بدعوى الاتفاق عليه و محتجا بما ذكره سابقا و لو ابرأ المستحق للدين و هو المضمون له ذمته الاصيل و هو المضمون عنه لم يبرأ الضامن كما صرح به في الوسيله و الشرائع و التذكرة و الارشاد و عد و ير و الجامع و لك و مجمع الفائده و الكفايه و لهم وجوه منها الاصل و منها ظهور الاتفاق عليه و منها تصريح المسالك و الكفايه بان العلامه في التذكرة ادعى اجماع علمائنا على ذلك و يؤيده اولا تصريح يع بانه قول مشهور لنا و ثانيا ما ذكره في لك قائلا قول المص على قول مشهور لنا يشعر بثبوت مخالف منا لكن لم نقف عليه و في كره ادعى الاجماع من علمائنا على ذلك و لعله اراد بذلك انه لم يتحقق الاجماع و ان لم يجد المخالف فان عدم الاطلاع على المخالف لا يوجب الاجماع و ان كان المتفقون ما به كما تبه عليه و سيأتى في اخر الكتاب ما يشعر بخلاف الشيخ في ذلك و ثالثا تصريح الوالد قدس سره في بعض حواشيه بانه ادعى الاجماع على ذلك في الغنيه و المهذب و نهج الحق و المفاتيح و غيرها من كتب الجماعه و منها ما تمسك به في التذكرة من ان الحق سقط عن ذمه الاصيل بالنسبه الى صاحب الدين فلا يصادف الابراء استحقاقا فلا يكون صحيحا و قد اشار الى هذا الوجه في الجامع و مجمع الفائده

منهل اذا كان الضامن مليا و قادرا على اداء ما ضمنه فلا اشكال في صحه ضمانه و لزومه

و يدل عليه مضافا الى الاجماع العمومات و كذلك لا اشكال فى الامرين اذا كان الضامن معسرا حين الضمان و كان المضمون له عالما باعشاره و يدل عليه مضافا الى ظهور الاتفاق عليه العمومات و خبر عيسى بن عبد الله قال احتضر عبد الله بن الحسن فاجتمع عليه غرمائه و طالبوه بديونهم فقال لا مال عندى فاعطيكم و لكن ارضوا بمن شئتم من بنى عمى على بن الحسين عليهما السلام او عبد الله بن جعفر فقال الغرماء عبد الله بن جعفر ملئى مطول و على بن الحسين رجل لا مال له صدوق و هو احبهما إلينا فارسل اليه اخبره الخبر فقال اضمن لكم المال الى غله و لم يكن له غله كملا فقال القوم قد رضينا و ضمنه فلما اتت الغله اتاح الله عز و جل له المال فاداه و هل يلزم الضمان اذا كان الضامن من حين العقد معسرا غير قادر على اداء ما ضمنه و لم يعلم باعساره المضمون له ثم تبين له بعد الضمان اعسار الضامن او لا فيكون الشرط فى لزوم الضمان احد الامرين ملائته الضامن او علم المضمون له باعساره صرح بالثانى و بالشرط المذكور فى الغنيه و المراسم و النافع و الشرائع و صره و شد و ير و عد و اللمعه و جامع المقاصد و لك و ضه و مجمع الفائده و هو المعتمد و لهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه و منها تصريح الرياض بان فى ظاهر الغنيه الاجماع على الشرط المذكور و يعضده اولا تصريح جامع المقاصد بان ظاهرهم ان هذا الحكم موضع وفاق و ثانيا تصريح مجمع الفائده بان الظاهر انه لا خلاف فيه و ثالثا تصريح الرياض بانه لم يجد فيه خلافا و منها ما تمسك به فى جامع المقاصد قائلا انما كان هذا موضع توهم ثبوت الفسخ دون غيره لان الضمان فى معنى اداء الدين و المقصود الاصلى منه الارتفاق بنقل الدين الى ذمه الضامن و انما يكون ذلك اذا كان الاداء أيسر فلا جرم اذا فات هذا المقصود الذى انما يبتنى الضمان عليه تخير المضمون له لفوات المقصود كما يتخير المشتري اذا ظهر فى المبيع عيب او غبن حيث كان المقصود هو الصحه و الاخذ بالقيمه او ادون اذ البيع مبنى على المكايسه و هذا بخلاف ما اذا باع مؤجلا فظهر الافساد اذ ليس مقصود البيع الاصلى و بالنسبه الى اداء الثمن كما فى الضمان و ظاهرهم ان هذا الحكم موضع وفاق و منها ما تمسك به فى الرياض قائلا يدل عليه الاصل و عدم انصراف اطلاق النصوص اليه على ان المتبادر المقصود من الضمان استيفاء الدين و به يشعر ظاهر اشتراط رضاء المضمون له فى بعضها و انما يكون ذلك اذا امكن الاداء بيساره مضافا الى لزوم الضرر بعدم اعتباره و به يجاب عن عموم الامر بالوفاء بالعقد لو تمسك به و

**ينبغى التنبيه على امور**

**الاول هل يتوقف الصحه على الشرط المذكور**

يفسد الضمان بدونه او اللزوم فيتخير المضمون له بين الفسخ و الرجوع على المضمون عنه و الامضاء و مطالبه الضامن صرح بالثانى فى النافع و الشرائع و عد و شد و ير و صره و جامع المقاصد و لك و ضه و الكفايه و الرياض و هو ظاهر المراسم و هو الاقرب لوجوه منها ظهور الاتفاق عليه و ان كان عباره الغنيه و اللمعه ظاهره فى الاحتمال الاول للزوم تنزيلها على الثانى اذا لم يحك احد عنهما خلافا هنا و منها ظهور جامع المقاصد فى دعوى الاتفاق على ذلك و يعضده تصريح مجمع الفائده [بان] بل الظاهر انه لا خلاف فى ذلك و منها عموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و قوله ع المؤمنون عند شروطهم و قوله ع الزعيم غارم فت



## الثانى صرّح فى لك و ضه و مجمع الفائدة و الرياض بان المراد بملاءه الضامن

التى هى شرط اللزوم ان يكون مالكا لما يوفى به الدين فاضلا عن المستثنيات فى وفاء الدّين و هو جيد

## الثالث لا يشترط استمرار الملاءه

فلو تجدد الاعسار بعد الضمان فلا فسخ كما صرّح به فى الارشاد و التحرير و عد و لك و ضه و زاد فى الاخيرين فصرح بانه كما لا يقدر تجدد اعساره فكذا تعذر الاستيفاء منه بوجه اخر و هو جيد و يدلّ على اللزوم فى المقامين الاصل

ص: ١٢٥

و العمومات

## الرابع لا يشترط فى الفسخ اللفظ

و لا فى لفظه العربيه بل يكفى مطلق ما يدل عليه كما يظهر به من مجمع الفائدة

## الخامس هل الفسخ على الفور او يجوز فيه التراخى

فيه اشكال كما صرح به فى التحرير من غير ترجيح و لكن احتمال التراخى فى غايه القوه

## منهل ضمان الضامن للدين يكون على اقسام

### اشاره

منها ان يضمن الدين الحال مؤجلا و هذا الضمان صحيح كما فى النافع و يع و صره و شد و د عد و ير و كره و اللمعه و التنقيح و جامع المقاصد و ضه و لك و مجمع الفائدة و الكفايه و ض و لهم و جوه احدهما ظهور الاتفاق عليه و ثانيها التصريح بدعوى الاجماع عليه فى الشرائع و التنقيح و المحكى عن التذكرة و يعضده اولا تصريح لك بان هذا موضع وفاق و ثانيا تصريح الكفايه بانه لا يعرف فيه خلافا بينهم و ثالثها خبر عيسى بن عبد الله المتقدم فت و رابعها ما تمسك به فى لك قائلا لما كان مبنى عقد الضمان على الارتفاق و تسهيل الامر على المضمون عنه كان الضمان المؤجل للدين الحال جائز التحقق لغرض المطلوب منه و خامسها ما تمسك به فى الرياض قائلا يدل على ذلك الاصل و العمومات السليمه عن المعارض عدا ما ربما يتوهم من كونه معلقا و هو غير جائز و ليس كما يتوهم بل هو تاجيل للدين الحال فى عقد لازم و قد اشار الى ما ذكره فى رفع التوهم فى لك أيضا و بالجملة لا اشكال فى صحه هذا الزمان و عليها فلا يجوز للمضمون له مطالبه كل من الضامن و المضمون عنه قبل انقضاء الاجل اما عدم جواز مطالبه الاول كما صرح به فى يع و عد فلاشترط التاجيل كما نبه عليه فى لك و اما عدم جواز مطالبه الثانى

كما صرح به في بيع و ير فلبراءه ذمته عن الدين لما بيناه من ان الضمان ناقل و قد نبه على هذا في لك و لا فرق في جميع ما ذكر بين كون الضمان تبرعا او لا كما هو ظاهر اطلاق الاصحاب و منها ان يضمن الدين المؤجل حالا بان يسقط اجل ذلك الدين و يلتزم بالاداء حالا و قد اختلف الاصحاب في صحه هذا الضمان على قولين الاول انه يصح هذا الضمان و يحل الدين و هو للنافع و الشرائع و شد و كره و لف و للمعه و التنقيح و ضه و لك و مجمع الفائده و الرياض و حكاه فيه و في غيره عن الشيخ في المبسوط و القاضى في المهذب و الحلبي و زاد في الاول فحكى أيضا عن المفليح الصيمري قائلا بل لعله عليه عامه المتأخرين الثاني انه لا- يصح و قد حكاه في لف و الرياض عن المقنعه و النهايه و القاضى في الكامل و ابن حمزه و زاد في الثاني فحكاه أيضا عن ابن زهره و فخر الإسلام و المحقق الثاني للأولين وجوه منها ما ذكره في لف من الاصل و منها ما تمسك به في كره من عموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ قائلًا و الضامن عقد مؤجلا فلا يثبت عليه الا كك و منها ما تمسك به في التذكرة أيضا من عموم قوله ص المؤمنون عند شروطهم و منها ما ذكره في لف و التنقيح من قوله ص الزعيم غارم و زاد الاول قوله تعالى وَ أَنَا بِهِ زَعِيمٌ و اشار في الرياض الى هذه العمومات بقوله يصح هذا الضمان للأصل و عموم دلائل مشروعيه الضمان مع فقد المعارض لفساد دليل الخصم و اصاله عدم غيره و منها ما اشار اليه بعض الاجله من ان الضمان كقضاء الدين فكما يجوز اداء الدين المؤجل حالا فكذلك يجوز هذا الضمان و منها ظهور عبارته التذكرة في دعوى الاتفاق على الصّحه كما صرح به في مجمع الفائده لأنه صرح بانه لو كان الدين مؤجلا فضمنه الضامن حالا و الزم التبرع بالتعجيل صح الضمان عندنا كما يصح الحال مؤجلا- و كان عليه اداء المال في الحال كأصل الضمان و مع هذا فلم ينقل خلافا في المسألة عن احد من الاماميه و للآخرين وجوه أيضا منها ما ذكره في لف و التنقيح و لك و غيرهما كما عن كره من ان بناء الضمان على الارفاق و تسهيل الامر على المضمون عنه فيشترط فيه الاجل لمنافات الحال للارفاق الذى وضع الضمان لأجله لان الضمان الحال يسوغ تعجيل المطالبه بالحق المضمون فيتسلط الضامن على مطالبه المضمون عنه فينتفى فائده الضمان و فيه نظر اما اولا فلانه ان ضمن تبرعا من غير سؤال المضمون عنه فليس للضامن ح الرجوع عليه بما اداه و لا مطالبته به فيما ذكر لا يجرى هنا كما صرح به في التنقيح و الرياض و ان ضمن بسؤال المضمون عنه فلا نسلم ان له الرجوع حالا بل بشرط حلوله على المضمون او تصريحه بالرجوع عليه حالا كما صرح به في الرياض سلمنا و لكن المضمون عنه هو الذى ادخل الضرر على

نفسه و التزم بعدم الارفاق فلا يعتبر و قد صرح بهذا في التنقيح و اما ثانيا فللمنع من ان بناء الضمان على الارفاق و انحصار فائدته فيه كما صرح به في لف و كذا صرح به في الرياض محتجا بانه لا دليل عليه من نص او اجماع و قائلا يحتمل كون الفائده فيه تفاوت الغرماء بحسن القضاء و التقاضى و اما ثالثا فلعدم صلاحيته لمعارضه ادله القول الاول و منها ان ثبوت المال في ذمه الضامن فرع ثبوته في ذمه المضمون عنه و الفرع لا يكون اقوى من الاصل و قد حكى في لف عن ط الاحتجاج بهذا الوجه و فيه نظر لما ذكره في لك قائلا و يضعف بان المنتقل هو الدين و اما الأجل فاذا اسقطه المديون و ادى المال جاز فكذا اذا سأل الضمان كذلك انه في معنى الاسقاط له و لو كان الضامن متبرعا بالضمان فأولى بعدم الاشتراط إلا رجوع على المضمون عنه فيكون في معنى ما لو ادعى عنه دينه المؤجل قبل الأجل و هو جائز و قد صرح بهذا الجواب في لف و الرياض و غيرهما و اجاب في مجمع الفائده بان زياده الفرع على الاصل بالدليل لا قصور فيه و منها ان من شرط صحه الضمان وجوب الحق على المضمون عنه و الاجل حق من حقوق الدين و تعجيله غير واجب فيكون ضمانه كك ضمان ما لم يجب و ليس بصحيح و قد اشار الى هذا الوجه في لف قائلا و قد استخراج ولدى العزيز محمد جعلت فداه وجهها حسنا يقوى قول الشيخ و هو ان الحلول زياده في الحق و لهذا يختلف الاثمان و هذه الزيادة غير واجبه على المديون و لا ثابتة في

ذمته فيكون ضمان ما لم يجب فلا- يصح عندنا و فيه نظر لما ذكره في لك و ض من ان الممنوع الذي لم يجب هو المال لا الاجل لان مدلول ما الذي هو متعلق الضمان هو المال لأنه المضمون و اما الاجل فلا يتعلق به الضمان و ان كان من توابع الحق و اوصافه الا ان دخوله حيث يدخل ليس بالذات بل بالتبعيه و هو حق للمديون فاذا رضى الضامن باسقاطه و تعجيل الايفاء فقد ضمن ما يجب و هو المال و رضى باسقاط الوصف و لا يرد انه غير واجب الاداء بسبب الاجل لأنه واجب في الجملة غايته انه موسع و ذلك لا يخرج عن اصل الوجوب خصوصا اذا انضم الى رضاء الضامن بذلك رضاء المضمون عنه و قد اشار الى ما ذكره في مجمع الفائده أيضا و منها ما ذكره فيه من ان الضمان خلاف الاصل فيقتصر على محل اليقين و يجاب عنه بانه لا يصلح لمعارضته ادله القول الاول فاذا هو المعتمد و لا فرق فيه بين ان يكون الضمان بسؤال المضمون عنه او تبرعا و منها ان يضمن الدين الحال حالا و قد ذهب الى صحه هذا الضمان في النافع و الشرائع و صرّه و شد و كره و للمعه و التنقيح و ضه و لك و مجمع الفائده و ض و حكي في التحرير و التنقيح عن الشيخ القول بالمنع من الصّحّه و هو ظاهر الغنيه لقوله يشترط ان يكون الضمان الى اجل معلوم و كذا هو ظاهر الوسيله لقوله يشترط تعيين اجل المال و هو ضعيف بل المعتمد هو القول الاول الذي عليه المعظم للعمومات المعتضده بالشهره العظيمه بل يظهر من مجمع الفائده و دعوى الاتفاق عليه لقوله الصور اربع و الظاهر جواز كلها و انه لا نزاع الا في ضمان الدين المؤجل حالا و قد ادعى اجماعنا في التذكرة و ح يع على الحكم المذكور في الاقسام الاربعه و على المختار لا فرق في صحه هذا الضمان بين ان يضمن تبرعا او بسؤال المضمون عنه و منها ان يضمن الدين المؤجل باجل يزيد على اجل الدين كان يضمن الدين المؤجل الى شهر او شهرين و قد ذهب الى صحه هذا الضمان في النافع و يع و صره و ير و كره و شد و للمعه و التنقيح و ضه و لك و مجمع الفائده و ض و هو المعتمد للعمومات و لتصريح التنقيح و لك بدعوى الاجماع عليه و يعضده اولا ظهور الاتفاق عليه و ثانيا تصريح موضع اخر من لك بانه متفق عليه و ثالثا ظهور مجمع الفائده في دعوى الاتفاق عليه و في حكاية دعوى الاجماع عليه عن كره و رابعا ظهور عباره الشرائع و النافع في دعوى الاجماع عليه و لا- فرق في ذلك بين ان يكون الضمان تبرعا او بسؤال المضمون عنه و ان ضمن الدين المؤجل باجل يساوى اجل الدين او ينقص عنه فذهب في النافع و يع و ره و شد و ير و كره و للمعه و التنقيح و ضه و لك و مجمع الفائده و ض الى صحه هذين القسمين و هو الاقرب سواء كان الضمان بسؤال المضمون عنه او تبرعا للعمومات و لدعوى الاجماع عليه في يع فانه صرح بان الضمان المؤجل جائز اجماعا و قد نبه عليه في لك أيضا قائلا الحق المضمون لا يخ اما ان يكون حالا او مؤجلا- ثم اما ان يضمنه الضامن حالا او مؤجلا و على تقدير ضمان المؤجل مؤجلا اما ان يكون الاجل الثاني مساويا للأول او انقص او ازيد و على التقادير اما ان يكون الضمان تبرعا او بسؤال المضمون عنه فالصور اثني عشر كلها جائزه على الاقوى على ان موضع الخلاف فيها غير مجرد فان اطلاق عباره المص ان الضمان متى كان مؤجلا فالاجماع منعقد على جوازه و هو شامل لما كان الحق مؤجلا مع قصور اجل الضمان و مساواته و يؤيد ما ذكر اولا ظهور عباره النافع في دعوى الاتفاق على الصحه هنا فانه صرح بان الضمان المؤجل جائز و في المعجل قولان اصحهما الجواز و ثانيا ظهور عباره مجمع الفائده المتقدمه في دعوى الاتفاق عليه أيضا و ثالث ظهور كره على ما حكاه في مجمع الفائده في دعوى الاتفاق عليه أيضا و رابعا ظهور لف في دعوى الاتفاق عليه أيضا لأنه لم يحك خلافا الا في الصوره الثانيه نعم يظهر من التنقيح وجود الخلاف هنا فانه صرح بان الدين ان كان مؤجلا و ضمن مؤجلا فالاجل الثاني ان كان ازيد صح اجماعا و ان كان مساويا فكذلك على الاقوى و ان كان انقص

منه و ما بقى ففیه الخلاف كما سبق و الاقوى الصّحّه و لعلّ حجه المخالف ما اشار اليه فى لك قائلا بعد ما حكينا عنه سابقا و تعليل المانع من الحلول يقتضى المنع من هاتين الصورتين لأنهم عللوا المنع من الحال على ما نقله فى لف و غيره بان الضمان ارفاق فالاخلال به يقتضى تسويغ المطالبه للضامن فيتسلط على مطالبه المضمون عنه فى الحال فينتفى فائده الضمان و هذا التعليل بعينه آت فى الاجل المساوى و القاصر و يقتضى ان الضامن لو كان متبرعا لم يضر لانتفاء المانع من التسلط على المضمون عنه و الشيخ فخر الدين منع من ضمان الحال لا لهذه العله بل لأنه ضمان ما لم يجب و هو شامل للأجل القاصر عن اجل الدين كما هو شامل و مخرج للمساوى و بالجمله فاطلاق كلام الشيخ و اتباعه يقتضى ما افاده المص و تعليلهم يدل على اختصاصه بغير الصورتين المذكورتين و اما الضمان حالا فان كان الدين مؤجلا فقد اتفق المانعون على منعه نصا و تعليلا و ان كان حالا فالشيخ فخر الدين و اتباعه جوزوه لوجوب بالحق كغيره و عند المعلل بالارتفاق مختلف و قد ظهر بذلك ان محل النزاع غير محور و الحق ان الخلاف واقع فيما عدا المؤجل للحال او الزائد اجله عن اجل الاصل حالا او باجل دون الاجل الاول

### ينبغى التنبيه على امور

#### الاول اذا ضمن الدين الحال و أطلق

و لم يقيده بكونه حالا- او مؤجلا- فالظاهر صحه هذا الضمان و انه ينصرف الى الحال كما صرح به فى كره لان المتبادر من الاطلاق ذلك

#### الثانى اذا ضمن الدين المؤجل و أطلق

و لم يقيد الضمان بكونه حالا او مؤجلا فالظاهر صحه هذا الضمان و انصرافه الى اجل يساوى

ص: ١٢٧

اجل الدين و القدر الباقي منه لا الزائد عليه و لا الناقص عنه كما صرح به فى التذكرة لان المتبادر من الاطلاق ذلك كما لا يخفى

#### الثالث اذا ضمن المؤجل حالا او باجل دون اجل الدين المضمون

و كان الضمان بسؤال المضمون عنه من الضامن ان يضمن كذلك او ان يضمن من غير اشاره الى احد القيدتين المذكورين فهل يحل الدين او ينقص الاجل او لا- فيه اوجه اشار اليها فى المسالك قائلا بقى فى المسألة بحث اخر و هو انه على القول بجواز ضمان المؤجل حالا او بالاجل دون الاجل الاول لو اذن المضمون عنه للضامن فى ضمانه كذلك او مط فهل يحل عليه الدين او ينقص الاجل على تقدير ضمان الضامن له كذلك أم يبقى عليه الاجل كما كان فلا يرجع عليه الضامن الى حلوله و ان ادى قبله اوجه احدها الرجوع عليه كما ادى فى الحالين اما مع التصريح بالاذن حالا فلان الضمان فى حكم الاداء و متى اذن المديون

غيره في قضاء دينه معجلا- فقضاه استحق مطالبته و لان الضمان بالسؤال موجب لاستحقاق الرجوع على وفق الاذن و اما مع الاطلاق فلتناوله التعجيل فيكون مأذونا فيه ضمنا لأنه بعض ما يدل عليه اللفظ و ثانيها التفصيل فيرجع عليه حالا مع التصريح لا مع الاطلاق اما الاول فلما مرّ و اما الثاني فلان الاطلاق انما يقتضى الاذن في الضمان و ذلك لا يقتضى حلول الحق على المضمون عنه لأنه لا- يحل الا باسقاطه او اشتراطه في عقد لازم و هو منتف و لا دليل في الاذن المذكور على حلول الاصل باحدى الدلالات و لأصالة بقاء الاجل و هذه الوجوه آتية مع التصريح له الضمان حالا ان لم يصرح له بالرجوع عليه حالا أيضا و ثالثها عدم الرجوع عليه الا بعد الاجل مط لما ذكر و لان الاذن في الضمان و ان كان حالا انما يقتضى حلول ما في ذمه الضامن و لا- يدل على حلول ما في ذمه المضمون عنه باحدى الدلالات و هذا هو الاقوى و اعلم ان العلامة قطع في لف بالاخير و لم يذكر غيره و في القواعد استشكل في الحلول بالسؤال فقطع ولده بان الاشكال انما هو مع الاطلاق لا مع التصريح بالسؤال حالا فانه يقتضى الحلول على المضمون عنه و قطع المحقق الشيخ على بضده و هو ان الاشكال انما هو مع التصريح بالحلول اما مع الاطلاق فلا اشكال في عدم الحلول و هو موافق لما في كره فانه قطع بعدم الحلول مع الاطلاق و استشكل مع تصريحه بالتعجيل ثم استقرب عدم الحلول و الحق ان الاشكال واقع على التقديرين و الاقرب عندي ما صار اليه في لك من الوجه الثالث

### الرابع اذا كان الدين حالا فضمنه مؤجلا

و مات الضامن قبل انقضاء الاجل حل الدين المؤجل الذي على الضامن و اخذ من تركته كما صرح به في يع و عد و ير و الجامع و جامع المقاصد و لك لما اشار اليه في لك من عموم ما دل على ان الميت يحل ما عليه من الديون و صرح في عد و جامع المقاصد بانه يجوز لورثته مطالبه المضمون عنه حيث اخذ من التركة و هو جيد و قد صرح به في لك أيضا محتجا بان المدين عليه حال لعدم حصول ما يقتضى تاجيله عليه لان المؤجل هو الدين الذي في ذمه الضامن لا الذي في ذمته الا ان الضامن لما لم يستحق الرجوع الا بالاداء او كان موته مقتضيا لحلول دينه فاذا اخذ من تركته زال المانع من مطالبته للمضمون عنه ثم صرح بان مثل المفروض ما لو دفع الضامن الى المضمون له الحق قبل الاجل باختياره فان له مطالبه المضمون عنه لما ذكر و هو جيد أيضا ثم صرح بان هذا بخلاف ما لو كان مؤجلا على المضمون عنه فضمنه الضامن كك فانه بحلولة عليه بموته لا يحل على المضمون عنه لان الحلول عليه لا يستدعى الحلول على الاخر و هو أيضا جيد و قد صرح به أيضا في عد و جامع المقاصد و احتج عليه في لك و اذا مات المضمون عنه فصرح في عد و جامع المقاصد بانه يحجر الحاكم من التركة بقدر الدين اى يمنع الوارث من التصرف فيه حذرا عن ضياع ما يؤديه الضامن و زاد في الثاني قائلا- و انما جاز ذلك لان هذا القدر من التركة مستحق بالدين الذي في ذمه الاصل غايه ما في الباب انه ليس للضامن اخذه هذا الا بعد الاداء المتوقف على الحلول و ما ذكره جيد ثم صرحا بانه لو تلف فممن الوارث كما ان النماء له و احتج عليه في الثاني بان التركة باق على ملك الوارث فان الدين لا يملك الا بعد القبض و التركة مع الدين على ملك الوارث و على هذا يجب الاداء من باقى التركة و ان تصرف فيها الوارث

### منهل متى حصل الضمان على الوجه المعبر شرعا

#### اشاره

فانه يجوز للضامن ان يرجع على المضمون عنه بما دفعه الى المضمون له ان ضمن باذن المضمون عنه و سؤاله كما في الغنيه و

الشرائع و النافع و القواعد و ير و صره و شد و اللعنه و ضه و لك و الكفايه و الرياض و لهم و جوه منها ظهور الاتفاق عليه و منها تصريح الغنيه بدعوى الاجماع عليه و يعضده اولا تصريح الرياض بانه حكى بعضهم دعوى الاجماع على ذلك من السرائر و كره و ثانيا تصريح لك بانه مذهب علمائنا و ثالثا تصريح الكفايه و غيرها بانه مذهب الاصحاب و رابعا تصريح ض بانه لم يجد فيه خلافا و منها خبر الحسين بن خالد الذى تمسك به فى الرياض قال قلت لأبى الحسن ع جعلت فداك قول الناس الضامن غارم فقال ليس على الضامن غرم انما الغرم على من اكل المال و منها خبر عمر بن يزيد الذى تمسك به فى الرياض موصفا له كغيره بالموثقيه قال سئلت ابا عبد الله ع عن رجل ضمن ضمانا ثم صالح عليه قال ليس له الا الذى صالح عليه و منها ما اشار اليه بعض الاجله قائلا روى ابن ادريس فى مستطرفات السرائر من كتاب عبد الله بن بكير عنه قال سئلت ابا عبد الله ع عن رجل ضمن ضمانا ثم صالح على بعض ما ضمن عنه فقال ليس له الا الذى صالح عليه و قد صرح فى الرياض بانه كسابقه ظاهر الدلاله على المراد من حيث اطلاقهما الشامل لصورتى الاذن فى الاداء و عدمه لا يقال الاذن فى الضمان و الاداء لا يدل على الالتزام بالعوض بشىء من الدلالات فيبقى اصاله

ص: ١٢٨

عدم جواز الرجوع سليمه عن المعارض و قد صرح بما ذكر فى مجمع الفائده لأنا نقول لا نسلم عدم الدلاله و قد اعترف بها فى مجمع الفائده فى مقام قائلا الاذن فى الضمان معناه لزوم العوض للضامن بعد الاداء بمنزله قوله اده عنى و على عوضه سلمنا و لكن يجب الخروج عن الاصل بما بيناه من الادله الداله على جواز الرجوع و

**ينبغى التنبيه على امور**

**الاول اذا ضمن باذن المضمون عنه و ادى بغير اذنه**

جاز للضامن الرجوع اليه ح أيضا كما صرح به فى الغنيه و الشرائع و يع و لك و الكفايه و ض و هو ظاهر النافع و ره و شد و اللعنه و ضه بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه و يظهر من الغنيه و لك و الكفايه و غيرها دعوى الاجماع عليه و يدل عليه مضافا الى ما ذكر اطلاق الاخبار المتقدمه

**الثانى اذا تبرع بالضمان و ضمن بغير اذن المضمون عنه**

فلا رجوع للضامن عليه كما نبه عليه فى الغنيه و النافع و يع و ير و شد و عد اللعنه و جامع المقاصد و ضه و الرياض و لهم و جوه منها ما ذكره فى ض من اصاله عدم جواز الرجوع و براهه ذمه المضمون عنه لانتقال الحق عن ذمته الى ذمه الضامن و لا دليل على اشتغال ذمه المضمون عنه للضامن بما اداه و اما اطلاق الاخبار المتقدمه الداله على جواز الرجوع فلا يصلح للمعارضه اما اولا- فلضعف سند اكثرها بل جميعها عند جماعه فت و اما ثانيا فلانصرافه الى صورته الاذن بالضمان لغلبتها كما صرح به فى الرياض و اما ثالثا فلاعتضاد الاصل بما سيأتى اليه الاشاره و منها ظهور الاتفاق عليه و منها حكاية الرياض عن الغنيه و السرائر و كره و نهج الحق و لك دعوى الاجماع عليه و لا فرق فى عدم جواز الرجوع ح بين ان يؤدى باذنه او لا كما صرح به فى يع و

عد و ير و ضه و جامع المقاصد و غيرها و هو ظاهر اطلاق الغنيه بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه و كذا لا فرق فى ذلك بين ان يكون من نيته الرجوع او لا كما هو ظاهر اطلاق كلام الاصحاب

### الثالث يجوز الرجوع للضامن بالاذن

سواء نوى الرجوع أم لم ينو شيئا كما هو ظاهر اطلاق كلام الاصحاب و لو نوى عدم الرجوع ففي الرجوع ح اشكال و ان كان مقتضى اطلاق كلام الاصحاب الرجوع

### الرابع اذا جاز له الرجوع

فان ادى بقدر ما ضمنه فلا اشكال و لا خلاف فى انه لا يستحق الا هذا المقدار من غير زياده و لا نقيصه و ان ادى ازيد مما ضمنه فلا يرجع بهذه الزيادة على المضمون عنه للأصل و ظهور الاتفاق عليه و عموم ما دل على نفى الضرر و ان ادى أقل مما ضمنه و ذلك اما لإسقاط الزائد بالصلح مع المضمون له او لإبرائه عنه فهل يرجع على المضمون عنه بما ضمنه او بما آذاه صرح بالثانى فى الشرائع و النافع و لف و عد و شد و اللمعه و جامع المقاصد و الروضه و لكك و مجمع الفائده و الرياض و حكى عن الاسكافى خلاف ذلك و هو ضعيف بل المعتمد هو القول الاول الذى عليه المعظم و لهم وجوه منها ان الاصل براه الذمه عن وجوب اعطائه الزائد على ما آذاه لا يقال المضمون عنه قد اشتغلت ذمته للضامن بتمام ما ضمنه بعد اذنه له فى الضمان و قبوله منه فالاصل بقاءه لأننا نقول لا نسلم اشتغال ذمه المضمون عنه الا بعد اداء الضامن فالاصل براه ذمه الاول الا بمقدار ما آذاه الثانى و قد اشار اليه فى الرياض مدعى اختصاص الفتاوى و الاجماع المحكيه بما آذاه خاصه و منها ما نسبته ذلك فى الكفايه الى الاصحاب الظاهره فى دعوى الاجماع عليه و يعضدها اولاً التصريح بدعوى الشهره عليه فى لف و ثانياً تصريح الرياض بانه مما لا خلاف فيه فى الجملة و بان خلاف الاسكافى فى بعض الصور شاذ و منها ما اشار اليه فى الرياض من خبرى عمر بن يزيد و عبد الله بن بكير المتقدمين و منها ما تمسك به فى لف من ان الضمان وضع للإرفاق و الرجوع باكثر مما دفع مناف له فلا يصح

### الخامس لو وهب المضمون له الضامن و ابراه عن الحق المضمون

لم يرجع الضامن على المضمون عنه ح و لو كان الضمان باذنه كما فى النافع و شد و جامع المقاصد و كذا لم يرجع المضمون له على المضمون عنه ح كما صرح به فى الرياض للأصل بناء على المختار من ان الضمان ناقل لا ضم

### السادس لو ادى الضامن المادون تمام ما ضمنه للمضمون له

و بنصه اياه ثم وهب جميعه او بعضه للضامن فجوز له ح الرجوع على المضمون عنه بجميع ما آذاه كما صرح به فى لك محتجا بصدق اداء الجميع و يعضده ظهور الاتفاق عليه

### الاول ما هو مال ثابت فى الذمه وقت الضمان و مستقر ليس بمتزلزل

كالثمن بعد قبض المبيع و انقضاء مده الخيار و الاجره بعد انقضاء المده و المهر بعد الدخول و هذا يصح ضمانه كما صرح به فى الغنيه و الوسيله و يع و صره و شد و عد و ير و كره و الجامع و اللمعه و ضه و مجمع الفائده و غيرها و لهم وجوه احدها ظهور الاتفاق عليه و ثانيها تصريح الغنيه و كره بدعوى الاجماع عليه و ثالثها العمومات السليمه عن المعارض و لا فرق فى ذلك المال بين ان يكون من الدرهم او الدينار او غيرها من ساير الاموال التى تستقر فى الذمه مثليه كانت او قيميه

### الثانى ما هو مال ثابت فى الذمه و لكنه متزلزل غير مستقر

و هذا القسم يصح ضمانه أيضا فيصح ضمان كل مال ثابت فى الذمه سواء كان مستقرا أم كان متزلزلا و معرضا للبطلان و قد صرح بهذا التعميم فى الغنيه و الوسيله و يع و شد و عد و كره و الجامع و الرّوضه و الكفايه و مجمع الفائده و هو ظاهر اللمعه و لك و جامع المقاصد بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه و هو الحجه مضافا الى العمومات و عدّ منه فى الغنيه و الارشاد و عد و كره و الكفايه الثمن فى مده الخيار و احتج عليه فى الاول بقوله ع الزعيم غارم قائلا و لم يفصل و هو جيد و هؤلاء اطلقوا و فصل فى الشرائع و ير قائلين يصح ضمان كل مال ثابت فى الذمه سواء كان مستقرا كثمن المبيع بعد انقضاء الخيار او معرضا للبطلان كالثمن بعد قبضه فى مده الخيار و لو كان قبل القبض لم يصح و اشار الى وجهه فى لك قائلا

ص: ١٢٩

فى شرح عبارته يع قد تقدم ان عقد البيع يفيد تملك البائع الثمن و المشتري للمبيع و ان كان هناك خيار فالباع موجب للملك و ان لم يكن مستقرا فيصح ضمان الثمن للبائع عن المشتري و للمشتري عن البائع اذا قبضه لجواز ظهور المبيع مستحقا و هو المعبر عنه بضمان العهده فقول المصنف كالثمن فى مده الخيار بعد قبض الثمن مراده انه يصح ضمان الثمن فى مده الخيار و بعد قبضه و هذا الضمان قد يكون للبائع القابض له بان يضمن له عهده تقدير ظهوره مستحقا على وجه لا يستلزم بطلان البيع كما لو كان غير معين فى العقد او على تقدير ظهور عيب فيه ليرجع بارشه و قد يكون ضمانه للمشتري على تقدير ظهور المبيع مستحقا ليرجع به و على التقديرين فالضمان انما هو لعهدته لا- له نفسه فقله كالثمن تشبيه للحق الثابت المتزلزل لا- للمضمون اذ المضمون عهدته لا هو نفسه و الفرق يظهر فى اللفظ و المعنى اما اللفظ فالعباره عن ضمان الثمن ضمنت لك الثمن الذى فى ذمه زيد مثلا و نحوه و ضمان العهده ضمنت لك عهدته او دركه و نحو ذلك و اما المعنى فظاهر اذ ضمانه نفسه يفيد انتقاله الى ذمه الضامن و براءه المضمون عنه منه و ضمان العهده ليس كذلك انما يفيد ضمان دركه على بعض التقديرات و قوله و لو كان قبله لم يصح ضمانه عن البائع اى لا يصح ضمان الثمن عن البائع قبل قبضه له على تقدير ظهور المبيع مستحقا و قد قبض البائع الثمن فانه ضمان ما لم يجب لأنه لم يدخل تحت يد البائع حال الضمان ليضمن عهدته فيكون كما لو ضمن ما سيستدينه و نحوه و هو أيضا ضمان عهده و احترز بقوله عن البائع عن ضمانه عن المشتري فانه جائز سواء كان الضمان لنفسه بحيث ينتقل الى ذمه الضامن كما لو لم يكن معيناً فى العقد أم لعهدته كان يضمن للبائع عن المشتري عهدته الثمن لو ظهر مستحقا و هذا انما يتم اذا كان الثمن غير معين اذ لا يبطل البيع باستحقاقه بل يرجع الى ثمن اخر و اما اذا كان معيناً و ظهر مستحقا فانه يبطل البيع و



لا- معنى ح لضمان عهده للبائع انما يحتاج البائع الى ضمان عهده المبيع نعم لو كان الضمان ح لتجوز كونه معينا صح على التقديرين و قد ظهر لك ان المراد بالعباره بضمان الثمن ضمان عهده في اكثر الصور و ربما اراد ضمانه نفسه في بعض مفهوماتها فوقعت مجمله يحتاج الى التفصيل و عد في عد و كره و الجامع من هذا القسم المهر قبل الدخول و هو جيد و صرح في الثالث بانه ان تحقق فسخ النكاح هنا و فسخ البيع في الثاني الاول بطل الضمان لبطلان اصله و هو جيد و عد في الثاني من هذا القسم الا-جره قبل انقضاء المده قائلًا- هذا القسم يصح ضمانه أيضا لأنه لازم في الحال و ان جاز ان يسقط كما يسقط المستقر بالابراء و غيره

### الثالث ما هو مال ليس ثابت و لا لازم و لكن يؤول الى الثبوت و اللزوم

و قد اختلف الاصحاب في صحه هذا الضمان على قولين الاول انه يصح فلا يشترط في صحه الضمان بثبوت المال في ذمه المضمون عنه حين العقد و هو لظاهر الوسيله و صره و عد و ير و المحكى عن ط و استظهره في لك من عباره الشرائع بعد تصريحه باحتمالها لكل من القولين الثاني انه لا يصح و هو للإرشاد و التذكرة و الجامع و جامع المقاصد و مجمع الفوائد و هو ظاهر الغنيه و ضه و المحكى عن الخلاف و عدّ من هذا القسم مال الجعالة قبل الفعل و ما شرط و قد صرح بصحه ضمانه بالخصوص في التحرير و عد و لف و هو ظاهر المحكى في لف عن ط و صرح في الجامع و جامع المقاصد و لك و مجمع الفوائد بعدم الصحه و فصل في كره قائلًا ما ليس بلازم في الحال و له مصير الى اللزوم و الاصل في وضعه الجواز كمال الجعالة فنقول ان ضمن قبل الشروع في العمل لم يصح لأنه ضمان ما لم يجب اذ العقد غير لازم و المال الثابت في العقد غير ثابت في الذمه فكيف يلزم فرعه و ان ضمن بعد فراغ العمل و استحقاقه للمال صح ضمانه قطعاً لأنه قد ثبت وجوبه و اذا ضمن بعد الشروع في العمل و قبل اتمامه فالاقرب جواز الضمان لوجوب سبب الوجوب و انتهاء الامر فيه الى اللزوم كالثمن في مده الخيار و اصح الوجهين عند الشافعي المنع لان الموجب للجعل العمل و به يتم الموجب فكأنه لا ثبوت له قبل العمل للقول الاول وجوه منها عموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و منها عموم قوله ص المؤمنون عند شروطهم و منها ما اشار اليه في كره و لف قائلًا قال الشيخ يصح ضمان مال الجعالة و المسابقيه لقوله تعالى وَ لِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ و اشار اليه في لك قائلًا نعم في قوله تعالى وَ لِمَنْ جَاءَ الْاِيه داله على جواز ضمان مال الجعالة قبل العمل لأنه ضمننت قبله و قد استدلل الفقهاء بهذه الآيه على مسائل من الجعالة و الضمان فليكن هذا منها الا ان للبحث في ذلك مجالاً و لعله اشار بذلك الى انه لا يلزم من ثبوت حكم من الشرائع السابقه ثبوته في شرعنا و اصاله الاشتراك هنا ممنوعه لفقد الدليل عليها من شىء من الادله الاربعه و قد صار الى هذا طائفه من الاصوليين و استدلال الفقهاء بالآيه الشريفه فيما ذكر من المسائل لا يكون حجه اما اولاً فلعدم معلوميه بلوغه حد الاجماع و اما ثانياً فلاحتمال ثبوت الاشتراك في تلك المسائل بخصوصها و قد يناقش في كلا الوجهين اما في الأول فان استدلالهم و ان لم يبلغ حد الاجماع و لكنه مورث للظن و الاصل فيه الحجيه اما في الثاني فبانه احتمال بعيد في الغايه فلا عبره به و منها ما اشار اليه في لف من قوله ص الزعيم غارم و منها ما ذكره في لف من ان الحاجه ماسه الى هذا الضمان فكان جائزاً و كان كقوله الق متاعك و على ضمانك و منها ما ذكره في لف و كره من ان مال الجعالة و ان لم يكن لازماً و لكن يؤول الى اللزوم فكان جائزاً و اشار الى

هذا في لك قائلا وجه الصحة انه و ان كان عقدا جائزا و المال فيه ليس بلازم ح الا انه يؤول الى اللزوم بتمام العمل و قد وجد سبب اللزوم و هو العقد فيكون كالثمن في مده الخيار ثم اورد عليه بقوله و فيه نظر لمنع وجود السبب فانه العقد و العمل معا لا العقد وحده و انما العقد جزء السبب و لم يحصل به ثبوت و لا لزوم فان ما بقى من العمل او مجموعه على تقدير عدم الشروع فيه لم يستحق بسببه شىء و ما مضى منه كذلك لأنه لو ترك الباقي لم يستحق شيئا فيكون الباقي بمنزله الشرط في استحقاق الجميع و الفرق بينه و بين الثمن في مده الخيار واضح لان الثمن ح ثابت في ذمه المشتري مملوك للبائع غايه ما في الباب انه مترنزل و ماله لو ابقى على حاله من غير فعل اصلا الى اللزوم بخلاف مال الجعالة فانه لا ثبوت له اصلا الى ان يكمل الفعل فالمتجه عدم الجواز و قد اشار الى ما ذكره في لف و جامع المقاصد أيضا و فيه نظر و للقول الثانى وجوه أيضا منها الاصل و فيه نظر لاندفاعه بالعمومات المتقدمه و منها ما اشار اليه في لك من ان عقد الجعالة من العقود الجائزه يصح لكل من الجاعل و العامل فسخه قبل العمل و من احكامه ان العامل لا يستحق المال المجعول الا بتمام العمل فلو بقى منه شىء و ان قل فليس له شىء بخلاف الاجاره حيث ان اجرتها موزعه على العمل بالنسبه فضمن ماله ان كان قبل تمام العمل ضمان لما لم يجب و هو بط و اليه اشار في التذكره و جامع المقاصد و قد يناقش فيه بالمنع من كلتا المقدمتين الصغرى و كليه الكبرى و منها ما ذكره في كره من ان الضمان شرع لوثيقه الدين فلا يسبق وجوبه كالشهاده و فيه نظر و للقول الثالث ما ذكره في التذكره و المسأله محل اشكال فلا ينبغى فيها ترك الاحتياط و ان كان القول الاول في غايه القوه و لا اشكال في صحه ضمان مال الجعاله بعد تمام العمل و قد صرح بها في الغنيه و التذكره و جامع المقاصد و هو ظاهر الجامع و مجمع الفائده بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه و لعله لذا قطع بها في الثانى و الثالث و احتج عليه في الاول بقوله تعالى وَ لِمَنْ جَاءَ بِهِ الْآيَهُ و بقوله الزعيم غارم

#### **الرابع ما هو مال و لكنه ليس بثابت و لا يؤول الى الثبوت**

كمال يريد استدانته و ثمن ما يريد ابتياعه و نحو ذلك و لا يصح ضمان ما ذكر كما يظهر من الغنيه و الوسيله و الشرائع و صره و كره و ير و عد و اللمعه و الجامع و جامع المقاصد و لك و الروضه و مجمع الفائده و الكفايه بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه و يدل عليه مضافا الى ما ذكر ما دل على انه لا يصح ضمان ما لم يجب فيشترط في صحه الضمان الثبوت او الاول اليه كما صرح به في صره و كره و عد

#### **الخامس ما هو ليس بمال و لا هو مما يصح تملكه شرعا و لا يصح ضمان هذا**

فيشترط في صحه الضمان المالى كما صرح به في القواعد و كره و هو ظاهر الشرائع و التذكره و ير و عد و اللمعه و الجامع و جامع المقاصد و ضه و الكفايه و مجمع الفائده بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه و ان أطلق في الغنيه و الوسيله و التبصره و الارشاد صحه ضمان الحق الشامل للمال و غيره لظهور ان المراد منه هنا المال الذى يصح تملكه شرعا و فرع في التذكره على ما ذكر امورا قائلا يشترط المالى فلا يصح ضمان ما ليس بمال و الضابط ان يكون مما يصح تملكه و بيعه و كما لا يصح بيع المحرمات و الربويات و غيرها مما تقدم كذا لا يصح ضمانها و هو جيد و ينبغى

#### **التنبه على امور**

## الاول لا اشكال فى صحه ضمان مال السبق و الرمايه بعد العمل

و قد صرح بنفى الشبهه فيه فى لك أيضا و هل يصح ضمانه قبل العمل او لا صرح بالثانى فى الجامع و بالاول فى جامع المقاصد و لك و أطلق جواز ضمان مال السبق و الرمايه فى التحرير و عد و استظهره فى لك من يع و ان تردد فيه و فصل هنا و فى التذكرة قائلًا و اما مال المسابقه و المناصله فمبنى على ان عقدها جعاله او اجاره فان كان اجاره صح الضمان و ان كان جعاله فهو كضمان الجعل و قال الشيخ يصح ضمان المسابقه لأنه يؤول الى اللزوم اذا عمل العمل و لقوله تعالى وَ لِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ و كلامه يشعر بجواز الضمان قبل الشروع فى العمل و قد صرح بما ذكره من التفصيل فى جامع المقاصد أيضا و لكنه صرح بالجواز تمسكا بانه اجاره و كذا صرح بذلك فى لك أيضا الا انه صرح بان الاقوى انه عقد لازم كيف كان فيلزم المال بالعقد و يصح ضمانه و ما ذكره من الصحه على اى تقدير هو الاجود و لكن الاحوط الترك

## الثانى صرح فى التحرير بانه لو ضمن للعمل فى الجعاله

و السبق فانه لا يصح و هو جيد

## الثالث يصح ضمان ارش الجنايه

سواء كان نقودا او حيوانا او غيرها كما صرح به فى التذكرة و التحرير و عد و جامع المقاصد بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه بل صرح بدعوى الاتفاق عليه فى كره قائلًا يصح ضمان ارش الجنايه عند علمائنا سواء كان من النقدين او من الابل و غيرها من الحيوانات لأنه ثابت مستقر فى الذمه فصح ضمانه كغيره من الحقوق الثابته فى الذمم كغير الحيوانات من الاموال و اشار الى الوجه الاخير فى جامع المقاصد أيضا و صرح فى التذكرة بانه اذا كان الضمان بحيث يقتضى الرجوع كما اذا ضمن بسؤاله فانه يرجع بالحيوان و هو جيد ثم صرح بصحة ضمان الديه التى هى على العاقله قاتلا و هل يصح ضمان الديه على العاقل قبل تمام السنه الاقرب جوازه لان سبب الوجوب ثابت و حكى فى جامع المقاصد عن بعض الشافعيه المنع من ضمانها لجهالته

## الرابع يصح ضمان مال السلم

كما صرح به فى التحرير و عد و كره و جامع المقاصد بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه كما اشار اليه فى كره بقوله السلم يصح ضمانه عندنا ثم احتج عليه بانه دين لازم فيصح ضمانه كالقرض و قد صرح بما ذكره فى الاول و الاخير

## منهل هل يصح ضمان مال الكتابه المشروطه او لا

اختلف الاصحاب فى ذلك على قولين احدهما انه لا يصح و هو المحكى فى جملة من الكتب عن الشيخ و اختاره فى الجامع أيضا و ثانيهما انه يصح و هو للشرايع و التذكرة و الارشاد و عد و جامع المقاصد و المسالك و مجمع الفائده للأولين ما تمسك به الشيخ فى المبسوط

على ما حكاه فى لف قائلًا- منع الشيخ فى ط ضمان مال الكتابه لأنه ليس بلازم فى الحال و لا يؤول الى اللزوم لان للمكاتب اسقاطه بفسخ الكتابه للعجز فلا يلزم العبد فى الحال و لا تؤول الى اللزوم لأنه اذا اذاه عتق و اذا عتق خرج من ان يكون مكاتبًا فلا- يتصور ان يلزمه فى ذمته مال الكتابه بحيث يكون له الامتناع من ادائه فهذا المال لا يصح ضمانه لا الضمان اثبات مال فى الذمه و التزام لأدائه و هو فرع للمضمون عنه فلا يجوز ان يكون ذلك المال فى الاصل غير لازم و يكون فى الفرع لازماً فلهذا منعنا من صحه ضمانه و هذا لا خلاف فيه و قد تمسك بالوجه المذكور فى الجامع أيضا و اجاب عنه فى جامع المقاصد و لك اولاً بالمنع من المقدمه الاولى من ان له اسقاطه بل يجب عليه القيام بالمال لأنه صار ديناً عليه و قد صرح فى الكفايه بان الاشهر بين الاصحاب ان عقد المكاتبه لازم من الطرفين و قد صرح بهذا الجواب فى التذكرة و التحرير أيضا و كذا صرح فى لف أيضا قائلًا و يمنع عدم لزوم مال المكاتبه و تجدد الفسخ بالعجز ليس اقوى من تجدد الفسخ بالخيار فكما لم يمنع هنا من الضمان فكذا هنا و الشيخ بنى ذلك على مذهبه من عدم لزوم مال الكتابه و ثانياً بانه لو تنزلنا الى الجواز فالصحة متجهه أيضا لان المال ثابت فى ذمه المكاتب بالعقد غايته انه غير مستقر كالثمن فى مده الخيار فعلى هذا متى ضمنه ضامن انعتق لأنه فى حكم الاداء بناء على انه ناقل و امتنع التعجيز كما لو ادى المال بنفسه و زاد الثانى قائلًا و بهذا يحصل الفرق بينه و بين الثمن فى زمن الخيار فان اداء الثمن لا- يمنع الخيار و غايه الضمان انه قبض فلا يمنع بطريق اولى و من هنا اشكل على تقدير الجواز لأنه يؤدى الى اللزوم قهراً على المكاتب بناء على عدم اشتراط رضى المضمون عنه فينافى الغرض من بناء الكتابه على الجواز من طرف الكتابه و للآخرين ما تمسك به فى الشرائع و كره و جامع المقاصد و مجمع الفائده من ان مال الكتابه مال ثابت فى ذمه العبد فيصح ضمانه كسائر الديون التى عليه و على غيره للعمومات نصاً و فتوى و الاقرب عندى ما صاروا اليه من القول الثانى و كذا الاقرب صحه ضمان مال الكتابه المطلقه كما هو مقتضى اطلاق الشرائع و التحرير و الارشاد و التذكرة و عد و جامع المقاصد بل صرح فى لك بنفى الخلاف فيه قائلًا و اعلم ان موضع الخلاف الكتابه المشروطه اذ لا خلاف فى لزوم المطلقه فاطلاقها من المصنف غير جيد و يؤيد ما ذكره ما اشار اليه فى مجمع الفائده بقوله لعله لا خلاف فى الصحة الا فى الكتابه المشروطه و لا يقدر فيما ذكره ظهور عبارته بع و لف و عد و ير و كره و جامع المقاصد فى ان محل الخلاف فى المسأله اعم من المطلقه و المشروطه لعدم تقييدها اياه بالمشروطه فت

### منهل يصح ضمان نفقه الواجبه الماضيه

#### اشاره

و كذا يصح ضمان نفقاتها الحاضره و هى نفقه اليوم الحاضره و لا يصح ضمان نفقتها المستقبليه كنفقه الغد و الشهر و السنه المستقبليه و قد صرح بالاحكام الثلاثه فى الشرائع و شد و عد و ير و كره و الجامع و جامع المقاصد و لك و مجمع الفائده و الكفايه و حكاهما فى لف عن المبسوط ابن البراج بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه كما اشار اليه فى مجمع الفائده قائلًا لعله لا خلاف فى جميع ما ذكر و صرح بنفى الخلاف فيها بعض الاجله و احتج على الاول فى كره و الشرائع و جامع المقاصد و لك و مجمع الفائده بان الماضيه ثابتة فى ذمه الزوج و مستقره بمضى الزمان فانها عوض من التمكين و احتج على الثانى فى التحرير و كره و الجامع بانها تجب باول اليوم و اليه اشار فى لك قائلًا- لما كانت نفقه الزوجه تستقر فى الذمه بفواتها لأنها عوض عن

التمكين و تجب في كل يوم حاضر بطلوع فجره صح ضمان الماضيه و الحاضره ثم صرح بان الحاضره لا اشكال في وجوبها و ثبوتها في الذمه مع التمكين قائلًا اما استقرارها ففيه نظر مبني على انها لو نشزت في اثناء النهار هل تسترد نفقه ذلك اليوم أم لا وفيه خلاف اما لو ماتت او طلقها استقرت و اشار الى ما ذكره من الحجج في جامع المقاصد أيضا و احتج على الثالث في التحرير و التذكرة و جامع المقاصد و لك و مجمع الفائده بان المستقبله غير ثابتة وقت الضمان لتوقف الثبوت على التمكين و هو غير متحقق فيكون ضمانها ضمان ما لم يجب و قد يناقش فيه بانها و ان كانت غير ثابتة و لكنها آتله اليه كمال الجعالة قبل العمل عند بعض و لذا صرح في التحرير بان في الفرق بين مال الجعالة قبل العمل و بين النفقه المستقبله اشكالات و

### ينبغي التنبيه على امور

#### الاول لا فرق في صحه ضمان الماضيه بين ان يحكم بها حاكم او لا

كما صرح به في التحرير و هو ظاهر اطلاق ما عداه من الكتب المتقدمه

#### الثاني لا فرق في ذلك أيضا بين ان يكون معلومه او مجهوله

كما صرح به في التحرير و لف و هو ظاهر اطلاق اكثر الكتب المتقدمه و حكى في الاول عن الشيخ في بعض اقواله و ابن ادريس المنع من صحه ضمان المجهوله و حكاه في الثاني عن الثاني أيضا قائلًا و قال ابن ادريس لا يصح ضمانها الا ان يكون معلومه لان ضمان المجهول على الصحيح من المذهب و عند المحصلين من الاصحاب لا يصح و هو قول باطل لما بينا من صحه ضمان المجهول

#### الثالث صرح في التحرير بانه اذا ضمن النفقه الماضيه

وجب على الضامن نفقه مثل المراه على قدر حال الرجل ثم حكى عن الشيخ انه قال يجب نفقه المعسر و صرح في التذكرة بانه يصح ضمان السنه الماضيه سواء كان نفقه الموسرين او نفقه المعسرين و قد حقق الكلام في هذه المسأله في لف قائلًا قال الشيخ و في ط و متى ضمن النفقه فانما يصح مقدار نفقه المعسر لأنها ثابتة بكل حال و اما الزيادة عليها الى تمام نفقه الموسر فهي غير ثابتة لأنها تسقط باعساره و تبعه ابن البراج على ذلك و هو قول باطل فان الضمان في النفقه على ما قد رآه انما تصح في الحاضره و الماضيه و الاعتبار ح بالزوج فانه ان كان موسرا و جبت نفقه الموسر و ان كان معسرا و جبت نفقه المعسر و لا يسقط الزائد على نفقه المعسر باعسار

ص: ١٣٢

الموسر بعد وجوبه و انما يتم ذلك على مذهب القائلين بصحه ضمان النفقه المستقبله و قول الشيخ في ط باطل فانه مذهب المخالف و تفريع على تسويغ ضمان النفقه المستقبله و تبعه ابن البراج توهمًا ان ذلك فتواه و فيما ذكره نظر و الاولى ان يقال ان

الضامن فرع الزوج المضمون عنه فكلما تعلق بدمه الزوج من النفقه يتعلق بدمه الضامن باعتبار ضمانه من غير زياده و لا نقيصه للأصل و لكونه مقتضى عقد الضمان فت

#### الرابع هل المراد بالنفقه هنا ما يعم الكسوه

و كلما تستحقه الزوجه من الزوج بحيث يثبت له اشتغال الذمه مالا او معناها اللغوى المتبادر لم اجد احدا تعرض لبيان ذلك نعم صرح في كره بانه يصح ضمان الادام و نفقه الخادم و ساير المؤون محتجا بانها تثبت فى الذمه و تستقر بمضى الزمان و كيف كان فيصح ضمان ذلك المعنى العام

#### الخامس لا اشكال فى انه لا يصح ضمان النفقه المستقبليه لغير الزوجه

من ساير الاقارب كالأبوين كما صرح به فى عد و جامع المقاصد و لك و مجمع الفائده و صرح به فى كره أيضا قائلا اما نفقه القريب للمده المستقبليه فانها اولى بالبطلان لعدم وجوبها و صرح بهذه الاولويه فى لك و اشار اليها فى جامع المقاصد أيضا و هل يصح ضمان نفقتهم الماضيه او لا صرح فى عد و جامع المقاصد و لك و مجمع الفائده بالثانى و هو ظاهر التذكرة و احتج عليه فى لك بان الغايه مما لا تثبت فى الذمه فلا يصح ضمانه ثم صرح كالتذكرة بان الفرق بينها و بين نفقه الزوجه ان الغرض فيها البرّ و الصله و المواساه فتفوت بفوات الوقت بخلاف نفقه الزوجه فانها معاوضه فسييلها سبيل الدين و اشار الى ما ذكره فى جامع المقاصد و مجمع الفائده أيضا و هل يصح ضمان نفقتهم الحاضره او لا صرح بالاول فى عد و كره و لك محتجين عليه بوجوبها بطلوع الفجر كالزوجه و ان عرض لها بعد ذلك الزوال لو تركز التمكين و قد صار الى ذلك فى مجمع الفائده أيضا و ربما يظهر من جامع المقاصد أيضا و فيه اشكال فانه يمكن المناقشه فى الحججه المزبوره بان ثبوت الوجوب بطلوع الفجر لا يقتضى الثبوت فى الذمه كالدين فان الوجوب اعم منه قطعاً كما اعترفوا به فى الماضيه

#### منهل اختلف الاصحاب فى صحه ضمان الاعيان المضمونه التى تجب على من هى فى يده ردها

و لو تلفت ردّ قيمتها كالمغصوب و المقبوض بالبيع الفاسد و المقبوض بالسوم و العاريه المضمونه و الامانه التى حصل فيها التعدى و التفريط فاطلق صحته فى الارشاد و التحرير من غير تردد و لا اشكال و أطلق جوازه فى يع بعد التردد فيه و كذا أطلق جوازه فى عد أيضا لكن على اشكال و صرح بعض الاجله بان المشهور الحكم بجواز ضمان الاعيان المضمونه و أطلق المنع فى الجامع من غير اشكال و تردد فى المسأله فى الكفايه و التحقيق ان يقال ان ضمان الاعيان المضمونه ينحل الى صور كما نبه عليه جماعه احديها ان يضمن رد اعيانها و قد صرح بجواز الضمان بهذا المعنى فى التذكرة محتجا بانه ضمان مال مضمون على المضمون عنه فيجوز و فيه نظر اما أوّلا فلما اوردته عليه فى جامع المقاصد و لك من ان الثابت فى الذمه مع بقاء العين هو وجوب ردها و هو ليس بمال و قد يجاب عنه بان الضامن لم يضمن نفس وجوب الرد بل ضمن العين الموجوده و غايته وجوب ردها فلا اشكال فى انه يصدق ح انه ضمن المال فت و اما ثانيا فلما ذكره فى لك قائلا بعد الاشاره الى الايراد الأوّل على ما فى كره و فيه فساد من وجه اخر و هو ان من خواص الضمان كما عرفت انتقال الحق الى ذمه الضامن و براءه المضمون عنه و هنا ليس كك لان الغاصب مخاطب بالرد مكلف به اجماعا و انما يفيد هذا الضمان ضم ذمه الى ذمه و ليس من اصولنا و قد يمنع من ان

ذلك من خواص الضمان مط حتى مثل محل البحث بل هو من خواص ضمان الديون و الحقوق الماليه المستقره فى الذمم او الايله اليه الا ترى ان الكفاله من افراد الضمان و لم يوجد فيها تلك الخاصه نعم قد يمنع من صحه هذا الضمان كما ذهب اليه فى لك و جامع المقاصد بالاصل كما نبه عليه فى مجمع الفائده الا ان يجاب عنه باندفاعه بالعمومات من نحو قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و قوله ع الزعيم غارم و قوله ص المؤمنون عند شروطهم و قد اعترف بهذا فى مجمع الفائده و يؤيد تلك العمومات ان علامه فى كرهه لم يحك خلافا من احد من الاماميه فى صحه هذا الضمان و قوله تعالى مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ و قوله تعالى تَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَ التَّقْوَى و اطلاقات الاوامر بالامر بالمعروف و النهى عن المنكر فت و الانصاف ان المسأله غير خاليه من الاشكال فلا ينبغى فيها ترك الاحتياط و ان كان القول بالصحه فى غايه القوه للعمومات الداله على الصحه كما اشار اليه فى مجمع الفائده قائلا ضمان الاعيان المضمونه بمعنى ان تضمن شخص رد العين مع البقاء او القيمه مع التلف او هما كالتابض غير ظاهر الحصر اذ الضمان على خلاف الاصل فيقتصر على محل الوفاق و تحقق المعنى المراد شرعا و ليسا بمعلومات فيما نحن فيه اذ الضمان عندهم ناقل و وجوب الرد لا ينتقل بل يجب على القابض أيضا على الظاهر و القيمه غير ثابتة حين وجود العين و لا معنى لضمان العين بدونهما و يحتمل الثبوت لصدق الضمان عرفا مع ثبوت شرعيته مط و ليس بمعلوم كون ما ذكره من لوازمه او شرائطه نعم غالبا انما يكون كك و لهذا قال فى كره ضمان المال عندنا ناقل للمال من ذمه المديون الى ذمه الضامن و فى ضمان الاعيان المضمونه و العهد اشكال اقربه عندى جواز مطالبه كل من الضامن و المضمون عنه الى اخره بعد ان اختار جواز ضمان الاعيان المضمونه و اورد عليه بعض الاجله قائلا و فيما ذكره نظر فان الرجوع الى صدق الضمان عرفا ممنوع اذ لا مدخل للعرف هنا مع وجود المعنى الشرعى و ثبوته فتوى و نصا و ثبوت شرعيته مط ممنوع أيضا فانه محل البحث و مطرح النزاع فان الخصم يمنع من ثبوت شرعيته على الوجه المذكور و قوله انه ليس بمعلوم كون ما ذكر من لوازمه او شرائطه مشيرا بذلك الى ما احتج به الخصم من ان مقتضى الضمان الانتقال الى ذمه الضامن و براءه المضمون عنه فيه ان الحكم اتفاقي

ص: ١٣٣

نصا و فتوى و دعوى كونه غالبا دون ان يكون كليا ممنوعه و بالجمله فانه لما لم يعم هنا على صحه الضمان كما ادعوه دليل واضح فالمانع مستظهر و الاصل العدم و دعوى عموم ادله الضمان لذلك ممنوع و لا يخفى ضعف هذا الايراد فانه لا اشكال فى صدق الضمان حقيقه عرفا على محل البحث و صيرورته حقيقه بحسب اصطلاح الفقهاء فى غيره على تقدير تسليمها لا يمنع من حمل ما ورد فى الاخبار من نحو قوله ص الزعيم غارم عليه فان العرفيه الخاصه لا يعارض العامه سلمنا و لكن عموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و قوله ص المؤمنون عند شروطهم يقتضيان الصحه فى محل البحث و ان قلنا بصيروره لفظ الضمان حقيقه فى غيره مط و لو فى عرف العالم و بهما يندفع الاصل الذى اشار اليه و اما ما ادعا من حصول الاتفاق فتوى و نصا على الحكم المذكور فان اراد فى الجمله فهو على تقدير تسليمه لا يجدى و ان اراد مط فهو اول الدعوى كيف لا و قد عرفت المخالفين فت و ثانيها ان يضمن قيمتها لو تلفت عند الغاصب و من كانت عليه مضمونه و فى صحه هذا الضمان قولان احدهما الصحه و هو للتذكره و غيرها مما تقدم اليها الاشاره و احتج عليه فى الاول بان ذلك مال ثابت فى ذمه الغاصب فيصح الضمان و اورد عليه فى التنقيح و جامع المقاصد و لك و مجمع الفائده بان الثابت فى الذمه هو كونها بحيث لو تلف ثبت فى ذمه الغاصب قيمتها فالقيمه انما تثبت بعد التلف فضماتها قبله ضمان ما لم يجب و هو فاسد و زاد فى الثانى قائلا و أيضا فان كونه بحيث لو تلف ضمنها حكم شرعى تابع لوصف الغصب و الاستعاره و التعدى فى الامانه و هذا لا يمكن نقله بالضمان لان الذى ينقل بالضمان هو الحق لا

الحكم و في كلا- الوجهين نظر اما الاول فلان القيمه المضمونه و ان لم يكن ثابتة عند الضمان و لكنها آتله الى الثبوت لوجود السبب في ضمانها و هو الغصب و قد عرفت سابقا انه يكفي في صحة الضمان الثبوت او الاول اليه و ضمان ما لم يجب لا نسلم فساد مط على انه قد يدعى بثبوتها عند الضمان و وجود العين و لكنه لم يعلم به الا بعد التلف فيكون كاشفا عن تعلقها في الذمه كالإجازة في المعاملة الفضولية فليس التلف سببا في تعلق القيمه بالذمه حتى يدعى استحاله تعلقها بها قبله لامتناع تقدم وجود المعلول على وجود العله بل السبب على ما ذكر هو الغصب و نحوه من اسباب الضمان و عدم امكان رد العين في الواقع فت و اما الثاني فظاهر و ثانيهما الفساد و هو لجامع المقاصد و لك و غيرها و لهم و جهان احدهما الاصل و يجاب عنه بانه لا يصلح لمعارضه العمومات الداله على الصحة و ثانيهما انه ضمان ما لم يجب فيكون فاسدا او يجاب عنه بما تقدم اليه الاشاره فاذن القول الاول في غايه القوه و ان كان الاحوط الثاني و ثالثها ان يضمن جميع ما في ذمه من ضمن تلك الاعيان باسبابه من وجوب ردّها مع بقائها و قيمتها مع تلفها و قد اشار الى هذه الصورة في لك و ظاهره فساد الضمان و فيه نظر بل احتمال الصحة في غايه القوه لما تقدم اليه الاشاره

**منهل لا يصح ضمان قيمه ما هو امانه لا تضمن الابتعد او تفريط قبل حصولهما**

**اشاره**

كالمضاربه و الوديعة و العاريه الغير المضمونه و الرهن و العين الموجهه و مال الشركه و ما في يد الوكيل و الوصيّ و الحاكم و امينه و العين المدفوعه الى الصائغ كما صرح به في الشرائع و شد و عد و ير و كره و جامع المقاصد و لك و مجمع الفائده و لهم و جوه منها الاصل و منها ظهور الاتفاق عليه و منها تصريح التذكره بانه مذهب علمائنا اجمع و منها ما تمسك به في التذكره من انها غير مضمونه العين و لا مضمونه الرد و انما الذي يجب على الامين مجرد التخليه فاذا لم يكن مضمونه على ذي اليد و اليه اشار في يع بقوله لأنها غير مضمونه الاصل و في لك بقوله لأنها ليست مضمونه و ان فرض ضمانها على تقدير التعدي لان السبب الان ليس بواقع بخلاف الاعيان المضمونه فان سبب الضمان حاصل فيها باليد العاديه و

**ينبغي التنبيه على امور**

**الاول لا فرق في ذلك بين ان يضمن تلك الاعيان مط**

او يضمنها على تقدير التلف كما صرح به في جامع المقاصد محتجا بانتفاء ثبوت شىء في الذمه الان اذ ليست مضمونه و الظاهر ان ذلك مما لا خلاف فيه

**الثاني هل يصح ضمانها معلقا على التعدي او التفريط او لا**

صرح بالثاني في التذكره و التحرير و لك و هو جيد و الظاهر انه مما لا خلاف فيه و احتج عليه في الاول بانه ضمان ما لم يجب و لم يثبت في الذمه فيكون باطلا كما لو ضمن عنه ما يدفع اليه غدا قرضا فعلى هذا لو تلف بتفريط او تعد او بغيرهما لم يلزم



### الثالث يصح ضمانها بعد حصول التعدي او التفريط فيها

كما صرح به في التحرير و لك لصيرورتها بعد التعدي و التفريط من الاعيان المضمونه و قد بينا صحه ضمانها و قد نبه على ما ذكرناه في لك و لا ينصرف اطلاق اكثر الكتب عدم صحه ضمانها الى هذه الصوره مع معارضته باطلاقها صحه ضمان الاعيان المضمونه تعارض العمومين من وجه فيبقى عموم ما دل على الصحه سليما عن المعارض

### الرابع هل يصح ضمان اعيانها بمعنى وجوب الرد او لا

ربما يظهر من اطلاق المعظم الثاني و هو احوط و لكن الاول في غايه القوه للعمومات و قوه احتمال انصراف الاطلاق المذكور الى غير محل البحث الا ان يدعى ان فحواه يقتضى المنع هنا و فيه نظر

### منهل يصح ترامي الضمان

#### اشاره

و فسره في جامع المقاصد و مجمع الفائده و غيرهما بان يضمن هنا من ضامن ثم يضمن عنه و هكذا الى عده ضمنا فيتسلسل و قد صرح بصحه هذا الضمان في الشرائع و ير و كره و شد و عد و جامع المقاصد و لك و مجمع الفائده و الكفايه و لهم و جهان احدهما ظهور الاتفاق عليه كما نبه عليه في مجمع الفائده بقوله الظاهر عدم الخلاف عند الاصحاب في ذلك و في الرياض بقوله لا خلاف في ذلك بيننا و يعضد ما ذكرناه ما صرح به في لك من انه لا شبهه في جواز ترامي الضمان متعددا ما امكن و ثانيهما ما اشار اليه في جامع المقاصد بقوله وجه صحه اطلاق النص و عدم

ص: ١٣٤

المانع و اليه اشار في لك و الرياض و غيرهما بقولهم لا مانع منه لتحقق شرطه و هو ثبوت المال في ذمه المضمون عنه و هو هنا كك و اليه اشار في كره قائلا- يصح هذا الضمان لان الحق ثابت في ذمه الضامن كما هو ثابت في ذمه الاصيل فاذا جاز ان يضمن عن الاصيل جاز ان يضمن عن الضامن لا- يقال الضامن وثيقه على الحق فلا يجوز ان يكون له وثيقه كما لا يجوز ان يأخذ رهنا بالرهن لأننا نقول الفرق ان الضمان حق ثابت في الذمه و الرهن حق متعلق بالعين و الرهن لا يصح بحق متعلق بالعين فافترقا و

### ينبغي التنبيه على امور

### الاول يصح ترامي الضمان لا الى غايه معينه

فلا يشترط فيه غايه معينه كما صرح به فى كره و جامع المقاصد و لك بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه

### الثانى ينتقل المال فى هذا الضمان من ذمه الضامن الاول الى ذمه الثانى

و يسقط مطالبه المضمون له للأصيل و الضامن الاول كما صرح به فى التذكره مدعيا انه مذهب علمائنا

### الثالث يرجع هنا كل ضامن على من ضمن عنه

اذا كان الضامن عنه باذنه بما اداه عنه كما صرح به فى التذكره و لك و الرياض بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه ثم يرجع الضامن الاول على الاصيل اذا ضمن باذنه كما صرح به فى لك ثم صرح تبعا للتذكره بانه لا عبره باذن الاصيل للثانى و ما بعده للضمان فلا- يرجع به اذ لا حق عليه الا ان يقول له اضمن عنه و لك الرجوع على و صرح فى التذكره بانه اذا لم يكن للضامن الثانى رجوع على الاول لم يثبت بادائه الرجوع للأول على الاصيل لان الضامن انما يرجع بما ادى و غرم و الضامن لم يغرم شيئا فلا يكون له مطالبته بشىء و هو جيد

### منهل كما يصح ترمى الضمان يصح أيضا دون

بان يضمن ضامن رجلا على دين ثم يضمن الرجل المضمون عنه ضامنه او ضامن ضامنه و قد صرح بصحة هذا الضمان فى التذكره و عد و جامع المقاصد و لك و مجمع الفوائد و الكفايه و الرياض و حكى فى لك و غيره عن الشيخ المنع من صحه هذا الضمان و هو ضعيف بل المعتمد هو القول الذى عليه المعظم و لهم وجوه منها ظهور دعوى الاتفاق عليه من مجمع الفوائد فانه صرح بان الظاهر انه يجوز دوره عندهم بخلاف العامه و منها العمومات الداله على صحه الضمان و قد اشار اليها فى جامع المقاصد بقوله وجه صحته اطلاق النص و عدم المانع و فى لك و غيره بقولهما يصح دوره لعدم المانع و احتجاج الشيخ فيما حكى عنه اولا باستلزام الدور صيروره الفرع اصلا و الاصل فرعا و ثانيا بعدم الفوائد فيه ضعفه ظاهر كما صرح به فى لك قائلا فان الاختلاف فى الاصيليه و الفرعيه لا تصلح للمانعيه و الفائده موجوده و على المختار يسقط الضمان و يرجع الحق كما كان نعم يترتب عليه احكامه كما لو وجد المضمون له الاصيل الذى صار ضامنا معسرا فان له الفسخ و الرجوع الى الضامن السابق و قد يختلفان بان يضمن الحال مؤجلا و بالعكس و قد صرح بجميع ما ذكر فى لك و غيره و يجوز ان يضمن الاصيل ضامنه باعتبار دين اخر عليه غير هذا الدين الذى ضمنه كما صرح به فى التذكره قاطعا به و محتجا بان الاصل فى شىء قد يكون فرعا لفرعه فى شىء آخر

### منهل هل يشترط فى صحه الضمان العلم بكميه المال و مقداره

#### اشاره

فلا يصح ضمان المجهول او لا يشترط فيصح ضمان المجهول اختلف الاصحاب فى ذلك على قولين الاول انه يصح ضمان المجهول و هو للنهائيه و الغنيه و المراسم و الشرائع و النافع و صره و ير و لف و المهذب البارع و جامع المقاصد و الروضه و لك

و مجمع الفائده و الكفايه و الرياض و المحكى فى لف و التنقيح و ض عن المفيد فى المقنعه و ابن الجنيد و ابى الصلاح و ابن البراج فى الكامل و صرح فى جامع المقاصد بانه قول الشيخ و اكثر الاصحاب و فى لك و الرياض بانه الاشهر بل صرح فى الاخير بان عليه عامه من تاخر الثانى انه لا يصح و هو للمحكى فى لف و غيره عن الشيخ فى ط و ف و ابن البراج فى المهذب و ابن ادريس و توقف فى المسأله فى التذكره و الكفايه فانهما ذكرا القولين لم يصرحا بترجيح احدهما على الاخر للأولين وجوه منها ما تمسك به فى لف و جامع المقاصد و لك و ضه من الاصل و فيه نظر و منها ظهور الغنيه فى دعوى الاجماع على الصحه فانه صرح بانه ليس من شرط صحه الضمان ان يكون المضمون معلوما بل لو قال كل حق ثبت على فلان فانا ضامنه صح و لزمه ما ثبت بالبينه او الاقرار بدليل الاجماع المشار اليه و قد تمسك بما حكاه فى الرياض و منها ما تمسك به فيه أيضا من ادله لزوم الوفاء بالعقود من الكتاب و السنه السليمه عما يصلح للمعارضه و اشار اليه فى لك بقوله و لان الضمان عقد لا يتافيه الغرر و منها ما تمسك به فى لف و التنقيح و جامع المقاصد و لك و الرياض من اطلاق قوله ص الزعيم غارم و صرح فى كره بانه احتج به المجوزون و لعله اليه اشار فى ضه بقوله يصح ضمان المجهول للأصل و اطلاق الضمان و منها ما تمسك به فى لف و التنقيح و لك من قوله تعالى وَ أَنَا بِهِ زَعِيمٌ مشيرا الى الحمل المجهول المختلف افراده فى الكميه و قد صرح فى كره بانه احتج به المجوزون لا- يقال لعل ذلك الحمل كان معلوم الكميه حال الضمان بالتعارف و المعهوديه او غير ذلك لأننا نقول يدفع الاحتمال المذكور الاصل كما صرح به فى لف و المهذب البارع و الرياض و قد يناقش فيه اولا بمعارضته باصالة عدم صحه ضمان المجهول الا ان يدعى ان الاول باعتبار كونه استصحابا فى الموضوع ارجح من الثانى باعتبار كونه استصحابا فى الحكم و الا لبطل التمسك بالاصول التى مرجعها الى الاستصحاب كأصالة عدم القرينه و عدم النقل و عدم الاشتراك و عدم النسخ فى كثير من المقامات و هو باطل و خلاف المعهود من سيره الفقهاء و الاصوليين فت و ثابتا بان الغالب معلوميه حمل البعير فت و منها ما تمسك به فى لف قائلا- لنا ما رواه عطاء عن الباقر قال قلت جعلت فداك ان على ديننا اذا ذكرته فسد على ما انا فيه فقال سبحان الله ا و ما بلغك ان رسول الله ص كان يقول فى خطبته من ترك ضياعا فعلى ضياعه و من ترك ديننا فعلى دينه و من ترك فلله و كفاله رسول الله ميتا كفالته حيا و كفالته حيا كفالته ميتا فقال الرجل نفست

ص: ١٣٥

عنى جعلنى الله تعالى فداك و لو لم يكن ضمان المجهول صحيحا لم يكن لهذا الضمان حكم و لا اعتبار اذا الباطل لا اعتبار به و امتنع من الامام ع الحكم بان النبى ص كافل و قد تمسك بالروايه المذكوره فى التنقيح أيضا و لكن تنظر فيه فى الرياض و ان كان وجهه ضعف سند الروايه فيجاب عنه بانجباره بالشهره و ان كان وجهه منع الدلاله فيجاب بان قول الرسول ص من ترك ديننا يعم المعلوم و المجهول الا ان يمنع من صحه فرض الجهاله بالنسبه الى الرسول ص و فيه نظر فت و منها ما تمسك به بعض الاجله قائلا و يدل على المشهور زياده على المذكور فى لف ما تقدم من ضمان على بن الحسين ع لدين عبد الله بن الحسن و حديث ضمانه ع لدين محمد بن اسامه فانهما ظاهرا بل صريحان فى عدم معلوميه الدين و قدره و كميته وقت الضمان الا ان لقائل ان يقول ان الظاهر من كلام المانعين من ذلك من حيث الغرر ان محل البحث و الخلاف فى المسأله انما هو بالنسبه الى الضمان الذى يرجع به صاحبه على المضمون عنه و ظاهر هذه الاخبار اعنى خبر ضمان النبى ص و ضمان على بن الحسين ع انه ليس كك فلا- يكون هذه الاخبار من محل البحث فى شىء و هكذا لا كلام فى الآيه فانه متى خص محل البحث بما ذكرناه فان الآيه ليست من ذلك فى شىء أيضا لان الظاهر هنا انما هو ضمان الجعالة و قد يناقش فيما ذكره اولا بالمنع من ظهور كلام

المانعين فيما ذكره بل مقتضى اطلاق كلامهم و كلام المجوزين عموم الحكم و محل البحث الضمان الذى يرجع به صاحبه على المضمون عنه و الذى لا- يرجع به و تمسك بعض المانعين او كلهم بحديث النهى عن الغرر لا يفيد الاختصاص لامكان فرض الغرر فى صوره عدم الرجوع أيضا سلمنا و لكن قد يتم الدليل بالإجماع المركب فت و اما ثانيا فلان ضمان الامام ع قضيه فى واقعه فلا عموم له لما تقرر فى الاصول من ان القضيه فى الواقعه مجمله لا تفيد عموما و لا خصوصا معيننا و لعله لذا تنظر فى هذه الحججه فى الرياض فت و منها ما ذكره فى التذكرة قائلا احتج المجوزون بان الضمان التزام حق فى الذمه عن معاوضه فيصح مع الجهاله كالنذر و الاقرار و للآخرين وجوه أيضا منها ما ذكره فى لف ناقلا عن الشيخ الاحتجاج به من انه لا دليل على الصحه و اجاب عنه كالرياض بان الدليل قد بيناه و هو كك و منها ما ذكره فى لف ناقلا عن الشيخ الاحتجاج به أيضا من ان النبى ص نهى عن الغرر و ضمان المجهول غرار لأنه لم يدر كم قدر المال عليه ثم اجاب عنه بان الغرر انما هو فى المعاوضات التى تفضى الى التنازع اما مثل الاقرار و الضمان و شبههما فلا لان الحكم فيها معين و هو الرجوع الى قول المقر فى الاقرار و الى البيئه فى الضمان فلا غرر هنا و اليه اشار فى جامع المقاصد و لك بقولهما الضمان لا ينافيه الغرر و زاد فى الثانى قائلا لأنه ليس معارضه لجوازه من المتبرع و جواز ضمان العهده و اشار اليه فى الرياض و اورد فى التنقيح على ما ذكره فى لف قائلا قلت لشيخ ان يقول الحظر لا- يزول بقيام البيئه لجواز قيامها بما يعجز عنه الضامن فلو الزمناه لأدى الى ضرره المنفى بقوله ص لا ضرر و لا ضرار فى الإسلام لكنه اجاب عن هذا الايراد كالرياض بانه يمكن ان يقال بان الضامن ادخل الضرر على نفسه بعدم احتياطه و فيما ذكره نظر و الاولى فى الجواب ان يقال ان سلمنا صدق الغرر حقيقه فى محل البحث فلا نسلم كليه الكبرى بحيث يشمل محل البحث فان الروايه النبويه المتضمنه للنهى عن الغرر ضعيفه السند و تلقى الاصحاب اياها بالقبول بحيث يكون قرينه على صدق صدورها غير معلوم و الفتوى بمضمونها فى بعض المواضع لا تكون قرينه عليه جدا سلمنا صحتها و لكنها معارضه بعموم ما دل على صحه الضمان من قوله ص الزعيم غارم و هو و ان كان من قبيل تعارض العمومين من وجه و لكن الترجيح مع هذه الروايه لاعتصادها بظاهر الكتاب و الشهره العظيمه و الاجماع المنقول و غير ذلك مما تقدم اليه الاشاره و منها ما ذكره فى التذكرة و لك من ان الضمان اثبات مال فى الذمه بعقد لازم فلا يصح فى المجهول كالباع و فيه نظر للمنع من كليه الكبرى و لو سلمناها فيجب تخصيصها

باده القول الاول و هو المعتمد و عليه لو ضمن ما فى ذمته و ما عليه صح كما صرح به فى الشرائع و النافع و شد و ير و لك و ضه و مجمع الفائده و الرياض و كذا يصح لو قال كل حق ثبت على فلان فانا ضامنه كما صرح به فى الغنيه مدعيها عليه الاجماع و كذا يصح لو قال انا اضمن له ما ثبت لك عليه كما صرح به فى النهايه و

**ينبغى التنبيه على امور**

**الاول صرح فى التذكرة و جامع المقاصد و لك و غيرها**

بان موضع الخلاف فى صورته يمكن العلم فيها بعد ذلك كما لو ضمن الدين الذى عليه او ثمن ما باع من فلان اما لو لم يمكنه الاستعلام او العلم به بعد ذلك لم يصح قولوا واحدا و قد صرح ببطلان الضمان فى صورته عدم امكان الاستعلام فى الكفايه و الرياض من غير دعوى الاتفاق و مثل فى الكتب المتضمنه لدعوى الاتفاق على بطلان ذلك بقوله ضمن لك شيئا مما فى ذمته

و احتج عليه في جامع المقاصد و لك بان الشىء يصدق على القليل و الكثير و احتمال لزوم أقل ما يتناوله الشىء كالأقرار  
يندفع بانه ليس هو المضمون و ان كان بعض افراده و قد يناقش في دعواهم الاتفاق على بطلان ضمان ما لا يمكن استعلامه بان  
معظم العبارات المصرحة بصحة ضمان المجهول مطلقه غير مفضله بين صورتى امكان الاستعلام و العدم فان في بعضها يصح و  
ان لم يكن عين المال معلوما و هو النهايه و في بعضها ينعقد ضمان المجهول كضمان المعلوم و هو المراسم و القواعد و ير و في  
بعضها لا يشترط العلم بكميه المال و هو الشرائع و شد و في بعضها ليس من شرط صحته ان يكون المضمون معلوما و هو الغنيه  
و فيها دعوى الاجماع على ذلك و في بعضها لا يشترط العلم بقدر المضمون و هو التبصره و في بعضها الشيخ قولان في ضمان  
المجهول احدهما الصحه قاله في يه و هو قول شيخنا المفيد و ابن الجنيده و سلال و ابى الصلاح و ابن زهره و ابن البراج في  
الكامل و قال الشيخ في ط و ف لا يصح و به قال ابن البراج في المهذب و تبعه ابن إدريس و المعتمد الاول و هو لف و نحوه  
عبارة التنقيح و المهذب البارع و من الظاهر ان هذه العبارات تعم صورتين كالعمومات فيحصل الرهن فيما ادعوه من الاتفاق  
فتبقى العمومات سليمه عن المعارض الا ان يقال ان العقل يحكم باستحاله ضمان ما لا يمكن استعلامه لعدم تعلق قدره الضامن  
بما كلف به من الوفاء بعقد الضمان فيكون ذلك قرينه على تقييد اطلاقات المعظم و فيه نظر لان ما لا يمكن استعلامه اما ان لا  
يكون له في الواقع تعيين كان يقول ضمننت احد ديونه التي في ذمته و لم يقصد واحدا منها بالخصوص و كان يقول ضمننت شيئا  
من دينه و لم يقصد خصوصيته او يكون له في الواقع تعيين و لكن لا- يتمكن من معرفته فان كان الاول فيجوز ان يكون متعلق  
الضمان المفهوم الكلى فانه يجوز ان يكون متعلقا للأحكام التكليفيه و الاحكام الوضعيه و لذا يصح في البيع ان يكون الثمن و  
المثمن كلاهما او احدهما كليا و يصح الجهاله في جمله من المعاملات و ان كان الثانى فمتعلق الضمان هو الامر الواقعي  
فيستعمل القرعه في معرفه و قد يناقش في الاول بان الضمان يوجب انتقال المال من ذمه المضمون عنه الى ذمه الضامن و براءه  
ذمه الاول و هذا لا- يمكن تعلقه في المفروض و في نحو ضمننت لك احد ديونك و بالجمله الضامن انما ينقل الى ذمه  
خصوص ما في ذمته المديون و هو ليس ذلك الامر الكلى فت و كيف كان فالاحوط مراعات ما ذكره الجماعه المتقدم اليهم  
الاشاره من عدم صحه ضمان المجهول الذى لا يمكن استعلامه بل هو في غايه القوه لما ذكرناه و للإجماعات المحكيه التي  
جمله من ناقلها من المطلقين لصحة ضمان المجهول في موضع اخر و عليه لا- فرق في ذلك بين ان يكون المجهول الذى لا  
يمكن استعلامه مما لا واقع له او له واقع و بالجمله ما يندرج تحت هذا المفهوم فهو مما لا يصح ضمانه و اما اذا كان استعلامه  
حين الضمان ممكنا و لكن بعده صار مما لا يمكن استعلامه باعتبار فقد الاسباب الموجهه للمعرفه من البيئه و غيرها فاحتمال  
صحته في غايه القوه و الاحوط مراعات الصلح و هل المراد من امكان الاستعلام الامكان العقلى و ان استحاله عاده او الامكان  
العادى و جهان و لعل الاخير اقرب

### **الثانى لا فرق في صحه ضمان المجهول الذى يمكن استعلامه**

بين ان يكون الجاهل الضامن و المضمون عنه معا او احدهما

### **الثالث هل يشترط في صحه الضمان علم الضامن بجنس ما على المضمون عنه**

من كونه درهما او دينار او ذهبا او فضه او حريرا او قطنا او كتانا او نحو ذلك او لا بل يكون الجهل بذلك غير موجب للفساد

كالجهل بالقدر و الكمية الاقرب الاخير كما هو مقتضى اطلاق من صرح بان ضمان المجهول صحيح

### الرابع يدخل فى الجهل بالكمية و جهاله المضمون

الذى يمكن استعلامه للذين لا يكونان قادحين فى صحة الضمان الجهل بالكيل و الوزن و الذرع و العدّ على ما يظهر من عبارات القائلين بصحة ضمان المجهول

### الخامس لا يلزم الضامن ديون المضمون عنه

المتجدده بعد الضمان بل انما يلزمه ديونه السابقه على الضمان التى ضمنها و قد صرح بذلك فى عد و التنقيح و جامع المقاصد و الروضه و لك و ض بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه و يدل عليه مضافا الى ما ذكر الاصل و ما تمسك به فيما عدا الاول من ان المتجدد غير ثابت وقت الضمان و لا داخل فيه و لا فرق فى ذلك بين ان يضمن المعلوم او المجهول

### منهل اذا ضمن المجهول الكمية و المقدار لزم الضامن على المختار من صحة هذا الضمان ما يقوم به البينه

انه كان ثابتا فى ذمته وقت الضمان كما صرح به فى النهايه و الغنيه و الوسيله و المراسم و النافع و شد و صره و عد و ير و المهذب البار و التنقيح و جامع المقاصد و لك و ضه و مجمع الفائده و ض و حكاه فى لف عن المفيد و ابى الصّلاح و لهم وجوه منها ظهور اتفاق القائلين بصحة هذا الضمان عليه كما يستفاد من الوسيله و الجامع و منها تصريح الغنيه بدعوى الاجماع عليه و يؤيده عدم نقل احد من الاصحاب هنا خلافا عن احد من القائلين بالصحة و منها عموم ما دل على قبول شهاده العدلين المؤيد بعموم قوله تعالى **إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا** و بغلبه اعتبار البينه فى اكثر الموضوعات المشتبهه و لا فرق فى ذلك بين ان يكون المنازع المضمون عنه او الضامن كما صرح به فى لك و هو ظاهر اطلاق الباقيين و المراد بالبينه فى عبارات الاصحاب المصرحين بها شهاده العدلين لتبادرها منها و انصراف اطلاقها اليها و يؤيد ذلك عدم تعرض احد منهم لبيانها و هل يتوقف الثبوت بالبينه هنا على حكم الحاكم او لا بل يثبت المدعى بها مط و لو لم يكن هناك حكم الحاكم لم اجد احدا تعرض لهذه المسأله الا فى مجمع الفائده فانه اشار اليها قائلا يلزمه ما يشهد به البينه على ثبوته فى ذمه المضمون عنه و حكم الحاكم و كأنه ترك حكم الحاكم لظهوره و يحتمل عدم الاحتياج اليه و يظهر منه التردد و لو قيل ان كان هناك منازعه و افتقروا الى الحكم لزم ان ينضم الى البينه حكم الحاكم فلا تكون بنفسها كافيه و لو لم يكن هناك منازعه و كان كل من الضامن و المضمون عنه و المضمون له جاهلا بالمقدار جاز لهم الاعتماد على البينه من غير مراجعه الى الحاكم لكن مراعاة الاحتياط مهما امكن اولى و

### ينبغى التنبيه على امور

### الاول لا يلزم الضامن للمجهول ما لم يقم به البينه شىء

مما يوجد في دفتر و حساب و كتاب كما صرح به في النهايه و المراسم و النافع و الشرائع و عد و صره و ير و التنقيح و المهذب البارع و جامع المقاصد و لك و ضه و لهم وجوه الاصل و ظهور الاتفاق عليه و تصريح التنقيح بانه لا خلاف فيه و ما تمسك به في جامع المقاصد و لك و الرياض من ان الموجوده في الدفتر و الكتاب غير ثابت في الذمه و انما يلزم الضمان الثابت في الذمه و لا اشكال في انهما اذا افادا العلم بما في الذمه لزمه ما يوجد فيهما و هل يقوم الظن هنا مقام العلم او مقام الشك فيه اشكال و لكن الاقرب الثاني عملا بالاصل و العمومات المانعه من العمل بغير العلم و عليه عدم اعتباره في الموضوعات المشتببه و اطلاق عبارات الاصحاب هنا و من جملتها عبارته التنقيح المتضمنه لدعوى نفى الخلاف على انه لا يلزم الضامن ما يوجد في الدفتر و الحساب

### الثاني هل يلزم الضامن ما يقر به المضمون عنه

بعد الضمان او لا يختلف

ص: ١٣٦

ص: ١٣٧

الاصحاب على قولين الاول انه لا يلزمه ذلك و هو للشرائع و النافع و شد و عد و ير و لف و صره و التنقيح و ضه و لك و جامع المقاصد و المهذب البارع و مجمع الفائده و الرياض الثاني انه يلزم ذلك و هو للغنيه و المحكى في لف و غيره عن ابي الصلاح للقول الاول الاصل و ما تمسك به في لف و ضه و لك و جامع المقاصد و الرياض من ان اقراره انما ينفذ على نفسه لا على غيره و هو الضامن هنا و للقول الثاني تصريح الغنيه بانه يلزمه ما ثبت البينه او الاقرار بدليل الاجماع المشار اليه و يجاب عنه بما صرح به في الرياض قائلا- فيه و هن لعدم وجود قائل به الا- هو و الحلبي فكيف يمكن معه دعوى الاجماع و لكنه أعرف فاذن المعتمد ما صار اليه كالأكثر و هو القول الاول و اذا اقر المضمون عنه قبل الضمان فيعتبر و يلزم الضامن ما اقر به ح كما صرح به في لف و التنقيح لان اقراره ح اقرار على نفسه فيكون مسموعا لعموم قوله اقرار العقلاء على انفسهم جائز و أطلق في يع و فع و شد و عد و ير و جامع المقاصد و لك و ضه و الرياض عدم سماع اقراره و لعله محمول على صورته وقوع الاقرار بعد الضمان

### الثالث لو لم يقر بينه لشيء من المال و لا اقرار

و انكر فتوجهت اليمين على المضمون عنه فردها على المضمون له فحلف فهل يلزم الضامن ما حلف عليه او لا- اختلف فيه الاصحاب على اقوال الاول انه لا يلزم ذلك الضامن مط و هو للشرائع و شد و ير و عد و المهذب البارع و جامع المقاصد و ضه و مجمع الفائده و هو ظاهر الغنيه و المراسم و النافع و صره و المحكى في لف عن ابي الصلاح و لهم الاصل و ما تمسك به في لك و ضه و الرياض من ان الخصومه ح مع الضامن و المضمون عنه فلا يلزمه ما يثبت بمنزعه غيره كما لا يثبت ما يقر به الثاني انه ان حلف برضاء الضامن لزمه و الا فلا و هو للمحكى في لف و غيره عن الشيخ و القاضي الثالث انه يلزم ذلك الضامن مط و هو للمحكى في لف و غيره عن المفيد ره و قد فصل هنا في لف و التنقيح قائلين التحقيق ان يقول ان جعلنا يمين المدعى كالبينه

كان له الرجوع سواء رضى الضامن بيمينه او لا- و ان جعلناها كالإقرار افتقر الى رضاء الضامن و حكى فى لك عن بعض المناقشه فيما ذكره قائلًا- بعد الاشاره اليه و رد بان كونها كالبينه انما هو فى حق راد اليمين كما انها اذا كانت كالإقرار يكون كإقراره فلا يلزم الضامن على التقديرين اذا لم يرد أيضا و قد مضى ما فى الرضا ثم اجاب عن هذا الايراد قائلًا و يمكن دفعه بان البينه لا فرق فيها بين ان يكون المنازع المضمون عنه و الضامن لان الحق يثبت بها مط بخلاف الاقرار فانه لا يثبت الا على المقر فالبناء عليه متجه و فيه نظر لجواز ان يكون مقصود المورد منع كون اليمين كالبينه مط لفقده الدليل عليه و مخالفته للأصل و ثبوت كونه كالبينه بالنسبه الى الراد لا يستلزم ثبوته مط فاذا لا يتجه ما ذكره فى لك و المسأله لا يخج عن اشكال و لكن القول الاوّل فى غايه القوه و صرّح فى التحرير و ضه و لك و الرياض بانه لو كان الحلف برد الضامن يثبت له ما حلف عليه و ربما يستفاد من اطلاق الشرائع و شد و عد انه لا يثبت له ذلك ح أيضا و لكن نزل فى لك الاطلاق المذكور على غير محل البحث قائلًا لو كان الحلف برد الضامن يثبت ما حلف عليه و اطلاق المص عدم الثبوت بما يحلف عليه برد اليمين منزل على غير هذا ثم صرح كالرياض بانه يمكن رد القول الثانى المتقدم اليه الاشاره الى هذا بحمل الرضا على الرد و ان كان اعم منه

### منهل صرّح فى الشرائع و التحرير و عد و لف بانه لو ضمن ما يشهد به عليه ما يقوم البينه عليه لم يصح

و علاقه فيها بانه لا- يعلم ثبوته فى الذمه وقت الضمان و زاد فى الاخير قائلًا لأنه يكون ضمان ما لم يجب و ربما يستفاد من التعليل الذى ذكره انه يشترط فى صحه الضمان العلم بثبوت الدين فى ذمه المضمون فى غير ضمان العهده فلو لم يعلم بثبوته فى ذمته وقت الضمان لم يصح سواء ظن بالثبوت أم لا و قد صرح فى مجمع الفائده بان هذا الشرط يستفاد من اكثر العبارات مثل القواعد و ير و لف و الشرائع مدعيا انه يؤيد ذلك العقل و قائلًا الظاهر منها انه يشترط العلم بوجود شىء فى الذمه و هو ظاهر فى غير ضمان العهده و فيه أيضا فت و لم يقيم هو و لا غيره دليلا على الشرط المذكور و لم اجده أيضا نعم يدل عليه الاصل و لكنه يدفع بالعمومات الداله على الصحه اذا تبين بعد الضمان اشتغال ذمه المضمون عنه بالدين و هى سليمه عن معارض يصلح لدفعها فان الاصل لا يصح له و كذا فتوى الجماعه المتقدمه اليهم الاشاره لعدم بلوغها حد الاجماع بل و لا الشهره و يؤيد تلك العمومات مع كون بعضها من الكتاب و بعضها متلقى بالقبول صحه البيع و الصلح و الهبه مع عدم العلم بكون الثمن و ما وقع عليه الصلح و الموهوب ملكا للبايع و المصالح و الواهب فكذا يؤيدها صحه ضمان المجهول و عدم التنبيه على الشرط المذكور فى شىء من الروايات و معظم الفتاوى فاذا احتمال صحه ضمان ما يقوم به البينه فى غايه القوه كما يظهر من لك بل صرح فى لف بانه قال الشيخ فى ط قال قوم من اصحابنا انه يصح ما يقوم به البينه دون ما يخرج به دفتر الحساب و لست اعرف به نصًا الا ان يدعى فساد هذا الضمان باعتبار اقتضائه لضمان ما تعلق بذمه المضمون عنه حين الضمان و لما يتجدد بعده كما نبه عليه فى لك قائلًا فى شرح قول المحقق فى بيع اما لو ضمن ما يشهد به عليه لم يصح ما لفظه قد علم ان شرط صحه الضمان تعلقه بالدين الثابت فى الذمه وقت الضمان على ما فيه من الخلاف فلو ضمن ما يتجدد فى ذمته لم يصح لأنه ضمان ما لم يجب و ح فضمانه لما يشهد به عليه لما كان يشمل مما كان ثابتا فى ذمته وقت الضمان و ما يتجدد فلا يصح اذ لا يدل على الضمان المتقدم لان العام لا يدل على الخاص فعلى هذا لو صرح



انه كان ثابتا و ح فتعليه بقوله لأنه لا يعلم ثبوته في الذمه وقت الضمان لا يخ من قصور لأنه يقتضى انه لو ضمن لهذه الصورة و ثبت كون المشهود به كان في الذمه وقت الضمان صح و الحال ان مثل ذلك لا يصح لعدم وقوع صيغه الضمان موقعها كما عرفت و التعليل منزل لك لان المضمون لما كان للأعم من الثابت وقت الضمان و عدمه لم يدل على احد الامرين بخصوصه فلا يعلم ثبوته في الذمى وقت الضمان اى لم يعلم اراده الثابت من الصيغه و هكذا علل في عد و لف و غيرهما و نبه بالمنع من هذه الصيغه على خلاف الشيخ حيث ذكر في ط ما يدل على جواز ذلك و يمكن ان لا يكون حكاية القول اخر بل يريد به ما ذكرناه سابقا من جواز ضمان ما تقوم به البيه انه كان ثابتا وقت الضمان في ذمه المديون و قد نبه في جامع المقاصد أيضا على وجه الفساد الذى ذكره و قد يناقش فيه بالمنع من دلالة ذلك على المعنى الاعم الموجه للفساد بل هو ينصرف الى ما ثبت في الذمه وقت الضمان كما نبه عليه في مجمع الفائده قائلا- فى مقام الايراد على ما ذكره فى لك و انت تعلم ان ظاهر التعليل ما تقدم و ان الامر بالعكس غير انه قد يكون العلم شرطا كما هو ظاهر العبارات و ان العام ينصرف الى الصحيح خصوصا مع القرينه فت و التحقيق ان يقال ان كان محل البحث هو اشتراط العلم باشتغال ذمه المضمون عنه وقت الضمان فقد بينا ان عدم الاشتراط و الصحة مع الشك و عدم العلم فى غايه القوه و ان كان هو مفاد العبارة فالظاهر انها تدل عرفا على ضمان ما ثبت فى الذمه لا ما يثبت و لا الاعم منها و لو فرض دلالة على اراده الاعم و لو بواسطة قرينه فلا اشكال فى الفساد بالنسبه الى ما يتجدد و هل يفسد بالنسبه الى ما ثبت أيضا او لا بل يصح بالنسبه اليه كما يصح البيع فى صورته تبعض الصفقه بالنسبه الى ما يصح بيعه الاقرب الثانى و اذا فرض اجمال العبارة عرفا و لو بواسطة قرينه ففى الصحة و الفساد اشكال من اصاله الحمل على الصحة و من اصاله عدم الانتقال و عدم براءة ذمه المضمون عنه و براءة ذمه الضامن و عدم دليل يعتمد على لزوم الحمل على الصحيح فاذا لا ينبغى ترك الاحتياط بل احتمال الفساد فى غايه القوه

**منهل اذا باع الانسان شيئا و ضمن عنه ضامن ليرجع المشتري عليه لو خرج المبيع مستحقا للغير فهو ضمان عهده الثمن**

**اشاره**

و قد صرح بصحته فى الوسيله و الشرائع و صره و شد و ير و عد و كره و الجامع و اللمعه و التنقيح و جامع المقاصد و الروضه و لك و الكفايه و مجمع الفائده و لهم و جوه منها ظهور الاتفاق عليه كما نبه عليه فى كره قائلين فى مقام الاحتجاج على صحه هذا الضمان لإطباق الناس عليه و ايداعه الصكوك فى جميع الاعصار و صرح فى مقام اخر بان هذا الضمان عندنا صحيح و يؤيده اولا- تصريح بعض الاجله بان الظاهر انه لا خلاف بين الاصحاب فى جواز ضمان العهده و هو ان يضمن عهده الثمن للمشتري عن البائع و بان ظاهر جمله منهم ان دليل هذا النوع من الضمان انما هو الاجماع و الضروره و ثانيا تصريح والدى العلامة قدس سره فى بعض حواشيه بان الاجماع على صحته لا ريب فيه و ثالثا ما نبه عليه فى مجمع الفائده بقوله لعل دليله عموم ادله الضمان و الاجماع و ان قيل ان ضمان الاعيان لا يصح الخ و قوله أيضا و عليه عمل المسلمين و منها ما تمسك به فى التذكرة من ان الحاجه تمس الى معاملته من لا يعرف الغرباء و لا يوثق بيده و ملكه و يخاف عدم الظفر به لو خرج الاستحقاق فيحتاج الى التوثيق و اشار اليه فى مجمع الفائده و غيره أيضا و منها ما تمسك به والدى العلامة طاب ثراه فى بعض حواشيه قائلا انا لو قلنا بكونه عقدا كما هو الاقوى فالدليل عليه واضح و هو عمومات الكتاب و السنه المطهره بلزوم الوفاء بالعقود مضافا الى التأييد بما دل على ان المؤمنين عند شروطهم و منها انه لو لم يكن جائز الورود منعه فى شىء من الاخبار لتوفر الدواعى عليه و التالى بط و

### الاول اشار فى لك الى معنى العهد

قائلا اعلم ان العهد فى الاصل اسم للوثيقه او الكتاب الذى يكتب فيه وثيقه البيع و يذكر فيه مقدار الثمن و احواله من وصف و حلول و تاجيل ثم نقل الى نفس الثمن و غلب فيه كذا فى التحرير و فى التذكرة سمي ضمان العهد لالتزام الضامن ما فى عهده البائع رده او لما ذكره فى الصحاح فقال يق فى الامر عهده بالضم اى لم يحكم بعد و فى عقله عهده اى ضعف فكان الضامن ضمن ضعف العقد و التزام ما يحتاج اليه فيه من غرم او ان الضامن التزم رجعه المشتري عليه عند الحاجه و يسمى أيضا ضمان الدرك قال فى الصحاح الدرك التبعه و قيل يسمى ضمان الدرك لالتزامه الغرامه عند ادراك المستحق عين ماله

### الثانى صرح فى التحرير بان الفاظ ضمان الدرك

ضمنت عمدته او ضمننت عنه او ضمننت دركه او يقول للمشتري ضمننت عهديه او ضمننت عنه او ضمننت دركه او يقول للمشتري ضمننت خلاصك و فى التذكرة بان الفاظ ضمان العهد ان يقول الضامن للمشتري ضمننت لك عهديه او ثمنه او خلصتك فان اراد من الالفاظ المذكوره التمثيل لا الاختصاص كما استظهره بعض الاجله فهو جيد و ان اراد الاختصاص فلا بل الاظهر جواز كل لفظ يدل على المراد و لو كان غير عربى و بصيغه غير صيغه الماضى لكن مع قصد الانشاء بل احتمال جواز عقده بالفعل المفيد للقطع بالمراد فى غايه القوه

### الثالث لا اشكال فى صحه ضمان عهده الثمن للمشتري عن البائع

بعد تصرفه فيه و رجوعه الى الذمه لو كان البيع فى الواقع فاسدا لما بيناه من انه لا يشترط فى صحه مطلق الضمان العلم باشتغال ذمه المضمون عنه بالمضمون وقت الضمان سلمنا انه شرط فى الجملة و لكنه ليس فى خصوص هذا القسم من الضمان لما بيناه من الدليل على صحته فليس هو من ضمان ما لم يجب و هل يصح هذا الضمان اذا كان الثمن المضمون عينا خارجيا

ص: ١٣٩

او لا يظهر من اطلاق الاصحاب المصرحين بصحه ضمان العهد الاول و هو المعتمد لظهور الاتفاق عليه و قد صرح به فى لك و لما بيناه سابقا من صحه ضمان الاعيان

### الرابع هل هذا القسم ناقل أيضا او لا

بل هو ضم ذمه الى ذمه صرح بالاول فى التحرير قائلا الوجه او ضمان العهد ناقل فلو خرج المبيع مستحقا كان للمشتري الرجوع على الضامن دون البائع و هو مقتضى اطلاق اكثر الكتب المعبره بان الضمان ناقل من غير تفصيل كالغنيه و النافع و الشرائع و

شد و كره و عد و لف و صره و لك و ضه و الكفايه و الرياض بل فى الاول دعوى الاجماع عليه كما هو ظاهر لف و كره و لك و صرح بالثانى فى الايضاح و التنقيح و هو ظ مجمع الفائده بل نبه الاول على دعوى الاتفاق عليه قائلا ضمان العهده ضم عندهم و ربما يستفاد هذا من الثانى أيضا فانه صرح بان ضمان عهده الثمن ضم ذمه الى ذمه على القولين فللمضمون عليه الرجوع على من شاء الضامن و المضمون عنه و ربما يستفاد ما صار اليه من التذكرة أيضا و التحقيق ان يقال ان الضامن ان ضمن ما فى ذمه المضمون عنه و هو البائع المتصرف فى الثمن المنتقل اليه من المشتري على وجه اوجب تلفه فزمانه هذا ناقل فليس للمشتري ح الرجوع على البائع بل انما يرجع على الضامن و الظاهر ان من أطلق كون الضمان ناقلًا يريد هذا و نحوه و ان ضمن العين المنتقلة من المشتري الى البائع و كانت موجوده فزمانه هذا ليس بناقل بل هو ضم ذمه الى ذمه فيجوز للمشتري الرجوع على كل من البائع و الضامن مخير بينهما كما صرح به فى التذكرة و التنقيح و الظاهر ان من أطلق كون ضمان عهده ضم ذمه الى ذمه اراد هذا فلا يكون ما صرنا اليه خارجا عن القولين و لا خارجا للإجماع المركب فى البين فت

### **الخامس هل يشترط فى صحة ضمان العهده عن البائع وقوعه بعد قبضه الثمن او لا**

فيصح و لو قبله صرح بالاول فى التحرير و الوسيله و كره و هو ظاهر القواعد و الجامع و جامع المقاصد و لك و الكفايه و وجهه ما ذكره فى التذكرة قائلا قد بينا ان الضمان فى عهده الثمن و دركه ان كان بعد قبض البائع الثمن صح و ان كان قبله فوجهان عند الشافعى اصحهما البطلان كما قلنا نحن لان الضامن انما يضمن ما دخل فى ضمان البائع و لزمه رده و قبل القبض لا يتحقق ذلك و الثانى الجواز لان الحاجه تمس اليه و الضروره تقود اليه اذ ربما لا يثق المشتري بتسليم الثمن الا بعد الاستيثاق و ربما يظهر من اطلاق الشرائع و شد و لف و اللمعه و ضه الثانى و فيه نظر بل الاقرب هو القول الاول

### **السادس صرح فى القواعد و التحرير و التذكرة**

و جامع المقاصد بانه يصح ضمان عهده الثمن و دركه للبائع عن المشتري بان يضمن الثمن الواجب بالبيع قبل تسليمه و قد صرح فى الاخير بنفى الشبهه فى صحته قائلا لا شبهه فى صحة ضمان الثمن عن المشتري للبائع اذا كان دينا اما اذا كان عينا فهو من جملة الاعيان المضمونه و لعل تجوز ضمانه لعموم البلوى و دعاء الحاجه اليه و اتفاق الناس على ضمان العهده و الحق ان ما صار اليه من صحته هذا الضمان سواء كان الثمن دينا او عينا جيد كما هو ظاهر اطلاق ما عداه من الكتب المتقدمه فاذا كان الثمن عينا و ظهر فيه عيب او ظهر انه للغير رجع البائع على الضامن لا على المشتري كما صرح به فى القواعد و التحرير و التذكرة و صرح به فى جامع المقاصد أيضا

### **منهل اذا ضمن عهده الثمن لزمه دركه فى كل موضع ثبت بطلان البيع من راس**

#### **اشاره**

كما صرح به فى الشرائع و صره و شد و لف و التحرير و عد و اللمعه و التنقيح و جامع المقاصد و لك و الروضه و الكفايه و علله فى جامع المقاصد و لك بان الثمن ح مقبوض بيد البائع بغير استحقاق و رده على المشتري حق ثابت فيصح ضمانه و لا

اشكال فى ذلك حيث يكون بطلان البيع باعتبار ثبوت كون المبيع مستحقا للغير مع عدم اجازته للبيع و لو اجاز البيع و لكن لم يرض بقبض البائع الثمن فصرح فى لك و الروضه بان حكمه حكم صورته عدم الاجازة فيرجع المشتري على الضامن لا على البائع و هو جيد حيث يكون ذلك مقتضى عقد الضمان و هل يلحق بالصورة المذكوره ما اذا ظهر فساد البيع بسبب غير الاستحقاق من تخلف شرط معتبر او اقتران شرط فاسد به فيصح ضمان العهده ح او لا صرح بالاول فى التذكرة و جامع المقاصد و كذا صرح به فى لك و ضه و الكفايه قائلين يصح ضمان عهده الثمن عن البائع للمشتري على تقدير ظهور المبيع مستحقا لغيره و لم يجز المالك البيع او اجازته و لم يرض بقبض البائع الثمن و مثله ما لو تبين خلل فى البيع اقتضى فساد كتحلف شرط فيه او اقتران شرط فاسد به و زاد فى لك قائلا فان ضمان الثمن للمشتري يصح فى جميع ذلك لما تقدم من العله و فى الحقيقه هذا فرد من افراد ضمان الاعيان المضمونه على تقدير كونه موجودا حاله الضمان و قد تقدم ما فى ضمان الاعيان و المص هنا اما رتب الحكم على مذهبه هناك او ان هذا الفرد خارج من البين لمكان الضروره فان ظاهرهم الاطباق على جوازه و حكى فى التذكرة الثانى عن بعض العامه قائلا و اما اذا ظهر فساد البيع لسبب غير الاستحقاق من تخلف شرط معتبر او اقتران شرط فاسد به فالاقوى عندى صحه الضمان لان الثمن يجب رده على البائع فاشبه ما لو بان الفساد بالاستحقاق و هو احد قولى الشافعى و فى الثانى انه لا يصح الضمان لان هذا الضمان انما جوز للحاجه و انما تظهر الحاجه فى الاستحقاق لان التحرز عن ظهور الاستحقاق لا يمكن و التحرز عن ساير اسباب الفساد ممكن بخلاف حاله ظهور الاستحقاق و يمنع امكان التحرز عن جميع اسباب الفساد و هذا القول ضعيف و التحقيق ان يقال ما ذكره فى التذكرة و غيرها

ص: ١٤٠

جيد على تقدير كون الشرط الفاسد فى ضمن العقد يوجب فساد و اما على القول بانه لا يوجب فساد كما هو خيره والدى العلامة قدس سره فيشكل تمام ما ذكره و كيف كان فالاقرب ان بطلان البيع من راس لا يختص بفرد دون فرد بل يعم جميع افراد كما هو الظاهر من اصحابنا و

**ينبغى التنبيه على امور**

**الاول لو تجدد الفسخ بالتقاييل**

فصرح فى الشرائع و شد و صره و عد و جامع المقاصد و لك و ضه و الكفايه بانه لا يلزم الضامن الثمن بل يرجع البائع على المشتري و هو المعتمد و لهم و جوه منها الاصل و منها ظهور الاتفاق عليه و منها ما تمسك به فى جامع المقاصد و لك من ان الملك ح يتجدد بعد الفسخ فلا يكون مملوكا للمشتري حين الضمان فيكون ضمان ما لم يجب و يلحق بالفسخ بالتقاييل الفسخ بغيره كخيار المجلس و الحيوان و الشرط و غيرها كما صرح به فى الروضه و لك

**الثانى لو تلف المبيع قبل القبض**

فصرح فى الشرائع و شد و عد و لك و ضه و الكفايه بانه لم يلزم الضامن و يرجع على البائع و هو ظاهر للمعه و الجامع و جامع

المقاصد و هو الاقرب و صرح فى الكفايه بانه الاشهر بينهم و احتج عليه فى الروضه بعدم اشتغال ذمه المضمون عنه حين الضمان على تقدير طرو الانفساخ بخلاف الباطل من اصله و لو فى نفس الامر و اشار اليه فى لك و الكفايه أيضا قائلين و فى التذكره بنى حكم تلف المبيع قبل القبض على ان التلف هو يبطل العقد من حينه او من اصله فعلى الاول لا يتناوله الضمان و على الثانى يتناوله فيطالب الضامن و اورد عليه فى لك قائلا و فيه نظر لأننا و ان حكما بكونه مبطلا من اصله لكن هذا حكم لا حق لضمان فان المبيع حالته كان ملكا للمشتري ظاهرا او فى نفس الامر فلا يتناول الضمان الثمن لأنه لم يكن لازما للبائع مط و انما التلف الطارى كان سببا فى حكم الله تعالى بعود الملك الى صاحبه من اصله و فيما ذكره نظر

### **الثالث لو فسخ المشتري بعيب سابق**

فانه لا يدخل ذلك فى ضمان العهده فلا يلزم الضامن الثمن على تقدير الفسخ بالعيب بل يرجع به المشتري على البائع و يطالبه به و قد صرح بذلك فى الشرائع و شد و عد و الجامع و لك و جامع المقاصد و احتج عليه فى لك و غيره بان فسخ البيع انما ابطل من حينه لا من اصله فلم يكن حاله الضمان مضمونا حتى لو صرح بضمانه فسد لأنه ضمان ما لم يجب زاد الثانى قائلا و الذمه انما اشتغلت به بعد الفسخ و الشرط الذى يبنى عليه الضمان هو ضمانه حال اشتغال الذمه به فوقت الضمان الذمه غير مشغوله و وقت الاشتغال متأخر لم يقع فيه ضمان فلم يصادف الضمان محله و لا يؤثر هنا تقدم سبب الفسخ و هو العيب الموجود حال البيع لان المدار على اشتغال الذمه وقت الضمان و هو غير حاصل و مجرد تقدم السبب مع انه قد يرضى به المشتري و لا يفسخ العقد غير موجب لصحة الضمان لما عرفت و حكى فى لك عن بعض خلاف ما ذكره قائلا و ربما قيل بدخول هذا الفرد فى الاطلاق و صحه ضمانه لتقدم سبب الفسخ و هو العيب الموجود حال البيع و دعاء الحاجه اليه و هذا على تقدير صحته يجب تقييده بعيب سابق و الا فقد يصح الفسخ بعيب لاحق كما لو وقع قبل القبض او فى الثلاثه و هذا لا يكون موجودا حاله الضمان الواقع عند البيع كالمتمجدد من الاسباب لا يصح ضمانه قولا واحدا

### **الرابع اذا لم يفسخ المشتري فيما اذا ظهر المبيع معيبا بعيب سابق**

و اختار الارش فهل له مطالبه الضامن للعهد به او ليس له ذلك كما ان ليس له المطالبه منه بالثمن اذا فسخ بالعيب صرح بالاول فى عد و شد و جامع المقاصد و هو ظاهر لك و مجمع الفائده بل صرح بعض الاجله بانه الاشهر و صرح بالثانى فى التحرير و صرح فى الشرائع اولا بالاول و لكن صرح اخيرا بأن فيه تردد للقول الاول ما ذكره فى بيع و جامع المقاصد و لك من ان الارش مال ثابت حين الضمان و استحقاقه ثابت عند العقد لأنه عوض جزء فائت من المبيع حيث ان ذلك المقدار من الثمن لم يقع فى مقابله عوض و سقوطه اما ان يكون بالرضاء بالعيب و ليس الثمن على تقدير الفسخ بالعيب كك فانه انما يجب بالفسخ اللاحق للضمان فالفرق بين الامرين واضح و للقول الثانى وجوه منها الاصل و فيه نظر و منها ان الارش مجهول القدر حين الضمان فلا يصح دخوله فى الضمان لان ضمان المجهول غير صحيح و فيه نظر اما اولا فللمنع من كون الارش مجهولا مط بل قد يكون معلوما حين الضمان و اما ثانيا فللمنع من بطلان ضمان المجهول بل هو صحيح مع امكان الاستعلام و قد اشار الى ما ذكر فى لك قائلا فى مقام التفرقه بين الثمن و الارش باعتبار صحه الضمان و العدم فان الثمن انما يجب بالفسخ اللاحق للضمان كما تقدم اما الارش فانه جزء من الثمن ثابت وقت الضمان فيندرج فى ضمان العهده لكنه مجهول القدر ح فينبغى بنائه على صحه

ضمان المجهول الذى يمكن استعماله الا ان يختص ضمان العهده بحكم زائد كما خرج من حكم ضمان الاعيان المضمونه و مثله ما لو ظهر نقصان الصّحه التى بها وزن الثمن او المثلن حيث يضمن عهده او يصرح بدخوله لوجود ذلك حاله الضمان فى نفس الامر و منها ما ذكره فى مجمع الفائده قائلا و لان ضمان عهده الثمن لا يشمله الا ان يكون مقصودا و معلوما بينهما سواء ذكر ما يدلّ عليه بخصوصه أم لا و يحتمل ان يكون هذا وجه تردد يع حيث قال لان استحقاقه ثابت عند العقد و فيه تردد و منها ما ذكره فى لك قائلا- بعد الاشاره الى ما ذكره فى يع و منشأ التردد فى الارش ممّا ذكر و من ان الاستحقاق له اما حصل بعد العلم بالعيب و اختيار اخذ الارش و الموجود حاله العقد من العيب ما كان يلزمه بغير الارش بل التخيير بينه و بين الرد فلم يتعين الارش الا باختياره و لو قيل انه احد الفردين الثابتين على وجه التخيير فيكون كأفراد الواجب المخير حيث يوصف بالوجوب قبل اختياره فيوصف هذا

ص: ١٤١

بالثبوت قبل اختياره لزمه مثله فى الثمن لأنه قسيمه فى ذلك ثم اجاب عما ذكر قائلا و الحق ثبوت الفرق بينهما فان الثمن ما وجب الا- بالفسخ و اما الارش فانه كان واجبا بالاصل لأنه عوض جزء فائت من مال المعاوضه و يكفى فى ثبوته بقاء المشتري على الشراء و انما ينتقل الى الثمن بارتفاق اخر حيث لم يسلم له المبيع تاما و محصل الاشكال يرجع الى ان الارش هل هو ثابت بالعقل و الرجوع الى الثمن او ان سببه و ان كان حاصله لا يثبت الا باختياره و يظهر الفائده فيما لو لم يعلم بالعيب او علم و لم يطالب فهل تبقى ذمه من انتقل عند المعيب مشغوله بالأرش أم لا و قد تقدم فى باب السلم لهذه المسأله مزيد بحيث و رجح فى مجمع الفائده الاحتمال الاول قائلا بعد الاشاره الى ما فى لك و الظاهر الاول فان عدم ثبوت شىء مع عدم العلم بعيد اذ يلزم ذهاب مال من المشتري من غير عوض و هو بعيد خصوصا مع علم البائع العيب فالظاهر ان البعض فى ذمته و لكن لمالكه انما يثبت المطالبه مع العلم و عدم الرضا بالعيب و عدم الفسخ و اذا فعل احدهما يسقط فلو علم و لم يطالب يحتمل السقوط و ان قلنا انه ثابت فكونه فائده يحتاج الى قيد فت و منها ما ذكره فى جامع المقاصد قائلا بعد الاشاره الى حجه القول الاول و يحتمل ضعيفا العدم لان الارش عوض ما لا- يفرد بالبيع فلا يتقسط الثمن عليه و فيما ذكره نظر و المسأله محل اشكال و لكن القول الاول حيث يكون عقد ضمان العهده شاملا للأرش فى غايه القوه لعموم ما دل على صحه الضمان و فحوى ما دل على صحه ضمان ما يؤول الى الثبوت و لكن مراعات الاحتياط اولي

### الخامس اذا خرج بعض المبيع مستحقا

رجع على الضامن للعهده بما قابل المستحق اذا لم يجز المالك كما صرح به فى الشرائع و شد و عد و لف و ير و كره و جامع المقاصد و لك و مجمع الفائده و يدل عليه اولاً- ظهور الاتفاق عليه و ثانيا ما تمسك به فى جامع المقاصد من ان الضمان صحيح بالنسبه اليه لكونه مملوكا للمشتري حين الضمان و قد اشار الى هذا الوجه فى لك و غيره أيضا ثم ان فسخ المشتري لتبعض الصفقه فهل يرجع ح فيما قابل غير المستحق الذى هو ملك البائع عليه او على الضامن عنه فيه قولان احدهما انه يرجع فيه ح على البائع دون الضامن و هو للشرائع و شد و ع و ير و كره و لف و جامع المقاصد و مجمع الفائده بل صرح فى الكفايه و غيرها بان المشهور و هو الاقرب عندى و ثانيهما انه يرجع فيه ح على الضامن دون البائع و هو للمحكى عن الخلاف و ط للقول

الاول ما صرح به فى لف قائلنا لانا انه حصل لسبب متأخر و هو الفسخ المتجدد بعد البيع فلا يرجع به على الضامن لعدم دخوله فى ضمانه لأنه لم يجب وقت الضمان و قد اشار الى هذا الوجه فى جامع المقاصد و لك أيضا و للقول الثانى ما ذكره فى لك قائلنا- و خالف فى ذلك الشيخ فجوز الرجوع على الضامن بالجميع لوجود سبب الاستحقاق حال العقد كالعيب ثم اجاب عنه قائلنا و نحن لما ابطالنا الحكم فى العيب فهنا اولى نعم من قال به فعليه بيان الفرق بين الامرين فان تبعض الصفقه الذى هو سبب الفسخ كان متحققا وقت البيع و العلامه رده بان سبب الاستحقاق هو الفسخ لا الاستحقاق الذى كان فى بعضه و فيه نظر

## منهل لو ضمن للمشتري ضامن عن البائع درك ما يحدته المشتري فى الارض

### اشاره

من بناء او غرس على تقدير ظهورها مستحقه لغير البائع و قلعه له او اخذه اجره الارض فهل يصح هذا الضمان فيلزم الضامن الدرك و ارش النقصان و هو تفاوت ما بين قيمته ثابت و مقلوعا او لا يصح اختلف الاصحاب فيه على قولين الاول انه لا يصح و هو للشرائع و ير و عد و كره و جامع المقاصد و المحكى عن الشيخ الثانى انه يصح و هو للمعه و الروضه و ربما يستفاد من لك للأولين وجوه منها الاصل و يجاب عنه باندفاعه بعموم ادله صحه الضمان و منها ظهور عباره الكفايه فى دعوى الاتفاق عليه فانه نسب هذا القول الى الاصحاب بلفظ قالوا و يؤيده انه لم يثبت فى لك القول الا الى بعض العامه و يجاب عنه اولا بالمنع من ظهور العبارة المذكوره فى دعوى الاجماع خصوصا مع ظهور ان صاحبها ينكر الاطلاع على الاجماع فى زمن الغيبه و ثانيا بانه لم نجد موافقا للجماعه القائلين بالقول المذكور المتقدم اليهم الاشاره و نمنع عاده حصول الاجماع بمحض اتفاقهم و يبعد غايه البعد اطلاقه على من يحصل باتفاقهم الاجماع و لم نطلع عليهم و ثالثا بمعارضه ما ذكره بما صرح به فى الروضه قائلنا قيل لا يصح هذا الضمان فان التعبير بلفظ قيل يشعر بقله القائل و يؤيد ما ذكر مصير الشهيد الى القول الثانى لان الغالب عدم مخالفته للمشهور و انقياده الى الشهره و منها ما تمسك فى الشرائع و عد و ير و جامع المقاصد و غيرها من ان هذا الضمان ضمان ما لم يجب لأنه حين الضمان لم يكن مستحقا للأرض و انما استحقه بعد القلع و خراب البناء المتأخر عن الضمان و يجاب عنه بما نبه عليه فى لك من ان الاستحقاق للأرض و ان لم يكن ثابتا حين الضمان الا ان سببه كان موجودا وقت الضمان و هو كون الارض مستحقه للغير فيصح لما تقدم اليه الاشاره من كفايه وجود السبب حين الضمان و منها ان الارش مجهول حين الضمان فلا يصح و يجاب عنه بالمنع من فساد الضمان المجهول و للآخرين عموم ما دل على صحه الضمان السليم عن المعارض هنا لما عرفت من ضعف ادله القول الاول فاذن هذا القول هو الاقرب ان قلنا باستحقاق المشتري عن البائع ارش النقصان بعد قلع المالك كما هو التحقيق و

### ينبغي التنبيه على امرين

## الاول اذا ضمن للمشتري عن البائع بعد اشتغال ذمته للمشتري بالدرك

و معلوميه فلا خلاف على الظاهر فى صحه هذا الضمان

## الثاني اذا ضمن البائع للمشتري درك ما يحدته في المبيع

من بناء او غرس او ما يلزمه من غرامه و اجره فهل يصح هذا

ص: ١٤٢

الضمان او لا فيه قولان احدهما انه يصح و هو للشرائع و التذكرة و ربما يظهر من اللمعة و لهم و جهان احدهما عموم ما دل على صحه الضمان و ثانيهما ما اشار اليه في لك قائلا قال المص الوجه الجواز لأنه لازم بنفس العقد و كأنه اراد انه اذا كان لازما له و ان لم يضمن كان ضمانه تاكيدا له ثم اورد عليه قائلا و فيه نظر لأنه لا يلزم من ضمانه بايعا مسلطا له على الانتفاع مجانا ضمانه بعقد الضمان مع عدم اجتماع شرائطه التي من جملتها كونه ثابتا حال الضمان فعدم الصحه اقوى و ح فالخلاف ليس في ثبوت ذلك على البائع أم لا فانه ثابت بغير اشكال بل في ثبوته بسبب الضمان و تظهر الفائده فيما لو اسقط المشتري عنه حق الرجوع بسبب يبقى له الرجوع عليه بسبب الضمان لو قلنا بصحته كما لو كان له خياران فاسقط احدهما فانه يفسخ بالآخر ان شاء و فيما لو كان قد شرط على البائع في عقد البيع ضمانا بوجه صحيح فان صححنا هذا كفى في الوفاء بالشرط و ان لم يحصل للمشتري نفع جديد فقد ظهر ان هذا الضمان يفيد فائده اخرى غير التاكيد لو قلنا بصحته و به يظهر ضعف تعليل جوازه بكونه ثابتا ضمن أم لم يضمن لان هذه الفوائد الاخر لم يكن ثابتة لو لم يضمن و قد صرح في الروضه أيضا بما ذكره في وجه النظر و بالفائده الاولى و ثانيهما انه لا يصح و هو لجامع المقاصد و لك و لهم و جوه منها الاصل و منها ما ذكره في جاع المقاصد قائلا و في ضمان البائع ذلك اشكال ينشأ من انه ضمان ما لم يجب فلا- يصح و من وجود سببه و هو العقد و اقتضائه فان بيع المغصوب مع جهل المشتري يقتضى رجوعه عليه بما يعزمه و التحقيق ان هذا الضمان لا اثر له لان ذلك واجب بدونه فانه من مقتضيات العقد فلا معنى لضمانه حتى لو ضمن ما لا يقتضى العقد الرجوع مما لو غرمه المشتري بعد ظهور الاستحقاق كعوض المنافع المستوفاه على قول لم يصح الضمان لأنه ضمان ما لم يجب بل لا معنى لهذا الاشكال ان كان في ثبوت ذلك على البائع فلا وجه له لان ذلك و ان كان في اقتضاء هذا الضمان ثبوته أيضا ليكون مؤكدا فلا وجه له أيضا لأنه ضمان ما لم يجب و في جميع ما ذكره نظر بل القول الاول اقرب فيترتب عليه ما اشار اليه في لك من الفائدتين

**منهل اذا ضمن باذن المضمون عنه ثم اختلف الضامن و المضمون له في دفع المال المضمون**

**اشاره**

فادعاه الاول و انكره الثاني فالقول قوله كما صرح به في بيع و شد و عد و كره و ير و جامع المقاصد و لك و مجمع الفائده و الكفايه بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه كما يستفاد من الكتب المذكوره حيث لم ينقلوا فيه خلافا و علله في لك باصالة عدم القبض و في جامع المقاصد و الكفايه و مجمع الفائده بانه منكر و انما يكون القول قول المنكر هنا مع يمينه كما صرح به في بيع و ير و جامع المقاصد بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه و يدل عليه مضافا الى ما ذكر عموم النبوي المشهور البيه على المدعى و اليمين على من انكر و ان شهد المضمون عنه للضامن بالدفع الى المضمون له قبلت شهادته مع استجماعه لجميع شرائط قبول الشهاده التي منها انتفاء التهمة و قد صرح بذلك في الشرائع و شد و د عد و ير و كره و اللمعة و الروضه و لك و مجمع الفائده و الكفايه بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه و احتج عليه في لك و ضه بان المضمون عنه مع اذنه في الضمان يثبت عليه ما يغرمه



الضامن فشهادته له بالاداء شهاده على نفسه و شهاده لغيره فتسمع و يظهر من الكتب المذكوره عدم قبول شهادته مع التهمه و قد ذكر في لك و ضه و جامع المقاصد لها صورا قائلين فيهما تسمع شهادته الا ان يعترض عليه تهمه في الشهاده بحيث يفيد فائده زائده على ما يغرمه فترد و قد فرضوا التهمه في صور منها ان يكون الضامن قد صالح على أقل من الحق فيكون رجوعه انما هو بذلك فشهاده المضمون عنه له به تجر الى نفسه نفعا فان ذلك اذا لم يثبت يبقى مجموع الحق في ذمه الضامن و فيه نظر لأنه يكفى في سقوط الزائد عن المضمون عنه اعتراف الضامن بذلك و لا حاجه الى الثبوت بالبينه كما سيأتى فندفع التهمه فتقبل الشهاده و منها ان يكون الضامن معسر و لم يعلم المضمون له باعساره فان له الفسخ حيث لم يثبت الاداء و يرجع على المضمون عنه فيدفع بشهادته عود الحق الى ذمته و منها ان يكون الضامن قد تجدد عليه الحجر للفلس و للمضمون عنه دين فانه يوفر بشهادته مال الضامن فيزداد ما يضرب به و لا- فرق في هاتين الصورتين بين كون الضامن متبرعا و بسؤال لان فسخ الضمان يوجب العود على المديون على التقديرين اما الاولى فهي مخصوصه بالضامن بسؤال ليرجع بما غرم و ما ذكره جيد و

### ينبغي التنبيه على امور

#### الاول انما تسمع شهاده المضمون عنه بذلك على المختار من كون الضمان ناقلا

لا- ضم ذمه الى اخرى كما نبه عليه في يع و نبه عليه في لك قائلا و انما تسمع الشهاده على القول بكون الضمان ناقلا كما هو المذهب فلو قلنا بانه يفيد الضم خاصه لم تسمع مط و قول المص على القول بانتقال المال يشعر بان لأصحابنا قولا بغيره و فيما تقدم اشار اليه أيضا و هو نادر

#### الثاني اذا لم تقبل شهاده المضمون عنه بسبب من الاسباب

كعدم العدالة و وجود التهمه و لم تكن بينه اخرى مقبوله و حلف المضمون له اخذ من الضامن ما حلف عليه كما صرح به في الشرائع و شد و كره و ير و عد و اللمعه و جامع المقاصد و لك و ضه و مجمع الفائده و الكفايه بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه و يرجع الضامن الماذون على المضمون عنه بما اداه اولاً- و لا- يرجع عليه بما اداه ثانيا كما صرح به في الكتب المذكوره بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه و احتج عليه في لك و ضه و جامع المقاصد و مجمع الفائده بتصادقهما على كونه هو المستحق اولاً في ذمه المضمون عنه و اعترافهما بان الماخوذ ثانيا ظلم و ليس بسبب الضمان و لا يخفى ان ذلك مشروط بمساوات الاول للحق او قصوره و الا رجح ناقل

ص: ١٤٣

الامر ين كما صرح به في التذكرة و عد و الكفايه و صرح به أيضا في جامع المقاصد و لك محتجين فيها بان الضامن لا يستحق الرجوع بالزائد عليه و زاد في ضه و لك قائلا و مثله ما لو صدقه على الدفع و ان لم يشهد و هو جيد

#### الثالث لو لم يشهد المضمون عنه للضامن الماذون

بما ادعاه من دفع الحق الى المضمون له و لم يعترف به فصرح فى الارشاد و التحرير انه يرجع على المضمون عنه بما اداه ثانيا و صرح به فى الشرائع اولا و لكن صرح اخيرا بانه لو قيل رجح بالاقل من الامرين كان حسنا و صرح به فى ضه أيضا قائلًا و لو لم يصدقه على الدفع الذى ادعاه رجح عليه بالاقل مما ادعى اداه اولا- و اداه اخيرا لان الاقل ان كان هو الاول فهو يعترف بانه لا يستحق سواه و ان المضمون له ظلمه فى الثانى و ان كان الثانى فلم يثبت ظاهرا سواه و صرح فى القواعد و التذكرة و جامع المقاصد و لك و الكفايه بان الضامن يرجع على المضمون عنه بالاقل من الامور الثلاثة ما اداه اولا بزعمه و ما اداه اخيرا باعتبار الحلف و نفس الحق المضمون و اشار الى وجهه فى جامع المقاصد و لك قائلين انه يرجع بالاقل من الثلاثة لان الاقل ان كان هو ما غرمه اولا- فلزعمه انه لا- يستحق سواه و ان الثانى ظلم و ان كان الاقل ما غرمه ثانيا فلانه لم يثبت ظاهرا سواه و ان كان الاقل هو الحق فلانه انما يرجع بالاقل من المدفوع و الحق و ما ذكره هو المعتمد عندى بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه و ان قصرت جملة من العبادات عن افادته

### الرابع اذا تبرع بالضمان

ثم ادعى الدفع الى المضمون له و انكره كان القول قوله مع يمينه كما فى صورته الاذن بالضمان و قد صرح بذلك فى جامع المقاصد و لك بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه و تسمع شهادته المضمون عنه له بالدفع ح و لا يفصل هنا بين صورتى التهمة و عدمهما كما صرح به فى جامع المقاصد و لك و اشار اليه فى ضه قائلًا و ان كان الضامن متبرعا عنه فهو اجنبى فلا مانع من قبولها لبراءته من الدين ادى أم لم يؤد

### الخامس صرح فى التحرير بانه لو اعترف المضمون له بالقضاء

فانكر المضمون عنه ففى رجوع الضامن بمجرد اعتراف المضمون له على المضمون عنه اشكال اقربه الرجوع و هو جيد

### منهل اذا ضمن بسؤال المضمون عنه و ادى ما تحمله باعتبار الضمان الى المضمون له جاز له الرجوع على المضمون عنه

بما ادى فاذا دفع اليه المضمون عنه ما اداه تملكه و جاز له التصرف فيه باى نحو شاء و اما اذا لم يؤد الضامن المذكور شيئا فلا يستحق الرجوع على المضمون عنه بما يريد ان يؤديه قبل الاداء و اذ دفع اليه المضمون عنه ح ما يريد ان يؤديه فهل يملكه الضامن من جهة ضمانه فيجوز له التصرف فيه اى نحو شاء فيشتغل ذمه المضمون عنه للضامن بنفس سؤال الضمان و تحقق الضمان او لا فلا يشتغل ذمه المضمون عنه للضامن المذكور الا بعد ادائه للمضمون له فقبله لا يستحق شيئا من المضمون عنه ربما يظهر الاول من الشرائع فانه صرح بانه اذا ضمن عنه دينارا باذنه فدفعه الى الضامن فقد قضى ما عليه و قد صرح فى لك بان هذه العبارة توهم ما ذكر و صرح بالثانى فى التذكرة و صرح به فى لك أيضا منزلا عبارته الشرائع عليه و هذا القول هو الاقرب عندى للأصل السليم عن المعارض هنا و يؤيده ما تمسك به فى لك من جواز السقوط بالابراء و على المختار لا يجوز التصرف فيه كما صرح به فى التذكرة و لك و هل يجوز دفعه الى المضمون له و فاء لدينه الذى ضمن الضامن او لا صرح بالاول فى لك معللا- بالاذن و هو الاقرب و صرح فيه بانه ان ابرئ الضامن من الدين او بعضه و جب عليه رد ما قابله الى المديون و هل المقبوض فى يد الضامن و هو الذى دفعه اليه المضمون عنه قبل الاداء مضمون على الضامن فلو تلف و جب عليه عوضه سواء

كان بتفريط او تعدد او لا كالمقبوض بالسوم عند جماعه او لا بل لا يضمه الا بتعد او تفريط كالوديعة صار الى الاول فى لك قائلا و ليس بعيد كونه مضمونا كالمقبوض بالسوء لعموم على اليد ما اخذت حتى تؤدى و استشكل فى التذكرة كونه مضمونا بعد ان حكم به و ما ذكره احوط بل و اقرب و لو قال المديون للضامن اقض به ما ضمنت عنى فهو وكيل و المال فى يده امانه لا يضمه الا- بتعد او تفريط كما صرح به فى التذكرة و صرح به فى لك أيضا قائلا بعد الحكم بالضمان فيما سبق نعم لو قال المديون للضامن اقض به ما ضمنت على فهو وكيل و المال فى يده امانه و الفرق بينه و بين ما سبق واضح لأنه دفعه فى السابق اليه اما مط او انه الحق المضمون و على التقديرين ليس بمستحق عليه للضامن بخلاف قوله اقض به ما ضمنت لأنه و كاله فى حقه اقبضه و دفعه و لو قال ادفعه الى المضمون له فدفعه فقد برئ الضامن و المضمون عنه معا كما صرح به فى الشرائع و صرح به فى لك أيضا قائلا- اما الضامن فلوفاء دينه و اما المضمون عنه فلان الضامن لم يغرم فلا يرجع عليه و يمكن اعتبار التقابض القهرى لثبوت ما دفعه المديون فى ذمه الضامن لأنه المديون و قد اذن فى وفائه و ثبوت مثله فى ذمه المضمون عنه لأدائه فيتقاضيان و صرح فى الشرائع بانه لو دفع المضمون عنه الى المضمون له بغير اذن الضامن برئ الضامن و المضمون عنه و هو جيد و قد صرح به فى لك قائلا و اما لو دفع المضمون عنه الى المضمون له بغير سؤال الضامن فانه يكون قد تبرع عليه بوفاء دينه فيبرئ الضامن و لا يرجع عليه هو لعدم غرامته فيبرئ ان معا أيضا كالسابق لكن الاعتبار مختلف

### منهل لو دفع الضامن الى المضمون له عوض دينه و ما فى ذمته من الضمان عروضاً و رضى المضمون له بذلك برئت ذمه الضامن

و رجع على المضمون عنه حيث كان الضمان بسؤاله باقل الامرين من قدر الحق و من قيمته ما دفع عوضاً عنه كما صرح به فى الشرائع و شد و ير و الجامع و لك و ضه و مجمع الفائده بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه كما نبه عليه فى الكفايه قائلاً قالوا لو دفع عوضاً عن مال الضمان

ص: ١٤٤

رجع باقل الامرين من قيمته و من الدين و اشار الى وجه ذلك فى مجمع الفائده قائلاً لان الضامن لا يستحق اكثر مما ادى و المضمون عنه لم يؤد اكثر مما فى ذمته و مما اداه الضامن و لهذا لو ابرء من البعض لم يأخذ الا ما بقى و صرح فى لك بانه لا فرق فى ذلك بين ان يكون قد رضى المضمون له بالعرض عن دينه بغير عقد و بين ان يصلحه الضامن به عن دينه و لو كان ثوباً يساوى مائه و صالحه به على الدين و هو مائتان لم يرجع الا بقيمه الثوب و ما ذكره جيد و صرح أيضا بان هذا اذا جرى البيع على العرض بنفس المال المضمون اما لو صالحه عليه بمائتين مط ثم تقاصا فالمتجه رجوعه بالمائتين لأنها ثبت له فى ذمته بغير استيفاء و انما وقع الاداء بالجميع ثم صرح بانه يحتمل الرجوع بقيمته خاصة قائلاً- لان الضمان وضع للارتفاق و توقف فى التذكرة فى ذلك و عندى فيما ذكره من الاحتمال نظر بل الاحتمال الاول فى غايه القوه مع انه احوط فى الجمله

### منهل اذا ضمن المريض فى مرضه و مات فيه فاطلق فى الشرائع و شد و عد انه يخرج من الثلث

و فيه نظر و التحقيق ان يقال لا- شك و لا خلاف على الظاهر فى صحة ضمان المريض فى الجمله و قد صرح فى كره بعدم الخلاف فيه قائلاً المريض صح ضمانه و لا نعلم فيه خلافاً و لا فرق فى ذلك بين مرض الموت و غيره كما صرح به فى كره و جامع المقاصد فان ضمن فى مرضه و لم يكن مرض الموت فاذا عوفى من مرضه صح ضمانه مط كما صرح به فى التذكرة و

جامع المقاصد و لك و ان كان مرض الموت فان تبرع بالضمان بحيث لا يجوز له الرجوع على المضمون عنه فذهب في الشرائع و شد و عد و ير الى انه يخرج ما ضمنه من الثلث و صرح في كره و جامع المقاصد بانه مبني على القول بان منجزات المريض يخرج من الثلث قائلين ان كان مرض الموت فان تبرع بالضمان نفذ من الثلث عند كل من اثبت و من جعل منجزاته امضاه هنا من الاصل و صرح في لك بان وجه كون التبرع بالضمان من منجزات المريض التي وقع الخلاف في انها تخرج من الثلث او من الاصل انه التزام ما لا يلزمه و لم يأخذ عنه عوضا فاشبه الهبه ثم صرح فيه و في التحرير بانه لو اجاز الوزنه نفذ من الاصل و ان ضمن بسؤال المضمون عنه و لم يتبرع بالضمان فصرح في التذكرة و لك بانه حكمه حكم ما لو باع نسيه و هو انه ان علم بعدم امكان الرجوع لقصر الديون بحيث يعلم عدم وصول ماله اليه كان ماضيا من الثلث و الا مضى من الاصل و زاد في لك قائلا و لو امكن الرجوع بالبعض فهو كميع المحاباه يتوقف ما يفوت على الثلث هذا كله مع عدم اجازة الورثة الا نفذ من الاصل و الحمد لله رب العالمين و صلى الله على محمد و آله الطاهرين

## القول في الحوالة

### مقدمه قد تضمنت جملة من الكتب تعريف الحوالة

فصرح في الوسيله بانها انتقال من ذمه الى ذمه و في الشرائع و الكفايه بانها عقد شرع لتحويل المال من ذمه الى ذمه مشغوله بمثله و في القواعد بانها عقد شرع لتحويل المال من ذمه الى اخرى و في التحرير بانها عقد شرع لانتقال الحق من ذمه الى اخرى و في التذكرة بانها تحويل من ذمه الى ذمه و في اللمعه بانها التعهد بالمال عن المشغول بمثله و صرح في التحرير بان الحوالة تتعلق بثلاثه اشخاص المحيل و هو الذي عليه الحق و المحتال و هو الذي يقبل الحوالة و المحال عليه و هو الذي عليه الحق للمحيل يقال احاله بالحق عليه يحيله احاله و احتال الرجل اذا قبلها و المحال به هو الدين نفسه و اشار الى ما ذكره في المبسوط أيضا

### منهل الحوالة مشروع و جائزه شرعا

و هي من العقود اللازمة لا الجائزه اما جوازها شرعا فقد صرح به في الخلاف و المبسوط و النهايه و الغنيه و الوسيله و المراسم و النافع و الشرائع و ير و التلخيص و شد و كره و عد و المختلف و التبصره و اللمعه و جامع المقاصد و لك و ضه و مجمع الفائده و الكفايه و الرياض و لهم و جوه منها ظهور الاتفاق عليه و منها تصريح المبسوط بانه اجتمعت الامه على جواز الحوالة و تصريح التذكرة و الرياض بان الحوالة عقد جائز مشروع بالنص و الاجماع و تصريح التذكرة أيضا بانه قد اجمع كل من تحفظ عنه العلم على جواز الحوالة في الجملة و تصريح التحرير و جواهر الكلمات بانها معامله صحيحه في قول العلماء كافه و تصريح الروضه و لك بان جوازها متفق عليه و منها ما تمسك به في كره من خبر منصور بن حازم عن الصادق ع قال سألته عن الرجل يحيل على الرجل الدرهم ا يرجع عليه قال لا يرجع عليه ابدا الا ان يكون قد افلس قبل ذلك و منها ما تمسك به في التذكرة قائلا روى العامه عن ابى هريره ان النبي ص قال مظل الغني ظلم و اذا اتبع احدكم على ملى فليتبع و في لفظ اخر و اذا احيل احدكم على ملى فليحتل قال صاحب الصحاح يقال اتبع فلان بفلان اذا احيل له عليه و التبع الذي لك عليه مال و منها السيره المستمره بين المسلمين قديما و حديثا و عدم وجود الانكار في نص و لا فتوى و اما انها من العقود فقد صرح به في المبسوط و يع و الوسيله و عد و ير و الجامع و الروضه و غيرها بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه و اما كونها من العقود اللازمة فقد صرح به في المبسوط

قائلا- الحوالة عقد من العقود يجب الوفاء به لقوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و وجوب الوفاء يدل على جوازه و صرح بلزومه فى المراسم و كره و ير و لك و ضه و مجمع الفائده بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه و احتج عليه فى الاخير بقوله المسلمون عند شروطهم و بالآيه الشريفه

### منهل ليست الحوالة بيعا بل استيفاء حق بعقد مستقل

و قد صرح بانها ليست بيعا فى الخلاف و ط و كره و ير و لف و الجامع و حكى فى موضع من التذكرة عن بعض بلفظ قيل القول بانها بيع و الظاهر انه من العامه لتصريحه بان الاظهر عندهم انها بيع و قد حكاه فى ف عن الشافعى مدعىا انه ليس لأصحابنا فى ذلك نص و كيف كان فهذا القول ضعيف بل المعتمد ما عليه الاولون من انها ليست بيعا و لهم وجوه منها انه لو كانت بيعا حقيقه لما صح سلب اسم البيع عنها و لتبادرت منه و لصح تقسيمه اليها و استثنائها من عموم البيع و استفهامها منه و التالى بجمع اقسامه باطل قطعا و قد اشار الى ما ذكر فى الخلاف بقوله و الذى يقتضيه المذهب ان يقول انه عقد قائم بنفسه لأنه لا دليل على انه بيع و ليس من المناط البيع و

ص: ١٤٥

الحاقه به قياسا لا يجوز عندنا لبطلان القول بالقياس و منها ما تمسك به فى التذكرة من انها لو كانت بيعا لما صحت لأنها بيع دين بدين و ذلك منهى عنه و الحوالة مأمور بها فتغايرا و منها ما تمسك به فى التذكرة أيضا من انها لو كانت بيعا لما جاز التفرق قبل القبض لأنه بيع الربا بجنسه فلا يجوز مع التأخير و التفرق قبل القبض و منها ما تمسك به فى التذكرة أيضا من انها لو كانت بيعا لجازت بلفظ البيع و منها ما تمسك به فى التذكرة أيضا من انها لو كانت بيعا لجازت من جنسين كالبيع و منها ما تمسك به فى التذكرة أيضا من ان لفظها يشعر بالتحويل لا- بالبيع و منها ما ذكره فى التذكرة أيضا من انها لو كانت بيعا و معاوضه لجاز ان يحيل بالشىء على اكثر منه او أقل و منها ما صرح به فى التذكرة أيضا من انها ليست بيعا و لا محموله عليه عند علمائنا اجمع فعلى المختار لا يدخلها خيار المجلس كما صرح به فى التذكرة و لا يتوقف على التقابض فى المجلس و لا يتوقف صحتها على ما يتوقف عليه صحه البيع و لا يثبت لها جميع احكام البيع و يدخلها خيار الشرط كما صرح به فى التذكرة و مجمع الفائده محتجين بقولهم ع كل شرط لا يخالف الكتاب و السنه فهو جائز و يعضده قوله ص المؤمنون عند شروطهم و قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ

### منهل قد عرفت ان الحوالة عقد من العقود فيتوقف على الايجاب و القبول غيرها من العقود

#### اشاره

و قد صرح بذلك فى الوسيله و التذكرة و ضه و لك و صرح فيه بان الايجاب من المحيل و القبول من المحتال و هو جيد و لا اشكال فى تحقق الامرين بما اشار اليه فى جواهر الكلمات قائلا و صيغه الحوالة ان يقول المحيل للمحتال احلتك بما استحقه فى ذمه زيد و هو كذا عوضا عما تستحقه فى ذمتى و هو كذا فيقول المحتال استحلت او قبلت و يقول المحال عليه رضيت او قبلت الحوالة و لا- ينحصران فيما ذكر بل يتحققان بما صرح به فى التذكرة قائلا و الايجاب كل لفظ يدل على النقل مثل احلتك و قبلتك و اتبعتك و القبول ما يدل على الرضا نحو رضيت و قبلت و هل يشترط فيهما اللفظ فلا يقعان بالفعل الدال على المراد و

لو كان كتابه او لا بل يكفى الفعل صرح بالاول فى لك و ضه و ض قائلين و يعتبر فيهما ما يعتبر فى غيرهما من اللفظ العربى و المقارنه و غيرهما و اما رضا المحال عليه فيكفى كيف اتفق متقدما أم مقارنا أم متراخيا و ربما اكتفى مقدما أيضا لحصول الغرض المطلوب منه بذلك كله و ربما يستفاد ما ذكره من اشتراط اللفظ من التذكرة أيضا و صرح بالثانى فى مجمع الفائده و هو المعتمد لأنه لا يشترط اللفظ فى الايجاب و القبول فى البيع و اكثر العقود فكذا هنا و ذلك اما للأولويه و القياس بطريق اولى كما صرح به فى مجمع الفائده او للاستقراء المفيد للظن الذى قد تقرّر ان الاصل فيه الحجية او لتتقيح المناط او لعموم الدليل و الاشتراك فى مدرك نفي الاشتراط و قد صرح فى مجمع الفائده بان عموم ادله جوازها يفيد عدم الاشتراط و ايده اولا بالاصل و ثانيا بانها شرعت للإرفاق فيناسبها المسامحه و المساهله و ثالثا بظهور خبرى منصور بن حازم و ابى هريره المتقدمين فى عدم الاشتراط و صرح أيضا بان كونها عقدا لازما لا يستلزم الاشتراط و اذا جاز الامر ان بالفعل جازا بكل لفظ دل عليهما عربيا كان مط و لو كان ملحونا او غير عربى فارسيا كان او غيره و

### ينبغى التنبيه على امور

#### الاول هل يشترط المقارنه بين الامرين

فلو اوقع المحيل الايجاب و لم يقبل المحتال الا بعد مده طويله اما لكونه فى بلده نائيه او لغير ذلك لم تصح الحواله او لا يشترط ذلك صرح بالاول فى ضه و لك و بالثانى فى جواهر الكلمات المنسوبه الى الفاضل الصيمرى قائلا اعلم انه لا يشتر مقارنه قبول المحال عليه بل لو احوال على الغائب فرضى عند اجتماعه بالمحال له جاز ذلك و هذه نكته لا يطلع عليها كل احد و يدل على صحه ما قلناه كلام العلامة فى عد فى صورته النزاع من باب الوكاله قال و لو ادعى احواله الغائب عليه و صدقه احتمال قويا و جوب الدفع اليه لانه الدفع غير مبرئ لاحتمال انكار المحيل و هو نص على ما قلناه و ما صار اليه من عدم اشتراط ذلك هو الاقرب عندى لعموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و عموم قوله ص المؤمنون عند شروطهم و عموم خبر منصور بن حازم الناشئ من ترك الاستفصال و اطلاق النبوى المتقدم و خلو الروايات و معظم فتاوى الاصحاب من المتقدمين و المتأخرين عن الاشاره الى كون ذلك شرطا مع توفر الدواعى عليه لكون الغالب فى الحوالات الحواله على الغائبين و استمرارها بين المسلمين

#### الثانى صرح فى التذكرة بانه يشترط فيها التنجيز

قائلا- تقع معلقه بشرط و لا صفه بل من شرطها التنجيز فلو قال اذا جاء راس الشهر او ان قدم زيد فقد احلتك عليه لم تصح لأصالة البراءه و عدم انتقال و يظهر من مجمع الفائده ان ذلك ليس بشرط محتجا بقوله ص المسلمون عند شروطهم و هو فى غايه القوه لجميع الوجوه المتقدمه الداله على عدم اشتراط المقارنه و بها يندفع الاصلان اللذان اشار اليها فى التذكرة و لكن مراعاة الاحتياط مهما امكن اولى

#### الثالث صرح فى التذكرة بانه لو قال احلنى على فلان

فقال احلتك افتقر الى القبول و لا- يكفى الاستيجاب قائلا و الخلاف المذكور فى البيع فى الاستيجاب و الايجابات هنا و قطع بعض الشافعيه بالانعقاد هنا لان الحواله اجيزت رفقا بالناس فيتسامح فيها بما لا يتسامح فى غيرها و المعتمد ما قلناه و فيه نظر بل ما حكاه عن بعض الشافعيه فى غايه القوه

### منهل يشترط فى صحه الحواله رضاء الثلاثة المحيل و المحتال و المحال عليه

#### اشاره

اما كون رضا المحيل شرطا فى الصحه فقد صرح به فى الخلاف و المبسوط و الغنيه و الوسيله و يع و فع و نكت النهايه و عد و التلخيص و ره و شد و ير و كره و الجوامع و اللمعه و جامع المقاصد و لك و الروضه و جواهر الكلمات و مجمع الفائده و الكفايه و الرياض و لهم و جوه منها ظهور الاتفاق على ذلك و منها تصريح الغنيه و التذكره بدعوى الاجماع عليه

ص: ١٤٦

و يعضده اولا تصريح لك و ضه و الكفايه بانه موضع اتفاق و ثانيا تصريح مجمع الفائده بانه لا نزاع فيه و ثالثا تصريح الرياض بانه لا- خلاف فيه و منها ما تمسك به فى المبسوط و الغنيه و التذكره و لك و ضه و ض من ان من عليه الحق مخير فى جهات القضاء من ماله و دينه المحال به من جملته فلا- يتعين عليه بعض الجهات قهرا و منها الاصل و منها ما تمسك به فى مجمع الفائده من انه طرف العقد فيعتبر رضاه و اما كون رضا المحتال شرطا فى الصحه فقد صرح به أيضا فى جميع الكتب المتقدمه التى صرحت باشتراط رضاء المحيل و لهم و جوه أيضا منها ظهور الاتفاق عليه و منها ظهور جمله من الكتب فى دعوى الاجماع عليه فانه صرح فى الخلاف و الغنيه بانه لا خلاف فى ذلك من داود و صرح فى التذكره بانه مذهب علمائنا اجمع و صرح فى لك و ضه و الكفايه بانه موضع وفاق و صرح فى الرياض بانه لا خلاف فيه بين اصحابنا و منها ما تمسك به فى الخلاف قائلا دليلنا انا اجمعنا على انه اذا رضى المحيل صحت الحواله و ليس على صحتها مع عدم رضاه دليل و قد صرح بما ذكره فى الغنيه أيضا و منها ما تمسك به فى التذكره و لك و ضه و الرياض من ان المحتال حقه ثابت فى ذمه المحيل فلا يلزمه نقله الى ذمه اخرى الا برضاه و منها ما تمسك به فى مجمع الفائده من ان المحتال احد طرفى العقد فيعتبر رضاه و منها ما تمسك به فى الغنيه من ان نقل الحق من ذمه الى اخرى مع اختلاف الذمم تابع لرضاء صاحبه و اما كون رضاء المحال عليه شرطا فقد صرح به فى المبسوط و الوسيله و الغنيه و النافع و الشرائع و نكت النهايه و القواعد و ره و شد و التلخيص و التحرير و كره و الجامع و اللمعه و جامع المقاصد و مجمع الفائده و جواهر الكلمات و حكاه فى الرياض عن ابن ادريس و صرح فى لف و جامع المقاصد و لك و ضه و الكفايه و الرياض و غيرها بانه المشهور بين علمائنا و ذهب فى الروضه الى ان رضاه ليس بشرط قائلا عدم اعتبار رضاه اقوى و صرح فى لك بانه قوى و فى الرياض انه لا يخ عن قوه قائلا بعد قول المحقق فى النافع و ربما اقتصر بعض على رضاء المحيل و المحتال و اشار به فى المهذب الى الحلوى و ليس كك فانه ممن يشترط رضاء الثلاثة كما يستفاد من عبارته المحكيه فى ح يع للصيمرى و فى التنقيح نسبه الى التقي و قد مرّ فى لف حكايته عن الشيخين و مال اليه هو و شيخنا الشهيد الثانى فى كتابيه كالفاضل المقداد فى التنقيح و لا يخ عن قوه ثم ذكر وجه ما قواه و استظهر هذا القول المحقق فى النكت من النهايه و فى لف من جماعه من القدماء قائلا- المشهور بين علمائنا اعتبار رضاء المحال عليه فى الحواله و قال ابن حمزه يصح الجعالة بشروط عشره الى ان قال و رضاء المحال عليه على الصحيح و هو يشعر بوجود قول لبعض اصحابنا فيه و انه لا يعتبر

رضاه و لم نقف على حديث يتضمن ما ادعاه علمائنا في هذا الباب مع ان الشيخ المفيد لم يذكر اعتبار رضاء المحال عليه بل عبارته تشعر بعدم اعتبار رضاه فانه قال و اذا كان الانسان على غيره مال فاحاله به على رجل ملئى به فقيل الحواله و ابرائه منه لم يكن له رجوع ضمن ذلك المال المحال به عليه او لم يضمن فانه لم يقبل الحواله الا بعد ضمان المحال عليه و لم يضمن من احيل عليه ذلك كان له مطالبه المديون و لم يبرء ذمته بالحواله و كذا قال الشيخ في يه قال ابن ادريس لقول الشيخ وجه و صرح في جامع المقاصد بانه لأصحابنا قول بانه لا يشترط رضاء المحال عليه و يلوح من لف الميل اليه و لا ريب في متانه دليله الا ان الشهره و نقل الاجماع مرجح للاشتراط فقد ظهر مما ذكرناه ان فى المسأله قولين احدهما القول بالاشتراط و هو للمعظم و ثانيهما القول بعدم الاشتراط و هو لجماعه للأولين وجوه منها ما تمسك به فى الخلاف و المبسوط و التحرير قائلين يشترط ذلك لإجماع الامه على انه اذا رضى المحال عليه صحت الحواله و لم يدل عل صحتها من غير رضاه دليل و اجاب عنه فى لف بان نفى الاجماع

دليل خاص و نفى الخاص لا يستلزم نفى العام مع ان الاصل يقتضى الصحه لقوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و هذا الجواب حسن على تقدير نهوض الآيه الشريفه لإفاده اصاله الصحه فى العقود و هى محل كلام كما بيناه فى المفاتيح و منها ان الشيخ و علامه فى التذكرة ادعيا الاجماع على كون رضاء المحال عليه شرطا فى الصحه اما الاول فقد صرح فى لك و الكفايه و غيرهما بانه ادعى الاجماع على ذلك قائلين اما المحال عليه فالمشهور بين الاصحاب اعتبار رضاه بل ادعى عليه الشيخ الاجماع و اما الثانى فقد صرح فى مجمع الفائده بانه ادعى الاجماع على ذلك قائلين و اما المحال عليه فاشترط رضاه مع اشتغال ذمته فقد نازع فيه فى شرح يع مع نقله الاجماع عن الشيخ و عدم نقل الخلاف و بالجملة الاجماع المنقول عن الشيخ و المفهوم من التذكرة حيث قال و اصحابنا شرطوا رضاء الثلاثه و فى موضع آخر و يشترط عندنا رضاء المحال عليه ثم نقل الخلاف عن بعض العامه فقط مع عدم ظهور الخلاف و يظهر منه الاعتماد على هذه الحجه مع انه غالبا لم يعتمد على الاجماع المنقول بل لم يحضر فى مقام تمسك فيه بالإجماع المنقول غير محل البحث و كذا يظهر من جامع المقاصد هنا التمسك بها بل و بالشهره أيضا و اورد على هذه الحجه فى الرياض قائلين و يضعف الاول بان الموجود فى كلام الشيخ المحكى فى لف ليس الادعوى الاجماع على صحه الحواله مع رضى الثلاثه و عدمه مع عدمه و هو اعم من الاجماع المحكى هنا و لم يحكه عنه هو و لا غير سوى لك و لعله اشتباه و يبعد غايه البعد و قوفه على كلام اخر له يدل عليه مع ان كتابه الخلاف مما ديدنه ذكر الاجماع عليه و لم يحكه فيه هنا و نحوه ابن زهره فى الغنيه و الحلى فى السرائر فمع ان ديدنهما نقل الاجماع فى المسائل لم ينقله هنا اصلا بل اقتصر على الموجود فى لف من كلام الشيخ مع ان فى الغنيه حكى الاجماع على اشتراط رضاء الاولين و لم يحكه هنا و لو كان اجماعا لنقله قطعاً كما لا يخفى على الممارس لكتابه هذا جدا و اما التذكرة فالمحكى فيها ليس صريحا فى الاجماع ان غايه ما ذكر

ص: ١٤٧

فى عبارته فى المقام الاول هو انه قال اصحابنا اه و فى الثانى يشترط رضاه عندنا و هما ليسا نصيين فى الاجماع بل و لا ظاهرين بعد ملاحظه ذكره نحو العبارتين فى لف مما يتضمن نسبه الحكم الى الاصحاب مع انه فى صدر المسأله ذكر انه مشهور بين الاصحاب و هو ظاهر فى وقوع الخلاف و عدم الاجماع مع ان ذكره الحكم فيه يدل على عدم الاجماع عليه مضافا الى نقله الخلاف فيه عن ظاهر المفيد و النهايه و حكايته فيه عباره ابن حمزه المشعره بل الظاهره فى وقوع الخلاف بيننا فى المسأله فى زمانه و نحوه عباره السرائر و الغنيه بل هما صريحان فى عدم الاجماع و وقوع الخلاف هذا مضافا الى مصيره فى لف الى تقويه



ما حكاه عن الشيخين و هو بعد معلوميه تاخر لف عن كره نص في عدم الاعتداد بما قاله في التذكرة مما ظاهره حكاية الاجماع اما من حيث سلب ظهورها في دعوى الاجماع او ظهور تبين خلاف له و الا لما صار الى خلافه و قد يناقش فيما ذكره اما اولاً فان قوله قدس سره و يضعف الاول ان الموجود اه مدفوع بان الظاهر بل المقطوع به ان مثل الشهيد الثاني و الفاضل الخراساني لا يحكيان دعوى الاجماع على اشتراط رضاء المحال عليه عن الشيخ باعتبار قول الذي حكاه عنه في لف فانه لا دلالة فيه على ذلك بوجه من الوجوه لا مطابقه و لا تضمنا و لا التزاما و ذلك معلوم عند ادنى المحصلين بل سائر الناس الذين لا حظ لهم من العلم فكيف هما مع بلوغهما حد الكمال في العلوم التي من جملتها العلوم اللغويه يتوهمان دلالة تلك العبارة على ذلك عن المقطوع به انهما كغيرهما عثرا على تصريح الشيخ في مقام اخر بدعوى الاجماع على ذلك و هو امر غير مستحيل لا عقلا و لا عادة بل واقع كثيرا فانا رأينا كثيرا من الاجماع المحكيه و الاخبار المرويه في غير ابوابها و يعضد ما ذكرناه اعتماد المحقق الثاني في المسألة على الاجماع المنقول مع اعترافه بمتانته دليل القول الثاني و من الظاهر انه اراد من الاجماع المنقول هنا هو ما حكاه الشهيد الثاني و غيره هذا و لو كان ما ذكره قدس سره متجحا لأورده المقدس الأردبيلي و غيره على الشهيد الثاني في حكايته نقل الاجماع على الاشتراط عن الشيخ و لم نجد احدا غيره قدس سره اورد على الشهيد الثاني بما اورده و اما ثانياً فبان قوله قدس سره و لم يحكه عنه هو اه مدفوع بالمنع عن الحصر المذكور لما بيناه سابقا من ان حكاية الاجماع عن الشيخ لا يختص بالمسالك بل حكاه أيضا في الكفايه و غيرها كما هو ظاهر جامع المقاصد فاحتمال الاشتباه من خصوص الشهيد الثاني في غايه البعد بحيث يكاد الانسان ان يقطع بعدمه و على تقدير جوازه فيندفع ان الاشتباه هنا من الجماعه الذين تقدم اليهم الاشارة قريب من ان يدعى كونه من المحاللات العاديه و ان لم يكونوا من اهل العصمه و اما ثالثاً فبان قوله قدس سره و يبعد غايه البعد اه يندفع بما بيناه سابقا من امكان العثور على كلام اخر للشيخ متضمن لدعوى الاجماع على الاشتراط و عدم عقلا و لا عادة بل المستبعد هنا غايه البعد نسبة الاشتباه الى الجماعه الحاكين لدعوى الاجماع عن الشيخ و من المقطوع به ان عدم اطلاعنا بانفسنا على حكاية الشيخ للاجماع لا يقتضى بعد حكايته خصوصا مع تعدد كتب الشيخ و كثره ابواب كل كتاب و بالجملة عدم الوجدان لا يدل على عدم الوجود كما هو المشهور بين العقلاء و اما رابعاً فبان قوله قدس سره مع ان كتابه اه يندفع بانه لا يستحيل عقلا و لا عادة ان لا يطلع الانسان على الاجماع في كتاب دون اخر و لا في باب دون اخر على انا نمنع من عدم حكاية الخلاف الاجماع على ذلك فلعله حكاه في باب اخر لم نعر عليه و عدم حكايته في هذا المقام لا يستلزم عدم حكايته مط على ان الظاهر من الخلاف هنا كون شرطيه رضاء المحال عليه مما لا خلاف فيه بين اصحابنا الاماميه لاقتصاده في نقل الخلاف على نقل الخلاف عن بعض العامه و لو كان الخلاف بين الاماميه عنده متحققا لكان بالتنبيه و الاشارة اولى و اخرى كما لا يخفى و اما خامساً فبان قوله قدس سره و نحوه ابن زهره اه مدفوع بان كلام ابن زهره و ان كان ظاهرا في وجود الخلاف في المسألة و لكنه ليس بظاهر في انه من الاماميه فلعله من العامه بل هو الظاهر كما لا

يخفى اذ لو كان المخالف من الاماميه لنبه عليه و لتكلم في المسألة بازيد مما تكلم و الاجماع الذي ادعاه على شرطيه رضاء المحيل و المحتال يريد به اجماع المسلمين بشهادة استثناء داود من الاجماع على شرطيه رضاء المحتال و بالجملة ليس في عبارته ابن زهره ما يدل على عدم ثبوت اجماع الاماميه عنده الا عدم تنبيهه على ثبوته و من الظاهر انه اعم عقلا و عادة و العام لا يدل على الخاص بشيء من الدلالات بل قد يدعى ان عدم تنبيهه عن المخالف من الاماميه ظاهر في عدمه عنده و الا لنبه عليه سلمنا ان كلامه ظاهر في عدم ثبوت اجماع الاماميه لكن ذلك لا يدل على اعتقاد وجود الخلاف منهم كما لا يخفى و من الظاهر ان عدم علم ابن زهره بالاجماع لا يقتضى القدر فيما نسب الى الشيخ من دعوى الاجماع و لا نسبه المناسب الى الاشتباه و بالجملة

المناقشه فى اخبار العدول التى تثبت حجيتها بالادله القاطعه بنحو ما ذكره بعيدة جدا خصوصا مثل الجماعه الذين تقدم اليها الاشاره و اما سادسا فبان قوله قدس سرّه و اما كره فالمحكى فيها ليس صريحا فى الاجماع اذ غايه اه مدفوع بانه لا يشترط فى العبارات المتضمنه لدعوى الاجماع الصراحه بل يكفى ظهورها فيها و قد اعترف قدس سرّه فى غير مقام بظهور لفظ اصحابنا و لفظ عندنا فى دعوى الاجماع كما فهمه المقدس الأردبيلى هنا و يؤيده اراده التذكرة من العبارتين دعوى الاتفاق انها لم تشر الى خلاف من الاماميه هنا بل اقتصر على الاشاره الى مذاهب العامه

ص: ١٤٨

فلو ظهر عنده مخالف من الاماميه لنبه عليه قطعا و ما ذكره فى لف لا يصلح لان يكون قرينه صارفه لما فى التذكرة اذ لا يستحيل عقلا و لا عاداه ان يعلم الانسان بالاجماع فى الكتاب المتقدم و يشك فيه او يعلم بعدمه فى المتأخر لشبهه تعرض له و ذلك غير قادح فى حجيه الاجماع المنقول فى الكتاب المتقدم لعدم ارتفاع الظن منه بذلك و لعموم ما دل على حجيه الاجماع المنقول على ان ما فى لف عن دعوى الشهره و النسبه الى علمائنا مما لا يصلح لان يكون مؤيدا لما فى التذكرة و يؤيده أيضا انه فى القواعد و شد و ره و ير و التلخيص صرح بانه يشترط رضاء الثلاثة من غير اشاره الى خلاف و لا اشكال فى ذلك و نحوها الشرائع و النافع و اللمعه و الجامع فهذه الكتب ظاهره غايه الظهور فى عدم الخلاف فى ذلك و اما المختلف فهو و ان لم يكن بهذه المثابه الا انه لم ينقل خلافا صريحا من احد من الاماميه بل انما استشعر الخلاف من عبارات لا اشعار لها به كما سنبينه إن شاء الله و اما سابعا فبان قوله قدس سرّه مع انه فى صدر المسأله اه مدفوع بان دعوى الشهره و ان كانت ظاهره فى وجود الخلاف و لكن المخالف الذى زعم مخالفته ليس كلامه صريحا بل و لا ظاهرا فى المخالفه كما سيأتى اليه الاشاره إن شاء الله مع ان تلك الدعوى معارضه بالنسبه الى علمائنا فت و اما ثامنا فبان قوله قدس سرّه مع ان ذكره الحكم اه مدفوع بان كتاب المختلف و ان كان وضعه لبيان المسائل المختلف فيها و لكنه كثيرا ما يشير الى المسائل المجمع عليها فمجرد ذكر المسأله فى لف لا يدل على كونها محل وفاق ما لم يصرح به كما لا يخفى و اما تاسعا فبان قوله مضافا الى نقله الخلاف فيه اه مدفوع بانه لم يصرح فى لف بان هؤلاء مخالفون البتة بل استشعر منهم الخلاف باعتبار عباراتهم التى نقلها فيه و هى كعباره الغنيه و السرائر غير صريحه و لا- ظاهره فى وجود الخلاف من الاماميه اما عبارته ابن حمزه فلاين قوله و الصحيح اه لا- دلالة فيه بل و لا اشعار على وجود الخلاف من الاماميه فى المسأله و لعله اراد بذلك التنبيه على وجود الخلاف او الاشكال من العامه لا من الخاصه فان الغالب فى احوال القدماء التعرض لخلافات العامه و اشكالاتهم و ردها و لا ينكر ذلك الا من لم يتتبع فى كتب القدماء و لم يطلع على طريقتهم سلمنا الاشعار و لكنه ليس بحجه و لا يصح نسبه القول الى احد به على انه قد يدعى الاشعار باتفاق الاماميه لبعد ان يكون المراد الصحيح عندى فت و اما عبارته المفيد و الشيخ فى النهايه التى حكاهما فى لف فليست بصريحه فى المخالفه قطعا نعم ربما كان اطلاقها دالا عليها و لكن الاطلاق ظاهر يرتفع ظهوره اذا ورد فى بيان حكم اخر كما فى عبارتهما كما لا يخفى و قد اعترف قدس سرّه بضعف دلالة الاطلاق على العموم اذا ورد فى مقام بيان حكم اخر على ان الغالب تحقق رضاء المحال عليه اذا رضى المحيل و المحتال بالحواله فينصرف اليه الاطلاق المذكور فلم يبق له دلالة على المدعى بوجه من الوجوه سلمنا الدلالة و لكنها لا تعارض دعوى اتفاق الاصحاب فى التذكرة الى اشتراط رضاء المحيل فانها اقوى دلالة على موافقه الشيخين للمعظم و لعلّ المدعى للاتفاق عثر على عبارته اخرى لهما متأخره عن تلك عبارته داله على موافقه بل هو الظاهر بناء على ظهور وقوع تاليف الخلاف و المبسوط بعد النهايه فمخالفتها على تقدير تسليمها غير مانعه من حصول الاتفاق و اما عبارته الغنيه و السرائر فلما

بيناه سابقا و اما عاشرافبان قوله قدس سرّه هذا مضافا الى مصيره فى لف اه مدفوع اولا بان العلامة فى لف لم يصرح باختياره للقول الثانى و لا بانه اقوى او قوى بحيث يكون مذهبا له بل انما الموجود فيه هو التصريح بعدم اطلاعه على مستند الاصحاب فى حكمهم بكون رضاء المحال عليه شرطا و باستفاده الخلاف من الشيخين و ابن حمزه و ما ذكره من شواهد بلوغ شهره القول بالاشتراط حدا لا يجسر معه الاقدام على المخالفه و ثانيا بالمنع من كون باب الحواله من التذكره او هذه المسأله منها بخصوصها مصنفا قبل لف بل يحتمل العكس و اتمام شطر عظيم من التذكره قبل الشروع فى تاليف لف و كونه اخر مؤلفاته لا ينافى ما ذكر مع ان معرفه ترتيب كتب العلامة و ابوابها فى

التاليف امر مشكل فى الغايه سلمنا مخالفته و مخالفه المفيد و الشيخ فى النهايه و ابى حمزه و الشهيد الثانى فى لك و ضه و لكن مخالفتهم لا- يقدر فى حجيه الاجماع المنقول الذى نسبه الى الشيخ جماعه من المحققين خصوصا اذا اعتضد بالشهره المحققه و المحكيه فى كلام جماعه و بالجمله الوجه المذكور فى غايه المتانه بل هو العمده فى اثبات القول الاول بناء على المختار الذى صار اليه المعظم من حجيه الاجماع المنقول بخبر العدل خصوصا اذا كان مثل شيخ الطائفه و اعتضد بالشهره العظيمه بعدم ظهور مخالف صريح سوى شاذ من الاماميه المتاخره و بنحو ما ذكره فى لف و موضعين من التذكره و بعدم الاشاره الى الخلاف فى جمله من كتب الاصحاب التى تقدم اليها الاشاره و لذا ان المحقق الثانى مع قله اعتماده على الاجماع المحكيه و ذكره لها فى كتبه اعتمد على الاجماع المنقول فى المسأله مع اعترافه بمتانه دليل القول الثانى و كذا يظهر الاعتماد على الاجماع المنقول هنا من مجمع الفائده مع قله اعتماده عليه و تعرضه له هذا و ان جعلنا الشهره بنفسها حجه شرعيه كما عليه بعض الاصحاب و لا يخ عن قوه تكون بنفسها دليلا اخر و مستقلا على القول الاول و قد تكرّر من العلامة فى لف و غيره جعل الشهره بنفسها دليلا- مستقلا على الحكم و منها ما تمسك به فى التذكره من ان الاصل بقاء الحق فى ذمه المحال عليه للمحيل فتستصحب الى ان يظهر المعارض و اجاب عنه فى لك قائلا ان الاصل المذكور معارض باصالة عدم الاشرط و الاستصحاب انقطع بما ذكرناه خصوصا مع اتفاق الحقين جنسا و وصفا و قد يجاب عما ذكره بان اصالة عدم الاشرط لا وجه لها سوى عموم ما دل على صحه الحواله من قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و سيأتى الجواب عنها إن شاء الله و منها ما تمسك به فى التذكره أيضا من ان المحال عليه احد من يتم الحواله فكان كالأخرين و اجاب عنه

ص: ١٤٩

فى لك و ضه و الرياض بان المحيل قد اقام المحتال مقام نفسه فى القبض بالحواله فلا وجه للافتقار الى رضاء من عليه كما لو وكله فى القبض منه بخلاف الاخرين و منها ما تمسك به فى التذكره أيضا من ان الناس يختلفون فى الاقتضاء و الاستيفاء سهوله و صعوبه و اجاب عنه فى لك و ضه و ض بان اختلاف الناس فى الاقتضاء لا يمنع من مطالبه المستحق و من نصبه خصوصا مع اتفاق الحقين جنسا و وصفا و زاد فى الرياض قائلا و ما ربما يقال من انه قياس للحواله على الوكاله مع كونها من العقود الجائزه دون الاولى فانها من العقود اللازمه المترتبه عليها كثير من الاحكام المخالفه للأصول القطعيه غير مفهوم فان المراد من تشبيهاها بالوكاله ليس الا- لأجل دفع دليل الاشرط من اختلاف الناس فى سهوله القضاء و صعوبته بناء على انه لو صلح للاشرط و اثبات المانعيه الحواله بدون رضاء لصلح لإثبات المانعيه عن الوكاله مع عدم رضاء بالبديهه لجريان دليل المنع عن الحواله فيها ح بالضروره و مثله لا يسمى قياسا بل تنظيرا و هو جائز اجماعا حيث يحصل دليلا آخر للحكم فى المقيس غير نفس القياس كما فيما نحن فيه لان الدليل فيه هو عموم الامر بالوفاء بالعقود و اطلاق كثير مما سيأتى من النصوص و اجود منه التنظير بيع ما على

المحال عليه من المحتال لجوازه و ان لم يرض به المحال عليه اجماعا الا- من الحلّى مع ان دليل المنع جار فيه أيضا و منها ما ذكره فى جامع المقاصد من ان نقل المال من ذمه المحيل الى ذمه المحال عليه تابع لرضاه و متوقف عليه و اجاب عنه فى لك بان التوقف على رضاه محل النزاع فلا يجعل دليلا مع انا نمنع من اقتضاء الحوالة النقل بل هى ايفاء لما فى ذمه الغير فلا يقصر عن منعه و لا- يشترط فيه رضاه و منها عموم قوله ص لا يحل مال امرئ مسلم الا عن طيب نفس منه فت و منها عموم قوله تعالى **لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ** فت و للآخرين وجوه منها ما تمسك به فى لف و الرياض من عموم قوله تعالى **أَوْفُوا بِالْعُقُودِ** و يجاب عنه بانه مخصص بما دل على اشتراط رضاه المحال عليه من الاجتماعات المحكيه المعتضده بالشهره العظيمة التى لا يبعد منها دعوى شذوذ المخالف و المؤيده بالوجوه المتقدمه و منها اطلاق النبوى اذا احيل احدكم على ملئ فليحتل المؤيد بعموم قوله ص المؤمنون عند شروطهم و يجاب عنه بنحو ما تقدم مع ان النبوى الاول ضعيف السند بالارسال فلا يصلح للحجيه و منها ما ذكره فى مجمع الفائده قائلا نازع فى ح يع فى شرطيه رضاه المحال عليه محتجا بانها كالوكاله و بيع ما فى ذمته ثم اجاب عنه قائلا- و الفرق بين الوكاله و البيع و الحوالة واضح و على تقدير عدمه فيحتمل كون الفارق هو الاجماع و بالجملة الاجماع المنقول عن الشيخ و المفهوم من كره و الاصل و الاستصحاب و كونها على خلافه فيختص على محل الوفاق و اليقين و التفاوت بين الناس فى المعاملات يدفع النزاع و يظهر مما ذكره اختياره القول الاول الذى عليه المعظم و هو المعتمد عندى أيضا مع انه احوط و

**ينبغى التنبيه على امور**

## **الاول اطلق**

فى المبسوط و الغنيه و النافع و يع و عد و صره و التلخيص و شد و ير و اللمعه و الجامع و جامع المقاصد و مجمع الفائده شرطيه رضاه المحيل و لكن صرح فى كره و لك و ضه و غيرها باستثناء صورته خاصه من ذلك قائلين و يستثنى من اعتبار رضاه المحيل ما لو تبرع المحال عليه بالوفاء فانه لا يعتبر رضاه المحال قطعا لأنه وفاء دينه بغير اذنه و العبارة عنه ح ان يقول المحال عليه للمحتال احلت الدين الذى لك على فلان على نفسى فيقبل فيشترط هنا رضاه المحتال و المحال عليه فيقومان بركن العقد و قد نقل فى الكفايه ما ذكر عن الشهيد الثانى من غير تعرض لرده فظاهره الميل اليه و فيما ذكره نظر و التحقيق ان يقال ان المحال عليه ان تبرع بالوفاء من دين المحيل و من غير ماله فلا اشكال فى عدم صحه هذه الحوالة اذا لم يرض صاحب الدين به و ان تبرع بالاداء من مال نفسه لا دين الغير ففى صحه هذه الحوالة اشكال من عدم معلوميه صدق الحوالة على المفروض حقيقه و عدم انصراف اطلاق ما دل على صحه الحوالة من النص و الفتوى اليه ان سلمنا كونه حوالة حقيقه عرفا و لغه و شرعا و من عموم قوله تعالى **أَوْفُوا بِالْعُقُودِ** الا ان يجاب عنه بما ذكره فى الرياض بعد ايراده لعبارة ضه المصرحه بالاستثناء المذكور قائلا و لعله ناظر الى جواز الوفاء عنه بدون الاتفاق فهو حسن الا ان فى صلوحه لإدراج مثل هذه الحوالة التى هى من العقود اللزومه مناقشه الاختصاص اطلاقات نصوصها بغيره و عدم عموم فى العقود التى امرنا بالوفاء بها الا بالنظر الى انواع العقود المتعارفه زمان الصدور و لا- بد من الاقتصار فيها على ما يسمى بها حقيقه عرفا و عاده لا مط و كون ما ذكر منها محل اشكال فالتوقف عليه مجال و فيما ذكره نظر فان العقود جمع معرف باللام فيفيد العموم الاستغراقى و خروج بعض الافراد منه بالدليل لا يوجب سقوط حجتيه بالنسبه الى ما لم يتم دليل على خروجه فان العام المخصّص حجه فى الباقي وفاقا لأكثر المحققين و قد بينا فى المفاتيح و

غيره ان الآيه الشريفه تفيد اصاله صحه العقود فاذن ما ذكره الجماعه المتقدم اليهم الاشاره فى غايه القوه الا ان يمنع من صدق الحواله على المفروض حقيقه كما هو الظاهر فلا- يتجه ما ذكروه من حيث كونه حواله و هل يلزم باعتبار كونه عقدا آخر او لا فيه اشكال و لكن احتمال اللزوم فى غايه القوه و على اى تقدير لا- يتجه ما ذكروه من الاستثناء لتحقق رضاء المحيل هنا و ان كان محالا عليه باعتبار آخر و لا امتناع فى اتصاف الشخص الواحد بالمتضادين بالاعتبارين

### **الثانى صرّح فى التذكرة مفرعا على شرطيه رضاء المحيل**

بانه لو اكره على ان يحيل فأحال بالاكره لم يصح الحواله و لا نعرف فيه خلافا و هو جيد

### **الثالث ان قلنا بعدم اعتبار رضاء المحال عليه**

فهل يختص بصوره اتفاق الحقين جنسا و وصفا او لا بل لا يشترط مط صرح بالاول فى ضه و لك و الرياض

ص: ١٥٠

قائلين عدم اعتبار رضاء المحال عليه قوى نعم لو كانا مختلفين و كان الغرض استيفاء مثل حق المحتال توجه اعتبار رضاء المحال عليه لان ذلك بمنزله المعاوضه الجديده فلا- بد من رضاء المتعاضين و لو رضى المحتال باخذ جنس ما على المحال زال المحذور أيضا

### **الرابع صرح فى لك بانه يستثنى من القول بعدم اعتبار رضاء المحال عليه**

ما لو كان برياً من حق المحيل فان رضاه معتبر اجماعاً و قد صرّح بما ذكره فى ضه و كذا صرح به فى جامع المقاصد أيضا و لكن ليس فيهما دعوى الاجماع نعم صرحا بانه مقطوع به

### **الخامس صرّح فى لك و ضه بانه على تقدير اعتبار رضاء المحال عليه**

ليس هو على حد رضاء المحيل و المحتال لان الحواله عقد لازم لا يتم الا بايجاب و قبول فالايجاب من المحيل و القبول من المحتال و يعتبر فيهما ما يعتبر فى غيرهما من اللفظ العربى و بالمطابقه و غيرهما و اما رضاء المحال فيكفى كيف اتفق متقدما و متأخرا و مقارنا و ما ذكره من كفايه رضاه المحال عليه كيف اتفق جيد

### **منهل لا اشكال فى انه يشترط فى المحيل و المحتال و المحال عليه البلوغ و العقل و عدم الحجر**

و قد صرح بذلك فى التذكرة قائلا يشترط كماله الثلاثه اعنى المحيل و المحتال عليه لان رضاهم شرط و انما يعتبر الرضا ممن

له اهليه التصرف فلا يصح من الصبي و ان كان مميزا اذن له الولي او لا و لا من المجنون و كذا يشترط رفع الحجر في الثلاثه اما المحيل فلما فيه من التصرف المالى و السفيه و المفلس ممنوعان منه و اما المحتال فكك أيضا لما فيه من الاعتياض عن ماله بماله و اما المحال عليه فلانه التزام بمال و اشار الى ما ذكره في مجمع الفائده أيضا

### منهل الحواله عقد ناقل للمال من ذمه الى اخرى

فاذا احال المحيل رجلا على آخر بالحق و قبل الحواله و صحت باعتبار اجتماع جميع شرائطها انتقل الحق من ذمه المحيل الى ذمه المحال عليه فقبراً ذمه المحيل مما عليه كالضمان و قد صرح بذلك فى المبسوط و الخلاف و الغنيه و الشرائع و النافع و التلخيص و عد و ير و لف و كره و اللمعه و جامع المقاصد و لك و الروضه و مجمع الفائده و الكفايه و الرياض و لهم و جوه منها ظهور الاتفاق عليه و منها تصريح المبسوط بدعوى الاجماع عليه الا من زفر و يعضده اولا تصريح الخلاف بانه مما قال به جميع الفقهاء و ثانيا تصريح الغنيه بانه لا خلاف فيه الا من زفر و ثالثا تصريح موضع من التذكرة بانه مذهب علمائنا اجمع و العامه الا ما يحكى عن زفر و تصريح موضع آخر منها بانه قول عامه الفقهاء و رابعا تصريح لك بانه موضع وفاق منا و من العامه الا- من شذ منهم فانه جعلها كالضمان و خامسا تصريح الروضه بانه كالضمان عندنا و سادسا تصريح الرياض بانه حكى عن السرائر كالغنيه و كره دعوى الاجماع على ان الحواله يوجب البراءه من المال و بالجملة قد استفاض نقل الاجماع على انها ناقله للمال من ذمه المحيل الى ذمه المحال و منها ما تمسك به فى الخلاف قائلا دليلنا ان الحواله مشتقه من التحويل فينبغى ان يعطى اللفظ حقه من الاشتقاق و المعنى اذا حكم الشرع بصحته فاذا أعطيناه حقه و جب ان ينتقل الحق من المحيل الى المحال عليه و قد تمسك بهذا الوجه أيضا فى المبسوط و الغنيه و لف و التذكرة و لك و الروضه و كذا تمسك به فى الرياض أيضا قائلا يدل عليه اطلاق النصوص و عموم الادله بلزوم الوفاء بالعقود كتابا و سنه بناء على ان معنى الحواله الانتقال من حينها نظرا الى مبدء اشتقاقها الذى هو التحويل فاذا تحققت و جب تحقق المبدأ و اورد على هذا فى التنقيح قائلا اشتقاق الحواله من التحول ممنوع لاحتمال التجوز ثم صار فى عرف الشرع حقيقه فى غير ذلك كما فى النسخ فان الاشتقاق يقتضى ان يكون الناسخ قد نقل المكتوب الى كتابه و ليس كذلك بل هو مجاز بمعنى اثبات مثل صورته المكتوب فى كتابه ان قلت الاصل عدم المجاز قلت مسلم لكنه لازم لان احد الحقيين ليس هو الاخر حقيقه حتى يتحقق التحويل بل غيره خصوصا مع عدم اشتراط اتحاد الحقيين جنسا و صفه فيكون مجازا

### منهل هل تبرأ ذمه المحيل بنفس الحواله المستجمعه لشرائط الصحه او لا بل لا تبرأ الا بعد ابراء المحتال اياه

اختلف الاصحاب فى ذلك على قولين الاول ان ذمه المحيل تبرأ بنفس الحواله من غير توقف على ابراء المحتال اياه و هو للشرائع و النكت و النهايه و النافع و شد و عد و ير و كره و لف و جامع المقاصد و لك و ضه و مجمع الفائده و الكفايه و الرياض و المحكى فى جمله من الكتب عن ابن ادريس و هو الظاهر من الخلاف و المبسوط و النافع و صره بل صرح بكونه المشهور فى لف و التذكرة و جامع المقاصد و الروضه و لك و غيرها و صرح فى الكفايه بانه الاشهر الثانى ان المحيل لا تبرأ ذمته الا- بعد ابراء المحتال اياه و هو للمحكى فى لف و التنقيح عن الاسكافى و المفيد و الشيخ فى النهايه و ابن البراج و ابن حمزه و ابى الصلاح و ربما يستفاد من الجامع و التنقيح أيضا للأولين و جوه منها ما تمسك به فى لف و الرياض من ان الابراء اسقاط لما فى الذمه و لا يمكن ثبوته هنا فلا يعد شرطا اما المقدمه الاولى فظايره و اما الثانيه فلان الاسقاط اما ان يتحقق قبل

الانتقال او بعده و القسمان باطلان اما الاول فلانه يستلزم بطلان الحواله اذ لا يبقى للانتقال من ذمه المحيل الى ذمه المحال عليه وجه لخلو ذمه المحيل أيضا ح من حق ينتقل عنها و اما الثانى فلان ذمه المحيل بعد الحواله و تحويل الحق منها الى ذمه المحال عليه يكون خاليه من الحق فلا يتحقق الاسقاط و لأنها عقد قائم بنفسه مأخوذه من تحويل الحق من ذمه الى اخرى فاذا تحققت و جب ان يتحقق المعنى المشتق عنه و قد صرح فى التذكرة و جامع المقاصد و لك و ضه و مجمع الفائده بان كون الحواله ناقله يستلزم كونها مبرئ ذمه المحيل بنفسها و منها ان الحواله لو لم يكن مبراه لها لجاز للمحتال الرجوع على المحيل بعد الحواله و التالى بط فالمقدم مثله اما الملازمه فظاهره و اما بطلان التالى فلجملة من الاخبار احدها خبر منصور بن حازم الذى وصفه فى الكفايه بالموفقيه و احتج بها فيها كمجمع الفائده

ص: ١٥١

على هذا القول قال سئلت ابا عبد الله ع عن الرجل يحيل على الرجل بدرهم ا يرجع عليه قال لا يرجع عليه ابدا الا ان يكون قد افلس قبل ذلك و ثانيها خبر عقبه بن جعفر الذى تمسك به فى لف و مجمع الفائده و الكفايه على المدعى عن ابى الحسن ع قال سألت عن الرجل يحيل الرجل بمال على الصيرفى ثم يتغير حال الصيرفى ا يرجع على صاحبه اذا احتال و رضى قال لا و ثالثها ما تمسك به فى الكفايه من روايه ابى ايوب الخزاز التى وصفها بالصحة عن ابى عبد الله ع عن الرجل يحيل الرجل بالمال ا يرجع عليه قال لا- يرجع عليه ابدا الا ان يكون قد افلس قبل ذلك و منها ظهور عبارته التذكرة فى دعوى الاجماع على حصول البراءة بنفس قبول الحواله من غير توقف على الابرء فانه صرح بانه اذا حصلت الحواله مستجمعه الشروط انتقل المال الى ذمه المحال عليه و برئ المحيل سواء ابراه المحتال عليه او لا- و هو قول عامه الفقهاء و يؤيده قولها فى مقام اخر بعد الاشارة الى مخالفه الشيخ فى النهايه و احتجاجه بروايه حسنه يأتى اليها الاشارة و هذه الروايه لا باس بها لصحة السند لكن المشهور عند الاصحاب و العامه البراءة بمجرد الحواله فلا بد من حمل الروايه على المشهور بين الاصحاب و للآخرين وجوه منها خبر زراره الذى وصف بالحسن فى لف و لك و مجمع الفائده و الكفايه و فى التذكرة و غيرها بالصحة عن احدهما ع فى الرجل يحيل الرجل بمال كان له على رجل اخر فيقول الذى احتال برئت من مالى عليك قال اذا ابرأ فليس له ان يرجع عليه و ان لم يبرء فله ان يرجع على الذى احاله و منها ما اشار اليه فى الجامع قائلًا و روى اصحابنا انه ان ابرء المحتال المحيل بعد الحواله فلا رجوع عليه و الا- فله الرجوع و منها ما حكى فى لف عن الشيخ الاحتجاج من ان الحواله نوع من البيع و مع تعذر العوض يرجع الى عوضه فكذا هنا و فى جميع الوجوه المذكوره نظر اما الاول فلعدم صلاحيته لمعارضه الاخبار المتقدمه الداله على القول الاول فان التعارض بينه و بينها من قبيل تعارض العمومين من وجه لان هذا الخبر و ان اختص بصوره عدم الابرء لكنه اعم من صورتى قبول الحواله و عدمه بخلاف تلك الاخبار فانها شامله لصورتى الابرء و عدمه و مختصه بصوره قبول الحواله فيمكن تقييد اطلاق كل من المتعارضين بخصوص الآخر و من الظاهر ان الترجيح مع تلك الاخبار اما اولًا فلاعتضادها بالشهره المتحققه و المحكيه و اما ثانيًا فلاعتضادها بالإجماع المحكى فى التذكرة و اما ثالثًا فلاكثريتها بالنسبه الى معارضها و اتصاف اكثرها باعتبار السند بالصحة و الموثقيه و اما رابعًا فلما صرح به فى مجمع الفائده من كون الحسنه مخالفه للإجماع على ان الحواله ناقله و قد اولت بتاويلات و حملت على محامل احدها ما ذكره فى لف قائلًا فى مقام الجواب عن الحسنه ان قول المحتال برئت من مالى عليك هو القبول لامن السؤال وقع فى الرجل يحيل الرجل قال فيقول الذى احتال برئت من مالى عليك و هو اشاره الى قبول الحواله و ذلك معتبر بالإجماع و ثانيها ما نبه عليه فى الكفايه قائلًا و الاقرب فى الجميع بين الاخبار حمل الحسنه على السلب

الكلى و الايجاب الجزئى كما هو ظاهر السلب و الايجاب فيكون المراد فى الايجاب ان له ان يرجع اليه فى بعض الاحيان و هو ما اذا ظهر اعسار المحال عليه حال الحواله مع جهل المحتال بحاله و اشار الى اما ذكره فى كره و جامع المقاصد و ثالثها ما ذكره فى جامع المقاصد و التذكرة قائلا و ليس ببعيد من الصواب حملها على ما اذا شرط المحيل البراءه فانه يستفيد بذلك عدم الرجوع لو ظهر افلاس المحال و صرح فى لك بانه حمل بعيده و رابعها ما نبه فى الرياض عليه قائلا و ربما يتوجه حملها على التقيه من مذهب بعض العامه من عدم حصول البراءه بالحواله و ان مقتضاها اما هو ضم ذمه الى اخرى كما قالوه فى الضمان و اشار الى ما ذكره بعض الاجله فاذن المعتمد هو القول الاول و كما يبرء المحيل بنفس الحواله من دين المحتال كذا يبرء بذلك المحال عليه عن دين المحيل كما صرح به فى التحرير و عد و صرح به فى جامع المقاصد محتجا بانه انتقل الحق عن ذمه المحيل الى ذمه المحال عليه فصار ما فى ذمته حقا فامتنع بقاءه على ملك المحيل

### منهل هل يشترط فى صحه الحواله سبق اشتغال ذمه المحال عليه بالدين

#### اشاره

فلا- يصح ان يحيل على من ليس عليه للمحيل دين و على البرى ء او لا- يشترط ذلك فتصح الحواله على البرى ء اختلف الاصحاب فى ذلك على قولين الاول انه يصح الحواله على البرى ء و هو للخلاف و موضع من المبسوط و الغنيه و الشرائع و شد و التلخيص و عد و كره و لف و ير و الجامع و جامع المقاصد و لك و ضه و مجمع الفائده و الكفايه و الرياض و قد صرح فيه بدعوى الشهره العظيمه عليه الثانى انه لا يصح ذلك و هو للمحكى فى لف عن موضع اخر من ط و حكاه فى التنقيح عن جماعه قائلا- ذهب الشيخ و القاضى و ابن حمزه الى اشتراط شغل ذمه المحال عليه و هو اختيار المص و لعله اشار الى ما فى النافع من قوله الحواله مشروعه لتحويل المال من ذمه الى ذمه مشغوله للأولين وجوه منها ما تمسك به فى لف و لك و اشار اليه فى جامع المقاصد من اصاله الجواز و الصحه و عدم الاشتراط و الى ذلك اشار فى الخلاف و المبسوط بقوله لان الاصل جواز ذلك و المنع يفتقر الى دليل و فى الروضه بقوله الاقوى جوازها على البرى للأصل و منها انه صرح فى الرياض بانه حكى من السرائر انه ادعى الاجماع على جواز الحواله على البرى ء محتجا به على الجواز و يعضده الشهره العظيمه التى لا يبعد معها دعوى شذوذ المخالف بل قد يمنع من وجوده لتصريح جمله من الكتب كالتحرير و لف و لك و جامع المقاصد و الكفايه بان للشيخ المانع من جواز ذلك قولاً- بجوازه و لعله متأخر عنه و ان صرح فى لف بانه قوى فى ط فى اول كتاب الحواله جوازها على من ليس عليه شى ء للمحيل ثم قوى فى اخره المنع و ذلك لاحتمال وقوع تاليف الاخر

ص: ١٥٢

اولا و الاول آخره و ترتيب الكتاب لا يدل على ترتيب التاليف كما لا يخفى على انه قد اختار فى الخلاف الجواز و يحتمل كونه بعد المبسوط او بعد باب الحواله منه فت و اما القاضى و ابن حمزه و المحقق فلم ينقل عنهم القول بالمنع فى كثير من الكتب كالتذكرة و لف و جامع المقاصد و لك و ضه و مجمع الفائده و الكفايه و غيرها و انما اقتصر اكثرها على نقل الخلاف عن الشيخ و قد صرح بعض الاجله بانه لم ينقل المنع هنا عن غير الشيخ فيحتمل كون ما فى التنقيح من نسبه القول بالمنع الى الجماعه المذكورين اشتباها فى النقل و اما عبارته النافع فليست بصريحه فى الدلاله على المنع من ذلك بل قد يمنع من ظهورها فيه فت و منها ما تمسك به فى الرياض من عموم الامر بالوفاء بالعقد و منها اخبار منصور بن حازم و عقبه بن جعفر و ابى ايوب



الخزاز و زراره التي تقدم اليها الاشاره في المسأله السابقه فانها بعمومها الناشى من ترك الاستفصال يشمل محل البحث كالنبوى المرسل اذا احيل احدكم على ملئ فليحتل و قد صرح فى الرياض و غيره بدلاله بعض النصوص على جواز ذلك محتجين به عليه و لعل فى تمسك جمله من الكتب المتقدمه بالاصل اشاره الى هذه العمومات و الا فلا اشكال فى ان الاصل يقتضى المنع كما بيناه فى كتب الاصوليه و للآخرين ما ذكر فى الرياض قائلًا حجه الشيخ غير واضحه عدا الاصل الغير المعارض لما مر من الادله المعتضده بالشهره العظيمه و الاقرب عندى ما صار اليه كالمعظم من جواز ذلك و

### **ينبغى التنبيه على امور**

#### **الاول يتفرع على هذا النزاع جواز امتناع المحال من اداء ما احيل به عليه**

بعد قبوله للحواله فان قلنا بصحه هذه الحواله لم يجز له الامتناع بعد القبول لأنها من العقود اللازمه و يحصل بها براءه ذمه المحيل و ان قلنا بفسادها جاز له الامتناع بعد القبول و لم يبرأ ذمه المحيل

#### **الثانى صرح فى الشرائع و القواعد و كره بان هذه الحواله على تقدير صحتها**

كما هو المختار اشبه بالضمان و صرح بذلك أيضا فى جامع المقاصد و لك و ضه و الرياض معللين باقتضاء هذه الحواله نقل المال من ذمه مشغوله الى ذمه بريئه فكان المحال عليه بقبوله لها ضامن لدين المحتال على المحيل و زاد فى الثلاثه الاخيره قائلين و لكنها لا- يخرج بهذه الشبهه عن اصل الحواله فيلحقها احكامها و لعل ما فى الكفايه من ان هذه الحواله ترجع الى الضمان محمول على ما ذكره و قد اشار اليه فى التحرير بقوله لو احوال من عليه دين على من لا دين عليه فقد بينا جوازه و انه حواله صحيحه و قيل ليس بحواله و انما هو اقتراض

#### **الثالث صرح فى التنقيح بانه يتفرع على القولين انه لو ادى المحال عليه**

ثم ادعى عليه المحيل به شغل ذمته بمثله فانكره فالقول قول المحيل و الاقوى المحال عليه على الثانى

#### **الرابع صرح فى لك بان مبنى القولين على ان الحواله هل هى استيفاء**

او اعتياض فعلى الاول يصح دون الثانى لأنه ليس على المحال عليه شىء يجعل عوضا عن حق المحتال و اشار الى ما ذكره فى التذكرة و التنقيح و جامع المقاصد

#### **الخامس اذا احوال زيد عمرا على بكر بالف**

مثلا و كانت ذمه زيد و بكر مشغولتان فلا خلاف فى صحه الحواله ح كما صرح فى التذكره

### منهل لا يجب على المحتال قبول الحواله و لو كانت على ملى باذل غير مماطل

#### اشاره

كما صرح به فى الخلاف و الغنيه و النافع و الشرائع و عد و كره و صره و شد و ير و اللمعه و الجامع و جامع المقاصد و ضه و لك و مجمع الفائده و الكفايه و الرياض و لهم و جوه منها ما تمسك به فى التذكره و الرياض من الاصل السليم عن المعارض و منها ظهور الاتفاق عليه و قد صرح بنفى الخلاف فى الرياض و ربما يستفاد ذلك من التذكره و لك و جامع المقاصد لأنهم لم يحكوا خلافا فيه الا- من بعض العامه و كذا يستفاد ذلك من ضه أيضا و منها ما تمسك به فى جامع المقاصد و لك و ضه و الرياض من ان الواجب اداء الدين و الحواله ليست اداء و انما هى نقل الدين من ذمه الى اخرى فلا- يجب قبولها و منها ما تمسك به فى التحرير و مجمع الفائده من انه يتوقف صحه الحواله على رضا المحتال فلا يجب عليه قبولها و

#### ينبغى التنبيه على امور

### الاول هل يستحب قبول الحواله على الملى او لا

صرح بالاول فى الخلاف و الغنيه و التذكره و الجامع و لك و ضه و الرياض و هو الاقرب لقاعده التسامح فى ادله السنن و لما تمسك به فى ف و الغنيه من ان فى القبول قضاء حاجه المحيل و اجابته الى ما ينبغى فيستحب و للنبوى اذا احيل احدكم على ملى فليحتل فان الامر بعد تعذر حمله على حقيقته و هو الوجوب يلزم حمله على الاستحباب لأنها اقرب المجازات و لذا صرح فى الخلاف و الغنيه و صه و لك بحمل الامر فى الروايه على الاستحباب و احتمال فى الاخير الحمل على الارشاد أيضا و فيه نظر و يستفاد من اطلاق الجامع الاستحباب القبول مط و لو لم يكن على ملى

### الثانى صرح فى التحرير بانه لو قبل المحتال

لم يجب على المحال عليه القبول معللا بكون رضاه شرطا و فيه نظر و لكن ما ذكره من الحكم جيد

### الثالث يجب الحواله على المحيل اذا توقف عليه

اذا حال الدين و رضى بها المحتال و المحال عليه

### منهل اذا قبل المحتال الحواله المستجمعه للشرائط و كان المحال عليه مليا وقت الحواله

#### اشاره

او معسرا علم المحال باعساره وقت الحواله لزمتم الحواله فليس للمحتال الرجوع على المحيل و لا فسخ الحواله و قد صرح بذلك فى النهايه و الوسيله و الغنيه و المراسم و النافع و الشرائع و عد و ير و صره و شد و التلخيص و الجامع و جامع المقاصد و لك و مجمع الفائده و الكفايه و الرياض و لهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه كما نبه عليه فى الكفايه بقوله لا اعرف فيه خلافا بيننا و منها عموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و عموم قوله ص المؤمنون عند شروطهم و منها ما تمسك فى الكفايه من صحيحه ابى ايوب و موثقه منصور بن حازم و روايه عقبه بن جعفر الداله على انه لا يرجع المحتال على المحيل بعد الحواله و قد تقدم اليها الاشاره و قد تمسك بالروايه الاخيريه هنا فى جامع المقاصد و لك و الرياض و منها ما تمسك به فى جامع المقاصد و لك و الرياض من ان الحواله توجب براءه ذمه المحيل من

ص: ١٥٣

المال فلا يعود الا بسبب و

**ينبغى التنبيه على امور**

### **الاول لا فرق فيما ذكرناه بين ان يفتقر المحال عليه بعد الحواله او لا**

فلو كان موسرا حالها و جدد اعساره بعدها فلا خيار له كما صرح به فى النافع و يع و عد و شد و ير و التنقيح و لك و ضه و مجمع الفائده و الكفايه و الرياض بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه كما نبه عليه فى الكفايه بقوله لا اعرف فيه خلافا بيننا ثم احتج عليه بعموم صحيحه ابى ايوب و موثقه منصور و خصوص روايه عقبه بن جعفر و يعضد ما ذكره الاصل و عموم الامر بالوفاء بالعقود و الشروط و صرح فى لك بانه يلحق بما ذكر ما لو تعذر بالاستيفاء بوجه اخر و هو جيد

### **الثانى لا فرق فيما ذكرناه أيضا بين اخذ المحتال شيئا من المال و عدمه**

كما صرح به فى لف و التنقيح و الرياض مدعين انه مذهب اكثر علمائنا و محتجين باصالتى لزوم العقد و عدم اشتراط الاخذ و القبض فلا- يرجع عن الاصلين الا- بالدليل و زاد فى الاخير و احتج عليه أيضا باطلاق النصوص المتقدمه و بان الحواله توجب البراءه من المال فلا يعود الا بسبب ثم حكوا عن الديلمى خاصه انه فصل بانه ان كان المحال قد قبض بعض الحواله لم يجز له الرجوع و ان لم يأخذ فله الرجوع و صرح فى لف بانه احتج بان القبول يتم بذلك ثم اجاب عنه بالمنع و صرح فى الرياض بشذوذ سلالر هنا و بان حجيته غير واضحه

### **الثالث اذا قبل المحتال الحواله غير عالم بملاءمه المحال عليه**

وقت الحواله ثم تبين له كون المحال عليه فقيرا وقت الحواله جاز له ح الرجوع على المحيل بالمال فيشترط فى الحواله و عدم جواز رجوع المحتال على المحيل احد الامرين ملاءمه المحال عليه وقت الحواله أو علم المحتال بفقره وقتها و قد صرح بذلك

فى النهايه و الوسيله و الغنيه و الشرائع و النافع و صره و شد و ير و عد و التلخيص و اللمعه و جامع المقاصد و لك و ضه و مجمع الفائده و الكفايه و الرياض و لهم و جوه منها ظهور الاتفاق عليه و منها تصريح التذكره بدعوى الاجماع على جواز فسخ الحواله ح و يعضده اولاً- تصريح الخلاف بدعوى الاجماع على عدم صحه الحواله اذا وجد المحتال المحال عليه معسرا بعد الحواله و ثانيا تصريح الغنيه بانه يشترط ان يكون المحال عليه مليا فى حال الحواله بلا خلاف بين اصحابنا و منها ما تمسك به فى الكفايه من صحيحه ابى ايوب و موثقه منصور بن حازم المتقدمين و قد تمسك بالاخيره فى جامع المقاصد و لك أيضا و بهما معا فى الرياض قائلا قوله الا ان يكون قد افلس قبل ذلك و ان عم صورتى العلم بافلاسه و عدمه الا انه محمول على الثانى لكون الحواله فى هذه الصوره من الفروض الغالبه دون الصوره الاولى فانها من الفروض النادره فلا يحمل عليه اطلاق الروايه و منها ما تمسك به فى لك من ان لزوم الحواله ح مستلزم للضرر و التغير و هما منفيان و لعله الى هذا اشار فى جامع المقاصد بقوله لوجود المقتضى و منها مفهوم الشرط فى النبوى المرسل اذا احيل احدكم على ملي فليحتل كما نبه عليه فى الخلاف قائلا امرع بالاحتياط اذا كان مليا دون ان يكون معسرا و لا- فرق فى جواز الرجوع على المحيل ح بين ان يشترط المحتال فى متن العقد ملاءه المحال عليه و عدمه كما صرح به فى الخلاف و التحرير و لك و ضه و هو ظاهر ما عداها من الكتب المتقدمه بل الظاهر انه مجمع عليه و قد صرح بدعوى الاجماع عليه فى ف و احتج عليه فى لك بغير ذلك قائلا لا فرق فى ذلك بين اشتراطه فى متن العقد يساره و عدمه لروايه منصور بن حازم عن الصادق ع و لما فيه من الضرر و التغير و هل الحواله ح فاسده فلا يجوز للمحتال امضاؤها و الرضاء بها فيكون ملاءه المحال عليه او علم المحتال بفقره شرطا فى صحه الحواله او لا بل يكون صحيحه و لكنها غير لازمه فيخير المحتال بين فسخ الحواله ثم الرجوع على المحال عليه و بين امضاؤها فلا يرجع على المحيل فيكون احد الامرين شرطا فى لزوم الحواله لا فى صحتها يظهر الاول من الخلاف و النهايه و الغنيه و المراسم و النافع و شد بل يظهر من الاول و الثالث دعوى الاجماع عليه و يدل عليه الاصل و ان الاغلب فى الشروط كونها شروط الصحه و صرح بالثانى فى الشرائع و عد و ره و ير و التلخيص و اللمعه و جامع المقاصد و لك و ضه و مجمع الفائده و الكفايه و الرياض بل ظاهرها انه مما لا- خلاف فيه لعدم اشارتها الى خلاف فيه اصلا و بما ذكر يظهر الوهن فى دعوى الاجماع على الاول مضافا الى امكان تنزيل ما عدا ف و يه على الثانى و منع ظهوره على وجه يعتد به فى الاول فلم يبق له الا الاصل و هو مدفوع بعموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و قوله ص المؤمنون عند شروطهم فاذن الاحتمال الثانى فى غايه القوه و لكن لا ينبغى ترك الاحتياط مهما امكن و على المختار فهل خيار الفسخ هنا على الفور او على التراخى فيه اشكال و لكن الاقرب الثانى لأنه مقتضى اطلاق عبارات الاصحاب و الاستصحاب بقاء الخيار

#### **الرابع إذا كان فقيرا حال الحواله ثم تجدد له اليسار بعدها**

و قبل ان يفسخ المحتال فهل تلزم الحواله ح فلا تجوز له الفسخ كما اذا كان مليا حال الحواله او لا بل يبقى خيار الفسخ على حاله ح استشكل فى ذلك فى القواعد من غير ترجيح و اشار الى وجه الاشكال فى جامع المقاصد قائلا ينشأ من ان المقتضى هو العيب بالفقر و قد زال فيزول الحكم و من ان الخيار قد ثبت من حين العقد و الاصل بقاءه ثم رجح هذا قائلا و هذا اظهر فان المقتضى ليس هو العيب فى الجملة بالفقر بل العيب بالفقر وقت الحواله و هذا لم ينف فيبقى حكمه و هو ثبوت الفسخ و قد اشار الى جميع ما ذكره فى لك و الرياض و اختارا ما اختاره من بقاء الخيار هنا و اختاره فى الروضه أيضا متمسكا بالاستصحاب و كذا اختار فى الكفايه أيضا و قد يناقش فيما تمسكوا به من الاستصحاب اولاً بمعارضته بمثله و هو استصحاب براءه ذمه

المحيل و اشتغال ذمه المحال عليه و ثانيا بالمنع من ثبوت الخيار في زمان من الازمنه فيما اذا حصل اليسار للمحال عليه بعد الحواله و قبل ظهور فقره حال الحواله للمحتال فالاصل لزومها ح في جميع الازمنه اذ لم يقد دليل على ثبوت الخيار للمحتال في الواقع بمجرد فقره حال الحواله بل

ص: ١٥٤

القدر المتيقن ثبوت الخيار بالامرين الفقر حال الحواله و تبينه للمحتال فلو فقد احدهما لم يثبت له خيار كما هو ظاهر الشرائع و النافع و عد و التلخيص و اللمعه و ضه و الكفايه فالدليل اخص من المدعى و ثالثا بمعارضته بعموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و قوله ص المؤمنون عند شروطهم و هو اولى بالترجيح و فيه نظر لان الاستصحاب المذكور معتضد بظهور اتفاق المعظم بل الكل على بقاء الخيار في محل البحث فانه جمله من العبارات مصرحه به و قد تقدم اليها الاشاره و جمله اخرى منها كعباره النهايه و الغنيه و الوسيله و المراسم و الشرائع و فع و صره و ير و شد و الجامع و اللمعه ظاهره في البقاء و لم نجد احدا حكى قولاً بعدم البقاء فينبغي ترجيحه على ما ذكر و على مثله المعارض له على ان بعض المحققين منع من صلاحية الامرين لمعارضته و ان لم يكن معتضدا بشيء من المرجحات لأنه من استصحاب الموضوع بخلاف مثل المعارض له فانه من استصحاب الحكم و هو مرجوح بالنسبه الى استصحاب الموضوع و لانه محل البحث خرج عن العمومين المذكورين باعتبار ثبوت الخيار قبل حصول اليسار فلا يندرج تحتها ثانيا بعد حصول اليسار و فيما ذكره نظر و كيف كان فما ذكرناه من المرجح كاف فاذن الاقرب هو بقاء الخيار هنا

### الخامس صرح في لك بان المراد بالفقر هنا الاعسار

و ان كان اعم و الا فيجوز كونه فقيرا بالمعنى المتعارف و موسرا بالمعنى المعتبر في الدين و هو جيد

### منهل يصح ترامي الحوات و دورها

كما صرح به في الشرائع و شد و عد و كره و اللمعه و جامع المقاصد و لك و ضه و مجمع الفائده و صرح في المبسوط و الجامع و ير و الكفايه بصحه ترامي الحوات و المراد به كما نبه عليه في التذكرة و جامع المقاصد و لك و ضه ان يحيل المحال عليه المحتال على آخر ثم يحيل الآخر محتاله على ثالث و هكذا كان يحيل المديون زيदा على عمرو ثم يحيل عمرو على بكر ثم يحيل بكر على خالد و هكذا و يبرء المحال عليه في كل مرتبه كالأول كما صرح به في التذكرة و جامع المقاصد و ضه و لا يشترط الانتهاء الى غايه مخصوصه كما صرح به في جامع المقاصد و هو ظاهر غيره من اكثر الكتب بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه و المراد بدورها كما نبه عليه في التذكرة و جامع المقاصد و لك و ضه ان يحيل المحال عليه في بعض المراتب على المحيل الاول كان يحيل المديون زيदा على عمرو ثم يحيل عمرو زيदा على المديون و المحتال في هذه الصورة و الصورة السابقه واحد و انما تعدد المحال عليه فيهما كما صرح به في جامع المقاصد و ضه و صرح به في كره في الصورة الاولى ثم ان المديون الاول الذي كان محيلا ثم صار محالا عليه في هذه الصورة ان كانت ذمته مشغوله بمثل ذلك للمحيل الثاني فلا بحث في الصحه و الا فالاقرب الصحه بناء على ما بيناه سابقا من جواز الحوات على البرىء و قد نبه على ما ذكرناه في جامع المقاصد

و لك و الحجه فى صحه ترامى الحوالات و دورها وجوه منها ظهور الاتفاق على ذلك كما يستفاد من الكتب المتقدمه اذ لم يشر الى مخالف و لا تامل فى ذلك و قد صرح بعض الاجله بظهور الاتفاق على ذلك و منها ما تمسك به فى جامع المقاصد من الاصل و عموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و منها عموم قوله ص المؤمنون عند شروطهم و منها عموم النبوى المرسل اذا احيل احدكم على ملئ فليحتل و الى هذه العمومات اشار فى مجمع الفائده بقوله وجه صحه ترامى الحواله الى غايه و دورها عموم ادله الجواز مع عدم المانع و منها ما نبه عليه فى لك بقوله كما تصح الحواله الاولى لاجتماع شرائط الصحه تصح الثانيه لتحقيق الشرط و هو اشتغال ذمه المحال عليه بدين و غيره و اليه اشار فى جامع المقاصد بقوله لثبوت الدين فى كل مرتبه و تحقق الشروط و فى التذكره بقوله لان حق الثانى ثابت فى الذمه فيصح ان يحيل به كالأول بالجملة لا اشكال فى صحه الامرين

### منهل اذا قضى المحيل الدين و آذاه بعد الحواله و تحول الدين من ذمته الى ذمه المحال عليه

و ان كان بمسأله المحال عليه فللمحيل ان يرجع على المحال عليه و ان تبرع بالاداء لم يرجع عليه و يبرء المحال عليه و قد صرح بجميع ما ذكر فى المبسوط و يع و التلخيص و عد و ير و الجامع و جامع المقاصد و لك و الكفايه و لهم و جهان احدهما ظهور الاتفاق عليه كما يستفاد من الكتب المذكوره لأنها لم تنبه على خلاف و لا اشكال فى ذلك و ثانيهما ما ذكره فى لك قائلاً لما كانت الحواله ناقله للمال من ذمه المحيل الى ذمه المحال عليه صار المحيل بالنسبه الى دين المحتال بمنزله الاجنبى لبراءه منه فاذا اذاه بعدها كان كمن ادى دين غيره بغير اذنه فيشترط فى جواز رجوعه عليه مسئلته و الا كان متبرعا و برئ المحال عليه و اذا اذاه من غير مسئله المحال عليه و لكن يقصد الرجوع عليه فهل له الرجوع عليه ح فالمناط فيه هو قصد الرجوع عليه مط و لو لم يسئل المحال عليه او لا بل يشترط فى الرجوع عليه المسأله فلو انتفت لم يرجع عليه مط و لو قصد الرجوع فلا يشترط فى عدم الرجوع قصد التبرع ربما يظهر الاخير من المبسوط و التلخيص و جامع المقاصد لأنهم علقوا الرجوع على المسأله و عدمه على عدمها و هو اعم من قصد التبرع و قصد الرجوع و عدم القصدين و علق فى الشرائع و عد و ير و الكفايه الرجوع على المسأله و عدمه على التبرع قائلين ان كان ذلك بمسألته رجع و ان تبرع لم يرجع و لكن فسر الاخير فى جامع المقاصد بعدم المسأله قائلاً و ان لم يتبرع اى لم يكن مسئله فان ذلك يفيد تبرعا و ان لم يقصد التبرع لم يرجع عليه اصلا و فيه نظر و التحقيق ان يقال اذا انتفت المسأله فان قصد التبرع فلا اشكال فى عدم الرجوع و ان لم يقصد التبرع و لا الرجوع فلا يبعد الحكم بعدم الرجوع للأصل و ان قصد الرجوع و امضاه و اجازه المحيل فالظاهر جواز الرجوع ان قلنا بصحه القرض من الفضولى كما هو التحقيق و الا ان قلنا بفساده فلا رجوع و هل يبرء المحال ح او لا فيه اشكال و لكن الاحتمال الاخير هو الاقرب

### منهل يشترط فى صحه المال به ان يكون ثابتا فى ذمه المحيل للمحتال

#### اشاره

فلو لم يكن المحيل مشغول الذمه للمحتال لم يصح الحواله فالحواله من البرى ء غير صحيحه و قد صرح باشتراط ذلك فى الشرائع و شد و التلخيص و ير و كره و عد و لك و مجمع الفائده و الرياض و ربما يظهر من الكفايه المخالفه و الاشاره الى وجود

المخالف حيث صرح بان المشهور انه يشترط في المال ان يكون ثابتا في الذمه من غير اشاره الى رضائه به و هو ضعيف بل المعتمد هو ما عليه المعظم من كون ذلك شرطا و لهم وجوه منها الاصل و منها ظهور الاتفاق عليه كما يستفاد من الكتب المتقدمه المصرحه بالاشتراط حيث لم تنبه على خلاف و لا اشكال فيه بل صرح بنفي الخلاف في الرياض فاذن لا عبره بما يستفاد من الكفايه مع عدم صراحتة في المخالفه بل لا ظهور فيه على وجه يعتد به و منها انه حكى في الرياض عن بعض انه حكى عن التذكرة دعوى الاجماع عليه و يعضده تصريح بعض الاجله بدعوى الاجماع عليه و منها ما تمسك به في التذكرة من ان الحوالة مأخوذة من تحول الحق و لاحق هنا ينتقل و يتحول و

### ينبغي التنبيه على امور

#### الاول يتفرع على ما ذكرناه بطلان الحوالة بما يقرضه في المستقبل

و قد صرح بدعوى الاجماع عليه في التحرير

#### الثاني لا فرق في الدين الثابت الذي يصح الحوالة

بين ان يكون لازما مستقرا او متزلزلا غير لازم كما صرح به في لك و الرياض و هو ظاهر اطلاق ما عداهما من الكتب المتقدمه و المبسوط و الجامع بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه فيصح الحوالة بالثمن في مده الخيار و تكون الحوالة مراعاة بالبقاء على البيع و لو فسخ بالخيار فصرح في لك بان في بطلان الحوالة ح و جهان و ظاهره التوقف و فيه نظر بل الاقرب البطلان للأصل مع فقد الدليل على الصحة و عموم ما دل على نفى الضرر و عموم قوله تعالى إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ و قوله ص لا يحل مال امرء مسلم الا عن طيب نفسه و لا يعارض ما ذكر عموم قوله ص المؤمنون عند شروطهم فت

#### الثالث صرح في لك بانه لا فرق في عدم صحة الحوالة بغير الثابت

بين وجود سببه و عدمه قائلا احترز بالثابت بالذمه عما ليس بثابت و ان وجد سببه كمال الجعالة قبل العمل فانه لا يصح احواله الجاعل به لمجعول له لعدم ثبوته اما احواله المجعول له به على الجاعل لمن له عليه دين ثابت فانه جائز بناء على جوازها على البرىء فالحاصل ان المعتبر ثبوته للمحتال في ذمه المحيل لا في ذمه المحال عليه و هو جيد و لا اشكال في صحة الحوالة بمال الجعل بعد العمل كما صرح به في التذكرة قائلا مال الجعل في الجعالة ان استحق بالعمل صحت الحوالة به اجماعا

#### الرابع لو لم يكن المحيل مشغول الذمه للمحتال

فاحاله و الحال هذه فان كان الشخص المحال عليه غير مشغول الذمه فان هذه الحوالة تصير وكاله في القرض منه فهي وكاله و ان كانت بهذا اللفظ فانها جائزه بكل لفظ دل عليها و ان كان مشغول الذمه فهي وكاله أيضا لكن في الاستيفاء و قد صرح

بجميع ذلك في القواعد و جامع المقاصد و مجمع الفائده و الرياض و صرح به في التذكرة أيضا قائلا اذا حال زيد و هو برئ عمروا و لا- دين له عليه على بكر و هو برئ الذمه لم يكن ذاك حاله صحيحه لان الحواله انما يكون بدين و هنا لم توجد بل يكون و كاله في اقتراض و انما جازت الوكاله هنا بلفظ الحواله لاشتراكهما في المعنى و هو استحقاق الوكيل ان يفعل ما امره الموكل من الاقتراض و ان طلبه من المحال عليه كما يستحق المحتال مطالبه المحال و اذا كان المحال عليه مشغول الذمه ح فلا يكون أيضا حواله بل يكون ذلك في الحقيقه و كاله في الاستيفاء لاشتراكهما في استحقاق الوكيل مطالبه من عليه الدين كاستحقاق المحتال مطالبه المحال عليه و تحول ذلك الى الوكيل كتحواله الى المحيل و يظهر من عدم اشارته هنا الى خلاف كغيره كون ذلك متفقا عليه و هو الظاهر و اذا رجعت الحواله في الصورتين الى الوكاله ثبت احكامها كما صرح به في عد و هل يشترط في الرجوع الى الوكاله و ثبوت احكامها قصد الوكاله و معرفه الرجوع اليها فلو انتفى الامر ان كان يعتقد و يقصد الحواله بالمعنى المتعارف بين علماء الإسلام بطل العقد حواله و و كاله فلم يثبت احكامهما او لا بل يكفي في الامرين مجرد قصد معنى لفظا العقد فيه اشكال و لكن الاحتمال الثاني في غايه القوه

### منهل صرح في الخلاف و الشرائع و التذكرة و لك و مجمع الفائده بانه يشترط ان يكون المال المحال به معلوما

و ربما يستفاد هذا من المبسوط أيضا بل صرح في الكفايه بانه المشهور و لهم وجوه منها الاصل و هو مندفع بعموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و قوله ص المؤمنون عند شروطهم و قوله ع اذا احيل احدكم على ملى فليحتل و بخلو الاخبار عن الاشاره الى هذا الشرط و بامتناع المعلوميه من كل وجه فانه ما من شىء الا و له وجه مجهوليه عاده و ان اريد المعلوميه في الجملة و لو من جهه واحده فهى حاصله قطعا فانه ما من شىء الا و له وجه معلوميه فلا وجه لاشتراطها اللهم الا ان يراد المعلوميه المعتره في الثمن و المثلن في البيع و هى المعلوميه جنسا و صنفا و كيلا في المكيل و وزنا في الموزون و عدا في المعدود و ذرعا في المذروع و لكن ليس في الكتب المتقدمه الاشاره الى ذلك الا الخلاف فانه صرح بانه لا بد ان يكون معلوما بوصفه و جنسه قائلا فان لم يكن كك لم يصح الحواله و منها ما تمسك به في كره و لك من ان الحواله ان كانت اعتياضا فلا يصح على المجهول كما لا يصح بيعه و ان كانت استيفاء فانما يمكن استيفاء المعلوم و فيه نظر اما اولا فللمنع من عدم صحه الاعتياض في المجهول لعدم الدليل على هذه الكليه من شىء من الادله الاربعه و القياس على البيع باطل لعدم حججه عندنا مع انه قد يدعى انه مع الفارق هذا و قد ثبت عندنا صحه الصلح مع الجهاله و اما ثانيا فللمنع من عدم امكان استيفاء المجهول بل قد يتحقق الاستيفاء مع الجهل و منها ما تمسك به في لك و الرياض من تحقق الغرر مع الجهاله و هو منهى عنه و فيه نظر اما اولا فللمنع من الصغرى و اما ثانيا فللمنع من كليه الكبرى لعدم الدليل عليها و حديث نهى الغرر ضعيف بالارسال و جبره هنا بالشهره غير معلوم و منها عدم ظهور المخالف و فيه نظر فان عدم ظهور المخالف اعم من ظهور الاتفاق اذ قد يفتى و احد او

ص: ١٥٦

جماعه قليله و لم يظهر مخالف فلا يكون حجه على انا نمنع من عدم ظهور المخالف هنا فان كثيرا من الكتب لم تنبه على هذا الشرط فظاهرها المخالفه على انه صرح في كره و لك باحتمال الصحه مع الجهاله قائلا بعد التصريح باشتراط العلم و الاحتجاج عليه بما تقدم اليه الاشاره و يحتمل الصحه و يكون على المحال عليه للمحتال ما يقوم به البينه كما قلنا في الضمان و صرح في لك و الرياض بصحه هذا الاحتمال على تقدير كون الحواله استيفاء لا اعتياضا و صرح في لك أيضا بانه يلزم في صورته الجهاله



ما تقوم به البيئه و بالجمله المسأله محل اشكال و لكن احتمال عدم اشتراط العلم بالكيل و الوزن او الذرع او العدّ و غير ذلك فى غاية القوه فلا يشترط هنا ما يشترط فى البيع و لا يكون العلم من جمله الشرائط الشرعيه الثابته تعبدا و ربما يحكم العقل بعدم جواز بعض اقسام الجهاله فهو ح من الشرائط العقلية ان سلم و لكن الاحوط مراعات ما ذكره من اشتراط العلم و ظاهرهم اشتراط العلم بالجنس و الوصف و الكيل و الوزن و العدّ و الذرع فى المكيل و الموزون و المعدود و بالجمله كل ما يشترط فى البيع العلم به و هل يشترط علم المحيل خاصه او علم الثلاثه المحيل و المحتال و المحال عليه يظهر من لك الاول و صرح فى مجمع الفائده بالثانى قائلا يشترط العلم بتعيينه للثلاثه ليعلم ما يعطى و ما توجد و فى التعيين تأمل يعلم مما تقدم فى الضمان و ربما يقيد ما ذكره اطلاق اشتراط العلم فى ف و يع و كره و غيرها

### منهل المال ان كان مثليا كالطعام و الادهان و الدراهم و الدنانير و ساير اقسام النقدين

و الحبوب صحح الحواله به كما صرح به فى المبسوط و الوسيطه و يع و كره و ير و الجامع بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه بل صرح بدعوى الاجماع عليه فى التحرير و اما اذا كان قيميا كالعبد و الثوب و الحيوان فقد اختلف الاصحاب فى صححه الحواله به على اقوال الاول انه لا يصح الحواله به مط و هو للمبسوط و الوسيطه و قد حكاه فى لك عن الشيخ و جماعه و لهم ما نبه عليه فى لف بقوله احتج المانعون بانه مجهول و فيه نظر اما اولاً فلما بيناه من عدم قدح الجهاله فى الحواله و اما ثانياً فلما نبه فى لف بقوله و الجواب المنع من الجهاله بل يوصف بما يوصف به السلم قال الشيخ فى ف بمنع كونه مجهولاً-لأنه لا بد ان يكون معلوماً يعنى الحيوان بوصفه و جنسه فان لم يكن كذلك لم يصح الحواله الثانى ما نقله فى التحرير و التنقيح قائلين قال الشيخ لا يصح الحواله اذا ثبتت فى الذمه بالقرض و يجوز اذا كان فى ذمته حيوان و جب عليه بالجنايه كأرش الموضحه و غيرها الثالث ما نبه عليه فى لف و التنقيح قائلين قال ابن الجنيّد يصح بكلما يصح السلم فيه و هو الحق الرابع ما صار اليه فى التحرير قائلًا و الوجه عندى جواز الحواله بكل حق مالى و ان لم يكن مثليا و قد ذهب الى هذا أيضا فى الشرائع و التذكره و الجامع و لك و الرياض و هو المعتمد للعمومات الداله على صححه الحواله كما نبه عليه فى الرياض و نبه عليه فى لف أيضا بقوله لنا عموم الزام المحال عليه بالحق و المال و هو شامل لذوات الامثال و غيرها و اصله صححه العقد و عدم اشتراط كونه مثليا و الى ذلك اشار فى ف بقوله لنا ان الاصل جواز ذلك و من منع فعليه الدلاله و فى التنقيح بقوله يجوز الحواله بكلما يصح السلم فيه لكونه معلوماً ثابتا فى الذمه قابلا للنقل و على المختار لا فرق فى ذلك بين ما يصح السلم فيه و ما لا يصح فيه السلم كما صرح به فى كره

### منهل لا يشترط فى صححه الحواله اتفاق الدينين فى سبب الوجود

فلو كان احدهما ثمنا و الاخر اجره او قرضا او بذل متلف او ارش جنايه و ما اشبه ذلك جازت الحواله به كما صرح به فى التذكره قائلًا و لا نعلم فيه خلافاً و يعضد ما ذكره العمومات

### منهل هل يشترط فى صححه الحواله اتفاق المالىين و الدينين

#### اشاره

اعنى الدين الذى للمحتال على المحيل و الدين الذى للمحيل على المحال عليه جنسا و نوعا و وصفا و قدرا فلو كان للمحيل دنانير على شخص فاحال عليه بدراهم لم تصح فيجب على من عليه ذهب ان يحيل بذهب و على من عليه فضه ان يحيل بفضه و

على من عليه صحاح ان يحيل بصحاح و على من عليه مكسره ان يحيل بمكسره و على من عليه مصرية ان يحيل بمصريه فلو خالف لم يصح الحوالة او لا- يشترط ذلك بل يجوز الحوالة لمن عليه حق بمخالفة فيجوز ان يحيل من عليه ذهب بالفضه و غيرها اختلف الاصحاب فى ذلك على قولين الاول انه يشترط ذلك و هو للمبسوط و الغنيه و الوسيله و الجامع و المحكى فى لف و غيره عن ابن البراج بل صرح فى التذكرة بدعوى الشهره قائلا من مشاهير الفقهاء و جوب تساوى الدينين اعنى الذى للمحتال على المحيل و الذى للمحيل على المحال عليه جنسا و وصفا فلو كان له دنائير على شخص فاحال عليه بدراهم لم يصح الحوالة و ربما يمكن استفادته من النافع و الكفايه أيضا و قد افتى به فى الشرائع اولا و لكنه تردد فيه اخر الثانى انه لا يشترط ذلك و هو للمختلف و التحرير و عد و التلخيص و اللمع و جامع المقاصد و الروضه و لك و المحكى فى الرياض عن الصيمرى و قد حكاه فى لف و التحرير و غيرها عن الشيخ أيضا للأولين وجوه منها الاصل و منها ما نبه عليه فى لك و ضه من ان حقيقه الحوالة تحويل ما فى ذمه المحيل الى ذمه المحال عليه فاذا كان على المحيل دراهم و له على المحال عليه دنائير كيف يصير حق المحتال على المحال عليه و لم يقع عقد يوجب ذلك فان الحوالة ان كانت استيفاء كان بمنزله من استوفى دينه و اقرضه المحال عليه و حقه الدراهم لان الدناير و ان كانت معاوضه فليست على حقيقه المعاوضات التى يقصد بها تحصيل ما ليس بحاصل من جنس مال او زياده قدر او صفه و انما هى معاوضه ارفاق و مسامحه للحاجه فاشترط فيها التجانس و التساوى فى القدر و الصفه لثلا- يتسلط المحال عليه بما ليس فى ذمته ثم اورد عليه فى الاول قائلا و التحقيق ان يقال انا اشترطنا رضاه المحال عليه و جوزنا الحوالة على البرى ء كما اختاره المص فيهما فلا وجه للمنع اصلا لأنه لو لم يكن على المحال عليه ذلك يصح فاذا كان و رضى تعيين الجواز بل يتعين القول به متى اعتبرنا رضاه خاصه لان الحوالة ان كانت استيفاء كما هو الظاهر فالاستيفاء جائز بالجنس و غيره مع التراضى و ان كانت اعتياضا فكذلك لجواز المعاوضه على

ص: ١٥٧

المختلفين و ليست معاوضته بيع حتى يعتبر التقابض و نحوه حيث يعتبر فى المبيع نعم قد يقول بجواز الحوالة على البرى ء هنا ان الحق لم يتحول الى الدناير و انما لزم المحال عليه للمحتال دنائير و بقيت الدراهم فى ذمته للمحيل فيعتبر فى التقابض تراضى جديد و هذا حسن الا ان الاول اجود لحصول التراضى سابقا على تحول الحق الى ما فى ذمه المحيل و ح فالتسلط الذى هربوا منه انتفى منعه بالتراضى و قد تحرر من ذلك ان القائل بعدم صحه ذلك لا يتم به مط الا ان يقول بعدم جواز الحوالة على البرى ء و الا صحت الحوالة هنا الا انها تكون كالحوالة على من لا دين له لا انها تقع باطله مط اذ لا تقصر عن ذلك و ان القائل بعدم اعتبار رضاه المحال عليه لا يتوجه له القول هنا بالصحه سواء تحول الحق الى جنس المحال به أم بقى كل واحد بحاله لتوقف كل واحد على القسمين من التراضى لان الاول استيفاء من غير الجنس او معاوضته عليه و الثانى حوالة على البرى ء و كلاهما مشروط بالرضاء نعم لو قصد بالحوالة تحول حق المحتال الى ما فى ذمه المحال عليه اتجه الجواز من دون رضاه المحال عليه و سقط معه فحدود التسلط الذى جعلوه مانعا و ان الاقوى الصحه مع التراضى و تحول الحق الذى على المحال عليه الى جنس المحال به و وصفه و منها ما تمسك به فى المبسوط قائلا انما شرطنا اتفاق الحقين لأننا لو لم نراعه اذى الى ان يلزم المحال عليه اداء الحق من غير الجنس الذى عليه و من غير نوعه و على غير صفته و ذلك لا يجوز و قد تمسك بما ذكر فى الغنيه و الشرائع أيضا و اجاب عنه فى الرياض قائلا و ضرر التسلط مدفوع باعتبار رضاه المحال عليه مط او هنا فاذا رضى ان يدفع غير الجنس الذى عليه فكما لو تراضيا بقبض غير الجنس و قد نبه على ما ذكره فى لف و لك أيضا و للآخرين وجوه أيضا منها ما تمسك

به في جامع المقاصد من الاصل و عموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و يعضد ما ذكره عموم قوله ص المؤمنون عند شروطهم و قوله ع اذا احيل احدكم على ملئ فليحتل و منها ما تمسك به في جامع المقاصد من ان الحواله ان كانت استيفاء فظاهر جواز ذلك فان الدين بغير جنسه جائز مع التراضي و ان كانت بيعا فظاهر و منها ما تمسك به في التحرير و لف و التنقيح و الرياض من انه يجوز الحواله على برى ء فعلى مشغولها بالمخالف اولى و المسأله لا يخ عن اشكال و لكن الاقرب عندي هو القول الثاني على تقدير اشتراط رضاء المحال عليه اما مط كما هو المختار او في خصوص المقام كما صرح به في لف و اما على القول بعدم اشتراط رضاه في صحه الحواله فصرح في التنقيح بانها لا تصح هنا

### تنبیه صرح في لف بان الشيخ قال قال قوم الحواله بيع

الا- انه غير مبنى على المكايسه و المغابنه و طلب الفضل و الربح و انما هو مبنى على الارفاق و العوض فلا يجوز الا في دينين متفقين في الجنس و الصفه و لا يجوز اذا كان في جنسين مختلفين و لا في جنس مع اختلاف الصفه فيجب ان يكون حاليين او مؤجلين اجلا- واحدا و لا يجوز ان يكون احدهما حالا و الاخر مؤجلا و لا ان يكون آحادهما صحاحا و الاخر مكسورا و لا ان يكون احدهما اكثر لان المقصود منه الرفق دون المكايسه و المغابنه و على هذا لا يجوز ان يحيل بالطعام الذي يحيل عليه لان بيعه لا يجوز قبل قبضه ثم حكى عن الشيخ انه اختار اخيرا خلاف ذلك قائلا و يقوى في نفسى انها ليست ببيع بل هي عقد مفرد و يجوز خلاف جميع ذلك الا زياده النقدين على صاحبه لأنه رباء و لا يمنع ان يقول ان الحواله تجوز في ماله مثل و فيما يثبت في الذمه بعد ان يكون معلوما فاذا كان في ذمته حيوان و جب عليه بالجنايه مثل ارش و ما اشبههما صح فيها الحواله و الاقرب عندي جواز جميع ما جوزه الشيخ اخيرا كما يظهر من لف و قد صرح في التذکره بان الاقرب انه لا يشترط المالين في الحلول و التاجيل فيجوز ان يحيل بالمؤجل على الحال لان للمحيل ان يعجل ما عليه فاذا احال به على المحتمل فقد عجل و كذا يجوز ان يحيل بالحال على المؤجل ثم ان رضى المحال عليه بالدفع معجلا- جاز و الا لم يجز و و جب على المحتمل الصبر كما احتال مؤجلا ثم صرح بانه لو كان الدينان مؤجلين فان تساويا في الاجل صحت الحواله قطعا و ان اختلفت صحت عندنا ثم صرح بجواز حواله الصحيح على المكسر و بالعكس و بجواز حواله الأردى على الا-جود في كل جنس و بالعكس و جميع ما ذكره جيد و يظهر منه انه مما لا- خلاف فيه بين اصحابنا لأنه لم يحك هنا عن احد منهم خلافا و انما نقل الخلاف عن بعض العامه و اما ما منع منه الشيخ اخيرا فهو الاحوط

### منهل حكى في لف و التنقيح و جامع المقاصد عن الشيخ في المبسوط

انه صرح بانه يشترط في صحه الحواله كون الحق و المال المحال به مما يجوز فيه اخذ البدل قبل القبض فلا يجوز الحواله بالمسلم فيه و قد صرح بهذا الشرط أيضا في الغنيه و الوسيله و حكاه في لف و التنقيح و جامع المقاصد عن القاضى و احتج عليه في المبسوط و الغنيه بان الحواله ضرب من المعاوضه و لا يجوز المعاوضه عليه قبل قبضه و في كلتا المقدمتين نظر و الاقرب ان ذلك ليس بشرط فتصح الحواله بدونه وفاقا للمختلف و جامع المقاصد و احتجا عليه بالأصل و زاد عليه في الاخير قائلا المعتمد عدم اشتراط ما ذكر تمسكا بالاصل و بعموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و ما ذكره في السلم و نحوه مبنى على عدم جواز الاستبدال عنه قبل القبض و هو ضعيف مع ان الحواله استيفاء لا معاوضه و قد حكى في التنقيح عن الشيخ انه رجع عن ذلك و قوى انه عقد اخر غير البيع فلا يترتب عليه ما يترتب على البيع

مدّعيًا براءة ذمته من مال المحيل و ادعى المحيل اشتغال ذمته و انه انما احال عليه من حيث كونه مشغول الذمه بماله فالقول قول المحال عليه على المختار من صحه الحواله على البرىء كما صرح به فى الشرائع و التذكره و التلخيص و شد و عد و ير

ص: ١٥٨

و اللمعه و جامع المقاصد و لك و الروضه و مجمع الفائده و الكفايه و لهم و جوه منها ظهور الاتفاق عليه كما يستفاد من الكتب المذكوره فانها لم تنبه على خلاف و لا اشكال فى ذلك و منها ما تمسك به فى التذكره و مجمع الفائده من ان الاصل براءة ذمه المحال عليه من الدين الذى ادعاه المحيل عليه و قد نبه عليه فى لك قائلاً لما ثبت ان الحواله جائزه على البرىء من دين المحيل على المحال عليه لم يقتض باطلاقها ثبوت دين كذلك فاذا ادى المحال عليه و طالب بما ادى منكر ثبوت الدين عليه للمحيل فالقول قوله مع يمينه لأصالة البراءه فيرجع على المحيل بما اذاه و قد صرح فى جامع المقاصد و مجمع الفائده بعدم اقتضاء الحواله اشتغال ذمه المحال عليه بما يدعيه المحيل من الدين و قد يقال الاصل المذكور معارض بامرین احدهما اصالة براءة ذمه المحيل مما يدعيه المحال عليه عليه الا ان يرجح الاول بما تقدم الاشاره من ظهور الاتفاق عليه و ثانيهما ان الظاهر انه لو لا اشتغال ذمته المحال لما احيل عليه كما صرح به فى اللمعه و الروضه و فيه نظر اما اولاً فللمنع من ظهور ذلك فان الحواله تقع عادة على مشغول الذمه و بريئها و لم يثبت اغلبه الاول و اما ثانياً فلان الاصل اولويه الاصل من الظاهر حيث يقع التعارض بينهما كما صرح به فى اللمعه و ضه هنا و خروج بعض الموارد لدليل لا يقدر فى حجيه الاصل و الا لسقط جميع الاصول الشرعيه فت و منها ما تمسك به فى جامع المقاصد و مجمع الفائده من ان المحال عليه منكر لاشتغال الذمه و ان اعترف بصحه الحواله لما تقدم اليه الاشاره من ان صحه الحواله لا تستلزم اشتغال ذمته و قد يقال هو و ان كان منكرًا بهذا الاعتبار الا انه مدّع باعتبار رجوعه على المحيل كما انه منكر باعتبار الرجوع و مدّع باعتبار دعواه اشتغال ذمه المحال عليه بالدين فكل منهما مدّع من جهه و منكر من اخرى كما لا يخفى فلا وجه للترجيح بل قد يدعى ترجيح جهه انكار المحيل الرجوع عليه لأنه عين المتنازع فيه و هو فهو فى هذه الدعوى منكر و ان كان باعتبار دعوى اخر مترتبه على هذه الدعوى مدّعيًا و من الظاهر ان المناط فى المنكر و المدعى نفس الدعوى الواقعه لا لوازمها فت و

ينبغى التنبيه على امور

الاول انما يقدم قول المحال عليه مع يمينه

كما صرح به فى الشرائع و عد و ير و اللمعه و جامع المقاصد و ضه و لك و مجمع الفائده بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه و ان لم ينبه عليه فى التذكره و التلخيص و شد و الكفايه و على هذا يرجع المحال عليه على المحيل بما اذاه الى المحتمل من جهه الحواله كما صرح به فى الشرائع و ير و اللمعه و ضه و لك

## الثاني صرح في الروضه تبعاً للمعه بانه لا فرق في رجوع المحال عليه على المحيل

بعد الحلف على ذلك بين كون العقد الواقع بينهما بلفظ الحواله او الضمان معللاً بان الحواله على البرى ء اشبه بالضمان فيصح بلفظه و أيضاً فهو يطلق على ما يشملهما بالمعنى الاعم فيصح التعبير به عنهما و لكنه احتمال عدم التسويه قائلاً و يحتمل الفرق بين الصيغتين فيقبل مع التعبير بالضمان دون الحواله عملاً بالظاهر و عندى فيما احتمله نظر بل الاقرب عندى التسويه كما ذهب عليه

## الثالث ان اعتبرنا في الحواله شغل ذمه المحال عليه

و لم يجوزها على البرى ء فهل القول قول المحال عليه ح أيضاً او لا صار الى الاول في لك قائلاً و لو اعتبرنا في الحواله شغل ذمه المحال عليه لم يقبل قوله في نفيه لاقتضائها ثبوته فالمنكر و ان كان معه اصاله براءه ذمته من الدين الا ان ذلك يقتضى بطلان الحواله على هذا التقدير و مدعى الدين يدعى صحتها او مدعى الصحه مقدم و يمكن على هذا ان يقال تساقط الاصلان و بقى مع المحال عليه انه ادعى دين المحيل باذنه فيرجع عليه على التقديرين و هو حسن فان قيل الاذن في الاداء انما وقع في ضمن الحواله فاذا لم يحكم بصحتها لا- يبقى الاذن مجرداً لأنه تابع فيستحيل بقاءه بدون متبوعه قلنا الاذن و ان كان واقعا في ضمن الحواله فاذا لم يحكم بصحتها الا- انه امر يتفقان على وقوعه و انما يختلفان في امر اخر فاذا لم يثبت لا ينتفى ما قد وقع الاتفاق منهما على ان في زوال الاذن الضمن بزوال ما يثبت في ضمنه بحيث يأتي تحقيقه ان شاء الله تعالى في الوكاله المعلقه على شرط و صرح في الروضه أيضاً بوقوع التعارض بين اصاله البراءه و اصاله الصحه و تساقطهما و كفايه الاذن الضمنى في الحواله و الباطله المتفق عليه بين المدعى و المدعى عليه في جواز الرجوع على المحيل و لكنه صرح اخيراً بانه يحتمل عدم الرجوع ترجيحاً للصحه المستلزمه لشغل الذمه و ربما يظهر من التذكرة المصير الى هذا الاحتمال و ترجيح اصاله الصحه و قد يناقش فيها بعدم دليل يدل عليها بحيث يشمل المقام و ثبوتها في الجملة لا يقتضى ثبوتها مط حتى في هذا المقام و لذا صرح في جامع المقاصد بانه لا- اعتداد بهذا الاصل و ليس كك اصاله البراءه فان ما دل على اعتبارها يعم محل البحث و غيره كما لا يخفى و لذا رجحها في جامع المقاصد و مجمع الفوائد فقدا قول المحال هنا أيضاً و لكن قد يدعى معارضتها باصاله براءه ذمه المحيل و لا دليل على الترجيح و لا يلزم ح اعتبار الاذن الضمنى الموجب لرجوع المحال عليه على المحيل لعدم الدليل على ان كل اذن بالاداء حتى مثل هذا الاذن ليسوغ الرجوع على الاذن فلا وجه ح للرجوع على المحيل فلا وجه ح لتقديم قول المحال و ينبغى ان يكون الدعوى ح ساقطه و هل المعتبر في الفرق بين صورتى اشتراط اشتغال ذمه المحال عليه في صحه الحواله و عدمه اعتقاد المحال عليه باحد الامرين اجتهاداً او تقليداً او اعتقاد المحيل كك او اعتقاد الحاكم او اعتقاد جميعهم او اعتقاد الحاكم ما لم يعلم باعتقاد المحيل و المحال عليه احتمالات لم اجد احداً نبه على شىء فيها و لكن الاقرب هو ان المعتبر هو اعتقاد الحاكم مط و لا يبعد دعوى الاتفاق عليه فت

منهل يصح ان يحيل السيد المديون على عبده الذى كاتبه بمال الكتابه بعد حلول النجم

كما صرح به فى الشرائع و شد و عد و ير و كره و جامع المقاصد و لك و مجمع الفائده و لهم و جوه

ص: ١٥٩

منها ظهور الاتفاق عليه كما يستفاد من الكتب المذكوره لعدم تنبيهها كالمختلف على خلاف و لا اشكال فى ذلك و منها عموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و منها قوله ص المؤمنون عند شروطهم و منها عموم النبوى اذا احيل احدكم على ملئ فليحتل و منها ما تمسك به فى جامع المقاصد و لك من انه مال ثابت فى ذمه المكاتب فيصح الحواله به كسائر الديون و قد اشار اليه فى مجمع الفائده و هل يصح ان يحيل على المكاتب قبل شىء من النجوم او لا فيه قولان احدهما الصحه و هو للإرشاد و القواعد و ير و كره و لف و جامع المقاصد و لك و مجمع الفائده و ثانيهما عدم الصحه و قد حكاه فى لف عن المبسوط و فى الشرائع و ير عن بعض بلفظ قيل و صرح فى عد بأن المسأله محل اشكال و اشار الى وجهه فى جامع المقاصد قائلًا و منشأ الاشكال الذى ذكره المص من تعجيز نفسه و امكان موته قبل حلول النجم فيظهر عدم الاستحقاق و من انها مال ثبت بعقد لازم و نمنع جواز تعجيز نفسه و لو سلم فلا ينقص حاله عن الثمن فى مده الخيار و

**ينبغى التنبيه على امور**

**الاول يتفرع على المختار ما نبه عليه فى لك**

قائلًا بعد ترجيح القول بالجواز و على هذا فلا يعتق العبد بالحواله لأنها ليست فى حكم الاداء بل فى حكم التوكيل عليه بقبضها و ان افترقا بكون الحواله لازمه و ح فلو اعتق السيد المكاتب بطلت الكتابه و لم يسقط عن المكاتب مال الحواله لان المال صار لازما له للمحتال و البطالين طار و لا يضمن السيد ما يغرمه من مال الحواله و قد صرح بما نبه عليه بقوله و ح فلو اعتق اه فى التذكرة أيضا و هو جيد لما نبه عليه بقوله و على هذا اه

**الثانى صرح فى الشرائع بانه لو باعه السيد سلعه**

فاحاله بثمانها جاز لان حكم المكاتب حكم الاحرار فى المداينات و هو جيد و قد صرح به فى عد و كره و جامع المقاصد و نبه عليه فى لك أيضا قائلًا فيثبت فى ذمته للسيد ثمن ما اشتراه و يصح له الحواله بالسيد للثمن و انما خص البيع و لم يذكر حكم مطلق الدين مع اشتراكهما فى المعنى للتنبيه على خلاف الشيخ فى مسئله البيع حيث انه يمكن نسخ الكتابه بناء على اصله من جوازها من جهته فيوجب استحقاق السيد شيئًا على عبده بخلاف ما لو باعه اجنبى و احاله على المكاتب بثمانه فانه لا سبيل له الى اسقاطه و لو فسخت الكتابه فانه يثبت فى ذمته

**الثالث لو كان للمكاتب دين على اجنبى غير السيد**

فاحال سيده بمال الكتابه على ذلك الاجنبى الذى للمكاتب عليه دين صحت الحواله ح كما صرح به فى الشرائع و عد و لك

محتجين بانه يجب على المديون تسليم مال المكاتب اليه او الى من يرتضيه و زاد فى الثانى قائلا و ح فترا ذمه المكاتب من مال الكتابه و يتحرر لائن الحواله بمنزله الاداء سواء ادى المحال عليه المال الى السيد أم لا حتى لو افلس به لم يتغير الحكم لان ما احاله به دين ثابت ثم صرح بانه لو كانت الحواله ببعض مال الكتابه كان بمنزله قبض البعض حتى لو اعتقه سقط عن المكاتب الثانى و لم تبطل الحواله و جميع ما ذكره جيد و قد صرح فى المبسوط و التذكرة و الجامع بجواز احاله المكاتب سيده على غيره و يظهر من الثانى دعوى الاتفاق عليه

### الرابع صرح فى التحرير بانه لو حل نجم

جاز للعبد ان يحيل مولاة بقسط من الكتابه اجماعا و ما ذكره من الحكم جيد

### منهل اذا أحال رجل على رجل بحواله و قبض المحتال المال بعد الحواله

#### اشاره

ثم اختلف المحيل و المحتال فقال المحيل انت و كيلى فى ذلك و انما قصدت بحوالتي اياك تو كيلك لقبض حقى مجازا و قال المحتال ليس الامر كما ذكرت بل انما احتلنى لأخذ ذلك لنفسى على وجه الحواله بمالى عليك و اردت معنى الحقيقى و لم يقصد الوكاله و اتفقا على ان القدر الذى جرى بينهما من اللفظ صيغه احلتك عليه بما لى عليه من الحق من غير قرينه و قبول المحتال ذلك فهل القول قول المحيل او لا بل القول قول المحتال اختلف الاصحاب فى ذلك على قولين الاول ان القول قول المحيل المدعى للوكاله و هو للخلاف و المبسوط و الغنيه و التلخيص و عد و كره و اختاره فى الشرائع و الكفايه أيضا الا انهما قالوا- اخيرا و فيه تردد الثانى ان القول قول المحتال المدعى للحواله و هو للتحرير و الجامع و جامع المقاصد و المسالك و غراه فى الخلاف الى قوم للأولين وجهان احدهما ما تمسك به فى بيع و كره و عد من ان المحيل اعرف بلفظه باعتبار استعماله فى معناه الحقيقى و غيره و كذا هو اعرف من غيره بقصده اذ لا- يعلم قصده الا- من قبله فيكون قوله مقدا و اورد عليه فى جامع المقاصد قائلا- و فيه نظر لائن اللفظ الواقع مجردا عن القرينه يجب حمله على حقيقته لان الواجب على المتكلم نصب القرينه اذا اراد المجاز فالتجرد عنها دليل الحقيقه حذرا من كون كلامه مشتتلا على الا-غراء بجهل المقصود و الاصل خلافه فاذا كان الواجب حمله على ذلك كان دعواه بعد ذلك مخالفه للأصل على ان هذا لو قدح هنا لقدح فى جميع الابواب من بيع و صلح و اقرار و نكاح و غيرها و اورد عليه فى لك قائلا- بان هذا حسن لو سلمنا كون الحواله مجازا فى الوكاله لكنه محل نظر لان الوكاله لما كانت يتحقق فى ضمن كل لفظ يدل على الاذن بطريق الحقيقه و كانت الحواله مؤيده لذلك لان معنى احلتك كما يحتمل اراده تحويل المال من ذمه الى ذمه يحتمل اراده تحويل المطالبه من المحيل الى المحتال ففائدتها تسليطه على المحال عليه او نقول ان دلالتها على ان الاذن للمحتال حاصله على التقديرين و انما الكلام فى المعنى الزائد على الاذن و هو تحويل الحق و كون المراد منها هو الحواله بالمعنى المتعارف اظهر لا- شبهه فيه لكنه لا- يدل على مجازيه الاخر لجواز كونه من باب المشترك الذى يراد منه احد معانيه بقرينه فمرجع الامر الى انه هل هو من باب الحقيقه و المجاز او من باب المشترك الذى دلت القرائن على اراده احد معنييه و تظهر الفائده فى كون الفرد الاخر حقيقه او مجازا اذ بواسطه ذلك كما سبق تقريره فان قيل المتبادر من لفظ الحواله عند اطلاقه هو المعنى المتعارف لها و لا يفهم منه اراده الوكاله الا بانضمام قرائن خارجيه فيدل على

كونها حقيقه فى معناها المذكور دون الوكاله لما تقرر فى الاصول من ان ذلك من

ص: ١٦٠

علامه الحقيقه و المجاز قلنا هذه العلامه لا تتم فى المشترك لأنه مع وجود قرينه تعين احد معانيه يتبادر الذهن الى ارادته مع عدم كون الاخر مجازا اجماعا و مع عدم قرينه معينه لا يتبادر احدها فيلزم على هذا ان يكون اطلاقه عليها بطريق المجاز كما ان اطلاقه على غير المتبادر اليه بطريق المجاز أيضا و هو بط قطعاً الا ترى ان من قال اشتر الشىء الفلانى بالعين يتبادر الى الذهن قطعاً انه لا يريد به عين الركبه و لا الباصره مع ان اطلاق العين عليها بطريق الحقيقه ثم يحتمل ان يريد به ما قابل الدين فيصلح لسائر اعيان الاموال و يحتمل ان يريد به الذهب فيخرج غيره من الاعيان و يدخل الدين اذا كان ذهباً فلا يدل عدم المبادره الى احدهما على انهما مجازان فيه ثم لو ضم الى لفظ الامر السابق قوله لا بالدين يتبادر الى الذهن اراده المعنى الاول من المعنيين و مع ذلك لا يدل على ان اطلاقه على الباقي بطريق المجاز و ح فاطلاق الاصوليين كون ذلك من علامات الحقيقه و المجاز يحتاج الى التنقيح و قد تنبه له بعض الاصوليين فان قيل الحواله حقيقه شرعيه فى العقد المخصوص و اطلاقها على الوكاله انما هو بطريق اللغه فاذا تعارضت الحقيقتان فالشرعيه مقدمه و يعضدها أيضا دلالة العرف على اراده المعنى الشرعى و العرفيه مقدمه على اللغويه قلنا دلالتها على الوكاله أيضا بطريق الشرع لان الوكاله لما كانت شرعاً حقيقه فى الاذن فى التصرف كيف اتفق و باى لفظ دل عليه كما هو شان العقود الجائزه و كانت الحواله داله عليه أيضا فاطلاقها عليها اذا اراد الالفاظ يكون بطريق الحقيقه الشرعيه و ان وافقها مع ذلك اللغه و ترجيح الشرع و العرف للمعنى المتعارف من الحواله يقتضى ترجيح احد معنى المشترك و هو لا يخرج الفرد الاخر عن الحقيقه فان قلنا سلمنا صلاحيتها لذلك لكنه يستلزم كون لفظ الحواله مشتركاً بين المعنيين و لو حملناها على الوكاله بطريق المجاز يندفع الاشتراك و قد تقرر فى الاصول ان المجاز اولى من الاشتراك عند التعارض قلنا لا نسلم اولويته اولاً بل قال جمع من المحققين باولويه الاشتراك سلمنا لكن ذلك اذا لم يثبت الاشتراك و قد اثبتناه فلا يتم الترجيح و اذا ثبت ذلك فدعوى المحيل اراده الوكاله يكون دعوى لإيراده بعض افراد الحقيقه الا انه خلاف الظاهر و دعوى المحتمل الحواله توافقه و لكن هذا لا يندفع الاصلان المتقدمان و هما اصاله بقاء حق المحيل و حق المحتمل و انما ينتفيان لو كانت الحواله مجازاً فى الوكاله كما سلف اما اذا كانت حقيقه فيها فلم يقع ما يرفع ذينك الاصلين لكن يرجع الامر الى تعارض الاصل و الظاهر فان قدمنا الاول كما هو الراجح فى استعمالهم فالقول قول المحيل كما اختاره المص و جماعه و ان قدمنا الظاهر فالقول قول المحتمل كما لو جعلناها مجازاً فى الوكاله و يتفق التوجيهان و بعد ذلك كله فالقول بتقديم قول المحتمل قوى إما مراعاتاً للحقيقه او لقوه هذا الظاهر حتى يكاد يلحق بهما و قد رجحوا الظاهر فى موارد لا يقصر هذا عنها او لتساقط الامرين فيحكم له بملك ما تحت يده لان الاصل فى اليد الملك و بهذا ظهر فائده تقييد التنازع المذكور بكونه بعد القبض فقول بعضهم ان الاختلاف قبل القبض و بعده لا نجد فيه فرقا ليس بجيد و انما يتجه عدم الفرق لو سلم ان الحواله مجاز فى الوكاله فاذا اطلقت و حملت على الحقيقه تعين عليه فيه الاداء الى المحتمل لأنه صار ملكه سواء قبض او لم يقبض و قد يناقش فى جميع ما ذكره اما فى قوله هذا حسن لو سلمنا كون الحواله مجازاً فى الوكاله لكنه محل نظر فبان الظاهر ان لفظ الحواله حقيقه فى المعنى المتعارف و مجاز فى الوكاله عرفاً و لغه و ذلك لوجوه منها تعريفات جماعه من الاصحاب و قد تقدم اليها الاشاره فانها مصرحه بان الحواله عباره عن تحويل المال من ذمه الى اخرى و ظاهره فى انها لغه و عرفاً كك لاقتصارها على ذكر معنى واحد لها و عدم تصريحها بانها لغه كذا و عرفاً كذا كما هو دأبهم فى تعريف الالفاظ المنقوله و بيان الاصطلاحات المستحدثه و



اختلافها في عقد شرع للتحويل أو أنها نفس التحويل لا- يقدح فيما ذكرناه و يعضده امران الاول قول الطريحي في مجمع البحرين في تفسير الحواله و احلته بدينه اذا نقلته من ذمتك الى غير ذمتك و احوال عليه بدينه مثله و الاسم الحواله و هي في مصطلح اهل الشرع عقد شرع لتحويل المال من ذمه الى ذمه مشغوله بمثله

او غير مشغوله على اختلاف بشرط رضاء الثلاثة و اقتصر بعضهم على رضاء المحيل و المحتال و هو على ما ذكر بعض المحققين على اقسام اربعه لان المحيل و المحال عليه اما ان يكونا مشغولي الذمه و هذه هي الحواله الحقيقيه او يكونا بريئين و هذه و كاله في اقتراض مال او يكون المحال عليه مشغول الذمه خاصه و هذه و كاله في استيفاء او المحيل خاصه و هي ملحقه بالاولى ان لم يشترط شغل ذمه المحال عليه و مع الاشتراط فهي بالضمان اولى قوله في تفسير الحواله التوكيل هو ان يعتمد على الرجل و يجعله نائبا عنك و الوكاله فتحا و كسرا اسم من التوكيل و هي مشتقه من و كل اليه الامر اي فوضه و هي في الشرع الاستنباه في التصرف الثاني ان الاصحاب عقدوا لكل من الحواله و الوكاله كتابا على حده و ذكروا لهما في الكتابين احكاما و شرائط خاصه و لم ينبهوا على اشتراكهما في الاحكام و الشرائط بل ظاهرهم العدم فت و منها انه لا يصدق عرفا على المحيل انه موكل و لا- على المحتال انه وكيل بل يصح سلب الاسمين على الشخصين و لو كانت الحواله فردا من افراد الوكاله او كانت الوكاله احد معانيها لصدق الامران حقيقه بالضروره و بطلان التالي في غايه الظهور و قد تقرر ان صحه السلب من اقوى امارات المجاز و اذا ثبت هذا عرفا فالاصل ان يكون لغه كذلك لأصاله عدم النقل و منها ان لفظ الحواله لو اريد منها الوكاله اما بطريق الاشتراك المعنوي او اللفظي لجاز الاستفهام بعد قوله احلتك او تحقق من فلان حواله عن اراده المعنى المتعارف او الوكاله و التالي بط فالمقدم مثله اما الملازمه فلان حسن الاستفهام من دلائل الاشتراك

ص: ١٦١

مط و اما بطلان التالي مط فواضح فت و اما في قوله لان الوكاله اه فبان مجرد كون الوكاله لا يستلزم صحه ارادتها من لفظ الحواله الظاهره في خلافها و الموضوعه لغيرها بدون نصب قرينه تدل على ارادتها و مجرد احتمال اراده تحويل المطالبه مع كونها خلاف الظاهر لا- يترتب عليه اثر بل هو مدفوع بحكم الاصول فت و اما في قوله او نقول اه فبالمنع من دلالة الحواله بالمعنى المتعارف على اذن المحتال بالمطالبه من المحال عليه مطابقه و لا تضمننا فان غايه ما يستفاد من وضع اللفظ هو نقل المحيل ما في ذمه الى ذمه غيره سواء اراد المحتال مطالبه المحال عليه او العفو عنه نعم ربما يدل على جواز المطالبه من المحال عليه بالالتزام و هذا بخلاف الوكاله فانها تدل على الاذن في المطالبه بمقتضى وضع اللفظ لا بالدلاله الالتزاميه فليس الاذن هنا حاصل على التقديرين من جهه واحده حتى يدعى ان الكلام في المعنى الزائد فت سلمنا و لكن مجرد حصول الاذن على التقديرين لا يقتضى ان يكون القول قول المحيل في هذا النزاع مع اختلاف حثيه الاذن لفقد الدليل عليه و اما في قوله و كون المراد اه فبانه اذا سلم اظهره ما ذكر كان غيره خلاف الظاهر و قد تقرر عند الاصوليين ان الالفاظ يجب حملها على ظواهرها الا بقرينه صارفه فمن يدعى الحمل على خلاف الظاهر يدعى امرا مخالفا للأصل فيلزمه اقامه البيئه و لا يشترط في ذلك كون الظهور ناشيا من جهه الوضع و الحقيقه و عدمه ناشيا من جهه التجوز بل الظهور موجب لحمل اللفظ على الظاهر دون غير الظاهر و ان لم يكن ناشيا من جهه التجوز و قد استقر على ذلك عاده اهل اللسان و اتفق عليه علماء اهل اللغه من المتقدمين و المتأخرين و صار ذلك عندهم قاعده كلييه يرجع اليها في استنباط الاحكام الشرعيه من الكتاب و السنه و لذا يعولون فيها و في غيرها على المفاهيم المخالفه و الموافقه و على ظواهر الاطلاقات و غير ذلك على ان الظهور اذا كان ناشيا من جهه التبادر لزم

الحكم بكون الظاهر معنى حقيقيا و خلافه معنى مجازيا بناء على ان الاصل في التبادر ان يكون علامه الحقيقه و في عدمه ان يكون علامه المجاز و هذا الاصل مستفاد من كثير من الاصوليين و قد حققنا الكلام في ذلك في كتبنا الاصوليه و اما في قوله قلنا هذه علامه لا تتم في المشترك اه فبان الظاهر اتفاق الاصوليين كما اعترف به على ان المتبادر من العلامات التي يستدل بها على الحقيقه و مع ذلك فالحجه عليه مضافا الى ما ذكر ظاهره بعد تفسير التبادر بانه فهم العالم بالوضع المعنى من اللفظ مجردا عن القرينه لظهور كون ما ذكر من خواص الحقيقه التي لا توجد في المجاز اصلا و ما يورد على ما ذكر قد بينا فساده في كتبنا الاصوليه و اما قوله هذه علامه لا تتم في المشترك اه فضعفه ظاهر لما بينا من ان التبادر الذي هو علامه الحقيقه عبارته من فهم العالم بالوضع المعنى من اللفظ مجردا عن القرينه و ليس هذا موجودا في ما فرضه من معنى المشترك بل في جميع معانيه بالنسبه الى العالم بالاشتراك و اما الفهم بواسطه القرينه فليس من علامات الحقيقه قطعا و لم يقل به احد على الظاهر و كيف يمكن القول به مع تحققه في جميع المجازات نعم قد يرد على كون عدم التبادر دليل المجاز النقص بالمشارك المجرد عن القرينه فان معانيه لا تتبادر مع انها حقايق لا مجازات فيكون هذه علامه اعم و لكن قد يجاب عنه بالمنع من عدم تبادرها بل كلها متبادره و لو اجمالا بالنسبه الى العالم بالوضع كما لا يخفى سلمنا و لكن الاغلب في صور عدم التبادر المجاز فينبغي الحاق مورد الشك بالغالب عملا بالاستقراء و لا يشترط في امارات الحقيقه و المجاز عدم تخلفها اصلا و كونها من الخواص التي لا توجد في الغير بل يكفي فيها الاغلبيه لحصول الظن منها و قد تقرر عندنا و عند معظم الاصوليين كفايه الظن في اللغات سواء كان حاصلها من جهه النقل و الاخبار او من جهه الامارات و العلامات و لو لا ما ذكر لا ينسد باب معرفه الحقائق و المجازات فينسد طريق استفاده الاحكام الشرعيه و غيرها من الآيات و الاخبار و كلمات العلماء الاخيار و هو امر مخالف للضروره و لسيره المسلمين بل المليين بل العقلاء قاطبه فيلزم على ما ذكرنا ان تكون الحواله حقيقه في المعنى المتعارف و هو غير الوكاله و مجازا في غيره و هو الوكاله لان الاول متبادر

و الثاني غير متبادر و قد بينا ان التبادر دليل الحقيقه و عدمه دليل المجاز و ان قلنا ان تبادر الغير دليل صح الحكم بكون الوكاله معنى مجازيا للحواله على ان الحكم بكون الحواله حقيقه في المعنى المتعارف و مجازا في غيره و هو الوكاله و بعدم الاشتراك بينهما لا يتوقف على التمسك بالتبادر و عدمه بل يدل على الامرين عدم صحه السلب بالنسبه الى الاول و صحته بالنسبه الى الثاني و غير ذلك و من جملته ان لفظ الحواله لو كان مشتركا لفظيا بين المعنيين لما صح العقد بلفظه احلتك على فلان مجردة عن قرينه التعيين و التالي بط فالمقدم مثله اما الملازمه فلان هذه اللفظه على تقدير الاشتراك يكون مجمله بناء على المختار الذي عليه معظم الاصوليين من كون المشارك مجمولا بالنسبه الى معانيه و استعمال اللفظ المجمل في العقد من غير نصب قرينه على التعيين يقتضى فسادا و اما بطلان التالي فلظهور اتفاق الاصحاب على كفايه لفظ احلت المجرد عن قرينه التعيين في صحه الحواله فت و اما في قوله قلنا دلالتها على الوكاله أيضا اه فبان لفظ الحواله اذا أطلق مجردا عن القرينه لا يدل على الوكاله بوجه من الوجوه لا لغه و لا عرفا و لا شرعا و لذا لا يطلق على المحيل انه موكل و لا على المحتال انه وكيل و بالجمله لا اشكال في ان حقيقه الحواله مغايره لحقيقه الوكاله و ليس هما مترادفين كالإنسان و البشر قطعا مضافا الى ان الاصل عدم الترادف في الالفاظ و لا الوكاله اخص من الحواله قطعا لصدق الوكاله في مواضع لا يصدق فيها الحواله و لا الوكاله اعم و الا لكان كل محيل

يكون دعوى المحيل اراده الوكاله بالمعنى الاخر الذى هو غير ذلك الخواص دعوى مخالفه للأصل فلا تسمع بلا بينه فت ثم ان قوله لان الوكاله اه مندفع بان ما ذكره لو كان موجبا لدلاله الحواله على الوكاله لكان البيع و الصلح و الاجاره و النكاح كلها داله على الوكاله و كون من يقبلها وكيلا لتحقق ما ذكره هنا أيضا كما لا يخفى و هو باطل قطعاً فت و اما فى قوله و ترجيح الشرع اه فبانا قد اشرنا الى ان الحواله ليست من الالفاظ المشتركه بين معان احدها الوكاله سلمنا و لكنه قد اعترف بان المعنى المتعارف للحواله هو الظاهر عند اطلاقها فالأصل يقتضى وجوب حملها عليه دون غيره الذى هو خلاف الظاهر فدعوى المحيل اراده غيره دعوى مخالفه للأصل فلا تسمع من غير بينه و لا فرق فى ذلك بين ان يكون خلاف الظاهر معنى حقيقيا او لا لان المعنى هو مخالفه الدعوى للأصل لا لكونها مستلزمه لإرادته المجاز على ان المحيل لو اراد خلاف الظاهر من غير نصب قرينه كما هو المفروض فى هذا الدعوى لان اتفاق المتنازعين على ان الصادر ليس الالفاظ الحواله مجردا عن القرينه لكان اغراء بالجهل و يترتب على ذلك فساد عقد الحواله لان الموجب اراد شيئا و القابل اراد غيره فلم يتحقق العقد فيلزم فساد ما وقع و على هذا يرجع دعوى المحيل الى دعوى فساد الحواله و دعوى المحتال الى دعوى صحتها و من القواعد المقرره ان القول قول من يدعى صحة العقد الواقع لا من يدعى فساده فت و اما فى قوله قلنا لا نسلم اولويته اه فبان المختار عندنا وفاقا لأكثر الاصوليين ان الامر اذا دار بين الاشتراك و المجاز كان المجاز اولى و القول باولويه الاشتراك و المساوات ضعيف و قد حققنا الكلام فى هذه المسأله فى كتبنا الاصوليه و اما فى قوله سلمنا لكن ذلك اذا لم يثبت الاشتراك اه فبان لم يقيم حجه قاطعه على الاشتراك بل لم نجد فى كلامه على الاشتراك بشىء اصلا نعم غايه ما يستفاد من كلامه احتمال الاشتراك و عدم دلاله عدم التبادر على عدمه و اين هذا من اقامه الدليل على صحة احتمال الاشتراك و من الظاهر ان مجرد مصير جمع من المحققين الى اولويه الاشتراك من المجاز لا يقتضى ثبوت الاشتراك هنا لا عنده و لا عندنا و اما فى قوله و انما ثبت ذلك فدعوى المحيل اه فبان دعوى اراده بعض افراد الحقيقه لا يجعل دعواه موافقه للأصل حتى يكون القول بل هذه الدعوى مخالفه للأصل بعد الاعتراف بكونها مخالفه للظاهر لما تقرر من ان الاصل وجوب حمل الالفاظ على ظواهرها فما خالف الظاهر يكون خلاف الاصل فمن ادّعى لا يكون القول قوله فت و اما فى قوله و لكن بهذا يندفع اه فبان كما يندفع الاصلان المتقدمان على تقدير كون الحواله مجازا فى الوكاله كذا يندفعان على تقدير الاشتراك اللفظى مع كون الظاهر من اطلاق لفظ الحواله هو المعنى المتعارف لان السبب امر واحد و هو وجوب حمل اللفظ على ظاهره و كون اراده غير الظاهر على خلاف الاصل فت و اما فى قوله لكن يرجع الامر اه فبان الظاهر ان المقام ليس من موارد تعارض الاصل و الظاهر المفروض فى الكتب الاصوليه و الفقهيه لاختصاص ذلك بموضوعات الاحكام كالقبلة و يد المسلم و نحو ذلك و اما مثل هذا الظاهر الراجع الى دلاله الخطاب يلزم تقديمه على مثل هذا الاصل الراجع الى الاستصحاب و لا يبعد دعوى ظهور اتفاق الاصوليين و الفقهاء عليه كما لا يخفى على من شاهد سيرتهم و تتبع طريقتهم و اما فى قوله مراعات للحقيقه او لقوه هذا الظاهر اه فبان قد منع من كونه حقيقه فى المعنى المتعارف دون غيره بل ادعى الاشتراك اللفظى بينه و بين الوكاله و مجرد كونه احد المعانى الحقيقه لا يقتضى ترجيحه مع احتمال الاخر و اما دعوى قوه هذا الظاهر فمسلمه و لكن قد يطالب بدليل ترجيحه على مذهبه من رجوع الامر هنا الى تعارض الاصل و الظاهر و ترجيحه الظاهر فى موارد لا يقصر هذا عنها لا يقتضى الترجيح هنا الا على تقدير كون ترجيحهم بنفسه حجه و كون الاستقراء حجه و كلاهما محل اشكال هنا و اما فى قوله او لتساقط الامرين اه فبالمنع من كون الاصل فى اليد الملكيه بحيث يشمل محل البحث الذى فرض فيه العلم بكون ما فى يد المحتال ملكا للمحيل قبل الحواله و بانه

مما انتقل من المحيل فت و اما فى قوله فعود بعضهم اه فبان قول البعض جيد على تقدير منع ان الاصل فى اليد الملكيه هنا كما

لا- يخفى و اما فى قوله و اما يتجه اه فبالمنع من انحصار اتجاه عدم الفرق فى صورته تسليم كون الحواله مجازا فى الوكاله بل يتجه أيضا على تقدير كونها مشتركه بين المعنى المتعارف و الوكاله مع ظهور الاول دون الثانى فت و ثانيهما ما تمسك به فى الخلاف و الغنيه و ير و كره و عد من ان الاصل بقاء حق المحتال فى ذمه المحيل و بقاء حقه على المحال و المحتال يدعى زوال الحقيين و المحيل ينكره فكان القول قوله و اورد عليه فى جامع المقاصد بان الاصل الذى ادعوه زال بالحواله الصادره بينهما التى الاصل فيها الحقيقه و الصحه فلا يعتد به و لو قدح هنا لقدح فى البيع و غيره ذا وقع الاختلاف فيهما بعد الصدور كاملا- لا- يقال نمنع ما ذكره من اصاله الحمل على الحقيقه و من اصاله الحمل على الصحه بحيث يشملان محل البحث لفقد الدليل عليهما من الادله الاربعه مط و لو عموما و اما النقض بالبيع و غيره فيجاب عنه بالتزام ما ذكر هنا فيهما أيضا لاتحاد الطريق سلمنا و لكن خروجهما بدليل على تقدير تسليمه لا يقتضى خروج محل البحث أيضا الا على تقدير حجيه القياس و هى ممنوعه لأننا نقول ما دل على حجيه الاصلين المذكورين علم بحيث يشمل محل البحث كما لا يخفى مضافا الى ان حجيتهما فى كثير من الموارد يقتضى حجيتهما هنا بناء على المختار من حجيه الاستقرار فى نفس الاحكام الشرعيه لإفادته الظن و الاصل فيه الحجيه كما بيناه فى المفاتيح و التفصيل بين البيع و غيره و بين محل البحث تفصيل لم يقل به احد على الظاهر مضافا الى

ص: ١٦٣

ان الاستقراء يدفعه فت و للآخرين ما تمسك به فى التذكرة قائلا و يحتمل تقديم قول المحتال عملا بالظاهر من حمل الالفاظ على حقائقها و من يدعى حملها على مجازاتها فقد ادعى خلاف الظاهر فلا يقبل منه كما لو ادعى ثوبا فى يد زيد فانا نقضى لزيد عملا بظاهر اليد كذا هنا فيقدم قول مدعى الحواله عملا بظاهر اللفظ بشهاده لفظ الحواله و اشار الى هذا الوجه فى القواعد و ير و جامع المقاصد و المسأله محل اشكال و لكن القول الثانى من ان القول قول المحتال فى هذه الدعوى هو الاقرب و انما يقدم قوله مع يمينه كما صرح به فى التحرير و لك بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه و ان أطلق تقديمه فى الجامعين و ان قلنا بالقول الاول فيعتبر اليمين أيضا كما صرح به فى ط و ف و الغنيه بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه و ان أطلق فى بيع و عد تقديم قول المحيل و على المختار اذا حلف المحتال ثبت ما فى يده الذى قبضه من المحال عليه لنفسه و لم يجز له مطالبه المحيل بوجه و لا- يجوز للمحيل مطالبه المحال عليه بما كان له من الدين على المحال عليه على القولين سواء صدق المحال عليه المحتال أم صدق المحيل أم شك فيه لان المحال عليه على اى تقدير سلم الدين الى من يكون التسليم اليه موجبا لبراءه ذمته و ذلك واضح و هل تبرأ ذمه المحيل ظاهرا و باطنا من دين المحتال او لا فيه اشكال و لكن الاحتمال الثانى هو الاقرب كما صرح به فى التحرير و ان قلنا بالقول الاول و جب على المحتال دفع ما قبضه من المحال عليه من الدين الى المحيل و لم تبرأ ذمته من دين المحتال و

**ينبغى التنبيه على امور**

**الاول اذا وقعت الدعوى المفروضه قبل قبض المحتال للمال**

فقال المحيل و كلتك و قال المحتال لم توكلنى بل احدثنى فقد قطع فى الشرائع و القواعد بان القول قول المحيل هنا أيضا و صار اليه فى ط و التلخيص و التحرير و هو مقتضى اطلاق الخلاف و الجامع و قد صرح فى جامع المقاصد بانه لا فرق فى تقديم قول

المحيل هنا بين صورتى قبض المحتال من المحال عليه و عدمه قائلًا و اعلم ان اختلافهما قبل القبض و بعده لا نجد فيه فرقا لان عقد الحوالة من العقود اللازمة فاذا صح و حل على الحقيقيه تعين فيه الاداء الى المحتال لأنه صار ملكه و كان المص لحظ كون الحوالة استيفاء و الاستيفاء انما يثمر الملك بالقبض فقبله لا- يتحقق الملك فيكون الاختلاف قبل القبض فى استحقاق ما هو مملوك للمحيل حين الاختلاف و ليس ككك لان نفس الحوالة استيفاء و مثمره للملك و ان لم يحصل القبض حتى لو اراد المحيل بعد كمال الحوالة دفع البديل توقف على رضاء المحتال و ليس هو كالإيفاء بعين الحوالة فان الملك فيه متوقف على القبض و من ثم يجوز الابدال قبله فعلى هذا يكون قوله و لو لم يقبض قدم قول المحيل قطعًا فى غايه البعد و ما قطع غير ظاهر و قد وجه فى لك الفرق بين صورتى القبض و عدمه فيما حكينا عنه سابقًا و قد حقق الكلام هنا بنحو آخر قائلًا الكلام هنا يتفرع على ما سبق فان قلنا ان لفظ الحوالة مجاز فى الوكالة فعدم الفرق واضح و القطع ممنوع بل الوجهان آتيان فيه و تقديم قول المحتال اوضح لاتفاقهما على وقوع اللفظ الناقل للملك فلم يقدح دعوى المجاز و الا لتوجه فى كل عقد يدعى فى لفظه اراده غير معناه الحقيقي و هو بط و ان جعلناها حقيقه فى الوكالة أيضا تعارض الاصل و الظاهر و لا ترجيح من جهة القبض كما تقدم فيمكن ان يكون قطع المص من جهة ترجيح الاصل لأنه الغالب معتضدا ما سبق باصالة عدم الملك المحتال له بخلاف ما فى يده و اما توجيه الفرق بان الحوالة استيفاء و الاستيفاء انما يثمر القبض بالملك فقبله لا يتحقق الملك فيكون الاختلاف قبل القبض فى استحقاق ما هو مملوك المحيل حين الاختلاف فليس بسديد لان الحوالة و ان جعلناها استيفاء نقول انها بمنزله واقعا لا- بمنزله الوكيل فيه لان الحوالة تفيد النقل و الملك و ان لم يحصل القبض اجماعا حتى لو اراد المحيل بعد الحوالة و قبل القبض دفع البديل لم يملك ذلك بدون رضاء المحتال و فى بعض ما ذكره نظر و كيف كان فالاقرب عندي هنا تقديم قول المحتال يمينه أيضا لاتحاده مع السابق فى الوجه فت و عليه اذا حلف المحتال رجوع على المحال عليه فاذا اداه الى المحتال ح برئت ذمته من دين المحيل اذا صدق المحتال فى دعواه و اما اذا كذبه و وافق المحيل فى دعواه و قلنا بعدم اشتراط رضاه ففى براءه ذمته اشكال و لكن احتمال البراءه لا يخ عن قوه و ان قلنا باشتراطه فينبغى ان لا يرضى بالحوالة و لا يدفع المال الى المحتال ح بعد علمه بكذبه و صرح فى لك بانه ان نكل حلف المديون و بطلت الحوالة

### **الثانى صرّح فى جامع المقاصد بانه لو اختلفا فى وجود القرينه**

فالقول قول من ينفيها يمينه لان الاصل العدم و هو جيد

### **الثالث لو قال المحيل المديون بعد اتفاقهما على جريان لفظ الحوالة احلتك**

و قال المحتال لا بل و كلتنى بعكس السابق فهل القول ح قول مدعى الوكالة او لا بل القول قول مدعى الحوالة كما سبق صرح بالأول فى المبسوط و الغنيه و الشرائع و التلخيص و عد و كره و لهم و جهان احدهما ظهور الاتفاق عليه لان الجماعه المتقدم اليهم الاشارة قد افتوا هنا بتقديم قول مدعى الوكالة من غير اشاره الى خلاف و لا اشكال بل صرح فى التذكرة بانه لو اتفقا على جريان لفظ الحوالة فالوجهان فى المسألة الاولى على العكس هنا فكل من قال فى المسألة الاولى بان القول قول مدعى الحوالة يقول هنا القول قول مدعى الوكالة و بالعكس مع اليمين فيهما لما مرّ من الوجهين السابقين و فيه نظر و ثانيهما ما تمسك به فى التذكرة و جامع المقاصد و لك قائلين بعدم قول مدعى الوكالة هنا عملا باصالة بقاء الحقين و المديون يدعى خلافهما و

انتقالهما فكان عليه البيه و فيه نظر كما نبه عليه في الثاني قائلا- و في توجيهه نظر لان الاصل في اللفظ الحقيقه و الحمل على المجاز خلاف الاصل و المحيل اعرف بلفظه و قصده و الاصل

ص: ١٦٤

الذى ادّعه بالنسبه الى الحقين زال بالسبب الواقع بينهما و من يعلم ان ما اختاره هنا أيضا في غايه البعد مع مخالفته لما سبق من مجىء الوجهين في المسأله فلا أقل من مجيئها هنا و ان كان عنده احدهما ارجح و في كره جعل الحكم هذا الحكم فيما اذا لم يتفقا على لفظ مخصوص اما اذا اتفقا على الحواله و اختلفا هذا الاختلاف فالوجهان في المسأله الاولى على العكس هنا و يؤيد ما ذكره تصريح لك بان توجيه هذا الحكم كما سبق اعتراضا و جوابا فيأتى فيه الوجهان لرجوع الامر الى دعوى خلاف الظاهر و خلاف الحقيقه و ربما يظهر منهما القول بتقديم قول مدعى الحواله و هو في غايه القوه و قد حكاه في ط عن قوم فظهور الاتفاق على تقديم قول مدعى الوكاله ممنوع بل لا نسلم اشتهاه و صرح في التذكره و جامع المقاصد و لك بانه يظهر فائده هذا الاختلاف عند افلاس المحال عليه و نحوه و هو جيد و على اى تقدير فمن تقدم قوله فانما يقدم قوله بيمينه كما نبه عليه في التذكره و جامع المقاصد و لك بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه و صرح في لك بما يترتب على القول بتقديم قول مدعى الحواله قائلا- و ان قدمنا قول مدعى الحواله فحلف برئ من دين المحتال و كان للمحتال مطالبه المحال عليه اما بالحواله او بالوكاله و يملك ما يأخذه اما قصاصا على زعمه او لأنه عين حقه كما اقتضى الظاهر و صرح بما ذكره في التذكره أيضا و هو جيد و صرح في لك أيضا بما يترتب على القول بتقديم قول مدعى الوكاله قائلا نقول هنا ان قدمنا قول المحيل و حلف فان لم يكن قبض المال فليس له قبضه لان انكار المحيل الوكاله يقتضى عزله لو كان و كيلا و له مطالبه المحيل بحقه و هل للمحيل الرجوع على المحال عليه و جهان من اعترافه بتحول ما كان عليه الى المحتال و من ان المحتال ان كان و كيلا فاذا لم يقبض بقى حق المحيل و ان كان محتالا فقد ظلم المحيل يأخذ المال منه و ما على المحال عليه حق للمحيل عليه ان يأخذ عما ظلم به و ان كان قبض المال فقد برئت ذمه المحال على التقديرين ثم ان كان المقبوض باقيا ففي جواز تملكه له او وجوب ردّه على المحيل و جهان مأخذهما انه جنس حقه و صاحبه يزعم انه يملكه و اعترافه بانه ملك المحيل و انه المخير في جهه الاداء و ان كان تالفا بتفريط ضمنه للمحيل و طالبه بحقه و قد يمكن التقاص و ان لم يكن بتفريط ففي ضمانه و جهان مأخذهما ثبوت كونه و كيلا فيده يد امانه و انه لا يلزم من تصديقه في نفى الحواله تصديقه في اثبات الوكاله فيسقط عنه الضمان لأنه يمينه انما كانت على نفى ما يدعيه و قد نبه في التذكره على جميع ما ذكره و لعله اخذه منها بتغيير العباده مع تفاوت جزئى

#### **الرابع جميع ما ذكر اذا لم يأت باللفظ على وجه لا يحتمل المجاز**

فان اتى به كذلك كما لو قال احلتك بالمائه التى لك على على المائه التى لى على زيد ثم اختلف الاختلاف السابق فان القول قول مدعى الحواله لامتناع اراده المجاز او الفرد المرجوح و قد صرح بذلك في جامع المقاصد و كذا في لك قاطعا به كما عن التذكره

**منهل لو لم يتفق المحيل و المحتال اللذان جرى بينهما العقد على جريان لفظ الحواله**

بل قال المحيل المديون وكتتك فى استيفاء دينى و قال المحتال لا بل احلتنى بمالك على فلان فالقول قول المحيل المدعى للوكاله هنا كما صرح به فى المبسوط و الغنيه و عد و ير و كره و جامع المقاصد و لك و لهم و جوه منها ظهور الاتفاق عليه و منها تصريح المبسوط و الغنيه بنفى الخلاف فى ذلك و ربما يستفاد مما عداهما من الكتب المذكوره لعدم اشارتها الى خلاف و لا اشكال فى المسأله و منها ما تمسك به فى الاولين قائلين لأنهما اختلفا فى لفظه و كان هو اعرف به من غيره و منها ما تمسك به فى التذكرة و جامع المقاصد و لك و من ان الاصل استمرار حق القابض على المديون و استمرار حق المديون على الثالث فالمحيل يدعى بقاء الاصل و الاخر يدعى خلافه فكان المقدم مدعى الوكاله و

### ينبغى التنبيه على امور

#### الاول لا فرق فى ذلك بين صورتى قبض المحتال للمال و عدمه

كما هو مقتضى اطلاق الكتب المتقدمه عد التحرير

#### الثانى انما يقدم قول المحيل هنا بيمينه لا مط

كما نبه عليه فى التذكرة و التحرير و جامع المقاصد بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه و ان أطلق فيما عداها تقديم قوله

#### الثالث صرح فى جامع المقاصد بفائده هذا النزاع قائلا

و يظهر فائده هذا فيما اذا كان الثمن باقيا و اراد الابدال او اراد التأخير للدفع الى بلد الدين اذا كانا فى غيره و لم يشترط الاداء فى غيره و فى ذلك دفع ضرره و لم يرض المديون بما يندفع به ضرره سواء كان بالغا او لا

#### الرابع اذا حلف المديون المحيل على نفي الحواله

التي يدعيها المحتال انتفت ظاهرا فان لم يكن المستحق و هو المحتال قد قبض الدين الذى وقع الاختلاف فى الحواله به و الوكاله لم يكن له قبضه من المحال عليه ظاهرا كما صرح به فى المبسوط و عد و كره و جامع المقاصد و لك بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه و احتج عليه فى كره و جامع المقاصد و لك بان الحواله قد ارتفعت بيمين المحيل و صار المحتال معزولا عن الوكاله بإنكاره و قد صرح بالآخر فى المبسوط و عد أيضا و هل للمحتال ح مطالبه المحيل بما كان له على المحيل او لا احتمالا ان احدهما ان له المطالبه بذلك و قد ذهب اليه فى القواعد و التذكرة و جامع المقاصد و لك و اشار الى وجهه فى جامع المقاصد قائلا له مطالبه المديون بماله لئلا يضيع حقه لأنه ان كانت الحواله هى الواقع فقد دفعه عن المال المحال به و صيره له

ظاهرا يمينه فظلمه بذلك و ان كان الواقع الوكالة فظاهر بقاء حقه عليه و اشار الى ما ذكره في عدو لك أيضا و ثانيهما انه ليس له المطالبه بذلك و لم اجد به قائلا نعم صرح في عد و جامع المقاصد و لك بانه محتمل و اشار الى وجهه في جامع المقاصد قائلا و يحتمل عدم استحقاق المطالبه لان الحواله يتضمن براءه ذمه المحيل فبدعواه اياها يعترف ببراءه ذمه المحيل فكيف يطالبه و اشار اليه في عد و لك و اجاب عنه في جامع المقاصد قائلا و بما بيناه اولا يعلم انه لم يبرأ مط لأنه ظالم بتملك ما يستحقه بزعمه هذا الحكم في الظاهر و فيما بينه و بين الله يعتمد ما يعلم انه الحق

ص: ١٦٥

و فيه نظر و المسأله محل اشكال فلا- ينبغي فيها ترك الاحتياط و لكن الاحتمال الاول هو الاقرب و لا فرق فيه بين صورتى تصديق المحال عليه للمحتال او للمحيل كما هو مقتضى اطلاق عبارات القائلين به و اذا ابرء المحيل المحال عليه عما يستحقه ظاهرا فالاقرب انه يجب على المحال عليه دفع المال الى المحتال اذا صدقه في دعواه و ليس للمحتال ح الرجوع على المحيل و صرح في كره بانه للمحيل ح على الاحتمال ان يطالب المحال عليه بما كان له عليه و هو جيد و ان كان المحتال قد قبض المال من المحال عليه قبل الدعوى و كان المقبوض باقيا فعليه تسليمه للمحيل و له مطالبه المحيل بحقه كما صرح به في التذكرة و لك محتجين بان المحتال ان كان و كيلا فحقه باق على المديون و ان كان محتالا فقد استرجع المحيل ماله منه ظلما فله الرجوع على المحيل ببذله و لا- وجه لتضييع حقه و زاد في الثانى قائلا و هذا بخلاف ما لو لم يقبض حيث توجه احتمال عدم مطالبه المديون لاعترافه ببراءته ثم و اما هنا و ان كان من الحواله بزعمه الا ان ذمته اشتغلت بظلمه ثانيا و قد صرح في كره بان المحال عليه تبرأ ذمته بدفع المال الى المحتال قبل الدعوى محتجا بان القابض اما و كيل كما زعم المحيل المديون او محتال كما زعم القابض و على كلا التقديرين يبرء المحال عليه بالدفع الى المحتال و هو جيد و صرح أيضا بان هذا كله من حيث الظاهر فاما بينه و بين الله تعالى فاذا لم يصل الى المحتال حقه من المحيل فله امساك المأخوذ لأنه ظفر بجنس حقه من مال المديون و المديون ظالم له و هو جيد أيضا و ان كان المقبوض تالفا فان كان تلفه بتفريط المحتال فعليه بدله للمحيل و يرجع عليه كما مر كما صرح به في لك و ان كان بغير تفريطه ففي ضمانه له احتمالاين احدهما عدم الضمان و وجهه ما نبه عليه في لك من انه اما و كيل بزعم المحيل فلا- يضمن المال اذا لم يفرط او محتال فهو ماله و اليه اشار في كره بقوله فان لم يكن بتفريط من القابض احتمال ان لا يضمن لأنه و كيل بقوله و الوكيل امين و ثانيهما الضمان و وجهه ما صرح به في لك و كره من انه و ان كان و كيلا ظاهرا الا انه قبض المال لنفسه و الوكيل يضمن بذلك لأنه جنايه و لم يرجحنا هنا شيئا من الاحتمالين فظاهرها التوقف و عندى ان الاحتمال الثانى فى غايه القوه مع انه احوط و صرحا بانه على الاحتمال الاول ليس للمحتال مطالبه المحيل بحقه و ان كان المحيل يزعم بقائه لاعتراف المحتال باستيفاء حقه بزعمه و هو جيد

### الخامس لو قال المحتال وكتنى و قال لا بل احلتك

فالقول قول مدعى الوكالة كما صرح به فى التذكرة و القواعد و ير و جامع المقاصد و لك و لهم وجهان احدهما ظهور الاتفاق عليه كما يستفاد من الكتب لعدم اشارتها الى خلاف و لا اشكال فيه بل قطع فى الاخير به و ثانيهما ما تمسك به فى الاول و الاخيرين من ان الاصل عدم الحواله و بقاء الحقين و انما يقبل قوله مع يمينه كما صرح به فيما عدا الاخير من الكتب المتقدمه



بل الظاهر انه مما لا- خلاف فيه و لا فرق في ذلك بين صورتى قبض المحتال للمال من المحال عليه و عدمه كما هو ظاهر ما عدا التحرير من الكتب المتقدمه و اذا لم يقبض المحتال ح المال فليس له قبضه كما صرح به فى القواعد و جامع المقاصد و لك محتجين باندفاع الحوالة بانكاره و يمينه و الوكاله بانكار المحيل لان الانكار يتضمن العزل لو كان و كيلا و له مطالبه المحيل بحقه كما صرح به فى التذكرة و هل للمحيل الرجوع على المحال عليه فيه اشكال من اعترافه بتحول ما كان عليه الى المحتال ان كان و كيلا فاذا لم يقبض بقى حق المحيل و ان كان محتالا فقد ظلم المحيل باخذ المال منه و ما على المحال عليه حق للمحيل عليه ان يأخذ عما ظلم به و قد ذكر الوجهين فى التذكرة و لك من غير ترجيح و الاقرب عندي جواز الرجوع على المحال عليه اذا صدق المحتال او شك فيه و يحتمل مط و لو صدق المحيل و لكنه ضعيف و ان كان قبض المال فقد برئت ذمه المحال عليه على التقديرين كما صرح به فى التذكرة و لك ثم ان كان المقبوض باقيا ففى تملكه له او وجوب رده الى المحيل احتمالا ان احدهما انه يملكه و وجهه ما ذكره فى التذكرة و القواعد و جامع المقاصد و لك من انه جنس حقه و صاحبه يزعم انه ملكه و هل يملكه قهرا كالإرث او لا فيه اشكال و قد اشار الى الاحتمالين فى جامع المقاصد قائلا و اعلم ان شيخنا الشهيد فى بعض حواشيه جوز لقوله يملكه معينين احدهما اراده الملك القهرى لان المديون يزعم ذلك و هو من جنس الحق فهو فى قوه التعيين بوجهه مخصوصه عن جهات القضاء فلا- يحتاج الى امر اخر الثانى اراده جواز التملك فيتوقف حصول الملك على احد امرين اما تصريح المديون بالتعيين كان يقول خذها فى يدك او مماطلته بدفع غيره فتأخذه قصاصا و عندي ان الثانى بعيد اذ المتبادر من كلام المصنف تملك من غير توقف على شىء آخر فاما ان يجعل زعم المديون بمنزلة التعيين ان لم يكن اقوى فيملكه بالقبض على طريق القهر او يجعل ادعاء الحوالة المتضمنه لبراءه ذمته بحيث لا يستحق عليه المطالبه بعد مماطلته حيث انه اقوى من المماطله اذ منكر الدين مماطل و زياده فيسوغ له الاخذ مقاصه و على كل حال فما قرّبه المص هو المختار و كل من الامرين الاخيرين محتمل و ثانيهما انه لا يملكه و وجهه ما صرح به فى لك من اعترافه بانه ملك المحيل و انه المخير فى جهه الاداء و الاقرب عندي انه لا يملكه قهرا للأصل و فقد الدليل و لكن له ان يملكه تقاصا اذا اجتمع فيه شرائطه مط و ان كان المقبوض تالفا بتفريط منه ضمنه للمحيل و طالبه بحقه و قد يمكن التقاص و قد صرح بجميع ما ذكر فى التذكرة و لك و ان لم يكن بتفريط منه ففى ضمانه ح احتمالا ان احدهما انه لا يضمن و وجهه ما صرح به فى التذكرة و عد و و لك من كونه و كيلا فيده يد امانه و ثانيهما انه يضمن و وجهه ما صرح به فى القواعد من ان الاصل ضمان مال الغير و لا يلزم من تصديقه فى نفى الحوالة تصديقه فى اثبات الوكاله ليسقط عنه الضمان و قد صرح فى جامع المقاصد بضعف وجه الاحتمال الاول و قوه وجه الاحتمال

ص: ١٦٦

الثانى قائلا بعد الاشاره الى ما فى عد و لا يخفى ان فى توجيه الاحتمال ضعفا لان صغرى القياس المضمرة يجب ان يكون هكذا القابض و كيل و معلوم ردها اذ الوكاله لم تثبت فيكون الاحتمال الثانى اقوى و هذه المسأله مما يتخرج على قاعده معروفه بين الفقهاء و هى ان اليمين لنفى شىء لا يكون لإثبات شىء اخر ان قيل لا حاجه الى تخريجه على هذه القاعده قلت بل يحتاج اذ يمكن ان يقال ان الحال دائر باعترافهما بين الحوالة و الوكاله فاذا بطل احدهما باليمين تعين الاخر لان اليمين حجه شرعيه و من صورها ما لو اقر الوكيل بالبيع و قبض الثمن بهما و انكر الموكل القبض حلف الوكيل لاستيمانه فلو خرج المبيع مستحقا و رجع المشتري على الوكيل بالثمن لعدم ثبوت الوكاله لم يرجع الوكيل على الموكل لان اليمين كانت لدفع الغرم لا لإثبات المال على

الموكل فالقول الان قول الموكل يمينه و فى بعض ما ذكره مناقشه و المسأله محل اشكال و لكن الاحتمال الاول فى غايه القوه

### منهل يصح الحواله بدين عليه على دين له على اثنين متكافلين

اى قد ضمن كل منهما ما فى ذمه صاحبه دفعه واحده او متلاحقين مع اراده الثانى ضمان ما فى ذمه الاول فى الاصل لا مط لثلا يصير المالان فى ذمه الثانى فاذا كان لشخص على اثنين الف درهم مثلا على كل واحد منهما خمسمائه و ضمن كل منهما صاحبه بما عليه من الخمسمائه دفعه واحده او على وجه التلاحق بحيث يشغل ذمه كل منهما بخمسمائه باعتبار الضمان و اجاز المضمون له الضمانين معا و كان عليه لرجل الف درهم فاحاله به على ذينك الاثنين المديونين له المتكافلين على وجه الضمان صحت هذه الحواله و يرجع المحتال على كل منهما بخمسمائه و قد صرح بصحة هذه الحواله فى الشرائع و ير و لف و اللمعه و لك و ضه و صرح فيها بان وجه جواز الحواله عليهما ظاهر لوجود المقتضى و انتفاء المانع اذ ليس الا كونهما متكافلين و ذلك لا يصلح مانعا ثم حكى عن الشيخ الخلاف فى المسأله مع احتجاجه و الجواب عنه قائلا و نبه المص بذلك على خلاف الشيخ حيث منع منه محتجا باستلزامها زياده الارتفاق و هو ممتنع فى الحواله لوجوب موافقه الحق المحال به للمحال عليه من غير زياده و لا نقصان قدرا و وصفا و هذا التعليل انما يتوجه على مذهب من يجعل الضمان ضم ذمه الى ذمه فيتخير ح فى مطالبه كل منهما بمجموع الحق اما على مذهب اصحابنا من انه ناقل للمال من ذمه المحيل الى ذمه المحال عليه فلا ارتفاق بل غايته انتقال ما كان على كل منهما الى ذمه صاحبه فيبقى الامر كما كان و مع تسليمه لا يصلح للمانع لان مطلق الارتفاق بها غير مانع كما لو احاله على ملى منه و احسن و فاء و نبه على ما ذكره فى لك و التذكرة و لف و صرح فى المبسوط بانه لو كان على رجلين الف و لرجل عليه الف فاحاله بها على الرجلين و قبل الحواله كان جائزا و هو جيد

### منهل اذا حال المشتري البائع بالثمن على اجنبى ثم رد المبيع بالعيب السابق فهل تبطل الحواله مط او لا

#### اشاره

فيه احتمالات الاول انها تبطل ح و قد ذهب اليه فى الخلاف و المبسوط و الغنيه و الشرائع و التلخيص و شد و الجامع و مجمع الفائده و قد احتج عليه فى الاربعه الاول بان الحواله تابعه للبيع فاذا بطل البيع بطلت لاستحاله وجود التابع من حيث هو تابع بدون المتبوع و قد اشار الى هذا الوجه فى غايه المراد و جامع المقاصد و لك و مجمع الفائده و غيرها فاذا اشترى رجل من غيره عبدا بالف درهم ثم احال البائع المشتري بالالف على رجل اخر للمشتري عليه الف درهم و قبل البائع الحواله ثم وجد المشتري بالعبد عيبا فرده و فسخ البيع بطلت الحواله الثانى انها لا تبطل و حكاها فى ط عن بعض الناس و لعله اراد به بعض العامه و لم اجد قائلا به من اصحابنا نعم صرح فى يع بعد تصريحه بالقول الاول بالتردد فيه و صرح فى الارشاد بالاشكال فيه كما هو ظاهر التحرير و اشار الى الاحتمالين المذكورين و الاحتمال الثالث الآتى من غير ترجيح لشيء منها فى التذكرة و غايه المراد و لك و غيرها الثالث ما نبه عليه فى غايه المراد و لك قائلين و ربما بنى الوجهان على ان الحواله هل هى استيفاء ما على المحيل نظرا الى عدم اشتراط القبض فيها و لو كان الحقان من الاثمان و لتتحقق براءه ذمه الاخر بمجردھا و لأنها لو كانت اعتياضا كانت بيع دين بمثله أو اعتياض التفتاتا الى أنه لم يقبض نفس حقه بل أخذ بدله عوضا عنه و هو معنى الاعتياض فعلى الاول تبطل لأنها نوع ارفاق فاذا بطل الاصل بطل هيئه الارفاق كما لو اشترى بدراهم مكسره فاعطاها صحاحا ثم فسخ فانه يرجع بالصحاح و على الثانى لا تبطل كما لو اعتاض البائع عن الثمن ثوبا ثم فسخ فانه يرجع بالثمن لا بالثوب و قد صرح بالبناء الذى نقله العلامة فى

القواعد قائلا لو احتال البائع ثم ردت السلعة بعيب سابق فان قلنا الحوالة استيفاء بطلت لأنها نوع ارفاق فاذا بطل الاصل بطلت هيئه الارفاق كما لو اشترى بدراهم مكسره فاعطاها صحاحا ثم فسخ فانه يرجع بالصحاح و ان قلنا انها اعتياض لم تبطل كما لو استبدل عن الثمن ثوبا ثم رد بالعيب فانه يرجع بالثمن لا- الثوب و المسأله فى غاية الاشكال و الاحتمال الثانى و ان كان امتن دليلا و اصلا الا انى لم اجد به قائلا من اصحابنا فالمصير اليه مشكل فاذن الاحتمال الاول هو الاقوى و لكن مراعاة الاحتياط مع الامكان اولى و

### ينبغى التنبيه على امور

### الاول صرح فى لك بانه لا فرق فى ذلك بين كون الرد بالعيب بعد قبض المبيع و قبله

و لا بين ان يتفق الرد بعد قبض المحتال مال الحوالة و قبله و هو ظاهر اكثر الكتب المتقدمه و هو الاقرب

### الثانى الحق فيه بخيار العيب هنا ساير الخيارات

قائلا لا فرق فى ذلك بين الفسخ بخيار العيب و غيره من انواع الخيار و الاقاله و الفسخ بالتحالف و نحوهما مما لا يبطل البيع من اصله و لكن المص و الجماعه مثلوا بالعيب تبعا لمن فرض المسأله و كذا لا فرق بين العيب السابق على البيع و اللاحق على وجه يجوز الفسخ كالعيب قبل القبض و قبل انقضاء الثلاثه فى الحيوان و هو جيد و قد صرح بالاول فى مجمع الفوائد

ص: ١٦٧

أيضا

### الثالث ان قلنا بطلان الحوالة هنا فان لم يكن البائع المحتال قبض المال

فهو باق فى ذمه المحال عليه للمشتري كما كان قبل الحوالة و قد صرح به فى الشرائع و التذكرة و لك و ليس للبائع قبضه ح كما صرح به فى التذكرة و عد و لك و صرح به فى جامع المقاصد أيضا محتجا بخروجه عن الاستحقاق لامتناع الاستيفاء بعد سقوط الدين و لو خالف البائع و قبض بعد ذلك لم يقع عنه كما صرح به فى كره و صرح به فى لك أيضا محتجا ببطلان حقه و هل يقع عن المشتري فيبر ذمه المحال عليه او لا- بل يجب دفعه اليه فففيه احتمالا ان احدهما انه يقع عن المشتري و وجهه ما اشار فى كره و عد و لك و جامع المقاصد من انه كان مأذونا فى القبض بحقه فاذا بطلت تلك الجهة بقى اصل الاذن نظرا الى ان الخاص اذا ارتفع يبقى العام فالاذن الضمنى لا يبطل ببطلان ما كان فى ضمنه و ثانيهما انه لا يقع عنه أيضا و قد ذهب اليه فى التذكرة و عد و جامع المقاصد و لك و وجهه ما نبه عليه فى لك من بطلان الحوالة فيتبعها الاذن فى القبض لأنه كان من لوازمها فيستحيل تخلفه عن ملزومه فالاذن الضمنى يمنع بقاءه لامتناع بقاء المعنى الضمنى بعد ارتفاع المطابقي و اليه اشار فى التذكرة بقوله و اصحهما المنع لان الحوالة قد بطلت و الوكاله عقد اخر يخالفها فاذا بطل عقد لم ينعكس عقد اخر و كذا اشار

اليه في القواعد و جامع المقاصد بقولهما و الأصحّ العدم لان الذي كان ضمنا لا يقوم بنفسه و الوكاله عقد مخالف للحواله يقال كيف يبقى الاذن في قبض المال المحال به بطرو بطلان الحواله مع ان الاذن في التصرف يبقى في الوكاله و الشركه الفاسدتين كما لو و كل في التصرف اذا جاء راس الشهر و شاركه على الاستواء في الربح و اختصاص احدهما بالخسران فيعتبر الاذن الضمني لأننا نقول لا نسلم ثبوت الاذن في التصرف في الوكاله و الشركه الفاسدتين سلمنا و لكن الفرق بين الحواله و ما ذكر و اوضح كما نبه عليه القواعد و حققه في جامع المقاصد قائلا في مقام الجواب عن الايراد المذكور و الجواب الاختلاف بينهما و بين الحواله لان المحتال يقبض لنفسه بالاستحقاق و قبضه للمحيل بالاذن مختلفا لان احدهما حواله و الاخر و كاله فبطلان احدهما لا يفيد حصول الاخر قطعاً اذ من المعلوم البين ان الحواله لم يتضمن التوكيل كما ان البيع لم يتضمنه فاذا بطلت الحواله توقف ثبوت الوكاله على مقتضى له اما في الشركه و الوكاله فانه يتصرف بالاذن حيث انها استتابه في التصرف فاذا بطل خصوص الاذن لفساد العقد بقي عموم هذا محصل كلامه و الحق فان الذي يتحصل مما ذكره هو ان بقاء الاذن في التصرف في الوكاله و الشركه اذا فسدت اقرب من ثبوت الوكاله بفساد الحواله بعد اما بقاء الاذن الضمني فيهما بحيث يحكم بجواز التصرف بمجرد ادعاء بقاء عموم الاذن فليس بظاهر و عندي ما صار اليه هؤلاء الجماعه من الاحتمال الثاني هو الاقرب لأصالة عدم انتقال المال الذي قبضه البائع المحتال الى المشتري المحيل و عدم براه ذمه المحال عليه بمجرد ذلك و عموم قوله ص على اليد ما اخذت حتى تؤدي و عموم ما دل على عدم جواز التصرف في ملك الغير بدون اذنه مع عدم ثبوت بقاء الاذن بعد الفساد و على تقديره لا- نسلم اعتباره و صلاحيته لدفع ما يقتضيه الاصل و عدم ظهور قائل بالاحتمال الاول و ان كان البائع المحتال قد قبض المال ثم طرأ الفسخ بعده فلا اشكال في براه ذمه المحال عليه ح كما صرح به في يع و مجمع الفائده و يدل عليه الاصل و ظهور الاتفاق عليه و يجب على البائع المحتال ح دفعه الى المشتري المحيل لا- الى المحال عليه فتعين في يع و مجمع الفائده و يدل عليه الاصل و ظهور الاتفاق عليه و يجب على البائع المحتال ح دفعه الى المشتري المحيل لا الى المحال عليه فتعين حق المشتري فيه كما صرح به في يع و التذكرة و عد و شد و جامع المقاصد و لك و مجمع الفائده و وجهه ما اشار اليه في جامع المقاصد من انه مال للمشتري و قد يتعين بالقبض عن الدين الذي كان عليه كونه له و الا لا تمتنع وقوعه عن دينه فلا يزول ذلك بزوال الدين فيردّه المشتري و يتعين حق المشتري في ذلك الذي قبض البائع و يعضد ما ذكره ظهور الاتفاق عليه و ان احتمل في مجمع الفائده خلاف ذلك قائلا و يمكن أيضا ان لا يكون للمحيل استحقاق الاخذ من البائع

لبطلان الحواله فيكون الطلب للمحال عليه و لو خالف البائع المحتال فرده على المحال عليه دون المشتري المحيل فللمشتري مطالبته فان كان موجودا اخذه و ان كان تالف لزم بدله ان كان التالف بتفريط بل صرح في لك بلزوم البدل و لو لم يكن هناك تفريط و هو مقتضى اطلاق التذكرة و القواعد و جامع المقاصد و احتج عليه فيه و في لك بانه قبضه بدلا عن ماله الذي هو الثمن فيكون مضمونا

#### **الرابع ان قلنا بصحة الحواله هنا فان لم يكن البائع قد قبض المال**

ثم طرأ الفسخ فله قبضه كما صرح به في التذكرة و عد و جامع المقاصد و لك لأنه ملكه بمعاوضه مستقلة كما صرح به في الثالث و هل للمشتري الرجوع على البائع بمثل المال المحال به قبل قبضه او لا يرجع اليه الا بعد القبض فيه احتمالا ان احدهما ان له الرجوع قبل القبض و وجهه ما نبه عليه في التذكرة و القواعد و جامع المقاصد و لك من ان الحواله كالقبض بدليل ان البائع

إذا أحيل بالثمن وقيل لم يكن له حبس السلعه و الجنس و لو لا انه كالقبض لم يكن له ذلك فانه يجوز له الحبس الى ان يقبض و قد صرح فى جامع المقاصد و بنفى الخلاف فيه و قد اختار فيه و فى لك هذا الاحتمال و ثانيهما انه لا يرجع عليه الا بعد القبض و وجهه ما اشارت اليه الكتب المذكوره من ان اخذ العوض من البائع انما هو عن المقبوض و الى الان لم يحصل القبض حقيقه و ان حصل ما يقوم مقامه و اورد عليه فى جامع المقاصد قائلاً- بعد الاشاره اليه و ليس بشىء لان البائع حيث ملك المحال به بالحواله التى هى بيع خرج ذلك عن كونه ملكاً للمشتري فلا بد ان يثبت عوضه فى ذمه البائع حيث حصل الفسخ و ثبت التراد فى العوضين و لا اثر للقبض و عدمه فى ذلك و لا يخفى ان التبريم ليس للمقبوض بل لما ثبت فى

ص: ١٦٨

ذمه البائع بدلا عن الدين الذى كان ملكاً للمشتري و من هذا يعلم ان توجيه الشق الاول من شقى الاشكال بكون الحواله كالقبض فى كلام المص ضعيف و الصحيح ما قلناه فالاصح ان له الرجوع فى هذه الحاله لو قلنا بان الحواله اعتياض و ما صار اليه فى غايه القوه و ان منعنا رجوع المشتري على البائع حيث حصل الفسخ و لم يكن قبض الى ان تقبض فهل للمشتري مطالبه البائع بتحصيل الحواله اى بقبض المال المحال به ليرجع عليه او لا صار الى الاول فى كره و استشكل فى ذلك فى عد من غير ترجيح و اشار الى وجهه فى جامع المقاصد قائلاً ينشأ من انه ليس للإنسان قهر غيره على قبض حقه و الحواله حق للبائع و لان وجوب التبريم متوقف على الرفق و استحقاق المطالبه متوقف على وجوب التبريم فلو توقف وجوب القبض على استحقاق المطالبه لزم الدور من انه لو لا ذلك لأمكن معانده البائع اياه بتاخير قبض حقه فيؤدى الى ضياع ماله و هو ضرر منفي لقوله ص لا ضرر و لا ضرار و لا يخفى ضعف هذا الاشكال فان للمشتري الرجوع و ان لم يقبض البائع كما قدمنا لكن تفريعا على الوجه الاخر الثانى من شقى الاشكال ضعيف لان الايجاب قبض مال الانسان عليه ليرتب عليه حق لغيره و لم يكن قبل ذلك ضرر و الضرر لا- يزال بالضرر و ظاهره المصير الى الاحتمال الثانى و هو الاجود و ان كان البائع المحتال قد قبض المال المحال به ثم طرأ الفسخ بعده برئ المحال عليه ح كما صرح به فى التذكرة و لك و يرجع المشتري على البائع و لم يكن للمشتري مطالبه المحال عليه بشىء كما صرح به فى التذكرة و القواعد و لك و جامع المقاصد و قد احتج عليه فيه بانه قد صار ملكاً له بالحواله التى هى بيع خاصه كما لو باع ما فى ذمته بعوض ثم طرأ البطلان على المعاوضه الجاربه على ذلك و قد قبض الدين المبيع فانه يرجع على البائع لا على المديون و قد صرح فى الكتب المذكوره بانه لا يتعين حق المشتري فيما اخذه البائع من المحال عليه بل للبائع ان يدفع اليه عوض ذلك و هو جيد و احتج عليه فى جامع المقاصد بانه مملوك للبائع بعقد معاوضه بالاستقلال فيجب مثله لا عينه

**منهل لو احوال البائع رجلا اخر بدين له على المشتري بثمان المبيع و بعد استكمال الحواله ففسخ المشتري بالعيب**

**اشاره**

فلا تبطل الحواله ح كما صرح به فى ط و الغنيه و الشرائع و عد و شد و التلخيص و التذكرة و جامع المقاصد و لك و مجمع الفائده و لهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه و منها ان فى المبسوط قد اشار الى دعوى الاجماع عليه قائلاً ان احوال رجلا له عليه حق على المشتري بمقدار الثمن و صفته و قبل ذلك الرجل الحواله ثم ان المشتري رد المبيع بالعيب لم تبطل الحواله بلا خلاف و لذا صرح فى لك كما عن الايضاح بان الشيخ هنا نقل الاجماع على عدم البطلان و فى التحرير بانه ذكر الشيخ انه وفاق و

يعضد ما ذكر عدم نقل الخلاف في ذلك في الغنيه و ساير كتب الجماعه و منها اصاله بقاء الصحه و منها عموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و عموم قوله ص المؤمنون عند شروطهم و منها ما تمسك به في ط و الغنيه قائلين لأنه تعلق به حق لغير المتعاقدين و اشار اليه في يع و عد و التحرير بقولهما لأنها تعلقت بغير المتعاقدين و كذا اشار اليه في جامع المقاصد قائلًا لتعلق الحواله بغير المتعاقدين حيث ان الثمن صار مملوكًا للمحتال الاجنبى عوض دينه الذى على البائع فلا يبطل حقه بطرو الفسخ كما لو باع الثمن البائع لشخص اخر بخلاف ما سبق فان الحواله انما كانت طريقًا لاستيفاء البائع الثمن فلم يتعلق به حق ثالث و اشار الى ذلك في لك و غيره أيضا و منها ما نبه عليه في مجمع الفائده قائلًا وجه عدم بطلان حواله البائع الاجنبى على المشتري بضمن مبيعه مع فسخ المشتري البيع بالعيب انه لا يشترط شغل ذمه المحال عليه فعلى تقدير بطلان البيع ح لا يضر و يكون هو برئ الذمه و يصير من صور البرى ء من حين البطلان مع صحتها الى حين بطلان البيع فلا يحتاج الى بقاء شغل الذمه نعم قد يقال انما احال هنا باعتقاد شغل ذمه المحال عليه فكأنه شرط هنا و ان لم يكن شرطًا فى الاصل و يجى ء فيه الاشكال المتقدم كما يجى ء على تقدير القول بالاشتراط و هو ظاهر و لعل الفرق انها فى الاولى متعلقه بالمتبايعين و فى الثانيه بالبايع و الاجنبى فانهما المتعاقدان و يفهم ذلك من الشرائع و

### ينبغى التنبيه على امور

#### الاول احتمال فى جامع المقاصد و لك بطلان الحواله هنا

و لكن ضعفه قائلًا و يحتمل ضعيفا البطلان هنا أيضا لان استحقاق المحتال فرع استحقاق المحيل و قد بطل استحقاق المحيل فيبطل استحقاق المحتال و ضعفه ظاهر لأنه فرعه وقت الحواله لا مط لإفادتها الملك حين وقعت بغير معارض

#### الثانى لا فرق فى صحه الحواله هنا بين صورتى قبض المحتال و عدمه

كما نص عليه فى القواعد و جامع المقاصد و لك و هو ظاهر اطلاق غيرها من الكتب المتقدمه الا التحرير فانه اشار الى الفرق بين صورتين قائلًا- ان احال البائع على المشتري اجنبيا بالثمن ثم رد بالعيب احتمال بطلان الحواله ان كان الرّد قبل القبض لسقوط الثمن فيعود على البائع بدينه و برئ المشتري بينهما و ان كان بعد القبض برئ المشتري و البائع و رجع المشتري على البائع بما دفعه اليه الاجنبى و احتمال الصحه و ذكر الشيخ انه وفاق بخلاف الاولى لتعلق الحواله هنا بغير المتعاقدين و ما ذكره ضعيف و قد احتج فى جامع المقاصد على التعميم بانتقال الملك بدون القبض

#### الثالث يلحق بالعيب هنا غيره من اسباب الخيار

كما صرّح فى يع و اشار اليه فى عد و التلخيص و شد و اقتصر فى ط و الغنيه و كره و ير على العيب و لعله على وجه التمثيل و لذا لم يشر احد الى خلاف هنا

#### منهل لو ثبت بطلان البيع من اصله فى صوره حواله المشتري البائع على ثالث

و في صورته حواله على المشتري فالحواله باطله كما صرح في الشرائع و عد و ير و شد و كره و التلخيص و جامع المقاصد و لك و مجمع الفائده و لهم و جوه منها ظهور الاتفاق عليه كما يستفاد من الكتب المذكوره لعدم اشارتها الى خلاف و لا اشكال في ذلك و منها ما نبه عليه في لك من ان صحه الحواله فرع ثبوت الثمن

ص: ١٦٩

للبيع على التقديرين فاذا تبين بطلان البيع من اصله ظهور عدم استحقاق البائع الثمن في نفس الامر في ذمه المشتري و في الحقيقه الحواله وقعت في نفسها باطله لا- انها بطلت بظهور بطلان البيع و انما كشف ظهور بطلانه عن بطلانها من راس و اشار الى ما ذكره في جامع المقاصد أيضا و منها ما نبه عليه في مجمع الفائده قائلا وجه بطلان الحواله على تقدير بطلان البيع من رأسه في الاول ظاهر و في الثاني أيضا و ان لم يكن الشغل شرطا لأنه انما احال على الثمن الذي في ذمته باعتقاد ذلك حين عقد الحواله و ح لا شغل فوق الحواله على مال باعتقاد استحقاقه مع عدمه بخلاف صورته طريان الفسخ على البيع و الحواله فان الشغل ثابت حين العقد و ذلك كاف و الدوام لا يشرط و هذا هو الفرق بين الصورتين فت

### تنبيه صرح في التذكرة و عد و جامع المقاصد بانه يرجع المشتري على من شاء من المحتال و البائع

و اشار الى وجهه في جامع المقاصد قائلا لان كل واحد منهما متصرف في ماله بغير حق اما المحتال فظاهر حيث وضع يده على المال و اما البائع فلانه اوفاه للمحتال عما في ذمته فقبضه منسوب اليه بل اقوى و لهذا يمنع منه حبس المبيع بعد الحواله بالثمن و فيما ذكره نظر و لعل الاحوط الاقتصار على المحتال

### القول في الكفاله

#### مقدمه اختلف العبارات في تعريف الكفاله

ففي الوسيله الكفاله التقبل بنفس انسان لمن له عليه حق و في المراسم الكفاله فعلى ضريرين كفاله اقتضاها عقد و كفاله قهر فاما الذي بالعقد فانه يكفل الرجل لوجهه الى اجل معلوم و في النافع و اللمعه هي التعهد بالنفس و في الارشاد هي التعهد بالنفس ممن له حق و في التحرير و جواهر الكلمات للصيمري هي التعهد بالنفس غالبا و معناها التزام احضاره و في القواعد و التذكرة و الكفاله عقد شرع للتعهد بالنفس و اورد عليه في جامع المقاصد بانه يصح التكفل بالاعيان المضمونه و لا يتناولها هذا التعريف

#### منهل لا اشكال في مشروعيه الكفاله و صحتها

و قد نبه عليها في الغنيه و الوسيله و النافع و بيع و كره و المختلف و التبصره و ير و شد و عد و اللمعه و الجامع و جامع المقاصد و لك و الروضه و مجمع الفائده و جواهر الكلمات و الكفايه و الرياض و غيرها و لهم و جوه منها ظهور الاتفاق عليه و منها انه صرح في كره بدعوى الاجماع عليه قائلا و هي عقد صحيح عند اهل العلم و به قال الثوري و مالك و الليث و ابو حنيفه و احمد و الشافعي و لا- نعرف فيه مخالفا الا ما نقل عن الشافعي من قوله في كتاب الدعوى ان الكفاله بالبدن ضعيفه و قال في

اختلاف العراقيين و في الاقرار و في المواهب و اللعان ان الكفاله بالبدن جائزه و اختلف اصحابه فقال بعضهم ان الكفاله ضعيفه في القياس و ان كانت ثابتة بالإجماع و الاثر و منهم من قال ان فيها قولين احدهما انها صحيحه و هو قول عامه العلماء و الثاني انها غير صحيحه لأنها كفاله بعين لم يصح كالكفاله بالزوجه و بدن الشاهدين و يعضد ما ذكره اولا تصريح الغنيه بانه لا خلاف في صحتها و ثانيا تصريح الرياض بدعوى الاجماع على صحتها و منها ما تمسك به في التذكرة قائلا و لإطباق الناس عليه في جميع الاعصار في كل الاصقاع و لو لم تكن صحيحه امتنع اطباق الخلق الكثير عليه و منها ما تمسك به في التذكرة أيضا قائلا و لان الحاجه تدعو اليه و تشتد الضروره اليه فلو لم يكن سائغا لزم الحرج و الضرر و منها ما تمسك به في التذكرة أيضا قائلا و لان ما وجب تسليمه بعقد وجب تسليمه بعقد الكفاله كالمال و وجوب تسليم البدن يكون بعقد النكاح و الاجاره و منها ما تمسك به في التذكرة أيضا من قوله تعالى لَنْ أُرْسِلَهُ مَعَكُمْ حَتَّى تُؤْتُوا مَوْثِقًا مِنَ اللَّهِ لَتَأْتُنَّنِي بِهِ إِلَّا أَنْ يُحَاطَ بِكُمْ فطلب يعقوب ع من بنيه كفيلا ببدن يوسف ع و قالوا ليوسف ان له ابا شيخنا كبيرا فخذ احدا مكانه و قد تمسك في الرياض على ذلك بالآيه الاخيره أيضا و منها ما تمسك به في كره أيضا من النبوى العامى الزعيم غارم و منها ما تمسك به في التذكرة أيضا من قول مولانا الباقرع ان عليا ع اتى برجل كفل برجل بعينه فاخذ الكفيل فقال احبسوه حتى يأتى بصاحبه و قد صرح في الرياض بدلاله السند على صحه الكفاله و هل هي مكروهه او لا صرح بالاول في الرياض محتجا بالنصوص المستفيضه احدها خبر حفص بن البختري الذى وصفه بعض الاجله بالصحه قال ابطات عن الحج فقال لى ابو عبد الله ع ما ابطاك عن الحج فقلت جعلت فداك تكفلت برجل فخفر بى فقال ما لك و الكفالات ا ما علمت انها اهلكت القرون الاولى ثم قال ان قوما اذنبوا ذنوبا كثيره فاشفَعوا منها و خافوا خوفا شديدا فجاء آخرون فقالوا ذنوبكم علينا فانزل الله عز و جل عليهم العذاب ثم قال تبارك و تعالى خافون و اجتراتم على و الخفر نقض العهد اما علمت ان الكفاله هي التى اهلكت القرون الاولى و ثانيها الخبر المروى عن الفقيه قال قال الصادق ع الكفاله خساره غرامه ندامه و ثالثها خبر إسماعيل بن جابر عن ابي عبد الله ع قال لا تتعرضوا للحقوق فاذا الزمكم فاصبروا لها و رابعها خبر داود الرقى عن ابي عبد الله ع قال مكتوب فى التوريه كفاله ندامه و قد يناقش فى دلاله هذه على الكراهه بالمعنى لاحتمالها الارشاد بل قد يدعى انه ظاهرها و مع هذا فلم اجد احدا غيره من محققى الاصحاب صرح بكراهتها مع انها قد يتضمن تفريج كربه مؤمن و ادخال السرور فى قلبه و قضاء حاجته و اعانته على البر و التقوى و كل ذلك مطلوب شرعا فاحتمال عدم الكراهه فى غايه القوه و لكن الاولى الترك من غير ضروره عملا بقاعده التسامح فى ادله الكراهه

**منهل يشترط فى صحه الكفاله رضاء الكفيل و هو الكافل و رضاء المكفول له و هو صاحب الحق**

**اشاره**

و لو بالدعوى اما كون رضاء الاول شرطا فقد صرح به فى النافع و الشرائع و عد و ره و التذكرة و شد و ير و جامع المقاصد و لك و مجمع الفائده و الكفايه و الرياض و لهم و جوه منها الاصل

ص: ١٧٠

و منها ظهور الاتفاق عليه و منها انه صرح فى مجمع الفائده و الرياض بعدم الخلاف فيه من احد و يعضده قول كره و لا نعلم فيه خلافا و منها ما تمسك به فى التذكرة و جامع المقاصد و لك و الرياض من ان الانسان لا يصح ان يلزمه الحق ابتداء الا برضاه فلا يصح كفاله المكروه كما صرح به فى كره و اما كون رضاء الثانى شرطا فقد صرح به فى الوسيله و جميع الكتب المتقدمه و



لهم وجوه منها الاصل و منها ظهور الاتفاق عليه و منها تصريح مجمع الفائده بدعوى الاجماع عليه و يعضده تصريح الرياض بنفى الخلاف فيه و ظهوره فى حكاية دعوى الاجماع عليه عن التذكرة و منها ما تمسك به فى كره و لك و مجمع الفائده و الرياض من انه صاحب الحق فلا يجوز الزامه بغير رضاه و هل يشترط فى الصحه رضاه المكفول و هو من عليه الحق او الدعوى او لا اختلف الاصحاب فى ذلك على قولين الاول انه لا يشترط رضاه فتصح و لو لم يرض بالكفاله و كان مكرها لها و هو للنافع و الشرائع و عد و صره و ير و كره و جامع المقاصد و ضه و لك و مجمع الفائده و الرياض و يستفاد من الارشاد أيضا و صرح فى لك و مجمع الفائده و الكفايه و غيرها بانه المشهور بين علمائنا و صرح فى الرياض بانه الاشهر قائلا بل لعله عليه عامه من تاخر الثانى انه يشترط ذلك و هو للوسيله و قواه فى التحرير قائلا- و فى المبسوط يعتبر رضاه و اختاره ابن ادریس و فيه قوه و حكاية فى الرياض عن القاضى أيضا للأولين وجوه منها قول العلامة فى التذكرة و اما المكفول به فلا يعتبر رضاه بل تصح الكفاله و ان كره المكفول به عند علمائنا و يعضده اولا دعوى الشهره عليه فى كتب تقدم اليها الاشارة و ثانيا ان المختلف لم ينقل هنا خلافا و لم يتعرض لأصل المسأله و منها ما تمسك به فى الرياض من عموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ لان الكفاله من جملة العقود و يعضده قوله ص المؤمنون عند شروطهم و منها ما تمسك به فى الروضه و لك و الرياض و غيرها من وجوب الحضور على المكفول متى طلبه صاحب الحق و لو بالدعوى بنفسه او وكيله و الكفيل بمنزله الوكيل حيث يأمره باحضاره و غايه الكفاله هى حضور المكفول و منها ما تمسك به فى كره قائلا- لأنها وثيقه على الحق فصحت بغير امر من عليه كالضمان و للآخرين وجهان احدهما الاصل و يجاب عنه بما تقدم اليها الاشارة من ادله الاولين و ثانيهما ما نبه عليه فى التذكرة و جامع المقاصد و لك و الرياض و غيرها من انه اذا لم يأذن المكفول فى الكفاله و لم يرض بها لم يلزمه الحضور مع الكفيل فلم يتمكن من احضاره فلا- يصح كفالته بغير المقذور عليه و هذا بخلاف الضمان لإمكان وفاء دينه من مال غيره بغير اذنه و لا يمكن ان ينوب عنه فى الحضور و قد يناقش فيه اولا بالمنع من توقف وجوب الحضور مع الكفيل على رضاه المكفول بالكفاله لان المستحق متى طلبه وجب عليه الحضور و ان لم يكن مكفولا و قد صرح بدعوى الاجماع عليه فى لك قائلا فى دفع الوجه المذكور و هو ضعيف لان مداره على عدم وجوب الحضور معه بدون رضاه و هو ممنوع لان المستحق متى طلبه وجب الحضور و ان لم يكن مكفولا اجماعا و فائده الكفاله راجعه الى الزام الكفيل بالاحضار حيث يطلبه المكفول له فان طلبه منه لم يقصر عن وكيله و ان لم يطلبه منه لا يجب عليه الحضور معه و ان كان رضاه و قد صرح بعض الاجله بدعوى نفي الخلاف فيما ادعى عليه الاجماع فى لك و اشار الى ما ذكره فيه من الجواب فى التذكرة و جامع المقاصد و غيرها و ثانيا بان وجوب الحضور لا يستلزم تحققه فى الخارج لإمكان تركه عصيانا او لعذر مسوغ له فما هو الجواب ح فهو الجواب على تقدير عدم وجوب الحضور فت فاذن المعتمد هو القول الاول و لكن لا ينبغى ترك الاحتياط و

**ينبغى التنبيه على امور**

**الاول صرح فى لك و الرياض بانه على القول باعتبار رضاه المكفول**

ليس على حد رضاه الاخرين لان رضاهما لا بد من اقترانه بالايجاب و القبول الصادرين على وجههما اما المكفول فيكفى رضاه بذلك كيف اتفق متأخرا او متقدما او مقارنا كما فى رضاه المضمون و قد صرح فى الوسيله و التذكرة و جامع المقاصد و الروضه بتوقف الكفاله على الايجاب و القبول و صرح فى الثانى و الثالث بان الايجاب يتحقق بقوله كفلت لك بدن فلان و قوله

انا كفيل باحضاره او كفيل به او بنفسه و صرّح في جامع المقاصد بانه يشترط القبول فورا و بانه يشترط في الايجاب و القبول كونهما بالعرييه و صرّح في ضه بانه يعتبر صدورهما على الوجه المعتبر في العقد اللازم و الوجود ما صرح به في مجمع الفائده و البحث في اشتراط الصيغه و المقارنه كما تقدم في الضمان و الحواله

### **الثاني صرح في كره بانه لو يكفل بغير رضاء المكفول**

و قلنا بعدم اشتراط رضاه و طالبه المكفول له باحضار المكفول و جب عليه احضار المكفول لا- من جهه الكفاله محتجا بان المكفول له امره باحضاره فهو بمنزله و كيله في مطالبته بحضوره و هو جيد

### **الثالث صرح في التذكرة بوجوب الحضور على المكفول**

اذا قال المكفول له للكفيل اخرج الى من كفالتك او اخرج من حقي قائلا لو لم يقل المكفول له احضره و لكن قال اخرج الى من كفالتك او اخرج من حقي فهل يجب على المكفول به الحضور الاقرب ذلك لان ذلك يتضمن الاذن له في احضاره و هو احد وجهي الشافعيه و الثاني لا- يلزمه لأنه طالبه بما عليه من الاحضار فعلى هذا له حبسه و لا يلزم المكفول به الحضور و هو باطل لأنه يحبس على ما لا يقدر عليه و الاقرب عندي ما صار اليه في كره

### **الرابع صرح في التذكرة بانه اذا كفل باذن المكفول به**

فطالب الكفيل احضاره بطلب المكفول له او ابتداء ليخرج عن العهده فعليه الاجابه و مؤنه الاحضار على الكفيل و ان كفل بغير اذنه فطالبه المكفول له بالاحضار فللكفيل مطالبته بالحضور على جهه التوكيل من المضمون له

### **منهل تصح الكفاله و الحواله مؤجله و حاله و مع الاطلاق و عدم ذكر القيدان تكون معجله و حاله**

و كذا تكون حاله اذا شرط الحلول و التعجيل و اذا شرط الأجل فلا بد ان يكون معلوما لا يحتمل الزيادة و النقصان فلا يصح ان يجعل الأجل مثل ادراك الغلات و مجيء القوافل و الحصاد و الجذاذ اما صحتها مؤجله فقد صرّح بها في المقنعه و المراسم و الوسيله و النافع و يع و شد و عد و ير و كره و الجامع و اللمعه و جامع المقاصد و ضه

ص: ١٧١

و لك و مجمع الفائده و الكفايه و الرياض بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه كما صرح به في مجمع الفائده و صرح في الروضه انه موضع وفاق و اما صحتها حاله فقد صرح بها في الشرائع و شد و عد و ير و لف و كره و الجامع و اللمعه و جامع المقاصد و الروضه و لك و مجمع الفائده و الكفايه و الرياض و حكاه جماعه عن الشيخ في ط و ابن ادريس و ابن البراج و صرح بدعوى الشهره عليه في مجمع الفائده و الكفايه و صرح في كره بانه مذهب اكثر علمائنا و في الرياض بانه الاشهر بل عليه عامه من تاخر

و ذهب فى المقنعه الى انها لا يصح الا مؤجله فلا تصح حاله و هو ظاهر المراسم و الوسيله و لذا حكى عنهما هذا القول فى لف و التنقيح و المهذب البارع نعم صرح فى الاول و الاخير بانه ظاهر سلاى و صرح الثالث بانه صار اليه الشيخ و القاضى فى احد قولىه و هذا القول ضعيف بل المعتمد هو القول الاول الذى عليه المعظم و لهم وجوه منها ظهور اتفاق المتأخرين عليه كما نبه عليه فى الرياض و منها ما تمسك به فى كره و لف و التنقيح و المهذب البارع و مجمع الفائده و الرياض من الاصل و فسرته فى الاول و الثالث و الاخير باصالة الجواز و عدم الاشرط و فى الثانى باصالة الجواز و منها ما تمسك به فى مجمع الفائده من عموم ادله صحه الكفاله و منها ما تمسك به فى جامع المقاصد و لك و الروضه من ان الحضور حق شرعى فلا يمنعه الحلول و هذه الوجوه سليمه عن المعارض اذ لم اجد للقول الثانى حجه كما نبه عليه فى الرياض قائلا و حجتهم عليه غير واضحه و لا المذكوره فى كتب الجماعه عدا القياس بالضمنان و ضعفه اوضح من ان يحتاج الى البيان و اما انها مع الاطلاق تكون معجله فقد صرح به فى الشرائع و شد و عد و ير و كره و مجمع الفائده و قد اشار الى وجهه فيه قائلا وجهه انه ينصرف الى انه كفيل الان لانه مقتضى الكلام عرفا و هو المتبادر عند الاطلاق و لعله لا نزاع فيه كما فى ساير العقود و اما انها تكون معجله مع اشرط التعجيل فقد صرح به فى كره و وجهه واضح جدا و اما لزوم معلوميه الاجل عند اشرط التاجيل فقد صرح به فى المراسم و الوسيله و يع و شد و ير و كره و عد و الجامع و اللمعه و الروضه و لك و مجمع الفائده و الكفايه و الرياض و لهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه و منها تصريح مجمع الفائده بانه المجمع عليه بين اصحابنا و تصريح لك بانه موضع وفاق و تصريح الكفايه بانه مذهب الاصحاب و تصريح الرياض بانه مما لا خلاف فيه بيننا و منها ما تمسك به فى التذكرة و لك و مجمع الفائده و الرياض من ان الاجل المجهول يوجب الغرر اذ ليس له وقت يستحق مطالبته به كغيره من الآجال و الغرر منهى عنه فى الشريعة و اما عدم الصحه اذا جعل الاجل مثل ادراك الغلات و مجىء القوافل فقد صرح به فى مجمع الفائده و اما عدم الصحه اذا جعل الاجل الحصاد و الجذاذ فقد صرح به فى التذكرة و اذا شرط الاجل المجهول فهل يفسد الكفاله او لا بل يختص الفساد بالشرط صرح بالاول فى التذكرة و الجامع و هو ظاهر المقنعه بل ربما يستفاد من الاول دعوى الاتفاق عليه لانه صرح بانه اذا ذكر اجلا- وجب تعيينه فان ابهم كان العقد باطلا- عندنا و يتفرع على ما ذكرناه سابقا ان للمكفول له مطالبه الكفيل بالمكفول عاجلا ان كانت الكفاله مطلقة او معجله او بعد الاجل ان كانت مؤجله كما صرح به فى الشرائع و عد و صرح بالاول فى التحرير أيضا

**منهل اذا دفع الكافل الغريم و هو المكفول الى المكفول له و سلمه اليه تسليما تاما معتبرا شرعا فقد برئ و خرج من العهده**

**اشاره**

و ان امتنع الكفيل من تسليمه للمكفول الى المكفول له مع قدرته على تسليمه التام الزمه الحاكم به و ان اتى منه بعد الالتزام جاز للحاكم حبسه حتى يحضر الغريم او يؤدى ما عليه ان امكن ادائه عنه كالدين و رضى به المكفول له اما الخروج عن العهده فى صورته التسليم التام فقد صرح به فى النافع و يع و شد و عد و ير و كره و اللمعه و الروضه و لك و مجمع الفائده و جواهر الكلمات و الرياض و هو ظاهر جامع المقاصد بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه و قد صرح بدعوى الاتفاق عليه فى الرياض و ربما يستفاد من ساير الكتب المتقدمه لعدم اشارتها الى خلاف و لا اشكال فى المسأله و يدل على ذلك مضافا الى ما ذكر ان امثال الامر و هو هنا قوله تعالى **أَوْفُوا بِالْعُقُودِ** يقتضى الاجزاء و الخروج عن عهده التكليف و اما الزام الحاكم للممتنع من التسليم به فقد صرح فيه فى ضه و لك و الكفايه و الرياض و قد صرح فيه بنفى الخلاف عنه و يدل عليه مضافا الى ما ذكر ما دل على

وجوب النهى عن المنكر من الأدلة الأربعة واما انه يجوز للحاكم حبسه اذا اتى من التسليم بعد الالتزام الى ان يحضر الغريم او يؤدي ما عليه فقد صرح به فى المقنعه و النافع و الشرائع و شد و ير و عد و اللمه و ضه و لك و الكفايه و جواهر الكلمات و الرياض و لهم و جوه منها ظهور الاتفاق عليه و قد صرح فى الرياض بنفى الخلاف فيه و منها خبر عمار الذى وصفه بعض الاجله بالموثقيه عن ابى عبد الله ع قال اتى امير المؤمنين ع رجل تكفل بنفس رجل فحبسه و قال اطلب صاحبك و نحوه روايه اخرى على ما صرح به بعض الاجله و منها خبر اسحاق بن عمار عن جعفر عن ابيه عليهما السلام ان عليا ع اتى برجل كفل برجل بعينه فاخذ المكفول فقال احبسوه حتى يأتى بصاحبه و منها خبر سعد بن ظريف عن الاصمغ بن نباته قال قضى امير المؤمنين ع فى رجل كفل بنفس رجل ان يحبس و قال له اطلب صاحبك فقضى عليه انه لا كفاله فى حد و منها الرضوى المنقول عن البحار و روى اذا كفل الرجل الرجل حبس الى ان يأتى بصاحبه و منها انه ح ممتنع من اداء الحق فيجوز حبسه كما فى كل ممتنع من اداء الحق مع قدرته عليه و قد نبه عليه على هذا فى لك و ضه و الكفايه و الرياض و

### ينبغى التنبيه على امور

### الاول المراد بالتسليم التام ان يكون فى الوقت و المكان المعينين

ان عيناها فى العقد او فى بلد العقد مع الاطلاق و بعد الاجل ان كانت مؤجله و ان كانت

ص: ١٧٢

حاله فمتى شاء و ان لا- يكون له مانع من تسلمه بان لا- يكون فى يد ظالم و لا متغلب يمنعه و لا فى حبسه و لا فى موضع لا يتمكن من وضع يده عليه لقوه المكفول و ضعف المكفول له و نحو ذلك و قد صرح بالغير المذكور فى لك و ضه و مجمع الفائده و الكفايه و الرياض و نبه عليه فى عد و غيره

### الثانى هل يجب على المكفول له تسلم المكفول

بعد تسليم الكفيل اياه للمكفول له تسليما تاما القبول او ابراء ذمه الكفيل من الكفاله او لا صرح بالاول فى التذكرة و هو المعتمد و اذا امتنع من الامرين لا لأمر مسوغ له فهل يبرأ ذمه الكفيل و يخرج من العهده بمجرد دفعه للمكفول الى المكفول له او لا بل يجب على الكفيل ح ان يدفع المكفول الى الحاكم و يسلمه اليه لتبرأ ذمته و يخرج عن العهده فيه قولان احدهما انه يجب عليه الدفع الى الحاكم و هو للروضه و ربما يظهر من بعض عبارات التذكرة و لك و حكايه فى الكفايه عن بعض و له ان البراءه اليقينيه من الاشتغال الثابت يقينا لا تحصل الا بالدفع الى الحاكم و فيه نظر و ثانيهما انه لا يجب عليه ذلك و هو لصريح موضع من التذكرة و لك و قد صار اليه فى جامع المقاصد و مجمع الفائده و الكفايه و الرياض و ربما يستفاد من الشرائع و النافع و شد و عد و صره و ير و لهم ما تمسك به فى التذكرة و جامع المقاصد و لك قائلين لا يجب دفعه الى الحاكم لان مع وجود صاحب الحق لا- يلزمه دفعه الى من ينوب عنه من حاكم و غيره و المسأله عندى لا تخلو عن اشكال فينبغى مراعات القول الاول لكونه احوط كما صرح به فى الرياض و لكن القول الثانى هو الاقرب و عليه و على القول الاول اذا لم يتمكن من الحاكم فهل يجب

اشهاد عدلين على الدفع الى المكفول له و امتناعه من القبض او لا- يظهر الاول من التذكرة و جامع المقاصد و لك و ضه و صرح بالثاني في الكفايه و مجمع الفائده و الرياض و ربما يظهر من الشرائع و النافع و شد و عد و صره و ير و هو الاقرب و ان كان القول الاول احوط دينا و دنيا و قد نبه عليه في مجمع الفائده و الرياض قائلا لا دليل على وجوب الاشهاد مط حتى في عدم امكان الحاكم و لعلّ اعتباره في كلام شيخنا الشهيد الثاني للإرشاد للإثبات لا لتوقف البراءة عليه

### **الثالث صرح في لك و ضه و الكفايه و الرياض بانه كما للحاكم في صورته الامتناع من التسليم التام**

مع القدره عليه حبسه كذا له أيضا عقوبته قائلين فان ابى حبسه و له عقوبته عليه كما في كل ممتنع من اداء الحق بل يظهر من الاخير استظهار نفى الخلاف فيه و اورد عليهم بعض الاجله قائلا بعد الاشارة الى ما ذكره و نسبه الى الاصحاب و فيه ان غايه ما دلت عليه الاخبار المتقدمه هو الحبس حتى يحضره و هذا كاف في عقوبته فلا معنى لعقوبته على ذلك لعدم الاذن فيه شرعا و التحقيق ان يقال ان اراد الجماعه المتقدم اليهم الاشارة الى مرتبه من مراتب النهي عن المنكر و هي التي يسوغ فيها عقوبه العاصي فما ذكره جيد و لا يرد ما ذكره و ان ارادوا غير ذلك فما كره حسن للأصل و خلو النصوص المتقدمه و معظم الفتاوى عن الاشارة و لعموم قوله ص لا ضرر و لا ضرار

### **الرابع اذا حبسه و لم يتمكن من اداء ما على المكفول**

كالقصاص و زوجيه المراه و الدعوى بما يوجب حدا او تغريرا فلا بد من الزامه باحضاره كما صرح به في جامع المقاصد و لك و ضه و الكفايه و الرياض بل يظهر من الاخير استظهار نفى الخلاف فيه و صرح في الروضه و لك و الرياض بانه ان لم يمكنه الاحضار و كان لما على المكفول بدل كالديه في القتل و ان كان عمدا و مهر مثل الزوجه و جب عليه الاحضار و صرح في الاخير بظهور نفى الخلاف فيه و هو جيد

### **الخامس التخيير بين الاحضار و اداء ما عليه**

مع امكانه يعم صورتى رضاء المكفول له بالاخير و عدمه فلو لم يرض به كان التخيير ثابتا و ليس له الزام الكفيل بالاحضار مع بذله للدين بل يجب عليه قبول المبدول او لا بل يختص بصوره رضاء المكفول ببذل الدين فلو لم يرض به كان له الزام الكفيل بالاحضار مط و ان بذل الدين للمكفول له اختلف الاصحاب في ذلك على قولين الاول ان التخيير ثابت مط و هو مقتضى اطلاق المقنعه و الشرائع و النافع و شد و عد و صره و للمعه و في التذكرة اسنده الى ظاهر الشيخ الثاني ان التخيير يختص بصوره رضاء المكفول له ببذل المال فلا يثبت في غيرها و هو للتذكرة و جامع المقاصد و لك و الروضه و مجمع الفائده و الرياض و عزاه فيه الى لك و ضه و جماعه من متأخري المتأخرين و في لك الى جماعه من الاصحاب للأولين وجوه منها اصاله بقاء التخيير في بعض الصور و يلحق الباقي به بظهور عدم القول بالفرق بين الصور و منها ما نبه عليه في الرياض من حصول الغرض من الكفاله بعد اداء المال فلا وجه للإلزام بالاحضار و منها ما نبه عليه في مجمع الفائده من ان المكفول او اجنبى اذا بذل الدين و جب على المكفول له قبوله و لو لم يخبر له ح مطالبه الكفيل بالاحضار فكذا اذا كان هو الباذل للدين لعدم الفرق بينه و بينهما

بل وجوب القبول من الكفيل اولى من الاجنبى و منها ما نبه عليه فى مجمع الفائده أيضا من ان تكليف الكفيل بالاحضار مع بذله للدين ضرر خصوصا اذا كان فيه حرج عظيم و مشقه شديده و الاصل عدمه للعمومات الداله على نفي الضرر و الحرج و فى جميع الوجوه المذكوره نظرت و للآخرين وجوه أيضا منها اصاله بقاء جواز الحبس الى ان يحضر و ان البراهه اليقينيّه من التكليف الثابت بعقد الكفاله لا تحصل الا بالاحضار فيجب و منها ما تمسك به فى التذكره و جامع المقاصد و لك و الروضه و مجمع الفائده و الرياض من ان المكفول له قد يكون له غرض لا يتعلق بالاداء و قد ترغب المكفول له بالقبض من عين الغريم بالجمله الاغراض قد يتفاوت فالاسباب الخارجيه كما اذا كان فى مال الكفيل شبهه الحرمه او يخاف انه ان ظهر مستحقا للغير لا يقدر على اخذ بدله منه و منها ما تمسك به فى جامع المقاصد و مجمع الفائده و الرياض من ان مقتضى عقد الكفاله هو الاحضار فيجب اذا لزم به لعموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ خرج منه صورته رضاء

ص: ١٧٣

ببذل الكفيل الدين و لا دليل على خروج محل البحث فيبقى مندرجا تحت العموم و منها ما تمسك به فى الرياض و غيره من ظواهر الاخبار المتقدمه حيث ان ظاهرها انحصار الحق فى احضار المكفول و انه لا يبرئ الذمه الا باحضاره و قبول ما بذل عنه من المال المطلوب منه على تقدير كون متعلق الكفاله المال انما هى معاملته اخرى بمنزله الصلح يتوقف على رضاء الطرفين لا يقال ان فعل امير المؤمنين ع من حبس الكفيل الى ان يحضر المكفول لا يفيد جواز الالزام بالاحضار و ان بذل الكفيل المال لأنه قضيه فى واقعه و قد تقرر ان قضايا الاحوال لا عموم لها لأننا نقول ليس مبنى الاستدلال بتلك الاخبار على فعله حتى يرد ما ذكر بل على اطلاق قوله ع اطلب صاحبك بعد الحبس فانه باطلاقه يفيد وجوب الاحضار و ان بذل الكفيل المال كما لا يخفى الا ان يناقش فيه بما نبه عليه فى الرياض قائلًا و ربما يمكن ان يقال باحتمال ورود الامر و الالزام بالاحضار مورد الغالب من عدم بذل الكفيل للمال فلا دلالة فى هذه الاخبار على لزوم الاحضار على الاطلاق و قد يناقش فيما ذكره بالمنع من غلبه عدم بذل الكفيل المال بعد حبسه عليه توجب انصراف الاطلاق اليه فاذا انقرب هو القول الثانى

### السادس اذا رضى المكفول له بالمال

و اداه الكفيل فان كان قد كفل باذن المكفول الغريم و اداه باذنه أيضا رجع عليه كما صرح به فى التذكره و لك و ضه و الرياض بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه و ان كفل بغير اذنه و أدى باذنه فصرح فى الكتب المذكوره أيضا بان له الرجوع عليه أيضا و زاد فى الرياض بانه يكون كمن أدى المال باذن من عليه الدين و ما ذكره جيد ثم صرح تبعا للمسالك و الروضه بان الفرق بين الكفاله و الضمان فى رجوع من أدى بالاذن هنا و ان كفل بغير الاذن بخلاف الضمان عدم تعلق الكفاله بالمال بالذات و ان حكم الكفيل بالنسبه اليه حكم الاجنبى فاذا اتاه باذن المديون فله الرجوع بخلاف الضمان لانتقال المال به الى ذمته فلا ينفعه الاذن فى الاداء بعده لأنه كاذن البرىء للمديون فى اداء دينه و قد نبه على هذا الفرق فى كرهه أيضا و ان كفل باذنه و أدى بغير اذنه فان كان بعد تعذر الاحضار عليه و تعذر مراجعته الى المكفول فصرح فى الكتب المذكوره أيضا بان له الرجوع عليه أيضا محتجين فيها بأن ذلك من لوازم الكفاليه فالاذن فيها اذن فى لوازمها و فيه نظر و لكن الاحوط ان يؤدى المكفول و ان لم يتعذر الاحضار عليه و امكنه احضاره و لم يحضره فليس له الرجوع كما صرح به فى التذكره و لك و ضه و الرياض و احتج

عليه في التذكرة و لك بان الكفاله لم يتناول المال اختيارا فيكون كالمتبرع و لا فرق في ذلك بين كون الاداء مسبوفا بحبس و عدمه و اذا تعذر عليه الاحضار و لكنه لم يتعذر عليه المراجعة فصرح في لك بانه لا رجوع هنا أيضا و هو جيد و ان كفل بغير اذنه و ادى أيضا بغير اذنه فلا رجوع هنا أيضا

### **السابع صرح في مجمع الفائده بان الظاهر ان الحبس الى الحاكم فهو يحبس**

الى ان يحصل ما يقتضى مذهبه و ما ذكره جيد و صرح به في الروضه و الرياض و هو ظاهر كره و لك و الكفايه بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه و ان صرح في المقنع و يع و النافع بان للمكفول له حبسه و هل الحبس واجب على الحاكم او لا يظهر الاول من القواعد و التحرير و هو احوط و الثانى من المقنع و الشرائع و النافع و هو في غايه القوه

### **منهل من أطلق غريما و مديونا مطلوبا منه المال من يد صاحب الحق و الدين ضمن و صار بحكم الكفيل**

فيلزمه احضار المديون او اداء ما عليه من الدين ان رضى صاحب الحق به كما صرح به في النافع و الشرائع و عد و ير و شد و صره و كره و جامع المقاصد و ضه و لك و مجمع الفائده و الكفايه و الرياض و صرح في المقنع و الوسيله و المراسم و اللمعه بان الكفاله تحصل باطلاق الغريم من المستحق قهرا و لهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه كما صرح به في الرياض مدعيا ان الصيمرى ادعى الاجماع عليه و منها ما تمسك به في التذكرة و جامع المقاصد و لك و مجمع الفائده من انه غضب اليد المستولى المستحقه من صاحبها فكان عليه اعادةها او اداء الحق الذى بسببه يثبت اليد عليه و منها عموم قوله ص لا ضرر و لا ضرار كما نبه عليه في الرياض و منها عموم قوله ص على اليد ما اخذت حتى تؤدى و منها ما دل على جواز ان يقضى الغير دين صاحبه و هل التخيير بين الامرين يثبت مط و لو لم يرض صاحب الحق باداء ما عليه من الدين و الزم بخصوص الاحضار او لا بل يختص بصوره رضاء صاحب الحق بذلك و عدم الزامه بالاحضار فلو الزم به تعين يظهر من اطلاق النافع و الشرائع و عد و ير و شد و صره و كره و جامع المقاصد الاول و يظهر من الروضه و لك و الكفايه الثانى و المسأله محل اشكال فلا ينبغى فيها ترك الاحتياط بمراعات الاحضار بل الحكم بلزومه في غايه القوه و ان لم يتمكن المطلق للغريم قهر الا من الاحضار تعين بلا اشكال و ان لم يتمكن الا- من الاداء تعين أيضا بلا- اشكال و هل يرجع هنا و فى صورته التخيير بما ادى على المديون حيث لم يأمره بالاداء او لا صرح بالاخير في لك و ضه و الكفايه و الرياض و هم محتجين بانه لم يحصل من الاطلاق ما يقتضى الرجوع و هو جيد و صرح في المقنع بانه اذا أطلق الغريم بمسأله او شفاعه لم يكن عليه ضمان الا- ان يضمن ما عليه و يشترط ما عليه و يشترط القيام به عند تخليته و هو جيد أيضا و هل يشترط فى الضمان باطلاق الغريم قهرا ثبوت كونه مديونا عند المطلق او لا فلو أطلقه قهرا معتقدا انه غير مديون و انه مظلوم كان ضامنا أيضا فيه اشكال و لكن الاحتمال الثانى احوط بل هو في غايه القوه لإطلاق كلام الاصحاب و عموم الادله و هل يقوم مقام الاطلاق قهرا تعليم الغريم حيله يفر بها او يستعمل هو حيله يفر بها و نحو ذلك او لا بل يختص الحكم بما يصدق عليه حقيقه و لغه و عرفا انه أطلق الغريم فيه اشكال فمراعات الاحتياط اولا بل الاحتمال الاول في غايه القوه

### **منهل لو كان الغريم قائلا و أطلق قهرا من يد ولى المقتول كان المطلق ضامنا و عليه احضار الغريم**

او دفع اليه إن رضى به وليّ المقتول كما صرح به فى المقنعه و الوسيله و المراسم و الشرائع و النافع و عد و صره و شد و ير و كره و اللمه و جامع المقاصد و لك و ضه و مجمع الفائده

ص: ١٧٤

و الكفايه و الرياض و لهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه كما نبه عليه فى الرياض قائلًا لا خلاف فيه على الظاهر بل عليه الاجماع فى ح الصيمرى و منها ما تقدم اليه الاشاره فى المسأله السابقه و منها ما تمسك به فى الكفايه و الرياض من خبر حريز الذى وصفاه بالصحه عن ابى عبد الله ع قال سألته عن رجل قتل رجلا عمدا فرفع الى الوالى فدفعه الوالى الى أولياء المقتول ليقتلوه فوثب عليه قوم فخلصوا القاتل من ايدي الأولياء قال ارى ان يحبس الذى خلص القاتل من ايدي الاولياء حتى يأتوا بالقاتل قبل و ان مات القاتل و هم فى السجن قال فان مات فعليهم اليه يؤدونها جميعا الى اولياء المقتول و

**ينبغى التنبيه على امور**

**الاول لا فرق فى القتل بين العمد و شبهه**

كما صرح به فى التذكره و جامع المقاصد و لك و ضه و الرياض و هو ظاهر اطلاق ما عداها من الكتب المتقدمه

**الثانى اذا لم يرض وليّ المقتول بالديه**

و الزم بالاحضار فهل يتعين ح او لا- بل يكون المطلق مخيرا بينه و بين دفع اليه هنا أيضا يظهر من اطلاق المعظم الثانى و من الكفايه الاول و هو احوط و لكن الثانى فى غايه القوه و اذا لم يتمكن المطلق الا- من احد الامرين تعين لظهور الاتفاق عليه و لعموم ما دل على نفي الضرر

**الثالث صرح فى كره و جامع المقاصد و ضه و لك بان لا يقتص فى العمد**

محتجين بان لا- يجب ألّا على المباشر فلما تعذر استيفائه وجبت اليه كما لو هرب القاتل عمدا و غرا ذلك فى الرياض الى الاصحاب بلفظ قالوا

**الرابع صرح فى التذكره و القواعد و جامع المقاصد و لك و الروضه**

و الرياض بان لا- استمر القاتل هاربا ذهب المال على المخلص فان تمكن وليّ المقتول فى العمد وجب عليه ردّ اليه الى الغارم



و ان لم يقتص من القاتل محتجين بان الديه وجبت لمكان الحيلولة و قد زالت و عدم القتل الآن مستند الى اختيار المستحق لا الى تقصير المخلص و هو جيد و قد نبه عليه في الكفايه أيضا و صرّح في كره و عد و جامع المقاصد بانه لا يتسلط الكفيل لو رضى هو و ولى المقتول بالمدفوع للحيلولة و ترك القصاص على الرجوع على المكفول و هو المطلق قهرا بديه و لا قصاص و زاد في الاخير قائلا- و ذلك لأنه يكفله بقوله و لم يدفع برضاه و لم يكن المدفوع واجبا بالاصاله و انما وجب بعارض و هو الحيلولة و قد زالت و هو جيد

### الخامس لو كان تخليصه من يد كفيله

و تعذر استيفاء الحق من قصاص او مال و اخذ الحق من الكفيل كان له الرجوع على الذى خلّصه كتخليصه من يد المستحق و قد صرّح بذلك في التذكرة و المسالك و ضه و الكفايه و الرياض

### منهل يشترط في صحه الكفاله تعيين المكفول على وجه يرفع الابهام

فلو لم يكن معينا فسدت كما صرّح به في الشرائع و التذكرة و شد و صره و عد و ير و جامع المقاصد و لك و مجمع الفائده و لهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه كما نبه عليه في لك قائلا هذا مما لا خلاف فيه و منها ما نبه عليه في مجمع الفائده قائلا لعلّ دليله انها على خلاف الاصل فيقتصر على محل اليقين و منها ما نبه عليه في التذكرة و جامع المقاصد و لك من انه مع عدم التعيين لا يعلم المكفول بعينه ليستحق المطالبه باحضاره و يتفرع على ما ذكر امور الاول انه لو قال كفلت احد هذين لم يصح و قد صرّح به في الشرائع و عد و كره و ير و شد و جامع المقاصد و لك الثانى انه لو قال كفلت بزيد او عمرو لم يصح و قد صرّح به في الشرائع و عد و كره و ير و جامع المقاصد و لك الثالث انه لو قال كفلت بزيد فان لم آت به فبعمره و قد صرّح بهذا في الشرائع و عد و ير و شد و كره و الجامع و جامع القاصد و لك و احتج عليه فيه بوجه آخر غير ما تقدم قائلا و نزيد الثالث ان الكفاله هنا معلقه على شرط و هو عدم الاتيان فتبطل من هذا الوجه و كفاله زيد ليست متعينه لان الكفيل جعل نفسه فيه في فسحه باحضار عمرو ان اختار فيرجع الى الابهام كالسابق و هذا مما لا خلاف فيه و اشار الى هذا الوجه في كره و جامع المقاصد و نبه في مجمع الفائده على صحه الكفاله في الصّور المذكوره اذا كان المرّد فيهم كلهم غمما للمكفول له قائلا الذى يظهر جواز ذلك اذا كان المررد فيهم كلهم للمكفول له و لا يمنع عدم الالزام باحضار واحد بعينه و كذا عدم اشتراط التخيير فيمكن صحه المعلق بعد وقوع المعلق عليه لعموم ادله صحتها خصوصا المسلمون عند شروطهم الثابت بالروايه الصحيحه و القول به للعامه و الخاصه و فيما ذكره نظر واضح بل المعتمد ما عليه الجماعه و صرّح في كره بانه لو قال ان جئت فانا كفيل به لم يصحّ و كذا لو قال ان جاء فانا كفيل به او ان طلعت الشمس و فيما ذكره نظر بل احتمال الصحه في غايه القوه و لكن مراعات الاحتياط أولى و صرح أيضا بانه لو قال انا احضره أو أدى ما عليه لم يكن كفاله و هو جيد

### منهل اذا تكفل مؤجلا صح فان احضر الغريم المكفول قبل الاجل المشروط في ضمن عقد الكفاله

فلا- يجب على المكفول تسلمه ان كان فيه ضرر عليه فلا يجب تسلمه اتفاقا على الظاهر و ان لم يكن فيه ضرر عليه فهل يجب عليه تسلمه ح او لا اختلف الاصحاب في ذلك على قولين الاول انه لا يجب تسلمه حينئذ فلا يجب تسلم المكفول له قبل الاجل

مط و هو للشرائع و شد و عد و المختلف و ير و كره و جامع المقاصد و لك و مجمع الفائده و صرح بعض الاجله بانه المشهور بين المتأخرين الثاني انه يجب تسلمه ح و هو للمحكى فى جمله من الكتب عن الشيخ و ابن البراج و افتى به فى الشرائع اولا قائلًا- اذا حضر الغريم قبل الاجل و جب تسلمه اذا كان لا ضرر عليه و لو قيل لا يجب كان اشبه و هو ضعيف بل المعتمد هو القول الاول و لهم الاصل السليم عن المعارض لأننا لم نجد للشيخ حجه لا عينا و لا اثرا و ما تمسك به فى لف و جامع المقاصد و لك من ان التسليم قبل الاجل غير التسليم الواجب اذا لم يجب بعد فلا يعتد به و لا يجب قبوله و عليه فلا يجب على الكفيل الاحضار فان حل الاجل و احضره و تسلم برئ الكفيل و وجب على المكفول القبول

### منهل لو سلم الكفيل المكفول الى المكفول له و كان ممنوعا من تسلمه باعتبار كونه فى يد فاهره

او باعتبار منع ظالم من التسلم لم يبرء الكفيل بهذا التسليم كما صرح به فى الشرائع و شد و عد و ير و كره و جامع المقاصد و لك و مجمع الفائده بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه كما يستفاد من الكتب المذكوره لعدم اشارتها الى خلاف و لا اشكال فى ذلك و وجهه مضافا الى ما ذكر و اوضح كما صرح به فى لك فلو كان المكفول

ص: ١٧٥

محبوسا فى حبس ظالم لم يكن للكفيل ان يسلمه الى المكفول له محبوسا و لا يبرء بذلك و لم يلزم المكفول له ان يسلمه ح و اما لو كان محبوسا فى حبس حاكم الشرع و جب تسلمه ح و للكفيل ان يسلمه و قد صرح بهذا التفصيل فى الكتب المتقدمه بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه كما اشارت اليه باعتبار عدم تعرضها للإشارة الى خلاف فى ذلك و احتج على الاول اولا بان ذلك الحبس يمنعه من استيفاء حقه و قد تمسك بهذا الوجه فى كره و جامع المقاصد و ثانيا بان التسليم ح لا يعد تاما فلا يجب و قد تمسك بهذا الوجه فى جامع المقاصد و احتج عليه فيه على الثانى بان حبسه لما كان بحق لم يمنعه من استيفاء حقه اذ يمكنه احضاره و مطالبته بالحقين ثم حبسه لهما و قد تمسك بهذا الوجه فى الشرائع و ير و كره و اشار اليه فى لك أيضا قائلًا الفرق بين الحبسين و اوضح فان الحاكم لا يمنعه من احضاره و مطالبته بحقه بخلاف الظالم فقد يعرض فيه المنع ثم صرح بانه لا بد من تقييد الاول و هو الكون فى حبس الظالم بكونه ممنوعا منه قائلًا و لا بد من تقييده بكونه ممنوعا منه فلو كان المكفول له قادرا على تسلمه تاما فى حبس الظالم بواسطه صحبته للظالم او قوته او نحو ذلك فهو كما لو لم يكن محبوسا و انما أطلق المص و الجماعه ذلك بناء على الغالب من تعذر تسلمه تاما كذلك و ما ذكره جيد ثم صرح بانه اذا طلب الحاكم باحضاره احضر مجلسه و حكم بينهما فاذا عرفت الحكومه رده الى الحبس بالحق الاول و لو توجه عليه للمكفول له ما يوجب الحبس حبسه بهما و توقف فكه على تخليصه منهما و هو جيد أيضا و قد صرح به فى التذكرة و اشار اليه فى التحرير أيضا

### منهل اذا كانت الكفاله حاله او مؤجله و حل اجلها

اشاره

فان كان المكفول حاضرا و جب على الكفيل احضاره اذا طلبه المكفول له فان احضر و الا حبس و قد صرح بجميع ذلك فى كره بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه و ان كان المكفول غائبا فان كان موضعه معلوما يمكنه رده و كانت الكفاله حاله و طالب المكفول له بالاحضار انظر و امهل الكفيل بمقدار ما يمكنه الذهاب الى المكفول و العود به كما صرح به فى الشرائع و التذكرة

و عد و شد و ير و اللمعه و ضه و لك و مجمع الفائده بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه كما يستفاد من الكتب لعدم اشارتها الى خلاف في ذلك و لا- اشكال و يدل عليه مضافا الى ما ذكر ما نبه عليه في مجمع الفائده قائلا وجه امهال الكفيل حين غيبه المكفول من بلد يجب تسليمه فيه واضح اذ يلزم التكليف بما لا يطاق و ان كانت الكفاله مؤجله اخر و انظر بعد حلولها بذلك ما صرح به في الشرائع و عد و ير و اللمعه و جامع المقاصد و ضه و مجمع الفائده بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه كما يستفاد من الكتب المذكوره لعدم اشارتها الى خلاف في ذلك و لا اشكال و احتج عليه في جامع المقاصد بان الواجب انما يتحقق بعد الحلول فح يعتبر ما لا بد منه في التسليم و صرح في مجمع الفائده بان الحكم المذكور واضح و هو كك فاذا مضى ذلك المقدار و لم يؤت به من غير عذر حبس و الزم ما تقدم كما صرح به في كره و ضه و لا- يحبس في الحال كما صرح به في التذكرة قائلا- و به قال عامه اهل العلم و قال ابن شيرمه يحبس في الحال لان الحق قد توجه عليه و هو غلط لان الحق و ان كان قد حل فانه يعتبر امكان التسليم و

### **ينبغي التنبيه على امور**

#### **الاول صرح في التذكرة و لك و ضه بان المكفول ان كان غائبا غيبه منقطعه**

بان لا يعرف موضعه و ينقطع خبره لم يكلف الكفيل باحضاره لعدم الامكان و لا شىء عليه لأنه لم يكلف المال و لم يقصر في الاحضار و هو جيد و اشار اليه في مجمع الفائده

#### **الثاني صرح به في التذكرة و لك بانه لو عرف موضعه**

وجب عليه احضاره سواء كان على ازيد من مسافه القصر او انقص و هو جيد

#### **الثالث صرح في كره بانه لو كان غائبا**

حين كفل فالحكم في احضاره كما لو غاب بعد الكفاله و هو جيد أيضا

#### **الرابع صرح في كره أيضا بانه لو فرط الكفيل في تحصيله بان طالبه المكفول له باحضاره**

و كان متمكنا منه فهربه او ماطل باحضاره حتى غالب غيبه منقطعه و لم يعرف له خبر فان اوجبنا المال و جب و الا فاشكال

#### **الخامس هل يجب في الذهاب و الاياب و ارجاعه مراعات الفوريه**

و سرعه السير بالقدر الممكن فيجب الركوب على دابه يكون اسرع من ساير الدواب سيرا و عدم البقاء في ذلك المكان زياده

على ما لا بد منه او لا بل يجوز المتعارف المعتاد للمسافرين فيه اشكال فلا ينبغي ترك الاحتياط و لكن الاحتمال الاخير فى غاية القوه و عليه لا يجوز الابطاء من غير عذر زياده على المتعارف

### السادس هل يجب على الكفيل مباشره اعاده المكفول بنفسه او لا

بل يجوز فيها التوكيل الاقرب الاخير

### السابع هل اجره الذهاب و الاياب و ما يصرف فى هذا السفر من المال

على الكفيل او المكفول فيه اشكال و لو قيل انهما على الكفيل لو لم يكن الكفاله باذن المكفول و عليه ان كانت باذنه و التماسه كان متجها

### منهل اذا وقع عقد الكفاله فلا يخ اما ان تعين المتعاقدان مكان التسليم او لا

بل يقع العقد مط من غير تعيين فان كان الاوّل و جب على الكفيل ان يسلم المكفول الى المكفول له فى الموضع الذى عين له كما صرح به فى الوسيله و الشرائع و صره و شد و عد و كره و الجامع و اللمعه و جامع المقاصد و الروضه و مجمع الفائده بل الظاهر انه مما لا- خلاف فيه و يدلّ عليه مضافا الى ما ذكر عموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و ما تمسك به فى جامع المقاصد و غيره مما دل على لزوم الوفاء بالشروط و عليه فلا يجب على الكفيل تسليمه فى غير ذلك الموضع كما صرح به فى التذكرة قائلا سواء كان لرفق له او لا و لو طلب ذلك المكفول له لم تجب اجابته كما صرح به فى كره أيضا و لو سلمه الكفيل فى غير ذلك المكان فلا يجب على المكفول له القبول و لم تبرأ ذمه الكفيل بذلك كما صرح به فى يع و عد و ير و لف و كره و الجامع و الايضاح و جامع المقاصد و الروضه لك و لا فرق فى ذلك بين ان يكون المكان الذى سلم منه من البلد الذى شرط تسليمه فى مكان اخر منه او لا و لا بين ان يكون فيه سلطان او لا و قد صرح بالامرین فى التحرير و هما ظاهرا ما عداه من الكتب المتقدمه و كذا لا فرق فى ذلك بين

ص: ١٧٦

ان يترتب بتسلمه فى غير المكان المشترط ضرر على المكفول له او لا- كما صرح به فى عد و لف و كره و الايضاح و جامع المقاصد و لك و ضه و هو ظاهر اطلاق ما عداها من الكتب المتقدمه الا الشرائع فانه تردد هنا و حكى فى لف عن الشيخ و ابن البراج خلاف ذلك قائلا قال الشيخ فى ط اذا تكفل على ان يسلمه اليه فى موضع فسلمه فى موضع اخر فان كان عليه مؤنه فى حمله الى موضع التسليم لا يلزمه قبوله و لا يبرء الكفيل و ان لم يكن عليه مؤنه فيه و لا ضرر لزمه قبوله و تبعه ابن البراج و حكى ما ذكر عنهما فى الايضاح و جامع المقاصد و هو ضعيف بل المعتمد هو الاول و ما دلّ على لزوم الوفاء بالشروط كما نبه عليه فى لف و الايضاح و لك و جامع المقاصد و ان كان الثانى انصرف اطلاق العهد الى البلد الذى وقع فيه حيث لا يكون هناك قرينه حال تشهد بخلاف ذلك و قد صرح بذلك فى الشرائع و صره و شد و عد و ير و لف و كره و اللمعه و جامع المقاصد و مجمع

الفائده و احتج عليه فى التذكره و الروضه بانه المفهوم عند الاطلاق و اورد عليه فى لك و ضه قائلا و هذا التعليل يتم لو كان محل عقد بلد المكفول له او بلد قرار لا ينافى الاراده عرفا فلو كان بريه او بلد غربه قصدهما مفارقتة سريعا بحيث تدل القرائن على عدم ارادته اشكل انصراف الاطلاق فيه و قد تقدم الكلام على نظيره فى السلم الا انهم لم ينقلوا هنا خلافا و على كل حال و التعيين اولى و قد يناقش فيما ذكره بان الكون فى البريه و بلد الغربه من القرائن المانع من انصراف اطلاق العقد الى ما ذكرناه فلا ينصرف اليه اطلاق قول معظم الاصحاب اذا تكفل بتسليمه مط انصرف الى بلد العقد لانصرافه الى صورته فقد القرائن لا مط كما لا يخفى و قد نبه عليه فى مجمع الفائده و على ما ذكرناه لا ينصرف اطلاق الكفاله فى البريه و بلد الغربه الى المكان الذى وقعت فيه و كذا لا ينصرف الى غيره فيكون بالنسبه الى موضع التسليم مجملا فالاولى ح مراعات التعيين و هل تفسد الكفاله ح او لا ربما يظهر الثانى من مجمع الفائده و هو احوط فى الجملة و صرح فى الوسيله بانه اذا اطلق عقد الكفاله لزمه التسليم فى دار الحاكم او فى موضع لم يقدر على الامتناع و هو ضعيف فى الغايه

### منهل لو تنازع الكفيل و المكفول له بعد صدور عقد الكفاله منهما

#### اشاره

فقال الكفيل للمكفول له لا- حق لك على المكفول و لم يشتغل ذمته لك بشىء اصلا فالكفاله فاسده فلا- يلزمنى احضار المكفول و ادعى المكفول له ثبوت الحق على المكفول و اشتغال ذمته به فيصح الكفاله و يلزم الكفيل احضار المكفول فالقول قول المكفول له كما صرح به فى الشرائع و شد و عد و ير و كره و الجامع و اللمع و جامع المقاصد و لك و ضه و مجمع الفائده و لهم و جهان احدهما ظهور الاتفاق عليه كما يستفاد من الكتب المذكوره لعدم اشارتها الى خلاف و لا اشكال فى ذلك و ثانيهما ما تمسك به فى جامع المقاصد و لك و ضه من ان الكفاله لا تصح الا مع ثبوت حق للمكفول له عند المكفول و الكفيل يدعى فسادها و هى مردوده بان الاصل فى العقد الواقع الصحه فيكون قول من يدعيها و هو المكفول له هنا مقبولا و زاد فى لك قائلا- لا- يقال يكفى فى صحتها مجرد الدعوى و ان لم يكن الحق ثابتا و انكار الكفيل الحق لا يرفع الدعوى فلا يقتضى بطلان الكفاله لأننا نقول انكاره لنفس الدين مع اعترافه بالدعوى لا يؤثر فى سقوط حق الاحضار عنه فلا معنى لإنكاره لان غرضه ابطال الكفاله ليسقط عن نفسه وجوب الاحضار و اعترافه بمجرد الدعوى كاف فى وجوبه و الفرض فى المسأله انكاره حقا يجوز الكفاله فيكفى فيه احد الامرين الدعوى و ما تضمنه و الحق المنفى فى العبارة نكره تفيد عموم الحق فيشمل الدعوى و اشار فى يع و عد الى الوجه المذكور بقولهما لان الكفاله يستدعى ثبوت حق و كذا اشار اليه فى كره بقوله لان الظاهر صحه الكفاله و فى مجمع الفائده بقوله لان الكفيل قائل بالكفاله و هى من دون ثبوت حق فى ذمه المكفول غير معقول فلا تسمع و

#### ينبغى التنبيه على امور

### الاول هل يسمع قول المكفول له هنا من غير يمين او مع اليمين

ربما يظهر الاول من يع و شد و مجمع الفائده لعدم تعرضهم للزوم اليمين عليه هنا و صرح بالثانى فى الجامع و اللمع و جامع

المقاصد و لك و ضه و استقر به فى التحرير قائلا- و هل يفتقر الى اليمين الاقرب ذلك و توقف فى كره قائلا- و هل يحلف للشافعيه وجهان احدهما لا يحلف لان دعوى الكفيل تخالف ظاهر قوله الثانى يحلف لان ما يدعيه ممكن و هو ليس فى محله بل الاقرب لزوم الحلف لعموم قوله ص و اليمين على من انكر المعتضد بفتوى الاكثر بالزوم بل قد يستظهر الاتفاق عليه و ان خلت جمله من العبارات عن الاشاره اليه

### **الثانى صرح فى التذكرة بانه ان حلف فلا كلام**

و ان نكل رددنا اليمين على الكفيل لجواز ان يعلم انه لا حق له عليه و قد صار الى هذا فى التحرير قائلا لو نكل فالوجه احلاف الكفيل مع احتمال بعيد العدم

### **الثالث اذا حلف المكفول له و جب على الكفيل احضار المكفول**

كما صرح به فى ضه بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه فان تعذر على الكفيل احضار المكفول فهل يجب على الكفيل اداء المال من غير بينه او لا- صرح بالثانى فى جامع المقاصد و لك و ضه و حكاها فى الاول عن كره محتجا عليه كالمسالك و ضه بان الكفاله انما تستدعى ثبوت حق فى الجملة لا المال و هو جيد و لو اقام المدعى اليه بالحق و اعزم الكفيل صرح فى عد و جامع المقاصد و لك و ضه بانه لم يرجع به على المكفول محتجين باعتراف الكفيل ببراءه ذمه المكفول و انه مظلوم و فيه نظر

### **الرابع صرح فى كره بانه لو قال ضمنت ما عليه و لا شىء عليه**

فالقول قول المضمون له لان الظاهر صحه الضمان و هو جيد

### **الخامس صرح فى لك بان انكار الكفيل الحق على المكفول**

اما ان يريد نفيه ابتداء بحيث لم يكن وقت الكفاله او يريد نفيه الان بان يكون قد اوفى و ابراه المستحق فان كان الاول و هو المراد هنا فالدعوى راجعه الى صحه الكفاله و فسادها و ان كان المراد الثانى و هو نفي الحق على المكفول الان و ان مرجع قوله سقوط الكفاله منه الان و ان كانت قد لزم ابتداء فالقول قول المكفول له أيضا لأصالة بقاء الحق و قد صرح به بما ذكره اخيرا فى مجمع الفائده مصرحا بلزوم اليمين على المكفول له ح و هو جيد

### **منهل اذا تكفل رجلان لرجل واحد فيكون المكفول و المكفول له متحدا**

#### **اشاره**

و الكفيل متعددا صحت الكفاله كما صرح به فى التذكرة و التحرير بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه فان

و واحدهما المكفول الى المكفول له تاما فهل يبرئ الاخر الذى لم يرد أو لا يختلف الاصحاب فى ذلك على قولين الاول انه لا يبرء الاخر برد شريكه و هو للمحكى فى لف و الايضاح عن التنقيح فى ط و القاضى و ابن حمزه الثانى انه يبرء كما يبرء الاخر و هو للتذكرة و عد و لف و الايضاح و اللمعه و جامع المقاصد و لك و ضه و صرح بعض الاجله بانه المشهور بين المتأخرين و قد استحسنته فى يع بعد ان افتى بالاول قائلا اذا تكفل رجلان برجل فسلمه احدهما لم يبرء الاخر و لو قيل بالبراءه كان حسنا و صرح فى لك و ضه و غيرهما بان الفائده تظهر لو هرب المكفول بعد تسليم الاول فعلى المشهور لاحق للمكفول له و على قول الشيخ و من تبعه له الرجوع على الكفيل الاخر لبقاء حقه للأولين و جهان احدهما الاصل السليم عن المعارض و اليه اشار الشيخ على ما حكاه فى لف و الايضاح قائلين قال الشيخ فى ط لا يبرء لأنه لا دليل عليه و صرح بضعفه فى جامع المقاصد و ثانيهما ما نبه عليه فى لك و ضه قائلا- قيل لا- يبرء التغاير الحقين و ضعفه ظاهر و للآخرين وجوه منها ما نبه عليه فى لك و ضه من ان المقصود من الكفاله التسليم للمكفول له و قد حصل فلا وجه لعدم براءه الاخر و منها ما نبه فى كره من انه لو ادى احد الضمنا بربى الباقر فكذا لو سلم احد الكفلاء برى الباقر لان الكفاله قسم من الضمان و منها ان المكفول اذا سلم نفسه او سلمه اجنبى برب الكفيل فبراءته فيما اذا سلمه احد الكفلاء اولى كما صرح به فى جامع المقاصد و لك و اشار اليه فى لف و الايضاح و ضه و منها ان بعد تسليم احد الكفيلين لا- يخ اما ان يكون الكفيل الاخر مكلفا بالتسليم أيضا فان كان الاول لزم التكليف بتحصيل الحاصل و هو تكليف بما لا يطاق و هو غير جائز و ان كان الثانى فهو المطلوب لان انتفاء التكليف لا يكون الا بعد البراءه و اذا ثبت انتفاء التكليف ثبت مط و ان هرب المكفول بعد التسليم للأصل فاذا المعتمد هو القول الثانى و

### ينبغى التنبيه على امور

#### الاول لا فرق على المختار بين ان يكون الكفيلان كفيلين مستقلين

كالوكيلين المستقلين او لا كما هو ظاهر اطلاق كلام القائلين بالمختار

#### الثانى لا فرق أيضا بين ان يقع كفاله الكفيلين على الترتيب او لا

كما هو ظاهر كلام القائلين بالمختار

#### الثالث على المختار هل يشترط فى براءه الكفيل الاخر

ان يقصد عند تسليمه التسليم عن نفسه و عن شريكه او لا بل يكفى الاطلاق حكى فى ضه فيه قولين قائلا و هل يشترط تسليمه عنه و عن شريكه أم يكفى الاطلاق قولان اجودهما الثانى و هو الذى يقتضيه اطلاق العبارة و قد صار الى مختاره هنا فى لك مصرحا بانه مقتضى اطلاق يع و جماعه ما و صار اليه هو الاجود عندى أيضا و يستفاد أيضا من اطلاق يع و عد و ير و كره و

غيرها و كما لا يشترط القصد هنا كذا لا يشترط فيما اذا سلم نفسه او سلمه اجنبى كما صرح به فى الروضه و لك و هل يجب على المكفول له اذا تسلم من احد الكفيلين قصد القبض عنهما معا او لا الاقرب الاخير كما صرح به فى لك

### الرابع صرح فى التحرير بانه لو قضى احد الكفيلين الدين برئ الاخر

و اذا قضاه المكفول برئا معا و هو جيد

### منهل اذا تكفل واحد برجل لاثنين فيكون الكفيل متحدا و المكفول له متعددا

فسلم الى احدهما لم يبرء من الاخر فيجب تسليمه اليهما معا كما صرح به فى الشرائع و شد و عد و ير و كره و اللمعه و الجامع و لك و ضه و مجمع الفائده بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه و احتج عليه فى كره و لك و ضه بان العقد هنا مع الاثنين بمنزله عقدين فهو كما لو تكفل لكل واحد منهما على الانفراد و كما لو ضمن دينين لشخصين فاذى دين أحدهما فانه لا يبرء من دين الاخر بخلاف السابق فان الغرض من كفالتهم معا احضاره و قد حصل و لو ابرء الكفيل احدهما لم يبرء ممن لم يبرء كما صرح به فى التحرير و اذا وكل احدهما الاخر فى قبض المكفول فقبضه الوكيل عن نفسه و عن موكله فصرح فى مجمع الفائده ببراءه ذمه الكفيل منهما معا و هو جيد و اذا تسلمه عن نفسه خاصه او عن موكله خاصه ففى براءه ذمه الكفيل عنهما معا اشكال بل احتمال عدم البراءه منهما فى غايه القوه

### منهل اذا أطلق الكفاله و مات المكفول قبل احضاره

#### اشاره

و لم يكن المقصود من الكفاله احضاره للشهاده على عينه فيبطل الكفاله و يبرئ ذمه الكفيل و يخرج عن العهده فلا يجب على الكفيل احضار جسد المكفول كما نص عليه فى الغنيه و الوسيله و النافع و الشرائع و صره و كره و ير و عد و لف و اللمعه و الجامع و التنقيح و جامع المقاصد و لك و ضه و مجمع الفائده و الكفايه و الرياض و لهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه و منها تصريح الغنيه بدعوى الاجماع عليه و يعضده اولا ان العلامه فى كره نسب ذلك الى علمائنا و ثانيا قول مجمع الفائده كأنه مجمع عليه بين الاصحاب و ثالثا تصريح الرياض بانه لا خلاف فيه و منها ما تمسك به فى الغنيه من ان الاصل براءه الذمه و شغلها يحتاج الى دليل و منها ما تمسك به فى الغنيه و جامع المقاصد و لك من ان متعلق الكفاله النفس و قد فاتت بالموت و اشار الى ما ذكر فى ضه و الرياض قائلين تبطل بالموت لفوات متعلقها و هو النفس و فوات الغرض ان اريد البدن و منها ما تمسك به فى كره و جامع المقاصد و لك و الرياض من ان المتبادر من الكفاله انما هو الاحضار فى حال الحيوه و هو المتعارف بين الناس فيحل الاطلاق عليه و قد زاد فى الاول فذكر وجوها اخر قائلان اذا مات المكفول به بطلت الكفاله و لم يلزم الكفيل شىء عند علمائنا لأنه يكفل ببدنه على ان يحضره و قد سقط الحضور عن المكفول فيبرء الكفيل كما لو برئ من الدين و لان ما التزم به من اجله يسقط عن الاصيل فيبرء الفرع كالضامن اذا قضى المضمون عنه الدين او أبرئ منه عندهم و لأنه تكفل ببدنه فلا يلزم ما فى ذمته كما لو غاب غيبه منقطعاه و لأنه لا يلزمه بذل نفسه فما فى نفسه اولى و



### الاول لا فرق فيما ذكر بين كون الايجاب بلفظ كفلت فلانا

او كفلت بدنه كما يستفاد من اطلاق الكتب المتقدمه عدا لك و الروضه فانهما نبها على الفرق بين الصيغتين قائلين و

ص: ١٧٨

يمكن الفرق بين التعبير بكفلت فلانا و كفلت بدنه فيجب احضاره مع طلبه في الثانى دون الاول بناء على ما اختاره المحققون من ان الانسان ليس هو الهيكل المخصوص و ما ذكره ضعيف جدا اما اولا فلا إطلاق الاجماع المحكيه المعتضده بالشهره العظيمه التى لا- يبعد معها دعوى شذوذ المخالف بل قد يمنع من وجوده لعدم صراحه كلامه فى المخالفه و اما ثانيا فلما اعترف به المفصل قائل- فى الروضه بعد الاشاره الى ما ذكر و يضعف بان مثل ذلك منزل على المتعارف لا على المحقق فلا يجب على التقديرين و اما ثالثا فلما صرح به فى لك قائل بعد الاشاره الى ما ذكر أيضا و يضعف بانتفاء الفائده فى احضار الميت

### الثانى أطلق فى الغنيه و الوسيله و النافع و الشرائع

و صره و شد و ير و كره و لف و الجامع و الكفايه بطلان الكفاله بموت المكفول و فضل فى ذلك فى الروضه قائل لو مات المكفول قبل احضاره بطلت الكفاله الا فى الشهاده على عينه ليحكم عليه باتلافه او المعامله إذا كان قد شهد عليه من لا يعرف نسبه بل شهد على صورته فيجب إحضاره ميتا حيث يمكن الشهاده عليه بان لا يكون قد تغير بحيث لا يعرف و قد صرح بهذا التفصيل أيضا فى جامع المقاصد و لك و اشار اليه فى عد و حكاه فى كره عن بعض العامه الا انه صرح بانه ليس بجيد معللا بان الكفاله على الاحضار انما يفهم منها احضاره حال الحيوه و هو المتعارف بين الناس و الذى يخطر بالبال فيحمل الاطلاق عليه و الاقرب عندى وفاقا لمجمع الفائده و الرياض ان التفصيل المذكور حسن مع اشتراط ذلك فى ضمن العقد اما باللفظ الصريح او باقامه القرائن الحاليه عليه و الا فلا اما الاول فلعموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و قوله ص المؤمنون عند شروطهم و لا يعارضه اطلاق الاجماع المحكيه المتقدم اليها الاشاره للمنع من انصرافه الى محل البحث سلمنا و لكن التعارض هنا من قبيل تعارض العمومين من وجه و من الظاهر ان الترجيح مع العمومين المذكورين كما لا- يخفى و اما الثانى فلالأصل و اطلاق الاجماع المحكيه و عدم شمول قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ لمحل البحث كما لا يخفى و اذا توقف احضار البدن بعد الموت على نبش القبر فهل يجوز ح او لا بل يبقى على تحريمه صرح بالاول فى جامع المقاصد و لك و ضه و هو الاقرب و ان علم بتغير صورته الميت بحيث لا يمكن الشهاده على عينه فتبطل الكفاله و يحرم النبش و قد صرح بالاول فى جامع المقاصد و لك و ضه بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه

### الثالث كما لا يجب على الكفيل بعد موت المكفول احضاره

كذا لا يجب على الكفيل اداء دين المكفول بعد ذلك اذا لم يشرطه أيضا للأصل و ظهور الاتفاق عليه و اما اذا شرط ذلك فهل

يجب أداء الدين ح او لا- لم اجد احدا تعرض لما ذكر الا السيورى فى التنقيح فانه نبه عليه قائلا المشهور بين الاصحاب ان الكفاله تبطل بموت المكفول و يظهر من كلام ابن الجنيده انه اذا شرط ان عليه ما عليه ان لم يحضره حيا و ميتا لزمه المال قال العلامة الكفاله تبطل بالموت مط شرط او لم يشرط لان ذلك مقتضى الكفاله و فيه نظر لان كون ذلك مقتضى الكفاله مسلم لكن مع الاطلاق و اما مع الشرط فلا- لقوله ص المؤمنون عند شروطهم و فيما كرهه نظر بل الاقرب عندي هو الاحتمال الثانى لإطلاق الاجماع المحكى المعتضد بالشهره العظيمة

### **منهل لو ادعى الكفيل ان المكفول له أبرأ المكفول من الدين الذى به تحققت الكفاله**

#### **اشاره**

و انكر المكفول له ذلك فالقول قوله اذا لم يكن للكفيل بينه على صدق دعواه كما صرح به فى يع و شد و عمد و ير و كره و اللمعه و جامع المقاصد و ضه و لك و مجمع الفائده و لهم و جهان احدهما ظهور الاتفاق على ذلك كما يستفاد من الكتب المذكوره لعدم اشارتها الى خلاف فى ذلك و لا اشكال و ثانيهما ما تمسك به فى مجمع الفائده من ان الكفيل مدّع ح و المكفول له منكر فالقول قوله اما الاول فلانه يدعى امرا مخالفا للأصل كما نبه عليه فى ضه بقوله القول قول المكفول له لأصالة بقاء الحق و فى لك بقوله انما كان القول قول المكفول له لأصالة بقاء الحق مع اعتراف الكفيل بثبوت ابتداء لاقتضاء دعوى الابراء ذلك و لان الكفيل يدعى امرا مخالفا للظاهر كما لا يخفى و لأنه اذا ترك ترك فهو مدّع بجميع التفاسير و اما الثانى فهو ظاهر بعد ثبوت الاول و اما الثالث فلقوله ص البيه على المدعى و اليمين على من انكر المؤيد بالاستقراء و

#### **ينبغى التنبيه على امور**

### **الاول انما يكون القول هنا قول المكفول له مع يمينه لا مط**

كما صرح به فى التحرير و مجمع الفائده و اشير اليها فى الكتب المذكوره بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه

### **الثانى ان حلف المكفول له برئ من دعوى الكفيل**

و بقيت و لزمه الاحضار كما نبه عليه فى التذكرة و ير و جامع المقاصد و لك و ضه بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه فان جاء المكفول و ادعى الابراء أيضا لم يكتف باليمين التى حلفها للكفيل بل لا بد من يمين اخرى كما صرح به فى التذكرة و جامع المقاصد و ضه و لك و احتج عليه فى الثلاثه الاخيره بان هذه الدعوى مستقلة مغايره لتلك فان دعوى الكفيل انما كانت لبراءه نفسه و ان لزمها بالعرض دعوى براءه المكفول

### **الثالث لو رد المكفول له اليمين على الكفيل**

فحلف برئ من الكفاله ولا يبرئ المكفول من المال بهذه اليمين فله اخذه منه وقد صرح بجميع ذلك فى الشرائع و التذكرة و شد و عد و اللعنه و جامع المقاصد و لك و ضه و مجمع الفائده و لهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه كما يستفاد من الكتب المذكوره لعدم اشارتها الى خلاف فى ذلك و لا اشكال و منها ما تمسك به فى التذكرة و جامع المقاصد و لك و ضه من ان الانسان لا يبرئ من الحق بيمين غيره و منها ما تمسك به فى لك و منه من اختلاف الدعويين كما مر

#### **الرابع لو حلف المكفول اليمين المردوده على البراءه**

برئ هو و الكفيل معا كما صرح به فى جامع المقاصد و لك و ضه بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه و صرح فى لك بانه لا فرق فى ذلك بين صورتى حلف المكفول له للكفيل على عدم الابراء و عدمه محتجا بسقوط الحق بيمين المكفول فيسقط الكفاله كما اذا ادى الحق و هو جيد

#### **الخامس لو نكل المكفول له عن الحلف**

الذى توجه عليه باعتبار دعوى المكفول الابراء فحلف برئ هو و الكفيل معا كما صرح به فى التذكرة و لك و ضه

#### **السادس اذا ادعى الكفيل بان المكفول و فى بدين المكفول له**

و اداء اليه فهو كما لو ادعى الكفيل كما صرح

ص: ١٧٩

به فى ضه

#### **منهل يصح و يجوز ترمى الكفالات بان يكفل الكفيل كفيل ثم يكفل الكفيل الثانى اخر و هكذا**

#### **اشاره**

و قد صرح بجواز ذلك فى الوسيله و الشرائع و شد و عد و كره و ير و الجامع و جامع المقاصد و لك و مجمع الفائده و الكفاليه و لهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه كما يستفاد من الكتب المتقدمه لعدم اشارتهم الى خلاف فى ذلك و لا اشكال و منها العمومات الداله على صحه الكفاله و منها ما نبه عليه فى لك قائلا لما كان ضابط جواز الكفاله ثبوت حق على المكفول و ان لم يكن مالا- صح كفاله الكفيل من كفيل ثان لان الكفيل الاول عليه حق للمكفول له و هو احضار المكفول الاول و هكذا القول فى كفاله كفيل الكفيل و هكذا و هو معنى الترمى و اشار الى ما ذكره فى جامع المقاصد بقوله يصح ترمى الكفالات لان صحه الكفاله بثبوت حق و هو ثابت بالكفاله و

## الاول صرح فى التحرير بعد التصريح بصحة ترامى الكفالات

بانه يلزم الاخير احضار من كفله و يلزم السابق عليه احضار من تقدمه الى ان ينتهى الى المديون و هو جيد

## الثانى متى احضر الكفيل الاول من عليه الحق برئ

و برئ الآخران كما صرح به فى التذكرة و جامع المقاصد و ان احضر الكفيل الثانى الكفيل الاول برئ هو و برئ من بعده من الكفلاء كما صرح به فى التذكرة و لك و لم يبرء الاول و لا من عليه الحق كما صرح به فى التذكرة و جامع المقاصد و لو ابرئ المكفول له الاول المكفول برءوا اجمع كما صرح به فى جامع المقاصد و لك محتجين بانتفاء بقاء الكفاله مع سقوط الحق و لو ابرأ غيره من كفاله اى اسقط عنه حق الكفاله برئ من بعده دون من قبله كما صرح به فى لك و متى مات واحد منهم برئ من كان فرعا فبموت من عليه الحق يبرءون جميعا و بموت الكفيل الاول يبرئ من بعده و بموت الثانى يبرء الثالث و من بعده دون من قبله و هكذا بموت الثالث يبرئ من بعده و لا يبرأ الاولان و قد صرح بما ذكر فى التذكرة و جامع المقاصد و لك

## الثالث صرح فى لك بعدم صحة الدور فى الكفاله

قائلا- قد تقدم فى الضمان و الحواله و ورود الترامى و الدور فيهما اما الكفاله فلا- يصح دورها و ان صح تراميها لان حضور المكفول الاول يوجب براءه من كفله و ان تعدد فلا معنى لمطالبته باحضار من كفله و قد صرح بعدم صحة الدور هنا فى مجمع الفوائد مدعيا انه لا- معنى له هنا و هو جيد و لعله لذا اقتصر على الحكم بصحة الترامى فى الكفالات فيما عداهما من الكتب المتقدمه

## منهل هل يصح ان يكفل احد المكاتب لسيدته فيصير مكفولا له و المكاتب مكفولا

و ذلك الثالث كفيلا- اختلف الاصحاب فى ذلك على قولين الاول انه لا يصح و هو للجامع و المبسوط و المحكى فى جامع المقاصد من ابن البراج و وجهه ما اشار اليه فى لك قائلا القول بعدم صحة كفاله احد للمكاتب الشيخ بناء على اصله المتكرر من جواز الكتابه من قبله فلا- يتعين عليه اداء مال الكتابه فلا يصح كفالته لان الغرض منها حضوره لأداء ما عليه و لعله الى هذا اشار فى ط بقوله اذا تكفل ببدن المكاتب لسيدته لم يصح لان الدين الذى فى ذمته لا يصح الكفاله به فلم يصح ببدنه و صرح فى لف بان ما ذكره مبنى على اختياره من ان مال الكتابه ليس بلازم الثانى انه يصح و هو للقواعد و لف و ير و جامع المقاصد و لك و لهم وجوه منها العمومات الداله على صحة الكفاله و منها ما تمسك به فى جامع المقاصد و لك من ان المكاتب اما عبد او مديون و كلاهما يصلحان للكفاله و الاحضار و منها ما تمسك به فى جامع المقاصد من ان المكاتب يصح ضمانه فكفالته اولى و تردد فى المسأله فى يع من غير ترجيح و فيه نظر بل الاقرب هو القول الثانى و صرح فى لك بان الخلاف فى المكاتبه المشروطه قائلا و قد عرفت ان الخلاف فى المشروطه خاصه و ان أطلق فى جميع المواضع

لان الغرض الذاتى منها احضاره حيث يطلبه المكفول له و قد صرّح بجميع ذلك فى لك فيصح الكفاله بلفظ كفلت لك فلانا او انا كفيل به او باحضاره كما صرّح به فى لك و صرّح بصحة الاولى فى عد و ير و بصحة الاخيرين فى التذكرة و اشار فى شد الى الجميع و صرح فى لك بان فى حكم ذاته نفسه و بدنه محتجا بانها بمعنى واحد فى العرف العام و ان اختلفت فى المعنى تحقيقا و هو جيد و صرح بصحة الثلاثه فى التذكرة و صرح بصحة الاخيرين فى القواعد و ير و صرّح بصحة الاخير فى الشرائع و شد و اللمعه محتجين بانه قد يعبر به عن الجملة و صرّح به فى الروضه قائلا يصح التعبير فى عقد الكفاله بالبدن فيقول كفلت لك بدن فلان لأنه لا يعبر بذلك عن الجملة بل عن الذات عرفا و اختلف الاصحاب فى صحة الكفاله بالوجه و الراس كان يقول لك براسه او بوجهه على قولين الاول انه يصح أيضا و هو للشرائع و عد و ير و شد و كره و اللمعه و جامع المقاصد و مجمع الفائده و صرح فيه بانه مذهب الاكثر و صرّح بعض الاجله بان الظاهر انه المشهور و صرح فى الجامع بصحة الكفاله بالرأس الثانى انه لا يصح و هو للروضه و ربما يستفاد من لك أيضا و حكى فى التذكرة عن بعض علمائنا المنع من صحة الكفاله بالرأس للأولين ما تمسك به فى الشرائع و ير و جامع المقاصد من انه يعبر بذلك عن الجملة عرفا و اورد عليه فى لك قائلا و اما الوجه و الراس فالمراد منهما بحسب الوضع الجزء المخصوص منه الا انهما يطلقان عرفا على الجملة فقال يبقى رأسه و وجهه و نحو ذلك و يراد ذاته و جملته و قد أطلق المصنف الحكم بصحة الكفاله حيث تعلق بهما حملا على المتعارف و فيه نظر لان العضوين المذكورين و ان كان قد يطلقان على الجملة الا ان اطلاقهما على انفسهما خاصه أيضا شايح متعارف و ان لم يكن اشهر و حمل اللفظ المحتمل للمعنيين على الوجه الصحيح مع الشك فى حصول الشرط و اصاله البراءه من لوازم العقد غير واضح نعم لو صرّح باراده الجملة من الجزءين اتجهت الصحة كإرادته معنى المشترك كما لو انه قصد الجزء بعينه لم يكن الحكم بالجملة قطعاً بل كالجاء الذى لا يمكن الحيوه بدونه و بالجملة فالكلام عند الاطلاق و عدم قرينه تدل على احدهما فعند ذلك لا يصح تعليل الصحة بانه قد يعبر بذلك عن الجملة و صرّح فى الروضه أيضا بتمام ما اورد من الايراد بعينه و للآخرين الاصل و المسأله لا يخ عن اشكال و التحقيق ان يق ان اراد من الوجه و الراس الجملة و نصب القرينه المعتمده على ذلك فالاقرب الصحة للعمومات الداله على صحة الكفاله و فحوى ما دل على جواز

ص: ١٨٠

المعاطات و الالفاظ الملحونه فى اكثر العقود اللازمه و يعضد ذلك الشهره العظيمه التى لا يبعد معها دعوى شذوذ المخالف و ان اراد منهما خصوص العضوين المعلومين اللذين هما من اجزاء البدن بحيث يلزم من احضارهما احضار الجملة حيا بحيث يتمكن معه من استيفاء الدين و يترتب عليه فائده الكفاله فالاقرب الصحة أيضا و ان اراد منهما خصوص الجزءين مط و لو كانا ميتين فالظاهر بطلان هذه الكفاله و كونه متفقا عليه و من الظاهر ان اطلاق القائلين بالصحة لا ينصرف الى هذه الصوره و ان حصل الشك فى المراد و كان احد الاحتمالات ما يقتضى الفساد و دار الامر بين كون العقد الواقع صحيحا او فاسدا ففى الحكم بالصحة ح اشكال بل الاقرب الفساد كما فى ضه و لك للأصل الذى اشار اليه فيهما السليم عن المعارض لا يقال لا نسلم سلامته عن المعارض بل المعارض الاقوى منه موجود و هو اصاله صحة العقود الصادره من المسلمين حتى يثبت فسادها شرعا و هو من

الاصول المسلمه المشهوره التى بيتنى عليها امور عظيمه لأننا نقول الاصل المذكور على خلاف الاصل ثبت اعتباره فى كثير من المقامات و لا دليل على ثبوت اعتباره فى نحو المقام فالاصل عدم اعتباره فيه و

## ينبغى التنبيه على امور

### الاول اذا قلنا بصحة كفاله الوجه و الراس

فهل يلحق بهما الكبد و القلب و ساير الاعضاء المعينه التى لا يبقى الحيوه بدونها او لا اختلف الاصحاب فى ذلك على قولين الاول انه يصح و هو للتحرير و التذكرة الثانى انه لا- يصح و هو لجامع المقاصد و لك و ضه و المحكى فى كره عن بعض علمائنا و يظهر من القواعد التوقف فى المسأله للقول الاول ما نبه عليه فى الروضه قائلًا و الحق بالبدن الكبد و القلب من الاجزاء التى لا تبقى الحيوه بدونه استنادا الى انه لا يمكن احضار المكفول الا باحضاره و اورد عليه فى جامع المقاصد قائلًا اما ما لا يعبر به عن الجملة و لا يمكن الحيوه بدونه كالكبد و الثلث و الربع و نحوها ففى صحة الكفاله بكفاله نظر ينشأ من ان العقد الجارى عليه لا- يسرى الى المجموع كما فى البيع فانه اذا وقع على اجزاء معلومه بالاشاعه صح فيه و على جزء معين يكون باطلا- و لا يسرى و من ان كفاله الجزء الذى لا يمكن الحيوه بدونه يفضى الى كفاله المجموع لان احضاره لا يمكن باحضار المجموع و استقرب فى التحرير الصحة و لقائل ان يقول ان احضاره و ان كان غير ممكن بدون احضار المجموع الا انه لا يقتضى الصحة لان الاحضار فرع الكفاله و المطلوب انما هو صحة الكفاله و حيث ان صحتها انما يكون بكفاله المجموع لم يصح هنا اذ المتكفل به ليس هو المجموع و لا- ما يستلزمه و ان كان حكم الكفاله و هو احضار ذلك المقصود غير ممكن الا- باحضار المكفول و العقود اسباب متلقات من الشرع فلا- بد فى صحتها من النص فان قيل يجوز التعبير عن الجملة بالجزء قلنا ما كان التعبير عنه متعارفا لا بحث فيه و انما البحث فيما ليس بمتعارف و قد اشار الى جميع ما اشار به بقوله و لقائل الى اخره فى لك و كذا فى الروضه و الاقرب عندي هنا التفصيل الذى ذكرته فى الوجه و الراس

### الثانى هل يلحق بكفالتهمما على تقدير صحتها كفاله الجزء المشاع

كثلته و ربه او لا صرح بالاول فى التحرير و كره و بالثانى فى جامع المقاصد و لك و ضه و قد تقدم الاشاره الى حجه القولين فى المسأله السابقه و الاقرب عندي هنا ما ذكرته فيها من التفصيل

### الثالث هل يصح كفاله الجز

الذى يبقى الحيوه بعد زواله كاليد و الرجل و الاصبع او لا صرح بالثانى فى الشرائع و شد و ير و اللمعه و ضه و لك و جامع المقاصد و حكاه فى التحرير عن الشيخ و احتج عليه فى يع انه لا يمكن احضار ما شرط و تنظر فيه فى القواعد و اشار الى وجهه فى جامع المقاصد قائلًا هذا كالأول فيه و جهان ناشئان عن عدم السريان و امكان الانفعال مع بقاء الحيوه و من ان احضار ذلك على صفته لا يكون الا باحضار البدن و لا شبهه فى ان الصحة هنا ابعد و الذى يقتضيه النظر المنع و الاقرب عندي هنا التفصيل

السابق بناء على المختار من جواز اللحن فى العقود اللازمه و لكن الاحوط الترك

### منهل لو قال ان لم احضره الى كذا كان على كذا كان كفيلا ابدا

و لا يلزمه المال المشروط عند الاجل و لو قال على كذا الى كذا ان لم احضره كان ضامنا للمال ان لم يحضره فى الاجل و قد صرح بهذا التفصيل فى النافع و يع و شد و عد و ير و كره و اللمع و التنقيح و جامع المقاصد و المهذب البارع و الرياض و حكاه فى لف عن الشيخ فى النهايه و ابنى حمزه و البراج و صرح فى ضه و الرياض بانه المشهور و لهم وجوه منها انه صرح فى المهذب البارع بدعوى الاجماع عليه قائلا بعد الاشاره الى عبارته النافع و هى و لو قال ان لم احضره الى كذا كان على كذا كان كفيلا ابدا و لم يلزمه المال و لو قال على كذا الى كذا ان لم احضره كان ضامنا للمال ان لم يحضره فى الاجل هذه المسأله اجماعيه و الفرق بين الصورتين تقديم ذكر المال فى الثانى و تاخيره فى الاولى و يعضد ما ذكره اولا قول العلامة فى التذكرة ان تكفل برجل الى اجل ان جاء به فهو و الا لزمه ما عليه فان قدم كفاله النفس بان قال ان لم احضره كان على كذا لم يلزمه الا الاحضار عند علمائنا و ان قدم ضمان المال فقال على كذا الى كذا ان لم احضره و لم يحضره و جب عليه ما ذكره من المال و ثانيا قول التنقيح بعد الاشاره الى عبارته النافع المتقدمه هذه المسأله ذكرها الاصحاب فى كتبهم و ثالثا قول جامع المقاصد بعد الاشاره الى عبارته القواعد و هى لو قال ان لم احضره كان على كذا لزمه الاحضار خاصه و لو قال على كذا الى كذا ان لم احضره و جب عليه ما شرط من المال هذا مروى من طرق الاصحاب و قد اطبقوا على العمل به و لا يكاد يظهر فرق بين الصيغتين باعتبار اللفظ و مثل هذا مما يصار اليه من غير نظر الى حال اللفظ مصيرا الى النص و الاجماع و المص فى لف قال عندي فى هذه المسأله نظر و رابعا قول الرياض بعد الاشاره الى عبارته النافع المتقدمه فى المشهور بين الاصحاب بل عليه الاجماع فى صريح المهذب و شرح يع للصيمرى و عن المحقق الشيخ على و هو ظاهر التنقيح و لعله كك و لم يقدر فيه مخالفه الاسكافى لشذوذه و معلوميه نسبه مع موافقته لهم فى الجملة و نحوه الجواب عن تنظر الفاضل فى المختلف و جعله رأيه انسب و اما الاختلاف فى الشق الثانى من حيث تقييد الحكم فيه بضمان المال بشرط عدم الاحضار كما هنا و فى كلام الشيخ و متابعيه و الفاضل فى التحرير و كره و عدمه كما فى يع و شد و عد و غير

ص: ١٨١

قادح على اليقين للموافق فى الحكم فى كلتا الصورتين غايه الامر الاختلاف فى الاطلاق و التقييد و هو لا يوجب الخروج و المخالفه فى اصل الحكم و الاجماع المحكيه انما هى على اصله فى الجملة الا على وصفه من احد الامرين مع عدم احتمال عدم المخالفه فى التقييد و الاتفاق على اعتباره و ان سوماح بذكره فى تلك الكتب و لعله للاعتماد على الشرطيه المذكوره فيها قبل الحكم كالعباره و يعضده استنادهم الى ما هو الاصل فى هذا الحكم من الموثقين و خامسا انه لم ينبه على خلاف و لا اشكال فى المسأله فى الشرائع و فع و شد و عد و ير و اللمع و هو ظاهر فى انتفاء الامرين فيها عندهم و الا لتبها عليهما او على احدهما كما هى عادتهم غالبا و ذلك ظاهر فى انتفائهما بحسب الواقع لأنه يبعد غايه البعد وجود المخالف المعتمد عليه و لم يطلعوا عليه اصلا لكثرة تتبعهم و اطلاعهم على كتب الاصحاب و مذاهبتهم من معاصريهم و غيرهم و مهارتهم فى الفن و وفور تدقيقهم و تحقيقهم نعم العلامة فى لف حكى خلافا عن الاسكافى و لكنه اقتصر عليه و هو ظاهر غايته انحصار الخلاف فيه و مخالفه الباقيين له و اذا كانت المسأله بهذه المثابه لم يبعد فيها دعوى الاجماع على التفصيل المتقدم خصوصا اذا شهد بتحقيقه

جماعه من اعيان العلماء و محققين الفضلاء و بما ذكر يندفع ما اورده في لك قائلا بعد الاشاره الى عبارته يع و هي و لو قال ان لم احضره كان على كذا لم يلزمه الا إحضاره دون المال و لو قال على كذا الى كذا ان لم احضره وجب عليه ما شرط من المال هذه المسأله ذكرها الشيخ في النهايه و تبعه عليها المص و جماعه من الاصحاب و ذكر ابن فهد في المهذب و المحقق الشيخ على في الشرح انها اجماعيه و فيه نظر لمنع الاجماع في موضع النزاع فان احدا من الاصحاب لم يدعيه و الموجود كلامهم في المسأله جماعه يسيره و الباقر لا نعرف حكمهم فيها و مع ذلك فقد ذكر العلامة في لف و حكي فيها كلام الشيخ و من تبعه ثم قال و عندى في هذه المسأله نظر ثم نقل فيها عن ابن الجنيد حكما يخالف ما ذكره الشيخ و الجماعه و قال ان كلام ابن الجنيد انسب و قد عرفت ان للمص ره وحده فيها قولين هنا و في النافع و للعلامه وحده فيها اربعة مذاهب كما سنيته فدعوى الاجماع بمثل ذلك عجيب و وجه اندفاع ما ذكره بما ذكرناه و ذكره في الرياض ظاهر لا يقال يظهر من الغنيه دعوى الاجماع على لزوم اداء المال فى الصورة الاولى فانه صرح بانه لو قال ان لم آت به فى وقت كذا فعلى ما يثبت عليه لزمه ذلك اذا لم يحضره حيا كان او ميتا بدليل الاجماع المشار اليه و لأنه قد تكفل بما فى ذمته فيلزمه ادائه لأننا نقول ما ذكره لا يجوز الاعتماد عليه هنا من وجوه عديده لا تخفى و منها خيرا ابى العباس عن ابى عبد الله ع فى احدهما قال سألته ع عن الرجل يكفل بنفس الرجل الى اجل فان لم يأت فعليه كذا و كذا درهما قال ان جاء الى اجل فليس عليه مال و هو كفيل بنفسه ابدأ الا ان يبدأ بالدرهم فان بدأ بالدرهم فهو لها ضامن ان لم يأت الى الاجل الذى اجله و فى ثانيهما قلت له رجل كفل لرجل بنفس رجل و قال ان جئت به و الا فعليك خمسمائه درهم قال عليه من الدراهم فان قال على خمسمائه درهم ان لم ادفعه إليك قال يلزمه الدراهم ان لم يدفعه اليه و قد تمسك بالروايتين فى التذكرة على الحكم الثانى و صرح فى الروضه بانهما مستند الحكمين و فى التنقيح بانهما معتمد الاصحاب و فى المهذب البارع و الرياض بانهما مستند الحكم و صرح فى لف بانهما مستند الشيخ فى النهايه لا- يقال لا يجوز الاستناد اليهما فى اثبات ذلك لضعف سندهما كما نبه عليه فى لك قائلا مستند المص و جماعه من الاصحاب فى ذلك روايه داود بن الحصين عن ابى العباس و فى روايه اخرى فى طريقها ابان بن عثمان و فى سند الروايتين ضعف و جهاله فالاستناد اليهما فى هذا الحكم المخالف للقواعد الشرعيه و العربيه لا يخ عن اشكال لأننا نقول ما ذكر مندفع اما اولا فلما ذكره فى الرياض قائلا و ليس فى سندهما عدا داود بن الحصين فى الاول و هو موثق مع احتمال وثاقته لتوثيق

النجاشى له على الاطلاق من دون اشاره الى وقفه و هو ظاهر فى حسن عقيدته و ان صرح به الشيخ لتقديمه عليه عند التعارض و حسن بن محمد بن سماعه و ابان بن عثمان فى الثانى و كلاهما موثقان مع ان الثانى منهما ممن اجمعت العصابه على تصحيح ما يصح عنه فهما فى غايه من الاعتبار و مع ذلك مشتهران بين الاصحاب غايه الاشتهار و ان كانا ضعيفين لحصل لهما به الانجبار و يعضد ما ذكره قدس سره اولا ان الفاضل الخراسانى قد وصفهما بالموثقيه و ثانيا ان بعض الاجله وصف الاولى بالموثقيه و الثانيه بالصحه و ثالثا ما نبه عليه فى مجمع الفائده قائلا فى جمله كلام له و سندها أيضا غير صحيح و لا حسن بل موثق الاولى لداود بن الحصين فانه قال النجاشى ثق و قال الشيخ فى كتاب رجاله واقفى فهو واقفى ثق و الثانيه لحسن بن محمد بن سماعه قالوا انه واقفى ثق و ان كان فيه ابان أيضا و لكن قيل هو ممن اجمعت عليه و غير واضح كونه ناووسيا بل قيل كان ناووسيا و فى كتاب الكشى الذى عندى قيل كان قادسيا اى من القادسيه فكأنه تصحيح و بالجمله و هو لا باس به و احسن من الحسن فقول ح يع و فى روايه اخرى فى طريقها ابان بن عثمان بعد ذكره الروايه الاولى محل التامل و كذا فى قوله بقى الكلام فى المستند فان فى سند الروايتين ضعفا و جهاله فى بعض رجالهما فانه لا جهاله و لا ضعف فانه لا قصور فى سندهما الا ما اشرت اليه من القول فى داود انه واقفى مع قوله النجاشى انه ثق و القول فى الحسن مع قول الشيخ فى الفهرست انه جيد التصانيف نقى الفقه



حسن الافتقاد و ابان مع انه ممن اجمعت و كثيرا ما يعد خبره صحيحا و الروايتان بالحقيقه واحده لان الراوى هو ابى العباس فلا يبعد تركهما و ترك ما قيل فيهما و القول بمقتضى القوانين و اما ثانيا فلان الروايتين المذكورتين لو سلم ضعفهما سندا فهو منجبر بالشهره العظيمة التى لا- يبعد معها دعوى شذوذ المخالف و لا- يقال لا يجوز الاستناد الى هاتين الروايتين لمخالفتها للقواعد العربية و الشرعيه كما نبه عليه فى لك اما الاول فقد نبه عليه فى المهذب البارع قائلا قال ابن ادريس و عندى فى هذه المسأله نظر و وجه نظره من حيث ان لفظ ان مرتبه ان يكون متأخره عن الشرط و يجوز تقديمه و لا يتغير به حكم عند اهل العربية و من جهة الفقهاء فالكلام المتصل عندهم كالجمله الواحده فلا يتم اوله الا بآخره

ص: ١٨٢

و قد نبه على ما ذكره فى التنقيح و لك و ضه و غيرها و اما الثانى فقد نبه عليه فى لك و غيره و لعل وجهه ان الاصل مطابقه الحكم لمدلول اللفظ و ان التعليق بكلمه ان كان مبطلا- فيهما فالتفرق بينهما بما تقدم اليه الاشاره خلاف القاعده لأننا نقول مخالفه الروايه الجامعه لشرائط الحجيه غير قادحه فيها لعموم الادله الداله عليها من الادله الاربعه و لو كان ذلك قادحا فيها للزم سقوط معظم الروايات عن درجه الحجيه و قد نبه على ما ذكر فى الرياض قائلا فى مقام دفع الايراد المذكور و لا يلتفت الى ما يرد عليهما من المخالفه للقواعد الشرعيه و العربية فكم من نصوص مخالفه للقواعد يخرج بها عنها مع قصورها عن مرتبه الموثقين الواردين هنا فالخروج بهما عنها مع ما هما عليه من المرجحات القويه التى عمدتها فتوى الطائفه و الاجماع بطريق اولى و لا يحتاج الى التكاليف الصادره عن جماعه فى تطبيقهما مع القاعده مع تضمن بعضها اطراحها و الخروج عن ظاهرهما و يعضد ما ذكره اولاً ما نبه عليه فى المهذب البارع قائلا فى مقام الايراد المذكور فضعف هذا النظر ظاهر لكونه اجتهادا فى مقابله النص و ثانيا ما نبه عليه فى الروضه قائلا- لكن المص و الجماعه عملوا بمضمون الروايه جاعلين عليها و صرح فى التنقيح بان الاولى الجمود على النص و فى لك بان الجماعه من الاصحاب فى الاعتذار عن ذلك و جوه منها الجمود على النص من غير تعب على تحليل و لا التفات الى مخالف و هو طريقه الشيخ و تابعيه و مع ذلك لا يتجاشون عن عدم صحه السند كما قد علم ذلك من طريقه الشيخ سيما فى يه التى ذكر فيها المسأله فانه يذكر فيها ما وردت به النصوص مع كثير ضعف فيها و الحمد لله رب العالمين

ص: ١٨٣

هذا كتاب الشركه بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين و الصلاه و السلام على خير خلقه محمد و آله الطاهرين

## كتاب مناهل الشركه

منهل صرح فى لك و الكفايه و ض بان الشركه تطلق على معينين

اشاره

احدهما ما نبه عليه فى يع و كره و عد و الكفايه بقولهم هو اجتماع حقوق الملاك فى الشىء الواحد على سبيل الشيع و نبه على ما ذكره فى النافع بقوله الشركه اجتماع حق مالكين فى الشىء الواحد على سبيل الشيع و صرح فى لك بان المراد بالشىء

ء الواحد بالشخص قائلًا بان ذلك هو المتبادر الى الافهام لا الوحده بالجنس و لا التّوع و لا الصّنف اذ لا يتحقق الشركه فى شىء مع تعدد الشخص و صرح فيه أيضا بان هذا المعنى هو المتبادر من الشركه لغه و عرفا قائلًا الا أنّه لا مدخل له فى الحكم الشرعى المترتب على الشّركه من كونها من جمله العقود المفتقره الى الايجاب و القبول و الحكم عليها بالصّححه و البطلان فان هذا الاجتماع يحصل بعقد و غيره بل بغيره اكثر حتى لو تعدى احدهما و مزج ماله بمال الاخر قهرا بحيث لا يتميزان تحققت الشركه بهذا المعنى و هذا معنى من المعانى دخوله فى باب الاحكام اولى و ما ذكره جيّد و اعلم انّ الاشتراك بهذا المعنى قد يكون فى عين و قد صرّح به فى بيع و التحرير و القواعد و اللّمعه و الروضه و لك و ض و هو ظ كما صرّح به فى الاخيرين و قد يكون فى المنفعه و قد صرّح به فى بيع و القواعد و التحرير و اللّمعه و التنقيح و لك و الكفايه و ض و منه الاشتراك فى منفعه الدار التى استاجراه كما صرّح به فى ضه و ض و منه أيضا الاشتراك فى خدمه العبد الذى اوصى بخدمته لهما كما صرّح به فيهما أيضا و جعل منه فى ذلك الاشتراك فى الحبس و السكنى و صرح بان الوقف ليس منه معللاً بأنّه ان كان على محصورين فالاشتراك فى العين و الافلا و قد يكون فى حق و قد صرّح

ص: ١٨٤

به فى الكتب المذكوره أيضا و جعل منه فى التحرير و التنقيح و ضه و لك و ض الشّفعه بالنّسبه الى الورثه و الخيار و جعل منه أيضا فى التحرير و ضه و لك الرهن و جعل منه أيضا فى التحرير و التنقيح و لك القصاص و جعل منه أيضا فى التنقيح الولايه و جعل منه أيضا فى التحرير مرافق الطريق و حد القذف و صرح بالاخير فى لك أيضا ثم اعلم انّ للشّركه بهذا المعنى اسبابا منها الارث كما صرح به فى بيع و كره و عد و اللّمعه و التنقيح و ضه و لك و الكفايه و ضه و صرّح فيه و فى ضه و لك بان هذا يجرى فى الثلاثه المتقدّمه كما اذا ورثا مالا او منفعه دار استاجرها مورثهم او حق شفعه و خيار و منها العقد كما صرّح به فى هذه الكتب و صرّح فى ضه و لك و ض بان هذا يجرى فى الثلاثه المتقدّمه فجريانه فى العين بان يشتريا دارا و فى المنفعه بان يستأجراها و فى الحق بان يشتركا بخيار و لكن صرّح فى لك بان فى هذا الأخير نظر و منها الحيازه كما صرّح به فى الكتب المتقدّمه و جعل منه فى بيع و عد و كره و التنقيح الاشتراك فى اقتلاع شجره دفعه و اغتراف ماء دفعه و جعل منه فى التحرير الاشتراك فى الاغتنام و الاصطياد و الاحتطاب و فى ضه و ض الاشتراك فى نصب حباله و رمى سهم مثبت فيشتركان فى ملك الصّيد و صرّح فيهما بان هذا السبب لا يجرى الا فى العين و منها المزج كما صرّح به فى الكتب المتقدّمه و صرّح فى لك و ضه و ض بان هذا لا يجرى الا فى العين قائلين و يمكن فرضه فى المنفعه بان يستأجر كل منهما دراهم للتزين حيث تجوزه و ثانيهما ما تبه عليه فى لك و ضه و الكفايه و ض بقولهم هو عقد ثمرته جواز تصرف الملاك فى الشىء الواحد على سبيل الشّيع و صرح فى لك و ضه بانّ هذا المعنى هو المعنى الذى يندرج به الشّركه فى جمله العقود و يلحقها الحكم بالصّححه و البطلان و بانّه المقصود بالذّات هنا لا المعنى الأوّل و

**ينبغى التنبيه على امرين**

**الأول الشركه بالمعنيين ثابتة و صحيحه**

اما الأوّل فبالضرورة من الدّين و قد احتج عليه فى التذكرة اولا- بقوله تعالى وَ اعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ الْاِيه قائلًا جعل الخمس مشتركا بين الاصناف المذكورين و يعضد ما ذكره قوله تعالى إِنََّّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَ الْمَسْكِينِ وَ ثانيا بقوله تعالى فَإِنْ

كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ وَ أَمَا الثَّانِي فَلَوْجُوهُ مِنْهَا أَنَّهُ صَرَّحَ فِي التَّحْرِيرِ بِدَعْوَى الْإِجْمَاعِ عَلَيْهِ قَائِلًا الشَّرْكَهَ عَقْدٌ صَحِيحٌ بِالنَّصِّ وَالْإِجْمَاعِ وَيَعْضُدُ مَا ادَّعَاهُ هُنَا أَوَّلًا قَوْلُهُ فِي التَّذْكَرَةِ الشَّرْكَهَ جَائِزَةٌ بِالنَّصِّ وَالْإِجْمَاعِ أَمَا النَّصُّ فَالْكِتَابُ وَالسُّنَّةُ وَالْإِجْمَاعُ فَإِنَّهُ لَا خِلَافَ فِيهِ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ فِي الْجُمْلَةِ وَ إِنْ اخْتَلَفُوا فِي أَنْوَاعِ مِنْهَا وَ ثَانِيًا قَوْلُ ضٍ وَ لَا خِلَافَ فِي الْمَعْنِيِّينَ وَ انْكَارُ بَعْضِ الْمَتَاخِرِينَ لِلثَّانِي بِنَاءِ عَلَى عَدَمِ الدَّلِيلِ عَلَى كَوْنِهَا عَقْدًا مَعَ مَخَالَفَتِهِ الْإِجْمَاعِ عَلَى الظَّاهِرِ مُضْعَفٌ وَ مِنْهَا مَا نَبِهَ عَلَيْهِ فِي ضٍ بِقَوْلِهِ وَ انْكَارُ بَعْضِ الْمَتَاخِرِينَ لِلثَّانِي مُضْعَفٌ بِدَلَالَةِ ثَمَرَتِهِ مِنْ جَوَازِ التَّصَرُّفِ الْمَطْلُوقِ أَوْ الْمَعْيَنِ الْمَشْتَرَطِ عَلَى ذَلِكَ بِنَاءِ عَلَى مَخَالَفَتِهَا بِقِسْمِيهَا سَيِّمًا الثَّانِي الْأَصْلَ لِحَرَمِهِ التَّصَرُّفِ فِي مَالِ الْغَيْرِ بِدُونِ إِذْنِهِ فَيَقْتَصِرُ فِيهَا عَلَى الْقَدْرِ الْمَعْيَنِ وَ هُوَ مَا دَلَّ عَلَيْهَا صَرِيحًا مِنَ الْجَانِبِينَ كَمَا نَبِهَ عَلَيْهِ فِي كَرِهٍ وَ عَلَيْهِ يَصْحَحُ إِطْلَاقُ الْعَقْدِ عَلَيْهِ وَ أَمَا الْإِكْتِفَاءُ فِيهَا بِمَجْرَدِ الْقَرَائِنِ الدَّالَّةِ عَلَيْهَا أَوْ الْأَلْفَاظِ الْغَيْرِ الصَّرِيحِ فِيهَا فَلَا دَلِيلَ عَلَيْهِ وَ عَلَى فِرْضِ وَجُودِهِ كَمَا تَدْعَى مِنْ ظِ النُّصُوصِ مَعَ عَدَمِ دَلَالَتِهَا عَلَيْهِ أَصْلًا فَلَا رَيْبَ فِي مَغَايِرِهِ هَذَا الْمَعْنَى لِلأَوَّلِ أَيْضًا لِحُصُولِ الأَوَّلِ بِامْتِزَاجِ الْمَالِينَ قَهْرًا مِنْ دُونَ رِضَا الْمُتَشَارِكِينَ وَ هُوَ غَيْرُ الْإِمْتِزَاجِ مَعَ الرِّضَا بِهِ وَ بِالتَّصَرُّفِ فِي الْمَالِينَ مَطٍ أَوْ مَقْتِدٍ عَلَى حَسَبِ مَا يَشْتَرِطَانَهُ فَاِنْكَارَهُ رَاسًا فَاسِدٌ جَدًّا وَ لَا يَنَافِي التَّغَايِرِ دُخُولِ الثَّانِي فِي الأَوَّلِ دُخُولِ الْخَاصِّ فِي الْعَامِّ وَ أَنَّهُ مِنْ أَفْرَادِهِ لِمَغَايِرَتِهَا فِي الْجُمْلَةِ قَطْعًا وَ هُوَ كَافٍ فِي أَفْرَادِ الْخَاصِّ عَنِ الْعَامِّ فِي الْإِطْلَاقِ وَ مِنْهَا أَنَّهُ بِهَذَا الْمَعْنَى عَمَلٌ مُسْتَمَرٌّ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ فِي جَمِيعِ الْأَعْصَارِ وَ لَمْ يَرِدْ عَنِ أَحَدِ الْمَعْصُومِينَ عِ الْمَنْعُ لَا تَصْرِيحًا وَ لَا تَلْوِيحًا فَيُظْهِرُ مِنْهُمْ تَقْرِيرَهُمْ عَلَيْهِ وَ التَّقْرِيرُ حُجَّةٌ كَالْقَوْلِ مَطٍ وَ لَوْ أَفَادَ الظَّنَّ بِنَاءِ عَلَى الْمُخْتَارِ الَّذِي حَقَّقْنَاهُ فِي آخِرِ كِتَابِ الْمَفَاتِيحِ مِنْ أَصَالِهِ حُجَّتِهِ الظَّنِّ وَ مِنْهَا عَمُومُ قَوْلِهِ تَعَالَى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ وَ مِنْهَا إِنْ هَذَا الْعَقْدُ لَوْ لَمْ يَكُنْ صَحِيحًا لَكَانَتِ الشَّرْطُ فِي ضَمْنِهِ فَاسِدَةً وَ التَّالِيَّ بَاطِلًا فَالْمَقْدَمُ مِثْلُهُ أَمَا الْمَلَاذِمَةُ فَظَاهِرَةٌ وَ أَمَا بَطْلَانُ التَّالِيَّ فَلِعَمُومِ قَوْلِهِمْ عِ فِي عَدِّهِ إِخْبَارٌ مَعْتَبَرَةٌ الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شَرْطِهِمْ وَ مِنْهَا مَا تَمَسَّكَ بِهِ فِي كَرِهٍ مِنْ خَبَرِ هِشَامِ بْنِ سَالِمِ الَّذِي وَصَفَهُ بِالصَّحَّةِ عَنِ الصَّادِقِ عِ قَالَ سَأَلْتُهُ عَنِ الرَّجُلِ يَشَارِكُ الرَّجُلَ فِي السَّيْلَعِ قَالَ إِنْ رِبْحُ فَلَهُ وَ إِنْ وَضِعَ فَعَلَيْهِ وَ مِنْهَا مَا احْتَجَّ بِهِ فِي التَّذْكَرَةِ أَيْضًا مِنْ خَبَرِ الْحُسَيْنِ بْنِ الْمُخْتَارِ أَنَّهُ سَأَلَ الصَّادِقَ عِ عَنِ الرَّجُلِ يَكُونُ لَهُ الشَّرِيكَ فَيُظْهِرُ عَلَيْهِ وَ قَدْ اخْتَارَهُ مِنْهُ شَيْئًا لَهْ إِنْ أَخَذَ مِثْلَ الَّذِي أَخَذَ مِنْ غَيْرِ إِنْ يَبِينُ ذَلِكَ فَقَالَ شَوْهُ لَهَا شَرَكَا بِأَمَانَةٍ اللَّهُ إِنِّي لَا أَحِبُّ لَهْ إِنْ رَأَى فِيهِ شَيْئًا وَ مَا أَحَبُّ إِنْ أَخَذَ مِنْهُ شَيْئًا بِغَيْرِ عِلْمِهِ وَ يَعْضُدُ هَذَيْنِ الْخَبَرَيْنِ أَوَّلًا مَا تَمَسَّكَ بِهِ فِي كَرِهٍ عَلَى الْمَدَّعَى مِنَ الْخَبَرِ الَّذِي رَوَاهُ مِنْ طَرُقِ الْعَامَّةِ وَ ثَانِيًا قَوْلِهَا بَعْدَ نَقْلِ الْخَبَرَيْنِ الْمَذْكُورَيْنِ وَ الْإِخْبَارِ فِي ذَلِكَ كَثِيرَةٌ مِنْ طَرُقِ الْعَامَّةِ وَ الْخَاصَّةِ

## الثَّانِي لَا فَرْقَ فِي صَحَّةِ الشَّرْكَهَ بِالْمَعْنَى الثَّانِي

بَيْنَ إِنْ يَكُونُ الشَّرِيكَانَ ذَكَرَيْنِ أَوْ إِنثَيْنِ أَوْ خُنثَيْنِ أَوْ مُخْتَلِفَيْنِ وَ الظَّاهِرُ إِنْ هَذَا مِمَّا لَا خِلَافَ فِيهِ

## مَنْهَلٌ مِنْ جُمْلَةِ أَقْسَامِ الشَّرْكَهَ الْعِنَانِ

### إِشَارَةٌ

وَ هِيَ عَلَى مَا فِي التَّذْكَرَةِ إِنْ يَخْرُجُ كُلُّ مِنْهُمَا مَالًا- وَ يَمِزْجَاهُ وَ يَشْتَرِطُ الْعَمَلَ بِأَبْدَانِهِمَا وَ صَرَّحَ فِي التَّحْرِيرِ بِأَنَّهَا عِبَارَةٌ عَنِ إِنْ يَخْرُجُ كُلُّ مِنَ الْمَشْتَرِكِينَ مَالًا- وَ يَمِزْجَاهُ مِزْجًا يَرْتَفِعُ مَعَهُ التَّمْيِيزُ وَ هَذِهِ الشَّرْكَهَ جَائِزَةٌ وَ صَحِيحَةٌ كَمَا صَرَّحَ بِهِ فِي الْغَنِيَّةِ وَ الْمَرَاسِمِ وَ النَّافِعِ وَ يَعْ وَ التَّبَصُّرَةِ وَ دُ وَ التَّحْرِيرِ وَ الْقَوَاعِدِ وَ ضَمُّهُ وَ غَيْرَهَا وَ لَهُمْ وَجُوهُ مِنْهَا ظُهُورُ الْإِتِّفَاقِ عَلَيْهِ وَ مِنْهَا أَنَّهُ صَرَّحَ فِي التَّنْفِيحِ بِدَعْوَى الْإِجْمَاعِ عَلَيْهِ قَائِلًا شَرْكَهَ الْعِنَانِ هِيَ الْمَعْتَبَرَةُ شَرْعًا وَ صَحَّتْهَا إِجْمَاعِيَّةً وَ يَعْضُدُ مَا ادَّعَاهُ أَوَّلًا قَوْلُ لَكَ لَا خِلَافَ

بين المسلمين في شركة الاموال و هي المعبر عنها بشركة العنان بكسر العين و ثانيا قول الكفايه ان شركة العنان جائزه و عليه اجماع العلماء في جميع الاعصار و ثالثا قول الرياض الشركه العنايه مجمع عليها بين المسلمين كافه كما في الغنيه و عن التذكره و منها ما تبّه عليه في ض بقوله و النصوص بها مستفيضه منها عن الرجل يشارك في السِّلعه قال فان ربح فله و ان وضع فعليه و الموثق عن الرجل يشتري الدّابه و ليس عنده نقدها فاتي رجلا من اصحابه و قال يا فلان انقد عنى ثمن هذه الدّابه و الرّبح بينى و بينك فنقد عنه فنفتت الدابه قال ثمنها عليهما لأنّه لو كان ربحا لكان بينهما و في معناه غيره الى غير ذلك من الاخبار الكثيره و

## ينبغي التنبيه على امور

### الأول الظاهر ان الاصحاب الا النادر منهم على انحصار الشركه الصحيحه

في هذا القسم و هو الحق و سيأتي الاشاره الى أقسام الباطله إن شاء الله تعالى

### الثاني يشترط في صحّه هذه الشركه اذن كل واحد من الشريكين

او الشّركاء بالتّصرف فلو لم يتحقّق الأذن لم تصح و هو ممّا لا خلاف فيه و قد صرح بدعوى الاجماع في الغنيه و احتج عليه بالاصل

ص: ١٨٥

أيضا

### الثالث هل يشترط في الايجاب و القبول في هذه الشّركه ان يكونا لفظين

فلا تصحّ ان كانا فعليين او كان احدهما فعليًا دون الاخر او لا بل يصحّ الايجاب و القبول الفعليان فيه قولان احدهما أنّه يشترط فيهما اللفظ و هو للمسالك و ض و المحكى عن التّذكره و ثانيهما أنّه لا يشترط ذلك بل يكفي الفعل و هو للمقدّس الأردبيلي للقول الاوّل ما تمسّك به في كره قائلا قد بينا ان الأصل عصمه الاموال على اربابها و حفظها لهم فلا يصلح التصرف فيها الا باذنهم و أنّما يعلم الرّضا و الاذن باللفظ الدّال عليه فاشترط اللفظ الدّال على الأذن في التصرف و قد تبّه على الاصل الذي ذكره في ض و كك تبّه عليه في لك أيضا و قد يناقش فيما ذكره بما تبّه عليه المقدّس الأردبيلي قائلا ما اعتبره من الصّيغه محلّ تأمل لأنّ العلم بالاذن و الرّضا ليس منحصرًا في اللفظ بل يعلم بالإشاره و القصد و الكتابه أيضا و هو ظ فكأنه يريد باللفظ ما يقوم مقامه من الدلائل و لهذا اكتفى باشتراكنا مع أنّه اعمّ اذ الشركه تحصل بالاختيار و غيره و لا يستلزم بمجرد الأذن في التصرف و هو ظ الّا اذا اكتفى بالقرائن و ظهور قصد ذلك و ان لم يكن اللفظ صريحا و بذلك يعلم ان المدار على العلم بالرّضا و الأذن كما في الوكاله و للقول الثاني وجوه منها خلوّ كلام اكثر الأصحاب و جميع النصوص البارزه في الشركه عن بيان اشتراط ذلك و منها عموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ بناء على أنّ العقد عرفا و لغه يشمل الايجاب و القبول الفعليين و لم يثبت صيرورته حقيقه شرعيّه في الايجاب و القبول اللفظين و الاصل عدم التّنقل و صيرورته حقيقه فيهما عند الفقهاء على تقدير التسليم لا يقتضى حمل

لفظ الكتاب عليه قطعا و منها عموم قولهم ع في عدّه اخبار معتبره المؤمنون عند شروطهم و منها فحوى ما دلّ على عدم اشتراط اللفظ في عقد البيع و كفايه المعاطات فيه و منها ما دلّ على عدم اشتراط اللفظ في عقد الوكالة لان محلّ البحث منها و المسأله محل اشكال فلا- ينبغى فيها ترك الاحتياط و لكن الأقرب هو القول الثانی و عليه فهل يشترط في الفعل ان يكون مفيدا للعلم بالقصد او لا- بل يكفي افادته الظنّ الاقرب الأوّل للأصل و العمومات المانعه من العمل بالظنّ من الكتاب و السنّه و صرح في كرهه بأنّه اذا اذن كل واحد منهما لصاحبه صريحا فلا خلاف في صحته و بانه لو قال كلّ منهما اشترطنا و اقتصرنا عليه مع قصدهما الشركه بذلك فالأقرب الاكتفاء به في تسلطهما على التصرف من الجانبين لفهم المقصود عرفا و جميع ما ذكره جيّد

## منهل لا ريب في توقف صحه هذه الشركه على امتزاج المالين للشريكين او الأموال للشركاء

### اشاره

و لا يشترط في المزج ان يكون على وجه الاختيار و العمد و بقصد الشركه فلو حصل اتّفاقا و قهرا جاز عقد الشراكه و تحقق الشركه بالمعنيين بعده كما صرح به في بيع و عد و التحرير و التّنقيح و لك و الرّوضه و الكفايه و ض بل الظاهر انه لا خلاف فيه و يدلّ عليه مضافا الى ما ذكر عموم ما دلّ على صحه عقد الشركه و

### ينبغي التنبيه على امور

## الأوّل لا فرق في المالين بين النقيدين و العروض

فيصح عقد الشركه العنانيه في جميع ذلك كما صرح به في بيع و كره و التحرير و عد لف و لك و ض و لهم اولا ظهور الاتفاق عليه و ثانيا أنّه نبه في التحرير على دعوى الاجماع على ذلك بقوله الشركه جائزه في النقيدين اجماعا و كذا في العروض عندنا و يعضد ما ادّعا ما نبه عليه في ض بقوله لا فرق في المالين بين كونهما من الأثمان اجماعا او العروض من الامه و من الأصحاب في العروض كما في التذكرة

## الثاني هل يختص العروض التي يصح فيها الشركه بالمثل كالتحيين و الدّهن او لا

بل يعتمه و القيمي كالثوب و نحوه فيه قولان احدهما أنّها تختصّ بالمثل فلا تصحّ الشركه بالمزج في القيمي و هو للشرائع و الكفايه و المحكى في لف عن ابن الجنيّد و ثانيهما أنّها تعم المثل و القيمي فتصحّ الشركه بالمزج في الثانی و هو للغنيه و فع و التبصره و د و التحرير و التذكرة و لف و لك و ض و صار اليه في موضع من الشرائع و هو المعتمد لوجهين احدهما العمومات الدّاله على صحه الشركه و ثانيهما أنّه نبه في الغنيه على دعوى الإجماع عليه قائلا من شرط صحه الشركه ان تكون في مالين متجانسين اذا خلطا اشتبه احدهما بالآخر و ان يخلطا حتى يصيرا مالا واحدا بدليل اجماع الطائفه و يعضد ما ادّعا اولا قول التحرير تصحّ الشركه في العروض عندنا سواء كان من ذوات الامثال او من غيرها على وجه لا- يمكن التمييز معه و ثانيا قول التذكرة و أمّا العروض عندنا يجوز الشركه فيها سواء كانت من ذوات الامثال او من غيرها و ثالثا قول ض ظاهر كره الاجماع على عدم الفرق في الاعراض بين ذوات القيم و الأمثال و حصول الشركه فيهما بالشرط المتقدم مع أنّ الماتن في بيع صار الى الفرق بينهما فمنع من تحقّق الشركه بالمزج في ذوات القيم و لكنّه معلوم النسب فلا يقدر خروج في الإجماع لا يق من شرط

الشركة العنانيه امتزاج اموال الشركاء بحيث لا- يتميز بعضها عن بعض و هذا الشرط لا- يمكن تحققه في القيمي لعدم تحقق الامتزاج المذكور فيه لأننا نقول لا نسلم ذلك بل يمكن تحقق الامتزاج المذكور فيه كما تبّه عليه في لك قائلا في عدم تحققه بالمزج مط منع بين بل قد يتحقق كالثياب المتعدده المتقاربه في الأوصاف و الخشب ككك فيتحقق الشركه فيه و الضابط فيه عدم الامتياز و لا- خصوصيته للمثلي و القيمي في ذلك و على المختار متى تحققت الشركه في القيمي فان علم قيمه ما لكل واحد منهما كان الاشتراك على نسبة قيمه كما صرح به في لك و ض و الا ففى الحكم بالتساوى كما عن التذكرة اتكالا على الاصل و الرجوع الى الصيالح كما في لك و عن غيره او الرجوع الى الصيالح مع امكانه و مع عدمه كما اذا تعاسرا و لم يرضيا فالأول كما في ض اشكال و لكن مراعات الأخير اولى و لو قلنا بمنع الشركه في القيمي بالمزج فطريق التخلص من المنع و الحيله لتحصيل الشركه ان يبيع كل منهما حصه مما في يده بحصه مما في يد الاخر كما صرح به في يع و لك و الرياض او يتواهبان الحصص كما صرح به في لك و ض او يبيع حصته بثمان معين من الاخر و يشتري حصه الاخر بذلك الثمن و غير ذلك من الحيل كما صرح بهما في الكتابين و صرح فيهما بان ما ذكر يجرى في المثلي أيضا حيث لا يقبل الشركه بتغاير الجنس و الوصف و هو جيد و بالجمله الضابط في شركه العنان و شركه الاموال هو امتزاج مال كل منهما بالآخر بحيث لا يتميز احدهما عن الاخر سواء حصل ذلك بالارث او بالعقد او بالمزج او بالحيازه نعم بمجرد حصول هذه الاسباب تحصل الشركه بالمعنى الأول و يفتقر حصولها بالمعنى الثاني الى العقد و هو ما يدل على رضا الطرفين بالتصرف للاسترباح كما تقدم اليه الاشارة فحيث يمتاز احد المالكين عن الاخر فلا شركه لا بالمعنى الأول و لا بالمعنى الثاني و لو حصل الامتزاج بينهما و عسر التميز فلا تحصل الشركه مط بمزج الحنطه بالشعير او الحمراء منها بغيرها

ص: ١٨٦

او الكبيره الحب بصغيره كما صرح به في ضه و ض و كذا لا- تحصل بمزج الحنطه بالذره و الدخن و السيمسم و الدراهم و بالدنانير و التبر بالمسكوك و المسكوك بسكه بالمسكوك بسكه اخرى

### **الثالث يعتبر في المزج الذى هو احد اسباب الشركه اتفاق المالكين جنسا و صفه**

كما صرح به في لك و ضه و ض بل حكى فيه عن جماعه دعوى الاجماع عليه قائلا لا تصح الا مع امتزاج المتجانسين على وجه لا يمتاز عن احدهما الاخر بان يتفقا فى الوصف زياده على الاتفاق فى الجنسيه بلا خلاف فيه عندنا بل عليه فى الغنيه و عن الخلاف و السرائر و كره اجماعنا فى اشتراط اتحاد الوصف لا يقال قد يمنع من الشرط المذكور لما نبه عليه المقدس الأردبيلي فيما حكى عنه قائلا- ان الشركه بالمعنى المتقدم تجرى فى غير المتجانسين أيضا حيث ارتفع المائز فما ذكره فى كره فى بيان المال الذى يجرى فيه الشركه حيث اشترط تساوى الجنسيتين فى المال المشترك اثمانا و عروضا محل تأمل فانه متى ثبت ان الشركه تحصل بمجرد المزج الموجب لعدم تمييز الحقوق و ان لم يكن فى نفس الامر صح أيضا حصول الشركه فى غير المتجانسين أيضا عند ارتفاع المائز و حصول الاشتباه و يؤيده ان المدار فى حصول الشركه على الاشتباه و هو حاصل فى الموضوعين و أنه قد يحصل التفاوت قيمه و وصفا فى المتجانسين أيضا و هو واضح أيضا لا شك فى تحقق الاذن فى التصرف على وجه الشركه بالشراء بالعين المماثل و غيره فتحصل فائده الشركه بل يحصل ذلك مع الامتياز الا ان يكون الشركه باعتبار القيمه فلا مانع منها ح لأننا نقول جميع ما ذكره من الوجوه لا تصلح لمعارضه الاجماع المنقوله المتقدم اليها الاشارة المعتضده

بالاصل و الشهره العظيمة التي لا يبعد معها دعوى شذوذ المخالف ان سلم وجوده و بعدم اشتهاار الجواز لا قولاً و لا فعلاً مع توفر الدواعى عليه

#### الرابع لا يعتبر فى المزج عدم حصول التمييز فى الواقع

بل يكفى الاشتباه بحسب الظاهر فيصح الشركه بمزج الدرهم او الدنانير بمثلها فى جميع الصيغ المميّزه كما صرح به فى التذكرة و ض و لهما اولاً- أنه تبّه فى التذكرة على دعوى الاجماع على صحّه ما ذكر قائلًا- لا خلاف فى أنه يجوز جعل راس المال الدرهم و الدنانير لأنهما اثمان الاموال و المتاعا و لم يزل الناس يشتركون فيها فى زمن النبى ص الى وقتنا هذا من غير نكير فى غير صقع من أصقاع أو عصر من الأعصار فكان اجماعاً و يعضد ما ذكره قول الزياض اعلم أنّ المستفاد من كلمه الأصحاب فى المقام سيّما كلام كره فى دعواه الاجماع على حصول الشركه بمزج العروض و الأثمان، مزجا لا يتميّز معه المالان عدم اشتراط التمييز فى نفس الأمر بل يكتفى بعدمه فى الظاهر و ان حصل فى نفس الامر ثم نقل كلاماً للسيورى يخالف ما ذكره قائلًا بعده و لكن الظاهر عدم استقامه ما ذكره على طريقه الاصحاب فى الباب لاتفاقهم فى الظاهر و به صرح فى كره كما مرّ على عدم اشتراط عدم التمييز النفس الأمرى مع أنّ اشتراطه فى نحو الاثمان مخالف لطريقه المسلمين فى الاعصار و الأمصار لأنهم لا يزالون يتشاركون فيها من زمن النبى ص الى زماننا هذا من غير نكير فى صقع من الاصقاع او عصر من الأعصار فكان اجماعاً و قد تبّه عليه فى التذكرة لا يقال لا نسلم ما ادعيه من الاتفاق على ذلك فإنّ الظاهر من قول جماعه من الاصحاب فى مقام تعريف الشركه أنّها اجتماع الحقوق على الاشاعه اعتبار عدم التمييز فى نفس الأمر كما نبه عليه فى ض قائلًا بعد تصريحه بعدم تصريحه بنسبه عدم اشتراط ذلك الى الأصحاب و هو مناف لما ذكره فى التعريف من انها اجتماع الحقوق على الاشاعه فإنّ الظاهر منها حيث تطلق ان لا- يفرض جزء إلا- و فيه حق لها و به صرح الفاضل المقداد فى ح الكتاب بل صرح فيه بعدم حصول الشركه بمزج الحنطه و الدّره و الدّخن و السّمسم و نحوها بمثلها بل حصرها فى مزج الادقه و الأدهان بمثلها لأننا نقول منع الاتفاق على ذلك بعيد جدا و لا- نسلم افاده تعريف الجماعه المتقدم اليهم الاشاره خلافه سلمنا و لكن يجب ارتكاب التأويل فيه كما نبه عليه فى ض قائلًا- بعد ما حكينا عنه سابقا بقى الكلام فى التوفيق بين التعريف و ما هنا و الخطب سهل بعد الاجماع على ما هنا لعدم الدليل على ما فى التعريف من اعتبار الاشاعه بالمعنى المتقدم مع احتمال ارادتهم عدم التمييز المطلق

#### الخامس هل المعتبر عدم التمييز بالنسبه الى المتعاقدين

او عدم التمييز بالنسبه الى الكل عاده احتمالاً و الاحوط مراعات الاخير بل لا يخ عن قوّه و اذا كان المالان من شأنهما ان يحصل الاشتباه بمزجهما و لكن اعلم على احدهما بما يوجب رفعه بعد المزج فهل مثل هذا التمييز لا يقدر او لا فيه اشكال و الاحوط الثانى

#### السادس يستفاد من الاصحاب ان الشركه العنايه و الشركه بالمعنى الثانى

لا يصحّ فى الاشتراك فى المنافع و الحقوق التى يصحّ الصلح عليها فالاحوط مراعاته

#### السابع يستفاد ممّا ذكره فى كره و الكفايه فى تفسير شركه العنان

توقفهما على اشتراط عملهما معا فلو تفرّد احدهما لم يصحّ وفيه اشكال بل الظاهر الصّحّه حيث يحصل الاذن في التصرف لكلّ منهما و يتبرّع الاخر بالعمل

## الثامن اذا تشارك بالعنايه

بان امتزج مالهما على الوجه المعبر شرعا بقصد الاسترباح ثم تفرّد احدهما بالعمل و شرط لنفسه عمّا يقتضيه قاعده الشركه صح و استحقّقها الشّارط كما في يع و كره و الايضاح و غايه المراد و التّقيح و لك و ضه و الكفايه و ض و لهم أولا ظهور الاتّفاق عليه و ثانيا تصريح الأخيرين ينفي الخلاف فيه كما هو ظ كره و ثالثا عموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و رابعا عموم قولهم ع في عدّه اخبار معتبره المؤمنون عند شروطهم و صرّح في يع بكون المفروض اشبه بالقراض ح و في الايضاح بتركب العقد من شركه و قراض قائلا و اختصاص القراض باختصاص العامل بالعمل في ملك المالك أنّما هو في القراض المنفرد عن الشركه لا لشركه معها

## منهل من جمله اقسام الشّركه شركه الأبدان و الأعمال

### اشاره

و المراد بها ان يشترك اثنان او اكثر بطريق العقد المشتمل على الايجاب و القبول فيما يكتسبون بايديهم و ابدانهم على انّ ما رزق الله عزّ و جلّ فهو بينهم على التساوى او التفاوت كالحمالين و الدّالين يتشاركون كك فراس المال الاعمال و الرّبح الّذى يقسم هو ما يحصل منها و قد تبه على التّفسير المذكور في الغنيه و التّحرير و القواعد و التّقيح و الروضه و لك و الكفايه و كذا تبه عليه في الايضاح أيضا الا انه قيد العقد باللفظي قائلا هي عقد لفظي يدلّ على تراضيهما و اتفاقهما على اشتراكهما في كسب الاعمال الّتي تصدر منها على قدر الشّروط كاشتراك الحمالين و الدّالين و ارباب الصّينائع فراس المال الاعمال و عوضها ما يحصل بها من ربح فخرج بالأعمال اروش الجنایات على الأبدان و كذا قيد العقد باللفظي في التّقيح أيضا و امّا ما عداهما من الكتب المتقدّمه فقد أطلق فيه بحيث يشمل اللفظي و غيره و هل

ص: ١٨٧

هذه الشّركه صحيحه او باطله اختلف الاصحاب في ذلك على قولين احدهما أنّها باطله و هو للغنيه و المراسم و النافع و يع و التذكرة و التبصره و لف و القواعد و د و التّحرير و الايضاح و اللّمعه و ضه و لك و ض و ثانيهما أنّها صحيحه و هو للمحكي في لف و غيره عن ابن الجنيّد و حكاه عنه في لك أيضا قائلا اجازها ابن الجنيّد مع تشاركهما الفضل او عمل احدهما و قسمته على الاخر من غير شركه و مال الى صحّتها في مجمع الفائده أيضا للأولين و جوه الاول نبه في لف على دعوى الاجماع على البطلان قائلا شركه الاعمال باطله لنا اجماع الفرقه و خلاف ابن الجنيّد غير معتدّ به لانقراضه و حصول الاتّفاق بعده و يعضده ما ادّعاه اولاً قوله في التّحرير و التّذكرة هي باطله عندنا و ثانيا قول الايضاح اتفقت الاماميّه بعد ابن الجنيّد على بطلانها و ثالثا قول التّقيح اتفقت الاماميّه على بطلانها و حجّتهم اجماعهم على ذلك و رابعا قول لك و لا خلاف عندنا في بطلان شركه الأبدان الا من ابن الجنيّد حيث اجازها و خامسا قول الكفايه البطلان هو المعروف بين الاصحاب و سادسا قول الرّياض شركه الأبدان



باطله باجماعنا كما في الغنيه و الانتصار و لف و كره و التقيح و لك و ضه و غيرها من كتب الجماعه الثاني ما تمسك به في لف و التقيح و ض من عموم النهى عن الغرر الثالث ما احتج به في ض من عموم نفي الضرر و الزابع ما استدل به في ضه و لك و ض من ان كل واحد متميز ببدنه و عمله فيختص بفوائده كما لو اشتركا في مالين متميزين الخامس ما نبه عليه في لك بقوله بعد الإشاره الى مذهب الاسكافي مع أنه راجع الى بطلانها لأن تشاركتها الفضل بعد مزج الاجرتين و تحاللتها امر خارج عن صحه هذه الشركه و كذا تبرع احدهما على الاخر بمشاركته في عمله السادس ما احتج به في لف و التقيح من اصاله بقاء حق كل منهما على ملكه و انتقاله يحتاج الى دليل و ليس السابح ما تبه عليه في لف بقوله و لان الشركه عقد شرعى فيقف على الأذن فيه و في هذا الوجه و سائر الوجوه المتقدمه الا- الوجه الاوّل نظر و للاخر بن وجوه أيضا منها عموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و عموم قولهم ع في عدّه اخبار معتبره المؤمنون عند شروطهم و قد يجاب عن هذين العمومين اولاً- بأنه يجب تخصيصهما بالإجماعات المنقوله المتقدم اليها الإشاره المعتضده بالشهره العظيمه التي لا يبعد معها دعوى شذوذ المخالف و سائر الوجوه المتقدمه و هي و ان لم تصلح للدلاله فلا اشكال في صلاحيتها للتأييد فت و ثانيا بما تبه عليه في ض قائلاً لا دليل على الصّحه من كتاب او سنه سوى الامر بالوفاء بالعقود و الشروط و هو ليس على ظاهره في الشركه لأنها من العقود الجائزه و مجرد التراضى لا- يوجب مخالفه الاصل و لزوم انتقال فائده كلّ واحده استحقاقها بعمله او ماله الى الاخر سيّما مع تفاوت فائدتهما بالزيادة و التقيصه اذ لا دليل على اللزوم بمجرد التراضى بل غايته الاباحه و ليست بشمره الشركه مع ان حصولها بمجرد التراضى مع جهل المتعاقدين بالفساد محلّ مناقشه سيّما مع ندامتهما او احدهما عمّا فعله و التزمه فانّ الاباحه بمجرد التراضى غير معلوم لابتنائه على توهمهما الصّحه و لذا صرّح بعدم افاده العقود الفاسده الاباحه مع حصول رضاء الطرفين بها نظر منهم الى ابتنائه على توهم الصّحه فلعلهما لو علما بالبطلان لم يرضيا و مثل هذا الرضا ليس برضا مبيح لأكل مال الغير بالبديهه فمناقشه بعض متأخرى متأخرينا في المسأله و احتمال الصّحه تبعاً للعامه عجيبه و في منع دلالة العمومين على المدعى مناقشه بينتهما في المفاتيح و الوسائل منها ما تبه عليه في مجمع الفائده بقوله و لا يظهر دليل على عدم الجواز سوى الإجماع فان كان فهو و الا فلا مانع يرجع الى الوكاله في بعض الامور و تمليك مال في البعض الاخر و بذل نفس و عمل في مقابله عوض و لا مانع منه في العقل و الشرع و لهذا جوز بعض اقسامها بعض العامه و قد يجاب عما ذكره بالمنع من دلالاته على المدعى فان عدم المانع ليس مقتضياً للصّحه بل لا بدّ فيها من المقتضى و رفع المانع و المقتضى لها هنا غير معلوم سوى عموم الامر بالوفاء بالعقود و الشروط و قد عرفت الجواب عنه فاذا المعتمد هو القول الاوّل و

### ينبغي التنبيه على امور

#### الاول لا فرق في ذلك بين ان يتفق عملهما قدرا او نوعا

او يختلف بان يكون احدهما خياطا و الاخر نجارا و يعمل كل في صنعته كما صرّح به في عد و كره و التحرير و لك و ضه و ض

#### الثاني لا فرق في ذلك بين ان يعمل في مملوك

او تحصيل مباح كالاصطياد و الاحتطاب و الاحتشاش كما صرّح به فيما عدا القواعد من هذه الكتب

و حصل لهما اجره كانا لكل منهما اجره عمله ان تميزت كما صرح به في النافع و عد و التحرير و التبصره و التنقيح و ض و ان لم يميز كان يستأجرهما لخياطه الثوب فيفعل كل منهما فيه شيئا غير معلوم اصطلاحا في الأجره كما صرح به في التحرير و التنقيح و ض

### منهل من جمله اقسام الشركه شركه المعاوضه

و اشار الى تعريفها في لك قائلا هي ان يشترك شخصان فصاعدا على ان يكون بينهما ما يكتسبان و يربحان و يلتزمان من عزم و يحصل لهما من غنم فيلتزم كل واحد ما يلتزم الاخر من ارش جنايه و ضمان غصب و قيمه متلف و غرامه ضمان و كفاله و يقاسمه فيما يحصل له من ميراث و يجده من ركاز و لقطه و يكتسبه من تجاره بماله المختص به و لا يستثنى من ذلك الا قوت يومه و ثياب بدنه و جاريه يتسراها فانه لا يشاركه الاخر فيها و كذا يستثنى من الغرمه الجنايه على الحر و بذل الخلع و الصداق اذا لزم احدهما قال صاحب اصلاح المنطق شركه المعاوضه ان يكون مالهما من كل شىء يملكانه بينهما و هو مخصوص بما ذكرناه لاستثناء القائل بها ذلك و نحوه ما في ضه الا انه قال فيها هي ان يشترك شخصان فصاعدا بعقد لفظي و لم يذكر قوله قال صاحب المنطق اه و كك نحوه مما في الرياض الا انه قال فيه هي ان يشترك شخصان فصاعدا بعقد لفظي و لم يذكر ما بعد قوله او جاريه يتسراها و نبه على التفسير المذكور في الغنيه و التحرير و القواعد و التذكرة و الايضاح و التنقيح و ان اختلف في التعبير عنه و هذه الشركه باطله كما في الغنيه و النافع و الشرائع و التبصره و التذكرة و عد و د و التحرير و الايضاح و اللمعه و التنقيح و لك و ضه و ض و هو ظ المراسم و لهم انه صرح في التنقيح بدعوى الاجماع عليه قائلا حجه اصحابنا على بطلانها اجماعهم على ذلك و يعد ما ذكره اولا قول الايضاح اتفقت الاماميه على بطلانها و ثانيا قول التذكرة و ضه هي عندنا باطله و ثالثا قول الكفايه و المعروف بين الاصحاب انها باطله و رابعا انه يستفاد من الرياض حكايه دعوى الاجماع على بطلانها عن الغنيه و الانتصار و لف و كره و المهذب و لك و ضه و غيرها من كتب الجماعه و خامسا ظهور الاتفاق على البطلان و سادسا سائر الوجوه التي استدلت بها على بطلان شركه الابدان و بالجمله لا

ص: ١٨٨

اشكال في بطلان هذه الشركه سواء كان الشريكان مسلمين أم لا و سواء كان مالهما في الشركه سواء أم لا و سواء اخرجوا جميع ما يملكانه من جنس مال الشركه و هو الدرهم و الدنانير أم لا و قد صرح بجميع ما ذكر في التحرير

### منهل من جمله اقسام الشركه شركه الوجوه

و قد ذكروا له تفسيرات منها ما ذكره في الغنيه قائلا هي ان يشتركا على ان يتصرف كل واحد بجاهه لا براس ماله على ان يكون ما حصل من فائده بينهما و منها ما نبه عليه في التذكرة قائلا و اما شركه الوجوه فقد فسرت بمعان اشهرها ان صورتها ان يشترك اثنان و جيهان عند الناس لا مال لهما ليتبعا في الذمه الى اجل على ان ما يتبعا كل واحد منهما يكون بينهما فينبعا و يؤديا بالأثمان فما فضل فهو بينهما و صرح بان هذا اشهر التفسير لكن زاد بعد قوله لا مال لهما بعقد لفظي و قد جعله احد معانيها في ضه و ض و صرح في التنقيح بانه احد تفاسيره و منها ما نبه عليه في المبسوط بقوله هي ان يتفق رجلان على ان يشتركا و لا مال

لهما على ان يتاعا بجاههما وبيعا و يكونان شريكين فى الربح و منها ما حكاها فى الايضاح عن بعض قائلها هي ان يشترك و جيهان عند الناس فيتاع كل منهما فى الذمه على ان ما يتاعه كل واحد بانفراده و يكون بينهما ثم يبيع كل منهما ما اشتراه و يؤدى منه الثمن فما فضل كان بينهما و منها ما حكاها فى الايضاح و لك عن بعض قائلين و قيل ان يتاع و جيه و يفوض بيعه الى خامل و يشترط ان يكون الربح بينهما و صرح فى التنقيح و ضه بأنه احد تفاسيره و منها ما حكاها فى الايضاح و لك أيضا عن بعض قائلين و قيل ان يشترك و جيه لا مال له و خامل ذو مال ليكون العمل من الوجيه و المال من الخامل فيكون المال فى يده لا يسلمه الى الوجيه و الربح بينهما و صرح فى التنقيح و ضه و ض بأنه احد تفاسيره أيضا و منها ما حكاها فى الايضاح و لك عن بعض قائلين و قيل ان يبيع الوجيه مال الخامل بزيادة ربح ليكون بعض الربح له و صرح فى التنقيح و ضه و ض بأنه احد تفاسيره أيضا و هذه الشركه باطله بجميع تفاسيرها و قد صرح بطلانها فى الغنيه و النافع و يع و كره و القواعد و التحرير و د و التبصره و الايضاح و التنقيح و لك و ضه و ض و هو ظ المراسم و حكى فى لف عن ابن الجنيدي القول بصحتها قائلا قال ابن الجنيدي لو اشترك رجلان بغير راس مال على ان يشتريا و يبيعا بوجههما جاز ذلك و هذا القول ضعيف بل المعتمد هو القول الاوّل الذى عليه المعظم و لهم أنه صرح فى لف بدعوى الإجماع على البطلان قائلا بعد التصريح بأنه المشهور بين علمائنا ان شركه الوجوه باطله لنا اجماع الفرقه و خلاف ابن الجنيدي غير معتد به لانقراضه و حصول الاتفاق بعده و يعضد ما ذكره اولا قوله فى التذكرة هي باطله عندنا و ثانيا قول الايضاح اتفقت الاماميه بعد ابن الجنيدي على بطلانها و ثالثا قول لك بعد ذكر تفاسيرها و الكل عندنا باطل خلافا لابن الجنيدي فإنه جوزها بالمعنى الاول و رابعا قول الكفايه و الأخبار الداله على جواز الشركه مستفيضه و المعروف بين الاصحاب أنه لا يصح ما عدا شركه العنان فإنه يثبت كونه اجماعيا فذاك و الا كان للتأمل فى عموم المذكور مجال و خامسا أنه يستفاد من الرياض حكايه دعوى الاجماع على بطلان هذه الشركه عن الانتصار و الغنيه و التذكرة و المهذب و لك و ضه و غيرها من كتب الجماعه و يعضد هذه الاجماع المحكيه اولا الشهرة العظيمه التى لا يبعد معها دعوى شذوذ المخالف و ثانيا اكثر الوجوه الداله على بطلان شركه الابدان

## منهل اذا اشترك المال بين اثنين فصاعدا

### اشاره

باى سبب من اسبابها من الارث و العقد و الحيازه و المزج مط و لو بقصد الاسترباح فلا يجوز لأحد الشركاء التصرف فى المال المشترك بدون اذن الشريك او من يقوم مقامه و الظاهر أنه مما لا خلاف فيه و قد صرح بعدم جواز ان يتصرف الشريك فى المال المشترك بدون اذن شريكه فى بيع و النافع و التبصره و القواعد و الارشاد و التحرير و اللمعه و الروضه و لك و مجمع الفائده و الكفايه و الرياض و لهم اولا اصله بقاء المنع من التصرف و ثانيا ما تمسك به فى لك و ضه و مجمع الفائده من قبح التصرف فى مال الغير بغير اذنه و ثالثا عموم قوله تعالى لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل\* الايه و رابعا النبوى المرسل لا يحل مال امرء مسلم الا عن طيب نفسه و خامسا عموم قوله ع لا ضرر و لا ضرار و سادسا عموم قوله الناس مسلطون على اموالهم و سابعا الادله الأربعة الداله على حرمة الظلم و الكتب المتقدمه و ان اقتضرت على اذن الشريك فى اباحه التصرف و لكن الظاهر انهم ارادوا من الشريك الاعم من وكيله و وليه الذين يجوز لهما الاذن دون الشريك الحقيقى اذ حصر الاذن فيه باطل قطعاً و

### ينبغى التنبيه على امور

## الأول الظاهر ان الاشتراك في المنفعة حكمه حكم الاشتراك في العين

فلا يجوز لأحد الشركاء التصرف في منفعته مشتركة الا باذن الشريك او من يقوم مقامه

### الثاني اذا اذن احد الشريكين للآخر

وجب على الماذون ان يقتصر على ما يتناوله الأذن سواء منع من غيره أم لا وقد صرح بوجوب الاقتصار على ما ذكر في الغنيه و فع و يع و عد و التحرير و التبصره و د و اللمعه و ضه و لك و الكفايه و ض و لا فرق فيما ذكر بين شرکه العنان و غيرها فلو منع الشريك في الاول من السفر الى بلد او من معامله مخصوصه او من سلوك طريق خاص او من معامله في زمان خاص لم يجوز للشريك الاخر ارتكاب ما منعه و كذا لا يجوز له ارتكاب ما يشك في تعلق الاذن به و يتفرع على ما ذكر أيضا أنه لو شرط الاجتماع في معامله لزم و لا يجوز له التعدى و قد صرح بهذا في الغنيه و فع و يع و عد و التحرير و الكفايه و ض

### الثالث لو اذن كل واحد من الشريكين لصاحبه

جاز لكل منهما التصرف منفردا كما صرح به في يع و التحرير و الكفايه بل الظاهر أنه مما لا خلاف فيه

### الرابع لو خالف الماذون الأذن

و تعدى عنه ضمن كما صرح به في الغنيه و يع و عد و د و اللمعه و ضه و لك و مجمع الفائده و الكفايه و الرياض و ادعى فيه عليه الاجماع

### الخامس صرح في لك بأنه لا فرق في التحديد

بين ان يدل عليه عموم اللفظ و خصوصه قائلًا فلو سافر اعتمادا على اطلاق اللفظ و قلنا أنه لا يتناوله ضمن و ما ذكره جيد

### السادس ان أطلق احد الشريكين للآخر الاذن في التجاره

و لم يقيده بنوع خاص فصرح في يع و القواعد و التحرير و لك و مجمع الفائده و ض بانه يتصرف الماذون كيف شاء من وجوه التجاره و الاسترباح و هو حسن حيث يتحقق شروط حمل الاطلاق على العموم من عدم تبادر بعض الافراد و عدم وروده في بيان حكم و عدم قرينه حاله و لا مقالیه على اراده خصوصیه و وجه الحمل على العموم ح ظ و قد بيّناه في الاصول و الظاهر أنه ممّا لا خلاف فيه بين الاصحاب هنا كما يستفاد من الكتب المذكوره لعدم ايمائها

ص: ١٨٩

الى خلاف و لا اشكال في ذلك

و يتفرع على ما ذكر امور

## الأول منها جواز البيع بخصوصه و الشراء مرابحه

و مساومه و مواضعه و توليه و قبض الثمن و إقباض المثمن و الحوالة و الاحتيال و قد صرح بجميع المذكورات بالخصوص فى التحرير و لك و ض و زاد فى التحرير قائلًا و لو أطلق له الأذن تصرّف كيف شاء مع اعتبار المصلحه فيبيع و يشتري مرابحه و مساومه و توليه و يقبض المبيع و الثمن و يقبضهما و يطالب بالدين و يحيل و يحتال و يرد بالعيب و يستأجر من مال الشراكه ما يحتاج و يوجر ما يرى إجارته و جميع ما ذكره جيد و هل يلحق بالبيع الصّليح او لا الاقرب الأول كما يستفاد من عموم الكتب المتقدّمه

## الثانى هل يجوز فى صورته اطلاق الاذن اقراض شىء من المال المشترك او لا

فصّل فى لك و الرّياض قائلين و لا- يجوز له اقراض شىء من المال الا مع المصلحه فيما ذكره نظر و كيف كان فالمنع من الإقراض مط احوط و قد أطلق فى التحرير المنع من الإقراض

## الثالث هل يجوز فى صورته الإطلاق و المحاببات فى البيع

و المضاربه عليه او لا صرّح بالثانى فى التحرير و لك و ض و هو جيّد و تبّه على وجهه فى الاخيرين قائلين لا يجوز له المحاببات فى البيع و لا- المضاربه عليه لان ذلك ليس من توابع التّجاره و لا- يتناوله الاطلاق و هو احوط بل هو الأقرب فى الأول و أمّا الثّانى فلا يبعد الحكم بجوازه لشمول الإطلاق له و ان منعه

## الرابع هل يتناول اطلاق اللفظ السّفَر حيث شاء او لا يجوز الا باذن

خاص توقف فى المسأله فى التحرير و كذا توقف فيها فى لك قائلًا و هل يتناول اطلاق اللفظ السّفَر أم يمتنع مط الّا باذن خاصّ وجهان من دخوله فى الاطلاق و اشتماله على مظنه الربح اكثر من مظنه الخطر فتخرج من الإطلاق بدليل منفصل و فيما ذكره اخيرا نظر بل الاقرب لشمول الاطلاق السفر فيجوز و لكن الأحوط المنع الا باذن خاص

## الخامس صرّح فى التحرير بالمنع من امور فى صورته الإطلاق

قائلًا- و لو أطلق له الاذن تصرّف كيف شاء مع اعتبار المصلحه و ليس له ان يكاتب و لا ان يعتق و لا يزوّج الرقيق و لا يشارك بمال الشّركه و لا يمزج مال الشّركه بماله او مال غيره و لا يستدين على مال الشّركه و جميع ما ذكر احوط بل الاقرب المنع من المكاتبه و العتق و أمّا ما عداهما فلا يبعد الحكم بجوازه لشمول الاطلاق له ثم صرح بالمنع من الاقرار على مال الشّركه قائلًا و لا يقر على مال الشّركه فان فعل لزمه فى حصته بدين او غيره و جميع ما ذكره جيّد ثم صرّح بأنّه لو اقر بعيب فى عين باعها لزم و كذا يقبل لو اقر بثمن المبيع او بأجره المنادى و الحمال و هو جيّد أيضا ثم صرّح بجواز امور قائلًا و له دفع ارش العيب فيما باعه و الحظ فى ثمنه و الصبر الى مده لأجل العيب و لوحظ من الثمن ابتداء او ابراء منه لزم فى حصّته و الأقرب جواز ان يبيع نسيه و يشتري كك سواء كان عنده نقد من جنس الثمن او لا و يودع مع الحاجه لا بدونها و كك يوكل فيما لا يباشر بنفسه و لو وكل احدهما ملك الاخر عزله و الاقرب ان لأحدهما ان يرهن و يسترهن على مال الشّركه و الاقرب انّ له الإقاله و جميع ما ذكره

جَيِّد و بالجمله كلما شمله اطلاق الاذن لغه و عرفا و دل عليه باحدى الدلالات الثلث المعبره عند اهل اللسان فهو جائز حيث لا يكون ممنوعا شرعا و كلما لا يشمل اطلاق المذكور او يشك في شموله فليس بجائز الا ان يقوم عليه دليل معتبر و هل يعتبر في تصرفات الماذون مراعات مصلحه الاذن او لا يظهر الاوّل من يع و التحرير و لك و ض و هو احوط بل و اقرب

### **منهل الشريك امين على المال المشترك الذي تحت يده الماذون له في وضع يده عليه**

#### **اشاره**

و التصرف فيه للاسترباح فلا يضمن ما تلف في يده من غير تعد و لا تفريط كما في الغنيه و فع و يع و القواعد و ير و التبصره و د و اللمعه و ضه و لك و الكفايه و ض و لهم اولا الاصل و ثانيا ظهور الاتفاق عليه و قد صرح في ض بنفى الخلاف فيه و ثالثا ان الظاهر منه حكاية دعوى الاجماع عليه عن الغنيه و ضه و رابعا ما احتج به في لك من انه و كيل فيكون امينا من قبل المالك و خامسا عموم نفي الضرر و الحرج و اذا تعدى فيه و فعل فيه ما لا يجوز فعله فيه او فرط و قصر في حفظه ضمن كما صرح به في بعض الكتب المتقدمه بل لا خلاف فيه و

#### **ينبغي التنبيه على امور**

### **الأول اذا ادعى الشريك الأمين تلف المال**

و انكره الاخر فالقول قول مدعى التلف مع يمينه كما في الغنيه و يع و التحرير و د و القواعد و التذكيره و اللمعه و ضه و لك و الكفايه و ض و لهم اولا- ظهور الاتفاق عليه و قد صرح بنفى الخلاف في ض و ثانيا انه حكى فيه عن الغنيه و ضه دعوى الاجماع عليه و ثالثا ما تبّه عليه فيه بقوله مضافا الى الاجماع على ان الشريك في معنى الوكاله و الحكم فيها ذلك باجماع العلماء كآفه كما حكاها بعض الاجلّه و رابعا ما تبّه عليه في لك من ان الحكم بأمانته يقتضى قبول قوله في التلف و خامسا ما تبّه عليه في لك بقوله و لأنه لا يمكن صدقه في نفس الامر فلو لم يقبل منه لطولب باليمين و ادى تخليده الى الحبس

### **الثاني لا فرق في قبول قوله في دعوى التلف بين ان يدعى التلف بشي ء ظ**

كالغرق و الحرق او بامر خفي كالسرقه و قد صرح بهذا التعميم في يع و كره و عد و التحرير و اللمعه و ضه و لك و هو ظ إطلاق الغنيه و فع و الارشاد و الكفايه و ض و صرح بدعوى الاجماع في الصوره الثانيه قائلا اما دعوى تلفه بامر خفي فمقبول اجماعا

### **الثالث اذا ادعى احد الشريكين على الاخر الخيانه**

و انكره كان القول قول المنكر مع يمينه كما صرح به في يع و عد و د و مجمع الفائده و الكفايه و كك الكلام في دعوى التفريط كما صرح به في يع و التحرير و القواعد و الكفايه و كذا الكلام فيما لو ادعى الامين الخسران كما صرح به في كره

### **الرابع اذا اشترى احد الشريكين و ادعى انه اشتراه لنفسه**

و انكره الاخر و ادعى أنه اشتراه لهما معا فالقول قول المشتري كما فى يع و عد و التحرير و د و الرّوضه و لك و مجمع الفائده و الكفايه و الرّياض و لهم اولا ظهور الاتّفاق عليه و ثانيا ما احتج به فى ضه و ض قائلين لو ادعى المشتري من الشّريكين الماذونين شراء شىء لنفسه او لهما حلف و قبل يمينه لان مرجع ذلك الى قصده و هو اعلم به و الاشتراك لا يعين التصرف بدون القصد و انما لزمه الحلف مع أنّ القصد من الامور الباطنه التى لا تعلم الا من قبله لإمكان الاطلاع عليه باقراره و تبّه على هذا الوجه فى يع و لك بقولهما لأنّه ابصر بنيته و هل يعتبر فى قبول قوله يمينه او لا صرّح بالأوّل فى يع و ضه و لك و الكفايه و ض و هو المعتمد و الظاهر أنّه مما لا خلاف فيه و ان أطلق قبول قوله من غير تعرض ليمينه فى عد و التحرير و د و مجمع الفائده

### الخامس لو ادعى الشّريك الامين انه اشتراه لهما

و انكره الاخر فالقول قول المشتري كما فى يع و عد و التحرير و د و ضه و لك و مجمع الفائده و الكفايه و ض و احتج عليه فى لك بانه وكيل و الوكيل قوله مقبول فى الفعل الموكل فيه و هل يتوقّف القبول على يمينه او لا صرّح بالأوّل فى يع و عد و لك و ضه و الكفايه بالأوّل و هو جيّد

ص: ١٩٠

### منهل عقد الشّركه من العقود الجائزه

#### اشاره

كالوكاله لا اللازمه كالبيع فيجوز لكلّ منهما الفسخ متى اراد كما فى الغنيه و فع و يع و التحرير و عد و د و لك و مجمع الفائده و الكفايه و ض و لهم اولا ظهور الاتّفاق عليه و ثانيا أنّه حكى دعوى الاجماع عليه فى مجمع الفائده عن التّذكره و فى الرّياض عن الغنيه و ثالثا ما احتج به فى لك و مجمع الفائده و ض من ان مرجع هذه الشّركه الى الإذن فى التصرف و هو فى معنى الوكاله فيكون جائزه و بهذه الأدلّه يخصّ عموم ادلّه الأمر بالوفاء بالعقود من الكتاب و السنه كما صرّح به فى ض و

#### ينبغى التنبيه على امور

### الأوّل يجوز لكلّ منهما المطالبه بالقسمه متى شاء

كما صرّح به فى يع و عد و د و التحرير و اللّمعه و ضه و لك و الكفايه و ض و كك المنع من التصرف المذى اذن به للاخر بالكليه او فى الجملة

### الثانى اذا اختار احدهما الفسخ

و قال فسخت فلا يجوز للاخر التصرف كما فى عزل الوكيل و لكن الشّركه بالمعنى الأوّل الذى ذكرناه فى صدر الكتاب باقيه و اذا حصلت القسمه ارتفعت هذه أيضا و هل يجوز للفاسخ التصرف او لا حكى فى مجمع الفائده عن التّذكره الثّانى و تأمل فيه بل اختار الأوّل قائلا لأنّ احدهما تكلم فيه فقط فقوله فسخت الشّركه يؤوّل الى عدم اذنه للاخر بالتصرف و عزله و ابطال و كالتة

لأنه قد مرّ مرارا أنّ هذا العقد توكيل و إذن و غايه ما يكون عزلا لنفسه أيضا فاذا بدا له يجوز التصرف اذا قلنا أنّ الوكيل لا ينزل بمجرد عزله و لا يحتاج إلى إذن جديد إلا أن يعلم الآخر الموكل بل يرضى بعزله فت

### الثالث الظاهر حصول الفسخ بكلمة يحصل العلم به

و لا يشترط اللفظ و هل يعتبر مطلق الظنّ به او لا الأقرب الأخير

### الرابع اذا فسخ احدهما و اراد القسمة فلا يلزم الشريك الاخر اقامه راس المال

و افضاضه لو لم يكن فاضا و لا- يطالبه الفاسخ بذلك كما في فع و يع و التبصره و القواعد و التحرير و د و مجمع الفائده و الكفايه و لهم اولا ظهور الاتفاق عليه و قد صرح بنفي الخلاف فيه في الرّياض و ثانيا ما احتج به في مجمع الفائده من الاصل السالم عن المعارض فيقتسمان الأعراض و الاعيان الموجوده اذا لم يتفقا على البيع كما صرح في يع و عد و التحرير و كذا لا يلزم احد الشريكين انضاض راس المال اذا لم يفسخا و لم يرد القسمة للأصل

### الخامس اذا حصل الشركه بينهما و شرطا التّأجيل فيها

فهل تصيرح لازمه الى المدّه المشروطه فلا يجوز فسخها قبل مضيها او لا صرح بالثاني في الغنيه و فع و يع و التحرير و التبصره و عد و لف و التنقيح و لك و مجمع الفائده و الكفايه و حكاه في لف عن الشيخين بل الظاهر أنّه مما لا خلاف فيه فهو المعتمد و صرح في لف و التحرير و لك و مجمع الفائده بانّ التصرف بعد المدّه يتوقف ح على اذن جديد و هو كك و هل الشرط المذكور يوجب فساد عقد الشركه فلا يجوز التصرف في اثناء المدّه او لا فيه قولان احدهما أنّه يوجب فساد العقد و هو للتأجيل و التبصره و المحكى في لف عن الشيخين و ثانيهما أنّه لا- يوجب الفساد بل هو صحيح و هو لظ الغنيه و يع و لف و الإرشاد و التنقيح و لك و مجمع الفائده و الكفايه و عندى أنّ احتمال الصّححه و جواز التصرف قبل مضي المده في غايه القوه فلا بأس بالمصير اليه و لكن مراعات الاحتياط اولى

### السادس اذا حصل الشركه بينهما في المال قهرا

فيجوز لكل منهما رفعها و المطالبه بالقسمة كما صرح به في لك و الرّياض و لهما اولا ما احتجّ به معا من أنّه لا يجب على الانسان مخالطه غيره في ماله و الاصل ان يتصرف كلّ منهما في ماله كيف شاء و ثانيا ما تمسك به في الثاني من نفي الخلاف في ذلك الذى ادّعاه و ثالثا ما نبه عليه في الثاني أيضا بقوله بعد نفي الخلاف بل عليه الإجماع في الغنيه و عن التّذكروه و هو الحجّه مضافا الى الأصل

### منهل تبطل الشركه العنانيه بموت احد الشريكين او الشركاء

#### اشاره

فلا- يجوز التصرف في الباقي في حصّه الميّت و قد صرح ببطلان هذه الشركه بالموت في الغنيه و المراسم و فع و الشرائع و



التَّذْكَرَة و د و ع د و التَّحْرِير و التَّبْصِرَة و ل ك و م ج م ع الفَائِدَة و الكَفَايَة و ض و ل ه م و ج و ه م ن ه ا ظ ه و ر الِاتِّفَاق ع ل ي ه و م ن ه ا ق و ل الرِّيَاض تَبْطَل الشَّرْكَه بِالمَوْت ا ج م ا ع ا ك م ا ف ي الغْنِيَة و م ن ه ا م ا تَبَّه ع ل ي ه ف ي الرِّيَاض أَيْضَا بِقَوْلِه لِأَنَّهَا ف ي مَعْنَى الوَكَا ل ه و تَبْطَل بِذَلِكَ ا ج م ا ع ا ف تَبْطَل ه ي أَيْضَا و م ن ه ا م ا تَبَّه ع ل ي ه ف ي الرِّيَاض أَيْضَا قَائِلًا و لِانْحِصَار الإِذْن م ن الإِذْن لِلْمَيِّت حَال الحَيَوُه خَاصَّه و ا نْتِقَاله ا ل ي الوَارِث خِلا ف الِاصْطِل ف ي ن د ف ع ب ه و ل ي س التَّصْرِف بِالِإِذْن حَقًّا ف ي سْتَارِث ن ع م القِسْمَه حَقًّا ل ه ا ذَا ل م ي ك ن ه نَا ك د ي ن و لا و صِيَّه و ا ل ب ن ي ع ل ي الِا نْتِقَال ا ل ي ه و ع د م ه و

## يَنْبَغِي التَّنْبِيْه ع ل ي ا م و ر

### الْأَوَّل تَبْطَل هَذِهِ الشَّرْكَه بِجَنونِ ك ل وَا ح د م ن الشَّرِي ك ي ن

ا و الشَّرْكَاء أَيْضَا و ق د صرَّح بِذَلِكَ ف ي النَافِع و ي ع و ك ر ه و د و ع د و التَّحْرِير و التَّبْصِرَة و ل ك و م ج م ع الفَائِدَة و الكَفَايَة ب ل الظَّاهِر أَنَّهُ مِمَّا لا خِلا ف ف ي ه

### الثَّانِي صرَّح ف ي التَّحْرِير و ل ك و م ج م ع الفَائِدَة بِبَطْلانِها بِالْحَجْر

لِلشَّرِيْفَه و المَفْلس و زَاد ف ي الِاخْيَر ي ن ف صرَّحَا بِبَطْلانِها أَيْضَا بِالِاغْمَاء و صرَّحَ بِه ف ي ك ر ه ب ل تَبَّه ع ل ي دَعْوَى الِاتِّفَاق ع ل ي ه ف ي ض قَائِلًا- قَالُوا و ف ي مَعْنَى المَوْت الجَنون و الِاغْمَاء و الْحَجْر لِلشَّرِيْفَه ا و الفِلس ثَمَّ تَبَّه ع ل ي و ج ه ذَلِك بِقَوْلِه و لَعَلَّ الوَجْه ف ي ه ا نْقِطَاع الإِذْن بِالِا م و ر المَذْكُورَه فَعُودَه بَارْتِفا عِها مَخالِف لِلْأَصْل ف ي حِجْا ج ا ل ي دالالَه و ه ي ه نَا و ف ي الوَكَا ل ه مَفْقُودَه و ف ي مَّا ذَكَرَه نَظَر

### الثَّالِث إِذَا بَطَلَت الشَّرْكَه العَنائِيَه بِمَّا ذَكَر

تَبْقَى الشَّرْكَه المَالِيَه ا ل ي ا ن ي حْصَل القِسْمَه و بَعْدَها تَرْتَفِع أَيْضَا كَمَا صرَّحَ بِه ف ي التَّنْقِيح

### مَنْهَل يَصِحَّ المِشْارَكَه مَعَ ك ل م ن يَصِحَّ مَعَه المَعامَلَه

## اِشْارَه

و لو كان كَافِرا و لَكن يَكْرَه مِشْارَكَه الذَّمِي كَمَا ف ي الغْنِيَة و ف ع و د و التَّحْرِير و التَّبْصِرَة و اللَمْعَه و ض ه و ض و ل ه م ا و لا ظ ه و ر الِاتِّفَاق ع ل ي ه و ثانيا تَصْرِيحُ التَّحْرِير بِدَعْوَى الِا ج م ا ع ا ع ل ي ك ر ا ه مِشْارَكَه المِسلَم مَعَ الذَّمِي و ثالِثا قاعِدَه التَّسامِح ف ي ا د ل ه الكِرا ه ه و رابعا خَبْر ع ل ي ب ن رِئابِ الذِّي و صَفَه بِالصَّحْه ف ي م ج م ع الفَائِدَة و ض ق ال قال ا ب و ع ب د اللّٰه ع لا يَنْبَغِي لِرِجَلِ المِسلَم ا ن يَشْارَكِ الذَّمِي و لا يَبْضَعُه بْضاعَه و لا يُوَدِّعُه و داعَه و لا يَصافِيَه المُوَدَّه و خامِسا خَبْر السَّكُونِي ع ن ا ب ي ع ب د اللّٰه ع ا ن ا م ي ر المُوْمِنِي ن ع ك ر ه مِشْارَكَه اليَهُودِي و النَصْرانِي و المَجوسِي ا لَّا ا ن تَكُون تِجارَه حاضِرَه و لا يَغيبُ عَنها و

## يَنْبَغِي التَّنْبِيْه ع ل ي ا م و ر

### الْأَوَّل صرَّح ف ي الغْنِيَة و التَّبْصِرَة و د و ض بِكِرا ه مِشْارَكَه مَطْلُوقِ الكَافِر

و لا باس به و لهم وجوه منها تصريح الغنيه بأنه لا خلاف في ذلك الا من الحسن البصرى و منها قاعده التسامح في ادله الكراهه و منها ما تبّه عليه في مجمع الفائده قائلًا و يكره مشاركه الكفار لأنه موجب لسلطته على المسلم و لأنه يستلزم المخالطه و لأنه ظالم و يكره معامله الظلمه و لأنه لا بدّ من الحكم بكونه امينا و لا أمانه له و يحتمل المعامله و قد يكون امينًا ح و لهذا قال الله تعالى مَنْ إِنْ تَأْمَنَهُ بَدِينًا لَأْيُؤَدَّهُ إِلَيْكَ و اكثر الوجوه يجرى في الفاسق و الظالم خصوصا الذى لا يجتنب اموال الناس و يستفاد من كلامه الميل الى كراهه مشاركه الفاسق و الظالم و لم اجد به قائلًا و لكن لا باس بها

### الثانى صرح فى النافع و اللّمعه و ضه بأنه يكره اىضاع الذمى

و فسره فى الاخير

ص: ١٩١

و الرّياض بان يدفع اليه مالا ليتجر فيه لصاحب المال خاصّه و لا باس بما ذكره

### الثالث صرّح فى النّافع بانه يكره ايداع الذمى

و لا باس به

### الرابع قيل لو اشترى الذمى بمال الشركه

او باع بما يحرم على المسلم وقع فاسدا و عليه الضمان و هو جيد فى سنه ١٢٧٤

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين و الصلاه و السلام على خير خلقه محمد و آله المعصومين الطاهرين

### كتاب مناهل القسمه

#### منهل لا شبهه فى شرعيه القسمه

و لا- يجب على الإمام نصب قاسم و الظاهر أنه محل وفاق و ان كان ظ عباره القواعد الوجوب و لا عبره به للأصل و ظهور الاتفاق عليه او الشهره و لا يشترط فى القسمه الغير الإجباريه ان يكون القاسم قاسم الإمام و لا حضوره لأنّ الظاهر أنه مجمع عليه بينهم و لأنه لو كان ذلك شرطا لاشتهر لتوفر الدواعى عليه و التالى باطل و المقدم مثله و يجوز للخصمين ان ينسبا قاسما لان الظاهر انه مما لا- خلاف فيه و لأنه لو لم يكن جائزا للزم الحرج العظيم كما لو وجب حضور قاسم الإمام و التالى باطل المقدم مثله و صرّح فى يع و د و القواعد و المسالك بأنه يستحب للإمام نصب قاسم و فيه اشكال نعم يستحبّ ذلك للقاضى و يشترط فى القاسم المنسوب من قبل الإمام البلوغ و كمال العقل و الأيمان و المعرفه بالحساب و الظاهر أنّ قاسم القاضى كك و هل يشترط فيهما معرفه التقويم او لا فيه اشكال من اصاله الاشتراط و من ان الظاهر من الاكثر عدم كونه شرطا و أنّ الشرطيه يستلزم الحرج لأنّ معرفه شخص واحد قيمه جميع الأشياء متعذره عادة و لا يشترط الحرية فيهما و الظاهر أنه محل اتفاق بينهم و تظهر

من بعض العبارات دعوى الإجماع عليه

## منهل اذا كان المال المشترك مثليا

### اشاره

و هو الذى فسّروه بالتساوى اجزائه وصفا و قيمه و اراد احد الشريكين القسمة لم يكن للاخر منعه منها بل يجبر عليها سواء كان ذلك المال جامدا كالحنطه و الشعير او مائعا كالعسل و الأدهان و اذا كان قيميا و هو المذى فسّير بما يختلف اجزائه و اراد احد الشريكين القسمة فان لم يحصل بها ضرر و على احدهما و لم يتضمن رد او دفع عوض خارج عن المال المشترك من احد الجانبين لم يكن للاخر منعه منها بل يجبر عليها أيضا اما جواز الاجبار فى الصوره الاولى فقد صرح بها فى يع و فع و د و عد و التحرير و س و المسالك و الكفايه و الكشف و ض و الظاهر أنه ممّا لا- خلافاً فيه كما اشار اليه فى الكفايه قائلا لا اعلم فيه خلافاً و يؤيد ما ذكره اولاً- ما اشار اليه فى يع بقوله مجبر الممتنع ح لأنّ الانفراد اكمل نفعاً و ثانياً ما نبه عليه فى الكفايه بقوله لأنّ الامتناع من ذلك اضرار بالغير من غير جهه شرعيّه و ثالثاً عموم قوله ص الناس مسلطون على اموالهم فت و اما جواز الاجبار فى الصوره الثانيه فقد صرح به فى يع و التحرير و ضه و غيرها بل الظاهر انه ممّا لا خلافاً فيه كما صرح به فى لك و يؤيد ما ذكره فى لك و الكفايه المتقدم اليه الإشاره و

### ينبغى التنبيه على امور

#### الأول ان حصل بالقسمه ضرر على كل منهما لم يجبر الممتنع منها

كما فى الخلاف و النّهاييه و السرائر و فع و يع و التحرير و القواعد و المسالك و الكفايه و الكشف و ض بل الظاهر أنه ممّا لا خلافاً فيه و احتج عليه جماعه بعموم قوله ص لا ضرر و لا ضرار و زاد بعضهم قائلاً و لنفى الحرج فى الدين

#### الثانى ان تضرّ بها احدهما دون الآخر

فان كان الملتمس للقسمه من لم يتضرّر بها و لا بتركها لم يجبر المتضرّر بها كما فى الخلاف و النّهاييه و السرائر و يع و التحرير و عد و الكفايه و الكشف و ض و غيرها لما اشار اليه فى الخلاف و الكفايه من عموم نفي الضرر و حكى فى الكشف عن شفعه المبسوط أنه يجبر هنا أيضا و هو ضعيف و اما اذا كان الملتمس لها لا يتضرّر بها بل يتضرّر بتركها فصّرح والدى العلّامه دام ظله العالى بأنّه يجبر الملتمس منه المتضرر بها اذا كان ضرر الملتمس اقوى و ان تساويا فى الضرر اقرع بينهما و لا يخ عن قوه و ان كان الملتمس بها يتضرّر بها دون الملتمس منه فاختلف الاصحاب فيه على اقوال الاول أنه يجبر مط و هو مقتضى اطلاق جماعه منهم الشّيخ فى الخلاف و الفاضلان فى يع و التحرير و عد و الشّهيدي فى الدّروس و الفاضل الخراسانى فى الكفايه و حكاه فى ط عن قوم و نبه على وجهه فى الخلاف قائلاً- لأنّ الطالب هو الذى ادخل الضرر على نفسه فيجاب اليه و ليس للاخر الامتناع لانتفائه عنه الثّانى أنه لا يجبر مط و حكاه فى ط عن قوم منبها على وجهه بقوله لأنّها قسمه يستضر بها طالبها فهو كما لو استضر بها الكل و هو صحيح عندنا الثالث ما صار اليه فى لف و التنقيح قائلين ان فسّير الضرر بعدم الانتفاع فلا يجبر الممتنع لما فيه من اضاعه المال المنهى عنه و ان فسّير بنقصان قيمه اجبر و نبه على وجهه فى التنقيح بقوله لأنّ الناس مسلطون على اموالهم و كذا

فى لف قائلًا- لانتفاء الضرر فى حقه لا- يقال ما ذكرتم من الدليل فى بطلان الانتفاع عائد فى نقصه لأننا نقول نمنع عوده لأن للإنسان التصرف فى ماله بما يعود نفعه اليه و ان اشتمل على نقص قيمته بل على ابطالها بما اشتملت عليه من النفع و افراز حق كل واحد من الشريكين و تفردّه عن صاحبه اعظم نفعاً له من الشّركة فجاز تحمل النقص لأجله انتهى و فيما ذكره نظرت الرابع ما صار اليه فى ظ من أنّه لا يجبر الممتنع ان كان طلب القسمة سفها و الا فيجبر و هو مختار كل من قال بالقول الثالث و يمكن استفادته من الشرائع و القواعد و غيرهما و هو جيّد و فصل بهذا التفصيل الشهيد الثانى فى لك و والدى دام ظلّه فى ض كما يستفاد من غيرهما فيما اذا ترتب الضرر

ص: ١٩٢

بالقسمة على الجميع و اتفقوا عليها و هو جيّد و أطلق المحقق فى الشرائع فى كتاب الشّركة المنع من القسمة هنا و صرح فى لك بان هذا غير معروف و صرح بعض الاصحاب بأنّه لو تضمنت القسمة اتلاف العين و اتفقا عليه منعهما الحاكم لما فيه من اضعاء المال

### الثالث اذا استلزم القسمة الردّ و دفع عوض

فلا يجبر الممتنع كما فى يع و فع و التحرير و عد و اللّمع و س و ضه و لك و الكشف و ض و ادعى فى لك أنّه مما لا خلاف فيه و احتج عليه جماعه بان الردّ معاوضه محضه تستدعى التراضى

### الزابع المجبر فيما يصح فيه الأجار

و هو الحاكم الشرعى على ما صرح به فى المسالك و هل يجوز استبداد الشّريك بالقسمة اذا تعذر وصوله الى الحاكم او لا يستفاد من لك الاوّل محتجاً عليه بخبر لا ضرر و لا ضرار و هو جيّد

### الخامس اختلف الاصحاب فى تفسير الضرر

الذى لا يجبر معه على القسمة على اقوال الاوّل أنّه عدم الانتفاع بالنصيب بعد القسمة و هو للشيخ فى الخلاف و المحقق فى موضع من الشرائع و المحكى عن العلامة و ذلك قد يكون لضيقه باعتبار القسمة و قد يكون لقلته بذلك و قد يكون لغير ذلك كما اشار اليه فى لك و ذلك يتحقق فى قسمة النّهر و الحمام اذا صار بالقسمة فى غايه الضيق الثانى أنّه نقص بعد القسمة و ان بقيت المنفعة المقصوده بعدها و هو للمحقّق فى موضع اخر من الشرائع و العلامة فى القواعد و د و التحرير و ولده فى الايضاح و السيورى فى التنقيح و الوالد دام ظلّه العالى فى ض و صرح فى الايضاح بأنّه حكاه فى ط عن بعض المتأخرين ثم صرح بأنّه قوى و بأنّه اختاره فى لف و ضعفه فى الكشف قائلًا- انّ القسمة أنّما يعتبر اذا اريد النّفع الثالث أنّه نقص القيمة بعدها نقصانا فاحشا لا يتسامح به عاده و هو للشّهيدين فى س و لك و الفاضل الخراسانى فى الكفايه و المحكى عن التذكرة الزابع أنّه بطلان المنفعة المقصوده قبل القسمة و ان بقيت فيه منافع غيرها و هو لصاحب الكشف و حكاه عن يحيى بن سعيد و حكاه فى الايضاح عن قوم و المعتمد عندى هو القول الثالث لعموم قوله ص لا ضرر و لا ضرار لصدق الضرر حقيقه على نقص القيمة نقصاً لا

يتسامح به عادة و لا يصدق على مجرد بطلان المنفعة المقصوده قبل القسمة فتفسير الضرر به لا وجه له مع ان القائل به نادر و كذالاً- يصدق بمجرد نقص القيمة كما اشار اليه في الخلاف فتفسير الضرر به أيضا لا وجه له و يمكن تنزيل كلام جملة من فسر به على المختار و لكن يأباه كلام بعض من فسر به لا يقال يعارض العموم المذكور عموم قوله ع الناس مسلطون على اموالهم الدال على جواز القسمة و التعارض بينهما و ان كان من قبيل تعارض العمومين من وجه و لكن الترجيح مع هذا العموم فينبغي الاقتصار في تخصيصه على القدر المتيقن و هو صورة عدم الانتفاع بالنصيب بعد القسمة لأنه لا خلاف ح في المنع من القسمة بدون رضا الشريكين فاذن يجب ترجيح القول الاول لأننا نقول لا نسلم ان الترجيح مع العموم المشار اليه بل هو مع عموم نفي الضرر لاعتضاده بالشهره على الظاهر فان الظاهر ان القائل بالقول الاول قليل كما لا يخفى و لأن الغالب ترجيح هذا العموم على اكثر العمومات اذا كان التعارض بينهما من قبيل تعارض العمومين من وجه و لمناسبته بالاعتبار العقلي سلّمنا و لكن لا أقل من المساوات فيجب التوقف و الرجوع الى ما يقتضيه الاصل فيما اذا بقي الانتفاع بالنصيب بعد القسمة و حصل نقص القيمة نقصانا لا يتسامح به عادة و هو عدم صحة القسمة لأن القسمة توجب رفع ما كان ثابتا قبلها و من الظاهر انه على خلاف الاصل

### منهل يجبر الولي على القسمة في مواضع الاجبار

كما صرح به جماعه منهم العلامة في عد و الشهيد في س و صاحب الكشف و نبه فيه على وجهه بقوله لعموم الفتوى بالاجبار اذ لا ضرر و لا فرق في الولي بين ان يكون ولي الطفل او المجنون او السفيه و ولي الطفل يشمل الأب و الجدّ و غيرها و لا فرق في ذلك بين ان يكون للمولى عليه غبطة في القسمة او لا- كما صرح به اولئك الجماعه و اوجب صاحب الكشف على الولي الحصة من اجره القسام من مال المولى عليه و فيه اشكال بل الحكم بالعدم كما احتمله هو لا يخ عن قوه لأصالة البراءة و لما اشار اليه بقوله لأن اخذ الأجره من ماله و لا غبطة له اجحاف

### منهل يجوز للولي مط المطالبة بالقسمة مع الغبطة

كما صرح به في عد و التحرير و الكشف صرح في الاول و الثالث بانه لا يجوز المطالبة مع عدم الغبطة و صرح في الثالث بأنه على الولي الحصة من الاجره القسام من مال المولى عليه تذييب صرح العلامة في التحرير بانه يجوز للوكيل العام القسمة مع المصلحة و هو جيد

### منهل لو قسم الورثة التركة فيما بينهم ثم ظهر بعد القسمة على الميت المورث دين غير مستوعب للتركة

فان قام الورثة بالدين فصرح جماعه من الأصحاب منهم الفاضلان في بيع و القواعد و د و الشهيدان في س و لك و الفاضل الهندي في الكشف بأنه لم تبطل القسمة ح و لا يخ عن قوه لأنه يستفاد من الجماعه المشار اليهم ان ذلك ما لا خلاف فيه و لأصالة بقاء ما ثبت بالقسمة بعد ظهور الدين و لان تكرار القسمة قد يؤدى الى الحرج و لأنه لو بطلت القسمة بعد ذلك للزم عدم صحة بيع احد الشريكين ما وصل اليه من الحصة من دون رضا الاخر و التالي باطل فالمقدم مثله اما الملازمة فظاهرة و اما بطلان التالي فلعموم قوله تعالى أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ - وَأَوْفُوا بِالْعُقُودِ و ان امتنعوا فصرح الجماعه المتقدم اليهم الاشارة بان القسمة ح تبطل و لا يخ عن قوه لأن ظاهرهم الاتفاق عليه و علله بعضهم بتقدم الدين على الإرث و لو امتنع بعض دون بعض و صرح في القواعد و التحرير و س و لك بأنه يباع من نصيب الممتنع قدر ما يصيبه من الدين و لا يخ عن قوه أيضا لظهور اتفاق الاصحاب

عليه و لو كان الدين مستوعبا للتركه فمقتضى اطلاق كلام الفاضلين في بيع و عد و الشهيد في س و صريح التحرير أنه كالدين الغير المستوعب و مال صاحب الكشف الى القول ببطلان القسمه بعد ظهور هذا الدين مط و لو قام الورثه به قائلا و يقوى البطلان مع استيعاب الدين و القول بعدم التركه معه الى الورثه لصدورها ح من غير الملاك انتهى و احتمل ما قواه في لك للعلله المذكوره و صرح بأنه لا فرق في الأحكام المذكوره كلها بين قسمه الاجبار و قسمه التراضي و هو مقتضى اطلاق المحقق في بيع و العلامه في عد و التحرير و د و الشهيد في س و صاحب الكشف و صرح العلامه في عد بأنه لو اقتسموا البعض و كان في الباقي وفاء اخرج منه الدين

ص: ١٩٣

## منهل اذا وقف احد الشريكين حصته المشاعه دون الاخر

### اشاره

و اراد الموقوف عليه قسمتها من الطلق الذي هو حصته الاخر و لم يتضمن القسمه ردا و لا ضررا جازت و بالجمله يجوز قسمه الوقف من الطلق اذا لم يتضمن ردا و لا ضررا سواء كان الواقف و الموقوف عليه متحدين او متعددين او احدهما متعددا و الاخر متحدا و الحجه في جواز القسمه ح امران الاول ظهور اتفاق الأصحاب عليه و ممن صرح بجوازها ح الفاضلان في بيع و التحرير و عد و التبصره و د و فخر الإسلام في الايضاح و الشهيديان في س و لك و المحقق الثاني في جامع المقاصد و الفاضل الهندي في الكشف و الوالد دام ظلّه العالی في ض الثاني أنه لو لم يجز قسمه الوقف عن الطلق للزم ان لا يكون صاحب الطلق مسلطا على ماله ح و التالي باطل لعموم قوله ع التماس مسلطون على اموالهم فالمقدم مثله اميا الملازمه فظاهره و فيه نظر فان صاحب الطلق لم يكن مسلطا على ماله قبل القسمه تمام التسلط فيكون خارجا عن العموم المذكور فلا يجوز التمسك في محل البحث و فيه نظرت و

### ينبغي التنبيه على امور

## الاول اذا تضمنت القسمه ردا

و كان من الموقوف عليه فصرح العلامه في عد و المحقق الثاني في جامع المقاصد و الفاضل الهندي في الكشف بجواز افراز الوقف عن الطلق ح و هو ظ اطلاق الباقيين و بالجمله الظاهر انه ممّا لا خلاف فيه و هل يصير جميع حصه الموقوف عليه بعد الرد وقفا او لا بل يكون ما قابل الرد من الحصه ملكا له احتمالا رجح جماعه منهم العلامه في القواعد و الشهيد الثاني في لك و صاحب الكشف ثانيهما و نبه في لك على وجهه بقوله لأنه معاوض عليها ثم صرح بأنه لو كان في مقابله الرد وصف محض كالجوده كان الجميع وقفا لعدم قبوله الانفصال و هو جيد

## الثاني ان كان الرد من صاحب الطلق

فصرح في عد و لك و الكشف بالمنع من القسمه ح و هو ظ التحرير و علله في لك و الكشف بأنه كبيع جزء من الوقف و فيه

نظر و الاولى الاستدلال عليه بالاصل و يظهر من اطلاق الشرائع و التبصره و د و س جوازها

### الثالث اذا تضمنت القسمة ضررا

و التزمه الموقوف عليه فالظاهر انه لا خلاف ح في جواز قسمة الوقف من الطلق

### الرابع اذا وقف على جماعه شيئا

كما اذا وقف داره عليهم و لم يعين لأحد منهم حصه معينه و لا مشاعه و اراد الموقوف عليهم قسمة الموقوف بينهم لم يجز لهم ذلك و لا تصح القسمة ح كما في يع و د و التبصره و التحرير و عد و الإيضاح و س و جامع المقاصد و لك و الحجّه فيه امور الاول أنّ صحه القسمة على خلاف الاصل فلا- يجوز الخروج عنه الا مع قيام الدليل الأقوى منه و ليس في محلّ البحث دليل اقوى منه يدلّ عليه فيجب الاخذ به الثاني ظهور اتفاق الاصحاب عليه الثالث ما أشار اليه في يع و بقوله لا يقسم الوقف لأنّ الحق ليس بمنحصر في المتقاسمين و يعضد ما ذكره اولا قول التحرير و الاقرب عدم جواز قسمة الوقف اذ البطن الثاني يأخذ الوقف من الواقف و لا يلزمه ما فعل البطن الاول و ثانيا قول جامع المقاصد لا يجوز قسمة الوقف لأنّ الحق ليس منحصر في المنقسمين فان لمن بعدهم من البطون حقّا يأخذونه من الواقف لا على وجه الارث من البطن الاول الرابع ما اشار اليه في التحرير و الايضاح و جامع المقاصد و الكشف من ان القسمة كالتغيير لشرط الواقف لأنّ وقفه على وجه الاشاعه و القسمة تخالفها فلا تجوز لا يقال القسمة افراز حق و تمييزه من غيره فجاز فعلها بين اهل كل بطن و تنتقض بانتهاء حقهم لأننا نقول هذا باطل بعد ما بيناه من الحجج و لا يقال الملك انتقل الى الجماعه الموقوف عليهم فيجوز لهم القسمة لعموم الناس مسلطون على اموالهم لأننا نقول لا نسلم انتقال الملك اليهم سلّمنا و لكن لا نسلم دلالة الروايه على جواز قسمتهم سلّمنا و لكنها لا تصلح لمعارضته ما دلّ على المنع من قسمتهم الخامس اذا وقف احد الشريكين حصته على واحد او طائفه و الاخر حصته على غير من وقف عليه شريكه فهل يجوز للموقوف عليهم قسمة الوقف فيميزون بين حصصهم بعد الوقف اختلف الأصحاب فيه على قولين الاول انه يجوز و هو للعلماء في موضع من التحرير و الشهيد الثاني في لك و قواه في جامع المقاصد محتجا اولا بكونهما وقفين لا تعلق لأحدهما بالآخر فجاز تمييز احدهما من الآخر و ثانيا بانّ جواز القسمة من حقوقهما قبل الوقف و الاصل بقائه و ثالثا بانّ تمييز شقص الموقوف عن الطلق جائز و لو اقتضت القسمة في محلّ النزاع تغييرا في الوقف لاقتضته هنا و في جميع ما ذكره نظر الثاني انه لا يجوز و هو للشهيد في س و هو مقتضى اطلاق الشرائع و التبصره و الارشاد و موضعين من التحرير و موضع من عد و الكشف و عزاه في جامع المقاصد الى الاصحاب و هو احوط بل اقرب للأصل المتقدم اليه الاشاره السادس صرح بعض الأصحاب بانه لو اشرف الوقف على الهلاك و اقتضت المصلحه قسمته جازت ح و مقتضى اطلاق كلام جماعه عدم جوازها ح السابع يجوز قسمة نماء الوقف اذا كان عينا بلا- خلاف و لا اشكال و لأنه مملوك للموقف عليهم فيجوز قسمته كسائر الاموال المشتركة الثامن صرح المحقق الثاني في جامع المقاصد بانه يجوز المهاباه في الوقف توسلا الى استيفاء المنافع

منهل اذا تحققت القسمة ثم ظهر بعدها كون بعض المقسوم للغير

وأنه الذي يستحقه فله صور احديها ان يكون ما ظهر استحقاقه للغير معيناً و يقع حصته لأحد الشريكين او الشركاء و ح يبطل القسمة كما في يع و التحرير و عد و د و س و اللمعة و التنقيح و ضه و لك و الكشف و حكي عن ط و الحجّه فيه وجوه الاوّل انّ الظاهر أنّه ممّا لا خلاف فيه الثّاني اتصاله عدم صحّته القسمة و بقاء الشّركه الثالث ما اشار اليه في لك قائلاً في مقام الاحتجاج على الحكم المذكور لأنّ ما يبقى لكل واحد لا يكون قدر حقّه بل يحتاج للرجوع على الآخر فيعود الإشاعه و نبه على ما ذكره في يع بقوله في هذا القسام لبقاء الشّركه في نصيب الآخر و بالجمله لا اشكال في بطلان القسمة فيما فرض و لا يتخبر من ظهر أن حصته مال الغير بين الفسخ و الإمضاء مع الرجوع الى شريكه بمثل نصيبه او قيمته كما في التحرير و الثّانيه ان يكون ما ظهر استحقاقه للغير معيناً و يقع اكثره في حصه احد الشريكين او الشّركاء و أقله في حصّه غيره و بالجمله لا يقسم بين الشركاء بالسّويه و ح يبطل القسمة كما في يع و د و التحرير و عد و س و اللمعة و التنقيح و لك و ضه و الكشف و حكي عن ط و الحجّه فيه الوجوه الثلاثه المتقدمه اليها الاشاره في الصّوره السّابقه و الثّالثه ان يكون ما ظهر استحقاقه للغير معيناً و يقع نصفه لأحد الشريكين و النّصف الآخر للاخر او يقع كل ثلث منه لشريك من الشّركاء بالسّويه و ح لم تبطل القسمة ان لم يحصل بها نقص في حصّه احدهما او احدهم و لم يظهر التفاوت فيخرج المستحق للغير

ص: ١٩٤

من الحصتين او الحصص و يبقى الباقي على التّعديل و قد صرّح بعدم بطلان القسمة ح في يع و عد و د و اللمعة و التنقيح و المسالك و ضه و هو ظ الكشف و حكي عن ط و الظاهر أنّه ممّا لا خلاف فيه بين اصحابنا و هو الحجّه و يؤيّده ما اشار اليه في لك في مقام الاحتجاج على الحكم المذكور قائلاً لانتهاء المانع اذ ليس الا نقصان نصيب كل واحد و هو غير قاذح كما لو ظهر الاستحقاق في ماله و اما القسمة فالمقصود منها التّعديل و تمييز نصيب احد الشركاء من الآخر و قد حصل و نبه على ما ذكره في يع و ضه في المقام المذكور بقولهما لأنّ فائده القسمة باقيه و هي افراز كلّ واحد من الحقيين و في التنقيح بقوله فيه أيضاً لإمكان اخراجه من نصيب كل منها و لا تفاوت للمساوات و كذا نبه عليه في التحرير أيضاً و صرّح في القواعد و الكشف أنّه لا فرق بين ان يتحد جهه الاستحقاق او يتعدّد بتعدد سبب الامتزاج بالنصيب كان غصب بعضه و استودع بعضه و استعير الباقي و هو جيّد لعموم الدليل على صحّته القسمة في الصّوره المفروضة و اما اذا حصل نقص او ظهر تفاوت بين الحصّتين في حصه احدهما باخذ الغير ما يستحقه و ذلك مثل ان يسد طريقه او يجرى مائه او ضوئه و نحو ذلك فذهب العلامة في عد و التحرير و السيوري في التنقيح و صاحب الكشف الى بطلان القسمة ح و ظ العلامه في د و المحقق في يع و الشهيد في اللمعة و ضه و و لك صحته و المعتمد عندي هو الأوّل لأصاله عدم صحّته القسمة ح و لما اشار اليه في التحرير بقوله لو كان المستحق في نصيب احدهما على السواء لم تبطل لأنّ ما يبقى لكل واحد منهم بعد المستحق قدر حقّه نعم لو تضرّر احدهما بالمستحق اكثر مثل ان يسد طريقه او مجرى مائه او ضوئه و نحوه بطلت لأنه يمنع التّعديل و نبه على ما ذكره في الكشف أيضاً بقوله انّ القسمة تبطل ح لبطلان التّعديل الرابعه ان يكون ما ظهر استحقاقه للغير معيناً و يكون بعضه لواحد و يقع في نصيب احد المتقاسمين و النصف الآخر لآخر و يقع في نصيب الآخر و قد صرّح في عد و الكشف بان القسمة ح صحيحه ان كان الباقي على تعديله و الا كانت باطله و هو جيّد الخامسه ان يكون ما ظهر استحقاقه للغير مشاعاً و غير معين و قد اختلف الاصحاب في بطلان القسمة ح على قولين احدهما أنّها تبطل ح و هو للشّرائع و د و لف و التحرير و عد و الإيضاح و س و اللمعة و التنقيح و لك و ضه و ثانيهما على أنّها لا تبطل بالنسبه الى غير المستحق و تبطل بالنسبه اليه و هو للمبسوط و هو ضعيف بل المعتمد هو الأوّل لأصاله عدم



الصحة المعتضد بالشهره العظيمه التي لا يبعد معها دعوى شذوذ المخالف هذا و يعضد ما ذكر امران احدهما ما احتج به في يع و التنقيح و الإيضاح و لك و التحرير و ط على بطلان القسمة ح من انّ المستحقّ الذي هو احد الشركاء و لم يكن حاضرا و لم يرض بالقسمة و كلّ قسمة يكون كك تكون باطلا و الثاني ما احتج به في لك على ذلك من انّ المقصود من القسمة تمييز الحقوق و اذا ظهر الاستحقاق كان المستحقّ شريك كلّ واحد منهم فلا- يحصل التّمييز و على المختار لا فرق بين ان يكون المتقاسمان عالمين بالاستحقاق او جاهلين او احدهما عالما و الاخر جاهلا كما صرح به في عد و التحرير و اشار في الكشف الى وجه الحكم في الصّوره فان القسمة مع العلم بالاستحقاق المبطل للتّعديل لا يدلّ على انتقال نصيب احدهما او شىء منه الى الآخر انتقالا لازما و غايه ما يلزم العلم برضى احدهما ينقصان نصيبه مع سلامه المستحق له و كذا لا فرق بين ان يكون ما ظهر استحقاق المشاع لواحد او لتعدّد و يقع نصيب احد المتقاسمين و البعض الاخر في نصيب الاخر كما صرح به في الكشف قائلا فانّ القسمة لم توجب افراز النصيب بين الشريكين و

### ينبغي التّبيه على امور

#### الأول لو اقتسمها ثم بنى احدهما في نصيبه

او غرس فيه ثم ظهر استحقاق هذا النصيب او بعضه للغير فنقص البناء و قلع الغرس لم يرجع على الشريك بشىء من البناء و الغرس سواء كان قسمة اجبار او قسمة تراض و سواء علما باستحقاق الغير لذلك النصيب او جهلا او علم احدهما دون الاخر و قد صار الى ما ذكر العلامة في عد و التحرير و الشهيد في س و الفاضل الهندي في الكشف و لهم اصالة براءة الذّمه و انّ الرجوع على الشريك ضرر و هو منفي بقوله ص لا ضرر و لا ضرار لا يقال الشريك قد غره فيضمن لأننا نمنع ذلك كما اشار اليه في التحرير قائلا- في مقام الاحتجاج على الحكم المزبور لأنّ القسمة عندنا ليست بيعا فلم يغره الشريك و لم ينتقل اليه من جهته بيعة و انما افرز حقه من حقه فلم يضمن له ما غرم فيه و تبّه على ما ذكره في الكشف بقوله في المقام المذكور فانّ القسمة عندنا ليست بيعا ليقال ان احدهما عن الاخر

#### الثاني لو تضمنت القسمة التي فسدت بظهور استحقاق النصيب

ردّ استردّ الرّاد ما اّاده مع جهله بعدم الاستحقاق

#### الثالث لو ظهرت بعد قسمة التركة

كلا- او بعضا وصيّيه بجزء من المقسوم فصرح في عد و الكشف بان حكمه حكم ما لو ظهر البعض مستحقّا فينبغي مراعات التفصيل السابق هنا و هو جيّد لان العمل بالوصيه لازم للعمومات الدّالة عليه و القسمة لا تمنعه و ح قد يكون ذلك مانعا من التّعديل فيفسد القسمة و قد لا يكون مانعا فلا يفسد و الشهيد أطلق بطلان القسمة هنا و لكن لا يبعد تنزيله على المختار ثم انّ جماعه من الأصحاب منهم العلامة في عد و التحرير و الشهيد في س و الفاضل الهندي في الكشف صرّحوا بأنّه لو اوصى بمال مبهم كما لو قال أعطوا فلانا لم يكن ذلك مبطلا للقسمة و قالوا أنّها كالدين

#### منهل لو ظهر عيب في نصيب احدهم بعد القسمة

فان علم بحدوثه بعدها فلا اشكال فى صحّتها و لم يضمن شريكه ذلك العيب و ان كان المقسوم حيوانا و حصل العيب فى الثلاثة و صرّح بهذا فى عد و كذا صرّح فى الكشف قائلا- لأنّها ليست بيعا و ان علم بأنّه كان حادثا قبلها و حصل الرضا من الشريكين او الشركاء بهذه القسمة فهل تبطل او يتعيّن لصاحب المعيوب الأرش أو يتخيّر بينه و بين الفسخ صار صاحب الكشف الى الأوّل و ذهب العلامة فى التحرير كما عن التخليص الى الثالث و لم اجد قائلا- بالثانى و لكنه احتمل السيورى فى التنقيح معلّلا باصالة صحّته القسمة لكن حيث حصل النقص فى النّصيب ملك صاحبه الجبر بالارش و هو ضعيف بل المعتمد هو القول الأوّل لأصالة عدم صحه القسمة و احتج عليه فى التحرير و التنقيح بعد احتمالهما و له بانتفاء التعديل الذى هو شرط الصّحّه و يؤيد ما ذكر ما تبه عليه قائلا فى الايضاح لا يقال على الأول و التعديل فى نفس الامر بمنع كونه شرطا و فى الظاهر هو حاصل و لأنّ الأصل صحّته القسمة لأنّنا نقول لو لم يكن التعديل فى نفس الامر شرطا فى اللزوم لما جاز الفسخ لظهور الغبن و اصالة صحّته القسمة ظهر بطلانها

ص: ١٩٥

لانتفاء الشرط و ان لم يرض الشريكان و الشركاء بهذه القسمة فصرح السيورى فى التنقيح بطلانها و ربما يظهر من الايضاح المصير اليه و هو المعتمد لأصالة عدم صحّته القسمة و ان علم بأنّه حصل العيب فى اثناء القسمة فالظاهر بطلانها لأصالة عدم الصّحّه

### منهل اذا تحققت القسمة على الوجه المعتبر شرعا فهي لازمه

لا- يجوز لأحدهما فسخها من دون رضا الاخر للأصل و دعوى الاتفاق عليه فى الكشف و اما مع رضاهما به ففى جواز الفسخ اشكال و الاقرب المنع للأصل و قد تأمل فى الكشف هنا

### منهل اذا ظهر غلط فى القسمة

و علم به بطلت كما صرّح به فى اللمعه و ضه و هو ظ يع و د و لف و التّحرير و عد و س و التّنيح و مجمع الفائدة و الكفايه و بالجمله لم اجد هنا خلافا نعم ربما يستفاد من المحكى عن الشيخ الآتى اليه الإشاره صحّته القسمة اذا كانت قسمه ردّ و هو ضعيف للأصل المعتضد بالشّهره العظيمه و عموم ما دلّ على نفى الضّرر فى الشّريعه و ان المقصود من القسمة تمييز الحقوق و لم يحصل فيكون فاسدا و لا فرق فى ذلك بين ان يكون القسمه قسمه تراض او قسمه اجبار و لا بين اشتمالها على ردّ و عدمه و لا بين ان يكون القاسم منصوب الإمام او غيره و لا بين ان يتحد الشّريك او يتعدد

### منهل اذا ادعى احد الشريكين او الشركاء الغلط فى القسمة و انه اعطى دون حقه

#### اشاره

و لم يقيم بينه على ذلك و لم يحلف لم يسمع دعواه بمجرد مط كما صرّح به فى يع و لك و الكفايه و هو ظ الباين و تبه على وجهه فى لك قائلا لأصالة صحّته القسمة الى ان يثبت المزيل و لأنّ منصوب الامام ع كالقاضى لا يسمع الدّعوى بظلم و لو اقام البيّنه على ذلك سمعت و حكم بطلان القسمه و الظاهر أنّه فى الجمله ممّا لا خلاف فيه بين الأصحاب و يدل عليه مضافا

الى ذلك عموم ما دل على قبول البيئه المؤيده بالاستقراء فان اكثر الدعاوى تثبت بها فكذا هذه و

## ينبغي التنبيه على امور

### الاول لا فرق في ذلك بين قسمه الأجار و التراضي

ولا- بين اشتمالها على الرد و عدمه ولا- بين ان يكون القاسم منصوب الإمام او المتشاركين او غيرهم كما عليه المعظم كالفاضلين في الشرائع و د و التحرير و لف و فخر الإسلام في الايضاح و الشهيدين في س و اللمعه و ضه و لك و السيوري في التنقيح و المقدس الأردبيلي في مجمع الفائده و الفاضل الخراساني في الكفايه و الفاضل الهندي في الكشف و ذهب الشيخ فيما حكى عنه الى التفصيل قائلًا ان كانت قسمه اجبار بان يكون الحاكم قد نصب قاسما قبلت دعواه بالبيئه و ان كانت قسمه تراض كالعلو لأحدهما و السفلى للآخر او كان فيها ردّ او اقتسما بأنفسهما لم يلتفت الى دعواه و لو مع البيئه لأنه ان كان مبطلا في دعواه فعدم سماعها واضح و ان كان محققا فقد رضى بترك هذه الفضيله و ضعف ما ذكره ظ للمنع من رضائه بترك هذه الفضيله اذ قد لا- يعلم بها حين القسمه و معه لا يتحقق الرضا بتركها و قد صرح بهذا الإيراد في لف و س و التنقيح و لك و الكشف و بالجمله هذا القول ضعيف بل يحكم بطلان القسمه بعد اقامه البيئه على الغلط فيها مط

### الثاني صرح في لك بان طريقه اقامه البيئه على الغلط ان يحضر قاسمين

حاذقين لينظروا و يمسحوا و يعرفوا الحال و يشهدوا و ظاهر هذا امران احدهما عدم اشتراط العدالة فيهما و فيه اشكال و الاقرب اشتراط العدالة لما بيناه في الوسائل من اصاله اشتراط العدالة في الشاهد و ثانيهما اشتراط الحذاقه فيهما و فيه اشكال

### الثالث لو تقاسم الشريكان بانفسهما فادعى احدهما الغلط في القسمه

و انكره الاخر و لم تكن للمدعى بيئه و التمس احلاف المنكر مكن منه فيما اذا ادعى على المنكر علمه بالغلط وفاقا للمعظم منهم الفاضلان في يع و د و التحرير و الشَّهيدان في اللمعه و س و ضه و لك و المقدس الأردبيلي في مجمع الفائده و الفاضل الخراساني في الكفايه و الفاضل الهندي في الكشف و صرح في الكفايه بأنه اشهر و عن الاسكافي أنه لا يمكن من ذلك و لا يثبت دعواه الا- بالبيئه و هو ضعيف لعموم قوله ص اليمين على من انكر و لائن الغالب توجه اليمين على المنكر فكذا هنا عملا بالاستقراء ثم ان الظاهر من القائلين بالمختار أنه يحلف على البت لا على نفى العلم و هو المعتمد

### الرابع اذا لم يدع على المنكر العلم بالغلط

فهل يمكن ح من الأحلاف او لا الظن من جماعه من الاصحاب منهم الشهيد الثاني في لك و الفاضل الخراساني في الكفايه هو الاول و هو ظ اطلاق التحرير و عد و س و اللمعه و ضه و ربما يظهر من المحقق في يع الثاني و الاقرب هو الاول لما اشار اليه في لك من عموم قوله ع اليمين على من انكر و حيث جاز احلاف خصمه فان حلف اقرت القسمه و ان نكل فصرح في لك و ضه بانه يحلف المدعى و تنقض القسمه ان لم يقض بالنكول و الا نقضت بمجرد ذلك

## الخامس لو تعدد الشركاء و حلف بعضهم دون بعض

فصرح الشهيد فيما حكى عنه بأن القسمة ح تنقض مط و وجهه أنّها قسمة واحده فلا يتبعض و صرح العلامة فى التحرير و الشهيد الثانى و الفاضل الهندى بانه لا تنقض الا بالنسبه الى التاكل و تبه على وجهه فى لك قائلا للزومها فى حق الحالف فلا يساوى التاكل قلت و لحصول الضرر على الحالف ينتقض القسمة مط كما لا يخفى و هو منفى شرعا

## السادس صرح بعض الاصحاب بأنه لا يحلف قاسم القاضى

محتجاً بأنه حاكم و صرح أيضا بأنه لا يقبل شهاده القسام ان كان باجره و الا قبلت محتجاً بعدم التهمه ح

## منهل اذا مات الإنسان و كان له غرماء يريدون ان يقسموا امواله لاستيفاء حقوقهم

### اشاره

و لم يكن له تركه تفى بجميع ديونه و كان عين مال بعضهم موجودا فهل يجوز ان يختص بما وجده من ماله او لا بل يشترك جميع الغرماء فى جميع امواله حتى ذلك المال اختلف فيه الاصحاب على قولين الاول ان الغرماء كلهم سواء فى امواله حتى ذلك المال و هو للنهايه و التهذيب و يع و التحرير و القواعد و لف و س و اللمعه و ضه و المسالك و الكفايه و حكاه فى لف عن الحلّى و فى اللمعه و ضه و لك عن المعظم الثانى جواز اختصاص من وجد ماله به و قد استفاض حكايته عن الإسكافى للقول الاول وجوه الاول أنه تبه فى س على دعوى الإجماع عليه قائلا و من وجد عين ماله فله اخذها من تركه الميت اذا كان فى المال و فاء و الا فلا قاله الاصحاب و يعضد ما ادعاه الشهره العظيمة التى لا يبعد معها دعوى شذوذ المخالف الثانى خبر ابى ولاد قال سئل ابا عبد الله ع عن رجل باع من رجل متاعا الى سنه فمات المشتري قبل ان يحل له ماله و اصحاب البائع متاعه بعينه له ان يأخذها اذا خفى له قال فقال ان كان عليه دين و تركه نحوا ممّا عليه فليأخذه ان خفى فان ذلك حلال له و لو لم يترك نحوا من دينه فان صاحب المتاع كواحد ممن عليه شىء يأخذ بحصّته و لا سبيل الى المتاع و قد وصف هذه الروايه بالصّححه فى المسالك و ضه و الكفايه

ص: ١٩٦

و هو الظاهر الثالث ما اشار اليه فى لف بقوله لنا انه مديون فيقسم تركته على الديون بالحصص لعدم اولويّه البعض و وجدان العين لا- يوجب التخصيص لرضاء مالكها بدمته فكان كفاقدها و لا انتقال الملك اليه فيشارك الغرماء و يعضد ما ذكره قول مجمع الفائده الرجوع الى العين خلاف القواعد من وجوب الايفاء بالعقود و لوازمها بالنص و الاجماع و للقول الثانى أيضا وجوه منها اطلاق الخبرين احدهما خبر جميل عن بعض اصحابنا عن ابى عبد الله ع فى رجل باع متاعا من رجل فقبض المشتري المتاع و لم يدفع الثمن ثم مات المشتري و المتاع قائم بعينه فقال اذا كان المتاع قائما بعينه ردّ الى صاحب المتاع و قال ليس للغرماء ان يخاصموه و ثانيهما ما رواه فى الغنيه من طريق العامه عن النبى ص ايّما رجل مات اذا فلس فصاحب المتاع احقّ بمتاعه اذا وجده فيه و قد يجاب عن هذا الوجه بأن هذين الخبرين لا يصلحان لمعارضه صحيحه ابى ولاد المتقدمه لضعفهما سندا من غير جابر له سلّمنا صحّته و لكن نقول التعارض بين الصّححه المتقدمه و هذين الخبرين من قبيل تعارض المطلق و المقيد فان تلك

الصّحيحه مخصوصه بصوره البحث و لا كك الخبران فانهما أنّما يدلان عليه بالإطلاق فيجب تقييده بغيرها سلّمنا تكافؤهما سنداً و دلالة و لكن الترجيح مع الصحيحه لاعتزادها بالشهره العظيمه و غيرها ممّا تقدّم اليه الإشاره و منها ما اشار اليه فى لف قائلاً فى مقام ذكر حجه الإسكافى احتج بما رواه عمر بن يزيد و بأنّه واجد للعين فكان كالمفلس و بأنّه لم يسلم له العوض فكان له الرجوع الى العوض رفعا للضرر و جميع ما ذكره من الوجوه ضعيفه كما صرح به قائلاً فى مقام الجواب عنها و الجواب روايه عمر بن يزيد مطلقه و روايه ابى ولاد مفصله و المطلق يحمل على المفصل و الفرق بينه و بين المفلس ظاهر اذ المفلس له ذمّه يمكن ان يرجع صاحب الحقّ عليها بخلاف الميّت و الضّرر ينجر بالذّمه بخلاف الميّت و المعتمد عندى فى المسأله ما عليه المعظم و

### ينبغى التنبيه على امور

#### الاول اذا كان الميّت المفروض مفلسا

و كان تركته تفى بجميع ديونه فالظاهر أنّه لا خلاف بين الأصحاب فى جواز ان يختص من وجد ماله من الغرماء به و يدل عليه الاخبار السابقيه و بالجملة لا اشكال فى المسأله و ان حكى عن الشهيد الاستشكال فيها قائلاً فى جامع المقاصد و فى حواشى الشّهد استشكال ذلك لان الوارث مخير فى جهات القضاء و فيما ذكر نظر كما نبّه عليه فيه قائلاً جوابه ان بعد ثبوت الحجر و تعلق ديون الغرماء بالاموال و اختصاص الغريم بعين ماله غايه ما فى الباب أنّه حال مخصوص كيف يكون الوارث مخيرا و مستند ذلك النصّ

#### الثانى اذا كان الميّت المفروض غير مفلس و لا محجور عليه

و كان تركته تفى بجميع ديونه فظاهر اطلاق النّهايّه و التّهذيب و يع و التحرير و عد و المختلف و س و اللّمعه و صريح المسالك و ضه و الكفايه أنّه يجوز ان يختصّ من وجد ماله من الغرماء و حكاه فى لف عن الحلّى و فى الكفايه عن المعظم و يظهر من جامع المقاصد و مجمع الفائده خلاف ذلك و المعتمد الاوّل لظهور عبارته الدروس فى دعوى الاجماع و يعضده الشهره و لإطلاق صحيحه ابى ولاد المتقدّمه لا يقال هى مختصّه بصوره ما اذا كان الميّت مفلسا لإشعار قوله ع يأخذ بحصته به كما اشار اليه فى مجمع الفائده لأننا نمنع من ذلك بل الزوايه عامّه تشمل محلّ البحث كما صرّح به فى المسالك و ضه و الكفايه و يعضدها اطلاق الخبرين المتقدّمين

#### الثالث هل جواز الاختصاص فى الصورتين المشار اليهما على سبيل اللزوم

فلا يستوفى ذلك الغريم دينه الا من ماله او على سبيل الرخصه ظ الشّرائع و التّحرير و القواعد و س الثانى و هو ظ صحيحه ابى ولاد و ربما يظهر من النّهايّه و التّهذيب الاوّل و هو ظ بعض الاخبار المتقدّمه

#### منهل اذا كان للمديون المفلس و المحجور عليه الحى غرماء و كان عين مال احدهم باقيه لم يحاصه الغرماء فيها

و جاز لصاحب العين استرجاعها سواء كان هناك ما يفى بديون الباقيين أم لم يكون امّا جواز الاسترجاع فى الاوّل فالظاهر أنّه

مما لا- خلاف فيه بين الاصحاب و اما جواز الاسترجاع فى الثانى فقد اختلف الاصحاب فيه على قولين الاول الجواز و هو لظ الغنيه و صريح الشرائع و التحرير و عد و المختلف و جامع المقاصد و الكفايه و حكاه فى لف عن الاسكافى و الحلى و القاضى و صرح فى المسالك و الكفايه و المفاتيح بانه المشهور الثانى عدم الجواز و حكاه فى المختلف عن النهايه و الاستبصار و المبسوط قائلا قول الشيخ لا يخ عن قوه و المعتمد عندى هو القول الاول لوجوه الاول انه تبه فى الغنيه على دعوى الإجماع عليه قائلا من وجد عين ماله من غرمائه كان احق بها من غيره بدليل اجماع الطائفه و يعضد ما ادعا دعوى الشهره فى الكتب المتقدم اليها الاشاره الثانى خبر عمرو بن يزيد عن مولانا الكاظم ع قال سألته عن الرجل يركبه الدين فيوجد متاع الرجل عنده بعينه قال لا- يحاصه الغرماء و قد وصف هذه الروايه بالصيحه فى لف و الكفايه و مجمع الفائده لا يقال هى محموله على صوره وجود الوفاء لأننا نقول هذا تخصيص العام من غير دليل فلا يصار اليه الثالث ما اشار اليه فى لف قائلا فى مقام الاحتجاج على المختار و لأنه لم يسلم العوض فكان له الرجوع الى العوض دفعا للضرر و فيما ذكره نظرت لا يقال يدفع ما ذكر وجوه احتج فيها فى لف للشيخ قائلا احتج الشيخ بان دينه و دين غيره متعلق بذمته و هم مشتركون فى ذلك فلا وجه للتخصيص و لان المال قد انتقل اليه فلا يعود على مالكة الا بوجه شرعى و بما رواه ابو ولاد لأننا نقول الوجوه المذكوره لا تصلح لذلك كما اشار اليه فى لف قائلا فى مقام الجواب عنها و الجواب وجه التخصيص ظ و هو النص و الحكمه فيه ظاهره فانه قد وجد عين ماله و لم يحصل له العوض فكان له التسلط باخذها بخلاف غيره اذ الذمه محل ديونهم و الوجه الشرعى ظ و هو النص و روايه ابى ولاد يتناول غير صورته النزاع لاختصاصها بالميت و يعضد ما ذكره قول لك و الكفايه و لا دلالة لروايه ابى ولاد على مطلوب الشيخ لورودها فى غريم الميت

ص: ١٩٧

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين و الصلاه و السلام على خير خلقه محمد و آله الطيبين الطاهرين

## كتاب مناهل المضاربه و القراض

### منهل قد تبه فى النافع و التبصره و اللمه على تعريف المضاربه

قائلين المضاربه هى ان يدفع الانسان مالا الى غيره ليعمل فيه بحصه من ربحه و كذا تبه عليه فى الغنيه قائلا المضاربه و القراض عباره عن معنى واحد و هو ان يدفع الانسان الى غيره مالا يتجر به على ان ما رزقه الله من ربح كان بينهما على ما يشترطانه و كذا تبه عليه فى كره و الكفايه بقولهما القراض عقد شرع لتجاره الانسان بمال غيره بحصه من الربح و كذا تبه عليه فى القواعد بقوله القراض هو ان يدفع شخص الى اخر مالا ليسعى له على الشركه فى الكسب من غير ان يكون عليه شىء من الخساره و لا اشكال فى كون المضاربه من المعاملات الصحيحه المشروعه كما صرح به جماعه و لهم اولا- قول التحرير القراض معامله صحيحه بالاجماع و يعضد ما ادعا اول قول التنقيح هذا العقد صحيح للاجماع و الأحاديث و ثانيا قول مجمع الفائده الظاهر انه لا- خلاف بين المسلمين فى جواز المضاربه نقله فى التذكره و ثالثا قول ضه و التصبوص الصحيحه على صحتها بل اجماع المسلمين و رابعا قول الكفايه هذه المعامله جائزه بالنص و الاجماع و ثانيا قوله تعالى **إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ** و قوله تعالى **أَوْفُوا بِالْعُقُودِ** و ثالثا قولهم ع فى عدّه اخبار معتبره المؤمنون عند شروطهم و رابعا جمله من الاخبار كما تبه عليه فى التنقيح و ضه و الكفايه

و يصح الايجاب بلفظ قارضتك كما صرح فى كره و القواعد و التحرير و التنقيح بلفظ ضاربتك كما صرح به أيضا فى الكتب المذكوره و بلفظ عاملتك كما صرح به فى التذكرة و القواعد و بقوله خذه و اتجر به على ما سهل الله تعالى عز و جل فى ذلك من ربح و فائده تكون بينهما بالسويه او متفاوتا كما صرح به فى كره و يصح القبول بلفظ قبلت كما صرح به فى كره و القواعد و التحرير و بلفظ رضيت كما صرح به فى التنقيح و كذا يصح كالأيجاب بغير الألفاظ المذكوره من سائر الألفاظ الداله عليهما و بالجمله يصحان بكل لفظ دلّ عليهما كما صرح به فى كره و التحرير و التنقيح و ضه و صرح فيها بأنه لو ازم جواز المضاربه فلا يشترط الماضويه و لا العربيه و لا عدم اللحن و لا توافق الايجاب و القبول فى اللغه فيجوز ان يكون احدهما عربيا و الاخر فارسيا او تركيا او هنديا او غيرها لظهور الاتفاق على ذلك و لعموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و قوله تعالى إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ و لعموم قولهم ع فى عدّه اخبار معتبره المؤمنون عند شروطهم و لفحوى ما دلّ على جواز ذلك فى البيع و هل يكفى الايجاب و القبول الفعليين فلا يشترط اللفظ فيهما مط كالبيع على المختار من صحه المعاطات فيه او لا فيشترط فيهما اللفظ كالتكاح فيه اقوال ثلاثه احدها أنه يشترط فيهما اللفظ و هو لظ التحرير و القواعد و مال اليه فى ض محتجا بلزوم الاقتصار فيما خالف الاصل الدال على ان الربح تابع للمال و للعامل اجره المثل المنطبق مع المضاربه تاره و المتخلف عنها اخرى على المتيقن و هو ما اشتمل على اللفظ و يؤيد ما ذكره ما تبه عليه فى التذكرة بقوله لا بدّ فى هذه المعامله من لفظ دال على الرضا من المتعاقدين اذ الرضا من الامور الباطنيه التى لا يطلع عليها الا الله عزّ و جلّ و قد يجاب عما ذكره بالمنع من صلاحيته لمعارضه ادله القول الثالث مع أنه من المعلوم ان الافعال قد تفيد العلم بما فى الضمائر و بالامور الباطنيه كالأقوال بل دلالة الافعال غالبا اقوى من الاقوال كما لا يخفى هذا و قد يفيد الفعل باطنا اقوى بالمراد من القول فاذا اعتبر ظنه لزم اعتبار الظن الأقوى منه و هو الحاصل من الفعل احيانا بطريق اولى فت و ثانياها انه يشترط اللفظ فى خصوص الإيجاب دون القبول و يكفى فيه الفعل و هو للتذكرة و صرح فى ضه بانّ جواز القبول الفعلى لا يخلو عن قوه و ثالثها أنه لا يشترط فيهما اللفظ بل يكفى الفعل مط و هو للكفايه و هو الأقرب اميا اولا فلعموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ بناء على شمول لفظ العقد لغه و عرفا للقول و الفعل و لم يثبت اختصاصه بالاول الا عند جماعه من الفقهاء فلا يجوز حمل لفظ الكتاب عليه و اما ثانيا فلعموم قولهم عليهم السلام فى عدّه اخبار معتبره المؤمنون عند شروطهم و اميا ثالثا لفحوى ما دلّ على عدم توقّف البيع على الإيجاب و القبول اللفظيين و اما رابعا فلخلو الأخبار عن التنبيه على توقّف المضاربه على الايجاب و القبول اللفظيين مع توقّف الدواعى عليه و

ينبغى التنبيه على امرين

### الاول هل يشترط عدم الفصل بين الايجاب و القبول

و المقارنه و الموالات بينهما او لا صرح بالأول فى التذكرة قائلا لا بدّ من القبول على التّواصل المعبر فى سائر العقود و استحسنة فى ض محتجا عليه بالاصل المتقدّم اليه الاشاره و الاقرب عندى عدم اشتراط ذلك و اليه صار فى الكفايه و مجمع الفائده و تبه فيه على وجهه بقوله لا يشترط المقارنه للأصل و حصول التراضى الدال على الجواز للآيه و صدق المضاربه فيجرى فيها دليلها فقوله على التّواصل المعبر فى سائر العقود محل التامل لما مرّ و لأنه مناف لعدم اعتبار القبول الا ان يقول لا بدّ من التّواصل سواء

كان بين لفظ الايجاب و لفظ القبول او فعل دال على ذلك مثل الاخذ بعد صيغه الايجاب بلا فصل و هو لا يخ عن بعد و يأبى عنه قوله المعبر في سائر العقود كالوكاله و لعله اشار بقوله للآيه الى قوله عز و جل الا- أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ و يحتمل ارادته قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و كيف كان فالآيتان الشريفتان ناهضتان باثبات مدعاه و هما هنا سلیمتان عن المعارض سوى اصاله الفساد و هى لا تصلح للمعارضه لأنهما اقوى منها من وجوه شتى و يعضد ما ذكره اولا عموم قولهم عليهم السلم في اخبار معتبره المؤمنون عند شروطهم و ثانيا ان المقارنه لو كانت هنا شرطا لفسدت المضاربه بدونها فيلزم ضمان العامل و فساد معاملاته الصادره بعد هذا العقد او عدم لزومها و التالى باطل فالمقدم مثله اما الملازمه فظاهره و اما بطلان التالى فلأصالة عدم ضمان العامل و استصحابه و للعمومات الداله على صحه المعاملات و لزومها و ثانيا خلو الاخبار و كلمات معظم علماءنا الأبرار عن الإشاره الى كون المقارنه

ص: ١٩٨

شرطا في صحه المضاربه و قد نبه على ما ذكر في الكفايه بقوله التواصل الذى ذكره لا دليل عليه

### التانى هل يشترط التنجيز هنا كأكثر العقود

فلو كان الايجاب او القبول او كلاهما معلقه على امر ممكن الوجود و العدم كان العقد فاسدا او لا فيكون صحيحا مط و لو مع عدم التنجيز و التعليق على شرط او صفه كما فى قوله اذا دخلت الدار فقد قارضتكم فيه قولان احدهما انه يشترط ذلك و قد صار اليه فى كره و ض محتجين عليه بالاصل و ثانيهما انه لا- يشترط ذلك و قد صار اليه فى مجمع الفائده و الكفايه و هو الأقرب و احتج عليه فى الاوّل بوجوه قائله بعد الاشاره الى قول كره يجب التنجيز فلا يجوز تعليقه على شرط او صفه لأن الأصل عصمه مال الغير و ان دليله على اشتراط التنجيز لا- يخ عن شىء إذ ادله جواز العقد يخرج المال عن عصمه صاحبه مع التعليق أيضا فإنه يصدق عقد المضاربه و يدل عليه ظ الآيه فأنه تجاره عن تراض و الدال على الرضا موجود و لأنه يصدق على التجاره التى فعلها العامل بهذه المضاربه مثل البيع و الصلح فيدل دليل جوازها على جوازها الا ان يقال لا دليل على المضاربه الا الاجماع و لا اجماع هنا و يعضد ما ذكره اولا قول الكفايه فى وجوب التنجيز أيضا تامل لعموم النصوص و حصول التراضى فى الآيه و ثانيا عموم قولهم ع فى عدّه اخبار معتبره المؤمنون عند شروطهم و ثالثا خلو الاخبار و معظم كلمات علماءنا الأبرار عن الإشاره الى كون التنجيز شرطا و فى جميع الوجوه المذكوره نظر و التحقيق ان يقال ان كان المراد من كون المراد من كون التنجيز شرطا ان لا يكون نفس الايجاب او القبول او كلاهما معلقه على امر ممكن الوجود و العدم فهو فى غايه القوه اذ مع هذا التعليق لم يتحقق الإنشاء المعبر فى العقد بل غايته الوعد به و هو غير لازم الوفاء به سلمنا و لكن لا يستلزم تحقق مضمون العقد و بالجملة مع هذا التعليق لم يتحقق حقيقه المضاربه و لا حقيقه العقد فلا يشمل العقد المفروض العمومات الداله على صحه المضاربه و العقود من الكتاب و السنه و عبارات الاصحاب فيبقى اصاله الفساد و عدم الصيحه سليمه عن المعارض بل الصّحه هنا غير متعلقه لأن ثبوت الشىء للشىء فرع ثبوت المثبت له و يؤيد ما ذكر ان التعليق بالمعنى المذكور مفسد لمعظم العقود فكذا هذا العقد عملا بالاستقراء فت و ان كان المراد ان لا يشتمل عقد المضاربه على تعليق و لو لم يكن منافيا لتحقيق مقتضى العقد فهو ضعيف قطعاً للوجوه المتقدمه اليها الإشاره فى مجمع الفائده و الكفايه و كلامنا و لفحوى جواز ذكر الشروط فى ضمن اكثر العقود كعقد الاجاره و البيع و الصّالح مضافا الى قاعده الاستقراء و الى امكان دعوى الاتفاق على صحه عقد المضاربه مع هذا



التعليق فعلى هذا لا يكون محلّ البحث الا الفرض الأوّل كما لا يخفى

### منهل اختلف الاصحاب فى استحقاق العامل ما شرط له فى عقد المضاربه من نصف الربح او ثلثه او ربه او غير ذلك

من الكسور التسعه على قولين احدهما انه يستحقّ الحصّه المشترطه له سواء وافقت اجره المثل أم زادت عليها أم نقصت عنه و هو لنافع و يع و لف و عد و التحرير و الايضاح و اللمع و جامع المقاصد و لك و ضه و مجمع الفائده و الرياض و غيرها و المحكى عن الإسكافى و الشيخ فى المبسوط و الخلاف و صا و ابن حمزه و الحلّى و هو ظ الشيخ فى موضع من التّهايه و صرح فى جامع المقاصد بانه مذهب اكثر الاصحاب و فى المقتصر و غيره بانه المشهور و فى الرياض بانه مذهب عامه المتأخرين و ثانيهما انه لا يستحق ذلك بل ليس له الا اجره المثل و هو للمحكى عن المفيد و الشيخ فى التّهايه و سلار و ابن البراج و ظ ابى الصّياح للأولين امور الأوّل أنّ العامل لو لم يستحقّ ما شرط له لما كانت المضاربه صحيحه و التّالى باطل فالمقدّم مثله أمّا الملازمه فلان معنى كون المضاربه صحيحه ليس الا ثبوت الاستحقاق المشار اليه لأنه من مقتضى عقدها و صحّه العقد ليس الا ثبوت مقتضاه و لذا صرّح فى لك و غيره بان مرجع النزاع فى هذه المسأله الى أنّ المضاربه هل هى عقد من العقود الصّحيحه المشروعه و نبه على هذا فى ضه أيضا بقوله و فى قول نادر ان اللازم اجره المثل و ان المعامله فاسده لجهاله العوض و النصوص الصّحيحه على صحّتها بل اجماع المسلمين و اما بطلان التّالى فلأدله الداله على صحه المضاربه منها الإجماعات المحكيه عليها و قد تقدّم اليها الاشاره و منها عموم قوله تعالى **إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ** و قد احتج به فى لف و الايضاح على مختارهما هنا و منها عموم قولهم عليهم السّلام المؤمنون عند شروطهم و قد تمسّك به فى لف و جامع المقاصد على ذلك أيضا و منها عموم قوله تعالى **أَوْفُوا بِالْعُقُودِ** و قد احتج به على ذلك أيضا فى لف و الايضاح و جامع المقاصد لا يقال هذا الاحتجاج فاسد لما تبّه عليه بعض المحققين قائلًا الاستدلال بعمومى الامر بالوفاء بالعقد و الالتزام بالشّروط لإثبات استحقاق المضارب ما شرط له ضعيف جدًا لإفادتهما الوجوب من حينهما و لم يقل به احد اصلا لأننا نقول ما ذكره خيال ضعيف و قد بينا وجهه الثانى خبر الحلبي عن الصادق ع المال الذى يعمل به مضاربه له من الربح و ليس عليه من الوضيعه شىء الا ان يخالف امر صاحب المال لا يقال هذه الروايه لا يصحّ التمسّك بها لضعف سندها لما تبّه عليه المقدّس الأردبيلى قدّس سرّه قائلًا و فى الطريق محمّد بن عيسى عن ابان و يحيى و فى محمد بن عيسى كلام و هما مشتركان و الظاهر ان ابان هو ابن عثمان لأننا نقول لا نسلم ضعف الطّريق لأنّ العلامه فى لف كما عن التذكرة حكم بصحّه هذه الروايه و كذا حكم بها فى الإيضاح سلّمنا و لكن الضّعف منجبر بالشّهره المحققه و المحكيه فى كلام جماعه و لا يقال غايه ما يستفاد من الروايه ان للمضارب شىء من الربح و هو لا يستلزم المدعى من استحقاقه لما شرط له لأننا نقول هذه الروايه دلّت على ان العامل يستحق من الربح و الظاهر ان كل من قال بذلك قال باستحقاقه ما شرط له من الربح اذ القائل باستحقاقه لأجره المثل لا يقول بانه يستحقّ من الربح شيئا بل انما يقول بأنّه يستحقّها من المالك و بأنّها تتعلق بدمته لا بالربح فيجوز له ان يؤدّيها من اى مال من امواله شاء و قد تبّه على ما ذكرناه فى ض قائلًا فى مقام الاحتجاج على مختاره و الاصل فيه المعتبره المتفيضه الحاكمه فى الربح بالشّركه و اما ربما يتخيل فى دلالتها بانّ الشركه فيه اعمّ من الاستحقاق منه بحسب الشّروط فلعلها ما يستحقه من الاجره و الاضافه يكفى فيها ادنى المناسبه و المناقشه فيه واضحه لان استحقاق الاجره انما هو على المالك لا على الربح فاضافاتهما لا وجه له بالكليه هذا مع منافات ذلك لسياقها و ما هو المتبادر منها جمله مع وقوع التصريح فى بعضها بانّ الربح

بينهما على حسب ما يشترط و ليس الا ما يحصل من الرّبح بقدر نصيبه دون اجره المثل الثالث خبر الكاهلي الذي وصفه بعض بالحسن عن ابي الحسن موسى ع في رجل دفع الى رجل مالا- مضاربه فجعل له شيئاً من الرّبح مسمّى فابتاع المضارب متاعاً فوضع فيه قال على المضارب من الوضيعه بقدر ما حصل من الرّبح الرابع خبر اسحاق بن عمّار الذي وصفه بعض بالموثقيه عن ابي الحسن ع قال سألته عن مال المضاربه قال الرّبح بينهما و الوضيعه على المال الخامس خبر اخر للحلي وصفه في مجمع الفائده بالصّححه عن ابي عبد الله ع في الرّجل يعطى الرّجل مالا- مضاربه فيخالف ما شرط عليه قال هو ضامن و الرّبح بينهما السادس خبر محمّد بن مسلم الذي وصفه في مجمع الفائده بالصّححه عن احدهما عليهما السّلام قال سألته عن الرّجل يعطى المال مضاربه و ينهى ان يخرج به فيخرج قال يضمن المال و الرّبح بينهما السابع خبر ابي بصير عن الصادق ع في الرّجل يعطى مالا مضاربه و ينهيه ان يخرج الى ارض اخرى فعصاه فقال هو ضامن له و الرّبح بينهما اذا خالف شرطه و عصاه الثامن ما تبه عليه والدي العلامه قدّس سرّه بقوله و قد استعمل الصّحابه فروى ذلك عن علي ع و ابن مسعود و حكيم بن حزام و ابي موسى الاشعري و لا- مخالف لهم فيه و للآخريين وجوه أيضا منها أنّ الاصل فساد المضاربه و عدم استحقاق العامل ما شرط له و قد يجاب عنه بأنّه مدفوع بأدله القول الاوّل فانّها اقوى منه و منها أنّ النماء تابع للأصل بالاصاله فيكون الرّبح للمالك و لا يستحق العامل منه شيئاً و قد يجاب عنه أوّلا بالمنع من كليه الصغرى كما تبه عليه في الإيضاح و لك و ض و ثانيا بان الكليه المذكوره لو سلمت يجب تخصيصها بأدله القول الاوّل و منها أنّ المضاربه معامله فاسده لجهاله العوض فيكون الرّبح لصاحب المال و عليه اجره المثل للعامل لأنّه لم يسلم له ما شرط له و قد يجاب عنه بالمنع من فساد هذه المعامله و جهاله العوض لا يستلزمه بل يجوز معها الحكم بالصّححه كما في المزارعه و المساقات و قد تبه على ما ذكر في لف و الايضاح لا- يقال الاصل فساد المعامله المشتمله على الجهاله لعموم النهى عن الغرر خرج منه المزارعه و نحوها بالدليل و لا- دليل على خروج محل البحث فيبقى مندرجا تحته لأننا نقول لا نسلم الاصل المذكور لفقد الدليل عليه سلّمنا و لكن نمنع من فقد الدليل على اخراج محل البحث منه فان أدله القول الاوّل مقتضى اخراجه أيضا فاذن المعتمد هو القول الاوّل

## منهل عقد المضاربه من العقود الجائزه

### اشاره

فيجوز لكلّ من المالك و العامل ان يفسخها مط و ان لم يرض الاخر و قد صرّح بأنّها من العقود الجائزه في الغنيه و فع و يع و التحرير و عد و اللعنه و جامع المقاصد و ضه و لهم اولاً- ظهور الاتّفاق عليه و ثانيا تصريح لك و ض بانه لا خلاف في كون القراض من العقود الجائزه من الطرفين و ثالثا ما تبه عليه في لك بقوله و لأنّه و كاله في الابتداء ثم قد يصير شركه و هما جائزتان و

### ينبغي التنبيه على امرين

#### الاول في جواز الفسخ بين ان يكون المال ناضا او لا

كما صرّح به في فع و يع و التحرير و عد و جامع المقاصد و ضه بل الظاهر أنّه ممّا لا خلاف فيه

#### الثاني لا يشترط في الفسخ لفظ مخصوص

بل يكفى فيه كَلْمَا دل عليه لوجوه احدها ظهور اتفاق الأصحاب عليه لأنهم لم يصرحوا بكون اللفظ شرطا فيه و هو يفيد ما قلناه و ثانيها أنّ المضاربه و كاله فى المعنى على ما يظهر من كلمات الاصحاب و الوكاله لا يشترط فى فسخها اللفظ فكك المضاربه و ثالثها أنّه لو اشترط فيه اللفظ لاشتهر لتوفّر الدّواعى عليه و التالى باطل فكذا المقدم فعلى هذا لو بنى احدهما على الفسخ انفسخ العقد و ان لم يصرح بالفسخ و لم يجز للعامل التصرف الا بعقد جديد و لو تصرف ببيع و نحوه من سائر المعاملات كان فضوليا و لم يستحق حصته المذكوره فى العقد الأوّل ثابتا و يؤيده اصاله عدم الاستحقاق لا يقال الأصل بقاء متقضى العقد الأوّل لأننا نقول لا نسلم الاصل المذكور هنا لتغير موضوع الحكم سلمنا و لكنّه معارض بالأصل الذى ذكرناه و معه لا يمكن الحكم بالاستحقاق مع ما عرفت من أنّ الظاهر من الاصحاب حصول الفسخ اذ هو مستلزم لعدم الاستحقاق جدّا لا يقال عموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ يقتضى الحكم بالاستحقاق ح لأننا نقول لا يجوز التمسك به هنا فت

### منهل يشترط فى مال المضاربه ان يكون عينا موجوده فى الخارج

#### اشاره

يصح الإشاره اليها بلفظه هذا فلا يصح المضاربه بالدين قبل قبضه كما فى التّهايه و السرائر و يع و فع و التحرير و عد و س و التّفيح و جامع المقاصد و ضه و مجمع الفائده و الكفايه و ض و لهم اولا- ظهور الاتفاق عليه و ثانيا قول التذكره لا- يجوز القراض بالدين و لا نعلم فيه خلافا و يعضد ما ذكره قول مجمع الفائده فى مقام و اما عدم الجواز بالدين فدليله فكأنه الايقاع و فى اخر لو لا- الاجماع فى اشتراط كونه غير دين لأمكن القول بعدمه و كذا يعضده قول الرّياض فى مقام و يشترط فى مال المضاربه ان يكون عينا لا- دينا و فى اخر لا- تصح المضاربه بالدين حتى يقبض بلا- خلاف بل عليه الاجماع فى كره و كذا يعضده قول بعض الا-جله لا- خلاف بين الأصحاب فى أنّه يشترط فى مال القراض ان يكون عينا لا دينا و ثالثا ما تبّه عليه بعض الفضلاء من ان ما فى الذمه لا بدّ من تحصيله اولا و لا يجوز ضم عمل الى التجاره و رابعا خبر السكونى عن الصادق ع قال قال امير المؤمنين ع فى رجل له على رجل مال فتقاصاه فلا يكون عنده فيقول هو عندك مضاربه قال لا يصلح حتى يقبضه و

#### ينبغى التنبيه على امور

### الاول لا فرق فى الدين بين ان يكون فى ذمه العامل او غيره

كما صرح به فى كره على ما حكاه فى مجمع الفائده محتجّا فيها بأنّه غير متعين كونه مملوكا لصاحبه لأنّ ما فى ذمه العامل امر كلى غير متعين فى مال معين من امواله فلا يصح المضاربه به

### الثانى صرح فى بيع و التحرير و عد و جامع المقاصد بأنّه لو اذن العامل فى القبض

من الغريم لم يصح العقد ما لم يجدده بعده و صرح بما ذكره أيضا فى لك و ض محتجين بأنّ ذلك لا يخرج عن المضاربه و ما ذكره جيّد و على هذا لو اشترى به بعد قبضه كان فضوليا كما صرح به فى لك

### الثالث صرح فى التحرير و عد جامع المقاصد بأنّه لو قال اقضتك هذه الالف شهرا

ثم هي بعد ذلك مضاربه لم يصح المضاربه بل لا بد من تجديد عقدها بعد الشهره و قبضه من يد المقترض و هو جيد و تبه على وجهه في الاخير بقوله لأن القراض على عوض هذا القرض وقت حصوله فلا يصح هذه الصيغه اذ ليس يحق الان و إنما هو آئل الى ان يصير حقًا و دينا و هل يصح القرض او لا احتمالان احدهما أنه يصح و قد صار اليه في مجمع جامع المقاصد محتجا بأنه لا مانع فيه الا ما يتخيل من ضميمه المضاربه الفاسده و لا اثر لها في ذلك لأنها لم يقع على وجه الشرط و اذا بطلت احدى المعاملتين لم يجب ان تبطل الاخرى و هو جيد و أنها لا يصح و هو ضعيف

### الزابع صرح في عد بأنه لو قال ضاربتك شهرا

ثم هو قرض فصح المضاربه و صرح به في جامع المقاصد أيضا محتجا بأنه عقد صدر من اهله في محله مستوفيا للشروط  
ص: ٢٠٠

لأنه المفروض فيصح و صرح في التحرير بأنها لا تصح على القول بطلان القراض المؤجل و على القول الاول فهل يصح القرض ح او لا استظهر الاول في جامع المقاصد قائلا الظاهر صحه القرض في هذه الصورة كما لو اجر مده غير متصله بزمان العقد و فيه تردد و المسأله في الصورتين محل اشكال فلا ينبغي فيهما ترك الاحتياط و لكن احتمال صحه العقدين في غايه القوه

### الخامس صرح في عد بأنه لو قال له اعزل المال الذي لي عليك

و قد قارضتك عليه ففعل و اشترى بعين المال للمضاربه فالشراء له و كذا ان اشترى في الذمه و حكى في جامع المقاصد عن التذكرة الاشارة الى وجهه قائلا بعد الإشاره اليه لا يخفى بطلان القراض لوقوعه على الدين لأنه وقع قبل العزل ثم ان الامر بالعزل لا يقتضى تعين الدين فيكون باقيا في ذمه المديون و المعزول له فاذا اشترى للمضاربه بغير المال كان الشراء له لأن المال ملكه و تبه القراض لا اثر لها في الشراء بملكه و كذا ان اشترى للقراض في الذمه و دفع المال لأن الماذون هو الشراء للقراض ليعد مال القراض و قد تقرّر ان المال المذى في يده له فاذا اشترى وقع الشراء له كذا قرره في كره و القائل ان يقول لم لا يكون الشراء فضوليا يتوقف على الاجازه لأنه نواه و العقود بالقصود و المسأله محل اشكال و لكن ما تبه عليه في جامع المقاصد من بطلان القراض ح و وقوع الشراء فضوليا يتوقف على اجازه الأمر بالعزل جيد خصوصا الاول

### منهل يشترط في مال المضاربه ان يكون معينا غير مجهول

#### اشاره

كما في يع و كره و التحرير و القواعد و جامع المقاصد و لك و لهم اولا ظهور الاتفاق عليه و ثانيا ما يستفاد من كلام بعض من دعوى الإجماع عليه و ثالثا الأصل و

#### ينبغي التنبيه على امور

#### الاول لو احضر المالك الفين

وقال للعامل قارضتك على احد هذين الألفين او على أيهما شئت فصرح في بيع و عد و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و لك بأنه لم يصح المضاربه و احتج عليه في الثالث و الأخيرين بعدم التعيين و صرح فيهما بأنه لا فرق في المالين بين كونهما متساويين جنسا و قدرا او مختلفين و هو جيد

### **الثاني لو قارضه و أطلق ثم احضر اليه الف في المجلس**

و عينها فصرح في التذكرة بأنه لا- يصح و هو جيد و تبه في مجمع الفائدة على دعوى الاتفاق عليه قائلا- كان دليل اشتراط الحضور بالمعنى المذكور اجماعا فت

### **الثالث صرح في بيع و التحرير و لك و مجمع الفائدة بأنه اذا قال بع هذه السلعه**

فاذا نض ثمنها فهو قراض لم يصح و لهم وجوه منها ما تبه عليه في لك من ان المال الذي يصح به القراض مجهول عند العقد فيلزم منه الفساد و منها ما تبه عليه في بيع و لك من ان المال المذكور غير مملوك لصاحب السيلعه فيلزم منه الفساد و منها ما تبه عليه في لك من ان العقد المفروض معلق على شرط فلا يصح

### **الرابع صرح في بيع و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و لك و ضه و غيرها بأنه يصح القراض بالمشاع**

و علله في لك بأنه معين في نفسه و جامع لباقي الشرائط فيصح القراض به و صرح فيه بأنه لا فرق بين ان يكون عقده واقعا مع الشريك و غيره و هو جيد

### **الخامس صرح في جامع المقاصد بأنه يصح القراض بالمال الغائب عنهما وقت العقد**

و هو جيد ثم صرح بأنه لو افترط فظاهر اطلاقهم عدم منافات الصحة

### **منهل اختلف الأصحاب في صحه المضاربه مع عدم العلم بمقدار المال الذي يصح به المضاربه على اقوال**

احدها أنها لا تصح مط و لو شاهد ذلك المال و هو للخلاف و بيع و الايضاح و المقتصر و جامع المقاصد و ض بل صرح في مجمع الفائدة بأنه المشهور و ثانيها أنها تصح مط و لو لم يشاهد ذلك المال و هو للمختلف و مجمع الفائدة و المحكى عن قوم و ثالثها أنها تصح مع المشاهده لا مط و قد حكاها جماعه عن المبسوط و ربما نسب الى السيد المرتضى قدس سره على ما قيل و المسألة محل اشكال و لذا توقف فيها في القواعد فلا ينبغي ترك الاحتياط و لكن القول الثاني الذي ذهب اليه جماعه لا يخ عن قوه و لهم اولاً- عموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و ثانيا عموم قوله تعالى إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ و ثالثا عموم قوله المؤمنون عند شروطهم و قد احتج في لف على مختاره هنا قائلا لنا الاصل الصحة و قوله ص المؤمنون عند شروطهم فقد وجد شرط سائغ فيحكم و لعله تبه على هذه العمومات في مجمع الفائدة بقوله القول بالصحة لعموم الادله غير بعيد و ان كان خلاف المشهور و يحتمل أنه اراد العمومات الواردة في خصوص المضاربه و لكن اجاب عنها بعض الاجله بأنها تنصرف الى الشائع و ليس منه محل البحث و رابعا خلو النصوص عن الاشاره الى كون معلوميه رأس المال شرطا في صحه المضاربه مع توفر الدواعى عليه لا

يقال عدم المشاهده و عدم معلوميته قدر المال يستلزم الغرر و هو موجب لفساد العقد لأننا نقول الصيغى ممنوعه خصوصا مع كون هذا العقد جائزا و يؤيد ما ذكرناه ما تبه عليه بعض من اندفاع معظم الغرر بالمشاهده سلمنا و لكن نمنع من كليته الكبرى خصوصا فى العقود التى بنائها على الجهاله و منها هذا العقد و لا يقال المضاربه عقد شرعى يترتب عليه احكام شرعيه فيحتاج فى الحكم بصحته الى دليل شرعى و هو مفقود هنا لأننا نقول لا نسلم فقد الدليل على ذلك لأن ما بيناه من العمومات ادله على الصيغه و قد استدلل بها كثير من الأصحاب على صحته جمله من العقود و ان ادعى الخصم ان دليل صحه المضاربه يشترط فيه ان يكون نصا صريحا فلا وجه له جدا و ما الفرق بينه و بين سائر العقود و كيف جاز اثبات صحتها بالعموم و لم يجز اثبات صحته عقد المضاربه به بل جواز الاوّل يستلزم جواز الثانى لظهور اتفاق المحققين من المسلمين على عدم الفرق بين الأمرين و لقاعده الاولويه و للاستقراء و لتفقيح المناط و للاشتراك فى دليل الحجية كما لا يخفى و لا يقال جهاله راس المال تستلزم جهاله الربح و هى مستلزمه لجهاله نصيب كل واحد من صاحب المال و العامل و معها يلزم فساد العقد كما تبه عليه المحقق الثانى لأننا نقول هذا فاسد لأنه ان اريد ان جهاله راس المال حين العقد يستلزم جهاله الربح فهو ممنوع لإمكان معرفه راس المال بعد العقد فيتعين الربح و ان اريد ان جهاله راس المال مط يستلزم جهاله الربح فهو مسلم و لكن ليس الكلام الا فى اشتراط معلوميه راس المال حين العقد لا مط و قد تبه على ما ذكرناه فى الإيضاح فت و لا يقال شهره القول بعدم الصحه يدفع العمومات و ربما يؤيد ما ذكر ما تبه عليه فى مجمع الفائده بقوله قال فى كره لا- يصح القراض على الجزاف و كأنه لا خلاف فيه أيضا عند علماءنا لأننا نقول لا- نسلم ثبوت اشتهار القول المذكور بحيث يصلح لمعارضه العمومات بل قد يدعى اشتهار القول الثانى لان كثير من الأصحاب لم يتعرضوا لمحلّ البحث فت

### منهل اذ وقع الاختلاف

فى زياده

ص: ٢٠١

راس المال و نقيصته و بين ربّ المال و العامل فادعى الاوّل الزيادة و الثانى النقيصه و قلنا بصحة المضاربه مع عدم العلم بمقدار راس المال مط او مع المشاهده فالقول قول العامل مع يمينه كما فى بيع و التحرير و القواعد و جامع المقاصد و ضه و لك و حكاها فى المبسوط عن قوم و لهم انّ العامل هنا منكر على جميع تفاسيره فيكون القول قوله مع يمينه لعموم قوله ص و اليمين على من انكر و ان قلنا بفساد المضاربه فى الصوره المذكوره فهل القول قول العامل مع يمينه فى الدعوى المفروضه أيضا فالقول قوله مع يمينه فى النقيصه مط او لا- صرح بالأوّل فى جامع المقاصد و لك و غيرهما و ربما يظهر من بعض العبارات اختصاص ذلك بصحة المضاربه مع المشاهده و هو ضعيف بل الأقرب هو القول الأول و لو أقام كل من ربّ المال و العامل البيئه على ما يدعى فحكى فى المبسوط عن قوم القول بتقديم قول المالك ح لان بينته بينه الخارج

### منهل يشترط فى مال المضاربه ان يكون دراهم او دنانير

اشاره

كما فى بيع و فع و كره و د و عد و التحرير و اللمعه و جامع المقاصد و لك و ض و لهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه و منها انه

حكى عن لك دعوى الاجماع عليه و يعضد ما ادعاه اولا قول التذكرة يشترط ان يكون من التقدين دراهم و دنانير مضروبه و منقوشه عند علماءنا و ثانيا قول جامع المقاصد و ما عدا الدرهم و الدنانير لا تصح المضاربه به بإجماعنا و اتفاق اكثر العامه و قول الروضه و انما يجوز المضاربه بالدرهم و الدنانير اجماعا و ليس ثمة عله مقنعه غيره و منها ما تبّه عليه فى لك بقوله انّ المضاربه معامله تشتمل على غرر اذ العمل مجهول و الربح غير متيقن الحصول و انما سوّغت هذه المعامله مع ذلك للحاجه فيختصّ بما يسهل التجاره به و يروج فى كلّ وقت و حال و هو التقدان و فيما ذكره نظر كما اعترف به بقوله و لا يخفى ان اثبات الحكم بمثل هذه التعليلات بعيده و العمده على نقل الاجماع و

### يتفرّع على الشرط المذكور امور

#### احدها عدم صحّه المضاربه بالعروض

و قد صرّح فى يع و فع و التحرير و عد و ضه و لك و ض و لهم مضافا الى ما تقدم الاشاره الا- أنّه تبّه فى لك على دعوى الاتفاق عليه بقوله و عدم جواز المضاربه بالعروض موضع وفاق و ثانيا ما تبّه عليه فى لك أيضا بقوله و علل مع ذلك بأنّه لا يتحقّق فيها الربح لأنّه ربما ارتفعت قيمتها فيدخل الربح فى اصل المال او يستغرقه و ربما نقصت قيمتها فيصر راس المال و ربحا و الاعتماد على الاتفاق ثم تبّه به على معنى العروض بقوله بان العروض بضمّ العين جمع عرض بفتحها ساكن الوسط و هو المتاع و كلّ شىء سوى التقدين ذكره فى القاموس و حكى الجوهرى عن ابى عبيد ان العروض هى الأمتعه التى لا يدخلها كيل و لا وزن و لا يكون حيوانا و لا عقارا و المعنى الاول انسب بالمقام

#### و ثانيا عدم صحّه المضاربه بالفلوس

و قد صرّح به فى يع و عد و التحرير و ض و صرّح فى مجمع الفائده بدعوى الإجماع عليه قائلا و كان دليل على عدم الجواز بالفلوس هو الإجماع و أنّه عروض و المراد به غير التقدين المنقوشين المتقومّ بهما قال فى كره اما الفلوس فلا يجوز القراض بها عندنا

#### و ثالثا عدم صحّه المضاربه بالحلى

و قد صرّح به فى التحرير

#### و رابعها عدم صحّه المضاربه بالنقره

و قد صرّح به فى القواعد و التحرير و ض و غيرها و لكن صرّح فى يع بالتردد فيه و هو ظ مجمع الفائده و نسبه فى لك على وجه التردد قائلا- منشأ التردد فيها من عدم كونها دراهم و دنانير هو موضع الوفاق و من مساواتها لهما فى المعنى حيث انهما من التقدين و انما فاتهما النقش و نحوه و انضباط قيمتها بهما و اصاله الجواز و هذا كلّه يندفع بما ذكرناه من اتّفاقهم على اشتراط احدهما و مع ذلك لا- نعلم قائلا- بجوازه بهما و انما ذكره المص متردد فى حكمها و لم ينقل غيره فيها خلافا و اذا كانت المضاربه حكما شرعيا فلا بدّ من الوقوف على ما ثبت فيه الاذن شرعا و مقتضى كلامه انّ التردد ليس فى محلّه و ان المعتمد هو

الفساد و هو كك و المراد بالتقره القطعه المذابه من الذهب و الفضة على ما صرح به فى جامع المقاصد

و

## ينبغى التنبيه على امور

### الأول هل يشترط فى الدراهم و الدنانير ان تكون مسكوكه بسكه المعامله او لا

فيه اشكال كما نبه عليه فى لك قائلا بعد ما حكينا عنه سابقا و ربما اطلقت التقره على الدراهم المضروبه من غير سكه فان صح هذا الاسم كان التردد من حيث انها قد صارت دراهم او دنانير و انما تخلفت السكه و هى وصف فى التقدين ربما لا يقدر خصوصا اذا تعول بها على ذلك الوجوه و مما تقدم من وجوه المنع و ظاهره التوقف فى المسأله و الاقرب عندى عدم الجواز لظهور عبارته التذكرة المتقدم إليها الإشارة فى دعوى الإجماع عليه و يؤيده قوه احتمال انصراف لفظ الدراهم و الدنانير الى المسكوكه و ان كان اللفظان المذكوران من الفاظ العموم لأن المسكوك هو المعهود و غيره اندر الافراد فينصرف اليه العموم كما ينصرف العموم فى قوله جمع الأمير الصاغة الى صاغة بلده او مملكته للعهد فت

### الثانى لا فرق فى السكه بين ان يكون سكه الإسلام

او الكفر

### الثالث هل يصح المضاربه بالدراهم المغشوشه او لا

فيه قولان احدهما انها لا تصح بها مط و قد صار اليه فى يع و التحرير و عد و ثانيهما انه لا تصح المضاربه بها اذا لم تكن معلومه الصيرف بين الناس و ان كانت معلومه الصيرف بينهم سواء جرت بها المعامله جازت المضاربه بها و صح جعله مالا للقراض و قد صار اليه فى جامع المقاصد و لك و مجمع الفائده و غيرها و هو الاقرب و على القولين لا فرق فى الغش بين كونه أقل او اكثر او مساويا كما صرح به فى يع و التحرير و عد و جامع المقاصد و لك

### الرابع اذا كانت الدراهم و الدنانير قديميه و مهجوره حين المضاربه

فهل يصح المضاربه بها او لا فيه اشكال فلا ينبغى ترك الاحتياط و لكن احتمال الجواز هو الأقرب

### الخامس لا يشترط فى راس المال كونه من جنس واحد

و لا بسكه واحد فلو كان بعضه دراهم و بعضه دنانير و بعضه بسكه و البعض بسكه اخرى جازت المضاربه بالجميع

### السادس لو كان التقدان مسكوكين بسكه المعامله



و لكن لم يبلغا وزن الدرهم و الدينار او كانا ازيد وزنا منهما فهل يصح المضاربه بما ذكر او لا فيه اشكال من ان الشرط كون راس المال من الدراهم و الدينار و ليس المفروض منهما لأن الدرهم و الدينار لهما وزن مخصوص فالناقص عنه و الزائد عليه لا يكون درهما و لا دينارا و من احتمال ان يكون المراد من الدرهم و الدينار مطلق التقدين المسكوكين بسكه المعامله و ان زاد او نقص عن وزن الدرهم و الدينار و هذا الاحتمال في غايه القوه لأنه المستفاد من السير المستمره و لتعذر المضاربه او تعسيرها غالبا لو كان الشرط وزن الدرهم و الدينار و لعدم

ص: ٢٠٢

التنبيه في نص و لا فتوى على كونه شرطا مع توفر الدواعى عليه فت

### منهل اذا كان العامل عاجزا عن العمل في راس المال

#### اشاره

و لم يقدر على العمل في شىء منه و تقلبيه في التجاره و البيع و الشراء فهو ضامن لما اخذه و وضع يده عليه حيث يكون رب المال جاهلا بعجزه سواء كان جميع المال او بعضه و قد تبه على ما ذكرناه في بيع و التحرير و عد و جامع المقاصد و لك و لهم اولا- ظهور الاتفاق عليه و ثانيا ما تبه عليه في جامع المقاصد بقوله لان تسليم المال اليه انما كان ليعمل فيه فاذا كان عاجزا عن العمل كان وضع يده على خلاف وجه الماذون فيه فكان ضامنا و قد صرح بما ذكره في لك و تبه عليه في التحرير و يثبت مع الضمان فساد العقد ان كان عجزه مستمرا بحيث لا يمكنه العمل فيه اصلا و ان علم بتمكنه منه بعد مده و كان مقتضى اطلاق كلام المالك الاجازه في العمل مط فالعقد صحيح و ان مقتضى كلامه الاجازه فيه في ايام العجز فالعقد فاسد اللهم الا ان يثبت الصيحه بفحوى ما دل على صحه العقد مع فقد بعض الشروط التي صرح بها المالك عند العقد و صرح في لك بصحه العقد مع ثبوت الضمان قائلا- و حيث ثبت الضمان لا يبطل العقد اذ لا منافاه بين الضمان و صحه العقد و نبه بعض الاجله على دعوى الاتفاق على ما ذكره بقوله قالوا و حيث يثبت الضمان لا يبطل العقد اذ لا منافاه بين الضمان و صحه العقد و يدل عليه ما في الاخبار و عليه اتفاق الأصحاب أنه مع المخالفه لما شرطه فانه يضمن الرّبح بينهما و

#### ينبغي التنبيه على امور

### الأول لو كان المالك غالبا بعجز العامل

فصرح في جامع المقاصد بأنه لا يضمن و كذا صرح به في لك قائلا لو كان المالك عاجزا لما يعجزه لم يضمن اما لقدمه على الخطر او لان علمه بذلك يقتضى الاذن له في التوكيل و فيما ذكره نظر كما تبه عليه بعض الاجله قائلا اذ الممكن ان يكون عالما بعجزه لكن يجوز حصول قدره له بعد ذلك بوجود من يساعده او يتجدد بعض الأسباب الموجبه للقدره و مع عدم امكان ذلك فان لا نسلم أنه بمجرد علمه بعدم قدره مع أنه دفعه اليه لأجل المعامله به و لم يحصل الرّبح ينتفى عنه الضمان اذ لا أقل ان يكون في يده كالأمانه و مجرد دفعه له على هذا الوجه جواز فواته على مالكة لأن المدفوع اليه عاقل مكلف امين ليس بمجنون و لا سفيه حتى يكون المالك قد فرط بدفعه اليه و قد يناقش فيما ذكر اولا بان ضمان العامل ح مدفوع بالاصل و ثانيا

بانه مدفوع بعموم نفي الضرر و الحرج لا يقال هما مدفوعان بعمومه قوله ع على اليد ما اخذت حتى تؤدى لأننا نقول هذه روايه مرسله فلا يجوز الاعتماد عليها فيما لا جابر لها كمحل البحث سلمنا اعتبارها باعتبار اشتهاها و قبول الأصحاب لها في كثير من الموارد و لكن التعارض بينها و بين عموم نفي الضرر و الحرج من قبيل تعارض العمومين من وجه كما لا يخفى و من الظاهر ان الترجيح مع هذا العموم و كيف كان فالمسأله محل اشكال فلا ينبغي فيها ترك الاحتياط و لكن احتمال التفصيل بين صورتى عدم تعدى العامل و عدم تفريطه فى الحفظ و صورته تعديته و تفريطه بالحكم بعدم ضمانه فى الصوره الاولى و الحكم بضمنانه فى الصوره الاخيريه لا يخ عن قوه

### **الثانى اذا عجز عن العمل فى البعض و قدر على العمل فى الباقي**

فان كان الذى هو عاجز عن العمل فيه ممتازا عن الذى يقدر على العمل فيه فلا يضمن الا المذى يعجز عن العمل فيه و ان لم يكن ممتازا ففيه احتمالات احدها انه يضمن الجميع و قد صار اليه الشهيد الثانى و له اولا ان تخصيص الضمان بالبعض ترجيح بلا مرجح و عدم الضمان أصلا باطل و ضمان الكلى غير معقول فانحصر فى ضمان الجميع و ثانيا ان الاصل ثبوت الضمان بوضع اليد على مال الغير لعموم قوله ص على اليد ما اخذت حتى تؤدى خرج بعض الصور عنه بالدليل و لا دليل على خروج محل البحث عنه فيبقى مندرجا تحت العموم و ثالثا لما تبه عليه الأردبيلى من ان ظاهر العبارات انه يضمن الجميع و ثانيها انه يضمن البعض و قد حكاه الشهيد الثانى عن بعض قائلو و هل يكون ضامنا للجميع او القدر الزائد على مقدوره قولان من عدم التمييز و النهى عن اخذه على هذا الوجه و من ان التقصير بسبب الزائد فيختص به و الأول اقوى و ثالثها ما حكاه الشهيد الثانى عن بعض قائلو و ربما قيل انه ان اخذ الجميع دفعه فالحكم كالأول و ان اخذه مقدورا ثم اخذ الزائد و لم يمزجا ضمن الزائد خاصه ثم اورد عليه قائلو- و يشكل بانه بعد وضع يده على الجميع عاجز عن المجموع من حيث هو مجموع و لا ترجيح الان لأحد اجزائه اذ لو ترك الاول و اخذ الزيادة لم يعجز و المسأله عندى محل اشكال فلا ينبغي فيها ترك الاحتياط و لكن القول الثانى لا يخ عن قوه

### **الثالث صرح فى لك بانه لو كان قادرا فتجدد له العجز**

و جب عليه ردّ الزائد عن مقدوره لوجوب حفظه و هو عاجز عنه و التخلّص منه بالفسخ فلو لم يفسخ ضمن و بقى العقد صحيحا

### **الرابع اذا اخذ مع العجز للحفظ لا بقصد المضاربه**

فلا يضمن و لعل اطلاق جماعه الحكم بالضمان بالأخذ محمول على صورته الاخذ للمضاربه لأنها المتبادره منه فت

### **منهل اطلاق عقد المضاربه يقتضى ان يتولى العامل ما يتولاه المالك**

#### **اشاره**

كما فى يع و التحرير و د و القواعد و جامع المقاصد و لك و ضه و مجمع الفائده و ض و المفاتيح و لهم اولا ظهور الاتفاق عليه و ثانيا انه المفهوم من اطلاق العقد مع عدم المعارض له و ثالثا ما تبه عليه فى مجمع الفائده بقوله قد عرفت انها بمنزله

الوكاله المطلقه فيعمل بمقتضاها و لا يخرج عن العرف فعلى ما ذكرناه يتولى العامل امورا منها عرض القماش على المشتري و الراغبين و نشره و طبعه و احرازه و حفظه و قد صرح بجميع ما ذكر في بيع و التحرير و القواعد و جامع المقاصد و ضه و ض و مجمع الفائده و صرح فيه بانّه ممّا لا شكّ فيه و منها قبض الثمن كما صرح به في الكتب المذكوره أيضا و صرح في مجمع الفائده فيه بانّه ممّا لا شكّ فيه قائلا فانه هنا مخالف للوكاله في البيع فقط من غير قرينه فان كون العقد قراضا قرينه على الاذن في القبض بل صريح في ذلك كما أنّه صريح في البيع لأنّ التجاره من غير القبض و التسليم غير ممكن عادة و هو ظ و الحق في التحرير بالقبض الاقباض و هو جيد و منها ايداعه الصندوق و قد صرح به في بيع و التحرير و عد و جامع المقاصد و منها استيجار ما جرت العاده بالاستيجار عليه و قد صرح بانّه يجوز للعامل استيجار على ما ذكر في بيع و عد و التحرير و جامع المقاصد و ضه و لك و ض بل الظاهر أنّه مما لا خلاف فيه و تبّه على وجهه في جامع المقاصد و لك قائلين حملا للإطلاق على المتعارف و بالجمله الامور التي لم تجر عاده التاجيل بمباشرتها بحسب حال تلك التجاره من مثل ذلك التاجر فله الاستيجار عليه و قد صرح بالقيود التي ذكرناها في لك و ض و عدّ ممّا ذكر امورا احدها وزن الأمتعه التقلية و قد صرح به في جامع المقاصد و لك و ض و نبه عليه

ص: ٢٠٣

فيما عداها من الكتب المتقدمه و ثانيها حمل الأمتعه التقلية و قد صرح به في جامع المقاصد و تبّه عليه فيما عداه و عد الروضه من سائر الكتب المتقدمه و ثالثها نقل المتاع الى الحانوت و دكان و قد صرح به في جامع المقاصد و رابعها النداء على المتاع و قد صرح به في جامع المقاصد أيضا و بالجمله يجوز له ان يستأجر الدلال و الوزان كما صرح به في بيع و عد و التحرير و ضه و كك الحمال كما صرح به في بيع و عد و التحرير و المسكن كما صرح به في التحرير و منها البيع و قد صرح به في التحرير و عد و جامع المقاصد و ضه و ض و زاد في التحرير و هو جيد و منها ما تبّه عليه في جامع المقاصد بقوله و وزن ما يخف كالذهب و المسك و نحو ذلك و صرح في التحرير بانّه لا يجب عليه فعل ما لا يليه المالك كالنداء على المتاع في الاسواق و نقله الى الجانات بل يستأجر له و

### ينبغي التنبه على امور

#### الاول لو استاجر العامل لما يجب عليه عمله مباشره

و هو الذي لم تجر العاده بالاستيجار عليه فالاجره عليه لا- على ربّ المال كما صرح به في بيع و التحرير و القواعد و جامع المقاصد و ضه و لك و مجمع الفائده و ض و لهم اولا ظهور الاتفاق عليه و ثانيا ما تبّه عليه في جامع المقاصد بقوله لان عليه فعله فعليه تحصيله باي وجه كان و ثالثا ما تبّه عليه في ضه و لك و ض بقولهما و هذا النوع لو استاجر عليه فالاجره عليه خاصيه حملا للإطلاق على المتعارف و رابعا ما تبّه عليه في ض من الاصل

#### الثاني اذا اتى بالعمل الذي له ان يستأجر عليه بنفسه

و لم يستأجر عليه و قصد بذلك اخذ الأجره لنفسه كما يأخذها توقيرا على نفسه و توسعا في المكتسب فهل يستحقها ح او لا تبّه

على الثاني في بيع و التحرير و مجمع الفائده و علله فيه بأنه خلاف العرف و العاده قائلين و لو تولى الأجير بنفسه لم يستحق أجره و فصل في جامع المقاصد قائلًا و لو عمله على قصد الاجره ففي الاستحقاق نظر و ينبغي ان قلنا ان الوكيل في البيع يجوز ان يبيع لنفسه و الوكيل في الشراء يجوز ان يشتري لنفسه ان يقول يجوز استيجاره نفسه لذلك العمل هنا و صرح بما ذكر في لك أيضا الا- أنه صرح بان اطلاق المحقق و الجماعه يقتضى العدم و كذا تبّه على ما ذكره في ض أيضا قائلًا لو قصد الاجره كما يأخذ غيره او أقلّ و قلنا بجواز ان يستأجر الوكيل في الاستيجار نفسه لم يبعد القول باستحقاقه الاجره سيّما الاقل للأولويه و فيما ذكره نظر و كيف كان فالاحوط ان لا يأخذ العامل الاجره ح بل لا يبعد القول بعدم استحقاقها لأصاله براهه الذمه عن وجوب اعطائها و لاستصحاب عدم استحقاق العامل لها و يؤيده ما صرح به في لك من ان اطلاق الجماعه يقتضى عدم الاستحقاق فت و صرح في جامع المقاصد بأنه لو اذنه المالك باخذ الاجره فلا بحث و هو جيّد و لو لم يقصد العامل في صوره عدم اذن المالك اخذ الاجره فلا يستحقّها على عمله كما في بيع و التحرير و جامع المقاصد و لك و مجمع الفائده و ض بل الظاهر انه ممّا لا خلاف فيه

### منهل يجوز للعامل ابتياع المعيب اذا لم يمنع منه المالك

و كان فيه الغبطه كما في التحرير و جامع المقاصد و لك و مجمع الفائده و لهم اولا ظهور الاتفاق عليه و ثانيا عموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و ثالثا عموم قوله تعالى أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ و رابعا عموم قوله تعالى إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ و خامسا عموم قولهم عليهم السّلام في عدّه اخبار معتبره المؤمنون عند شروطهم و سادسا ان ذلك مقتضى عقد القراض كما صرح به في التحرير و غيره لا- يقال لا- يجوز للوكيل ابتياع المعيب فلا يجوز للعامل أيضا لأنّ عقد القراض مرجعه الى التوكيل لأننا نقول لا نسلم انّ القراض و كاله في المعنى و لا هو بمنزلتها حتّى يشار كها في الاحكام بناء على عموم المنزل سلّمنا أنّه من افراد الوكاله او بمنزلتها و لكن نمنع من ان كل و كيل لا- يجوز له ذلك لفقد الدليل و عليه اطلاق ما دلّ على ذلك و على تقدير و على تسليمه لا ينصرف الى محلّ البحث قطعا من باب القياس باطل لعدم حجّيته عندنا مع انه مع الفارق كما صرح به المحقق الثاني و المقدس الأردبيلي و صرح به في لك أيضا قائلًا الفرق بينه و بين الوكيل حيث لا يسوغ له شراء المعيب ان الغرض الذاتى هنا الاسترباح و هو يحصل بالصّحيح و المعيب فلا- يتقيد بالصّحيح بخلاف الوكيل فانّ شرائه ربما كان للقبه و المعيب لا يناسبها غالبا في محل الإطلاق على الصّحيح عملا بالمتعارف

### منهل اذا اشترى العامل شيئا فبان معيبا

#### اشاره

فصرّح في التحرير و جامع المقاصد و لك و مجمع الفائده بان له الرد بالعيب و الإمساك بارش و غيره و بأنه ان كان الحظ في الاخذ لم يرد و كذا العكس و هو جيّد و لهم اولا ظهور الاتفاق عليه كما يستفاد من الكتب المذكوره لعدم ايمانها الى خلاف و لا اشكال في ذلك و ثانيا ان مقتضى ذلك عقد المضاربه فيجوز و

#### ينبغي التنبيه على امور

### الاول اذا اختلف صاحب المال و العامل في الرد و الأرض

فصرّح فى التّحرير و القواعد و جامع المقاصد بأنّه يقدم قول من كان الغبطه معه سواء كان هو العامل او المالك و احتجّ عليه فى الاخير بانّ للعامل حقّا فى المال باعتبار ان له حظا من الرّبح فليس للمالك ابطال حقّه من الغبطه

### الثانى صرح فى القواعد بأنّه اذا انتفت الغبطه قدم جانب المالك

و تبّه على وجهه فى جامع المقاصد قائلا المتبادر من انتفاء الغبطه ان لا يكون فى احد الجانبين غبطه اصلا فيستويان فى عدمها فلا حقّ للعامل ح فيقدم جانب المالك لأنّ الناس مسلّطون على اموالهم و يتصوّر صحّحه البيع فى هذا الفرض بان يكون الغبطه عند الشراء ثم يزول و يشكل جواز الردح لأنّ التصرف من اوّله صحيح ماض و يتصوّر فيما اذا لم يكن عالما بالعيب ثمّ تجدد علمه به و فى بعض النسخ فان اتفقت اه و معناه أنّه اذا اتفقت الغبطه من الجانبين قدم قول المالك و هو صحيح أيضا اذ ليس للعامل حقّ يفوت باحد الأمرين ح

### منهل يكره ان يكون العامل كافرا

كما صرّح به فى الغنيه و ادعى عليه الاجماع قائلا يكره ان يكون المضارب كافرا بدليل الاجماع المشار اليه

### منهل يشترط فى صحّحه المضاربه ان يكون مشتركا بين ربّ المال و العامل

#### اشاره

كما صرّح به فى الشرائع و عد و التحرير و التّذكره و التّبصره و الارشاد و مجمع الفائده و الكفايه و ض و حكاه فى لف عن الخلاف و المبسوط و لهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه كما تبّه عليه فى مجمع الفائده بقوله كأنّه لا خلاف فى هذا الشرط و فى الرّياض بقوله لا-خلاف فيه بيننا فتوى و نصّا مستفيضا و منها ما تمسّك به فى الخلاف و المبسوط و مجمع الفائده من ان لفظ القراض يقتضى الشركه فى الرّبح و أنّها داخله فى المفهوم و منها ما احتجّ به فى مجمع الفائده و ض من خبر اسحاق بن عمّار الذى وصفه فى الاخير بالموثقيه سال الكاظم ع عن مال المضاربه قال الرّبح بينهما و الوضيعه على المال

ص: ٢٠٤

و

### ينبغى التنبيه على امور

### الأول لو جعل لأحدهما شيئا معينا و الباقي مشتركا

كما لو قال المالك للعامل لك فى الربح الفا و لى فيه الف و الباقي مشترك لم يصحّ كما صرّح به فى الإرشاد و التنقيح و مجمع الفائده و لهم اولا ظهور الاتفاق عليه و ثانيا تصريح الاخير بدعوى الاتفاق عليه و ثالثا ما تمسّك به فى الاخيرين من عدم الوثوق بحصول الزيادة فلا يبقى للاخر شىء فلا اشتراك فلا يتحقق شرط الصّحه فتفسد معامله

## الثاني لو جعل لأحدهما شيئا والباقي للآخر

فهو باطل كما صرح به في لك والكفايه و ادعى الاتفاق عليه في الاول قائلا بعده و لأنه ربما لا يربح الا ذلك القدر فيلزم ان يختص به درهما و هو غير جائز

## الثالث لو قال خذه قراضا والربح لي

فسد القراض كما صرح به في الشرائع و التذكرة و التحرير و عد و لك و الكفايه و حكاه في لف عن الخلاف و المبسوط و لهم اولا ظهور الاتفاق عليه و ثانيا ما احتج به في كره و لك من عدم حصول الشرط المذكور ح و هل يكون بهذه الصيغه بضاعه او قراضا فاسدا و معامله فاسده فيه قولان احدهما انه معامله فاسده و قراض باطل و هو للمحكي في لف عن الخلاف و المبسوط و في لك و الكفايه و غيرهما عن المعظم و ثانيهما انه يكون بضاعه و معامله صحيحه و هو لبعض للقول الاول الاصل و ان الفاظ العقود توقيفيه و لم يثبت صحه البضاعه بهذه الصيغه و في كلا الوجهين نظر و للقول الثاني وجوه ثبه عليها في لك بقوله وجهه النظر الى المعنى فانه دال على البضاعه و ان كان بلفظ القراض و لأن البضاعه توكيل في تجارته تبرعا و هي لا تختص بلفظ و ما ذكره دال عليها و لأنه لا يحكم بالغاء اللفظ ما امكن حمله على الصيحه و ذكر القراض و ان كان منافيا بحسب الظاهر الا انه يمكن ان يكون هنا مأخوذا من معنى المساوات التي هي من احدهما المال و من الاخر العمل من غير التفاوت الى اخر و هو احد ما اشتق منه المعنى الشرعي كما سبق و لو قيل ان ذلك بحسب اللغه و الحقيقه الشرعيه ياباه امكن ان يتجاوز فيه فان الحقائق اللغويه تصير مجازات شرعيه و هو اولى من الفساد و في جميع ما ذكر نظر و التحقيق ان يقال ان علم ان قصد صاحب العبارة المذكوره البضاعه التي هي عباره عن التوكيل من غير تشريك العامل في الربح فلا اشكال في لزوم جعله بضاعه و ذكر لفظ القراض و المضاربه لا يقدح لان البضاعه تصح بكل لفظ و لا يفتقر الى لفظ مخصوص و عليه فيجوز للعامل التصرف في المال و الاسترباح به و هل يستحق العامل الاجره على عمله ح او لا فيه قولان احدهما انه لا يستحقها هنا و في كل بضاعه مط و هو المستفاد من ذلك و الكفايه بل نبه في ض على دعوى الاتفاق عليه قائلا و ظ عباره التذكرة و لك كباقي الاصحاب عدم لزوم الاجره للعامل و ثانيهما ما حكاه في ض عن التنقيح قائلا بعد الإشاره الى ما نسبه الى كره و لك و هو حسن ان لم يكن هناك قرينه من عرف او عاده بلزومه و الا فالمتجه لزومه و لذا فصل الفاضل المقداد في شرحه على الكتاب فقال ان قال مع ذلك و لا اجره فهو توكيل في الاسترباح من غير رجوع عليه و ان قال لك اجره كذا فان كان عين عملا مضبوطا بالمده او العمل فذاك اجاره و ان لم يعين فجعله و ان سكت و كان ذلك الفعل له اجره عرفا فله اجره مثله و لنعم ما فصل و ينبغي تنزيل كلمه الأصحاب عليه و فيما ذكره نظر اما اولا فلائنه لا دليل على لزوم الأجره في الصوره التي اشاروا الى وجوبها فيها لا من عقل و لا من نقل مع ان الاصل براءه الذمه عن وجوب وقفها و لا نسلم صدق الإجاره و الجعالة فيما بها عليه حيث لم يرض المالك بدفعها سلمنا الصدق و لكن نمنع كليه الكبرى فت و اما ثانيا فلما صرح به في ض من مصير الاصحاب الى عدم وجوب دفعها فتأمل و اما ثالثا فلعموم قوله تعالى لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض و اما رابعا فلخلو النصوص على الظاهر عن الاشارة الى لزوم الاجره هنا لا يقال عدم دفع الاجره هنا مستلزم لترتب الضرر على العامل و هو منفي بقوله ص لا ضرر و لا ضرار لأننا نقول هو معارض بالمثل اذ وجوب دفع الأجره على المالك مستلزم لترتب الضرر عليه كما لا يخفى بل قد يكون الاجره بقدر راس المال و الربح و هو ضرر عظيم فت فاذن القول الاول في غايه القوه و لكن ما صار اليه احوط و ان علم انه قصد المضاربه فلا اشكال في كون ذلك قراضا فاسدا و هل ينقلب بضاعه كما ينقلب التمتع الخالي عن ذكر الاجل دائما

لأتحاد المعنى و ارادته و حصول الرضا بالفعل او لا بل لا يجوز للعامل التصرف لأن المالك توهم المضاربه فكأنه اذنه مبتيا عليه و حيث تبطل يرتفع اذنه فلا يجوز للعامل التصرف في المال لأنه تصرف في مال الغير بدون اذنه فلا يجوز و فيه نظر بل الاحتمال الاول لا يخ عن قوه و

على تقدير صيرورته مضاربه فاسده فهل يستحق العامل الأجره ح او لا فيه صار الى الثاني في لك و حكاه عن لف قائلا و في لف اختار أنه لا اجره للعامل لأنه دخل على ذلك فكان متبرعا بالعمل و هذا يحتمل بنائه على البضاعه و على القراض الفاسد و ان اراد عليه بعدم الاجره نظرا الى دخوله على التبرع بل هذا اوضح و هو قوى و ان اشتبه قصد المالك هل اراد بتلك العبارة البضاعه او القراض الفاسد فهل يحمل على الاول عملا للعبارة على المعنى الصحيح و ان استلزم التأويل فيها او على الثاني لظهور اللفظ فيه مع عدم ظهور قرينه معتبره تدل على اراده خلاف الظاهر و مجرد صدور العبارة عن العاقل لا يصلح للتأويل و الاوجب التأويل في كل عبارة صادرة عن العاقل ظاهره في معنى فاسد فلا يجوز الحكم بارتداد احد عاقل اذا صدرت منه عبارة ظاهره فيه لإمكان ارتكاب التأويل فيها و ان لم يدعه و هو فاسد فت و كيف كان فالاولى للعامل الاجتناب عن العمل في المال و ان اتفق عمله فيه فالأولى ان يترك اخذ الأجره عليه أا برضا المالك

### الزابع اذا قال خذه قراضا و الربح لك

فلا اشكال في فساد قراضا كما صرح به في لك و هل يكون ح قرضا فيكون الربح كله للعامل و المال مضمون عليه او يكون قراضا فاسدا فالربح كله للمالك و عليه للعامل اجره المثل على ما قيل فيه اشكال و التحقيق ان علم أنه اراد القرض فلا اشكال في الصحه ح اذا القرض يجوز بكل لفظ دل عليه و ان اراد القراض فلا اشكال في فساد ح و الأقرب أنه لا ينقلب الى القرض هنا لعدم ظهور العبارة في نقل المال الى العامل كما لا يخفى فلا يتحد المعنى و ان اشتبه المراد فينبغي حمل اللفظ على ظاهره

### منهل العامل اذا تلف راس المال و انكره المالك كان القول قول العامل

كما في فع و يع و التبصره و التحرير و عد و الإرشاد و لك و الكفايه و ض و لهم اولا ظهور الاتفاق عليه و ثانيا تصريح الاخير ينفي الخلاف منه و ثالثا ما تبه عليه في لك و الاخير من كون العامل امينا فيقبل قوله و لا فرق في ذلك بين دعواه التلف بامر

ص: ٢٠٥

ظاهر كالحرق و الغرق او خفى كالسرق و لا بين ان يتمكن من اقامه البيئه او لا كما صرح به في لك و ض و انما يقبل قوله مع يمينه لا مط كما صرح به في القواعد و التحرير بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه و كك يقبل قول العامل مع يمينه في دعوى عدم التفريط و الخساره كما صرح به في التبصره و القواعد و د و الكفايه و ض و نفى فيه عنه الخلاف

### منهل لا يصح ان يشتري المالك من العامل شيئا من راس مال القراض

كما في كره و عد و اللمعه و ضه و احتج عليه بعض بان راس المال ملكه و لا يجوز ان يشتري الإنسان مال نفسه و هو جيد و عليه لا يجوز المعامله عليه بوجه كما صرح به في كره

كما قال ضاربتك سنه فذلك الشرط لا يمنع من فسخها قبل المدّه بل يجوز فسخها قبلها اى وقت شاء و لكن اذا انقضت المدّه المشترطه لم يجز للعامل التصرف فى راس المال الا باذن جديد و لا يكون الشرط المذكور موجبا لفساد العقد بل المضاربه معه صحيحه اما عدم منع الشرط المفروض من جواز الفسخ قبل المدّه و من صحّه العقد فقد صرح به فى النافع و الشرائع و التحرير و عد و الارشاد و التذكره و اللعمه و لك و مجمع الفائده و الرياض بل الظاهر انه ممّا لا خلاف فيه و احتج فى ضه على جواز الفسخ قبل المده بالاصل و فى الرياض بفحوى ما دل على كون المضاربه من العقود الجائزه و احتج فى لك على صحّه العقد مع الشرط المذكور بانه غير مناف له اذ ليس مقتضاه الاطلاق فلا يكون موجبا لفساده و امّا ان الشرط المذكور يمنع من التصرف بعد انقضاء المدّه المشترطه فقد صرح به فى كره و عد و د و اللعمه و لك و ضه و مجمع الفائده و ض و احتج عليه فيه و فى التذكره و ضه و لك بان التصرف تابع للاذن و لا اذن بعده و

### ينبغى التنبيه على امور

### الاول لو قال ان مرّ بك سنه فبع و لا تشتري

او قال لا تبع و لا تشتري صحّ العقد و الشرط معا بمعنى انه لا يجوز بعد المده العمل بما نهى كما صرح به فى الشرائع و التذكره و القواعد و ضه و لك و الكفايه و ض بل الظاهر انه ممّا لا خلاف فيه و احتج عليه فى لك بان امر البيع و الشراء منوط بامر المالك فله المنع بعد السنه فمن احدهما اولى و يلحق بذلك تاجيل المنع عن نوع خاص من التجاره كما صرح به فى ضه و ض و لو قال لا تبع و لا تشتري بعد مضى السنه صحّ أيضا و كان كما سبق كما صرح به فى التذكره و الكفايه و هو ظ الروضه و ض و هل يبطل القراض بعد انقضاء المده و يكون ذلك كتأجيل اصل القراض او لا الاقرب الاخير لان القراض ليس اذنا بخصوص البيع و الشراء حتى يلزم فساد فى القرض بل هو اذن بمطلق الاسترباح و منه البيع و الشراء فاذا أخرجهما من الاطلاق يبقى غيرهما مندرجا تحت الاطلاق فلا وجه للفساد فت

### الثانى اذا شرط لزوم المضاربه و عدم الفسخ مط

او فى الجمله فصّرّح فى عد و كره و التحرير و ض بانها تفسد ح و هو ظ الايضاح و ضه و ادعى فى ضه و ض عليه الشهره محتجين عليه كالعلمه فى كره بانّ الشرط المذكور مناف لمقتضى العقد لأن مقتضاه جواز الفسخ متى اراد المتعاقدان و الشرط المذكور يمنع منه فتناويا و كل شرط ينافى مقتضى العقد يقتضى فساد و زاد فى ض قائلًا و لعدم دليل على لزومه سوى الامر بالوفاء بالعقد و لزوم الوفاء بالشروط و ليس على ظاهره هنا من الوجوب بلا خلاف فاذا فسد الشرط تبعه العقد فى الفساد بخلاف شرط الاجل فان مرجعه الى تقييد التصرف بوقت خاص و هو غير مناف و لا موجب لفساد العقد لعدم توقّفه عليه كما فى الاول و فيما ذكره من الوجهين نظر اما الاول فللمنع من منافات الشرط لمقتضى العقد اذ ليس لزومه و لا جوازه من الهدى يدلّ عليه باحدى الدلالات التّلت حتى يكونا من مقتضياته و مدلولاته بل هما من الاحكام الشرعيه الخارجيه المتعلقه به التّتى



يختلف بالاعتبارات و الحثيات المختلفه سلمنا و لكن نمنع من كون كل شرط ينافى مقتضى العقد باى نحو من المنافات كالمنافات الحاصله بالعموم و الخصوص و الإطلاق و التقييد يوجب الفساد و الا لكانت الشروط فى ضمن العقود او اكثرها موجبا لفسادها و هو معلوم البطلان و مع هذا فلم نجد دليلا على هذه الكليه من شىء من الأدله الأربعة فلا عبره بها نعم اذا كانت المنافات بين الأمرين من قبيل تنافى الضدين و النقيضين امكن الحكم ببطلان الشرط ح و وجهه واضح و من المعلوم ان التنافى فى محل البحث ليس من هذا القبيل كما لا يخفى سلمنا و لكن لا نسلم ان الشرط الفاسد فى ضمن العقد يوجب فساده لعدم الدليل عليه من شىء من الأدله الأربعة كما لا يخفى و اما الثانى فللمنع من امتناع حمل الامر بالوفاء بالعقود و الشروط على الوجوب بعد ما بيناه من فساد الوجه الاوّل و بالجمله المسأله لا تخلو عن الاشكال فلا ينبغى فيها ترك الاحتياط

### الثالث صرح فى كرهه بأنه لو قال قارضك الان

و لكن لا تتصرف حتى يجىء راس الشهر جاز عملا بمقتضى الشرط و هو جيد

### الرابع لا يتوقف صحه المضاربه على اشتراط تاجيلها

كما صرح به فى التذكرة و ض و احتج عليه فيه بالاصل و العمومات

### منهل اذا اشترى العامل جاريه للقراض فلا يجوز له وطئها

اذا لم يكن المالك اذن له فى وطئها كما فى فع و يع و كره و التبصره و ير و عد و لك و ض و لهم اولا ظهور الاتفاق عليه و ثانيا تصريح ض بدعوى الإجماع عليه و ثالثا ما تمسك به فى كره و لك من أنها ملك الغير فلا يجوز التصرف فيها بغير اذن المالك و لا فرق فى ذلك بين صورتى ظهور الربح و عدمه كما صرح به فى كره و لك و هو ظ اطلاق ما عداهما من الكتب المتقدمه

### منهل تبطل المضاربه بموت كل من المالك و العامل

#### اشاره

كما فى يع و و فع و د و التحرير و عد و التبصره و كره و التنقيح و لك و مجمع الفائده و الكفايه و ض و لهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه و قد صرح بنفى الخلاف فيه فى ض و غيره و منها ما احتج فى يع و كره و مجمع الفائده من ان المضاربه فى معنى الوكاله و الحكم فيها ذلك و قد يناقش فيما ذكره بانهم ان ارادوا ان المضاربه فرد من افراد الوكاله حقيقه فهو ظ البطلان لأنه يصح سلب اسم الوكاله عنها و اسم الوكيل عن العامل و اسم الموكل عن رب المال لغه و عرفا و شرعا و يؤيده عدم التبادر و عدم صحه التقسيم و التقييد و الاستثناء و حسن الاستفهام و غير ذلك من الامارات الداله على وضع اللفظ فلا يندرج المضاربه تحت العمومات و الاطلاقات الداله على احكام الوكاله سلمنا أنها تشمل المضاربه حقيقه و لكن لا ريب فى انها من الافراد الغير المفهومه من الاطلاق فلا يشملها و ان ارادوا أنها بمنزله الوكاله فيجاب عنه بعدم ظهور خطاب من الكتاب و السنه دال على ذلك فت و منها ما تبه عليه فى لك بقوله لما كان هذا العقد من العقود الجائزه بطل بما يبطل به من موت كل منهما و جنونه و

اغمائه و الحجر عليه بالسِّفه لآَنه متصرف فى مال غيره باذنه فهو كالوكيل و قد يجاب عمًا ذكره بالمنع من ان كل عقد جائز يبطل بموت

ص: ٢٠٦

كل من المتعاقدين لعدم الدليل عليه من الادله الاربعه مع ان الاصل بقاء الصِّحه و عدم البطلان و منها ما استدل به فى مجمع الفائده و ض من انتقال المال الى الوارث فى موت المالك فلا اثر لآذنه السابق فى ملك الغير و اختصاص الاذن فى التصرف بالعامل فلا يتعدى الى وارثه و فيما ذكره نظر و

### ينبغى التنبيه على امور

#### الاول لا فرق فى ذلك بين حصول الموت قبل التصرف و بعده

كما صرح به فى التذكرة و لك و هو ظ اطلاق ما عداهما من الكتب المتقدمه عدا التنقيح و كذا لا فرق فى ذلك أيضا بين ان يكون قد ظهر ربح او لا كما صرح به فى لك و هو ظ اطلاق ما عداها من الكتب المتقدمه عدا التنقيح

#### الثانى ان كان الميِّت المالك و كان المال ناضا

و لا ربح اخذه الوارث و ان حصل فيه ربح اقتسماه بالشرط و يقدم حصه العامل على جميع الغرماء لو كان عليه ديون مستوعبه لما يملكه اما الاول فقد صرح به فى التذكرة و التحرير و التنقيح و لك و الكفايه و ض بل الظاهر انه ممًا لا خلاف فيه و وجهه واضح و اما الثانى فقد صرح به أيضا فى الكتب المذكوره بل الظاهر انه ممًا لا خلاف فيه و وجهه واضح أيضا و اما الثالث فقد صرح به أيضا فى الكتب المذكوره عدا التنقيح و لهم اولا- ظهور الاتفاق عليه و ثانيا ما احتج به فى كره و لك و ض من ان العامل قد ملك حصه بظهور الربح و كان شريكا للمالك فيجب دفعها اليه و ثالثا ما استدلل به فى هذه الكتب أيضا من ان حق العامل قد تعلق بعين المال دون ذمه المالك فلا بد من دفع حقه اليه و رابعا ما عول عليه فى التذكرة من ان حق العامل متعلق بالمال قبل الموت فكان اسبق كحق الزهن

#### الثالث ان كان الميِّت المالك و كان المال الباقي بعد موته عرضا

فهل يجوز للعامل بيعه مع رجاء الربح من دون اذن الورثه او لا صرح بالأول فى كره و لك و تأمل فيه فى الكفايه و وافقه فى ض محتجا بانتقال المال الى الوارث فليس له التصرف فيه الا باذنه و مجرد رجاء الربح غير مجوز لذلك و قد يناقش فيما ذكره او لما بان الاصل بقاء جواز البيع بعد موت المالك فت و ثانيا بان الاصل صحه بيع العامل ح لعموم قوله تعالى **أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ** و قوله تعالى **أَوْفُوا بِالْعُقُودِ** و قولهم عليهم السلام فى عدّه اخبار معتبره المؤمنون عند شروطهم فاذن ما صار اليه فى كره و لك هو الاقرب و لكن لا ينبغى ترك الاحتياط و هل للوارث ح الزام العامل بالانضاض او لا صرح بالأول فى لك و تأمل فيه فى الكفايه و وافقه فى ض قائلا لعل وجهه الاصل و عدم موجب لتسلط الوارث عليه الا ان يقال انه حق للمورث فينتقل اليه فت

## الرابع ان كان الميت العامل فان كان المال ناضا و لا ربح

اخذه المالك كما صرح به في التحرير و التنقيح و لك و الكفايه و ض بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه و وجهه واضح و ان كان فيه ربح دفع الى الورثه حصيتهم منه كما صرح به فيما عدا التنقيح من هذه الكتب بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه و وجهه واضح أيضا و ان كان هناك متاع و لم يكن المال ناضا و احتيج الى البيع و التضيض فان اذن المالك لو ارث العامل فيهما جاز له و الا نصب الحاكم له امينا يبيعه فان ظهر فيه ربح اوصل حصه الوارث اليه و الا سلم الثمن الى المالك و قد صرح بجميع ما ذكر في التحرير و لك و الكفايه و ض من غير اشاره الى الخلاف و الاشكال فيه بل الظن انه مما لا خلاف فيه

## الخامس اذا بطلت المضاربه بالموت

و اريد تجديدها مع وارث احدهما اشترط في الثانيه شروط الاولى من انضاض المال و الصيغه على تقدير كونها شرطا و نحوهما كما صرح به في كره و التحرير و التنقيح و لك و الكفايه و ض بل هو مما لا خلاف فيه و هل تصح بلفظ التقرير بان يقول الوارث او وليه تركتك او اقررتك على ما كنت عليه او لا يصح الا بعقد جديد غير لفظ التقرير فيه قولان احدهما انه لا يصح ذلك و هو للتذكروه و الايضاح و ثانيهما انه يصح ذلك و هو للتنقيح و توقف في عد قائلًا و هل ينعقد القراض هنا بلفظ التقرير اشكال للقول الاول اولا ما احتج به في التذكروه قائلًا لا بد فيه من عقد صالح للقراض بالفاظه المشترطه لانه عقد مبتدأ و ليس هو تقرير ماض لأن العقد الماضى قد ارتفع فلا بد من لفظ صالح للابتداء و التقرير يشعر بالاستدامه فلا ينعقد بلفظ الترك و قد نبه على ما ذكره في الايضاح محتجًا به أيضا على عدم الصيحه و ثانيا ما نبه عليه في كره أيضا لان هذه العقود لا تنعقد بالكنايات و ثالثا اتصاله عدم الصيحه و في جميع الوجوه المذكوره نظر و للقول الثاني اولا ما صرح به في الايضاح من ان العقود الجائزه لا يفتقر الى الصيغ كافتقار اللأزمه و قد يستعمل التقرير لانشاء عقد على موجب العقد السابق و قد صرح في التذكروه بقوله و قد تستعمل اه و ثانيا العمومات الداله على صحه المضاربه من نحو قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و قوله تعالى إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ و قولهم ع في عدّه اخبار معتبره المؤمنون عند شروطهم و فحوى ما دلّ على صحه عقد المضاربه بالإيجاب و القبول الفعلين فاذا اقرب هو القول الثاني و لكن الاول احوط

## السادس تبطل المضاربه بجنون كل من المالك و العامل

كما صرح به في التذكروه و التحرير و لك و الكفايه و ض و هو ظ الارشاد و مجمع الفائده بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه و ظ اطلاق كلام الاصحاب عدم الفرق بين الادوارى و المطبق و سريع الزوال و بطئه و هو المعتمد

## السابع صرح في كره و لك و ض ببطلانها باغماء كل منهما

و هو ظ الإرشاد و مجمع الفائده الثامن صرح في كره و لك و الكفايه و ض ببطلانها أيضا بالحجر على كل منهما بالسيفه و هو ظ الإرشاد و مجمع الفائده

**منهل يجب على العامل ان يقتصر في التجاره على ما يعين له المالك من التصرف**

بحسب نوعها و مكانها و زمانها و من يشتري منه و يبيع عليه و غير ذلك كما صرح به فى الغنيه و التبصره و التحرير و التذكرة و القواعد و اللعه و لك و ضه و ض و لهم اولا ظهور الاتفاق عليه و ثانيا تصريح لك و الرياض بنفى الخلاف فى ذلك و ثالثا ما احتج به فى الأخير من أن جواز التصرف تابع لإذن المالك و لا اذن مع المخالفه فلو شرط ان لا يشتري إلا من زيد او لا يبيع الا على عمرو او لا يشتري إلا الثوب الفلانى لزم العمل بالشرط كما صرح به فى يع و عد و التذكرة و لك و كذا لو قال لا تشتري إلا من ثمره بستان معين او نخله بعينها او المتاع الفلانى كما صرح به فى كره و غيرها و كذا لو قال لا تسافر الى الجهة الفلانية و لو شرط ما يكون وجوده نادرا بحيث يتضيق الامر على العامل فى التجاره كما لو شرط التجاره بالياقوت الاحمر لزم العمل به كما صرح به فى يع و التحرير و عد و كره و لك و ض و لهم اولا ظهور الاتفاق عليه و ثانيا انه نبه فى كره على دعوى الاتفاق عليه و بقوله لو خصص المالك الاذن يخصص و لزم هذا الشرط و صح القراض سواء كان وجود ما عينه عاما فى الأصقاع و الايمان او فى احدهما او خاصا فيها و سواء قل وجوده و عز حصيله و كان نادرا او كثر عند

ص: ٢٠٧

علماءنا و يعضد ما ذكره امران احدهما قول لك لا خلاف فى جواز هذه الشروط و ان ضاقت بسببها التجاره و ثانيهما قول الرياض لا خلاف فى صحه المضاربه المشتمله على التعيين بمثل ذلك و ان ضاقت بسببها التجاره بل صريح لك و ظ الغنيه ان عليه اجماع الاماميه و ثالثا تصريح لك و ض بان اطلاق النصوص و ظواهرها تدل على ذلك و

### ينبغى التنبيه على امور

#### الاول صرح فى كره بأنه لو شرط ان لا يشتري الا نوعا بعينه

و ذلك النوع يوجد فى بعض السنه و ينقطع جاز عندنا و هو جيد

#### الثانى صرح فى كره أيضا بأنه لو قال اشتر هذا الشئ و كان ممّا ينقطع

فاذا انقطع فتصرف فى كذا جاز و هو جيد أيضا

#### الثالث صرح فى التذكرة أيضا بأنه لا فرق عندنا بين ان يقول لا تشتري الا هذه الجاربه

و الا هذا العبد و بين ان يقول لا تشتري هذا العبد و لا هذه السلعه فى الجواز و هو جيد أيضا

### منهل لو خالف العامل

ما عين له المالك و شرط عليه من الزمان و المكان و الصنف و غير ذلك ضمن المال و كان الربح بينهما مقتضى الشرط مط و لو لم يجز المعاملات الصادره من العامل بعد المخالفه اما أنه ضامن هذه الصوره فقد صرح به فى الغنيه و التذكرة و د و التحرير

وعد و اللعه و ضه و لك و مجمع الفائده و لهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه و منها أنه تبّه في الغنيه على دعوى الاجماع بقوله ان شرط الأ يتجر الا في شىء معين و لا يعامل الا انسانا معيناً فخالف لزمه الضمان بدليل اجماع الطائفه و يعضد ما ادّعه قول الرّياض بانه لا خلاف في الضمان بل عليه الاجماع في السرائر و الغنيه و هو الحجّه و منها ما تبّه عليه في مجمع الفائده بقوله لأنّه خرج من الامانه بل صار غاصبا و يده يد عاديّه و منها ما تبّه عليه في ض بعد ما حكينا عنه سابقا بقوله مضافا الى الاصول و النصوص منها الصّحيح في الرجل يعمل المال مضاربه قال له الرّبح و ليس عليه من الوضيعه شىء الا ان يخالف عن شىء ممّا امر به صاحب المال و نحوه الموثق و غيره و اما ان الرّبح بينهما بمقتضى الشرط في هذه الصّوره فقد صرح به في كره و د و عه و لك و ض و صرح به أيضا في يع و فع و عد و الكفايه قائلين لو امره بالسفر الى جهه فسافر الى غيرها او امره بابتياح شىء معين فابتاع غيره ضمن و لو ربح و الحال هذه كان الربح بينهما بموجب الشرط و كذا صرح به في التحرير قائلا فان شرط ان لا يبيع الا على شخص معين او لا يشتري الا منه او لا يشتري الا سلعه معينه لزم و لم يجز له التعدى فان خالف وقف على الاذن و كان ضامنا و الربح على ما شرطاه و اختصاص هذه العبارات ببعض صور المسأله ليس لأجل اختصاص الحكم به و الا لكانت المسأله خلافيه و هو باطل اذ لم نجد احدا من الاصحاب تبّه على وقوع الخلاف فيها فالعبادات المذكوره محموله على اراده التمثيل و هو غير مستبعده اذ جرت عادة العلماء في كلّ فن على بيان القواعد الكلّيه بالامثله الجزئيه و كيف كان فالمعتمد ما بينا لا- من انّ الربح بينهما هنا مط كما صرّح به جماعه و لهم وجوه أيضا منها ظهور الاتفاق عليه و منها خبر الحلبي عن الصادق ع في الرّجل يعطى الرّجل مضاربه فيخالف ما شرط عليه فقال هو ضامن و الرّبح بينهما و قد وصف هذه الروايه بالصّحه في كره و لك و الكفايه و لكن صرح بعض بانّه رواه في كافي في باب ضمان المضاربه و في سننه ابراهيم ابن هاشم و منها خبر محمّد بن مسلم عن احدهما عليهما السّلم قال سألته عن الرّجل يعطى المال مضاربه و ينهى ان يخرج به فيخرج قال يضمن المال و الرّبح بينهما و قد وصف هذه الروايه بالصّحه في التذكرة و لك و قيل رواه ثقه الإسلام في باب ضمان المضاربه و منها خبر جميل عن الصادق ع في رجل دفع الى رجل مالا يشتري به ضربا من مضاربه فذهب فاشترى غير الذى امره قال هو ضامن و الرّبح على ما شرط و قد وصف هذه الروايه بالصّحه في التذكرة و مجمع الفائده و الكفايه و لكن ناقش به بعض قائلا هذه الروايه في طريقها معاويه بن حكيم و هو و ان قال النّجاشي في حقّه انه ثقّه جليل الا ان الكشي قال انه فطحى و هو عدل عالم و بذلك يظهر ما فى قول المحقّق الأردبيلي أنّ هذه الروايه اصحّ الروايات الّتى فى هذا الباب و منها خبر ابى بصير الذى وصفه بعض بالموثقيه عن الصّادق ع فى الرّجل يعطى الرّجل مالا- مضاربه و ينهى ان يخرج به الى ارض اخرى فعصاه فقال هو ضامن و الرّبح بينهما اذا خالف شرطه و منها خبر ابى الصّباح قال سألت ابا عبد الله ع عن المضاربه يعطى الرّجل المال يخرج به الى الارض و ينهى ان يخرج به الى ارض غيرها فعصى فخرج به الى ارض اخرى فعطب المال فقال هو ضامن فان سلم فالرّبح بينهما و منها خبر الشّحام عن ابى عبد الله ع فى المضاربه اذا اعطى الرّجل المال و نهى ان يخرج المال الى ارض اخرى فعصاه فخرج به قال هو ضامن و الرّبح بينهما و هذه النصوص مع اعتبار اسانيد اكثرها و استفاضتها و اعتضاها من غير خلاف يعرف كما صرح

به فى لك و ض و خلوها عن معارض اقوى منها يجب العمل بها لا يقال يعارض هذه الاخبار الخبر المتقدّم الذى وصفه فى ض بالصّحه لأنّ الاستثناء فى قوله الا ان يخالف اه يرجع الى الجمليتين المتقدّمتين عليه لأننا نقول هذا ممنوع و قد اختلف الاصوليون فيما اذا تعدّدت الجمل المتعاطفه و تعقبها استثناء فى رجوعه الى الاخيره او الى الجميع و المعتمد عندي عدم الظهور فى الرجوع الى الجميع و عليه لا يعارض هذه الروايه تلك الروايات و ان قلنا بما ذهب اليه بعض علماء الاصول و صار اليه والدى العلامه ق ره من أنّه لا- يرجع الا- الى الاخيره فالروايه تكون من ادلّه المختار كما لا يخفى و لذا احتج بها عليه و لا يقال الحكم باشتراك

الرّبح بين المال و العامل فى محلّ البحث ينافى الاصل و القاعده فلا ينبغى المصير اليه لأننا نقول الادله السابقه اقوى مما ذكر فينبغى تخصيصه بها كما تبّه عليه فى لك قائلا فى مقام لو لا النصّ لكان مقتضى لزوم الشرط فساد ما وقع عليه مخالفا او موقوفا على الاجازه و فى مقام اخر فى مقام الاحتجاج على المختار للنصوص الصحيحه الدّاله عليه و الا لتوجّه الاشكال الى صحّه المخالف بوقوعه بغير اذن فينبغى ان يكون فضوليا و كان السبب فى ذلك أنّ الغرض الدّاتى فى هذه المعامله هو الرّبح و باقى التخصيصات عرضيته لا تؤثر فى فساد المعاوضه بالمخالفه لحصول المقصود بالدّات و بالجمله فالمستند النصّ الصحيح و عمل الاصحاب و ما ذكره فى غايه الجوده و قد تبّه على جميع ما ذكره الا ما اشار اليه و كان فى ض و لا يقال كما يمكن تخصيص الاصل و القاعده بتلك الروايات كك يمكن العكس كما تبّه عليه فى مجمع الفائده قائلا بعد الإشاره الى الأشكال فى العمل بهذه الاخبار باعتبار مخالفتها للقاعده و يمكن تاويل الروايات بان يقال المراد مع الرضا بما فعل و تجويزه مقارضه على تقدير جواز الفضولى او محموله على صورته تكون معلوما أنّ غرض المالك من الامر الى جهة و البيع على شخص او الشراء بشىء معين و النّهى عن غير ذلك صحّه البيع مع الوقوع و بقاء القراض ألّا أنّ ذلك غير الاوّل و ما ذكره اولى و أنّه ح يكون ضامنا فكأنه قال قارضتك على النصف مط فى جميع ما هو مصلحه القراض و لكن لا تبع على زيد مثلا و لا تشتت المتاع الفلانى بمعنى ان غيره اولى فان فعلت ذلك فانت ضامن مع بقاء اصل القراض و كان الاصحاب حملوا قول المالك قارضتك و لا تبع من زيد مثلا- مط على ما قلنا و هو بمعنى ما انا براض على كونه قراضا مشروعا باصل الشرع و هو الذى يقتضى عدم الضمان و كون القابض المضارب امينا مقبولا قوله مطلقا و كان الاصحاب

ص: ٢٠٨

غير بعيد لاین ظ قارضتك جواز القراض مط و على اى وجه كان و المنع عن البيع على شخص معين لا ينافى ذلك لاحتمال كون النّهى للضمان او لغرض اخر مع بقاء صحه القراض على حالها فانه قد فهم جوازه و صحته مط و على اى وجه كان و المنع عن البيع على شخص معين مثلا لم يناف ذلك بما مرّ فيحكم بصحّه العقد مع العمل بالنّهى و الامر بحيث لا يبقى منافات اصلا كما قيل انّ النّهى فى المعاملات لا يدل على الفساد لعدم المنافات لاحتمال كون الغرض من النّهى محض الاثم لا عدم صحّه المعامله أيضا و هذا غايه ما يمكن توجيه كلام الأصحاب و الروايات مع عملهم بظواهرها و بالجمله على ما ذكره يكون التعارض بين اطلاق الروايات المذكوره و القاعده المستنده الى الاعتبار و قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و قوله تعالى لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ و قولهم ع المؤمنون عند شروطهم من قبيل تعارض العمومين من وجه و من الظاهر ترجيح القاعده اما اولاً- فلاين من جمله ما يدل على اعتبارها الكتاب و هو من المرجحات المسلمه بين محققى علماء الإسلام و المنصوص عليها فى الاخبار المستفيضه بل المتواتره و اما ثانيا فلان من جمله ما يدل على اعتبارها أيضا الاخبار المستفيضه كقولهم ع المؤمنون عند شروطهم و هى مع كثرتها و اعتبار سندها معمول بها عند الاصحاب فى كثير من الموارد و اما ثالثا فلما تبّه عليه فى مجمع الفائده بقوله بعد الإشاره الى الأخبار المذكوره فيه اشكال لأنه قد مرّ مرارا أنّ القراض بمنزله الوكاله فاذا كان و كيلا فى شراء عين معينه كيف يصحّ له شراء غيرها بالوكاله و كذا فى الشراء فى جهة معينه او من شخص معين فان الاصحاب قالوا فى الوكاله لا يصحّ ذلك و أيضا كيف يستحق ربح عمل لم يكن مأذونا فيه و لم يقارض عليه و يكون اثما فيه ضامنا فت سلمنا تساوى التعارضين فى اسباب الترجيح فيلزم التوقف حيث يلزم مخالف القاعده لأننا نقول ان اطلاقات الروايات المتقدّمه اولى بالترجيح اما اولاً فلاعضادها بفتاوى الاصحاب و الشهره العظيمة و هى مع كونها من اقوى المرجحات ظنا من المرجحات

المنصوصه أيضا و المرجحات المتقدم اليها الاشاره لا تصلح لمعارضتها و دفعها مع أنه قد يمنع من افادتها الترجيح هنا فت و اما ثانيا فلان تنزيل اطلاقات الأخبار السابقه على ما تبه عليه في مجمع الفائده تنزيل لها على الفرد النادر في الغايه فتكون هذه الاطلاقات في الدلاله على المدعى اقوى من دلاله معارضه على خلافه كما لا يخفى و اما ثالثا فلان التنزيل الذى اشار اليه في مجمع الفائده ربما ينافيه اطلاق الحكم بضمان العامل هنا في النصوص و الفتاوى فت

## منهل يجب على العامل ان يشتري بعين المال حيث لا يكون هناك ما يدل على اذن المالك له فى الشراء فى الذمه

### اشاره

كما فى فع و يع و د و عد و اللعنه و ضه و لك و مجمع الفائده و الكفايه و لهم و جوه منها ظهور الاتفاق عليه كما تبه عليه فى لك بقوله قالوا و يجب ان يشتري بعين المال لا فى الذمه و هو حسن و منها ما احتج به فى لك و ض من ان المقصود من العقد ان يكون ربح المال بينهما و لا يكون ذلك الا اذا اشترى بالعين لأنّ الحاصل بالشراء فى الذمه ليس ربح هذا المال و منها استدل به فى الكفايه قائلا- لأنّ الاسترباح بالمال يتوقف عليه فلا يكون غيره مأذونا فيه و منها ما تمسك به فى لك و مجمع الفائده و ض من أنّ فى الشراء فى الذمه احتمال الضرر على المالك و ربما يتلف راس المال فيبقى عهده الثمن متعلقه بدمه المالك و قد لا يقدر عليه او لا يكون غرض فى غير ما وقع و منها ما استدل به فى مجمع الفائده قائلا لأنّ العين المال المضارب به و الموكل فى المعامله فأنه ليس بوكيل بان يشتري له شيئا و يبيع بل يبيع هذه الاعيان فان حصل ربح يشترك معه و بالجمله لا اشكال فى ذلك و عليه لو اشترى ح بالذمه فلا يخ اما ان يعين ذمته لفظا و قصدا او يعين ذمه المالك كك او لا يعين ذمته كك و يطلق او يعين ذمه المالك قصدا او يطلق لفظا فان كان الاول فلا- اشكال فى ان الشراء يقع له و يكون الربح له و ان ادى من مال المضاربه و الظاهر انه ممّا لا- خلاف فيه و يكون ح ضامنا للمال اذا اداه و ان كان الثانى فان لم يجز المالك فعل المعامل فلا اشكال فى بطلانه و قد صرح به فى عد و التحرير و لك و ضه و غيرها و ان اجازته المالك صحّ و وقع له كما فى الإرشاد و لك و ضه و غيرها و هل يشترك العامل فى الربح بمقتضى الشرط المذكور فى ضمن العقد او لا الظاهر الاخير لأنّ العامل ح فضولى فلا وجه لاشتراكه بل الظاهر عدم استحقاقه شيئا للأصل و عدم الدليل على الاستحقاق و ان كان الثالث فالمستفاد من النافع و يع و عد و د و التحرير و لك و ضه و مجمع الفائده و ض انه يقع للعامل و يكون الربح له و الظاهر انه ممّا لا خلاف فيه و يؤيده عموم قوله تعالى أو فوا بالعقود فلا باس بالمصير اليه و ان كان الرابع حكم بالشراء للعامل ظاهرا و وقع للمالك باطنا بشرط اذنه سابقا او لاحقا كما فى لك و ضه و الظاهر انه ممّا لا خلاف فيه كما تبه عليه فى ض و

### ينبغى التنبيه على امرين

## الاول اذا اذن المالك حين العقد بالشراء فى الذمه

فهل تصحّ المضاربه ح و يشترك العامل مع المالك فى الربح الحاصل ممّا اشتراه فى الذمه او لا تصحّ المضاربه ح فيكون من شروط صحّتها الشراء بالعين فيه قولان احدهما عدم صحه المضاربه ح و هو المستفاد من اطلاق النافع و يع و د و القواعد و الكفايه و ثانيهما صحه المضاربه ح و هو المستفاد من اللعنه و الروضه و ض و هو فى غايه القوه لان لفظ المضاربه يصدق على المفروض صدقا حقيقيا لتبادر المفهوم الكلى الشامل له و عدم تبادر غيره و عدم صحه السلب و الاطراد و صحه التقسيم و

التقييد والاستثناء والاستفهام وغير ذلك من الامارات الدّالة على الوضع للقدر المشترك فعلى هذا يندرج المفروض تحت العمومات الدّالة على صحّة المضاربه من نحو قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ وقوله تعالى أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وقوله تعالى إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ وقولهم ع في عدّه اخبار معتبره المؤمنون عند شروطهم ويؤيد ما ذكر سيره المسلمين من عدم الالتزام في المضاربه بالشراء في الذّمه وانه مستلزم للخرج العظيم والاصل عدمه بالادله الاربعه

### الثّاني هل اطلاق عقد المضاربه يقتضى الاذن بالشراء في الذّمه او لا

بل أنّما يقتضى اختصاص الاذن بالشراء بالعين فيه قولان احدهما انه لا يقتضى الاذن بالشراء بالذّمه و هو لظ المعظم ولهم الاصل المعتضد بالشّهرة و ثانيهما انه يقتضى الاذن بذلك و هو المستفاد من جماعه و لهم اولا شمول الاطلاق للشراء بالذّمه كما يشمل الشراء بالعين بل الغالب هو الشراء بالذّمه و قد تبّه عليه في مجمع الفائده بقوله لما صار في العرف ان يشتروا

ص: ٢٠٩

شيئا و يقصد الاداء من مال بعينه فكان عقد المضاربه اقتضى تلك الوكاله أيضا فأمّا ان يشتري بالعين او في الذّمه بمعنى ان يقصد الان ادائه من مال المضاربه فت اذ قد لا يفهم و قد يتلف قبل الاداء لمانع غير اختياري أو اختياري فيشغل ذّمه المالك و يحصل الغرر و ثانيا ما تبّه عليه في ض قائلا يحتمل الحكم بالشراء للمالك ظاهرا و باطنا مطلقا و ان لم يأذن للعامل بالشراء كك صريحا لما مر من اقتضاء اطلاق الاذن تولّى العامل ما يتولاه المالك كعرض القماش و نحوه و منه الشراء كك بناء على غلبه تحقّقه منه و من العامل بل و مطلق التجار فينصرف الاطلاق اليه أيضا و لم أر من تبّه لهذا الاشكال الا المقدّس الأردبيلي في ح د و خالي العلامه في حواشيه على الكفايه و رسالته الفارسيه في التجاره لا يقال يدفع ما ذكره ان معظم الاصحاب اطلقوا عدم جواز الشراء بالذّمه و هو شامل لمحلّ البحث بل يستفاد من ذلك دعوى الاتفاق على ذلك لأننا نقول لا نسلم شمول اطلاقهم لمحلّ البحث كما تبّه عليه في الرّياض قائلا بعد ما حكيناه عنه سابقا و يمكن تنزيل اطلاق كلمه الاصحاب عليه بصرفه الى غير صورته غلبته ذلك و يكون مقصودهم بيان ما يقتضيه الاذن الحاصل من نفس العقد دون الحاصل به مع ضميمه امر اخر من عاده أو غيرها فان ذلك امر اخر و لكن على هذا يتجه سؤال الفرق بين جعلهم جواز تولّى العالم ما يتولاه المالك من مقتضيات المضاربه معلّين باقتضاء العرف ذلك فيحمل اطلاق الإذن عليه و حكمهم هنا بوجود الشراء بالعين معلّين باقتضاء العقد ذلك مع أنّ هذا مشارك للأوّل في اقتضاء العرف بالشراء في الذّمه كما مرّ اليه الاشاره اللهمّ الا ان يجعل وجه الفرق الاطمينان بقضائه ثمه و عدم اختلاف العرف فيه دون المسأله للشك فيه او لاختلاف العرف فلا يمكن جعل الشراء في الذّمه من مقتضى العقد على الاطلاق بل يناط الامر فيه بالعرف حيث حصل فلا سبيل الى جعل ذلك قاعده كليّه بل القاعده في مثله كما يقتضيه النّظر و الرجوع الى حكم الاصل و هو الذي أسسوه من وجوب الشراء بالعين الا مع اذن المالك به في الذّمه فيبيع ح بما يستعقبه من تعلق عهده الثمن بذّمته و وجوب ادائه عليه دون العامل بقي مال المضاربه أم لا و فيما ذكره اخيرا نظر سلمنا ان اطلاق المعظم عدم جواز الشراء في الذّمه يشمل محلّ البحث و لكن نمنع من حجّيته اما لعدم بلوغه حدّ الشهره التي تصلح للحجّيه على القول بها او لعدم حجّيه الشّهرة كما عليه جماعه و في كلا- الوجهين نظر و امّا عباره لك فنمنع من دلالتها على دعوى الاتفاق على القول الاول فت و ثالثا انّ المستفاد من السّيره جواز الشراء في الذّمه في صورته الاطلاق أيضا كما لا يخفى و رابعا ان الشراء بالعين غالبا يستلزم الحرج كما لا- يخفى فلا- يتعين في صورته الاطلاق فت و خامسا خلوّ الاخبار عن الاشاره الى لزوم الشراء



بالعين فاذن القول الثانی فی غایه القوّه و لكن الاول احوط الثالث على تقدير جواز الشراء فی الذمه يلزم العامل ان يقصد ذمه المالك فيتعلق عهده الثمن و وجوب أدائه بذمه المالك دون العامل مط و دفع العامل الثمن من مال المضاربه و يصير المبيع مالا للمضاربه كما عن الشيخ و السيوري و غيرهما لأن ذلك من مقتضيات عقد المضاربه كما لا يخفى

### منهل هل يملك العامل نصيبه من الربح المشروط بظهوره و لا يتوقف على وجوده ناضا او لا

#### اشاره

اختلف الاصحاب في ذلك على اقوال منها انه يملكه بمجرد ظهور الربح و لا يتوقف على الانضاض و هو للتأفيع و بيع و كره و عد و د و التحرير و التبصره و الايضاح و لك و مجمع الفائده و الكفايه و ض بل صرح فيه في لك و الكفايه بانه المشهور بين الاصحاب و زاد في لك و ض قائلين بل لا يكاد يتحقق فيه مخالف و زاد في لك قائلان و لا نقل عن احد من اصحابنا و منها ما تبه عليه في التنقيح بقوله و قيل لا يملك الا بالانضاض و منها ما حكاه على ما حكاه في الايضاح عنه قائلان الذي سمعناه من والدي المصنف ان في هذه المسأله اربعة اقوال الاول انه يملك بمجرد الظهور و هو الأصح الثاني انه يملك بالانضاض الثالث انها يملك مستقرا بالقسمه الرابع ان القسمه كاشفه عن ملك المالك و هذه الاقوال التي حكاه عن والده كلها ضعيفه عندي الا القول الاول الذي اختاره فانه الأصح عندي أيضا و قد صار اليه المعظم و لهم و جوه منها انه صرح في الرياض بدلاله عبارته التذكرة على نفى الخلاف عما صار اليه و يعضده الشهرة العظيمة التي لا يبعد معها دعوى شذوذ المخالف بل قد يمنع من وجود مخالف من الاماميه في ذلك و لعل الاقوال التي تبه عليها العلامة للعامه لا للخاصه و ليس في كلامه تصريح بان جميعها او بعضها للخاصه و مما يؤيد ما ذكر اولاً عدم الإشاره الى الاقوال المذكوره في لف و لا في التذكرة و عدم نسبتها الى احد من اصحابنا الاماميه مع ان طريقته فيهما نقل اقوالهم و الاشاره اليها و لو كانت شاذه و ثانيا قوله في التحرير العامل يملك حصته من الربح بظهوره و لا يتوقف على وجوده ناضا على اقرب الوجهين و ثالثا عدم نقل احد من اصحابنا الخلاف عن احد منهم و رابعا ما حكيناه عن لك و الكفايه و ض سابقا و خامسا قول لك بعد الإشاره الى الاقوال المخالفه لما عليه المعظم و في التذكرة لم يذكر في المسأله من سائر الفقهاء من العامه و الخاصه سوى القولين الاولين و جعل الثاني للشافعي و لأحمد في احدي الروايتين و وافقا في الباقي على الاول فلا يدرى لمن ثبت هذه الاقوال و سادسها قول الرياض هذه الاقوال مع كونها اجتهادات صرفه في مقابله النصوص المعتمده غير معروفه القائل بين الخاصه و العامه و منها ما احتج به في التذكرة و الايضاح و لك و مجمع الفائده و الكفايه من ان سبب الاستحقاق هو الشرط الصريح الواقع في العقد فيجب ان يثبت مقتضاه و هو ان يكون له جزء من الربح عند وجوده و لا اشكال في وجوده قبل الانضاض لا يقال لا نسلم وجوده قبل الانضاض بل هو ح غير موجود في الخارج و انما هو مقدر موهوم فلا يمكن تملكه اذ المملوك لا بد ان يكون محقق الوجود بالضروره ما دام مملوكا و قد تمسك بما ذكر على القول بانه لا يملك الا بالانضاض في الايضاح و لك و ض لأننا نقول هذا باطل اما اولاً فلما تبه عليه في لك و ض بقولهما لا نسلم ان الربح قبل الانضاض غير موجود لان المال غير منحصر في النقد فاذا ارتفعت قيمه العروض فراس المال منه ما قابل قيمه راس المال و الزائد ربح و هو محقق الوجود و يؤيده ما ذكره اولاً انه يصدق في العرف حقيقه بحيث لا يصح السلب تحقق الربح المشروط قبل الانضاض بمجرد ما ذكره فيجب العمل بمقتضى العقد و الشرط الذي هو مذكور في ضمنه للعمومات الداله عليه و ثانيا انه لو لم يصدق الربح الا بالانضاض لزم ان لا يجب الخمس في ارباح المكاسب الا بعده و قد

بيننا فساده في كتاب الخمس و اما ثانيا فلما تبها عليه أيضا قائلين و لو سلم أنه غير محقق الوجود فلا يقدر في كونه مملوكا فان الدين مملوك و هو غير موجود في الخارج بل هو في الذمه امر كلي و منها ما احتج به في الايضاح و لك و مجمع الفائده و الكفايه و ض من الأخبار الداله باطلاقتها على ان الربح بينهما لأنه يتحقق بمجرد ظهوره لغه و عرفا كما تقدم اليه الإشاره و هذه الاخبار كثيره بل ادعى في الايضاح تواترها معنى و منها ما استدل به في كره و الايضاح و لك و مجمع الفائده و ض من أنه لو لم يملك بالظهور لم يعتق عليه نصيبه من ابيه لو اشتراه و التالي باطل فالمقدم مثله اما الملازمه فلا لأنه لا مقتضى للاعتاق بعد الشراء سوى الملك فاذا فرض عدمه ينبغي الحكم برفع الاعتاق و اما بطلان التالي فلخبر محمد بن قيس عن الصادق ع قال قلت له رجل دفع الى رجل الف درهم مضاربه فاشترى اباه و هو لا- يعلم قال يقوم فان زاد درهما واحدا اعتق و استسعى في مال الرجل و قد وصف هذه الروايه بالصيحه في الكفايه و ض و كذا وصفها بها في مجمع الفائده أيضا قائلا كان محمد بن قيس هو الثقة لأن اثنين ثقان و هما مشهوران و لهما اصل ثبت نقلهما عن الصادق ع و واحد ممدوح غير معلوم نقله عنه ع و على تقديره تكون حسنه و واحد ضعيف قبل ما نقل عنه ع فالضعيف منتف و يحتمل محمد بن ميسر الثقة كما في ك و كأنه لذلك قال في ح عد صحيحه محمد بن ميسر بدل قيس و لكنه فيه حسنه لوجود ابراهيم بن هاشم فت و منها ما تمسك به في كره قائلين لأن هذا الربح مملوك فلا- بد من مالك و رب لا يملكه اتفاقا و لا يثبت احكام الملك في حقه فيلزم ان يكون للعامل اذ لا مالك غيرهما اجماعا و قد تمسك بهذا الوجه في مجمع الفائده أيضا و قد صرح بدعوى الاجماع على انحصار المال في المالك و العامل و منها ما استدل به في كره و الايضاح و لك من أنه لو لم يملك العامل بالظهور لم يكن له المطالبه بالقسمه و التالي باطل فالمقدم مثله اما الملازمه فلما تبه عليه في الايضاح بقوله و الملازمه ظاهره لصدق لا شىء من غير الشريك له المطالبه بالقسمه بالاتفاق و اما بطلان التالي فلما تبه عليه في الايضاح بقوله و لأنه لو لم يملك بالظهور لم يكن له المطالبه بالقسمه لكن التالي باطل اتفاقا فكذا المقدم و الملازمه ظاهره اه لا يقال يكفي في استحقاق القسمه مجرد العلاقه لأننا نقول هذا باطل كما تبه عليه في لك بقوله و لا يكفي في استحقاق القسمه مجرد العلاقه لأنها ليست قسمه حقيقه و اطلاقهم يقتضى أنها حقيقه و لا يقال لو ملك بالظهور لكان شريكا في المال فيكون التقصان الحادث سابقا في المال لأن التالف من المال المشترك يكون بينهما فليما انحصر دل على عدم الملك لأننا نقول هذا مدفوع بما اجاب عنه في التذكرة و لك و ض من انه لا ملازمه بين الملك و ضمان الحادث على الشيع و يجوز ان يكون مالكا و يكون ما يملكه وقايه لرأس المال فيكون الملك متزلزلا- و استقراره مشروط بالسلامه و لا- يقال لو ملك بالظهور لا- يختص بربحه لأننا نقول هذا مدفوع بما تبه عليه في الكتب الثلاثه المذكوره أيضا من انه لا منافاه بين ملك الحصه و عدم ملك ربحها بسبب تزلزل الملك و لأنه لو اختص بربح نصيبه لاستحق من الربح اكثر مما شرط له و لا يثبت بالشرط ما يخالف مقتضاه و لا يقال القراض معامله جائزه و العمل فيها غير مضبوط فلا يستحق العوض الا بتمامه كمال الجعالة لأننا نقول كليه الكبرى ممنوعه و صرح في كره مجيبا عن الايراد المذكوره بأنه مع ظهور الربح يحصل تمام العمل و لا يقال الاصل عدم التملك بعد ظهور الربح لأننا نقول هذا لا يصلح لمعارضه ما دل على تملكه بعد ظهوره كما لا يخفى و

ينبغي التنبيه على امور

الأول ليس تملك العامل بعد الظهور تملكا تاما مستقرا

بل هو متزلزل و يتوقف استقراره على امر اخر كما فى كره و عد و التحرير و الايضاح و لك و مجمع الفائده و الكفايه و ض و لهم اولا- ظهور الاتفاق عليه و ثانيا ما تمسك به فى الايضاح و لك و الكفايه و ض من ان الربح وقايه لرأس المال فلا بد لاستقراره من امر اخر

### **الثانى متى ما لم يحصل الموجب لاستقرار الملك**

يجبر الربح ما يقع فى التجاره من تلف و خسران كما فى كره و الايضاح و لك و الكفايه و ض بل صرح فى لك و الكفايه بأنه محل وفاق و صرح فى كره و لك و ض بأنه لا فرق بين ان يكون الربح و الخسران فى مره واحده او مرتين و فى صفقه او اثنتين و فى سفره او سفرات و لهم اولا قول لك هو موضع وفاق و يعضده قول كره لا نعلم فيه خلافا و ثانيا ما احتج به فى كره و ض من ان معنى الربح هو الفاضل من راس المال فاذا لم يفضل شىء فلا ربح

### **الثالث اذا اشترى العامل اباه**

و ظهر ربح انعتق الاب بقدر نصيب الابن بلا اشكال

### **الرابع اذا ظهر ربح و مات العامل**

انتقل نصيبه الى وارثه و يظهر من التنقيح دعوى الاتفاق عليه

### **الخامس لا شبهه فى انه يحصل استقرار الملك بعد الانضاض**

و القسمه و فسخ عقد المضاربه

### **منهل هل يشترط فى صحه المضاربه اقباض المالك او وكيله راس المال من العامل او وكيله فى مجلس العقد**

فيكون القبض فى المجلس من شرائط الصيحه كما فى بيع الصّرف او لا يشترط ذلك لم اجد احدا تعرض لبيان ذلك و الاقرب الثانى للأصل و العمومات و عدم التنبيه على كون ذلك شرطا فى النص و الفتوى مع توفر الدواعى عليه و يؤيده ما نبه عليه جماعه من ان المضاربه و كاله فى المعنى و من الظاهر ان ذلك ليس شرطا فى صحه الوكاله

### **منهل إذا كان العامل غائبا عن البلد**

و ارسل المالك اليه رأس المال قاصدا بفعله او بمكاتبتة اليه ايجاب المضاربه او قبله العامل صححت المضاربه ح للأصل و العمومات و عدم اشتراط اللفظ فى الإيجاب و القبول و جواز التراخي بينهما

### **منهل جواز تعدد العامل و وحده المالك و بالعكس**

كما صرح به في التحرير و عد و كره و جامع المقاصد و الكفايه و لهم اولا ظهور الاتفاق عليه و ثانيا الاصل و العمومات من نحو قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و قوله تعالى إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ و قوله تعالى أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ و قولهم ع في عدّه اخبار معتبره المؤمنون عند شروطهم و العمومات من النصوص و الفتاوى الدّاله على صحّه المضاربه و ثالثا خلوّ النصوص و الفتاوى عن الاشاره الى اشتراط وحده كلّ منهما و

### ينبغي التنبيه على امور

#### الاول صرح في كره و الكفايه بانه يجوز اشتراط استقلال العاملين

و مراجعه كلّ منها الى صاحبه و هو جيد

#### الثاني صرح في جامع المقاصد بانه اذا تعدد العامل

اشترط تعيين الحصه لكل منهما و لا- يجب تفصيلها بل يجوز ان يجعل النصف لهما فيحكم بالنصف لهما معا بالسويه محتجا باقتضاء الاطلاق ذلك و اصاله عدم التفصيل قائلا و صرح به في كره و ما ذكره جيد

#### الثالث صرح في جامع المقاصد بانه ان فوات في الحصه بينهما صح عندنا

و اشترط التعيين قطعا و هو جيد أيضا

#### الرابع صرح في كره و جامع المقاصد ان تعدد المالك فان استويا في الحصه للعامل

صحّ و لم يشترط مال كل واحد منهما و ان تفاوتتا و جب تعيين الحصه من كل منهما و معرفه قدر مال كل واحد منهما للجهاله بدونه و ما ذكره من الحكم الاول جيد و اما الثاني فهو احوط

#### منهل اذا كان له في يد غاصب مال فقارضه عليه

ثم العامل الغاصب دفع ذلك المال ثمنا الى البائع زال ضمانه كما صرح به في لك و ادعى عليه الاجماع

#### منهل اذا قارض المالك رجلا بعقد و شرط له شيئا

كالتنصف ثم قارض اخر و شرط له انقص مميّا شرط للأول كالربع جاز و صحّ كما في التيدكره و لك و صرح فيه بدعوى الاتفاق عليه تم

ص: ٢١١

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين و الصلاه و السلام على خير خلقه محمد و آله الطاهرين

مقدمه صرّح فى النافع و جامع المقاصد و يع و كره و الكفايه بانّ المزارعه معامله على الارض بحصه من حاصلها و نمائها

و تبّه على ما ذكره فى عد بقوله المزارعه معامله على الأرض للزراعه بحصّه من نمائها و صرّح فى التّحرير بانّ المزارعه دفع الارض الى من يزرعها بحصّه مشاعه ممّا يخرج منها و فى اللمعه بان المزارعه معامله على الأرض بحصّه من حاصلها الى اجل معلوم و صرّح فى ضه بانّ ما ذكره هو المعنى الشرعى و صرّح فى لك و الرّياض بان ما ذكره فى يع هو المعنى الشرعى قائلين و المزارعه لغه مفاعله من الزرع و هى تقتضى وقوعه منهما لكنّها فى الشّرع صارت معامله على الارض بحصّه من حاصلها و مقتضى ما ذكره ثبوت الحقيقه الشرعيه فيها كما فى لفظ الرّكاه و الصّلاه فيكون المرجع فى معرفه معناها و القيود المعتبره فى حقيقتها و مفهومها هو اهل الشّرع فلو فرض صدقها لغه و عرفا على معنى لم يصدق عليه شرعا لم يثبت له الاحكام الشرعيه المستفاده من الخطابات الشرعيه الوارده من اهل العصمه و فيه نظر لقوه احتمال عدم ثبوت الحقيقه الشرعيه فيه خصوصا على القول بنفى الحقيقه الشرعيه مط و البقاء على اللّغه و العرف الّما ان الهيئه لم تعتبر و انّ النقل بهذا المقدار قد حصل و هذا الاحتمال هو ظ النافع و يع و كره و التّحرير و عد و اللمعه و جامع المقاصد و عليه يكون المرجع فى سائر القيود المشتبّه هو العرف و اللّغه كما هو مقتضى الاصل و القاعده فت

### منهل المزارعه جائزه و صحيحه شرعا

كما صرّح به فى الغنيه و فع و يع و التّحرير و التذكره و اللمعه و جامع المقاصد و لك و مجمع الفائده و غيرها و لهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه و منها أنّه نبه فى الغنيه على دعوى الاجماع عليه قائلا- يجوز المزارعه سواء كان خلال النخل أم لا بدليل اجماع الطائفه و يعضد ما ادّعاه اولاً ما تبّه عليه فى التذكره بقوله المزارعه و هى معامله على الارض بحصّه ممّا يخرج منها بغير لفظ جائزه عند علمائنا اجمع و به قال على ع و آل على ع و عمّار بن ياسر و قال المحاربى قال ابو جعفر الباقر ع ما لمدينه من اهل بيت الا و يزرعون على الثلث و الربع و زارع على و عامل رسول الله اهل خيبر بالشرط ثم على ع و اعطوهم الى اليوم يعطون الثلث و الرّبع و هذا امر مش صحيح عمل به رسول الله ص حتى مات و خلفائه حتى ماتوا و اهلهم و لم يبق بالمدينه اهل بيت الّما عمل به و عمل به ازواج رسول الله ص و عمل به الصحابه و التابعين و اهل البيت و هو مجمع عليه لأنّ الباقر ع روى ذلك عن اهل كل بيت بالمدينه و عن الصّحابه و اهلهم و فقهاء الصّحابه و استمرّ على ذلك الى الان و هذا ممّا لا يجوز خفائه و لم ينكره احد منهم فكان اجماعا و ثانيا قول لك المزارعه عقد مشروع عند علمائنا اجماعا و عند اكثر علماء الإسلام و منع منه الشّافعى و ابو حنيفه و بعض العامه الا- فى مواضع مخصوصه و ثالثا قول الرّياض المزارعه ثابتة باجماعنا المستفيض النّقل فى عباثر جماعه من اصحابنا كالغنيه و كره و المهذب و لك و غيرها من كتب الجماعه و منها عموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و منها عموم قولهم ع فى عده اختبار معتبره المؤمنون عند شروطهم و منها قوله ص النّاس مسلّطون على اموالهم و منها جمله من الاخبار كما لا يخفى ثمّ أنّه لا فرق فى جواز المزارعه بين ان تكون الارض بيضاء او كانت فيها نخيل كما صرّح به فى الغنيه و التّحرير و هو ظ اطلاق الباقيين

فهى من العقود و ذكر للإيجاب الفاظا منها لفظ زارعتك و قد صرّح به فى يع و عد و د و التحرير و كره و عه و جامع المقاصد و لك و ضه و الكفايه بل الظاهر انه ممّا لا خلاف فيه و قد صرّح بدعوى الاجماع عليه فى التنقيح و يؤيد ما ادّعاه تصريح لك بأنّه لا ريب فيه و منها سلمتها إليك للزرع و قد صرّح به فيما عدا جامع المقاصد من الكتب المتقدّمة بل الظاهر انه ممّا لا خلاف فيه أيضا فلا اشكال فيه و منها لفظ عاملتك و قد صرّح به فى اللمعه و ضه و هو جيّد و منها لفظ قبلتك هذه الارض و قد صرّح فى التذكرة و ضه و هو جيّد و منها لفظ خذ هذه الأرض على هذه المعامله و قد صرّح به فى التذكرة و هو جيّد أيضا و منها ملكتك و قد صرّح به فى لك و هو جيّد أيضا و هل يصحّ الايجاب بلفظ ازرع بصيغه الامر او لا اختلف الأصحاب فى ذلك على قولين احدهما أنّه يصحّ و هو لصريح يع و ير و كره و د و عد و مجمع الفائده و الكفايه بل صرّح فى ضه بدعوى الشهره عليه و ثانيهما أنّه لا يصحّ و هو للإيضاح و جامع المقاصد و لك و ضه و ض للأولين وجوه منها أنّ العقد بالصّيغه المفروضه التى يراد منها ما يراد من لفظ زارعتك عقد حقيقه عرفا و لغه و تأمل بعض فيه لا وجه له جدا فيشمله عموم قوله تعالى أوفوا بالعقود و قولهم ع المؤمنون عند شروطهم و قوله ص الناس مسلّتون على اموالهم و منها أنّه يصحّ الايجاب و القبول الفعليان فى هذه المعامله فالصّيحه بهذه الصيغه المفروضه اولى و منها ما تبّه عليه فى الايضاح من أنّ المزارعه تصحّ مع جهاله العمل و العوض فجاوزها مع الصّيغه اولى و فيما ذكره نظر و منها أيضا أنّ القبول هنا يصحّ بلفظ المستقبل فيصحّ الايجاب هنا باللفظ المذكور أمّا المقدمه الاولى فلروايه ابى الزبيح الشامى عن الصادق ع أنّه سئل عن رجل يزرع ارض رجل اخر فيشترط عليه ثلثا للبذر و ثلثا للبقر فقال لا ينبغي ان يسمّى بذرا و بقرا و لكن يقول لصاحب الأرض ازرع الى ارضك و لك منها كذا و نصف و ثلثا و ما كان من شرط و أمّا المقدمه الثانيه فلما تبّه عليه فى الايضاح قائلا أنّ القبول هنا يصحّ بلفظ المستقبل فصحّه الايجاب فيه باللفظ المذكور اولى مع أنّ الظاهر أنّه لا قائل بالفرق و قد يناقش فى كلتا المقدمتين أمّا فى الاولى فبان الروايه المذكوره ضعيفه السّند فلا يجوز الاعتماد عليها و قد يجاب عن هذه المناقشه اولا بأنّ ضعف السّند هنا غير قادح لانجباره بالشهره و ثانيا بما تبّه عليه فى مجمع الفائده بقوله و سندها لا- باس به و فيه خالد بن حريز و هو ممدوح و ابو الزبيح و استدل فى شرح المتن على توثيقه بان الحسن بن محبوب يروى عنه و الحسن ممّن اجتمعت العصابه على تصحيح ما يصحّ عنه و فى كلا الجوابين نظر أمّا الاول فللمنع من تحقق الشهره الجابره لضعف السّند و أمّا الثانى فللمنع من افاده مدح خالد توثيقه من افاده دعوى اجماع العصابه على تصحيح ما يصحّ عنه التوثيق و أمّا الثانيه فللمنع من دلاله الروايه المذكوره على صحّه القبول بلفظ

ص: ٢١٢

المستقبل لمنع دلالتها على كون قوله ازرع قبولا كما لا يخفى سلّمنا دلالتها على ذلك و لكن نمنع من فهم الأولويه و من عدم القائل بالفرق سلّمنا الأولويه و لكنّها غير مفهومه من اللفظ بشىء من الدلالات و فى حجيه نحو هذه الأولويه اشكال و بالجمله الزوايه المذكوره قاصره الدلاله على المدعى كما صرّح به فى جامع المقاصد و منها ما احتج به بعض من خير عبد الله بن سنان الذى وصفه بالصّحه فى مجمع الفائده أنّه قال فى الرّجل يزرع ارض غيره فيقول ثلث للبقر و ثلث للأرض قال لا يسمّى شيئا من الحبّ و البقر و لكن يقول ازرع و لى فيها كذا و كذا ان شئت نصفا و ان شئت ثلثا و قد يجاب عن هذه الزوايه اولا بأنّها ضعيفه السّند بالإضمار و ان كان من عبد الله بن سنان و الجبر بالشهره غير معلوم و ثانيا بأنّها لا دلاله فيها على المدعى سواء قرء ازرع بصيغه الامر او المضارع لعدم ظهور كونها للإيجاب او القبول كما نبّه عليه فى جامع المقاصد قائلا بعد الاشاره اليها و الى الروايه

السَّابِقَهُ وَ لَا دَلَالَهُ فِي الرَّوَايَتَيْنِ عَلَى أَنَّ هَذَا الْقَوْلَ هُوَ الْعَقْدُ مَعَ أَنَّهُ لَا تَصْرِيحَ فِيهِ بِالْقَبُولِ فَيُمْكِنُ أَنْ يَكُونَ هَذَا مِنْ جَمَلِهِ الْقَوْلُ الَّذِي يَكُونُ بَيْنَ الْمُتَعَاقِدِينَ قَبْلَ الْعَقْدِ لِيَتَقَرَّرَ الْأَمْرُ بَيْنَهُمَا وَ قَدْ تَبَّهَ عَلَى مَا ذَكَرَهُ فِي الرِّيَاضِ وَ لَعَلَّهُ لَمَّا ذَكَرَاهُ صَرَّحَ فِي لُكِّهَا بِقَاصِرِهِ الدَّلَالَةَ عَلَى ذَلِكَ وَ مِمَّا يُؤَيِّدُ عَدَمَ كَوْنِ قَوْلِهِ أَزْرَعُ فِي الرَّوَايَةِ الْإِجَابِ وَ الْقَبُولِ لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ لِأَحَدِهِمَا لِكَانَ وَاجِبًا لِلْأَمْرِ بِهِ وَ لَا- قَائِلَ بِهِ وَ لَا يُمْكِنُ الْحَمْلُ عَلَى الْإِسْتِحْبَابِ لِعَدَمِ الْقَائِلِ بِهِ أَيْضًا وَ الْحَمْلُ عَلَى مُجْرَدِ الرِّخْصَةِ فِي غَايَةِ الْبَعْدِ مَعَ أَنَّهُ مُجَازٌ وَ الْأَصْلُ عَدَمُهُ وَ لَا يَلِزَمُ ذَلِكَ لَوْ حَمِلَ عَلَى مَا ذَكَرَهُ فِي جَامِعِ الْمَقَاصِدِ لِإُمْكَانِ حَمْلِ الْأَمْرِ عَلَى الْوَجُوبِ وَ مِمَّا ذَكَرَ يَنْدَفِعُ مَا تَبَّهَ عَلَيْهِ فِي مَجْمَعِ الْفَائِدَةِ بِقَوْلِهِ بَعْدَ الْإِشَارَةِ إِلَى الرَّوَايَةِ الْمَذْكُورَةِ وَ هِيَ صَرِيحَةٌ فِي جَوَازِ الْقَبُولِ بِلَفْظِ الْمَضَارِعِ فَلَا يَبْعَدُ انْعِقَادُ الْإِجَابِ بِالْأَمْرِ بَلِ ادَّعَى الْأَوَّلِيُّ فِي الْإِيضَاحِ وَ فِيهِ تَأَمَّلْ وَ لِلآخِرِينَ وَجُوهٌ أَيْضًا مِنْهَا مَا أَحْتَجُّ بِهِ فِي الرِّيَاضِ مِنَ الْأَصْلِ وَ قَدْ يَجَابُ عَنْهُ بِانْدِفَاعِهِ بِمَا مَضَى مِنَ الْعُمُومَاتِ وَ مِنْهَا مَا تَمَسَّكَ بِهِ فِي جَامِعِ الْمَقَاصِدِ بِقَوْلِهِ أَنَّ الْمَعْتَبَرَ عِنْدَ الشَّارِعِ مِنْ صَبْغِ الْإِنْسَاءِ الْمَاضِي فَلَا- يَنْعَقَدُ بغيرِهِ مِنَ الْمُسْتَقْبَلِ وَ فَعَلَ الْأَمْرُ وَ تَبَّهَ عَلَى مَا ذَكَرَهُ فِي الْإِيضَاحِ أَيْضًا وَ قَدْ يَجَابُ عَنْهُ بِالْمَنْعِ مِنْهُ فَأَنَّهُ لَمْ يَقَمْ دَلِيلٌ مَعْتَبَرٌ مِنْ شَيْءٍ مِنَ الْأَدْلَةِ الْأَرْبَعَةِ عَلَيْهِ بَلِ مَقْتَضَى الْعُمُومَاتِ مِنَ الْكِتَابِ وَ السُّنَنِ وَ خَلُوِ الْأَخْبَارِ وَ كَلِمَاتِ قَدَمَاءِ الْأَصْحَابِ عَنِ الْإِشَارَةِ إِلَى الصَّبْغِ الْمَعْتَبَرِ فِي الْمَزَارِعِ وَ فِي مَعْظَمِ الْعُقُودِ جَوَازَ كُلِّ صَبْغٍ يَدُلُّ عَلَى الْمُرَادِ وَ لَوْ مُجَازًا وَ مِنْهَا مَا تَبَّهَ فِي لُكِّهِ بِقَوْلِهِ أَمَّا قَوْلُهُ أَزْرَعُ هَذِهِ الْأَرْضَ بِصَبْغِهِ الْأَمْرُ فَانْ مِثْلَ ذَلِكَ لَا يَجِيزُونَهُ فِي نِظَائِرِهِ مِنَ الْعُقُودِ فَالِقَوَى الْاِقْتِصَارِ عَلَى الْمَاضِي الْحَاقِقِ لَهُ بغيرِهِ وَ قَدْ يَجَابُ عَنْهُ بِأَنَّهُ قِيَاسٌ وَ هُوَ مُرَدُّودٌ عِنْدَ الْأَمَامِيَّةِ وَ مَعَ هَذَا فَالْحُكْمُ فِي الْأَصْلِ الْمَقْيَسِ عَلَيْهِ غَيْرُ مُسْلِمٍ وَ عَلَى هَذَا فَلَا يَنْفَعُهُ تَنْزِيلُ كَلَامِهِ عَلَى إِرَادَةِ تَنْقِيحِ الْمَنَاطِ أَوْ اتِحَادِ طَرِيقِ الْمَسْأَلَتَيْنِ أَوْ الْاِسْتِقْرَاءِ مَعَ أَنْ جَمِيعَ ذَلِكَ إِلَّا الْآخِرَ مِنْهُمُ وَ لَوْ سَلِمَ ثُبُوتُ الْحُكْمِ فِي الْأَصْلِ وَ أَمَّا الْآخِرُ فَفِي حُجَّتِهِ كَلَامٌ هُوَ الظَّاهِرُ مِنَ الْمَعْظَمِ وَ لَكِنِ الْاِقْرَبُ حُجَّتُهُ بِنَاءِ عَلَى الْمُخْتَارِ مِنْ أَصَالِهِ حُجَّتِهِ الظَّنُّ وَ كَيْفَ كَانَ فَمَا ذَكَرَهُ لَا يَنْهَضُ لِإِثْبَاتِ الْمَدْعَى فَالْمَعْتَمَدُ هُوَ الْقَوْلُ الْأَوَّلُ وَ لَكِنِ الثَّانِي أَحْوَطُ وَ

### يَنْبَغِي التَّنْبِيهُ عَلَى أُمُورٍ

#### الأول لا شك في صحة القبول بلفظ قبلت

وَ قَدْ صَرَّحَ بِصِحَّتِهِ فِي د وَ كَرِهَ وَ التَّنْقِيحُ بَلِ قَدْ صَرَّحَ فِيهِ بِدَعْوَى الْاِجْمَاعِ عَلَيْهَا وَ عَلَى صِحَّتِهِ بِلَفْظِ رَضِيَتْ فَلَا بَاسَ بِالْحُكْمِ بِصِحَّةِ الْقَبُولِ بِهِ وَ كَذَا يَصَحُّ بِكُلِّ لَفْظٍ يَدُلُّ عَلَيْهِ

#### الثاني هل ينعقد المزارعه بلفظ الإجاره

فَيَقُولُ اجْرَتَكَ أَوْ لَا صَرَّحَ بِالثَّانِي فِي عَدِّ وَ كَرِهَ وَ كَذَا صَرَّحَ بِهِ فِي جَامِعِ الْمَقَاصِدِ مُحْتَجًّا بِأَنَّ الْفَازَ عَقْدَ الْإِجَارَةِ لَمْ يَثْبِتْ جَوَازَ اسْتِعْمَالِهَا فِي عَقْدٍ آخَرَ وَ اسْبَابُ الشَّرْعِ يَحْتَاجُ إِلَى التَّوْقِيفِ وَ فِيهِ نَظَرٌ وَ مَالٌ فِي مَجْمَعِ الْفَائِدَةِ إِلَى الْأَوَّلِ مُحْتَجًّا عَلَيْهِ بِوَجْهَيْنِ أَحَدُهُمَا مَا تَبَّهَ عَلَيْهِ بِقَوْلِهِ قَالَ فِي ح يَعْ لَا أَشْكَالَ فِي عَدَمِ وَقُوعِ الْمَزَارِعِ بِلَفْظِ الْاِجَارَةِ لِاخْتِلَافِ أَحْكَامِهَا فَانْ الْاِجَارَةُ تَقْتَضِي اجْرَهُ مَعِينَهُ وَ فِيهِ تَأَمَّلْ لِأَنَّهُ لَا مَانِعَ مِنْ وَقُوعِ الْمَزَارِعِ بِلَفْظِ الْاِجَارَةِ مَعَ الْقَصْدِ وَ الْقَرِينَةُ فَانْ غَايَتُهُ كَوْنُهُ مُجَازًا مَعَهَا وَ لَا فِسَادَ فِيهِ وَ قَدْ يَنْاقِشُ فِيمَا ذَكَرَهُ بَأَنَّ مُجْرَدَ عَدَمِ الْمَانِعِ لَا يَقْتَضِي فِي الْحُكْمِ بِالصَّبْغِ بَلِ لَا بَدَّ مِنْ وَجُودِ الْمَقْتَضَى لَهَا وَ مِنَ الظَّاهِرِ أَنَّ نَفْسَ عَدَمِ الْمَانِعِ لَيْسَ نَفْسَ الْمَقْتَضَى وَ لَا هُوَ جُزْئُهُ وَ لَا هُوَ مُسْتَلْزَمٌ لَهُ بِوَجْهِ مِنَ الْوَجُوهِ إِلَّا أَنْ يَقِ الْمَقْتَضَى هُنَا هُوَ الْعُمُومَاتِ الدَّلَالَةُ

على الصّححه نحو قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و قولهم ع المؤمنون عند شروطهم و نحو ذلك و لعلّه لوضوحها لم يذكرها و لم يصرّح بها و ثانيهما ما تّبّه عليه بقوله ص أيضا يدلّ على صحّحه المزارعه بلفظ الاجاره مع الإتيان بشرائطها من الحصّه و غيرها أيضا مثل ما فى صحّحه ابى المغراء عن ابى عبد الله ع اما اجاره الأرض بالطعام فلا يأخذ نصيب اليتيم منه الا ان يؤجرها بالزرع اه و ما فى حسنه الحلبي عنه ع قال لا تقبل الارض بحنطه مسّماه و لكن بالنّصف اه و غيرها و قد يناقش فيما ذكره من خبر ابن ابى المغراء و الحلبي با لمنع من دلالتهما على المدّعى كما لا- يخفى و كيف كان فالمسأله محلّ اشكال فلا- ينبغى ترك الاحتياط فيها و لكن المعتمد عندى هو القول الثّانى بل الاقرب عندى جواز الايجاب و القبول بكلّ لفظ دلّ عليهما للعمومات المتقدّم اليها الإشاره فلا يشترط امور الاول عربيتهما كما صرّح به فى مجمع الفائده و الكفايه و يمكن استفادته من التذكرة و الشّرائع و الارشاد فيجوز الاتيان باى لغة اريد و لكن الاحوط الاقتصار على اللغة العربيّه و قد صرّح باشتراطها فى لك الثّانى عدم اللحن فيهما الثّالث توافقهما لغة الرابع ماضويتهما كما فى مجمع الفائده و الكفايه و ربما يمكن استفادته من كل من جوّز الايجاب بلفظ ازرع و لكن الاحوط اعتبار الماضويّه و قد صرّح باشتراطها فى لك و الرّياض و يمكن استفادته من كل من منع من الايجاب بلفظ ازرع و هو ضعيف فيجوز على المختار الجملة الاسميّه و قد منع منها فى جامع المقاصد الخامس كونهما بصيغه مخصوصه و من ماده خاصه و الظاهر أنّه ممّا لا خلاف فيه و كذا لا خلاف فى جوازهما بكلّ لفظ عربىّ بصيغه الماضى عدا اجرتك كما تّبّه عليه فى مجمع الفائده قائلا الظاهر أنّه لا خلاف فى الجواز بكلّ لفظ يدلّ على المطلوب مع كونه ماضيا السادس عدم التجوّز فى الايجاب و القبول فيجوز التّجوز فيهما

### الثالث اختلف الأصحاب فى كفايه الايجاب و القبول الفعلين هنا على اقوال

#### الاول أنّه لا يكفى ذلك بل يشترط كونهما باللفظ

و هو للتذكرة و الإرشاد و اللمعه و جامع

ص: ٢١٣

المقاصد و لك و ضه و الرّياض

#### الثّانى انه يشترط فى الايجاب اللفظ و يكفى فى القبول الفعل

و هو للقواعد

#### الثالث أنّه يكفى هنا الايجاب و القبول الفعلين

كما فى البيع و هو لمجمع الفائده و الكفايه و هو فى غايه القوّه لما دلّ على جواز ذلك فى البيع و غيره و لكن الاحوط القول الاول و على المختار يشترط كون الفعل مفيدا للعلم بالمراد فلا يكفى الظنّ

#### الرّابع هل يشترط وقوع القبول بعد الايجاب فورا



فيشترط المقارنه هنا او لا فيه اشكال و لكن الاحتمال الثاني في غايه القوه الا ان الاول احوط

### الخامس لا يبعد الحكم بجواز تقديم القبول على الايجاب

هنا كما في النكاح و كذا لا يبعد الحكم بجواز الايجاب و القبول من الفضولي هنا كما في النكاح و البيع

### السادس صرح في التنقيح بان صورته عقد المزارعه الصحيح اجماعا ان يقول مالك الارض زارعتك

على هذه الارض مده كذا لتزرع فيها كذا و ما شئت على ان يكون لك النصف مثلا من جميع حاصلها بعد المؤن فيقول العامل قبلت او رضيت

### منهل المزارعه من العقود اللازمه التي لا يجوز فيها لأحد المتعاقدين الفسخ من غير رضاه الاخر

#### اشاره

و قد صرح بلزومها في الغنيه و النافع و الشرائع و التبصره و الارشاد و عد و التذكره و التحرير و اللعمه و جامع المقاصد و ضه و لك و مجمع الفائده و الكفايه و الرياض و لهم اولا اصاله عدم الفسخ و استصحاب ما ثبت بالعقد كما نبه عليه في التذكره و لك و مجمع الفائده و الرياض و ثانيا ظهور الاتفاق عليه و ثالثا انه صرح في مجمع الفائده بدعوى الإجماع على ذلك قائلا اما كونها لازمه من الطرفين فهو للإجماع أيضا و يعضد ما ادعاه امور منها قول جامع المقاصد و لك لزوم هذا العقد من الطرفين امر متفق عليه و منها قول الكفايه المعروف من الاصحاب انها عقد لازم من الطرفين و كأنه اجماعي و منها انه نبه في ضه على دعوى الاجماع عليه أيضا و رابعا ما احتج به في كره و جامع المقاصد و لك و ضه و مجمع الفائده و الكفايه و الرياض من عموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و زاد في ضه قائلا ليس هذا العقد مما اخرجه الدليل عنه اجماعا و خامسا ما استدل به في كره و جامع المقاصد و لك و مجمع الفائده و الكفايه من عموم قوله ع الناس مسلطون على اموالهم و في دلالاته على مدعاهم نظر و سادسا عموم قولهم ع في عده اخبار معتبره المؤمنون عند شروطهم و

#### ينبغي التنبيه على امور

### الاول يصح فسخ عقد المزارعه لو تقايلا و رضيا بالاقاله

كما في فع و يع و التبصره و د و التحرير و عد و كره و اللعمه و جامع المقاصد و لك و ضه و مجمع الفائده و الرياض و لهم اولا- ظهور الاتفاق عليه كما نبه عليه في مجمع الفائده بقوله دليل البطلان بالتفاسخ كأنه الإجماع و ثانيا ما نبه عليه في مجمع الفائده بقوله دليل البطلان بالتفاسخ ما تقدم في البيع و ثالثا ما نبه عليه في ضه بقوله و يصح التقايل فيه لأنه معامله محضه فيقبلها كالبيع و نبه على ما ذكره في جامع المقاصد بقوله لما كان معامله الفسخ بالتقاييل و رابعا ما نبه عليه في الرياض من شمول ادله

### الثانى اذا صار احد المتعاقدين مغبونا فى هذه المعامله

فهل يثبت له خيار الفسخ كما فى البيع او لا فيه اشكال من الاصول و العمومات المتقدم اليها الإشاره و اطلاقات فتاوى الأصحاب المصرحه بأن عقد المزارعه من العقود اللازمه مع عدم تنبيه احد منهم على الظاهر على ثبوت خيار الغبن هنا و من ان ما دل على ثبوت خيار الغبن فى البيع من عموم قوله ص لا ضرر و لا ضرار يدلّ بعمومه على ثبوته هنا كما لا يخفى و ان ثبوته فى البيع و الصّلىح و الاجاره يقتضى ثبوته هنا لقاعده الاولويه و للاستقراء و لظهور عدم القائل بالفرق بين المعاملات المذكوره و هذه المعامله من ذلك و اما اطلاق قول الاصحاب هنا عقد المزارعه من العقود اللازمه فالظاهر عدم انصرافه الى الصوره المفروضه لسدرتها فى الغايه و ظهور ورود الاطلاق فى بيان حكم اخر و هو ان عقد المزارعه من العقود اللازمه لا الجائزه فلا يفيد العموم بحيث يشمل محلّ البحث فاذاً الاقرب هو الاحتمال الأوّل

### الثالث اذا شرط كل منهما خيار الفسخ لنفسه

فهل يثبت له خيار الشرط ح او لا وجهان و لكن الاقرب الاحتمال الأوّل عملاً بقوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و قولهم ع فى عده اخبار معتبره المؤمنون عند شروطهم

### منهل لا تبطل عقد المزارعه بموت احد المتعاقدين

#### اشاره

كما فى فع و بيع و كره و عد و د و التحرير و اللّمعه و جامع المقاصد و لك و ضه و مجمع الفائده و الكفايه و الرياض و لهم او لا ظهور الاتفاق عليه كما نبه عليه فى جامع المقاصد بقوله لا نعرف خلافاً فيه و فى الرياض بقوله لا خلاف فيه و ثانياً ما احتج به فى كره و لك و مجمع الفائده و الرياض من اصالة الدوام و الاستصحاب و ثالثاً عموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و لعلّه نبه على ما ذكر فى لك و ضه و الكفايه بقولهما ان ذلك مقتضى العقد و رابعاً ما نبه عليه فى مجمع الفائده بقوله لا تبطل بالموت و البيع لأدله اللزوم و عدم المنافات بين الموت و البيع و بقاء المزارعه و هو ظ و الاستصحاب و ما تقدم فى الاجاره فتذكر و تامل و

### ينبغى التنبيه على امور

### الأوّل ان كان الميت العامل قام وارثه مقامه فى العمل

و الّا استاجر الحاكم عليه من ماله او ممّا يخرج من حصّته و ان كان الميت المالك بقيت المعامله بحالها و قد صرّح بجميع ذلك

فى التذكرة و جامع المقاصد و لك و ضه و الرياض و قد يناقش فيما ذكر اولاً بان الحكم بجواز قيام الوارث مقام العامل الميت و باستيجار الحاكم عليه لو لم يقم يتجه فيما اذا لم يشرط المالك ان يعمل العامل و اما معه فمشكل لعموم ما دلّ على وجوب الوفاء بالشروط و عموم ما دل على نفى الضرر و لذا صار بعض فيما حكى عنه الى اختصاص ذلك بصورة عدم الشرط و لكن اعترض عليه فى لك و ضه قائلاً- و يشكّل لو كان موته بعد خروج الثمره لأنه ح قد ملك الحصة و ان وجب عليه بقيه العمل فخرجها عن ملكه بعد ذلك بعيد نعم لو كان قبله اتجه و اجاب عنه فى الرياض قائلاً و يمكن الجواب بنحو ما مرّ فى المضاربه من تزلزل الملك و عدم استقرارها الا- بتمام العمل هنا فلو مات قبله انتفى بها ملكه هنا فت و ثانياً بان حصه الميت غير معلومه الوجود فى بعض الصور فكيف يجعل جميعها او بعضها اجره و قد يق اتفاق القائلين بعدم بطلان المزارعه بالموت على ما ذكره القائلين بالاختصاص بصورة عدم الاشتراط بنائه على البطلان فى صورته الاشتراط

ص: ٢١٤

كما يظهر من بعض مع انه غير معروف فلا- عبره به فلا- باس بما ذكره اولئك الجماعه خصوصاً فى صورته موت المالك فإنه لا شبهه فيه و لكن ينبغى الاحتياط فى صورته الاشتراط و كذا ينبغى الاحتياط بترك جعل الحصه اجره فى صورته عدم معلوميتها بل جوازه عندى لم يثبت

### الثانى لا تبطل المزارعه ببيع الارض

كما صرح به فى مجمع الفائده و الرياض و ظاهره نفى الخلاف عنه

### الثالث لا تبطل المزارعه أيضا بجنون احدهما

و لم اجد احدا تعرض لهذا

### منهل و يشترط فى صحه المزارعه ان يكون النماء باجمعه مشاعا بينهما

#### اشاره

كما فى الغنيه و التّابع و يع و التّبصره و د و عد و التّحرير و اللّمعه و ضه و لك و الكفايه و الرياض و لهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه و منها تصريح الغنيه و غيرها على ما حكاه فى الرياض بدعوى الإجماع عليه و قد صرح فيه بنفى الخلاف فيه قائلاً يشترط ان يكون النماء مشاعاً بلا خلاف بل عليه الإجماع فى الغنيه و غيرها و هو الحجج و منها ما احتج به فى لك و الكفايه و الرياض من كون عقد المزارعه على خلاف الاصل لتضمنه جهاله العوض فيقتصر فيه على موضع الإجماع و النقل و ليس الا مع اشاعه النماء و فيما ذكره نظر فتدبر و منها ما استدل فى التذكرة و مجمع الفائده و الكفايه من ان المنقول عن الرسول ص و اهل بيته ع الإتيان بالمزارعه على وجه الاشتراك فى الحصه و بالجمله ذلك هو المعهود من فعلهم فيجب الاقتصار عليه و قد يناقش فيما ذكره اولاً بالمنع من المقدمه الاولى لعدم ثبوتها اذ لم يشهد بها فى التذكرة بل غايه ما يستفاد من كلامه ان فعلهم

ذلك منقول و النقل تاره يكون معتبرا و تاره لا يكون معتبرا فهو اعمّ و العام لا يدلّ على الخاص بشىء من الدلالات التّلت الّا ان يدعى أنّه اراد الاوّل بقرينه المقام حيث انه تمسك بالوجه المذكور على المدعى و هو لا يصحّ الّا على تقدير الأوّل و قد يذب عنه بان هذا الاستدلال لعلّه جدلى فيكون المقصود به الزام الغير بما يعتقد و هو عاده جاريه بين العلماء و هو غير مستلزم بوجه من الوجوه لا اعتقاده صحّه النّقل كما لا يخفى سلّمنا أنّه ان النقل عنده معتبر و لكن اعتبار النقل قد يكون لإفادته العلم و قد يكون لإفادته الظنّ و من الظاهر ان حمل كلامه على اراده الشّهاده بفعلهم ص يتوقف على الأوّل دون الثّانى فت و اما عباره مجمع الفائده فليس فيها شهاده بالمقدّمه الاولى لأنّ قوله بعد الاشاره الى الحكم المذكور دليله ان المفهوم من الأخبار الّتى تدلّ عليها من فعله ص و فعلهم ع كان على سبيل الاشتراك فى الحصّه لا دلالة فيه على هذه الشّهاده كما لا يخفى نعم قول الكفايه لكون ذلك هو المعهود من فعلهم ع ربما كان فيه شهاده بالمقدّمه الاولى و لكنه شهاده عدل واحد و الاصل فيها عدم القبول الا ان يق أنّها مفيدة للظنّ و مؤيّده بقول التذكره و مجمع الفائده و الاصل فيه الحجّيه فى امثال المقام و ان قلنا بانّ الاصل عدم حجّيه الظنّ فى الموضوعات فت و ثانيا باليمنع من المقدّمه الثانيه و ان سلّمنا الاولى لان مجرد فعلهم ع لا يدلّ على اختصاص الحكم به لأنّ الفعل مجمل لا دلالة على الاختصاص و لا على مقدّمه عدمه فعللّ ما فعلوه كان مبيّنا على اولويّته و استحبابه او على مصلحه اخرى دنيويه الّا ان يق أنّ الفعل و ان كان فى نفسه مجمل لا دلالة فيه على المدعى بوجه من الوجوه و لكن يجب الاقتصار عليه و الاتيان به عملا بقاعده و جوب التّاسى و قد يجاب عما ذكر باليمنع من افاده القاعده المذكوره المدعى و هو توقف صحّه المزاعه على كون النماء مشاعا لان غايه ما يستفاد من القاعده المذكوره هو جوب الاتيان بمثل فعل النّبى ص بمعنى استحقاق العقاب على التّرك و هذا المعنى هنا باطل قطعاً للإجماع على عدم جوب المزاعه مط و لو كانت مثل مزاعته ص و ليس فى القاعده المذكوره دلالة على كون المزاعه المباحه بالأصل يتوقف صحتها على الاتيان بمثل زارعتهم بوجه من الوجوه على أنّ اصل القاعده محلّ اشكال لا سيّما فى المعاملات فلا وجه لما تمسكوا به الّا ان يكون مرادهم ان مواظبه المعصومين ع على المزاعه المخصوصه و عدم صدور غيرها منهم ع تفيد عاده كون غيرها فاسدا و الّا لوقع و لو من واحد منهم ع و لو نادرا و قد يجاب عمّا ذكر اولا باليمنع و ثانيا بأنّه على تقدير تسليم افادته الظنّ بفساد الغير معارض بالعمومات الداله على صحّته نحو قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و قوله ص التّياس مسلّطون على اموالهم و قولهم ع فى عده اخبار معتبره المؤمنون عند شروطهم و من الظاهر ان هذه العمومات اولى بالترجيح من ذلك الّا ان يبرّجح باعتضاده بالإجماعات المحكيه و ظهور عدم الخلاف فى كون اشاعه النماء شرطا فى صحّه المزاعه فت و منها ما استند اليه فى مجمع الفائده و الكفايه من خبر الحلبيّ الذى وصف فيهما بالحسن و فى و الرّياض بالصّحه عن ابي عبد الله ع قال لا

يقبل الارض بحصّه مسّاه و لكن بالتّصف و التّلت و الربع و الخمس و قد يق فى دلالة الروايه على المدعى خصوصا على القول بعدم ظهور النهى فى اخبار الائمه ع فى الحرمة و لكن الإنصاف ان الروايه ناهضه باثبات المدعى خصوصا بعد ملاحظه اتفاق الاصحاب على الحكم المذكور فت و منها ما تمسك به فى جامع المقاصد و لك و مجمع الفائده من منافات عدم الإشاعه لوضع المزاعه و كونها المفهوم من تعريفها و فيما ذكره نظر و

**ينبغى التنبيه على امور**

**الاول يجوز التفاضل فى الحصّه و التساوى**

فلا يشترط احدهما كما فى النَّافع و يع و عد و التَّحرير و التذكرة و اللمعه و الروضه و مجمع الفائده و الكفايه و الرياض و لهم  
اولا- ظهور الاتفاق عليه و ثانيا انه نَبه فى مجمع الفائده على دعوى الاجماع عليه بقوله دليله النصّ و الاجماع و يعضده قول  
التذكرة لأنّ الروايات دلت على أنّ المعامله بالثلث و الرّبع لا نعلم فى ذلك خلافا بين مجوزى الرّاعه

### الثانى لو شرط احدهما ان يكون النماء له بطل العقد

كما فى يع و عد و كره و د و لك و مجمع الفائده و الكفايه و هو ظ اللمعه و الروضه و الرياض و لهم اولا ظهور الاتفاق عليه و  
ثانيا ما نَبه عليه فى مجمع الفائده من انه اذا كان الاشتراك فى النماء شرطا لم تصح تخصيص احدهما سواء كان صاحب الأرض  
او العامل

### الثالث اذا شرط صاحب البذر اخراج بذره ثم اشتراكهما فى البقيّه

فاختلف الأصحاب فى صحّه عقد المزارعه ح على قولين احدهما أنّه يصح و هو للتحرير و لف و الكفايه و المحكى فى الثانى و  
جامع المقاصد عن الشيخ فى يه و الحلى و القاضى و ثانيهما أنّه لا يصحّ و هو لصريح الإيضاح و جامع المقاصد و لك و مجمع  
الفائده و الرياض و ظ الغنيه و الشرائع و التذكرة و د و التبصره و اللمعه بل صرح فى لك و الكفايه بأنّه مذهب المعظم و صرح  
فى الايضاح بأنّه ادعى مصير كثير من الاصحاب اليه للأولين وجوه منها عموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و منها ما نَبه فى الايضاح  
و جامع

ص: ٢١٥

المقاصد من قولهم فى عده اخبار معتبره المؤمنون عند شروطهم و منها ما تمسك به فى الكفايه من قوله تعالى أَلَا أَنْ تَكُونَ  
تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ و قد يناقش فيها ذكر اولاً بالمنع من شمول الآيه الشريفه لمحلّ البحث لعدم صدق اسم التجاره حقيقه على  
المزارعه لصحّه السلب و عدم التبادر او تبادر الغير و عدم صحّه التقسيم و التقييد بالقيدين المختلفين و عدم صحه الاستفهام و  
الاستثناء و على هذا يكون الحصر فى الآيه الشريفه دليلا على القول الثانى كما لا يخفى فت و ثانيا بما نَبه عليه فى الرياض من  
انه لا يستفاد من الآيه الشريفه أَلَّا الجواز مع المراضاه و هو لا يستلزم لزوم مع فقدها و لو بعدها كما هو المدعى و فيما ذكره  
نظر فتدبر و ثالثا بما نَبه عليه فى الرياض أيضا بقوله مع أنّه مخصّص بما مضى مضافا الى ما دلّ على النهى عن التجاره المتضمّنه  
للغرر و الجهاله و منها مفروض المسأله و قد يناقش فيما نَبه عليه بقوله مضافا الى ما دلّ اه انّ التعارض بين عموم الآيه الشريفه و  
ما دلّ على النهى المذكور من قبيل تعارض العمومين من وجه كما لا يخفى و من الظاهر انّ كتاب الله اولى بالترجيح خصوصا  
اذا اعتضد بعمومات اخر كما فى محلّ البحث مع هذا فالروايه المتضمّنه للنهى المذكور مرسله فتكون ضعيفه فلا تصلح للحجّيه  
ألّا ان يدعى جبر ضعفها و ترجيحها باشتهاق القول الثانى فت و للاخرين وجوه أيضا منها ظهور الغنيه و الايضاح فى دعوى  
الإجماع على ما صاروا اليه و يعضدها الشّهره المنقوله المتقدّم اليها الإشاره بل المحققه و منها الاصل و منها ما ذكره فى الغنيه و  
يع و التذكرة و الايضاح و جامع المقاصد من امكان ان لا- يخرج من الارض أَلَّا ذلك القدر المعين فيكون الحاصل مختصّا

باحدهما و فيما ذكروه نظر فتدبر و منها ما تبه عليه في الرياض من عموم النهى عن الغرر و فيه نظر و المسأله لا يخ عن اشكال و لكن الأحوط حين العقد مراعات القول الثاني بل هو الاقرب

### الزابع اذا شرط احدهما ان يكون له عشرة أقفزه مثلا

و ما يبقى بعد العشره بينهما فهل يصح ذلك او لا فيه قولان احدهما أنه يصح و هو لصريح لف و الكفايه و ربما يستفاد من التحرير و ان صرح بأنه محل نظر و ثانيهما انه لا يصح و هو لصريح التذكرة و عد و الإيضاح و جامع المقاصد و ظ الغنيه و يع و التبصره و د و اللغه و ضه و لك و مجمع الفائده و حكاه في لف عن بعض اصحابنا للأولين وجوه منها ما صرح به في جامع المقاصد من عموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و منها ما صرح به في الإيضاح و جامع المقاصد من قولهم ع في عده اخبار معتبر المؤمنون عند شروطهم و منها ما احتج به في الكفايه من قوله تعالى إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ و منها عموم قوله ص الناس مسلطون على اموالهم و للآخرين وجوه تبه عليها في جامع المقاصد قائلا في مقام ذكر ما يدل على البطلان ان ذلك يخل بوضع المزارعه لإمكان ان لا يخرج من الارض إلا ذلك القدر المعين فيكون الحاصل مختصا باحدهما لا يق لو كان الغالب على حال الارض عاده زياده الحاصل على المعين لم يضّر الاحتمال التبادر الوقوع كما لا يضّر احتمال عدم حصول شىء في اصل المزارعه لأننا نقول و ان ندر ذلك لكنه لمنافاته لوضع المزارعه اقتضى البطلان لأن وضعها على الاشتراك في الحاصل كائنا ما كان و أيضا فان العقود منوطه بالتلقى فما لم يثبت شرعيه يجب التوقف في صحته و يعضد ما ذكره اولا قول الايضاح في المقام المذكور أنه يمكن ان لا يخرج إلا ذلك القدر فيختص الحاصل باحدهما و هو غير جائز اجماعا و اذا تساوى احتمال الصيحه و احتمال البطلان بطل العقد و ثانيا اطلاق الاجماع المحكيه على أنه يشترط في النماء ان يكون مشاعا و قد تقدم اليها الاشاره اذ صحه المفروض ينافى اطلاق هذا الشرط و ثالثا افعال المعصومين ع التي تمسك بها جماعه على صحه الشرط المذكور و رابعا اطلاق صححه الحلبي المتقدمه و خامسا قول الغنيه لو عامله على وزن معين او على غلّه مكان معين مخصوص من الارض بطل العقد بلا خلاف و سادسا اشتها القول الثاني فهو الاقوى و مع ذلك فهو احوط و عليه لا فرق في البطلان هنا و في صوره استثناء البذر بين ان يكون الغالب ان يخرج من الأرض ما يزيد على المشروط و عدمه كما صرح به في ضه و لك و الرياض

### الخامس لو شرط احدهما قدرا معلوما من الحاصل

كعشره أقفزه و الباقي للاخر بطل كما صرح به في عد و التحرير و التذكرة بل الظاهر أنه مما لا خلاف فيه

### السادس لو شرط احدهما المتقدم من الزرع

المسمى بالحرف و الآخر المتأخر المسمى بالاقبل لم يصح كما في يع و عد و كره و التحرير و لك و مجمع الفائده بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه و قد تبه في كره على نفى الخلاف فيه بين العلماء

### السابع لو شرط احدهما ان يكون له ما يزرع على الجداول

و للآخر غيره لم يصحّ كما صرّح به في عد و كره و التحرير بل الظاهر أنّه ممّا لا خلاف فيه و قد صرّح في كره بنفى الخلاف فيه بين العلماء

### **الثامن لو شرط احدهما ان يكون له زرع ناحيه و للآخر زرع ناحيه اخرى**

بطل كما صرّح به في التحرير و التذكرة بل الظاهر انه ممّا لا خلاف فيه و قد صرّح في كره بنفى الخلاف فيه بين العلماء

### **التاسع لو شرط احدهما الشتوى و الاخر الصيفى**

بطل كما في التحرير بل الظاهر أنّه ممّا لا خلاف فيه و كذا لا خلاف في البطلان فيما لو شرط احدهما نوعا من الزرع و الآخر نوعا اخر منه و قد صرّح بالبطلان ح في يع و كره و د و لك فلو شرط احدهما زرع الحنطة و الاخر زرع الشعير بطل و قد صرّح به في التذكرة نافية عنه الخلاف بين العلماء و محتجا على بطلان هذا الشرط و كثير من الشروط السابقة بالنهاى عنها من غير معارض و بأنّه ربّما تلف ما شرطه احدهما لنفسه او لصاحبه فينفرد الآخر وحده

### **العاشر صرّح في التذكرة بأنّه لو شرط احدهما لصاحبه التّصف**

و ما يزرع على الجداول او شرط مع نصيبه نوعا من الزرع او الاقلّ ففيه نظر و ظاهرها التوقف في المسألة و ليس في محلّه بل المعتمد هو البطلان الحادى عشر لو شرط احدهما على الآخر شيئا يضمنه مضافا الى الحصّه المشاعه من ذهب او فضّه او نحوهما فهل يصحّ عقد المزارعه و يلزم العمل بالشرط او لا- بل ذلك غير جائز فيه قولان احدهما انّ ذلك صحيح فيلزم معه العمل بالشرط و هو للشرائع و عد و د و لف و كره و الايضاح و اللمعه و جامع المقاصد و ضه و لك و مجمع الفائده و المحكى في جملة من الكتب عن الشيخ و ثانيهما انّ ذلك غير صحيح فلا يلزم معه العمل بالشرط و هو للمحكى في يع و لف و الايضاح عن بعض و هذا القول ضعيف بل المعتمد هو القول الذى عليه المعظم و لهم وجوه منها أنّه

ص: ٢١٦

تبه في جامع المقاصد على دعوى الاتفاق عليه قائلا لا مانع من الصّححه لتصريح الاصحاب و قيل بالمنع نقله المص و غيره و لا يظهر وجهه و لا يعرف قائله و يعضد ما ذكره اولا قول لك و القول بالمنع لا يعلم القائل به و ثانيا دعوى الشهره على المختار في لك و ضه و الكفايه و الرّياض و ثالثا قول الرّياض بل عليه عامّه من تأخّر و ظ لك و المفاتيح عدم الخلاف فيه حيث ذكرنا جهاله القائل بالبطلان و أنّه أنّما حكاه الماتن و العلامه و منها ما احتج به في لف و لك و مجمع الفائده و الكفايه و الرّياض من العمومات الداله على لزوم الوفاء بالعقود و الشروط و لا يعارضها ما دلّ على اشتراط الاشاعه في النّماء كما صرّح به في لك و الرّياض قائلين و خروجه عن النّماء الّذى اشاعه بينهما من مقتضى العقد و منها ما تبه عليه في الرّياض بقوله بعد الإشاره الى القول الاول و في المفاتيح و في بعض الاخبار دلالة عليه و لعلّه ما اشار اليه في الكفايه من بعض المعتمده عن الرجل يزرع له

الحراث الزعفران و يضمن له ان يعطيه فى كل جريب ارض يمسح عليه وزن كذا و كذا درهما فرىما نقص عزم و ربّما استفضل و زاد قال لا- باس اذا تراضيا و ينبغى التنبيه على امرين الاول هل يكره ذلك على المختار او لا صرح الشيخ فيما حكى عنه بالأول و صرح فى عد و التحرير بأنّه يكون ان يشرط مع الحصّه شيئاً من ذهب او فضّه و قد صرح فى جامع المقاصد بتصريح الاصحاب بذلك فلا باس به بل ربّما صرح به الشيخ عملاً بقاعده التسامح فى ادله الكراهه الثانى صرح فى لك و ضه و الرّياض بعد التصريح بما عليه المعظم بانه يكون قراره مشروطاً بالسّلامه كاستثناء ابطال معلومه من الثمره فى البيع و بأنّه لو تلف البعض سقط من الشّروط بحسابه قائلين لأنّه كالشّريك و ان كانت حصّه معينه مع احتمال ان لا يسقط شىء بذلك عملاً بالشرط و زاد فى الأخير أنّ ان يكون هناك عرف يوجب المصير الى الأوّل و صرح بقوه الاحتمال المذكور و كيف كان فالاحتياط هنا ممّا لا ينبغى تركه

### منهل و الاشكال فى صحّه المزارعه اذا كانت الارض مملوكه عينا و منفعه

#### اشاره

و كك يجوز لو كانت منفعتها مملوكه دون عينها كما لو استاجرهما او كانت موقوفه عليه بالخصوص كما صرح به فى مجمع الفائده و الكفايه و الرّياض و اختلف الاصحاب فى كفايه الاولويه فى عدم صحّتها على قولين احدهما أنّها لا تكفى فلا تصحّ المزارعه بالاولويه الحاصله فى الارض الخراجيه و المباحه بالتحجير و باحياء على تقدير افاده ذلك الملك و قد صار الى هذا القول فى لك قائلاً اعلم أنّ قد استفيد من حقيقه المزارعه و من صيغتها ان المعقود عليه هو الارض المملوكه المنتفع بها كما سيتحرّر من شرائطها و يبقى من لوازمها البذر و العمل و العوامل و هى بحسب ما يتفقان عليه فى معامله الارض او بعضها مضافا اليها من صاحب الأرض و بعضها على العامل و صورها المتشعبه بينها كلّها جائزه و انه لا يشرع بين المتعاملين اذا لم تكن الارض ملكاً لأحدهما كما فى الارض الخراجيه و ان بقى من لوازمها ما يمكن اشتراكهما لما عرفت ان متعلقها و المعقود عليه هو الارض و اورد عليه فى مجمع الفائده قائلاً- ما ذكره فى لك محلّ التأمّل سيّما على ما هو مقتضى كلامه من انه يجوز بيع الارض تبعاً لآثارها فيبعد عدم تجويز المزارعه على الارض مع تجويز بيعها الذى هو فرع الملك اجماعاً عقلاً و نقلاً و معلوم ان ليس فى العقد على الأرض و فى صيغه المزارعه و تعريفها ما يدل على عدم جواز المزارعه الا مع الملك المطلق المعين نعم يفهم أنّ لا بدّ من ان يكون المنفعه لأحدهما فافهم و ثانيهما أنّها تكفى فتصحّ المزارعه بالاولويه الحاصله فى الارض الخراجيه و المباحه بالتحجير و بالاحياء و ان لم تفد الملك و هو لمجمع الفائده و الكفايه و الرّياض و حكاه فيه عن جماعه من المحققين و لهم وجوه منها عموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و منها عموم قولهم ع فى عده اخبار معتبره المؤمنون عند شروطهم و منها ما نبّه عليه فى مجمع الفائده قائلاً الظاهر كفايه استحقاق المنفعه و يؤيده ما يوجد فى كلامهم يجوز بيع الارض الخراجيه تبعاً لآثارها و ان لم يكن ح فى نظرى اذ لا معنى لبيع مال النّاس بواسطه مجاوره مال نفسه نعم يجوز بيع الثمره و ماله فى الارض المفروضه مع وجود شرائط البيع فيه و منه أنّ لو كان صحّه المزارعه متوقفه على كون الارض مملوكه عينا او منفعه لاشتهد فتوى و روايه و التالى بط فالقدم مثله اما الملازمه فلتوفر الدّواعى على معرفه ذلك لأنّ المزارعه عمل شايع بين النّاس و اما بطلان التالى فظ و منها ما احتج به فى مجمع الفائده و الكفايه و الرّياض من خبر الحلبيّ المذى وصفوه بالصّحّه عن ابى عبد الله ع قال سألته عن زراعه اهل الخراج بالرّبع و الثلث و النصف فقال لا- باس و منها ما استدلل به هؤلاء من خبر يعقوب بن شعيب الذى وصفوه بالصّحّه أيضاً عن ابى عبد الله ع قال سألته عن الرّجل يكون له الارض من ارض الخراج فيدفعها الى الرّجل على ان يعمرها و



يصلحها و تؤدى خراجها و ما كان من فضل بينهما قال لا باس و منها ما تمسك به فى الكفايه من الخبر الاخر للحلبى الذى وصفه بالصحة قال قال سئلت ابا عبد الله ع ان اياه حدث عن النبى ص اعطى خبير بالنصف ارضها و نخلها و منها ما تبه عليه فى الكفايه بقوله و يدل على ذلك صحيحه معاويه بن عمار و غير ذلك و المسأله لا تخلو عن اشكال فلا ينبغى فيها ترك الاحتياط و لكن الاقرب و القول الاول و

**ينبغى التنبيه على امور**

### **الاول هل الارض التى اباح مالکها التصرف فيها**

باى نحو شاء من غير تمليك العين و المنفعه يصح لمن اباحت له مزارعتها او لا فيه اشكال و لكن الاخير احوط بل لعله اقوى لعدم ظهور قائل بالأول و لاستلزام ذلك الضرر على العامل اذ قد يمنع المالك من التصرف فيها و لا معنى لتمليك مال الغير بهذا النحو فت

### **الثانى هل تصح مزارعه الارض الموقوفه بالوقف العام او لا**

الاقرب ذلك اذا لم يناف شرط الواقف

### **منهل اذا شرط صاحب الأرض على العامل العمل بنفسه و ان لا يشارك غيره لزم و لم يجز له التعدي**

كما فى النافع و عد و التحرير و التذكرة و د و اللمعه و جامع المقاصد و ضه و مجمع الفائده و الكفايه و الرياض و لهم اولا ظهور الاتفاق عليه و ثانيا تصريح الرياض بدعوى الإجماع عليه و ثالثا عموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و رابعا ما تمسك به فى الرياض من عموم قولهم ع فى

ص: ٢١٧

عده اخبار معتبره المؤمنون عند شروطهم لا يبق اشتراط عدم الشركه يقتضى منع المالك من التصرف فى ماله و هو مناف لقوله ص التماس مسلطون على اموالهم لأننا نقول ما ذكر مدفوع بما تبه عليه فى جامع المقاصد من انه لا ريب فى ان للمالك اشتراط منع الغير من شغل ارضه بزرعه و ان لزم من ذلك منع العالم من نقل حقه من الزرع الى غيره و لا ريب فى ان تسلط الناس على اموالهم انما هو فيما لا يقتضى ضياع حق الاخر فان الزاهن مم من ملكه بما ينافى حق المرتهن

### **منهل لا يجوز للعامل التعدي عما عين له المالك و شرط عليه من زرع شىء معين**

كما فى الغنيه و الشرائع و النافع و التبصره و القواعد و التحرير و التذكرة و اللمعه و جامع المقاصد و لك و مجمع الفائده و الرياض و لهم اولا- ظهور الاتفاق عليه و ثانيا ما نبه عليه فى الرياض بقوله لا خلاف فيه بل عليه الإجماع ظاهرا و صرح به فى الغنيه و هو الحجه و ثالثا ما تمسك به فى الرياض من ادله الوفاء بالعقود و الشروط و لا فرق فى المعين بين ان يكون شخصا

كهذا الحبّ او صنفيا كالحنطه الفلانيه او نوعيا او غير ذلك كما صرّح به فى ضه و لك و مجمع الفائده و الرياض

## منهل خراج الارض و مؤنتها على صاحبها اذا لم يشترطهما على العامل

### اشاره

اما ان الخراج على صاحب الارض فقد صرّح به فى فع و يع و التبصره و عد و د و التحرير و التذكره و اللمعه و جامع المقاصد و ضه و لك و مجمع الفائده و الكفايه و الرياض بل لم اجد فيه خلافا الا من ابن زهره فى الغنيه فانه صرّح فيها بانه اذا كانت المزارعه على ارض خراجيه فخارجها على العامل الا ان يشترطه على المالك و لكن لم ار احدا من الاصحاب حكى هذا عنه و لا نسبه اليه و لا الى غيره المخالف فظاهرهم كون الحكم المذكور متفقا عليه بينهم و استظهر بعض الاجله نفي الخلاف فيه و لعله لذا صرّح فى مجمع الفائده بانه معلوم انّ الخراج على صاحب الارض و كيف كان فلا اشكال فى انه مذهب المعظم و لهم بعد ما تبهنا عليه اولا تصريح الرياض بانه مستفاد من النصوص و تبه عليه فى لك بقوله و هو مروى و ثانيا ما تبه عليه فى لك و ضه و الكفايه و الرياض قائلين لانه موضوع على الارض ابتداء لا على الزارع و اما ان المئونه على صاحب الارض ايضا فقد صرّح به فى يع و عد و التحرير و التذكره و غيرها بل الظاهر انه ممّا لا خلاف فيه و

### ينبغى التنبيه على امور

## الاول لو شرط صاحب الارض الخراج على العامل صحّ

و لزم كما صرّح به فى التحرير و جامع المقاصد و لك و ضه و مجمع الفائده و الكفايه و الرياض و هو ظ الشرائع و فع و التذكره و التبصره و عد و اللمعه و لهم اولا- ظهور الاتفاق عليه و ثانيا ما احتج به فى مجمع الفائده من عموم ما دلّ على لزوم الشرط و يؤيد ما ذكره قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و كك لو شرط بعض الخراج على العامل فيلزم كما صرّح به فى التحرير و ضه و الرياض بل الظاهر انه ممّا لا خلاف فيه و صرّح فى جامع المقاصد و لك و ضه و الكفايه و الرياض بانّ شرط الخراج او بعضه يشترط فيه معلوميته قدرا و هو احوط بل لا يخ عن قوه

## الثانى لو شرط المالك المئونه على العامل صحّ

و لزم أيضا كما صرّح به فى التحرير و جامع المقاصد و لك و الرياض و هو ظ يع و عد و كره و كك لو شرط بعضها عليه كما فى التحرير و لك و يظهر من جامع المقاصد لزوم معلوميه القدر فى صحّ الشرط و هو احوط بل لا يخ عن قوه

## الثالث يظهر من الرياض انّ المراد من الخراج الاجره

و صرّح فى جامع المقاصد بانّ الخراج معلوم و هو طسق الارض و صرّح فى مجمع البحرين بانّ الطسق كفلس الوظيفه من خراج

## الزراع صرّح في لك بتفسير المئونه

قائلا- لم ينبهوا على المراد من المئونه مع اطلاقهم ان العمل على الزارع و من شرط عليه و الظاهر ان المراد بمئونه الارض هنا ما يتوقف عليه الزرع و لا- يتعلّق بنفس العمل و تنميته كإصلاح النهر و الحائط و نصب الأبواب و ما لا- يتكرّر في كل سنه كما فصّله في المساقات و المراد بالعمل الذي على الزرع ما فيه صلاح الزرع و بقائه ممّا يتكرر كلّ سنه كالحرث و آلاتهما و تنقيه النهر من الحماء و حفظ الزرع و حصاده و نحو ذلك و بالجمله فكلامهم في هذا المحلّ قاصر جدا و قد نبّه على ما ذكره من تفسير المئونه في جامع المقاصد و الرياض و قد صرّح في الغنيه بما يجب على المالك و العامل قائلا يجب على رب المال بناء الحيطان و إنشاء الانهار و الدواليب و شراء الدّابه التي ترفع الماء و يجب على العامل اصلاح السّواقي ليجرى فيها و اداره الدولاب و النقل الى المقسم و صرّح في الارشاد بان طم الحفر و الازاله على المالك

## منهل اذا فسدت المزارعه كان الزرع لصاحب البذر

### اشاره

كما صرّح به في القواعد و التحرير و كره و عه و الروضه بل الظاهر أنّه ممّا لا خلاف فيه و كفى حجه و يعضده الاصل فان كان البذر من صاحب الارض فعليه اجره العامل و العوامل و الآلات طول المده كما في التذكره و عد و التحرير و جامع المقاصد و المسالك و مجمع الفائده و الرياض بل الظاهر أنّه ممّا لا خلاف فيه و قد صرّح بنفيه في الرياض و تبّه على وجهه في كره بقوله لأنّه دخل على عرض لم يسلمّ و ان كان البذر من العامل فعليه لصاحب الأرض اجرتها كما صرّح به د و د و كره و عد و التحرير و لك و ضه و جامع المقاصد و مجمع الفائده و الرياض بل الظاهر أنّه ممّا لا خلاف فيه و قد صرّح بنفيه في الرياض و في الكفايه بلفظ قالوا ذلك و احتج عليه في مجمع الفائده قائلا لأنّه اخذ الانتفاع من مال شخص من غير تبرّع و تعين اجره شرعا فيلزمه العوض و هو اجره المثل و له نماء ملكه و هو البذر و ان كان البذر بينهما فالحاصل بينهما على نسبه الاصل و لكل منهما على الاخر اجره ما يخصّه من الارض و باقى الاعمال كما صرح به في التحرير و ضه و لك و مجمع الفائده و الرياض بل الظاهر أنّه ممّا لا- خلاف فيه و قد صرّح بنفيه في الرياض فلو كان البذر لهما بالتّصف مثلا رجع المالك بنصف اجره ارضه و العامل بنصف اجره عمله و على هذا القياس باقى الاقسام و ان كان البذر لثالث فالزرع باجمعه له و عليه الاجره بالنسبه الى الارض لصاحبها و بالنسبه الى العمل لعامله كما في التذكره و لك و الرياض و قد نفى فيه الخلاف عنه و

### ينبغي التنبيه على امور

## الاول المراد بالاجر هنا اجره المثل

كما صرّح به بعض بل الظاهر أنّه ممّا لا خلاف فيه

## الثاني لا فرق في ثبوت الأجره لمن ليس له البذر على الآخر في مقابله

ارضه او عمله بين ان يكون هناك حاصل او لا كما هو ظ اطلاق كلام الاصحاب لكن يشترط

ص: ٢١٨

ان يستوفى المؤدى للأجره المنفعه و التصرف في ملك الآخر على وجه يوجب العوض

## الثالث أطلق بعض الأصحاب وجوب الأجره لصاحب الارض عند فساد المزارعه

و لكن الظاهر ان مراده ما ذكرناه و لذا لم يتبته احد على خلافه

## الرابع مقتضى اطلاق كلام معظم الاصحاب في وجوب الاجره على صاحب البذر

عدم الفرق بين كون الآخر الذي يأخذها عالما حين العقد بفساد المزارعه او لا و لكن خصّ المقدس الأردبيلي بعد حكمه باستحقاق العامل اجره عوامله و آلاته لو كان البذر لصاحب الأرض بصوره عدم علمه بالبطلان و لا يبعد تنزيل الاطلاق المتقدم عليها في جميع الصور و ان كان العمل به لا يخ عن قوه و لكن لا ينبغي ترك الاحتياط في صورته العلم بالفساد

## الخامس صرح في مجمع الفائدة بأنه يمكن استثناء ما كان البطلان

باسقاط الحصه للمالك قائلًا فإنه ح يكون ارض الزراعه كالعاريه فيه و فيما ذكره نظر بل الأقرب استحقاق الأجره ح و ان كان لا ينبغي ترك الاحتياط هنا أيضا

## منهل اذا استاجر ارضا ثم اراد ان يوجرها باكثر ممّا استاجرها به جاز ذلك

### اشاره

فيما اذا اجرها بغير الجنس الذي استاجرها به كان يستأجرها بعشره دنانير ثم يوجرها بالف درهم او عروض تبلغ قيمتها مائه دينار و كك يجوز ذلك اذا احدث في الارض التي استاجرها حدثا فان كان حفر فيها نهرا فيجوز ان يوجر الارض التي استاجرها بعشره دنانير بعشرين دينار اذا احدث فيها نهرا مثلا و قد صرح بالجواز في المقامين في الانتصار و الغنيه و يع و فع و التحرير و موضع من المراسم و غيرها و هو قول كل من جوز ان يوجر الارض باكثر ممّا استاجرها مط و لو مع اتحاد الجنس و عدم الحدث و ربّما يستفاد من موضع من المراسم عدم جواز ذلك في الفرض الاول و لكنّه غير صريح في ذلك و تنزيهه على ما عليه الاصحاب غير بعيد و بالجملة لا يبعد دعوى ظهور عدم الخلاف في المقامين و قد صرح به في الرّياض بل قد صرح في الغنيه بدعوى الإجماع في الفرض الثاني و في الانتصار ادعاه في الاول أيضا قائلين لان الرّبا لا يدخل مع اختلاف النوع و لأنّ

المستاجر مالك للمنافع و قد اجاب فى الفرض الثانى و فى الانتصار ادعاه و قد اجارت السريعه ملك المنافع فجرى مجرى ملك الاعيان فى جواز التصرف فيها فللمالك ان يتصرف فى ملكه بحسب اختياره من زياده او نقصان و الاصول فى العقول و الشريعه جواز تصرف المالك فى ملكه الا ان يمنع مانع و يعضد ما ذكره عموم قوله تعالى **أَوْفُوا بِالْعُقُودِ** و جمله من الاخبار الآتية و مما ذكر يدفع ما يعارضه من الاخبار و يؤول بما يرتفع معه التعارض و

### **ينبغى التنبيه على امور**

#### **الاول استفاد من النافع و يع و غيرهما ان الاجاره الثانيه**

فى الفرضين غير مكروهه و ربما استفاد من المراسم كراهتها فى الفرض الاول

#### **الثانى يجوز الاجاره الثانيه فى الفرض الاول**

و ان لم يحدث فى الارض حدثا و تجوز فى الفرض الثانى و ان اجر بالجنس الذى استاجرها به اولا

#### **الثالث هل يكفى فى الفرض الثانى مط ما يسمى حدثا**

و لو لم يوازن الزيادة او لا- ظ اطلاق النافع و الشرائع و القواعد و التحرير الاول و قيد فى الانتصار و الغنيه و المراسم الحدث بالحدث المصلح لها و صرح فى الرياض بان ظ يع و المحكى عن الشيخ فى كره اشتراط كون العمل مقابلا للزيادة و هو احوط و ان كان العمل بما فى الانتصار لا باس به بل لا باس العمل بما فى النافع لإطلاق الاخبار الكثيره التى تاتى اليها الإشاره

#### **الرابع يلحق بالارض فى كلاً ذكرناه فيها**

كلاً يصح اجارته من المساكن و السفينه و الحانوت و الخان و نحوها فيصح لمن استاجرها ان يوجرها

#### **الخامس لا فرق فى الفرضين بين ان يكون انتفع من الارض مده او لا**

و لا بين ان يوجر تمام الارض او بعضها بازيد مما استاجرها اذا كان بغير الجنس التى استاجرها به او احدث فيها حدثا اما مط كما هو الاقرب او فى الجملة و الظاهر ان عدم الفرق متفق عليه كما يظهر من الانتصار او يظهر من الغنيه دعوى الاجماع على الجواز فى صوره احدث حدث و يعضد ما ذكر جمله من الأخبار الآتية

#### **القول فى المساقات**

## مقدمه صرح في الشرائع و النافع و عد و التذكرة و التحرير و مجمع الفائدة بان المساقات معامله على اصول ثابتة بحصه من ثمرها

و زاد في التذكرة فيه على شيئين احدهما انها في الشرع عبارته عن ذلك فيكون معنى شرعيا و قد صرح به في جامع المقاصد و ثانيهما ما تبه عليه بقوله المساقات مفاعله من السقي و صورتها ان يعامل الانسان غيره على نخل او شجره ليتعهدا بالسقي و الزبيه على ان مهما رزق الله تعالى من ثمره تكون بينهما على ما يشترطانه

### منهل لا خلاف بين الاصحاب في ان المساقات معامله صحيحه جائزه مشروع

و لهم وجوه عديده منها انه صرح في الغنيه بدعوى الاجماع على جوازها قائلا يجوز المساقات على النخل و الكرم و غيرها من الشجره المثمره بنصف غله ذلك و ما زاد او نقص بدليل اجماع الطائفه المحققه و يعضد ما ذكره اولا ظهور الاتفاق عليه و ثانيا قول التذكرة هذه المعامله جائزه عند علمائنا اجمع و به قال اكثر الصيحابه للإجماع و السينه و هذا عمل به الخلفاء في مده خلافتهم و لم ينكره منكر فكان اجماعا و منها ما تبه عليه في الغنيه بقوله و أيضا فالاصل الجواز و المنع يفتقر الى دليل و منها ما تمسك به في مجمع الفائدة من عموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و منها ما احتج به فيه أيضا من قولهم ع في عده اخبار معتبره المؤمنون عند شروطهم و منها عموم قوله ص الناس مسلطون على اموالهم و منها ما استدلل به في التذكرة من ان الحاجه قد تدعو اليه و تشتد الضروره الى فعله فكان جائزا و منها ما تبه عليه في التذكرة أيضا بقوله روى العامه عن الباقر ع ان رسول الله ص عامل اهل خيبر بالشرط ثم على ع الى اليوم يعطون الثلث او الربع

### منهل لا اشكال في توقف المساقات على الايجاب و القبول و كونها من العقود

#### اشاره

و قد صرح بذلك في القواعد و التحرير و التذكرة و جامع المقاصد بل هو مما لا خلاف فيه و ذكر للإيجاب الفاظ منها ساقيتك و قد صرح به في يع و د و عد و التحرير و التذكرة و اللمعه و لك و صرح فيه بأنه صرح فيها و في التذكرة بانه اظهر صيغ الايجاب و صريحه و في التنقيح بان العقد الصحيح هنا اجماعا ان يقول المالك للعامل ساقيتك على هذا البستان مده كذا على ان تعمل فيه بالنصف او الربع او بحسب بما تراضيا فيقبل العامل فلا اشكال في جواز الايجاب به و هل يختص بصوره كون المراد من العامل خصوص السقي او يعم صورته ما اذا كان المراد ذلك مع غيره او غيره فقط ظاهر اطلاق العبار المقدمه الثاني مط و منها عاملتك و قد صرح به في يع و د و ير و عد و كره و اللمعه و لك و هو جيد و منها سلمت إليك و قد صرح به في يع و ير و عد و د و كره و اللمعه و لك و هو جيد أيضا و منها عقدت معك عقد المساقات و قد صرح به في كره و لك و هو جيد و منها قبلتك عملها و قد صرح به في لك و هو جيد أيضا و منها صالحتك و قد صرح به في عد و منها كل لفظ عربي دال على المقصود و يكون بصيغه الماضي و قد صرح به في النافع و قد يستشكل فيه بانه ليس معناه اللغوي لان المساقات لغه مفاعله من السقي كما صرح به في كره و ضه و لك فلا يصح الا ان يق انه صار حقيقه في العرف العام او في عرف الشرع في المعنى الذي ذكره فحيث يذكر الايجاب يراد هذا المعنى حقيقه فلا اشكال في ذلك فيجوز الايجاب باللفظ المذكور

والتذكيره و التحير و الارشاد و لك و هو جَيِّد أيضا بل الظاهر أنه ممّا لا خلاف فيه و لا شكّ في وقوع القبول بصيغه قبلت و رضيت و نحوهما من الالفاظ العربيه الداله على القبول بصيغه الماضى بل الظاهر أنه ممّا لا خلاف فيه و هل يجوز الايجاب هنا بلفظ الامر أو لا اختلف فيه الاصحاب على قوله احدهما أنه يجوز و هو المستفاد من القواعد و التذكيره فأنه صرّح فيها بجواز الايجاب هنا بقوله اعمل فيه بكذا و صرّح فى عد بجوازه بقوله تخلى فلا يشترط عنده الماضويه و قد صرّح به فى مجمع الفائده و الكفايه و ثانيهما أنه لا يجوز و أنه يشترط فى الايجاب الماضويه و هو المستفاد من جامع المقاصد و لك و الروضه و صرح فى الكفايه بان المشهور بين المتأخرين ان كلّ عقد لازم يحتاج الى الماضويه للأولين وجوه منها عموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و قد نبه عليه فى مجمع الفائده قائلًا و الظاهر ان كلما يصدق عليه العقد و المساقات فهو صحيح و الظاهر انه صادق على الامر و غيره العقد و المساقات فالجواز غير بعيد كما تقدّم فى المزارعه فمَنع الشيخ على و زين الدّين بعيد و يؤيّد تجويز اقسام العقود اللازمه مع عدم دليل بخصوصه سوى العام فلا نم أنه لا بدّ من النقل و ليس فلا يصح و كذا أنه لا بدّ من الاقتصار على يقين فلا يقين اذ عموم الادله مفيده لليقين الشرعى الّذى لا بدّ منه فت و الاحتياط امر واضح و منها عموم قولهم ع فى عده اخبار معتبره المؤمنون عند شروطهم و منها قوله ص النَّاسُ مَسْلُطُونَ عَلَى أَمْوَالِهِمْ و منها ما احتج به فى مجمع الفائده و الكفايه و غيرهما من خبر يعقوب بن شعيب الّذى وصفوه بالصّححه عن الصّادق ع قال سألته عن الرجل يعطى الرّجل ارضه فيها الرمان و النخل و الفاكهه فيقول اسق هذا من الماء و اعمره و لك نصف ما خرج قال لا باس و نبه على وجه الدلاله بعض قائلًا فان ما اشتملت عليه من قول المالك اسق هذا من الماء و اعمره و لك نصف ما خرج هو عقد المساقات و فيما ذكره نظر و للآخرين ما نبه عليه فى جامع المقاصد قائلًا حيث قد عرفت أنّ صيغ العقود اللازمه يحتاج الى توقيف الشارع فى المعاملات و جب ان يعرف ان قوله اعمل فى بستان لا يكفى للإيجاب لهذه المعامله و اكتفاء المص به هنا يؤذّن برجوعه عن الاشكال السّابق فى المزارعه الى الجزم و الظاهر خلافه لأنّ هذه المعامله مشتمله على غرر و جهاله على خلاف الاصل فيقتصر فيها على موضع اليقين فعلى هذا لو عقد بهذا اللفظ فهل ينتفى لزوم العقد أم صحته الظاهر الثّانى لما نبهنا عليه و يؤيّد ما ذكره أنه صرّح فى لك بعدم صراحه الامر فى الإنشاء قائلًا و لا وجه لإخراج هذا العقد اللازم من نظائره و قد نوقش فى الاكتفاء فى المزارعه بلفظ الامر مع الاستناد فيها الى النّص و هو منتف و تبّه فى ضه على ما تبّه عليه هنا بقوله لا وجه اه و فى جميع ما ذكرناه نظر فانه لا يصلح المعارضه ادّله القول الأوّل فأنه اقوى فهو الاقرب لكن مراعات الاحتياط اولى و على المختار تصح الايجاب هنا بلفظ المضارع و الجملة الاسميّه مع قصد الإنشاء و

**ينبغى التّبيه على امور**

**الاول هل يجوز ايقاع عقد المساقات بلفظ الاجاره**

فيقول العامل اجرتك نفسى مده كذا للتعهّد بنخلك بالثلث من الثمره او النّصف او شبههما او يقول المالك استاجرتك لتعهّد نخلى بكذا من ثمارها او لا- يجوز ذلك فيه قولان احدهما انه لا يجوز و هو للتذكيره و الايضاح و ثانيهما أنه يجوز و هو لظ مجمع الفائده و الكفايه للأولين اولا ما احتج به فى الايضاح من أنّ السّبب فى الانتقال بالعقد الالفاظ التى وضعها الشارع فلا اعتبار بالمجاز لأنّه لم يكتف بقصد المعنى باى لفظ اتفق بل اعتبر الذى وضعه له و قد يجاب عمّا ذكره بأنّ لا نم ذلك لفقد الدّليل عليه بل العمومات المتقدّمه تدلّ على خلافه و مع هذا فلم اجد احدا نبه على اعتبار الوضع من الشّارع و لا ورد به روايه و

لو ضعيفه و أيضا لو كان ذلك شرطا لانسدّ باب العقود لعدم وجود لفظ وضعه الشارع بخصوصه لمعامله مخصوصه ألّا ان يق المراد اللفظ الّذى يكون عند الشارع موضوعا لذلك سواء كان بوضعه بالخصوص او بموافقه اللّغه فى الوضع فيكون المقص بيان عدم صحه التّجوز فى العقود و فيه نظر لما بيّناه سابقا و ثانيا ما احتج به فى الإيضاح أيضا من أنّ كل لفظ و هو صريح فى عقد خاص لا فى غيره اذا أطلق فان امكن تنفيذ لا فى موضعه صحّ و ألّا بطل و قد يجاب عمّا ذكره بأنّ لا نم صراحه الاجاره فى غير المسابقات خصوصا على احتمال كون المسابقات قسما خصّا من اقسام الاجاره عرفا و قد حكى هذا فى جامع المقاصد عن التّذكرة سلّمنا الصّيراحه و لكن لا نم ان كل لفظ صريح فى معامله لا يصح استعماله فى معامله اخرى بل يصح مع وجود التّجوز من وجود العلاقه و القرينه كما فى محلّ البحث كما لا يخفى لا- يق لا- علاقه هنا بين المعنى الحقيقى و المعنى المجازى لأننا نقول لا- شبهه فى وجود العلاقه بينهما هنا كما نبه عليه فى الايضاح بقوله و وجه التّجوز المشابهه بين العقدين فى ان كلّ واحد منها يشتمل على العمل و هو المقص و ثالثا ما استدللّ به فى التّذكرة من أنّ المسابقات و الإجاره معنيان مختلفان لا يعبر احدهما عن الآخر كما ان البيع و الإجاره مختلفان و قد يجاب عمّا ذكره بانا لا نم عدم جواز التعبير باحدهما عن الآخر بل يجوز ذلك لما بيّناه و مجرد اختلاف المعنيين لا يمنع ذلك و رابعا أنّه يشترط فى صحّ الاجاره تعيين الاجره و هى هنا غير معلومه فتفسد معامله و قد يجاب بانه ان اريد أنّ ذلك شرط لمطلق ما يراد من لفظ الاجاره و لو مجازا فلا نم ذلك و ان اريد أنّ ذلك شرط للمعنى الحقيقى لذلك اللفظ فهو هنا ليس بمراد و خامسا ان لفظ الاجاره لا يفيد سوى الظنّ بالمراد فان دلالة الالفاظ ظنيه و لا دليل على حجّيه هذا الظنّ هنا و قد يجاب عمّا ذكره بأنّ لا نم الحصر فى افاده الظنّ لقد يفيد العلم و هو الغالب سلّمنا و لكن ما دل على حجّيه مطلق الظنّ المستفاد من الالفاظ يدلّ على حجّيه الظنّ من اللفظ المذكور فت و للآخرين عموم قوله تعالى أوّفوا بِالْعُقُودِ و قولهم ع فى عده اخبار معتبره المؤمنون عند شروطهم و المسأله لا تخلو عن اشكال فلا ينبغى فيها ترك الاحتياط و لكن القول الثانى هو الاقرب

### الثانى الاقرب عندى جواز الإيجاب و القبول بكلّ لفظ دلّ عليهما

دلّاه معتبره عند اهل اللّسان فلا يشترط فيهما امور منها العربيّه كما هو ظ التّذكرة و مجمع الفائده و الكفايه و صرّح فى جامع المقاصد باشرطها و صرّح فى الكفايه بأنّه المشهور بين المتأخرين و احتج عليه بأنّ المسابقات

ص: ٢٢٠

عقد لازم فيشترط فيه العربيّه و قد يجاب عنه بالمنع من كليه الكبرى و ان كانت موافقه الاصل لاندفاعه او لا بما تقدّم اليه الإشاره من العمومين و ثانيا باستلزام الاشرط الحرج العظيم بالنّسبه الى الطوائف الّتى لم تعرف العربيّه من العجم و الترك و اهل الهند و غيرهم و هو منفى بالادله الاربعه و ثالثا بخلو الاخبار و كلمات معظم اصحابنا الابرار خصوصا القدماء عن التّنبيه على اشرط ذلك مع توقّف الدواعى عليه لأنّ المسابقات امر يعمّ به البلوى و يشتدّ الحاجه اليه كما لا يخفى و رابعا سيره الاماميه قديما و حديثا و خامسا فحوى ما دل على جواز كون الايجاب و القبول فى المسابقات و البيع و غيرهما من كثير من العقود فعليين فت و منها عدم اللّحن فيهما و توافقهما لغه و كونهما بصيغه مخصوصه و ماده مخصوصه

### الثالث اختلاف الاصحاب فى كفايه الايجاب و القبول الفعلين هنا



على اقوال احدها أنه لا- يكفى ذلك بل يشترط فيهما اللَّفْظ و هو للقواعد و كره و جامع المقاصد و لك و ضه بل صرَّح فى الكفايه بانه المشهور بين المتأخرين و لهم اولا الأصل و قد يجاب عنه باندفاعه بادلته القول الثالث فأنها اقوى منه و ثانيا ما احتج به فى التذكرة و ضه من أنّ الرضا الذى هو شرط الصَّحَّه من الامور الخفيه الباطنيه فلا بدّ من دلاله تكشف عنه و ليس ذلك الاّ الالفاظ التى يعبر بها عن المعانى فلا- يكفى التراضى و المعاطات و زاد فى ضه قائلًا و هو السَّرّ فى اعتبار الالفاظ الداله على الرضا بالعقود مع أنّ المعبر هو الرضا و قد يجاب عما ذكره بان الامور الباطنيه الخفيه كما تعرف بالالفاظ علما او ظنا كك تعرف بالافعال علما او ظنا بل قد يكون دلاله الفعل فيما يدلّ عليه اقوى فاعتبار دلاله الالفاظ التى هى اضعف يستلزم اعتبار دلاله الافعال التى هى اقوى بطريق أولى فت و ثالثا ما نبه عليه فى لك بقوله لا يكفى المعاطات هنا لاشتمال هذا على الغرر و جهاله العوض بخلاف البيع و الاجاره فينبغى الاقتصار على اليقين و تبّه على ما ذكره فى جامع المقاصد و قد يجاب عمّا ذكر بالمنع من كليه المنع من الغرر و الجهاله لعدم قيام دليل عليها من الأدلّه الاربعه نعم فى روايه ضعيفه السند بالارسال النهى عن الغرر و لكن لا يجوز الاعتماد عليها لضعفها سلّمنا العموم المثبت للكلية المذكوره و لكنّها معارضه بالعمومين المتقدمين و هما اولى بالترجيح و ان كان التعارض بينهما من قبيل تعارض العمومين من وجه كما لا يخفى و ثانياً أنّه يشترط اللَّفْظ فى الايجاب دون القبول و استظهره فى ضه من اللّمعه معللا لكفايه الفعل فى القبول بان الرضا يحصل بدون القول و هو جيّد و لكنّه يستلزم كفايه الفعل فى الايجاب فالتفرقه بينهما لا وجه له و ثالثها أنّه لا يشترط اللَّفْظ فى شىء منهما ليكفى الفعل فى كلّ منهما و هو لمجمع الفائده و الكفايه و هو فى غايه القوه للعمومين المتقدمين المعترضين بما دلّ على جواز المعاطات فى البيع و غيره من جمله من العقود

#### **الرابع هل يشترط وقوع القبول بعد الإيجاب فورا**

فيشترط المقارنه او لا حكى الاول فى الكفايه عن معظم المتأخرين و هو احوط و لكنّه صار فيها الى الثانى و هو فى غايه القوه

#### **الخامس لا يبعد الحكم بجواز تقديم القبول على الإيجاب هنا**

كما فى النكاح و كذا لا يبعد الحكم بجواز الايجاب و القبول الفضوليين هنا كما فى النكاح و غيره

#### **منهل المساقات من العقود اللزومه من الطرفين التى لا يجوز لأحد المتعاقدين الفسخ من غير رضاء الاخر**

#### **اشاره**

وقد صرَّح بذلك فى الغنيه و فع و يع و التحرير و كره و د و عه و جامع المقاصد و ضه و لك و مجمع الفائده و ض و لهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه و منها قول جامع المقاصد هى عقد لازم اجماعا و يعضد ما ادّعاها اولا قول لك لا خلاف عندنا فى لزوم هذا العقد و ثانيا قول الكفايه لا اعرف خلافا فى كون المساقات عقدا لازما و ثالثا قول الرّياض لا خلاف فى لزومه بيننا كما فى لك و غيره و منها اصاله عدم صحّحه الفسخ و استصحاب ما ثبت فى العقد و منها ما احتج به فى التذكرة و جامع المقاصد و لك و الكفايه من عموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و تبّه فى الاول على وجه الاستدلال بقوله بعد الاحتجاج بالآيه

الشريفه على المدعى اوجب الايفاء بكل عقد و مقتضاه اللزوم اذ لا معنى له سوى ذلك منها ما تمسك به فى جامع المقاصد و الكفايه من عموم قولهم ع فى عده اخبار معتبره المؤمنون عند شروطهم و منها ما استدل به فى التذكرة من أنه لو كان هذا العقد جائزا جاز لرب المال فسخه اذا ادركت الثمره فيسقط حق العامل فيتضرر و منها ما استدل به فى كره أيضا من أنه لو كانت المساقاه من العقود الجائزه لكان للمالك ان يفسخ بعد العمل و قيل ظهور الثمره و ح فاما ان يقطع حق العامل عنها او لا و على التقدير الاول يضيع سعى العامل مع بقاء تأثيره فى الثمار و هو ضرر و على التقدير الثانى لم ينتفع المالك بالفسخ بل يتضرر لحاجته الى القيام ببقية الاعمال بخلاف القراض فان الربح ليس له وقت معلوم و لا له تأثير بالاعمال السابقة و لا يلزم من فسخه ما ذكرناه و

### ينبغى التنبيه على امور

#### الاول يصح فسخ عقد المساقات لو تقايلا و رضيا به

كما صرح به فى د و التحرير و جامع المقاصد و ضه و لك و مجمع الفائده و الرياض بل الظاهر أنه ممّا لا خلاف فيه كما نبه عليه فى مجمع الفائده بقوله لعلّ دليله هو الاجماع و ما تقدمت

#### الثانى هل للمغبون هنا خيار الفسخ او لا

فيه اشكال و قد تقدم الاشاره الى وجهه فى بحث المزارعه و لكن الاقرب هو الاحتمال الاول هنا أيضا

#### الثالث هل يثبت هنا خيار الشرط للمشروطه له او لا

الأقرب هو الاحتمال الاول كما فى المزارعه

#### منهل تصح المساقات قبل ظهور الثمره و لا تصح بيعه اذ لم يبق للعامل عمل يستزاد به الثمره

#### اشاره

و تصح بعده اذا بقى ذلك اما صحتها قبل ظهور الثمره فقد صرح بها فى فع و عد و التحرير و التبصره و الارشاد و التنقيح و لك و مجمع الفائده و الكفايه و ض و لهم و جوه منها ظهور الاتفاق عليها و منها تصريح التحرير و لك و الرياض بدعوى الاجماع عليها و يعضدها اولا تصريح الكفايه بنفى الخلاف فيها و ثانيا قول الرياض تصح المساقات قبل ظهور الثمره اجماعا كما هنا و عن التذكرة و لك و ح يع للمفلح الصيمرى و غيرها من كتب الجماعه و ثالثا قول مجمع الفائده لا شكّ فى صحه المساقات قبل ظهور الثمره و منها عموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و قولهم ع فى عده اخبار معتبره المؤمنون

عند شروطهم و قد تبه على ما ذكر في مجمع الفائدة بقوله لعموم الادله و ظهور تاثير فيستحق العمل بالحصه و في الرياض بقوله لأدله مشروعيه هذه المعامله اذ لا- فرد لها اظهر و من مفروض المسأله و اما عدم صحتها بعد ظهور الثمره حيث لم يبق عمل يستزاد به الثمره فقد صرح به في الغنيه و النافع و يع و د و التحرير و التذكره و القواعد و التبصره و اللّمعه و جامع المقاصد و ضه و لك و مجمع الفائدة و الكفايه و الرياض و لهم و جوه منها ظهور الاتفاق عليه و منها تصريح التذكره و لك و ضه بدعوى الاجماع عليه و بعضها اولاً- تصريح مجمع الفائدة بأنه لعله لا- خلاف فيه و ثانيا قول الكفايه لا اعرف خلافا فيه و نقل فيه الاجماع و منها ما تمسك به في التذكره قائلاً لأنها و الحال هذه يكون قد ملكها ربّ البستان و لم يحصل بالمساقات زياده الثمار و الغرض بها تحصيل الثمار او جوده اتباعها فاذا لم يحصل الغرض خلا العقد عن الفائدة فيكون باطلا و قد تبه على ما ذكره في جامع المقاصد و لك محتجين به على المدعى بل صرح في مجمع الفائدة بعدم تحقق مفهوم المساقات ح قائلاً لا تصح ح لعدم تحقق مفهومها و أما صحتها بعد ظهور الثمره اذا بقي عمل يستزاد به الثمره فقد صرح بها في الغنيه و فع و يع و التبصره و التحرير و عد و كره و د و عه و جامع المقاصد و لك و ضه و مجمع الفائدة و الكفايه و الرياض بل صرح فيه بانه الاشهر الاظهر بين الطائفه قائلاً بل لعله عليه عامتهم لجهاله القائل بعدم الصّحه و ان اشتهرت حكايته في كتب الجماعه فغير بعيد كونه اجماعاً كالأول فيمكن اخذه حجه و لهم و جوه منها ما تبه عليه في الرياض من استظهار دعوى الإجماع عليه و منها ما احتج به في الغنيه و مجمع الفائدة و الرياض العمومات الداله على صحه هذه المعامله و منها قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و قولهم ع في عده اخبار معتبره المؤمنون عند شروطهم و منها ما استدل به في التذكره و لك و الرياض من ان المساقات اذا جازت قبل ظهور الثمره فبعد ظهورها اولى لأنها صارت موجوده معلومه و منها ما تمسك به في التذكره أيضاً قائلاً لأنّ العقد و الحال هذه ابعد عن الغرر بل انتفى الغرر عنها للوثوق بالثمار و منها ما عول عليه في الغنيه من الاصل لا يبق يدفع ما ذكر ما روى من ان النبي ص عامل اهل خيبر على الشرط ممّا يخرج من ثمر او زرع لأننا نقول هذه الزوايه لا تصلح للدفع قطعاً اما اولاً فلضعفها سنداً بالارسال و امياً ثانياً فلضعفها دلالة كما تبه عليه في كره بقوله و المعامله التي وقعت من النبي ص لأهل خيبر لا تدلّ على المنع من غيرها لأنها واقعه لا عموم لها لا يبق يدفع ما ذكره قاعده التاسي لأنها تقتضى وجوب التاسي به في جميع الأفعال حتى في المعاملات فيجب الاقتصاد على نحو ما فعله هنا فلا- يجوز غيره و هو المدعى لأننا نقول لا نم و وجوب التاسي به فيما لم يعلم وجه فعله من الوجوب و التدب و الاباحه كما في محلّ البحث و قد بيناه في المفاتيح و الوسائل سلّمنا و لكن نمنع من عموم وجوب التاسي بحيث يشمل المعاملات سلّمنا لكن اصل المساقات غير واجبه فلا يجب التاسي به ص فيها و استفاده الوجوب الشرطي المتحقق هنا على القول بالمنع من المساقات ح من القاعده المذكوره محلّ اشكال بل غايه ما يستفاد منها الوجوب النفسى و هو منتف هنا اجماعاً فت سلّمنا و لكن يعارض عموم القاعده العمومات الداله على الصّحه تعارض العمومين من وجه كما لا يخفى و من الظاهر ان هذه العمومات اولى بالترجيح من وجوه عديده و لا يدفع الادله المتقدمه ان الثمره اذا خرجت فقد حصل المقصود فصار بمنزله ان يقارضه على المال بعد ظهور الربح فلا يجوز المساقات ح لان المقص منها ان تخرج الثمره و بالجمله فما دل على عدم صحتها في الصوره الثانيه المتقدم اليها الاشاره يدل بعينها على عدم صحتها في هذه الصوره أيضاً لأننا نقول ذلك مم فلا يصلح للدفع كما صرح به في لك و الرياض و تبه عليه في كره بقوله نمنع حصول كمال المقصود لأنّ التقدير حصول زياده بعمل العامل لأجلها و

ينبغي التنبيه على امور

## احدها الحرث

كما صرح به في لك و ضه و الكفايه

## و ثانيها رفع اغصان الكرم على الخشب

كما صرح به في الكتب المذكوره أيضا

## و ثالثها تاخير ثمره النخل

كما صرح به في عد و كره و جامع المقاصد و الكتب المذكوره أيضا

## و رابعها السقي

كما صرح به في عد و كره و جامع المقاصد و الكتب المذكوره أيضا

## و خامسها اصلاح الشجره

كما صرح به في التذكره

## [الثاني]

و عد و جامع المقاصد و قد عدّ ممّا لا يستزاد به الثمره امور أيضا منها الجذاذ كما صرح به في التحرير و عد و جامع المقاصد و لك و ضه و الكفايه و الرياض و منها الحفاظ كما صرح به في لك و ضه و مجمع الفائده و الكفايه و الرياض و لا- فرق في الزيادة بين العينيه و الكيفيه كما صرح به في مجمع الفائده و صرح فيه بان المراد الزيادة الموجهه لزيادة الثمن و كذا لا فرق في صورتى الجواز باعتبار زياده الثمره و عدمه باعتبار عدمها بين صورتى بدو الصّلاح و عدمه كما صرح به في التذكره و يصح الاجاره على الاعمال التي لا يستزاد بها الثمره بجزء منها و كك يجوز الصّلاح و الجعالة عليها كما صرح به في لك و الرياض و فيه لا اشكال في ذلك لعموم ادلتها السليمه عمّا يصلح للمعارضه و لا فرق فيما يستزاد به الثمره بين القليل او الكثير كما صرح به في الغنيه و هو ظاهر اطلاق المعظم

## منهل لا تبطل المساقات بموت احد المتعاقدين

## اشاره

و لا بموتهما معا كما صرح به في يع و فع و د و عد و التحرير و كره و لف و التنقيح و جامع المقاصد و لك و مجمع الفائده و حكى في لف و لك و الكفايه و الرياض عن المبسوط القول بطلانها بموت احدهما و بموتهما معا و هو ضعيف بل المعتمد ما

عليه المعظم و لهم اولا اصاله عدم الفسخ و استصحاب مقتضى العقد و قد تبّه على ما ذكره فى التنقيح و لك بقولهما لأصالة اللزوم و قد تعارض ذلك بأنّه لو لم يفسخ لزم انتقال حقّ الميت الى وارثه و هو أيضا خلاف الاصل و الاستصحاب و قد يجاب عنه بان الأوّل اولى بالترجيح لاعتضاده بالشّهره العظيمه و غيرها ممّا سيأتى اليه الاشاره إن شاء الله تعالى و ثانيا عموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و لعلّه نبه على ما ذكر بقوله لأنّ ذلك من مقتضى العقد و ثالثا عموم قولهم ع فى عدّه اخبار معتبره المؤمنون عند شروطهم و رابعا قول جامع المقاصد لا

ص: ٢٢٢

نعرف فى ذلك خلافا و يعضده اولا تصريح الكفايه بدعوى الشهره على ذلك و ثانيا قول الرّياض انه الاشهر بل لعلّه عليه عامه من تاخر لا يق يدفع ما ذكر انه نبه فى ط على دعوى الإجماع على ما نسب اليه قائلا لو مات احدهما او ماتا انفسخت المساقات عندنا كالإجاره و من خالف فى الاجاره خالف هنا لأننا نقول لا دلالة معتبره فى العبائر على دعوى الاجماع بل قوله و من خالف فى الاجاره خالف هنا صريح فى وجود الخلاف هنا و ظ فى عدم تحقق الإجماع عنده سلّمنا دلالتها على دعوى الاجماع على الانفساخ بالموت و لكنّها موهونه بمصير المعظم الى عدم الانفساخ كما نبه عليه فى الرّياض بقوله بعد الإشاره الى ما ادعاه و هو شاذّ و الاجماع المستفاد من ظ كلامه بمصير كافه المتأخرين الى خلافه مع عدم موافق له موهون و خامسا خلوّ الاخبار عن الإشاره الى كون الموت هنا ممّا يوجب الفسخ مع توفّر الدّواعى عليه و بالجمله لا اشكال فى المختار و عليه فان كان الميت المالك استمرّ العامل على عمله و قاسم الوارث كما صرّح به فى التذكرة و التنقيح و لك و لا شبهه فيه و ان كان الميت العامل فان مات قبل ظهور الثمره و كان ممن شرط المالك ان يعمل بنفسه فيفسخ المساقات ح و لا يقوم وارثه مقامه كما فى التذكرة و التنقيح و جامع المقاصد و لك و مجمع الفائده و الرّياض بل الظاهر أنّه مما لا خلاف فيه و قد صرّح بنفيه فى ظ و صرح فى التنقيح و جامع المقاصد بانه يجب على المالك اجره مثل العمل الماضى و ان مات بعد ظهور الثمره و كان ممن شرط عليه المالك ان يعمل بنفسه ففى انفساخها ح اقوال احدها أنّها تنفسخ ح و هو مقتضى اطلاق بعض العبارات بل صرّح فى المسالك بأنّه مقتضى جماعه من الاصحاب و ثانيها انها لا تنفسخ ح و هو للتنقيح و لك و نبه على وجهه فى لك قائلا لو كان بعده ففى البطلان نظر من سبق ملكه لها فلا يزول بموته و من ان ملكه مشروط باكماله العمل و لم يحصل و الانسب ان تكون مشتركه فلا يبطل ح ملكها بالموت و ثالثها ما صار اليه فى جامع المقاصد قائلا و المتجه انفساخه فيما بقى لتعدّر المعقود عليه ثم ما الّذى يسقط فى مقابل العمل الباقي يحتمل اسقاط قدر اجره مثله من الحصّه و يحتمل النظر فى قدر الباقي و نسبته الى مجموع العمل باعتبار الكم و النفع و اسقاط بعض الحصّه نسبته كنسبه الفائت من العمل الى مجموع العمل و يؤيد الاحتمال الثانى ان انفساخ العقد اخرج باقى العمل عن الاستحقاق فكيف يجب اجره مثله و لم اجد فى هذه المسأله تصريحاً يرجع اليه فلينظر ما ذكرناه و المستفاد من كلامه ان العقل أنّما يفسخ من حين الموت فيكون صحيحا الى الموت ظاهرا و باطنا و أنّما يعرضه الفساد ظاهرا و باطنا بعد الموت و هذا التفصيل فى غايه القوّه و لكن المسأله فى غايه الاشكال فلا ينبغى فيها ترك الاحتياط مهما امكن و ان مات و لم يكن ممن شرط عليه المالك ان يعمل بنفسه فلا يفسخ كما صرّح به فى كره و التنقيح و لك و هو جيّد و لهم اولا ما تمسّك به فى الأوّل من اصاله بقاء الصّححه و ثانيا عموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ فت و ثالثا عموم قولهم ع فى عدّه اخبار معتبره المؤمنون عند شروطهم فت و صرّح فى الكتب الثلاثه المذكوره بانه يقوم وارثه مقامه و بانه ليس للمالك منعه و لا اجباره عليه لو امتنع من العمل و هو جيّد و لهم ما احتج به فى الأوّل و الاخير من ان الوارث لا يلزمه حق لزم المورث الا ما امكنه دفعه من

ماله و العمل ليس بمال المورث فلا- يجب على الوارث كما لا- يؤدي الحقوق من مال نفسه و زاد فى الاول قائلًا و لان منافع الوارث خالص حقه و انما يجبر على توفيه ما على المورث من تركته و

**ينبغى التنبيه على امرين**

**الاول لا تبطل المساقات بالبيع**

كما صرّح به فى الارشاد و مجمع الفائدة و الكفايه و لا بالجنون و الحجر كما صرّح به فى التحرير للأصل و قوله تعالى أوفوا بالعقود و قولهم ع فى عده اخبار معتبره المؤمنون عند شروطهم

**الثانى صرّح فى الارشاد بانها تبطل بالتقاييل**

و هو جيّد

**منهل صرّح فى بيع و النافع و التبصره و الارشاد و القواعد و التحرير و اللّمعه بأنّه يصح المساقات على كلّ اصل ثابت له ثمره ينتفع بها عادة مع بقاء عينه**

**اشاره**

و بان محلها لا يكون الاّ ذلك و يتفرع على ما ذكره امور منها صحه المساقات على النخل الانثى حيث يراد التمر و قد صرّح بها بالخصوص فى الغنيه و الشرائع و د و عد و كره و التحرير و لك و الكفايه و الرياض و لهم اولا انه ممّا لا خلاف فيه كما صرّح به فى الرياض و ثانيا انه صرّح فى الغنيه بدعوى الاجماع عليه قائلًا- يجوز المساقات على النخل و الكرم و غيرهما من الشجر المثمر بنصف غله ذلك او ما زاد عليه او ما نقص بدليل اجماع الطائفه و ثالثا ما تبّه عليه فى الغنيه أيضا بقوله فالاصل الجواز و المنع يفتقر الى دليل و رابعا تبّه عليه فى الغنيه بقوله أيضا و يحتج على المخالف بما رووه من أنّه عامل اهل خيبر بشرط ما يخرم من ثمر و زرع و بالجمله لا اشكال فيما ذكره و الظاهر ان السكر الذى يؤخذ من النخل كالتمر فيجوز المساقات عليه من هذه الجهة و منها صحّه المساقات على الكرم حيث يراد العنب او الحصد و قد صرّح بها بالخصوص فى الغنيه و بيع و كره و التحرير و عد و لك و الكفايه و الرياض بل هو ممّا لا خلاف فيه كما صرّح به فى الرياض و صرّح فى الغنيه بدعوى الاجماع عليه فلا اشكال فيما ذكره و منها صحّه المساقات على التوت الانثى حيث يراد الثمره المعهوده و قد صرّح بها بالخصوص فى كره و لك و ضه بل الظاهر أنّه ممّا لا خلاف فيه و قد صرّح بدعوى الاجماع عليه فى لك و منها صحّه المساقات على شجر الفواكه حيث يراد الفاكهه و قد صرّح بها بالخصوص فى الغنيه و بيع و الارشاد و القواعد و التحرير و لك و الكفايه و الرياض بل هو ممّا لا- خلاف فيه أيضا كما صرّح به فى الرياض و فى الغنيه التصريح بدعوى الاجماع عليه فلا اشكال فيما ذكره و منها صحه المساقات على شجر المقل و قد صرّح بها بالخصوص فى كره قائلًا شجر المقل يجوز المساقات عليه اما عندنا فظ لأنه شجر له ثمر و منها صحه المساقات على شجر اللوز و الجوز و النارجيل و الفستق و البندق حيث يراد هذه الثمرات و هو جيّد و بالجمله

المعتمد عندى جواز المساقات على كَلِّما يصدق عليه اسم الشجر حقيقه و يكون ثابتا و زاد ثمره ينتفع بها مع بقاء الاصل وفاقا للجماعه المتقدم اليهم الاشاره بل الظاهر انه ممّا لا- خلاف فيه و لا فرق فى الثمره بين مأكوله او لا و لا بين ان يكون قليله او كثيره و لا فرق فى الشجر كالنخل بين ان يكون ممّا يفتقر الى السّقى او لا كما صرّح به فى القواعد و جامع المقاصد بل الظاهر أنّه مما لا خلاف فيه و منها عدم صحه المساقات على ما ليس بنخل و لا شجر فانّ المقدس الأردبيلي قد فسّر الأصل فى قولهم بالشجر و قد صرّح فى كره بعدم جواز المساقات على ما ليس بشجر قائلا يشترط ان يكون المساقى

ص: ٢٢٣

عليه شجرا ثابتا و نعى بالشجر ما له ساق و هو مخصوص بذلك بالعرف اللّسانى و تبه على ما ذكره فيها فى عد أيضا بقوله متعلّق العقده هو الأشجار و الظاهر أنّ ما ذكره مذهب المعظم كما صرّح به فى لف و يتفرّع على هذا ان لا يصحّ المساقات على اشياء احدها البطيخ و قد صرّح بعدم صحه المساقات عليه فى كره و عد و جامع المقاصد و لك و ضه و مجمع الفائده و الظاهر انه ممّا لا- خلاف فيه فلا اشكال فيه و ثانيها الباذنجان و قد صرّح بعدم صحه المساقات عليه فى التذكرة و القواعد و جامع المقاصد و لك و ضه و الظاهر انه ممّا لا خلاف فيه و ثالثها قصب السّكر و قد صرّح بعدم صحه المساقات عليه فى كره و عد و ضه و لك و جامع المقاصد و مجمع الفائده و الظاهر انه ممّا لا خلاف فيه فلا اشكال فيه و رابعها القثاء و قد صرّح بعدم صحه المساقات عليه فى مجمع الفائده و هو جيّد و يلحق به و نحوه و خامسها الزّرع من الحنطه و الشّعير و الارز و السّمس و الماش و الباقلاء و قد صرّح بعدم صحه المساقات على الزّرع فى كره و عد و جامع المقاصد و هو جيّد و سادسها البقول و الخضراوات و قد صرّح بعدم صحه المساقات عليها فى كره و عد و ضه و مجمع الفائده و غيرها بل صرّح فى الأوّل بدعوى الإجماع عليه قائلا و البقول التى لا يثبت فى الارض و لا يجرّأ مره فلا تصلح المساقات اجماعا و يعضد ما ذكره ما تبه عليه فى مجمع الفائده بقوله قال فى كره امّا ما يثبت فى الارض و يجرّأ مره بعد اخرى فكك اذا لم يسمّ شجرا لان المساقات جوزت رخصه على خلاف القياس فلا- يتعدّى الى غير موردها انتهى و كان هذا اجماعى عندنا و حكى فى لف عن الشيخ خلاف ذلك قائلا- قال الشيخ فى ف تجوز على البقل الذى يخرج بعد جزه للأصل و ما حكاه ضعيف لاندفاعه بالإجماع المنقول المعتضد بالشهره العظيمه أنّى لا- يبعد معها دعوى شذوذ المخالف و بما تبه عليه فى لف بقوله و الاقرب المنع لأنّها معامله على مجهول فيصح فى موضع الاجماع و سابعا القطن و قد صرّح بعدم صحه المساقات عليه فى جامع المقاصد و ضه و لك و هو جيّد و بالجمله المعتمد ما عليه الجماعه من عدم صحه المساقات على ما ليس بشجر و لا نخل مط و منها عدم صحه المساقات على ما لا ثمر له ينتفع به من الأشجار و النخيل و قد صرّح بذلك بالخصوص فى عد و التحرير و التذكرة و جامع المقاصد و مجمع الفائده و لهم اول- الاصل و ثانيا ظهور الاتفاق عليه فى الجمله كما تبه عليه فى التذكرة بقوله لا- تصحّ المساقات على شجر لا يثمر كالصّيفصاف و الغرب و شجر الدلبا و ما له ثمر غير مقصور كالصّنوبر و لا نعلم فيه خلافا لأنه ليس بمنصوص و لا- فى معنى المنصوص و ثالثا ما احتج به فى كره قائلا و لأنّ المساقات لا بدّ فيها من نفع يحصل للعامل فى مقابل عمله و ليس المراد الا الثمره الحاصله من الشجره او جزء الشجر كأغصانها و اجره من خراجها كالنّقدين و شبههما و الكل بط امّا الثمره فلا تنفائها اذ الفرض ذلك و امّا الجزء فلا يصلح المعامله عليه و امّا غيرهما من النّقدين و الاعواض عليها لأنها إجاره فلا يصحّ المساقات عليها لأنها تكون اجاره لا مساقات فلا اشكال فيما ذكره فلا يصحّ المساقات على الغرب و شبهه و قد صرّح به بالخصوص فى التذكرة و فى التنقيح و لا اشكال فيه و لا على الصّيفصاف الذى لا زهر له كزهر الورد و قد صرّح به بالخصوص

فى عد و التّحرير و التذكره و مجمع الفائده و لا اشكال فيه و هاهنا

**امور ينبغى التنبه عليها**

**الاول ليس من الثمره الاغصان**

فلا يجوز المساقات عليها و لا يجوز المساقات على سعف النّخل و كذا لا يجوز المساقات على ليفه و خوصه لعدم صدق الثمره عليها و لظهور عدم الخلاف فيه و قد تبّه على عدم جواز ذلك فى التذكره

**التانى لا اشكال فى عدم جواز المساقات على الشجر الذى لا يتنفع بورقه عاده**

و ان فرض تنميته ثمره لما سيأتى اليه الاشاره و اما المساقات على الشجر الذى يتنفع بورقه كشجر الحنّاء و التوت المذكور فاختلف الاصحاب فى صحّتها فحكى فى غايه المراد عن الشيخ فى ط المنع منها و هو ظ الرياض و استفاده فيه من النّافع و غيرهم و لهم ما اشار اليه فى غايه المراد بقوله لان الاصل بقاء الملك على مالكة الا ما يتحقق خروجه عنه و لم يتيقن سوى الثّماء فيبقى ما عداه على الاصل و لأنها معاملته على مجهول فيصح فى موضع الاجماع و قد أشار الى ما ذكره فى التنقيح و جامع المقاصد و ضه و لك و الرياض و فيه اللّهم الا ان يكون هنا تنقيح مناط و علّه و ليس اذ ليس المنقح الا الاجماع و هو مفقود لقضيّه الخلاف و العقل و غايته الظنّ و ليست بمنقحه حتّى تبلغ درجه القطع و ليست هنا ببالغها اليها بالضرورة و توقف فى ذلك فى فع و يع و د و د و التنقيح و اللّمعه و ذهب فى عد و التحرير و التذكره و الايضاح و غايه المراد و جامع المقاصد و لك و ضه و مجمع الفائده الى جواز ذلك و لهم وجوه منها ما اشار اليه فى غايه المراد من اصاله الجواز و لعلّ مستندها عموم الامر بالوفاء بالعقود و الشروط و غير ذلك كما اشار اليه فى مجمع الفائده يصح المساقات على ما ذكر لعموم أَوْفُوا و المسلمون عند شروطهم و لأنّ الناس مسلّطون على اموالهم فلهم ما يفعلون فيها الا ما منع منه و لأنه تصرف فى مال الغير باذنه بل اكل مال بتجاره عن تراض فيصح لا يق العمومات التى تبّه عليها مخصّيه بما دلّ على اختصاص صحه المساقات بما له ثمره و ليس المفروض منه كما صرّح به فى الايضاح قائلًا لا يسمى هذا ثمره لغه و لا عرفًا و لأنه يدخل فى بيع الاصل بالاصل له و لا شىء من الثمره كك لأننا نقول لا نم أنّه ليس منه بل صرّح فى التنقيح بأنّه منه سلّمنا أنّه ليس منه و لكن نمنع من الدليل على اشتراط الثمره اذ الادله الاربعه خاليه عن الدلاله عليه و منها ما تمسّك به فى غايه المراد و جامع المقاصد و لك و ضه من ان المقص بالمساقات هو حصول الفائده بها للعامل و المالك و هى موجوده هاهنا و فيه نظر و منها ما تمسّك به فى جامع المقاصد قائلًا أنّه قد جاء فى بعض لفظ الاخبار ان التّيبى ص عامل اهل خيبر بشرط ما يخرج من النّخل و الشجر و ما من ادوات العموم فيعمّ المتنازع و وجود ذلك فى خيبر و ان لم يثبت بالنقل الا انه كاد يكون معلوما على أنّ ظ اللفظ العموم فهو دال على جواز المساقات على كلّ ما يتناوله اللفظ و لا دليل على اختصاص ذلك بماله ثمره و ان كان هو الأغلب و جودا و لعلّه الى هذا اشار فى لك بقوله و فى بعض الاخبار ما يقتضى دخوله و فيما ذكره نظر اما اولا فلعدم معلوميّه اعتبار سنده بحيث يصلح للحجّيه كما اشار اليه فى الرياض و اما ثانيا فلعدم دلاله و ضوح لأنّ لفظ



ما أتى يفيد العموم حيث لا عهد و من الظاهر ان المعهود هنا الثمره فلا يكون مفيدا للعموم مع ان ما فى الروايه قضيه فى واقعه فلا- عموم لها فت و منها ما اشار اليه فى مجمع الفائده بقوله بعد ما حكينا عنه سابقا و لأنه قد يحتاج الانسان اليها فى امثاله فمنعها لا- يناسب الشريعه السديه السامحه و لان الظاهر ان بساتين الخبير و ارضه ما كانت خاليه عن الثمره يعتد بها مثل فحول النخل و غير معلوم اخذ التعريف من دليل بحيث لا يجوز غيره اذ قد يكون ذكره لكونه متفقا عليه او اكثره و غير معلوم عدم كون مثله فى الخبير بل الظاهر وجوده فيها و عدم وقوع مثله فى زمانهم على تقدير التسليم لا يدل على العدم كما فى كثير من الفواكه التى ما كانت فيه مع جواز المساقات فيه اجماعا و الاقرب عندى هو هذا القول و الظاهر ان ورق الكرم و الياس كورق الحناء

### الثالث يصح المساقات على ماله

زهر و ورد ينتفع بهما فى العاده كما فى التذكرة و القواعد و التحرير و الايضاح و غايه المراد و ضه و لك و مجمع الفائده و ربما يظهر من بعض المنع من ذلك و هو ضعيف اما على تقدير صدق الثمره على المفروض كما هو الظاهر فواضح و اما على تقدير العدم فلعموم الامر بالوفاء بالعقود و الشروط السليم عن المعارض فيصح المساقات على شجر الورد كما صرح به فى كره و عد و ير و لك و كذا على شجر الخلاف الذى له نور يؤخذ مائه كما صرح به فى جامع المقاصد و لكن أطلق فى التحرير و عد و كره المنع من المساقات على الصي فصاف و لعله محمول على الفرد الذى ليس له الثور المذكور لأنه الغالب و قد تحقق مما ذكرناه ان ما لا ثمر له من الأشجار لا يصح المساقات عليه الا ما استثناء و ان جعلناه من الثمره فلا حاجه الى الاستثناء و اما ماله ثمر ينتفع به عاده فيصح المساقات عليه و الظاهر ان الصمغ الذى يحصل من بعض الأشجار منه و كذا الطلع الذى يحصل من فحول النخل و صرح فى كره و مجمع الفائده بجواز المساقات على فحول النخل لذلك و احتج عليه فى كره بان لها طلعا يصلح للتلقيح فاشبه الثمره و فيما ذكره نظر و منها عدم صحه المساقات على ماله ثمره لا ينتفع بها كما صرح به فى التحرير و كره قائلا فيه لا نعلم فيه خلافا و المراد بالانتفاع الانتفاع عاده بحيث لا تعد المساقات له سفاهه و منها عدم صحه المساقات على ما ليس بمغروس و الظاهر أنه ممّا لا- خلاف فيه فهو المعتمد فلا- يجوز المساقات على الودى الغير المغروس كما صرح به فى يع و التذكرة و القواعد و التحرير و الارشاد و اللمعه و جامع المقاصد و لك و الكفايه و الرياض و فيه و فى الكفايه لا خلاف فيه و فى جامع المقاصد لا شك فى عدم صحه المساقات على ما ليس بمغروس منه و لم ينقل فى ذلك خلاف الا لأحمد و يعضد ما ذكره اولاً- ما تبه عليه فى التذكرة بقوله لأنه قد لا- تعلق و هذا غرر فلا- يجوز و ثانيا ما تبه عليه فى التذكرة أيضا بقوله و لان المساقات انما يكون على اصل ثابت و لهذا فان ما ليس له اصل ثابت لا يصح المساقات عليه كالزرع و البقول

و هاهنا

امور ينبغي التنبيه عليها

الاول لو ساقاه على ودى مغروس الى مده يعلم بانه يحمل مثله فيها صح

كما في بيع و التحرير و د و كره و عد و لك و مجمع الفائده بل الظاهر أنه مما لا- خلاف فيه و يدلّ عليه مضافا الى ما ذكر العمومات المتقدم اليها الإشارة و لا يقدرح في ذلك خلوّ اكثر المده عن الثمره فلو ساقاه عشر سنين و كانت الثمره لا يتوقع الا في العاشره جاز كما في كره و الارشاد و عد و لك و مجمع المقاصد و تبّه فيه على وجهه قائلًا وجه الجواز اشتمال المسابقات على الامور المعتره فيها جميعا من العمل و الحَصّه و كونها على اصول ثابتة و خلو بعض السنين في خلال المده عن حصول الثمره ليس بقادح فانّ المعترح حصول الثمره في مجموع المده انتهى و اشار الى ما ذكره في لك و كذا اشار اليه في كره قائلًا- اكثر ما فيه ان يكون العمل كثيرا و النّصيب قليلا و ذلك جائز كما لو شرط لنفسه جزء من الف جزئه و هل الظنّ بحمل مثله في تلك المده يقوم مقام الفعل لعلم به او لا ظ بيع و التحرير و كره و عد و د و جامع المقاصد و لك و مجمع الفائده الاول و تبّه على وجهه في جامع المقاصد قائلًا لان الظاهر مناط اكثر الشرعيات و لان غايه ما يستفاد من العاده المستمرّه هو الظنّ فيمتنع اعتبار غيره و ما صاروا اليه هو المعتمد و لو اتفق عدم الحمل للمساقى عليه الى ان يمضى المده في صورتى العلم او الظنّ فصّرّح في التحرير و كره و لك بانّه لا يستحقّ العالم شيئا و يكون المعامله صحيحه و تبّه على وجهه في لك قائلًا أنّها صحّ و ان لم يحمل لان مرجع المسابقات الى تجويز ظهور الثمره و ظنّه بحسب العاده فاذا حصل المقتضى صحّ و ان تخلف كما لو ساقاه على الشجر الكبير و اتفق عدم ثمره في المده و ح فلا اجره له على جميع العمل لقدمه على ذلك و ما ذكره جيد

### **الثاني لو ساقاه على ودى مغروس الى مده يعلم بانّه لا يحمل فيها**

فلا يصح المسابقات ح كما صرّح به في عد و كره و د و بيع و مجمع الفائده بل الظاهر أنه مما لا خلاف فيه بل صرّح بدعوى الاجماع عليه في كره و تبّه على وجهه فيها قائلين لا يصحّ المسابقات ح لخلوها عن العوض كالمسابقات على الاشجار التي لا يثمر و زاد الثاني قائلًا- لأنّ ذلك خلاف وضع المسابقات و يستحقّ العامل هنا الأجره مع جهله بالفساد كما صرّح به في كره و الحق في بيع و عد و كره و جامع المقاصد بالصّوره المفروضه صورتى الظنّ بعدم الحمل في تلك المده و الشكّ فيه و تبّه على وجهه في كره قائلًا- لما فيه من الغرر و اصاله العدم فيخلو فعل العامل عن غرض و نبه في مجمع الفائده على المناقشه فيه قائلًا بعد الإشارة الى ما ذكره و لا يبعد تقييد ذلك بعدم الحصول فانه لو حصل الثمره فيها يحتمل صحه العقد و يأخذ الحَصّه للاحتمال عند العقد و مطابقته للواقع و اصل عدم اشتراط شىء اخر و صدق التعريف و عموم الادله و ما ذكره في غايه القوه الا ان مراعات الاحتياط اولى

### **الثالث الظاهر ان غير الودى من صغار الشجر التي تصحّ المسابقات على كبارها**

كالودى في جميع ما ذكر

### **الزابع هل يجوز المسابقات على النخل و الاشجار الموقوفه عامًا او خاصا**

لم اجد احدا تعرّض لهذه و الأقرب عندي هو الأوّل لوجوه منها عموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و منها عموم قولهم ع في عده

اخبار معتبره المؤمنون عند شروطهم و منها خلوّ الاخبار و كلمات الأصحاب عن الإشاره الى المنع عن ذلك مع توفّر الدّواعى عليه و هذه الوجوه سليمه عن المعارض سوى الاصل و الوقفيّه و كلاهما لا يصلحان للمعارضه جدّا

## منهل لا بدّ فى المساقات من تأجيلها باجل و تعيينها فى مدّه

### اشاره

فلو اطلقها بطلت

ص: ٢٢٥

كما فى الغنيه و فع و يع و عد و التحرير و كره و د و التّبصره و اللّمعه و جامع المقاصد و لك و ضه و مجمع الفائده و الرياض و لهم اولاً- ظهور الاتفاق عليه و ثانياً تصريح الرياض بدعوى الاجماع عليه و يعضده امران احدهما قول التذكرة لا بدّ فى عقد المساقات من تقدير المده اما سنه او أقلّ او اكثر عند علمائنا اجمع و ثانيهما قول لك اعلم أنّ الاتفاق واقع على اشتراط تقدير المده فى الجمله اما تركها راساً فيبطل العقد قولاً واحداً و ثانياً ما تمسك به فى التذكرة من أنّ عقد المساقات عقد لازم فلا بدّ من ضبطها بالمدّه كالإجاره و ساير العقود و قد تبّه على ما ذكره فى لك و الرياض قائلين يشترط ذلك لأنّ هذه المعامله لازمه و لا معنى لوجوب الوفاء دائماً و لا الى مدّه غير معلومه و لا سنه واحده لاستحاله الترجيح من غير مرجح و فيما ذكره نظر و ثالثاً ما احتج به فى التذكرة أيضاً من أنّ المساقات يقتضى العمل على العين مع بقائها فوجب فيها تقدير المدّه كالإجاره و فيما ذكره نظر أيضاً و رابعاً ما استدلّ فى التذكرة أيضاً من أنّ المساقات اذا وقعت مطلقه لم يمكن حملها على اطلاقها مع لزومها لأنّه يفضى الى ان العامل يستبد بالشجر كلّ مدّته فيصير كالمالك فيلزم تصوير من ليس بمالك فى صورته المالكين و فيه اضرار بالمالكين و فيما ذكره نظر أيضاً و خامساً ما استند اليه فى التذكرة أيضاً من أنّ المساقات مفتقره الى مدّه يقع فيها التعيّد و خروج الثمار و لحصول الثمار غايه معلومه يسهل ضبطها بخلاف القراض لأنّ التّاقيت يخلّ به لأنّ الرّبح ليس له وقت معلوم فربما لا يحصل فى المده المقدره و فيما ذكره نظر أيضاً و سادساً ما اعتمد عليه فى التذكرة من ان عمل المساقات مجهول و انما ينضبط بالمدّه لا غير فاشترط ذكر المدّه ليتعين و ينضبط و كلّ من قال بأنّ المساقات عقد لازم اوجب تقدير المدّه الا ابا ثور فأنّه قال يصحّ من غير تقدير مدّه و فيما ذكره نظر أيضاً

### فينبغى التّنبه على امور

## الأول يجوز ان تكون المده طويله و قصيره

كما صرح به فى التذكرة و عد و التحرير و ضه و هو ظاهر ما عداهما من الكتب المتقدمه بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه كما نبه عليه فى كره

## الثانى ليس للمده الطويله حد شرعا

كما صرح به في كره و عد و ير و جامع المقاصد و ضه و لك و هو ظ ما عداها من الكتب المتقدمه بل الظاهر انه ممّا لا خلاف فيه كما نبه عليه في جامع المقاصد بقوله لا تقدير لها كثره باتفاقنا و في لك بقوله لا حد في جانب الكثره عندنا

### الثالث ليس للمدّه القليله حدّ شرعا أيضا

نعم يشترط ان تكون ممّا يحصل فيه الثمره غالبا فلو كانت أقلّ لم يصحّ و قد صرح بذلك في فع و يع و التبصره و د و عد و التحرير و جامع المقاصد و لك و ضه و مجمع الفائده و ض و لهم اولا ظهور الاتفاق عليه و ثانيا ما احتجّ به في جامع المقاصد من أنّه لما كان من شرط صحّحه المساقات حصول الثمره في مدّه العمل و جب ان يكون أقلّ المدّه التي يصحّ ان يجرى عليها عقد المساقات ما يغلب حصول الثمره فيها بالنظر الى العاده و يختلف ذلك باختلاف الاحوال فقد يكون المدّه شهرا او دونه و قد يكون سنه او اكثر باعتبار أنّ الثمره في وقت العقد قد تكون موجوده و قد لا يكون و قد تبّه على هذا الوجه في مجمع الفائده و مقتضى اطلاق يع و فع و التبصره اشتراط المدّه الطويله بهذا الشرط أيضا و لا بأس به كما لا يخفى

### الرابع لا اشكال في انه يشترط في المدّه تعيينها في الجملة

و هل يشترط تعيينها بما لا يحتمل الزيادة و النقصان كما في الاجاره فلا يجوز تعيينها بقدم الحاج و ادراك الثمره و ان كانت الثمره المعامل عليها او لا- يشترط ذلك بل يجوز تعيينها بادراك الثمره المساقى عليها اختلف الاصحاب في ذلك على قولين احدهما أنّه يشترط ذلك و هو للشرائع و الارشاد و التذكرة و القواعد و التحرير و لف و الايضاح و جامع المقاصد و لك و ضه و الرياض و يمكن استفادته من الغنيه و فع بل صريح في لف و الايضاح و التنقيح و جامع المقاصد و الكفايه بانه المشهور و في الرياض بانه الاشهر قائلا بل لعله عليه عامه من تاخر الآ من ندر ممّن تاخر و هو شاذّ و ثانيهما أنّه لا يشترط ذلك و هو للمحكي في كلام جماعه عن الإسكافي و صرح في مجمع الفائده و الكفايه بانه غير بعيد للأولين وجوه منها الاصل و قد نبه عليه في لك و منها ما تمسك به في جامع المقاصد من أنّ الغرر مناف لصحّحه المعاوضه و تجوز العقد مع فرد من الغرر لا يقتضى التجوز مط و قوفا على موضع النص و يؤيد ما ذكره اولا قول الايضاح المشهور تعيين الأجل و هو الأصحّ للنهي عن الغرر و ثانيا قول لك و الرياض يشترط ذلك و قوفا فيما خالف الاصل و احتمل الغرر و الجهاله على موضع اليقين و منها ما تبّه عليه في كره بقوله يشترط ذلك لان هذا التاقية غير مضبوط فانّ النماء قد يتقدّم و قد يتأخر فيجب ان يقيد بما يضبطها كالاجاره و الآجال في العقود و تبّه على هذا الوجه في لف بقوله لنا أنّها معامله على شىء يفتقر الى الاجل فلا بد من ضبطه و منها الشهره العظيمه التي لا يبعد معها دعوى شذوذ المخالف بل صرح به في الرياض كما تقدّم اليها الإشاره و للآخرين وجوه أيضا منها ما تمسك به في مجمع الفائده قائلا- عدم اشتراط ذلك غير بعيد للضبط عاده و للأصل و عموم الأدلّه فت و لعله اراد بعموم الادله عموم قوله تعالى أوفوا بالعقود و عموم قولهم ع في عده اخبار معتبره المؤمنون عند شروطهم و قوله ص الناس مسلطون على اموالهم و قوله لا- يحلّ مال امرء مسلم الا عن طيب نفسه و قد يجاب عمّا ذكره اولا بالمنع من الضبط عاده في نحو قدوم الحاج مع ان محلّ البحث هو التعيين بما يحتمل الزيادة و النقيصه و هو اعتم من المضبوط عاده نعم ان كان محلّ البحث خصوص التعيين بادراك الثمره ربّما اتّجه ما ذكره و لكنّه ليس كك فت و ثانيا ان عموم الادلّه ينبغى تخصيصه بغير محلّ البحث بالشهره العظيمه المتقدم اليها الإشاره بناء على ما صار اليه جماعه من حجّيه الشهره و لا يخ عن قوه و بعموم النهى عن الغرر و ان كان التعارض بينه و بين

العموم المتقدم اليه الإشاره من قبيل تعارض العمومين من وجه كما لا يخفى لا اعتضاد عموم النهى عن الغرر بالشهره العظيمه المتقدم اليها الاشاره و لا خلاف على الظاهر فى كونها من اسباب ترجيح احد المتعارضين على الاخر و ان وقع الخلاف فى حجيتها و مع ذلك فهو معتضد باصالة فساد المعامله حيث لا يقوم دليل معتبر من عموم او خصوص على صحتها و هى مسلمه بين الاصحاب بل المسلمين على الظاهر فاحتجاجه بالأصل على الصيحه لا- وجه له ألا ان يكون مراده اصالة عدم تخصيص العمومات الداله على الصيحه المتقدم اليها الاشاره و لكنها ليست حجه بنفسها على الصيحه كما يعطيه ظاهر كلامه و مع ذلك فهى مندفعه بما تقدم اليه الاشاره من لزوم تخصيصها بالشهره العظيمه و عموم النهى عن الغرر المعتضد

ص: ٢٢٤

بها هنا ألا ان يجاب عن الشهره بالمنع من حجيتها كما هو خيره المحقق المشار اليه و عن عموم النهى عن الغرر بالبيع من حجيتها لضعف سنده و قصور دلالة على الفساد بناء على ان النهى فى المعاملات لا يقتضى الفساد و قد يجاب عن الجواب الاول بان الأقرب كون الشهره حجه لما بيناه فى المفاتيح و غيره و عن الجواب الثانى بان ضعف سند عموم النهى عن الغرر هنا منجبر بالشهره العظيمه مع ان الظاهر انه متلقى بالقبول لان محققى الاصحاب لا زال يستدلون به فى موارد عديده على فساد المعامله من غير مناقشه و بما ذكر يمكن الجواب عن قصور الداله مع ان الظاهر انه لا قائل بالفرق بين التحريم و الفساد هنا مضافا الى قله انفكاك التحريم عن الفساد فى المعاملات فت و منها ما احتج به فى لف و الايضاح و الرياض من خبر يعقوب بن شعيب الموصوف فى الاخيرين بالصيحه عن الصادق ع قال سألته عن الرجل يعطى ارضه فيها الزمان و النخل و الفاكهه فيقول اسق هذا و اعمره و لك نصف ما خرج قال لا باس و قد يناقش فى دلالة على المدعى بما حكاه فى التنقيح عن بعض قائل و اجيب بان نفى الباس على تقدير ضبط المده او على وجه المراضاه لا اللزوم و تبه على الاخير فى لف بقوله الجواب ان نفى الباس اعتم من اللزوم و قد يجاب عن الاول بان مقتضى عموم ترك الاستفصال صحه المساقات مط و لو مع ترك تعيين المده مط خرج هذه الصوره بما تقدم اليه الاشاره فيبقى محل البحث مندرجا تحت العموم فتدل على المدعى و عن الثانى بان ظ الروايه صحه ما ذكره السائل و هى مستلزمه اللزوم بظهور عدم القائل بالفرق هنا و قد يجاب عن الروايه المذكوره بلزوم تخصيص عمومها بغير محل البحث كما تخصيصت ساير العمومات المتقدم اليها الاشاره و منها ما تمسك به فى التذكرة من ان الثمره هو المقص فى هذا العقد الا- ترى انه لو ائت بالزمان كان الشرط ان يعلم او يظن فيه الادراك فاذا تعرض للمقص كان اولى و تبه على هذا الوجه فى لف و الايضاح و هو ضعيف جدا و منها ما تبه عليه فى الايضاح بقوله ذهب ابن الجنيد الى الجواز لأنه لا يؤدى الى النزاع و هو ضعيف أيضا و منها ما تبه عليه فى جامع المقاصد بقوله و لأن الثابت بالعادة كالمعلوم عادة و لأن المساقات عقد مبنى على الغرر و الجهاله فلا يفسد بهما و هو ضعيف أيضا و المسأله محل اشكال فلا ينبغى فيها ترك الاحتياط بل القول الاول فى غايه القوه

**منهل يجب على العامل امور حيث يطلق عقد المساقات و لم يذكر فيه ما يلزمه**

**اشاره**

كان يقول ساقيتك على البستان الفلانيه بسنه بنصف حاصله منها السقى كما صرح به فى الشرائع و الارشاد و القواعد و التحرير و التذكرة و لك و ضه و مجمع الفائده و الكفايه و الرياض بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه و منها الاستقاء و اخراج الماء من

البئر و نحوها للسقي كما صرح به في القواعد و التذكرة و التحرير و ضه و لك بل الظاهر أنه مما لا خلاف فيه أيضا و منها اداره الدولاب كما صرح به في الغنيه و التحرير و التذكرة و لك و حكى عن الشيخ أيضا بل الظاهر أنه لا خلاف فيه أيضا و منها الالتقاط كما صرح به في الشرائع و عد و د و التحرير و التذكرة و جامع المقاصد و لك و ضه و مجمع الفائده و الكفايه و الرياض و حكى عن الشيخ أيضا بل الظاهر أنه مما لا خلاف فيه أيضا و المراد به على ما في التذكرة و جامع المقاصد و ضه و لك و غيرها لقاط الثمره بحسب نوعها و وقتها فما يؤخذ للزيب يجب قطعه عند حلاوته في الوقت الصالح له و ما يعمل دبسا فكك و ما يؤخذ بسرا اذا انتهى الى حاله اخذه و ما يأخذ يابساً اخذ وقت يبسه و صرح في مجمع الفائده بأنه يحتمل اراده ما يؤخذ مما سقط من الشجر على الارض و منها تهذيب الجريد كما صرح به في الغنيه و التذكرة و عد و الارشاد و التحرير و لك و الكفايه و مجمع الفائده بل الظاهر أنه مما لا خلاف فيه أيضا و صرح في لك بان المراد به قطع ما يحتاج الى قطعه منه كالجذء اليابس قائلا- و مثله زياده الكرم و قطع ما يحتاج الى قطعه من اغصان الشجر المضره بالثمره او الاصل و تعريش الكرم حيث يجرى عادته و نحو ذلك و صرح بجميع ما ذكره في مجمع الفائده إلا أنه لم يذكر تعريش الكرم و صرح في التذكرة و عد و التحرير و جامع المقاصد و ضه و الكفايه و الرياض بأنه يلزم العامل قطع زياده الكرم و الاغصان المضر بقائها بالثمره او الأصل و صرح في التذكرة و جامع المقاصد بأنه يجب عليه تعريش الكرم حيث يجرى عادته و حكى عن الشيخ أنه اوجب على العامل قطع السعف اليابس و الظاهر ان جميع ما ذكره مما لا خلاف فيه أيضا و منها تلقيح النخل على الوجه المعبر كما صرح به في الغنيه و التذكرة و عد و د و التحرير و مجمع الفائده و الكفايه و الرياض و حكى عن الشيخ أيضا بل الظاهر أنه مما لا خلاف فيه أيضا و منها ازاله الحشيش المضر بالاصول كما صرح به في الغنيه و التذكرة و القواعد و التحرير و الارشاد و مجمع الفائده و الرياض و حكى عن الشيخ بل الظاهر أنه مما لا خلاف فيه أيضا و منها تقلب الثمره في الشمس من وجه الى وجه كما صرح به في الإرشاد و التذكرة و الروضه و لك بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه أيضا و منها اصلاح موضع التشميس فيما شمس عادته كما صرح به في يع و كره و عد و الارشاد و التحرير و لك و ضه و مجمع الفائده و حكى عن الشيخ بل الظاهر أنه مما لا خلاف فيه أيضا و صرح به في لك بانه كما يجب اصلاح يجب تحرى موضع يصلح له عادته فلو وضعها في غيره فحصل بسببه نقص ضمن و منها نقل الثمره الى موضع التشميس كما صرح به في يع و الارشاد و التذكرة و عد و التحرير و ضه و لك و مجمع الفائده بل الظاهر أنه مما لا خلاف فيه أيضا و هل نقلها الى منزل المالك او يده او من يقوم مقامه على العامل او لا احتمال الأول في يع و علله في لك اولا بانه تمام العمل و ثانيا بعموم قوله ص على اليد ما اخذت حتى تودى ثم احتمال الثاني معللا بانه ليس من اعمال الثمره و إنما هو قبضها فلا- يجب كالشريك و صرح في الغنيه بأنه يجب على العامل نقلها الى المقسم و منها حفظ الثمره كما صرح به في الغنيه و الشرائع و القواعد و التحرير و الارشاد و كره و لك و مجمع الفائده و الكفايه و الرياض و حكى عن الشيخ بل الظاهر أنه مما لا خلاف فيه أيضا و هل يختص بحفظها على رءوس النخيل و الاشجار او لا بل يجب الحفظ مط و صرح في كره و لك و

مجمع الفائده بلزوم حفظها عليها و بلزوم الحفظ في بيدها و زاد في لك فصرح بلزوم حفظها حال ايصالها الى المالك ان لم يكن يتولى ذلك و هو ظ مجمع الفائده و صرح فيه بلزوم الحفظ في موضع التشميس و الى محل القسمه و صرح بالاخير في عد و هو مقتضى اطلاق جمله من الكتب و اذا لم يتمكن العامل من الحفظ بنفسه فهل عليه ح اجره من يحفظها او تكون الاجره عليه و على المالك بحسب اشتراكهما في الثمره صرح بالاخير في التذكرة معللا بان المذى يجب على العامل ما يتعلق باستراده الثمار و فيما ذكره نظر و كيف كان فلا ينبغي ترك الاحتياط و يظهر من التذكرة انه يجب على العامل حفظ

الثمار عن الطيور و الزنابير بان يجعل كل عنقود فى غلاف و كل عذق فى قوصره عند جريان العاده و صرح بان القوصره و الغلاف على المالك و صرح فى عد و مجمع الفائده بان اجره الناظر على العامل و منها جذاذ الثمره كما صرح فى الغنيه و القواعد و التحرير و التذكره و حكى عن الشيخ بل الظاهر انه ممّا لا- خلاف فيه أيضا و منها الحرث كما صرح به فى عد و التحرير و ضه و لك و مجمع الفائده و الرياض بل الظاهر انه ممّا لا خلاف فيه أيضا و منها آله الحرث كما صرح به فى عد و كره و ضه بل الظاهر انه ممّا لا خلاف فيه كما نبه عليه فى جامع المقاصد بقوله و لا نعلم فى وجوب ذلك خلافا هنا و فسرها بالخشب و السكه و الحديد و المساحى و نحو ذلك من الالات المعده للأعمال الواجبه و منها تعديل الثمره كما صرح به فى يع و كره و د و د و عد و جامع المقاصد و ضه و لك و مجمع الفائده و الكفايه و الرياض بل الظاهر انه ممّا لا خلاف فيه أيضا و فسره فى لك و ضه و مجمع الفائده و الكفايه باصلاحها بازاله ما يضر بها من الاغصان و الورق ليصل اليها الهواء أو ما يحتاج اليه من الشمس و التيسير قطعها عند الادراك و عد فى التذكره و جامع المقاصد و لك من التعديل وضع الحشيش و نحوه فوق العناقيد صونا عن الشمس و زاد فى لك فعده منه دفع الثمره عن الارض حيث يضر بها و نحو ذلك و الظاهر انه لا خلاف فى كونه على العامل و عد فى مجمع الفائده منه ازاله بعض الثمره اذا كان لها دخل فى نمو الباقي و جودته على الوجه المعبر عرفا و الظاهر انه لا خلاف فى كونه على العامل و

### ينبغى التنبيه على امور

#### الاول صرح فى عد و الكفايه و الرياض بان العمل بالنّاضح على العامل

و صرح فى النّافع و الارشاد بانه على المالك

#### الثانى صرح فى لك و ضه كما عن الحلى

بان الدلو و الرشا على العامل و صرح فى لف و جامع المقاصد بان آلات السقى و ما يتوصل اليه من الدلاء و النواضح و البقر ليست على العامل و هى على المالك و حكاه فى الذخيره عن الخلاف و علله فى لف بان هذه اصول اموال فلا- يجب على العامل

#### الثالث صرح فى جامع المقاصد و ضه و لك بان اصلاح طريق الماء

و تنقيه الآبار و الانهار من الحماء و نحوها على العامل و استفاده فى الاوّل من القواعد و صرح به فى التذكره و لكن احتمل اخيرا كون ذلك على العامل و يدخل فيه اصلاح الاجاجين و قد صرح بانه على العامل فى الغنيه و يع و عد و كره و شاد و التحرير و جامع المقاصد و لك و مجمع الفائده و حكى عن الشيخ أيضا و فسرت فى كره و جامع المقاصد و لك و غيرها

بالحفر التي يقف فيها الماء في اصول النخل و الشجر و حكى عن الشيخ التصريح بان كرى السواقى على العامل و صرح في ضه بان اصلاح الأرض بالحفر حيث يحتاج اليه على العامل

#### **الرابع صرح في كرهه و جامع المقاصد و ضه و لك بان فتح راس الساقيه و سدّها عند الفراغ**

على ما يقتضيه الحاجه على العامل

#### **الخامس صرح في عد و التحرير و كرهه كما عن الحلّى بان البقر الذى يحرث على العامل**

و خالف فيه فى لف فاختر انه على المالك و حكاه عن الشيخ

#### **السادس صرح في كرهه بان تجفيف الثمار على العامل**

قائلا و الظاهر وجوبه على العامل تبعا للعاده فيجب عليه تنقيه موضع التجفيف و يسمّى البيد و البحرين و نقل الثمره اليه

#### **السابع صرح في الغنيه بان التاير على العامل**

و حكى عن الشيخ أيضا

#### **الثامن صرح في عد و كرهه و التحرير بان تقويه الارض بالزبل**

و تفريعه عليها على العامل

#### **التاسع لا اشكال فى انه يجب على العامل كلّها يستزاد به الثمره**

و قد صرح وجوبه عليه فى يع و النافع و التبصره و التحرير و التذكره و عد و جامع المقاصد و لك و ضه و مجمع الفائده و الكفايه و الرياض و المحكى فى لف عن الشيخ بل الظاهر أنّه مما لا خلاف فيه و هل يجب عليه كلّما يقتضى صلاحها كجودتها او لا- فيه قولان احدهما انه لا يجب عليه و هو للنافع و يع و التبصره و التحرير و المحكى فى لف عن الشيخ فانهم صرحوا بانّ اطلاق المساقات يقتضى قيام العامل بما فيه زياده الثمره و لم يتبها على غير ما يقتضى الزيادة و حكاه فى الرياض عن الاسكافى أيضا و ثانيهما أنّه يجب على ذلك أيضا و قد صرح فى التذكره و القواعد و جامع المقاصد و لك و ضه و مجمع الفائده و الكفايه و ربّما يستفاد من الارشاد بل حكاه فى الرياض عن اكثر المتأخرين قائلا يلزم العامل من العمل مع اطلاق العقد ما دلّ



عليه العرف و العاده ما فيه مستزاد الثمره خاصه كما عن الإسكافي و يشعر به ظاهر العبارة او لصلاحها أيضا كما عليه اكثر متأخرى الطائفه و ضابطه ما يتكرر فى كل سنه و حكى هذا القول فى لف عن الإسكافي و تبه على ان الأشهر هو القول الاوّل قائلا قال الشيخ كلما كان مستزاد الثمره كان على العامل و قال ابن الجنيّد كلّ حال يصلح بها الثمره فعلى المساقى عليها الى ان يبلغ الثمره الى حال يؤمن عليها من الفساد و الاشهر الاوّل و ظاهره التوقف فى المسأله و ليس فى محلّه بل الأقرب هو القول الثانى لأنّه مقتضى العقد عرفا و يعضده الشهره المحكيه بل المحقّقه و هل يجب عليه ما يقتضى حفظ الثمار او لا ربّما يستفاد الثانى ممّا حكيناه عن النافع و الشرائع و التبصره و التحرير و غيرها من اقتصار عد و كره و جامع المقاصد و لك و ضه و الكفايه و الرياض فى مقام بيان ضابط ما يجب على العامل عند الإطلاق على ما يقتضى الزيادة و الاصلاح و لكن قد عرفت سابقا تصريح كثير من الاصحاب بانه يجب على العامل حفظ الثمره و تصريح بعضهم بانّ اجره الناظر عليه فاذا كان الاقرب هو الاحتمال الاوّل خصوصا مع كون ذلك هو المتعارف و هل يجب على العامل جميع ما يقتضى وجود الثمره او لا الاقرب هو الاوّل لظهور اتفاق الاصحاب عليه و دلالة العاده عليه و كون وجوب ما يقتضى الزيادة عليه مستلزما لوجوب المفروض عليه بطريق اولى بل قد ادعى انه منه فت و لا اشكال فى انّ مقدّمات الاعمال المذكوره يجب على العامل أيضا الا ان يقوم دليل على استثناء شىء منها لأنّ وجوبها مطلق لا مشروط بوجود المقدّمات و الواجب المطلق يجب تحصيل مقدماته و هل يجب على العامل جميع ما يتكرّر من تلك الاعمال فى كلّ سنه او لا صرح بالأوّل فى لك قائلا الضابط انه يجب على العامل مع الاطلاق كلّ عمل يتكرّر كلّ سنه ممّا فيه صلاح الثمره او زيادتها و قد صرح بوجوب كلّ ما يتكرّر فى كلّ سنه فى التذكرة و الارشاد و اللّمعه و مجمع الفائده و الكفايه و الرياض و قد يحمل عليه اطلاق ما لم يصرّح فيه بذلك كالشرائع و النافع و التبصره و عد و التحرير و جامع المقاصد و المحكى عن الإسكافي و الشّرخ بالجمله هو الاقرب لاتفاق عليه و لقضاء العاده به و هل الاعمال المذكوره تجب مط و ان كان المفهوم من اطلاق العقد فى عرف باعتبار مكان او زمان او ثمره بعض الأعمال منها او كان العرف مشتبهها فتكون واجبه تعديدا شرعيا او لا بل يجب حيث يكون المفهوم من اطلاق العقد باعتبار مكان او زمان او ثمره بعض الأعمال منها او كان من

ص: ٢٢٨

حينه بالنسبه الى المتعاقدين فيكون ما ذكره الاصحاب بيانا للعرف و اللّغه لا للتعبّد الشّرعى الاقرب الاخير كما يظهر من كلماتهم فاذا المناط فى اطلاق العقد هو المتعارف بين المتعاقدين حين العقد و لكن الاحوط عدم اطلاق العقد و تعيين ما يجب على العامل حين العقد لجميع ما اوجبه الاصحاب عليه او بعضه بحسب ما تراضيا

### العاشر اطلاق عقد المزارعه كإطلاق عقد المساقات

فيما مرّ من ان المناط هو العرف و العاده و ان التعيين احوط الحادى عشر اذا شرط العامل شيئا ممّا يجب عليه و يلزمه على المالك صحّ و لزم كما صرّح به فى الغنيه و الارشاد و القواعد و كره و اللّمعه و جامع المقاصد و لك و ضه و مجمع الفائده و الكفايه و الرياض و لهم وجوه احدها ظهور الاتفاق عليه و قد صرّح فى الرياض بنفى الخلاف فيه و ثانيها ما احتج به فى لك من الاصل و عموم قولهم ع فى عده اخبار معتبره المؤمنون عند شروطهم و ثالثها عموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و رابعها ما

استدلّ به في التذكرة من انه شرط لا يخلّ بمصلحه العقد و لا مفسده فيه فصَحّ كتابيل الثمره في البيع و شرط الرهن و التّضمنين و الخيار و لا فرق في ذلك بين ان يشرط الاقل او الاكثر مط و لو لم يبق الا واحد كما صرّح به في عد و كره جامع المقاصد و ضه و لك و الرّياض و هو ظ اطلاق الغنيه و الارشاد و مجمع الفائده و الكفايه بل الظاهر أنّه مما لا خلاف فيه كما نبه عليه في كره و اشترط في جامع المقاصد و لك كما هو ظ كره و ض ان يكون ما يلتزم به العامل و ان كان قليلا ممّا يستزاد به الثمره فلو شرط الحفظ لم يصحّ المساقات و فيه اشكال و لكنه احوط و ان كان عدم الاشتراط اقرب للعمومين المتقدّم اليهما الاشاره و قد حكى هذا في الرّياض عن بعض قائلنا ظ لف و صريح المهذب الاكتفاء في الصّحه بمجرّد العمل و ان لم يكن فيه مستزاد للثمره كالحفظ و التّشميس و الكيس في الظروف و نحو ذلك و جوز المشترطون الاجاره على ذلك و هو جيّد و شرط في التذكرة و الروضه ان يكون ذلك معلوما فلو كان مجهولا- لم يصح و علّله في الاول بقوله لئلا يفضى الى النزاع و ما ذكره احوط الثاني عشر لو شرط العامل جميع ما يجب عليه و تمام العمل على المالك بحيث لم يلتزم بشيء أصلا لم يصحّ المساقات كما صرّح به في كره و عد و جامع المقاصد و لك و ضه و مجمع الفائده و الكفايه و الرّياض و لهم اولا الاصل و ثانيا تصريح الاخير بنفي الخلاف فيه و قد يناقش فيه بظهور قول الغنيه لو شرط على رب المال ما يجب على العامل او بعضه صحّ لدلاله الاصل و ظ الخبر في جواز الشرط المذكور الا ان يخصّص بغيره لبعده شموله و لذا لم ينصب اليه احد المخالفه هنا فت و ثالثا ما احتج به فيه و الكفايه من منافات الشرط المذكور لمقتضى العقد و رابعا ما تبّه عليه في ضه بقوله لأنّ الحصّه لا يستحقّها العامل الا بالعمل فلا بدّ ان يكون ممّا يبقى عليه شيء في يستزاد الثمره

### منهل يجب على المالك حيث يطلق عقد المساقات امور

#### اشاره

منها بناء الحيطان و الجدران كما صرّح به في الغنيه و النافع و الشرائع و القواعد و الارشاد و التذكرة و التحرير و المسالك و مجمع الفائده و الكفايه و حكاها في لف عن ط بل لم اجد فيه خلافا و صرّح في لك بأنّه لا فرق في بناء الحائط بين جميعه و بعضه و منها إنشاء الانهار و حفرها كما صرّح به في الغنيه و الشرائع و القواعد و التذكرة و الارشاد و التحرير و لك و مجمع الفائده و الكفايه و الرّياض بل لم اجد فيه خلافا و منها حفر الآبار كما صرّح به في كره و التحرير و لك و مجمع الفائده و الكفايه و الرّياض بل لم اجد فيه خلافا و منها عمل الدولاب و الداليه و نصبهما كما صرّح به في الغنيه و يع و عد و كره و التحرير و لك و الكفايه و الرّياض بل لم اجد فيه خلافا و

#### ينبغي التنبيه على امور

### الاول صرّح في التذكرة بأنه يجب على المالك نصب الابواب

و رم التلمه اليسيره و تنقيه الانهار و وضع العوسج على راس الجدار و الالات التي يوفى بها العمل كالفاس و المعول و المنجل و المسحاه و استشكل في لك في الرابع قائلنا و يشكل لو كان ممّا يتكرر في كل سنه عاده طردا للضّابطين

## الثاني هل الثور الذي يدبر الدولاب على المالك

او على العامل فيه قولان احدهما انه يجب على المالك و هو لظ الغنيه و صريح لف و حكاه فى جامع المقاصد عن الشيخ و ثانيهما يجب على العامل و هو للمحكى عن ابن ادريس و تردد فى المسأله فى كره و جامع المقاصد و كذا تردد فيها فى عد قائلًا ينشأ من أنها ليست من العمل فاشبهت الكش و من أنها تزداد للعمل فاشبهت بقر الحرث

## الثالث هل الكش للتقيح على المالك او على العامل

فيه اقوال احدها انه على المالك و هو لصريح كره و الارشاد و القواعد و الايضاح و ظ التقيح و اختاره فى جامع المقاصد مدعيًا انه قول الشيخ و المتأخرين و حكاه فى لك و الكفايه و الرياض عن الاكثر و ثانيها انه على العامل و قد حكاه جماعه عن ابن ادريس فاستحسنه فى يع و ثالثها ما صار اليه فى لك قائلًا بعد الاشاره الى القولين المتقدمين و الأولى الرجوع فيه الى العاده و من عدم اطرادها فى شىء فالأولى التعيين و ربما يشير الى هذا القول فى جامع المقاصد بقوله بعد الاشاره الى القول الثانى و هو حسن فيما اذا اطردت العاده فان الاطلاق يحمل عليها و مع عدمها فالتعيين اولى و توقف فى المسأله فى التحرير و الكفايه و الرياض للقول الاول وجهان احدهما ما تبه عليه فى التقيح و جامع المقاصد و لك من اصاله براءه ذمه العامل عنه و ثانيهما ما نبه عليه فى التحرير و التذكرة و جامع المقاصد و لك من أنه عين مال و لا شىء من عين المال بواجب على العامل لأن عقد المساقات إنما يتناول العمل لا غيره و للقول الثانى انه يتم به الثمره و صلاحها و ما لا يتم الواجب الا به فهو واجب و للقول الثالث ما تبه عليه فى جامع المقاصد و قد تقدم اليه الإشاره و المسأله محل اشكال فلا ينبغى فيها ترك الاحتياط و لكن القول الثالث هو الاقرب

## الرابع صرح فى التذكرة و القواعد و التحرير بان السمد للأرض

المحتاجه اليه على المالك و تبه على وجهه فى جامع المقاصد قائلًا لأنه عين مال تصرف الى الارض و ليست من الأعمال فلا يجب على العامل للأصل ثم تبه على تفصيل بقوله و لو اطردت العاده بكونه من العامل فالمتجه حمل الاطلاق عليها و كيف كان فاشترط التعيين احوط و ما ذكره من الاحتياط جيد و صرح فى كره بان اجره نقله الى المزابل على المالك

## الخامس اختلف الاصحاب فى بيان الضابط

فيما يجب على المالك على اقوال الاول ما تبه عليه فى التحرير و التذكرة و المحكى فى لف عن الشيخ من أنه يجب على المالك القيام بكلما يقصد به حفظ الأصول الثانى ما تبه عليه فى جامع المقاصد بقوله الضابط فى الواجب على المالك هو كلما يتكرر فى كل سنه و تبه على ما ذكره فى

لك بقولهم ضابط ما يجب عليه ما لا- يتكرر كل سنة عادة و ان عرض له في بعض الاحوال و اما ما يتكرر غالبا في كل سنة كالدلو و الرشا فهو على العامل خلافا لابن ادريس حيث جعل الجميع على العامل و تبه في الرياض على أنه مذهب الاصحاب بقوله و ضابطه كما ذكره ما لا- يتكرر في كل سنة و ان عرض في بعض الاحوال التكرار ما يتعلق نفعه بالاصول بالذات و ان حصل منه النفع للثمره بالعرض فإنه على المالك دون العامل و تبه على ما ذكره في مجمع الفائده الا انه لم ينسبه الى احد الثالث ما تبه عليه في الكفايه و الرياض بقولهما و الاقوى في ذلك كله الرجوع الى المتعارف في كل بلد او قريه و زاد في الثاني قائلا فإنه الأصل في اثبات امثال هذه المسائل و يعضد ما ذكره ما تبه عليه في مجمع الفائده بعد الإشاره الى ما يجب على العامل و المالك بقوله و بالجمله هذه الاحكام مأخوذه من العرف و مبنى هذا العقد على المساهله فلا يضر الجهل في الجمله و الغرر ككك السيدس لو شرط المالك جميع ما يجب عليه او بعضه على العامل صحّ و لزم كما صرح به في الغنيه و كره و التحرير و القواعد و لف و جامع المقاصد و لك و مجمع الفائده و الرياض و غيرها و حكى في الرياض خلافا هنا قائلا لا خلاف في ذلك الا من الاسكافي في اشتراط المالك على العامل احداث اصل يوجد يد من حفر بئر او غرس بائر لا يكون للمساقى في ثمرته حقّ و هو شاذ و هذا القول الذى حكاه ضعيف جدا بل المعتمد ما عليه المعظم و لهم اولا ما تبه عليه في الرياض من نفى الخلاف و شذوذ المخالف و ثانيا ما تمسك به في مجمع الفائده من عموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و ثالثا ما تمسك به في لف و مجمع الفائده و الرياض من عموم ما دلّ على لزوم الوفاء بالشروط و صرح في مجمع الفائده بأنه لا فرق في ذلك بين ان يجعل للعامل زياده قسط او لا و هو جيد السابع صرح في كره بأنه لو فعل العامل ما يجب على العامل من غير اذنه لم يستحق عليه شيئا و هو جيد ثم صرح بأنه لو اذن في فعله استحق الأجره الثامن صرح في جامع المقاصد بأنه ان شرط على العامل عمل مخصوص لم يجب ما سواه قضيه للشروط و بانّ الظاهر انه لا فرق بين ان يقول في العقد شرطت عليك العمل دون غيره و بين ان يسكت عن قوله دون غيره ثم تبه على ايراد و جواب عنه بقوله لا- يق العمل كله واجب باصل العقد فاذا ذكر كله او بعضه كان تأكيدا فمع ذكر البعض لا يسقط البعض لعدم ذكره فانّ اصل العقد يقتضيه لأننا نقول وجوب العمل كله مع اطلاق العقد فاذا خرج عن الإطلاق بالتقييد و جب اتباع العقد و ما ذكره جيد التاسع ان شرط على العامل عملا معيناً و جب عليه القيام به فان اخلّ به فصرح في التحرير و لك بأنه يتخير المالك في فسخ العقد و الزامه باجره العمل و زاد في التحرير فصرح فيه بانّ الإخلال بالبعض ككك و صرح في لك بأنه ان فسخ قبل عمل شىء فلا شىء له و ان كان بعده فله الاجره سواء كان قبل ظهور الثمره أم بعده قضيه للشروط قائلا- اما ما يجب عليه مع الإطلاق فالظاهر انه ككك قبل ظهور الثمره اما ما بعده ففيه نظر و ليس ببعيد و لو حصل على الاصل نقص بسبب التقصير لزمه الارش و الظاهر ان الثمره ككك

## منهل خراج الارض الخراجيه على المالك

### اشاره

حيث لم يشرط كله او بعضه على العامل و قد صرح بذلك في الغنيه و المراسم و النافع و عد و كره و التحرير و التبصره و اللّمعه و جامع المقاصد و مجمع الفائده و الكفايه و الرياض و لهم اولا ظهور الاتفاق عليه و ثانيا اصاله براءه ذمه العامل عنه و ثالثا ما تمسك به في مجمع الفائده قائلا انّ الخراج اجره الأرض فالمالك انما يستحق الحصه بسبب ملكيه الاشجار و كون منفعتها ملكا له فالحصه لا تحصل له الا بعد ثبوتهما و بالجمله الارض و الاشجار و ما عليهما و ما يحتاجان اليها في اصلها فهي على المالك و الخراج منه و يعضد ما ذكره اولا- قول كره لأنه لم يجب على الاصول سواء اثمرت او لم تثمر و ثانيا قول جامع المقاصد لأنه

بسبب الغراس و ثالثا قول ضه لأنّه موضوع على الأرض و رابعا ما تبّه عليه بعض الأجلّه بقوله اخراج على المالك لأنّه بمنزله الاجره بل هو اجره الارض مع خلّوها عن الشجر و قد توضع على الشجر المغروس فيها بواسطه الارض لأنّ حق المسلمين انما هو الأرض لا فى الشجر حيث أنّه المالك الذى غرسه الا انّ وقت الفتح فأنّه للمسلمين و

## ينبغى التنبيه على امور

### الاول اذا شرط المالك كلّ او بعضه على العامل

لزم عليه العمل بالشرط كما صرّح به فى جامع المقاصد و سقط وجوبه مط او فى الجملة على المالك كما فى الغنيه و المراسم و النافع و كره و عد و التحرير و اللّمعه و جامع المقاصد و ضه و الكفايه و الرياض و لهم اولا ظهور الاتفاق عليه و قد صرّح بنفى الخلاف فيه فى الرياض و ثانيا عموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و ثالثا قولهم ع فى عده اخبار معتبره المؤمنون عند شروطهم

### الثانى صرّح فى جامع المقاصد و ضه و الكفايه و الرياض

بانه يشترط ان يكون قدره معلوما ليصحّ اشتراطه و فيه نظر و لكنه احوط فى الجملة و ان كان فى تعينه نظر

### الثالث استفاد من اطلاق التبصره و الارشاد و عد و اللّمعه ان خراج النخل

و الشجر حكمه حكم خراج الارض و به صرح فى المراسم و التحرير و ضه و هو جيّد

### الرابع الأرض الخراجيه هى الأرض المفتوحه عنوه

كما صرّح به بعض

منهل يملك العامل نصيبه بظهور الثمره المساقى عليها من دون توقّف على بدو الصلاح و القسمة

## اشاره

كما فى فع و يع و التحرير و عد و الارشاد و كره و عه و جامع المقاصد و ضه و لك و مجمع الفائده و الكفايه و الرياض و لهم امور الاول ظهور الاتفاق عليه الثانى تصريح التذكرة بانّ ذلك مذهب علمائنا و صرّح فى لك بانه ط فى دعوى الاجماع معلّلا بانه جمع مضاف يفيد العموم و يعضده اولا تصريح جامع المقاصد بانه لا خلاف فيه عندنا و ثانيا تصريح لك و الكفايه بانه ممّا لا يعلمان فيه خلافا و ثالثا قول مجمع الفائده لا يتوقف الملك عندنا بالحصول فى يده و رابعا تصريح الرياض بانه لا خلاف فيه بيننا و خامسا تصريح ضه و لك و الرياض فى مقام اخر بان تملكها بعد بدو الصّلاح و تعلق الزكاه خلاف الاجماع الثالث ما

احتج به في كرهه و لك و ضه و مجمع الفائده من ان مقتضى الشركه كون الثمره بينهما و صحته يقتضى ثبوت مقتضاها كسائر الشروط الصحيحه و الثمره متحققه بالظهور الرابع ما استدلل به في كرهه من انه لو لم يملكها قبل القسمة لما وجبت القسمة و لا ملكها بها كالأصول و يتفرع على الحكم المذكور وجوب الزكاه على العامل اذا بلغ نصيبه النصاب كالمالك و قد صرح بوجوب الزكاه على العامل في بيع و عد و التحرير

ص: ٢٣٠

و التذكيره و لف و اللّمعه و جامع المقاصد و ضه و لك و مجمع الفائده و الكفايه و الرياض و عزاه في لف الى النهايه و المبسوط و ابن ادريس بل ادعى عليه الشهره في جامع المقاصد و الكفايه و الظاهر ان العامل في المزارعه كالعامل هنا فيملك حصته هناك بظهور الثمره و يجب عليه الزكاه اذا بلغ حصته النصاب و على جميع ذلك معظم الاماميه و خالف في تعلق الزكاه بالعامل في المقامين و ان بلغ نصيبه النصاب السيد ابو المكارم بن زهره في الغنيه و يظهر من لف الميل اليه حيث صرح بان قول ابن زهره ليس ببيعد من الصواب للأولين وجوه منها شذوذ قول ابن زهره و ندوره و اتفاق من تقدمه و تاخره على الظاهر عدا العلامه في لف على خلافه على ان كلامه فيه ليس بصريح في المخالفه و قد صرح في الرياض بان عقاد الاجماع بعده على فساد قوله و يعضد ما ذكره اولاً قول ير و انما السيد ابو المكارم نظر الى ما ذكره شيخنا من مذهب ابي حنيفه في ط فظن انه مذهبا فنقله على غير بصيره و لا تحقيق و عرفته ان ذلك مذهب ابي حنيفه ذكره شيخنا ابو جعفر في طه لما شرع الاحكام المزارعه ثم عقب مذهبا و ثانيا قول جامع المقاصد و ما ذكره ابن زهره لا يتم الا على القول بان العامل لا يملك الحصه بالظهور و اسنده في كره القول بتملكه اياها بالظهور في المساقات الى علمائنا فان كان ابن زهره قائلاً بذلك فلا وجه لانكاره وجوب الزكاه و ان كان بانّه يملك بالقسمة اتجه عدم الوجوب لفقد شرط الوجوب اذا عرفت هذا فلا ريب في ضعف قول ابن زهره و قال في لف ان قول ابن زهره ليس بذلك البيعد من الصواب و هو اعلم بما قال و الظاهر عندنا انه لا وجه له اصلاً على القول بان استحقاقه و تملكه انما يكون بعد بدو الصّياح و تعلق الزكاه و هذا خلاف ما نقله المص عن علمائنا فكيف يكون قريبا من الصّياح و لعله يريد ان ذلك محتمل و غير مقطوع ببطلانه فلا يابى على قائله كلما ذكره ابن ادريس من التشنيع و منها العمومات الداله على وجوب اخراج العشر او نصفه زكاه من الغلايه الاربع التي يجب فيها الزكاه نحو قوله ع فما سقت السيماء العشر اذ لا ريب ان العشر و نصفه الذي يجب اخراجهما زكاه مشتركان بين المالك و العامل فيجب اخراج عليهما و لا معنى لاختصاص الوجوب بالمالك و الا لوجب عليه اخراج الزكاه من مال غيره و هو بط قطعاً و قد تبّه على هذا الوجه في مجمع الفائده و كذا تبّه عليه في لك بعد الحكم بتملك العامل نصيبه بظهور الثمره بقوله و يتفرع على ذلك وجوب الزكاه على من بلغ نصيبه منهما لتحقق شرط وجوب الزكاه و هو ملك الثمره قبل تحقق الوجوب و نموها في ملكه و الحكم بهذا التفرع لازم بعد ثبوت الاصل و يعضد ما ذكره اولاً قول السرائر فاما الزكاه فان بلغ نصيب كل واحد منهما ما يجب فيه الزكاه و جب عليه لانه شريك مالك سواء كان البذر منه او لم يكن و ثانيا ما حكاه في السرائر عن الشيخ قائلاً و شيخنا قد حقق المسأله عدّه في كتبه و قال الثمره و الزرع نماء ملكه فيجب على كل واحد منهما الزكاه فاذا بلغ نصيبه مقدار ما يجب فيه ذلك و ثالثاً قول جامع المقاصد تفرع وجوب الزكاه على العامل على انه يملك الحصه بالظهور واضح لان الزكاه انما تجب في الثمار و الزرع اذا نمت على الملك و منها انه يجب الزكاه على المشتري الثمره قبل بدو صلاحها حيث تبلغ النصاب في ملكه فيجب على العامل هنا لتلقيح المناط او لقاعده الاولويه فت و منها ان اختصاص وجوب الزكاه بالمالك مستلزم لتضرره و الاصل نفى الضرر عنه

لعموم قوله ص لا ضرر و لا ضرار و للآخرين وجوه منها اصله براءه ذمه المالك عن تعلق وجوب زكاه الزكاه بها و قد يجاب عنها اولاً بالمعارضه بالمثل فانّ الاصل براءه ذمه المالك عن تعلق وجوب زكاه الزائد عن سهمه المختصّ بالعامل به و ثانياً بانّ الاصل المذكور على تقدير تسليمه خلوه عن المعارضه المذكوره مندفع بادله القول الاوّل و منها خلوه النصوص عن التنبيه على وجوب الزكاه على العامل و قد يجاب عنه بالجوابين المتقدمين كما لا يخفى و منها ما احتج به فى الغنيه قائلاً اما الزكاه فانّها تجب على مالك البذر او النخل فان كان ذلك لمالك الارض فالزكاه عليه لان المستفاد

من ملكه نماء اصله و ما يأخذه المزارع او المساقى كالأجره عن عمله و لا خلاف أنّ الاجره لا يجب فيها الزكاه فكذا ان كان البذر للمزارع لان ما يأخذه مالك الارض كالأجره عن ارضه فان كان البذر منهما فالزكاه على كلّ واحد منهما اذا بلغ مقدار سهمه النصاب و اجاب عمّا ذكره فى السّرائر قائلاً و ليس ما يأخذه المزارع الذى منه العمل دون البذر اجره و لا كالأجره و قال بعض المتأخرين فى تصنيف له من كان البذر منه وجب عليه الزكاه و لا- تجب الزكاه على من لا يكون البذر منه قال لان ما يأخذه كالأجره و القائل بهذا القول العلوى ابو المكارم بن زهره الحلبي و شاهدته و رايته و كاتبته و كاتبى و عرفته ما ذكره فى تصنيفه من الخطاء فاعتذر رحمه الله باعذار غير واضحه و ابان بها أنّه ثقل الردّ عليه و لعمري أنّ الحقّ يقبل كله و أنّما كان مشورتى عليه بان يطالع تصنيفه و ينظر فى المسأله و يغيّرها قبل موته لئلا يستدرك مستدرك بعد موته فيكون هو المستدرك على نفسه فعلت ذلك فى علم الله شفقه و ستره عليه و نصيحه له و يعضد ما ذكره ما تبّه عليه فى لك قائلاً بعد الاشاره الى مخالفه ابن زهره فى المسأله و احتججه بانّ الحصّه للآخر كالأجره و ضعفه ظاهر لأنّ الحصّه قد ملكت هنا بعقد المعاوضه فى وقت تصلح لتعلق الزكاه بها لا- بطريق الأجره ثم لو سلّم كونها كالأجره فمطلق الاجره لا يمنع من وجوب الزكاه بل اذا تعلق الملك بها بعد الوجوب اذ لو استاجر بذر قبل بدو الصّلاح او اجر المالك الارض بالزرع ككك لوجب على مالك الاجره كما لو اشترى الزرع ككك و قد صرّح فى ضه و الرياض بما تبّه عليه بقوله ثم لو سلم اه و منها ما حكاه فى السّرائر عن ابن زهره قائلاً- و من جمله معاذيره و معارضاته لى فى الجواب أنّ المزارع مثل الغاصب للحبّ اذا زرعه فانّ الزكاه تجب على ربّ الحبّ دون الغاصب ثمّ اجاب عن هذا الوجه قائلاً و هذا من اقباح المعارضات و اعجب الشبهات لأنّ هذا خلاف مذهب اهل البيت ع و منها أنّ العامل لا يملك حصّته بظهور الثمره و ح لا يلزم العامل الزكاه كما تبّه عليه فى جامع المقاصد فيما حكينا عنه سابقاً و قد يجاب عمّا ذكره بانّه ضعيف لما بيناه سابقاً و قد تبّه عليه فى لك بقوله نعم لو كان ابن زهره يذهب الى أنّ الحصّه لا يملكها من لا بذر له بالظهور بل بعد بدو صلاح الثمره و نحوه امكن ترتب الحكم لكنّه خلاف اجماع الأصحاب و مع ذلك لا يتم تعليقه بالأجره بل بتأخير ملكه عن الوجوب و تبّه على ما ذكره فى ضه و الرياض و

**ينبغى التنبيه على امرين**

**الأوّل اذا لم يبلغ نصيب العامل نصاب الزكاه لم تجب عليه**

و كك المالك اذا لم يبلغ نصيبه النصاب

فلا يجب عليهما ح الزكاه و ان بلغ المجموع المرّكب النَّصاب كما فى كره

### الثانى لو كانت المساقات بعد تعلق الزكاه

و جوزناها بان بقى من العمل مستراد الثمره فالزكاه على المالك ح كما صرّح به فى اللّمعه و كذا صرّح فى ضه و الرياض قائلين لتعلق الوجوب على المالك

### منهل يشترط فى صحّه المساقات ان يكون النماء باجمعه مشاعا بينهما

#### اشاره

كما فى الغنيه و النافع و يع و التّبصره و الارشاد و القواعد و التذكره و التحرير و اللّمعه و التنقيح و جامع المقاصد و ضه و لك و مجمع الفائده و الكفايه و الرياض و لهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه و يعضد ما ذكر اولاً تصريح الرياض بنفى الخلاف فيه و ثانياً تصريح مجمع الفائده بانه لا شكّ فى اشتراط ذلك و منها ما احتج به فى التذكره قائلاً عدم الشّيعاء مخالف لموضوع المساقات فانها مبنيه على الاشتراك فى الثّمرة على سبيل الشّيعاء كما دلّ على النصّ و فعل التّبئى ص و يعضد ما ذكره اولاً قول جامع المقاصد وجه بطلان عدم الشّيعاء مخالفته لموضوع المساقات و ثانياً قول مجمع الفائده لا شكّ فى اشتراط كونها شايعه ليكون مساقات لأنه لو لم يكن كك لم يكن مساقات بل اجاره ان كانت معينه و جوز الاجاره بلفظ المساقات و كان العقد بلفظها و المساقات باطله و منها ما استدللّ به فى التذكره و جامع المقاصد من أنه ربّما لا يحصل ذلك القدر المعين فلا يكون للاخر شىء و

#### ينبغى التنبيه على امور

### الاول لا ريب فى أنه يجوز التفاصل فى الحصه

و التساوى

### الثانى لو شرط احدهما ان يكون النماء له بطل العقد

كما فى يع و عد و كره و د و لك و مجمع الفائده و الكفايه و الرياض و قد صرّح فى مجمع الفائده بظهور هذا الحكم بناء على الشرط المذكور و احتج على بطلان ذلك فى كره بانّ النصّ ورد على التشريك بينهما فالاختصاص يكون غير العهود من المساقات فى نظر الشّرع فوجب ان لا يكون سائغاً فعلى الحكم المذكور ان كان المشروط له تمام الثمره العامل فصريح فى كره و لك و الرياض بانه يفسد العقد ح و يستحق العامل اجره المثل و هو جيد فى الجملة كما سيأتى اليه الاشاره ان شاء الله تعالى و ان كان المالك فصريح جماعه بانه لا يستحق العامل ح شيئاً و سيأتى الكلام فى ذلك ان شاء الله تعالى



### الثالث لو شرط كل النماء او بعضه لتالث

لم يصح كما صرح به في التذكرة

### الرابع لو شرط المالك لنفسه شيئا معيناً

و الباقي بينهما بط العقد كما في يع و د و عد و جامع المقاصد و لك و مجمع الفائده و الكفايه و الرياض لأن ذلك مناف للشّيع و عدم ما ينافيه في الغنيه و عد و يع و التحرير و كره و عه و ضه و لك و الكفايه ان يقدر المالك لنفسه ارطالا معلومه و الباقي للاخر بل صرح في الغنيه بنفي الخلاف في فساد المعامله ح بين من اجاز المساقات و احتج عليه مضافا الى ما ذكر بانه قد لا يسلم الا ما عينه فيبقى ربّ النخل بلا شىء و قد لا يعطيه الا ما عينه فيبقى العالم بغير شىء و عدّ من ذلك أيضا في الغنيه و يع و التحرير و كره و مجمع الفائده و الكفايه و الرياض ان يقدر المالك لنفسه تمره بخلاف تعيينها و الباقي للاخر و قد صرح في الغنيه بنفي الخلاف في فساد العقد ح و بالجملة فروض عدم الشّيع كثيره تقدّم الاشاره في باب المزارعه و لا حاجه الى التّطويل بذكرها

### الخامس يجوز اختلاف الحصه في الانواع

كالتّصف من العنب و الثلث من الرّطب و العشر من الرّمان كما صرح به في يع و الارشاد و اللّمعه و لك و ضه و الكفايه و مجمع الفائده و الرياض و لهم اولا ظهور الاتفاق عليه و ثانيا عموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و ثالثا عموم قولهم ع في عدّه اخبار معتبره المؤمنون عند شروطهم و هل يشترط معرفه العامل بالانواع المختلفه او لا يستفاد من الكتب المتقدّمه الاوّل و علّله في لك و ضه و الرياض بانّ المشروط فيه أقلّ الجزئين قد يكون اكثر الجنسين فيحصل الغرر

### السادس صرح في كره بانه يجوز ان يشترط احدهما كل الأشياء يسيرا

حتى لو كان للعامل جزء من مائه الف جزء من الثمره و الباقي للمالك او بالعكس جاز اذا كان لذلك الجزء قيمه قائلا و لا نعلم فيه خلافا و محتجا بانّه انما يثبت بالشّروط فكان بحسب ما يشترطه و ما صرح به من الحكم جيّد

### منهل يجوز ان يشترط المالك على العامل شيئا من ذهب او فضه و لكن يكره و لو اتفق وجب الوفاء به

#### اشاره

اما جواز ذلك فقد صرح به في المراسم و النافع و الشرائع و التّبصره و الإرشاد و القواعد و التحرير و التذكرة و اللّمعه و جامع المقاصد و ضه و لك و مجمع الفائده و الكفايه و الرياض و لهم اولا- ظهور الاتفاق عليه و قد صرح بنفي الخلاف فيه في الرياض و ثانيا ما تمسك به في جامع المقاصد و لك من عموم قولهم ع في عدّه اخبار معتبره المؤمنون عند شروطهم و زاد في

الاخيرين قائلًا و مع ذلك غير مناف لمقتضى العقد لان الثمره بينهما و هذا شرط زائد و ثالثا عموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و اما كراهه ذلك فقد صرّح بها في الكتب المتقدمه و لهم اولا ظهور الاتفاق عليه و ثانيا تصريح جامع المقاصد و لك بأنهما لم يعلما فيها خلافا و زاد في الثاني فصّرّح كالكفايه بانه المشهور بين الاصحاب و يعضد ما ذكره تصريح الرياض بأنها لا خلاف فيها و ثالثا قاعده التسامح في ادله الكراهه و رابعا ما نبه عليه في ض قائلًا- و عللت الكراهه في المهذب و غيره بجواز كون الخارج بقدر الشرط او أقلّ فيكون ضائعا موجبا للضرر عقلا و شرعا مع احتمال خروج العامل بذلك عن الرشد و دخوله في السيفهائ ثم صرّح بأن في هذا الوجه نظر و اما وجوب الوفاء بذلك فقد صرّح به في النافع و الشرائع و كره و التبصره و الارشاد و التحرير و القواعد و اللّمعه و ضه و مجمع الفائده و الكفايه و لهم اولا- ظهور الاتفاق عليه و ثانيا ما تمسّك به في الاخيرين من عموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و ثالثا ما احتجّ به فيهما أيضا من عموم قولهم ع في عدّه اخبار معتبره المؤمنون عند شروطهم و يتوقف استحقاق المالك ما شرطه على العامل من الذهب و الفضة على عدم تلف الثمره فلو تلفت لم يستحق كما صرح به في يع و التذكرة و التحرير و القواعد و جامع المقاصد و ضه و لك و الكفايه و مجمع الفائده و الرياض و هو ظ الارشاد و التبصره بل الظاهر انه ممّا لا خلاف فيه و قد صرّح بنفيه في الرياض و

### ينبغي التنبيه على امور

### الأول اذا لم تخرج الثمره و عدمت

كك لا يستحقّه كما صرّح به في عد و جامع المقاصد و لك و ضه و مجمع الفائده و الرياض و هو ظ التبصره و الارشاد و لهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه و قد صرّح بنفيه في الرياض و منها ما تمسّك به في جامع المقاصد على عدم الاستحقاق في الصورتين قائلًا وجهه أنّه لو لا ذلك لكان اكل مال بالباطل لامتناع استحقاق احد العوضين او بعضه بدون ما يقابله من العوض فانّ الشرط جزء من العوض كما ذكرناه

ص: ٢٣٢

غير مرّه و يعضد ما ذكره اولا- قول لك و ضه وجه سقوط الشّروط أنّه لولاه لكان اكل مال بالباطل فانّ العامل قد عمل و لم يحصل له عوض فلا أقلّ من خروجه راسا براس و ثانيا قول مجمع الفائده اما كونه مشروطا بالسّلامه فلحصول الضرر اذ يذهب تبعه و يحصل عليه ضرر اخر بإعطاء الزائد من الذهب و الفضة فلا- يبعد دخوله تحت اكل مال بالباطل و منها ما نبه عليه في مجمع الفائده قائلًا و قد يحتج عليه بان الأصل عدم الاستحقاق خرج منه صورته تحقق الثمره بمقتضى العقد الذي يجب الوفاء به و لا دليل على خروج الصورتين لعدم انصراف اطلاق العقد اليهما كما لا يخفى فيبيان مندرجتين تحته

### الثاني اذا تلفت بعض الثمره فهل يسقط مط

او بالنسبه او لا يسقط منه شيء بل يستحقّه المالك بتمامه اختلف الاصحاب في ذلك على اقوال احدها أنّه لا يسقط منه شيء بل يستحق المالك المشروط بتمامه و هو لجامع المقاصد و ضه و لك و لهما اولا ما نبه عليه في ضه بقوله لو تلف البعض

خاصه فالاقوى عدم سقوط شىء عملا بالشروط كما لا يسقط شىء بتلف بعض الثمره و نبه على ما ذكره هنا فى لك بقوله و لو كان التالف فى الصوره البعض خاصه فالاقوى عدم سقوط شىء من الشروط لأصالة العدم و يعضد ما ذكره قول جامع المقاصد أما تلف البعض فان الاشكال فيه و ان كان لا يخ عن وجه الأ ان عدم سقوط شىء اقوى لما قررناه و يؤيده عموم أوفوا بالعقود و المؤمنون عند شروطهم و ثانيا ما نبه عليه فى لك بعد ما حكينا عنه سابقا بقوله و لأن المعبر حصول عوض العمل و لا اعتبار بكثرته و قلته و من ثم لا يسقط من العمل شىء بتلف بعض الثمره او اكثرها و ثالثا ما نبه عليه فى جامع المقاصد قائلا و لأن العامل يملك حصه من الثمره بالظهور فاذا تلف بعضها تلف فى ملكه بعد استحقاقه اياه بالمعاوضه فلا يسقط بتلفه شىء من العوض الآخر لا يق فعلى هذا اذا تلف الجميع يجب ان لا يسقط للشروط لعين ما ذكر لنا نقول ذلك ضرر فينتفى بالحديث و اعلم ان الاشكال فى قصور الخروج لا وجه له اصلا لأن العوض هو ما يخرج قليلا كان او كثيرا الأ ما يتوقع خروجه بحسب العاده فكيف يعقل سقوط شىء من الشروط بتخلف العاده و ثانيها أنه يسقط مط كما اذا تلف الجميع و هو للمحكى فى لك عن بعض و ثالثها أنه يسقط بالنسبه و هو للمحكى عن المحقق الثانى فى بعض الحواشى على ما صرح به فى الرياض و نبه على وجهه فى جامع المقاصد قائلا ان الشرط من احد العوضين و لا ريب فى ان مجموع احد العوضين مقابل لمجموع الاخر تقابل الأجزاء بالأجزاء فاذا تلف بعض احد العوضين وجب ان يسقط مقابله بحسب من العوض الاخر و من ثم لو لم تخرج الثمره أصلا و تلف جميعا لسقط المشروط كك و نبه على الوجه المذكور فى الايضاح و لك و يظهر منها و من جامع المقاصد ان هذا القول مجرد احتمال و ليس مذهبا لأحد من الاصحاب و صرح فى لك بضعف الوجه المذكور كما هو ظ الايضاح و يضعفه ما نبه عليه فى جامع المقاصد بقوله ان مقابله الا-جزاء فى عوضى المساقات غير منتهيه لأن الفات و التالف عند حصول التلف و نقصان الخروج غير معلوم فلو تحققت المعامله لم يكن الساقط فى مقابله معلوما و لذلك لو تلفت الثمره او نقص الخروج عن العاده لم يسقط شىء من العمل أصلا و نبه على ما ذكره فى الايضاح أيضا و المسأله محل اشكال و لذا توقّف فيها فى عد و الايضاح و لكن التحقيق اذ يق ان لبعض التالف ان كان مما جرت العاده بتلفه فلا اشكال فى أنه لا يسقط شىء من المشروط للعمومات و عدم اشتهار الحكم بالسقوط مع توقّف الدواعى عليه و ان كان شيئا كثيرا بحيث لا يعتد بالباقي كان يبقى من الألف واحد ففى سقوط شىء ح اشكال مما اشار اليه فى الرياض قائلا لو كان التالف البعض خاصه فهل يسقط من المشروط بالنسبه او لا قولان اجودهما الثانى خلافا للمحكى فى بعض الحواشى عن المحقق الثانى و لا يخ عن قوه حيث لا يكون الباقي من الثمره يوازى العمل لقلته بناء على انسحاب عله السقوط فى صورته تلف الثمره باجمعها هنا الأ أنها لا تخلو عن شىء من اصلها و كان الاجماع هو العمده فى عله السقوط فى تلك الصور كان عدمه اقوى عملا بالأصل الدال على لزوم المعامله و يعضد ما ذكره الاصل السابق الذى ذكرناه و مما نبه عليه المحقق الثانى المتقدم اليه الإشاره و يعضده عدم ظهور المفصل بين هذه الصوره و الصوره الآتية التى يحكم فيها بعدم سقوط شىء و مع هذا فالظاهر ان المعظم على عدم سقوط شىء فى هذه الصوره فيشكل مخالفتهم خصوصا مع اعتضاده بما تقدم اليه الإشاره فالحكم بعدم سقوط شىء فى هذه الصوره فى غايه القوه و لكن لا ينبغى ترك الاحتياط ح فان المسأله فى غايه الإشكال و ان كان التالف شيئا لم تجر العاده بتلفه و لم يكن كثيرا كالمفروض فى الصوره الثانيه ففى سقوط شىء ح اشكال و لكن الحكم بعدمه هو الاقرب و لكن لا ينبغى ترك الاحتياط ح

أيضا

**الثالث يجوز اشتراط غير الذهب و الفضة من الاجناس التى هى غير الثمره**

كما صرح به في المراسم وكره و لك و هو مقتضى اطلاق يع و هل يكره ذلك كما يكره اذا شرط الذهب و الفضة او لا صرح في المراسم بالأوّل و في ضه بالثاني و هو ظ كره و احتج عليه في الأوّل بالاصل و الاحوط مراعات الاول

#### **الرابع هل يلحق بالذهب و الفضة غيرهما في حكم تلف تمام الثمره او بعضها او لا**

لم اجد مصرّحا باحد الامرين و لكن لا يبعد الحكم بالإلحاق في صورته تلف البعض و اما في صورته تلف الجميع فاشكال فلا ينبغي ترك الاحتياط

#### **الخامس اذ شرط العامل على المالك شيئا من الذهب او الفضة**

مضافا الى الحصّه فيجوز كما صرح به في كره و التحرير و جامع المقاصد و يجب الوفاء كما صرح به في التحرير و صرح فيه بانه يكره أيضا و اذا تلف الثمره ح فهل يسقط المشروط او لا صرح في جامع المقاصد بان ظ اطلاق كره و التحرير انّ حكم هذه الصوره حكم اشتراط المالك على العامل شيئا منهما و اورد عليه بان العوض من قبل العامل و هو العمل قد حصل و الشرط قد وجب بالعقد فكيف يسقط بغير مسقط فانّ تلف احد العوضين لا يوجب سقوط بعض الاخر مع سلامه العوض الاخر في لك و احتج بما ذكره على انّ المتّجه في محلّ البحث عدم السقوط مط و صرح بان القول بمساواته لصوره اشتراط المالك على العامل شيئا منهما ضعيف و ما صار اليه كجامع المقاصد هو المعتمد عندي

#### **السادس يلحق اشتراط ما عدا الذهب و الفضة من ساير الاجناس**

التي هي غير الثمره بهما في هذه الصوره في الجواز

ص: ٢٣٣

و وجوب الوفاء و التّلف او لا قد صرح بالأوّل في كره

#### **منهل اذا فسدت المساقات بفقد شرط من شروطها كانت الفائده لمالك الاصل و للعامل الاجره في صورته جهله بالفساد**

#### **اشاره**

و عدم كونه باعتبار اشتراط جميع النماء للمالك اما كون النماء للمالك ح فقد صرح به في النافع و الشرائع و التبصره و الارشاد و عد و التحرير و اللّمعه و جامع المقاصد و ضه و لك و مجمع الفائده و الكفايه و الرياض و لهم أولا انه ممّا لا خلاف فيه و ثانيا ما تمسك به في جامع المقاصد و ضه و لك و الرياض من انّ الفائده تابعه لأصلها و لا ناقل سوى العقد و قد بطل بحكم الفرض و اما انّ العامل يستحقّ اجره المثل ح فقد صرح به في كره و ما عدا الكفايه من الكتب المتقدّمه و لهم وجهان احدهما ظهور الاتفاق عليه و ثانيا ما احتج في كره و جامع المقاصد و ضه و لك و الرياض من انه لم يتبرّع بعمله و لم يحصل له العوض

المشروط فيرجع الى الاجره و

**ينبغي التنبيه على امور**

**الاول صرح في كرهه بانها للعامل الاجره**

سوى حمل الشجر او لا و هو جيد

**الثاني المراد بالاجره هنا اجره المثل**

كما صرح به في يع و التبصره و التحرير و كرهه و اللّمعه و ضه و غيرها

**الثالث يظهر من اطلاق الكتب المتقدمه عدم الفرق**

في استحقاق العامل الاجره بين ان يكون انقص من الحصه المشروطه له او مساواته لها او ازيد بل الظاهر انه ممّا لا خلاف فيه و قد يناقش فيما ذكره بما تبه عليه في لك من انه مع جهله بالفساد و كونه ليس من جهه ما يقتضى عدم العوض ينبغي ان يثبت للعامل أقل الامرين من الحصه المشترطه و اجره المثل لان الاقل ان كان هو الأجره فظ لأن فساد العقد اسقط الحصه فيرجع الى الأجره و ان كان الاقل هو الحصه فالعامل قدم على ان لا يكون له سواهما في مقابله عمله حتى لو كانت في مقابله عشر العمل لكان مسقطا فيكون مسقطا للزائد فيكون متبرعا بالزائد على هذا التقدير كما تبرع على تقدير اشتراط جميع الثمره للمالك على تقدير علمه بالفساد و قد يجاب عن المناقشه المذكوره اولا بانها مندفعه بما بيناه من ظهور الاتفاق على استحقاق العامل للأجره هنا و ثانيا بما تبه عليه في لك قائلا و يمكن ان يجاب بالفرق بين الموضوعين فانه على هذا التقدير لم يقدم على التبرع بعمله اصلا اذ كما يحتمل ان يكون الحصه قاصره عن مقابله العمل يحتمل مساواتها له و زيادتها عليه اضعافا مضاعفه فهو قادم على عمل بعوض محتمل للزياده و النقصان فليس متبرعا به مط و ان احتمل قصوره في بعض الاحوال بخلاف العامل قد شرط جميع الحصه للمالك فانه قادم في ابتداء الامر على التبرع المحض على كل تقدير و هذا الفرق لا باس به و ان كان مقتضاه البحث متوجها أيضا و اكثر الاصحاب اطلقوا وجوب اجره المثل مع الفساد و فيه تردد و يعضد ما ذكره ما تبه عليه في الرياض قائلا في مقام دفع الايراد المذكور فيه ان الحصه انما وجبت بحيث لا يجوز الزيادة و لا التقيصه من حيث اشتراطها في العقد اللازم على تقدير الصحه و صار الحكم في المسأله مبنيا على قاعده اخرى من كونه عملا موجبا للأجره و ان الداخلة انما دخل بذلك و لكن لا يسلم له لظهور فساد المعامله فلا بد لعمله من اجره و رضى العامل بتلك الحصه على تقدير صحه المعامله لا مدخل له في مفروض المسأله لمغايرتهما و رضاه بالأقل ثمه لا يوجب الحكم به عليه هنا الا ان يتجدد رضا اخر منه بذلك و المفروض عدمه فلا كلام معه و ثالثا بما تبه عليه في الرياض في المقام المذكور قائلا ان ذلك لو صلح دليلا للاكتفاء بالحصه عن الاجره الزائده لصلح دليلا لنفي الاجره بالمره حيث لا يحصل فائده بالكليه لقدمه على ان لا اجره له لو فسدت الثمره و لم يكن هناك فائده و ليت شعري كيف لم يستدل به على ذلك مع كونه اوفق بالاصل الرابع يستفاد من اطلاق يع و عد و الارشاد و التحرير و

اللمعه لزوم الاجره مط و لو كان العامل عالما بالفساد حين المعامله و صرّح في جامع المقاصد و لك و ضه و الرياض بانه لا يستحق الاجره ح بل يظهر من الاخير كونه متفقا و علّله في الاولين بانه يدلّ عمله في مقابل ما يعلم أنّه لا يحصل له فلا يستحق الاجره فيكون متبرّعا بعمله و زاد في لك قائلا لا يق ان العقد يقتضى اذن المالك له بالعمل فيلزمه الاجره مط لأنّه عمل له اجره عاده و العامل ناصب نفسه للأجره فيثبت لأننا نقول امر المالك له بالعمل ليس مط حتّى يلزمه الاجره كما هو المفروض في القاعده و أنّما امره بعوض مخصوص و هو الجزء من الثمره مع علم العامل بعدم حصول ذلك بسبب الفساد فيكون كما لو امره بالعمل بغير اجره فأنّه لا يستحقّها و مثله ما لو امره بالعمل مع كون الثمره بأسرها له لأنّ لازم هذه الاذن و حاصلها تبرّع العامل و هذا القول هو الاجود و يمكن ح تنزيل اطلاق الكتب المتقدّمه على غير هذه الصوره لندرتها و مع هذا فلا ينبغي ترك الاحتياط الخامس يستفاد من اطلاق يع و الارشاد و عد و التحرير و اللمعه لزوم الاجره مط و لو كان فساد المعامله باعتبار اشتراط جميع الثمره للمالك و صرّح في كره و لك و ضه و مجمع الفائده و الرياض بعدم لزوم الأجره ح و ان كان العامل جاهلا بالفساد و يستفاد من الاخير دعوى الوفاق عليه و علّله في كره و لك بانه عمل مجانا و دخل في العقد على أنّه لا شيء له و لا شكّ في أنّ المتبرّع لا يستحق اجره و لا حصّه و هذا القول هو الاقرب عندي و يمكن تنزيل اطلاق الكتب المتقدّمه على غير هذه الصوره لندورها و لكن

لا ينبغي ترك الاحتياط

### منهل اذا استاجر مالك الشجر و النخل اجيرا على العمل بجزء من الثمره قبل ظهورها

فصرّح في كثره و عد و التحرير و الايضاح و جامع المقاصد و لك و الكفايه ببطلان ذلك و لهم اولا ظهور الاتفاق على ذلك كما نبه عليه في لك بقوله تبطل ذلك قولاً واحداً و في الكفايه بقوله تبطل ذلك عند الاصحاب و ثانياً ما تمسك به في كره و جامع المقاصد و لك و الكفايه من أنّ عوض الاجاره يشترط فيه الوجود و المعلوميه و هما منتفیان ح فيلزم الفساد و قد يق مرجع هذا الاستيجار الى المساقات بلفظ الاجاره و قد بيناه فيما سبق جواز ذلك و فيه نظر لإمكان فرض الاستيجار المذكور على وجه لا يرجع الى المساقات و ذلك امّا بان يق المفروض هنا الاستيجار لا لزياده الثمره بل لأمر اخر و هذا غير المساقات لأنّ المعبر فيها العمل لزياده الثمره او يق المفروض هنا الاستيجار بجزء غير مشاع و هو غير المساقات لأنّ المعبر فيها الإشاعه او يق أنّ المراد هنا الاستيجار من حيث كونه استيجار المثلث حيث كونه مساقات و هذا ممّا يقتضى الفرق و ان اشتركا في المعنى و لا استبعاد فيه فإنّ الفرق بين البيع و الصّيلح على العين حيث يجتمع شرائط البيع نحو هذا و فيه نظر و التحقيق ان يق أنّ الاستيجار المفروض ان رجح الى المساقات بلفظ الاجاره فالمعتمد جوازه و ان كان الاحوط تركه و ان لم يرجع الى ذلك فالمعتمد ما ذكره

### منهل اذا دفع صاحب ارض ارضه الى من له نخل و شجر ليغرس فيها على ان يكون الغرس بينهما لم يصح و يبطل المغارسه

اشاره

كما صرّح به في يع و عد و الإرشاد و التحرير و كره و عه و جامع المقاصد و

ضه و لك و مجمع الفائده و الكفايه و لهم وجوه احدها ظهور الاتفاق عليه و ثانيا انه تبّه في جامع المقاصد على دعوى الاجماع على ذلك بقوله هذا الحكم اجماعنا و يوافقه اكثر العامه و يعضد ما ذكره اولاً قول لك المغارسه باطله عندنا و عند اكثر العامه و ثانيا قول مجمع الفائده دليل البطلان الاجماع عندنا و لو لا ذلك لأمكن القول بالصّححه لبعض العمومات و ثالثاً قول الكفايه المغارسه باطله عند الاصحاب و ثالثها ما تبّه عليه في جامع المقاصد بقوله لما كانت العقود الناقله للملك من مالك الى اخر و المقتضيه لشغل ذمه خاليه بعوض او مجاناً توقيفيه لا- يكون الا بوضع الشّارع و جب ان يكون المغارسه باطله لأنّ هذه المعامله ليست واحداً من عقود المعاملات فانّها اشبه شىء بالمساقات الا أنّها مخالفه لموضوعها كما هو واضح و تبّه على ما ذكره في لك بقوله المغارسه باطله لأنّ عقود المعاوضات موقوفه على اذن الشّارع و هى منتفيه هنا و فيما ذكره نظراً لاندفاعه بالعمومات الدالّه على الصّححه و اذن الشّارع بها كما صرّح به في مجمع الفائده و لك و رابعها أنّ المغارسه لو كانت صحيحه لاشتهرت و تظافرت لتوفّر الدواعى عليه و ميسر الحاجه اليه و التالى بط فالمقدّم مثله و

### ينبغي التنبيه على امور

### الأول لا فرق في ذلك بين ان يشترط للعامل جزء من الارض او لا

كما صرّح به في عد و كره و جامع المقاصد و لك و الكفايه و هو ظ اطلاق يع و الإرشاد و التحرير و مجمع الفائده بل الظاهر أنّه ممّا لا خلاف فيه كما تبّه عليه في الكفايه

### الثانى اذا تحققت هذه المعامله الفاسده فالغرس لصاحبه

و كك الارض في جامع المقاصد و فى الإرشاد و التحرير و عد و مجمع الفائده و الكفايه التصريح بانّ الغرس لصاحبه و الظاهر أنّه لا- خلاف فيما ذكرناه و يستحقّ صاحب الارض ح من العامل اجره الارض بقدر مدّه بقاء الغرس فيها فى صورته جهلها بفساد المعامله كما فى عد و يع و كره و التحرير و الكفايه و لهم اولاً ظهور الاتفاق عليه و ثانيا انه استوفى منفعه مال الغير من غير تبرّع منه فيستحقّ عوضه و كك يستحقّ الأجره مع جهله بالفساد دون المعامله و هل يستحقّها مع علمه بالفساد سواء علم العامل به أم لا ظ اطلاق الكتب المتقدمه المصّرّحه باستحقاقه الأجره عدا لك الثانى و تأمل فيه بعض الأجله قائلوا و ظ كلامهم أنّه لا فرق فى ذلك بين العالم بالبطلان و الجاهل به و انت خبير بانّه لا يبعد الفرق بين الحالين و تخصيص الحكم المذكور بحال الجهل و امّا مع العلم فانّه لا اجره لصاحب الارض لأنّه مع العلم ببطلان العقد قد اذن للعامل فى التصرف فى ارضه بالحصّه مع علمه بعدم استحقاقها فيكون فى معنى الأذن بغير عوض فكيف يستحقّ عليه اجره و الحال هذه و ما ذكره فى غايه الجوده و هو ظ لك و ضه و يمكن دعوى اختصاص اطلاق المتقدم بصوره جهلها بالفساد لندره وقوع المعامله مع علمها او علم احدهما بالفساد و لكن الاحتياط ممّا لا ينبغى تركه ثم انّ المعظم اطلقوا الاجره هنا و قيّده فى الكفايه باجره المثل و هو الاقرب و عليه ينزل اطلاق المعظم

### الثالث يجوز لصاحب الأرض بعد ظهور فساد المعامله قلع الغرس

و لكن بالارش كما صرّح به في يع و الإرشاد و القواعد و التذكرة و التحرير و اللمعه و جامع المقاصد و ضه و مجمع الفائده و الكفايه و لهم اولا ظهور الاتفاق عليه و ثانيا ما تمسك به في جامع المقاصد و مجمع الفائده و الكفايه من انّ الغرس قد صدر باذنه فليس بعرق ظالم فيستحقّ صاحب الغرس الارش

### الرابع صرّح في يع و كره و الإرشاد و عد و التحرير و مجمع الفائده بانّ المراد بالارش

هنا ارش نقص القلع و صرّح في جامع المقاصد بان المراد بالارش تفاوت ما بين كونه قلعها بالاجر و مقلوعا قائلًا و يحتمل تفاوت ما بين كونه قائما بالأجره مستحقًا للقلع بالأرش و صرّح في ضه بان المراد به تفاوت ما بين قيمته مقلوعا و باقيا على الارض بالاجر و تبّه في لك على انّ في تفسير الارش اقوالا- قائلًا- و المراد بالارش هنا تفاوت ما بين قيمته في حالته على الموضوع الذي هو عليه و هو كونه حال غرسه باقيا باجره و مستحقًا للقلع بالارش و كونه مقلوعا لأنّ ذلك هو المعقول من ارش النقصان لا تفاوت ما بين قيمته مط و مقلوعا اذ لا حقّ له في القيام كك ليقوم بتلك الحاله و لا تفاوت ما بين كونه قائما باجره و مقلوعا لما ذكرنا فانّ استحقاقه للقلع بالارش من جمله اوصافه و لا تفاوت ما بين كونه قائما مستحقًا للقلع و مقلوعا لتخلّف بعض اوصافه أيضا كما بيّناه و لا بين كونه قائما مستحقًا للقلع بالارش و مقلوعا لتخلّف وصف القيام باجره و هذه الوجوه المنفيه ذهب الى كلّ منها بعض اختار الثاني منها الشيخ على و الاخير فخر الدّين في بعض ما ينسب اليه و الآخران ذكرهما من لا يعتدّ بقوله و الاول مع سلامته من ذلك لا يخج من دور لأنّ معرفه الارش فيه متوقفه على معرفه حيث اخذ في تحديده و الظاهر انّ القيمه لا يختلف باعتباراه و ان تقديره كك كتقديره مقلوعا و قائما باجره فلا يضّرّ مثل هذا الدّور و لهذا الارش نظائر كثيره و المسأله محل اشكال فلا- ينبغي فيها ترك الاحتياط و لكن ما صار اليه في غايه القوه الثالث اذا بذل صاحب الأرض الأرش قيل يجب على صاحب الغرس قلعه و يجبر عليه لو امتنع او لا- صرّح في جامع المقاصد بالأوّل قائلًا لا اعلم في ذلك تصريحًا بنفي و لا اثبات و الذي يقتضيه النظر و جوب ذلك لأنّ الأذن أنّما صدر على تقدير تملك الجزء من الغرس و قد فات فيجب ضمان كلّما فات بسببه من منفعة الأرض و قوتها و لما لم يكن شغل الأرض به مستحقًا و جب تفريغ الارض منه و ما ذكره لا يخج عن قوه مع انّ تفريغ العامل احوط الرّابع هل يجب على العامل طم الحفر الحاصل بسبب القلع و تسويه الارض و قلع العروق المتخلّفه عن المقلوع في الأرض و ارش الأرض لو نقصت بالقلع او لا صرّح بالأوّل في جامع المقاصد و لك و ضه و صرّح في الأوّل بأنّه لم يعلم في ذلك تصريحًا بنفي و لا اثبات ثمّ علّل الوجوب بما تبّه عليه فيما سبق بقوله و الذي يقتضيه النظر اه

### الخامس لو كانا عالمين بالفساد

فهل يجب عليهما ح ما يجب عليهما في صورته جهلها بالفساد ممّا تقدّم اليه الاشاره فلا يكون فرق بين الجاهل بالفساد و العالم به في ذلك او لا- فيه قولان احدهما أنّه يجب على العالم بالفساد ما يجب على الجاهل به و تبّه في لك على أنّه قول المعظم بقوله و لم يفرق المص كالأكثر في اطلاق كلامه بين العالم بالفساد و الجاهل في استحقاق الارش و ثبوت اجرته لو كان الغرس لمالك الارض و في ضه و لم يفرق بقوله و لم يفرق الاصحاح في اطلاق كلامهم بين العالم با لبطلان و الجاهل بل تعليلهم يؤذن بعدم الفرق و ثانيهما أنّه لا يجب على العالم بالفساد ما يجب على الجاهل به و قد مال اليه في ضه قائلًا و ليس



بباعد الفرق لتبرع العالم بالعمل و وضعه الغرس بغير حق و به فارق المستعير للغرس لأنه موضوع بحق و اذن صحيح شرعا بخلاف هذا الغرس و تبه في لك على المناقشه فيما ذكره قائله و لا يبعد الفرق بينهما و ان لا اجره لصاحب الارض مع علمه و لا ارش لصاحب الغرس مع علمه اما الاول فللاذن في التصرف فيها بالحصه مع علمه بعدم استحقاقها و اما الثاني فلظلمه بالغرس مع علمه بعدم استحقاقها و يمكن دفعه بان الامر لما كان منحصرا في الحصه او الاجره لم يكن الاذن من المالك تبرعا فله الاجره لفساد المعامله و الغرس لما كان باذن المالك و ان لم يكن بحصه فعرقه ليس بظالم فيكون مستحقا للأرض و فيما ذكره نظر و المسأله محل اشكال فلا ينبغي فيها ترك الاحتياط و ان كان القول الثاني في غايه القوه

### السادس اذا دفع رجل له ارض و غرس الى غيره

المدى لم يكن ليعمل على ان يكون الغرس بينهما فصرح في التذكرة و جامع المقاصد و لك و ضه و مجمع الفوائد و الكفايه ببطلان هذه المغارسه أيضا و هو جيد لظهور الاتفاق عليه كما تبه عليه في الكفايه و صرحت الكتب المذكوره بان العالم يستحق اجره المثل ح محتجين بأنه دخل في هذه المعامله على ان يسلم له الحصه فلم يكن متبرعا بعمله و لم يسلم له ما شرط فيكون له اجره المثل و هو جيد في صوره الجهل و اميا مع علم العامل به فلا- يبعد دعوى عدم استحقاقه الأجره و لكن لا ينبغي ترك الاحتياط

### السابع لو دفع صاحب الغرس الى مالك الأرض اجره ارضه

التي فيها الغرس ليبقى فيها الغرس لم يجب على مالك الارض القبول و كذا لو دفع صاحب الأرض الى صاحب الغرس قيمته ليكون له لم يجب عليه القبول و قد صرح بالامرین في يع و عد و كره و الإرشاد و اللّمعه و جامع المقاصد و لك و ضه و مجمع الفوائد و الكفايه و لهم اولاً- ظهور الاتفاق عليه و ثانيا ما تمسك به في جامع المقاصد و لك و ضه من انه معاوضه مشروطه بالتراضى و ثالثا ما احتج به في لك من ان ذلك غير لازم في الغصب فهنا اولى و رابعا ما استدلل به في مجمع الفوائد من عموم قولهم ع في عدّه اخبار معتبره المؤمنون عند شروطهم و لو حصل رضاهما بذلك جاز و قد صرح به في كره في الفرض الاول

### الثامن صرح في لك بأنه لو كان الغرس من مالك الارض

لكن الغارس ركب فيه نوعا اخر كما في شجر التوت و نحوه فالمركب للغارس ان كان اصله ملكه و كذا نمائه و جميع ما ذكره جيد ثم صرح بان كك مدّه بقائه قائله و عليه مع اجره الارض اجره اصول الغرس أيضا و فيما ذكره نظر ثم صرح بان للمالك ازاله المركب مع الارش و هو جيد

### التاسع صرح في جامع المقاصد بان من المغارسه الباطله

ان يعامله على الغرس فى الارض بحصّه من الثمره و ما جرى مجراها كورق التوت و فى ما ذكره نظر بل احتمال الصّححه هنا فى غايه القوه بل هو الاقرب

## العاشر اذا اتى بالمغارسه التى مرّ تفسيرها بطريق الصّح

فهل يصح او لا الاقرب الأول بنا على المختار من الصّح من العقود المستقلّه

## كتاب مناهل الوديعه

### مقدمه صرّح فى النّافع و اللّمعه و التنقيح بأنّ الوديعه استتابه فى الاحتفاظ و الحفظ

و زاد فى الاخير لا غير و صرّح فى التحرير بأنّ حقيقتها استتابه فى حفظ المال و صرّح فى عد بانّها عقد يفيد الاستتابه فى الحفظ و يعضد ما ذكره من أنّها عقد او لا ما تبّه عليه فى كره قائلها الوديعه مشتقه من ودع يدع اذا استقرّ و سكن من قولهم يدع كذا اى يتركه و الوديعه الحفظ و الراحه يق و الوديعه متروكه مستقره عند المستودع و قيل إنّها مشتقه من الدعه و هى ودع الرّجل فهو وديع و وادع لأنّها فى دعه عند المودع لا يتبدّل و لا يستعمل و الوديعه تطلق فى العرف على المال الموضوع عند الغير ليحفظه و الجمع الودايح و استودعته الوديعه اى استحفظته ايّاها و عن الكسائى يق اودعته كذا اذا دفعت اليه الوديعه و اودعته كذا اذا دفع إليك الوديعه فقبلتها و هو من الأضداد و المشهور فى الاستعمال المعنى الأوّل اذا عرفت الوديعه فى عرف اللّغه فهى فى عرف الفقهاء عباره عن عقد يفيد الاستتابه فى الحفظ لكن قد عرفت ان العرف اللّغوى يقتضى ان تكون هى المال و كذا العرف العامى و الإيداع هو العقد و ثانيا قول جامع المقاصد و اعلم أنّ اللغه و العرف العام يقتضيان أنّ الوديعه هى المال و عرف الشرع انها العقد و ثالثا قول ضه الاستتابه أنّما تكون من المودع و الوديعه لا تتم ألاّ بالمعاقدين فلا تكون الوديعه الاستتابه بل هى و قبولها و ان اكتفينا بالقبول الفعلى

### منهل اتفق الأصحاب على أنّ الوديعه جائزه و مشروع و لهم وجوه

منها قول التذكره و هى جائزه بالإجماع و قد اجمع المسلمون على جوازها و يعضد ما ذكره ما تبّه عليه فى الرّياض بقوله الاصل فى الوديعه بعد اجماع الامه المحكى فى كلام جماعه كالغنيه و المهذب و التذكره الكتاب و السنّه الخاصّه و العامه و منها ما احتج به فى التذكره و الرّياض من قوله تعالى إنّ الله يأمركم أنّ تؤدّوا الأمانات إلى أهلها و قوله تعالى فليؤدّ الذى أؤتمن أمانته و لئيق الله ربّه و قد يناقش فى دلالة الآيتين على المدعى بأنّ وجوب ردّ الامانه لا يستلزم مشروعته الوديعه و جوازها و ان كانت فردا من افراد الامانه بوجه من الوجوه و ألاّ لزم جواز الغصب لأنّ المغصوب امانه يجب ردّها فت و منها ما استدل به فى التذكره قائله روى العامه عن ابى بن كعب أنّ التّبى ص قال ادّ الامانه الى من ائتمنك و لا تخن من خانك و روى انه ص كان عنده و دائع فلما اراد الهجره اودعها عند أم ايمن و امر عليّا بردّها الى اهلها و منها ما تمسك به فى التذكره أيضا من خبر ابن اخى الفضل بن يسار قال كنت عند الصّادق ع و دخلت امراه و كنت اقرب القوم اليها فقالت لى اسئله فقلت عما ذا فقالت أنّ ابى مات و ترك مالا كان فى يد اخى فأتلفه ثم افاد مالا فاودعنيه فلى ان آخذ منه بقدر ما اتلف من شىء فاخبرته بذلك فقال لا قال رسول الله ص ادّ الامانه الى من ائتمنك و لا تخن من خانك و منها ما تبّه عليه فى التذكره أيضا بقوله و عن حسين بن مصعب

قال سمعت الصادق ع يقول ثلاثه لا غدر فيها لأحد اداء الامانه الى البرّ و الفاجر و منها ما تبه عليه في التذكرة بقوله و عن محمد بن علي قال استودعني رجل من موالى بنى مروان لعنهم الله الف دينار فغاب فلم ادر ما أصنع بالدنانير فاتيت ابا عبد الله ع فذكرت ذلك له و قلت انت احقّ بها فقال لا انّ ابي كان يقول انّما نحن فيهم بمنزله همدنه نوّدى امانتهم و نرد ضالتهم و نقيم الشهاده لهم و عليهم فاذا تفرقت الاهواء لم يسع احد المقام و قال الصادق ع كان ابي ع يقول اربع من كن فيه كمل ايمانه و لو كان ما بين قرنه الى قدمه

ص: ٢٣٦

ذنوب لم ينتقصه ذلك و قال هي الصدق و اداء الامانه و الحياء و حسن الخلق و قال الكاظم ع اهل الارض مرحومون ما يخافون و ادوا الامانه و اعملوا بالحقّ و قال الحسين الشيباني للصادق ع انّ رجلا من مواليك يستحل مال بنى اميه و دمائهم و انه وقع لهم عنده وديعه فقال ع ادوا الامانات الى اهلها و ان كانوا مجوسا فانّ ذلك لا يكون حتى يقوم قائمنا فيحلّ و يحرم و قال الصادق ع اتقوا الله و عليكم برد الامانه الى من ائتمنكم فلو ان قاتل على ائتمنى على اداء الامانه لأديتها اليه و منها ما استدبل به في التذكرة أيضا قائلًا و لان الحكمه تقتضى تسويغها فان الحاجه قد تدعو الناس الى حفظ اموالهم و ربّما تعذر ذلك بانفسهم اما لخوف او سفر او عدم حرز فلو لم يشرع الاستيداع لزم الحرج المنفى لقوله تعالى وَ مَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ و منها ما احتج به في التذكرة أيضا قائلًا و لانه نفع لا ضرر فيه فكان مشروعًا و منها ما تبه عليه في مجمع الفائده قائلًا انّ العقل و الثقل يدل على جواز الاستنابه و قبولها و انه حسن فانه قضاء لحاجه المؤمن و ادخال السرور عليه

## منهل اذا اودع و كان المودع مضطرا الى الايداع

### اشاره

بحيث لو لم يودع و بقى المال عنده لزم منه تلفه او تلف نفس محترمه او ضرر عظيم عليه او على غيره من المؤمنين و لم يكن احد غيره يصلح لذلك و لم يترتب عليه و لا على غيره في قبول الوديعه ضرر اصلا فهل يجب قبول الوديعه ح او لا صرح في التذكرة و لك و مجمع الفائده و ادعى في الثاني وضوحه و عندى فيه اشكال خصوصا فيما اذا استلزم ترك القبول تلف مال يسير للمودع و لكن الأحوط ما ذكره و اذا كان المودع مضطرا الى الايداع كما ذكرناه و لكن يصلح لحفظ الوديعه جماعه فهل يجب عينا على من اختاره مريدا لايداع القبول او لا الاقرب الثاني و هل يجب كفايه ح او لا فيه قولان احدهما انه يجب كفايه و قد صار اليه في التذكرة و لك و لهما اولا انه احوط و قد يجب عليه بان الاحتياط هنا ليس بواجب لرجوع الشك هنا الى نفس التكليف لا- المكلف به و ثانيا ما تمسك به في التذكرة قائلًا- لو كان قادرا على الحفظ واثقا بامانه نفسه و لم يكن هناك غيره فالاقوى انه يجب عليه القبول لأنه من المصالح العامه و بالجمله فالقبول واجب على الكفايه و يؤيد ما ذكره من الوجوب انه صرح في لك بوضوحه قائلًا اعلم انّ قبول الوديعه قد يكون واجبا كما اذا كان المودع مضطرا الى الاستيداع فانه يجب على كل قادر عليها واثق بالحفظ قبولها منه كفايه و لو لم يوجد غيره احد تعين عليه الوجوب و في هذين الفردين وجوب القبول واضح و قد يناقش في الوجه الذى ذكره في كرهه بما تبه عليه في مجمع الفائده بقوله و كونه من المصالح العامه بحيث يجب على الناس كلهم ذلك غير ظ و ثالثا انّ القبول ح اعانه على البرّ فيجب لعموم قوله تعالى تَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَ التَّقْوَى و قد يجاب عَمَّا ذكره اولا- بما تبه عليه في مجمع الفائده بقوله و فى كون القبول مط معاونه على البرّ تامل فانه لا يخ عن صعوبه و

اشكال فايجابه بمثل الدليل المذكور محلّ التامل و ثانيا بان العموم المذكور لا يمكن حمله على ظاهره لعدم وجوب الاعانه على فعل المستحبات و ترك المكروهات للذين هما من افراد البرّ و ارتكاب التخصيص و ان كان اولى من المجاز و هو الاستحباب او الرجحان المطلق الا ان ارتكاب التخصيص هنا يفضى الى تخصيص العام الى الاقل من النصف و لا نم رجحان مثل هذا التخصيص على المجاز خصوصا هذا المجاز الشائع الذى عدّه جماعه من افراد حقيقه الامر و آخرون احد معانيه و رابعا ان ترك القبول ح اضرار بالغير و هو غير جائز لعموم قوله ص لا ضرر و لا ضرار و قد يجاب عمّا ذكر اولاً بالمنع من الصغرى و ثانيا بالمعارضه بالمثل كما لا يخفى و خامسا العمومات الداله على وجوب قضاء حاجه المؤمن خرج منها بعض الافراد و لا دليل على خروج محلّ البحث منها فيبقى مندرجا تحتها و قد يجاب عمّا ذكر بالمنع من العمومات المذكوره سلّمنا و لكن يجب تخصيصها بما سيأتى اليه الاشاره و ثانيهما أنّه لا يجب كفايه و هو المستفاد من مجمع الفائده و له اولاً اصاله براءه الذمه عن الوجوب و ثانيا خلو النصوص و معظم الفتاوى عن الاشاره الى الوجوب مع توفر الدواعى عليه و ثالثا ان وجوب المقبول و لو كفايه مستلزم للضرر العظيم و المشقّه الشديده باعتبار انّ الحفظ امر صعب غالبا باعتبار توقفه على مقدّمات صعبه و مع ذلك فلا يخ عن التهم غالبا خصوصا اذا حصل التلف و لو من غير تفريط و بالجمله مضار قبول الوديعه و مشاقه ممّا هو فى غايه الوضوح و لذا يمتنع منه ذو المروات و الحجى فالصغرى ظاهره غالبا و اما كليّه الكبرى فلما بيّناه فى المفاتيح و غيره من اصاله نفى الضرر و الحرج فى الشريعه و مع هذا كلّه فالمسأله لا- تخلو عن الاشكال فلا- ينبغى فيها ترك الاحتياط و لكن القول الثانى فى غايه القوه و

### ينبغى التنبيه على امور

#### الاول لا فرق على المختار بين ان يكون مريدا لإيداع مؤمنا او من ساير الفرق الضاله

كاليهود و النصارى و غيرهم و لو عدّ من اهل الإسلام و اما على القول بالوجوب عينا او كفايه فهل يختصّ بما اذا كان المودع اماميا عدلا او يعمّ ما اذا كان فاسقا و ما اذا كان مسلما و ما اذا كان كافرا لم اجد قائلا بالتفصيل و لكن الاحتمال الاول فى غايه القوه

#### الثانى لو قلنا بالوجوب عينا او كفايه فيما سبق

فهل يكون مشروطا ببذل المودع الاجره او لا يشترط ذلك بل يجب مط ربما يظهر من اطلاق كره و لكك الثانى و نبه على الاول فى مجمع الفائده بقوله و أيضا فايجاب حفظ مال شخص على الاخر بلا اجره و عوض يحتاج الى دليل قوى نعم قد يضطر الانسان الى الإيداع فيمكن ايجاب مثله ح و لكن باجره ليتم به المعاش كما فى ساير الامور التى اعدت من الوجوب الكفائى و يشعر به كلام التذكرة

#### الثالث اذا توقف الاتيان بواجب مطلق على قبول الوديعه وجب مط

و لو لم يبذل المالك الاجره و لكن هذا يتوقف على القول بوجوب المقدمه و اما على القول بعدمه كما هو التحقيق فلا يجب بالمعنى المتعارف و لكنّه لا بدّ منه و كيف كان فالاحوط قبول الوديعه فى محلّ الفرض

## الرابع لو قلنا بوجوب القبول فهل يشترط العلم بالسبب الموجب له او لا

و على الثاني فهل يشترط الظنّ به او شهادة العدلين او استفاضته و يكفي مجرد ادعاء المالك فيه اشكال و لكن الاقرب اشتراط العلم به و لكن نحتمل قويا كفايه شهادة العدلين فلا ينبغي ترك الاحتياط

## الخامس اذا اودع

و لم يمكن المودع مضطرا

ص: ٢٣٧

الاستيداع مط او بالتسببه الى المستودع و كان واثقا بنفسه في الحفظ و لم يترتب على القبول ضرر فلا يجب القبول ح للأصل و ظهور الاتفاق عليه و قول التحرير قبول الوديعة مستحب لمن يعلم من نفسه الامانه و ليس بواجب اجماعا و قد صرح باستجابته ح في التذكرة و لك و مجمع الفائدة و لهم اولا قاعده التسامح في ادله السنين و ثانيا ما تبه عليه في الاولين من ان فيه المعاونه و قضاء حوائج الاخوان و لا باس بما ذكره من الاستجاب

## السادس اذا اودع من غير اضطرار اليه

و كان عاجزا عن الحفظ او غير واثق من نفسه بالامانه فصرح في التذكرة و لك و مجمع الفائدة بأنه يحرم القبول ح و احتج عليه في الاول و الثاني بانه فيه من التعريض للتفريط في مال الغير و هو محرم و زاد في الاول قائلا لما فيه ما اضاعه مال الغير و قد نهى النبي ص عنه و فيما ذكره نظر و لكن الاحوط ما ذكره و الحق بما ذكر في لك و مجمع الفائدة ما لو تضمن القبول ضررا على المستودع في نفسه او ماله او بعض المؤمنين و نحو ذلك فيحرم ح و اقتصر في كرهه على نفى وجوب القبول ح و عدّها فيها من الضرر عليه اتلاف منفعه و الاحوط الوجوب و صرح في مجمع الفائدة بكرهه القبول مع احتمال الخيانه و الضرر البعيد و بدون طلب المودع و استيثاق في الجملة ثم صرح بأنه يباح القبول لا مع ذلك كله بدون الطلب و قد تحصل بما ذكره الجماعه ان قبول الوديعة تنقسم الى الاقسام الخمسه و من الظاهر انه بالعارض و الا فهو بالأصل ليس بواجب

## منهل الوديعة عقد يتوقف على الايجاب و القبول و رضاء الطرفين

### اشاره

فليست من الايقاعات التي تصحّ بمجرد رضاء واحد كالطلاق و قد صرح بتوقفها على الايجاب و القبول في الشرائع و الارشاد و التذكرة و القوائد و التحرير و اللمعه و الروضه و الرياض و حكي في لك و ضه عن بعض العلماء القول بانها مجرد اذن و ليست بعقد و يظهر من الكفايه أنّ هذا القائل من اصحابنا الاماميه رضوان الله عليهم اجمعين فان اراد انها من الايقاعات التي لا تتوقف على رضاء الطرفين يكفي فيها بواحد فهو ضعيف جدا للأصل المعتضد بالشهره العظيمه التي لا يبعد معها دعوى شذوذ المخالف نعم قد يدعى انه لا فائده في النزاع في كونها عقدا او ايقاعا و قد صرح بنفيها في مجمع الفائدة و فيه نظر و ان اراد أنّها لا تتوقف على الايجاب و القبول اللفظيين و هو جيّد كما سيأتي اليه الاشاره إن شاء الله تعالى و يؤيد هذا الاحتمال تنبيه بعض على أنّ

فائده النزاع المذكور كفايه القبول الفعلى فيها فانه يكفى عن المحكى عن القائل المذكور و لا- يكفى على ما عليه الجماعه المتقدمه اليهم الاشاره و كيف كان فلا اشكال فى صحه الايجاب و القبول بكل لفظ دلّ عليهما كما صرح به فى كره و الارشاد و عد و التحرير و اللّمعه و جامع المقاصد و ضه و لك بل الظاهر انه مجمع عليه بين الاصحاب فلا يشترط العربيه و لا الماضويه و لا- الفعلية و لا- عدم اللّحن و لا- توافق الايجاب و القبول لغه و لا عدم التجوّز و هل يشترط صراحه اللفظ او لا الأقرب الأخير كما هو ظ التذكرة و جامع المقاصد و ضه و لك و تبه فى التذكرة على جملة من الالفاظ المتداوله بين الناس بقوله الالفاظ بين الناس فى الايجاب الذى يتضمنه و عقد الوديعه استودعتك هذا و اودعتك او استحفطتك او انتبتك فى حفظه او استنتبتك منه او احفظه او هو وديعه عندك و ما فى معناه من الصيغ الصادره من جهه المودع الدالّه على الاستحفاظ و

### ينبغى التنبيه على امور

### الأول اختلف الاصحاب فى اشتراط اللفظ فى الايجاب و القبول

على اقوال احدها انه لا- يشترط اللفظ فى شىء منهما فيكفى الايجاب و القبول الفعلين فيهما و هو لمجمع الفائده و الكفايه و الرياض و ربّما يستفاد من النّافع و ثانيها انه يتوقف الايجاب على اللفظ دون القبول فيكفى فيه الفعل و هو للشّرائع و القواعد و التحرير و الارشاد و التذكرة و الروضه و لك و و هو ظ المراسم و تبه على وجهه فى الا-خيرين و الرياض قائلين يكفى القبول الفعلى نظرا الى ان الغايه منها انما هو الرضا بالاستنابه و ربما كان الفعل اقوى فيه من القول باعتبار دخوله فى ضمانه ح لو قصر بخلاف القول و ان لزمه ذلك شرعا الا انه ليس صريحا فى الالزام من حيث انه عقد جائز فاذا فسخه و لم يمكن قبضه لم يظهر اثره و اليد يوجب الحفظ الى ان يردّه مالكه لعموم على اليد ما اخذت حتى تؤدى و فيما ذكره نظر و ثالثها انه يتوقف الايجاب و القبول معا على اللفظ حيث يكون بلفظ اودعتك و شبهه و ان كان بلفظ احفظ و نحوه جاز القبول الفعلى و هو للمحكى عن بعض و ربّما يستفاد من موضع من لك و رابعها انه يتوقف الامران على اللفظ مط و هو لظ اللّمعه و هو احوط و لكن المعتمد هو القول الأوّل لما تقدّم اليه الاشاره فى مواضع عديده

### الثانى هل يشترط فى غير اللفظ ان يكون مفيدا للعلم

بالمراد فلا يكفى الظنّ او لا بل يكفى فيه الظنّ كالقول فيه اشكال فلا ينبغى ترك الاحتياط بل الاحتمال الأوّل هو الاقرب حيث لا يكون الظنّ مستفادا من شهاده العدلين و ان كان مستفادا منه فالاقرب جواز الاعتماد عليه

### الثالث لا يجب هنا مقارنه الايجاب للقبول قوليا كان او فعليا

كما صرح به فى لك و ضه و الرياض بل صرح فيه فى التنقيح بعدم ظهور الخلاف فيه و لا ريب فيه حيث يكون القبول فعليا و اما اذا كان قوليا ففيه نوع مناقشه لو لا حكاية عدم الخلاف التى هى حجه مستقلّه و مؤيده باطلاقات اخبار الوديعه

**منهل اذا اكره المستودع على قبول الوديعه فقبلها اضطرارا فلا تصحّ الوديعه**

و لا يجب عليه الحفظ و لا يضمن بتركه كما فى يع و عد و شاد و التحرير و اللمعه و ضه و لك و مجمع الفائده و الكفايه فمن شروط صحه الوديعه القبول اختيارا كما صرح به فى النافع و الرياض بل صرح فيه بنفى الخلاف فيه و يدل على ذلك مضافا الى الاصل الادله الداله على نفي الضرر و الحرج فى الشريعه من الادله الاربعه و كما يشترط الاختيار فى المستودع يشترط الاختيار فى المودع كما صرح به فى النافع و الرياض بل صرح فيه بنفى الخلاف فيه و يجب على المستودع الحفظ حيث يضع يده عليها مختارا و يضمن ح و اما اذا لم يضع يده عليها فلا يضمن كما اذا وضع يده عليها فى حال الاكراه و

## ينبغى التنبيه على امرين

### الاول اذا اكراه المودع المستودع على قبولها

و كان المودع مضطرا الى الايداع فصرح فى ضه بانه يجب على المستودع اعانته عليه فيجب عليه القبول و الحفظ و يضمن بتركه و مقتضى اطلاقها عدم الفرق بين صورتى انحصار من يصلح لحفظ الوديعه فى المستودع و عدمه و فيه نظر بل الظاهر عدم الوجوب فى الصوره الاخيره و اما الوجوب فى

ص: ٢٣٨

الاولى ففيه اشكال فلا ينبغى ترك الاحتياط

### الثانى اذا قبل المستودع بعد زوال الاكراه و وضع يده عليها مختارا

فهل يصح ذلك كما لو قبلها من غير اكراه ابتداء فلا يجب ح ردّها الا مع طلب المالك او من يقوم مقامه او لا بل سبق الاكراه اوجب فساد عقد الوديعه فيصير الوديعه عند المستودع بعد وضع يده عليها بعد زوال الاكراه امانه شرعيه يجب ردّها فورا الى المالك و لو لم يطلبها و يضمن مع عدم الردّ فورا مع التمكن منه فيه اشكال من أنّ الشارع الغى الايجاب السابق فلا يترتب عليه اثره و أنّ الاصل عدم جواز التصرف فى ملك الغير و وجوب ايصاله اليه فورا خرج منه الوديعه المعلومه اجماعا فتوى و نصا و بقى ما عداها و لو ما نشك فى كونه وديعه كما هو المفروض للشك فى تاثير الأذن السابق فى ثبوتها داخلا تحتها جدا و قد نبه على هذا الوجه فى الرياض و من ان المالك قد اذن له و استنابه فى الحفظ غايته انه لم يتحقق معه الوديعه لعدم القبول الاختيارى و قد حصل الأذن و المقارنه بين الايجاب و القبول غير لازمه فيندرج ذلك تحت عموم قوله تعالى **أَوْفُوا بِالْعُقُودِ** و قولهم ع المؤمنون عند شروطهم و ان القبول بعد زوال الاكراه قد يكون احسانا محضا و اعانه على البرّ فيندرج تحت عموم قوله تعالى **مَّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ** و قوله تعالى **تَعَامَلُوا عَلَى الْبِرِّ وَ التَّقْوَى** و أنّ العمومات الداله على وجوب ردّ الامانه التى استدلل بها فى التذكرة على مشروعيتها تشمل محلّ البحث فاذا الاحتمال الاول فى غايه القوه و لكن الاحتمال الثانى احوط و فضيل فى لك و الكفايه هنا قائلين و يمكن الفرق بين وضع اليد عليها اختيارا بنيه الاستيداع و عدمه فيضمن على الثانى دون الاول اعطاء لكل واحد حكمه الاصلى و ما ذكره جيّد و لكنّه راجع الى المختار كما لا يخفى

**منهل يجب على المستودع ما دام مستودعا ان يحفظ كل وديعه صحيحه شرعا**

إذا قبضها و دخلت تحت يده كما فى الغنيه و النافع و الشرائع و التبصره و الإرشاد و عد و التحرير و اللّمعه و لك و مجمع الفائده و الكفايه و الرياض و لهم اولاً انه ممّا لا خلاف فيه و مجمع عليه و ثانياً ما صرّح به فى مجمع الفائده من أنّ العقل يحكم به لأنّه استامنه شخص فقبل فتركه اضاعه مال الغير بعد القبول و هو قبيح و ثالثاً ما تبّه عليه فيه أيضاً بقوله لان تركه يستلزم لتضييع المال المنهى عنه و رابعاً ما تبّه عليه فيه أيضاً بقوله لأنّه وفاء بالعقد و اتيان بالشرط و خامساً ما تبّه عليه فيه أيضاً بقوله لأنّه ممّا لا يتم الواجب و هو ردّ الامانه المامور به فى الكتاب و السنّه و عدم الخيانه المنهى عنه فى السنه الا به فيجب فت و

## ينبغى التنبيه على امور

### الأول هل وجوب الحفظ نفسى كوجوب الصلاه

فترتب على تركه العقاب بالخصوص او هو توصلى و من باب المقدمه كغسل الثوب و يظهر الفائده فيما اذا ترك الحفظ و اصر عليه و لم يتفق تلف الوديعه فردها على المالك فانه على الاول يحكم بكونه عاصياً خارجاً عن العداله غير مقبول الشهاده و لا صالح للإمامه و ان كان المال موجوداً و لا يحكم بذلك على الثانى ما دام المال موجوداً على المختار من عدم وجوب مقدمه الواجب بالمعنى المتعارف نعم يحكم بعصيانه عند تلف المال و المسأله محل اشكال من اطلاق كلام الأصحاب بوجوب الحفظ و دعوى الاجماع و الاصل فى الوجوب ان يكون نفسياً و من شيوخ استعمال لفظ الوجوب فى كلامهم فى الشرط بحيث صار من المجازات الراجحه المساوى احتمالها لاحتمال الحقيقه او صار من الافراد الشائعه التى لا ينصرف اليها الاطلاق فلا يبقى لكلامهم ظهور فى اراده النفسى فيبقى اصاله البراءه عنه المؤيده بخلو الأخبار و كلام الاصحاب عن الاشاره اليه سليمه عن المعارض و كيف كان فالاحوط هو الأول و عليه فهل ترك الحفظ من الكبائر او لا الأقرب الاخير

### الثانى لا يشترط فى الحفظ قصد القربه

للأصل و ظهور الاتفاق عليه

### الثالث لا يجب عليه الحفظ الى ان يسترجع المالك

لان له ان يردها عليه متى شاء لان الوديعه من العقود الجائزه فهو واجب ما دامت عنده

### الرابع هل يجب على المستودع حفظ الوديعه

بعد قبولها و ان لم يقبضها و كانت عند المالك او يشترط فى الوجوب دخولها تحت يده الاقرب الأخير للأصل و عدم انصراف ما دلّ على وجوب الحفظ الى محلّ البحث كما لا يخفى

### الخامس لا شبهه فى ان المستودع اذا حفظ الوديعه بما جرت به العاده فى حفظها



فقد اتى بما يجب عليه من حفظ الوديعة و خرج عن عهده التّكليف و لم يضمن بالتلف و النقصان و يدلّ عليه اولا الأصل و ثانيا ظهور الاتفاق عليه و ثالثا ما تبّه عليه فى لك بقوله لما لم يكن لحفظ الوديعة قاعده مخصوصه من قبل الشّارع كان المرجع فيه الى العرف فما عدّ فيه حفظا لمثل تلك الوديعة كان هو الواجب و لم يتعبّه ضمان لو فرض تلفها معه و صرّح بما ذكره هنا فى الروضه أيضا و كذا صرّح به فى مجمع الفائده و يتفرع على ما ذكرنا امور منها جواز حفظ الدّابه فى الاصطبل كما صرح به فى يع و عد و الارشاد و اللّمعه و هم اطلقوا الاصطبل و قيده فى ضه بما كان مضبوطا بالغلق و هو جيّد غالبا و منها جواز حفظ الثوب فى الصندوق و كما صرّح به فى يع و عد و الارشاد و اللّمعه و نحو الثوب النقد كما صرّح به فى الارشاد و اللّمعه و ظ اطلاق كلام هؤلاء كفايه مطلق الصّندوق و منعه فى لك قائلا و اعلم ان ليس مطلق الصّندوق كافيا فى الحفظ بل لا بدّ معه من كونه محرزا من غيره اما بان لا يشاركه فى البيت المذى هو فيه يد اخرى مع كون البيت محرزا بالقفل و نحوه او كون الصندوق محرزا بالقفل كك و كونه كبيرا لا- ينقل عاده بحيث يمكن سرقة كك و فيما ذكره ككلام اولئك الجماعه نظر بل المعتمد كون الصندوق بحيث يصدق معه الحفظ و عدم التفريط و هما قد يتوقفان على ما ذكره فى لك و قد يحصلان بغيره و منها جواز حفظ الشاه فى المراح كما صرّح به فى يع و عد و شاد و اللّمعه و هؤلاء اطلقوا المراح و قيده فى ضه بالمضبوط بالغلق و اذا حفظ بغير ما جرت به العاده و كان ذلك احفظ و اوثق كحفظ الدابه فى البيت الذى يجلس فيه فلا اشكال فى جوازه و ما يحكى عن بعض من المنع منه و الحكم بالضمان ح باعتبار مخالفته المعهود و المعتاد فضعه ظ و هل يجزى مطلق ما يسمّى حفظا من غير تفريط و ان كان دون المعتاد او يشترط ان يكون على الوجه المعتاد يستفاد من يع و فع و عد و د و عه و التنقيح الثانى و يظهر من جامع المقاصد و ضه و لك و الكفايه و الرّياض الأوّل و هو الأقرب للأصل و خلّو الاخبار عن بيان كفايه الحفظ و عموم ما دلّ على نفي الضمان عن المستودع خرج منه صورته التعدى و التفريط و صدق عدم الحفظ

ص: ٢٣٩

بالدليل و لا دليل على خروج محلّ البحث فيبقى مندرجا تحته

### السادس صرح فى لك و الكفايه و الرّياض بانه لا فرق فى وجوب الحفظ و الحرز بين علم المستودع

بان المستودع لا حرز له اولا فلو اودعه دابه مع علمه بانّ المستودع لا اصطبل له او لا مع علمه بانه لا صندوق له لم يكن عذرا و يضمن مع عدم الحفظ و هو جيّد و صرّح فى الاخيرين بانه لا فرق فى ذلك بين الحرز المملوك للمستودع و غيره و هو أيضا جيّد و لو حفظه فى مكان مغصوب فتلف من غير تعدّ و لا تفريط فالاقرب عدم الضمان السّابع لو عين المالك حرزا للوديعة و لم يكن ضروره الى التّقل الى ما دونه لم يجز النقل اليه و لو نقلها ح اليه ضمن كما فى يع و التّبصره و الارشاد و القواعد و التّحرير و التنقيح و ضه و الكفايه و الرّياض و لهم اولا ظهور الاتفاق عليه و ثانيا تصريح التنقيح و لك بدعوى الاجماع عليه و يعضده قول الرّياض لو عين المالك حرزا اقتصر عليه وجوبا بلا خلاف فيه فى الجملة و لو نقلها الى ادون ضمن اجماعا كما فى الغنيه و لك

منهل الوديعة جائزه من الطرفين

اشاره

فيجوز لكلّ منهما فسخها متى اراد و مطالبه المودع اياها متى شاء و رد المستودع عليه كك و لم يكن لأحدهما منع الاخر كما في فع و يع و القواعد و التحرير و التذكرة و جامع المقاصد و لك و الكفايه و مجمع الفائده و الرياض و لهم اولا ظهور الاتفاق عليه و ثانيا أنه تبه في التذكرة في مقامين على دعوى الاجماع عليه بقوله هي جائزه من الطرفين لكلّ منهما فسخها بالاجماع و يعضده امور احدها قول لك لا خلاف في كون الوديعه من العقود الجائزه و ثانيها قول مجمع الفائده في مقام هي جائزه اجماعا و في آخر لا-خلاف في كونه عقدا جائزا غير لازم فيجوز فسخه بالاجماع و ثالثها قول الرياض هي جائزه بلا خلاف كما في لك و غيره و هو الحجة المخصّيه لأدله الوفاء بالعقود ان قلنا بكونها منها كما هو المشهور و ان قلنا بكونها اذنا ارتفع الاشكال من اصله و لا احتياج الى مخصّيه و ثالثا ما تبه عليه في كرهه بقوله و لأنه قد تقدم انه توكيل خاص و الوكاله جائزه من الطرفين و

### ينبغي التنبيه على امور

#### الأول اذا فسخ المستودع و عزل نفسه صارت الوديعه في يده امانه شرعيه

كما صرح به في جامع المقاصد فيلزمه حكمها

#### الثاني ان ردها بعد الفسخ الى المالك او وكيله

المدى له ان يقبضها منه باعتبار الوكاله سواء كان عاما او خاصا برئت ذمته و لم يضمن كما في التذكرة و القواعد و الشرائع و للمعه و ضه و لك و الكفايه بل هو متفق عليه و هل يتعين عليه الرد الى المالك او يتخير بين الرد اليه و الرد الى وكيله المفروض صرح في ضه بالخير و هو المعتمد

#### الثالث اذا تمكن من ردها اليهما فردها الى الحاكم

او ثقه ضمن كما في التذكرة و ضه و لك بل الظاهر انه ممّا لا خلاف فيه و قد صرح بنفيه في الرياض و احتج عليه فيه و في كره و لك بانّ الحاكم و الأمين لا ولايه لهما على الحاضر الرشيد و اذا تمكن من اعطائها الوكيل دون المالك فهل يجوز له ان يعطيها الحاكم ح او لا حكى في لك عن بعض العامه احتمال الأول لأنه بمنزله وكيله ثم صرح فيه بانّه ليس بذلك البعيد و فيه نظر بل المعتمد عدم جواز ذلك للأصل و عدم الدليل على الجواز

#### الرابع اذا لم يتمكن من الرد الى المالك و الوكيل

و لا- من حفظها عنده لأنه يعلم انه اذا بقيت عنده يتلف بوجه من الوجوه فيجوز له ح ان يعطيها الحاكم مع التمكّن منه و ان لم يتمكن منه فيجوز له ان يعطيها الثقة الأمين لتحفظها و ليس عليه ضمان في اعطائها الحاكم و ثقه ح اما جواز الاعطاء للحاكم و عدم ضمانه به فقد صرح به في التذكرة و يع و القواعد و للمعه و ضه و لك و الكفايه و الرياض بل الظاهر انه ممّا لا خلاف فيه و قد صرح بنفيه في الرياض و احتج عليه فيه في لك بانه ولي الغائب و في ضه بالضروره و الحرج و اما جواز اعطائها ح الثقة الامين مع عدم التمكّن من الحاكم فقد صرح به في الشرائع و القواعد و لك و ضه و الكفايه و الرياض بل الظاهر انه ممّا لا

خلاف فيه و يدلّ عليه مضافا الى ما ذكر عموم ما دلّ على نفى الضرر و الحرج و السبيل على المحسن و لا يجوز اعطائها الفاسق الخائن و لا- الفاسق الامين و لا- المجهول حاله مع التمكن من الثقة الامين و هل يجوز اعطائها له مع التمكن من الحاكم او لا الاحوط الاخير بل هو الاقرب وفاقا للقواعد و ضه و لك و الكفايه و الرياض بل الظاهر أنّه ممّا لا خلاف فيه بل عن التذكرة دعوى الاجماع عليه

### الخامس اذا تمكن من حفظها و لم يتمكن من الردّ الى المالك

او وكيله و تمكّن من الردّ الى الحاكم و الثقة فلا- يجوز له الردّ اليهما ح و يضمن لو رد اليهما كما فى اللّمعه و ضه و لك و الكفايه و الرياض بل الظاهر أنّه ممّا لا خلاف فيه و قد صرّح بنفيه فى الرياض و لك حكاه من الاصحاب قائلا لا يعلم فيه خلافا و احتجّ عليه فيه و فى الرياض بالتزامه بالحفظ بنفسه فلا يبرء الا بدفعها الى المالك او وكيله مع ان المالك لم يرض بيد غيره و لا ضروره الى اخراجها من يده فليحفظها الى ان يجدهما او يتجدّد له عذر

### السادس اذا وجب على المستودع اعطاء الوديعه للحاكم

فهل يجب على الحاكم قبولها مط و لو تمكن المستودع من اعطائها للثقة الامين او لا يجب عليه القبول مع تمكن المستودع من اعطائها للثقة الامين صرّح بالأوّل فى كره و عد و الايضاح و جامع المقاصد و لك و يظهر من التحرير و الكفايه و الرياض التوقف و من مجمع الفائده عدم وجوب القبول و هو الاقرب لأصالة البراءة المؤيّد به أنّه لو وجب عليه القبول للزم العسر و الحرج و الاصل عدمهما فت و أنّه لو وجب عليه القبول لاشتهر بل و تواتر لتوفر الدواعى عليه و التالى بط فالمقدم مثله فت لا يق يدفع ما ذكر امران احدهما ما تمسّك به فى كره و الايضاح و جامع المقاصد و لك على وجوب القبول قائلين يجب عليه القبول لأنّه من المصالح و هو منصوب لها و لو لم يجب فانت المصلحه فى نصبه و ثانيهما ما تمسّك به فى الايضاح و لك على ذلك من أنّه ولى المالك و نائب الغالب فيجب عليه القبول لأننا نقول الوجهان المذكوران لا يصلحان للدفع كما لا يخفى و قد اشار الى ضعف الأوّل فى مجمع الفائده قائلا و فى كون الحاكم منصوبا لمثل هذه المصلحه و منع دفعه بالدليل غير ظاهر بل هو منصوب للحكم و القضاء و يمكن لحفظ ما يتلف أيضا من مال الأطفال و الغياب أيضا اذا لم يوجد من يحفظه و هنا يمكنه الحفظ بنفسه بالايدياع عند نفسه و كيف كان فالاحوط القبول و على تقدير وجوبه فهل يجب بمجرد طلب المستودع و ان لم يعلم عذره المسوّغ للدفع او

ص: ٢٤٠

بشرط علم الحاكم بالعذر و ثبوته عنده و جهان و لعلّ الثّانى اقرب ثم أنّه على التقدير المذكور هل يجب على الحاكم مباشرة للحفظ او لا- نبه فى مجمع الفائده على الثّانى قائلا- الظاهر ان المراد بوجوب قبضه و قبوله اعم من ان يقبضه بنفسه ليصير هو بنفسه الودعى او يعين له امينا يقبض بحكمه لا بوكالته و صار الامين ودعيا لا الحاكم لان الحاكم له مشاغل و امثال هذه الامور كثيره فلا- ينبغى تكليفه بنفسه لأنه قد يؤول الى العجز و تعطيله عن ساير الاشغال فت انتهى و فيه نظر ثم أنّه أيضا على التقدير المذكور هل يلحق بالوديعة فى وجوب القبول المغصوب اذا دفعها الغاصب الى الحاكم و كان مالكة و وكيله غائبين و الدين اذا دفعه المديون اليه مع غيبه المالك و وكيله او لا صرّح فى عد و لك بالأوّل و احتمال فى جامع المقاصد الثّانى قائلا و يحتمل

عدم وجوب القبول نظرا الى ان البقاء فى يد الغاصب اعود على المالك لكونه مضمونا فى يده و كذا المديون لأنّ الدّين فى ذمته و فيما ذكره نظر و الاقرب عندى أيضا هنا عدم وجوب القبول و اذا حصل للحاكم ضرر لا يتحمل عادة بقبول الوديعه و المغصوب و الدّين فلا اشكال فى عدم وجوب القبول عليه و اذا انحصر حفظ الوديعه فى الحاكم و لم يكن معه ثقه امين يصلح للحفظ فهل يجب ح على المختار القبول او لا ظ المقدس الأردبيلى الاول و هل يجب على الثقه الأمين اذا دفع المستودع اليه الوديعه القبول مط و لو لم يثبت السّبب المسوّغ للدّفْع اليه او لا- يجب عليه ذلك مط و لو علم بالسبب او يجب عليه ذلك مع ثبوت السّبب و الا فلا اوجه فالاحوط القبول مع العلم بالسّبب و مع عدمه فالاقرب عدم وجوب القبول

### منهل عقد الوديعه يبطل بموت كل من المودع و المستودع

#### اشاره

كما فى فع و يع و التذكره و التحرير و عد و الارشاد و التنقيح و اللّمعه و ضه و لك و مجمع الفائده و الكفايه و الرياض و لهم اولاً- ظهور الاتفاق عليه و قد صرّح بنفى الخلاف فيه فى الرياض و ثانيا ما تبّه عليه فى مجمع الفائده بقوله وجه البطلان على تقدير كون الوديعه اذنا واضح و على تقدير العقد أيضا فأنّه جائز اجماعا و ثالثا ما تبّه عليه فيه أيضا بقوله و لأنّه عقد وصيّيه و قد ثبت بطلانه و رابعا ما تبّه عليه فيه أيضا بقوله و لان المال انتقل الى غيرها بالموت فلا يصحّ التصرّف الّا باذن المالك و هو الوارث و

#### ينبغى التنبيه على امور

### الاول تبطل عقد الوديعه أيضا بجنون كل منهما فى يع و الارشاد

و التحرير و القواعد و التذكره و اللّمعه و التنقيح و الروضه و لك و مجمع الفائده و الكفايه و الرياض بل الظاهر أنّه مما لا خلاف فيه و قد صرّح بنفيه فى الخبر

### الثانى تبطل عقد الوديعه أيضا بحصول الاغماء لكلّ منهما

كما فى القواعد و التحرير و التذكره و اللّمعه و التنقيح و ضه و لك و مجمع الفائده و الكفايه و الرياض و لهم اولاً- ظهور الاتفاق عليه و قد صرّح بنفى الخلاف فيه فى الأخير و ثانيا ما تبّه عليه فيه بقوله لأنّ ذلك من احكام العقود الجائزه و الوديعه منها

### الثالث صرّح فى التنقيح ببطلان عقد الوديعه أيضا بسفه احدهما

و افلاسه و عندى فيه اشكال بل احتمال عدم البطلان فى غايه القوه للأصل السليم عن المعارض و لكن مراعات الاحتياط اولى

### الرابع اذا مات المودع و حصل البطلان

و علم المستودع بموته صارت الوديعه امانه شرعيه كما صرح به فى عد و لك و ضه و مجمع الفائده و الرّياض بل الظاهر أنّه مما لا خلاف فيه و فرعوا على ذلك امور منها عدم ضمان المستودع الى ان يردها الى من يصح الردّ اليه و يحصل الاذن له شرعيا ببقائها عنده و بعد ذلك لا يضمن أيضا حتى يحصل احد الاسباب الموجهه له و جميع ذلك ممّا لا شبهه فيها و منها صيروره المستودع مأذونا شرعا فى حفظها الى ان يحصل احد الامرين و هذا ممّا لا شبهه فيه أيضا و منها وجوب ردّها الى من يستحقها بعد موت المودع شرعا و قد صرّح بهذا فى ضه و مجمع الفائده و الرّياض و أوجب فى عد و التنقيح الاعلام و لم اجد دليلا على وجوب الامرين عينا و الاولى ملاحظه الاصلح منهما بحال المستحق فان تساويا تخير بين الأمرين و ليس فيما ذكرنا خروج عن الاجماع كما لا يخفى و منها عدم قبول قول المستودع بعد صيروره الوديعه عنده امانه شرعيه فى الرد الى المالك و لو مع يمينه و قد صرّح بهذا فى عد و اللّمعه و ضه و لك و الكفايه و الرّياض بل الظاهر انه ممّا لا خلاف فيه فلا باس بالمصير اليه

### الخامس هل يجب اذا سمع المستودع موت المودع

و لم يتحقق له ذلك التفحص عنه حتّى يثبت له حقيقه الامر او لا الاقرب الثانى و لا يضمن ثبوت قبول الموت ان تلف من غير تعد و لا تفريط بعد الموت و قبل العلم به للأصل و عموم نفي الضرر و لا يثبت الموت بالظنّ به و لو كان من الشيع المفيد له و خبر العدل الواحد و يثبت بالعلم به مط و بشهادة العدلين به

### السادس اذا تعد وارث المودع سلّم الوديعه اليه

او الى من يقوم مقامه شرعا من وكيل او ولى و لا- اشكال فى ذلك و ان تعددت الورثه سلّم الوديعه اليهم او الى وكيلهم واحدا كان او متعدّدا او الى وليهم واحدا كان او متعدّدا و ذلك حيث لم يصلحوا لقبضها و ان صلح بعضهم له دون الاخر لكونه مولى عليه سلّم الى من يصلح لقبضها و الى ولى الاخر و لو دفعها جملته الى بعض الورثه من غير اذن الباقين او من غير اذن وليهم ضمن حصّتهم كما صرح به فى النافع و يع و التحرير و عد و الارشاد و اللّمعه و جامع المقاصد و ضه و لك و مجمع الفائده و الكفايه و الرّياض و الظاهر أنّه مما لا خلاف فيه و علّله فى ضه و الرّياض بتعديده فيها بدفعها الى غير المالك و هل يجوز ان يقسم بنفسه بينهم بان يدفع حصه كل واحد منهم اليه او لا بل يدفع اليهم بان يجعل فى يدهم كما فى جامع المقاصد و مجمع الفائده او يد و كيلهم او يد واحد منهم اذا كان وكيلا للباقي ظ النّهايه الأوّل فانه قال اذا مات المستودع و له ورثه جماعه لم يسلمها الا الى جماعه او واحد يتفقون عليه او يعطى كلّ ذى حقّ حقّه و صرّح الحلّى ببطلان هذا و قال لان الودعى لا يجوز له قسمتها و قال ان لم يتفقوا على احد فالاولى رفعها الى الحاكم و وافقه فى الحكم ببطلان ذلك السيورى فى التنقيح و هو ظ لف بل هو ظ الاصحاب و هل يجب المبادره الى التسليم الى الوارث واحدا كان او متعدّدا او لا صرّح بالأول فى لك و ضه و مجمع الفائده و يظهر من الكفايه انه قول الاصحاب و لكن فى المراسم و فع و يع و الارشاد و عد و التحرير و اللّمعه أطلق الامر بالتسليم و الاحوط القول الاول بل لا- يخ عن قوه و عليه فهل يجب المبادره مط او يختصّ بصوره جهل الوارث فيه قولان احدهما أنّه يجب المبادره مط و هو للروضه و الرّياض بل تبه فى لك على دعوى الاتفاق عليه قائلًا لا فرق فى وجوب المبادره

فرق بين ان يعلم الورثه بالوديعه او لا و قال بعض الشافعيه انه يجب عليه الدفَع الى الورثه او الحاكم لو لم يعلموا بالوديعه اما إذا علموا بها فلا- يجب الدفع الا- بعد الطلب و لا- باس به و يدلّ على هذا القول مضافا الى ما ذكر اولاً عموم قوله تعالى إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا فإنه يعمّ صورتى الطلب و عدمه و الامر و ان يكن موضوعاً للفور إلا أنه هنا له فت و ثانياً عموم قوله ص لا- يحلّ مال امرء مسلم إلا عن طيب نفسه فت و ثالثاً ان ترك الردّ مستلزم للضرر على المالك حيث يكون محتاجاً الى التصرف فيه و غير متمكن من الطلب مع علمه به و الضرر منقضى بعموم قوله ص لا ضرر و لا ضرار و اذا وجب الردّ مع عدم الطلب ح و جب مط اذ لا- قائل بالفرق على الظاهر فت و رابعاً ما تبّه عليه فى لك على ما حكى قائلان و الاصل فى وجوب المبادرة صيرورتها بالموت امانه شرعيه لا اختصاص الاذن فى التصرف بالمالك و قد انتقل مال منه الى المالك الثانى و هو الوارث و هو غير اذن فالتصرف فى ملكه بغير اذنه غير جائز فيجب المبادرة الى ردّه و ثانيهما انه لا يجب المبادرة الى الرد فى صورته علم الوارث بالوديعه الا بعد طلبه اياها و هو الظاهر من قول كره فيما حكينا عنها سابقاً و لا باس به و قد صار اليه فى لك أيضاً قائلان بعد الاشارة الى نفى الباس عن قول بعض الشافعيه الذى صرح به فى التذكرة و هو وجيه الا انه لم يتحقق به قائل منياً و ان كان القول به ممكناً لعدم تحقق الاجماع و استحسن فى الكفايه ما ذكره فى لك قائلان بعد الاشارة اليه و هو حسن لأصالة البراءة من التكليف الزائد و قد يجاب عما تمسك به من الاصل باندفاعه بادله القول الاول فهو الاجود و مع ذلك فهو احوط ثم ان وجوب التسليم بالخصوص انما هو فى صورته اراده المستودع ردها الى المالك او عدم قدرته على حفظها و الا فيجوز له ان يستودعها و ثانياً من مالكةا من غير تسليم الشّيع اذا مات المستودع فان صارت الوديعه فى يد وارثه او وصيه صارت أيضاً امانه شرعيه فيعملان كالمستودع اذا مات المودع و لا يقبل قولهما فى الردّ و لو مع يمينهما و كذا تصير الوديعه امانه شرعيه اذا جن احدهما فيعمل من هى فى يده ما يعمله المستودع اذا مات المودع و لا يقبل قوله فى الردّ و لو مع يمينه

### منهل الوديعه امانه لا يضمنها المستودع

لو تلف او غاب من دون تفريط و لا- تعدد كما فى المراسم و الغنيه و فع و يع و التحرير و التذكرة و الارشاد و الروضه و مجمع الفائده و الرياض و الحجه فيه امور الاوّل الاصل الثانى ظهور الاجماع عليه و قد صرح به فى الرياض و قد تبّه عليه فى كره أيضاً بقوله هذا الحكم منقول عن على و ابن مسعود و جابر و لم يظهر لهم مخالف فكان اجماعاً الثالث اخبار مستفيضه منها خبر الحلبي الذى وصفه فى كره بالحسن و فى الرياض بالصّحه عن ابى عبد الله ع قال صاحب الوديعه و البضاعه مؤتمنان و منها خبر زراره الذى وصفه فى كره بالحسن و فى الرياض بالصّحه قال سئلت ابا عبد الله عن وديعه الذهب و الفضة قال فقال كلما كان من وديعه لم تكن مضمونه فلا يلزم و قيل رواه فى فى و يب عن زراره فى الصحيح او الحسن و منها خبر اسحاق بن عمّار الذى عدّه بعض الاجله من الموثق قال سئلت ابا الحسن ع عن رجل استودع رجلاً الف درهم فضاعت فقال الرجل كانت عندى وديعه و قال الا-خر أنها كانت عليك قرضاً فقال المال لازم له الا ان يقيم البيّنه أنها كانت وديعه و منها ما اشار اليه بعض الأجله قائلان روى المشايخ الثلاثة باسانيدهم و فيها الصحيح و غيره عن محمد بن مسلم عن ابى جعفر ع قال سألت عن الرجل يستضيع المال فهل لك او يسرق ا على صاحبه ضمان فقال ليس عليه غرم بعد ان يكون الرجل اميناً و منها ما اشار اليه أيضاً بعض الاجله قال روى فى فى يب و يه فى الصحيح او الحسن عن الحلبي عن ابى عبد الله ع فى رجل استاجر اجيراً فاقعده على متاعه فسرق قال هو مؤتمن و منها ما اشار اليه فى كره قائلان روى العامه عن النبى ص انه قال ليس على المستودع ضمان و قال من اودع وديعه فلا ضمان عليه الرابع ما اشار اليه فى كره قائلان و لان الله تعالى سماها امانه و الضمان ينافى الامانه الخامس ما اشار اليه فى كره لأنّ المستودع انما يحفظها لصاحبها متبرعاً بذلك فلو الزمناه الضمان ادى الى الامتناع عن قبولها و فى ذلك ضرر عظيم لما بيّناه من

الحاجه اليها السادس ما اشار اليه في كره قائلًا ولأن يد المستودع يد المالك السابع انّ المستودع محسن فلا ضمان عليه لعموم قوله تعالى مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلِ الثَّامِنِ اِنَّه لو لزم الضمان في محلّ الفرض لاشتهد بل و توافر لتوفر الدواعى عليه و التالى بط فالمقدم مثله و لا اشكال و لا شبهه في انّ المستودع ضمن بالتعدى او التفريط و قد صرح بضمانه بهما في يع و اللّمعه و الروضه و الكفايه و الرياض و قد صرح فيه بنفى الخلاف في ذلك و المراد بالتعدى مخالفه المالك فيما امره به و فعل ما يوجب تركه كما صرح به في التنقيح و لك و الكفايه و الرياض و المراد بالتفريط هو ان يقصر في الحفظ عاده و يترك ما يجب فعله كما صرح به في التنقيح و لك و ضه و الكفايه و الرياض و فيه و ضابطه ما يعد تفريطا و صرح في عد و التحرير و كره بان سبب الضمان واحد و هو التقصير

### منهل المستودع اذا اشترى شيئاً على وجه التجاره

و الاسترباح و دفع الوديعه بازاء ما اشتراه على أنّه ثمنه من غير اذن المالك و حصل ربح في هذه المعامله فهل هذا الرّبح للمالك الوديعه او للمستودع أطلق في المراسم أنّه للمستودع قائلًا فان اتجر المستودع بمال الوديعه فعليه ما اتجر و للمودع الرّبح و نسيه في النّافع على ما ذكره بقوله لو تصرف فيها باكتساب ضمن و كان الرّبح للمالك و حكى ما ذكره في لف عن اكثر الاصحاب قائلًا اذا اتجر الودعي بالوديعه من غير اذن المالك كان ضامنا و الرّبح للمالك باجمعه قاله الشيخان و سلار و ابو الصّلاح و ابن البرّاج و غيرهم و كذا قال ابن الجنيد الا انّ اصحابنا اطلقوا و ابن الجنيد فصلّ ثم حكى تفصيله و عندى الاطلاق الذى حكاه عن الأكثر محلّ اشكال و التحقيق انّ المسأله تنحلّ الى صور منها ان يشتري المستودع شيئاً على وجه التجاره بعين ذلك المال بحيث يكون الثمن شخصيا و يدفعه و يكون قصده الشراء للمالك فضولا و يجيز المالك ما فعله المستودع و هنا لا اشكال في كون تمام الرّبح و العين المبتاعه للمالك بناء على المختار من صحّه معامله الفضولى و لا فرق ح بين ان يتحد معامله المستودع او يتعدد كان يشتري بعين شيئاً ثم يشتري بعين ما اشتراه و هكذا و قد صرح بما ذكرناه في التذكرة و التنقيح و يلحق بذلك الصّحح فضولا و بيع عين الوديعه فضولا و لا فرق ح بين ان يكون المثلث كليا او شخصيا و ليس على المستودع ح ضمان لا يق استفاد من اطلاق بعض الروايات لزوم اعطاء نصف الرّبح للمستودع و هو خبر مسمع قال قلت لأبى عبد الله ع

ص: ٢٤٢

انى كنت استودعت رجلا مالا فجدنيه و حلف لى عليه ثم انه جاءنى بعد ذلك بسنتين بالمال الذى كنت استودعته اياه فقال لى انّ هذا مالكم فخذوه هذه اربعة آلاف درهم ربحتها فى مالكم فهى لك مع مالكم و اجعلنى فى حلّ فاخذت منه المال و ابيت ان اخذ الرّبح منه و اوقفته المال المذى كنت استودعته و اتيت حتى استطلع رأيك فما ترى قال فقال خذ نصف الرّبح و اعطه النصف و حله انّ هذا رجل تائب و الله يحبّ التّوابين لأننا نقول هذه الروايه لا يجوز الاعتماد عليها هنا اما اولاً فلضعفها سندا كما استفاد من لف و اما ثانيا فلعدم انصراف اطلاقها الى محلّ البحث كما استفاد من سياقها مضافا الى ان المفروض نادر جدّا و اما ثالثا فللمنع من كون الامر باعطاء النصف للمستودع للوجوب و هو واضح على ما صار اليه جماعه من اصحابنا من عدم ظهور الامر فى اخبار الاثمه ع فى الوجوب و امّا على المختار من ظهوره فيه فيها فلائنه لا قائل به و لذا حملة فى لف على الاستحباب و كذا حملة فى الرياض قائلًا ينادى به التعليل و اذا لم يجز المالك ذلك فسد ما فعله المستودع و استحقّ المالك عين ماله فان وجده اخذه و الا ضمنه المستودع بالعين او قيمه و لم يستحق المالك الربح اما فساد ما فعله المستودع كما صرح

به في كره و التنقيح فلائنه لو لم يفسد لزم جواز نقل مال الغير الى غيره من غير اذنه مط على وجه اللزوم و التالى بط فالمقدم مثلا اما الملازمه فظاهره و اما بطلان التالى فلقبح ذلك عقلا و لأصالة عدم الانتقال و لعموم نفي الضرر و لاتفاق الاصحاب عليه و اما استحقاق المالك عين ماله فواضح بعد الحكم بفساد المعامله و اما ضمان المستودع بعد التلف فلتعديه و ذلك واضح و اما عدم استحقاق المالك الربح ح فلان الربح إنما يترتب على صحه المعامله اذ المعامله الفاسده لا ربح فيها و قد بينا فساد المعامله فلا ربح فيها و لان اعطاء الربح للمالك اما ان يكون مع اعطائه عين ماله او مع منعه عنها و كلاهما باطل اما الاول فلانه مستلزم للضرر على المشتري الجاهل بان ما اشتراه من المستودع مال الغير و هو منفي شرعا و عقلا و لاستلزام ذلك تملك مال الغير بغير عوض و هو هنا ممتنع و اما الثاني فلان ذلك مستلزم للضرر على المالك و قد ثبت بطلانه و قد صرح بعدم استحقاق المالك الربح ح في كره و التنقيح و يستفاد من اطلاق المراسم و النافع و لف و المحكى فيه عن الاسكافي و الشيخين و الحلبي و القاضى و غيرهم استحقاقه الربح و قد صار اليه والدى علامه دام ظلّه العالى و يدلّ خبر مسمع المتقدم عليه بعموم الناشى من ترك الاستفصال و كذا يدل عليه عموم ما دلّ على ان غير المولى اذا اتجر فى مال اليتيم من غير اذن شرعا كان الربح لليتم من النصّ و الفتوى و فى كلاً- الوجهين نظر اما الاول فلوجوه الاول أنه ضعيف السند على ما يستفاد من جماعه و اشتماله على ابن محبوب الهمذى ادعى أنه ممن اجتمعت العصابه على تصحيح ما يصح عنه لا يوجب الاعتماد عليه كما هو التحقيق لا يق ضعف السند مجبور هنا بالشهره لأننا نقول لا نسلم كون مذهب الأكثر استحقاق المالك الربح فى محل البحث لقوه احتمال انصراف الاطلاق الى غيره و ممّا يؤيد ذلك بان علامه فى كره مع اهتمامه بنقل الخلاف لم يشر الى مخالف هنا لمذهبه اصلا و يؤيد ذلك أيضا ما تبه عليه فى التنقيح قائلًا بعد الاشاره الى المختار فقول المص ضمن و كان الربح للمالك و كك قول الشيخين و التقى و القاضى فيه تساهل ليس على اطلاقه الثانى أنه مشتمل على ما لا يقول به احد على الظاهر و هو وجوب اعطاء نصف الربح للمستودع و حمله الامر على الاستحباب ليس باولى من التخصيص بصوره كون فعل المستودع باعتبار المضاربه الصحيحه المشروطه فيها اخذ النصف بل هذا اولى لما بيناه فى الوسائل من ان التخصيص اولى من المجاز حيث ما تعارضا و لا ينافيه قوله انى كنت استودعت الى اخر لاحتمال تحقق المضاربه بعد الاستيداع مع امكان دعوى صدقه على المضاربه بطريق الحقيقه فت الثالث ان اطلاقه ينصرف الى صورته صحه المعامله باعتبار اجازة المالك لأنها الغالبه و المتبادره و الأ لزم الحكم باستحقاق المالك الربح مط و لو حكم بفساد المعامله من جهه اخرى لعدم تعيين الثمن و المثلث و اشتمالها على الربا و نحو

ذلك و هو باطل قطعاً فتدبر الرابع ان غايته الإطلاق او العموم و هو معارض بما ذكرنا و هو اولى بالترجيح فيه و مع هذا فقد يق ان الاطلاق وارد فى بيان امر اخر و هو بيان ان المستحق للربح على تقدير صحه المعامله المالك لا غيره و توهم ان المتجر ينبغى ان يستحق الربح لعلمه بط فتدبر و اما الثانى فلائنه قياس و مع هذا فقد يمنع الحكم فى المقيس عليه لان الدليل عليه ليس الاطلاق جملة من النصوص و الفتاوى فقد عرفت حاله و مع هذا فقد قيد جماعه من المتأخرين الاطلاق المذكور هناك معللين بانه لا- ينطبق على القواعد من غير اشاره الى كون المسأله خلافيه و هو مشعر بكون مراعات القواعد متفقا عليها و ان اطلاق العبارات مبنى على المسامحه و منها ان يشتري المستودع شيئاً على وجه التجاره بعين ذلك المال بحيث يكون الثمن شخصياً و يدفعه و يكون قصده الشراء لنفسه لا- للمالك و هنا يلزم الحكم بفساد المعامله و ضمان المستودع لوديعه بعد تلفها و عدم استحقاق المالك الربح اذا لم يجز المالك ما فعله المستودع و يستفاد من اطلاق المراسم و النافع و لف و المحكى فيه عن الإسكافي و الشيخين و الحلبي و الحلبي و غيرهم استحقاقه الربح و هو ضعيف لما تقدم اليه الاشاره و اما اذا اجازة فان لم نقل بصحه معامله الفضولى فلا- اشكال فى ثبوت جميع ما ذكر ح و ان قلنا بصحتها فى الجملة ففى ثبوتها ح اشكال و يظهر من



اطلاق التذكرة و التنقيح هنا الصحة و من صاحب كك العدم و الاقرب عندي الصحة و عليها يلزم ان يكون الربح ح للمالك و عدم ضمانه و منها ان يشتري المستودع شيئاً على وجه التجاره فى الذمه بحيث يكون الثمن كلياً و يكون قصده الشراء للمالك اما و كاله او فضولا و يدفع الوديعه قضاء من غير اذن المالك و هنا لا صحة فى اشكال المعامله و استحقات المالك الربح على تقدير الوكاله و كذا على تقدير صحة معامله الفضولى مع تحقق اجازة المالك و هل يضمن ما دفعه من الوديعه حيث لم يرض المالك بالدفع او لا المعتمد هو الأول لتعديبه و عدم استلزام التوكيل فى الشراء او اجازته الاذن فى الدفع و اما اذا اجاز الدفع فيحتمل قويا سقوط ضمانه لأنه فى الحقيقة ابراء و هو لا يتوقف على لفظ و اذا لم يكن المستودع وكيلا و لم يجز المالك ما فعله فالظاهر عدم فساد المعامله و عدم استحقات المالك الربح و ضمان المستودع لما تقدم اليه الإشاره و منها ان يشتري المستودع شيئاً على وجه التجاره فى الذمه بحيث يكون الثمن كلياً و يكون قصده الشراء لنفسه و يدفع الوديعه قضاء عما ثبت فى ذمته و هنا لا اشكال فى صحة معاملته

ص: ٢٤٣

السليمه للعمومات عن المعارض و مع هذا لم اجد فيه مخالفا و كك لا اشكال فى ضمانه لأصالة ما دل على ان التعدى فى الوديعه يوجب الضمان و لم اجد فى هذا مخالفا و ممن صرح بذلك جماعه تقدم اليهم الإشاره و كك لا اشكال فى ان الثمن الكلى يستحقه المالك و المثمن يستحقه المشتري فى الجملة لأن ذلك مقتضى العقد الذى حكم بصحته و هل الربح للمالك او للمشتري المستودع صرح فى كره بالثانى و كذا صرح فى التنقيح قائلا التصرف فى الوديعه بالاكتساب بان يدفعها عوضا عن عين مبتاعه للاسترباح و هذا الربح لا يخ اما ان يقع العقد على العين بان يبيعه هذه بهذه او يقع على ما فى الذمه بان يشتري سلعه بثمان معين مطلق ثم يدفع الوديعه قضاء عن ذلك الثابت فى ذمته و هذا يكون الملك للمستودع و الربح له و عليه ضمان المال و الاول يكون العقد موقوفا على اجازة المالك فاذا اجاز فالملك و الربح له و الا كان البيع فاسدا فى نفسه و ربح كل للمالك هذا تحقيق هذه المسألة فقول المص ضمن و كان الربح للمالك و كك قول الشيخين و التقى و القاضى فيه تساهل ليس على اطلاقه بل ينصرف على شرائه بالعين و يجيز المالك و يمكن استفادته هذا القول الذى صار اليه من البيان و س و حاشيه يع و لك و مجمع الفائده و ك و خيره لظهورها فى الحكم بانه يستحق الربح من اشترى شيئاً فى الذمه و دفع مال اليتيم قضاء عنه من غير اذن شرعا فيه لا اليتيم المالك و صرحوا بانه انما يستحق اليتيم الربح فى صورته الشراء بالعين و الظاهر انه لا فرق بين مال اليتيم و غيره من الودايح و استفاد من اطلاق المراسم و النافع و لف و المحكى فيه عن الاسكافى و الشيخين و الحلبي و القاضى و غيرهم الاول و يمكن استفادته من يع و التحرير و عد و هى و الإرشاد و شرح المفاتيح لأنها اطلقت الحكم باستحقاق اليتيم الربح اذا اشترى احد شيئاً فى الذمه و دفع ماله قضاء عنه من غير اذن فيه شرعا و يدل على هذا القول اطلاق خبر مسمع المتقدم و اطلاق ما دل من الاخبار على استحقات اليتيم الربح حيث يقع المعامله بماله على الوجه الغير المعتمد شرعا لا يق لا يتحقق بتعقل الحكم باستحقاق المالك و اليتيم الربح مع عدم استحقاقهما الاصل فيلزم اما ان يستحقا الأصل و الفرع معا او ان لا يستحقا شيئاً و الاول بط فتعين الثانى لأننا نقول ذلك باطل لانتفاضه بالخمس فان الأصل للمالك و خمس الفرع لأربابه لأنه اذا جاز ان يكون خمس الربح لمالك الاصل و الباقي لغيره جاز ان يكون تمامه لمالك الاصل الاخر فتدبر نعم قد يناقش فى التمسك بالاطلاقين المذكورين بوجوه منها ان خبر مسمع ضعيف السند لا يصح الاعتماد عليه فى اثبات حكم مخالف للأصل فلا يمكن المصير الى القول باستحقاق المالك للوديعه الربح فى محل البحث و ان قلت يستدل على هذا القول بعد تسليم عدم جواز الاعتماد على خبر

مسمع بما دل على استحقاق اليتيم الذي اتجر بماله على الوجه الغير المعبر شرعا اذ لا قائل بالفصل بينه و بين محلّ البحث و لا يمكن المناقشه فيما ذكر بضعف السند قلنا نمع تحقق الاجماع و فيه نظر لان الظاهر تحققه و هو يكفى فى الحجيه و منها ان مورد الاخبار المشار اليها هو التجاره بمال الغير و لا يتحقق الا بعد وقوع المعامله بعين ماله لا بما فى الذمه فليس محلّ البحث ممّا يشمله اطلاق الاخبار المذكوره و فيه نظر اما اولا فلانه لو كان مورد الاخبار المذكوره المعامله بعين المال لكان موردها صوره المعامله بعين المال مع حصول الاجازه ممن يصح منه الاجازه لأن الحكم باستحقاق مالك المال الذى دفع المعامله على عينه الربح انما يتجه فى هذه الصوره بما لا يخفى و ينافى هذا الحكم بضمان المتصرف فى الاخبار المذكوره لأنه لا ضمان عليه بعد اجازته المالك فانحصر ان يكون موردها وقوع المعامله على ما فى الذمه و دفع المال قضاء عنه و يندرج تحت هذا محل البحث أيضا كما لا يخفى و اما ثانيا فللمنع من عدم تحقق مفهوم التجاره بالمال الا بعد وقوع المعامله على عينه بل يتحقق أيضا فى صوره المعامله على ما فى الذمه مع القصد حين المعامله الى دفع ذلك المال قضاء و هو احد صور محلّ البحث مما لا يصدق فيه التجاره بالمال و هو ما اذا وقعت المعامله على ما فى الذمه و لم يقصد حين العقد

دفع ذلك المال قضاء و هو احد صور محلّ البحث نعم بعض صور محلّ البحث ممّا لا يصدق فيه التجاره بالمال و هو ما اذا وقعت المعامله على ما فى الذمه و لم يقصد حين العقد دفع ذلك المال قضاء ثم طرأ ذلك القصد بعد ذلك و دفع قضاء و لكن هذا غير قاصح لأنه اذا اندرج بعض افراد محلّ البحث تحت اطلاق الاخبار المذكوره و جب الحاق باقى الافراد به لعدم القائل بالفصل و لو منع منه باعتبار كون عبارات القائلين باستحقاق مالك الوديعه الربح حيث يتجر بها المستودع كإطلاق الاخبار المذكوره فينبغى الحكم باختصاص استحقاق مالك الوديعه للربح حيث يتجر بها المستودع بصوره صدق هذا المفهوم فعلى اى تقدير لا- يتجه ما صار اليه فى كره و التنقيح من ان الربح فى محلّ البحث للمستودع مط فت و منها معارضه اطلاق الاخبار المذكوره بامرین احدهما عموم قوله ص الناس مسلطون على اموالهم ان ادعى ارباب العقول الثانى أنه يجب على المستودع دفع الربح الى مالك الوديعه تعبدا و اعترفوا بأنه مملوك للمستودع ما لم يدفع فت و يؤيده عموم قوله تعالى **لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ** \* الايه و قوله ص لا- يحلّ عن مال امرء الا عن طيب نفسه الثانى عموم قوله ص لا ضرر و لا ضرار و ان ادعوا انتقال الربح الى مالك الوديعه قهرا بعد وقوع عقد المعامله من المستودع و دفعه الوديعه قضاء فت و التعارض بين الامرین من قبيل تعارض العمومين من وجه كما لا يخفى و من الظاهر ان الترجيح مع هذه العمومات لا مع اطلاق من الاخبار المذكوره فينبغى تقيدها بصوره وقوع المعامله من غير المالك على ما فى الذمه فضولا مع حصول اجازته المالك و دفع المال من غير اذنه قضاء فانه يصح ح الحكم باستحقاقه الربح و بضمان المتصرف فى المال و يتحقق له المعاوضه المشار اليها هنا كما لا يخفى الا ان يق تنزيل الاطلاق على هذه الصوره فى غايه البعد لندرته كما لا يخفى فيكون الاطلاق المذكور باعتبار انصرافه الى الفرد الشائع و هو محلّ البحث اقوى دلالة من معارضه فينبغى ترجيحه و فيه نظر للمنع من ذلك و المسأله عندي فى غايه الإشكال فلا ينبغى ترك الاحتياط فيها و لكن القول الثانى اقرب دون ما اختاره فى التذکره لوجوه ذكرناها فى كتاب الزكاه و ينبغى التنبيه على امور الأول الظاهر ان بيع الوديعه بشىء كسواء شىء بها و جميع ما ذكرناه فى الصور الاربع الثانى ان ما ذكرناه فى الصور الاربع لا يختص بصوره قصد التجاره بل هو جار مط و ان لم يقصد التجاره الثالث الظاهر ان الصّٰلِح كالبیع فى جميع ما ذكرناه و ان صرفا الى القول فى التام الصوره الرابعه و قلنا بان الربح فيها للمالك فلا يبعد الحكم بالبیع فيرجع الصّٰلِح الى ما بقيت القاعده

و هو اختصاص الربح بالمستودع لأنّ الظاهر من النص و الفتوى غير الصّليح و الظاهر على القول المذكور اختصاص الحكم بصوره صدق اسم التجاره بالوديعة لاختصاص النصّ و الفتوى بها و قد يناقش في جميع ما ذكر بل الظاهر الحاق الصّليح بالبيع و غير التجاره بها فيما ذكر الرابع الظاهر انه لا فرق في الوديعة في جميع ما ذكرناه بين ان يكون لليتيم او للبالغ الرّشيد و كذا لا فرق في جميع ما ذكرناه بين الوديعة و العاربه و الماخوذ سرقة او غصبا و بالجمله المناط فيما ذكرناه في الصّور الاربعه هو مال الغير الذي لم يجز التصرف فيه شرعا و كان هناك من تصح منه اجازة المعامله

## منهل المستودع اذا صار ضامنا بالتعدى و التفريط

### اشاره

و باحد الاسباب الموجه للضمان فلا يعود امينا و لا يرتفع ضمانه بمجرد حفظه الوديعة على الوجه المقرر شرعا بعد ذلك كما صرح به في الغنيه و النافع و الشرائع و القواعد و التحرير و التذكرة و التبصره و الارشاد و اللمعه و الروضه و لك و مجمع الفائده و الكفايه و ض و بالجمله الظاهر انه ممّا لا خلاف فيه بين الاصحاب كما صرح به في الرياض و عزاه في التذكرة الى علمائنا قائلا اذا صارت الوديعة مضمونه على المستودع ما ينقل الوديعة و اخراجها من الحرز او باستعمالها كركوب الدابه و لبس الثوب او غيرها من اسباب الضمان ثم انه ترك الخيانه و رد الوديعة الى مكانها و خلع الثوب لم يبرأ بذلك عند علمائنا اجمع و لم يزل عنه الضمان و لم يعد امانته و ربما يستفاد من بعض الاجله من اصحابنا خلاف ذلك و لكن لا عبره بخلافه و لا تعتنى بقوله و يدل على المختار مضافا الى ما ذكر مما تمسك به في الغنيه و ضه و لك و مجمع الفائده و الرياض من اصاله بقاء الضمان و استصحابه و يعضد ما تمسك به في ض من عموم قوله ص على اليد ما اخذت حتى تؤدى و

### ينبغي التنبيه على امور

## الاول اذا ردّ المستودع المفروض الوديعة الى صاحبها

خرج عن الضمان كما في الغنيه و النافع و الشرائع و التحرير و الارشاد و التبصره و مجمع الفائده و غيرها و بالجمله هو ممّا لا خلاف فيه فان اودعه المالك اياها ثانيا و جدد له الوديعة لم يكن ضامنا كما هو مقتضى العبارة السابقه و صرح به في الغنيه و كره و غيرها و بالجمله هو ممّا لا- خلاف فيه أيضا و يعضده اولاً- قول الغنيه يزول الضمان بردها الى صاحبها او وكيله سواء اودعها اياها مره ثانيه أم لا بلا خلاف و ثانيا قول التذكرة لو رد الوديعة بعد ان تعلق ضمانها به اما بالاخراج منه من الحرز او بالتصرّف او بغيرهما من الاسباب الى المالك و اعاده عليه ثانيا فانه يعود امينا اجماعا و يبرء من الضمان و ثالثا قول لك لا شبهه فيه لأنّه وديعه مستأنفه يترتب عليها حكمتها الذي من جملته كون الوديعة امينا و يلحق بالمالك و وكيله في قبضه اياها و هل تسليمها الى الحاكم او الثقة على وجه سائغ شرعا كالتسليم الى المالك فيبرء من الضمان او لا بل يبقى على ضمانه صرح بالأول في الشرائع و الارشاد و مجمع الفائده و ربما يظهر من التبصره و الإرشاد الثاني و هو اوفق بالأصل و احوط

## الثاني اذا لم يدفعها المستودع المفروض الى المالك

و لكنّه جدد له الاستيمان كان يقوله له اذنت لك في حفظها او اودعتها او استامنتك عليها فهل يزول عنه الضمان بذلك ح او

لا صرّح بالاول فى بيع و القواعد و التحرير و التذكرة و الروضة و مجمع الفائده و الرياض و صرح فيه بانه أشهر و حكى فيه و فى الروضة عن بعض الثانى و هو ظ النافع و الشرائع و التبصره و توقف فى الكفايه و عندى ان القول الثانى فى غايه القوه خصوصا اذا قلنا ان اتيانه بما يوجب الضمان لا يبطل عقد الوديعه لأصالة بقاء الضمان و عموم قوله ص على اليد ما اخذت حتى تؤدى لا يق يدفع ما ذكر ما تمسك به فى كره و لك على نفي الضمان فى محلّ الفرض قائلا لان التضمين حق المالك و قد رضى بسقوطه باحداثه ما يقتضى الامانه لأننا نقول لا نم ان الضمان حق للمالك لعدم الدليل عليه سلّمنا و لكن لا نم أنّ تجديد الاستيمان يدلّ على اسقاط الحق و لا يق يدفع ما ذكر ما اشار اليه فى لك قائلا يمكن بناء ذلك على أنّ الغاصب اذا استودع هل يزول الضمان عنه او لا فان المستودع هنا قد صار بتعديه غاصبا و المسأله موضع اشكال اذ لا منافات بين الوديعه و الضمان كما فى الفرض المذكور فلا يزول الضمان السابق بتجدد ما لا ينافيه من عموم قوله ص على اليد ما اخذت حتى تؤدى و من أنّه قد اقام يده مقام يده و جعله و كيلا فى حفظها و ذلك يقتضى رفع الضمان و قد سلف البحث فى نظائره فى مواضع كالرهن و القراض و الاقوى هنا زوال الضمان لأنّ المستودع نائب عن المالك فى الحفظ فكانت يده كيده و قبضه لمصلحته فكان المال فى يده بمنزله ما اذا كان فى يد المالك بخلاف الرهن لأننا نقول ما ذكره لا يصلح للدفع نعم يق الوجهان اللذان تمسك بهما على ثبوت الضمان المذكوران لا ينهضان لإثباته فى محلّ الفرض اما الاول فللمنع من تعلق الضمان بالمستودع حين تفریطه و خيانتة لاحتمال كونه مراعى كبيع الفضولى فت سلّمنا و لكنه معارض باصالة عدم تملكه لما يؤديه المستودع المفروض فيبقى اصالة براءة ذمته سليمة عن المعارض على أنّ هذا الاصل اولى بالترجيح لاعتضاده بالشهره المحكيه بل المحققه على الظاهر بل القائل ببقاء الضمان فى محلّ البحث من اصحابنا غير معلوم كما لا يخفى على من تتبع كتبهم و قد يمنع من ظهور عبارته النافع و تاليه فى مخالفه المعظم الا لقوه احتمال انصراف اطلاق كلامهم الى غير محلّ البحث و لعلّه لذا لم ينسب احد اليها الخلاف فت و ربما يظهر من كره دعوى الاتفاق على مختاره لأنه لم ينسب الخلاف هنا الا الى الشافعى و يؤيده انه فى لف لم يحك هنا خلافا عن المعظم و كذا فى لك و مجمع الفائده و اما الثانى فلضعف سنده و عدم جابر له فى خصوص المكان المقام مع امكان المناقشه فى دلالتة فت و مع هذا فالمسأله فى غايه الاشكال فلا ينبغى ترك الاحتياط فيها و ان كان المصير الى ما عليه المعظم لا باس به

### الثالث اذا أبرأ المالك المستودع من الضمان حيث لم يردها اليه

فهل يبرء كما لو ردها اليه أو لا صرّح بالأول فى الغنيه و الشرائع و التحرير و الروضة و لك و مجمع الفائده و الرياض و ادعى فيه أنّه أشهر و يظهر من الرياض وجود قول بالثانى و يدلّ عليه اطلاق النافع و التبصره و ربما كان مستنده مضافا الى الاستصحاب و عموم قوله ص على اليد ما أخذت حتى تؤدى ما اشار اليه فى لك قائلا قد جزم المص ببراءته بما ذكر و الوجه فيه ما سبق من ان الضمان لحق المالك و قد اسقطه بالبراءه و يشكل بانّ معنى الضمان أنّ العين لو تلفت و جب عليه بدلها و الحال انها الان لم تتلف فيكون الابراء من الضمان ابراء ممّا لم يجب ثم اجاب عما ذكره قائلا و يمكن دفعه بان الضمان المسبب عن التعدى معناه جعل ذمه الودعى متعلقه بالمالك على وجه يلزمه بذل المال على تقدير التفریط و لزوم المبدول ثمره الضمان و فائدته لا نفسه و الساقط بالإبراء هو الأول و لا الثانى و يدلّ

على ان المراد من الضمان هو المعنى الاول انهم يحكمون عليه بمجرد العدوان فيقولون صار ضامنا و لو فعل كذا ضمن و نحو ذلك في ان لزوم البذل لم يحصل بذلك و انما حصل قبول ذمته له و هذا معنى يمكن زواله بالبراءة بل هو متعلق بالبراءة و اما نفس البذل فلا يعبر عنه بالضمان و للبراءة اذا تعلق به فانما يكون من نفس المال لا- من الضمان الثابت بالعدوان انتهى و المسأله عندى فى غاية الاشكال كما سبق فلا ينبغي ترك الاحتياط فيها و ان كان القول بحصول البراءة بذلك لا باس به

### الزابع صرح فى كره بانه لو قال المالك اودعتك كذا

فان خنت ثم تركت الخيانه عدت امينا لى فخان و ضمن ثم ترك الخيانه لم يعد امينا و نبه على وجهه بقوله لأنه لا ضمان ح حتى يسقط و هناك الضمان ثابت فيصح اسقاطه و لان الاستيمان الثانى معلق و هذه المسأله أيضا فى غاية الاشكال فلا ينبغي ترك الاحتياط فيها و ان كان احتمال عدم الضمان لا يخ عن قوه

### الخامس اذا تلف الوديعه فى يد المستودع بتعد او تفریط

بحيث صار ضامنا فرد مثلها الى الحرز فلا يبرء من الضمان كما صرح به فى النافع و هو الظاهر من كره و صرح فى الرياض أيضا قائلا- لا- خلاف فيه بل عليه الإجماع عن التذكرة و هو الحجج مضافا الى عموم على اليد و ما قالوه من انه صار بمنزله الغاصب بتعديه يستصحب الضمان الى ان يحصل من المالك ما يقتضى زواله و على ما ذكر يجب اعلام المالك بصيرورته ضامنا

### منهل لو اخذ الظالم من المستودع الوديعه قهرا و لم يتمكن هو من دفعه اصلا

#### اشاره

و لم يكن سببا لأخذ الظالم فلا يضمنها ح كما صرح به فى الغنيه و النافع و يع و عد و كره و الارشاد و لف و الايضاح و اللّمعه و التنقيح و جامع المقاصد و ضه و لك و مجمع الفائده و الكفايه و الرياض و لهم و جوه الاول ظهور الاتفاق عليه و عدم لخلاف فيه و قد صرح به فى الرياض الشك فيما تمسك به فى لك و الكفايه و الرياض من ان المستودع غير متعدّ و لا مفطر ح بل هو امين فلا ضمان عليه لعموم ما دلّ على نفى الضمان عن الامين الثالث ما تمسك به فى جامع المقاصد و لك و الكفايه و الرياض من ان المستودع محسن ح فلا ضمان عليه لعموم قوله تعالى **مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلِ الرَّابِعِ** ما تمسك به فى الجامع و التذكرة و لف و الايضاح و التنقيح من ان ترك التسليم الى الظالم ضرر و هو منفى فيكون التسليم جائزا فلا يستعقبك الضمان الخامس ما تمسك به فى جامع المقاصد و لك من ان الاكراه صير فعله منسوبيا الى المكره السادس ما تمسك به فى جامع المقاصد من ان قبضه له انما كان لمصلحه المالك فلا يناسب تضمينه بغير عدوان السابع ما تمسك به فى لف و التنقيح من اصاله البراءة الثامن ما تمسك به فى جامع المقاصد من ان فى تضمينه ح سدّ باب الوديعه و

#### ينبغي التنبيه على امور

### الاول لا فرق فى ذلك بين ان يتولى الظالم اخذها قهرا من يده او مكانه

و بين ان يأمره بدفعها اليه فيدفعها اليه مقهورا كما صرح به في لف و الايضاح و التنقيح و لك و ضه و مجمع الفائدة و الرياض و هو ظ اطلاق غيرها و بالجملة هو المشهور كما صرح به في الثلاثة الاول و غيرها و حكى في لف و الايضاح القول بان المستودع يضمن اذا سلمها بيده للظالم عن الحلبي و ربما يظهر من التنقيح نسبة القول بضمان المستودع بدفعها الى الظالم مقهورا مط و لو لم يكن بيده الى الحلبي و له وجهان اشار اليهما في الايضاح قائلا قال ابو الصلاح يضمن اذا سلمها بيده و احتج بأنه متلف با لتسليم الى الظالم فكان ضامنا و لأنه دفع الضرر عن نفسه كما لو سلم مال غيره فكان عليه ضمانه ثم اجاب عما ذكر بان الضرر اسقط الضمان و هذان القولان ضعيفان و المعتمد ما عليه المعظم كما بيناه و عليه فليس للمودع الرجوع على المستودع و مطالبته بها بل انما يرجع على الظالم كما صرح به في لك و مجمع الفائدة و الكفايه و الرياض و صرح في التحرير بأنه يتخير بين رجوعه على المستودع و بين رجوعه على الظالم و كذا صرح به في التذكرة أيضا قائلا لأنه مباشر لتسليم مال الغير الى غير مالكة ثم صرح بانه اذا رجع المالك عليه رجع هو على الظالم

### الثاني صرح في الشرائع و اللّمع و لك و ضه و الكفايه بان المستودع

لو تمكن من دفع الظلم بوجه من الوجوه و جب و هو جيد و وجهه واضح و زاد في الاول و الثالث و الرابع انه لو لم يدفع ح كان ضامنا و هو جيد و اذا توقف الدفع على اختفائه فهل يجب ح او لا الاقرب الاول كما صرح به في عد و كره و الايضاح و جامع المقاصد و ضه و لك و علّله في الثالث و الرابع بان الحفظ واجب و لا يتم الا به و ما لا يتم الواجب الا به فهو واجب ثم احتملا عدم الوجوب معلّلين بانه ضرر على المستودع و هو ضعيف كما اعترفا به نعم لو ترتب على الاختفاء به ضرر عظيم لا يتحمل عادة لم يجب و لو ترك الاختفاء حيث يجب عليه ضمن كما صرح به في كره و ضه و الايضاح و حكم انكارها و اخفائها حكم الاختفاء فيجب ان لو توقف الدفع عليهما و قد صرح بوجوب الاول ح في كره و بوجوب الثاني في التحرير و لو توقف الدفع على بذل المستودع مالا من نفسه و لم يكن فيه ضرر عليه فهل يجب ذلك عليه او لا صرح بالثاني في الروضة و فيه اشكال و الأحوط الاول بل لا- يخ عن قوه فلو دفع بان تبرّع به فلا- رجوع له على المالك و كك ان قلنا بعدم وجوب الدفع كما صرح به في الروضة و ان لم يتبرّع به بل نوى حين الدفع الرجوع على المالك فهل يستحقه ح او لا فيه اشكال و مراعات الاحتياط اولى و ان كان الثاني في غايه القوه و صرح في الروضة بانه لو امكن الدفع عنها بشىء من ماله لا يستوعب قيمتها جاز و رجع به مع نيته و لو توقف الدّف على دفع بعضها فهل يجب او لا- صرح بالاول في الروضة و لك و هو جيد و صرح فيهما بأنه لو ترك ذلك ضمن ما يمكن سلامته لا الجميع و علّله في لك بان مقدار المدفوع ذاهب على التقديرين و ما ذكره جيد و لو توقف الدّف على تحمل الضرر الكثير كالجرح و اخذه المال فصرح في يع و عد و اللّمع و الروضة و لك بانه لا يجب ذلك و هو جيد لعموم ما دلّ على نفى الضرر و صرح في ضه و لك بان المرجع في كثره الضّرر و قلته الى حال المكروه فمنهم من يعد الكلمة اليسيره من الاذى كثيرا في حقه لكونه شريفا لا يليق بحاله و منهم من لا يعتد بذلك و زاد في لك قائلا و هكذا القول في الضرب و اخذ المال و ما ذكره من المرجع في غايه الجوده الثالث اذا سعى المستودع بها الى الظالم فقهره عليها و لم يقدر على دفعه فصرح في القواعد و التحرير و ضه و لك و مجمع الفائدة و الرياض بأنه يضمن ح و علّله في لك بأنه فرط في الحفظ بخلاف ما لو كانت السّعايه من غيره او علم الظالم بها من غير سعايه و ما ذكره جيد مع تحقق التفريط

و الحق بما ذكر في ضه و الرياض ما لو اظهرها فوصل خبره اليه مع مظنته و هو جَيِّد مع التفريط و الحق أيضا في عد و التحرير و ضه و الرياض بما ذكر ما لو اخبر بمكانها اللص فسرقها و زاد في عد ما دل سارقا عليها و ما لو اقرتها لظلم و لو اخبره بها في الجملة و لم يعين له مكانها فحكى في لك عن التذكرة أنه لا يضمن و استشكله قائلا و يشكل ان كان مع كونه سببا في السرقة لأنه تفريط نعم لو لم يقصدها اللص فاتفقت مصادفته لها توجه ذلك و هذا بخلاف الظالم فان معلمه يضمن مط و الفرق ان الظالم اذا علم بها اخذها قهرا و السارق لا يمكنه اخذها الا اذا علم موضعها و صرح في ضه و لك و مجمع الفائده و الرياض بان المستودع يضمن لو كان سببا في الاخذ القهري و لا- يمكنه الدفع و اما مع عدمه كما لو علم او ظن ان فعله ذلك لا يوجب الأخذ القهري و لا يصير سببا ثم تبين خطأ اعتقاده ففي ضمانه ح اشكال و الأقرب عدمه

### منهل اذا توقف رفع الظالم على حلفه بانه ليست عنده

#### اشاره

كما لو صرح الظالم بذلك و طلب منه الحلف و علم من حاله فيجوز له الحلف ح كما صرح به في الغنيه و فع و يع و التذكرة و القواعد و التحرير و التبصره و الارشاد و اللعمه و جامع المقاصد و لك و ضه و مجمع الفائده و الكفايه و الرياض و لهم اولا ظهور الاتفاق عليه و ثانيا أنه تبه في الغنيه على دعوى الإجماع عليه قائلا يجوز له ان يحلف أنه ليس عنده اذا طوبى بذلك و يؤدي في يمينه بما يسلم به من الكذب بدليل الاجماع المشار اليه و ثالثا ما دل على نفى الحرج من الأدله الاربعه و رابعا عموم قوله لا- ضرر و لا- ضرر و خامسا عموم قوله تعالى ﴿مَّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ وَ سَادَسَا عَمُومُ قَوْلِهِ تَعَالَى تَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَ التَّقْوَى وَ سَابَعَا اَنَّ الْحَلْفَ ح مِمَّا يَتَمَّ الْوَاجِبَ وَ هُوَ دَفْعُ الْاِمَانَةِ اِلَى اَهْلِهَا بِهِ وَ مَا لَا يَتَمَّ الْوَاجِبَ اِلَّا بِهِ وَاجِبٌ فَيَكُونُ جَائِزًا وَ ثَامِنًا اِصَالَهُ الْاِبَاحَهُ وَ بِالْجَمَلَةِ لَا اَشْكَالَ فِي جُوزِ ذَلِكَ ح وَ

#### ينبغي التنبيه على امور

### الاول هل يجب عليه التوريه في حلفه بما يخرج عن الكذب

ح بان يحلف ما استودع من فلان و يخصه بوقت او جنس او مكان او نحوها مغايرا لما استودعه كما صرح به في ضه و الرياض و لا يجب ذلك المعتمد هو الاول كما صرح به في التذكرة و جامع المقاصد و لك و ضه و هو ظ الغنيه و النافع و الشرائع و القواعد و التبصره و الارشاد و التحرير و مجمع الافئده و الكفايه و الرياض و لهم اولا ظهور الاتفاق عليه و ثانيا ما نبه عليه في جامع المقاصد من ان فيها التفصيلى عن القبيح و صرح في مجمع الفائده بأنه ينبغي ان يقصد ما يمكن اطلاق اللفظ عليه بقريته مجازا ان عرف

### الثانى اذا لم يتمكن من التوريه فلا اشكال في عدم وجوبها

ح كما في كره و القواعد و جامع المقاصد و لك و ضه و مجمع الفائده و الكفايه و الرياض بل هو ممّا لا خلاف فيه و لا يحرم عليه الحلف ح بل يجوز له و ان كان كاذبا و يدل عليه وجوه منها ظهور الاتفاق عليه و قد تبه عليه في الرياض بقوله أنه كذب مستثنى فتوى و روايه و كذا نبه عليه في مجمع الفائده بقوله الظاهر ان لا- خلاف في ذلك بين المسلمين كالكذب و اليمين

المنقذين لخلاص النَّبِيِّ ص عن القتل والأذى بل المسلم الغير المستحق ومنها ما تبّه عليه في لك بقوله أنّ الكذب و ان كان قبيحا إلا أنّ اذهاب حق الادمى اشدّ قبيحا من حق الله تعالى في اليمين الكاذبه فيجب ارتكاب اخفّ الضررين و يعضد ما ذكره اولا قول الروضه و الرياض انه كذب مستثنى للضروره ترجيحا لأخفّ القبيحين حيث تعارضا و ثانيا قول جامع المقاصد و أنّما ساغ الكذب هنا لمصلحه لأنّ ذهاب مال المسلم اشدّ قبيحا من هذا الكذب و ثالثا قول مجمع الفائده و لا يكون هذا الكذب قبيحا و لا مضرا بل يصير واجبا و نفعاً محضاً لأنه قبيح و ضرر و لكن يجب ارتكاب أقلّ القبيحين و اخفّ الضررين اذ لا قبيح و لا ضرر ح و لا يلزم اجتماع القبح و الحسن و الضرر و النفع في شىء واحد فيلزم المدح و الذمّ بل الثواب و العقاب في شىء واحد شخصى و هو محال و يلزم العقاب على مثل انقاذه ص و الالتزام و الايجاب ثمّ العقاب و هو قبيح بديهة و لعلّ من قال ذلك يريد أنّه باعتبار الاصل كان قبيحا فالآن ارتكاب أقلّ القبيحين بذلك الاعتبار و هو بعيد لا يحتاج الى قول ذلك و ارتكابه على أنّه ذكر ذلك في جواب اعتراض من قال الكذب قبيح لذاته فلا يمكن ح رده و المصير الى ان الحسن و القبح العقليين جواز استنادهما الى الوجود و الاعتبارات كما قيل في لطم البتيم و أنّ يلزم عدم جواز القبيح و هو ظ و تمام تحقيقه فى الاصول و منها عموم قوله تعالى إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا و قوله تعالى مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ و قوله تعالى تَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَ التَّقْوَىٰ و قوله لا ضرر و لا ضرار لا يقي يعارض العمومات المذكوره العمومات الدالّه على حرمة الكذب من الكتاب و السنّه لأننا نقول هذه العمومات لا تصلح للمعارضه لان التعارض هنا من قبيل تعارض العمومين من وجه كما لا يخفى و من الظاهر ان الترجيح مع العمومات المذكوره و منها فحاوى الاخبار الدالّه على جواز ان يحلف كذبا لحفظ مال نفسه

### الثالث هل الحلف يتّصف بالوجوب او لا

بل لا يتّصف إلا بالجواز المعتمد هو الاول كما صرح به فى اللّمعه و جامع المقاصد و لك و ضه و هو ظ النافع و التبصره و لهم اولا ظهور الاتفاق عليه و ثانيا ما تمسك به فى جامع المقاصد و لك من ان الواجب هو حفظ الوديعه يتوقّف عليه فيكون واجبا لان ما لا يتم الواجب الا به فهو واجب

### الرابع لا كفّاره بهذا الحلف كما صرّح به فى كره

بل هو ظ الاصحاب كما نبه عليه فيها بقوله لا كفّاره عليه عندنا خلافا للجمهور فانهم يوجبون الكفّاره لأنّه كاذب

### الخامس لو ترك الحلف حيث وجب عليه فاخذها الظالم ضمنها

كما صرّح به فى جامع المقاصد و المسالك و الكفّايه

### منهل اذا طلب المالك الوديعه و تمكن المستودع من ردّها و لم يكن مانع منه وجب عليه ردّها

### اشاره

كما فى فع و يع و عد و د و التذكره و ير و التنقيح و اللّمعه و جامع المقاصد و ضه و لك و الكفّايه و مجمع الفائده و الرياض بل الظاهر أنّه مما لا خلاف فيه و قد صرّح بنفسه فى الأخير قائلًا بل عليه الإجماع و هو الحجّه مضافا الى الكتاب و السنّه و لا



فرق في ذلك بين كون المستودع مؤمنا عادلا او فاسقا فاجرا او كافرا ذميا او كافرا حربيا اذا كانت الوديعة له كما في يع و عد و الارشاد و التذكرة و لف و اللّمع و التنقيح و جامع المقاصد و ضه و لك و مجمع الفائده و الكفايه و الرياض و بالجمله هو المشهور و عليه المعظم كما صرح به في لف قائلا المشهور انّ الوديعة يجب ردّها على المسلم و الكافر و

ص: ٢٤٧

أطلق الاصحاب ذلك و قد صرّح بذلك أيضا في جامع المقاصد و لك و الكفايه بل نبه في مجمع الفائده على دعوى الإجماع عليه قائلا- دليل وجوب الرد و ان كان المالك كافرا حربيا كأنه الاجماع و حكى في لف و جامع المقاصد و لك و غيرها عن الحلبي أنّه صرّح بانه اذا كان المودع حربيا و جب على المستودع ان يحمل ما استودعه الى سلطان الإسلام العادل و هو ضعيف مدفوع بما تمسّك به في كره و لك و مجمع الفائده و الكفايه و الرياض من عموم الآيه الشريفه و الاخبار الكثيره المتضمنه للأمر برد الامانات الى أهلها و يعضده الاعتبار العقلي و قد صرّح بشذوذ هذا القول في الرياض قائلا هو شاذ نادر و ربما انعقد بعد على خلافه الإجماع و

**ينبغي التنبيه على امور**

**الأول هل وجوب الردّ فوري**

فلا يجوز للمستودع تاخيره عن أوّل اوقات الامكان كسائر الواجبات الفوريه او لا بل هو موسع كسائر الواجبات الموسعه صرّح بالأوّل في التذكرة و التنقيح و جامع المقاصد و الروضه و لك و مجمع الفائده و الكفايه و الرياض بل لم اجد فيه مخالفا صريحا نعم مقتضى اطلاق بعض العبارات الثاني لكنّه لا عبره به و المعتمد عندي هو الأوّل الّذي صار اليه المعظم و لهم وجوه الاول ظهور الاتفاق عليه و يعضده ان احدا من الاصحاب الّذين صرّحوا بالفوريه عدا الوالد العلّامة و لم ينبه على خلاف في المسأله و لو من العامه و لا- على ان المسأله ممّا يمكن التأمل فيه الثاني أنّه لو كان واجبا موسّعا لجاز للمستودع التأخير في مده طويله و التالي بط فالمقدّم مثله اما الملازمه فظاهره و اما بطلان التالى فلان ذلك ضرر على المودع و هو منفي في الشريعة الثالث أنّه لو كان التأخير جائزا لما كان المودع المالك مسلّطا على ماله في جميع الاحوال و التالى بط فالمقدّم مثله اما الملازمه فظاهره و اما بطلان التالى فلمعوم قوله ص الناس مسلّطون على اموالهم فت الرابع ان منع المالك من ماله مع التمكن من دفعه اليه ظلم عليه و هو ممنوع للعمومات التّاهيه عنه الخامس ما اشار اليه في الرياض قائلا قالوا و يجب الردّ فورا مع الامكان و لعلّ الوجه فيه مع عدم اقتضاء الامر الفوريه و وجوب الاقتصار في اليد على مال الغير على القدر المتحقق اذنه و مطالبته الردّ مقتضى انقطاعه فلا يجوز له التصرّف زياده على ما يتحقّق به الردّ فلا وجه لتأمّل بعض ما عاصرناه في الفوريه نعم له وجه حيث ينضم الى المطالبه من عرف او عاده ما يدلّ على التوسعه و بقاء الاذن الى حين الردّ متى اتفق و لكن الظاهر خروجه عن مفروض الجماعه السادس الأمر برد الوديعة في الكتاب و السنّه و ذلك اما لان الامر و اللّغه للفور كما ذهب اليه جماعه او لان الامر في الشريعة للفور كما ذهب اليه بعض الأصحاب او لأن الامر هنا للفور لدعوى الإجماع عليه في مجمع الفائده قائلا بعد الإشاره الى الآيه و الاخبار الدالّه على وجوب ردّ الامانه الى أهلها و الامر للفور كأنه للإجماع

**التّاني لو اهمل الردّ بعد المطالبه و امكانه ضمن**

كما في يع والتذكرة والتبصره والارشاد والتحرير واللمعه والتنقيح وجامع المقاصد ولك والروضه والكفايه وجمع الفائده ونه فيه على وجهه قائلا واما دليل الضمان فكأنه الاجماع وان التقصير موجب للضمان به

### الثالث هل يجوز تاخير الرد للاشتهاار عليه او لا

اختلف الاصحاب فيه على اقوال الاول انه يجوز مط وهو لظ الكفايه والرياض وحكا في كره ولك عن بعض ولهم ما نه عليه بعض من انه فيه دفع الضرر والتهمة واليمين لو انكر الرد الثاني انه لا يجوز مط وهو محكى في كره ولك عن بعض وله اولاً- ان قوله في الرد مقبول فلا- حاجه الى البيئه و ثانيا ان الوديعه مبيته على الاختفاء غالبا الثالث انه يجوز ان كان المالك وقت الدفع قد اشهد عليه بالايديع والافلا وهو للتذكرة ولك والتحقق ان يق ان كان ترك التاخير للاشهاد على الرد يستلزم الضرر المسقط للتكليف على المستودع فلا اشكال في جواز التاخير ح ولا اظن احدا يخالف هنا و ان لم يكن كك فان تضرر المودع بالتاخير فلا- اشكال في عدم جوازه و لا- اظن احدا يخالف هنا و ان لم يتضرر المودع بذلك ففي جواز التاخير ح اشكال و الأحوط تركه و ان كان القول بعدم وجوبه في غايه القوه للأصل و اطلاق الأمر بالرد و اطلاق نفى الضمان عن المستودع خرج منهما بعض الصور و لا دليل على خروج محل الفرض منه فيبقى مندرجا تحتها فت

### الرابع اذا كان المستودع في صلاه فريضه

فطلب المودع الرد في اثنائها فهل يجوز للمستودع قطعها و ان كان قبل التسليم او لا يجوز ذلك و ان كان بعد التكبير صرح في كره و ضه و الكفايه بالثاني لأصالة بقاء حرمة قطع الصلاه و عموم ما دل عليها لا- يق لا نم شموله لمحل البحث لان مطالبه المودع بالرد توجب فساد الصلاه قهرا كما حدث في اثنائها فلا يكون الرد بعد المطالبه مستلزما للقطع و لا منها عنه لأننا نقول ذلك ممنوع و ان قلنا بوجوب قطع الصلاه في محل البحث فالعموم شامل و الاصل عدم تخصيصه و يعضده اطلاق الامر بالرد خرج منه بعض الصور و لا دليل على خروج محل البحث منه فيبقى مندرجا تحته و لا نم استعماله في الفوريه لأنه مجاز سلمنا و لكن اتمام الصلاه لا ينافيها غالبا و مع هذا فلو كان ذلك جائزا لورد التنصيص عليه من اهل العصمه ع فت و يؤيد ما ذكر أيضا ما دل على نفى الضمان عن المستودع فهذا القول الأقرب و لكن الاحوط اعاده الصلاه و تخفيفها في اثنائها و لو تضرر المودع بالتاخير الى اكمال الصلاه فلا اشكال في جواز القطع ح بل يجب هنا

### الخامس هل يلحق الصلاه المندوبه بالفريضه فيما ذكرناه او لا

التحقيق ان يق ان قلنا بحرمة قطع التافله فالاول و الا فيه اشكال و لكن لعل الأحوط قطعها ح و ان كان في تفسير بل صرح في ضه بعدمه و لا يخ عن قوه

### السادس هل يكون الحمام و الطعام و المطر و التخلّي و نحو ذلك أعدارا في التاخير

حيث لا يعدّ عادة مقصرا او متهاونا و لا يكون في التاخير ضرر على المودع او لا بل يجب الرد معها حيث لم يتضرر بذلك يظهر من بعض الاصحاب الاول و من بعض الثاني و من اخر التوقف و المسأله لا تخلو عن اشكال فلا ينبغي ترك الاحتياط فيها و ان

كان القول الأول لا يخ عن قوه

### السابع اذا ترك الرد بعد وجوبه عليه فورا

و اخره بحيث اخل بالفوريه فيضمن الوديعه كما فى يع و كره و التبصره و الارشاد و

ص: ٢٤٨

جامع المقاصد بانه لا يجوز التشاغل بصلاه التافله و الفريضه اذا لم يكن فى اثنائها و لم يتضيق الوقت قائلا و هو الذى اختاره فى كره فى اخر كلامه و فيما ذكره نظر ان اراد بنيانه بطلان الصلاه بالاشتغال بذلك بل الاقرب عدم البطلان ح

### الثامن صرح فى جامع المقاصد و ضه و لك بان المعبر فى السعى

فى ايصال الوديعه الى المالك الاقتصاد فى المشى و مراعات العاده و لا باس به

### التاسع صرح فى التذكرة و عد بانه ليس على المستودع تحمّل مؤنه الرد على المالك

و هو ظ التحرير و ظ من فسّر الرد بالتخليه و رفع اليد عنها و هو العلامه فى التذكرة و التحرير و الشهيد الثانى فى ضه و الفاضل الخراسانى فى الكفايه و والدى العلامه دام ظلّه فى الرياض و لا باس به

### منهل اذا اودعه الظالم شيئا يعلم انه ليس له و انه غصب فلا يجوز رده الى المودع الغاصب

#### اشاره

بل يجب رده الى المالك اذا عرفه و لا اشكال و لا خلاف فيما ذكر و اما اذا لم يعرف المالك و لم يتمكن من الوصول اليه بوجه من الوجوه فقد اختلف فى جواز التصدق به و عدمه و على قولين الاول انه يجوز التصدق به و هو لنهايه و المراسم و النافع و يع و التبصره و كره و الارشاد و القواعد و جامع المقاصد و الرياض و ظ مجمع الفائده و المحكى عن الاسكافى و المفيد و القاضى و فى و لف لا يخ عن قوه و حكاه فى جامع المقاصد و الكفايه و الرياض و غيرها عن المشهور الثانى انه لا يجوز التصدق به و هو لظ السرائر و الغنيه و صرح فى لف و التنقيح و الإيضاح بانه الاقوى و فى لك بانه حسن قائلا و ان كان القول بجواز التصدق بعد الياس متوجّها للأولين وجوه الاول انه لو لم يجز التصدق لكان اللازم حفظه و التالى بط فالمقدم مثله اما الملازمه فلأن الظاهر ان كل من لم يجوز التصدق به اوجب حفظه و اما بطلان التالى فلان الحفظ على الوجه الذى لا يحصل معه تفريط مستلزم للجرح و الضرر و هما منفيان فى الشريعة و قد اشار الى ما ذكر فى مجمع الفائده قائلا ابقائه ضرر لان حفظ الامانه بحيث لا يوجب الضمان و الاثم صعب مشكل خصوصا دائما و هو ظ لا يق ان التصدق اتلاف لمال الغير و هو ضرر عليه فعموم نفي الحرج معارض بعموم نفي الضرر لأننا نقول لا نم تحقق الضرر لاحتمال عدم وجود المالك و عدم الوصول اليه و لان ضمانه مما يتصدق به يدفع الضرر سلمنا و لكن ترجيح عموم نفي الحرج أولى اما لاعتضاده بالشهره فى محل البحث او لأن دفع الضرر عن النفس أولى من دفع الضرر عن الغير اذا دار الامر بين احد الامرين الثانى ان التصدق مع الضمان احسان فيجوز اما

الاول فلما نبه عليه في جامع المقاصد و لك قائلين ان التصدق فيه جمع بين مصلحه الدنيا و الآخرة بالنسبه الى مالكها و زاد الثاني قائلا فانه لو ظهر عزم له ان لم يرض بالصدقه فلا ضرر عليه و اما الثاني فلعوم قوله تعالى **مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ** و قد يق ان الحكم بكون التصدق هنا احسانا يتوقف على الحكم بكونه مشروعاً اذ التصدق الذي لا يكون مشروعاً لا يكون احساناً فلو توقف الحكم بكونه مشروعاً على كونه احساناً لزم الدور و هو بط فت الثالث خير حفص بن غياث قال سالت ابا عبد الله عن رجل من المسلمين اودعه رجل من اللصوص دراهم او متاعاً و اللص مسلم هل يردّه عليه قال لا يردّه فان امكنه ان يردّه على صاحبه فعل و الا كان في يده بمنزله لقطه يصيها فيعرفها حولا فان جاء صاحبها ردها عليه و الا تصدق بها فان جاء بعد ذلك خيره بين الاجر و الغرم فان اختار الاجر فله الاجر و ان اختار الغرم غرم و كان الاجر له لا يق هذه الروايه ضعيفه السند كما صرح به في لف و التفتيح و مجمع الفائده و الكفايه و غيرها فلا يصح الاعتماد عليها لأننا نقول ضعف السند هنا غير قادح لانجباره بالشهره كما صرح به في الرياض و نبه عليه في لك بقوله و الطريق ضعيف و لكنه عندهم مجبور بالشهره و قد يق ظ الروايه يفيد وجوب التصدق و ليس هو قولاً للمعظم و انما المشهور جواز التصدق بالمعنى الاعمّ الشامل للوجوب و الاباحه فلا يمكن دعوى الجبر بمثل هذه الشهره و قد يجاب عما ذكر بان الامر بالتصدق هنا ليس للوجوب اما على القول بان الامر في اخبار الائمة ع ليس للوجوب باعتبار غلبه استعماله في الاستحباب فيها بحيث صار من المجازات الراجحه المساوي احتمالها لاحتمال الحقيقه فظاهر و اما على القول بالمنع من ذلك كما هو المختار فلو ورد مورد توهم الخبر الحظر فلا يفيد سوى الرخصه و مع هذا فالشهره قد يكون جابره للدلاله كما كانت جابره للسند على انا نمنع من عدم جواز حمل الامر على الوجوب هنا لمصير جماعه الى وجوب التصدق عيناً فت الرابع ان المال المفروض مال مجهول مالكة و الاصل في كل مال مجهول مالكة جواز التصدق به اما الاول فللفرض و اما الثاني فلدعوى المقدس الأردبيلي و الفاضل الخراساني و والدي دام ظلّه العالی دلالة الأخبار عليه و قد ردّ هذا في لف قائلا- احتج الشيخ بأنه مال في يده لا مالك معروف عنده فكان حكمه حكم اللقطه و الجواب لا نم مساواته للقطه و للآخرين

اصاله عدم جواز التصرف في ملك الغير بدون اذنه و اصاله عدم صحه التصدق و عدم انتقال الملك الى من تصدق له و قد اشار الى بعض ما ذكر في الايضاح بقوله في مقام الاحتجاج على مختاره لعصمه مال الغير و في لف بقوله في المقام المذكور أيضاً لنا أنه احوط و قد يق ان الاصول المذكوره لا تصلح لمعارضه حجه القول الأول مع امكان معارضتها باصاله براهه الذمه من وجوب الحفظ فت و المسأله لا يخ عن اشكال و لكن القراءه الاول اظهر و

## ينبغي التنبيه على امور

### الاول اختلف القائلون بوجوب التصدق في وجوبه عينا على قولين

#### الاول انه واجب عينا

و هو مستفاد من ظ عباره النهايه و المراسم و المحكى في لف عن المفيد

#### الثاني انه لا يجب التصدق بها عينا بل يتخير

بين ان يتصدّق بها مع الضمان و ان يبقيا المستودع في يده امانه ابدًا من غير ضمان و هو للقواعد و الإرشاد و كره و صرّح في لك و الكفايه بان الاجود التخيير بين الصّدق بها و ابقائها امانه و التحقيق في المقام ان يق ان كان المستند في جواز التصدّق عموم نفى الحرج فهو لا- يدل على وجوبه بل لان في وجوب التصدّق عينا مع الضمان حرجا عظيما و ضررا جسيما و ان كان المستند فيه عموم نفى السبيل على المحسن فهو كك و ان كان المستند فيه خبر حفص فهو يدلّ على وجوبه عينا لاشتماله على الامر بالتصدّق و هو ظ في الوجوب العيني مط و لو في اخبار الائمه كما حقّقناه في الوسائل الا ان يق أنّه هنا وارد مورد توهم الحظر و كلّ امر يرد هذا المورد فلا يفيد الوجوب و قد اشرنا الى هذا سابقا و به يمكن منع دلالة الكتب المتقدمه التي استظهرنا منها القول الاول عليه لأنّها

ص: ٢٤٩

كالزوايه في تضمناها الأمر بالتصدّق فت و ان كان المستند فيه فتوى المعظم فهي لا تدلّ على الوجوب العيني أيضا و ان كان المستند فيه عموم ما دل على جواز التصدّق بالمال المجهول مالكة فلم يظهر لى دلالتة على الوجوب العيني و بالجمله الوجوب العيني على خلاف الاصل فلا يصار اليه خصوصا مع عدم ظهور قائل صريح به و استلزامه الحرج كما تقدّم اليه الإشاره و على هذا فهل يجب تخييرا او يستحب او يكون مباحا لم اجد احدا صرّح باحد الامور الثلاثه و الاصل يقتضى الثالث و لكن يدفعه اطلاق كلام الأصحاب ان قصد التقرب شرط في الصّدق و العمومات الداله على انه لا صدقه الا ما اريد به وجه الله تعالى فلا يمكن المصير اليه و كان لا- يمكن المصير الى الاحتمال الاول لان الأصل يدفعه و لان الحفظ ليس عباده فلو وجب التصدّق تخييرا لكان احد الافراد الواجب المخير عباده و الاخر غير عباده و هو غير معهود فتعيّن الاحتمال الثالث فتكون هذه الصّدق صدقه مندوبه فت

### الثاني اذا تصدّق فهل يضمن

فلو اتى صاحبه و لم يرض بالتصدّق و جب عليه اعطائه عوضه اما مثله او قيمته او لا يضمن و لا يجب عليه ردّ العوض فيما فرض ظ النهايه و التبصره و المراسم و المحكى عن المفيد الثاني لأنهم لم يصرّحوا بكونه ضامنا و ربّما يستفاد من مجمع الفائده الميل اليه و صرّح في يع و كره و عد و الارشاد بالأول و هو ظ لك و جامع المقاصد و صرّح في الكفايه بانه المشهور و المسأله محلّ اشكال من ان الضمان على خلاف الأصل فلا يصار اليه مضافا الى ما صرّح به في الرياض و مجمع الفائده من خلوّ الاخبار الداله على جواز التصدّق بالمال المجهول صاحبه عن الحكم بالضمان و الى ما صرّح به في مجمع الفائده من كون الضمان ضررا و من دلالة خبر حفص على ثبوت الضمان و يعضده ان اتلاف مال الغير من دون ضمان ضرر هو منفي شرعا و اما ضعف سند الروايه فغير قادح لانجاره بالشهره و فيه نظر لامكان منع الشهره هنا فت و كيف كان فمراعاة الضمان احوط

### الثالث تبّه المقدس الأردبيلي و غيره على المراد بالضمان هنا

قائلين الضمان على تقديره هل هو بمعنى انه لو وجد صاحبه حين حيوه القابض يجب ردّه عليه فقط او لا بل ضمان مثل المديون و الغصب فحيث تم الايضاء ثم على الورثه كك و الامول انسب بالاصل و ما صار اليه من ترجيح الاول جيّد فلا يجب عليه الايضاء و لا على الورثه الإعطاء و الايضاء

## الرابع صرح جماعه من الأصحاب كالشيخ في به

و الفاضلين في يع و فع و عد و كره و الارشاد و القاضى و الاسكافى فيما حكى عنهما بأنه يجب التعريف هنا حولاً و حكاة في الكفايه و الرياض و غيرهما عن المعظم و لم يذكره المفيد و الحلبي و الديلمى و الحلبي و ابن زهره و العلامه في التبصره و الاول هو الاقرب لأصالة عدم جواز التصديق الآ بعد التعريف و لأنه لو جاز التصديق من غير تعريف للزم الضرر و الأصل عدمه و لخبر الحفص المتقدم

## الخامس أطلق اكثر القائلين بالتصدق جوازه

و لم يفصّلوا فيه و فصل فيه بعضهم و هو المفيد على ما حكاة في لف قائلًا قال المفيد فان كانت الوديعه من اموال المسلمين و غصوبهم فعرف المودع اربابها باعيانهم كان له ردّ كلّ مال الى صاحبه و لم يجر له ردّها الى الظالم الا ان كان يخاف على نفسه من ذلك و ان لم يعرف اربابها اخرج منها الخمس الى فقراء آل محمّد ص و ايتامهم و ابناء سبيلهم و صرف منها الباقي الى فقراء المؤمنين و تبه على ما ذكره في المراسم أيضا و الاقرب عندي هو القول الأوّل لإطلاق خبر حفص المتقدم المنجبر ضعفه بالشّهره و لكن ما ذكره لعلّه احوط خصوصا في اعتبار الفقر و لم يصرّح المعظم باعتباره و لكن يمكن استفادته من كلماتهم فت

## السادس اذا عرف الوديعه المفروضه حولاً كاملاً

فهل له ان يملكها مع الضمان او لا صرح بالثاني في عد و جامع المقاصد و لك و هو ظ المعظم و يظهر من الكفايه التوقف في المسأله و تبه في عد على أنّها محلّ اشكال و اشار الى وجهه في جامع المقاصد قائلًا ينشأ الاشكال من أنّ الاصل عصمه مال المسلم و من ورود الروايه بأنّها في يده بمنزله اللقطه و من جمله احكامها جواز التملك بعد التعريف و يضعّف بان الروايه مع ضعفها قاصره الدّلاله على ذلك لوجوه منها انه لا عموم لها و منه أنّ المتبادر من قوله ع فيعرفها بيان وجه نزولها منزله اللقطه و الأصح الأوّل و يؤيد ما ذكره اولاً قول لك بعد الاشاره الى ان الاحتمال الاول مستندا الى الروايه فانها جعلتها كاللّقطه و و يمكن ان يريد انها منزله منزله اللقطه في وجوب التعريف و لم يذكر من عمل بالروايه جواز التملك و ثانيا قول الرياض ان ظ التشبيه ما للقطه في الروايه يقتضى جواز التملك بعد التعريف و لم يذكره احد في المسأله و ظاهره دعوى الاتفاق على بطلان الاحتمال الأوّل فالمعتمد هو الثّاني مع انه احوط

## السابع لا فرق في الوديعه المفروضه بين ان تكون بمقدار الدرهم او انقص منه

او ازيد منه كما هو مقتضى اطلاق النص و الفتوى

## الثامن ان كان الظالم المودع مزج الوديعه التي غصبها من غيره بماله

بحيث لا يتميّز احدهما عن الاخر ثم اودعها فهل يجب ح على المستودع حبس الجميع و عدم دفعها الى الظالم المودع او يجب عليه دفع الجميع الى الظالم المودع او يجب عليه القسمة فيدفع اليه مقدار ماله ان عرفه و يحبس مقدار المغصوب فتكون القسمة

هنا ضروريه صار الى الاحتمال الثاني فى النهايه و الارشاد و كذا صار اليه فى التذكرة قائلا فان كان الظالم قد مزج الوديعه بماله مزجا لم يجر للمستودع حبسها وجب عليه ردّ الجميع و يحتمل عندى ردّ قدر ما يملكه اللص و احتفاظ الباقي لمالكه و القسمه هنا ضروريه و لهما وجوه منها ان المستفاد منها ذكراه من الكتب المذكوره دعوى الاتفاق على ما صار اليه و لم يتبها فيها على خلاف فى ذلك و منها انّ المستفاد من النهايه وجود روايه داله على ذلك بناء على ما صرح به فى السرائر فى مواضع عديده ان كتاب النهايه كتاب الاخبار بحذف الاسانيد فت و منها ان مال الغاصب المفروض امانه فى يد المستودع فيجب ردّها الى المالك لعموم قوله تعالى إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَ رَدُّ ذَلِكَ متوقف على ردّ الجميع فيجب و منها انه لو وجب على المستودع الاتباع عنده لما كان الغاصب المالك للبعض مسلطا على ماله و التالى بط فالمقدم مثله اما الملازمه فظاهره و امّا بطلان التالى فلعموم المعلوم انه المسلطون على اموالهم و منها انّ حبس الجميع مستلزم للضرر على الغاصب و الاصل عدمه لعموم قوله ص لا ضرر و لا ضرار و منها انه لو لم

ص: ٢٥٠

يجب ردّ الجميع للزم اما التصديق بها او حفظها و كلاهما باطل لاستلزامها التصرف فى مال الغير بدون اذنه و هو غير جائز لعموم ما دلّ على عدم جواز ذلك من نحو قوله ص لا يحلّ مال امرء مسلم الاّ عن طيب نفسه على انّ الحفظ مستلزم للحرص العظيم و المفسد الكثيره و الأصل عدمها للأدله الاربعه الداله عليه لا يبق لا نم استلزام التصدق و الحفظ التصرف فى مال الغير فى جميع الصيور اذ يمكن فرض تحققهما من غير تصرف فى ملك الغير من دون ترتب ضرر عليه لأننا نقول الفرض المذكور مم و لو سلّمناه فهو نادر من الظاهر انه لا- قائل بالفصل بين صور المسأله فت و منها ان ردّ الجميع الى الغاصب احسان اليه فيكون جائز لعموم قوله تعالى مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ لا يبق يعارض هذا العموم المتقدمه اطلاق النص و معظم الفتاوى الدالّ على عدم جواز ردّ المال المغصوب الى الغاصب و على وجوب حفظه و التصدق به لأننا نقول لا نم شمول الاطلاق المذكور محلّ البحث بل هو منصرف الى غيره سلّمنا و لكن التعارض بينه و بين تلك العمومات من قبيل تعارض العمومين وجه و من الظاهر انّ الترجيح معها فاذن الاقرب هو الاحتمال الثانى الذى صار اليه

### التاسع انما يجب منع الغاصب فى غير صور الامتزاج

المتقدم اليه الاشاره مع امكانه و الا ردّها عليه فلو خاف من الظالم لو منعه منها جاز له ردّها عليه كما صرح به فى التذكرة و كذا صرح به فى الكفايه و الرياض قائلين فى الضمان اشكال و لكن زاد الاخير قائلا و لعل الاقرب العدم و ما صار اليه من عدم الضمان جيّد

**منهل اذا قبض مالا و وضع يده عليه او اقر بوضع يده عليه فتلف ذلك من غير تعد و لا تفريط**

اشاره

فادعى القابض انه كان من اخر ديننا و قرضا ليأخذ بدله كان القول قول المالك مع يمينه و على الاخر البيّنه كما فى النهايه و التافع و التذكرة و التبصره و لف و التنقيح و الرياض و المحكى عن الإسكافى و الحلّى و لهم وجوه الاوّل ظهور الاتفاق عليه و

قد صرح بعض الاصحاب بنفى الخلاف فيه الثاني ما ذكره ابن ادريس فيما حكى عنه وديعه لثلا يؤدي شيئا و ادعى المالك انه كان قائلا لأنه قد اقر بان الشيء في يده اولا و ادعى كونه امانه و الرسول ص قال على اليد ما اخذت حتى يردده و هنا قد اعترف بالاخذ و القبض و ادعى الوديعة و هي تسقط الحق الذي اقر به لصاحب المال فلا يقبل قوله في ذلك و يعضده ما ذكره اولا قول لف بعد نقل كلام الحلبي لنا أنه اعترف بثبوت يده على مال الغير و هو يقتضى ظاهرا بالضمان فيكون القول قول من يدعى الدّين قضائها بالظاهر و ثانيا قول كره لان المتشبه يزيل دعواه ما ثبت عليه من وجوب الضمان بالاستيلاء على مال الغير فكان القول قول المالك و ثالثا قول التنقيح لأنّ ذا اليد اقر بوصول المال اليه و هو محتمل الاقراض و عدمه كالاتياد و لا مرجح لأحد الاحتمالين على أنه يدعى ما يزيل الضمان فعليه البيّنه و مع عدمها على المالك و رابعا قول الرياض لعموم على اليد الموجب لضمان ما اخذه خرجت عنه الأمانه حيث تكون معلومه بالإجماع فتوى و روايه و بقى الباقي يشمله عموم الروايه الثالث ما تمسك به فى التذكرة و لف و التنقيح و الرياض من خبر اسحاق بن عمار الذى وصفه بالصحة فى لف و الرياض و عده بعض الاجله من الموثق و صرح بأنه رواه الكليني و الشيخ و الصدوق فى الموثق قال سئلت ابا الحسن عن رجل استودع رجلا الف درهم فضاعت فقال الرجل كانت عندى وديعه و قال الاخر انما كانت عليك قرضا قال المال لازم الا ان يقيم البيّنه أنها كانت وديعه و يعضده هذه ما اشار اليه بعض الاجله قائلا روى الكليني و الشيخ فى الموثق عن اسحاق بن عمار أيضا عن ابي عبد الله ع فى رجل قال الرجل لى عليك الف درهم فقال الرجل لا و لكنها وديعه فقال ع القول قول صاحب المال مع يمينه و

### ينبغى التنبيه على امور

#### الاول يلحق بصوره التلف صورته عدم امكان ردّ المال

المفروض الى صاحبه مع بقاءه كما صرح به فى النافع و التذكرة بل الظاهر انه ممّا لا خلاف فيه و هو مقتضى اطلاق الروايه الثانيه

#### الثاني اذا تمكن الودعى من ردّ عين المال المتنازع فيه

الى المالك فصّرح فى الرياض بان القول قول الودعى ح قائلا و يفهم من قوله اذا تعدّر الردّ او تلف العين ان مع عدم التعذر القول قول الودعى و لا ريب فيه لأصالة عدم القرض فله ردّ نفس العين و الخبر المتقدم صريح فى التلف و تبه على ما ذكره فى كره بتصريحه بأنه لا فائده فى النزاع فى دعوى أنه امانه او قرض ح فكيف كان فما صّرح به فى الرياض هو المعتمد فت

#### الثالث اذا لم يعلم بوضع يده و لا اقر هو به

بل لم يقل فى جواب المالك المدعى للقرض الا- انه كان وديعه عندى فصّرح فى لف و التنقيح و الرياض بان القول قول المالك مع يمينه ح أيضا و هو ظ اطلاق التّهايه و النّافع و التّبصره و كره و المحكى عن الاسكافى و خالف فيه ابن إدريس قائلا فاما اذا لم يقره بقبض المال او لا بل ما صدق المدعى على دعواه بانّ له عنده مالا ديننا بل قال لك عندى وديعه كذا و كذا فيكون ح القول قوله مع يمينه لأنه ما صدق على دعواه و لا اقراه و لا بصيروره المال اليه بل قال لك عندى وديعه فليس الإقرار بالوديعة إقرار بالتزام شىء فى الذمه فليلاحظ ذلك فان فيه عوضا و ما صار اليه ضعيف بل المعتمد عندى هو القول الاول



لإطلاق الخبرين المتقدمين و دعوى عدم انصرافها الى الصوره المفروضه لندورها ضعيفه جدًا كما لا يخفى و استند الى هذا الاطلاق هنا فى لف و التنقيح و الرياض و زاد فيه قائلا- مضافا الى ظهور لفظه عندى فى الإقرار بتسليط اليد بناء على الغالب فيحكم به بالإقرار باليد على الظاهر

### الرابع صرح فى التذكرة بأنه لو انعكس الفرض فادعى المالك الأيداع

و القابض الاقراض قدم قول المالك و ان كان تالفا فالاصل براءة ذمه القابض و قد وافق المالك الاصل و ما ذكره جيد

### منهل لو طلب المالك من المستودع الرد فادعى التلف من غير تفريط و لا تعدّ

#### اشاره

فلا يخ انا ان يطلق التلف و لا يذكر سببه او يذكر له سببا خفيا كالسرق و نحوه او يذكر له سببا ظاهرا فان كان الاول و الثانى فالقول قوله و لا يكلف البيئه على دعواه كما فى النافع و الشرائع و الإرشاد و لف و كره و التحرير و التبصره و التنقيح و مجمع الفائده و هو ظ لك و الكفايه بل الظاهر أنه مما لا خلاف فيه كما فى مجمع الفائده و قد صرح بنفيه فى التنقيح و عزاه فى كره الى علمائنا و لهم مضافا الى ما ذكر وجهان احدهما ما تمسك به فى كره و لك و مجمع الفائده و الكفايه من أنه امين فيقبل قوله فى على من ائتمنه و ثانيهما ما احتج به فى مجمع الفائده من انه لو لم يقبل قوله ح يلزم ان ينسد باب قول الوديعه ففى القبول ح حكمه بالغه و ان كان الثالث فقد اختلف الاصحاب فى

ص: ٢٥١

قبول قول المستودع ح على قولين الاول انه يقبل قوله ح أيضا و هو تصريح لف و ير و الايضاح و الرياض و ظ اطلاق فع و بع و د و التبصره و مجمع الفائده بل صرح فى لف و لك و الكفايه و الرياض بدعوى الشهره عليه و هو المعتمد عنده الثانى ما حكاه فى لف عن ط قائلا- قال فى ط ان كل موضع يدعى الحريق و النهب و العرق فانه لا- يقبل قوله الا بالبينه و كل موضع يدعى السرقة و الغصب او يقول تلف فى يده فان القول قوله مع يمينه بلا بينه و الفرق ان الحريق و العرق لا يخفى و يمكن اقامه البيئه عليه بخلاف السرقة و صرح فى لك بعد حكايه هذا القول عن ط بانه صرح فى كره بانه لا بأس بهذا القول عندى للقول الاول وجوه منها انه نسبته فى كره الى علمائنا قائلا- اذ طلب المالك من المستودع الرد فادعى التلف فالقول قوله عند علمائنا سواء ادعى التلف بسبب ظاهر او خفى لأنه امين فى الآيه و الاخبار بل الاجماع و الظاهر ان لا- خلاف فيه أيضا و ان كان خلاف الاصل و ثالثا الشهره العظيمة التى لا يبعد معها دعوى شذوذ المخالف بل صرح به فى الرياض و منها ما تمسك به فى لف من خبر الحلبي الذى وصفه بالحسن عن الصادق ع قال صاحب الوديعه و البضاعه مؤتمنان و منه المرسل عنه ع عن المودع اذا كان غير ثقه هل يقبل قوله قال نعم و لا يمين عليه و للقول الثانى ما نبه عليه فى الرياض قائلا بعد الاشاره اليه و هو شاذ و مستنده غير واضح و عموم البيئه على المدعى اه و ان ساعده الا انه لا اختصاص له بالفرد الذى ذكره بل يجرى فى الفردين الذين تعدياه و الحال انه لم يلتزم به و

ينبغى التنبيه على امرين

## الاول هل يتوقف قبول قول المستودع في الصورة المتقدمه على اليمين او لا

بل يقبل مطلقا و لو لم يحلف فلا يتسلط المالك على اخلاف اختلف الاصحاب في ذلك على اقوال احدها ان القبول يتوقف على يمينه و قد صرح به في ط و يع و فع و كره و عد ير و لف و الرياض و قد صرح بدعوى الشهره عليه في لف و التنقيح و ثانيهما انه لا- يتوقف على ذلك و هو المحكى في لف و لك و الكفايه و و الرياض عن المقنع و حكاه في الفقيه عن مشايخه قائلا- على ما في لف قضى مشايخنا على ان قول الودعي مقبول فانه مؤتمن و لا يمين عليه و ثالثها انه لا يمين عليه ان كان ثقه غير مرتاب و قد حكاه في الرياض عن الاسكافي و الحلبي للقول الاول وجوه منها انه نسبت في كره ما صاروا اليه الى علمائنا و يعضده الشهره المحققه و المحكيه كما نبه عليه في الرياض بقوله بعد الاشاره الى القول الثاني لكن الاجماع المتقدم الذي هو في حكم خبر صحيح معتضد بالشهره المتاخره التي كادت تكون اجماعا او هن المصير اليه و منها الاصل المؤيد بعموم نفى الضرر و منها ما احتج به في التنقيح قائلا لأنه مدعى فاذا لم يكن عليه بينه فلا أقل من اليمين و للقول الثاني اولا المرسل المتقدم اليه الاشاره و قد يجاب عنه بانه ضعيف السند فلا يصلح للحجيه مضافا الى معارضيته بالوجوه المتقدمه و بمرسل آخر سيأتى اليه الاشاره إن شاء الله تعالى و ثانيا ما نبه عليه في الرياض بعد اشارته الى هذا القول بقوله و ربما اعتضد بالنصوص الناهيه عن اتهام المستأمن و لا ينفك الاحلاف عنه مضافا الى الاصل النافي للزومه و قد يجاب عنهما اولا بالمنع من دلالتهما على المدعى و ثانيا بما نبه عليه في الرياض من عدم وضوح سند الأحاديث المذكوره ثالثا بالمنع من صلاحيتهما لمعارضه ادله القول الاول لو سلمت الدلاله و السند و للقول الثالث ما نبه عليه في الغنيه على ما حكاه في الرياض قائلا و روى انه لا يمين عليه ان كان ثقه غير مرتاب و قد يجاب عنه اولا بضعف السند كما نبه عليه في الرياض و ثانيا بعدم صلاحيته لمعارضه ادله القول الاول هو المعتمد مع انه احوط أيضا كما صرح به في الرياض

## الثاني اذا اتفقا على التلف و ادعى المالك التفريط الموجب للضمان

و انكره المستودع فالقول قوله مع يمينه كما في الغنيه و فع و التبصره و د و التنقيح و الكفايه و الرياض و لهم اولا ظهور الاتفاق عليه و ثانيا فالتمسك به في التنقيح من اصاله براءه ذمه للمتسودع من الضمان و ثالثا ما استدل به من عموم النبوي ص المشهور البيه على المدعى و اليمين على من انكر

ص: ٢٥٢

ص: ٢٥٣

ص: ٢٥٤

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ وَالسَّلَامُ عَلَى خَيْرِ خَلْقِهِ مُحَمَّدٍ وَآلِهِ الطَّاهِرِينَ

## كتاب مناهل جملة من الاحكام المتفرقه

منهل لا ريب في ان عقوق الابوين من المحرمات و الكبائر القادحة في العدالة

وقد صرح بذلك فى النهايه و القواعد و التحرير و الايضاح و الروضه و المسالك و الكشف و لهم وجهان احدهما ظهور الاتفاق عليه و ثانيهما الاخبار المستفيضه بل المتواتره احدها صحيحه عبد العظيم بن عبد الله الحسينى قال حدثنى ابو جعفر ثانى ع قال سمعت ابى موسى بن جعفر ع يقول قال ابو عبد الله ع من الكبائر عقوق الوالدين و الله سبحانه جعل العاق جبارا شقيا و ثانيها صحيحه ابن محبوب عن ابى الحسن ع قال من الكبائر عقوق الوالدين و ثالثها صحيحه عبد الله بن ابى يعفور قال قلت لأبى عبد الله ع بم يعرف عداله الرجل بين المسلمين حتى تقبل شهادته فقال ان تعرفوه بالستر و اجتناب الكبائر و عقوق الوالدين و رابعها حسنه عبيد بن زراره قال سألت ابا عبد الله ع عن الكبائر فقال هن فى كتاب على ع سبع الكفر بالله و قتل النفس و عقوق الوالدين الحديث و يعضد هذه الاخبار خبر مسعد بن صدقه و خبر ابى بصير و خبر عبد الرحمن كثير و خبر الفضل بن شاذان و خبر الكراجكى و خبر عبد الله بن سنان و خبر ابى الصامت و النبوى المرسل فان هذه الاخبار باسرها قد صرحت بان العقوق من الكبائر بل فى الاخير انه من اكبر الكبائر و كذا يعضدها ما دل على ان قطع الرحم من الكبائر لتضمن العقوق قطع الرحم أيضا و

### ينبغى التنبيه على امور

#### الاول صرح فى النهايه و القاموس و المصباح المنير و مجمع البحرين بان العقوق فى الاصل من العق و هو الشق

و قال فى الاول يق عق والده اذا اذاه و عصاه و خرج عليه ثم صرح بان العقوق فى حق الوالدين و الاقربين من اهل الاساءه اليهم و التصحيح لحقهم و صرح فى الثالث و الرابع بانه يق عق الولد اباه اذا اذاه و عصاه و ترك الاحسان اليه و صرح فى الاولين كما عن الصحاح بان العقوق ضد البر بالكسر و فسره فى الاول و فى الثانى بالصله و المنه و الخير و الاتساع بالاحسان و فى الثالث بالخير و الفضل و فى الرابع بالصله و الاتساع بالاحسان و زياده و نقل عن بعض القول بان البر اسم جامع للخير كله

#### الثانى هل يحرم ان يقال للوالدين اف او لا

المعتمد هو الاول لقوله تعالى وَ قَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَ بِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا إِمَّا يَبُلُغَنَّ عِنْدَكَ الْكِبَرَ أَحَدُهُمَا أَوْ كِلَاهُمَا فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أُفٍّ وَلَا تَنْهَرْهُمَا وَقُلْ لَهُمَا قَوْلًا كَرِيمًا فان النهى حقيقه فى التحريم و لا معارض له فيجب العمل به و يؤيده جمله من الروايات ففى روايه فى مجمع البيان مرسلا عن الصادق ع ادنى العقوق اف و لو علم الله بشىء أيسر منه او اهون منه لنهى عنه و صرح فى مجمع الفائده بان هذا المضمون وارد فى عده من الاخبار و فى روايه اخرى مرويه فى مجمع البيان مرسلا عن الرضا ع عن ابيه عن جده الصادق ع و لو علم الله لفظه اوجز فى أقل عقوق الوالدين عن اف لأتى به و يستفاد من هذه الاخبار كون ذلك كبيره و فيه نظر للأصل و ضعفها سندا نعم لو اقتضى ذلك الايذاء اتجه كونه كبيره و صرح فى مجمع البيان بان كلمه اف تدل على الضجر و حكى عن بعض انه حكى عن ابى عبيده انه قال ان آلاف و التف و سخ الاصابع اذا فتلتته و حكى عن بعض انه حكى عن ابن عباس انه قال هى كله كراهه و حكى عن بعض تفسيرها بالسنة و يستفاد من النهى عن التافيف المنع من سائر الاذى قياسا بطريق الاولى و قيل عزبا و لا معارض له فيلزم العمل به و يدخل فى ذلك الاهانه و الزجر باغلاظ و صياح و غيرهما و قد فسر به فى مجمع البيان و الصافى و غيرهما النهى المنهى عنه بقوله تعالى وَلَا تَنْهَرْهُمَا و فسره على بن ابراهيم فى تفسيره بالمخاصمه و هى أيضا حرام و قيل معناه لا تمنعهما من شىء اراداه و فيه نظر بل الاقرب عدم تحريمه و قيل النهى و النهى

واحد و فيه نظر بل الاقرب عدم تحريره و يدخل في ذلك أيضا النظر اليها على وجه المقت و يدل على حرمة بعض الاخبار الصحيحه أيضا فلا اشكال فيها

### الثالث هل يجوز اهانه الابوين و ايداها او زجرهما

و ضربهما حيث يتوقف امرهما بالمعروف و نهيهما عن المنكر عليها او لا فيه اشكال من العمومات الداله على حرمة المذكورات و من العمومات الداله على وجوب الامر بالمعروف و النهي عن المنكر المؤيده بعموم قوله تعالى **مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ** و بقوله تعالى **وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَ التَّقْوَى** و بالاعتبار العقلي الدال على وجوب الامرين و بما دل على حرمة العقوق بناء على تفسيره بترك الاحسان و بما دل على رجحان برهما بناء على تفسيره بالاحسان و مع ذلك كله فهذه العمومات اكثر كتابا و سنه و فتوى فهي بالترجيح اولى و ان كان التعارض بينها و بين العمومات السابقه من قبيل تعارض العمومين من وجه كما لا يخفى

### الرابع هل يجوز الامور المذكوره للتقيه او لا

الاقرب الاول لان العمومات الداله على لزوم التقيه اولى بالترجيح لاعتضادها بعموم قوله تعالى **وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ** و بالعمومات الداله على نفى الحرج و الضرر و التعارض هنا أيضا من قبيل تعارض العمومين من وجه

### الخامس هل يجوز الامور المذكوره اذا رضى بها الوالدين تخننا منهما

ورافه و رحمه عليهما او لا يجوز مط فيه اشكال من الاطلاقات المانعه عنها و من الاصل و امكان دعوى ان التبادر منها غير محل البحث و لزوم الحرج العظيم لو حرمت مط و كيف كان فالاحوط الترك و ان كان احتمال الجواز في غايه القوه

### السادس هل يجوز الامور المذكوره لدفع الاذيه و الاهانه عن نفسه

كما لو زجراه و اهاناها و ضرباه من غير استحقاق او لا فيه اشكال من عموم الآيه الشريفه المتقدمه و عموم قوله تعالى **وَ صَاحِبُهُمَا** في الدُّيَا مَعْرُوفًا عموم قوله تعالى **وَ اخْفِضْ لَهُمَا جَنَاحَ الذُّلِّ مِنَ الرَّحْمَةِ** و عموم اكثر الاخبار المتقدمه و قول الصادق ع في روايه ابى ولاد الحنيط و ان اضجراك فلا تقل لهما اف و لا تنهرهما ان ضرباك و قل لهما قولاً كريماً ان ضرباك فقل لهما غفر الله لكما فذلك منك قول كريم و من عموم ما دل على نفى الحرج و التعارض بينه و بين العمومات السابقه من قبيل تعارض العمومين من وجه و الترجيح مع هذا فالوجه لا تخفى

### السابع يستفاد من ظواهر الآيات المتقدمه وجوب الاحسان الى الوالدين

و ان يقول لهما قولاً كريماً و ان يصاحبهما في الدنيا بالمعروف و ان يخفض لهما جناح الذل من الرحمه و لم اجد لها معارضا يعتد به فيجب المصير اليها و المرجع في جميع ذلك الى العرف و ربما فسر الاول في خبر ابى ولاد بان يحسن صحبتها و ان لا يكلفهما شيئاً مما يحتاجان اليه ان سألاه و ان كان مستغنين و فسر الثاني في مجمع البيان بان مخاطبهما بقول رقيق لطيف حسن جميل بعيد عن اللغو و القبيح

### الثامن استفاد من جمله من الروايات الضعيفه وجوب بر الابوين

اذا كانا ميتين و الخروج من الاهل و المال ان امراه به و الدعاء لهما و التصديق عنهما و ان كانا مشركين و لا يعرفان الحق و حرمة ان يرفع صوته فوق صوتهما و يده فوق ايديهما و ان يتقدم قدامهما و ان يحول الوجه عنهما و ان يضيق عليهما بما وسع الله تعالى عليه من الماكول و الملبوس و ان يتكى على زراع الاب و حيث لا- يصلح للحجيه يبقى الاصل سليما عن المعارض فالاقرب عدم الوجوب و الحرمة فى المذكورات فى غير صورته استلزام الترك او الفعل المحرم من الاذيه و العقوق

### التاسع لا اشكال فى انه لا يجب اطاعتها فى المعصيه من ترك الواجب

او فعل الحرام بل لا يجوز سواء كانت من الكفر او الكبيره او الصغيره و سواء ثبتت بالضروره من الدين او المذهب او غيرها من الادله المعتمده شرعا و لو كانت ظنيه و قد صرح بذلك فى التحرير و التذكرة و الروضه و المسالك بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه و يدل عليه مضافا الى ما ذكر العمومات الداله على الذم و استحقاق النار و الحد و التعزير بصدور معصيه الله تعالى و العمومات الداله على وجوب الطاعه و التجنب عن المعصيه و خصوص جمله من الاخبار منها خبر الفضل بن شاذان عن الرضاع و خبر الاعمش عن جعفر بن محمد ع بر الوالدين واجب و ان كانا مشركين و لا طاعه لهما فى معصيه الخالق عز و جل فانه لا طاعه لمخلوق فى معصيه الخالق و منها خبر صفوان عن الصادق ع و المروى عن نهج البلاغه و المروى عن الرضاع عن آبائه عن على ع لا تسخطوا الله برضا احد من خلقه و لا تتقربوا من الناس بتباعده من الله و من الفاظ رسول الله ص لا طاعه لمخلوق فى معصيه الخالق و منها خبر ابى بصير عن الصادق ع من اطاع المخلوق فى معصيه الخالق فقد عبده و منها غير ذلك

### العاشر هل تجب اطاعه كل منها فى المباح و حرمة عصيانه فيه

فيجب ان اوجبه و يحرم ان حرمة او لا بل يجوز المخالفه اختلف الاصحاب فى ذلك على القولين الاول ان اطاعتها واجبه فيه و هو لظ التذكرة و الايضاح و لك و الروضه الثانى انها غير واجبه فيها و هو لظ المبسوط و التحرير و المنتهى للأولين وجوه منها قوله تعالى ﴿فَلَا تَقُلْ لَهُمْ أُفٍّ﴾ فان تحريم آلاف يستلزم تحريم العصيان الذى هو اعظم منه بطريق اولى و فيه نظر و منها ان عصيانهما عقوق و الاصل فى العقوق الحرمة اما الاول فلانه عد فى النهايه و المصباح المنير و مجمع البحرين العصيان من معانى العقوق و ربما استفاد هذا من القاموس و اما الثانى فللعمومات الداله على حرمة العقوق و فيه نظر اما اولاً- فللمنع من دلالة عبارات الكتب المذكوره على ان العصيان معنى حقيقى للفظ العقوق اذ غايه ما استفاد منها بيان المستعمل فيه لا- المعنى الحقيقى لعدم دلالة اللفظ عليه بوجه من الوجوه و لم يثبت من الخارج كون رأيهم الاقتصار على ذكر المعانى الحقيقه بل الاغلب ذكر المعانى المجازيه و اما ثانيا فلانا سلمنا ان المقصود فيها بيان المعنى الحقيقى فلا نسلم دلالتها على ان العصيان تمام المعنى الحقيقى لاحتمال كون المراد فيها ان المجموع المركب مما ذكره معنى حقيقيا فيكون العصيان جزءا منه و لا ريب ان اللفظ لا- يحمل على جزئه من غير قرينه فلا- يثبت له بخصوصه ما ثبت الكل و اما ثالثا فلانا فلو سلمنا دلالتها على ان العصيان ليس جزءا من المعنى الحقيقى فلا- نسلم دلالتها على كونه من افراد المعنى الحقيقى حتى يثبت له ما يثبت للمعنى الاعم منه الذى هو المعنى الحقيقى و هو الحرمة فيحتمل كون العقوق عند اربابها مشتركا لفظيا بين ما ذكره بل لا يبعد دعوى ظهور هذا

الاحتمال و عليه لا يتجه الحكم بحرمة العصيان بنفس تلك العمومات بناء على المختار من كون المشترك مجملا لا يحمل على جميع معانيه و عليه معظم الاصوليين على انه لا- شبهه في اراده الايذاء من تلك العمومات و هو احد المعاني على تقدير الاشتراك اللفظي فلا- يمكن اراده غيره منها معه و ذلك اما لامتناع استعمال المشترك في اكثر من معنى كما عليه طائفه من محققى الاصوليين او لان ذلك على خلاف الاصل و الظاهر و ان قلنا بانه حقيقه و اما رابعا فلان الظاهر من العقوق غير العصيان عرفا فالاصل الاتحاد مع اللغه مع انه ذهب طائفه من الاصوليين الى تقديم العرف ان خالف اللغه لا يق العصيان اما هو نفس العقوق او مستلزم له لاستلزامه الايذاء و الإساءه و على كلا التقديرين يلزم حرمة لأننا نقول الامران ممنوعان سلمنا الاخير و لكن تمنع من ان المستلزم للحرام حرام فتأمل و لا يقال العقوق المنهى عنه مشترك لفظي بين معان منها العصيان فيجب الاجتناب عنه و عن غيره من ساير المعاني حيث لم يقم دليل على اراده معين منها كما في تلك العمومات بناء على لزوم الاحتياط في مثل العام وفاقا للأكثر لأننا نقول هذا باطل اما اولا فلما بيناه من تيقن اراده بعض المعاني و هو الايذاء فلا يجب ح الاجتناب الا منه فيبقى غيره مندرجا تحت الاصل و اما ثانيا فلان وجوب ترك العصيان من باب المقدمه خارج عن محل البحث فتأمل و اما ثالثا فلانه اذا لم يعلم باراده العصيان من تلك العمومات تبقى العمومات الداله على اباحه ما نهوا عنه او امروا به سليمه عن ظهور التعارض فيجب الاعتماد عليها فتأمل و منها النبوى المرسل بر والديك و اطعهما و فان امراك ان تخرج من اهلك و مالك فافعل فان ذلك من الايمان و فيه انه ضعيف السند فلا يصلح للحجيه و منها فحاوى ما دل من الآيات و الاخبار على وجوب خفض الجناح من الذل و القول الكريم و المصاحبه بالمعروف و على حرمة رفع صوته على صوتهما و يده على يديهما و التقدم عليهما و تحويل الوجه عنهما و الانكاء على يد الاب و فيه نظر و للآخرين وجوه أيضا منها الاصل و منها العمومات من الكتاب و السنه و الفتاوى الداله على اباحه كثير من الاشياء و جواز الاتيان بها مط و لو مع نهى الابوين من نحو قوله تعالى أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَ أَحَلَّ لَكُمْ الطَّيِّبَاتُ\* وَ قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ اللَّهِ الْاِيه و قوله ع الناس مسلطون على اموالهم لا يقال يعارضها العمومات الداله على حرمة العقوق لأننا نقول هذا باطل اما اولا فلانه لا يتم الا على تقدير كون العصيان احد افراد العقوق و هو ممنوع لما عرفت و اما ثانيا فلان التعارض المذكور على تقدير تسليمه

من قبيل تعارض العمومين من وجه و من الظاهر ان وجوه الترجيح مع العمومات الداله على الاباحه سلمنا المساوات و لكن يبقى الاصل سليما عن المعارض و لا- يقال يعارض هذه العمومات قوله تعالى فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أُفٌّ لِأَنَا نَقُولُ لَا نَسْلَمُ شَمُولَهُ لِلْعَصِيان سلمناه و لكن من تعارض العمومين من وجه فالعمومات اولى بالترجيح و منها ان اطاعتها لو كانت واجبه لاشتهر بل و تواتر لتوفر الدواعى عليه و التالى بط و منها ان وجوبها مستلزم للضرر و الحرج العظيمين غالبا و الاصل عدمهما و ترجيح اصل العمومات الداله على نفيهما على العمومات الداله على حرمة العقوق ان سلم وقوع التعارض بينهما و المسأله لا تخلو عن اشكال فلا ينبغي ترك الاحتياط فيها و لكن الاقرب

ص: ٢٥٦

هو القول الثانى و عليه فلا- تجب اطاعتها في ترك المستحب و لا في فعله و لا في فعل المكروه و لا في تركه و لا ترك احد افراد الواجب و لا- في فعله و بالجمله كلما يتخير الولد بين فعله و تركه بالاصل لا يتعين عليه احدهما بحكم الابوين سواء كان واجبا تخييريا او موسعا او كفاثيا او مستحبا او مباحا و سواء كان مقدمه لواجب أم لا و لكن الاحوط مراعات حكمهما في جميع ذلك و اذا كان الاتيان بالمستحب مستلزما للعقوق كما اذا كان سفره لزياره الاثمه ع مستلزما لأذيتهما و اهانتها و الإساءه

اليهما فهل يحرم ذلك او لا فيه اشكال لوقوع التعارض بين عموم دليل الاستحباب و عموم دليل حرمة العقوق فلا ينبغي ترك الاحتياط و ان كان الاحتمال الثانى فى غايه القوه لان هذا التعارض من قبيل تعارض العمومين من وجه و لا ترجيح لعموم حرمة العقوق فيلزم الحكم بالجواز اما لسلامه اصاله الاباحه عن المعارض او لوجود الترجيح مع عموم دليل الاستحباب

### **الحادى عشر هل يشترط فى حرمة العقوق اسلام الابوين**

و حريتهما و عقلهما او لا فيه اشكال من الاطلاقات نصا و فتوى فى حرمة العقوق و المروى عن الرضا ع بر الوالدين واجب و ان كانا مشركين و من الاصل و ضعف الروايه المذكوره و امكان دعوى انصراف الاطلاقات الى المؤمن الحر العاقل و ما روى عن مصباح الشريعه عن الصادق ع بر الوالدين من حسن معرفه العبد بالله اذ لا عباده اسرع بلوغا بصاحبها الى رضاء الله اذا كانا على منهاج الدين و السنه من حرمة الوالدين المسلمين لوجه الله لان حق الوالدين مشتق من حق الله اذا كانا على منهاج الدين و السنه و فى جميع ما ذكر نظر بل الاقرب هو الاحتمال الثانى

### **الثانى عشر هل يحرم عقوق الجد و الجده و ان عليا او لا**

الاقرب الثانى لاختصاص النص و الفتوى بالابوين فلا يشتملان المفروض فيبقى الاصل سليما عن المعارض

### **الثالث عشر هل الابوان باعتبار الزنا يحرم عقوقهما أيضا او لا**

فيه اشكال من صدق الاسم حقيقه و من امكان دعوى انصراف الاطلاق فى غير المفروض فالاقرب هو احتمال الثانى

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين و الصلاه و السلام على خير خلقه محمد و آله الطيبين الطاهرين

### **منهل لا يجب الاستماع لقراءه القرآن فى غير صلاه الجماعه**

كما صرح به المقدس الأردبيلى و السيورى و والدى دام ظلّه العالى و يدل على عدم الوجوب الاصل و لأنه لو كان واجبا لاشتهر لتوفر الدواعى عليه و الثانى باطل جدا فالمقدم مثله و لأنه لو كان واجبا للزم الحرج العظيم و هو منفي فى الشريعه فت و بما ذكر يقيد اطلاق قوله تعالى فَاسْتَمِعُوا لَهُ

### **منهل لا اشكال و لا خلاف و لا شبهه فى ان الغناء يحرم اذا اشتمل على محرم**

#### **اشاره**

كاللعب بالآلات اللهو كالعيدان و دخول الرجال و التكلم بالباطل و هل يحرم اذا خلا عن ذلك او لا ذهب المحدث الكاشانى الى الثانى و ادعى ان الغناء ليس بنفسه حراما و يظهر من الفاضل الخراسانى فى الكفايه الميل اليه و هو ضعيف جدا بل المعتمد هو الاول كما ذهب اليه معظم منهم الصدوق فى المقنع و المفيد و الشيخ فى الخلاف و الحلبي و الديلمي و الحلبي و المحقق فى الشرائع و فع و علامه فى الارشاد و التحرير و عد و الشهيدان فى اللمعه و الدروس و المسالك و الروضه و المحقق الثانى

فى جامع المقاصد و الفاضل الهندى فى الكشف و والدى دام ظله العالى فى الرياض و غيرهم و لهم على ذلك وجوه الاول دعوى الاجماع عليه فى صريح الخلاف و الكشف و ظاهر المسالك و مجمع الفائده و يعصدها الشهره العظيمه القريبه من الاجماع بل لا يبعد ادعائه فانى ما وجدت احدا من المتقدمين و لا من المتأخرين الا و هو قائل بحرمه الغناء و انما تجرى على المخالفه صريحا من اشرنا اليه لضعف بصيرته فى الفن و بالجمله خلافه شاذ لا يلتفت اليه الثانى ان الغناء لو كان حلالا بنفسه لاشتهر بل و تواتر لتوفر الدواعى عليه و مسيس الحاجه اليه و التالى بط بل قد اشتهر حرمة الثالث ان مفسده كثيره لا تخفى بل قد يدعى انه أم الفساد فينبغى الحكم بحرمته فتأمل الرابع قوله تعالى وَ اجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ بناء على تفسيره بالغناء كما فى خبر ابى بصير و خبر ابى الصباح الكنانى و قد وصف هذا بالصحه او الحسن الخامس قوله تعالى وَ مِنَ النَّاسِ مَنْ يَشْتَرِي لَهْوَ الْحَدِيثِ الايه بناء على تفسيرها بالغناء كما فى خبر محمد بن مسلم عن الباقر الذى وصفه فى مجمع الفائده بالصحه و فيه أيضا الغناء مما اوعد الله عليه النار السادس الاخبار الكثيره و فى بعضها الغناء يثبت النفاق و فى بعضها شر الاصوات الغناء و فى بعضها الغناء محظور و فى جملة منها التصريح بان بيع الجاريه المغنيه و شرائها و تعليمها و الاستماع منها غير جائز و بان ثمن المغنيه سحت و بان المغنيه ملعونه و جميع ما ذكر يستلزم حرمه الغناء بالفحوى و بعدم القائل بالفصل لا يقال غايه الاخبار المذكر الاطلاق و هو لا- ينصرف الى محل البحث بل الى الصوره الاول التى لا خلاف فيها لأنها الغالب فى زمن صدور الاخبار كما اشار اليه بعض لأننا نمنع من غلبه هذه الصوره بحيث ينصرف اليها الاطلاق سلمنا لكن ترك الاستفصال فى بعض تلك الاخبار يمنع من الانصراف اليها خصوصا اذا فهم الاصحاب منها العموم فتأمل و لا يعارض هذه الاخبار الاخبار الكثيره الداله على جواز تحسين الصوت او استحبابه و القراءه بالحزن اذ الغالب انه لا- ينفك عن الغناء و التعارض بين هذه الاخبار و تلك الاخبار من قبيل تعارض العمومين من وجه و الترجيح مع هذه الاخبار لااعتضادها بالاصل الاعتبار العقلى فان الغناء مما يذكر الآخره و ينشط القلب للطاعه لأننا نقول ما ذكر بط اما اولا فلان تحسين الصوت بمجرد ليس بغناء و لا يستلزم له عاده و اما ثانيا فلان الاخبار المتقدمه اخص من هذه الاخبار فهو اولى بالتصرف بالترجيح و اما ثالثا فلاعتضاد تلك الاخبار بالشهره العظيمه و الاجتماعات المنقوله و الاصل لا يصلح لمعارضتها و الاعتبار العقلى لا يخفى ضعفه بل اظنه من وسوسه

ص: ٢٥٧

الشیطان و اما رابعا فلان هذه الاخبار توافق مذهب العامه بخلاف الاخبار المتقدمه فانها تخالفهم فهى اولى بالترجيح و مع هذا فاكثر الاخبار المذكوره او جميعها ضعيفه السند فلا يصلح للحجيه و

**ينبغى التنبيه على امور**

**الاول هل يحرم الغناء فى زياره سيدنا و مولانا ابى عبد الله الحسين او لا**

اختلف الاصحاب فيه فالمعظم على الاول و حكى عن بعض لم نعرفه الثانى و صار اليه الفاضل الخراسانى فى الكفايه و المقدس الأردبيلى و الاول احوط بل و اظهر لإطلاق جمله من الاخبار المعتضده بالشهره العظيمه و الاجتماعات المحكيه لا يق اطلاق الفتوى و النص بحرمه الغناء لا ينصرف الى محل البحث لندرته فى الزمن السابق لأننا نقول لا نسلم ذلك خصوصا بالنسبه الى زمن صدور اطلاق الفتاوى فان فيها شواهد تدل على الشمول لمحل البحث كما لا يخفى على من لاحظها و لا يقال يعارض ما ذكر عموم ما دل على جواز الابكاء من نحو قوله ص من ابكى وجبت له الجنه و التعارض بينهما من قبيل تعارض العمومين من



وجه و الترجيح مع الثانى لوجوه منها اعتضاده بالاعتبار العقلى كما لا- يخفى و منها فحوى ما دل على جواز الغناء فى زف العرائس و الحداء و منها الاصل و منها شيوع الغناء فى مراثيه عليه السلام من غير نكير غالبا و منها العمومات الداله على جواز النياحه التى لا- تنفك عن الغناء غالبا لأننا نقول الترجيح مع الاول لاعتضاده بالشهره و الاجماعات المحكيه و الاعتبار العقلى لا ينهض حجه و الفحوى لا عبره بها فى مقابله الشهره و الاجماعات المحكيه و كذا الاصل و نمنع عدم النكير و العمومات الداله على جواز النياحه لا يعارض ما ذكرناه

## **الثانى هل يحرم الغناء فى القرآن او لا**

صار المعظم الى الاول و هو الاقرب و ذهب شاذ من متأخري المتأخرين الى الثانى و هو ضعيف

## **الثالث هل يحرم الحداء**

و هو على ما صرح به جماعه سوق الابل بالغناء لها او لا اختلف الاصحاب فيه فذهب جماعه الى الاول و هو احوط بل و اظهر و ذهب آخرون الى الثانى و عليه فهل يلحق بالابل غيره من ساير الحيوانات او لا الاقرب الثانى

## **الرابع اختلف الاصحاب فى جواز غناء المغنيه لزف العرائس**

ف قيل لا- يجوز مط و هو احوط و قيل يجوز و لا يخ عن قوه و ذكر جماعه لإباحته شروطا منها ان لا تتكلم بالباطل و منها ان لا تعمل بالملاهى و منها ان لا يسمع صوتها الاجانب من الرجال و فيه اشكال و الاحوط مراعاته و لا يستثنى من حرمة كليه الغناء شىء غير ما ذكر فكل صوت يندرج تحت الغناء و لا يدخل فيها ذكر فهو حرام سواء كان عباده او لا و كما لا يكون كك فهو حلال

## **الخامس الغناء الحرام من جمله الكبائر**

كما فى التحرير و القواعد و الدروس و عليه دعوى الاجماع فى ظاهر الكشف و صريح الخلاف و يدل عليه مضافا الى ما ذكر خير محمد بن مسلم المتقدم فمن ارتكبه ترد شهادته و يحكم بفسقه

## **السادس لا يجوز استماع الغناء الحرام**

كما لا يجوز فعله و هل هو كبيره و تزول العدالة بمجردة و ترد الشهاده به كما يستفاد من التحرير و القواعد و الدروس او لا بل هو صغيره كما عليه والدى اعلى الله مقامه و حكاه عن المسالك و الكفايه فلا يقدح فيما ذكر بناء على المختار من ان الصغائر لا تقدح فى العدالة فيه اشكال من الاصل و عدم التصريح بكونه كبيره فى النصوص على ما قيل و من دعوى الاجماع عليه فى الكشف و لعل الاول لا يخ عن قوه

## **السابع صرح العلامة فى المنتهى و المقدس الأردبيلي بانه يحرم تعلم الغناء**

و أطلق و ادعى ظهور عدم الخلاف فيه و الحق عندى ان تعلمه حيث لم يكن مستلزما لفعله و لا لاستماعه لا يكون حراما للأصل السليم عن المعارض و دعوى ظهور عدم الخلاف فيه لا يصلح للمعارضه اذ المعظم لم يتعرضوا للحكم بحرمه ذلك و اما اذا استلزم احد الامرين ففي حرمة بنفسه اشكال و لعل الاقرب لعدم للأصل و ان الحق لازم الحرام ليس بحرام و كذا الكلام فى تعليمه و قد صرح بعض الاصحاب بتحريمه و أطلق أيضا و ادعى ظهور عدم الخلاف فيه و هو مقتضى بعض الروايات الضعيفه و قد يقوى هذا فيما اذا علم المعلم ان المتعلم يرتكبه او يستمعه بعد التعلم لأنه ح اعانه على الاثم فيحرم لعموم النهى عنها فى قوله تعالى **لَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ الْمُوَيْدِ** بما تقدم اليه الاشاره و كيف كان فالاحوط ترك التعلم و التعليم مط

### **الثامن الظاهر انه لا خلاف بين الاصحاب فى انه يحرم التكسب بالغناء الحرام**

فيحرم التكسب بالغناء لذف العرائس ان حرمانه و الا فلا

### **التاسع ورد فى جملة من الروايات الضعيفه على الظاهر المنع من بيع الجارية المغنيه**

و فى بعضها التصريح بان ثمنها سحت و فى هذا الاطلاق اشكال و حمل الاخبار المذكوره بعض اصحابنا على صورته بيعها للغناء

### **العاشر اختلف العلماء فى تفسير الغناء**

ففى الشرائع و التحرير و الارشاد و الدروس هو مد الصوت المشتمل على الترجيع المطرب قال فى الكفايه الترجع ترديد الصوت فى الحلق و الظاهر انه يحصل بتكرار الالفاظ و الاصوات بالنغمات و حكى فيه عن الجوهري و غيره تفسير الطرب بالخفه التى تصيب الانسان بسبب حزن او سرور و قال الجوهري هو الصوت المطرب و حكى عن بعض انه ترجيع الصوت و عن بعض اخر انه تحسين الصوت و عن اخر انه مد الصوت و قال بعض اصحابنا الاولى الرجوع فيه الى العرف فما سمي غنا يحرم و هو جيد لائن الوارد فى النصوص المتواتره حرمة الغناء و من الظاهر انه ليس له حقيقه لغويه غير عرفيه و لا- له حقيقه شرعيه و بالجمله ليس هو من الالفاظ المنقوله بل هو مما له معنى واحد فى جميع الازمنه و ذلك واضح فى الغايه فح ينبغى ان يكون المرجع فيه العرف و لا يبعد دعوى اتفاق الكل عليه و اما اختلافهم فعلة للاختلاف فى فهم المعنى العرفى او للتسامح فى التعبير و بالجمله لا اظن احدا يقول بحرمه قسم خاص من الصوت و ان لم يسم و على هذا يجوز الاتيان بالصوت الممدود المشتمل على الترجيع المطرب الذى لا- يسمى غناء عرفا للأصل و عدم شمول ما دل على حرمة الغناء له و لإطلاق ما دل على جواز النياحه و رثاء الحسين و تحسين الصوت فى قراءه القرآن اذ الغالب ان ما ذكر لا- ينفك عنه لا يقال لو عمل بالاطلاق المذكور للزم الحكم بجواز الغناء فى المذكورات لان الغالب عدم انفكاكها عن التسميه بالغناء لأننا نقول لا نسلم ذلك بل كثيرا ما ينفك عن ذلك و بالجمله لم اجد دليلا على حرمة الاتيان بالصوت الممدود المشتمل على الترجيع المطرب الذى لم يسم فى العرف غناء سوى تفسير جماعه من اصحابنا الغناء به و هو بنفسه لا- يكون حجه لعدم بلوغه حد الاجماع بل و لا الشهرة و ان ادعى فى مجمع الفائده بلوغه اليها و مع هذا فهو معارض بمصير جماعه الى تفسيره بما يسمى فى العرف غناء مضافا الى امكان دعوى انصراف اطلاق كلام اولئك الى الغالب و هو الذى يسمى فى العرف غناء و لا يقال على تقدير كون المرجع هو العرف لا يتجه الحكم بحرمه الغناء فى المراثى و قراءه القرآن اذ لم يمكن فرض صدق الغناء فيهما عرفا نعم قد يتحقق فيهما مد الصوت المشتمل على الترجيع المطرب لأننا نقول

ذلك باطل لان فى بعض الصور يصدق الغناء عرفا قطعا كما لا يخفى و لا يق دعوى ان معنى الغناء متحد عرفا و لغه باطله بل لا يبعد الحكم بتغيرهما لتفسير اولئك الجماعه لأنا نقول الاصل عدم النقل على ان الظاهر كما بيناه عدم الاختلاف هنا بل هو المقطوع به عندى سلمنا و لكن الحقيقه العرفيه العامه مقدمه سلمنا عدم تقدمها و لكن لا أقلّ معه من التوقف و معه كيف يمكن الحكم بحرمة ما لم يسم غناء عرفا و ان اشتمل على الترجيع المطرب بل الاصل يقتضى الاباحه و بالجمله الذى يقتضيه الدليل هو حرمة ما يسمى غناء عرفا لا غير و اما ما يسمى فى العرف غناء ان يكون جميع اقسامه حراما للإطلاق الدال على حرمة الغناء و استماعه و قد يناقش فيه بان الاطلاق ينصرف الى الغالب و هو المشتمل على الترجيع المطرب ما حكى عنهما فانه لا ينصرف اليه الاطلاق و ان سمي غناء عرفا حقيقه فيكون مباحا مضافا الى لزوم الحرج فى حرمة على الاطلاق و بالجمله القدر المتيقن من النص و الفتاوى الدالين على حرمة الغناء و القدر المتيقن عليهما بينهما هو حرمة الصوت الممدود المشتمل على الترجيع المطرب المسمى فى العرف غناء حقيقه و اما غير ما ذكر ففى حرمة اشكال واضح بل ينبغى الحكم بحليه بعضه كما اشرنا اليه بل لا يبعد الحكم بحليه جميعه و ان كان الاحوط ترك جميع ما يحتمل اندراجه تحت اطلاق الغناء و ليس منه تحسين الصوت الذى لم يشمل على الترجيع و لا الطرب و لم يسم فى العرف غناء للقطع بخروجه عن ذلك

**منهل لا اشكال و لا شبهه فى ان غيبه المؤمن العدل الامامى محرمة لا تجوز فعلها و يجب تركها**

**اشاره**

كما صرح به فى التحرير و هى و الشهيدان فى اللغه و ضه و الرساله و المقدس الأردبيلي فى مجمع الفائده و زبده البيان و الفاضل الخراسانى فى يه و غيرهم و الحججه فيه امور الاول ان الشَّهيد الثانى ادعى فى رساله الغيبه عليه الاجماع فقال تحريم الغيبه اجماعى الثانى قوله تعالى لا يَغْتَبُّ بَعْضُكُمْ بَعْضًا الثالث قوله تعالى وَيَلِّ لِكُلِّ هُمَزَةٍ لُّمَزَةٍ قال فى مجمع البيان الهمزه الكثير الطعن على غيره بغير حق العائب له بما ليس بعيب و اصل الهمزه الكسر فكان بعيبه اياه و طعنه فيه يكسره و يهمزه و اللمز العيب أيضا و الهمزه و اللمزه بمعنى واحد و قيل بينهما فرق لان الهمزه يعيبك بظهر الغيب و اللمزه يعيبك فى وجهك عن الليث و قيل الهمزه الذى يؤذى جلسيه بسوء لفظه و اللمزه يكسر عينه على جلسيه و يشير برأسه و يؤمى بعينه ثم قال المعنى وَيَلِّ لِكُلِّ هُمَزَةٍ لُّمَزَةٍ هذا و يعيد من الله سبحانه لكل مغتاب غيبا مشاء بالنميمة مفرق بين الاحبه عن ابن عباس و عنه أيضا قال الهمزه المطعان و اللمزه المغتاب و قيل الهمزه المغتاب و اللمزه المطعان عن سعيد بن جبير و قتاده و قيل الهمزه الذى يطعن فى الوجه و اللمزه الذى يغتاب عند الغيبه عن الحسن و ابى العالى و عطا ابن ابى رباح و قيل الهمزه الذى يهمز الناس بيده و يضربهم و اللمزه يلمزهم بلسانه و يعيبه عن ابن زيد الرابع الاخبار الكثيره منها ما ذكره الشَّهيد الثانى فى الرساله قائلا قال النَّبِيُّ (ص) كل المسلم على المسلم حرام و دمه و ماله و عرضه قال و الغيبه تناول العرض و قد جمع بينه و بين الدم و المال و منها ما ذكره أيضا قائلا قال النَّبِيُّ و لا تحاسدوا و لا تباغضوا و لا يغتتب بعضكم بعضا الحديث و منها ما ذكره فى الرساله أيضا قائلا و عن جابر و ابى سعيد الخدرى قائلا قال النَّبِيُّ (ص) اياكم و الغيبه فان الغيبه اشد من الزنا و نحوه روايات اخر و منها ما ذكر فى الرساله أيضا قائلا و فى خبر معاذ الطويل المشهور عن النَّبِيِّ (ص) ان الحفظه تصعد بعمل العبد و له نور كشعاع الشمس حتى اذا بلغ سماء الدنيا و الحفظه تستكثر عمله و تزكيه فاذا انتهى الى الباب قال الملك الموكل بالباب اضربوا بهذا العمل وجه صاحبه ان صاحبه صاحب

الغيبه امرنى ربي ان لا ادع عمل من يغتاب الناس ان يتجاوزنى الى ربي و منها ما ذكره فى الرساله أيضا قائلا قال السّيراء خطبنا رسول الله (ص) حتى اسمع العواتق فى بيوتهم فقال يا معاشر من امن بلسانه و لم يؤمن بقلبه لا تغتابوا المسلمين و لا تتبعوا عوراتهم فانه من تتبع عوره اخيه تتبع الله عورته و من تتبع الله عورته يفضحه فى جوف بيته و منها ما ذكره فى الرساله أيضا قائلا روى باسناده الى النبى (ص) من مشى فى غيبه اخيه و كشف عورته كانت اول خطوه خطاها و وضعها فى جهنم و كشف الله عورته على رءوس الخلائق و من اغتاب مسلما بطل صومه و نقض وضوئه فان مات هو كذلك مات و هو مستحل لما حرم الله و منها ما ذكره فى الرساله أيضا قائلا و عن ابى عبد الله (ع) قال قال رسول الله (ص) الغيبه اسرع فى دين الرجل المسلم من الاكله فى جوفه قال و قال رسول الله (ص) الجلوس فى المسجد انتظارا للصلاه عباده ما لم يحدث قيل يا رسول الله (ص) ما يحدث قال بالاغتياب و منها خبر سليمان بن خالد عن الباقر (ع) المؤمن حرام على المؤمن يغتابه و منها خبر الحرث بن المغيرة عن الصادق (ع) المسلم اخو المسلم لا يغتابه و نحوه روايه مرسله و منها مرسله ابن ابى عمير الذى هو كالصحيح عن الصادق (ع) من قال فى مؤمن ما رأت عيناه و سمعت اذناه فهو من اللذين قال الله عزّ و جلّ إِنَّ الَّذِينَ يُحِبُّونَ أَنْ تَشِيعَ الْفَاحِشَةُ الْآيَهُ وَ نحوه خبر آخر ظاهر الصّححه و منها خبر نوف البكالى عن امير المؤمنين (ع) اجتنب الغيبه فانها ادم كلاب النار كذب من زعم انه ولد من حلال و هو يأكل لحوم النّاس و منها خبر الحسين بن خالد عن الصادق (ع) انّ الله يبغض البيت اللحم و اللّحم السمين ثم قال انما البيت اللّحم البيت اللّذى يؤكل فيه لحوم النّاس و منها خبر علقمه بن محمّد عن الصادق (ع) من لم تره بعينك يرتكب ذنبا و لم يشهد عندك شاهدان فهو من اهل العداله و السّتر

و شهادته مقبوله و ان كان فى نفسه مذنبا و ان اغتابه بما فيه فهو خارج عن ولايه الله تعالى ذكره داخل فى ولايه الشّيطان و لقد حدثنى ابى عن آباءه عن رسول الله (ص) قال من اغتاب مؤمنا بما فيه لم يجمع الله بينهما فى الجنّه و من اغتاب مؤمنا بما ليس فيه فقد انقطعت العصمه بينهما و كان المغتاب فى النّار خالدا فيها و بئس المصير و منها التّبوى المروى فى الفقيه نهى عن الغيبه و الاستماع اليها من اغتاب مسلما بطل صومه و نقض وضوئه و منها خبر ابى بصير سباب المؤمن فسوق و اكل لحمه معصيه لله تعالى و منها غير ذلك من الاخبار و بالجمله الاخبار فى حرمه الغيبه فى الجمله متواتره الرابع الاعتبار الذى ذكره الشّهيد الثانى قائلا و اعلم ان السّبب الموجب للتأكيد فى امر الغيبه و جعلها اعظم من كثير من المعاصى الكبيره اشتغالها على المفساد الكليه المنافيه لغرض الحكيم سبحانه بخلاف باقى المعاصى فانها مستلزمه لمفساد جزئيه بيان ذلك ان المقاصد المهمه للشارع اجتماع التّفوس على هم واحد و طريقه واحده و هى سلوك سبيل الله تعالى كسائر وجوه الاوامر و التّواهى و لا يتمّ ذلك الا بالتعاون و التعاضد بين ابناء النّوع الانسانى و ذلك يتوقّف على اجتماع

ص: ٢٥٩

و تصافى بواطنهم و اجتماعهم على الالفه و المحبه حتى يكونوا بمنزله عبد واحد فى طاعه مولاه و لن يتم ذلك الا بنفى الصّغائن و الاحقاد و الحسد و نحوه و كانت الغيبه من متهم لأخيه مثيره لضغنه و مستدعيه منه لمثلها فى حقّه لا جرم كانت ضد المقصود الكلى للشارع و كانت مفسدته كليه فلذلك اكثر الله و رسوله (ص) التّهى عنها و التّوعد عليها و

**ينبغى التّبيه على امور**

**الاول لا فرق فى المؤمن العادل فى حرمه الغيبه**

بين ان يكون حرا او مملوكا

## الثانى المؤمنه العادله و الخنى العادل كالمؤمن العادل

فلا يجوز غيبتهما و لا فرق بين ان يكونا حرين او لا

## الثالث هل يحرم غيبه اطفال المؤمنين او لا

لم اجد احدا من الاصحاب صرح باحد الامرين بالخصوص و الاحوط الاوّل و ان كان فى الحكم بتعيينه نظر لعدم الدليل على كون ذلك حراما فان العمومات الداله على حرمة الغيبه لا تصحّ لإثبات ذلك اما ما دلّ على أنّه يحرم غيبه المسلم و المؤمن فواضح لأنّه لا- يطلق على الطفل أنّه مسلم و مؤمن حقيقه و اما ما دلّ على أنّه يحرم غيبه النّاس فلان الظاهر أنّ لفظ النّاس لا يصدق عليه حقيقه و اما ما دلّ على أنّه يحرم غيبه اخيه فلان الظاهر منه غير الصغير كما لا- يخفى و اما قوله تعالى لا يَغْتَبِ بَعْضُكُمْ بَعْضًا و قوله تعالى وَيَلْ لِكُلِّ هُمَزَةٍ لُّمَزَةٍ فلان الظاهر منها غير الطفل أيضا و اما ما دلّ على ان الغيبه حرام فلان الظاهر منه غير الصغير أيضا كما لا يخفى و مع ذلك فهو ضعيف السند فلا يصحّ الاعتماد عليه

## منهل هل يجوز غيبه المسلم الغير الامامى

سواء كان من الشيعه كالزيدى او من غيرهم كاهل الخلاف و سواء كان ممّن حكم بكفره كالناصبى او لا يجوز غيبته مط و لو كان ممّن حكم بكفره اختلف الاصحاب فيه على القولين الاوّل أنّه لا يجوز و هو الذى مال اليه الأردبيلى فى مجمع الفائده قائلا عموم ادله الغيبه و خصوص ذكر المسلم يدل على التحريم مط و ان عرض المسلم كدمه و ماله فكما لا- يجوز اخذ مال المخالف و قتله كما فى فى كذا لا يجوز غيبته و اظن أنّى رايت فى قواعد الشّهيد انه يجوز غيبه المخالف من حيث مذهبه و دينه الباطل و كونه فاسقا من تلك الجبهه لا غير مثل انه اعمى و نحوه و لا شك ان الاجتناب احوط و يمكن استفادة هذا القول ممّن أطلق تحريم الغيبه كالعلاّمه فى ير و هى و الشّهيد فى اللّمعه و فى الكفايه نقل ما ذكره فى مجمع الفائده و لم ينبه على ضعفه و هو ربّما كان مشعرا بالميل اليه و أقلّ ما استفاد من كلامه التوقف فى المسأله اذ لم يصرح بترجيح احد القولين الثانى أنّه يجوز و هو لجماعه منهم الشيخ الطريحي فأنّه قال فى مجمع البحرين لا ريب فى اختصاص تحريم الغيبه بمن يعتقد الحقّ فان ادله الحكم غير متناوله لأهل الضلال كتابا و سنه و منهم والدى دام ظله العالى فانه قال لا ريب فى جواز غيبه المخالف و منهم من صرح بأنّه يجوز هجاء غير المؤمنين كالشّهيد الثانى فى ضه و لك و صاحب الكشف و الظاهر ان هذا القول ممّا صار اليه المعظم و هو المعتمد لوجه الاوّل اصاله الاباحه الثانى فحوى ما دلّ على جواز لعن المخالف و قد تبّه على ما ذكر فى مجمع البحرين قائلا- بعد ما حكينا عنه سابقا بل فى بعض الاخبار تصريح بسبهم و الوقيعه فيهم كما روى فى الصحيح عن داود بن سرحان قال قال رسول الله (ص) اذا رأيتم اهل الريب و البدع من بعدى فاظهروا البراءه منهم و اكثروا من سبّهم و ناهوهم كيلا يطمعوا الفساد فى الإسلام و يحذرهم الناس و لا- يتعلّمون من بدعهم يكتب الله لكم الحسنات و يرفع لكم به الدرّجات فى الآخره و يعضد ما ذكره قول الرّياض لا ريب فى جواز غيبه المخالف للأصل و النصوص المتواتره الوارده عنهم (ع) بطعنهم و انهم اشر من اليهود و النصارى و انجس من الكلاب لدلالاتها على الجواز صريحا او فحوى و قد يناقش فيما ذكره بما تبّه عليه فى مجمع الفائده بقوله و لا يدل جواز لعنه على جواز الغيبه مع تلك الادله بان يقول أنّه طويل او قصير و اعمى و اجذم و ابرص

و هو ظاهر و فيما ذكره نظر واضح بل الحجّه المزبوره فى غايه المتانّه الثالث ما استدل به فى الرّياض من النّصوص المطلقه للكفر عليهم لاستلزام الاطلاق اما كفرهم حقيقه او اشتراكهم مع الكفار فى احكامهم الّتى منها ما نحن فيه اجماعا الزّابع فحوى ما دلّ على جواز غيبه الفاسق الامامى بل عمومه و سيأتى اليه الاشاره الخامس عدم اشتهاى حرمه غيبته مع توقّر الدّواعى عليه لا يقى يعارض هذه الوجوه العمومات المتقدّمه الداله على حرمه الغيبه كما اشار اليه بعض على ما حكاى فى الكفايه قائلا قال بعض المتأخرين الظاهر ان عموم ادله تحريم الغيبه من الكتاب و السنه يشمل المؤمنين و غيرهم فان قوله تعالى **وَ لَا يَغْتَبِ بَعْضُكُم بَعْضًا** الايه اما للمكلفين او المسلمين فقط لأننا نقول العمومات المتقدمه لا تصلح لمعارضه تلك الوجوه اما قوله تعالى **لَا يَغْتَبِ الْاِيه** فلما اشار اليه والدى قدس سرّه قائلا انّ التمسك به ضعيف لان التعليل فى الذيل بما يتضمن الاخوه يقتضى اختصاص الحكم بمن ثبتت له الصّيفه و دعوى ثبوتها للمخالف ممّا يقطع بعدمه هذا مع أنّ فيه مناقشه اخرى بناء على المختار الذى عليه علمائنا الابرار من اختصاص مثل الخطاب بالمشافهين و ان التعديه منهم الى الغائبين يحتاج الى دليل متين و هو فى الاغلب الاجماع و لا اجماع الا على الشركه مع اتحاد الوصف و لا ريب فى انتفائه لحدوث مذهب اهل الخلاف بعد زمنهم فلا شركه لهم معهم هذا مع ان الاصحاب فى الباب ما بين مصرّح بعدم الاشتراك و مفت بعباره ظاهره فى الاختصاص لتضمنها الايمان الظاهر فى اصطلاحهم فى هذه الفرقه الناجيه و يستفاد ذلك أيضا من كثير من المعتره المستفيضه و لا دلاله اخرى على التعديه و على تقديرها فليست الآيه بنفسها حجه مستقله فالاستدلال غفله واضحه عن اصول الاماميه و فيما ذكره نظر لان اختصاص التعليل بفرد خاص لا يقتضى تقييد الاطلاق به

اذ لا دليل عليه فاذا الآيه الشريفه تفيد باطلاقها حرمه غيبه المخالف و المناقشه فيها باختصاص الخطاب فيها بالمشافهين فلا يفيد اطلاقها ذلك مدفوعه بان الخطاب و ان اختص بهم و لكن مقتضى اطلاقه بالنسبه اليهم حرمه الغيبه مط و لو صار بعضهم فيما بعد مخالف او اذا حرم غيبه هذا حرمت غيبه كل مخالف اذ لا-قائل بالفصل اللّهم الا-ان يدعى عدم صدق التعصّب به بعد صيرورته من المخالفين فت و الانصاف ان دلاله الآيه الشريفه على هذا القول فى غايه الاشكال و اما قوله تعالى **وَ يَلُّ لِكُلِّ هُمَزَةٍ لُّمَزَةٍ** الايه فللمنع من عمومه اذ لو حمل على العموم لدل على حرمه غيبه الكفار أيضا و هو بط و ارتكاب تخصيصهم مستلزم لتخصيص العام الى الاقل من النّصف لان الكفار اكثر خصوصا حين نزول الآيه الشريفه و هو غير جائز فينبغى الحمل على العهد و المعهود هنا غير معيّن فتكون الايه الشريفه مجمله و معه لا يصح الاستدلال بها على حرمه غيبه المخالف كما لا يخفى فتأمل و اما عموم النّهى عن غيبه الاخ فللمنع من كون المخالف اخا و اما

ص: ٢٦٠

عموم النّهى عن غيبه المسلم فلضعف سنده مع قوه احتمال انصرافه الى غير المخالف كما اشار اليه والدى دام ظله العالى و اما عموم النّهى عن الغيبه فلضعف سنده و بالجملة لم نجد عموما يشمل المخالف و يصح الاعتماد عليه سلمنا و لكن يجب تخصيصه بغير المخالف للأدله الدّاله على جواز غيبته و ان كان التعارض بينهما من قبيل تعارض العمومين من وجه لا اعتضاد هذه الادله بالشّهره و شذوذ القائل بحرمه غيبه المخالف و بالاعتبار العقلى كما لا يخفى فينبغى ترجيحها

**منهل اذا تجاهر الفاسق الاثنى عشرى كحكام الجور و المنصوبين من قبلهم للقتل مثلا و نحوهم**

فهل تجوز غيبته بذلك و ذكره لمن لا يعلم أنه صاحب ذلك الفسق فيق الجائر الفلاني اخذ مال فلان قهرا و اخذ البلد الفلاني او قتل او نهب او نحو ذلك او لا يجوز المعتمد الاوّل وفاقا للمحقق الثاني في رساله الغيبه و الشهيد في عده و الشهيد الثاني في رساله الغيبه و المقدّس الأردبيلي و الفاضل الخراساني في الكفايه و الشّيخ الطّريحي في مجمع البحرين و الحجّه فيه وجوه

## الأوّل اصاله الإباحه

### الثاني أنه تبه على دعوى الاجماع عليه الشيخ

على في رسالته قائلا استثنى العلماء من حرمة الغيبه مواضع الاوّل ان يكون القول فيه مستحقا لذلك لتظايره بالمحرم كالفاسق المتظاهر بفسقه مثل شارب الخمر و الظاهر المتهمك بظلمه فيجوز ذكره بذلك الذي هو فيه لا بغيره و يعضد ما ذكره قول مجمع الفائده ذكر الاصحاب ان من تظاهر بالفسق فلا- غيبه له لا يق لا نسلم لأمر الاتفاق على ذلك فإنّ الشّهيد في عده و المحقّق الثاني في رسالته حكيا عن بعض النّاس منع غيبه الفاسق مط قائلين و منع بعض النّاس من ذكر الفاسق و واجب التّعزير بقذفه بذلك الفسق لأننا نقول الظاهر ان هذا المخالف من العامه لا- من الخاصه سلّمنا أنه من الخاصه و لكنّه لا يقدر في الاجماع المنقول كما قرّر في الاصول

### الثالث أنه لو لم يجز غيبه الفاسق المفروض

لكان مساويا للعدل المؤمن في هذا الحكم و التالي بط لعموم قوله تعالى أ فَمَنْ كَانَ مُؤْمِنًا كَمَنْ كَانَ فَاسِقًا لَا يَسْتَوُونَ بناء على ان نفى الاستواء يفيد العموم لا- يق لا نسلم ان نفى المساواه يفيد العموم سلّمنا و لكن أنّما يفيد حيث لم يكن بعض الوجوه متبادرا و اما اذا كان بعض الوجوه متبادرا فلا يفيد بل ينصرف اطلاق اللفظ اليه و هنا المتبادر غير محلّ البحث فينصرف اطلاق اللفظ اليه سلّمنا عدم كون محلّ البحث من الافراد الغير المتبادره و لكن نقول المؤمن اعّم من الفاسق من وجه لاختصاصه بالامامى و شموله العدل و الفاسق بناء على ان الايمان لا- يتوقف على العمل و الفاسق اعّم من وجه من المؤمن لاختصاصه بالخارج عن طاعه الله تعالى و شموله للفاسق الامامى و الكافر و من الظاهر أنه لا يمكن حمل اللفظين في الآيه الشّريفه على عمومهما فينبغى ارتكاب التخصيص في احدهما و لّمّا لم يكن دليل على تعيين المخصّص وجب التوقف و معه يسقط الاستدلال بالآيه الشّريفه في محلّ البحث اذ مع تقييد الفاسق بالكافر لا يمكن ذلك قطعاً ففى صورته كونه محتملا لا يمكن ذلك أيضا و هو واضح لأننا نقول الوجوه الثلاثه كلّها باطله اما الاوّل فلا أنّ الحقّ أنّ نفى الاستواء يفيد العموم و اما الثاني فلان محلّ البحث من الافراد المتبادره و اما الثالث فلان الظاهر ان حمل المؤمن على العدل الامامى و ابقاء الفاسق على عمومته اولى لان المؤمن لو سلم كون موضوعا لمطلق الامامى فلا- اشكال في أنّ المتبادر منه العدل الامامى فيجب حمل اللفظ عليه و يكون كالتّص في دلالاته فلا يصحّ التّقييد كما لا يخفى و على هذا يتّجه الاستدلال بالآيه الشّريفه على المختار كما لا يخفى فت

### الرابع انّ الفاسق المفروض يجوز لعنه

لأنه ظالم و قد قال الله تعالى أَلَا لَعْنَةُ اللَّهِ عَلَى الظّالِمِينَ بل قيل و ربما امكن جعل الطعن عليه و اللعن عليه من جمله القرب فاذا جاز لعنه جازت غيبته بطريق الاولى فت

### الخامس أنه قد جرت عاده الاماميه و استمرت طريقتهم بذكر الفسوق

الَّتِي يَتَجَاهَرُ بِهَا الْفَاسِقُ مِنْ غَيْرِ اسْتِنْكَافٍ مِنْهُمْ وَ لَوْ كَانَ ذَلِكَ حَرَامًا لَمَا كَانَ الْأَمْرُ كَذَلِكَ

### السادس جملة من الاخبار منها النبوي مشار اليه في مجمع الفائدة

و غيره لا غيبه لفساد لا يق هذه الرواية ضعيفه السند بالارسال و مع هذا فقال الشهيد في عده قال العامه حديث لا غيبه لفساق او في فاسق لا اصل له فلا يصح التعويل عليها لأننا نقول ضعف السند هنا غير قادح لانجباره بالشهره العظيمه و لا يق هي ضعيفه الدلاله على المطلوب لما اشار اليه الشهيد في عده قائلا لو صح الخبر امكن حمله على النهي اى خبر يراد به النهي لأننا نقول هذا بعيد جدا كما صرح به في الكفايه و منها ما اشار اليه الشهيد الثانى قائلا قال رسول الله ص من القى جلاباب الحياء عن وجهه فلا غيبه له و منها خبر هاون بن الجهم الذى استظهر في الكفايه صحته عن جعفر بن محمد ع قال اذا ظاهر الفاسق بفسقه فلا حرمه و لا- غيبه له و منها خبر البخترى عن جعفر بن محمد ع عن ابيه ع قال ثلاثه ليس لهم حرمه صاحب هوى مبتدع و الامام الجائر و الفاسق المعلن بالفسق و منها خبر عبد الله بن ابي يعفور عن ابي عبد الله ع قال قال رسول الله ص لا غيبه لمن يصلى فى بيته و رغب عن جماعتنا و من رغب عن جماعه المسلمين و جب على المسلمين غيبته و سقطت بينهم عدالته و من لزم جماعتهم حرمت عليهم غيبته و ثبتت عدالته بينهم و قد ضعف طريق هذه الروايه فى لك و الظاهر صحته و منها موثقه سماعه عن الصادق ع قال من عامل الناس فلم يظلمهم و حدثهم فلم يكذبهم او وعدهم فلم يخلفهم كان ممن حرمت غيبته و احكمت مروته و ظهرت عدالته و وجبت اخوته و منها المرسل المروى عن كرى عن الصادق ع ان رسول الله ص قال لا صلاح لمن لا يصلى فى المسجد مع المسلمين الا من عله و لا غيبه لمن صلى فى بيته و رغب عن جماعتنا الحديث و هل تجوز غيبه هذا الفاسق بذكر معايبه المستوره على الناس كان يق هو ابرص او اعرج او نحو ذلك او لا بل يجب الاقتصار على ذكر ما تجاهر به من الفسق الاقرب الاوّل لعموم جميع ما دلّ على جواز غيبه الفاسق المتجاهر بفسقه فانها شامل لمحل البحث و مع ذلك فلم اجد احدا نصّ على حرمه غيبه الفاسق المتجاهر بفسقه بهذا المعنى السادس ان لم يتجاهر الفاسق بالفسق فهل تجوز غيبته او لا صرح الشهيد الثانى بالثانى و هو الاقرب للعمومات الداله على حرمه الغيبه من الكتاب و السنه و مفهوم الشرط فى خبر هاون بن الجهم المتقدم و لا يعارض ما ذكر عموم قوله تعالى أَمْ مَنْ كَانَ مُؤْمِنًا كَمَنْ كَانَ فَاسِقًا لَا يَسْتَوُونَ و قوله ص لا غيبه لفساق لان تلك العمومات اولى بالترجيح لكثرتها و قوه دلالتها فت

### السابع اذا توقف نهى الفاسق الغير المتجاهر بالفسق عن المنكر الواجب على غيبته

جازت غيبته بما يحصل به المقصود لا- مط كما هو ظ الشهيد الثانى فى الرساله و الطريحي فى مجمع البحرين و الفاضل الخراسانى فى الكفايه و الحجّه فيه وجوه الاوّل اصاله الاباحه الثانى ما حكاه فى مجمع البحرين عن بعض من دعوى الاتفاق عليه و ربّما

ص: ٢٤١

يشعر به عباره الكفايه و الرساله الثالث العمومات الداله على جواز النهي عن المنكر لا يقال هذه العمومات معارضه بالعمومات المانعه عن الغيبه و التعارض بينهما من قبيل تعارض العمومين من وجه و كلاهما قطعى السند فيجب التوقف و معه لا يمكن التمسك بتلك العمومات على جواز الغيبه فى محل الفرض لأننا نقول التوقف انما يجب مع عدم الترجيح و هو مم بل الترجيح



مع تلك العمومات لاعتزادها بامور الأوّل دعوى الاتّفاق على جواز الغيبة ح مع عدم ظهور مخالف سوى اطلاق المنع عنها فى كلام بعض و لعله لا ينصرف الى محل البحث الثانى اوفقيتها بالاعتبار العقلى الثالث اصاله الاباحه الرابع عموم <sup>□</sup> ما على المُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ لان غيبته ح عموم احسان له قطعاً فتدخل فى العموم المذكور الخامس عموم <sup>□</sup> وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى فت و هل يجب ذلك او لا الاقرب الأوّل لان من الوجوه فى جواز الغيبة ح عموم الامر بالتهى عن المنكر و هو يفيد الوجوب و لا معارض له فيجب العمل به و اذا لم يقصد بالغيبه ح النهى عن المنكر فالظاهر حرمة كما صرّح به بعض الشّهد الثانى فى الرّسالة و الفاضل الخراسانى فى الكفايه لعموم ما دلّ على حرمة الغيبة و لا يعارضه ح عموم الامر بالتهى عن المنكر و نفى السبيل عن المحسن و الاعانه على البرّ لعدم صدقها على الغيبة المفروضه قطعاً و اذا دار نهيه عن المنكر بين ايذائه بضرب و نحوه و بين غيبته فهل يجب الأوّل و لا يجوز العدول عنه الى الثانى او يجب الثانى و لا يجوز له العدول عنه الى الأوّل او يتخيّر بين الامرين احتمالات اقربها الاخير لإطلاق الامر بالتهى عن المنكر و لان الحكم بتعين احد الامرين يحتاج الى دليل و ليس فتبت التخيير لا يق الضّرر المترتب على الغيبة اشدّ لان النَّاس اذا علموا مساوئهم استقر ذلك فى اذهانهم فيعاملون معه معامله المسيئين فيحصل له بذلك مضارّ كليه و لا ككك الايذاء بغير الغيبة كما لا يخفى فيجب اختياره لأننا لا نسلم كليه ذلك بل قد يكون الايذاء بالضرب و نحوه اعظم ضرراً كما لا يخفى هذا و الاحوط بل الاقوى مراعات ما هو أقلّ ضرراً على المامور و اذا دار نهيه عن المنكر بين غيبته و بين امر آخر لا يتضمن ايذائه بوجه فالاحوط بل الاقوى ترك غيبته

### الثامن هل استماع الغيبة المحرّمه كفعلها فيحرم او لا

صرّح مه فى هى و ير و الشّهد الثانى فى الرّسالة و غيرهما بالأوّل و لهم على ذلك النبوى المستمع احد المغتابين و المرتضى المرسل السامع للغيبه احد المغتابين و خبر الحسين بن زيد المروى فى يه عن الصادق عن آباءه عن امير المؤمنين ع قال نهى رسول الله ص عن الغيبة و الاستماع اليها و هى ضعيفه سندا و لا جابر لها فالاعتماد عليها فى اثبات حكم مخالف للأصل مشكل و حرمة الغيبة لا تستلزم حرمة استماعها فان الكذب حرام و لا يحرم استماعه و اما ما اشار اليه الشّهد الثانى فى الرّسالة من كون الاستماع للغيبه غيبه فى المعنى فضعفه ظاهر و بالجمله الحكم بحرمة استماع الغيبة بمجرد ما ذكر مشكل و لكنّه احوط

### التاسع هل الغيبة المحرّمه كبيره فيقدح بالعداله او لا

فلا تقدح فيها الا مع الاصرار صرّح الشّهد الثانى فى ضه و الرّسالة و المقدّس الأردبيلى بالأوّل و هو جيد ان فسّرنا الكبيره بما اوعده الله تعالى عليه النار لظهور جملة من الاخبار فى كون الغيبة منه ففى النبوى المرسل ان الغيبة اشدّ من الرّنا و فى خبر من مشى فى غيبه اخيه و كشف عورته كانت اوّل خطوه خطاها و وضعها فى جهنّم و فى ابن ابى عمير العتى و صفت فى مجمع الفائده بالحسن من قال فى مؤمن ما رآته عيناه و سمعته اذناه فهو من الذين قال الله تعالى إِنَّ الَّذِينَ يُحِبُّونَ أَنْ تَشِيعَ الْفَاحِشَةُ فِي الَّذِينَ آمَنُوا لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ و فى خبر اخر ان المغتاب ان لم يتب فهو اوّل من يدخل النار و فى خبر آخر يؤدى صاحب الغيبة فى النار و فى خبر جابر التصريح بأنّها كبيره

### العاشر صرّح الشّهد الثانى فى الرّسالة بانه يباح غيبه من يحرم غيبته للاستفتاء

فيجوز ان يقول مثلاً ظلمنى ابى و اخى فكيف طريقى الى الخلاص او يقول زيد الابرص مسّ جسدى فما حكمه و يستفاد من

بعض أنه قول الاصحاب و لكن المستفاد من اطلاق جماعه حرمة الغيبه مط و التحقيق هنا ان يقال ان علم بوجود الاستفتاء و معرفه الحكم و بتوقفهما على غيبه من يحرم غيبته فالحق جواز الغيبه ح لأنه لو لم يكن جائزا للزم تكليف ما لا يطاق و هو قبيح و لا- يعارض هذا الاطلاقات المحرّمه للغيبه التي لا تفيد الا الظن لأن المظنون لا يصلح لمعارضه المقطوع و كك يجوز الغيبه اذا تعسر بدونها لأنها لو لم يخرج يلزم العسر و الحرج و هما منفيان و لا يعارضه الاطلاقات المشار اليها لأن ما دلّ على نفى الحرج اقوى منها و ان كان التعارض بينهما من قبيل تعارض العمومين من وجه و ان لم يعلم بوجود الامرين المتوقفين على غيبه من يحرم غيبته و لكن مقتضى الادله الغير المفيده للعلم وجوبهما فالحق لزوم مراعات اقوى الدليلين ما دلّ على حرمة الغيبه و ما دلّ على لزوم الامرين و مع فرض التكافؤ فالتخير و ان لم يكن الامران المتوقفان على ذلك واجبين بل كانا جائزين لو لا الغيبه كما اذا تمكن من الاحتياط فيما يجهل حكمه او يكون من الامور التي لا تحتل وجوبه و لا حرمة فهل يجوز الغيبه ح او لا فيترك الامرين فيه اشكال و الاحوط تركها بل لا- يبعد تعيينه هنا و فيما اذا لم يتوقف الامران على ذلك و ان كانا واجبين للعمومات الدّاله على حرمة الغيبه و استصحاب حرمتها لا يقال يعارضها الاطلاقات المجوّزه للسؤال نحو قوله تعالى فَسَيَلُّوْا أَهْلَ الذُّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لِآ تَعْلَمُوْنَ\* و التعارض بينهما من قبيل تعارض العمومين من وجه فيلزم التوقف و معه يجب الرجوع الى اصاله الاباحه لأننا نقول الظاهر ان ما دلّ على حرمة الغيبه اقوى دلّاله لموافقته الاعتبار العقلي و تضمن بعضه التعليل و كون البعض الاخر من الالفاظ الموضوعه للعموم و يعضده العمومات الناهيه عن الايذاء اذ لا شك ان الغيبه ايذاء و مع هذا فقد يمنع من انصراف اطلاق ما دلّ على جواز السؤال الى محل البحث لندرته و لا يق كك لا ينصرف اليه اطلاق ما دلّ على حرمة الغيبه لأننا نقول ما دلّ على حرمة الغيبه منه اطلاق و منه عموم و هو لا ينصرف الى الفرد الشائع فيبقى محل البحث سليما عن المعارض و مع هذا فقد يمنع من دعوى عدم انصراف اطلاق ما دلّ على حرمة الغيبه الى محل البحث فتأمل و لا يق يدفع ما ذكر ما يستفاد من بعض من دعوى الاتفاق على ان الغيبه جائزه في محل الفرض مط لأننا نقول هو لا يصلح لذلك من وجوه شتى و لا يق يدفع ما ذكر الخبر الذي استدلل به على جواز الغيبه في محل البحث ان هندا قالت للنبي ص ان ابا سفيان رجل شحيح لا يعطيني ما يكفيني انا و ولدي فاخذ من غير علمه فقال ص خذي ما يكفيك و ولدك بالمعروف وجه الدّلاله ما اشاره اليه الشهيد الثاني في الرساله قائلا- في مقام ذكر افراد الغيبه الجائزه الثالث الاستفتاء كما يقول ظلمي ابي او اخي فكيف طريقي الى الخلاص و الاسلام هنا التعريض بان يقول ما قولك في رجل ظلمه

ص: ٢٤٢

ابوه او اخوه و قد روى ان هندا اه تذكرت الشح و الظلم و ولدها و لم يجزها رسول الله ص اذا كان قصدها الاستفتاء لأننا نقول هذا لا يصلح لذلك اما اولا فلانه ضعيف السند فلا يصلح للحجيه فضلا عن معارضات الاطلاقات القطعيه و اما ثانيا فلاحتمال كون المرأه عالمه بان النبي يعلم بان ابا سفيان رجل شحيح و ح يجوز الغيبه و اما ثالثا فلما اشار اليه بعض فقال بعض الاشاره الى كلام الشهيد الثاني المتقدم اليه الاشاره الاستدلال بهذه الروايه مع عدم ورودها من طريقنا محل نظر فان ابا سفيان منافق كافر قد لعنه الله تعالى و رسوله ص في غير مقام فلا- غيبه له فتأمل و لا يقال ما ذكرت من التفصيل لم يقل به احد فهو خرق للإجماع المركب فلا يجوز المصير اليه لأننا نقول الاجماع غير معلوم بل و لا مظنون فلا باس بالمصير اليه بعد ما بيناه من الدليل عليه

**منهل الحسد حرام و معصيه لا يجوز ارتكابه**

اشاره

و قد صرح بذلك فى الشرائع و عد و د و ير و س و لك و مجمع الفائده و الكفايه و الكشف و لهم على ذلك و جوه منها ظهور الاتفاق عليه و منها انه تبه على دعوى الاجماع عليه قائلًا فى لك لا خلاف فى تحريم الحسد و التهديد عليه فى الاخبار مستفيض و يعضد ما ذكره قول مجمع الفائده الظاهر ان الحسد حرام بالاجماع و منها جمله من الاخبار منها ما اشار اليه فى مجمع الفائده قائلًا و الاخبار فى ذلك كثيره مثل صحيحه محمد بن مسلم قال قال ابو عبد الله ع ان الرجل لياتى باى بادره فيكفر و ان الحسد لياكل الايمان كما تاكل النار الحطب و مثلها روايه جراح المدائنى عن ابى عبد الله ع و فى الصحيح عن داود الرقى قال سمعت ابا عبد الله ع يقول اتقوا الله و لا يحسد بعضكم بعضا و فى الصحيح عن معاويه بن وهب قال قال ابو عبد الله ع آفه الدين الحسد و العجب و الفخر و كأنه فى الصحيح عن داود عن ابى عبد الله ع قال قال الله عز و جل لموسى بن عمران ع يا بن عمران لا تحسدن الناس على ما آتاهم الله من فضله و لا تمدن عينيك الى ذلك و لا تتبعه نفسك فان الحاسد الساخط لنعى صاد لقسمى الذى قسمت بين عبادى و من يك ككك فلست منه و ليس منى و فيه اشاره الى معنى قوله تعالى **وَ لَا تَمُدَّنَّ عَيْنَيْكَ إِلَىٰ مَا مَتَّعْنَا فَاهُم** و روايه فضل بن عياض عن ابى عبد الله ع قال ان المؤمنين يغبط و لا يحسد و المنافق يحسد و لا يغبط و منها خبر انس بن محمد عن ابيه عن جعفر بن محمد عن آباءه ع فى وصيه النبى ص لعلى ع قال يا على انهاك عن ثلاث خصال عن الحسد و الحرص و الكبر و منها خبر ابى بصير عن ابى عبد الله ع قال اصول الكفر ثلاثه الحرص و الاستكبار و الحسد الحديث و منها خبر الحسن بن على بن فضال عن ابى الحسن موسى الرضا ع قال قال رسول الله ص دب إليكم داء الامم قبلكم البغضاء و الحسد و منها خبر عمر بن عبد الجبار عن ابيه عن على بن جعفر عن اخيه موسى بن جعفر عن ابيه عن جده قال قال رسول الله ص ذات يوم لأصحابه الا انه قد دب إليكم داء الامم من قبلكم و هو الحسد ليس حائق المشعر و لكنه حائق الدين و ينجى منه ان يكف الانسان يده و يخزن لسانه و لا يكون ذا غمر على اخيه المؤمن و منها ما اشار اليه فى الكشف قائلًا- ورد ان سته يدخلون النار قبل الحساب منهم العلماء بالحسد لا يقال يعارض هذه الاخبار المذكور جمله من الاخبار منها صحيحه حريز عن ابى عبد الله ع قال قال رسول الله ص رفع عن امتى تسعه اشيء الخطاء و النسيان و ما اكرهوا عليه و ما لا يعلمون و ما لا يطيقون و ما اضطروا اليه و الحسد و الطيره و التفكير فى الوسوسة فى الخلق ما لم ينطقون بشفه و منها خبر محمد بن احمد النهدى يرفعه عن ابى عبد الله ع قال قال رسول الله ص وضع عن امتى تسع خصال الخطأ و النسيان و ما لا يعلمون و ما لا يطيقون و ما اضطروا اليه و ما استكروهوا عليه و الطيره و الوسوسة فى التفكير فى الخلق و الحسد ما لم يظهر بلسان او يد و منها خبر حمزه بن حمران عن ابى عبد الله ع قال ثلاثه لم ينج منهن نبى فمن دونه التفكير فى الوسوسة فى الخلق و الطيره و الحسد الا ان المؤمن لا يستعمل حسده لأننا نقول هذه الاخبار لا تصلح للمعارضه لتلك الاخبار من وجوه شتى كما لا يخفى و

**ينبغى التنبيه على امور**

**الاول هل الحسد من الكبائر او لا**

صرح بالاول فى لك و يمكن استفادته من مجمع الفائده و هو المعتمد و ان استشكل فيه فى الكفايه و ليس فى محله و على المختار يكون قادحا فى العدالة و هل يختص كونه ذنبا و كبيره قادحه فى العدالة بصوره اظهاره فلو لم يتظاهر به و اخفاه بحيث لم يطلع عليه احد لم يكن معصيه او لا بل يكون معصيه قادحه فى العدالة مط و لو لم يتظاهر به ربما يظهر الاول من الشرائع و د و ير و عد اذ فيها التظاهر به قادح فى العدالة و يمكن استفادته من بعض الاخبار المتقدمه و صرح بالثانى فى لك قائلًا هو من

الكبائر فيقدح في العدالة مط و انما جعل التظاهر به قادحا في العدالة لأنه من الاعمال القلبية فلا يتحقق تأثيره في الشهادة الامع اظهاره و ان كان محرما بدون الاظهار و يعضده ما ذكره اولاً في الكفايه و استناد القدح في العدالة الى الشهادة الى التظاهر به بناء على انه من الامور القلبية فلا يؤثر في الشهادة الا اذا اظهر و ان كان محرما مط و ثانياً قول مجمع الفائده ظاهر هذا الاخبار ان الحسد كبيره بل كاد ان يكون كفرا فان اولت بحيث لم تكن كبيره فتكون اخلاله بالشهادة باعتبار الاصرار و المداومه كغيره مما تقدم و تاخر و الظاهر ان الحسد مط ذنب سواء اظهر او لم يظهر و لكن اخلاله بالشهادة انما يكون اذا كان ظاهراً حتى يعلم مثل سائر الذنوب لا انه لو لم يظهر لم يكن ذنباً فلو كان ساتراً لم يعاقب و لم ترد شهادته و لم يكن فاسقاً كما يتوهم من بعض حيث قيد بظهور الحسد و هذا القول احوط في الجملة و ان كان احتمال التحريم مط و احتمال اختصاص كونه كبيره بالتظاهر في غايه القوه

### **الثاني هل يختص تحريم الحسد و كونه كبيره كون المحسود حراً مؤمناً او لا**

بل يعم ما لو كان فاسقاً او مخالفاً او مط و لو كان زنديقاً او صغيراً او مجنوناً او انثى او خنثى او حراً او مملوكاً ظاهر معظم النصوص و الفتاوى المتقدمه الثاني و قد اشار الى ما ذكر في مجمع الفائده قائلاً ظاهر الاخبار اعم من ان يكون المحسود مؤمناً أم لا بل مسلماً او كافراً فتأمل و يستفاد منه المصير الى الاحتمال الثاني و هو الاقرب مع انه احوط

### **الثالث نبه في مجمع البيان على معنى الحسد**

قائلاً الذي يتمنى زوال النعمه عن صاحبها و ان لم يرد لها لنفسه فالحسد مذموم و الغبطه محموده و هو ان يريد من النعمه لنفسه مثل ما يريد لصاحبها و لم يرد زوالها عنه و يعضد ما ذكره اولاً قول لك المراد بالحسد كراهه النعمه على المحسود و يتمنى زوالها عنه سواء وصلت الى الحاسد أم لا و ثانياً قول مجمع الفائده الحسد هو الذي يتمنى زوال النعمه من مال و جاه و علم و فضيله عن شخص سواء وصلت اليه أم لا و ليس يتمنى حصول مثله له بحسد مذموم بل غبطه محموده و ثالثاً قول الكفايه المراد بالحسد كراهه النعمه على المحسود و تمنى زوالها عنه اما اراده مثلها فهي غبطه محموده

ص: ٢٦٣

و رابعاً قول الكشاف هو تمنى زوال النعمه عن الغير او ملزومه و خامساً قول النهايه الاثيريه الحسد ان يرى الرجل لأخيه نعمه فيتمنى زوالها عنه و يكون له دونه و الغبطه ان يتمنى ان يكون له مثلها و لا يتمنى زوالها عنه و التمنى يشهى حصول الامر المرغوب فيه و حديث النفس بما يكون و ما لا يكون و في القاموس حسده تمنى ان يتحول اليه نعمته و فضيلته او يسلبها و هو حاسد و قد غبطه كضربه و سمعه تمنى نعمه على ان يتحول عن صاحبها و ما صاروا اليه من كون الحسد تمنى زوال النعمه مط و لو كان من الاخلاق النفسانيه عن المحسود و لو لم تصل اليه حسد و كذا ما صاروا اليه من حسن الغبطه و كونها عبارته عن اراده النعمه لنفسه كما يكون لصاحبه

### **الرابع اذا حسده على ما وصل اليه من اللذائذ المحرمه**

هل يكون مرتكبا للحرام بذلك او لا مقتضى اطلاق النصوص و الفتاوى الاول فهو الاقرب و لكن تمنى زوال المحرمات عنه لا باعتبار الحسد فهو جائز

### الخامس الكراهه التى تحصل له قهرا

و من غير اختيار بوصول نعمه الى صاحبه لا يكون محرمة و ان فرض تسميته حسدا حقيقه لان تركها ليس بمقدور و لا ريب ان تعلق التكليف لا- بد ان يكون مقدورا و هل يجب المعالجه فى ازاله هذه الخصله الرديه او لا الاحوط الاول و ان كان الاقرب العدم

### منهل بغض المؤمن حرام و معصيته كحسده

#### اشاره

و قد صرح بذلك فى يع و عد و ير و س و لك و الكفايه و الكشف و لهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه و منها انه ادعى نفى الخلاف عليه فى لك قائلا- لا- خلاف فى تحريمه و التهديد عليه فى الاخبار مستفيض و منها جمله من الاخبار منها الحسن كالصحيح لهشام بن سالم و حفص بن البختري جميعا عن ابي عبد الله ع قال ان الرجل ليحبكم و ما يعرف ما انتم عليه فيدخله الله الجنة بحبكم و ان الرجل ليبغضكم و ما يعلم ما انتم عليه فيدخله الله ببغضكم النار لا يق هذه الروايه لا تفيد تمام المدعى فلا يجوز الاستناد اليها لأننا نقول ذلك غير قادح اذ لا قائل بالفصل بين صور المسأله فتأمل و منها خبر ابن ابي نجران قال سمعت ابا الحسن ع يقول من عادى من شيعتنا فقد عادانا و من والاهم فقد والانا لأنهم منا خلقوا من طيننا من احبهم فهو منا و من ابغضهم فليس منا الى ان قال من رد عليهم فقد رد على الله و من طعن عليهم فقد طعن على الله لأنهم عباد الله حقا و اوليائه صدقا و الله ان احدهم ليشفع فى مثل ربيعه و مضر فيشفعه الله فيهم لكرامته على الله عز و جل و منها الاخبار الداله على وجوب محبه المؤمن منها خبر الفضل بن شاذان عن الرضا ع فى كتابه الى المامون قال و حب اولياء الله واجب و كذلك بغض اعداء الله و السب و البراءه منهم و من ائمتهم قال فى الرسائل و فى الخصال باسناده عن الاعمش عن الصادق ع فى حديث شرايع الدين نحوه و منها خبر ميثم احب حبيب آل محمد ص و ان كان فاسقا زانيا و ابغض مبغض آل محمد و ان كان صواما قواما اه و منها المروى عن عبد الله ع فى وصيته لأصحابه قال احبوا فى الله من وصف صفتكم و ابغضوا فى الله من خالفكم و ابذلوا مودتكم و نصيحتكم لمن وصف صفتكم و لا تبدلوا لمن رغب عن صفتكم و قد يق هذه الاخبار لا تنهض باثبات المدعى للمنع من وجوب المحبه سلمنا وجوب المحبه لكنه انما يستلزم حرمه البغض على تقدير كون الامر بالشىء نهيا عن ضده الخاص و هو مم اللهم الا ان يق ان الامر بالمحبه يفهم منه حرمه البغض اما بفحوى الخطاب و الاولويه او بالدلاله الالتزاميه العرفيه و منها خبر ابن فضال عن الرضا ع قال من والى اعداء الله فقد عادى اولياء الله و من عادى اولياء الله فقد عادى الله و حق على الله ان يدخله نار جهنم و منها خبر الحسن بن على الخزاز قال سمعت الرضا ع يقول ان ممن ينتحل مودتنا اهل البيت ع من هو اشد فتنة على شيعتنا من الدجال فقلت بما ذا قال بموالاه اعدائنا و معاداه اوليائنا انه اذا كان كك اختلط الحق بالباطل و اشتبه الامر فلم يعرف مؤمن من منافق لا يق غايه هذه الروايه و ما تقدمها الدلاله على تحريم المعاداه و هى غير البغض لأننا نقول لا نسلم ذلك لما نبه عليه فى مجمع الفائده قائلا ان البغض نوع عداوه و كراهه و قد تمسك فى الكشف على المطلوب بما دل على حرمه العداوه و كذا بما دل على وجوب المحبه قائلا- بغض المؤمن حرام فقد ورد الامر بالتحاب و تعاطف و النهى عن التعادى و التهاجر ما لا يحصى و منها ما

اشار اليه في مجمع الفائده قائلا و اما الاخبار الداله على تحريم بغض المؤمن بخصوصها التي ادعى استفاضتها فليس يحضرني الان شىء منها نعم ما ورد في الهجر وغيره من حقوق الايمان و تحريم الحجاب عنه يدل عليه بالطريق الاولى و

### ينبغي التنبيه على امور

#### الاول هل هذا المحرم من جمله الكبائر القادحة في العدالة مط

و لو لم يتظاهر به او لا مط و لو تظاهر بها فلا يقدر بها الا بعد الاصرار عليها او هو من الكبائر اذا تظاهر به صرح بالاول في لك قائلا- هو من الكبيره فيقدر في العدالة مط و انما جعل التظاهر به قادحا في العدالة لأنه من الاعمال القليه فلا يتحقق تأثيره في الشهاده الا مع الاظهار و ان كان محرما بدون الاظهار و اشار الى ما ذكره في الكفايه أيضا و يدل عليه الاخبار المتقدمه و يظهر الثالث من يع و ير و عد و س لتصريحتها بان التظاهر به قادح في العدالة و القول الاول احوط بل هو في غايه القوه

#### الثاني قال في لك المراد ببغضه كراهته و استقاله

لا بسبب ديني كالفسق فيبغضه لأجله سواء قاطعه مع ذلك أم لا فان هجره فيهما معصيتان و قد يحصل كل منهما بدون الاخرى و يظهر من مجمع الفائده خلاف ما ذكر فانه قال قال في القاموس البغض بالضم ضد الحب فالذى يفهم منه و من العرف أيضا ان البغض نوع عداوه و كراهه بحيث لو وصل اليه نعمه يتألم به و اذا فارقت منه يسره او قريب منه و الظاهر ان مجرد الاستئثار ليس ببغض لا لغه و لا عرفا و لو كان ذلك لأشكل اذ قد يثقل على النفس لا بسبب ديني بل ليس له ميل الى اختلاط احد لا بسبب بل هكذا يقتضى طبعه او قد يكون بسبب غير ديني مثل ثقله عن امره و لو كان من اكله و شربه و ساير لذاته و بالجمله هو معنى نجده في النفس غير الذي فسر به و استحسنت ما ذكره في الكفايه و هو كك

#### الثالث ان البغض المحرم هو الذى يقدر على تركه

و اما الذى لا يتمكن من تركه اصلا فليس لك بمحرم لعدم التكليف بما لا يطاق و كك ما لم يمكن تركه الا بمشقه شديده لعموم نفي الحرج نعم ينبغي في الصورتين ترك ما يقتضيه البغض من الايذاء و كك ينبغي الاشتغال بالمعالجه لدفع هذه الصفه الرديه

#### الرابع هل المراد بالمؤمن هنا الامامى العدل الثقه

او مطلق الاثنى عشرى و لو كان فاسقا فاجرا المعتمد هو الاول و هل المجهول الحال يلحق بالاول او الثانى فيه اشكال و لكن الاحوط الاول

#### الخامس لا فرق في الحكم المذكور بين الباغض و المبعوض ذكرين

او اثنيين او خثنين و لا- بين كونهما حرين او مملوكين او مختلفين و هل بغض الصغير كبغض الكبير او لا فيجوز ان

يغض الصغير لم اجد احدا تعرض لهذا و غايه النصوص و الفتاوى الدلاله على ثبوت الحكم بالنسبه الى الكبير لا مطلقا فيبقى الاصل سليما عن المعارض

ص: ٢٦٤

بسم الله الرحمن الرحيم و به نستعين الحمد لله رب العالمين و الصلاه و السلام على خير خلفه محمد و آله الطاهرين

## كتاب مناهل البيع

### [القول في المعاطاه]

#### منهل اختلف عبارات الاصحاب في تعريف البيع

فعرفه في ط و ثر و عد و كره و التحرير و نهايه الاحكام و تلخيص المرام بانه انتقال عين مملوكه من شخص الى غيره بعوض مقدر على وجه التراضى و عرفه في س و التنقيح بانه الايجاب و القبول من الكاملين الدالان على نقل العين المعلومه بعوض مقدر مع التراضى و عرفه في النافع بانه الايجاب و القبول اللذان ينتقل بهما العين المملوكه من مالك الى غيره بعوض مقدر و عرفه الحلبي بانه عقد يقتضى استحقاق التصرف فى المبيع و المثمن و تسليمهما و عرفه ابن حمزه بانه عقد دال على انتقال عين مملوكه و ما هو فى حكمها من شخص الى غيره بعوض مقدر على وجه التراضى و عرفه فى جامع المقاصد بانه نقل الملك من مالك الى الاخر بصيغته مخصوصه لا انتقاله فان ذلك اثره اذا كان اثره صحيحا و فى جميع هذه التعريفات نظر من وجوه منها انتقاضها بالصلح فى الجملة بل و بالهبه المعوضه كك و لا اشكال فى مشروعيه البيع و كونه من الاسباب المفيده لنقل الملك و يدل على ذلك الكتاب و السنه و الاجماع قولا و فعلا و تقريرا

#### منهل لا اشكال فى صحه البيع بالايجاب من البائع و القبول من المشتري

### اشاره

فلو فقد احدهما لم يتحقق نقل الملك و لم يجز لكل من المتبايعين التصرف فى مال الاخر و هل يشترط فى نقل الملك بهما كونهما باللفظ فلا- يكفى الدال عليهما كالمعارف بين الناس خصوصا فى المحقرات من المعاطات او لا يكون بيع المعاطات ناقلا للملك اختلف اصحابنا فى ذلك على قولين الاول ان اللفظ شرط و ان بيع المعاطات لا يفيد نقل الملك و هو لظاهر الغنيه و الارشاد و القواعد و اللمعه و الدروس و السيد الاستاد قدس سره الثانى ان اللفظ ليس بشرط فبيع المعاطاه يفيد نقل الملك فيصير الثمن للبائع و المثمن للمشتري و هو للمحقق الثانى و المقدس الأردبيلي و الفاضل الخراسانى و والدى العلامة اعلى الله مقامه و المحكى عن المفيد و بعض معاصرى الشهيد الثانى و الشيخ عبد الله البحرانى و الشيخ سليمانى و والد صاحب الحدائق و ربما يظهر من التحرير و لك للأولين وجوه منها اصاله الفساد و عدم انتقال الملك و بقاءه على مالكة و قد اشار اليها فى الغنيه و لف و المسالك و غيرها و هى متجهه ان لم تنهض شىء من ادله القول الثانى لإثباته و الا كما هو التحقيق فلا و منها ما تمسك به فى الغنيه من النبوى المرسل المتضمن للنهى عن بيع الملازمه و المنايذه و عن بيع الحصاه بناء على ان المراد جعل لمس الشىء او النبذ له او القاء الحصاه تبعا موجبا و فيه نظر اما اولاً فلان الروايه ضعيفه السند فلا تصلح للحجيه و انجاره بالشهره غير

معلوم كما سيأتى إليه الاشارة و اما ثانيا فللمنع من دلالة على المدعى اما لان النهى فى المعاملات لا يقتضى الفساد و الاجماع المركب هنا غير معلوم او لظهور تعلق النهى بالمتعارف فى الصدر الاول و لعل الوجه فيه الجهالة و الاشتمال على الغرر و اما ثالثا فلعدم صلاحية هذه الرواية لمعارضه ادله القول الثانى و منها ان جماعه من الاصحاب كالعلماء فى لف و الشهيد الثانى فى ضه و لك و المقدس الأردبيلى فى مجمع الفائده و الفاضل الخراسانى فى الكفايه صرحوا بان المشهور انه لا يكفى فى البيع التقابض من غير لفظ دال على انتقال المال من مالك الى اخر بعوض معلوم و ان حصل من الامارات ما يدل على اراده البيع بل صرح فى ضه و لك و غيرهما بانه كاد ان يكون اجماعا فيلزم الحكم بذلك بناء على كون الشهره مفيدة للظن و الاصل فيه الحجية و فيه نظر اما اولاً- فللمنع من جواز الاعتماد على ما ذكره لان الظاهر خلافه و اما ثانيا فلاحتمال ان يكون مرادهم دعوى الشهره على توقف اصل الانتقال و ليس فى كلامهم تصريح بهذا و اما ثالثا فلمعارضه ذلك أيضا بادله القول الثانى و هو ارجح فيقدم و منها ما تمسك به السيد الاستاد من الاجماع على عدم افاده البيع بالاشارة و الكتابه و الصفقه و الملامسه و المنابذه و الحصاه و ان فسرت بما لا- يقتضى تعليقا و لا- جهالة ملكا و لا- اباحه و فيه نظر اما اولاً فلانه موهون بمصير جمع كثير من الاصحاب الى الخلاف بل الظاهر ان افاده المعاطات اباحه التصرف مذهب المعظم و اما ثانيا فلقوه احتمال ان يكون المراد صورته عدم افاده الامور المذكوره العلم باراده البيع و هى خارجه عن محل البحث و اما ثالثا فلعدم صلاحيته لمعارضه ادله افاده المعاطات اباحه التصرف و الملك و منها ما تمسك به السيد الاستاد قدس سره من ان الافعال قاصره عن المقاصد الباطنيه كالتملك و التملك و الانشاء و الرضا و قصد البيع و غايتها الظن و لا- يغنى لعموم المنع منه فى الكتاب و السنه و للاتفاق على توقف الاسباب الشرعيه على العلم او الظن المعتبر شرعا فلا يكفى فيها مطلق الظن و لان المعاملات شرعت لنظام امر المعاش المطلوب لذاته و لتوقف امر المعاد عليه و هى منشأ الاختلاف و منشأ التنازع و التراجع فوجب ضبطها بالامر الظاهر الكاشف عن المعانى المقصوده بها من العقد و الحل و الربط و الفك و الا لكان نقضا للغرض الداعى الى وضع المعامله و اثباتها فى الشريعة و القيم بذلك هو البيان المعبر عما فى ضمير الانسان بسهولة و يسر دون غيره مما لا يبلغ كنه المراد و لا يتيسر لأكثر الافراد و لذا قرن سبحانه هذه النعمه التى انعم بها على العباد بنعمه الابدان فقال فى مقام الامتنان خَلَقَ الْإِنْسَانَ عَلَّمَهُ الْبَيَانَ و كان وضع الالفاظ و احداث الموضوعات اللغويه من اعظم اللطاف الربانيه و اتم النعم الالهيه و قد جرت عادة الشارع فى جميع المواضع باناطه الاحكام باسبابها

الظاهرة و الكشف عنها فى مواضع الالتباس بالطرق المعهوده الميسره لعامة الناس و جعل المدار فى المعاملات على العقود و قد يناقش فيما ذكر اما اولاً فبالمنع على انحصار دلالة الافعال فى الظن و قصورها عن افاده العلم مط بل هى كدلالة الاقوال تنقسم تارة الى العلم و اخرى الى الظن و ليس الاول نادرا حتى يدعى انه لا عبره به لان النادر كالمعدوم بل هو فى غايه الكثره عادة فالحجه المذكوره لا تنهض باثبات المدعى فى هذه الصورة التى هى محل البحث على الظاهر و ان ادعى انه اعم من صورتى حصول العلم و الظن بالمراد فيحكم بافاده المعاطات الملك فى صورتين بظهور عدم القائل بالفصل بينهما كما لا يخفى و اما ثانيا فبالمنع من عدم حجيه الظن هنا اما على القول باصالة حجيه الظن فى الموضوعات الصرفه كما يستفاد من المحكى عن ابى

الصالح فى مسئلة الظن بالنجاسه فواضح و اما على القول باصالة عدم حجيته فيها كما هو التحقيق فلفحوى ما دل على حجيه الظن المستفاد من الايجاب و القبول اللفظيين الذى هو اضعف من الظن الحاصل من الايجاب و القبول الفعليين و هذا الوجه و ان



اختص ببعض صور المسأله و لكن يلحق الباقي بظهور عدم القائل بالفصل كما لا يخفى و يعضد الوجه المذكور و جمله من الوجوه التى تدل على القول الثانى و سيأتى اليها الاشاره و لا يعارض ما ذكره من الوجوه التى تمسك بها لمنع حجية الظن هنا فان ما ذكر اقوى مع ان تلك الوجوه ضعيفه لنفسه فى الغايه و للآخرين وجوه أيضا منها ان المعاطاه بيع و الاصل فى كل بيع الصحه و افاده الملك اما القدمه الاولى فقد صرح بها فى جامع المقاصد و لك و مجمع الفائده و الكفايه و غيرها و يدل عليها امور احدها تصريح المحقق الثانى فى جامع المقاصد بان المعروف بين الاصحاب ان المعاطات بيع حتى القائلين بفسادها لأنهم يقولون هو بيع فاسد لا- يقال يعارض ما ذكر ظهور عبارته الغنيه فى دعوى الاجماع على ان المعاطات ليست بيع و يعضده ما ادعاه فى لك من اطباقهم على انها ليست بيعا حال وقوعها لأننا نقول لا نسلم دلالة عبارته الغنيه على ذلك سلمنا و لكن الاول اولى بالترجيح لاعتضاده بوجوه سيأتى اليها الاشاره إن شاء الله تعالى و ثانيها ان لفظ البيع استعمل فى المعاطات فى كلمات الاصحاب و فى العرف قطعا كما استعمل فى غيره فالاصل ان يكون حقيقه فى القدر المشترك بينها دفعا للمجاز و الاشتراك لا يقال هذا انما يتجه على تقدير وجود قدر مشترك بين الامرين لا يوجد فى غيرهما من الصلح و الهبه و هو ممنوع و لا يمكن ان يكون ذلك القدر المشترك مجرد قصد نقل الملك الى الغير بعوض معين لانتقاضه بالصلح على الاعيان كك و بالهبه فى الجملة فتعين ان يكون لفظ البيع موضوعا للإيجاب و القبول اللفظيين دون المعاطات لأصالة عدم الاشتراك مضافا الى ظهور الاتفاق على نفيه هنا كما لا يخفى و بذلك يحصل الفرق بين اصل البيع و الصلح و الهبه و لذا لا يصدق شىء من المذكورات على فرد من الافراد الاخر بوجه من الوجوه فهى بحسب الحقيقه متضاده و ليس الا لاعتبار اللفظ فى حقائقها لأننا نقول منع وجود القدر المشترك بين الامرين بعيد عن الانصاف بل هو مفهوم عرفا بالنسبه على عامه الناس غايه الامر انه لا يتمكن من تقريره و تحريره و من الظاهر ان عدم قدره على الامرين لا يقتضى عدمه بالضرورة و الا لما كان الارتماس و الحال و الفور و نحو ذلك موضوعه للمقدر المشترك بين افرادها و ذلك لعدم قدره على تقريره و تحريره و التالى بط بالضرورة و قد جرى عاده الاصوليين فى امثال ما ذكر على الحواله الى العرف فيكون هو المميز بين الافراد الحقيقه و غيرها فالمرجع فى معرفه افراد البيع الحقيقه العرف فما اطلقوا عليه انه بيع حقيقه فهو من افراده و منه المعاطات و ما انكروا اطلاقه عليه حقيقه فليس من افراده و منه الصلح و الهبه على انه قد يدعى قدره على تقرير القدر المشترك و بيانه بوجوه دقيقه فتأمل و كيف كان فلا وجه للالتزام بمدخله الالفاظ فى مفهوم اسماء المعاملات الناقله للأعيان من البيع و الصلح و الهبه مع ان ذلك مقطوع بفساده لا يأتى اليه الاشاره و لا- يقال لا اشكال فى ان لفظ البيع حقيقه فيما اشتمل على الايجاب و القبول اللفظيين فلو كان حقيقه فيما خلا عنهما لزم الاشتراك اللفظى و هو مرجوح بالنسبه الى المجاز حيث يقع التعارض بينهما لأننا نقول هذا انما يتجه لو سلم كونه موضوعا لخصوص ما اشتمل على الايجاب و القبول اللفظيين بوضع على حده و هو موضوع لفقد الدليل عليه نعم غايه ما يسلم ان الاطلاق عليه اطلاق حقيقى فى الجملة و اما انه باعتبار وضع اللفظ له بخصوص او باعتبار كونه من احد الافراد الحقيقه فغير مسلم فيتجه التمسك بالوجه المذكور على المدعى و قد تمسك جماعه من محققى الاصوليين بمثله لإثبات الوضع للقدر المشترك فى مواضع عديده و ان خالفهم آخرون فى ذلك و قد تكلمنا فى هذه القاعده التى وقع الاختلاف فيها بين الاصوليين فى كتب الاصوليه و ثالثها ان البيع يقيد تاره بما يقيد المعاطات و اخرى بما يقيد غيرها و الاصل فيما يقيد بقيد متضادين ان يكون موضوعا للقدر المشترك بينهما دفعا للتناقض و التاكيد و ترجيحا للتقييد عليهما و رابعا ان البيع يقسم عرفا الى المعاطات

و

غيرها و هو دليل الاشتراك المعنوى لادن المقسم لا بد ان يكون مفهوما كليا و قدرا مشتركا بين الاقسام و خامسها انه يصح

استثناء المعاطات من عموم البيع عرفا و الاصل فيه ان يكون متصلا لا منقطعا و هو دليل على انها من الافراد الحقيقيه عرفا قطعا و سادسها انه يصح الاستفهام عن بيع المعاطات عند اطلاق لفظ البيع و الاصل فيه الحقيقيه فيكون اللفظ بالنسبه اليه مجملا و هو و ان امكن باعتبار اشتراك اللفظ و غلبه التجوز و لكنهما على خلاف الاصل مع ظهور الاتفاق على بطلانهما فتعين ان يكون باعتبار الوضع للقدر المشترك و سابعها انه لا يصح عرفا سلب اسم البيع عن المعاطات فلا يقال لمن باع على وجه المعاطات انه ليس ببائع و انه لم يبيع و عدم صحه السلب من اقوى امارات الحقيقيه و ثامنها ان المفهوم من لفظ البيع عند الاطلاق المعنى الاعم من المعاطات فلو كان حقيقه في غيرها لكان هو المتبادر و هو باطل قطعا و قد نبه على ما ذكر في مجمع الفائده و تاسعها ان لفظ البيع لو لم يكن موضوعا للأعم للمعاطات لكان من الالفاظ الموضوعه للألفاظ و لكان قوله بعث إنشاء في قوه قوله نقلت إليك الملك بهذه اللفظه و كل ذلك بعيد جدا بل لم نجد مثل الاخير في اللغه العربيه و لا في غيرها فتدبر و اما المقدمه الثانيه فقد نبه عليها أيضا في الكتب المتقدمه التي نبه فيها على المقدمه الاولى حيث تمسكت على صحه المعاطات بالنصوص المطلقه من الكتاب و السنه الداله على حل البيع و انعقاده من غير تقييد بصيغ خاصه تدل على ذلك و من جمله ذلك ما ذكره في جامع المقاصد من قوله تعالى أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ لَا يُقَالُ لَا يُصَحُّ الاستدلال به على ذلك لكونه مجملا لأننا نقول لا نسلم اجماله بل هو مبين لما بيناه في كتبنا الاصوليه و لا يقال يعارض ما ذكر عموم قوله ع في بعض الاخبار انما يحلل و يحرم الكلام لأننا نقول هذا لا يصلح للمعارضه لما سيأتي اليه الاشاره إن شاء الله من افاده المعاطات اباحه التصرف على اي تقدير سلمنا لكن هذا

ص: ٢٦٦

العموم يختص بما اذا خلى المعاطات عن اللفظ مطلقا و اما اذا اشتمل على لفظ كما اذا كان الايجاب او القبول لفظا فلا يشملهم فيبقى عموم ما دل على صحه البيع سليما عن المعارض هنا فينبغي الحكم بصحته و اذا صحَّ هذا صحَّ المعاطات الخاليه عن اللفظ مطلقا لعدم القائل بالفصل فتأمل سلمنا و لكن التعارض بين هذين العمومين من قبيل تعارض العمومين من وجه و لا ريب في انَّ الترجيح مع عموم ما دلَّ على صحه البيع و منها انَّ المعاطاه يصدق عليها أنَّها عقد و الأصل في كلِّ عقد الصَّحه لعموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ لَا يُقَالُ الْمَقْدَمَةُ الْاُولَى ممنوعه فانَّ العقد عباره عن الايجاب و القبول اللَّفْظِيْنَ فلا يشمل مجرد العقد الباطني لأننا نقول لا شاهد على ذلك من لغه و عرف بل مقتضاها هو العقد الباطني من الطرفين و لا يقال المقدمه الثانيه ممنوعه فانَّ الآيه الشريفه لا تنهض باثباتها لأننا نقول الحق دلالة الآيه الشريفه عليها كما بيناه في كتبنا الاصوليه و منها انَّ المسلمين من عصر النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَ آله الى زماننا هذا قد جرت عاداتهم بالمعاطات في الخطير و الحقير و لو كانت غير مفيده للملك و يباع فاسدا للزم اتفاقهم على الخطأ و هو باطل و قد اشار الى هذا المقدس الأردبيلي لا يقال غايه ما يستفاد من سيره المسلمين حصول اباحه التصرف بالمعاطات و هو غير محل البحث لأننا نقول المعلوم من سيرتهم المستمره و عملهم الدائم هو البناء على التملك و التملك لا على محض اباحه التصرف قطعا كما يشهد به ما صرح به بعض فضلاء العصر من اجرائهم حكم الأملاك على ما اخذ بالمعاطاه من ايقاع عقد البيع و الإجاره و الهبه و الصِّلح و الصِّدقه و جميع العقود ممَّا يتعلَّق بتمليك الأعيان او المنافع عليه و تعلَّق العتق و الوقف و الحبس و الزَّهن و الزَّبا و النذر و الأيمان و الوصايا و نحوها به و كذا حكم المواريث و الأحماس و الزكوات و استطاعه الحجِّ و النَّظر الى الجواز و لمسهن و وطيهن و تحليلهنَّ و تزويجهن و نحو ذلك فالحجَّه هو اجماعهم المتحصِّل من السيره و الاعمال المتكرره منهم في هذا الزَّمان الطَّويل و لا ريب في انَّ الاجماع كما يتحصِّل من اقوالهم كك يتحصِّل من اعمالهم بل و من تقريراتهم فلا يشترط في الاجماع اتفاق الفتاوى بل المعتبر فيه اتفاق الآراء على امر بحيث يحصل

منه العلم بمعتقد المعصوم الحافظ للشرع سواء علم ذلك بالأقوال أم بالأفعال أم بالتقريرات فإن جميعها مشترك في الدلالة على الواقع و لذلك اتفق المحققون على الظاهر على أن الدليل الشرعي ينقسم باعتبار آخر الى قول و فعل و تقرير لا يقال اذا اردت من سيره المسلمين افعال عدا من العلماء منهم من العوام فذلك على تقدير تسليمه غير نافع بالضرورة فإن افعال العوام غالبا غير مستنده الى الشريعة لأنهم ليسوا من اهل الاطلاع عليها و لذا شاع منهم التظاهر بالمنكرات و ان اردت افعال العلماء الحافظين للشريعة فذلك ممنوع هذا و كيف يمكن دعوى اجماعهم على ذلك مع مخالفه جماعه منهم بل قريب الى الأكثر و ادعى الشهره عليها لأننا نقول المراد افعال جميع المسلمين من العلماء و العوام بحيث يحصل معها العلم بالاجماع و لئن تنزلنا فلا أقل من الظن به و هو كاف في هذه المسأله و مخالفه جماعه فيها قولاً في مقام غير قادحه كما لا يخفى و يعضد ما ذكرناه تصريح المحقق الثاني في جامع المقاصد و المقدس الأردبيلي في مجمع الفائده بأنه لا يقول احد من الأصحاب بأن المعاطاه بيع فاسد سوى العلامه و زاد في الأول فصّح بأنه رجح عنه في كتبه المتأخره و منها أن المعاطات لو لم تكن مفيده للملك بل كان افادته موقوفه على اللفظ لاشتهر و تواتر التنبيه عليه عن المعصومين عليهم السلام لتوفر الدواعي عليه و ظهور أن عادتهم الاهتمام بحال الرعيه في بيان الأحكام الشرعيه حتى المندوبات و المكروهات و الاحكام الجزئيه و التالي باطل فالمقدم مثله و صرح بما ذكر في الكفايه و كذا في مجمع الفائده مدّعي ان ترك التنبيه اغراء بالجهل و هو غير جائز عندنا ثم صرح بأن السكوت و عدم البيان في مثل هذا المقام صريح في الحواله على العرف كما في سائر الأمور المحاله عليه و منها أن المعاطات لو لم تفد للملك لوجب بعد موت المتعاملين رد مالهما الى وارثهما و التالي باطل للزوم الحرج العظيم و لأن عمل المسلمين على خلافه لا يقال الملازمه ممنوعه لإمكان الحكم بثبوت اباحه التصرف بعد الموت دون الملكيه لأننا نقول هذا

الحكم على خلاف الاصل فلا- يصار اليه فتأمل و قد اشار اليه في مجمع الفائده و منها أن المعاطات لو لم تكن مفيده للملك للزم فساد عتق العبد المشتري بطريق المعاطاه و التالي باطل فالمقدم مثله أما الملازم فلعموم ما دلّ على أنه لا عتق إلا في ملك و اما بطلان التالي فللزوم الحرج العظيم على تقديره و لأن المعهود من سيره المسلمين خلافه و منها أن المعاطات لو لم تكن مفيده للملك للزم ردّ نماء مال المتعاملين بطريق المعاطات اليهما و التالي باطل فالمقدم مثله أما الملازمه فلأنّ النماء تابع للأصل و الأذن في التصرف أنّما اختصّ به فلا يشمل النماء فالتصرف فيه بغير اذن من المالك فلا يجوز فيجب رده اليه و اما بطلان التالي فللزوم الحرج العظيم على تقديره و لأنّ المعهود من سيره المسلمين خلافه و منها أن المعاطات لو لم تكن مفيده للملك لما جاز لكل من البائع و المشتري التصرف الناقل للملك فيما انتقل اليه من مال الاخر كالبيع و الصّالح و الهبه و الوقف و التالي باطل فالمقدم مثله و قد اشار اليه ما ذكر في مجمع الفائده لا- يقال الملازمه ممنوعه لإمكان تجويز ذلك على القول بأن المعاطات تفيد الإباحه لا نقل الملك لان سبب الإباحه ليس إلا الأذن الحاصل بالمعاطاه و هو يشمل جميع التصرفات لأننا نقول لا نسلم ذلك سلّمنا عموم الاذن و لكن نمنع كفايته بل يشترط في التصرف الناقل كون المتصرف مالكا و لا ينتقض ذلك بتصرف الوكيل و الفضولي و الولي و الوصي لأنّ تصرفهم انما هو بالنيابه فكان كتصرف المالك و لا كك محلّ البحث فإنّ تصرفه بالاستقلال و الاصاله و هو مشروط بما ذكر لا مطلق التصرف سلمنا و لكن تصرف اولئك خرج بالدليل و لا دليل على خروج محلّ البحث فيبقى مندرجا تحت القاعده هذا و لا شك في أن التصرف الناقل على وجه الاصاله يتبع الملك غالبا فيلحق محلّ الشك و هو محلّ البحث بالغالب عملا بالاستقراء و لا يقال لا نسلم بطلان التالي لأننا نقول منعه غير متجه لعموم ما دلّ على نفى الحرج و لظهور الاتفاق على بطلانه

فإن كل من قال بجواز المعاطات قال بجواز انواع التصرفات حتى الناقل للملك كما صرح به في لك و التحقيق ان يقال ان القائلين بان المعاطاه لا يفيد الا اباحه التصرف ان جوزوا جميع التصرفات و التزموا بآثار الملك عليها و ان كان ذلك على خلاف الأصل فلم يبق للنزاع في أنها تفيد الملك او الإباحه المحضه فائده و يعود لفظيا و ان جوزوا معظم التصرفات المترتبه على الملك و التزموا باكثر لوازمه هنا و منعوا من تصرف خاص و لازم معين فيرد عليهم ان هذا الخاص يجب ان يحكم عليه بحكم غيره من سائر التصرفات عملا بالاستقراء اللهم الا ان يمنعوا من حجيه الاستقراء و لهم ذلك و لكن لا يخ من اشكال بل القول بحجيته في عامه القوه و ان منعوا من جميع التصرفات المتوقفه و اقتصروا على تجويز التصرف الذى يحصل بمجرد الإباحه كالأكل و الشرب فيرد عليهم ان ذلك مستلزم للخرج و هو منفي بالادله الأربعة و منها ان المعاطات لو لم تكن مفيده للملك لما جاز وطى الجاربه المبتاعه بطريق بيع المعاطات و التالى باطل فالمقدم مثله اما الملازمه فلعموم قوله تعالى **إِنَّا عَلَىٰ أَرْوَاجِهِمْ** أو **مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ**\* و لا ريب في ان الجاربه على التقدير المذكور ليست بزوجه و لا ملك يمين لا يقال قد ثبت بالدليل جواز وطى الجاربه بالتحليل و منها المعاطات كما اشار اليه في لك لأننا نقول لا نسلم صدق التحليل و لا قصده بهما سلمنا و لكن لا نسلم ان كل تحليل خارج عن ظاهر الآيه الشريفه المتقدمه و قد اشار الى هذا الوجه في مجمع الفائده و منها انه لو لم تكن المعاطات مفيده للملك لما صح الحكم باللزوم بمجرد تلف احد العينين و قد اشار الى ما ذكر المحقق الثانى و المقدس الأردبيلى لا يقال لا نسلم حكمهم باللزوم بذلك فلعلهم ارادوا عدم الضمان به لأننا نقول قد صرح الثانى بان الظاهر من كلامهم هو الاول فت و منها ان المعاطات لو لم تكن مفيده للملك لما توقفت صحتها على الشروط التى ذكروها فى البيع و التالى باطل لظهور كلام بعض الاصحاب فى دعوى الإجماع عليه فالمقدم مثله و فيه نظر و منها ما تمسك به المقدس الأردبيلى من ان الظاهر ان الفرض حصول العلم بالرضا و هو حاصل فى المعاطات و فيه نظر و منها ما تمسك به الفاضل المذكور أيضا من انه لو توقفت نقل الملك على الصيغه و اللفظ للزم الحرج المنفى عقلا و شرعا لأن الاكثرين غير قادرين على ذلك يشق عليهم ذلك و فيه نظر و منها ما تمسك به بعض من ان الهديه على طريق المعاطات مفيده للملك فكذلك البيع على طريق المعاطات اذ لا فرق بينهما و فيه نظر و الاقرب عندى هو القول الثانى و

**ينبغى التنبيه على امور**

### **الاول هل بيع المعاطات على المختار من كونه مفيدا لنقل الملك يفيد اللزوم أيضا**

كالمشتمل على الايجاب و القبول اللفظيين فلا يجوز لأحد المتبايعين الفسخ من دون رضاء الاخر فيكون من العقود اللآزمه او لا بل يجوز الفسخ لكل منهما و ان لم يرض الاخر به فيكون من العقود الجائزه كالكاله اختلف الاصحاب فى ذلك على قولين الاول انه يفيد اللزوم و انه من العقود اللآزمه و قد استظهره فى س و مجمع الفائده من المفيد و ربما يظهر من الاخير الميل اليه الثانى انه لا يفيد اللزوم و انه من العقود الجائزه و هو المشهور بين الاصحاب كما صرح به فى لف و جامع المقاصد و ضه و لك و مجمع الفائده و الكفايه و غيرها للقول الاول وجوه منها ما ذكره فى مجمع الفائده من ان هذا العقد افاد الملك و الأصل فيه اللزوم و اشار به الى استصحاب بقاء الملك على مالكه بعد الانتقال اليه و لم يثبت ان الفسخ من احدهما يرفع ذلك و منها

عموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و منها ما ذكره في مجمع الفائده أيضا من أنّ الظاهر كلّ من يقول بأنّه عقد حقيقي يقول باللزوم لان مقتضى عقد البيع الحقيقي هو اللزوم بالاتفاق و فيه نظر و منها ما ذكره في مجمع الفائده أيضا من انهم يقولون باللزوم بعد التلف فأنّه دليل اللزوم قبله اذ اللزوم بالتلف بعيد و فيه نظر و للقول الثاني وجوه منها ما ذكره في مجمع الفائده من أنّ الاصل عدم اللزوم و الملك اعمّ و ان الملك و اللزوم متغايران و ما كانا حاصلين و قد دلت الأدلّه على حصول الأوّل و بقى الثاني على نفيه اذ لا- دليل عليه و ما لزم من الأدلّه الآ الأولى و فيه نظر فان جميع ذلك مدفوع بما صرح به بعد الاشارة الى ما ذكر من ان زوال الملك بعد الحصول يحتاج الى دليل و يعضد ذلك ما تقدّم اليه الاشارة من سائر ادلّه القول الأوّل و لا ريب في أنّها اولى بالترجيح من جميع ما ذكر ان سلم نهوضها في انفسها لإثبات المدعى و منها ما ذكره في جامع المقاصد من أنّ الافعال لما لم يكن دلالتها على المراد في الصّراحه كالأقوال و أنّما تدلّ بالقرائن منعوا من لزوم العقد بها و فيه نظر واضح و منها ما تمسك به فضلاء العصر من أنّنا نعلم ان للصيغ الخاصه اثرا خاصا و لو كان اللزوم غير موقوف عليها لم يكن لها اثر مع أنّ العوام حتّى النساء و الاطفال اذا اراد احد منهم ان يرد سلعته تعلل بانى ما صفقت معك صفقه البيع و فيه نظر واضح أيضا و منها ظهور عباره الغنيه في دعوى الاجماع على عدم اللزوم و يعضدها الشهره العظيمه المحقّقه و المنقوله في كتب كثيره تقدّم اليها الاشارة في الحكم بعدم اللزوم بحيث يمكن الحكم بشذوذ المخالف و متروكيته كما صرح به في س و اشير اليه في جمله من الكتب هذا و قد صرح بعض فضلاء العصر بدلاله الاجماع المحقّق و المنقول على عدم اللزوم ثمّ صرح بأنّ المخالف ممّن قارب عصرنا لا عبره به و من القدماء من لو دل كلامه على ذلك لا- يحمل به لمسبوقيتها بالإجماع و ملحوقيته به لا يقال الاجماع المنقول لا يجوز الاعتماد عليه لأنّ مفاده صريحا عدم كون المعاطاه ييعا فأنّها لا تفيد الا اباحه التصرف و قد عرفت ضعف ذلك و أنّ المعاطات بيع حقيقه و تفيد الملك فيكون موهونا من هذه الجهه فيسقط اعتباره من حيث دلالاته بالالتزام على نفى اللزوم اذ لا معنى لاعتبار الفرع مع فساد الاصل لأننا نقول بعد قيام الدليل على أنّها بيع حقيقه و أنّها تفيد الملك ينبغى حمل ما في الغنيه على أنّ المراد بيان نفى اللزوم و لو مجازا فيدل بالمطابقه على المدعى و لا- موهون له ح بل له معاضد قوى بحيث يصلح لان يجعل دليل مستقلا و هو الشهره العظيمه التقدّم اليها

ص: ٢٤٨

الاشاره و ظهور جمله من الكتب في دعوى شذوذ المخالف و حصول الاجماع على خلافه مع ان المخالف غير معلوم صريحا و لا نسب الى احد على وجه التباين فاذا القول الثاني هو الأقرب و لكن لا ينبغى ترك الاحتياط

### الثاني هل بيع المعاطات الخالي من اللفظ و الصيغه يفيد اباحه التصرف

فلو وقع الاتفاق بين المتبايعين على البيع و عرف كل منهما رضا الاخر بما يصير اليه من العوض المعين و تقابضا و تحقق جميع شرائط البيع غير اللفظ جاز لكل منهما التصرف فيما صار اليه من مال الاخر عوضا عن ماله او لا فيحرم على كل منهما التصرف في مال الاخر و يضمن المتصرف المختلف الاصحاب في ذلك على قولين الاول انه يفيد اباحه التصرف و هو لابن زهره في الغنيه و الشهيدين في اللعنه و س و لك و كل من قال بانه يفيد نقل الملك مطلقا و قد ادعى الشهره على هذا القول في لك و الكفايه و غيرهما الثاني انه لا- يحوز لكل منهما التصرف في مال الاخر و هو المحكى في المفاتيح عن العلامه و جماعه و

المعتمد عندي هو القول الاول سواء قلنا بانه مفيد للملك أم لا- اما على الاول فلظهور الاتفاق عليه و لعموم قوله ص الناس مسلطون على اموالهم و اما على الثاني فلوجوه منها ظهور عباره الغنيه في دعوى الاجماع على افادته اباحه التصرف و يعضده اولاً تصريح المحقق الثاني في جامع المقاصد بان جواز التصرف في العين مذهب كافة الاصحاب و بانه لا يقول احد من الاصحاب ان المعاطات بيع فاسد سوى العلامة في النهايه و قد رجع عنه في كتبه المتأخره عنها و ثانياً تصريحه في حاشيه الارشاد بان الاظهر بين عامه المتأخرين من الاصحاب ان المعاطات تفيد اباحه كل من العوضين لأخذه و ثالثاً تصريح المقدس الأردبيلي في مجمع الفائده بانه لا قائل بان بيع المعاطات بيع فاسد و بانه لا شك في اباحه التصرف مطلقاً بمجرد و بان الظاهر ان ذلك صار اجماعياً معللاً بان القول بانه عقد فاسد كان قولاً للعلامه و قد رجع على ما نقل عنه و بتدأوله بين المسلمين من زمان النبي صلى الله عليه و آله الى الان من غير تكبير و منها قوله تعالى ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾ و قد اشار اليه المقدس الأردبيلي و منها ان كلا من البائع و المشتري بالمعاطات الخاليه من اللفظ رضى للاخر بالتصرف في ماله فالمشتري رضى للبائع بالتصرف في الثمن و البائع رضى للمشتري بالتصرف في الثمن فسلط كل منهما الاخر على ماله فيحصل لكل منهما اباحه التصرف في مال الاخر فيرتفع بذلك حرمة التصرف في مال الغير لظهور الاتفاق على جواز التصرف في مال الغير برضاه كما اشار اليه في الرياض و لعموم قوله ص لا يحل مال امرئ مسلم الا عن طيب نفسه و لان الاصل اباحه التصرف في كل شئ لعموم قوله تعالى ﴿خَلَقَ لَكُمْ فِي الْأَرْضِ جَمِيعاً﴾ و غيره مما دل على اصاله الاباحه خرج من ذلك مال الغير اذا لم يأذن بالتصرف فيه بالدليل و لا دليل على خروج محل البحث فيبقى مندرجا تحته و لا يعارض هذا استصحاب التحريم الثابت قبل المعاطات لان العمومات مقدمه عليه مع انه لا يجري في صورته سبق الاذن بالتصرف من جهة اخرى فتأمل و قد اشار الى الوجه المذكور في المسالك و الرياض و فيه نظر اما اولاً فللمنع من افاده المعاطات الرضا بالتصرف ابتداء بل غايه ما يستفاد منها الرضا باصل الانتقال لان بناء المعاطات عاده على ذلك و هذا ليس عين الرضا باصل التصرف فالمتصرف انما يعتقد التصرف في ملكه الذي لا يتوقف على رضاه الغير كما في سائر المعاطات الصحيحه من البيع المشتمل على الايجاب و القبول اللفظيين و سائر شرائط الصحه و الصلح و الاجاره و غيرها و لذا لو منع الغير من التصرف بعد العقد لم يسمع و اما ثانياً فلان الرضا بالتصرف على تقدير تسليمه انما نشأ من جهة اعتقاده صحه معامله و انتقال الملك و حيث لم يسلم ذلك للمعتقد يكون رضائه كالعدم للقطع بعدم رضائه بالتصرف لو علم بذلك فيندفع الاذن الصريح المنع بحسب الفحوى كالعكس و قد اشار الى ما ذكر المحقق الثاني في جامع المقاصد و حاشيه الارشاد الا- ان يقال هذا يختص بجاهل الحكم و هو الفساد فعالم بالفساد لا يمكنه ذلك الاعتقاد فيرتفع المنع بحسب الفحوى و قد اشار الى هذا في الرياض مجيباً عن ذلك الوجه ثم اجاب عن ذلك أيضاً بان الموجب للجواز هو الرضا به و قد حصل و لا- ينفيه الاعتقاد بكون ذلك بيعاً كيف لا و المنافات لا بد من اثباتها مع اقتضاء الاصل عدمها ثم ادعى ان نظاهر ذلك في الشرع كثير ثم استشهد على ذلك بان المتعاقدين لعقد النكاح مثلاً اذا اشترطوا قبل العقد شروطاً تراضياً بالعقد عليها و تركاها في العقد هدمها العقد اجماعاً

نصاً و فتوى و معلوم ان الرضا بالعقد انما كان بتلك الشروط و مع عدمها لم يرضيا جزماً فاذا صح العقد بدون الشرط في عقد النكاح مع عدم الرضاء مع عدمها فنبت الصحه هنا اولى ثم اولى و قد يجاب عن ذلك أيضاً بان المنع بحسب الفحوى لو ابطال الاذن الصريح لما جاز التصرف في مال احد مع اذنه به صريحاً اذا علم بانه لو اطع على وجود الامر الفلاني في المأذون لمنعه منه و كذا اذا احتتمل ذلك و التالي باطل للزوم الحرج العظيم فتأمل و اما ثالثاً فلان مجرد وجود الاذن لو كان كافياً في اباحته لجاز التصرف اذا فسد البيع باعتبار فقد شروطه من تعيين الثمن و القبض في المجلس و نحو ذلك و لجاز اذا فسد الصلح و

الاجاره و غيرهما من المعاملات باعتبار فقد شروطها لحصول الرضاء بالتصرف كما فى محل البحث بلا تفاوت اصلا و التالى باطل لظهور الاتفاق عليه لا يقال قام الدليل على عدم اعتبار الرضاء فيما فرضت فيخرج عن حكم الاصل و لا دليل على خروج محل البحث عنه فيبقى مندرجا تحته لأننا نقول دعوى قيام الدليل الخاص فيما فرض بعيد جدا فتأمل و اما رابعا فلان اباحه التصرف هنا لو كانت مستنده الى الرضاء به للزم الاقتصار فيها على صورته اعتبار الرضاء و تحققه فلو جزءا و اغمى عليه او منع المالك من بعض التصرفات لوجب الامتناع من التصرف اما مطلقا او فى الجملة و الظاهر ان القائلين بكون المعاطات تفيد اباحه التصرف لا يلتزمون بذلك فتأمل

### الثالث لا فرق فى المعاطات بين المحقرات

كباقة البقل و غيرها كالدار و الخان و الثمار و الحيوانات

ص: ٢٦٩

لظهور الاتفاق عليه و لعموم الادله

### الرابع صرح فى الروضه بان المعاطات عباره من اعطاء كل واحد من المتبايعين ما يريد من المال

عوضا عما يأخذه من الاخر باتفاقهما على ذلك بغير العقد المخصوص و يستفاد هذا من الغنيه و لك أيضا و هل يختص صحه الخالى عن الايجاب و القبول اللفظيين بما ذكر او لا بل يعم جميع أفراده فلو وقعت المعامله بقبض احد العوضين خاصه مع ضبط الاخر على وجه يرفع الجهاله كما لو دفع اليه سلعه بثمان وافقه عليه او دفع اليه ثمن عن عين موصوفه بصفات السلم او وقعت من غير قبض من الطرفين صحت و ترتب عليها ما يترتب على المعاطات بالمعنى المذكور من الاحكام فيه اشكال من عدم صدق المعاطات على جميع الافراد لأنها مفاعله توقف على الاعطاء من الجانبين و هو مفقود فى كثير من الافراد فلا يشملها ما دل على صحه المعاطات فيلزم فيها الرجوع الى الاصل لما تفرد عند المحققين من لزوم الاقتصار فيما خرج عن الاصل على موضع اليقين و هو هنا ما اشتمل على التقابض و من ان العله فى صحه المعاطات هو الرضاء من الطرفين و هو حاصل فى جميع الافراد فيلزم الحكم بصحتها و قد صرح لجميع ما ذكر من وجوه الاشكال فى لك و اشار اليه فى ضه من غير ترجيح لأحد الطرفين و حكى فيها عن س اختيار الصحه حيث يدفع السلعه دون الثمن و قد يقال لا نسلم عدم صدق المعاطات حيث لا يتحقق التقابض بل الظاهر صدقها ح كما صرح به الشهيد و المحقق الثانى سلمنا و لكن اكثر الادله داله على صحه البيع الخالى عن الايجاب و القبول بل جميعها لا- يختص بالمعاطات و لا- هى موضوعها كما لا يخفى بل هى شامله لجميع الافراد فينبغى الحكم بصحتها عملا- بالعمومات السليمه عن المعارض فاذا المعتمد هو الاحتمال الثانى بل قد يدعى ظهور الاتفاق عليه من القائلين بصحه المعاطات و لئن تنزلنا فلا أقل الشهره العظيمه و قد ذهب الى المختار الشهيدان و المحقق الثانى أيضا

### الخامس هل يشترط فى افاده المعاطات و ما فى معناها اباحه التصرف

او الملك العلم برضاء الطرفين او لا فيكفى الظن بل مجرد صوره الفعل الذى تعارف بين الناس ايقاع المعامله به فيه اشكال من الأصل و العمومات المانعه من العمل بالظن و غير العلم و عدم شمول العمومات الداله على صحه البيع و العقد و التجاره لصوره عدم العلم بالمراد و من الظاهر من السيره عدم اشتراط العلم و ان الفعل قائم مقام القول فكما لا يشترط فى القول افادته العلم بل يكفى افادته الظن فكذلك الفعل الذى هو بدل عملا بقاعده عموم البديله و فى هذين الوجهين نظر فالاقرب هو الاول مع انه احوط غالبا

### **السادس على المختار من صحه المعاطات فى البيع ينعد البيع بالاشاره**

و المصافقه و الملامسه و المنابذه و رمى الحصاه حيث تكون جامعه لشرائط الصحه خلافا للسيد الاستاد قدس سره و صرح فى الروضه بعدم اجزاء الاشاره مع القدره على التلفظ و هو ظاهر التحرير و س

### **السابع اذا كان لفظا الايجاب و القبول فعلا او بالعكس**

كان من المعاطات فيعتبر فيهما ما يعتبر فيها و يترتب عليهما ما يترتب عليها و قد صرح بانهما منها بعض الفضلاء

### **الثامن هل المعاطات و ما فى معناها كالبيع المشتمل على الايجاب و القبول اللفظيين فى الشرائط**

و الاحكام فيشترط فى المعاطاه تعيين الثمن و المثلن و ما يشترط فى السلف و النقد و النسيه و بيع الحيوان و الثمار و يثبت فيها جميع الخيارات و احكامها و الشفعه او لا بل هما معاملتان مستقلتان لا تشاركان اقسام البيوع فى الشروط و الاحكام و ربما يظهر عن بعض فضلاء العصر الثانى و صرح والدى العلامة اعلى الله مقامه و بعض معاصريه بانه يشترط فى المعاطات جميع شروط البيع بل يظهر من الاخير دعوى الاتفاق عليه و ظاهرهما الاحتمال الاول و هو الاقرب على المختار من افادتها الملك كونها بيعا حقيقه لانه الاطلاقات و العمومات الداله على شروط انواع البيع و احكامها شامله لها بل هى ربما كانت اظهر الانواع و لا دليل من الادله الاربعه على خروجها منها و مع هذا فقد يدعى الاجماع المركب على ذلك فتأمل

### **منهل قد بينا فيما سبق ان المعاطاه لا تقيد اللزوم**

### **اشاره**

فيجوز لكل من المتبايعين الفسخ و الاسترداد و ان لم يرض الاخر به الا فى مواضع منها ما اذا تلف العينان و قد صرح بعدم جواز الفسخ و تحقق اللزوم ح فى ذلك و هو الظاهر من التحرير بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه و يدل على ذلك مضافا الى ما ذكر امور احدها اصله عدم صحه الفسخ و بقاء كل ملك على مالكه و عدم استحقاق العوض عدم وجوب دفعه و ثانيها اطلاق قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و ثالثها ما ذكره فى لك من ان التلف انما يوجب اللزوم باعتبار رضاهما بكون ما اخذه كل منهما عوضا عما دفعه فاذا تلف ما دفعه كان مضمونا عليه الا انه قد رضى بكون عوضه ما بيده فان كان ناقصا فقد رضى به و ان كان زائدا فقد



رضى به الدافع فيكون بمنزله ما لو دفع المديون عوضا في ذمته و رضى به صاحب الدين و فيه نظر و منها ما اذا تلف احد العوضين و قد صرح بعدم جواز الفسخ و تحقق لزوم ح في التحرير و س و جامع المقاصد و حاشيه الارشاد و لك و الروضه و حكاه في لك عن صريح جماعه و صرح في حاشيه الارشاد بانه الاظهر من عامه المتأخرين و لكن في لك احتمال عدم تحقق اللزوم التفاتا الى اصاله بقاء الملك لمالكه و عموم الناس مسلطون على اموالهم و فيه نظر لان الوجهين المذكورين انما يتجهان ان قلنا ان المعاطات لا تفيد نقل الملك و اما على تقدير افادتها الملك كما هو المختار فلا فالمعتمد عليه عدم جواز الفسخ ح لان الاصل عدم جواز الرجوع بعد انتقال الملك خرج منه صورته بقاء العوضين على حالهما بالدليل و لا دليل على خروج محل البحث منه فبقى مندرجا تحته لا- يقال ان جواز الرجوع في كل من العينين كان ثابتا قبل تلف احدهما فالاصل بقاءه بعده لأننا نقول لم يثبت جواز الرجوع مطلقا قبل التلف بل مع رد العوض و هو ممتنع على الفرض فلا- وجه لأصاله بقاءه سلمنا لكنها معارضه باصاله عدم انتقال الملك عن مالكه و هي اولى بالترجيح لموافقتها لفتوى الجماعه المتقدم اليها الاشاره و عدم

ص: ٢٧٠

ظهور القائل بجواز الرجوع مط و لذا يمكن دعوى جواز الرجوع مطلقا و ان قلنا بان المعاطات لا تفيد الا اباحه التصرف و يؤيده استصحاب جواز التصرف و ان الاسترداد للعين الموجوده ان كان مجانا فهو ضرر و هو منفي بعموم ما دل على نفيه و ان كان مع عوض مماثل فالاصل عدم استحقاقه و عدم جواز التصرف فيه باعتبار كونه عوضا مع احتمال الضرر بالتزامه فتأمل و كذا يؤيد ذلك ما ذكره الشهيد الثاني من ان من بيده المال مستحق قد ظفر بمثل حقه باذن مستحقه فيملكه و ان كان مغايرا في الجنس و الوصف لتراضيهما على ذلك و كذا يؤيده ما ذكره المحقق الثاني في حاشيه الارشاد و اشار اليه في لك أيضا من ان مقتضى المعاطات الانتفاع باحدى العينين في مقابله الانتفاع بالآخرى و مع ذهاب احدهما يتعذر ردها فيحصل اللزوم في الاخرى و منها ما اذا تلف بعض احد العوضين و قد صرح بعدم جواز الفسخ ح في جامع المقاصد و الروضه و هو الاقرب للأصل المتقدم اليه الاشاره و احتج في الاول على ذلك بان التراد في الباقي هنا ممتنع اذ هو موجب لتبعض الصفقه و للضرر و لان المطلوب هو كون احدهما في مقابل الاخرى و اورد عليه في لك بان تبعض الصفقه لا يوجب بطلان اصل المعاوضه بل غايه جواز فسخ الاخر فيرجع الى المثل او قيمه كما في نظائره و اما الضرر الحاصل من التبعض المنافي لمقصودهما من جعل احدهما في مقابله الاخرى فمستند الى تقصيرهما في التحفظ بايجاب البيع كما لو تبايعا بيعا فاسدا فيحتمل ح ان يلزم من العين الاخرى في مقابله التالف و يبقى الباقي على اصل الاباحه بدلاله ما ذكر و فيه نظر

**و ينبغي التنبيه على امور**

**الاول اذا نقل احدهما العين عن ملكه فهو تلف بمنع جواز الفسخ**

سواء كان بعقد لازم كالبيع و الصلح و الوقف و العتق و الهبه التي لا- يجوز الرجوع فيها او بعقد جائز يجوز معه الفسخ و قد صرح بذلك في لك و يدل عليه الاصل و عموم قوله تعالى **أَوْفُوا بِالْعُقُودِ** و اذا وهبها او وقفها فهل يجوز الفسخ قبل القبض و حصول تمام السبب في النقل او لا- يظهر من لك الاول معللا بعدم حصول الانتقال و عدم كفايه جزء السبب و لكنه احتمال الثاني لصدق التصرف و الاقرب الاول لعدم صدق التلف مع ظهور الاتفاق على ان الملزوم و المانع من الفسخ هو التلف و اصاله

بقاء جواز الفسخ فت و لو نظر صرفها فى امر فالظاهر انه لا- يجوز الفسخ ح لعموم الامر بالوفاء به و لان الاصل اللزوم على المختار كما تقدم اليه الاشاره و اذا باعها فضولا فالظاهر عدم جواز الفسخ قبل الاجازه على المختار من انها كاشفه لا ناقله و اذا باعها ثم فسخ فهل يجوز الفسخ بعد الفسخ او لا فيه اشكال من بقاء العين و عدم التلف و من سبق التلف و اصاله اللزوم و انقطاع جواز الفسخ فالثانى هو الاقرب و اذا باعها ثم اشتراها فهل يجوز الفسخ او لا الاقرب الثانى لما تقدم اليه الاشاره

### **الثانى اذا تصرف فيها تصرفا غير ناقل للملك و لا جزء سبب**

فان لم يتغير به عن صفتها كالاستخدام به او الانتفاع بالاماء و بالخدمه و لبس الثوب فلا اثر له فى اللزوم كما صرح به فى لك و ان اوجب تغير الى حاله اخرى كطحن الحنطه و صبغ الثوب فاحتمل فى لك كونه كك لأصاله بقاء الملك مع بقائه و هو حسن ان قلنا بان المعاطاه لا تفيد الملك و اما على المختار من افادتها الملك فالاصل عدم جواز الفسخ و اللزوم كما تقدم اليه الاشاره و قد حكى فى لك عن بعض الاصحاب الجزم بهما لامتناع التراد بسبب الاثر المتجدد ثم استشكله و هو و ان كان فى محله الا ان ما حكاه عن بعض الاصحاب فى غايه القوه و قد صار اليه جدى مصرحا بانه لا اشكال فى ذلك بحسب القاعده اذ للمعامل المطالبه بعين ماله كما هو هو

### **الثالث لو اشبهت بغيرها او امتزجت بحيث لا يتميز**

فان كان بالاجود فصرح فى لك بانه كالتالف و ان كان بالمساوى او بالأردى فاحتمل فى لك كونه كك و حكاه عن جماعه و علله بامتناع التراد على الوجه الاول ثم احتمل العدم فى الجميع لأصاله البقاء و اورد عليه جدى قدس سره بانه لا وجه لهذا الاستدلال فان المعامل يريد عين ماله حتى يرد عين العوض فاصاله البقاء اى فائده فيها و فيه نظر لأنه ح يصير شريكا بالنسبه كما لو اتفق امتزاج مال الغير من غير معاطاه و قد يترتب عليه فائده من جهه النماء فت و الاقرب عندى عدم جواز الفسخ ح

### **الرابع لو رجع فى العين حيث يجوز**

و قد استعملها من هى فى يده لم يرجع عليه بالا-جره كما صرح به فى لك و ضه للأصل و ما تمسك به فى ضه من اذنه فى التصرف مجاناً و لو نمت فان كان باقيا فصرح فى لك بانه يرجع به و يظهر من ضه التأمل فيه و هو فى محله و ان كان تالفا فصرح فى لك و ضه بانه لا يرجع به معللا بانه سلطه على التصرف بغير عوض و هو جيد

### **منهل اذا كان ايجاب البيع و قبوله بغير اللغه العربيه**

#### **اشاره**

من الالفاظ الفارسيه و غيرها فلا اشكال فى صحه البيع و قبوله بغير اللغه العربيه من الالفاظ الفارسيه و غيرها فلا اشكال فى صحه البيع ح و افاده اباحه التصرف و نقل الملك بناء على المختار من افاده المعاطات ذلك لظهور عدم القائل بالفصل بين الامرين و

لفحوى ما دل على افاده المعاطاه او عمومه الملك و هل يفيد ذلك اللزوم كما اذا كان الايجاب و القبول عربيه او لا بالثانى صرح المحقق الثانى فى حاشيه الارشاد و جامع المقاصد و اوجب فى افاده عقد البيع اللزوم عربيته محتجا عليه بوجه ثلاثه احدها ما ذكره فى حاشيه الارشاد من ان انتقال الملك من مالك الى اخر خلاف الاصل فيتوقف على نص الشرع و لم يثبت الا فى الصيغه المتفق عليها بيقى ما عداها مدفوعا بالاصل و فيه نظر فان هذا انما يتم على تقدير ان المعاطاه لا تفيد الملك و اما على تقدير افادته الملك فيلزم منها افاده المفروض الملك كما بيناه و اذا افاده الملك فالاصل اللزوم بلا اشكال و مستنده ظهور الاتفاق عليه و الاستصحاب و ظاهر قوله تعالى **أَوْفُوا بِالْعُقُودِ** خرج من ذلك المعاطاه بما بيناه من الدليل و لا دليل على خروج محل البحث فيبقى مندرجا تحته و ثانيها من ان ايقاع العقد بلفظ غير الماضى غير صحيح مع انه عربى اتفاقا فغير العربى بطريق اولى و فيه نظر اما اولا فللمنع من الاولويه فانها غير مفهومه قطعاً و اما ثانيا فللمعارضتها على تقدير تسليمها لما دل على اللزوم مما تقدم اليه الاشاره و هو اولى بالترجيح بعد ان التعارض بينهما من قبيل تعارض العمومين من وجه فتأمل و اما ثالثا فلانا

ص: ٢٧١

بيننا الصيحه بغير العربى و انما الكلام فى خصوص اللزوم و لا اولويه هنا تدفعه فتأمل و ثالثها انه معلوم ان العقود الواقعه فى زمن النبى صلى الله عليه و آله و الائمه عليهم السلام انما كان بالعربيه و فيه نظر اما اولا فللمنع من ذلك بالنسبه الى جميع المسلمين حتى الطوائف التى لم تكن من العرب و اما العرب فالتزامهم بالعربيه لا يدل على الوجوب لما ذكره بعض الاجله من ان ذلك من حيث ان محاوراتهم و محادثاتهم و كلامهم كان على ذلك فى عقد كان او فى غيره فهو من قبيل التليقه و الجبله لا يقال عقود المعصومين عليهم السلام كانت عربيه فيجب لقاعده التاسى لانا نقول لا نسلم صدور عقد البيع منهم سلمنا و لكن نمنع من وجوب التاسى بهم ع هنا لعدم معلوميه الوجه و قد بينا فى الاصول ان التاسى انما يجب اذا علم الوجه لا مطلقاً و امّا ثانيا فللمعارضه ذلك بما دل على اللزوم المتقدم اليه الاشاره و هو اولى بالترجيح لوجوه منها اعتضاده بان معظم الاصحاب لم ينبهوا على لزوم العربيه فى عقد البيع اصلاً و لو كان متوقفاً عليها لتبها عليه و بما ذكره بعض الاجله من ان غايه ما يستفاد من الاخبار الوارده فى البيع و الصيحه و الأنكحه و نحوها وجوب الألفاظ الداله على التراضى بما دلت عليه باى نحو كانت و اما ثالثا فلان ذلك لو تم لدل على عدم صحه غير العربى و هو باطل لما بيناه من صحته فتأمل فاذا المعتمد هو افاده المفروض اللزوم و عليه فلا اشكال فى افاده العقد العربى الملحون اللزوم و اما على القول باشتراط العربيه فى افاده اللزوم ففى اشتراط عدم اللحن و لزوم مراعاة جميع ما يجب مراعاته فى القراءه الواجبه فى الصيلاه من اخراج الحروف من مخارجها و الاعراب و غير ذلك اشكال و صرح فى جامع المقاصد بوجوب رعايه الاعراب على القادر عليه و لو بالتعلم فى زمان قصير متمسكا بما تمسك به لاشتراط العربيه فى العقد من الاصل و ان البيوع الواقعه فى زمن النبى ص انما كانت بالاعراب على طبق العربيه و التاسى به واجب و فيهما نظر و

**ينبغى التنبيه على امور**

**الاول هل الكتابه على ورق او خشب او لوح او تراب او نحوها يقوم مقام التلفظ**

مع القدره عليه فى افاده اللزوم او فى افاده اباحه التصرف و نقل الملك ان قلنا بان المعاطات لا تفيدهما او لا تقوم مقامه صرح

بالتانى فى التّحرير و س و لك و هو الاقرب مطلقا و لو كان غائبا و كك الكلام فى الاشارة

### الثانى اذا تعدّر التلّفظ بخرس او آفه فى اللسان او نحو ذلك فهل تقوم الاشارة مقام اللفظ

و تفيد مفاده ح او لا صرّح بالأوّل فى التّحرير و الإرشاد و س و الرّوضه لك و ادعى الشهره عليه فى الكفايه و هو الاقرب لوجوه منها ظهور الاتفاق عليه لعدم وجود مخالف فيه لا عينا و لا اثرا مع فتوى الجماعه به من غير اشارة الى الاشكال و الخلاف و منه اصاله لزوم العقد خرج منها صورته القدره على التلّفظ بالدليل و لا دليل على خروج صورته التعدّر فيبقى مندرجا تحتها و منها ما ذكره فى مجمع الفائده من أنّ اشارة الاخرس و نحوه بمنزله تكلمه و لهذا يجب عليه الاشارة فى القراءه و التكبير و غيرهما و منها أنّ الاشارة لو لم تقم مقام التلّفظ لزم الحرج العظيم و هو منفى بالادله الاربعه

### الثالث هل يشترط فى قيام اشارة الاخرس و نحو مقام التلّفظ حيث يتعدّر منهما عجزهما من التوكيل

فلو قدرا عليه لم يقم مقامه ح او لا صرّح بالتّانى فى مجمع الفائده و هو مقتضى اطلاق التحرير و س و الرّوضه و لك و هو جيد

### منهل اختلف الاصحاب فى توقف الايجاب و القبول فى عقد البيع على كونهما بصيغه الماضى على قولين

الاول أنّه يتوقف عليه و لا- ينعقد بغير الماضى مطلقا و لو قصد منه الانشاء بقريته واضحه و هو للشرائع و التحرير و الارشاد و القواعد و لف و س و اللّمع و جامع المقاصد و حاشيه الارشاد و الروضه و لك و الرّياض و المحكى فى لف عن الشّيخ و ابن حمزه و هو ظاهر الغنيه الثانى أنّه لا يتوقف على ذلك بل ينعقد بدونه اذا استعمل فى الانشاء و هو للمقدّس الأردبيلي و المحكى فى لف عن القاضى فى الكامل و المهذب للأولين و جوه منها الاصل و منها الاجماع المذى حكاها فى مجمع الفائده و هو و ان اختصّ بعدم الانعقاد بصيغه الاستفهام و لكن يلحق الباقي بعدم القائل بالفصل و يعضد ذلك تصريح لك و مجمع الفائده و الكفايه و الرّياض بان عدم الانعقاد بغير الماضى هو المشهور و مذهب الاكثر بل ربّما يظهر من الكفايه أنّه ممّا لا خلاف فيه حيث قال قالوا ذلك و لم يحك خلافا عن احد و منها ما تمسّك به فى جامع المقاصد و حاشيه الارشاد و لك و الرّياض من أنّ الماضى صريح فى نقل الملك و الانشاء المقصود بالعقد دون غيره اما الأوّل فلوجهين احدهما ما ذكره فى لك من أنّه و اذا احتمل الاخبار أنّ أنّه اقرب الى الانشاء حيث دلّ على وقوع مدلوله فى الماضى فاذا لم يكن ذلك هو المقصود كان وقوعه الان حاصلا فى ضمن ذلك الخبر و الغرض من العقود ليس هو الأخبار و أنّما هذه الصّيغه منقوله شرعا من الاخبار الى الانشاء و الماضى الصق بمعناه و ثانيهما ما ذكره فى الرّياض من تداول العاده باجراء العقد به المستلزم لصراحتة فى الانشاء و ليس كك غيره و امّا الثّانى فلان المستقبل يشبه بالوعد كما صرّح فى جامع المقاصد و حاشيه الارشاد و لك و الامر بعيد عن المراد كما صرّح به فى الأوّل و صرّح فى الأخير بأنّه لا- يقتضى إنشاء البيع من جانب الامر بل هو إنشاء طلبه و اشار الى ما ذكره فى بيع أيضا للأخرين ما تمسّك به فى مجمع الفائده من عموم قوله تعالى أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَأَوْفُوا بِالْعُقُودِ و خصوص الاخبار الدّاله على الصّيغه بلفظ المضارع و التّحقيق ان يقال ان كان المعاطات فى البيع صحيحه مفيده للملك و اللّزوم فينبغى الحكم بان غير الماضى كك اما للأولى او لعدم القائل بالفرق بين الامرين او لاتحاد الدليل و لا يعارضها أدلّه القول الأوّل المتقدّم اليها الاشارة و ان لم يكن المعاطات مفيده للأمرين و الحكم بترتبهما على محلّ البحث محلّ اشكال ممّا اشار اليه المقدّس الأردبيلي و من

الاجماع المنقول المتقدّم اليه الاشاره المعتضد بالشّهره المنقوله فى كلام جماعه و المؤيّد بما ذكره و كيف كان فلا ينبغي ترك الاحتياط خصوصا اذا اريد اللّزوم بل لا يبعد الحكم بعدم تحقّقه بغير الماضى

### منهل اختلف الاصحاب فى توقف عقد البيع على تقدّم الايجاب على القبول

على قولين الأوّل أنّه يشترط فى صحّته ذلك فلو تقدّم القبول على الايجاب كما اذا قال المشتري قبلت البيع قبل قول

ص: ٢٧٢

البائع بعثك لم يصحّ و كذا اذا قال بعته بالف او ابتعت او اشتريت او تملكك منك فقال البائع بعثك و هو للمختلف و الايضاح و جامع المقاصد و المحكى فى لف عن المبسوط و الخلاف و ابن حمزه و ابن ادريس و الاكثر الثّانى أنّه لا يشترط ذلك و هو للشرايع و التّحرير و اللّمع و س و لك و مجمع الفائده و الكفايه و المحكى فى لف عن القاضى للأوّلين وجوه منها ما تمسّك به فى لف و اشار اليه فى ف من أنّ الاصل بقاء الملك على ملك بايعه فلا ينتقل عنه إلّا بسبب شرعىّ و لم يثبت كون العقد المقدم فيه القبول سببا شرعيّا فيبقى على الاصل و فيه نظر فأنّه مندفع بما سيأتى اليه الاشاره إن شاء الله تعالى من العموم و منها ما تمسّك به فى جامع المقاصد من أنّ القبول مبنى على الايجاب لأنّه رضاء به فلا بدّ من تاخره و اشار الى هذا فى الايضاح أيضا و فيه نظر اما اولا فللمنع من كون القبول فرعا للإيجاب كما صرّح به فى مجمع الفائده و اما ثانيا فلما ذكره فى مجمع الفائده من أنّ ذلك منقوص بتجويز تقديم القبول فى النّكاح الذى هو اعظم من البيع فجوازه هناك يستلزم جوازه فيه بطريق اولى و اما ثالثا فلان ذلك لو تم فأنّما يتم لو كان القبول المقدم لفظ قبلت فأنّه الّذى لا يجوز الابتداء به كما صرّح به فى لك و علّله فى ضه بصراحته فى البناء على امر لم يقع و هو ليس محلّ الخلاف كما صرّح به فيهما و فى مجمع الفائده بل محلّ الخلاف كما صرّح فيها لفظ ابتعت و اشتريت و تملك و لا يتوجه ذلك الايراد فيها بل ينبغى الحكم بالصّحّح كما صرّح به فى مجمع الفائده مدّعيّا أنّه لا ينبغى ح التّزاع فى الصّحّح فانّ البائع كالمشتري فيجوز ابتدائه بالصّحّح قبل الاخر فيكون الأوّل موجبا و الثّانى قابلا مطلقا و فيه نظر و منها ما حكاه فى لك عن الخلاف من دعوى الاجماع على اعتبار تقديم الايجاب و ربّما يمكن استفادة هذه الدّعوى من الغنيه أيضا و يعضدها الشّهره المحكيه فى لف و قد يناقش فى ذلك بتطرق الوهن اليه بمصير اكثر المتأخرين مضافا الى بعض اعتبار القدماء الى القول الثّانى فتأمل على أنّه ليس فى المحكى فى لف عن الخلاف دعوى الاجماع على لزوم تقديم الايجاب بل غايته دعوى الاجماع على الصّحّح اذا قدم الايجاب و هو كك فتأمل و للآخرين وجوه أيضا منها أنّ تقديم القبول لا يخرج المعامله عن كونها عقدا و بيعا و تجاره فالاصل فيها الصّحّح للعمومات من قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وِإِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ و غير ذلك و منها ان تقديم القبول على الايجاب جائز فى النّكاح فيكون هنا جائزا لأنّ امر النّكاح اشدّ و ثبوت الجواز فى الأشدّ يستلزم ثبوته فى غيره بطريق الاولى لا يقال يدفع هذا ما اورد عليه فى لف و الايضاح و جامع المقاصد من أنّ تجويز التّقديم فى النّكاح لضروره لم توجد فى البيع و هو حياء المراه المانع من تقديم الايجاب لأنّنا نقول هذا ممنوع لادن الحياء لا يمنع من التّقديم مطلقا و حصولها فى بعض الموارد لا يصير عله للحكم على الاطلاق سلّمنا و لكن قد يتحقّق هذه العله فى البيع أيضا بل ربّما يكون فيه اشدّ فيلزم الحكم بجواز التّقديم ح و اذا جاز فى هذه الصّوره جاز مطلقا لظهور عدم القائل بالفرق بين الصّور على أنّ العله المذكوره لو كانت سببا لتجويز التّقديم لكان سهوله الامر على اهل المعامله اولى بان يكون سببا لتجويزه فى البيع فتأمل و منها ما ذكره فى الايضاح من أنّ الاصل اعتبار الرّضا بين المتعاملين فى الالفاظ الداله عليه

فلا- عبره بالترتيب و لكنّه اجاب عنه كما فى لف بانّ الرّضا وحده غير كاف و منها ما ذكره فى مجمع الفائده فى الاخبار المذكوره فى بيع الآبق و اللبن فى الضّرع الدّاله على جواز وقوع البيع بلفظ المضارع مع التّقديم و صرّح بان بعضها صحيح و منها انّ تقديم القبول لو كان موجبا للفساد لاشتهر بل و تواتر و لورد التنبيه عليه فى الاخبار لتوفر الدّواعى عليه و التالى باطل قطعاً فتأمل و منها انّ البيع اذا جاز الاكتفاء فى صحّته بالافعال و المعاطاه و جاز الاكتفاء فيها بالالفاظ المصرّحه بالمدّعى و ان قدم فيها القبول بطريق الأوّل فتأمل و المسأله محلّ اشكال فلا ينبغى ترك الاحتياط فيها بتقديم الايجاب و لكن القول الثانى فى غايه القوّه و

لو كان القبول بلفظ قبلت

### منهل هل يشترط وقوع القبول فوراً عادته بحيث يعد جواباً للإيجاب او لا

بل يجوز التراخى و لو يمضى مدّه طويله كسنه صرّح بالأوّل المحقّق الثّانى فى جامع المقاصد و الشّهيد فى س و القواعد و الشّهيد الثّانى فى بعض مصنّفاته فيشترط عندهم الموالاة فى العقد و لهم الاصل و ان المعهود من المسلمين فى البيوع مراعات الفوريه فى القبول و ما ذكره الشّهيد فى القواعد من انّ ذلك مأخوذ من اعتبار الاتّصال بين الاستثناء و المستثنى و فى الجميع نظر اما الأوّل فلمعارضه العمومات الدّاله على لزوم الوفاء بالعقود و صحّحه البيع و التجاره و هى اولى بالترجيح قطعاً و اما الاخيران فلضعفهما فى انفسهما و عدم صلاحيتهما لإثبات المدّعى مع أنّهما معارضان بتلك العمومات و بخلو الاخبار و اكثر كلمات علمائنا الابرار عن الاشاره الى هذا الشّروط مع توفر الدّواعى عليه فاذن الاحتمال الثّانى فى غايه القوّه و لكن الاحوط الأوّل و عليه فلا- يقدر فى الموالاة تخلّل او تنفس او سعال كما صرّح به فى س و صرّح فى جامع المقاصد بأنّه يقدر فيها تخلّل كلام اجنبى بينهما و فيه نظر و المرجع فى ذلك العرف

### القول فيما يجوز بيعه و ما لا يجوز

### منهل المشهور بين الاصحاب أنّه لا يصحّ بيع الخمر مط

### اشاره

و ان اشتمل على النّفع المقصود للعقلاء و يظهر من الّذى حكاه السيّد الاستاد قدّس سره عن المقدّس الأردبيلى و المحقّق السبزوارى و الكاشانى تجويز بيعها اذا اشتملت على النّفع المقصود للأوليين و جوه منها الاصل و منها تصريح التذكرة بدعوى الاجماع على عدم صحّحه بيع الخمر و يعضده تصريح سيد الاستاد بانه المعروف من مذهب علمائنا و بانعقاد الاجماع عليه قبل ظهور الخلاف و منها تصريح المنتهى كما عن الخلاف و عن الغنيه و السرائر و نهايه الاحكام بدعوى الاجماع على حرمة بيع الخمر و يعضدها جمله من الاخبار الداله على ذلك أيضا منها خبر معاويه بن سعيد الّذى وصفه السيّد الاستاد و بالقوّه و مرسله ابى نجران الّذى وصفها بالحسن عن الرّضاع عن نصرانى اسلم و عنده خمر و خنازير و عليه دين هل يبيع خمره و خنازيره و يقضى دينه قال لا- و منها المروى عن المشايخ الثلاثة فى عده طرق عنهم عليهم السّلام انّ رسول الله ص لعن بايع الخمر و مشتريها و أكل ثمنها و منها النبوى المرسل انّ الله و رسوله حرّم بيع الخمر و منها غير ذلك لا يقال تحريم البيع لا يستلزم فساد بناء على انّ التّهى فى المعاملات التّى من جملتها البيع لا يقتضى الفساد مط و ان تعلق

بذات المعامله لا- يوصف خارج عنها لأننا نقول التّحريم هنا يستلزم الفساد بالإجماع المركّب على الظاهر اذ الظاهر ان كلّ من حرم بيعها حكم بفساده على أنّه قد يدعى دلالة عبارات الكتب المذكوره على الفساد بالالتزام عرفا و منها ان شرب الخمر حرام فيحرم بيعها اما الأوّل فبالضرورة من الدّين و اما الثّانى فلتصريح السيّد المرتضى بان كلّ من حرّم شربها حرّم بيعها و بانّ التّفريقه بين الامرين خروج عن الاجماع و يعضده روايه مرويه عن تحف العقول و منها أنّ بيع الخمر لو كان صحيحا لكان جائزا لظهور عدم القائل بالفرق بين الامرين و لو كان جائزا لما وجب الاجتناب عنها على الاطلاق و قد تمسّك بهذه الحجّه السيّد الاستاد و التالى بط لقوله تعالى فى الخمر رجسٌ من عمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ و قد يقال المراد المنع من الاستعمال فى الشّرب لظهوره من الاطلاق فت و منها أنّ الخمر من جمله الاعيان التّجسه فلا- يصحّ بيعها اما الأوّل فلما حقّق فى كتاب الطّهارة و اما الثّانى فلأدله الدّاله على عدم صحّحه بيع الاعيان التّجسه و من جعلتها ما تمسّك به السيّد الاستاد ره من قوله تعالى وَ الرَّجْزَ فَاهْجُرْ لا لتصريح الجوهري بانّ الرّجس القدره مثل الرّجس و يعضده ما حكى من على بن ابراهيم فى تفسيره من تفسير الرّجس الخبيث فانّ المحكوم بنجاسته شرعا خبيث قدر فيجب هجره بمقتضى الامر الّذى هو من التكاليف المشتركه دون المختصّه و التّصرف بالتّجاره و البيع و الشراء خلاف الهجر المأمور به فيكون محرما لا يقال يظهر من القاموس اشتراك لفظ الرّجس بين معان كثيره كالقدر و عباده الاوثان و الشرك و العذاب فعلى المراد ما عدا القدر فلا يتجه الاستدلال بالآيه الشّريفه على المدعى لأننا نقول لا نسلم دلالة عباره القاموس على الاشتراك بل غايه ما يستفاد منها الاستعمال و هو اعمّ من الحقيقه و المجاز فلا تعارض عباره الجوهري هذا و قد صرح السيّد الاستاد بانّ الاطلاق الرّجس على الشرك و عباده الاوثان مجاز يتوقف على القرينه و بانّ الحمل على العذاب فى هذه الآيه بعيد جدا فينبغى حمله على القدر و هو المناسب لقوله تعالى وَ لِيَأْبَكَ فَطَهَّرْهُ فت و منها ان بيع الخمر لو كان جائزا صحيحا لما كان ثمنها حراما و سحتا و التالى بط فالمقدّم مثله اما الملازمه فظاهره و اما بطلان التالى فللأخبار الكثيره فجمله منها مصرّحه بتحريم ثمن الخمر منها النبويات المنقول احدها عن الخلاف و السيّرائر و كره و المهذب البارع و الغوالى انّ الله اذا حرم شيئا حرم ثمنه و ثانيها المنقول عن دعائم الإسلام عن الصّيادق (ع) عن ابيه عن ابائه عن علىّ (ع) انّ رسول الله (ص) نهى عن ثمن الخمر و ثالثها المنقول عن يب و الكافى عن محمّد بن مسلم عن ابى عبد الله (ع) عن رسول الله (ص) انه قال انّ الذى حرم شربها حرم ثمنها و لهذه الزّوايه طريقان احدهما صحيح على ما يظهر من السيّد الاستاد و الاخر حسن كالصّحيح و منها غير ذلك و جمله اخرى منها مصرّحه بان ثمن الخمر سحت كصحيحه عمّار بن مروان و خبرى على بن حمزه و السكونى و السيّحت عباره من المال الحرام الّذى لا- يحلّ كسبه و لا اكله كما صرح به ابن الاثير فى التّهايه و الفيومى فى المصباح المنير و الطريحي فى مجمع البحرين و حكى عن الزمخشري فى الفائق و الكشاف و صرح فى الصّيراح و كنز العرفان كما عن الجوهري و الرّازى و النيشابورى بأنّه المال الحرام و بالجمله الظاهر اتفاق اهل اللّغه على انّ السيّحه هو المال الحرام و منها انّ بيع الخمر لو كان جائزا و صحيحا لاشتهر بل و تواتر لتوفر الدّواعى عليه و التالى باطل قطعاً فكذا المقدّم و للآخرين وجوه أيضا منها ما ذكره السيّد الاستاد قدّس سره من الاصل و هو ضعيف جدا و منها قوله تعالى أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَ أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و فيه نظر للزوم تخصيص عمومهما بما تقدم اليه الاشاره من ادلّه القول الأوّل و منها جمله من الاخبار الظّاهره فى جواز بيع الخمر احدها خبر زراره الذى وصفه السيّد الاستاد بالحسن عن ابى عبد الله عليه السّلام فى الرّجل يكون لى عليه الدّراهم فيبيع بها خمرا و خنزيرا فبم يقضىنى منها قال لا باس او قال خذها و ثانيها خبر ابى بصير قال سئلت ابا عبد الله (ع) عن الرّجل يكون له على الرّجل مال فيبيع بين يديه خمرا و خنازير فيأخذ بثمنه قال لا باس و ثالثها خبر محمّد بن يحيى الخثعمى قال سئلت ابا عبد

اللّٰه عليه السّلام عن الرّجل يكون

لنا عليه الدّين فيبيع الخمر و خنازير قال لا باس به ليس عليك شىء من ذلك و فيه نظر فانّ هذه الاخبار لا تصلح لمعارضه الاخبار المتقدّمه المانع من بيع الخمر من وجوه عديده هذا و قد اجاب عنها السيّد الاستاد بانّها اتّما تضمنت اباحه ثمن الخمر و الخنزير للمقتضى و هو خلاف المدعى اعنى جواز البيع و الحليه للبائع و قد ورد فى النصّ الصّحيح عن الباقر (ع) التّصريح بانّ ذلك للمقتضى حلال و للبائع حرام و هو ظاهر الشّيخ فى يه ثمّ صرّح بانّ الصّواب فى الجواب حمل هذه الاخبار على ما اذا كان البائع من اهل الذّمه و ادعى أنّه الذى فهمه الاصحاب و ح لا اشكال فى القول الأوّل و

**ينبغى التنبه على امرين**

### **الأوّل لا يجوز و لا يصحّ بيع الفقاع مط**

لوجوه منها الاصل و منها التّصريح بدعوى الاجماع على تحريم ابتياعه فى الانتصار و مجمع الفائده كما فى الغنيه و يعضده امور احدها ما صرّح به فى الأوّل أنّه قد ثبت خطر شربه و كلما خطر شربه خطر ابتياعه و بيعه و التفرقه بين الامرين خروج عن اجماع الامه و ثانيها تصريح الحلّى فى السّرائر بان حكم الفقاع حكم الخمر فى أنّه لا يجوز التّجاره فيه و لا التّكسب به بغير خلاف بين فقهاء اهل البيت عليهم السّلام ثم صرّح بان اجماعهم منعقد على ذلك و ثالثها عدم ظهور الخلاف فى ذلك و منها أنّه خمر و كلّ خمر لا يجوز بيعه و اما الثّانى فلما تقدّم اليه الاشاره و اما الأوّل فلظهوره من روايه عمار قال سئلت ابا عبد الله عليه السّلام عن الفقاع فقال هو خمر و يؤيدها روايات كثيره وارده بهذا المضمون و فى بعضها هو الخمر بعينها لا يقال لعل المقصود فى هذه الروايات التّشبيه بالخمر فى حرمة الشرب لا بيان أنّه احد افرادها حقيقه و مثل هذا الاستعمال شائع فى الاخبار لأنّنا نقول الاحتمال المذكور خلاف الظاهر لظهورها فى بيان أنّه احد الافراد حقيقه سلّمنا اراده التّشبيه و لكن الاصل فيه اراده جميع وجوه المشابهه و من جملتها حرمة البيع الا ان يدعى ان حرمة الشرب اظهر الوجوه فينصرف اليها الاطلاق و فيه نظر و منها ان بيعه لو كان جائزا و صحيحا لما استحقّ بايعه القتل و التالى بط فالمقدّم مثله اما الملازمه فظاهره و اما بطلان الثّانى فلخبر سليمان بن جعفر الجعفى قال قلت لأبى الحسن الرضا عليه السّلام ما تقول فى شرب الفقاع فقال خمر مجهول يا سليمان فلا تشربه اما أنّه لو كان الحكم لى

ص: ٢٧٤

لقلت بايعه فت

### **الثانى لا يجوز و لا يصحّ بيع النبيذ المسكر**

و هو على ما فى مجمع البحرين ما يعمل من الاشربه من التمر و الزبيب و العسل و الحنطه و الشعير و غير ذلك و على ما فى لك هو الشراب المخصوص من المسكر المتخذ من التمر و الحجّه فى عدم صحّحه بيعه وجوه منها تصريح ابن زهره فى الغنيه على ما



حكى بدعوى الاجماع على ذلك و هو مستفاد من كره أيضا و يعضده ما حكيناه عن الانتصار سابقا و منها الاصل و منها انه خمر و الاصل فى الخمر حرمة البيع اما الثانى فلما تقدم اليه الاشاره و اما الاول فلصحيحه المفصّله لأفراد الخمر كخبر نعمان بن بشير و المرسله عن النبى (ص) و الرضا (ع) و غيرها و ثانيهما تصريح الرومى فى الغريبين و الفيومى فى المصباح على ما حكى عنهما بانّ الخمر هو المسكر من الشراب لا خصوص ماء العنب و جعله فى القاموس أصحّ و صرح فى مجمع الفائده بانّه الذى اشتهر فيهم

### منهل لا يجوز بيع الميتة و لا يصح

لوجوه منها الاصل و منها دعوى الاجماع على ذلك فى المنتهى و كره و المحكى عن الغنيه و منها ما تمسك به فى المنتهى و كره من قوله تعالى حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ\* لا- يقال يعاوضه قوله تعالى أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ و أَوْفُوا بِالْعُقُودِ لأننا نقول التعارض بين الآيات المذكوره من قبيل تعارض العمومين من وجه بناء على أنّ التحريم المضاف الى الاعيان يفيد المنع من جميع الانتفاعات كما عليه طائفه من الاصوليين و من الظاهر ان الترجيح مع الآيه الاولى الا ان يجب بظهورها فى المنع من الاكل فت و منها انه لو جاز بيع الميتة لما كان ثمنها سحتا و التالى بط فالمقدم مثله اما الملازمه فظاهاهه و اما بطلان التالى فلروايه ابى بصير عن الصادق (ع) ثمن الميتة سحت لا يقال هى ضعيفه السند فلا تصلح للحججه لأننا نقول الضعف هنا غير قادح لانجباره بعمل الاصحاب على الظاهر و منها عموم النبوى المتقدم أنّ الله اذا حرّم شيئا حرّم ثمنه و منها الاخبار المصرّحه بانّه لا ينتفع من الميتة من غير تقييد كروايه على بن المغيرة التى وضعها السيد الاستاد بالصّححه عن الصادق عليه السّلام و روايه الفتح بن يزيد الجرجانى عن ابى الحسن عليه السّلام و النبوى المرسل المروى فى الانتصار كما عن ط و الغوالى و روايه سماعه المضمرة و روايه الكاهلى عن الصادق عليه السّلام التى وصفها السيد الاستاد بالقوه و ان نفى الانتفاع على الاطلاق يعم الانتفاع بالبيع و هو خبر بمعنى النهى و هو هنا يقتضى الفساد لان كل من حرّم بيعه حكم بفساده على الظاهر و مع امكان دعوى دلالة اللفظ عليه بالالتزام عرفا لا يقال تعارض هذه الروايات روايه الحسين بن زراره عن ابى عبد الله فى جلد شاه ميتة يدبغ فيصب فيه اللبن و الماء يشرب منه و يتوضأ قال نعم و قال يدبغ و ينتفع به و لا تصلّى فيه لأننا نقول هذه الروايه ضعيفه لا تصلح للمعارضه من وجوه على حده فلا وجه للتأمل فى المسأله كما اتفق للفاضل الخراسانى فى الكفايه و غيره و لا فرق فى الميتة بين ان تكون من مأكول اللحم و غير

### منهل لا يجوز بيع الدّم

لدعوى الاجماع عليه فى نهايه الاحكام و كره و المحكى عن الغنيه و يعضدها دعوى نفى الخلاف فيه فى الرّياض و لعموم قوله تعالى حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَ الدَّمُ و لعموم النبوى اذا حرّم الله شيئا حرّم ثمنه و للنهى من بيعه المروى عن أمير المؤمنين (ع) فى مرفوعه الواسطى و يؤيدها الرّضوى الظاهر فى ذلك و بعض الوجوه المتقدم اليها الاشاره

### منهل لا يجوز و لا يصح بيع كلب الهراش و العقور

#### اشاره

كما فى المنتهى و التذكرة و التحرير و ير و لك و المحكى عن الصّيدوقين و العماني و الاسكافى و المفيد و الشّيخ و الحلّى و القاضى و المحقق و غيرهم و لهم وجوه منها الاصل المتقدم اليه الاشاره مرادا و منها ظهور الاتفاق على ذلك و منها ظهور كره

و المنتهى و التحرير و س و لك في دعوى الاجماع على ذلك فان الاولين قد تضمنا نسبه حرمه بيعه الى علمائنا و الثالث قد صرح بدعوى الاجماع على حرمه تكسب بما عدى الكلب الصيد و الزرع و الماشيه و الحافظ و قد صرح بدعوى الاتفاق على المنع من بيع كلب الهراش و الخامس صرح بنفى الخلاف فيه كالسيد الاستاد قدس سره في بعض مصنفاته مدعي ان الشيخ في ادعى اجماع الفرقه على تحريم بيع ما عدا كلب الصيد و منها انه نجس العين فيشملة العمومات المانعه من بيع الاعيان النجسه من الكتاب و السنه و الاجماع المنقوله كما اشار اليه السيد الاستاد قدس سره و منها انه حيوان مسلوب المنفعه فيشملة عموم ما دل على المنع من بيع ما لا منفعه فيه كما اشار اليه ايضا السيد الاستاد و منها عموم النبوى المتقدم اذا حرم الله شيئا حرم ثمنه و منها انه لو جاز بيع ذلك لما كان ثمنه سحتا و حراما و التالي بط فالمقدم مثله اما الملازمه فظاهره و اما بطلان التالي فللاخبار الكثيره فجملة منها مصرحه بان ثمن الكلب الذي لا يصيد سحت و هي موثقه محمد بن مسلم عن الصادق (ع) و خبر ابي بصير و الوليد العامري عنه و الرضوى و جمله اخرى منها مصرحه بان ثمن الكلب سحت من غير تقييد و هي قويه الحسن بن علي الوشاء عن الرضا عليه السلام بل لا يبعد الحكم بحسنها و قويه السكوني عن الصادق عليه السلام بل عد منه في الايضاح من الموثق و الروايه المرسله عن امير المؤمنين عليه السلام المحكيه عن تفسير على ابن ابراهيم و مجمع البيان و كنز العرفان و تفسير الرازي و النيشابوري و جمله اخرى منها مصرحه بالنهي عن ثمن الكلب اميا مط او مستثنى عنه كلب الصيد او مقيد بالكلب العقور و هي خبر جراح المدائني الذي وصفه السيد الاستاد بالصحة عن الصادق عليه السلام و النبوى المرسل المروى عن ف و الغنيه و الاخر المروى عن دعائم الإسلام و الاخر المروى في بعض مؤلفات السيد الاستاد و صرح فيه بانه من المتفق عليه بين الفريقين و منها انه لو جاز بيعه لما جاز قتله لكل احد و التالي بط فالمقدم مثله اما الملازمه فلما صرح به السيد الاستاد قدس سره من ان ما يحل قتله فيه لكل احد لا يملك و ما يملك لا يباع و اما بطلان التالي فللنبوى المرسل الذي صرح السيد الاستاد قدس سره بانتقاضه خمس من الدواب كلهن فاسق يقتلن في الحرم الغراب و الحدهاء و العقرب و الفاره و الكلب العقور و هل يجوز و يصح بيع كلب الصييد او لا اختلف الاصحاب في ذلك على اقوال الاول انه يجوز مط و لو لم يكن سلوقيا و كان اسود بهما و هو للمحكي في بعض مؤلفاه السيد الاستاد عن الفقيه في الشرائع و الاسكافي و الشيخ في الخلاف و المبسوط و متاجر النهايه و ابن البراج في المهذب و ابن حمزه في الوسيله و الحلبي في الشرائع و المحقق في الشرائع و النافع

ص: ٢٧٥

و علامه في كره و القواعد و لف و المنتهى و ير و التبصره و فخر المحققين في الايضاح و يحيى بن سعيد في النزاهه و الشهيد في س و اللعه و ابن فهد في المهذب البار و نصير الدين الصييمري في تلخيص الخلاف و ابن القطان في المعالم و المحقق الثاني في جامع المقاصد و الشهيد الثاني في لك و الزوضه و المقدس الأردبيلي في مجمع الفائده و التقى المجلسي في روضه المتقين و الفاضل الخراساني في الكفايه و الحر العاملي في الوسائل فصرح السيد الاستاد ايضا بان الصدوق في المقنع حكاه عن ابيه فيما عهده اليه ثم اختاره مدعي انه المشهور بين الاصحاب الثاني انه لا يجوز مط و لو كان سلوقيا و هو لبعض الاصحاب على ما يستفاد من جمله من كتبهم كالقواعد و كره و المهذب البار و لعله العماني الثالث انه يجوز اذا كان سلوقيا لا غير و هو للمحكي في بعض مؤلفات السيد عن المفيد في المقنع و الشيخ في مكاسب النهايه و الديلمى في المراسم للقول الاول وجوه منها عموم ما دل على صحه البيع نحو قوله تعالى اَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ و اَوْفُوا بِالْعُقُودِ و منها دعوى الاجماع عليه في الغنيه و المنتهى و لف و الايضاح و س و لك كما عن الخلاف و كره و جامع المقاصد و مجمع الفائده و الكفايه و يعضدها الشهره العظيمة التي

لا يبعد معها دعوى شذوذ المخالف و منها أنه لو لم يجز بيعه لكان ثمنه حراما و التالي بط فالمقدم مثله اما الملازمه فظاھرہ بناء على انّ البيع الفاسد لا- يفيد اباحه التصرف و امّا بطلان التالي فلأخبار المصرحه بنفى البأس فى ثمنه و بجواز التصرف فيه كروايتى ابى بصير و الوليد العامرى عن الصادق عليه السّلام و روايه القاضى نعمان المصرى فى دعائم الإسلام عن امير المؤمنين عليه السّلام و هذه الاخبار و ان ضعف اسنادها الا انّ الشّهره العظيمه تجبر فتنهض للحجّيه و منها خبر ليث قال سئلت ابا عبد الله عليه السّلام عن الكلب الصّيد يباع قال نعم و منها ما ذكره العلّامه فيما حكى عنه من ان جواز اقتناء كلب الصّيد و هبته و الوصيه به و تقدير الشارع له ديه يقتضى جواز بيعه و للقول الثانى وجوه أيضا منها الاصل و يجاب عنه بان دفاعه بما تقدّم من الادله على الجواز و الصحه و منها عموم ما دلّ على المنع من بيع نجس العين الذى احد افراده محلّ البحث و يجاب عنه بلزوم تخصيصه بما تقدّم من الادله على عدم المنع و اعميه بعضه منه لو سلمت لا تكون قاده لا اعتضاد هذا العموم هنا بالشّهره العظيمه فلا تصلح الخاص لتخصيصه بل ينبغى ترجيحه على الخاص كما ذهب اليه والدى العلّامه قدس سره و منها اطلاق جمله من الاخبار المتقدّمه و هى التى اطلقت النهى عن ثمن الكلب و الحكم بانّه سحت و يجاب عنه بانّ الاطلاق ينصرف الى غير محلّ البحث لغلبته المستلزمه لظهوره منه سلّمنا و لكن يجب تقييده بما تقدّم من ادله القول الاوّل و منها النبوى المرسل اذا حرّم الله شيئا حرّم ثمنه و منها انّ الكلب المفروض خبيث و كلّما هو لك لا يجوز بيعه لعموم قوله و يُحرّم عَلَيْهِمُ الْحَبَائِثَ و منها انه لو جاز بيعه لما جاز قتله و لما حرم صيده و التالي بقسميه باطل فالمقدم مثله امّا الملازمه فلما تقدم اليه الاشاره و اما بطلان التالي فلروايه السكونى عن ابى عبد الله (ع) قال قال امير المؤمنين (ع) الكلب الاسود البهيم لا يؤكل صيده لأنّ رسول الله (ص) امر بقتله و يؤيده النبوى المرسل الامر بقتل كل كلب بهيم اسود و معللا بانّه شيطان و يجاب عنهما اولا بضعف السند فلا يصلحان لإثبات بطلان التالي و ثانيا بانّهما اخصّ من المدعى و لا- يمكن التميم بعدم القائل بالفصل لأنّ السّيد الاستاد ق ره استفاد من الاسكافى المنع من بيع كلب الصّيد اذا كان متصفا بما فى الرّوايتين و عده قولاً اخر فى المسأله الا ان يقال أنّه شاذّ شديد الشذوذ فلا يبعد معه دعوى الاجماع المركّب فت و ثالثا بعد صلاحيتهما لمعارضه ما تقدّم من ادله الجواز و رابعا بما ذكره السّيد الاستاد ق ره من ان الامر بقتل الكلاب المروى عن النّبىّ (ص) منسوخ او مخصوص بالكلب العقور لورود الاذن فى اقتناء ما ينتفع به منها و للقول الثالث وجوه منها الاصل و العمومات المانعه من بيع الكلاب و من بيع الاعيان النّجسه و من بيع ما حرّمه الله تعالى خرج منها السلوقى بالإجماعات المحكيه المعترضه بالشّهره العظيمه التى لا يبعد

معها دعوى شذوذ المخالف لو كان و بالاخبار المصرّحه بان كلب الصّيد يجوز بيعه لتيقن اندراج السلوقى تحتها فيبقى غيره مندرجا تحت ادله المنع لعدم دليل على اخراجه اذ اطلاق النصوص و الاجماع المنقوله و معظم الفتاوى الداله على جواز بيع كلب الصّيد لا تنهض لإخراج غير السلوقى لانّ السلوقى هو المتبادر من الاطلاق لشيوع الاصطيد به فينصرف اليه الاطلاق فيبقى ادله المنع سليمه عن المعارض بالنّسبه الى غيره فيلزم العمل بها و فيه نظر اما اولا فلما ذكره السّيد الاستاد ق ره من ان كلب الصّيد ليس الا كلب الذى يصطاد به و يحل صيده و كما يجوز الاصطيد بالسلوقى فكذا بغيره من الكلاب باجماع العلماء و النصوص المستفيضة و الاصطيد بغير السلوقى ليس نادرا و ان كان غيره اكثر فتخصيص كلب الصّيد بالسلوقى يتوقف على النّقل المخالف للأصل مع انّ الحكم فى بعض الاخبار قد علق على الوصف فى المركب التقييدى فيثبت بثبوتها و لا- يتوهم فيه الاختصاص و اما ثانيا فالأنّ الظاهر من الاصحاب المذنبين اطلقوا جواز بيع كلب الصّيد اراده الاعمّ من السلوقى اذ لو كان الحكم عندهم مختصّا بالسلوقى لتبهاوا عليه و لما اكتفوا بظهور الاطلاق فيه كما لا- يخفى على من انس بطريقتهم على انّ الحلّى و العلّامه فى لف و الصيمرى فى تلخيص الخلاف صرح بعدم الفرق فى جواز البيع بين السلوقى و غيره و هو مقتضى عموم عباره

ابن القطان و يظهر من الدروس و لك فهم العموم من عباره الاصحاب فعلى هذا تنهض اطلاقات الاجماع المحكيه المعتضده بالشهره العظيمه لإخراج غير السيلوقي من عموم ادله المنع و اما ثالثا فلصراحه بعض الاخبار فى عدم الفرق بين السيلوقي و غيره مما يصيد فى جواز البيع و هو خبر الوليد العامرى عن ابى عبد الله (ع) قال ثمن الكلب الذى لا يصيد سحت و اما الصيود فلا باس و لو لم يكن سلوقيا و ضعف سنده منجبر بالشهره العظيمه و يعضده خبر السكونى عن ابى عبد الله (ع) قال الكلاب الكريه اذا علمت فهى بمنزله السلوقيه فان عموم المنزله يقتضى الاشتراك فى جواز البيع أيضا و منها ان الديه المقدره شرعا لكلب الصييد مختصه بالسيلوقي لاختصاص النصّ فلا يكون غيره مملوكا و البيع مشروط بالملك و اجاب عنه السيد الاستاد بان الحكم فى البيع لا يتبع الديه وجودا و عدما اذ قد يثبت الديه و لا

ص: ٢٧٦

يجوز البيع كما فى الحر و قد لا يثبت و يجوز كما فى اكثر الاموال المقدره بالقيمه و منها ان الشيخ صرح فى التّهايه بان ثمن الكلب سحت الا ما كان سلوقيا فانه لا باس ببيعه و شرائه و اكل ثمنه و التّكسب به و من الظاهر ان هذا متن روايه يعتمد عليها اما الاول فلان بناء الشيخ فى كتاب التّهايه على ذكر متون الاخبار خاليه عن الاسانيد كما يظهر من السيرائر و اما الثانى فلظهور اعتماد الشيخ على ذلك و لا يعتمد الا على ما ينبغى الاعتماد عليه و فيه نظر اما اولا فللمنع من الاول لعدم وجود دليل معتبر يدل عليه مع ان الظاهر من سيره معظم الفقهاء و المحدثين خلافه كما لا يخفى و اما ثانيا فللمنع من الثانى و غايه ذلك على تقدير كونه روايه انها روايه مرسله و قد صار معظم المحدثين و الفقهاء و الاصوليين الى عدم حججه المرسل خصوصا مثل هذا المرسل و اما ثالثا فلما ذكره السيد الاستاد ق ره من ان هذه الروايه على تقدير تسليمها محموله على مطلق كلب الصييد جمعا بينها و بين ما هو اصحّ منها ثم نقل عن العلامة انه فسّر لفظ السيلوقي الموجود فى التّهايه و المقنعه بكلب الصييد لأنّ سلوق قريه باليمن اكثر كلابها معلمه فنسب الكلب اليها فعلى هذا التّفسير لم يكن فى المسأله مخالف الا من منع من بيع كلب الصييد مط و لكنه فى غايه الشّدوذ و غير معروف فلا يبعد دعوى الاتّفاق على صحّه بيع كلب الصييد مط و كيف كان فهذا هو المعتمد و ان كان الاحوط القول الثالث و

**ينبغى التنبيه على امور**

**الاول اختلف الاصحاب فى جواز بيع كلب الماشيه على قولين**

**الاول انه يجوز و هو للمحكي فى بعض مصنفات السيد الاستاد ق ره**

عن الاسكافى و الشيخ فى المبسوط و الخلاف و ابن البراج فى كتاب الاجاره من المهذب و ابن حمزه فى الوسيله و ابن ادريس فى السيرائر و الديلمى فى المراسم و العلامه فى كره و المنتهى و لف و التحرير و التبصره و عد و الارشاد و فخر المحققين فى الايضاح و الشّهد فى عه و س و السيورى فى التنقيح و المحقق الثّانى فى جامع المقاصد و عزّ الدين فى كشف الرّموز و نصير الدّين الصيمرى فى تلخيص الخلايف و الشّهد الثّانى فى لك و ضه و ابن القطان فى المعالم و المقدّس الأردبيلى فى مجمع الفائده و الحر العاملى فى الوسائل و حكى أيضا عن غايه المرام

و هو للفقهاء فى كتاب الشرائع و العمانى و الصدوق فى الفقيه و المفيد فى المقنعه و الشيخ فى النهايه و موضع من الخلاف و ظ  
المبسوط و القاضى و موضع من كتابه و يحيى بن سعيد فى التزهه و ابن فهد فى المهذب البارع و المحقق فى الشرائع و النافع و  
الفاضل الخراسانى فى الكفايه و التقى المجلسى فى روضه المتقين و السيد الاستاد للأولين وجوه منها ما تمسك به فى لف من  
اصاله الاباحه و منها قوله تعالى أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَأَوْفُوا بِالْعُقُودِ خرج منه بعض افراد الكلب بالدليل و لا دليل على خروج محل  
البحث منه فيبقى مندرجا تحته و قد يجاب عنه بالمنع من عدم الدليل على ذلك فان ادله القول الثانى تدل على ذلك و سيأتى  
اليه الاشاره و فيه نظر و منها الاجماع الذى نقله السيد الاستاد ق ره عن الشيخ فى كتاب الاجاره من الخلاف و قد يجاب عنه اولا  
بوهنه بمصير جماعه من محققى الاصحاب الى القول بعدم جواز البيع المفروض و قد تقدم اليهم الاشاره و اشار الى هذا السيد  
الاستاد ق ره مدعىا اشتها الفتوى بخلافه و فيه نظر فان القائل بالجواز اكثر من العامل بالمنع فلا وهن و ثانيا بمعارضته بما حكاه  
السيد الاستاد ق ره عن الخلاف من دعوى الاجماع على تحريم بيع ما عدا كلب الصييد من سائر الكلاب و فيه نظر و ثالثا بان  
المدعى للاجماع قد صار الى الجواز فى مقام اخر فلا عبره بما ادعاه و فيه نظر و رابعا بأنه لم يصرح بلفظ الاجماع بل قال عندنا  
و هذه اللفظه لا نسلم ظهورها فى دعوى الاجماع و قد اشار الى هذا السيد الاستاد ق ره و منها ان كلب الماشيه كلب صيد لأنه  
يصيد العدو و هو الذئب و نحوه فيندرج تحت العمومات المجوزة لبيع كلب الصييد و فيه نظر للمنع من صدق كلب الصييد على  
المفروض حقيقه لصحة السلب سلمنا و لكن المتبادر من الاطلاق غيره قطعاً فلا يشمله و منها فحوى ما دل على جواز بيع كلب  
الصييد لأن المفروض اعظم قاعده و اكثر نفعا منه و فيه نظر و منها ما تمسك به فى المختلف و الايضاح و التنقيح و غيرها من ان  
المقتضى لجواز بيع كلب الصيد و هو كونه ممياً ينتفع به و ثبوت الحاجه الى معاوضه ثابت فى محل النزاع فيثبت الحكم عملاً  
بالاصل المقتضى السالم عن المعارض اذ الاصل انتفائه و فيه نظر كما اشار اليه السيد الاستاد مدعىا ان المقتضى لجواز بيع كلب  
الصييد ليس الا النص و الاجماع و لولاهما لوجب القول بالتحريم بمقتضى الاصل الشرعى الناقل و منها ما تمسك به فى لف و  
الايضاح و التنقيح من ان الكلب المفروض له ديه منصوص عليها شرعاً فيجوز بيعه لأنها فى مقابله قيمه فانك تجد كلما لا ديه  
له لا قيمه له و اجاب عن ذلك فى لك و المهذب البارع بالمنع منه معللاً بان ثبوت الديه و بما دل على عدم جواز البيع لأن ما  
له قيمه لا ديه له كما فى الحيوان المملوك غير الادمى و ما له ديه لا قيمه له و استند فى ذلك فى الاخير الى الاستقراء و منها ما  
تمسك به فى الكتب المذكوره أيضاً من ان الكلب المفروض يجوز اجارته و كلما يجوز اجارته يجوز بيعه و قد يجاب بالمنع  
من المقدمتين و ممياً يؤيد منع الثانيه ان الحر و الوقف يجوز اجارتهما و لا يصح بيعهما فت و منها ان الشيخ فى ط صرح بأنه  
روى ان كلب الماشيه و الحائط مثل كلب الصييد و يؤيده اخبار صرح السيد الاستاد بان القائل بجواز بيع كلب الماشيه و الزرع  
احتج بها احدها روايه محمد بن قيس التى وصفها السيد الاستاد ق ره بالصحة عن ابى جعفر (ع) عن امير المؤمنين (ع) انه قال لا  
خير فى الكلب الا- كلب صيد او ماشيه و ثانيها التوبيه المرسله الطاهره فى جواز اقتناء كلب الماشيه و الزرع و الصييد و ثالثها  
الروايه المصرحه بمجىء الوحي باقتناء الكلاب التى ينتفع بها و استثنى رسول الله (ص) كلاب الصيد و كلاب الماشيه و كلاب  
الحرب من الامر بقتل الكلاب و اذنه (ص) فى اتخاذها و قد يجاب عن جميع ما ذكر اما الروايه الاولى فبأنها مرسله فلا تصلح  
للحجيه كما صرح به السيد الاستاد مدعىا انه غير منسوب الى الاصحاب و ان الشيخ اورده و لم يعمل به و ان الظاهر أنه من طرق  
العامة فان اكثر الاقوال و الروايات المنقوله فى ط بلفظ قيل و روى و نحوهما انما هى

من اقوالهم و ما هذا شأنه فلا- يصلح الاستناد اليه و لا جعله معارضاً للأدله المعبره سلمنا و لكنّها قاصره الدلاله اذ ليس فيها

تصريح بأن المراد من المماثلة المماثلة في جواز البيع فت و اما الروايه الاخيريه فبضعف سند اكثرها و قصور دلاله جميعها كما لا يخفى و للآخرين الوجوه المتقدمه الداله على عدم جواز بيع كلب الصيد و منها الاخبار المصرحه بان ثمن الكلب سحت

ص: ٢٧٧

و يؤيدها الاخبار المصرحه بان ثمن غير كلب الصيد سحت و حرام لا يقال يعارض عموم هذه الاخبار عموم ما دل على صحه البيع و هو اولى بالترجيح اما على القول بعدم جواز تخصيص الكتاب بخبر الواحد فواضح و اما على القول بجواز التخصيص به فلأن التعارض بين هذين العمومين من تعارض العمومين من وجه لشمول عموم الاخبار المذكوره ما لا يشملها عموم دليل صحه البيع و هو كلب الهراش و شمول عموم ما دل على صحه البيع ما لا- يشملها عموم الاخبار المذكوره و هو كثير و من الظاهر الترجيح مع عموم دليل صحه البيع لكونه من الكتاب و قطعي السند و لاعتضاده بالشهره في محل البحث لأنه قيل ان القول بجواز بيع الكلب و المفروض هو المشهور و لاعتضاده أيضا كما يستفاد من التذكرة و الخلاف من دعوى الاجماع على جواز بيع الكلب المفروض فأنهما صرحا بأنه يصح بيعه عندنا و هذه العبارة ظاهره في دعوى الاجماع على ذلك و لاعتضاده أيضا بغير ما ذكر من سائر الامور المتقدمه الداله على جواز بيع ذلك لأننا نقول لا نسلم ذلك لأن الاخبار الداله على ان ثمن ما عدا كلب الصيد من سائر الكلاب سحت كثيره و معتضده بعموم ما دل على عدم جواز بيع النجس من الكلاب و غيره بعموم ما دل على ان ما يحرم اكله يحرم ثمنه و بما قيل من ان الاشهر عدم جواز بيع الكلب المفروض و بما حكي عن الخلاف من دعوى الاجماع على تحريم بيع ما عدا كلب الصيد من سائر الكلاب لا يقال الاخبار المذكوره لا يشمل محل البحث لانصرافها الى ما لا ينتفع به من الكلاب كالهراش لأننا نقول هذا باطل لأن الاصل العموم حتى يثبت المانع و لم يثبت كما اشار اليه السيد الاستاد ق ره مدعيان الظاهر ورود الاخبار فيما ينتفع به من الكلاب و ما يبذل بازائه الثمن فلا وجه للتخصيص بالهراش مع ان التخصيص فرع وجود المخصص و ليس في ادله الجواز ما يصلح لتخصيص هذه الروايات فتعين الاخذ بها و فيه نظر و المسأله محل اشكال فلا ينبغي ترك الاحتياط فيها بل القول الثاني في غايه القوه

## الثاني اختلاف الاصحاب في جواز بيع كلب الزرع على قولين

### الاول انه يجوز

و هو للمحكي عن القائلين بجواز بيع كلب الماشيه المتقدم اليهم الاشاره

### الثاني انه لا يجوز

و هو للمحكي عن معظم القائلين بعدم جواز بيع كلب الماشيه بل الظاهر انه مذهب جميعهم فهذا القول مع كونه احوط في غايه القوه بناء على المختار من عدم جواز بيع كلب الماشيه لظهور عدم القائل بالفصل بينه و بين محل البحث مضافا الى ان كلما يدل على المنع من بيع كلب الماشيه يدل على المنع من بيع محل البحث كما ان كلما يدل على جواز بيع ذلك يدل على جواز بيع هذا و يلزم على المختار أيضا من عدم جواز بيع كلب الماشيه عدم جواز بيع كلب الحائط أيضا لظهور عدم القائل بالفصل بينهما من حيث الجواز و المنع مضافا الى الاشتراك في الاندراج تحت ادلتهم و يلحق بما ذكر في عدم جواز البيع كل كلب ينتفع به نفعا

محللاً- مقصودا كالانتفاع به فى حراسه دار او خيام او سوق او رباط او سور او غير ذلك و قد صرح السيد الاستاد بان القائلين بتحريم بيع الكلاب الاربعه المتقدمه التى هى محلّ الخلاف او بعضها اجمعوا على ذلك و استظهره من كل من خص الجواز بالاربعه عدا ابن حمزه و الاسكافى و ابن فهد و المحقق الثانى و الشهيد الثانى و حكى عن عدا الاولين من المستثنى التصريح بالجواز هنا و استظهره من الاول و كذا من الثانى على وجه و يدفعهم مضافا الى ما تقدم اليهم الاشاره ما حكاه عن التحرير و المنتهى من دعوى الاجماع على القول المنع من بيع الكلاب المفروضه

### الثالث هل يجوز بيع الجرو القابل للتعليم من انواع كلاب الصيد

كالسوقي فيكون الصيغ غير تابعا للكبير او لا فلا يجوز بيع كلب الصيد الا بعد اتصافه بالمبدأ ذهب الى الاول فى لك و الزوضه و صرح السيد الاستاد بانه لازم لكل من جعل العله المسوغه للبيع قصد الانتفاع و ان النفع اعم من الحاصل و المتوقع و لكنه اختار الثانى و هو الاقرب للعمومات المانعه من بيع الكلب خرج منها كلب بيع الصيد بالنصوص و الفتاوى و لا دليل على خروج محلّ البحث منها فيبقى مندرجا تحتها لا يقال هو كلب الصيد حقيقه لأن كلب الصيد مركب اضافى و هذا المركب الاضافى صار فى العرف حقيقه فيما يعم محلّ البحث فيندرج تحت العمومات الداله على جواز بيع كلب الصيد من النصوص و الفتاوى و الاصل عدم التخصيص لأننا نقول كلب الصيد لغه بحسب الوضع النوعى موضوع لما لا يعم محلّ البحث و هو الموصوف بالمبدأ و لم يثبت نقله فى العرف العام الى المعنى الاعم فالاصل عدم النقل سلمناه و لكن نمنع تقدم العرف على اللغه سلمناه و لكن المتبادر من هذا اللفظ الموضوع للمفهوم الكلى الموصوف بالمبدأ بالفعل كما فى اكثر الالفاظ الداله على اتصاف الذات بصفه سلمنا عدم التبادر و لكن يدفع ذلك لما ذكره السيد الاستاد من انّ ما دلّ على جواز بيع كلب الصيد معارض بما دلّ على تحريم ما ليس بصيد فان بينهما عموما من وجه و الترجيح للثانى لمطابقته للعمومات الداله على تحريم بيع الكلب مط و فيه نظر

### الرابع يجوز اجاره كلب الصيد كما يجوز بيعه

و قد صرح بذلك فى الخلاف و المبسوط و ب و كره و التحرير و المعالم و لهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه و قد صرح السيد الاستاد قدس سره بانه المعروف بين الاصحاب قائلا لا اعرف فى ذلك مخالفا و قد اشار الى ما ذكره فى ف بلفظ عندنا و منها ما صرح به السيد الاستاد من انه قد ثبت جواز بيعه و كل من قال بجواز بيعه من المسلمين قال بجواز اجارته فالقول بجواز بيعه دون اجارته خلاف اجماع الامه و قد اشار الى ما ذكره فى ف مصرحا بانّ ما صحّ بيعه صحّ اجارته بلا خلاف و قد اشار أيضا فى ط الى الكليه المذكوره لكن من غير اشاره الى دعوى الاتفاق و منها ما ذكره السيد الاستاد ق ره من انه حيوان مملوك ينتفع به نفعا محللاً- مقصودا مع بقاء عينه فيجوز اجارته لذلك لوجود المقتضى و انتفاء المانع من عقل و نقل و منها ما ذكره السيد الاستاد أيضا من انه قد يثبت بالنص و الاجماع جواز اعاره كلب الصيد و كلما يجوز اعارته يجوز اجارته باجماع العلماء كما حكاه الشيخ فى ف و قد اشار الى هذا الوجه فى كره أيضا و منها عموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و كما يجوز اجاره كلب الصيد فكذا يجوز اصداقه و الوصيه به و هبته معوضه و غير معوضه و الصلح عنه و به كما صرح به السيد الاستاد ق ره قائلا لا اعرف فيه مخالفا من الاصحاب و متمسكا بعد ذلك بالاصل الذى ادعى سلامته عن المعارض و صرح بجواز الثانى و الثالث فى كره و التحرير و كذا يجوز اعارته

و الاصداق و غيرهما بالنسبه الى الكلاب المنتفع بها ككلب الماشيه و الزرع و الحائط و الدار و غيرها او لا الاقرب الاول ان قلنا بجواز بيعها كما صرح به السيد الاستاد قاطعا به و اما على القول بالمنع كما هو المختار فصرح السيد

ص: ٢٧٨

الاستاد بانه ينبغي القطع بجواز اعارتها و الوصيه بها و باصداقها و هبتها من غير عوض مستدلا على الاولين بوجود المقتضى من دون مانع و على الاخيرين بثبوت الملك الذى هو شرط فيهما و ما ذكره فى غايه القوه لعموم قوله تعالى **أَوْفُوا بِالْعُقُودِ** و عموم الامر بلزوم العمل بالوصيه و عموم قوله (ص) الناس مسلطون على اموالهم و عموم قوله تعالى **خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعاً** و عموم قوله (ع) المؤمنون عند شروطهم و لا يعارض هذه العمومات قوله تعالى **وَ يُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْكَبَائِثَ** و قوله تعالى **وَ الرَّجْزَ فَاهْجُزْ لَأَنَّ الْمُتَبَادِرَ مِنْهُمَا غَيْرَ مَحَلِّ الْبَحْثِ كَالْأَكْلِ** فى الاول سلمنا افادتهما العموم و لكن التعارض بينهما و بين تلك العمومات من قبيل تعارض العمومين من وجه و من الظاهر ان الترجيح مع تلك العمومات لكثرتها و رجوع الاصحاب اليها فى ابواب المعاملات و اعتضاها بانّ الغالب فى الملك جواز التصرفات المذكوره و بعدم ورود المنع منها هنا فى التصوص و الفتاوى و بما دل على جواز اجارتها و هل يجوز هبتها بعوض او لا صرح السيد الاستاد ق ره بالثانى مستدلا بعموم النهى عن ثمن ما لا يصيد من الكلاب مدعيان ان الثمن لا يختص بالبيع لأنّ الثمن لغه قيمه الشىء و عوضه و استشهد على ذلك بعبارته الاساس و المصباح المنير و القاموس فان الاول صرح بان ثمنه بمعنى قومه و الثانى صرح بانّ الثمن العوض و الثالث صرح بانّ ثمن الشىء ما استحق به ذلك الشىء و هذه العبارات ظاهره فى ان الثمن لا يختص بالبيع و يؤيدها صحه تفسير الثمن فى العرف بالقيمه فيقال معنى ثمن الشىء قيمته و لذا يصح ان يقال صالحته على كذا فاعطيته ثمنه و وهبني الشىء الفلانى فعوضته بثمنه مع عدم صحه السيلب و قد يناقش فيما ذكر اولاً- بانّ الظاهر من كلام الجوهري اختصاص الثمن بالبيع فانه صرح بان الثمن ثمن المبيع الا ان يجاب بانّه معارض بما تقدم اليه الاشاره و هو اولى بالترجيح من وجوه عديده لا يخفى على انه صرح السيد الاستاد قدس سرّه بانّ الظاهر ان مراد الجوهري التشبيه دون الاختصاص و ثانياً بانّ لفظ الثمن و ان وضع للأعم من البيع الا ان اطلاقه ينصرف الى ثمن البيع لتبادره منه و ثالثاً بانّ التعارض بين العمومات المتقدمه الداله على جواز التصرفات المذكوره و العمومات الداله على انّ ثمن الكلب سحت من قبيل تعارض العمومين من وجه بعد تخصيص العمومات الاولى بغير البيع و من الظاهر انّ الترجيح معها و رابعاً بانّ الهبة المعوضه لا يشترط فيها اعطاء ثمن الموهوب فت فاذا الاحتمال الاول فى غايه القوه و لكن الثانى احوط و هل يجوز اجارتها او لا حكى السيد الاستاد عن الشرائع و لك و المهذب البارع الاول و اختاره العلامة فى ير و ابن قطن فى المعالم على ما حكى و هو الاقرب و صرح فى الخلاف و المبسوط و التذكرة لجواز اجاره كلب الماشيه و الزرع و زاد فى الاخير كلب الحائط و لهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه لان جماعه من محققى الاصحاب افتوا بجواز ذلك من غير اشاره الى اشكال و لا خلاف بل حكى عن لك نفى الاشكال و عن المهذب البارع نفى الخلاف فى ذلك و استظهره السيد الاستاد ق ره من الشيخ و العلماءه حيث نسبا الخلاف الى بعض الشافعيه فقط و منها عموم قوله تعالى **أَوْفُوا بِالْعُقُودِ** و **خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعاً** و قوله (ع) الناس مسلطون على اموالهم و المؤمنون عند شروطهم و منها ما تمسك به السيد الاستاد ق ره من انها اعيان مملوكة باقيه تتضمن منافع مقصوده محلله و ما كان كك فاجارته جائزه و ان لم يجز بيعه لأنّ تحريم البيع لا يستلزم تحريم الاجاره اذ قد يجوز الاجاره مع تحريم البيع كما فى اجاره الحرّ و الوقف و أم الولد لا- يقال الاجاره نوع من التكبسب



فتكون هنا محرمة لتحريم التكبس بالاعيان النجسه لأننا نقول هذا مدفوع اولا بما اجاب عنه السيد الاستاد ق ره من ان التكبس بالاعيان النجسه انما كان محرما لدلاله النص و الاجماع و الاجماع منتف هنا قطعا و النصوص انما تضمنت تحريم الثمن و هو عوض العين لا- مطلق العوض بشهاده العرف و قد اضيف فيها الى العين و الثمن المضاف الى العين انما يراد منه عوض الاعيان نفسها دون منافعها فعلى ما ذكره ق ره لا يمنع من اجارتها العمومات المصرحه بان ثمن ما عدا كلب الصيد سحت و ثانيا باننا لو سلمنا شمول العمومات الداله على حرمة التكبس بالاعيان النجسه لمحلّ البحث

فالجواب انه يجب تخصيصها فى محلّ البحث بما تقدم اليه الاشاره من ظهور الاتفاق على الجواز الذى هو اخصّ مط من تلك العمومات خصوصا مع فائده بدعوى نفى الاشكال و الخلاف و بالعمومات المتقدمه من الكتاب و الشئنه سواء كانت اخصّ من تلك العمومات مط و من وجه كما هو التحقيق بناء على خروج بيع الاعيان النجسه عدا بعضها منها اما على الاول فلما اتفق عليه محققو الاصوليين و الفقهاء من ان الخاص يوجب تخصيص العام و اما على الثانى فلان وجوه الترجيح مع هذه العمومات كما لا يخفى بل هى لو كانت اعم مطلقا من تلك العمومات لوجب العمل بها و لما جاز تخصيصها بتلك العمومات لاعتضادها بظهور الاتفاق الذى هو اعلى درجه من الشهره و قد تحقق عندنا ان العام اذا اعتضد بالشهره لم يجز تخصيصه بالاخصّ منه مط و صرح به بعض المحققين فاذا اعتضد بظهور الاتفاق كان اولى بان لا يخصّيه الخاصّ فت و هل الصلح يلحق بالبيع او لا صرح السيد الاستاد ق ره بانّه ان خلا عن العوض فكالهبه و العاريه و الافكاليه و الاجاره مط و ان كان عقدا مستقلا و هو فى غايه القوه

### السادس يجوز اقتناء الكلاب التى يتنفع بها للانتفاع

لوجوه منها الاصل و منها ان السيد الاستاد ق ره ادعى اجماع علماءنا عليه و منها انه ق ره ادعى دلالة الاخبار عليه و منها انه لو كان حراما لاشتهر بل و تواتر الاخبار به و بطلان التالى واضح و منها ان معظم المسلمين من زمن النبى (ص) و الائمه عليهم السلام جرت عادتهم باقتناء الكلاب للحراسه و لم ينكر عليهم الباقون فى هذه المده الطويله فكان ذلك اجماعا منهم على جواز ذلك و لكنّه مكروه كما صرح به السيد الاستاد محتجا بنجاستها و عسر التحرز عنها و بان الملائكه لا تدخل بيتا فيه كلب كما ورد فى النصوص و بجملة من الاخبار احدها خبر الحلبي عن ابى عبد الله (ع) قال يكره ان يكون فى دار الرجل المسلم الكلب و ثانيها خبر زراره عنه ما عن احد يتخذ كلبا الا نقص فى كل يوم من عمل صاحبه قيراط و ثالثها مضمرة سماعه الناهيه عن امسك الكلب فى الدار و صرح بان الكراهه تخف او تزول اذا كان كلب صيد و اغلق دونه بالروايه جراح المدائنى عن الصادق (ع) لا تمسك كلب الصيد فى الدار الا ان يكون بينك و بينه باب و يؤيدها مضمرة سماعه ثم نفى البعد عن طرد الحكم مع الاغلاق فى غير كلب الصيد

### السابع كلما يجوز اقتنائه من الكلاب يصح تملكه كغيره من الحيوانات

المنتفع بها و يحرم اتلافه و الجنايه عليه من غير المالك كما صرح به السيد الاستاد ق ره محتجا بما حكاه عن التذكرة و ديات المهذب البارع من دعوى الاجماع على ذلك و مصرحا بانّه لا ينافى ذلك تحريم

بيع ما عدا كلب الصيد لان جواز البيع ليس من لوازم الملك اذ من المملوك ما لا يجوز بيعه كالوقف و المكاتب و أم الولد فلا يلزم من تحريم البيع انتفاء الملك و لا جواز الاتلاف و الجنايه ثم صرح بأنه قد ورد في اكثر هذه الكلاب و بأنه مقدره

### منهل اختلف الاصحاب في جواز بيع الهره على قولين

#### الاول انه يجوز

و هو للنهائيه و التبرائر و الشرائع و النافع و التحرير و لف و عد و الايضاح و س و المحكى عن الصيمرى و الكركى و الفاضل الخراسانى

#### الثانى انه لا يجوز

و هو للمحكى عن المفيد ره للقول الاول وجوه منها انّ العلامة عزى جواز بيعه الى علماءنا و هو ظاهر فى دعوى الاجماع عليه كما يشعر به عباره النافع و يعضده الشّهره العظيمه الّتى لا يبعد معها دعوى شذوذ المخالف و منها انه حيوان طاهر ينتفع به و كلّما كان كك فالاصل جواز بيعه لعموم قوله تعالى أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَأَوْفُوا بِالْعُقُودِ و يؤيدهما قوله تعالى خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا وَأُحِلَّ لَكُمْ الطَّيِّبَاتُ\* و قوله (ص) المؤمنون عند شروطهم و الناس مسلّطون على اموالهم و منها خبر محمد بن مسلم الذى وصفه جماعه من الاصحاب بالصّحه عن ابى عبد الله (ع) قال و لا بأس بثمان الهره و منها فحوى ما دل على جواز بيع كلب الصّيد و على جواز بيع كلب الماشيه و الزرع و الحائط ان قلنا به و للقول الثّانى وجوه أيضا منها الاصل و يجاب عنه بعدم مقاومته لما مر و منها عموم النّبوى المرسل اذا حرّم الله شيئا حرم ثمنه و يجاب عنه اولا بضعف السّند من غير جابر و ثانيا بلزوم تخصيصه بما مر من الأدله على الجواز فانه ارجح من وجوه عديده و منها انه حيوان لا ينتفع به نفعا يعتد به بل يعد بذل الثمن سفاهه عرفا و عاده و كلّما كان كك فلا يجوز بيعه و يجاب عنه بانّ ذلك على الاطلاق غير مسلم بل قد ينتفع به نفعا يعتد به بحيث لا يعد بذل الثمن بازائه سفاهه فالاصل جواز البيع و منها انّ بيع ذلك لو كان جائزا لارتكبه المسلمون قديما و حديثا و المعروف منهم ترك ذلك بل لم ينقل عن احد منهم انه باع هرا و يجاب عنه اولا بالمنع من الملازمه و ثانيا بعدم صلاحيته لمعاوضه ما تقدّم من ادله الجواز فاذن المعتمد هو القول الاول

و

#### ينبغى التنبه على امرين

#### الاول حكى فى س عن القاضى القول بعدم جواز التصرف فى ثمن الهره بغير التصدق

و هو ضعيف مدفوع بالاصل و عموم قوله (ص) الناس مسلّطون على اموالهم و بالشذوذ و فحوى ما دل على جواز التصرف فى ثمن كلب الصّيد بغير التصدق

## الثاني كما يجوز بيع ذلك بجوز اجارته و الصلح عليه

و به و اصداقه و هبته و اعارته و الظاهر أنه ممّا لا خلاف فيه بين القائلين بجواز بيعه

### منهل يجوز بيع الفهد و السباع الطاهر

من غير الطيور كانت كالأسد و الذئب و النمر و من الطيور أمّا جواز بيع الفهد و سباع الطير فقد صار اليه كل من ذهب الى جواز بيع الهره و حكي أيضا عن المفيد المانع منه و لهم وجوه منها العمومات المتقدم اليها الاشاره و منها ظهور الاتفاق و منها صحيحه العيص قال سئلت ابا عبد الله (ع) عن الفهود و سباع الطير هل يلتمس التجاره فيها قال نعم و يعضدها روايتان احدهما روايه على بن جعفر عن اخيه (ع) المصرحه بجواز بيع جلود السباع و الاخرى مضمرة سماعه المصرحه بجواز الانتفاع بجلود السباع المذكات فان من جمله الانتفاع البيع و اما جواز بيع السباع الطاهره التي ليست من الطيور فقد صرح به في السرائر و النافع و الشرائع و التحرير و لك كما عن القاضي و التقي و القواعد و الايضاح و التنقيح و المحقق الثاني و الصيغرى و الفاضل الخراساني في الكفايه و ظ الاسكافي و حكي عن العماني و المفيد و الديلمي المنع من بيع السباع مط و عن المبسوط اباحه بيع الجميع الا ما لا ينتفع به كالسبع و الذئب و هما ضعيفتان بل المعتمد ما عليه الاكثر من جواز بيع جميع السباع و لهم وجوه منها العمومات المتقدمه و منها صحيحه العيص و روايتا علي بن جعفر و مضمرة سماعه و قد تقدمت و يؤيدها روايه ابى مخلد البراج عن الصادق (ع) المصرحه بنفى الباس عن بيع جلود النمر المدبوغه و منها تصريح الحلبي بنفى الخلاف في جواز بيع جلود السباع المذكات و يؤيده اشتهاره بين الاصحاب و منها فحوى ما دلّ على جواز بيع كلب الصيد لا يقال هي حيوانات لا ينتفع بها فلا يجوز بيعها لأننا نقول ذلك ممنوع حتى بالنسبه الى السبع و الذئب كما صرح به في الرياض اذ الانتفاع بها باعتبار جلودها و غيرها امر ظ فت و لا يقال قد ادعى الشيخ في ف الاجماع على عدم جواز بيع الذئب كما هو مختاره في النهايه و صار اليه المفيد و الديلمي لأننا نقول هو موهون بمصير الاكثر الى جواز بيعه فلا ينهض لمعارضه ما تقدم من ادله الجواز فاذا لا وجه للتوقف في جواز بيعها مط كما يظهر للعلامه في الارشاد و لا في جواز بيع بعض افراده كما يظهر من الدرّوس و يجوز صرف ثمنها في المطعم و المشرب خلافا للمحكي في س و غيره عن الاسكافي

### منهل اختلف الاصحاب في جواز بيع الفيل على قولين

#### الأول أنه يجوز

و هو للسرائر و الشرائع و التحرير و الارشاد و لف و س و الرياض و المحكي عن المبسوط و كره و عد و الايضاح و جامع المقاصد و الصيغرى و الكفايه

#### الثاني أنه لا يجوز

و هو للمحكي عن المقنعه و الاسكافي و العماني و الشيخ في يه و الخلاف و الديلمي في المراسم و القاضي للأولين وجوه منها العمومات المتقدمه و منها فحوى ما دلّ على جواز بيع كلب الصيد و الهره و السباع و الفهد و منها أنه حيوان طاهر ينتفع به

باعتبار عظمه و الرّكوب عليه و الحمل عليه و غير ذلك كما صرح به فى الرّياض و كلما كان كذلك فالاصل فيه جواز البيع و منها أنّه لو لم يجز بيعه لاشتهر بل تواتر و التّالى باطل و للآخرين وجوه أيضا منها الاصل و يجاب عنه باندفاعه بما مرّ و منها عموم النّبوى المرسل اذا حرّم الله شيئا حرّم ثمنه و يجاب عنه اولا بضعف السّند و ثانيا بعدم صلاحيته لمعارضه ما مرّ و منها دعوى الشّرخ فى ف الاجماع على عدم جواز بيعه و يؤيّده دعواه فى ظ الاجماع على عدم جواز بيع المسوخ بناء على كون الفيل منها و يجاب عنه بعدم صلاحيته لمعارضه ما مرّ أيضا فاذا المعتمد هو القول الأوّل و يجوز ان يتخذ من عظام الفيل الامشاط و المداهن و غير ذلك و يجوز ان يباع و يشتري لذلك و الحجه فى ذلك الاصل و سيره المسلمين و عدم ورود روايه بالمنع و دعوى الخلاف الاجماع على جواز التمشط بعظام الفيل و تصريح الحلّى بنفى الخلاف فى جواز استعمالها مداهنا و امشاطا و تمشط جملة من المعصومين (ع) بالعاج كما فى روايه عاصم و عبد الله بن سليمان و موسى بن بكر و غيرها و يؤيّدها ما عن الغزالي من أنّ فى الاخبار الصّحيحه انه كان للصادق (ع) مشط متخذ من عظم الفيل و ان قصعه رسول الله (ص) كانت مشعبه بشىء من العاج و عموم النّاس مسلّطون على اموالهم

و

### ينبغى التّنبه على امور

### الأوّل هل يجوز بيع سائر المسوخ او لا

صرّح بالثّانى فى النّهايه

ص: ٢٨٠

و الخلاف و الغنيه كما عن الاسكافى و المفيد و القاضى و لهم وجوه منها الاصل و منها تصريح الشّرخ فى الخلاف و المبسوط و ابن زهره فى الغنيه بدعوى الاجماع على ما صار اليه و منها عموم النّبوى المرسل اذا حرّم الله شيئا حرّم ثمنه و منها ما اشار اليه فى الرّياض من الخبر الوارد بالمنع عن البيع و الشّراء بالقرء مط منها أنّها حيوانات نجسه فيندرج تحت عموم ما دلّ على عدم جواز بيع الاعيان النّجسه و منها أنّه حيوانات لا ينتفع بها نفعا يعتد به عند العقلاء بحيث يعده بذل الثّمن بازائه سفاهه فيندرج تحت عموم ما دلّ على جواز ما لا منفعه فيه و قد يناقش فى جميع الوجوه المذكوره اما فى الأوّل فباندفاعه بالعمومات المتقدّمه المعتضده بفحوى ما دلّ على جواز بيع كلب الصّيد و بعدم اشتهاى المنع من بيعها روايه و اما الثّانى فيوهنه بما ادعاه فى الرّياض من مصير اكثر المتأخّرين فى جواز بيعها حيث ينتفع بها نفعا يعتدّ به و صار اليه أيضا فت على أنّه يحتمل ان يكون المراد اجماع القائلين بنجاسه المسوخ لا مط لأنّ الظاهر أنّ المدعى له مذهب الى نجاستها هذا و قد يدعى انصراف اطلاق دعوى الاجماع الى صورته عدم الانتفاع منها انتفاعا يعتدّ به كما هو الغالب و اما فى الثالث فبضعف السّند من غير جابر مع أنّ التّعارض بينه و بين العمومات المتقدّمه من قبيل تعارض العموميين من وجه كما لا يخفى و من الظاهر أنّ التّرجيح مع تلك العمومات فت و اما فى الرابع فبضعف السّند و عدم الصّلاحيه لمعارضه تلك العمومات و ان صحّ السّند لقوه احتمال انصراف اطلاقه الى صورته عدم الانتفاع فى الرّياض و حمله عليها تاره و على الكراهه اخرى و امّا فى الخامس فبالمنع منه بل هى حيوانات طاهره و اما فى

السَّيِّدُ اسْتَدَسَ فَبِالْمَنْعِ مِنْهُ أَيْضًا بَلْ قَدْ يَنْتَفِعُ مِنْهَا نَفْعًا يَعْتَدُّ بِهِ عِنْدَ الْعُقَلَاءِ كَمَا أَشَارَ إِلَيْهِ فِي الرِّيَاضِ فَالْحَكْمُ بِجَوَازِ بَيْعِهَا حَ فِي غَايَةِ الْقُوَّةِ وَ لَكِنْ الْأَحْوَابُ هُوَ الْمَنْعُ مَطَّ

### **الثاني صرح في النهايه بأنه لا يجوز بيع المارماهى و كل سمك لا يحل اكله**

و فيه نظر بل الاقرب الجواز حيث ينتفع من ذلك نفعاً يعتدُّ به

### **الثالث صرح في الخلاف بالمنع من بيع الدب و الثعلب و الارنب**

مدعيًا عليه الاجماع و فيه نظر بل احتمال الجواز حيث ينتفع منها نفعاً يعتدُّ به في غايه القوه و لكن المنع احوط

### **الرابع صرح في المبسوط بعدم جواز اجاره المسوخ**

و الانتفاع بها و اقتنائها مدعيًا على جميع ذلك الاجماع و فيه نظر بل الاقرب جواز الجميع حيث يترتب عليها نفع يعتدُّ به للأصل و عدم اشتهاار المنع منها نصًّا و فتوى مع توفر الدواعى عليه و سيره شطر عظيم من المسلمين من حيث اقتنائهم للفيال و القرده و الانتفاع بهما و فحوى ما دلَّ على جواز اقتناء الكلاب النَّافِعَةَ و اجارتها و فحوى ما دلَّ على صحَّه ببيعها ح و عموم ما دلَّ على صحَّه الاجاره من نحو قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ

### **منهل اختلف الاصحاب في جواز بيع عذره الانسان على قولين**

#### **الاول انه لا يجوز**

و هو للمحكى عن الخلاف و الغنيه و التذكرة و المنتهى و نهايه الاحكام و اختاره الشَّهيدُ الثَّانِي فِي لَكَ وَ كَذَا السَّيِّدُ الاسْتادُ فِي بَعْضِ مَصْنَفَاتِهِ مَدْعِيًا أَنَّهُ الْمَعْرُوفُ بَيْنَ الْأَصْحَابِ

#### **الثاني انه يجوز**

و هو لظ مجمع الفائده و الكفايه و المفاتيح بل ربما يستفاد من الكليني في الكافي حيث نقل روايه محمد بن مضارب المصرحه بجواز ذلك و يستفاد من الاولين اختصاص الجواز بصوره تحقق الانتفاع المعتدُّ به عند العقلاء للأولين وجوه منها اصاله الفساد و منها تصريح العلامة في نهايه الاحكام بدعوى الاجماع على حرمه بيع العذره و سراجها و تصريحه في التذكرة كالشيخ في الخلاف بدعوى الاجماع على تحريم بيع السرجين النَّجَسِ وَ تَصْرِيحُ لَكَ بِأَنَّ ذَلِكَ مَوْضِعُ وفاق هذا و قد حكى عن الغنيه و المنتهى و حاشيه جدى المجلسى على يب دعوى الاجماع على ذلك كما هو ظ عباره المبسوط و بالجمله يدلُّ عليه الاجماعات المحكيه المعتضده بالشَّهره العظيمة التي لا يبعد معها دعوى شذوذ المخالف بل صرح به السَّيِّدُ الاسْتادُ بل ادعى عدم ظهور

الخلافة و منها عموم قوله تعالى يُحْرَمُ عَلَيْهِمُ الْحَبَائِثُ و منها عموم النبوى المرسل المنجبر بما تقدّم اليه الاشارة اذا حرّم الله شيئا حرم ثمنه و منها ما تمسك به السيد الاستاد ق ره من أنّها من الاعيان النّجسه بل من اخبث النّجاسات فلا يجوز بيعها و لا اكل ثمنها لعموم الاخبار و منها ما تمسك به ق ره أيضا من أنّ البيع مشروط بالملك و العذره غير مملوكة باتّفاق علماءنا و يؤيده ما ذكره أنّها لو كانت مملوكة للزم حفظها عن التّلف و ما جاز تضييعها و التّالى باطل فالمقدّم مثله اما الملازمه فلما دل على وجوب حفظ المال و عدم جواز تضييعه و اما بطلان التّالى فلان المعهود من سيره المسلمين قديما و حديثا عدم الالتزام بالحفظ و عدم التضييع فتأمّل و منها روايه يعقوب بن شعيب عن ابى عبد الله (ع) قال ثمن العذره من السيّحت و يؤيدها روايه القاضى نعمان المصرى فى دعائم الإسلام عن جعفر بن محمّد عن ابيه عن آباءه (ع) عن على (ع) أنّ رسول الله (ص) نهى عن بيع العذره و قال هى ميتة و ضعف سند الاولى بجهاله بعض روايتها و الثانية بالارسال لا- يقدح بما فى الاستدلال بهما لانجباره بفتوى الاصحاب كما صرّح به السيد الاستاد ق ره و زاد فادعى الانجبار بمطابقتها الاصول المسلمه و للآخرين وجوه أيضا منها ما تمسك به فى مجمع الفوائد و غيره من الاصل و فيه نظر ان اريد منه اصاله الصّحه لأنّ التحقيق الذى عليه المحقّقون أنّه اذا شكّ فى صّحه معامله و فسادها باعتبار احتمال توقفها على امر من جزء او شرط او دفع مانع فالاصل الفساد حتّى يثبت الصّحه و ان اريد منه اصاله اباحه نفس الفعل فهى متجهه و لكن الاباحه ليست محلّ النزاع و ان اوهمتاه جمله من العبارات بل محلّ النزاع نفس الصّحه سلّمنا و لكن كما أنّ الاصل اباحه الفعل كك الاصل فساده و بعد تسليم أنّه لا قائل بهما معا و ظهور الاجماع المركب يقع التّعارض و من الظاهر ان الثّانى اولى بالترجيح لاعتضاده بالاجماع المحكيه و الشّهره العظيمه سلّمنا عدم رجحانه و لكن لا- أقلّ من التّوقف فى التّرجيح و معه لا- يتجه التمسك بالاصل لهم فت و منها ما تمسك به بعض زياده على الاصل المتقدم من عموم قوله تعالى أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ و قد يناقش فيه بالمنع عن انصرافه الى محلّ البحث لندره بيع العذره سلّمنا العموم و لكن يجب تخصيصه بما تقدم اليه الاشارة من الاجماع المحكيه و الشّهره العظيمه لا يقال غايته الاطلاق و لا نسلم شموله لصوره الانتفاع من بيع العذره على وجه يعتدّ به عند العقلاء لندرته أيضا لأنّنا نقول الظاهر أنّه اريد من الاطلاق هنا العموم و ذلك امّا للمنوع من ندره ذلك او لان الاصحاب لو ارادوا من الاطلاق صورته خاصّه لتبهاوا عليها و لو كانت من الافراد الشّائعه لأنّنه المعلوم من طريقتهم و المعروف من سجيتهم او لغير ذلك من الشواهد الدّاله على ارادتهم العموم فاذن يتجه ان يدعى تخصيص جمله من العمومات بذلك الاطلاق منها قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ

ص: ٢٨١

و خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعاً وَإِلَّا أَنْ تَكُونَ بِيَارَةً عَنْ تَرَاضٍ و غير ذلك و منها خبر محمّد بن مضارب عن ابى عبد الله (ع) قال لا- باس ببيع العذره و فيه نظر اما اولاً- فلأنّ الرّوايه ضعيفه السيّد بجهاله الرّوايه على ما صرّح به السيّد الاستاد و اما ثانيا فلقصور دلالتها لإمكان حملها على عذره مأكول اللحم و قد صرّح بالحمل عليه السيّد الاستاد معلّلا بأنّ فيه جمعا بين الادلّه و مستشهدا على ذلك بما رواه عن الشّيخ فى الكتابين عن صفوان الذى ادعى فى حقه اجماع العصابه على تصحيح ما يصحّ عنه مسمع بن مسمع الذى استظهر قدس سرّه أنّه مسمع ابن عبد الملك الثقه عن سماعة بن مهران قال سئل رجل ابا عبد الله و انا حاضر فقال انى رجل ابيع العذره فما تقول قال حرام بيعها و ثمنها و قال لا باس ببيع العذره فانه صريح فى ان العذره منها ما يجوز بيعه و منها ما لا يجوز و الا لزم التناقض بين جزئى الحديث فيتعين الامر على ما ذكر و قد اشار اليه أيضا الشّيخ فى كتابى الحديث و قد يناقش فيما ذكر بانه انما يتم على تقدير كون لفظ العذره يعمّ وضعا جميع ارواث الحيوانات الماكوله اللحم و اما

على تقدير اختصاص بروث الانسان امّا لوضعه له كما هو الظاهر او لانصراف الاطلاق اليه فلا بل يجب الجمع بين الاخبار المختلفه بالحمل على الكراهه لصراحه المجوّز منها فى الجواز و ظهوره فى نفى المرجوحه و صراحه المانع منها فى المرجوحه و ظهوره فى عدم الجواز فيلزم دفع كل منهما تصريح الاخر فيتعيّن اراده الكراهه بل هذا الحمل اولى من الحمل المتقدم اليه الاشاره على تقدير الوضع لما يعمّ جميع ارواث الحيوانات لأنّ المحذور اللّازم من الحمل المتقدم كما لا يخفى سلّمنا و لكن لا أقل من المساوات فلا وجه لترجيح الحمل المتقدم الا ان يرجح باعتضاده بالشّهه العظيمه و غيرها من ادلّه المانع مع ان حمل لفظ الحرام على الكراهه فى غايه البعد و يستلزم التخصيص بما ينتفع به و تخصيص ما يدلّ على المنع من بيع العذره فت و هذا المرجح يقتضى ترجيح الاخبار المانع على المجوّزه على تقدير كون لفظ العذره موضوعا لفضله الانسان فلا اشكال فى نهوض الاخبار المانع لإثبات القول الاوّل و لزوم عدم الاعتناء بالاخبار المجوّزه هنا فيطرح او يؤل بما يرتفع معه المنافات مع الاخبار المانع فت لا- يقال اطلاق الاخبار المانع لا ينصرف الى صوره الانتفاع من العذره لندرتهما فيبقى العمومات الدّاله على جواز بيعها ح سليمه عن المعارض لأنّنا نقول لا نسلم ندره هذه الصّوره بحيث لا ينصرف اليها الاطلاق مع أنّ فى صوره عدم الانتفاع لا نحتاج الى التنصيص على منع البيع فلا يتّجه حمل المانع عليها فت و منها أنّ جواز بيع كلب الصّيد و الزّرع و الحائط و الماشيه يستلزم جواز البيع هنا و ذلك اما لقاعده القياس لطريق الاولى او لقاعده تنقيح المناط لان تجويز بيع الكلاب المذكوره انما هو باعتبار حصول النفع المعتدّ به و هذه العله موجوده هنا أيضا فيجرى فيه الحكم و فيه نظر للمنع من القاعدتين هنا لأنّ الاولويه غير مفهومه و العله غير معلومه و الظنّ بها على تقدير تسليمه غير معتبر لما ثبت عندنا من عدم حجّيه الظن المستفاد من القياس المستنبط العله سلّمنا و لكن ادلّه المانع اولى بالترجيح كما لا يخفى و منها أنّ بيع العذره قد شاع فى بلاد المسلمين و لم يظهر منهم انكاره و لو كان ممنوعا منه لما امسكوا عن النكير و قد اشار الى ما ذكر فى مجمع الفائده و فيه نظر اما اولا فللمنع من شيوع ذلك فى بلاد المسلمين بل لا نسلم شيوعه فى بلد من بلادهم و فعل جماعه منهم لا يكون حجّه خصوصا اذا كان من العوام الذين لا- معرفه لهم بالشّرائع و الاحكام و اما ثانيا فللمنع من عدم الانكار و عدم العلم به لا يستلزم عدمه مع أنّ الظاهر وجوده سلّمنا عدم الانكار و لكن لا نسلم دلّالته على الرّضا هنا لاحتمال استناد بيع ذلك الى وجه معتبر شرعا و لو كان بتقليد من يجوز بيعه سلّمنا الدّلاله و لكنّها ظنّيه لا قطعيه فلا تصلح لمعارضه ادلّه المانع كما لا يخفى فاذن المعتمد هو القول الاوّل مع انه احوط أيضا

و

**ينبغى التنبيه على امرين**

**الاوّلين بلحق بالعذره كل سرجين و روث نجس**

من سائر الحيوانات الغير الماكوله اللّحم و صرّح الشّيخ الاستاد ق ره بانه يلوح من كلام الشّيخ فى صا اختصاص التحريم بعذره الانسان حيث حمل حديث الجواز على غيرها من العذرات و هو على تقدير تسليمه قول ضعيف لدعوى الاجماع و الاتّفاق على عدم جواز بيع السّرجين النّجس فى التّذكره و لك و المحكى عن الخلاف و الغنيه و المنتهى و حاشيه جدى التقى المجلسى على يب و ربما يظهر من المبسوط أيضا و يعضد ذلك الشّهه الّتى لا يبعد معها دعوى شذوذ المخالف ان وجد و كذا يعضده

أكثر الوجوه الدالة على عدم جواز بيع العذرة لشمولها لمحَلّ البحث على أنّ عدم جواز بيع العذرة يستلزم عدم جواز بيع المفروض بطريق الأولى لان النفع الحاصل منه أقل من النفع الحاصل منها بل لا نفع فيه فيشملة عموم ما دل على عدم جواز بيع ما لا منفعه فيه

### الثالث هل يلحق بالبيع كل عقد ناقل للعين

فلا- يجوز هبه السرجين و الروث النجسين و لا- اصدافهما و لا- الصلح عليهما او لا- الاقرب الاوّل لظهور الاتفاق عليه فلبعض العمومات المتقدمه و هل يجوز قيمتهما و التصرف فيهما بغير الناقل كإصلاح الزرع و صنع الجلود و نحو ذلك او لا الاقرب الاوّل للأصل المؤيد بما ادعى في مجمع الفائده من الانتفاع بالعذرة و حفظهما في بلاد الإسلام من غير نكير و هل لمن خرجا منه او ممن مملوكه من الانسان او الحيوان او حازهما منع الغير من التصرف فيهما كما يمنع المالك من التصرف في ملكه او لا لم اجد احدا تعرض لهذه المسأله و الاصل يقتضى الثاني فينبغى المصير لسلامته عن المعارض

### منهل هل يجوز بيع روث مأكول اللحم كالإبل و الغنم و البقر و غيرها او لا

اختلف الاصحاب فى ذلك على قولين الاول انه يجوز و هو للمرتضى و الخلاف و المبسوط و يب و صا و ثر و التحرير و لف و المنتهى و نهايه الاحكام و النزاهه و س و عد و التنقيح و جامع المقاصد و لك و التلخيص للصيمرى و مجمع الفائده و الكفايه و الرياض و بعض مؤلفات السيد الاستاد و فى الرياض صرح فيه بانه مذهب عامه المتأخرين الثانى انه لا يجوز و هو المحكى فى لف و التنقيح و غيرهما عن المفيد و الديلمى للأولين وجوه منها ما تمسك به فى المنتهى و نهايه الاحكام و جامع المقاصد و لك و الكفايه و غيرها من انه ط يجوز الانتفاع به على وجه لا يعد بذل الثمن بازائه سفاهه و كلما كان كك فالاصل جواز بيعه و شراءه اما انه طاهر فلان روث مأكول اللحم طاهر كما حقق فى محل اخر و اما انه

ص: ٢٨٢

ينتفع به فلأنه يصلح به الزرع و يوقد به للطبخ و غيره و يستفاد منه غير ذلك و امّا انّ الاصل فى كل ما تنتفع به جواز البيع فلظهور الاتفاق عليه و لعموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و قوله تعالى إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ و قوله الناس مسلطون على اموالهم و قوله المؤمنون عند شروطهم و غير ذلك و لان غالب افراد ذلك جواز البيع فكك محلّ البحث عملا بالاستقراء لا يقال لا نسلم ان كل افراد المفروض ممّا ينتفع به فان بعضها لا ينتفع به فلا يجوز بيعه فلا يجوز بيع الجميع لعدم القائل بالفصل لأننا نقول لا نسلم ان ما لا ينتفع به من محلّ البحث فالاجماع المركب ممنوع سلّمنا اندراجه تحت محلّ البحث و لكن يعارض ذلك بانه اذا جاز بيع المنتفع به جاز مط لعدم القائل بالفصل و من الظاهر انّ الترجيح مع هذا فت و منها فحوى ما دل على جواز بيع كلب الصيد و الماشيه و الحائط و الزرع و منها ما تمسك به السيد الاستاد من تظاهر المسلمين فى الاعصار ببيع المفروض من غير نكير و لا خلاف ط و يعضده امران احدهما ما حكى عن المرتضى من دعوى الاجماع على جواز التكبسب به و ثانيهما الشهره العظيمه التى لا يبعد معها دعوى شذوذ المخالف بل قد يمنع من المخالفه فانّ المفيد و الديلمى لم يذكر اشياء يدل عليها سوى تصريحهما ببيع العذرة من غير تقييد بطهارتها و نجاستها و هو انما يدل على المخالفه على تقدير كون لفظ العذرة



موضوعاً للأعم من فضله الانسان و عدم تبادلها من الاطلاق كما يظهر من جماعه منهم العلامه فى لف و اما على تقدير وضعه لفضله الانسان كما هو التحقيق و اشار اليه لسيد الاستاد مدعيان الظاهر اختصاص العذره بفضله الانسان عرفا بل و لغه أيضا فلا دلالة لكلامهما على المخالفه قطعاً و كذا لا دلالة له عليها ان قلنا بالوضع للأعم و ظهور فضله الانسان من الاطلاق هذا و قد ادعى السيد الاستاد ق ره وجود القرينه على اراده فضله الانسان من اطلاق العذره فيحمل عليها و ان قلنا بعمومها وضعاً و منها ما تمسك به السيد الاستاد ق ره و والدى العلامه من خبر سماعه الذى وصفاه كالعلامه فى لف بالموثقيه و قد تقدم اليه الاشاره فى المسأله السابقيه و الوجه فى الدلالة ما ذكره الاول من أنه ليس المراد بالعذره التى يجوز بيعها عذره الانسان و لا غيره من الحيوانات الغير الماكوله اللحم لأن بيعها محرم بالإجماع فتعين حملها على عذرات مأكول اللحم جمعا بين الأدله و دفعا للتناقض فى الحديث الواحد و لو ثبت حمل اللفظ على ظ ثبت المدعى لان جواز بيع العذره التى هو من الاعيان النجسه يقتضى جواز بيع الارواث الطاهره بطريق اولى و للآخرين وجوه أيضا منها الاصل و يجب عنه بعدم صلاحيته لمعارضه ما تقدم و منها ان المفروض خبيث فلا يجوز بيعه اما الاول فظ و اما الثانى فلعوم قوله تعالى وَ يُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثَ اذ ليس المقصود تحريم العين لامتناعه فالمراد تحريم الانتفاع بها لأنه اقرب المجازات و هو و ان كان متعددا الا ان الاصل اضرار الجميع و يجب عنه اولا بان المتبادر منه تحريم الاكل فينصرف اليه الاطلاق فلا يشمل البيع الذى هو محل البحث و ثانيا بأنه معارض بالعمومات المتقدمه تعارض العمومين من وجه و من الظاهر ان الترجيح مع تلك العمومات من وجوه عديده و منها ان الارواث محرمه و ان كانت طاهره لاستخباثها و للتصوص المستفيضه الداله على تحريم الفرث من الذبيحه المحلله و ظ قوله تعالى نُسِئْتُمْ بِمَمَّا فِي بُطُونِهِ مِنْ بَيْنِ فَرْثٍ وَ دَمٍ لَبَنًا خَالِصًا سَائِغًا لِلشَّارِبِينَ و اذا حرم الزوث حرم التكبس به للنبوى المتقدم ان الله اذا حرم شيئا حرم ثمنه الخير و خبر آخر لعن الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فباعوها و اكلوا اثماتها و يجب عنه اولا بان الروايتين ضعيفتان سندا من غير جابر فلا يصلحان للحجيه و ثانيا باحتمال ان يكون المراد فى الروايتين ان تحريم البيع يستلزم تحريم الثمن فيكون النهى دليلا على الفساد هنا الا ان المراد ان التحريم فى الجملة و لو باعتبار الاكل يقتضى تحريم الثمن فت و ثالثا ما ذكره السيد الاستاد ق ره على ان تحريم الاكل انما يقتضى تحريم التكسب به لو كان الشىء مأكولا مقصودا منه الاكل كاللحوم و الشحوم و نحوهما و الارواث ليست كك اذ الفائده المقصوده منها شىء اخر غير الاكل و ليس ذلك بمحرم و المحرم فيها و هو الاكل غير مقصود و معنى قوله اذا

حرم شيئا حرم ثمنه أنه اذا حرم الغايه المطلوبه من شىء حرم ثمنه فلا يتناول الارواث و رابعا بعدم صلاحيته معارضه الخبرين لأدله الجواز المتقدم اليها الاشاره فاذا القول الاول هو الاقرب

## منهل الابوال على ثلاثة اقسام

### منها ما هو نجس العين

و هو بول كل حيوان لا يؤكل لحمه شرعا و ان اكل عاده و يكون له نفس سائله كبول الانسان و السباع و المسوخ و غيرها

و

### منها ما هو طاهر شرعا

و من غير الابل كبول البقر و الغنم و غيرهما من الحيوانات الماكوله اللحم

و

### منها ما هو ظاهر

و من الابل اما الاول فلا اشكال و لا شبهه و لا خلاف على الظاهر فى عدم جواز بيعه و شرائه مط و قد صرح به فى المقنعه و النهايه و المراسم و ثر و يع و المنتهى و التحرير و نهايه الاحكام و الارشاد و غير ذلك من غير اشاره الى خلاف و لا اشكال بل ربما يظهر من نهايه الاحكام دعوى الاجماع عليه و يدل عليه مضافا الى ما ذكر الاصل و ما ادّعه السيد المرتضى من الاجماع على التلازم بين حرمة الشرب و حرمة البيع و ما دلّ على عدم جواز بيع الاعيان التجسه و ما دلّ على عدم جواز بيع ما لا منفعه فيه و النبوى اذا حرّم الله شيئا حرّم ثمنه و ما صرح به فيما حكى عن كشف الرموز من عموم الروايات بالمنع من التصرف فى البوال و اتفاق المسلمين قديما و حديثا على الظاهر على ترك بيعه و شرائه و قيمته و مراعات احكام الملك فيه و فحوى ما دل على عدم جواز بيعه بعض اصحاب البول كالكلب فى الجملة و الخنزير و السباع و المسوخ ان قلنا بعدم جواز بيعها و اما الثانى فقد اختلف الاصحاب فى جواز بيعه و شرائه على قولين الاول انه لا يجوز بيع ذلك و هو للمقنعه و المراسم و نهايه الاحكام و كره و عد و الارشاد و التزهة و بعض مؤلفات السيد الاستاد ق ره و حكاة فى كشف الرموز عن الشيخين و سلا و اتباعهم و فى ثر كما عن جماعه عن النهايه و الظاهر صحه هذه النسبه و ان تامل فيها السيد الاستاد ق ره الثانى انه يجوز بيع ذلك و هو لصريح السرائر و المنتهى و س و كشف الرموز و جامع المقاصد و لك و الكفايه و حكاة فى المنتهى و التحرير و كشف الرموز عن السيد المرتضى و زاد الثالث فحكاة عن المتأخرين و فى بعض مؤلفات السيد الاستاد ق ره عن الشيخ و حاشيه يع للمحقق الثانى و الروضه و مجمع الفائده و فى س عن الخلاف و المبسوط للأولين و جوه منها الاصل و منها ما تمسك به السيد الاستاد ق ره من انه لو جاز بيعها لكان للانتفاع بها فى الشرب لكن شرب البوال

ص: ٢٨٣

محرم فيحرم البيع تبعا لها اما الاولى فلأن الانتفاع بغير الشرب نادر لا يعتدّ به و لا يصحّ البيع لأجله كما فى فضلات الانسان و رطوباته و اما الثانية فلان البوال من الخبائث و هى محرّمه بنص الكتاب و لو منع استخبات بول البقر و الغنم و نحوهما فلا ريب فى أنّ ابوال الدّواب مستخبته محرّمه و كذا ما لا- نفس له من الحيوانات الغير الماكوله اللحم و تحريم بيعها يستلزم تحريم بيع غيرها من البوال لعدم القول بالفصل و قد يناقش فيما ذكره بالمنع من المقدمتين اما الاولى فلظهور أنّ الانتفاع بالشرب اندر من الانتفاع بغيره و امّا الثانية فللمنع من خبائثه جميع الافراد و الاجماع المركب معارض بمثله لأنّ ما ليس بخبيث منها يلزم الحكم بجواز بيعه عملا- بمقتضى الاصل السالم عن المعارض فاذا جاز هذا جاز مط لعدم القائل بالفصل الا ان يجاب بانّ الاول اولى بالترجيح لأنه مثبت و هذا ناف و المثبت مقدم على النافى فت سلّمنا خبائثه الجميع و لكن الخبيث قد يسوغ استعماله أيضا فى الاكل و الشرب للضرورة فت و منها ما ذكره السيد الاستاد ق ره من أنّ الانتفاع بالبوال فى الشرب على تقدير اباحتها نفعا نادر غير ملتفت اليه العقلاء و لا معدود من المنافع عرفا لاعراض الناس عنه و عدم التفاتهم اليه و كذا الانتفاع بها فى غير الشرب فلا يصحّ بيعها للاجماع على اشتراط المنفعة فى البيع و المراد بها المنفعة الظاهره المقصوده من الشىء فى العاده و لا عبره بالمنفعة

التأديرة اذ لا- يخلو عنها شىء من الاشياء فلو كانت كافيه فى صحه البيع لبطل اشتراط النفع و لزم جواز بيع كل شىء و هو خلاف الاجماع و قد صرح بما ذكره فى نهايه الاحكام أيضا و قد يناقش فيه بان المنفعه المفروضه لا يقتصر عن منفعه كثيره من العقاقير و الأدوية فما وجه الفرق و منها ما ذكره السيد الاستاد ق ره أيضا من ان البيع مشروط بالملك و التمول و الابوال لا يعد فى العرف اموالا و لا يجرى عليها احكام الملك شرعا و الا لتحقق فيها الغصب و السرقة و لتعلق باتلافها الضمان كما فى غيرها من الاعيان المملوكه و معلوم ان من اتلف على غيره بول حمار او بقره لم يكن عاصيا و لا ظالما و لم يتوجه عليه الضمان بالمثل او القيمه و انتفاء اللانزم دليل انتفاء الملزوم و فيه نظر امّا اولا- فللمنع من جواز الرجوع الى العرف فى معرفه اتصاف الشىء بالملكيه و المائيه لأنهما من الاحكام الشرعيه الوضعيه التوقيفيه فلا تعرف الا بنقل من الشريعه كما فى سائر الاحكام الشرعيه التكليفيه و الوضعيه فلا معنى ح للرجوع الى العرف الذى ليس من شأنه الكشف عن الاحكام الشرعيه و الامور الدينيه و اما ثانيا فلان عدم جريان احكام الملك عليها عاده لا ينفى ملكيتها و الا لكان كل حقير كالهيه من الحنطه و الشعير و الدخن و غيرها غير مملوكه و هو باطل جدا و ان اريد انه لا يجرى عليها احكام الملك شرعا فهو اول الدعوى و مصادره على المدعى و اما ثالثا فلان الاصل فى الابوال ان يكون مملوكه لعموم قوله تعالى خَلَقَ لَكُمْ فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا بِنَاءِ عَلَى كَوْنِ اللَّامِ تَفِيدُ الْمَلِكِ و عموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ و غير ذلك و منها ما تمسك به السيد الاستاد ق ره من النص و هو الذى اشار اليه فى النهايه بقوله لا يجوز بيع الابوال الا بول الابل للاستشفاء فان هذا خبر لا فتوى للشيخ لان ابن ادريس صرح فى رده بان ذلك خبر اورده شيخنا ايرادا لا- اعتقادا و لأنه يستفاد من كلام الشيخ فى اوائل المبسوط انه انما ذكر فى النهايه المسائل المنصوصه دون غيرها و ان ما اورده فيها كله او اكثره متون الاخبار و الفاظها المنقوله من دون تغيير هذا و قد تقدم تصريح كشف الرموز بورود الروايات بالمنع من التصرف بالابوال و عدم ايراد المحدثين لهذه الاخبار فى كتب الحديث لا يدل على العدم اذ ليست كتبهم موضوعه على الاستقصاء و الا لوجد كل حديث فى كل كتاب و هو خلاف المشاهد و قد يناقش فيما ذكره اولا- بالمنع من كون كل ما فى النهايه روايه و لا نسلم نهوض ما ذكره الحلبي و الشيخ فى اوائل ط حجه لإثبات ذلك فتأمل و ثانيا بان مجرد ورود روايه على المنع لا يثبت بل يشترط فى حجتيه اخبار الآحاد تحقق شروطها و هو غير معلوم و بالجملة لا يجوز رفع اليد عن عمومات الكتاب و السنه بمجرد ما ذكر

خصوصا على القول بعدم جواز تخصيص الكتاب بخبر الواحد و منها ظهور عباره نهايه الاحكام فى دعوى الاجماع على المنع من بيع المفروض لأنه ادعى الاجماع على عدم جواز بيع العذره اولا ثم صرح بان البول كك و ان كان طاهرا فان الاصل فى التشبيه الاشتراك فى جميع الوجوه و منها هنا دعوى الاجماع و فيه نظر اما اولا فللمنع من الدلاله على دعوى الاجماع على المنع و ذلك اما للمنع من الاصل المذكور او لدلاله سوق العبارة على اراده التشبيه فى خصوص تحريم البيع لا- غير و اما ثانيا فلمعاوضته بمثله و سيأتى اليه اشاره و اما ثالثا فلو هنه بمصير من تقدم اليهم اشاره الى جواز بيع ذلك فت و للآخرين وجوه أيضا منها ما تمسك به السيد فيما حكى عنه من اصاله الاباحه و فيه نظر و منها عموم ما دل على جواز البيع و حليته و صحه العقود و لزوم الوفاء بالشروط و تسلط المالك على ملكه من الآيات و الاخبار و اجاب عنه السيد الاستاد ق ره بأنه مختص بما ذكر من الادله على المنع و فيه نظر فان تلك الادله مع ضعفها فى انفسها لا تصلح لمعارضه هذه العمومات من وجوه عديده فيلزم العمل بها كما عمل بها طائفه و منها ان العلامه فى المنتهى حكى عن السيد انه ادعى الاجماع على جواز بيع المفروض و الاجماع المنقول بخبر الواحد العدل حجه و ان وجد المخالف لا يقال يدفع هذا ما ذكره السيد الاستاد ق ره من انه ليس فى الانتصار الا نقل اجماع الاصحاب على اباحه شرب الابوال دون بيعها و لا تلازم بين الحكمين و لذا لم ينقل العلامه فى لف قوله

فى المكاسب و إنما اورده فى كتاب الأظعمه و الاشربه لأننا نقول العلامه لم يحك الاجماع عن الانتصار حتى يرد ما ذكر سلمنا و لكن عدم الوجدان فى الانتصار لا يدل على عدم وجوده فيه فت و منها فحوى ما دل على جواز بيع بول الابل و منها خبر عمار الساباطى الذى وصفه السيد الاستاد بالموثقيه عن ابى عبد الله (ع) قال كلما اكل لحمه فلا باس بما يخرج منه و يؤيده النبوى المرسل الذى ادعى السيد الاستاد ق ره انه مروى من طريق العامه و الخاصه لا- باس بيول ما اكل لحمه فان نفى البأس اذا لم يكن متعلقه المذكورا فى الكلام افاد العموم فى كلما يمكن فان حذف المتعلق يفيد العموم الا- ان يدعى تبادل الشرب من الاطلاق فت و منها ما حكى السيد الاستاد ق ره عن القائلين بالجواز الاحتجاج من أنها اعيان محلله يجوز شربها فيجوز بيعها أيضا تبعا للانتفاع و فيه نظر للمنع من المقدمتين اما الاولى فلأدله الداله على حرمه شربها من الكتاب و السنة و غيرها و اما الثانيه

ص: ٢٨٤

فلان استلزام جواز الشرب جواز البيع ليس عقليا و لا لغويا و لا شرعيا فلا وجه للحكم به الا ان يقال ان الغالب عدم الانفكاك فيلحق المشكوك فيه به و فيه نظر و قد صرح السيد الاستاد ق ره بالمنع من الملازمه المذكوره معللا بان من شروط البيع التملك و التمول و وجود المنفعه الظاهره و هى منتفیه فى ابوال فلا يجوز بيعها و ان كانت محلله كالقطره من الماء و الحبه من الحنطه و غيرها مما لا يتمول و لا يبذل فى مقابله المال و منها ما حكى السيد الاستاد عن القائلين بالجواز الاحتجاج أيضا من ان المانع من بيع ابوال ما لا- يوكل لحمه ليس ألما التجاسه و عدم الانتفاع و هذه اعيان طاهره ينتفع بها نفعا محللا فيجوز بيعها لوجود المقتضى مع انتفاء المانع و جوابه يعلم مما سبق و منها ما حكى السيد الاستاد عن القائلين بالجواز الاحتجاج به أيضا من أنه يجوز بيع الارواث للنص عليها فيجوز بيع الابوال لعدم القول بالفصل ثم اجاب عنه بظهور الفصل بين الابوال و الارواث بحسب الفتوى و الدليل بل الظاهر ان جواز بيع الارواث محل وفاق بين الاصحاب و نسبه المنع منه الى الشيخين و سلا ر غير ثابتة فلا- يلزم من جواز بيعها جواز بيع الابوال قطعا و المسأله محل اشكال و لكن القول الثاني فى غايه القوه الا أنه لا ينبغي ترك الاحتياط و على المختار فهل يشترط فى جواز بيعها اشتمالها على منفعه مقصوده او لا- بل يجوز مط صرح بالأول فى جامع المقاصد و لك و الكفايه و هو المعتمد و لعل اطلاق الجواز فى كلام الاكثر محمول عليه و اما الثالث فاختلف الاصحاب فى جواز بيعه على اقوال الاول أنه يجوز مط و هو للمحكى فى بعض مؤلفات السيد الاستاد ق ره عن ظ المفيد و سلا ر و العلامه فى الارشاد و المحقق الثاني و صريح القائلين و هو بجواز بيع ابوال مط كابن ادريس و المحقق و الشهيد و غيرهم على ما صرح به و اختاره هو هذا القول أيضا الثانى أنه يجوز مط و هو للمحكى فى المؤلف المذكور عن العلامه فى نهايه الاحكام و نجيب الدين فى التزه الثالث أنه يجوز للاستشفاء به عند الضروره لا غير و هو للمحكى فى المؤلف المذكور عن الشيخ فى النهايه و قول العلامه فى كره و عد الا بول الابل للاستشفاء يحتمله و الاول حيث ان الاستشفاء فى كلامه يحتمل كونه فيها للمستشفى و تعليلا للاستثناء الرابع أنه يجوز ان فرض له نفع مقصود و الا فلا و هو للمحكى فى المؤلف المذكور عن المسالك للقول الاول وجوه منها ان المحقق الثاني صرح فى جامع المقاصد بدعوى الاجماع على جواز بيع بول الابل و أطلق و الاجماع المنقول بخبر العدل حجه و منها ما تمسك به السيد الاستاد ق ره من ان ابوال الابل اعيان طاهره محلله ينتفع بها نفعا ظاهرا فيجوز بيعها لوجود المقتضى و انتفاء المانع اما الطاهره فموضع وفاق بين الاصحاب و اما الحليه فلكونها الاصل فى كل طاهر لم يثبت تحريمه شرعا و الاستخبات فى بول الابل ممنوع فان العرب لا تستخبثه بل تتداوى به و تشربه عند اعواز الماء و قلته و هم المرجع فى الفصل

بين الطيبات و الخبائث دون سائر الناس لأنهم المخاطبون بالقرآن و السائلون في قوله تعالى يَسْتَلُونَكَ مَا ظَا أِحْلَ لَهُمْ قُلْ أَحِلُّ لَكُمْ الطَّيِّبَاتُ و أما النفع ففي شربها في حال الاختيار او الاضطرار و التداوى بها في كثير من الامراض و قد ذكر الاطباء ان ابوال ابل تنفع من اورام الكبد و صلابه الطحال و من اليرقان و الزكم و المعال و انها تزيد في الباه شربا و تنفع من الربو و الاستشفاء نفعا بينا و قد روى ان قوما من العرب قدموا على النبي (ص) المدينة فانتفخت اجوافهم فبعثهم النبي (ص) الى لقاح الصيده ليشربوا من ابوالها و روى الكليني و الشيخ باسنادهما عن الجعفرى قال سمعت ابا الحسن موسى (ع) يقول ابوال ابل خير من البانها و يجعل الله عز و جل الشفاء في البانها و روى الكليني باسنادها عن نوح بن شعيب عن بعض اصحابه عن موسى بن عبد الله بن الحسن قال سمعت اشياخنا يقولون البان اللقاح شفاء من كل داء و عاهه و لصاحب البطن ابوالها و روى الحسين بن بسطام في طب الاثمه (ع) مسندا عن المفضل بن عمرو عن ابي عبد الله (ع) انه شكى اليه الربو الشديد فقال له اشرب اللقاح قال فشربت ذلك فمسخ الله دائي و ظ هذه الاخبار جواز شرب ابوال

الابل في الاختيار و الاضطرار و يلوح منها انها كانت تشرب كالالبان و لا تستخبث و المشروب المحلل يجوز بيعه قطعا و منها كثير من الوجوه المتقدمه الداله على جواز بيع بول الابل و للقول الثاني ما ذكره في نهايه الاحكام من استخبث ذلك و ان انتفع به في شربه للدواء لأنه منفعه جزئيه نادره فلا يعتد بها اذ كل شىء يفرض من المحرمات لا يخ عن منفعه كالخمر للتخليل و العذره للتسميد و الميته لأكل جوارح الطير و لم يعتبرها الشارع و فيه نظر للمنع من الاستخبث و عدم النفع و قلته لما تقدم اليه الاشاره سلمنا لكن قام الدليل على جواز بيعه فيخصص به عموم ما دل على المنع من بيع الخبيث و عدم النفع قليله و للقول الثالث وجوه منها ان الاصل في ابوال التحريم للاستخبث فيجب الاقتصار فيما خالفه على المتيقن و هو الشرب حال الضروره و اجيب عنه بمنع المخالفه للأصل و جواز الخروج عنه بمقتضى النص و منها عباره النهايه التي عدت من التصوص و اجيب عنه لضعف السيد بالارسال و منها ما اشار اليه السيد الاستاد من تمسك الشيخ بموثقه العمار و هو ضعيف عن الصادق ع قال سئل عن بول البقر يشربه الرجل قال ان كان محتاجا اليه يتداوى به شربه و كك بول الابل و الغنم و اجيب عنه اولا بالقصور عن افاده المدعى و اثبات اختصاص الجواز بصوره الضروره و ثانيا بتضمنه ما لا يقول به الشيخ من اباحه ابوال البقر و الغنم و للقول الرابع الادله المتقدمه الداله على الجواز مع ما دل على المنع من بيع ما لا منفعه فيه و هذا القول عندى اقرب و لعل اطلاق المجوزين محمول عليه فت

**منهل المائعات النجسه التي لا تقبل الطهاره لا يجوز بيعها مط**

**اشاره**

و لو كان تنجسها بالعرض الا- الدهن لفائده الاستصباح اما الاول فلأصل و دعوى الاجماع عليه في الغنيه و المنتهى و قوله و الرُّجَزَ فَاهْجُرْ و قوله تعالى فَاجْتَنِبُوا الرِّجْسَ و قوله تعالى وَ يُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثَ و اما الثاني فلدعوى الاجماع عليه في الغنيه و السيرائر و المحكى عن الخلاف و ط و يؤيد ذلك امور منها تصريح المقدس الأردبيلي كما عن خالى المجلسى بنفى الخلاف فيه و منها العمومات الداله على صحه البيع و العقود و تسلط المالك على ملكه و لزوم الوفاء بالشروط و منها خبر معاويه بن وهب عن ابي عبد الله (ع) قال قلت له جرد مات في سمن او زيت او غسل فقال و اما السمن و العسل فيؤخذ الجرد و ما حوله و

أما

الزيت فيستصبح به و قال في بيع ذلك الزيت به و بينه لمن اشتراه ليستصبح به و هل يجب ان يستصبح به تحت السماء او لا بل يتخير بينه و بين الاستصبح تحت الظلال اختلف الاصحاب في ذلك على قولين الاول وجوب الاستصبح تحت السماء و هو للنهائيه و السرائر و الغنيه و الشرائع و فع و الارشاد و التحرير و اللمعه و س و المحكى عن المقنعه و الخلاف و المبسوط و كره و التنقيح و الصيمري و المحقق الثاني و في لك و ضه و المحكى عن غايه المرام و حواشى جدى المجلسى دعوى الشهره عليه الثاني التخيير بين الامرين و هو للعلامه في لف و الشهيد الثاني و المقدس الأردبيلي و المحكى عن الاسكافي و فخر الإسلام و الشيخ في موضع من ط و الفاضل الخراساني في الكفايه للأولين وجوه منها تصريح الحلى في السرائر بنفى الخلاف في حظر الاستصبح به تحت الظلال و بعدم مصير احد من الاصحاب الى جوازه و فيه نظر لأن ما ذكره في نفي الخلاف و قد تبين خلافه فلا يلتفت الى نقله مع عدم صراحته في ادعاء الاجماع فت و منها ما صرح به في المبسوط من انه روى اصحابنا انه يستصبح به تحت السماء دون السقف لا- يقال هذه روايه مرسله غير مسنده الى امام ع فلا يكون حججه لأننا نقول ضعف السند هنا منجبر بالشهره فتكون الروايه حججه مع ان الظاهر من قوله روى اصحابنا استفاضه الروايه فت و منها ان دخانه نجس فينجس ملاقيه من الشيقف و الجدران فيلزم تضييع ماله و هو غير جائز و فيه نظر للمنع من نجاسته كما في ضه و لك و المحكى عن السرائر للاستحاله سلمنا و لكن نمنع من ان تنجس الملك اضاعه له سلمنا و لكن نمنع من حرمة اضاعه المال مط و لو كان لتوقع نفع يقابلها سلمنا لكن نمنع من استلزام الاستصبح تحت الظلال التنجيس لجواز ان يكون الشققف عاليا في الغايه و للآخرين الاصل و اطلاق الامر بالاستصبح و الاسراج في صحيحه زراره و صحيحه الحلبي و خبر معاويه بن وهب و خبر سعيد الاعرج عن الصادقين عليهما السلام و المسأله محل اشكال و لكن القول الاول في غايه القوه مع انه احوط و

**ينبغي التنبيه على امرين**

**الاول هل يجوز ان ينتفع بذلك في غير الاستصبح**

كأن يطلى به الدواب او الاجرب او لا يظهر من المحقق الثاني في حاشيه الارشاد و الشهيد الثاني في بعض حواشيه و المقدس الأردبيلي في مجمع الفائده الاول و حكى عن صاحبي الكفايه و البحار تقويته و الظاهر ان الاكثر على الثاني للأولين وجوه منها ما تمسك به في مجمع الفائده من الاصل و الاستصحاب السليمين عن المعارض و ان عدم استعماله و احراقه اسراف حرام و انه لم يخرج بذلك عن الملكيه فالاصل فيه جواز جميع التصرفات التي لم يثبت من الشريعة المنع منها لعموم قوله (ع) الناس مسلطون على اموالهم و منها المروى عن نوادر الراوندى باسناده عن موسى بن جعفر عليهما السلام و فيه به ممن يعمله صابونا و للآخرين وجوه أيضا منها عموم قوله تعالى وَ يُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْكَبَائِثَ و قوله تعالى وَ الرَّجْزَ فَاهْجُرُوْا و منها الامر بالاستصبح في جملة من الاخبار احدها صحيحه زراره عن ابي جعفر (ع) قال اذا وقعت الفاره في السمن فماتت فان كان جامدا فالقيها و ما يليها و كل ما بقى و ان كان ذائبا فلا تاكله و استصبح و الزيت مثل ذلك و ثانيها صحيحه الحلبي قال سئلت ابا عبد الله (ع) عن الفاره و الدابه تقع في الطعام و الشراب فيموت فيه فقال ان كان سمنا او عسلا او زيتا فانه ربما نقص هذا فان كان في الشتاء فانزع ما حوله و كله و ان كان الصيف فارفعه حتى يسرج به و ثالثها خبر سعد الاعرج قال سئلت ابا عبد الله (ع) عن الفاره

تموت في الزيت فقال (ع) لا- تأكله و لكن اسرج به و رابعها خير معاويه بن وهب المتقدم لا يقال الامر في اخبار الائمه عليهم السلام ليس للوجوب لكثرة استعماله في التدب بحيث صار من المجازات الراجحه المساوي لاحتمال الحقيقه لأننا نقول ذلك ممنوع و ان توهمه جماعه و لا- يقال اطلاق الامر بالاسراج في تلك الاخبار محمول على الغالب من عدم امكان منفعه للدهن سوى الاسراج او على وجه التمثيل و قد اشار الى ذلك في مجمع الفائده لأننا نقول الغلبه بحيث توجب صرف الاطلاق عن ظاهره هنا غير معلومه و الحمل على التمثيل مجاز لا يصار اليه لا مع القرينه و هو هنا مفقود و المسأله محل اشكال الا ان القول الثاني في غايه القوه مع انه احوط فلا ينبغي تركه

### الثاني هل يختص جواز الاستصباح بالدهن المتنجس او لا

بل يعم ما هو نجس العين بالاصاله كالمأخوذ من آليات الميتة فيجوز الاستصباح بها أيضا صرح الاكثر و منهم المحقق في النافع بالأول لعموم قوله تعالى حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ\* و قوله تعالى وَ يُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثَ و قوله تعالى وَ الرَّجْزَ فَاهْتَجِرُوا مع اختصاص الاخبار المتقدمه الداله على جواز الاستصباح بالدهن المتنجس و ذهب المقدس الأردبيلي الى الثاني كما عن العلامة و الفاضل الخراساني للأصل و ما رواه الحلبي عن جامع البنزطي صاحب الرضا (ع) قال سألته عن الرجل يكون له الغنم يقطع من آلياتها و هي احياء يصلح ان ينتفع بما قطع قال نعم يذبيها و يسرج بها و لا يأكلها و لا يبيعه فت و رواه الحميري في قرب الاسناد عن عبد الله بن الحسن عن علي بن جعفر عن اخيه (ع) لا- يقال هذه الروايه اخص من المدعى لاختصاصها باليات من الحي لأننا نقول الظاهر انه لا قائل بالفرق و لا يقال يعارضها خير الكاهلي قال سئل ابا عبد الله (ع) و انا عنده عن قطع آليات الغنم فقال لا باس بقطعها اذا كنت تصلح مالك قال ان في كتاب علي (ع) ان ما قطع منها ميت لا ينتفع به لأننا نقول هذه الروايه لا تصلح للمعارضه لان الأول خاص بالنسبه الى هذا فيقدم الا ان يجاب عنه بضعفه سندا او اعتضاد المعارض له بفتوى الاكثر الواجب للترجيح و لو كان اعم دلاله و المسأله محل اشكال فلا ينبغي فيها ترك الاحتياط بل احتمال وجوبه في غايه القوه

### منهل عد في النافع مما يحرم بيعه الآلات المحرمه كالعود و الطبل و الزمر و هياكل العباده المبتدعه

كالصنم و الصليب و آلات القمار كالنرد و الشطرنج و قد حكى عليه ابن زهره و المقدس الأردبيلي كما عن المنتهى و نهايه المرام الاجماع و يؤيده وجوه منها جمله من الاخبار احدهما ما رواه في السيرائر عن جامع البنزطي عن ابي بصير عن مولانا الصادق ع قال بيع الشطرنج حرام و اكل ثمنه سحت و اتخاذها كفر و اللعب بها شرك و السلام على الملاهي بها كبيره و الخائض فيها يده كالخائض يده في لحم الخنزير و ثانيا صححه معمر بن خلاد عنه (ع) قال النرد و الشطرنج و الاربعه عشر بمنزله واحده و كلما قورم عليه فهو ميسر و ثالثها خبر عمرو بن حريث قال سئلت ابا عبد الله (ع) عن التوت ابيعه ليصنع الصليب و الصنم قال لا و رابعها الرضوى النرد اشر من الشطرنج فان اتخاذها كفر بالله العظيم و اللعب بها شرك و تقلبها كبيره موبقه و مثله صنعه الدفوف و اشباهه و عمل الخمر و المسكر و الآلات التي لا تصلح في شيء من المحللات فحرام عمله و تعلمه و لا يجوز و منها ما استدل به

بعض على المنع من بيع محل البحث من أن يبيع ما ذكر مستلزم للإعانة على الاثم فيكون حراما وفيه نظر و منها ما استدل به اخر على ذلك من ان ما دل على حرمة التصرف فيما يحصل من اللعب بالقمار يدل على ذلك وفيه نظر و هل يجوز بيع ما ذكر بقصد منفعه محلله او لا فيه اشكال من اطلاق الاكثر المنع من ذلك كالروايات المتقدمه و من امكان دعوى انصرافه الى الغالب و هو غير محل البحث فيبقى اصاله الصحه المستنده الى العمومات سليمه عن المعارض و لعله لذا صار بعض الى الجواز و هو في غايه القوه و جوز العلامه بيع ذلك مع زوال الصفه و استحسنه في لك للأصل و عدم الاثم و عن المحقق الثاني جواز بيعه صحيحا ليكسر اذا كان للمكسور قيمه و كان المشتري ممن يوثق للكسر للأصل

## القول في المتعاقدين

### منهل اختلف الاصحاب في صحه بيع المميز الذي لم يبلغ على اقوال

#### الاول انه لا يصح بيعه سواء كان صبيا أم صبيه

و سواء كان عاقلا رشيدا كالبالغ أم لا و سواء كان الصبي بالغاً عشر سنين أم لا و سواء كانت المعامله باذن الولي و اجازته أم لا و سواء كانت في الحقيق القليل أم الجليل الكثير و سواء كانت مشتمله على الايجاب و القبول اللفظيين أم كانت بطريق المعاطات و سواء كان الطرف المقابل له رشيدا أم لا و بالجمله لا يصح بيعه و شرائه مط حتى يبلغ فلو باع او اشترى كان فاسدا و لا تكون الاجازه من الولي او من نفسه بعد البلوغ مؤثره و هو للشرائع و النافع و عد و لف و التحرير و التبصره و شاد و اللمعه و س و غيرها و ادعى عليه الشهره في س و الكفايه

#### الثاني انه يصح بيع البالغ عشر سنين رشيدا

و كذا شرائه و هو للمحكي عن الشيخ

#### الثالث انه يصح بيع المميز الرشيد و شرائه

بل جميع معاملاته مط و لو كان له سبع سنين و هو لمجمع الفائده

#### الرابع انه يصح بيعه و شرائه فيما كان فيه بمنزله الآله لمن له الاهليه

اذا كان على لوجه المعتاد في امثال هذه الازمنه و هو لوالدى العلامه في الرياض للقول الاول وجوه منها الاصل و منها تصريح العلامه في التذكرة بدعوى الاجماع على كون الصغير سواء كان مميزا أم لا محجورا عليه في جميع تصرفاته الا ما استثني و ليس منه محل البحث و منها خبر حمزه بن حرمان عن حرمان عن الباقر (ع) ان الجارية اذا تزوجت و دخل بها و لها تسع سنين ذهب عنها اليتيم و دفع اليها و جاز امرها في الشراء و البيع و الغلام لا يجوز امره في البيع و الشراء و لا يخرج من اليتيم حتى تبلغ خمس عشر سنه و يحتلم او يشعر و ينبت قبل ذلك لا يقال هذه الروايه ضعيفه السند فلا يصح الاعتماد عليها و فيه نظر لأننا نقول ضعف السند هنا غير قادح لانجاره بالشهره العظيمه و يؤيد هذه الروايه خبرا عبد الله بن سنان عن الصادق (ع) في احدهما متى يجوز



امر اليتيم قال حتى يبلغ اشدّه قال و ما اشدّه قال احلامه و في ثانيهما اذا بلغ اشدّه ثلث عشر سنه و دخل في الاربعه عشر سنه جاز له كل شىء الا ان يكون ضعيفا او سفيفا و منها فحوى ما دل على عدم صحه معامله السفيفه او عموم لان اغلب الاطفال ليس لهم عقل معامله و اضعف من السفهاء و منها ما ذكره والدى العلامه ره من استلزام القول بالصحه حيث عقد الصبى على ماله فى او ايل المده المرخصه لبيعه عند القائل بها من دون الولى جواز التصرف فى مال اليتيم المتفق على المنع عنه نصا و فتوى او الضرر الكثير ان امرنا بالصبر الى اوان بلوغه و اجازته مع انه قد لا- يجيز هذا مع ان القائل بالصحه لا يقول بالصبر بل يحكم باللزوم حين صدور العقد فيه ما مر و اذا ثبت المنع فى هذه الصوره ثبت المنع مط بعدم القائل بالفرق فى باقى الصور و فيه نظر و منها لو جاز و صح بيع المفروض و شرائه لجاز دفع ماله اليه و التالى باطل فالمقدم مثله اما الملازمه فلان الحكمه فى عدم دفع المال اليه عدم صحه بيعه و الخوف من اتلافه فاذا صح بيعه ارتفع المانع من الدفع فيجوز و لأنه لا فائده فى الحكم بصحه البيع مع عدم جواز الدفع كما لا- يخفى و اما بطلان التالى فلقوله تعالى وَ ابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَقَوْلُ الْبَاقِر (ع) فى خبر ابى الجارود من كان فى يده مال بعض اليتامى فلا يجوز له ان يعطيه حتى يبلغ و يحتلم فاذا احتلم دفع اليه المال و خير عبد الله بن سنان قال قلت لأبى عبد الله (ع) متى يدفع الى الغلام ماله اذا بلغ و اونس منه رشدا و لم يكن سفيفا او ضعيفا و قد يناقش فى هذا الوجه بالمنع من الملازمه كما اشار اليه المقدس الأردبيلى و مع هذا و قد يناقش فى بطلان التالى أيضا فت و للقول الثانى وجوه منها العمومات الداله على حل البيع و وجوب الوفاء بالعقود و الشروط و تسلط المالك على ملكه لا يق هذه الاحكام التكليفية لا يتعلق بغير البالغ قطعاً فلا يكون مندرجا تحت هذه العمومات فتبقى اصاله الفساد سليمه عن المعارض لأننا نقول هذه الاحكام و ان لم تتعلق بالاطفال و لكنها تتعلق بالبالغين المعاملين معهم فاذا افادت العمومات المذكوره صحه معامله بالنسبه الى البالغين العاملين مع الاطفال افادت الصحه بالنسبه اليهم أيضا لعدم القائل بالفصل و الامتناع اتصاف عقد واحد بالصحه و الفساد من جهتين نعم قد يجاب عن العمومات المذكوره بوجوب تخصيصها بمال على القول الاول من النص و الاجماع المنقول هذا و لعل القائل بصحه البيع من ذى العشر يدعى ان العشر بلوغ فلا خلاف له فى هذا المقام فت و منها ما اشار اليه فى التحرير من روايه مرسله مصرحه بصحه بيعه اذا بلغ عشر سنين رشيدا و يجاب عنه بضعف السند من غير جابر فلا- يجوز الاعتماد عليه و منها ما ذكره فى مجمع الفائده من انه يجوز عتقه و وصيته و صدقته بالمعروف و غيرها من القربات كما هو ظ الروايات الكثيره فلا يبعد جواز بيعه و شرائه و سائر معاملاته اذا كان بصيرا مميزا رشيدا يعرف نفعه و ضرره بالمال و طريق الحفظ و التصرف كما كان نجده فى كثير من الصبيان فانه قد يوجد بينهم من هو اعظم من هذه الامور من آباءهم فلا مانع له من ايقاع العقد خصوصا مع اذن الولى او حضوره بعد تعيينه

التمن الا ان يقال قد لا يقصد لجهله او علمه بعدم عقابه و لكن ذلك قد يندفع من العلم بحاله و فيه انه ان اراد من ذلك تنقيح المناط فهو ممنوع لان المنقح للمناط اما الاجماع او العقل و كلاهما مفقودان فى المقام كما لا يخفى بل منع والدى العلامه ق ره صحه القياس هنا لوجود الفارق لتضمن الغرض تكاليف ليس الصغير محلها دون الامور المذكوره و ان اراد بالقياس بالطريق الاولى او المنصوص العله فهما ممنوعان أيضا و ان اراد بالاستقراء فلا نسلمه أيضا و بالجملة لا يمكن تقرير ما ذكره على وجه يصح الاحتجاج به الا ان يكون مراده التنظير و دفع الاستيحاش

لعدم تحقق الاجماع على المنع و قصور الآيات و الاخبار عن افادته و يؤيد ذلك صحه عتقه و وصيته و صدقته بالمعروف و فى جميع ما ذكره نظر اما ما ادعاه من دلالة الاصل و ظ الآيات و الاخبار على الجواز فللمنع منه بل الاصل مقتضى الفساد نعم ربما يمكن دعوى دلالة قوله تعالى **أَوْفُوا بِالْعُقُودِ** على الجواز بالتقريب الذى تقدم اليه الاشاره و لكن فيه اشكال و اما ما ادعاه من عدم المانع فوجوده و هو ادله القول الاول و من جملتها الاجماع المحكى فى التذكرة المعتضده بالشهره العظيمه التى لا يبعد معها بدعوى شذوذ المخالف لا يقال فى عباره التذكرة فى موضعين ما يشعر بوجود الخلاف فيحمل دعواه الاجماع على المنع على القضييه المهمله التى لا اشكال و لا خلاف فيها لأننا نقول لا نسلم دلالة عباره التذكرة فى مقامين على وجود مخالف سلمنا و لكن لعله من المخالفين فلا يقدح وجوده فى اجماعنا سلمنا انه من الاماميه و لكن مجرد مخالفه عالم امامى لا تمنع من الاجماع و لا- من العلم به بل قد يتحققان مع مخالفه جماعه كثيره من الاماميه فلا وجه لرفع اليد عن ظ عباره التذكرة المفيد لدعوى الاجماع على المنع مط لا- فى الجملة و للقول الرابع ما تمسك به فى الرياض من تداول معامله الاطفال الصغار فى الاعصار و الامصار السابقه و اللاحقه من غير تكبير بحيث يعد مثل ذلك اجماعا من المسلمين كافه لكن لا مط بل فى امور معروفه و فيه نظر اما اولا فللمنع من تداول ذلك فى جميع الاعصار و الامصار بحيث يحصل منع العلم بالاجماع و اما ثانيا فلان فعل العوام لا يفيد شيئا و لا يكون حجه و عدم الانكار من جميع العلماء غير معلوم و عدم انكار كثير منهم لو سلم لعله مبنى على اصاله حمل فعل المسلم على الصحه لوجود القول بتحقيق البلوغ بالبلوغ اثنى عشر سنه او احتمالهم لذلك و من الظاهر ان الغالب فى الاطفال الذين يقع معهم معامله بلوغهم اثنى عشر سنه او احتمالهم لذلك و مع هذا فقد يحتمل عدم الانكار وجوها اخر فكيف يدعى دلالاته على اعتقاد الصحه و اما ثالثا فلعدم صلاحيه ما ذكر لمعارضه الاجماع المنقول المعتضد بالشهره العظيمه التى لا يبعد معها دعوى شذوذ المخالف الذى لم يوجد له موافق لا- من المتقدمين و لا- من المتأخرين و المسأله لا يخ عن اشكال ما و لكن الاقرب هو القول الاول مع انه احوط أيضا فيشترط فى المتعاقدين البلوغ كما يشترط فيهما العقل

### منهل هل يشترط فى المتعاقدين ان يكونا مالكين لما يقع عليه عقدهما او بمنزله المالك

#### اشاره

كالوكيل و الولى و الوصى فما يفعله الفضولى و من هو غير المذكورين من بيع او شراء لا عبره به و يكون عقده فاسدا من اصله و لا يتوقف صحته على اجازته او لا يشترط ذلك بل تصح عقد الفضولى و ان لم يكن لازما قطعاً و انما يلزم اذا اجاز الاصيل و اذا لم يجز و منع تبين فساد العقد اختلف الاصحاب فى ذلك على قولين الاول انه لا يشترط ذلك و يصح معامله الفضولى و هو للنهائيه و النافع و بيع و التحرير و الارشاد و لف و س و اللمعه و كنز العرفان و جامع المقاصد و حاشيه الارشاد و الرياض و المحكى عن المفيد و الاسكافى و العماني و المرتضى و الديلمى و القاضى و التقى و ابن حمزه و ادعى الشهره المطلقه عليه فى لك و ضه و كنز العرفان و مجمع الفائده و الكفايه و غيرها الثانى انه يشترط ذلك و يكون فعل الفضولى فاسدا من اصله اجاز الاصيل او لم يجز و هو للخلاف و الغنيه و الايضاح و غايه المراد و السيد الداماد و ظ المراسم و المحكى عن ط و الحلبي و استظهره بعض الاجله من عباره ابى الصلاح فى الكافى و من المقدس الأردبيلى و الحر العاملى ثم اختاره و حكى عن السيورى انه حكاه عن شيخه للأولين وجوه منها ما تمسك به فى ان ما صدر من الفضولى بيع صدر من اهله و وقع فى محله فيجب الوفاء بعد الاجازة من المالك و ما يجب الوفاء به لا يكون فاسدا اما انه عقد فلان المفروض اشتمال البيع على الايجاب و القبول و اما انه صدر من اهله فلانا لا نعنى من الاهل الا من يصح منه معامله و اما انه فى محله فلانا لا نعنى من المحل الا ما يصح تملكه

بالذات و اما وجوب الوفاء اذا لحقه الاجازه فلعوم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و اما ان ما يجب الوفاء به لا يكون فاسدا فواضح لا يقال يرد على ما ذكر ما اوردها الشهيد عليه من انه من المصادرات لأننا نقول لا مصادره بعد تسليمهم الآيه المذكوره على المدعى نعم ان منع من دلالتها عليه اتجه ما اورده الشهيد فت ومنها فحوى ما دل على صحه نكاح الفضولى لان النكاح اعظم و اشد من البيع و منها ما تمسك به فى لف من روايه عروه بن الجعد البارقى ان النبى (ص) اعطاه دينارا ليشتري به شاه فاشترى شاتين به ثم باع احديها بدينار فى الطريق فقال فاتيت النبى ص بالدينار و الشاه فاخبرته فقال بارك الله لك فى صفقه يمينك لا يقال هذه روايه ضعيفه السند بالارسال و جهاله الراوى فلا يصح التعويل عليها لأننا نقول ضعف سندها غير قاذح لانجباره بالشهره و لا- يقال ليس فيها ما يدل على ان معامله عروه كان فضوليه فلعله كان و كيلا مط من قبل النبى ص او كان مأذونا منه بالفحوى كما أشار إليه المقدس الأردبيلي لأننا نقول ما ذكر من الاحتمال مدفوع بالاصل كما اشار اليه والدى العلامة ق ر ه و قد يقال هو معارض باصالة عدم صحه بيع الفضولى و يؤيدها كون النياه عن الغير باعتبار الاذن المعلوم بالتصريح او بشاهد الحال فيكون الروايه منزله عليه ف و منها ما تمسك به والدى ق ر ه من روايه عدها تاره موثقه كالصحيحه و اخرى صحيحه قضى على ع فى وليده باعها ابن سيدها و ابوه غائب فاشترى رجل فولدت منه غلاما ثم قدم سيدها الاول فخاصم سيده الاخير فقال هذه وليدتي باعها ابني بغير اذنى فقال خذ وليدتك و ابنها فناشده المشتري فقال خذ ابنه يعنى ابنه الذى باعك الوليده حتى ينفذ لك ما عليك فلما اخذه المبيع قال ابوه ارسل ابني قال لا و الله لا ارسل ابنك حتى ترسل ابني فلما رأى ذلك سيد الوليده اجاز بيع ابنه لا يقال هذه الروايه ظاهرها وقوع الاجازه من سيدها الاول بعد رده لبيع ولده و العاقل بصحه بيع الفضولى يمنع منها اذا وقعت الاجازه بعد الرد لأننا نقول لا- نسلم دلالة الروايه على وقوع الاجازه بعد الرد و انما غايتها الظهور فى عدم الرضا بالقباض و استرداد الجاربه و ابنها و هو غير صريح بل و لا ظ فى ذلك لاحتمال كونه للتردد الغير الملازم للرد و قد صرح بما ذكر والدى ق ر ه و فيه نظر فان

ص: ٢٨٨

الروايه ظاهره فى الدلاله على وقوع الاجازه بعد الرد الا ان يق ان دلالتها على صحه البيع بالاجازه المتأخره اقوى فينبغى ارتكاب التأويل فيها و الا- يلزم طرحها و هو خلاف الاصل فى الروايات المعتمده فت و للآخرين وجوه أيضا الاول الاصل و يجاب عنه باندفاعه بما تقدم من الادله الثانى تصريح الخلاف و الغنيه بدعوى الاجماع على بطلان بيع الفضولى و يجاب بوهنه بمصير معظم الاصحاب الى الصحه حتى انه حصر فى الرياض القائل بالبطلان فى الشيخ و ابن زهره و الحللى قائلا كيف تقبل دعوى الاجماع فى محل لم يظهر القائل بمضمونه عدا مدعيه فينبغى طرحه او تأويله ان امكن و صرح فى لف أيضا بمنع الاجماع لوجود الخلاف الثالث ما تمسك به فى الخلاف و الايضاح من ان بيع الفضولى تصرف فى ملك الغير من غير اذنه فيكون حراما لعموم ما دل على المنع من التصرف فى مال الغير و يجاب عنه اولا بالمنع من الصغرى فان مجرد عقد البيع و قصد انتقال ملك الغير لا يكون تصرفا فيه و لا يصدر عليه اسمه حقيقه كما صرح به فى الرياض و ثانيا بالمنع من كليه الكبرى بحيث يشمل محل البحث سلمنا و لكن حرمه التصرف لا يستلزم فساد البيع الا ان يقال لا قائل بالفرق بين الامرين فثبوت الاول يستلزم ثبوت الثانى فت الرابع ما تمسك به فى الايضاح من ان جواز التصرف بالعقود من توابع الملك و ليس باعم منه و معلوله و لا يجوز وجود التابع الذى ليس باعم بغير متبوعه و كذا المعلول لا يجوز وجوده بدون العله و يجاب عنه بانه مصادره لا تخفى و انه اول الدعوى الخامس ما تمسك به فى لف من انه باع ما لا يقدر على تسليمه فاشبه الطير فى الهوى و يجاب عنه بما اشار اليه من

المنع من تعذر التسليم لأنه مع اجازته المالك يتمكن من التسليم كما لو كان الطائر معتاد العود فانه يصح بيعه فكذا هنا سلمنا الصغرى و لكن نمنع كليه الكبرى السادس انه لو جاز البيع المفروض لجاز بيع ما لا- يملك و التالى باطل فالمقدم مثله اما الملازمه فظاهره و اما بطلان التالى فلجمله من الاخبار احدها الخبر المروى فى لف و غايه المراد قالوا روى عمرو بن شعيب عن ابيه عن جدّه عن النبى ص انه قال لا طلاق الا فيما يملك و لا عتق الا فيما يملك و لا بيع الا فيما يملك و ثانيها خبر محمد بن الحسن الصفار انه كتب الى ابي الحسن العسكرى ع فى رجل باع له قطاع ارضين و عرف حدود القرية الاربعه و قد باع جميع القرية و انما له فى هذه القرية قطاع ارضين فهل يصلح للمشتري ذلك و انما له بعض هذه القرية و قد ا قوله بكلها فوقع عليه السلام لا يجوز بيع ما ليست بملك و قد وجب الشراء من البائع على ما يملك و قد وصف هذه الروايه بعض الاجله بالصحه و ثالثها خبر محمد بن قاسم بن الفضل قال سئلت ابا الحسن الاول عن رجل اشترى من امراه من آل فلان ببعض قطائعهم و كتب عليها كتابا بانها قد قبضت المال و لم يقبضه فيعطيهما المال أ يمنعهما قال قل له ليمنعها اشد المنع فانها باعته ما لا يملك و يجاب عنه بالمنع من بطلان التالى فان الاخبار المذكوره لا تنهض لإثباته اما الاول فلوجهين احدهما انه ضعيف السند و لا جابر فلا يكون حجه و ثانيهما انه قاصره الدلاله لأنه يحتمل ان يكون المراد من قوله لا بيع الا فيما يملك بيان فساد بيع ما لا يصح تملكه شرعا كالخمر و الخنزير كما اشار اليه والدى العلامة ق ره و على هذا لا تنهض الروايه باثبات المدعى و هذا الاحتمال لعله اولى بالترجيح لأنه على الاحتمال الاول يلزم ارتكاب التخصيص فى الروايه باخراج بيع الوكيل و الولى مال الموكل و المولى عليه و لا- يلزم هذا على الاحتمال الثانى و من الظاهر ان ما لا يلزم منه خلاف الاصل اولى بالترجيح مما يلزم منه خلاف الاصل سلمنا اراده احتمال الاول و لكن غايه الروايه الاطلاق و هو شامل لصورتي اجازته المالك و عدمها فيجب تقييدها بالثانى جمعا بينها و بين قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ فان التعارض بينهما من قبيل تعارض العمومين من وجه و الترجيح مع الآيه الشريفه هذا كله على تقدير كون الصحه اقرب المجازات الى نفى الحقيقه و اما على تقدير المنع و مساواته لنفى الكمال كما هو خيره بعض المحققين فلا دلالة للروايه على المدعى اصلا فلا يمكن ان يثبت بها بطلان التالى فت

و اما الثانى فلقصور دلالته أيضا لاحتمال ان يكون المراد من قوله لا يجوز بيع ما ليس بملك نفى اللزوم لا نفى الصحه و ربما يشعر بذلك قوله ع و قد وجب الشراء من البائع على ما يملك سلمنا و لكن قوله لا يجوز بيع ما ليس بملك يعم صورتي منع المالك من البيع و عدمه فيمكن تخصيصه بالاول اذ الظاهر ان المجوز للبيع المفروض لا يجوز هذا لا يقال تقييد الاطلاق من غير دليل لا- يجوز لأننا نقول لا- نسلم عدم الدليل عليه بل هو موجود و هو قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ المقتضى لصحه البيع المفروض المؤيد بما دل عليه من الاخبار لا يقال الخبر المذكور اخص مط من الآيه الشريفه فيجب تخصيصها به و تخصيص الكتاب بخبر الواحد جائز لأننا نقول لا نسلم ذلك بل التعارض بينهما من قبيل تعارض العمومين من وجه بعد ثبوت فساد البيع اذا منع منه المالك و هو واضح و لا- شك ان الترجيح ح مع الآيه الشريفه و لو سلم ذلك فنقول الاخذ لظ الآيه الشريفه اولى لاعتضاده بالشهره و قد صرح بعض المحققين بان العام اذا كان معتضدا بالشهره فلا يصلح الخاص لتخصيصه و مع هذا فاعراض الاصحاب عن الروايه استدلالا و جوابا مما يؤيد قصور دلالته و عدم اطلاعهم عليها فى غايه البعد و اما الثالث فلقصور دلالته أيضا لان غايه ما يستفاد منه عدم جواز اعطاء الثمن للمرأة و هو لا ينافى صحه بيعها بل يجتمع معها و لم يثبت ان كل من قال بصحه البيع المفروض يجوز للبائع اخذ الثمن و لا- ينافى ما ذكر قوله (ع) فانها باعته ما لا يملك لجواز ان يكون ذلك تعليلا لعدم جواز اعطائها المال لا لفساد بيعها فت السابع انه لو جاز البيع المفروض لجاز شراء الارض من غير شراء اهلها و التالى باطل فالمقدم مثله اما الملازمه فظاهره و اما بطلان التالى فلخبر محمد بن مسلم عن ابي جعفر (ع) الذى وصفه بالصحه بعض الاجله

قال سأله رجل من اهل النيل عن ارض اشتراها بغم النيل و اهل الارض يقولون هي ارضهم و اهل الاسنان يقولون هي ارضنا قال لا- تشتريها الا- برضاء اهلها و يجاب عنه بالمنع من بطلان التالى و الخبر المذكور لا ينهض لإثباته لقصور دلالته لإمكان دعوى كون سبب المنع عن الشراء منع صاحب المال سلمنا و لكن غايته الاطلاق الشامل لصورتى منع المالك و عدمه فيجىء ما ذكرناه سابقا هنا مع ان غايته التحريم و هو لا- ينافى صحه معامله فت الثامن انه لو جاز البيع المفروض لجاز شراء الخيانه و السرقة و التالى باطل فلمقدم مثله اما الملازمه فظاهره و اما بطلان التالى فللأخبار الناهيه عن شراء

ص: ٢٨٩

الخيانه و السرقة منها خبر سماعه الذى عد من الموثق قال سألته عن شراء الخيانه و السرقة فقال اذا عرفته كك فلا و منها خبر الحسين بن زيد عن الصادق ع و خبر ابى بصير عن احدهما عليهما السلام و يؤيدها خبر جراح المدائنى عن الصادق ع و يجاب عنه بالمنع من بطلان التالى و الاخبار المذكوره لا تنهض لإثباته اما لضعف اسنادها او لقصور دلالته اذ غايتها اطلاق المنع من شراء الخيانه و السرقة و هو يعم صورتى منع المالك عنه و عدمه فينبغى تقييده بالاول لما تقدم اليه الاشاره هذا و يعضد ما ذكرنا ما ذكره والدى العلامة ق ره من ظهور سياق الاخبار المذكوره فى كون بيع الجائر و السارق لأنفسهما لا المالك فان البيع ح فاسد على ما صرح به العلامة و جماعه فيما حكى عنهم ثم صرح بان غايه النهى الحرمة و هو غير ملازمه لعدم الصحه فى المعاملات التاسع لو جاز البيع المفروض لجاز لمشتري الجاربه المسروقه و طيها مع علمه بالسرقه اذا علم باجازه المالك و بانّ البائع أنما قصد فى بيعه المالك و التالى باطل فالمقدم مثله اما الملازمه فظاهره و اما بطلان التالى فلخبر على بن جعفر عن اخيه موسى (ع) المروى عن قرب الاسناد قال سألته عن رجل سرق جاربه ثم باعها يحل فرجها قال اذا انبأهم انها سرقة فلا يحل و ان لم يعلم فلا- بأس و يجاب عنه بالمنع من بطلان التالى و الخبر المذكور لا ينهض لإثباته اما لضعف سنده او لقصور دلالته لان غايته اطلاق المنع عن وطى الجاربه المسروقه و هو يعم صورتى اجازه المالك و عدمها و صورتى كون البيع للمالك و عدمه فينبغى تقييده بصوره عدم اجازه المالك او بصوره كون البيع لغير المالك لما تقدم على أنه قد يدعى انصراف اطلاق الروايه الى هاتين الصورتين فت العاشر لو جاز البيع المفروض لما وجب على من اشترى من البائع مال غيره مع علمه بانه للغير ان يرده الى مالكة مط و التالى باطل فالمقدم مثله اما الملازمه فظاهره و اما بطلان التالى فلخبر زريق المروى عن مجالس الشيخ قال كنت عند الصادق ع اذ دخل عليه رجلان فقال احدهما أنه كان على مال لرجل من بنى عمار و له بذلك ذكر حق و شهود فاخذ المال و لم استرجع منه الذكر الحق و لا كتبت عليه كتابا و لا اخذت عليه براه و ذلك لأنى وثقت به و قلت مزق الذكر بالحق الذى عندك فمات و تهاون بذلك و لم يمزقها و عقيب هذا ان طالبنى بالمال وارثه و حاكمونى و اخرجوا بذاك الحق و اقاموا العدول فشهدوا عند الحاكم فاخذت بالمال كثيرا فتواريت عن الحاكم فباع على قاضى الكوفه معيشه له و قبض القوم المال و هذا رجل من اخواننا ابتلى بشراء معيشتى من القاضى ثم ان ورثه الميتم اقروا ان المال كان ابوهم قد قبضه و قد سألوه ان يردّ على معيشتى و يعطونه فى انجم معلومه فقال أنى احب ان تسأل ابا عبد الله (ع) عن هذا فقال الرجل يعنى المشتري جعلنى الله فداك كيف اصنع فقال تصنع ان ترجع مالك على الورثه و ترد المعيشه الى صاحبها و تخرج يدك عنها الحديث و يجاب عنه بان هذا الخبر ضعيف السند فلا يصلح لإثبات بطلان التالى سلمنا صحته و لكن يجاب عنه بنحو ما تقدم الحادى عشر ان البيع المفروض لو كان صحيحا لجاز للبائع ان يبيع ما ليس عنده و التالى باطل فالمقدم مثله اما الملازمه فظاهره و اما بطلان التالى فللنبوى الناهى عن بيع ما ليس عنده و يجاب عنه اولا بضعف السند و ثانيا بما اجاب به فى لف من ان النهى عن بيع ما ليس

عنده نقول بموجبه فأنه متوجه على من باع سلعه غيره لنفسه لا للمالك ثم يمضى الى المالك فيشتريها اما اذا باع مال غيره عن الغير فضولا- فلا- وفيه نظر و ثالثا بما اجاب به فى الرياض من ان ذلك معارض بكثير من النصوص المجوزه لبيع ما ليس عنده المعربه عن كون المنع عنه مذهب العامه و عد منها روايه وصفها بالصيحه و فيها بعد التصريح بنفى البأس عن بيع ما ليس عنده قلت ان من عندنا يفسده قال و لم قلت باع ما ليس عنده قال ما يقول فى السلف قد باع صاحبه ما ليس عنده و المسأله محل اشكال الا ان القول الاوّل هو الاقرب و

**ينبغى التنبيه على امور**

**الاول شراء الفضولى حكمه حكم بيع الفضولى**

فيصح على المختار و يفسد على غيره و قد نبه على هذا فى جامع المقاصد و لك و حكى عن بعض الفرق بين بيع الفضولى و شرائه فيصح الاوّل دون الثانى و هو ضعيف

**الثانى اذا باع الفضولى او اشترى يبقى على المختار ما فعله موقوفا على اجازة الاصيل**

و المالك فان رد فلا اشكال فى الفساد و ان اجاز صح و لزم و لا يجوز لكل من المتعاملين الفسخ من غير رضاء الاخر

**الثالث لا فرق فى بيع الفضولى بين ان يكون معاطاه او لا**

فلا يشترط فى صحه بيع الفضولى عدم المعاطاه

**الرابع هل يشترط فى الاجازة اللفظ**

او يكفى الفعل صرح بعض الاصحاب بالأوّل و عد من الالفاظ الداله على ذلك اجزت العقد و انفذت و رضيت و اقررت و التزمت به و الاقرب عندى عدم اشتراط اللفظ بل يكفى كلما دلّ على الاجازة و هل يشترط فيه افادته العلم بالمراد او يكفى الظن فيه اشكال و صرح بعض الاصحاب باشتراط الصّراحه فى اللفظ الدال على ذلك و فيه نظر بل الاقرب كفايه الظهور و المعبر عند اهل اللسان و اذا كان الدال غير اللفظ فالاقرب اشتراط العلم و عدم كفايه الظن فلا يكون الشكوت بنفسه من الاصيل اجازة و ان حضر مجلس المعامله و اطلع عليها كما صرح به فى التحرير و الارشاد و س و عه و ضه و الكفايه

**الخامس لا يشترط فى الاجازة الفوريه**

كما صرح به فى الدروس اللهم الا ان يترتب الضرر على من لا اجازة له بحيث لا يتحمل ح اخبار من له الاجازة على اختيار احد

الامرین الفسخ او الامضاء ان امکن و الا فيجوز الفسخ مط

### **السادس اذا سمع بالعقد من له الاجازه فلم يرض و رد بطل العقد**

فلو اجاز بعد الرد لم ينفع و يبق العقد على بطلانه و الظاهر انه مما لا خلاف فيه بين القائلين بصحة بيع الفضولي كما اشار اليه في الرياض و لو اجاز ثم رد لم يفسخ العقد و الظاهر ان هذا مما لا خلاف فيه أيضا و لو سمع بالعقد و بقي مترددا بين الفسخ و الامضاء لم يحكم بصحة العقد و لا بفساده حتى يختار احد الامرین

### **السابع لو كان طرف العقد فضولين معا**

فاجاز اصیل احدهما و منع اصیل الاخر فهل يقدم المميز او المانع فيه اشكال و لكن الاقرب تقديم المانع مط لو تأخر منعه عن اجازة صاحبه

### **الثامن لو كان للأصيل وكيل مطلق فاجاز الوكيل**

و منع الاصيل او بالعكس قدم المتقدم منهما و ان تقارن فعلهما ففي الترجيح اشكال و ان قيل ان حكم المفروض حكم الاصيل المتردد بين الامضاء و الفسخ لم يكن بعيدا فيبقى العقد موقوفا كحاله قبل صدور امر من كل منهما

### **التاسع الاجازة كاشفه عن حصول الملك من حين العقد او لا**

بل هي ناقله لملك من بيده المال من حينها اما لكونها جزء السبب او لكونها شرطا من شروطه اختلف الاصحاب في ذلك على قولين الاول انها كاشفه و هو للمعه و الروضة و لك و جامع المقاصد و الرياض و يظهر

ص: ٢٩٠

من فخر الإسلام انه مذهب جماعه و صرح في مجمع الفائده بانه مذهب الاكثر و في الرياض بانه الاشهر الثاني انها ناقله و هو لفخر الإسلام و المقدس الأردبيلي و يظهر من الاول انه مذهب جماعه و توقف في الكفايه فلم يرجح شيئا للأولين وجوه منها ما ذكره في جامع المقاصد و الروضة من ان العقد سبب تام في حصول الملك لعموم قوله تعالى **أَوْفُوا بِالْعُقُودِ** و تمامه في الفضولي انما يعلم بالاجازة فاذا اجاز تبين كونه تاما فوجب ترتب الملك عليه و الا لزم ان لا يكون الوفاء بالعقد خاصه بل به مع شيء اخر و لا- دليل يدل عليه و اشار الى هذا في الرياض أيضا مصرحا لان ذلك مقتضى الاجازة اذ ليس معناها الا الرضا بمضمون العقد و ليس الا- إنشاء نقل العوضين من حينه و فيه نظر اما اولا فلانه لو تم ما ذكر لزم ان يكون الايجاب بنفسه ناقلا للملك و القبول كاشفا عنه لعين ما ذكر و لا اظن احدا يقول بذلك فما هو الجواب فهو الجواب في محل البحث و اما ثانيا فلانا

لا- نسلم ان ما صدر من الفضولى من اجزاء العقد بل العقد انما يحصل من فعل الاصليين و لو كان احدهما اجازته لان هذه الاجازة اما قبول تقدم ايجابه بمدى او ايجاب تقدم قبوله او ايجاب من طرف و قبول من اخر لم يحصل بينهما تقارن فلا نسلم حصول السبب التام قبل الاجازة بل لا- يحصل الا- مع الاجازة فت و منها ما حكى الاحتجاج به فخر الإسلام عن القائلين بان الاجازة كاشفه من انها لو لم تكن كاشفه لزم تأثير المعدوم فى الموجود لان العقد حالها عدم و اجاب عنه فى جامع المقاصد بان تأثيرها ليس فى العقد بل فى الامر المترتب عليه و هو نقل الملك و هو بعد تمام السبب يجب ان يكون موجودا لا معدوما على انه لا تأثير هنا لان علل الشرع معرفات للأحكام لا مؤثرات فلا يمتنع تعريفها للأحكام المترتبة على الامور العدمية و منها ان معظم الاصحاب على ان الاجازة كاشفه بل لم نجد من القائلين بصحة بيع الفضولى من يقول بانها ناقلة و فخر الإسلام و المقدس الأردبيلي و ان قالوا بانها ناقلة و لكنهما يمتنعان من صحة بيع الفضولى و انما تكلمنا فى هذه المسألة على تقدير صحة بيع الفضولى فت و للآخرين أيضا وجوه منها ان الاصل عدم انتقال مال كل من المتعاملين الى الاخر الا بعد الاجازة و منها ما حكى الاحتجاج به فخر الإسلام عن القائلين بانها ناقلة من انها اما سبب او شرط فى قبول المحل او فى فعل الفاعل و المسبب لا يتقدم على السبب و لا مشروط على الشرط و اجاب عنه و فى جامع المقاصد بمنع الحصر اذ يجوز كونها علامه على تمامية العقد و اعتباره فى نظر الشرع مع عدم مطابقتها للمدعى و منها ما حكى عن بعض من انها لو كانت كاشفه لزم صحة تصرف الغير فى ملك غيره بغير اذنه لان قبل الاجازة صح السبب و معنى السبب ترتب اثره عليه فيكون فعل غير المالك كفعل المالك و هو قبيح عقلا- و فيه نظر و منها ما تمسك به فى مجمع الفائده من ان المفهوم من الآية خصوصا قوله تعالى **إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ** و الاخبار بل العقل و الاجماع ان رضا صاحب المال جزء سبب او شرط و له دخل فى صحه العقد و هو ظاهر فكيف يصح العقد بدونه و يكون ذلك كاشفا لا سببا و فيه نظر و المسألة فى غاية الاشكال الا ان القول بانها كاشفه فى غاية القوه و عليه يكون التّماء المنفصل الحاصل من البيع و المثلّم المتخلّل بين العقد و الاجازة للمشتري و التّماء المنفصل الحاصل من التّمّن قبل الاجازة للبايع لأنّ التّماء يتبع الأصل و هو لهما فكك التّماء و لو جعلناها ناقلة كان الامر بالعكس لما ذكرناه و قد اشار الى ما ذكر فى الايضاح و اللّمعه و ضه و لك و الكفايه و الرياض و يتفرع على التّزاع المذكور احكام اخر غير ما ذكر كما صرّح به فى لك و الكفايه العاشر اذا اخذ الغاصب شيئا فباعه فهل هو كالفضولى فان اجاز المالك صحّ و الا فلا او لا بل يقع البيع فاسدا مط و لو اجاز المالك يظهر من جماعه من الاصحاب الاول بل حكى عن الاكثر و هو الأقرب

**منهل الاولى انه لا يبيع حاضر لباد**

**اشاره**

كما فى الخلاف و المبسوط و النّهايه و الغنيه و السّرائر و فع و يع و عد و التّحرير و الارشاد و المنتهى و لف و س و اللّمعه و جامع المقاصد و حاشيه الارشاد و لك و ضه و مجمع الفائده و الرياض و لهم وجوه منها ظهور الاتّفاق عليه و منها قاعده التّسامح فى ادلّه السنن و الكراهه و منها التّبوى لا يبيع حاضر لباد و قد رواه مراسلا عنه (ص) فى الخلاف و الغنيه و السّرائر و التّحرير و المنتهى و لك و ظاهرهم الاعتماد عليه و يعضده اخبار احدا خبر عروه بن عبد الله عن الباقر قال قال رسول الله ص لا- يبيعن احدكم تجاره خارجا عن المصر لا- يبيع حاضر لباد ذروا المسلمين يرزق الله بعضهم من بعض و ثانيها ما رواه فى المنتهى عن الجمهور عن ابن عباس قال نهى النّبىّ (ص) ان يتلقى الركبان و ان يبيع حاضر لباد و ثالثا ما روى عن الطّبرسى فى مجالسه بسنده عن جابر قال قال رسول الله ص لا يبيع حاضر لباد دعوا النّاس يرزق الله بعضهم من بعض و رابعها ما اشار اليه فى



الرَّوْضِ قَائِلًا- إِنَّ النَّبِيَّ صَلَّى قَالَ لَا يَتَوَكَّلْ حَاضِرَ لِبَادٍ وَ دَعَا النَّاسَ يَرْزُقُ اللَّهُ بَعْضَهُمْ مِنْ بَعْضٍ وَ خَامِسُهَا مَا رَوَى عَنْ يُونُسَ بْنِ يَعْقُوبِ الْآتِي إِلَيْهِ الْإِشَارَةَ وَ هَلْ يَكْرَهُ ذَلِكَ فَيَجُوزُ فَعَلُهُ أَوْ يَحْرُمُ فَلَا يَجُوزُ فَعَلُهُ اِخْتَلَفَ الْأَصْحَابُ فِي ذَلِكَ عَلَى قَوْلَيْنِ الْأَوَّلُ أَنَّهُ يَكْرَهُ ذَلِكَ وَ هُوَ لِلنَّهْيِ وَ النَّافِعِ وَ يَعْ وَ لَفٍ وَ الْقَوَاعِدِ وَ سِ وَ اللَّامِ وَ مَجْمَعُ الْفَائِدَةِ وَ الرِّيَاضِ وَ عِزَاهُ فِيهِ إِلَى الْأَكْثَرِ الثَّانِي أَنَّهُ يَحْرُمُ ذَلِكَ وَ هُوَ لِلخِلَافِ وَ الْمَبْسُوطِ وَ جَامِعِ الْمَقَاصِدِ وَ حَاشِيَةِ الْإِرْشَادِ وَ الْمَحْكِيِّ عَنِ السِّرَائِرِ وَ الْوَسِيلَةِ وَ ابْنِ الْبَرَّاجِ وَ رُبَّمَا يَسْتَفَادُ مِنَ الْغَنِيِّهِ وَ صَرَّحَ فِي الْمُنْتَهَى بِأَنَّ فِيهِ قُوَّةَ فِظَاهِرِهِ الْمَصِيرِ إِلَيْهِ لِلأَوَّلِينَ وَ جَوَّهُ مِنْهَا مَا تَمَسَّكَ بِهِ فِي الرِّيَاضِ وَ إِشَارَ إِلَيْهِ فِي الْمُنْتَهَى وَ جَامِعِ الْمَقَاصِدِ مِنَ الْأَصْلِ وَ مِنْهَا عَمُومٌ مَا دَلَّ عَلَى جَوَازِ الْوَكَالَةِ وَ مِنْهُ قَوْلُهُ تَعَالَى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ وَ مِنْهَا أَنَّ ذَلِكَ إِحْسَانٌ مَحْضٌ فَيَكُونُ جَائِزًا لِعَمُومِ قَوْلِهِ تَعَالَى مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ وَ أَنَّ ذَلِكَ قَدْ يَكُونُ إِعَانَةً عَلَى الْبَرِّ فَيَجُوزُ لِعَمُومِ قَوْلِهِ تَعَالَى تَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَ التَّقْوَى فَتُ وَ مِنْهَا أَنَّ فِي ذَلِكَ مَا قَدْ يَكُونُ قِضَاءً حَاجَهُ مُؤْمِنٌ وَ تَفْرِيجَ كَرْبِهِ لَهُ وَ إِدْخَالَ سُرُورٍ فِي قَلْبِهِ فَيَجُوزُ لِلْعُمُومَاتِ الدَّالَّةِ عَلَى جَوَازِ ذَلِكَ وَ قَدْ يَنَاقِشُ فِي هَذَا أَوْ بَعْضُ مَا تَقَدَّمَ بَأَنَّهُمَا يَدْلُانِ عَلَى الرَّجْحَانِ وَ الْأُولَوِيَّةِ وَ يَنَافِي ذَلِكَ الْمَرْجُوحِيَّةَ الثَّابِتَةَ فِي مَحَلِّ الْبَحْثِ بِالِاتِّفَاقِ عَلَى الظَّاهِرِ فَتُ وَ مِنْهَا مَا تَمَسَّكَ بِهِ فِي مَجْمَعِ الْفَائِدَةِ مِنْ أَنَّ الْبَادِيَ قَدْ يَكُونُ فَقِيرًا جَدًّا وَ لَا يَعْرِفُ السَّعْرَ وَ يَقْصِدُ الْحَاضِرَ نَفْعَهُ مَعَ كَوْنِ الْمَشْتَرَى إِغْنَى مِنْهُ وَ الْعَقْلُ يَجِدُ حَسَنَ هَذَا الْأَمْرِ وَ فِيهِ نَظَرٌ أَيْضًا وَ مِنْهَا مَا ذَكَرَهُ فِي الرِّيَاضِ مِنَ الْخَيْرِ الَّذِي وَصَفَهُ بِالصَّحَّةِ وَ فِيهِ قَلْتُ لَهُ الرَّجُلُ يَأْتِيهِ النَّبْتُ بِأَحْمَالِهِمْ فَيَبِيعُهَا لَهُمْ بِالْأَجْرِ لَهُ فَيَقُولُونَ أَقْرَضْنَا دَنَانِيرَ إِلَى أَنْ قَالَ لَا بَأْسَ بِهِ الْحَدِيثُ وَ صَرَّحَ فِيهِ بِأَنَّ فِيهِ نَوْعٌ

ص: ٢٩١

تَأْيِيدَ لِلْجَوَازِ وَ مِنْهَا مَا تَمَسَّكَ بِهِ فِيهِ أَيْضًا عَنْ عَمُومِ الْإِخْبَارِ الْمُرْخِصَةِ لِلْسَّمْسَارِ فِي الْوَكَالَةِ لِبَيْعِ أَمْوَالِ النَّاسِ وَ لِلآخِرِينَ مَا تَمَسَّكَ بِهِ فِي الْخِلَافِ وَ الْمُنْتَهَى وَ جَامِعِ الْمَقَاصِدِ مِنَ النَّهْيِ عَنْ ذَلِكَ فِي الْإِخْبَارِ الْمَتَقَدِّمَةِ وَ أَجَابَ عَنْهُ فِي لَفِّ تَارِهِ بِضَعْفِ السَّنَدِ وَ أُخْرَى بِحَمْلِ النَّهْيِ عَلَى الْكِرَاهَةِ وَ صَرَّحَ بِالْأَوَّلِ فِي مَجْمَعِ الْفَائِدَةِ وَ الرِّيَاضِ وَ قَدْ يَتَّقِ اعْتِمَادَ مِثْلِ الشَّيْخِ فِي فِ وَ طِ وَ ابْنِ زَهْرَةَ وَ ابْنَ إِدْرِيسَ الَّذِينَ لَا يَعُولَانِ عَلَى مَطْلُوقِ إِخْبَارِ الْآحَادِ وَ الْعِلَامَةِ وَ الْمُحَقِّقِ الثَّانِي الَّذِينَ لَا يَعُولَانِ عَلَى الْإِخْبَارِ الضَّعِيفَةِ عَلَى هَذِهِ الرِّوَايَةِ يَفِيدُ الظَّنَّ بِصَحَّتِهَا وَ اعْتِبَارِهَا وَ الْأَصْلُ فِيهِ الْحُجِّيَّةُ وَ أَمَّا حَمْلُ النَّهْيِ عَلَى الْكِرَاهَةِ فَلَا وَجْهَ لَهُ بَلْ يَجِبُ حَمْلُهَا الْحَرَمَةَ بِنَاءً عَلَى الْمُخْتَارِ مِنْ أَنَّهُ حَقِيقَةٌ فِي الْحَرَمَةِ مَعَ سَلَامَتِهِ عَنِ الْمَعَارِضِ سِوَى الْأَصْلِ وَ مِنَ الظَّاهِرِ أَنَّ ظِ النَّهْيِ أَرْجَحُ مِنْهُ وَ لِذَا صَرَّحَ فِي ضَمِّهِ بِأَنَّ الْقَوْلَ بِالتَّحْرِيمِ حَسَنٌ أَنْ صَحَّ الْحَدِيثُ وَ الْإِشَارَةُ إِلَى الْكِرَاهَةِ أَوْجَهُ لِلتَّسَامُحِ فِي دَلِيلِهَا فَادْنُ الْقَوْلِ الثَّانِي فِي غَايَةِ الْقُوَّةِ وَ لَكِنْ الْإِنْصَافُ أَنْ ثَبُوتُ صَحَّةِ الرِّوَايَةِ بِمَا تَقَدَّمَ إِلَيْهِ الْإِشَارَةُ مَحَلُّ اشْتِكَالٍ خُصُوصًا مَعَ تَصْرِيحِ الْعِلَامَةِ فِي لَفِّ الَّذِي هُوَ آخِرُ مَصْنَفَاتِهِ عَلَى مَا قِيلَ وَ جَمَاعَةُ آخِرِينَ بِضَعْفِ السَّنَدِ وَ يَعْضُدُهُ مَصِيرُ الشَّهِيدِ وَ الْمُحَقِّقِ إِلَى الْقَوْلِ الْأَوَّلِ الَّذِي نَسَبَ إِلَى الْأَكْثَرِ فَهُوَ الْأَقْرَبُ وَ لَكِنْ لَا يَنْبَغِي تَرْكُ الْإِحْتِيَاظِ مَهْمَا امْكُنَ وَ

**ينبغي التنبيه على أمور**

**الأول فسر البادى فى التحرير و المنتهى و حاشيه الارشاد بمن يدخل البلده من غير اهلهما**

سواء كان بدريا او من بلده اخرى و يستفاد هذا من لك و الروضه و الرياض أيضا فانها فسرتها بالغريب الجالب للبلد اعم من كونه من البادية او قرويا و كذا يستفاد هذا من الدروس و جامع المقاصد بل قال فيه البلدى اذا قدم من خارج فكك محتجا

بالعله المومى اليها فى الحديث و احتج فى الرياض على ما ذكره فى التعميم و هو حسن

### الثانى اختلفوا فى معنى قوله ص لا يبيع حاضر لباد

ففى المبسوط و الغنيه و التحرير و لف المحكى عن ابن البراج فى المهذب و فى المنتهى عن ابن عباس ان يكون سمسارا له و زاد فى الثانى قائلا و يتربص بما معه حتى يعين فى ثمنه فلا يتركه يبيع حتى يكون للناس منه رزق و ربح و زاد فى التحرير أيضا فى يع و فع و شاد و عه يكره ان يتوكل حاضر لباد و اقتصر فى الزيادة على قوله يعرفه السعر و ربما يستفاد هذا من الدروس حيث صرح بكراهه سمسره الحاضر للبادى و صرح فى السرائر بان الذى ذكره فى المبسوط هو الصحيح الذى لا خلاف فيه بين العلماء الخاص و العام و بين مصنفى غريب الأحاديث من اهل اللغة كالمبرد و ابى عبيده و ذكر ان المبرد ذكر ذلك فى كامله و صرح فى المنتهى و حاشيه الارشاد بان معناه ان يخرج الحاضر الى البادى و قد جلب السلعه و يعرفه السعر و يقول انا ابيع لك و المعنى فيه انه متى ترك البدوى يبيع سلعته اشتراها الناس رخص و توسع عليهم و اذا تولى الحاضر بيعها و امتنع من بيعها الا بسعر البلد ضاق على الناس و زاد فى الاول قائلا ان هذا المعنى مأخوذ من التعليل الوارد فى الحديث و هو قوله ص دعوا الناس و صرح فى جامع المقاصد بان المراد به ان يقول الحاضر للبادى و قد جلب السلعه انا ابيع ذلك مريدا بذلك الاستقصاء بالثمن و صرح فى لك بان معناه ان يحمل البدوى او القروى متاعا الى بلد فيأتيه البلدى و يقول انا ابيعه باعلى مما تبعه به ثم صرح بانه قبل ان يعرفه السعر و يقول له انا ابيع لك و اكون سمسارا و صرح فى المختصر بان معناه انه لا يبيع حاضر لباد بان يكون له و كيلا سواء كان للناس حاجه الى ما معه او لا و سواء كان فى الباديه او الحضر و صرح فى السرائر بان بعض المتفقه من اصحابنا قال ان معناه النهى عن بيع الحاضر على البادى و زيفه اولا بعد ان ادعى ان هذا لا يقوله من له ادنى تحصيل باجماع المسلمين على بطلانه قائلا هل يمنع ان يبيع حاضر على البادى احد من المسلمين و ثانيا بانه لو اراد (ص) ذلك لما قال و لا يجوز ان يبيع حاضر لباد فلما قال (ص) لباد دل على انه لا يكون سمسارا ثم حكى عن بعض المصنفين انه صرح بان معناه ان لا يبيع حاضر لباد تحكما عليه بالكراهه او الراى الذى يغلب عليه برأيه ان ذلك نظرا له ان يكون البادى يوليه عرض ساعته فيبيع دون رأيه و ما اشبه ذلك ثم استحسن هذا التفسير و صرح بانه سديد فى موضعه و فيه نظر لأنه بعيد عن ظ الروايه و لم يفهمه معظم محققى الاصحاب منها و لا شاهد عليه و الاقرب هو التفسير الاول الذى ذكره فى المبسوط فيكون متعلق النهى تحريما او كراهه هو سمسره الحاضر للبادى و قبول الحاضر الوكاله عن البادى فى البيع و هو و ان كان بعيدا أيضا عن ظاهر الروايه لتعلق النهى بنفس البيع كما هو ظ النهايه لا بالسمسره و قبول الوكاله لكن ينبغى المصير اليه نظرا الى فهم المعظم و ان كان الاحوط العمل بجميع التفاسير

### الثالث ذكر لتحريم المفروض او كراهته

شرائط احدها ان يكون البادى جاهلا بسعر البلد فلو علم به لم يكن الاولى الترك و هذا الشرط ذكره فى المنتهى و الدروس و لك و ضه و مجمع الفائده و الرياض بل صرح الثالث و الرابع و خامس بان مساعده البادى ح محض الخير و لم يذكر هذا الشرط فى المبسوط و النهايه و الخلاف و المهذب و السرائر و الغنيه و النافع و يع و الارشاد للمعه بل ظ اطلاقهم عدم اعتباره كما هو ظ حاشيه الارشاد و جامع المقاصد للأولين و جهان احدهما ما ذكره فى المنتهى من ان التعليل فى قوله (ع) دعوا الناس

او ذروا المسلمين يرزق الله بعضهم من بعض لا يتجه الا مع الجهل بالسعر لما صرح به في مجمع الفوائد من ان الظاهر ان العله هي الشراء رخيصة من البدوى لقوله (ع) دعوا فينبغي عدم النهى مع الانتفاء و لذا قال في لك و الرياض و غيرهما بعد الاشاره الى الشرط المذكور و يشعر به التعليل و فيه نظر فان التعليل يتجه أيضا مع العلم بالسعر كما اشار اليه في حاشيه الارشاد قائلا ان المعرفه لا- تغنى فان الحذف في البيع امر اخر وراء ذلك على انه قد يتحقق المقصود من التعليل في صورته العلم دون صورته الجهل فت و ثانيهما ان الاصل الاباحه خرج صورته الجهل لكونها القدر المتفق عليه فتبقى صورته العلم مندرجه تحت الاصل و للآخرين وجهان أيضا احدهما ما تمسك به في جامع المقاصد من اطلاق النص و فيه نظر اما اولا فلانه ضعيف السند و لا جابر له فلا- يهنض حجه على اثبات حكم مخالف للأصل و اما ثانيا فلنقوه احتمال انصراف الاطلاق الى صورته الجهل بالسعر لظهور عليتها فت و ثانيهما قاعده التسامح في ادله الكراهه و هي انما تنهض لإثبات عدم اشتراط الكراهه بالشرط المذكور لا الحرمة و التحقيق ان يقال ان قلنا بالكراهه

ص: ٢٩٢

في محل البحث فالظاهر عدم اعتبار الشرط المذكور كما هو ظ الاكثر و ان قلنا بحرمة فالظاهر اعتبار الشرط المذكور فت و ثانيها ان يكون البادى قد جلب التبعه للبيع فلو جلبها لغير البيع لم يثبت المذكور و قد صرح بهذا الشرط في المنتهى و حاشيه الارشاد و الظاهر من الكتب المتقدمه التي لم تصرح بالشرط الاوّل عدم اعتبار هذا الشرط أيضا و هو الظاهر من الدروس و لك و ضه و مجمع الفوائد و الرياض لأنها لم تصرح به و بالجمله عدم اعتباره ظ الا-كثر و هو الاقرب و قد ذهب اليه في جامع المقاصد صريحا محتجا باطلاق النصّ و يؤيده على المختار من القول بالكراهه مضافا الى الشهره الجابره لسند الخبر قاعده التسامح في ادله الكراهه و ثالثها ان يكون سعر ذلك المتاع في البلد ظاهرا معلوما فلو لم يكن ظاهرا معلوما اما لكبر البلد او لعموم وجوده و رخصه فلا تحريم و لا كراهه و هذا الشرط حكاه في لك من بعض و لكن ظاهره عدم اعتباره كما هو ظ ضه و مجمع الفوائد و الكتب المتقدمه التي لم تصرح بالشرط الاوّل و بالجمله هو ظ الاكثر و هو الاقرب لما ذكره في لك و مجمع الفوائد من اطلاق النصّ و عدم منافات التعليل له و رابعها ان يكون المتاع المجلوب مما يعم الحاجه اليه فما لا يحتاج اليه الا نادرا لا يدخل تحت النهى و هذا الشرط حكاه في لك عن بعض و هو مقتضى صريح المبسوط و لكن صرح في الخلاف بعدم اعتبار هذا الشرط و ثبوت الحكم المذكور سواء كان بالناس حاجه الى ما معه او لم يكن بهم حاجه و هو مقتضى اطلاق النهايه و المهذب و الغنيه و التيرائر و النافع و يع و المنتهى و عه و س و حاشيه الارشاد و جامع المقاصد و ضه و لك و الرياض بل بعض هذه الكتب كالصريح في ذلك و بالجمله هو الظاهر من الا-كثر و هو الاظهر لما اشار اليه في لك و مجمع الفوائد من اطلاق النصّ و عدم منافات التعليل له و خامسها ان يعرض الحضري ذلك على البدوى و يدعوه اليه فان التمس الغريب ذلك لم يكن به بأس و هذا الشرط ذكره في المنتهى و صرح في جامع المقاصد بانه صحيح محتجا بانه لو لا ذلك لم يجز السمسره له بحال و قد قال في الدروس لا خلاف في جواز السمسره الا في الامتعه المجلوبه من بلد الى بلد و لكنّه استشكل ذلك في حاشيه الارشاد معللا بانّ النهى و التعليل اعمّ من ذلك الا انه اورد عليه بانه يلزم منه عدم جواز التوكيل فيه و هو بط و فيه نظر و يظهر من الكتب التي لم تصرح بالشرط الاوّل عدم اعتبار هذا الشرط و كذا يظهر هذا من لك و ضه و مجمع الفوائد و الرياض و بالجمله هو ظ الاكثر و هو في غايه القوه لما ذكره في حاشيه الارشاد كما في لك و مجمع الفوائد من العموم الا ان يعارض بعموم ما دلّ على رجحان قضاء الحاجه كما اشار اليه في مجمع الفوائد و لكن التعارض من قبيل تعارض العمومين من وجه كما

لا يخفى و التّرجيح مع عموم النّهي لاعتضاده بالشّهرة هنا فت و سادسها ان يكون الحاضر عالما بورود النّهي و هذا الشّروط حكاة فى لك عن بعض ثم صرّح بأنّه شرط يعم جميع المناهى و اختاره فى الرّياض أيضا محتجّا باناطه التّكليف على الاطلاق به و فيه نظر فانّ ذلك انّما يتم على القول بمعذوريه الجاهل و لو كان مقصرا مط او فى خصوص هذه المسأله كما فى الجهر و الاخفات و كلاهما باطلان اما الاول فلما حققناه فى الاصول من أنّ الجاهل المقصر غير معذور بل هو مكلف كالعالم و اما الثّانى فلأنّه لا دليل على معذوريته فى خصوص هذه المسأله من شىء من الادله الاربعه بل الظاهر من الاكثر عدم اعتبار هذا الشّروط و هو فى غايه القوّه و سابعا ان يبيع وكاله عن البادى فى البلد فلو باع فى الحضر فلا باس و هذا الشّروط مقتضى كلام ابن حمزه و الظاهر من الاصحاب عدم اعتبار هذا الشّروط و هو الاقرب و حكى فى المنتهى عن اصحاب الشّافعى أنّهم شرطوا ان يكون البادى مريدا لبيعها بسعر يومها و هو مخالف لإطلاق النّص و فتوى الاصحاب فلا عبره به و يظهر من المفاتيح اختصاص الحكم بما اذا كانت السلعه من الفواكه و الغلات و هو مقتضى ما روى عن يونس بن يعقوب قال تفسير قول النّبىّ (ص) لا يبيع حاضر لباد

ان الفاكهه و جميع اصناف الغلات اذا حملت من القرى الى السّوق فلا يجوز ان يبيع اهل السّوق لهم من الناس ينبغى ان يبيعه حاملوه من القرى و البوادى فأمّا من يحمل من مدينه فأنّه يجرى مجرى التجاره و فيه نظر اما اولاً- فأنّه مخالف لإطلاق كلام الاصحاب كما صرح به فى الرّياض و غيره و صرح فى الاول بان ترجيح العموم اولى تبعاً لهم و حملاً للمفسر على الغالب و اما ثانياً فلانه مخالف لإطلاق النّص المتقدم المعتضد بفتوى الاصحاب و اما ثالثاً فلان الظاهر ان التفسير من يونس بن يعقوب فلا نسلم حجتيه لما تقرّر فى الاصول من ان مذهب الراوى ليس بحجه فت

#### **الرابع هل يلحق بالبيع الشّراء فيكره او يحرم ان يشتري الحاضر للبادى او لا**

صرّح بالثّانى فى المنتهى و س و جامع المقاصد و لك و الرّوضه و لهم ما اشار اليه فى لك و ضه من الاصل و عدم تناول النّهي فى النّص للشّراء و قد صرح به فى المنتهى أيضا و ذلك لاختصاص النّص بالبيع الّا ان يقال انّ التّعليل بقوله (ع) دعوا و ذروا الثّاس اه يقتضى مشاركته الشّراء مع البيع فى ذلك كما صرح به فى حاشيه الارشاد و فى الرّياض لكن صرح فى الاخير بانه لم يقف على قائل بالمشاركه فلذا حكم باولويه تخصيص الحكم بالبيع و لكنه مع ذلك احتتمل الاشتراك فى الكراهه نظرا الى قاعده التسامح فى أدلتها و الاكتفاء فيها بمثل ذلك التّعليل و قد يدعى انّ قول الفاضلين و الشّهيد فى بيع و مع و د و عه يكره ان يتوكل حاضر لباد يفيد المشاركه لإطلاق العبارة فيكون العامل بها جماعه من فحول الاصحاب فلا يتجه دفع التّعليل بعدم ظهور القائل بالمشاركه نعم يظهر من المنتهى عدم جريانه فى محلّ البحث و فيه اشكال و التّحقيق ان لا يحكم بالمشاركه على تقدير كون الحكم الحرمة لضعف سند الرّوايه المشتمله على التّعليل فلا يخصّص بها الاصل المقطوع باعتباره و المؤيد بفتوى جماعه بعدم المشاركه من غير نقل خلاف فيه و ان كان الحكم الكراهه فلا باس بالحكم بالمشاركه لقاعده التسامح فى أدلّه الكراهه و كك الكلام فى الحاق الصّالح و الاجازه بالبيع

#### **الخامس لو قلنا بالحرمة فى محلّ البحث و اتفق انّ الحاضر باع للبادى**

و خالف النهى فهل يفسد ذلك او لا صرّح بالثّانى فى المبسوط و الغنيه و التحرير و المنتهى و لك و ضه و الرّياض و غيرهم و

لهم ما تمسك به في المنتهى من ان الاصل الصّحّه و انّ النهى لمعنى في غير المنهى عنه و أنّه لا يدلّ على الفساد و صرح في الرّياض بأنّه لو سلم دلّالته على الفساد فلا- يقتضى الفساد هنا لتعلقه بالخارج و لعلّه اراد هذا في المنتهى من قوله و انّ النهى لمعنى اه و قد يناقش فيما ذكر بان الاصل في المعاملات التسامح كما بيّناه في كتبنا الاصوليه لا يقال العمومات الدّاله على صحّه البيع من نحو

ص: ٢٩٣

قوله تعالى أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبَا وَ أَوْفُوا بِالْعُقُودِ يقتضى الصّحّه هنا فيخصّص بها الاصل المتقدم اليه الاشاره لكونها اخصّ منه مط و اقوى منه دلّاله قطعاً و هذا هو مراد المنتهى من الاصل لأننا نقول هذه العمومات مدفوعه بالنّهى الوارد في النّص سواء قلنا بأنّه يقتضى الفساد في المعاملات أم لا اما على الاوّل فواضح و اما على الثّاني فلأنّ النهى المذكور يمنع من شمول تلك العمومات الذى هو مقتضى الصّحّه لمحلّ البحث و ذلك لامتناع اجتماع حليه البيع التى هى مفاد الايه الاولى مع حرمة التى هو مقتضى النهى المذكور و امتناع وجوب الوفاء بالعقد الذى ثبت حرمة كما صرح به جدى ق ره فى بعض فوائده و اذا لم تشتمل العمومات المذكوره لمحلّ البحث انتفى مقتضى الصّحّه فيبقى اصاله الفساد سليمه عن المعارض فيجب المصير اليه كما حكى عن بعض العامه محتجاً بالنّهى على ما يظهر من المنتهى و هو احتجاج فى غايه الجوده و لكن قد يجاب عنه اولاً- بالمنع من اقتضاء النهى الفساد فى المعاملات كما حَقّق فى الاصول و بالمنع من امتناع وجوب الوفاء بالعقد المحرم لاختلاف متعلّق الامر و النهى كما لا يخفى فان متعلّق النهى نفس ايقاع العقد و الاتيان بهذا الفعل و ليس هذا متعلّق الامر بالوفاء فى شىء بل انما يتعلّق بالعقد الواقع حراماً كان او مباحاً و لا يمنع عقلاً و لا شرعاً و لا عاده وجوب الوفاء بالعقد و ان كان حراماً و لا يمكن ان يقال المتبادر من الآيه الشريفه العقد الحلال لأنّ لفظ العقود جمع معرف بالعام و هو موضوع للعموم و من القواعد المقرره ان العمومات لا تنصرف الى الافراد الشائعه فالايه تشتمل محلّ البحث فيثبت مقتضى الصّحّه فيجب الحكم بها و يعضد ذلك عدم ظهور قائل من الاصحاب بالفساد هنا بل الظاهر عدمه و الا لتقل و لم اجد احدا اشار اليه بوجه و ثانياً بان الاحتجاج المذكور لو تم فأنما يتم لو كان متعلّق النهى المذكور نفس البيع و هو ممنوع بل متعلّقه نفس السمسره و التوليه و التوكّل للبادى و ذلك امر خارج عن البيع و النهى اذا تعلق بالخارج لا يقتضى الفساد و ان قلنا باقتضائه الفساد فى المعاملات كما اشار اليه فى الرّياض الّا ان يقال هو ح يقتضى فساد الوكاله و السمسره و التوليه بناء على كون النهى يقتضى الفساد فى المعاملات و اذا فسدت كان عقد الحضرى للبادى من غير توكيل شرعى فيلزم كونه فاسداً خصوصاً على القول ببطلان معامله الفضولى و فيه نظر و كيف كان فالاقرب ما عليه الاصحاب الحكم بالصّحّه السّادس صرح فى المنتهى بأنّه لو اشار الحاضر على البادى من غير ان يباشر البيع فالوجه الكراهيه محتجاً بانّ التعليل يتناوله فيدخل تحت النهى و هو جيّد

## القول فى العوضين

منهل اختلف الاصحاب فى توقّف صحّه بيع ما يقصد طعمه او رائحته و لا يفسده الاختبار

## اشاره

كالعسل و الدّبس و المسك و ماء الورد على اختباره بالذوق او الشم على قولين الاول انه يتوقّف عليه و لا يصح الا به و هو

للمحكى فى المهذب و المقتصر عن الشيخين و الحلبي و الديلمى و القاضى و ابن حمزه الثانى أنه لا يتوقف عليه و يصح بدونه و هو للتأفيع و يع و شاد و عد و ير و لف و الايضاح و س و عه و جامع المقاصد و ضه و لك و المختصر و مجمع الفائده و الكفايه و ض بل صرح فى جامع المقاصد بانه المشهور بين الاصحاب للأولين و جهان احدهما اصاله الفساد بدون الاختبار و ثانيهما ان البيع بدون الاختبار غرر و قد روى عن النبى (ص) النهى عن الغرر و قد يناقش فى كلاله الوجيهين اميا فى الاول فبان دفاعه بادلّه القول الثانى و اما فى الثانى فالاولا بالمنع من المقدمه الاولى لأنه معلوم الوصف من حيث الطبيعه فان العلم بالعله يستلزم العلم بالمعلول و الاصل عدم سبب خارجى مزيل لحكم الطبيعه فلا غرر كما فى الاغرار اذا اكتفى برؤيه ما يدلّ بعضه على باقيه كظاهر الصبره و انموذج المتماثل و ثانيا بالمنع من المقدمه الثانيه و الروايه المذكوره لا تنهض باثباتها لضعفها سندا و قصورها دلالة لا- يقال قامت الادله على ان الجهاله فى البيع مفسده لأننا نقول لا نسلم كليه الكبرى اذ ليس المراد باصل شرط العلم بالبيع ان يرتفع الجهاله عنه بكل وجه و قد اشير الى ما ذكر فى القواعد و الايضاح و جامع المقاصد و لك و الروضه و الرياض و للآخرين وجوه منها العمومات الداله على حل البيع و الاكل بالتجاره و لزوم الوفاء بالعقود و الشّروط و سلطنه المالك على ملكه مط و الاصل عدم تخصيصها فى محلّ البحث و منها ان الاختبار بذلك لو كان شرطا شرعا لاشتهر لتوفّر الدواعى عليه و التالى بط فالمقدم مثله و منها ان الاختبار بذلك يفضى الى اتلاف شىء كثير من مال البائع فيحصل الضرر به لو كان شرطا و الاصل عدمه لعموم ما دلّ على نفي الضرر فى الشريعة و منها ما ذكره فى جامع المقاصد من ان بعض الاصحاب صرح بوجود روايه تقتضى الصّحه من غير اختبار و لا وصف مع التراضى على ذلك و هى و ان كانت ضعيفه بالارسال الا ان ذلك منجر بالشهره التى لا يبعد معها دعوى شذوذ المخالف و يؤيده اولا بانه قد يدعى نفيه كما اشار اليه والدى العلامه مدّعيا ظهور عباره الشّرخين و القاضى فى القول الثانى و ثانيا مجمله على اراده نفي اللزوم من نفي الصّحه التى فى كلام غيرهم ممّن ظاهرهم المخالفه معللا بشيوع استعمال ذلك فى عباره القدماء و بشهاده بعض القرائن به فاذن المعتمد هو القول الثانى و

### ينبغى التنبه على امور

#### الاول هل يصح ابتياع الجنس المفروض من غير اختبار

و لا وصف فلا يكونان شرطين فى الصّحه او لا يصح الا باحد الامرين فلو خلا عنهما فسد اختلاف الاصحاب فى ذلك فالعلماء و الشّهيديان على انه لا يتوقف على شىء من الامرين و يصح بدونهما و هو المعتمد للعمومات المتقدمه و حكى عن بعض القول بالتوقف على احد الامرين قيل هو منقول عن الشّرخين و سلار و التّقى و القاضى و ابن حمزه و الاول مذهب المحقق و العلامه و من تاخر عنهما

#### الثانى هل يجب الاختبار بالذوق و الشم تبعا

بمعنى ترتب الاثم على تركه دون الفساد او لا الظاهر من المعظم الثانى و ربما يظهر من التّهايه و المحكى عن المفيد و القاضى الاول و هو ضعيف للأصل المؤيد بندره الوجوب التعبدى فى امثال المفروض لا يقال تعارض ما ذكر خبر محمّد بن العيص قال سئل ابا عبد الله (ع) عن رجل يشتري ما يذوقه قبل ان يشتريه قال نعم فليذقه و لا يذوق ما لا يشتري لأننا نقول هذا لا

يصلح للمعارضه لضعفه سندا و قصوره دلالة لظهور كون الامر بالذوق هنا و ارادا مورد توهم الحظر و هوح لا يفيد الا الاباحه  
كما يتناه في كتبنا الاصوليه

### الثالث اذا اريد اتباع الجنس

المفروض

ص: ٢٩٤

من غير اختبار و لا وصف فهل يجب ان يكون مشاهدا فلا يصح بدونه او لا يجب ذلك بل يصح بدونه قولان الاول انه يجب المشاهده و هو لجامع المقاصد و ظ لك و صرح في الاول بانه مقتضى عباره ابن ادريس و لف الثاني انه لا يجب المشاهده و يصح بدونها و هو لظ المقدس الأردبيلي بل كل من لم يصرح بوجوبها من الاصحاب للأولين وجوه منها الاصل و منها خبر عبد الاعلى و محمد بن سنان و فيهما نبئنا عن ابي جعفر (ع) انه كره شراء ما لم تره و منها ما تمسك به في جامع المقاصد من عموم نفى الغرر اذ بدون المشاهده يلزم الغرر و الجهاله لعدم حصول العلم بالغلظه و الرقه و اللون ثم صرح بان عبارات الاصحاب ليس فيها ازيد من بيعه بغير اختبار و لا وصف و في بعضها من غير اختبار فقط و هو لا يدل على عدم اعتبار المشاهده فيكون اعتبار المشاهده مستفادا من عدم جواز بيع المجهول و للآخرين العمومات الداله على صحه البيع السليمه عن المعارض لعدم دليل على لزوم التعيين و رفع الجهاله من كل جهه و حيثه من الادله الاربعه و الحديث الناهى عن بيع الغرر ضعيف السند بالارسال فلا يصلح للحجيه سلما و لكنه قاصر الدلاله اذ لا نسلم ان كل جهاله غرر على ان كلما يعلم بالمشاهده يمكن العلم بطريق اخر فلا وجه لإيجابها بالخصوص و قد اشار الى ما ذكر المقدس الأردبيلي و اما خبرا عبد الاعلى و ابن سنان فضعيفان سندا قاصران دلالة كما لا يخفى فاذن القول الثانى فى غايه القوه و لكن الاحوط مراعات الاول

### الرابع اذا ترك الاختبار بالذوق و الشم

و قلنا بالصيحه بدونه كما هو الحق فان خرج صحيحا فالبيع لازم لا خيار فيه و ان اوهم ثبوته الحلّى فى لف عن الشيخين و هو ضعيف للأصل و عموم قوله أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و ان خرج معيبا تخير بين الرّد و الارش ان لم يتصرف فيه تصرفا زائدا على اختياره كما فى لف و التحرير و عد و س و عه و ضه و مجمع الفائده و الكفايه و ض بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه و ان تصرف فيه تصرفا زائدا على اختياره فصرح فى التحرير و القواعد و ضه و الكفايه و مجمع الفائده و الرّياض بانه لا يستحق ح الا الارش مط و حكى عن الديلمى التخيير بينه و بين الرّدح اذا كان المشتري اعمى و يستفاد من اطلاق لف و س التخيير هنا مطلقا

منهل لا اشكال و لا خلاف فى عدم توقّف صحه بيع ما يقصد طعمه على الاختبار اذا كان بما يفسده الاختبار

اشاره

كالمطبخ و البيض و اختلف الاصحاب فى توقّفها على اشتراط الصيحه و البراءه من العيوب على اقوال الاول انه لا يتوقّف على

شىء من الامرین بل یصحّ بدونهما و هو للشرائع و فع و لف و التحریر و عد و س و عه و المقتصر و لك و ضه و ض و حكاہ فی المہذب البارع و المقتصر عن الاكثر الثانى انه يتوقف على اشتراط الأخذ و هو لبعض الاصحاب و ربما استفاد من المحكى عن المفيد و المراسم و النہایه و زاد فیها اشتراط البراءه من العيوب أيضا و نحوه المحكى عن القاضى الثالث انه وقف على الامرین و هو للمحكى فى جامع المقاصد و غيره عن الشیخ و اتباعه و الاقرب عندى و هو القول الاول لعموم قوله تعالى **أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَ أَوْفُوا بِالْعُقُودِ** و لأنه لو كان ذلك شرطا لاشتهر لتوفر الدواعى علیه و التالى بط قطعاً بل المعهود من سيره المسلمین عدم مراعات ذلك و لان معظم الاصحاب على عدم كون ذلك شرطا و المخالفون لهم قليلون بل يمكن تنزيل كلام اكثرهم على ما علیه معظم لعدم صراحه كلامهم فى المخالفه بل ربما يدعى عدم ظهوره فیها فينحصر المخالف فى نادر و لا عبره به مع أنه ربما اول كلامه بما ينطبق مع ما علیه معظم فلا خلاف ظاهراً فى المسأله و

### **ينبغى التنبيه على امور**

#### **الاول اذا اطلق و لم يشترط احد الامرین**

و خرج المبيع المفروض صحيحاً غير فاسد لزم البيع بلا خلاف بين كل من قال بصحة البيع المفروض مع الاطلاق و عدم اشتراط احد الامرین و كذا يلزم البيع لو شرط احد الامرین و خرج صحيحاً غير فاسد

#### **الثانى اذا اطلق و لم يشترط احد الامرین**

و خرج فاسداً و كان لفساده قيمه فيصح البيع ح و الظاهر أنه مما لا خلاف فيه بين كل من قال بصحة البيع المفروض مع الاطلاق و عدم اشتراط احد الامرین ثم ان المشتري اما ان يكون قد تصرف فيه بكسر و نحوه مما يوجب ظهور الفساد او لا فان كان الاول فصرح فى المراسم و ثر و فع و التحریر و س و عه و المہذب البارع و ضه و لك بأنه لا يستحق الا الارش ح و ربما يظهر من اطلاق النہایه التخيير بين الرّد و الارش و هو ضعيف بل المعتمد هو الاول و ان كان الثانى و ظهر الفساد بامر اخر فصرح فى النہایه و التحریر و المہذب البارع بأنه يتخير بين الارش و الرّد و استفاد من اطلاق المراسم تعيين الارش ح و هو الاحوط

#### **الثالث اذا باع بشرط البراءه من العيوب و خرج فاسداً**

و لم يكن لفساده قيمه فهل يصح البيع او يكون فاسداً اختلف الاصحاب فيه على قولين الاول أنه يصحّ و هو للمحكى عن الشیخ و اتباعه و لهم على ذلك عموم ما دلّ على لزوم الوفاء بالعقود و الشروط الثانى انه لا يصحّ و يرجع المشتري بالثمن و هو للسرائر و التحریر و فع و س و عه و جامع المقاصد و لك و ضه و ض و لهم وجوه منها الاصل و لا يعارضه العموم المتقدم اليه الاشاره لعدم معلوميته انصرافه الى محلّ البحث فت و منها ما ذكره فى جامع المقاصد و لك و الرّياض من ان الشرط المذكور مناف لمقتضى العقد اذ لا شىء فى مقابله الثمن ح فيكون اكل مال بالباطل فيحتجّ ح بطلان الشرط و اورد عليه بحصول التراضى بذلك فيكون كدفع مال بغير عوض و اجاب عنه فى الرّياض بمنع ذلك مع هذا الشرط المشعر ببقاء ماليه فى المبيع فان العيب



فرع بقائها فيه و لا يجوز اطلاقه مع انتفائها رأساً مع عدم تماميته للمنع عن الرجوع على تقدير تسليمه فيما لو بقي الثمن و كان البائع ممن لم يلزم الهبه له فان الدفء ح كهبه مال بغير عوض فيجوز الرجوع فيه و منها فحوى ما دلّ على بطلان البيع بجهاله العوضين و ما دلّ على بطلانه بعدم اشتمال الثمن على المنفعه المعتدّ بها عند العقلاء و يعضد جميع ذلك مصير معظم المتأخرين الى هذا القول فهو فى غايه القوّه و عليه ينبغى الحكم باولويه الفساد فيما اذا لم يشرط الشرط المذكور و خرج معيياً و لم يكن له قيمه بعد ظهور العيب هل يكون العقد فى هذه الصوره و الصوره السابقه منسوخاً من اصله او يطرء عليه الفسخ بعد ظهور الفساد اختلف الاصحاب فيه على قولين الاول انه يكون مفسوخاً من اصله و هو للروضه و ض و صرح فى س بانه ظ الجماعه الثانى انه يكون مفسوخاً من حين ظهور الفساد و هو للدروس و يظهر من اللعمه و لك التوقف و الاقرب عندى هو القول الاول لما ذكره فى ضه و الرياض من ان ظهور الفساد كشف من عدم المالىه من حين البيع فى نفس الامر لا انه حدث عدمها من حينه

ص: ٢٩٥

و الصّحه مبتيه على الظاهر ينتفى بانكشاف الفساد فيكون كابتياح الخمر على انه خل ثم انكشف خمريتها و اختلفوا فى بيان فائده هذا النزاع فقيل يظهر فائده هذا النزاع فى مؤنه نقله عن الموضع الذى اشتراه الى موضع اختباره فعلى تقدير كون العقد مفسوخاً من اصله يكون على البائع و على تقدير كونه مفسوخاً من حين ظهور الفساد يكون على المشتري لوقوعه فى ملكه و قد يناقش فى الاول بانه و ان كان ملكاً للبائع ح لكن نقله بغير امره فلا يتجه الرجوع عليه بالمثونه و كون المشتري هنا كجاهل استحقاق المبيع حيث يرجع بما عزم انما يتجه مع الغرر و هو منتف هنا لاشتراكهما فى الجهل و قد صرح بما ذكر فى لك و اشار اليه فى جامع المقاصد فعلى المختار لا يرجع على البائع بشىء للأصل المؤيد بعموم نفي الضرر و بخلو التصوص عن الاشاره الى جواز الرجوع و قيل يظهر الفائده أيضاً فيما لو تبرأ البائع من عيبه فيتجه كون تلفه من المشتري على الثانى دون الاول و اورد عليه فى ضه بان صحه الشرط مشكل على تقدير فساد الجميع لمنافاته لمقتضى العقد اذ لا شىء فى مقابله الثمن فيكون اكل مال بالباطل و قيل يظهر الفائده فيما لو رضى به المشتري بعد الكسر و اورد عليه فى ضه بان الرضا بعد الحكم بالبطلان لا اثر له و قيل يظهر الفائده فيما لو حلف ان لا يبتاع يبعاً صحيحاً فانه يحث على الثانى لا الاول

**منهل اختلف الاصحاب فى صحه بيع المملوك من سمك الاجام المجهول قدره المقدر على تسليمه لغير المشاهد**

**اشاره**

اذا انضم اليه القصب المشاهد الذى فيها على اقوال الاول انه لا يجوز مط و هو للنافع و يع و التحرير و عد و الارشاد و المحكى عن الشيخ و الحلبي الثانى انه يجوز مط و هو للنهائيه و الغنيه و الكفايه و المحكى عن القاضى و ابن حمزه و قيل يميل اليه المحقق الأردبيلي فى مجمع الفائده الثالث انه يجوز ان كان المقصود بالذات فى البيع القصب دون السيمك و لا يجوز ان لم يكن كك و هو للمختلف و جامع المقاصد و حاشيه الارشاد و الروضه و المقتصر و الرياض و عزاه فى لك و مجمع الفائده و غيرها الى المتأخرين و الاقرب عندى هو القول الثانى لوجوه منها عموم قوله تعالى **أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَ أَوْفُوا بِالْعُقُودِ** و قوله (ع) **النَّاسُ مَسْلُطُونَ عَلَى أَمْوَالِهِمْ وَ الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ وَ مِنْهَا تَصْرِيحُ ابْنِ زَهْرَةَ فِي الْغَنِيِّ بِدَعْوَى الْجَمَاعِ عَلَى جَوَازِ بَيْعِ سَمَكِ الْجَامِ مَعَ مَا فِيهَا مِنَ الْقَصَبِ مِنْ غَيْرِ تَفْصِيلٍ وَ تَصْرِيحُهُ بِأَنَّهُ مِمَّا رَوَاهُ أَصْحَابُنَا وَ يَعْضُدُهَا الشَّهْرُ الْعَظِيمُ بِلِ الْمَخَالَفِ فِي صُورِهِ كَوْنِ الْمَقْصُودِ بِالذَّاتِ الْقَصَبِ شَاذٌ وَ بَلْ غَيْرُ مَعْلُومِ الثَّبُوتِ وَ مِنْهَا خَيْرُ مَعَاوِيَةَ بْنِ عَمَّارٍ وَ عَنِ الصَّادِقِ (ع) قَالَ لَا بَأْسَ بَانَ يَشْتَرِي**

الانسان الاجمه اذا كان فيها قصب لا يقال لا يجوز الاعتماد على هذه الروايه لضعف سندها باشتمالها على الحسن بن سماعه فأنه فاسد المذهب لأننا نقول ضعف السند هنا غير قادح لانجباره بالشهره العظيمه و لو فى الجملة و مع هذا فالحسن بن سماعه و ان كان فاسد المذهب الا أنه ثقه فيجوز الاعتماد عليه بناء على المختار من حججه الموثق و لا يقال المقصود بيع السمك الذى فى الاجمه مط و لا دلالة للروايه عليه لأن غايه ما يستفاد منها جواز بيع الاجمه و هو غير مقصود هنا فما هو المقصود لا دلالة للروايه عليه و ما هو مدلول الروايه ليس بمقصود فلا يجوز الاعتماد عليها هنا لأننا نقول هذا الايراد مدفوع بما ذكره فى غايه المراد من ان الظاهر أنه اراد سمك الاجام اذ ليس السؤال عن نفس الاجام و لا بد من اضممار اميا السمك او القصب للاتفاق على ان غيرهما غير مراد و لا جائز ان يضم القصب و الا لم يكن فى التقييد به فى الجواب معنى و سياق الأحاديث يدل على ان المراد بالاجمه السمك كما فى روايه الحسن بن سماعه عن بعض اصحابنا عن ذكرىا عن ابى بصير عن ابى عبد الله (ع) فى شراء الاجمه ليس فيها قصب و انما هى ماء قال يصيد كفا من سمك و يقول اشترت منك هذا السمك و ما فى هذه الاجمه بكذا و المفهوم منه أنه لو كان فيها قصب لجاز و يؤيده روايه احمد بن محمد بن ابى نصر عن بعض اصحابه عن ابى عبد الله (ع) اذا كانت اجمه ليس فيها قصب اخرج شيئا من السمك فيباع ما فى الاجمه و ان كان فى طريقها سهل و لكن اعتضادها بغيرها و اشتهارها مرجح و منها ان البيع المفروض لو كان فاسدا مط او فى الجملة لتظافت الاخبار به و التالى بط فالمقدم مثله و منها ما ذكره فى غايه المراد من أنه قد ظهر اثر الانضمام فى الآبق قطعا و فى اللبن مع المحتلب فى روايه سماعه و فى الحمل مضافا الى الصوف فى روايه ابراهيم الكرخى و بالجملة الضميمه تؤثر فى صحه البيع فى كثير من المقامات فكذا هنا عملا بالاستقراء و بالفحوى و فيه نظر لا- يقال يعارض ما ذكر عموم ما دل على عدم جواز بيع المجهول و ما فيه الغرر لأن المبيع فى محل البحث مجهول و يترتب على بيعه الغرر و الضميمه لا يخرجها عن الوصفين لما صرح به فى السرائر و لك من ان المعلوم اذا اضيف الى المجهول و المجهول الى المعلوم صير ذلك المعلوم مجهولا- لأننا نقول ما ذكر لا- يصلح للمعارضه اميا اولا فللمنع من تحقق الجهاله و الغرر مع الضميمه المذكوره كما صرح به فى الغنيه مستشهدا على ذلك بجواز بيع الثمره الموجوده بعضها و المتوقع وجوده فيها و بجواز بيع طلع النخل الذى لم يؤثر بيع اصوله و ان كان فى الحال معدوما و قد ادعى على جواز الامرين الاجماع و اما ثانيا فللمنع من كليه عدم جواز بيع المجهول و ما فيه الغرر لفقد الدليل عليها فالعموم ممنوع كما اشار اليه فى ض مستشهدا على ذلك بصحه معامله فى نحو البناء و السكنى مع تحقق الجهاله فى حيطانها و اساسها و اما ثالثا فلان العموم المذكور على تقدير تسليم

وجوده معارض بالعمومات المتقدمه الداله على صحه ذلك تعارض العمومين من وجه كما لا- يخفى و الترجيح مع هذه العمومات و بها يدفع اصله الفساد المتفق عليها فت و

**ينبغى التنبيه على امور**

**الاول اذا لم يضم الى السمك المفروض ضميمه اصلا لم يجز بيعه**

و لم يصح كما فى النهايه و المبسوط و فع و يع و التحرير و د و عد و عه و لك و مجمع الفائده و غيرها بل الظاهر أنه مما لا خلاف فيه بل عليه الاجماع فى صريح الثانى و الخامس و المحكى عن ضه و ظ التاسع و العاشر و غيرها و احتج عليه فى الاول

### الثانى السمك الذى فى الاجمه اذا كان مملوكا و محصورا و مشاهدا

و ممّا يمكن قبضه و بالجمله اذا كان مستجمعا لجميع شرائط البيع صحّ بيعه كما فى التحرير و مجمع الفائده و ض و غيرها بل نفى عنه الخلاف فى الثالث و غيره اذ غايه ما فيه اطلاق جمله من الكتب المنع من بيعه و هو ممنوع لعدم انصرافه الى محلّ البحث لان الغالب غيره كما صرح به فى الرياض

ص: ٢٩٦

### الثالث صرح فى جامع المقاصد و حاشيه الارشاد

و لك بان الاجام جمع اجمه و هى غابه القصب

منهل اذا قام الحرب بين المؤمنين و اعداء الدين فلا يجوز بيع السلاح لهم ليستعينوا به على قتال المؤمنين

### اشاره

كما صرّح به معظم الاصحاب و لهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه كما صرّح به فى مجمع الفائده و منها تصريح المهذب البارع و الرياض بدعوى الاجماع عليه و منها عموم قوله تعالى وَ لَا تَعَاوَنُوا عَلٰى الْاِثْمِ وَ الْعُدُوَانِ و منها جمله من الاخبار احدها خبر السراد عن ابى عبد الله (ع) قال قلت انى ابيع السلاح قال لا تبعه فى فتنه و ثانيها خبر السيراج قال قلت لأبى جعفر (ع) اصلحك الله انى كنت احمل السلاح الى اهل الشام فابيعه منهم فلما عرفنى الله هذا الامر ضقت بذلك و قلت لا احمل الى اعداء الله فقال لى احمل اليهم و بعهم فانّ الله عزّ و جل يدفع به عدونا و عدوكم يعنى الزوم فاذا كان الحرب بيننا فمن حمل الى عدونا سلاحا ليستعينون به علينا فهو مشرك و ثالثها خبر ابى بكر الحضرمى قال دخلنا على ابى عبد الله (ع) فقال له حكم السيراج ما ترى فيما يحمل الى الشام من السيراج و اداتها فقال لا باس انتم اليوم بمنزله اصحاب رسول الله (ص) انكم فى هدنه فاذا كانت المباينه حرّم عليكم ان تحملوا اليهم السلاح و السروج لا يقال هذه الاخبار ضعيفه الاسناد فلا يصحّ الاعتماد عليها لأننا نقول ضعفها منجبر بالشهره فيصحّ الاعتماد عليه و مع هذا فقد وصف والدى العلامة قدّس سرّه الزوايه الاخيره بالحسن بل الصحه و اذا لم يكن الحرب قائما بين الفريقين و لم يكونوا متهيئين له و لم يقصد بيع السلاح لأعداء الدين الاعانه على المحرم فهل يحرم بيعه لهم ح او لا- اختلف الاصحاب فيه على قولين الاول انه يحرم و هو للمحكى عن الشيخين و الديلمى و الحلّى الثانى انه لا يحرم و هو لصريح الحلّى و المحقق الثانى و الشهيد الثانى و الفاضل الخراسانى و يمكن استفادته من النافع و يع و المنتهى و التحرير و القواعد و د و س و عه و مجمع الفائده للأولين خيرات احدهما ما رواه فى الوسائل عن ق باسناده عن حماد بن عمرو و انس بن محمّد عن ابيه جميعا عن جعفر بن محمّد عن آبائه عليهم السلام فى وصيه النبى (ص) بعلى عليه السلام قال يا على كفر بالله العلى العظيم من هذه الامه عشره اصناف الى ان قال و بايع السلاح من اهل الحرب و ثانيهما المروى فى الوسائل عن

كتاب على بن جعفر عن اخيه موسى (ع) قال سألته عن حمل المسلمين الى المشركين التجاره قال اذا لم يحملوا سلاحا فلا باس و رواه أيضا عن قرب الاسناد و قد يجاب عن هذين الخبرين اما عن الأوّل فاولا بضعف السّند و ثانيا بضعف الدلاله بعد ظهور الاتفاق على ان مجرد بيع السّلاح من اهل الحرب ليس كفرا حقيقه فيدور الامر بين ارتكاب التجوز في الحكم بالتكفير مط او التقييد بصوره يمكن فيها الحكم بكفر البائع شرعا كما اذا باعه مستحلا لقتال المؤمنين اذ يقصد تضعيف الدّين و لا شك أنّ التقييد اولى و لئن تنزّلنا فلا أقلّ من التوقف و مع هذا يسقط الاحتجاج أيضا كما لا يخفى و اما عن الثّاني فبالمنع من الدلاله اذ غايته ثبوت البأس في حمل السّلاح الى المشركين و هو اعمّ من الحرمة كما عليه جماعه منهم صاحب المدارك و الذخيره لا يق قد صرّح جماعه من اهل اللغه بان البأس العذاب و هو لا يكون الا على ارتكاب المحرّم فتكون الروايه ظاهره في حرمة بيع السّلاح للمشركين مط لأننا نقول في العرف لا يدلّ على ذلك فان قلنا بتقديمه على اللّغه فلا اشكال في عدم دلاله الروايه على ذلك و كك ان توقفنا في تقديمه عليها و ان قلنا بتقديمها عليه تكون الروايه ظاهره الدلاله على ذلك و لكن لا يمكن التعويل على هذا الظاهر لأنّه لا يصلح لمقاومه خبرى السّيراج و ابى بكر الحضرمى المتقدّمين لتصريحهما باباحه بيع السلاح في غير صورته تمام الحرب بين المؤمنين و اعداء الدين و هذه الروايه على تقدير المفروض انما يدل باطلاقها على المنع من ذلك في هذه الصوره و من البين ان المقيد حاكم على المطلق لا يقال الخبران المقيدان لا يصلحان للحجيه لضعفهما سندا فيبقى اطلاق روايه على بن جعفر سليما عن المعارض المعترف لأننا نقول ضعف سند الخبرين على تقدير تسليمه منجبر بالشهره فيصلحان للحجيه و لتقييد اطلاق روايه على بن جعفر على أنّه قد يناقش في اعتبار سندها لان طريق صاحب الوسائل الى كتاب على بن جعفر غير معلوم فت و هذا ممّا يضعف الاعتماد على هذه الروايه ان المحدثين الثلاثة مع كثره اطلاعهم على الاخبار و قرب عهدهم من

زمن الائمة الاطهار (ع) لم يذكروها في كتبهم الاخبار على الظاهر و أيضا لم اجد احدا من محققى الاصحاب نقلها و للآخرين وجوه منها اصاله الاباحه و منها عموم ما دل على حليه البيع و منها ان بيع السّلاح لأعداء الدين لو كان حراما مط لاشتهر لتوفّر الدواعى عليه و الثّالى بط و منها جمله من الاخبار منها ما تقدم اليه الاشاره و منها الخبر انى رجل صيقل اشترى السيف و ابيعها من السّيلطان جائز لى بيعها فكتب (ع) لا- باس و المعتمد عندى فى المسأله هو القول الثّانى الا ان الاحوط هو الأوّل و اذا كان الحرب قائما بين المسلمين و اعداء الدين فهل يجوز بيع السلاح لهم لا بقصد الاعانه بل بقصد التجاره و نحوها او لا فيه اشكال من اطلاق جمله من الزّوايات و من الاصل و عدم صحّه الروايات المطلقه سندا و كيف كان فالاحتياط ممّا لا ينبغى تركه و

**ينبغى التنبيه على امور**

**الاول لا فرق فى اعداء الدين بين كونهم كفارا او مسلمين**

كالخوارج و الغلاه و غيرهم و قد صرح بالتعميم المذكور فى المنتهى و عد و التحرير و حاشيه الارشاد و ضه و ض و كذا صرح به فى لك محتجا باشتراكهم فى الوصف و هو الاعانه على المحرم المنهى عنه و يظهر من المذهب البارح أنّ محل النزاع فى اطلاق التّحريم و اختصاصه بحال الحرب أنّما هو البيع لأعداء الدّين اذا كانوا مسلمين و اما الكفار فيحرم البيع لهم مط و هو خلاف ما يظهر من الاكثر من كون محل النزاع الاعم من الكافر و المسلم و بهذا يحصل الوهن فيما ادعاه من الاجماع

## الثانى الحق باعداء الدين قطاع الطريق

و المحاربون و نحوهم فى الدروس و جامع المقاصد و لك و الكفايه و ض و احتج عليه فى جامع المقاصد بانهم اعداء الدين باعتبار المخالفه و كونهم حربا و لكنه اعترف بأنه لا يخ من تكلف ثم ادعى ان الباعث عليه ثبوت تحريم البيع على الأصح و فيه نظر و احتج على ذلك فى الرياض بعموم قول الصادق (ع) فى خبر السراد لا تبعه فى فتنه و فيه ان الروايه ضعيفه السند قاصره الدلاله فلا- يجوز تخصيص الاصل و عموم ما دل على حليه البيع بها و لو قيل بدوران الحكم هنا و فى بيع آله الحرب للظالم مدار صدق الاعانه على الاثم كان قويا كما اشار اليه فى المنتهى فى الاخير

## الثالث لا فرق بين جميع اصناف آلات الحرب فيما ذكر

كما صرح به فى المنتهى و التحرير

## الرابع لو علم ان المخالف يستعين بالسلاح على قتال اهل الحرب

و اعداء الدين جاز بيع السلاح

ص: ٢٩٧

له ح كما صرح به فى س و لك و الكفايه و يقتضيه عبارته التهذيب و جامع المقاصد و يدل عليه ما ذكره فى الكفايه من الأصل و روايه هند السراج و اشار الى الاخير فى س و لك

## الخامس هل يجوز ان يباع لأعداء الدين ما يعد جنه لهم

كالدرع و الخفاف و البيضه و التحفاف مط او لا بل يحرم حيث يحرم بيع السلاح لهم صرح بالأول فى النهايه و فع و التحرير و عد و س و جامع المقاصد و حاشيه الارشاد و ضه و لك و لهم على ذلك وجوه منها الاصل و منها عموم ادله حليه البيع و منها المفهوم فى خبر على بن جعفر و منها ما تمسك به بعض على ذلك من خبر محمد بن قيس العدى وصفه فى المنتهى و غيره بالصيحه عن ابي عبد الله ع قال سألت عن الفئتين يلتقيان من اهل الباطل ابيعهما السلاح قال بعهما ما يكنهما الدرع و الخفين و فيه نظر لإمكان المناقشه فيه سندا و دلالة و التحقيق عندى ان يفضل فى المقام بان يقال ان كان بيع ذلك لهم لا يكون اعانه على المحرم فيجوز و ان كان اعانه عليه فلا يجوز كما هو ظ جماعه لعموم ما دل على حرمة الاعانه على الاثم المؤيد بالاعتبار و هو اولى من الادله المتقدمه و ان كان التعارض بينه و بين اكثرها من قبيل تعارض العمومين من وجه

## السادس اذا باع السلاح و غيره فى موضع التحريم

فهل يفسد البيع او لا- صرّح بالأوّل الشّهيدان و المحقّق الثّانى و المقدّس الأردبيلي و لهم وجوه منها اصاله الفساد و منها ما تمسك به المحقّق الثّانى و الشّهيد الثّانى بين رجوع النهى هنا الى ذات العوضين و نفسيهما و منها ما ذكره فى مجمع الفائده من ان الظاهر من النهى عدم التملك و عدم صلاحية المبيع لكونه مبيعا لا- مجرد الا- ثم كما فى بيع الغرر و فى جميع الوجوه المذكوره نظر الا ان يقال لا دليل على صحّه هذا البيع و ما دلّ على صحّه البيع من نحو قوله تعالى أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَ أَوْفُوا بِالْعُقُودِ لا يشملها امّا الأوّل فواضح اذ الحليه و الحرمة مما لا يجتمعان و امّا الثّانى فلبعد الامر بالوفاء بالعقود المحرمة فيبقى اصاله الفساد سالمه عن المعارض و فيه نظر بل احتمال الصحه فى غايه القوّه الا انى لم اجد به قائلا

### منهل اذا قبض المشتري ما ابتاعه بالعقد الفاسد الذى لا يوجب نقل الملك شرعا

#### اشاره

هل يكون مضمونا عليه و يكون هو ضامنا له اذا تلف مط فيجب عليه ح ان يرد على البائع المالك مثله او قيمته سواء كان مفردا فى حفظه و متعديا فيه أم لا- و سواء كان جاهلا بالفساد حين العقد أم عالما به و سواء كان البائع جاهلا بالفساد حين العقد أم عالما به او لا- يكون مضمونا عليه مط و لا- هو ضامن فى حال من الاحوال او يضمن فى حال دون حال و صوره دون اخرى احتمالات يظهر اولها من الشرائع و فع و التحرير و الارشاد و لف و عد و س و عه و جامع المقاصد و حاشيه الارشاد و المهذب البارع و المقتصر و الرّياض فأنها صرحت بان العوض بالمبيع الفاسد مضمون على المشتري و اطلقت و لم تفصل بين الصور و فى لك نفى الاشكال فى ضمانه اذا كان جاهلا بالفساد سوا كان البائع عالما به أم جاهلا ثم احتمال عدم الضمان لو علم البائع به او علما معا ثم صرح بان الضمان اولى لو كان البائع جاهلا و المشتري عالما ثم صرح بان الاقوى ثبوته فى جميع الصور و ربما يظهر من غايه المراد ان هذا القول مما صار الشيخان فى يه و عه و اتباعهما و الشّاميان و ابن ادريس و بالجمله هو المشهور بين الاصحاب و يظهر من الكفايه المصير الى الاحتمال الثالث فأنه صرح بانّ الحكم بالضمان على الاطلاق مشكل و كذا يظهر هذا من مجمع الفائده بانه صرح بانّ عدم الضمان فى صوره جهل المشتري بالفساد قوى و مع علم الاخر اقوى ثم صرح بان المشتري اذا علم بالفساد و بعدم جواز التصرف و وجوب ردّه الى مالكة معجلا يكون كالغاصب و المال كالمغصوب و اذا جهل الفساد او علم به و لم يعلم بوجود الردّ فى الحال لم يضمن و الاقرب عندي هو القول الأوّل الذى عليه المعظم و لهم وجوه منها ظهور دعوى الاتفاق على الضمان مط من مجمع الفائده و الكفايه و غيرهما فانهم نسبوا ذلك الى الاصحاب بلفظه عندهم و صرحوا و نحو ذلك و يعضد ما ذكروه الشّهرة العظيمه الّتى لا يبعد معها دعوى شذوذ المخالف مع انّ كلامه ليس صريحا فى المخالفه و على تقدير ثبوتها و مخالفه شاذه من متأخرى المتأخرين غير قادح فى الاعتماد على مثل هذه الشّهرة العظيمه بناء على المختار من اصاله حجّيه الظنّ و منها ما تمسك به فى لك و الرّياض من النبوى المرسل على اليد ما اخذت حتى تؤدى و ان الظاهر منه ان صاحب اليد الذى يأخذ مال غيره عليه ضمان الذى يأخذه حتى يؤدى ما عليه فيكون قوله عليه على اليد اه بمنزله قوله على عشرة دراهم لك او عليه المال الفلانى او على كذا و لا ريب انّ المستفاد من ذلك عرفا و لغه اشتغال الدّمه بالمال بحيث يكون الواجب اداء عوضه عند التلف فيكون الرّوايه مفادها الحكم الوضعى و هو الضمان ابتداء لا- يقال هذه الروايه ضعيفه السيّد بالارسال فلا تصلح للحجّيه و لتخصيص اصالتى البراءه و عدم الضمان لأننا نقول ضعف السند هنا غير قادح اما اولا فلانجباره بما اشرنا اليه و الشّهرة العظيمه و اما ثانيا فلاشتهار الروايه فى كتب الاصحاب و تمسكهم على الضمان فى كثير من الابواب بحيث يحصل الظن بصحّتها و صدق صدورها بل ربما يمكن دعوى تواترها و قد اعترف باشتهارها فى مجمع الفائده و صرح فى

الرّياض و غيره و اما ثالثا فلان الشهيد الثّاني اسند الروايه الى المعصوم ع بقوله و لقوله ع على اليد و مثل هذا المرسل حجّيته لا تخلو عن قوه و لا- يقال لا نسلم دلالة الرّوايه على المدعى لاحتمال ان يكون المراد فيها الحكم التّكليفي المحض و هو و وجوب حفظ مال الغير الّذى اخذ منه حتّى يؤديه الى صاحبه لأنّ الظاهر تعلق لفظ على بلفظ يجب المحذوف و كون المحذوف فى لفظ ما اخذت الحفظ و رجوع الضّمير فى تؤدى الى نفس ما اخذت لأنه صله الموصول و هو لفظ ما فيما اخذت و جميع ما ذكر يقتضى ما ذكرناه مضافا الى انه لو اراد فيها الضّمان لزم ارتكاب بتخصيص العموم المذكور فيها باخراج الامانات الشّرعيه و المالكيه الّتى لا- ترتب عليها الضّمان و الاصل عدمه و لئن تنزلنا فنقول هذه روايه مجمله يحتمل اوجها و لا دليل على ترجيح بعضها على بعض فلا- يتّجه التمسّك بها فى اثبات حكم مخالف للأصل لأننا نقول الاحتمال المذكور ضعيف اما اولا فلانه خلاف الظاهر عرفا بل المفهوم منها هو بيان الضّمان و اما ثانيا فلان الّذى فهمه معظم الاصحاب او كلهم

هو اراده بيان الحكم الوضعى و هو الضّمان دون التّكليفى و هو و وجوب الحفظ و لذا تمسكوا بها على ثبوت الضّمان فى كثير من الموارد و جعلوها اصلا فى ذلك ككثير من العمومات المعتبره من الكتاب و السنّه و من الظاهر انهم لا يفهمون الا عن وجه معتبر و حجّه معتبره فيتّجه التمسّك و جعله جابرا للدلاله لو كان فيها قصورا كما ان اعتمادهم

ص: ٢٩٨

على الرّوايه يصح جعله جابرا لضعف سندها فيرتفع الاجمال و امّا ثالثا فلأنّه لو كان المراد منها بيان الحكم التّكليفى للزم ارتكاب التّخصيص باخراج من لا يتوجّه اليه هذا الحكم كالمجنون و الصّغير و العاقل و المعتقد أنّه مال خطأ و من يعجز عن و وجوب الحفظ و قد يناقش فى جميع الوجوه المذكوره و لكن دعوى ظهور دلالة الروايه على المدعى فى غايه القوّه و منها ما تمسّك بها فى لك و الرّوضه و ض من ان كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده و ان ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده و قد صرّح فى الاوّل بأنّ ذلك من القواعد المقرره فى هذا الباب و صرّح فى مجمع الفائده و فى الثالث و غيرهما من القواعد المشهوره و صرّح فى الثالث أيضا كسلطان المحققين بان معناه كما يضمن المشتري لو فات فى يده بمعنى انه يذهب من ماله و يلزم عليه ايصال الثّمّن الى البائع كك يضمن بفاسده و يلزم عليه رد المبيع و ايصاله الى البائع مع نمائه و قد يناقش فى هذه القاعده الّتى ليست مفادا له شريفه و لا- روايه معتبره و لا مما اجمع عليه الفرقة المحقه و لا مما قام عليه الحجّه العقليه القاطعه و بالجملة لا مستند لها من شىء من الادلّه الاربعه فلا يجوز الاستناد اليها فى شىء من الاحكام الشّرعيّه و قد صرّح فى مجمع الفائده بأنّ صحّتها غير ظاهره و تأميل فيها الشّيخ محمّد فى حاشيه ضه و لكن مخالفه المشهور جراه عظيمه فانهم لا يعتمدون الا على ما قام الدليل القاطع عليه غالبا و ان قيل رب مشهور لا اصل له فت و منها ما تمسّك به فى جامع المقاصد و لك من أنّه اقدم على ان يكون مضمونا عليه فيحكم عليه و ان تلف بغير تفريط و فيه نظر و منها انّ البائع المالك للعين المنتقله الى المشتري بالبيع الفاسد اذا زعم ضمان المشتري مط و استحقاقه من المشتري قيمه تلك العين مع تلفها و اوقع على ذلك قيمه عقدا لغير ذلك المشتري كما اذا صالح مع عمرو على شىء بما يستحقه من المشتري من قيمه التالف كان ذلك العقد صحيحا لعموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و لا معارض له فى المقام و صحه هذا العقد يستلزم كون المشتري ضامنا مع تلف العين كما لا يخفى هذا و يؤيد العموم المذكور عموم قوله (ع) المؤمنون عند شروطهم و منها ما اشار اليه فى مجمع الفائده و الرّياض من ان المشتري مع علمه بالفساد و عدم جواز التصرف و وجوب الرّد الى المالك معجلا يكون كالغاصب فيثبت عليه ما يثبت على الغاصب من الضّمان و فيه نظر و منها ما ذكره فى الرّياض بعد نفيه الرّيب فى الضّمان مع علم المشتري بالفساد و عدم جواز

التصرف و وجوب الحفظ و الرد على المالك و حكمه به مع الجهل به او العلم مع عدم العلم بوجوب الرد في الحال من ان القبض تصرف في ملك الغير بغير اذنه من حيث اختصاصه في محل الفرض يزعم صحه معامله فاذا انتفت انتفى الاذن المترتب على زعمها فيكون التصرف في العين ح و اكلها اكل مال بالباطل لانحصار وجه المحل في كون معامله بيعا او تجاره عن تراض او هبه او غيرها من وجوه التراضي باكل المال من غير عوض و ليس الاولين بمقتضى الفرض و كذا البواقي للقطع من جهة الزعم المتقدم بعدم الرضا بالتصرف مع عدم بذل شىء في المقابل فالرضا المتقدم كالعدم و ذلك واضح و احتمال اللاحق بالمعاطات في عدم لزوم قيمه الفئات و الاكتفاء عنها بالعوض المبذول بالرضا في المقابل كما في عباره بعض الاصحاب غير جيد بناء على عدم الدليل على الاكتفاء بالعوض و لزومه بمجرد الرضا السابق بل يترتب على العقود الناقله بشرائط الصيحه و هى هنا مفقوده فان تراضيا بالبدلين بعد العلم بالفساد و استمر رضاهما فلا كلام فيما ذكر و ان انتفى فالاكتفاء بالرضاء السابق في لزومه يحتاج الى التأمل سيما مع العلم بان المنشأ زعم صحه معامله فبعد كشف الفساد و عدم الرضاء بعده لم يكن هناك رضاء في الحقيقه فلكل منهما رجوع الى المال و بذله مع التلف فان الناس مسلطون على اموالهم و لا فرق في الاموال بين الموجوده و التالفه بمقتضى اطلاق النص و صريح الجماعه فالقاعدته المتقدمه المشهوره على اطلاقها مع اشتهاار العمل بها كك لا يكاد يختلجها ريبه و لا تدانيه شبهه فالمناقشه فيها مط او في الجملة فاسده و لو لا الاجماع في مسئله المعاطات على عدم الرجوع في العين التالفه لكان اللّازم فيها الرجوع الى هذه

القاعده و لكن الاجماع مانع و فارق بينها و بين المسأله فقياسها بها مع بطلانها قياس مع الفارق و عندى في جميع ما ذكره نظر فت و منها انه لو لم يضمن المشتري يلزم ترتب الضرر العظيم على البائع في صورته حمله بالفساد و كون التلف من جهة المشتري باعتبار تصرفه في عين المال تصرفا متلفا له و الاصل عدمه لعموم قوله (ع) لا ضرر و لا ضرار لا يقال قد يترتب الضرر على المشتري باعتبار الحكم عليه بالضمان فيعارض هذا ما تقدم لأننا نقول ما تقدم اولى بالترجيح بعد ظهور عدم التفصيل في المسأله بين الصور من هذه الجبهه و لاعتضاده بالشهره العظيمه كما لا يخفى و

**ينبغي التنبيه على امور**

**الأول اذا كان التالف الذى ضمنه المشتري باعتبار قبضه له**

قبل التلف بالبيع الفاسد قيما فالظاهر انه لا خلاف بين الاصحاب في انه يضمن بالقيمه فان اتحدت فلا اشكال و ان اختلفت باعتبار الازمته سوكا لا لنقص في العين او زياده فاختلفت الاصحاب في تعيين المعتمد منها على اقوال الاول ان المعتمد هو قيمه يوم التلف و هو للإرشاد و حاشيته و جامع المقاصد و لك و ضه و مجمع الفائده و الرياض و المحكى في غايه المراد عن الشيخين و اتباعهما و صرح في الرياض بانه الاشهر الثاني ان المعتمد هو قيمه يوم القبض و هو للشرائع الثالث ان المعتمد اعلى القيم من يوم القبض الى يوم التلف و هو للمحكى عن ابن ادريس الرابع ان المعتمد قيمه يوم الابتياح و يظهر من التحرير انه قول الشيخ للقول الاول وجوه منها ما تمسك به في غايه المراد و جامع المقاصد و حاشيه الارشاد و مجمع الفائده و الرياض و غيرها من ان الواجب مع وجود العين ردها و الانتقال الى القيمه انما يكون عند تلفها فيعتبر ح لأنه وقت استحقاقه و تفاوت الرغبات خارج من عين المضمون لا يقال وجوب رد العين مع بقائها لا يستلزم عدم وجوب رد شىء اخر معها و هو الزيادة الحاصله باعتبار القيمه



لأننا نقول الاصل براءة الذمه من وجوب دفع هذه الزيادة معها مع أتى لم اجد قائلاً به ولا يقال ان كون يوم التلف وقت الخطاب باداء القيمة لا- يستلزم ان يكون المراد من القيمة قيمه ذلك اليوم لا عقلاً ولا شرعاً لجواز ان يكون الواجب ذلك الوقت دفع قيمه يوم القبض او الا-على لأننا نقول قيمه يوم القبض خرجت عن كونها قيمه يوم التلف الا- على تقدير كون صدق المشتق ونحوه غير متوقف على بقاء

ص: ٢٩٩

المعنى و لو طرأ الضد الوجودى كما فى محل البحث و لكنّه خلاف التحقيق كما حقق فى محل الآ-خر فح لا يتحقق الاثبات بالمأمور به و هو دفع القيمة بدفع قيمه يوم القبض سلّمنا لصدق المشتق و نحوه مع عدم بقاء البداء مط و لو طرأ الضد الوجودى لكن الاطلاق ينصرف الى المتصف بالمبدأ لتبادره منه فتعين الحمل على قيمه يوم التلف لا يقال ما ذكر انما يتجه لوروده فى النص المعتبر الامر بدفع القيمة و هو مفقود فليس الحكم مناطاً بلفظ القيمة لأننا نقول الظاهر اتفاق الاصحاب على انطه الحكم بلفظ القيمة فت ومنها ان الاخبار خاليه عن بيان القيمة المستحقه فى هذا المقام و كك كلمات معظم القدماء على الظاهر و ليس ذلك الا للإحالة على عادات العقلاء كما فى جميع المواضع المبهمة التى لم يرد لبيانها تحديد شرعى فان المرجع فيه الى العادات و من الظاهر انّ عادة العقلاء جرت باعطاء قيمه يوم التلف اذا ارادوا اعطاء القيمة التالف او التزموا به فت ومنها الشهره العظيمه التى لا يبعد معها دعوى شذوذ المخالف فانها تنفيذ الظن و الاصل فيه الحجّيه و منها اصاله براءة الذمه من وجوب اعطاء الزائد على قيمه يوم التلف فت و للقول الثانى وجهان احدهما ما ذكره فى لك و جامع المقاصد و مجمع الفائده من ان يوم القبض يوم الضمان و ان الشىء المبتاع مضمون عليه من ذلك اليوم بسبب فساد البيع و هو ضعيف كما لا يخفى و ثانيهما ما اشار اليه فى ض من خبر ابى ولاد عن الصادق (ع) الذى وصفه بالصّحّه فى الرياض و غيره فى المكترى بغله الى حدّ تجاوز بها عنه بغير اذن الصّاحب بعد سؤاله عن عطبها و ما يترتب عليه من ضمانها بقوله ا رأيت لو عطب البغل او انفق ا ليس كان يلزمنى قال نعم قيمه البغل يوم خالفته و صرح فى ض بأنّه ظ الدلاله على هذا القول و فيه نظر اما اولاً فلاّنه ليس من محل البحث الا ان يقال لا-قائل بالفصل بينه و بين مورده و فيه نظر و اما ثانيا فلما ذكره بعض من احتمال رجوع الطرف الى لزوم القيمة لا اليها فلا يدل على المدعى ألّا ان يجاب عنه بما صرح به فى الرياض من أنّه بعيد و اما ثالثاً فلما اجاب به عنه فى الرياض من معارضته باقوى منه بالاعتبار و الاشتهار و اصاله البراءه عن الزائد لو كان فى القيمة يوم القبض على القيمة يوم التلف و فيه نظر و اما رابعاً فلما ذكره فى ض أيضاً من ظهور ذيله و هو قوله فقلت ان اصاب البغل كسراً و دبراً فقال عليك قيمه ما بين الصّحه و العيب يوم ترد عليه فى خلاف المدعى و اما خامساً فللمنع من كون يوم المخالفه يوم القبض فت و للقول الثالث وجوه اولها ما اشار اليه فى غايه المراد و الكفايه و مجمع الفائده من الحاق البحث بالغصب و انّ الغاصب يؤخذ باشق الاحوال و لكن الثالث استبعده الا فى صورته تقدّم العلم بالفساد و طلب المالك و منع القابض و ثانيها ما ذكره فى غايه المراد من انّ العين مضمونه فى جميع الاوقات السالفه و قد فوت ذلك على المالك و ثالثها قاعده الاحتياط فانّ البراءه اليقنيه من الاشتغال باعطاء القيمة الثابته يقينا لا يحصل الا- باعطاء الاعلى فيجب لا يقال اللازم فى مثل المقام الحكم بلزوم اعطاء القدر الذى تحقق الاجماع على وجوب اعطائه و دفع ما زاد عليه باصاله البراءه كما ذكره جمله من الاصوليين فى مسئله الاخذ بالاقلّ و بالجمله مقتضى الاصل فى هذه المسأله الاخذ باقل القيم لأننا نقول هذا حسن لو تحقق قول بالمسأله بالاكتفاء باقل القيم و لكنه غير متحقق بل الظاهر اتفاق الاصحاب على الاقوال المتقدمه و ليس منها القول بالاكتفاء باقل القيم و لا احد منها يستلزمه لأنها قد يتوافق كما اذا لم يتغير قيمه التالف من

يوم قبضه الى حين تلفه و قد يختلف و مع الاختلاف قد يكون قيمه يوم القبض ازيد و قد يكون قيمه يوم التلف كك و قد يتفقان و يكون قيمه ما بينهما ازيد منهما و ح لا يمكن التمسك باصالة البراءة عن الزائد لتعين احد الاقوال المذكور و هو واضح و حيث بطل التمسك باصالة البراءة عن الزائد في المسألة و لم يجز المصير الى الاخذ باقل القيم مط لكونه احداث قول اخر في المسألة لم يذهب اليه احد و جب التمسك باستصحاب شغل الذمه حتى يعلم بالفراغ و لا يعلم الا بالعمل بقول الحلى الا ان يزيف بالادله على القول

الأول مضافا الى أنه قد يمنع من كون قوله موافقا للاحتياط مط بل قد يخالفه في بعض الصور و مع هذا فقد يقال ان قول الحلى يلزم الزيادة في التكليف احيانا بالنسبة الى القول الاول و الثانى و الثالث و ذلك اذا كان قيمه ما بين يوم القبض يوم التلف اكثر القيم و هى مدفوعه بالاصل و لا- يمكن المعارضه بالمثل لأنه لا يمكن فرض لزوم زياده في التكليف على الاقوال المذكوره بالنسبه الى قوله فيجب ح المصير الى احد الاقوال المذكوره و لا يمكن ترجيح اولها باعتبار استلزامه الزيادة في التكليف بالنسبه الى الاخر احيانا لأنه معارض بمثله اذ قد يستلزم الاخر زياده في التكليف بالنسبه الى مقابله و الاصل عدمها اللهم الا ان يرجح اولها بما تقدم من الادله فان القول الاول هو الاقرب و لكن لا ينبغي ترك الاحتياط مهما امكن و اما القول الرابع فلم اجد احدا تعرض لمستنده و كيف كان فهو في غايه الضعف بل لم اجد احدا تعرض لنقله سوى العلامه في التحرير و ينبغي التنبيه على امور الاول اذا كان اختلاف قيمه في الازمه المتقدم اليها الاشاره لا باعتبار اختلاف السوق و الرغبات بل باعتبار نقص في العين او زياده فيها صرح في جامع المقاصد و لك و ضه و ض بان المعتبر ح قيمه الاعلى من يوم القبض الى يوم التلف و احتج عليه في الاول بان الناقص من العين و قد قطع في حاشيه الارشاد باعتبار ذلك التفاوت و هو احوط

### **الثانى اذا كان التالف الذى ضمنه المشتري باعتبار قبضه له قبل التلف بالبيع الفاسد مثليا**

فيضمن مثله كما صرح به في حاشيه الارشاد و جامع المقاصد و ضه و لك و مجمع الفائده و حكى عن الحلى بل الظاهر أنه مما لا خلاف فيه و صرح بعض الاجله بأنه المعروف من مذهب الاصحاب و احتج على ذلك في الثانى بان المثل اقرب الى العين من القيمه باعتبار المشاكلة ثم استشكل ذلك فيما لو كان المثل في موضع التسليم كثير القيمه و في موضع دفع المعوض قليلها جدا كالماء في المفازه و على شاطئ الفرات ثم صرح بأنه المتجه ح الانتقال الى القيمه و الا لزم الضرر العظيم و فيه نظر بل اعتبار المثل ح في غايه القوه و لكن لا ينبغي ترك الاحتياط و اذا تعذر المثل فيلزم القيمه و في حاشيه الارشاد و جامع المقاصد و ضه و لك و المحكى في التحرير عن ابن ادريس ان المعتبر قيمه يوم الاعواز و تعدد المثل و صرح

ص: ٣٠٠

بعض الاجله بان هنا اوجها احدها ما ذكر و ثانيها اعتبار قيمته حين تسليم البدل و ادعى ان هذا اشهرها عندهم و يظهر من مجمع الفائده المصير اليه فإنه صرح بانّ المعتبر القيمه حين الاخذ و ثالثها اعتبار اقصى القيم من حين الغصب الى حين دفع العوض عنه و ادعى ان هذا هو المعبر عنه بيوم الاقباض و رابعها اعتبار الاقصى من حينه الى حين الاعواز و خامسها اعتبار الاقصى من حين الاعواز الى حين دفع القيمه و الاقرب عندي هو الاول و صرح أيضا بانّ المراد بفقدان المثل ان لا يوجد في تلك البلاد و ما حولها مما يتعارف نقله عادة من الاماكن بعضها الى بعض و فيه نظر بل الاقرب ان المراد عدم قدره على دفع المثل و لو توقف

دفعه على الالتزام بحرج عظيم و مشقه شديده لا تتحمل عاده فهو كما اذا لم يقدر و لو توقّف دفعه على بذل مال كثير ممكن  
وجب اذا طلب المثل المستحق له و صرّح أيضا بانه قد اضطربت عباراتهم فى ضبط المثلى ثم ادّعى أنّ المشهور بينهم أنّه ما  
يتساوى قيمه اجزائه و حكى عن بعضهم ضبطه بالمقدر بالكيل و الوزن و عن اخر بانه ما يتساوى اجزائه فى الحقيقه التّوحيه ثم  
ادّعى ان طائفه زادوا اشتراط جواز السّلم فيه ثم حكى عن س ضبطه بأنّه المتساوى الاجزاء المتقاربه الصّفات

### الثالث اذا لم تلتف العين و كانت قائمه بعينها

انتزعتها البائع من يد المبتاع و وجب دفعه الى المالك اذا اراد كما صرح به فى التّحرير بل الظاهر أنّ ذلك مجمع عليه و يدل  
عليه مضافا الى ما ذكر الاصل و عموم قوله تعالى و لَّا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ و قوله (ع) النّاس مسلّطون على اموالهم

### الرابع اذا علم المشتري بالفساد فهل يجوز له التّصرف فيه من غير اذن جديد او لا

صرح بالثانى فى جامع المقاصد و يظهر من مجمع الفائده الأوّل للقول الأوّل وجوه منها استصحاب حرمه التّصرّف فى مال الغير  
و منها ظهور عبارته جامع المقاصد فى دعوى الاتّفاق على المنع من التّصرف فيه حيث صرّح بأنّه اذا علم بالفساد لم يجز له  
التّصرف عندنا فان لفظ عندنا ظ فى اراده جميع الاصحاب حيث لا عهد كما فى محلّ البحث كالجمع المعرف باللام و احتمال  
اراده نفسه فقط مدفوع بانه مجاز و الاصل عدمه الا ان يدعى شيوع الاستعمال فى ذلك و لكنّه ممنوع و لو سلم فلم يبلغ حدا  
يمنع من ظهور الحقيقه نعم ظهوره فى العموم ليس كظهور الجمع المعرف باللام فيه و لكن هذا المقدار لا- يقدر فى اصل  
الدلاله فت و منها ما تمسّك به فى جامع المقاصد على ذلك من أنّ جواز التّصرف فرع الملك و لم يحصل و فيه نظر و منها ما  
دل من الاخبار على وجوب معرفه احكام التجاره و المعاملات اذ لو جاز التّصرف مع الفساد لم يبق لوجوب ذلك فائده فت و  
منها ما تمسك بانّ العقل يحكم بقبح التّصرف فى ملك الغير من غير ثبوت و رخصه شرعيه فيكون القبح العقلي باقيا على حاله  
و كلّما هو قبيح عقلا- فهو قبيح شرعا عندنا و منها أنّ التّصرف ح اكل مال الغير بالباطل فلا يجوز لعموم قوله تعالى لَّا تَأْكُلُوا  
أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ و منها أنّ معنى الفساد فى المعاملات التى من جملتها البيع عدم ترتّب  
آثارها لان معنى الصّححه فيها ترتّب آثارها كما حقّق فى الاصول فيلزم ان يكون معنى الفساد ما ذكرناه لأنّه ينقض الصّححه و لا  
شكّ ان جواز التّصرف من آثار الصّححه فلا يجتمع مع الفساد المحكوم به هنا و للقول الثّانى ما ذكر فى مجمع الفائده من انه لو  
ظن أنّ المالك رضى لهذا المال بالبدل المعلوم فهو راض بان يتصرّف فيه عوضا عمّا فى يده فالاكل ح ليس اكلا بالباطل فانه  
رضى بالتّصرف فيه بان يجوز له التّصرف فى بدله و قد جوزه صاحبه ذلك و عرف كل واحد من صاحبه ذلك فح يجوز  
تصرّف كلّ واحد فى بدل ماله و ان لم يكن بسبب البيع بل بسبب الاذن المفهوم مع البدل و كأنّه يرجع الى المعاطات و الاباحه  
مع العوض من غير بيع و لا نجد منه مانعا غايه الامر انه يكون لكلّ واحد الرّجوع عن قصده الأوّل و اخذ ماله عينا و زياده نعم اذا  
علم عدم الرضاء الا بوجه البيع او اشتبه ذلك يتوجّه عدم جواز التّصرف و الضمان على تقدير فهم عدم الرضاء بالمكث عنده و  
كونه امانه على تقدير غيره و يحتمل جواز التّصرف على تقدير النقص أيضا فى بعض المجال بان غاب و المالك امتنع الاطلاع  
عليه و ايصاله اليه و اخذ ماله منه كما فى غير هذه الصّوره و بالجملة دليل الحكم مشهور بينهم و هو جعل العقد الفاسد مثل  
الغصب فى اكثر الاحكام حتى فى الزامه بالاىصال الى صاحبه فورا فلا- يصح عباداته فى اول وقتها على تقدير القول بمنافات

حقوق الادمى لها كما هو الظاهر غير ظ و الحكم به مشكل و لا شك انه ينبغي ملاحظه ذلك مهما امكن فت و فيما ذكره نظر اميا اولاً- فلائنه لا دلالة لعباره العقد على الرضا بالتصرف مط لا مطابقه و لا تضمننا و لا التزاما بل غايه ما يستفاد منه الرضا بنقل الملك فاذا انتقل شرعا ترتب عليه جواز التصرف فالسبب فيه هو نفس التملك لا رضا بالملك و بالتصرف و لذا اذا منع منه لم يعتبر منعه و قد اشرنا الى هذا فى بيع المعاطات و اما ثانيا فلأن الرضاء بالتصرف على تقدير تسليم دلالة العقد عليه تضمننا و كونه السبب فى جواز التصرف لم يبق بعد الحكم بفساد العقد اما لان انتفاء القيد و الفصل يستلزم انتفاء المقيد و الجنس و لذا لا يجوز الحكم ببقاء الجواز بعد فسخ الوجوب و لا- بصحة تصرف الوكيل بعد ثبوت فساد و كالتة او لظهور دوران الرضا مدار اعتقاد صحه المعامله فاذا حصل العلم بفسادها انتفى الرضا و بالجملة الرضا بالتصرف بعد العلم بفساد المعامله غير معلوم التحقق بل معلوم العدم غالبا فلا يجوز التصرف لعدم ثبوت علته و هو الرضا و قد صرح بفقده أيضا فى محل البحث فى الرياض و اما ثالثا فللمنع من ان كل رضاء يبيح التصرف فى ملك الغير حتى مثل محل البحث على تقدير تسليمه فاذا المعتمد هو القول الاول و عليه يجب بعد العلم بالفساد رد المال الى صاحبه فورا لأنه امانه شرعيه و

اذا طالب المالك به فى سعه الوقت فلا يجوز الاشتغال بالعباده التافيه للرد و اذا اشتغل بها و لم يرد فلا يبعد الحكم بفسادها و اذا لم يعلم بالمالك فيكون حكمه حكم مجهول المالك و اذا علم المالك بعينه و لكن لم يتمكن من الرد اليه لخوف و تقيه فيجب حفظه الى وقت التمكن و اذا تمكن من الدفع اليه بطريق الهديه و الهبه و نحوهما مما لا يدل على اعتقاد الدافع فساد البيع الموجب للخوف و جب و هل يجوز ان يقاص المالك البائع باعتبار دفعه الثمن الى الذى علم باشتغال ذمته به باعتبار تصرفه فيه او لا الاقرب الاول و اذا لم يعلم بتصرفه فى الثمن و احتمل أنه ابقاه عنده امانه فالظاهر عدم جواز التقاص ح و اذا توقف الدافع الى المالك على تبديله بمال اخر فهل يجوز او لا الاقرب الثانى الا اذا كان حفظه مستلزما لمشقه عظيمه لا تتحمل عاده فالاول ح فى غايه القوه

### **الخامس صرح فى جامع المقاصد بأنه ليس عليه تفاوت السوق مع بقاء العين**

و ان نقصت قيمه السوقه للرخص لأن الواجب هو رد العين و هو جيد كما صرح به فى مجمع الفائده أيضا

ص: ٣٠١

### **السادس يجب رد المبيع نمائه المتصل و المنفصل**

كما صرح به فى التحرير و موضع من لك و ضه و صرح فيها و فى لك بأنه يرجع بمنافعه المستوفات و زاد فى الثانى فصرح فى غيرها بان فى غيرها وجهان و لم يرجح شيئا و صرح فى التحرير بأنه يجب رد اجره مثله مده بقائه ان كان ذا اجره

### **السابع ان نقص العين عند المشتري و كان بفعله ضمن ارشه**

كما صرح به فى النَّافع و التحرير و المهذب البارع و المقتصر و مجمع الفائده و الزياض بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه كما اشار اليه فى الكفايه و ان كانت عبارتها تشعر بالتأميل فيه و ان لم يكن بفعله بل بافه سماويه فمقتضى ما عد التحرير من الكتب المتقدمه ضمان الارش أيضا و هو احوط

### الثامن صرح فى جامع المقاصد بان على المشتري اجره الرد

ان كان له مؤنه محتجا بكونه ضامنا لظ قوله (ص) على اليد ما اخذت حتى تؤدى ثم صرح بان الامر كك فى طرف المشتري لو كان لرد الثمن مؤنه أيضا و جميع ما ذكره احوط بل فى غايه القوه لان بذل الاجره ما يتوقف عليه الواجب و هو رد الامانه الى صاحبها لقوله تعالى إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا و ما لا يتم الواجب الا به فهو واجب من باب المقدمه و لو اتفق رده الى المالك لا باعتبار اذن المشتري بل باعتبار من الغير مثلا فالظاهر انه لا يضمن الاجره للبائع و لا يجب دفعها اليه

### التاسع صرح فى التحرير و القواعد و المهذب البارع و المقتصر بان المبتاع بالبيع الفاسد

لا- يملكه المشتري و هو كك و لا فرق فى ذلك بين صورتى القبض و عدمه و هل يملك كل من البائع و المشتري مال الاخر اذا حصل التقابض منهما بالبيع الفاسد فى صورته قصد كل منهما تملك الاخر من غير جهه البيع و الصلح و الهبه او لا بد من ان يكون التملك باحد العقود المتعارفه النَّافله للعين فيه اشكال فلا ينبغى ترك الاحتياط

### العاشر اذا زاد فى العين المبتاعه بالبيع الفاسد بفعل المشتري شىء

فان كانت الزيادة عينيه و قابله للانفصال كالنخيل و الاشجار و آلات البناء فلا اشكال فى انها تختص بالمشتري و يكون ملكه سواء كان جاهلا بالفساد حين العقد او عالما به و اذا تضرر المشتري بقالعها عن المبتاع و فصلها فهل يجوز للبائع امره بالقلع و تخليه ملكه عنها او لا بل يجب عليه الصبر الى ان يندفع الضرر عن المشتري فيه اشكال و لكن التحقيق ان يقال ان كان المشتري عالما بالفساد و البائع جاهلا به حين العقد فلا اشكال فى تسلط البائع على القلع لعموم قوله الناس مسلطون على اموالهم و عموم قوله لا ضرر و لا ضرار و ان كانا جاهلين بالفساد او كان البائع عالما به و المشتري جاهلا به او كانا عالمين به ففى تسلط البائع على القلع ح اشكال من عموم قوله (ص) الناس مسلطون على اموالهم و من قوله (ص) لا ضرر و لا ضرار و لكن احتمال تسلطه فى غايه القوه و ان كانت الزيادة عينا لا يمكن فصلها كالصبغ و النقش فى الثوب او اثرا محضا كتعليم الصنعه من العلم و الآداب و الصباغه و نحوها و كان المشتري جاهلا بالفساد فهل هى للمشتري او للبائع اختلف الاصحاب فى ذلك على قولين الاول انها للمشتري و هو للشرائع و النَّافع و الارشاد و عد و جامع المقاصد و المقتصر و لك و الزياض و صرح فيه بانه الاشهر بعد حكايته عن المقنعه و النهايه و الحللى الثانى انها للبائع مجانا و هو للمحكى فى الزياض عن المبسوط للقول الاول وجوه منها ما ذكره فى المهذب البارع و المقتصر و الرياض من ان المشتري لم يتبرع بالزيادة و لم يخرج عن ملكه لأصله البقاء و منعه من التصرف فى ملك الغير لا يرفع تملكه و استحقاؤه اذ الاستحقاق لا يستلزم التصرف فى ملك الغير بل يكون شريكا فى قدر الزيادة و لا يكون أسوأ حالا من الغاصب و هو يرجع بقيمه صنعه و كذا يرجع بما زاد فى الاثر لأنه عمل عملا محترما لم يتبرع و المالك اذن فى

ذلك لتسلطه على التصرف و منها ما تسمك به في ض من استنزام عدم وجوب رد الزيادة الى المشتري الضرر و الحيف و اضعاه عمله مع احترامه في الشريعة و للقول الثاني وجهان احدهما ما اشار اليه في الاولين من ان المشتري من تبرع بالزيادة لأنه وضعها في ملك غيره بغير اذنه و لا- يمكن انفصاله اما في الاثر فظ و اما في الصنيع فلانه يمنع من التصرف في ملك الغير و ثانيهما ما ذكره في الرياض من ان الزيادة نماء ملكه و المسألة محل اشكال فلا ينبغي فيها ترك الاحتياط و لكن القول الاول في غاية القوة و عليه يكون المشتري شريكا بالنسبة كما صرح به في جامع المقاصد و غيره بل الظاهر انه متفق عليه بين القائلين بهذا القول و صرح في مجمع الفائده بان المراد من ذلك ان يقوم العين من غير تلك الزيادة مره ثم تقوم اخرى معها و يجعل ما به التفاوت للقابض شريكا له بذلك المقدار فالزيادة مختصه بالقابض و هو المشتري ثم ادعى انه يحتمل ان ينسب قيمه العين الزائده و اجره عمله الى العين الخاليه عنها ثم يقوم العين و يجعل القابض بتلك النسبه شريكا للمالك في قيمه المجموع فالزيادة بينهما و ان كانت الزيادة كالمفروض في الصوره الثانيه و كان المشتري عالما بالفساد فيظهر من اطلاق المهذب و المقتصر وجود النزاع السابق هنا و يظهر من اطلاق القواعد و الشرائع و النافع و جامع المقاصد ان الزيادة ح للمشتري أيضا و لكن يظهر من لك و الكفايه ان الزيادة ح تكون للبائع و لا يستحق المشتري فيها شيئا و ان كانت اثرا بل يظهر منهما انه لا خلاف فيه و صرح في المهذب البارع بان الغاصب لا يرجع بالاثرا اجماعا

### **الحادي عشر يثبت للبائع باعتبار تصرفه في الثمن**

الذي هو للمشتري جميع ما يثبت للمشتري من الاحكام باعتبار تصرفه في العين المبتاعه التي هي للبائع فلا فرق بينهما في احكام البيع الفاسد و الظاهر ان هذا مما لا خلاف فيه

### **الثاني عشر الصلح الفاسد الذي يقصد به نقل العين**

كالبيع الفاسد في الاحكام المتقدمه

### **الثالث عشر صرح في الارشاد و لف بان المقبوض بالسوم كالمقبوض بالبيع الفاسد**

فيضمن و صرح في مجمع الفائده بان الذي يظهر من كلامهم عدم الخلاف في ان المقبوض بالسوم اي المال الذي اخذ بالبيع و الشراء مضمون مثل الغاصب و لو تلف مط فالقابض ضامن ثم صرح بان وجهه غير ظ و ان الاصل يقتضى كونه امانه الا ان يدل عليه نص او اجماع كما هو الظاهر من بعض

### **منهل مال الحكام و السلاطين و الامراء الظالمين الجائرين**

#### **اشاره**

ان لم يعرف كونه حراما و مغضوبا بعينه جاز ابتياعه و اتهابه و اخذه جائزه و التصرف فيه باذنهم كما يتصرف في اموالهم

المملوكه لهم باذنهم فلا باس بالمعامله مع الظالمين و أخذ جوائزهم ح و قد صرح بجواز الامرين فى السرائر و التحرير و المنتهى و التفتيح و ض و غيرها و لهم وجوه منها ما تمسك به فى الرياض و غيره من الاصل و منها ظهور الاتفاق عليه و منها تصريح السيد الاستاد ق ره فى تصانيفه

ص: ٣٠٢

بدعوى الاجماع على جواز اخذ الجوائز من الظالمين و التصرف فيها ما لم يعلم حرمتها بعينها و يعضده اولا انه ادعى فى الرياض و المفاتيح و غيرها نفى الخلاف فى جواز جوائزهم و ابتياعها و المعامله معهم فى اموالهم حيث لا يعلم حرمتها بعينها و ثانيا انّ العلامة الذى طريقته فى المنتهى الاشاره الى الخلافات من الخاصه و العامه و لو كانت شاذه فى الغايه لم يشر الى وجود الخلاف من احد من المسلمين فى جواز اخذ الجائزه منهم و ابتياع اموالهم و المعامله معهم حيث لم يعلم الحرام بعينه و كذا غيره من الاصحاب الذين شانهم نقل الخلاف و ثالثا سيره المسلمين قديما و حديثا فانا نجد عيانا و خبرا اخذ كثير من العلماء و المؤمنين المتدينين و غيرهم من المسلمين جوائزهم و المعامله معهم و لم نجد من احد الانكار عليهم باعتبار كونه حراما مع انّ العاده تقضى انّ ذلك لو كان حراما لتظافرت الاخبار و تكاثرت فتاوى علماءنا الابرار بالمنع منه فلو قيل انّ الاجماع هنا معلوم من الاقوال و هو فتاوى علماءنا و من الافعال و هو اخذ كثير من المسلمين و من تقريرات المعصومين عليهم السلام للاخذين فى موارد كثيره لم يكن بعيدا و منها ان ذلك لو لم يكن جائزا و كان حراما لكان اما لأجل ظلم اولئك من حيث هو او لأجل الشبهه و مجرد احتمال كون من يعطونه من الحرام او لأجل الظن بان ما يدفعونه من الحرام او لمحض التعبد و التالى بجميع اقسامه باطل اما الاول فللقطع بان وصف الظلم من حيث هو ليس من موانع اخذ الجائزه و ثبوت صحه المعامله و لا عدمه شرطا من شروطهما و الا لما جاز اخذ جائزه كل ظالم و المعامله معهم و ان كان الظلم باعتبار ارتكاب الغيبه و الكذب و شرب الخمر و نحو ذلك مما هو ظلم على النفس و هو باطل قطعا و لما جاز أيضا اخذ الجائزه اذا علم حليتها بعينها و هو بط قطعا أيضا لا يقال الظالم سفيه و لذا صرح فى جمله من الاخبار بان شارب الخمر سفيه و كل سفيه لا يجوز المعامله معه و اخذ الجائزه منه لأننا نقول المقدمتان ممنوعتان لفقد الدليل عليهما و اما الثانى فلان مجرد احتمال كون المدفوع من المال حراما لو كان موجبا كذلك لما جاز اخذ جائزه سائر الناس من التجار و اهل الصنائع سواء كانوا عدولا أم لا لان الاحتمال المذكور ثابت فيما يدفعونه و هو باطل قطعا و اما الثالث فللمنع من حصول الظن بذلك على الاطلاق بل ما يدفعونه تاره يظن بحليته و اخرى يظن بحرمته و اخرى لا يظن باحد الامرين فلا تكون العله مطرده و اما الرابع فلعدم قيام الدليل عليه مع بعده فى نفسه فت و منها انّ ذلك لو كان حراما للزم الحرج العظيم و المشقه الشديده من جهات عديده و ذلك منى شرعا بالادله الاربعه و منها الاخبار الكثيره احدها خبر معاويه بن وهب الذى وصفه بالصيحه فى المنتهى متمسكا على جواز المعامله مع الظلمه قال قلت لأبى عبد الله (ع) اشترى من العامل الشىء و انا اعلم انه يظلم فقال اشتر منه و ثانيها ما تمسك به فى المنتهى على ذلك من مرسله ابن حمزه عن رجل قال قلت لأبى عبد الله (ع) اشترى الطعام فيجىء من يتظلم فيقول ظلمونى فقال اشتره و ثالثا ما تمسك به فى المنتهى أيضا على ذلك من خبر داود بن رزين قال قلت لأبى الحسن (ع) انى اخالط السيلطان فتكون عندى الجاريه فيأخذونها او الدابه الفاراهه فيأخذونها ثم يقع لهم عندى المال فى ان اخذه قال خذ مثل ذلك و لا ترد عليه و رابعها ما تمسك به فى المنتهى على اخذ الجوائز منهم من خبر ابى المغراء الذى وصفه السيد الاستاد و والدى بالصيحه على ما ذكر قال سأل رجل ابا عبد الله (ع) و انا عنده فقال اصلحك الله امر بالعامل فيخيرنى بالدرهم قال نعم قلت و احج بها قال نعم حج بها و خامسها ما

تمسك به في المنتهى على جواز اخذ الجائزه منهم أيضا من خبر محمد بن مسلم و زراره الذي وصفه السيد بالحسن متمسكا به على ذلك كوالدي ق ره لكنه وصفه بالصّححه قالوا سمعناه يقول جوائز العمّال ليس بها باس و سادسها ما تمسك به في المنتهى على ذلك أيضا من خبر يحيى بن ابى العلاء عن ابى عبد الله (ع) عن ابيه (ع) أنّ الحسن و الحسين عليهما السّلم كانا يقبلان جوائز معاويه و سابعاها ما تمسك به في المنتهى على ذلك أيضا من

خبر ابى ولاد الذى وصفه السيد الاستاد و والدى و غيرهما بالصّححه متمسكين على ذلك أيضا قال قلت لأبى عبد الله (ع) ما ترى فى رجل على اعمال السّلمطان ليس مكسبا الا من اعمالهم و انا امر به فانزل عليه فيضيفنى و يحسن الى و ربما امر لى بالدراهم و الكسوه و قد ضاق صدرى من ذلك فقال لى كل و خذ منه فلك المهّنى و عليه الوزر و ثامنها ما تمسك به في المنتهى على ذلك من خبر ابى بكر الحضرمى قال دخلت على ابى عبد الله (ع) و عنده إسماعيل ابنه فقال ما يمنع ابن ابى سّمّاك ان يخرج شباب الشيعه فيكفونه ما يكفيه الناس و يعطيهم ما يعطى الناس قال ثم قال لى لم تركت عطائك قال قلت مخافه على دينى قال ما منع ابن ابى سّمّاك ان يبعث إليك بعطائك اما علم ان لك فى بيت المال نصيبا و تاسعها خبر ابن هشام او غيره قال قلت لأبى عبد الله (ع) امر بالعمل فيصلنى الصّله اقبلها قال نعم قلت و احج منها قال نعم حج منها و عاشرها خبر عمر اخى عذافر قال دفع الى انسان ستمائه درهم لأبى عبد الله فكانت فى جوالقى فلما انهيت الى الحفيره شق جوالقى و ذهب بجميع ما فيه و وافقت عامل المدينه بها فقال انت الذى شق جوالقىك و ذهب بمتاعك فقلت نعم قال اذا اقدمنا المدينه فاتنا حتى يعوضك قال فلما انتهينا الى المدينه دخلت على ابى عبد الله (ع) فقال يا عمر شقت زاملتك و ذهب بمتاعك فقلت نعم فقال اعطاك الله خيرا ممّا اخذ منك الى ان قال فانت عامل المدينه فتنجز منه ما وعدك فأنما هو شىء دعاك الله اليه فلم تطلبه منه و حادى عشرها المرسل عن امير المؤمنين (ع) قال لا- باس بجوائز السّلمطان فان ما يعطيك من الحلال اكثر ما فيه الحرام و يعضد هذه الاخبار اخبار اخر منها خبر عبد الله بن سنان الذى وصفه فى المنتهى بالصّححه عن ابى عبد الله (ع) قال كل شىء يكون منه حرام او حلال فهو حلال ابدأ حتى تعرف الحرام منه بعينه فتدعه و منها خبر مسعده بن صدقه عن ابى عبد الله (ع) قال سمعته يقول كل شىء هو لك حلال حتى تعلم انه حرام بعينه فتدعه من قبل نفسك و ذلك مثل الثوب يكون عليك قد اشتريته و هو سرقة او المملوك عندك و لعله حر قد باع نفسه او خدع فبيع قهرا او امرأه تحتك و هى اختك او رضيعتك و الاشياء كلّها على هذا حتى يستبين لك غير ذلك او تقوم به البيّنه و منها ما صرح به فى المنتهى من انه قبل جوائز الظالم الحسن و الحسين عليهما السّلام و عبد الله بن جعفر و ما صرح به بعض الاجلّه من الاخبار الدّاله على صلّه خلفاء بنى العباس للأئمه عليهم السّلام و قبولهم ذلك منهم و

**ينبغى التنبه على امور**

**الاول لا فرق فى جواز اخذ جوائز الظلمه بين ان يعلم بان فى مالهم مظالم**

كما هو الغالب او لا فلا يكون حكمه حكم المال المختلط



بالحرام فى وجوب اجتناب الجميع و قد صرّح بذلك فى السّرائر و المنتهى و لكّ و الكفايه

### الثانى هل يشترط فى جواز ذلك العلم باشمال ماله على الحلال او لا

الاقرب الثّانى و قد صرح به فى ض و غيره مدعين أنّه ظ اطلاق النّص و الفتوى و لكنّهما صرّحا بأنّ المستفاد من المروى عن الاحتجاج للطبرسى و كتاب الغنيه للطبرسى اشتراط الجواز باشمال ما المجيز على الحلال فان فيه بعد ان سئل عن صاحب الزّمان (ع) عن اكل مال من لا يتورع المحارم ان كان لهذا الرجل مال او معاش غير ما فى يده فكل طعامه و اقبل بره و الا فلا ثم اجاب عنه بقصوره عن المقاومه لما دلّ على عدم الاشتراط و هو جيّد فينبغى طرحه او ارتكاب التاويل فيه كما صرح به و يلحق بجواز اخذ الجائزه منهم فيما ذكر هناك و ما سبق جواز المعامله معهم و البيع عليهم و الشّراء منهم

### الثالث لا فرق فى الظلمه بين كونهم من الكفار او المخالفين

او المؤمنين

### الرابع لا فرق فى جواز الامرين بان يظن بانّ المال الذى يدفعه الظالم حلالا او حراما

لإطلاق النصوص و الفتاوى و عدم حجّيه الظنون فى الموضوعات الصرفه

### الخامس اخذ الجائزه من الظالم و ان كان جائزا

و لكنه مكروه حيث لم يعلم بحليتها فالتورع عنها افضل و قد صرح بذلك فى المنتهى و التنقيح و مجمع الفائده و لكّ و الرياض و صرّح به أيضا السيّد الاستاد فى بعض مصنّفاته و صرّح فى الكفايه بأنّه مما اشتهر بينهم و صرح بعض الاجلّه بأنّه ممّا ذكره الاصحاب و ربما يستشعر من الكفايه المنع من ذلك و هو ضعيف بل المعتمد ما عليه المعظم و لهم وجوه منها قاعده التسامح فى أدلّه الكراهه و منها ظهور الاتّفاق عليه ممّن عدا صاحب الكفايه بل هو لم يظهر منه المخالفه و الاشعار لا عبره به هذا و قد صرح فى ض بأنّه لا خلاف فى افضليّته التورع عنها اذا لم يجيز المجيز بالاباحه و منها ما اشار اليه فى المنتهى قائلا انما قلنا أنّه مكروه لاحتمال ان يكون مأخذه ظلما فكان التحرى منه اولى دفعا للشّبهه المحتمله و منها انّ اخذ الجائزه منهم توجب محبّتهم قلبا عاده فان الطّباع البشريّه الا من عصمه الله مفطوره على محبه المحسن خصوصا اذا كان احسانه بالمال من غير فرق بين كونه كافرا او فاسقا او عادلا- فاذا حصلت المحبه التّيامه صارت افعالهم القبيحه فى نظره محسنا فيميل اليها و يزينها للناس بحيث يجعلها حقّا فيعينهم فى احقاق الباطل و ابطال الحقّ بل ربّما يدعى انهم الاولى بالتّصرف شرعا و أنّه يستحقون شرعا ما لهم من المناصب التى لا يستحقها الا الاثمه عليهم السّلام و نوابهم و بذلك ثبوت المفسد و يضمحلّ الدّين و يختل امور شريعته سيد المرسلين صلوات الله عليه و آله الطّاهرين و منهاج الاثمه المعصومين عليهم السّلام و يقل الامر بالمعروف و النّهى عن المنكر بل ينعدمان بالمره و جميع ما ذكر مشاهد محسوس من كثير من المستجيزين من الظلمه فلا اشكال ح فى اولويه ترك

اخذ الجائزه منهم لکنه يتوقّف على مجاهده تامه و رياضه كامله و خوف من الله تعالى و رغبه فى الآخره و عزله من الدنيا الدنيه و ما ذلك الا- بتوفيق من الله عزّ و جل و منها ما تمسّك به السّيد الاستاد ق ره دع ما يرييك الى ما لا يرييك و الخبر الذى وصفه بالصّححه ان احدكم لا يصيبه من دنياهم شيئاً الا اصابوا من دينه مثله و الخبر الاخر سألته عن الورع عن النّاس فقال الذى يتورع عن محارم الله عزّ و جلّ و يجتنب هؤلاء اذا لم يتق الشّبهات وقع فى الحرام و هو لا يعرفه و منها ما تمسّك به فى المنتهى من النّبوى حلال بين و حرام بين و بينها امور مشتبهات لا يعلمون كثير من النّاس فمن اتقى الشّبهات اسيرا لدينه و عرضه و من وقع فى الشّبهات وقع فى الحرام كالمراعى حول الحمى يوشك ان يوقع الا- ان لكل ملك حمى و حمى الله محارمه و منها ما تمسّك به فى ض من الخبر المتضمن لعدم قبول الكاظم عليه السلام جوائز الرّشيد اولا بعد ان اهديت اليه و تعليقه القبول بعد الرّد بقوله (ع) لو لا- انى ارى من ازوجه عزاب من آل ابى طالب لثلا ينقطع نسله ما قبلته ابدا لا يقال ينافى ذلك مكروها قبول سيّدى شباب اهل الجنّه جوائز معاويه و كذا كثير من الاثمه جوائز الظلمه لأننا نقول لا نسلم المنافات الا على تقدير امتناع صدور المكروه من المعصوم (ع) و لو لبيان جواز الفعل و هو محل كلام كما اشار اليه فى مجمع الفائده بل صرح الوالد ق ره فى ض و السّيد الاستاد ق ره انّ من جمله محامل فعلهم عليهم السّلام من قبول الجائزه من الظلمه بيان جوازه دفعا لتوهم الحرمة كما يتفق لبعض اهل الوسوسه سلمنا و لكن قد يرتفع الكراهه هنا لأمر سيأتى اليها الاشاره فلعل فعلهم كما اشار اليه فى مجمع الفائده كان مع وجود السّيب المقتضى لرفع الكراهه و بالجمله الفعل مجمل غالبا لاحتماله وجوها كثيره و من الظاهر انّ المجمل لا يعارض المبين و علل فى س و التنقيح اخذ الحسين عليهم السّلام جوائز معاويه بان ذلك حقّهم بالاصاله و بما ذكر يجاب أيضا عن قبول كثير من العلماء لجوائز الظلمه و استيفائهم بها فت

### السادس ذكروا انه يرتفع كراهه اخذ الجائزه من الظلمه

بامور منها العلم بحليتها و قد صرح بخصوص هذا فى مجمع الفائده و كذا صرح فى ض نافيا عنه الرّيب و كذا صرح به السّيد الاستاد ق ره و لا اشكال فيما ذكره و قد يحمل فعل الاثمه عليهم السّلم على هذا كما اشار اليه فى مجمع الفائده و هل يجوز الاخذ مط و لو علم باشتغال ذمه الظالم المجيز بمظالم كثيره بحيث لا يتمكّن من وقائها مط او اذا اخذ منه هذه الجائزه او لا يجوز الاخذ منه فى صورته العلم بذلك الاقرب الاول للأصل و اطلاق النصوص و الفتاوى و منها اخبار المجيز بالاباحه كان يقول هذه الجائزه من زراعتى او تجارتي او اقترضته من فلان او نحو ذلك و قد صرح بخصوص هذا فى مجمع الفائده و لذا صرح به فى الرّياض نافيا عنه الرّيب و كذا صرح به السّيد الاستاد ق ره و لم اجد مستنده و منها اخبار المؤتمن من وكيل المجيز و قد صرح بخصوص هذا المقدس الأردبيلي فى مجمع الفائده و السّيد الاستاد ق ره فى بعض مصنفاته و لم اجد مستنده بل الاستصحاب يقتضى بخلاف ذلك و منها اذا قصد التصرف فيها بعد اخراج الخمس و قد صرح بهذا العلامه ره فى المنتهى و المقدس الأردبيلي فى مجمع الفائده و السّيد الاستاد فى بعض مصنفاته و والدى العلامه و احتج عليه الاول و الاخيران بان اخراج الخمس يطهر المال المختلط بالحرام يقينا فلان يطهر المختلط به ظنا او احتمالا اولى ثم اولى و فيه نظر و لكن صرح فى مجمع الفائده بان ارتفاع الكراهه ح يدل عليه الروايات و كلام الاصحاب فت و صرح فى السّرائر بأنّه ينبغي لمن يأخذ الجائزه منهم ان يخرج الخمس منها و صرح فى س و التنقيح بانّ الظاهر منه اراده الاستحباب و صرح فى المنتهى و التحرير و مجمع الفائده بل صرح بعض الاجلّه بانّ استحباب اخراجه منها مما صرح به الاصحاب و لكن صرح فيه بأنّه لا نصّ فيه بخصوصه مستشهدا على ذلك تمسّك العلامه بقاعده الاولويه اذ لو كان هنا نصّ لكان الاشاره اليه اولى و الاقرب عندى استحباب اخراج

الخمسة هنا نظرا الى قاعده التسامح فى ادله السنين مع تاييدها بفتوى جماعه و نسبتها الى الاصحاب و اما ارتفاع الكراهه بذلك لا يخلو عن اشكال و منها اذا قصد بها مواسات الاخوان و الصرف فى حوائجهم و قد صرح بخصوص هذا فى مجمع الفائده مصرحا بان ارتفاع الكراهه به مما يدلّ عليه الروايات و كلام الاصحاب و صرح فى المنتهى و التحرير باستحباب ذلك و هو ظ السرائر أيضا و منها حصول الضروره للأخذ و قد صرح بهذا فى التنقيح و كذا صرح به السيد الاستاد قدس سرّه و منها اذا قصد بالأخذ تزويج آل ابى طالب (ع) كما يظهر من بعض الاخبار المتقدمه

### السابع كما يكره اخذ الجائزه من الظلمه

كك يكره المعامله معهم بالبيع و الشراء اختيارا فتركها اولى و قد صرح بذلك فى السرائر و التحرير و المنتهى و التنقيح بل نسبه بعض الاجله الى الاصحاب

### الثامن هل يلحق بجوائز الظلمه ما يعطونه من الاخماس و الزكوات

و الكفارات و الصّيدقات و ردّ المظالم فيكره اخذها لم اجد مصرّحا باحد الامرين و الاصل يقتضى الثانى الا ان بعض الوجوه الداله على كراهه اخذ الجائزه يدلّ على كراهه اخذ المذكورات و ربما يستفاد ذلك من مجمع الفائده

### التاسع الحق فى المنتهى و التحرير بجوائز الظلمه كل مال محتمل للحظر

او الاباحه كمال المرائى و غيره

### منهل جوائز الظلمه ان علم كونها حراما بعينها فهى حرام لا يجوز اخذها و التصرف فيها

بوجه من الوجوه كما صرح به فى يع و فع و د و عد و التحرير و المنتهى و س و الكفايه و ض و هو الظاهر من السرائر و مجمع الفائده بل الظاهر أنّه مما لا خلاف فيه و هو الحجّه مضافا الى عموم ما دلّ على حرمه التصرف فى مال الغير من غير اذن شرعى من نحو قوله تعالى ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ وَ النَّبْوِ الْمُرْسَلِ الَّذِى ذَكَرَهُ فِي الْمُنْتَهَى لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِءٍ مُسْلِمٍ آتَا عَنْ طَيْبِ نَفْسٍ مِنْهُ وَ النَّبْوِ الْمُرْسَلِ الْآخِرِ الَّذِى ذَكَرَهُ فِيهِ أَيْضًا أَنَّ اللَّهَ حَرَّمَ بَيْنَكُمْ دِمَائِكُمْ وَ أَمْوَالَكُمْ كَحَرَمِهِ يَوْمَكُمْ هَذَا فِي شَهْرِكُمْ هَذَا فِي بَلَدِكُمْ هَذَا وَ لَا فَرْقَ فِي ذَلِكَ بَيْنَ أَنْ يَعْلَمَ بِالْحَرَمِ وَ الْغَضَبِ حِينَ الْاِخْتِارِ أَوْ بَعْدَهُ وَ إِذَا اخْتَذَهَا عَمْدًا أَوْ سَهْوًا وَ جَبَّ رَدُّهَا إِلَى مَالِكِهَا أَنْ عَرَفَهُ وَ تَمَكَّنَ مِنْهُ وَ لَا يَجُوزُ رَدُّهَا إِلَى غَيْرِهِ وَ لَوْ كَانَ هُوَ الْمَجِيزُ وَ قَدْ صَرَّحَ بِذَلِكَ فِي السَّرَائِرِ وَ يَع و د و التحرير و عد و المنتهى و س و الكفايه و مجمع الفائده و الرّياض بل الظاهر أنّه مما لا خلاف فيه بل عزاه فى مجمع الفائده الى الاصحاب صريحا و هو الحجّه مضافا الى قوله تعالى ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَ الْمُرَادُ بِالْمَالِكِ مَا يَعْمُ الْمَاخُوذُ مِنْهُ وَ وَارِثُهُ عِنْدَ فَقْدِهِ لِأَنَّهُ يَصِيرُ بَعْدَ مَوْتِهِ مَالِكًا وَ قَدْ صَرَّحَ بِذَلِكَ فِي لِك و اشار اليه فى

الارشاد و يجوز الدّفع الى من هو بمنزله المالك من الولي و الوكيل و اذا خاف من الظّالم في الرّد الى المالك سقط عنه وجوب الرّد اليه و يبقى عنده الى وقت التّمكّن من الرّد اليه و يجوز الدّفع الى الظّالم اذا قهره عليه كما صرح به في لك و الرّياض و هل يضمن اذا دفعه اليه ح او لا- فيه قولان احدهما أنّه يضمن مط و قد حكاها في لك و الكفايه و الرّياض بلفظ قيل و صرّحوا بأنّ حجّه عموم قوله (ع) على اليد ما اخذت حتّى تؤدى و ثانيهما ما صار اليه في لك من التّفصيل و هو أنّه ان كان قد قبضها من الظّالم عالما بكونها مضمونه ضمن و استمر الضّمان و ان اخذت منه قهرا و ان لم يعلمها لها حتى قبضها ثم تبين كونها مغضوبه و لم يقصر في ايصالها الى مالکها و لا في حفظها لم يضمن و الفرق بين الحالتين واضح فان يده في الأوّل عاديه فيستصحب حكم الضّمان كما لو تلفت بغير تفريط و في الثّاني يد امانه فيستصحب كما لو تلفت بغير تفريط و الغرض كون الاخذ قهريّا و قد ذكر في الكفايه و ض القولين من غير ترجيح و الاقرب عندي ما ذكره في لك من التّفصيل و اذا امكنه دفع الظّالم ببذل شىء من ماله و لو كان كثيرا فهل يجب او لا فيه اشكال من الاصل و ظهور مصرح بالوجوب من الاصحاب و الاخبار و عموم نفى الضّرر و الحرج من ان الحفظ و الايصال الى المالك واجبان و لا يمكن الاتيان بهما الا بالبذل فيجب لان ما لا يتم الواجب الا به فهو واجب و لذا صرحوا بوجوب شراء الماء للطهاره من الحدث و ان بلغ الثمن ما بلغ و كيف كان فلا ينبغي ترك الاحتياط و ان كان مراعات التّفصيل السّابق هنا لا يخ عن قوه و صرح السيّد الاستاد قدس سرّه في بعض مصنفاته بأنّه يجوز الاخذ بقصد الاعاده على المالك بل صرح بأنّه يستحب ح و بأنّه لا يضمن على تقدير التلف محتجا عليه بجواز التّصرف و جميع ما ذكره لا يخ عن قوه و ربما يدل عليه عموم قوله تعالى <sup>لما</sup> عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ و اصاله البراءه و صرح بانّه لو قبضها عالما بالتحريم من غير قصد الاعاده فانه يضمن لأنّه غاصب ثم حكى عن بعض الاصحاب اطلاق الحكم بالضّمان في صورته التلف و عن اخر تخصيصة بصوره العلم بالغصبيه و اذا قبضها و لم يعرف مالکها و جهل به فهل يجوز ان يتصدق بها عن مالکها او لا بل يجب حفظها حين حياته و الوصيه بهما عند مماته اختلف الاصحاب في ذلك على قولين الأوّل أنّه يجوز التّصدق عن مالکها و هو للشّرائع و عد و التحرير و المنتهى و س و مجمع الفائده و ض و صرّح في السّرائر بانّه مما رواه اصحابنا و صرح في مجمع الفائده بأنّه ممّا قاله الاصحاب الثّاني أنّه لا يتصدق بها بل يحفظها او يوصى بها و هو

للسّرائر حيث صرح بعد ما نسبه الى اصحابنا بأنّه قد روى انه يكون بمنزله اللقطة ثم صرّح بان هذا بعيد من الصّواب لان الحاق ذلك باللقطة يحتاج الى دليل و فيه نظر و الاقرب هو القول الاول الذى عليه الاكثر لوجوه منها ان الصدقه من العقود لتوقفها على الايجاب و القبول و الاصل فيها الجواز لعموم قوله تعالى <sup>أَوْفُوا بِالْعُقُودِ</sup> و لعموم ادلّه مشروعيتها فت و منها ان وجوب الحفظ و الوصيه مما يلزم غالبا الضّرر و الحرج و تضييع المال و الاصل عدم ذلك كله للعمومات و منها ما اشار اليه في السّرائر من الروايه و هى و ان كانت مرسله الا أنّها منجبره بالنّسبه الى الاصحاب و بالشّهره العظيمه الّتى لا يبعد معها دعوى شذوذ المخالف و منها ما تمسّك به فى مجمع الفائده من خبر على بن حمزه المتضمن لقول الصادق (ع) لبعض عمال بنى اميه الّذى اظهر التّوبه بعد ان قصّ عليه كيفيّة حاله و قال له (ع) فهل لى مخرج منه قال ان قلت لك تفعل قال افعل قال فخرج من جميع ما كسبت فى ديوانهم فمن عرفت منهم رددت عليه ماله و من لم تعرف تصدقت به و انا اضمن لك على الله الجنّه و هل يلحق بصوره الجهل بالمالك صورته تعذر الوصول اليه و ان عرفه او لا صرح بالاول فى يع و د و التحرير و المنتهى و ض و هو جيد و يلحق بالتّعذر و التعسر لعموم ادلّه نفى الحرج و هذا التصدق بها عنه واجب

فلا يجوز تركه او لا فيجوز تركه يظهر الاوّل من الكتب الذاهبه الى القول الاوّل لتضمنها الامر به الظاهر فى الوجوب الا ان يقال هو هنا لا يفيد الوجوب لوروده مورد توهم الخطر فلا يفيد الا الرخصه كما يستفاد من لك فاذن الاحتمال الثانى فى غايه القوه لأصالة البراءه من الوجوب السليمه عن المعارض و لكن الاحوط التصديق و صرح فى لك بانه يشترط فيه اليأس من معرفه المالك او تعذر الوصول اليه و هو الاقرب و هل يشترط فى الياس العلم بعدم معرفه و بعدم امكان الوصول اليه او يكفى الظن فيه المستفاد من اطلاقه الثانى و لا يخ عن قوه و هل يجب الاجتهاد فى طلب المالك او لا صرح بالاول فى السرائر و المنتهى و لكن مقتضى اطلاق ما عداهما من الكتب المتقدمه الثانى و هو الاحوط حيث يعلم بعدم التمكن من معرفه المالك او من الوصول اليه و اما فى صوره الظن فالاحوط الاجتهاد و هل يتقدر بالسنة او يكفى مجرد صدق الاسم يظهر من اطلاق الموجب له الثانى و هو الاقرب و صرح فى لك و ض بانه لو ظهر المالك بعد التصديق و لم يرض به ضمن له المثل او قيمه و صرح فى السرائر بانه قد روى انه يتصدق بها عنه و يكون ضامنا اذا لم يرض بما فعل و هو جيد و ان لم يصرح به فيما عدا الكتب المذكوره من الكتب المتقدمه و صرح فى لك بانه يجوز دفعها الى الحاكم و ابقائها امانه فى يده دائما و لا ضمان و فى الاول اشكال و صرح أيضا بانه لو اشتبه المالك فى قوم محصورين معين عليه التخلص منهم و لو بطريق الصّليح و هو احوط بل فى غايه القوه مع الامكان و صرح فى السرائر و المنتهى بانه ان خاف من رد جوائزهم التى يعلمها ظلما باعيانها جاز قبولها و هو جيد و لكن يجب ردها الى اربابها كما صرح به فى الثانى و لو ان انسانا اشترى من المستجيز الجائزه ثم ادعى المشتري انها مغصوبه لم يقبل قوله من غير بينه كما صرح به فى المنتهى محتجا بانّ البائع معتضد بالظاهر و هو انّ الاصل انّ فى ما يد الانسان له و كذا لا يقبل قول البائع انها مغصوبه لأنه اقرار فى حق الغير فلا يسمع و لأنّ الاصل صحه العقد و لزومه

### منهل ما يأخذه السلطان الجائر من الغلات باسم المقاسمه و من الاموال باسم الخراج عن حق الارض

#### اشاره

و من الانعام من الابل و من البقر و الغنم باسم الزكاه يجوز ابتياعه و تملكه المشتري و ان لم يكن الظالم الاخذ مستحقا له و قد صرح بذلك فى النهايه و السرائر و فع و يع و ره و د و التذكره و نهايه الاحكام و التحرير و عد و التنقيح و جامع المقاصد و حاشيه الارشاد و الرساله الخراجيه العلويه و الرّوضه و لك و الكفايه و المصاييح و ض و يظهر من مجمع الفائده المخالفه لهم و المصير الى عدم جواز ذلك محتجا بما عليه بالاصل و العقل و الثقل و عدم الدليل على الجواز لا من الكتاب و هو واضح و لا من السنه و ان ادعى تظافرها بالجواز فانى ما عرفتها و لا ما فهمته و لو من خبر واحد و لذا ما استدلل بروايه تدلّ على ذلك فى المنتهى و لا- من الاجماع لا- محققا و لا- منقولا- صريحا بل قيل انه اتفاق و هو ليس بصريح فى دعوى الاجماع نعم ادعاه فى الرساله الخراجيه و لك و لكن الاعتماد عليه مشكل لعدم ثبوت الاجماع بعبارة البعض مع خلو البعض عنه و لا من العقل و قد حكى فى الحدائق عن الشّيخ ابراهيم ابن سليمان الحلّى اصلا و الحلّى مسكنا الذى وصفه بانه فاضل و انه من معاصرى المحقق الشّيخ على بن العال الكركى الموافق له فى المنع من جواز ذلك و هذا القول ضعيف و حججه مدخوله بل المعتمد هو القول الاوّل الذى عليه المعظم و لهم وجوه منها ما تمسك به فى جامع المقاصد و حاشيه الارشاد و لك و الكفايه و المصاييح كما عن المنتهى من انّ ذلك لو لم يكن جائزا و كان حراما للزم الحرج العظيم و المشقه الشديده و التالى باطل لما دل على نفي الحرج فى الشريعه من الادله الاربعه و فيه نظر كما اشار اليه فى مجمع الفائده و منها ما تمسك به فى لك و حاشيه الارشاد و المصاييح من انه لو لم يجز ذلك للزم الضرر الكثير و التالى باطل لعموم نفي الضرر و لعل وجه الملازمه ما صرح به فى الكفايه

من أنّ في حرمه ذلك غضاضه على هذه الطائفه و تفويت لحقهم و فيه نظر و منها ما ذكره في التنقيح من ان ما يأخذه الجائر حقّ الائمه العدل و قد اذنوا لشيعتهم شراء ذلك فيكون تصرف الجائر كتصرف الفضولى اذا انضم اليه الاذن و اشار اليه في جامع المقاصد و لك و الكفايه مدعيين اذن ائمتنا عليهم السّلام بذلك و فيه نظر و منها تصريح التنقيح بدعوى الاجماع على جواز الشراء من الجائر مع كونه غير مستحق و تصريح جامع المقاصد بانعقاد اجماع فقهاء الاماميه على جواز اخذ اهل الحق لها من الجائر و تصريح الرساله الخراجيه بان ذلك مما اجمع عليه الاصحاب بل المسلمون ثم صرح بان المنازعه فيه مدافع للاجماع و تصريح المصاييح بدعوى علمائنا على ان ما يأخذه الجائر من الغلات باسم المقاسمه و من الاموال باسم الخراج فى اراضى الصلح و باسم الزكاه مما فيه الزكاه فى حكم ماله مجوز ابتياعه منه و اتهابه و كذا سائر المعاوذات و يعضد ما ذكر امور منها الشهره العظيمه التى لا- يبعد معها دعوى شذوذ المخالف و قد اعترف فى مجمع الفائده بانّ الجواز ظاهر اكثر العبارات و ان ناقش فى دعوى الاجماع و منها عدم اشاره احد من الاصحاب الى مخالف فى الجواز و منها تصريح المسالك بانّه اطبق علماءنا على جواز اخذ ما يأخذه الجائر فى زمن تغلبه و تناوله منه و ان كان ظالما فى اخذه و بانّه لا يعلم فيه مخالفا و منه تصريح الكفايه بانّ المعروف من مذهب الاصحاب الخراج فى زمن غيبه الامام (ع) فى الجملة و بانّه لم يعرف فى ذلك خلافا بينهم و منها تصريح الرياض بان الاصل فى الجواز بعد عدم الخلاف فى الطائفه الاجماع المستفيض حكايته فى كلام جماعه و منها تصريح الرساله الخراجيه فى مقام اخر بتطابق كلام اجله الاصحاب و متقدمى السلف و متاخرهم بالترخيص لشيعة اهل البيت فى تناول ذلك فى حال الغيبه بامر الجائر و تصريحها أيضا بعد ذلك باتفاق الاصحاب على ذلك قائلًا بعد الاشارة الى جمله من عباراتهم أنّ كلام الباقيين لا يخرج عن كلام ما حكينا كلامهم اذ لو كان فيهم مخالف لحكاه من عثرنا على مصنفاتهم و اطلعنا على مذاهبهم لما علمنا من شده حرصهم على ايراد خلاف الفقهاء و ان كان ضعيفا و الاشارة الى القول الشاذ و ان كان واهيا فيكون الحكم فى ذلك اجماعيا على أنه لو كان فيهم

مخالف مع وجود فتوى كبراء المتقدمين و استفاضه الاخبار عن الائمه عليهم السّلام لم يكن خلافا قادحا فكيف و الحال قد علمت فيها و ما زلنا نسمع فى خلال المذاكره فى مجالس التحصيل من اخبار علماءنا الماضين و سلفنا الصّالحين ما هو من جمله الشواهد على ما يدعيه و الدلائل الدّاله على حقيقه ما يبحثه و عد منهم السيّد المرتضى و اخاه السيّد الرضى و نصير الدّين الطّوسى و العلامه

ص: ٣٠٦

مستشهدا لمعاشرتهم للسلطين الجائرين و اخذهم منهم ثم استشهد على ذلك باحوال ذلك عبد الله بن عباس و عبد الله بن جعفر و غيرهم و بالجملة بالغ فى حصول الاجماع على ذلك غايه المبالغه و مع هذا كله فمناقشه مجمع الفائده فى هذا الوجه ضعيفه غايته الا- اذا منع من الاطلاع على الاجماع فى زمن الغيبه و من حججه الاجماع المنقول و كلاهما ضعيفان جدا و منها تصريح حاشيه الارشاد بانّه صرح اصحابنا بجواز شراء ما اخذ الجائر باسم المقاسمه و الخراج و الزكاه و قبول هبته و بانّه لا يجب رده على اربابه و ان عرفوا بعينهم و ممّن صرح بذلك الشيخ و عامه المتأخّرين و صرح أيضا ان بعض المتأخّرين حكى الاجماع على ذلك و منها ما تمسك به فى الرساله الخراجيه من ان الخراج حق شرعى منوط تقديره بالمصلحه عرفا و ارتباطه بنظر الامام (ع) استقلالا بنفسه كان الورد عليه فى ارتكابه ما لا- يجوز له و لم يكن الماخوذ حراما و لا مظنه حرام لأنه حق شرعى على الزارع خارج عن ملكه يستحقه قوم معلومون و قد دفع ائمتنا عليهم السّلام المنع من طرفهم بالنسبه إلينا و قد اشار الى ما ذكره

فى التذكرة و جامع المقاصد و فىه نظر و منها ان ذلك لو كان حراما لاشتهر بل و تواتر كما اشتهر و تواتر عدم جواز غسل الرجلين و مسح الخفين فى الوضوء و عدم جواز العمل بالقياس و نحوها و التالى باطل فالمقدم مثله اما الملازمة فظاهره فتدبر و منها الاخبار الداله على ذلك بل صرح فى جامع المقاصد بتواترها و فى الرساله الخراجيه و الرياض باستفاضتها و صرح فى الرساله فى مقام اخر بكثرتها و اشتها مضمونها و صحه طرق كثير منها احدها ما تمسك به فى حاشيه الارشاد و الرساله الخراجيه من خبر جميل بن صالح قال ارادوا بيع تمر عين ابى زياد فاردت ان اشتر به ثم قلت حتى استأذن ابا عبد الله (ع) فامرت مصادفا فسأله و قال قل فاشتره فانه ان لم يشتره اشتره غيره لا يقال هذه الروايه ضعيفه السند كما صرح به فى مجمع الفائده محتجا بان الظاهر ان مصادفا نقل الى جميل قوله قل له يشتر به و مصادف ضعيف فلا يصح الاستناد اليها لأننا نقول الاحتجاج المذكور غير وجيه لان الظاهر ان قوله فقال قل له اه اخبار من جميل بصدور الحكم من المعصوم بتجوز الشراخ لان الضمير فى لفظه فقال رجح الى ابى عبد الله ع و هو يقتضى علم جميل بذلك لانه الاصل فى الخبر كون المخبر عالما بما يجر به و هذا المقدار يكفى فى الحكم بصحه الخبر و لذا وصف الروايه المذكوره فى حاشيه الارشاد و الرساله الخراجيه بالصحه و حكى فى الثانى عن المنتهى توصيفه بالصحه و احتججه بها هنا سلمنا و لكن ضعف السند هنا غير قادح لما صرح به فى الرساله المذكوره من ان الاصحاب كلهم او اكثرهم قد افتوا بمضمونها فى كتبهم و عملوا بها فيما بلغنا منهم و الخبر الضعيف الاسناد اذا انجبر بفتوى الاصحاب و عملهم ارتقى الى مرتبه الصحيح او انتظم فى سلك الحجج و لا يقال لا دلالة لهذه الروايه على المدعى لان ابا زياد لم يعلم كونه من الامراء الظلمه لأننا نقول هذا الاحتمال بعيد فى الغايه بل عن الكاشانى فى الوافى التصريح بانه من اعمال السلطان و لا يقال يمنع دلالة هذه الروايه على المدعى لما ذكره فى مجمع الفائده من امكان ان يكون المعنى جواز شراء مال الظلمه مع عدم العلم بالغصب بعينه كما يدل عليه الاخبار الداله على جواز اخذ جوائزهم على كراهه و لكن تزول عنه باعتبار الضروره و يحتمل قوله فان لم تشتره اه ان اجتناب ذلك للتنزه لا ينفع لأنه ان لم تشتره انت يشتره غيرك و انت مختلط و تأكل مما يأكل او انه لا يرد به الظالم عن ظلمه كما قيل لأننا نقول يدفع ما ذكره ان الامام (ع) أطلق الحكم بجواز شراء المال المفروض فى الروايه الذى يحتمل ان يكون من الزكاه و المقاسمه و الخراج الماخوذه ظلما و عدوانا و لم يستفصل و لم يفرق بين الاقسام و بالجملة عموم ترك الاستفصال ينهض دليلا على المدعى كما لا يخفى لا يقال اضافه العين الى ابى زياد تفيد انها ملك له و لو بظاهر الشرع و من الظاهر ان الزكاه و الخراج و المقاسمه لا يملكها الظالم فلا تكون مندرجه تحت عموم الروايه فلا ينفع هناك ترك الاستفصال لأنه لا يقتضى الشمول لغير المعانى الحقيقيه و لو كان مجازا لأننا نقول لا نسلم

ان الاضافه المذكوره تفيد ذلك فانه يكفى فى الاضافه الادنى الملابس سلمنا و لكن العين المذكوره مملوكه باعتقادهم و ان لم يكن شرعا مملوكه على ان التوجيه الذى وجه به فى مجمع الفائده قوله فان لم يشتره ان لا يناسب ما احتمله فت و لا يقال يمنع دلالة الروايه على المدعى لما ذكره بعض الاجله من ان ابى زياد المذكور فى الروايه كان لأبى عبد الله (ع) محتجا بخبر يونس او غيره ممن ذكره عن ابى عبد الله (ع) قال قلت له بلغنى انك تفعل فى غله عين زياد شيئا فانى احب ان اسمعه منك قال فقال لى نعم كنت أمر فياذا ادركت الثمره ان يثلم فى حائطها الثلم ليدخل الناس و يأكلوا و كنت أمر فى كل يوم عشره بنيات تقعد على بنيه عشره كلما اكل عشره جاء عشره اخرى يلقي لكل نفس مد من رطب و كنت أمر لجيران الضيعه كلهم الشيخ و العجوز و الصبى و المرأه و من لا يقدر ان يجىء يأكل منها لكل انسان مد فاذا كان الجذاذ وافيت القوام و الوكلاء و الرجال اجرتهم و احمل الباقي الى المدينه فعرفت فى اهل البيوتات و المستحقين الراحلتين و الثلاثه و الاقل و الاكثر على قدر استحقاقهم و حصل لى بعد اربعمائه دينار و كان غلتها اربعه آلاف دينار لان الظاهر من الخبر ان الضيعه المذكوره كانت له (ع) ثم اغتصب منه ع

فيكون استماره (ع) في الشراء من ثمرها من حيث انما هو كونه له و يتجه ح قوله ان لم تشتريه اشتراه غيرك و لا ينافى ما ذكر  
اشتمال الخبر الاول على تسميه الضيعة المذكوره بعين ابي زياد و تسميتها في هذا الخبر بعين زياد فان مثل هذا التجوز كثير في  
الكلام لأننا نقول الروايه المذكوره لا تنهض باثبات ما ادعاه لضعفها سندا و قصورها دلالة كما لا يخفى الا ان يقال ان ما ذكره و  
ان لم يكن ثابتا الا- ان مجرد الاحتمال يكفي في منع دلالة الروايه المتقدمه على المدعى فتأمل و لا- يقال عموم روايه جميل  
معارض بالعمومات الداله على عدم جواز شراء ما لا يملكه البائع و التصرف في ملك الغير مع عدم اذنه و التعارض بينهما و ان  
كان من قبيل تعارض العمومين من وجه الا ان الترجيح مع تلك العمومات لاعضادها بالاصل و العقل لأننا نقول لا نسلم ذلك  
بل الامر بالعكس لاعضاد عموم الروايه بما تقدم اليه الاشاره و ما سيأتى اليه الاشاره و منها ما تمسك به في الرساله الخراجيه  
حاكيا له عن التذكرة من خبر عبد الرحمن بن الحجاج الذي وصفه في الرساله المذكوره و الكفايه و غيرهما بالصحة قال قال لي  
ابو الحسن ع ما لك لا تدخل مع علي في شراء الطعام انى اظنك ضيقا قال قلت نعم

ص: ٣٠٧

فان شئت وسعت على قال فاشتره لا يقال لا دلالة للروايه على المدعى بشىء من الدلالات الثلاث كما صرح به في مجمع  
الفائده و الكفايه و غيرهما متمسكين بانه لم يذكر فيها الخراج فيها و لا المقاسمه و لا الزكاه بوجه من الوجوه و من الظاهر ان  
الاستدلال لا يتم الا على تقدير كون الطعام المذكور فيها من احد الامور المذكوره او من جميعها و ايد في الاول ما اورده بان  
العلامه في المنتهى لم يستدل بها على المدعى لأننا نقول عدم علم المعترضين بكون الطعام المذكور في الروايه ما ذكر لا ينافى  
علم المستدل بانه منه فيصح له الاستدلال بها بحسب معتقده على انه ربما كان اطلاق الامر بشرائه مفيدا للمدعى لأنه يفيد جواز  
شرائه و لو علم المخاطب به مما ذكر فت و ثالثها ما تمسك به في الرساله الخراجيه أيضا من خبر ابي المغراء الذي وصفه فيها  
بالصحة و استظهرها في مجمع الفائده قال سئل رجل ابا عبد الله و انا عنده فقال اصلحك الله امر بالعامل فيجيزني بالدرهم  
اخذاها قال نعم قلت و احج بها قال نعم و صرح في الرساله بان في معنى الخبر المذكور اخبار كثيره و في الكفايه بان مثله مروى  
من عدده طرق لا يقال لا دلالة للروايه على المدعى كما صرح به في مجمع الفائده اشار اليه في الكفايه اذ ليس فيها الا التصريح  
بجواز اخذ الجائزه من العامل و هو غير جواز اخذ الزكاه و الخراج و المقاسمه منه و لا تلازم بين الامرين لا عقلا و لا عرفا و لا  
شرعا لأننا نقول منع الدلاله بعيد في الغايه لان مقتضى عموم ترك الاستفصال بها جواز اخذ الجائزه من العامل سواء علم انها من  
ماله او من الخراج و المقاسمه و الزكاه الماخوذه ظلما او من المغصوب أم اشتبه ذلك خرج ما علم غصبيته بالدليل و لا دليل  
على خروج محل البحث فيبقى مندرجا تحت العموم على انه قد يبق اغلب جوائز الظلمه من محل البحث فيكون هو اظهر افراد  
العموم فيكون دلالة الروايه عليه في غايه الظهور فت و رابعها ما تمسك به في حاشيه الارشاد و في الخراجيه من خبر ابي عبيده  
الحذاء الذي وصف فيهما و في الرياض بالصحة عن ابي عبد الله ع عن ابي جعفر ع قال سئلت عن الرجل منا يشتري من السلطان  
من ابل الصدقه و غنمها و هو يعلم انهم يأخذون منها اكثر من الحق الذي يجب عليهم قال فقال ما الابل و الغنم الا مثل الحنطه و  
الشعير و غير ذلك لا باس به حتى تعرف الحرام بعينه قيل له فما ترى في مصدق يجيئنا فيأخذ منا صدقات اغنامنا و نقول بعناها  
فيبيعناها فما ترى في شرائها منه و قال ان كان قد اخذها و عزلها فلا باس قيل له فما ترى في الحنطه و الشعير يجيئنا القاسم  
فيقسم لنا حنطنا و يأخذ حظه فيعزله بكيل فما ترى في شراء ذلك الطعام منه فقال ان كان قبضه بكيل و انتم حضور ذلك فلا  
باس بشرائه منه بغير كيل لا يقال لا نسلم صحة الروايه لما اشار اليه في مجمع الفائده من احتمال كون ابي عبيده غير الحذاء



المشهور لأننا نقول هذا الاحتمال ضعيف لان الاطلاق ينصرف الى ما هو المشهور و ان كان اللفظ مشتركا فان من قرائن تعيين المراد في المشترك اللفظي الاشتهار كما في زراره وغيره هذا وقد صرح في الكفايه بان احتمال كون ابي عبيده غير الحذاء مع ان غيره غير مذكور في باب الكنى يشتهر بهذه الكنيه بعيد جدا لا يقال لا تنهض هذه الروايه باثبات المدعى لما ذكره في مجمع الفائده من ان قوله ع لا باس به حتى تعرف الحرام بعينه لا دلالة فيه الا على انه يجوز شراء ما كان حلالا بل مشتبهها أيضا و انه لا يجوز شراء ما كان حراما بعينه و ليس فيه دلالة صريحه على جواز شراء الزكاه و المقاسمه و الخراج الا التي هي حرام بالنسبه الى الجائر نعم ظاهره ذلك و لكن لا ينبغي الحمل عليه لنا فانه للعقل و النقل و يحتمل ان يكون سبب الاجتهال التقيه و يؤيد الحمل على غير الظاهر انه غير مراد بالاتفاق اذ ليس بحلال ما يأخذه الجائر لأننا نقول ما ذكره مدفوع بما اجاب عنه في الكفايه من ان السؤال وقع عن ابل الصدقه و الجواب انه لا- باس به لا- يحتمل ان يكون معروضا في غيره لكن لما فرض السائل انه يعلم انهم يأخذون اكثر من الحق فقد فرض وقوع حرام في الصدقات التي بايدهم فوقع الحاجه الى

الاستثناء الذي فعله ع و كان غرض السائل متعلقا باستعلام الحكم باعتبار الاختلاط المذكور كان جواز اصل الصدقه مستغنيا من البيان عنده ثم قوله لا ينبغي الحمل عليه لمنافاته للعقل و النقل محل نظر اذ لا اعرف دليلا عقليا و لا نقليا يدل على ما ذكره حتى يقع الحاجه الى التأويل او الحمل على التقيه اذ ذلك من غير ضروره غير سائغ و دعوى الاتفاق الذي ذكره غير ظ و قد اشار الى ما ذكره في الكفايه من الجواب في الرياض أيضا و لا يقال قوله فما ترى في مصدق اه لا يدل على المدعى أيضا و ان كان الظاهر منه في بادي النظر جواز الشراء اما اولاً فلما ذكره في مجمع الفائده من معلوميه كون المصدق اي الذي يقبل الصدقه من قبل الجائر فيحتمل كونه من قبل العدل و اما ثانياً فلما ذكره في الكتاب المذكور أيضا من احتمال كون المراد بالشراء استنقاذ المالك ماله من يد الظالم لا الشراء الحقيقي المتوقف عليه الاستدلال و ذلك لان المبيع مال المشتري بقرينه قوله يأخذ صدقات اغنامنا و لم يصر متعينا للزكاه لأخذه ظلما و اما قوله ان كان اه فالتعرض منه بيان شرط الشراء و هو التعين و يعلم مما ذكر ضعف دلالة قوله فما ترى في الحنطه اه لأننا نقول منع دلالة ما ذكر على المدعى بعيد غايته كما صرح به في ض و الوجهان المذكوران ضعيفان اما الاول فلما صرح به في الكفايه و اشار اليه في الرياض من ان وقوع المصدق في زمان الاثمه عليه السّلام من قبل الامام العادل ع او الماذون من قبله بعيد جدا و كذا مجيء مصدق عادل لأخذ الزكاه و جمعها خشيه لشده التقيه في زمن الاثمه عليهم السّلام سلمنا انتفائها و لكن ترك الاستفصال في الروايه يقتضى عدم الفرق بين المصدق من قبل العادل و المصدق من قبل الجائر و معه يصح الاستدلال أيضا كما لا يخفى و اما الثاني فلان حمل الشراء على الاستنقاذ مجاز لا يصار اليه الا مع القرينه و هي هنا مفقوده على ان الشرط المشار اليه بقوله ان كان اه قرينه على اراده المعنى الحقيقي اذ الاستنقاذ لا يتوقف على هذا الشرط و اما ما ذكره في توجيهه فبعيد في الغايه و صرح في الكفايه بان كون الشراء استنقذا لا يبيعا حقيقه بعيد جدا مع الشرط الذي ذكره و حمل الشرط على ما ذكره بعيد جدا و صرح ببعده ما ذكره في الرياض أيضا و مع ذلك صرح بان صدر الروايه كالصريح في كون المبيع من غير المشتري و لا- يقال لا دلالة في الروايه على جواز شراء المقاسمه بوجه من الوجوه و ان دلت على جواز شراء الزكاه و قد صرح بما

ص: ٣٠٨

ذكر في مجمع الفائده مستشهدا على ذلك بان العلامه في المنتهى جعلها دليلا على اباحه شراء الزكاه فقط فهي غير وافية بتمام المدعى و اخص منه لأننا نقول ما ذكر مدفوع اما اولاً فلما اجاب به عنه في الرياض من ظهور لفظ القاسم في قوله يجيئنا القاسم

فى كون الماخوذ مال المقاسمه سيمًا فى مقابله لفظ المصدق مع مضى السؤال عن حكم المسؤول عن حكمه هنا فى الصيدير المشعر بل الظاهر أنه غير الأول و صرح فى الكفايه و غيره بظهور لفظ القاسم فى المقاسمه خصوصا مع المقابله المشار اليها و اما ثانيا فلأنه لا قائل بالفصل على الظاهر بين الزكاه و المقاسمه و الخراج كما صرح به فى ض مجيبا عن الايراد المذكور و لا يقال غايه ما يستفاد من الروايه جواز الشراء و ليس فيها دلالة على جواز الاتهاب و سائر التصرفات كما هو المدعى و لا ملازمه عقلا بين جواز الامرين فيحتمل اختصاص الجواز بالشراء تعبدا و قد صرح بما ذكر فى مجمع الفائده لأننا نقول اذا ثبت جواز الشراء ثبت سائر التصرفات و ذلك اما لعدم القائل بالفصل كما صرح به فى الكفايه او لقاعده الاولويه او للاستقراء فان الغالب الملازمه بين جواز الشراء و جواز غيره من سائر التصرفات او لعدم المنع من سائر التصرفات مع ان المقام يقتضيه هذا و قد صرح فى الكفايه بأنه يظهر من الروايه ان تصرف العامل بالبيع جائز اذ لو كان حراما كان الشراء منه أيضا حراما لكونه اعانه على الفعل المحرم و لا يقال هذه الروايه على تقدير تسليم ظهورها فى المدعى مخالفه للعقل و النقل كما صرح به فى مجمع الفائده موردا عليها لأننا نقول ان اريد مخالفتها للعقل و النقل القطعيين الذين لا يقبلان التخصيص فهو بط بالضرورة و قد صرح به فى الكفايه و ان اريد مخالفتها للأصل و العموم فذلك غير قادح فيها لأنها اخص فيخصصنا بها خصوصا مع اعتضاها بالشهره العظيمه و غيرها من سائر الادله الداله على المختار سلمنا ان التعارض بينهما من قبيل تعارض العمومين من وجه و لكن الترجيح مع الروايه من وجوه عديده و لا يقال الروايه تحتمل الورود مورد التقيه كما اشار اليه فى مجمع الفائده فلا تكون حجه لأننا نقول هذا باطل لأن الاصل فى الروايات الصيحيه بالاتفاق الظاهر من السيره مضافا الى أنه لولاه للزم سقوط معظم الروايات المعتبره عن درجه الحجيه لاحتمال ورودها مورد التقيه و ذلك باطل عقلا و نقلا فاذا لا يجوز حمل الروايه على التقيه الا بدليل معتبر و هو هنا مفقود قطعاً و خامسها ما تمسك به فى رساله الخراجيه و ض و جعله مؤيدا فى الكفايه من خبر ابى بكر الحضرمى الذى وصفه بالصيحه فى الكفايه و بالحسن فى ض قال دخلت على ابى عبد الله ع و عنده ابنه فقال ما يمنع ابن ابى سماك ان يخرج شباب الشيعه فيكفونه ما يكفيه الناس و يعطيهم ما يعطون الناس قال ثم قال لى لم تركت عطائك قال قلت مخافه على دينى قال ما منع ابن ابى سماك ان يبعث إليك بعطائك اما علم ان لك فى بيت المال نصيبا و صرح المستدل بهذه الروايه بوضوح دلالتها على المدعى و صراحتها لوجهين احدهما ما ذكره فى رساله الخراجيه من أنه ع بين للسائل حيث قال انه ترك اخذ العطاء للخوف على دينه أنه لا خوف عليه فانه انما يأخذ حقه حيث انه يستحق فى بيت المال نصيبا و قد تقرر فى الاصول تعدى الحكم بالعله المنصوصه و اليه اشار فى ض أيضا مصرحا فى مقام توجيه الدلاله بتجويزه للراوى اخذ العطاء من بيت المال الغالب فيه اجتماع وجوه الخراج و المقاسمه لندره الزكاه فان لها اربابا مخصوصه يعطون من دون احرار لها فيه فاحتمالها ضعيف و ثانيها ما ذكره فى ض من تجويزه لشباب الشيعه اخذ ما يعطى الحاكم الناس المعينين له و من جمله ما يعطون وجوه الخراج و المقاسمه و اعترض فى مجمع الفائده على التمسك بهذه الروايه على المدعى بوجوه منها قصور السيد باشماله على ابى بكر الحضرمى فانه و ان نقل ابن داود عن الكشى توثيقه فى باب الكنى و لكن الظاهر أنه غير ثابت لأنه ليس من عاده الكشى توثيقه فى باب الكنى و لكن الظاهر انه غير ثابت لأنه ليس من عاده الكشى ذلك و لهذا ما نقله احد و لا هو عند ذكر اسمه و هو عبد الله على انا نرى فى كتابه غلطا كثير لعله من غلط الكاتب ثم استشهد على ما ذكره بان احدا من الاصحاب لم يوصف هذه الروايه بالصحه

و قد يورد عليه بان ما ذكره فى تضعيف ما نقله ابن داود عن الكشى ضعيف بل احتمال جواز الاعتماد عليه فى غايه القوه لأن الاصل فى خبر العدل الحجيه و يؤيده تصريح العلامة فى الخلاصه على ما حكى بكون الحضرمى ممدوحا و تصريح الكفايه

بكون هذه الروايه صحيحه و تصريح الرّياض بكونها حسنه سلّمنا ضعف الروايه سندا و لكنّه منجبر بفتوى الاصحاب و منها انه لا دلاله فيها اصلا الا على الذم على عدم اعطاء المال من بيت المال الذى عد لمصالح المسلمين المستحقين من الشيعة عند اعطائه بغيرهم و اين هذا من الدلاله على جواز اخذ المقاسمه من الجائر و جواز التصرف فيها بعد الأخذ من الجائر بانحاء التصرفات لاحتمال كون المال فى ذلك البيت الذى يتعلق بابن ابى سماك من المنذور للفقراء الذى له ان يعطيهم منه او من الموصى به الذى يجوز له ان يعطيهم اذ ليس فى الروايه ما يدلّ على أنّه من الخوارج و المقاسمه و الزكاه الماخوذه ظلما من اربابها و لهذا تعجب المعترض من صاحب الرساله باعتبار تصريحه بطرحه الروايه قائلا انا ما فهمت منها دلاله ما كيف و غايه دلالته ما ذكر بل ما فهم منه السائل غير ذلك بل قد يفهم تقريره على ذلك و فيه نظر لأنّ احتمال المذكور بعيد فى الغايه كما صرّح به فى ض و كذا صرح به بعض الاجله معللا بانه غير خفى على المتتبع للسير و الآثار و المطّلع فى كتب الاخبار ان بيت المال المذكور فى امثال هذه المقام انما هو المشتمل على الأموال المعده لمصالح المسلمين و ارزاقهم كما تدلّ عليه اخبار اعطاء المؤدّن و القاضى و الدّيات التى تعطى من بيت المال و نحو ذلك و ليس فى الاموال التى يأخذها الامام عادلا كان او جائرا او تكون فى بيت المال مما يكون ألّا مال الخراج و المقاسمه و الا- فالزكاه لها ارباب مخصوصون و احتمال الحمل على ما ذكره من بيت المال و يكون مندورا او وصيّه عجب من مثله و بالجملة فان كون الخبر المذكور بمعونه غيره من الاخبار ظاهرا فى جواز ارتزاق الشيعة من بيت المال ممّا لا يحرم حوله الاشكال و هو الظاهر من قوله ما يمنع ابن ابى سماك من ان يخرج شباب الشيعة اى الى جبايه الخراج و جمعا

ص: ٣٠٩

فيعطيهما ما يعطى غيرهم و الظاهر ان الرجل المذكور كان منصوبا من قبل الخليفه لجمع الخراج و حفظه و خزنته فى بيت المال و قسمته و مراده ع حيث الرجل المذكور على نفع الشيعة و صلتهما بجعلهم اعوانا له على جمع الخراج ليحصل لهم اجره ذلك و جواز اخذ الشيعة من بيت المال الذى عرفت أنّه مال الخراج و المقاسمه و منها مخالفته للعقل و النقل فيجب طرحها و فيه نظر واضح و سادسها ما تمسّك به فى حاشيه الارشاد و ض و صرح بدلالته على المدعى بعض الاجله من خبر اسحاق الذى عده فى الاخير و غيره موثقا قال سألته عن الرجل يشتري من العامل و هو يظلم فقال يشتري منه ما لم يعلم انه ظلم فيه احدا و اورد عليه فى مجمع الفائده اولا أنّه ضعيف السند باشماله على احمد بن محمد و ابان و اسحاق و كلهم مشتركون و باشماله على الحسن بن على بن فضال و قيل انه فطحي و فيه نظر اما اولا فلأنّ الظاهر ان احمد بن محمد هنا هو ابن عيسى و ان ابان هو ابن عثمان و ان اسحاق هو ابن عمار و كلهم ثقات و ان كان الاخيران فاسدى المذهب نعم ان قلنا بعدم حجّيه الموثق اتجه التضعيف و لكنّه خلاف التحقيق و اما ثانيا فلان ضعف السند هنا غير قادح لانجباره بالشهره العظيمه و ثانيا انه لا دلاله له الا على شراء شىء لا يكون فيه ظلم احد فلا استدلال به على المطلوب يفيد العموم لجميع افراد السؤال التى منها مفروض البحث و لا- ينافيه القيد لاشتراطه فيه اجماعا و ليس المراد من الظلم مطلقه كيف لا- و العامل لا ينفك عنه مط فالمراد منه الظلم الزائد على المتعارف عرفا و قد يناقش فيما ذكره بان ما يأخذه العامل من الخراج و المقاسمه و الزكاه ما يعلم بظلمه لأربابها فلا يجوز اخذها منه لقوله ما لم يعلم انه ظلم فيه احدا و ما ذكره قدس سرّه فى توجيه هذا القيد لا دليل عليه فت و سابعا ما تمسّك به فى حاشيه الارشاد و ض أيضا من خبر معاويه ابن وهب الذى وصفه فى الاخير بالصّححه قال قلت لأبى عبد الله (ع) اشتري من العامل الشىء و انا اعلم انه يظلم و فيه نظر و ثامنها ما تمسّك به فى الكتابين المذكورين من مرسله ابن ابى عمير التى صرح الاخير بأنّها كالصّححه

عن ابي عبد الله (ع) قلت له اشترى الطعام من العامل فيجئني من يتظلم يقول ظلموني فقال اشتره وفيه نظر و تاسعها خبر الحسين بن ابي العلاء عن ابي عبد الله (ع) عن ابيه ان الحسن و الحسين عليهما السّلم كانا يقبلان جوائز معاويه و قد تمسّك بهذه الروايه في رساله الخراجيه موجها الاستدلال بها فان موضع الشّبهه حقيق بالاجتناب و الامام (ع) لا يواقعها و ما كان قبولهما عليهما السلم لجوائز معاويه الا ان لهما من الحق في بيت المال مع انّ تصرّفه كان بغير رضی منهم عليهم السّلم فيتناولهما حقهما المرتب على تصرّفه يدلّ على جواز ذلك الحق في بيت المال للمؤمنين نظرا الى ثبوت التّاسي و قد حكى عن الدروس التّنبيه الى ما ذكره و التفرقه بين اخذ الجائزه من الظالم و بين اخذ الحق الثابت في بيت المال اصله معللا بانّ ترك قبول الاوّل اولى بخلاف الثّاني و يظهر من الكفايه التامل في دلاله الروايه المذكوره على المدعى بل صرح في مجمع الفائده بعدم الدلاله معللا بانّ غايه ما يستفاد الدلاله على جواز اخذ جوائز الظالم و هو غير المدعى و عاشرها ما تمسّك به في ض من الاخبار التي وصفها بالاعتبار الدّاله على جواز الشّراء من الظلمه من دون استفضال و تقييد بما يخرج مفروض المسأله و ايدها بالاخبار المستفيضه المبيحه على الاطلاق او العموم جوائز الظلمه و حادى عشرها ما تمسّك به في الكفايه و جعله مؤيدا في الرّياض من الاخبار الدّاله على جواز قبالة الخراج و الجزيه من السّيلطان منها خبر إسماعيل ابن الفضل الذي وصفه بالصّحه في الثّاني و غيره عن ابي عبد الله (ع) قال سألته عن الرّجل يتقبل بخراج الرجال و جزيه رءوسهم و خراج النخل و الشجر و الاجام و المصايد و السّيمك و الطير و هو لا يدري لعل هذا لا يكون ابدا او يكون ا يشتره و في اى زمان يشتره و يتقبل به فقال اذا علمت ان من ذلك شيئا واحدا قد ادرك فاشتره و تقبل به و منها خبر الحلبي الذي وصفه بالصّحه في الرياض و غيره عن ابي عبد الله (ع) لا باس

بان يتقبل الرّجل و اهله من السّيلطان و عن مزارعه اهل الخراج بالرّبع و النّصف و الثلث قال نعم لا باس به و قد قبل رسول الله (ص) خبير اعطاها اليهود حين فتحت عليه بالخير و الخير هو النّصف لا- يقال الاخبار المذكوره لو سلم دلالتها على المدعى فليست تصرّيحاً فيه بل غايتها الظهور و لا يجوز التّعويل عليه هنا لمخالفته للعقل و الثّقل الدالين على عدم جواز التصرف في ملك الغير و قبحه من غير اذنه اذ لا شبهه في انّ ما يأخذه الجائر ملك للغير يتصرّف فيه من غير وجه شرعى و يؤيّد ذلك ما ذكره في مجمع الفائده قد يمنعون الوصى الذى لا يكون عدلا من اعطاء قفيز ما لا يوصى به للفقراء بل الموصى به لمعين و يضمّنونه فكيف يجوزون اخذ مال يثبت اجره للأرض التي هي ملك للمسلمين بنظر الامام (ع) و رضا المستأجر مع اشتراك المسلمين قاطبه فيها لواحد معين منهم مط الا القدر الضرورى و يشترك فيه ما اذن الجائر الذى لا دخل له في هذه الارض و لا في خراجها بوجه من الوجوه مع كون تصرفه فيها حراما و كيف يتعيّن كون هذا المال اجره و يتعيّن لهذا المسلم الخاص بتعيين مثله مهما اراد لأننا نقول ما ذكر لا تصلح لمعارضه الادله المتقدّمه اليها الاشارة هذا و قد صرح في الكفايه باننا لو سلمنا ان اخذ السّيلطان و جمعه حق الخراج من الارضين حرام مط حتى لو كان مقصوده جمع حقوق المسلمين و صرفه في مصارفه الشرعيه بقدر طاقته لكن لا نسلم ان اعطائه لأحد في صورته الهبه و غير ذلك يكون حراما اذا كان الاخذ مستحقا مثل الفقراء او كونه من مصالح المسلمين كالغازى و القاضى و الذى له مدخل في امور الدّين و ان كان الاخذ حراما اولاً اذ لا اجد بحسب نظرى دليلا على ذلك و لا الاصل يقتضيه و

**ينبغي التّنبيه على امور**

**الاول لا فرق في جواز ابتياع الامور الثلاثة بين ان يعرف صاحبها او لا**

ولا- يجب عليه ردها اليه كما صرح به في النّهايه و يع و التبصره و د و التحرير و عد و نهايه الاحكام و س و التنقيح و حاشيه الارشاد و الكفايه

### الثانى لا يشترط فى ذلك رضاء المالك

كما صرح به فى س و جامع المقاصد و لك و قد قطع به فى الثّانى قائلا أنّ ذلك حق عليه لا يجوز له منعه بحال

### الثالث لا يمنع بظلم المالك من الشراء

كما صرح فى س و التنقيح و لك و حاشيه الارشاد بل عزاه فى الرّياض الى الاصحاب مستدلا عليه بمرسله ابن ابى عمير المتقدّمه و كك لا- يمنع من ذلك اظهار المالك عدم الرضاء و نسبه فى ض أيضا الى الاصحاب مستدلا عليه بالمرسله المذكوره و صرح فى المصاييح

ص: ٣١٠

بدعوى اجماع علماءنا عليه بدلاله روايات اصحابنا عليه

### الزابع هل يختص الحكم المذكور بالشراء فقط

فلا يعم غيره من سائر المعاولضات او لا يختص به بل يعم غيره اختلف فى ذلك عبارات الاصحاب بحيث يظهر منها اقوال ثلاثه احدها انه تختص بالشراء و لا- يتم غيره و هو لظاهر النّهايه و السرائر و فع حيث لم يتنبه الا- على جواز الشراء و ثانيها انه يعم الشراء و الهبه و هو لظ يع و عد و نهايه الاحكام حيث لم يتنبه الا على جوازهما معا و ثالثها انه يعمهما و سائر المعاولضات و هو لصريح الدّروس و التنقيح و حاشيه الارشاد و الرّساله الخراجيه و لك و المصاييح و الرّياض و زاد فى الاوّلين فصّرّحا بالحاق الوقف و الصّدقه بالهبه و يظهر ما صار اليه جميع هؤلاء الجماعه من التبصره و الارشاد و التحرير لتصريحها بان ما يأخذه السّلطان باسم المقاسمه و الخراج و الزكاه حلال او لا- باس به و هو الاقرب و لهم وجوه منها ظهور ما حكيناه عن جامع المقاصد و الرّساله الخراجيه و غيرها فى دعوى الاجماع على ذلك و يعضد ما ذكر اولا الشّهرة العظيمه الّتى لا يبعد معها دعوى شذوذ المخالف بل قد يدعى عدمه اذ لم يشعر احد من الاصحاب بوجود الخلاف هنا و مجرّد اقتصار جمله من العبارات على بعض التّصرفات لا- يكون دليلا- على وجود الخلاف فت و ثانيا تصريح الرّياض بان الاصحاب صرحوا من غير خلاف يعرف بعدم الفرق فى الحكم المتقدّم بين الشراء و سائر المعاولضات و المعاملات و منها عموم قوله تعالى أَوْفُوا بِمَا لَعَقْتُمْ و قوله (ص) المؤمنون عند شروطهم و نحو ذلك و منها ما صرح به فى ض من استفاده التعميم المذكور من التّصوص صريحا فى بعض و اطلاقا و عموما فى اخر و منها ما صرح به فى الرّساله الخراجيه من ان حل الشراء كاف فى ثبوت المطلوب لان حل الشراء يستلزم حل جميع اسباب النقل كالصلح و الهبه لعدم الفرق بل الحكم بجواز الشراء يدل على ذلك بطريق اولى لأنّ شروط صحّه الشراء

أكثر بل يستلزم جواز قبول هبته و هو فى ىدى ذى المال و الحواله به فان ذلك غير مملوك له بل أنما هو حق يتسلط على التصرف فيه غير من له أهليته التصرف و قد سوغ ائمتنا عليهم السلام ابتناء تملكنا له على ذلك التصرف الغير الشائع لان تحريمه أنما كان من جهتهم (ع) فاعتبر لشيعتهم ذلك لزوال المشقه و قد صرح بذلك الاصحاب

### **الخامس صرح فى التنقيح و س و لك و حاشيه الارشاد بأنه لا يجوز تناول الامور الثلاثة**

اذا قبضها الجائر بغير اذنه

### **السادس لا فرق فى جواز اخذها من الجائر بين ان يقبضها بنفسه او يقبضها وكيله**

و بين ان لا يقبضها مط فلو حاله بها و قبل الثلاثة او باعها و هى فى يد المالك او فى ذمته جاز التناول كما صرح به فى س و التنقيح و لك و الرياض و صرح فى حاشيه الارشاد بأنه لا فرق فى ذلك بين اخذ الجائر لها او وكيله و عدمه و حكى فى مجمع الفائده عن بعض أنه نقل عن السيد عميد الدين فى شرحه للنافع أنه قال انما يحل ذلك بعد قبض السلطان او نائبه و هو ضعيف بل المعتمد هو القول الاول الذى عليه الاكثر و لهم وجوه منها تصريح جامع المقاصد بأنه لا فرق بين قبض الجائر اياها و حالته بها اجماعا و يعضده تصريح الرياض بان المختار مما ذكره الاصحاب بغير خلاف يعرف و منها تصريح الرياض اولا بان المختار مستفاد من النصوص صريحا فى بعض او اطلاقا او عموما فى اخر و ثانيا بان دليل الاباحه شامل لتلك الصور التى تقدم اليها الاشاره و صرح بهذا فى التنقيح أيضا و منها ما اشار اليه فى ض قائل و يؤيد العموم ما اتخذ دليلا فى اصل المسأله من استلزام عدم الاباحه العسر و الحرج على الشيعة المنفيين و منها ما ذكره فى حاشيه الارشاد من أنها خارجه عن تملك صاحبها الاول كما هو معلوم و عدم استحقاق الجائر لها لا يمنع من حل الاخذ

### **السابع المراد بالخراج مقدار من المال يضرب على الارض**

و الشجر و قد صرح بذلك فى لك و الرسالة الخراجيه و مجمع الفائده الا ان الثانى لم يذكر الشجر و صرح بأنه كالأجره للأرض و فى الثالث ابدل الشجر بالبستان متمثلا لذلك بان يجعل على كل جزء كذا درهما و اما المقاسمه فهى على ما صرح فى لك حاصله من حاصل الارض يؤخذ عوضها و اشار الى هذا أيضا فى الرسالة المذكوره و مجمع الفائده و صرح فيه بأن الخراج و المقاسمه بمنزله الاجره فى الارض الخراجيه اى المفتوحه المعموره حال الفتح باذن النبى (ص) و الامام (ع) و الماخوذه بالصّلىح و صرح فى الرسالة الخراجيه بعد تفسير الامرين بان هذا هو المراد بالقباله و الطسق فى كلام الفقهاء و اشار اليه أيضا فى مجمع الفائده

### **الثامن الزكاه قدر معين فى الشريعه و اما الخراج و المقاسمه فليس لهما قدر معين فيها**

بل الامر فيه يرجع الى نظر الامام (ع) بحسب مصلحه المسلمين فيختلف ذلك زياده و نقيصه بالاعتبارات من الزمان و المكان و

غيرهما وقد صرح بذلك في الرّسالة الخراجيه و لك و مجمع الفائده و لهم وجوه منها ما تمسّك به في الاوّل من أنّهما كالأجره كما صرح به بعض الاصحاب و هي منوطه في العرف متفاوتة بتفاوت الرّغبات اما الاولى فلأنّهما في مقابله منافع الارض و لا- معنى لمشابهتها للأجره الا- ذلك و اما الثانيه فظاهره و منها الخبر المروى عن ابي الحسن الاوّل (ع) الارض التي اخذت عنوه بخيل و ركاب فهي موقوفه متروكه في ايدي من يعمرها و يحييها على صلح ما يصلحهم الوالى على قدر طاقتهم من الخراج النصف او الثلث او الثلثان على قدر ما يكون لهم صالحا و لا يضرّ بهم فأنّه صريح في عدم انحصار الامر في شىء بخصوصه و قد تمسّك به فيها أيضا من الاجماع المستفاد من تتبع كلام المتصدين لحكايه الخلاف المشهور او نادرا في مطولات كتبهم و مختصراتها

### التاسع صرح في التحرير و س و التنقيح و حاشيه الارشاد

و لك و المصاييح و ض بانه يشترط في جواز اخذ الامور الثلاثه من السّيلطان الجائر ان لا يزيد في الاخذ على ما لو كان الامام العادل (ع) حاضرا لأخذه فلو علم اخذه الزيادة على ذلك حرم الزائد و الا حرم الكل من باب المقدّمه و قد صرح بهذا التفريع في الرّياض و حكاه في حاشيه الارشاد عن بعض بل يظهر من المصاييح انه مذهب جماعه و قد استحسّنه و يستفاد من اطلاق جمله من عبارات الاصحاب و معظم النّصوص المتقدّمه عدم صحّه الشرط المذكور فالمسأله محلّ اشكال و لكن احتمال عدم الاشتراط لا يخ عن قوه و ربما يظهر من لك الميل اليه مصرحا بأنّه مقتضى اطلاق النّص و الفتوى و لكن الاحوط الاشتراط و يعلم الزيادة في الزكاه بالتعدى عن القدر الواجب فانها مقدره بقدر معلوم و قد صرح بما ذكر في التنقيح و حاشيه الارشاد و لك و ض و اما الخراج و المقاسمه اللذان لا تقدير لهما شرعا فاختلقت العبارات فيما يعلم به الزيادة فيهما فصرح في التنقيح بأنّه ان علم لهما تقدير في نظر الشّارع و كتب الفقر فذلك هو المباح

ص: ٣١١

و الا فما تراضى عليه السّيلطان في ذلك الزّمان و ملاك الارضين و صرّح في حاشيه الارشاد بان التعويل فيهما على التراضى المنوط بالعرف ليراعى فيه ما لو كان الامام العادل (ع) حاضر الزّمان أنّه لا- يق باجره تلك الارض فان هذا من جمله احكام الاجاره فيرجح فيه الى العرف و صرح في لك و المصاييح بان المعبر فيهما الاخذ بالقدر المعتاد في ذلك الزّمان ثم حكيا عن بعض الاصحاب جعل المناط اتفاق السّيلطان و العمال على القدر ثم زيفاه بانه بعيد الوقوع و زاد الثّاني فصرح بأنّه بعيد الوجه

### العاشر هل يختص الحكم المذكور بالماخوذ من السّيلطان المخالف او لا

بل يعلم السّيلطان المؤمن الامامى الجائر و ذهب في لك و ض الى الاوّل و ذهب في الكفايه و المصاييح الى الثّاني للقول الاول وجهان احدهما ما تمسّك به في لك من اصاله المنع الا ما اخرجته الدليل و تناوله للمخالف متحقق و المسئول عنه للأئمه أنّما كان مخالفا للحق فيبقى الباقي و ان وجد مطلقا للقرائن داله على اراده المخالف منه التفاتا الى الواقع او الغالب و اجاب عنه في المصاييح بان اختصاص السؤال لا يوجب تخصيص الجواب مع فرض عمومته مع خلو كثير من النّصوص عن السؤال و اشتغالها

على سؤال غير مخصوص و تحقق القرينه الصّارفة عن اراده العموم فى جميعها غير معلوم و ثانيهما ما تمسك به فى لك أيضا من ان المخالف الجائر يعتقد استحقاقه لما يأخذه فلا يكون ظالما عند نفسه باعتبار معتقده فيجوز الاخذ منه بخلاف المؤمن فأنه يعتقد ان ما يأخذه لا يستحقه بل يرجع الامر فيه الى الحاكم الشرعى فيكون ظالما عند نفسه باعتبار اعتقاده فلا يجوز الاخذ منه و اجاب عنه فى المصاييح أيضا بان اعتقاد المخالف باباحته جهلا غير مؤثر فى جواز الاخذ و لو اثر لكان تأثيره فى تسويفه بالنسبه اليه اولى و للقول الثانى وجوه منها ما تمسك به فى المصاييح و اشار اليه فى لك محتملا لهذا القول من اطلاق النص و الفتوى بل بعض النصوص غايته ترك الاستفصال و على ما ذكر تنهض اطلاق اكثر الاجماع المحكيه حجة على المدعى و يعضده الشّهره العظيمه المتحصّله من اطلاق معظم الفتاوى بحيث لا يبعد معها دعوى شذوذ المخالف لا يقال الاطلاقات المذكوره لا تنصرف الى محلّ البحث لكونه فردا نادرا لأننا نقول هذا باطل اما اولا فلان مجرد ندره فرد لا يمنع من انصراف الاطلاق اليه بل يشترط فى انصرافه الى الشّائع و عدم انصرافه الى النادر صيروره الاول معهودا بحيث يدلّ عليه اللفظ بالدلاله الالتزاميه المعتبره عند اهل اللسان و من البين ان الامر هنا ليس كك و اما ثانيا فلان مجرد الندره لو كان يمنع من تعميم الاطلاق و شموله لمحلّ البحث للزم اختصاص الحكم بالسّلاطين من الامويين و العباسيين لأنهم الموجودون حال صدور اطلاقات النصوص و من الظاهر انّ الخصم لا يذهب اليه لا- يق الامر على ما ذكرت و لكن لا قائل بالفصل بين المخالفين لأننا نقول هذا باطل لان المسأله ليس فيها خلاف حتى يدعى فيها الاجماع المركب غايه ما فى الباب انّ الشّهاد الثانى صار الى اختصاص الحكم ببعض افراد الاطلاق زعما منه انصرافه اليه باعتبار غلبه وقوعه و نحن نقول له ان كان هذا هو المنشأ كان اللّازم الحكم باختصاص الحكم باولئك السّلاطين و من الظاهر انه لا دليل بالخصوص على الحاق سائر السّلاطين المخالفين باولئك فنطالبه بدليل التفرقه و اما ثالثا فلانّ الدّعوى المذكوره ان صحت بالنسبه الى اطلاق الاخبار لما ذكر فلا تصحّ بالنسبه الى اطلاق الاجماع المحكيه و فتاوى الاصحاب لعدم تحقّق ذلك بالنسبه اليها كما لا يخفى و مع ذلك كيف يمكن ان يقال انّ مذهب الاصحاب اختصاص الحكم بالمخالف و الحال انه لم ينبه احد منهم على ذلك بغير الاطلاق و حصوله به بعيد و غير معهود منهم الاكتفاء به فى مثل ذلك فتدبر و منها ما تمسك به فى المصاييح من ان الاباحه انما هى لرفع الحرج و الضرر و توصل الشّيعه الى حقوقهم الثابته فى بيت مال المسلمين كما يشعر به الحسن ما يمنع ابن ابى سماك ان يبعث بعطائك اما علم ان لك فى بيت المال نصيبا و فى الخبر لو قد قام قائمنا كان للإنسان منكم فضل من قطائعهم فاذن القول الثانى هو الاقرب

### الحادى عشر هل يختص الحكم بمن يسمّى سلطانا حقيقه او لا

بل يشمل كل امير جائر و لو كانت رئاسته قليله و امارته تختصّ بقريه ربما يستفاد الاوّل من النّهايه و السّرائر و فع و يع و د و نهايه الاحكام و غيرها لاقتصارها على السّطان و تخصيصها موضوع الحكم به و يستفاد الثّانى من التحرير و س و التنقيح و جامع المقاصد و حاشيه الارشاد و لك لجعلها موضوعه الجائر بقول مطلق و هو الاقرب لإطلاق جمله من الاجماع المحكيه و ظواهر جمله من النصوص المتقدّمه

### الثانى عشر هل يختص الحكم المذكور بالنسبه الى الزكاه ببعض انواعها او لا

بل يعم جميع انواعها من النعم و الغلات و النقدين و ربما يظهر من الشّرائع و ير و عد و نهايه الاحكام و د الاوّل لاقتصارها على



ذكر النعم و اقتصر في التامع على النعم و الحبوب و صرح بالثاني في التنقيح و جامع المقاصد و لك و هو ظ اطلاق النهايه و السرائر و التبصره و س و هو الاقرب و صرح في جامع المقاصد بدلاله بعض الاخبار

### الثالث عشر هل تبرأ ذمه المالك عن اخراج الزكاه مره اخرى

باخذ الجائر لها فلا يجب عليه اخراج شىء من باب الزكاه او لا اختلف الاصحاب في ذلك على قولين الاول ان المالك تبرأ ذمته بذلك و يكون مؤديا لها و هو لظ مجمع الفائده و المحكى في الرياض عن بعض الثاني ان المالك هو لا تبرأ ذمته منه بذلك بل غايته سقوط الضمان عنه اذا لم يكن مفرطا و هو للمسالك للقول الاول وجوه منها ما اشار اليه في مجمع الفائده و الرياض من خبر عيص بن القاسم الذي وصفاه بالصحة عن ابي عبد الله (ع) فقال ما اخذه منكم فاحتسبوا به و لا تعطوهم شيئا ما استطعتم فان المال يبقى على هذا ان تركيه مرتين و منها ما ذكره أيضا من خبر الحلبي الذي وصفاه بالصحة قال سئلت ابا عبد الله (ع) عن صدقه المال يأخذها السيلطان فقال لا آمرك ان تعيد و منها ما ذكره الاول من خبر سليمان الذي وصفه بالصحة قال سمعت ابا عبد الله (ع) يقول ان اصحاب ابي اتوه فسألوه عما يأخذه السلطان فرق لهم و انه ليعلم ان الزكاه لا تحل الا لأهلها فامرهم ان يحتسبوا به و منها ما ذكره الثاني من انه يستفاد من كثير من النصوص المعبره و فيها الصحيح و غيره جواز احتساب ما يأخذه الجائر باسم الخراج مكان الزكاه و لكن اجاب عنها بان ظ الاصحاب الاطباق على ردها بل عليه الاجماع

ص: ٣١٢

منافى المنتهى فتكون شاذه و مع ذلك محتمله للتقيه فقد حكى القول بمضمونها عن ابي حنيفه و منها ما ذكره في جامع المقاصد و لك من انه يلوح من تجويز الاخذ و التعليل بكون دفع ذلك حقا واجبا على المالك كما في الخراج و المقاسمه بغير فرق و قد يناقش في التعليل بما ذكره في لك من ان وجوب الدفع اليه اعم من كونه على وجه الزكاه او المضى معهم في احكامهم و التحرز عن الضرر بمشابهتهم فت و للقول الثاني وجوه أيضا منها ما ذكره في ض من الاصل و العمومات و منها ما ذكره في جامع مقاصد و لك من ان الجائر ليس نائب الفقير فيتعذر النيه و منها ما ذكره من خبر يعقوب بن شعيب الذي وصف فيه بالصحة قال قلت لأبي عبد الله ع جعلت فداك ان هؤلاء المصدقين يأتون فيأخذون الصدقه فيعطوهم اياها ايجزى فقال لا انما هؤلاء قوم غصبوكم او قال ظلموكم اموالكم و انما الصدقه لأهلها و منع في مجمع الفائده من دلالتة معللا باحتماله الحمل على الكراهه كما قاله الشيخ في يب و الحمل على غيرها مما يمنع من الدلاله فمؤيدا للتأويل بعدم صحته و وحدته بخلاف معارضه و المسأله محل اشكال فلا ينبغى فيها ترك الاحتياط فيها بمراعات القول الثاني و ان كان الاول في غايه القوه

### الرابع عشر هل يشترط في جواز اخذ الزكاه و الخراج و المقاسمه من الجائر الفقر

و الاستحقاق لها فلا يجوز للغنى اى من لا نصيب له في بيت المال و لا هو من مصالح المسلمين ان يأخذ شيئا منها او لا يشترط ذلك يظهر من جامع المقاصد و رساله الخراجيه التوقف في المسأله و ان كان يشعران بالثاني و ربما يظهر من الكفايه اشتراط الفقر او كونه من مصالح المسلمين كالغازى و القاضى بالحق و الاثمه ع و اهل الدين و هو احوط و ان كان الاحتمال الثاني في

غايه القوه لما صرح به فى الاولين من كونه مقتضى الاطلاق الاخبار و كلام الاصحاب مضافا الى ما ذكره الثانى من ان رفع الضروره لا يكون الا بالحل مط لا يقال يعارض ما ذكر تصريح الاول بان تعليههم ع بان للأخذ نصيبا فى بيت المال و ان هذا حق الله تعالى يشعر بالاحتمال الاول لأننا نقول ذلك لا يصلح للمعارضه جدا

### الخامس عشر هل يختص الحكم المذكور بالخراج و المقاسمه

الذين يأخذهما الجائر من الاراضى المفتوحه عنوه التى تكون للمسلمين و الاراضى التى صالح الامام ع اهلها على ان تكون للمسلمين فلو اخذ الجائر الخراج و المقاسمه من الاراضى المملوكه لأربابها بالاجبار او غيره لم يثبت ذلك الحكم ح او لا بل يعم جميع افراد الخراج و المقاسمه سواء كانت من تلك الاراضى او من غيرها فيه اشكال من الاصل و عموم ما دل على عدم جواز التصرف فى ملك الغير و ظهور كلام جماعه فى الحكم بالاختصاص و من اطلاق جمله من الاخبار المتقدمه و اطلاق كلام المعظم اذ ليس لفظ المقاسمه و الخراج حقيقه فيما يأخذ من ارض المسلمين كالمفتوحه عنوه و ان كان المقاسمه و الخراج محلها شرعا فى ارض المسلمين فان السلطان العادل لا يأخذها من الاراضى المملوكه كما يرشد اليه عباره التذكره و لك و ضه و صحيحه صفوان عن ابى برده ابن رجا عن الصادق ع و روايه محمد بن شريح عنهم ع و قد يقال لفظ الخراج و المقاسمه و ان كان مط يعم ما هو للمسلمين و ما هو مختص بمالك خاص و لكن الاطلاق ينصرف الى الاول لظهوره و تبادره و كيف كان فلا اشكال فى ان الاحتمال الاول احوط بل و اقرب

### السادس عشر هل يجب على الذين يجب عليهم اداء المقاسمه و الخراج

اذا كان السلطان العادل ظاهرا و مبسوط اليد ادائهما الى السلطان الجائر حين بسط يده و تسلطه و مقهوريه السلطان العادل كما فى زمن الغيبه و لا يجوز لهم الامتناع من ادائهما اليه و لا السرقة منهما او لا يجب ذلك صرح بالأول فى س و التنقيح و حاشيه الارشاد و يع و ض و ربما يظهر من الكفايه الثانى و حكايه عن بعض المتأخرين من الاصحاب للقول الاول و جهان احدهما حكايه دعوى الاجماع عليه عن المحقق الثانى فى جامع المقاصد فى كتاب الاحياء و يعضدها امران الاول تصريحه فى حاشيه يع اولاً- بان بعض الاصحاب ادعى الاتفاق على أنه لا- يجوز جردهما و لا- منعهما و لا- التصرف فيهما الا باذنه و ثانيا بان ظاهر الاصحاب ان الخراج و المقاسمه لازمه للجائر حيث يطلبه او يتوقف على اذنه الثانى تصريح الرياض بأنه لا يجوز جحد الخراج و لا- المقاسمه و لا التصرف فيهما الا باذن الجائر و حيث يطلبه اذ يتوقف على اذنه مط فى ظ الاصحاب كما فى لك و اورد فى الكفايه على ما ذكر قائلها- و ادعاء بعضهم الاتفاق عليه لا- يصلح حجه شرعيه و هو واضح على ما صار اليه من عدم حججه الاجماع المنقول و اما على المختار من حججه فقد يمنع من اعتبار ذلك أيضا اما اولاً فللمنع من دلاله دعوى الاتفاق على دعوى الاجماع بالمعنى المتعارف بين الاماميه من الاتفاق الكاشف عن قول المعصوم و من الظاهر ان الحجه دعوى الاجماع بهذا المعنى لا- مجرد دعوى الاتفاق الذى هو اعم مما ذكر و فيه نظر لان اتفاق الاماميه على حكم يكشف عن رضاه المعصوم ع به عقلاً- او عاده و قد حكى عن الشيخ عد ذلك من طرق الاجماع و لا يشترط فيه كون الاتفاق كاشفا عن قول المعصوم ع بل يكفى كشفه عن رضائه و هو حاصل باتفاق الاماميه فيكون نقله من العدل حجه بناء على المختار من حجيه الاجماع المنقول سلمنا ان الاتفاق اعم و لكن اطلاق دعواه ينصرف الى المتعارف على ان المحكى عن المحقق الثانى التصريح بلفظ الاجماع فى

دعواه سلمنا و لكن يحصل من اتفاق الاماميه الظن بالحكم فيكون حجه كما ان الشهره حجه بل هو اولى منها بالحجيه فما دل على حجيتها يدل على حجيته بطريق اولى فيكون نقله حجه لإفاده الظن و ان كان ادون من المحقق منه بناء على المختار من اصاله حجيه الظن فت و اما ثانيا فلان الظاهر ان الشهيد الثانى المحكى عنه دعوى الاتفاق ممن ينكر امكان الاطلاع على الاجماع بالمعنى المتعارف فى زمن الغيبه فلا- يمكن الاعتماد على ما ادعاه هنا و ان قلنا بظهوره فى دعوى الاجماع بالمعنى المتعارف و اما المحقق الثانى الذى احد المدعين للاتفاق فلم نعلم مذهبه فى مسئله امكان الاطلاع على الاجماع فى زمن الغيبه فلعله مثل الشهيد فلا يمكن الاعتماد على ما ادعاه هنا أيضا و فيه نظر فان ما ذكر لا يمنع من حصول الظن مما ادعياه و قد بينا ان الاصل فيه الحجيه على ان الاصل لزوم حمل اللفظ على ظاهره و مجرد اعتقاد عدم امكان الاطلاع على الاجماع فى زمن الغيبه فى بعض المواضع لا يصير قرينه على صرف اللفظ عن ظاهره

ص: ٣١٣

هنا لإمكان رجوعه عن ذلك الاعتقاد كما يتفق كثيرا للعلماء هذا و يعضد ما ذكر ان الشهيد فى س و السيورى افتيا بمضمون الاجماع على وجه البت من غير ايماء الى خلاف و لا اشكال و ربما كان هذا منها على عدم الخلاف خصوصا بعد ملاحظه عادتتهما من الاشاره الى الامرين غالبا فت و اما ثالثا فلان ما ادعياه مطلق يشمل صورتى خوف ترتب الضرر على ترك الدفع و نحن نقول بوجود الدفع فى الصوره الاولى و انما كلامنا فى الصوره الثانيه و كلامهما بالنسبه اليها ليس نصا بل غايته الظهور باعتبار الاطلاق و الاعتماد عليه محل اشكال لإمكان دعوى انصرافه الى الصوره الاولى لكونها الغالبه سلمنا تساوى الصورتين و لكن تعارض ما ذكره العمومات الداله على القول الثانى و سيأتى اليها الاشاره و التعارض بينهما من قبيل تعارض العمومين من وجه كما لا- يخفى و من الظاهر ان الترجيح مع تلك العمومات و فيه نظر لان الظاهر من سوق كلام المحقق الثانى هو الصوره الثانيه و الظاهر ان الشهيد الثانى كك فيكون ما ذكره اخص من تلك العمومات فيخص بها فت و ثانيهما ما ذكره فى حاشيه الارشاد من ان ائمتنا عليهم السلام قد رخصوا لنا فى ترتب تصرفاتنا على تصرفاتهم دفعا للخرج و الضرر و لم يجعلوا كونه جائزا منافيا بالنسبه الى جواز تصرفنا و ان كان موجبا لإثمه فى نفس الامر و فيه نظر و للقول الثانى وجوه منها ان الدفع لو كان واجبا لاشتهر بل و تواتر الامر به فى الاخبار المرويه عن الائمه الاطهار عليهم السلام لتوفر الدواعى عليه و ميسر الحاجه اليه كما لا يخفى و تجوز الشراء من الجائر و نحوه اعم من وجوب الدفع اليه بالضروره و فيه نظر و لعله لذا صرح بعض الاصحاب و فيما حكى عنه فى مقام الاحتجاج على بطلان القول الاول بانه لا دليل عليه من الكتاب و لا من السنه و منها ان اخذ الجائر الخراج و المقاسمه حرام فيكون دفعهما اليه اعانه على المحرم و هو منهى عنه لقوله تعالى لا تعاؤنوا على الاثم و العيوان و مع هذا فقد يشهد العقل بقبحها و كلما يحكم العقل بقبحه فهو حرام شرعا بناء على الاصل المقرر عند العدليه من ان الحسن و القبح عقليان و ان الشرع و العقل متطابقان و قد نبه على هذا الوجه بعض الاصحاب فيما حكى عنه قائلا قد يستنبط من الكتاب و السنه عدم جواز الدفع اذ هو معاونه على الاثم و تقويه للظالم و القول بان له ولايه و عهدا من الله عز و جل باطل اذ من لا سلطنه له من الله تعالى و رسوله صلى الله عليه و آله فى امر جاز خلافه فى ذلك و الكتاب و السنه ناطقان بالتهى عن هذه الامور و اورد عليه فى الكفايه بان كون ذلك معاونه على الاثم انما يكون على تقدير كون اخذ الجائر حراما مط باى فرض كان و هو ممنوع و تقويه الظالم انما يسلم تحريمه فى الظلم و فى مطلقه اشكال و فى هذا الايراد عندى نظر لظهور اتفاق الاصحاب على ان اخذ الظالم الخراج و المقاسمه حرام مط فيكون دفعهما اليه اعانه على المحرم لا يقال لا نسلم استنزاع الدفع الاعانه على المحرم مط فالدليل

أخص من المدعى لأننا نقول الظاهر الاستلزام مط سلمنا ولكنه الغالب فيلحق النادر به ضبطا للحكم و طردا للباب كما في كثير من الاحكام المنوطه بالحكم الظاهره سلمنا و لكن الظاهر أنه لا قائل بالفصل بين صور المسأله فالتفضيل خرق للإجماع المركب على الظاهر و تخصيص عموم لا تعاؤنوا مدفوع بالاصل مع انا قد بينا انه من مقتضيات العقول و انها لا تقبل التخصيص و منها ان الدفع ركون الى الظالم فالاصل عدم جوازه لعموم قوله تعالى و لا تزكّنوا إلى الذين ظلموا فتمسّكم النار و منها ان الدفع مستلزم لتضييع حقوق المسلمين و الاضرار بهم غالبا فلا يجوز لعموم قوله ص لا ضرر و لا ضرار و منها ان الغالب ان الولاية في اموال المسلمين للسلطان العادل و نائبه الخاص و أنه لا يجوز دفع اموالهم و حقوقهم الى الجائر فيلحق محل الشك به عملا بالاستقراء و منها ان جواز الدّفع الى الظالم يستلزم جواز الدّفع الى الحاكم الشرعى بطريق اولى و وجوب الدّفع الى الاول يستلزم دفع الاولويه و هو خلاف الاصل فت و منها ان الممتنع من الدّفع الى الظالم محسن اليه فالاصل جوازه لعموم قوله تعالى ما على الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ و منها ما تمسك به بعض الاصحاب فيما حكى عنه من انه لو وجب الدّفع

لم يكن على الجانى و العامل و امثالهما من عمال الجور شىء نظر الى ان اخذهم و جمعهم انما هو لما يحرم على الماخوذ منه منعه فهو نوع بر و احسان بالنسبه الى الماخوذ منه و معاونه على ابراء ذمته و هذا مع كونه فتح باب لإقامه الباطل و خمول الحق المنفيين عقلا- و نقلا- مردود بالروايات الدلاله على المنع من الدّخول فى اعمالهم و اعترض عليه فى الكفايه بالمنع من تحريم الجبايه على اى وجه كان اذ لا دليل عليه و ما وقع من النهى عن الدّخول فى اعمالهم لو سلم عمومه لكل جائر غالبا و لا يكون شىء من اعمالهم مقصورا على جبايه الخراج كالأعمال و الاشغال الدنيويه الشائعه فى هذا الزمان لا يقال قد افتى الاصحاب بوجوب الدّفع فيلزم الحكم به لأننا نقول لا نسلم فتوى الاصحاب بذلك بل لا نسلم فتوى معظم و القدر المتيقن افتاء جماعه به تقدم اليهم الاشاره و هو بنفسه لا- يصلح للحجيه و ان قلنا باصالة حجيه الظن فى نفس الاحكام الشرعيه و الفرعيه و ذلك اما لعدم افادته الظن او لان الظن مما ذهب المعظم الى عدم حجيته و مثل هذه الظن لا يكون حججه سلمنا افادته الظن و اندراج ظنه تحت ما دل على اصالة حجيه الظن و لكنّه معارض بالوجوه المتقدمه على عدم وجوب الدّفع و هى و ان لم تكن مفيده للقطع بذلك فلا- أقل من افادتها الظن الاقوى من ظن الحاصل من فتوى اولئك الجماعه فيجب الاخذ به و بمثل ما ذكر يجاب عن الاجماع المنقول المتقدم اليه الاشاره فت و الانصاف ان المسأله محل اشكال و لكن القول الثانى اقرب و عليه فينبغى الرجوع الى الحاكم الشرعى حيث يمنع من الاعطاء للجائر فيستأجر الاراضى المفتوحه عنوه و ارض الصلح و يدفع الخراج و المقاسمه و صرح فى الكفايه بانّه اذا تمكن الحاكم الشرعى من التصرف فيه فالظاهر جواز ذلك له و الاحوط ان يستأذن الحاكم الشرعى فيما يعطيه الجائر ان تمكن ذلك و ان لم يتمكن من الحاكم الشرعى فهل يجوز للعدل المؤمن و لو كان هو الدافع لهما مباشره اجاره الاراضى المذكوره و اخذها و صرفهما فى مصالح المسلمين فيه اشكال و لكن احتمال الجواز فى غايه القوه

### منهل يحرم اعانه الظالم فى ظلمه فى الاعمال المحرمه

كما صرح به فى التّهايه و الشرائر و المراسم و فع و يع و عد و التحرير و د و المنتهى و س و عه و ضه و لك و مجمع

ص: ٣١٤

الفائده و الكفايه و ض و غيرها و لهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه بل ربما يدعى انه مجمع عليه بين المسلمين بل ضرورى الدين و منها تصريح المقدس الأردبيلى فى مجمع الفائده و السيّد الاستاد فى بعض مصنفاته و الوالد العلّامه قدّس سرّه فى ض

بدعوى الاجماع على ذلك و صرح في المنتهى بنفى الخلاف فيه و منها ما تمسك به في ض من قوله تعالى وَ لَا تَعَاوَنُوا عَلَى  
الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ و منها ما تمسك به في مجمع الفائده و ض و غيرها من قوله تعالى وَ لَا تَزَكُّوْا إِلَى الَّذِينَ ظَلَمُوا فَتَمَسَّكُمُ النَّارُ  
و ذلك اما لكون الاعانه فردا من افراد الركون لأنها ميل اليهم و قد فسر الركون بالميل القليل او لاستلزام الركون المنهى عنه و  
هو السكون الى اقوالهم و الاطمينان بهم و اظهار الرضا بافعالهم و مصاحبتهم و مداهنتهم كما عن مجمع البحرين حرمة الاعانه  
بطريق الاولى كما صرح به بعض الاجله و اشار اليه في مجمع الفائده و منها ما تمسك به في مجمع الفائده و غيره من دلاله  
العقل على حرمة ذلك و منها جملة من الاخبار احدها خبر ابن ابي يعفور قال كنت عند ابي عبد الله (ع) فدخل عليه رجل من  
اصحابنا فقال له اصلحك الله ربما اصاب الرجل منا الضيق و الشده فيدعى الى البناء بينه و النهر يكرهه او المسناه يصلحها فما  
تقول في ذلك فقال ابو عبد الله (ع) ما احب انى عقدت لهم او وكيت لهم وكاء و ان لى ما بين لايتها لا و لا مده بقلم ان اعوان  
الظلمه يوم القيمه فى سرادق من نار حتى يحكم الله عز و جل بين العباد و قد وصف هذه الروايه العلامة فى المنتهى و السيد  
الاستاد بالحسن و فى الرياض بالقرب من الصّحه و لكن صرح فى مجمع الفائده بان فى حسنها تاملا لوجود بشير فى السند و هو  
مشارك و ثانيها و ثالثها ما رواه بعض الاجله عن ورام بن ابي فراس فى كتاب له قال قال عليه السلام من مشى الى ظالم ليعينه و  
هو يعلم انه ظالم فقد خرج عن الإسلام و قال قال ع اذا كان يوم القيمه نادى مناد اين الظلمه و اعوان الظلمه و اشباه الظلمه حتى  
من برأ لهم قلما او لاق لهم دواه قال فيجتمعون فى تابوت من حديد و يرمى بهم فى جهنم و رابعها ما رواه بعض الاجله عن  
كتاب عقاب الاعمال بسنده عن الشّيكونى عن جعفر بن محمد عن آباءه ع قال قال رسول الله ص اذا كان يوم القيمه ينادى مناد  
اين اعوان الظلمه و من لاق لهم دواه و اربط لهم كيسا و مد لهم مده قلم فاحشروه معهم و خامسها خبر ابن ابي حمزه عن على  
بن الحسين ع اياكم و صحبه الغاصبين و معونه الظالمين و سادسها خبر محمد بن عذافر عن ابيه قال قال لى ابو عبد الله ع نبئت  
انك تعامل ابا ايوب و الربيع فما حالك لو نودى بك فى اعوان قال ترجم ابي فقال ابو عبد الله ع لما رأى ما اصابه اى عذافر  
انما خوفتك بما خوفنى الله تعالى عز و جل به و سابعا خبر سليمان الجعفرى المروى عن تفسير العياشى قال قلت لأبى الحسن  
الرضاع فما تقول فى اعمال السلطان فقال يا سليمان الدخول فى اعمالهم و العون لهم و السعى فى حوائجهم عدل الكفر و النظر  
اليهم على العمد من الكبائر التى يستحق بها النار و ثامنها خبر يونس الذى وصفه العلامة فى المنتهى و السيد الاستاد فى بعض  
مصنفاته بالصّحه و فى الرياض و غيره بالموثقيه و لا تعنهم على بناء مسجد و تاسعها خبر هشام بن سالم الذى وصف بالحسن  
فى مجمع الفائده و فى غيره بالصّحه عن ابي بصير قال سئلت ابا جعفر ع فقال لى يا ابا محمد لا و لا مده بقلم ان احدكم لا  
يصيب من دنياهم شيئا الا اصابوا من دينه مثله و عاشرها خبر الحسن بن زيد عن الصادق ع عن آباءه عليهم السلم قال رسول الله  
ص الا و من علق سوطا بين يدي سلطان جائر جعل الله ذلك السوط يوم القيمه ثعبانا من النار طوله سبعون ذراعا يسلطه الله عليه  
فى نار جهنم و بئس المصير و يؤيد هذه الاخبار الداله على حرمة قبول التوليه منهم و الاخبار الداله على عدم جواز ترك الامر  
بالمعروف و النهى عن المنكر و ما دل على المنع من حب بقائهم و بالجمله لا اشكال فى حرمة اعانتهم على المحرم مط و لو  
كان الفعل

الذى يعينهم به فى نفسه مباحا و هل يحرم اعانتهم على الامور التى ليست بحرام كالأمر المستحب و الراجحه كبناء مسجد و  
تعمير مشهد و نحو ذلك و كالأمر المباحه كبناء دار و خياطه ثوب و غسله و طبخ طعام و نحو ذلك او لا بل يجوز اعانتهم  
على ما ذكر ربما يظهر من اطلاق النهايه و فع الاول و صرح فى الكفايه و ض بان الاحوط الاحتراز عن معونه الظالم فى المباح  
و زاد الثانى فصرح بان الاحوط الاحتراز عنها فى الطاعات أيضا ثم قال الانصاف ان جواز الاعانه فيها و فى المباحات لا يخع عن

شىء و صرح السيد الاستاد قدس سره بان هذا القول لو لم ينعقد الاجماع على خلافه كان هو المتجه و صرح بالثانى فى س و ضه و لك و مجمع الفائده و الكفايه و ض و هو ظ الكتب المصرحه بحرمة اعانه الظالم فى الظلم او فيما هو محرم كالمراسم و السيرائر و يع و د و المنتهى و عد و التحرير و اللمعه و صرح السيد الاستاد اولا بانه المشهور ثم صرح بانه مما انعقد عليه الاجماع و صرح فى ض بان ظ الاصحاب من غير خلاف يعرف اختصاص التحريم بالاعانه فى المحرم للقول الاول ما ذكره السيد الاستاد من استفاضه النصوص فى المنع عن اعانتهم فى المباح بطريق العموم و الخصوص مع اعتبار سندها و موافقتها الاعتبار فان اعانتهم فى المباحات يفضى الى اعانتهم فى المحرمات كما اشار اليه فى الخبر لو لا بنى اميه وجدوا من يكتب لهم و يجيبى لهم الفىء و يقاتل عنهم و يشهد جماعتهم لما سلبونا حقنا و لو تركهم الناس و ما فى ايديهم ما وجدوا شيئا الا ما وقع فى ايديهم و لان ذلك لا ينفك عن الميل و الركون اليهم و حب بقائهم كما اشير اليه فى روايه صفوان و غيرها و قد صرح فى الرياض بما ذكره من دلالة قوله تعالى **وَلَا تَزْكُؤْا الْاِيه** و كثيرا من النصوص عموما و خصوصا على المنع من اعانتهم فى المباحات و الطاعات و اشار فى الكفايه أيضا الى دلالة الآيه المذكوره و بعض الاخبار الداله على المنع من اعانتهم على ذلك و قد يجاب عما ذكره بان الاطلاقات الداله على المنع من اعانتهم لا- ينهض لإثبات حرمة اعانتهم فى خصوص محل البحث اما اولا فلما كان دعوى انصرافها الى اعانتهم على الظلم لتبادرها منها و اما ثانيا و للزوم تقييدها بغير محل البحث لما دل على جواز الاعانه فى المباحات و الاطاعات عموما و خصوصا اذ هو اولى بالترجيح كما لا يخفى و اما ثالثا فلما صرح به فى الرياض من قصور الاخبار المطلقة سنداً فت و اما خصوص ما دلّ على المنع من اعانتهم فى محل البحث فيجاب عنه بعدم صلاحيته لمعارضه أدلّه الجواز التى يأتى اليها الاشاره إن شاء الله على انه قد يمنع من وجود روايه تدل على المنع من الاعانه فى محل البحث

ص: ٣١٥

بطريق الخصوص كما اشار اليه فى الرياض و اما حديث النهى عن اعانتهم على بناء المسجد فليس نصا فى المدعى لان بناء المسجد كما يكون طاعه كك يكون معصيه و للقول الثانى وجوه منها الاصل و منها الإجماع المنقول المتقدم اليه الاشاره المعتضد بالشهره العظيمه التى لا يبعد معها دعوى شذوذ المخالف بل الظاهر انه مما لا خلاف فى المسأله كما يستفاد من اكثر كتب الاصحاب حيث لم يشيروا اليه بوجه من الوجوه مع ان عادتهم الاشاره اليه لو كان فعباره النهايه و فع محموله على الاعانه على الظلم خصوصا مع امكان دعوى ظهورها منها هذا و يعضد ما ذكر سيره العلماء قديما و حديثا من اعانه الظلمه فى الامور الغير المحرمه و احتمال كون فعلهم محمولا- على التقيه باطل بالبدييه و منها العمومات الآمره بالامر بالمعروف و النهى عن المنكر فان الاعانه قد تكون امرا بالمعروف و نهيا عن المنكر كما لا يخفى و منها عموم قوله تعالى **تَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَ التَّقْوَى** و منها الاعتبارات العقلية فان ترك اعانتهم مط يوجب حقدهم و ثوران غضبهم و استخفافهم بالعلماء بل و بالدين و عدم قبول الشفاعه فى حق مظلوم او ترك معصيه و جميع ما ذكر مفاسد عظيمه ينبغى الاحتراز عنها و لا كك لو اعينوا على غير المحرم فانها فى شده طرف الضد مما ذكر فيكون فيها مصالح عظيمه يستحسن استجلابها و لا فرق فى جواز اعانتهم فى غير المحرم بين ان يكون الظالم كافرا و مخالفا او مؤمنا و يجوز اعانتهم فى المحرمات تقيه اذا وجد شرائطها

**منهل لا يجوز قبول التوليه من الظالم**

**اشاره**

كما صرح به في السرائر ويع ود و المنتهى و عد و س و مجمع الفائده و الكفايه و الكشف و الرياض و لهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه و منها تصريح المقدس الأردبيلي في المجمع و السيد الاستاد بدعوى اجماع علماءنا عليه و يعضده تصريح المنتهى و ض بانه مما لا خلاف فيه و منها ما تمسك به في الكشف من انه ركون الظالم فيكون منهياً عنه لعموم قوله تعالى **وَلَا تَرْكَبُوا** الايه و منها ما تمسك به في الكشف أيضا من انه اعانه على غضب منصب الامام ع و لعله الى هذا اشار في مجمع الفائده بدعوى دلالة الاعتبار و العقل على حرمة ذلك مضافا الى دلالة الكتاب عليه و منها ما اشار اليه في ض من انه اعانه للظالم على المحرم فيكون منهياً عنه للعمومات المتقدمه الداله على ذلك و منها جمله من الاخبار احدها ما تمسك به العلامة في المنتهى و السيد الاستاد قدس سره في بعض مصنفاته و والدى العلامة اعلى الله مقامه و غيرهم من خبر زياد بن سلمه قال دخلت على ابي الحسن موسى ع فقال يا زياد انك لتعمل عمل السلطان قال قلت اجل قال لي و لم قلت انا رجل لي مروءه و على عيال و ليس وراء ظهري شىء فقال لي زياد لان اسقط من حائق فانقطع قطعه قطعه احب الى من ان اتولى احد منهم او اطأ بساط رجل منهم الا لما ذا قلت لا ادري قال الا لتفريج كربه عن مؤمن او فك اسره او قضاء دينه يا زياد ان اهون ما يمنع الله عز و جل بمن تولى لهم عملا- ان يضرب عليه سراق من نار الى ان يفرغ الله عز و جل من حساب الخلائق يا زياد فان وليت شيئا فاحسن الى اخوانك فواحد بواحد و الله من وراء ذلك يا زياد ايما رجل منكم تولى لأحد منهم عملا ثم ساوى بينكم و بينه فقولوا له انت متحل كذاب يا زياد اذا ذكرت مقدرتك على الناس فاذكر مقدره الله عليك غدا و نفاذ ما اتيت اليهم عنهم و بقاء ما اتيت اليهم عليك و ثانيها ما روى عن الكافي عن ابراهيم ابن مهاجر قال قلت لأبي عبد الله فلان يقرئك السلام و فلان و فلان فقال و عليهم السلام فقلت و يسئلونك الدعاء فقال و ما لهم قلت حبسهم ابو جعفر فقال ما له و ما لهم فقلت استعملهم و حبسهم فقال ما لهم و ما له لم انههم لم انههم هم النار هم النار ثم قال اللهم اخذع عنهم الحديث و ثالثها خبر حميد قال قلت لأبي عبد الله انى وليت عملا فهل لى من ذلك من مخرج فقال ما اكثر من طلب المخرج من ذلك فعسر عليه قلت فما ترى قال ارى ان تتقى الله و لا- تعود و رابعها خبر ابن بنت وليد ابن صبيح الكاهلى عن ابي عبد الله ع قال من سود اسمه فى ديوان ولد سابع حشره الله تعالى يوم القيامة خنزيرا و خامسها خبر مسعد بن صدقه قال سئل رجل ابا عبد الله ع عن قوم من الشيعة يدخلون فى اعمال السلطان يعملون لهم و يجبون لهم و يوالونهم قال ليس هم من الشيعة و لكنهم من اولئك ثم قرء ابو عبد الله ع هذه الآيه **لُعِنَ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ بَنِي إِسْرَائِيلَ عَلَى لِسَانِ دَاوُدَ وَ عِيسَى ابْنِ مَرْيَمَ إِلَى قَوْلِهِ تَعَالَى وَ لَكِنَّ كَثِيرًا مِنْهُمْ فَاسِقُونَ** قال الخنازير على لسان داود و القرده على لسان عيسى ع كانوا لا يتناهون عن منكر فعلوه لبئس ما كانوا يفعلون قال كانوا يأكلون لحم الخنزير و يشربون الخمر و يؤتون النساء ايام حيضهن ثم احتج الله على المؤمنين الموالين للكفار فقال ترى كثيرا منهم يتولون الذين كفروا لبئس ما قدمت لهم أنفسهم الى قوله **وَ لَكِنَّ كَثِيرًا مِنْهُمْ فَاسِقُونَ** فنهى الله عز و جل ان يوالى المؤمن الكافر الا عند التقية و سادسها المروى عن تفسير العياشى عن سليمان الجعفرى قال قلت لأبي الحسن الرضا ع ما تقول فى اعمال السلطان فقال يا سليمان الدخول فى اعمالهم و العون لهم و السعى فى حوائجهم عدل الكفر و النظر اليهم على العمدة من الكبائر التى يستحق بها النار و سابعها ما ذكره فى الكشف من الخبر المروى عن الصادق ع و لايه اهل العدل الذين امر الله تعالى بولايتهم و توليتهم و قبولها و العمل لهم فرض من الله و طاعتهم واجبه و لا- يحل لمن امره بالعمل لهم ان يتخلف عن امرهم

و و لاه الجور و اتباعهم و العاملون لهم فى معصيه الله غير جائزه لمن دعوه الى خدمتهم و العمل لهم اجابه و لا القبول منهم و

الثانى الظاهر من النصوص و الفتاوى ان قبول التوليه بنفسه و لذاته محرم

لان التحريم من اجل المعاصى التى يترتب عليها غالبا فمن قبلها اثم و ارتكب المحرم و ان لم يأت بشىء من الماثم و لكن انما يحرم ذلك اذا لم يأمن من ارتكاب المحرم سواء علم به او ظن او احتمل احتمالا متساويا فلو علم بانه مع التوليه لا يرتكب مأثما و لا يفعل محرما و لا يترك واجبا و بانه يتمكن من الامر بالمعروف و النهى عن المنكر جاز قبولها كما صرح به فى السرائر و يع و المنتهى و د و س و لك و مجمع الفائده و الكفايه و ض و لهم وجوه منها الاصل و منها تصريح الرياض بدعوى الاجماع عليه و يعضدنا نسبه جواز ذلك فى المفاتيح الى الاصحاب و منها العمومات الداله على مشروعيه الامر بالمعروف و النهى عن المنكر و منها خبر داود بن زربى الذى وصفه السيد الاستاد بالصحة قال اخبرنى مولى لعلى بن الحسين ع قال كنت بالكوفه فقدم ابو عبد الله ع الحيره فاتيته فقلت له جعلت فداك لو كلمت داود بن على او بعض هؤلاء فادخل فى بعض هذه الولايات فقال ما كنت لأفعل قال فانصرفت الى منزلى ففتكرت ما احسبه معنى الا- مخافه ان اظلم و اجور و الله لا-تينه و الله لا-تينه و لأعطينه الطلاق و العاتق و الايمان المغلظه

ص: ٣١٦

ان لا اظلم احدا و لا اجود و لأعدلن قال فاتيته فقلت جعلت فداك انى فكرت من إبائك على فظننت انك انما منعنتى و كرهت ذلك مخافه ان اجور و اظلم و ان كل امرأه لى طالق و كل مملوك لى حر و على كذا ان ظلمت احدا او جبرت على احد و ان لم اعدل فقال فكيف قلت قال فاعدت الايمان فرفع رأسه الى السماء فقال تناول السماء أيسر عليك من ذلك و يعضده خبر الحسن بن الانبارى عن الرضا ع كتبت اليه اربعة عشر سنه استاذنه فى اعمال السلطان فلما كان فى اخر كتاب كتبت اليه اذكر انى اخاف على خيط عنقى و ان السلطان يقول لى انك رافضى و لسنا نشك فى انك تركت العمل للسلطان ليرفض فكتب الى ابو الحسن ع قد فهمت كتابك و ما ذكرت من الخوف على نفسك فان كنت تعلم انك اذا وليت عملت فى عملك بما امر رسول الله ص ثم تصير اعوانك و كتابك اهل ملتك فاذا صار إليك شىء و اسيت به فقراء المؤمنين حتى تكون واحدا عنهم كان ذا بذا و الا- فلا و هل قبول التوليه ح راجح او لا يظهر من السرائر و المنتهى و د و س الثانى و لكن صرح بالأول فى يع و غيره و حكاه فى ض عن؟؟؟؟؟ لهم بان فيه الاعانه على البر و التقوى و هو الاقرب و عليه فهل هو واجب او لا يظهر من لك و ض و الكشف الاول و يظهر من بعض الاصحاب الثانى للقول الاول وجهان احدهما انه اعانه على البر و التقوى فيشملة عموم الامر بهما فى قوله تعالى تَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَ التَّقْوَى و هو ظ فى الوجوب و ثانيهما ان الامر بالمعروف و النهى عن المنكر واجبان و لا يتمان الا- بقبول التوليه فيجب لان ما لا- يتم الواجب الا- به فهو واجب و قد اشار الى هذا فى لك و الكشف و اورد عليه فى الكفايه بانه متجه ان يثبت ان الامر بالمعروف بالقياس الى القدره ليس واجبا مشروطا بل هو واجب مط حتى يجب تحصيل



القدره عليه ان امكنه و هو غير معلوم و رده فى الرياض بانه يكفى فى الثبوت اطلاق الادله و القدره الذاتيه المشروطه بها التكاليف حاصله و ان كانت للتأثير غير صالحه للتقيه و بعد ارتفاعها فالقدره باقيه و موانعها منتفيه مضافا الى صدق القدره عليهما لما انتفت فى حقه التقيه و بالجمله القدره التى هى شرط التكليف بهما بل مطلق التكاليف هى القدره الذاتيه و هى هنا حاصله و انما غايه التقيه كونها من الموانع التى ليست التكاليف مشروطه بانتفائها بل هى بالنظر اليها مطلقه يجب مهما امكن التوصل الى الواجب يدفعها و غايه الامر مع عدم امكان الدفع عدم المؤاخذة و هو غير ملازم لاشتراط التكاليف بانتفائها الا ترى الى من اشتغلت ذمته بحقوق الناس الغير المتمكن للموانع من دفعها اليهم هل يوجب ذلك سقوطها من ذمته او يجب عليه دفعها و اىصال الحقوق الى اربابها و لا- ريب و لا- خلاف فى بطلان الاول فتعين الثانى و ما نحن فيه من قبيله فت و ما ذكره جيد الا على تقدير كون الامر مشتركا لفظيا بين الواجب المطلق و الواجب المشروط كما عن السيد المرتضى فانه ح لا يتم قطعاً و لكن هذا القول مع شذوذه و ندرته مخالف للتحقيق بل الظاهر من الامر عند الاطلاق هو الوجوب المطلق فينتجه ما ذكره قطعاً الا ان يقال ان المتبادر من اطلاق الامر بالامر بالمعروف الوجوب المشروط بالقدره الحاصله بالفعل فينصرف الاطلاق اليه كما ينصرف اطلاق الامر بالغسل الى الغسل بالماء المطلق فيلزم الرجوع فى غير المتبادر الى ما يقتضيه العقل و هو عدم وجوب تحصيل المقدمه فلا يتجه ما ذكره و لكن الانصاف ان دعوى المتبادر المذكور غير صحيحه بل الظاهر من اطلاق الاوامر بالمعروف هو الوجوب المطلق فينتجه ما ذكره الا- ان غايته هو وجوب قبول التوليه من باب المقدمه و الوجوب من باب المقدمه ليس وجوباً حقيقياً يترتب على تركه العقاب بخصوصه بل المراد من الوجوب من باب المقدمه المعنى المجازى و هو اللزوم و اللابديه الذين لا ينافيان الاباحه الذاتيه و لا يترتب على تركهما العقاب فان اراد القائل بوجوب قبول التوليه هذا المقدار فهو صحيح و الا فلا فت و قد اشار السيد الاستاد قدس سره الى ما ذكره الوالد أيضاً الا أنه صرح بان الاستفادة من النصوص هو تحريم الولاية من قبل الجائر لذاتها و ان عرض لها التحريم أيضاً من حيث اشتمالها على محرم اخر فى اكثر الموارد و ح

فلا- يتصور فرض وجوب التوليه مع الامن عن الحرام و لا- التمكن من الامر بالمعروف و النهى عن المنكر لانتفاء القدره عليه شرعاً الا ان يقال ان مصلحه الحسبه اهم فى نظر الشارع من ترك الولاية او تحمل اطلاق المنع عن التولى على ما اذا اشتمل على محرم كما هو الغالب و قد اشير الى ذلك فى صحيحه داود الزربى او يدعى الاجماع على الجواز فيما عدا ذلك ثم ترتب عليه الوجوب من باب المقدمه مع التمكن من الامر بالمعروف و النهى عن المنكر و للقول الثانى الاصل و ما ذكره فى لك قائلاً لعل وجه عدم الوجوب كونه بصوره النائب عن الظالم و عموم النهى عن الدخول معهم و تسويد الاسم فى ديوانهم فان لم يبلغ حد المنع فلا أقل من الحكم بعدم الوجوب و هذان الوجهان ضعيفان و قد اشار الى ضعف الثانى فى لك أيضاً و التحقيق ان يقال ان حصل مقتضى الامر بالمعروف بان علم بارتكاب غيره المعصيه مصراً عليها و تحقق شرائط وجوبه و توقف على قبول التوليه فلا- اشكال فى وجوب قبولها من باب المقدمه و ان لم يتحقق المقتضى له بل كان مشكوكاً فيه او متوقفاً او معلوماً التحقيق او مظنوناً فيما بعده فالوجوب ح من باب المقدمه مشكل لان المقدمه لا تجب قبل تحقق وجوب ذى المقدمه الا ان يعلم بتحقق المقتضى و بعدم قدرته على تحصيل مقدمه الواجب ذلك الوقت فيحتمل الوجوب ح قوياً و لعل ما ذكرناه وجه جمع بين القولين و رفع للنزاع فى البين و هل الظن بعدم ارتكابه المعصيه بقبول التوليه و بتمكنه من الامر بالمعروف و النهى عن المنكر يقوم مقام العلم بهما فيجوز قبولها ح او لا بل يشترط فى جواز قبولها العلم بالامرين صرح بالاول فى السرائر و المنتهى و مجمع الفائده و الرياض و هو ظ الشهيد فى موضع من الدروس و السيد الاستاد فى بعض مصنفاته و يظهر من الشرائع و الارشاد و موضع اخر من المنتهى و س الثانى كما يظهر من لك و الكفايه و المسأله محل اشكال من العمومات الداله على حرمة قبول

التولية و عدم حجيه الظن فى الموضوعات الصرفه و من الاصل و دعوى الرياض الاجماع على القول الاول و تصريح مجمع الفائده بانه لا شك فى عدم صلاحيه الاخبار المانع عن قبول التولية بطريق الاطلاق لإثبات القول الثانى اما لضعفها سندا من غير جابر فى هذا المقام او لانصراف اطلاقها الى غير محل البحث لغلبته فاذن القول الاول فى غايه القوه و اذا لم يترتب على قبولها معصيه و لكن لم يتمكن من الامر بالمعروف و النهى عن المنكر فهل يجوز ح قبولها او لا صرح السيد الاستاد بالاول فى بعض

ص: ٣١٧

مصنفاته محتجا بالاصل و انتفاء الضرر و يظهر الثانى من السرائر و يع و د و المنتهى و س و لك و غيرها بل يظهر من المنتهى و غيره دعوى الاتفاق عليه و هو احوط بل لا يخلو عن قوه و هل يكفى فى جواز قبول التولية مجرد ظهور التمكن من الامر بالمعروف و النهى عن المنكر و من الاجتناب عن المعصيه كما هو ظ السرائر و يع و د و لك و مجمع الفائده و المحكى عن الاصحاب فى كلام بعض المدعى عليه الاجماع فى الرياض او يشترط مع ذلك التمكن من قسمه الاخماس و الصدقات على مستحقها و صله الاخوان و وضع الاشياء مواضعها كما فى السرائر و المنتهى الاقرب الاول و هل يشترط فى التمكن من الامر بالمعروف و النهى عن المنكر التمكن من جميع اقسامها او يكفى التمكن منهما مط و لو من قسم واحد منهما الاقرب الاخير

**منهل اذا اكرهه الجائر على قبول التولية المحرمه و لم يقدر على التفصى عنه جاز له قبولها ح**

**اشاره**

كما صرح به فى السرائر و المراسم و يع و المنتهى و عد و د و الدروس و الروضه و لك و مجمع الفائده و الكشف و الكفايه و الرياض و المصاييح و لهم وجوه منها ما تمسك به فى ض من الاصل و منها ظهور الاتفاق عليه و منها تصريح الرياض بانه مجمع عليه فتوى و نصا و صرح فى مقام آخر بانه مما لا خلاف فيه و صرح السيد الاستاد قدس سره بدعوى الاجماع عليه أيضا و فيها ما تمسك به فى الرياض من قاعده نفى الضرر و منها ما تمسك به فى ض أيضا قائلًا يدل على ذلك الصحاح المستفيضه و غيرها التى كادت تبلغ التواتر بل هى متواتره فى اباحه التقيه ففى الصحيحين التقيه فى كل شىء اضطر اليه ابن آدم فقد احلّه الله تعالى كما فى احدهما و فى الثانى التقيه فى كل ضروره صاحبها اعلم حين تنزل به مضافا الى الصحيح فى القيام للولايه قال فقال ابو جعفر التقيه دينى و دين آبائى و لا ايمان لمن لا تقيه له و منها انه يجوز التقيه فى كثير من الامور التى بانفسها غير جائزه فكذا يجوز فيما نحن فيه اما للاستقراء او للقياس بطريق الاولى او لتتقيح المناط و

**ينبغى التنبيه على امور**

**الاول لو اكرهه الجائر على امر محرم من ترك واجب او فعل حرام**

كالحكم و الافتاء بغير ما انزل الله تعالى و ضرب مؤمن و شتمه و اهانتته و شرب الخمر و استماع الغناء و غضب مال محترم و التصرف فيه و نحو ذلك و لم يمكنه التفصى جاز له ح اجابته و ارتكابه كما فى السرائر و يع و عد و المنتهى و د و س و الروضه و لك و مجمع الفائده و الكفايه و الكشف و المصاييح و الرياض و غيرها بل الظاهر انه مما ذهب اليه الاصحاب قاطبه

كما صرح به بعض بل صرح في الرياض بانه مجمع عليه فتوى و نصا و يستدل عليه مضافا الى ما ذكر سائر الوجوه المتقدمه و هل يجب اجابه الظالم هنا و في الاكراه على قبول التولية او لا صرح في لك و مجمع الفائده و الكفايه و الرياض بالاول و هو الاقرب و يستثنى مما ذكر الاكراه على قتل مؤمن محقون الدم شرعا فانه لا يجوز اجابته و لا التقيه فيه كما صرح به في الكتب المذكوره بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه بين الاصحاب بل صرح بدعوى الاتفاق عليه في الكشف و بدعوى الاجماع عليه في المصاييح و ض متمسكين مع ذلك بخبر محمد بن مسلم الذي وصفه بالصحح عن الباقرع انما جعلت التقيه ليحقن بها الدم فاذا بلغت الدم فلا تقيه و يعضده خبر ابي حمزه الشمالي الذي وصفه في الرياض بالموثقيه قال قال ابو عبد الله ع انما جعلت التقيه ليحقن بها الدماء فلو بلغت التقيه الدم فلا تقيه و هل يلحق بالمؤمن المخالف او يختص الاستثناء بالمؤمن فيه اشكال من عموم النصين و الفتاوى و من عموم قوله تعالى أَفَمَنْ كَانَ مُؤْمِنًا كَمَنْ كَانَ فَاسِقًا لَا يَسْتَوُونَ و قوله تعالى لَا يَسْتَوِي أَصْحَابُ النَّارِ وَ أَصْحَابُ الْجَنَّةِ و عموم قوله ص لا- ضرر و لا- ضرار و العمومات الداله على نفى الحرج من الكتاب و السنه و الاجماع المحكيه و الاعتبارات العقليه و العمومات الداله على لزوم التقيه في كل شىء خرج من جميع ما ذكر المؤمن و لا دليل على خروج المخالف لانصراف اطلاق ما دل على الاستثناء من النصين و الفتاوى الى المؤمن سلطنا العموم و لكن التعارض بينه و بين عموم آيتى نفى المساوات من قبيل تعارض العمومين من وجه فلا اشكال في لزوم ترجيح الثانى لكونه من الكتاب و اعتضاده باده نفى الحرج التى لا يجوز تخصيصها كالعمومات الداله على نفى التكليف بما لا يطاق عند جماعه من محققى الاصحاب ان قلنا بجواز تخصيصها كما عليه آخرون فلا- اشكال فى انها ليست كسائر العمومات التى تخصص باخبار الآحاد التى ثبت حجيتها بل هى له اقوى منها بمراتب و لذا ترجح غالبا اخبار الآحاد التى هى حجه و ان كانت اخص منها مط مضافا الى الاعتضاد بالعمومات الداله على نفى ثبوت التقيه فى كل شىء و بعموم ما دل على نفى الضرر و بما ورد فى الكتاب و السنه فى مدح المؤمن و كونه عزيزا و محبوبا عند الله تعالى بخلاف المخالف فاذن الاحتمال الثانى هو الاقرب فيجوز قتل المخالف مط لو عد من الشيعة تقيه و لكن صرح والدى العلامة قدس سره بعد التصريح بان المسأله محل اشكال بان الاحتياط يقتضى المصير الى الاول اذا كان الخوف بترك القتل على نحو المال و سيما القليل منه خاصه و اما اذا كان على النفس المؤمنه فاشكال و لا يبعد المصير الى الثانى فليس شىء يوازى دم المؤمن كما يستفاد من النصوص المعتمره و لا باس بما ذكره و اذا جاز التقيه فى قتل المخالف فيجوز فى قتل الكافر المحقون الدم بطريق الاولى و هل يجوز التقيه فى قتل الفاسق مط فيقتل اذا كره عليه او لا كك كالمؤمن او الاول اذا كان الفاسق متجاهرا بالفسوق غير نافع بقاءه فى الدين و الدنيا و كان المكروه عليه مؤمنا عدلا ثقة عالما فاضلا مروجاً للشريعه نافعا للدنيا و الآخرة و الثانى اذا لم يكن كك احتمالات و لكن ثانياً مقتضى اطلاق النصوص و الفتاوى و لكن الاحتمال الثالث فى غايه القوه الا انه لا ينبغى ترك الاحتياط كما فيما تقدم و هل يلحق بالعاقل البالغ المجنون و الصبى و السفیه او لا الاقرب الاول فلا يجوز التقيه فى قتل الثلاثه و لا فرق فى عدم جواز القتل تقيه بين الذكر و الانثى و الخنثى و الحر و المملوك و السيد و العامى و الشريف و الوضيع و غيرهم و هل يلحق بالقتل الجرح و التنكيل كقطع الاعضاء و نحوه او لا اختلف الاصحاب فى ذلك على قولين الاول انها لا تلحق

به فيجوز التقيه فيها فيجوز قطع يد مؤمن مثلاً للتقيه و هو للروضه و المصاييح و ض و ربما يستفاد من السرائر و الارشاد و فع و س و مجمع الفائده لاقتصارها على استثناء خصوص القتل و الرياض لعله الاشهر الثانى انها تلحق به فلا يجوز التقيه فيها كالقتل و قد استفاد نقله عن الشيخ و ربما يستفاد من المنتهى و الكفايه و موضع فى المسالك لتصريحهم بانه لا تقيه فى الدماء و الجمع المعروف باللام يفيد العموم و صرح فى س بان الاصحاب قالوا الا الدماء للأولين وجوه منها الاصل و منها عموم قوله تعالى وَ لَا

و منها قوله ص لا- ضرر و لا ضرار و منها عموم ما دل على نفي الحرج فى الشريعة من ادله الاربعه و منها ما ذكره فى الرياض من لزوم الاقتصار فى الخروج عن العمومات المجوزه لفعل المحرمات بالتقيه على المتيقن المتبادر من الاطلاق و هو القتل لأنه الضرر الاكمل و للآخرين عموم خبرى محمد بن مسلم و ابى حمزه الثمالى المتقدمين المصرحين باستثناء الدم و الدماء و قد يجاب عنهما بان المتبادر من حقن الدم الذى علل به الاستثناء فيهما خصوص القتل فلا يعمان الجرح و قد اشار الى ما ذكر فى مجمع الفائده و المصاييح و ض فاذا الاقرب هو القول الاول بل صرح فى الرياض بانه ينبغى القطع بالجواز اذا كان الخوف على النفس بتركها او يحتاط بتركها فى غيره و صرح فى المسالك بانه لا فرق فى القتل المستثنى بين كونه بطريق المباشره للفعل او التسبب كالإفتاء و الامر به و ربما يظهر من القواعد و س و الكفايه و الكشف المصير اليه و فيه اشكال لان المتبادر من القتل و الدّم المستثنى فى الفتاوى المباشره فيبقى غيره مندرجا تحت عموم ادله التقيه الا- انّ عموم التعليل فى الخيرين المتقدمين يقتضى ما ذكره فى لك و لكن التعارض بينه و بين العمومات المجوزه للتقيه مط من قبيل تعارض العمومين من وجه بعد خروج المباشره منها و من الظاهر ان الترجيح معها من وجوه عديده فاذا احتمال الاقتصار على المباشره فى غايه القوه و لكن لا ينبغى ترك الاحتياط مهما امكن

### الثانى صرح فى لك و ض بان ضابط الاكراه المسوغ للمنع منه شرعا من قبول التوليه و غيره الخوف على النفس

او العرض او المال عليه او على بعض المؤمنين على وجه لا ينبغى تحمله عاده بحسب حال المكروه فى الرفعه و الضعه بالنسبه الى الاهانه و اشار الى ما ذكره فى السرائر أيضا و هو ظ عد و الكفايه و الكشف و هو الاقرب و صرح فى الدروس بانه لا يجوز تحمل الضرر الكثير فى نفسه او بدنه او من يجرى مجراه من قريب او مؤمن و يجوز تحمله فى المال و لا- يجب و لم يذكر العرض و فيه نظر اذا ما ذكره من انه يجوز تحمله فى المال و لا يجب جيد للأصل و عموم قوله الناس مسلطون على اموالهم و لو كان الضرر يسيرا يتحمل عاده فالذى يظهر من الشرائع و القواعد و المنتهى و الدروس و المحكى فى الكفايه و غيرها انه يجوز التقيه ح أيضا الا- ان المستحب تحمله فانهم صرحوا بانه يستحب تحمل الضرر ليسير و تكره التقيه فيه و تزول الكراهه لدفع الضرر الكثير و فيه نظر و الاحوط تحمل هذا الضرر و صرح فى لك بان المرجع فى الضرر اليسير و الكثير هو العرف فما عد يسيرا ينبغى تحمله دون الكثير

### الثالث اذا امكن التفصى من اكراه الجائر على المحرم

من قبول التوليه و ارتكاب المعاصى فهل يجب التفصى ح و لا- يجوز ارتكاب المحرم تقيه ح فيكون حد الا-كراه المسوغ للدخول فى ولايه الجابر و فعل ما يأمر به من المحرمات هو الاجاء و الاضطرار بحيث لا يتمكن منه معه التفصى من دون مشقه لا- يتحمل عاده او لا- بل يجوز التقيه بمجرد الا-كراه مط و لو تمكن عن التفصى فيه اقوال الاول انه لا يجوز ارتكاب المحرم

بالاكراه و التقيه مع القدره على التفصى سواء كان المحرم المكروه عليه قبول التوليه او محرم اخر غيره كتصرف مؤمن غضب مال محترم و هو للشرائع و المنتهى و ظ السرائر و غيره و اختاره السيد الاستاد ق ره فى المصاييح محتجا عليه بوجوه منها ان الاكراه لا يصدق لغه و عرفا مع القدره على التفصى و ان المفهوم من لفظه عرفا و لغه عدم امكان التفصى و منها انه متى امكن التفصى عن الحرام من غير مشقه و جب اجتنابه لتحقق القدره على الترك و اختصاص الترخيص بحال الاضطراب و منها الخبر ما تقول فى اعمال هؤلاء قال ان كنت لا بد فاعلا فائق مال الشيعه و منها خبر الحسن بن الانبارى عن الرضاع قال كتبت اليه اربعة عشر سنه استأذنه فى اعمال السلطان فلما كان فى اخر كتاب كتبه اليه اذكر انى اخاف على خيط عنقى و ان السلطان يقول انك رافضى و لسنا نشك فى انك تركت العمل للسلطان للتفرض فكبت الى ابو الحسن قد فهمت كتابك و ما ذكرت من الخوف على نفسك فان كنت تعلم انك اذا وليت عملت فى عملك بما امر رسول الله ص ثم تصير اعوانك و كتابك اهل ملتك فاذا صار إليك شىء راسيت به فقراء المؤمنين حتى تكون واحدا منهم كان ذا بدا و الا فلا وجه الدلاله ما ذكره قدس سره من انه لم يرخص فيه للسائل الدخول فى اعمال السلطان مع اخطاره على نفسه الا بالخروج عن عهده ما يجب عليه و ليس الالعدم بلوغه درجه الاكراه و الا لجاز من غير شرط و منها ان الاقتحام فى المحرمات الشنيعه كالضرب و الايلام و قطع الاطراف و نهب الاموال مع القدره على التفصى عنها و التمكن من تركها مما يقطع بفساده شرعا الثانى ما استظهره فى المصاييح من كلام بعض الاصحاب من التفرقه بين التوليه و فعل الحرام حيث اشترط فى الثانى عدم القدره على التفصى و جوز الاول دفعا للضرر اليسير الثالث ما حكاه فى المصاييح عن لك من ان الضابط فى الاكراه الخوف على النفس او المال او العرض عليه او على بعض المؤمنين على وجه لا ينبغى تحمله عادة و ان لم يبلغ حد اللجوء من غير فرق فى ذلك بين التوليه و غيرها من المحرمات و صرح فى لك بان العمل بما يأمره من الامور المحرمه مشروط بالاكراه خاصه ما لم يبلغ الدماء و لا يشترط فيه اللجوء اليه بحيث لا يقدر على خلافه و قد صرح الاصحاب بذلك فى كتبهم فاما اشتراط القدره على التفصى فغير واضح الا ان يريدوا اصل الاكراه و المسأله لا يخلو عن الاشكال الا ان القول احوط بل و اقرب و عليه لو توقف التفصى على بذل مال كثير يتحمل عادة فلاحوط الالتزام به بل هو فى غايه القوه الرابع يجب على من يقتل الولايه المحرمه او يفعل الحرام تقيه يجرى الاسهل فالاسهل و ارتكاب الادنى دون الاعلى كمراتب الامر بالمعروف و النهى عن المنكر و قد صرح بذلك فى مجمع الفائده و كذا صرح به فى ض محتجا عليه بلزوم الاقتصار فى فعل المحرم على أقل ما يندفع به الضروره الموجهه لفعله و صرح فى المنتهى بانه لا يجوز ان يتعدى الحق ما امكن و صرح بانه ينفذ الحق ما استطاع و اشار اليه فى السرائر و هما جيدان الخامس صرح السيد الاستاد قدس سره فى المصاييح بانه ينبغى لمن تولى اعمال الظلمه ان يجتهد فى احقاق الحق و مراعات الضعيف و المستحق و قضاء حوائج المؤمنين و تفريج كربتهم و الفك و الذب عنهم بما امكنه ففى المروى من الطرفين كفاره عمل السلطان قضاء حوائج الاخوان و فيه فان وليت شيئا من اعمالهم فاحسن الى اخوانك فواحد بواحد و الله من وراء ذلك و فيه ايما رجل منكم تولى لأحد منهم عملا ثم تساوى بينكم و بينهم فقولوا له انت منتحل كذاب فان فعل ذلك و كان قد اكره على الولايه او رغب فيها ليكون ملجأ للشيعه و مفزعا لذوى الحاجه كان من اولياء الذين نور الله بهم البرهان كما ورد فى الحديث و فيه اولئك

ص: ٣١٩

المؤمنون حقا اولئك امناء الله فى ارضه اولئك نور الله فى رعيتهم يوم القيامه تزه نورهم لأهل السماوات كما تزه الكواكب لأهل الارض السادس اذا قبل الولايه عن الجائر حيث يجوز قبولها فهل يجب عليه ان يقصد التولى من قبل الامام العادل ع و ان

ولاه الظالم فى الظاهر او لا يظهر الاول من الارشاد و الدروس و الكشف و صرح فيه بان هذه القبيله تولى يوسف عليه السلام من قبل الملك و ما ذكره احوط و ان كان فى تعيينه نظر السابغ يظهر من الدروس و مجمع الفائده و ض انه يجب عليه انقياد ما اكره الجائر عليه الثامن صرح فى مجمع الفائده بان الظاهر ان المراد بالولايه السلطنه و الغلبه على بعض الناس و البلاد و كونه حاكما عليهم من قبله و كونه عاملا له و وكيلا له و ناصبا عنه و هو جيد التاسع يظهر من بعض الاخبار عدم جواز حب بقا الظلمه ففى خبر فضيل بن عياض عن ابى عبد الله ع قال من احب بقاء الظالمين فقد احب ان يعصى الله ان الله تبارك و تعالى حمد نفسه عند هلاك الظالمين فقال فَقَطَعَ ذَابِرَ الْقَوْمِ الَّذِينَ ظَلَمُوا وَ الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ و فى خبر سهيل بن زياد رفعه عن ابى عبد الله ع فى قول الله عز و جل و لَّا تَرْكَنُوا قَالِىَ هُوَ الرَّجُلُ يَأْتِى السُّلْطَانَ فَيُحِبُّ بَقَاءَهُ اِلَى اَنْ يَدْخُلَ يَدَهُ فِى كَيْسِهِ فَيُعْطِيهِ وَيُؤَيِّدُهُمَا الْخَبْرَ الطَّوِيلَ لَصَفْوَانَ الْجَمَالَ و يحتمل هذه الاخبار اراده الظلمه من المخالفين كبنى اميه و بنى العباس و غيرهم فيجوز حب بقاء الظلمه من الاثنى عشرية لا لظلمهم بل لإيمانهم و لأجل صدور الخيرات منهم و تأييدهم للدين كما يظهر من مجمع الفائده و ض و هو فى غايه القوه و فى بعض الاخبار من مدح سلطانا جائرا و تضعضع له طمعا فيه كان قرينه فى النار قال الله عزَّ و جَلَّ و لَّا تَرْكَنُوا اِلَيْهِ

## القول فى بيع الحيوان

منهل لا يصح بيع الامه المستولده من المولى فى ملكه ما دام ولدها حيا

### اشاره

فان مات ولدها و لم يكن للسيد منها ولد جاز بيعها ح اما عدم جواز البيع فى صورته بقاء الولد فقد صرح به فى الغنيه و الشرائع و التبصره و الارشاد و عد و التحرير و س و عه و ضه و الكفايه و مجمع الفائده و لهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه و منها تصريح ابن زهره فى الغنيه بدعوى الاجماع عليه و يعضده ما فى مجمع الفائده من التصريح بنفى الخلاف فى ذلك بين المسلمين و منها ظواهر جمله من الاخبار و اما جواز بيعها بعد موت الولد فقد صرح به فى الغنيه و التحرير و ضه و مجمع الفائده و هو ظ يع و التبصره و عد و د و بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه كما اشار اليه فى لك و غيره على ما حكاه فى مجمع الفائده و يدل عليه مضافا الى ما ذكر العمومات و خبر ابى بصير قال سئلت الصادق ع عن رجل اشترى جاريه فولدت منه ولد فمات فقال إن شاء ان يبيعه باعها و هل يصح بيعها مع حيوة ولدها فى ثمن رقبته مع اعسار مولاه عنها او لا صرح بالاول فى الغنيه و يع و د و عد و التحرير و عه و الدروس و جامع المقاصد و لك و ضه و هو الاقرب و لهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه كما صرح به فى ضه و مجمع الفائده و منها العمومات و منها صحيحه عمرو بن يزيد قال الصادق ع كما فى فى او قلت لأبى ابراهيم كما فى يه اسالك فقال سل فقلت باع امير المؤمنين امهات الاولاد قال فى فكاك رقابهن قلت و كيف ذاك فقال ايما رجل اشترى جاريه فاولدها ثم لم يرد ثمنها و لم يدع من المال ما يؤدى عنه اخذ ولدها منها و بيعت فادى ثمنها قلت فيبعت فيما سوى ذلك من دين قال لا و هل يشترط موت المالك فى صحه بيعها او لا بل يجوز له بيعها ح صرح بالثانى فى الغنيه من الايضاح و اللمعه و س و جامع المقاصد و الروضه و لك و هو ظ مجمع الفائده و حكاه فى الايضاح عن الاسكافى ثم استظهره من كلام الشيخين و حكى الاول عن بعض كما فى الروضه و توقف هنا فى الشرائع و عد و التحرير و الاقرب هو القول الاول الذى عليه الاكثر و لهم وجوه منها اصاله بقاء جواز البيع و منها ما تمسك به فى الايضاح من ان الاصل جواز التصرف فى الملك بالبيع و غيره لعموم قوله

الناس مسلطون على اموالهم خرج المتفق على منعه بقى الباقي على الاصل و منها عموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ و منها قوله ع لا ضرر و لا ضرار و منها ترك الاستفصال فى خبر عمرو بن يزيد عن ابى الحسن الاول ع قال سألته عن أم الولد تباع فى الدين قال نعم فى ثمن رقبتها و يعضده اطلاق الصحيحه السابقه و اشار الى ما ذكر فى جامع المقاصد و لك و ضه و منها ظهور عباره الغنيه فى دعوى الاجماع على ذلك و

### ينبغى التنبيه على امور

### الاول المراد باعسار المولى

ان لا يكون له من المال ما يوفى عنها زائدا على المستثنيات فى الدين كما صرح به فى ضه و لك

### الثانى لا فرق فى الولد المانع بين الصغير و الكبير

و الذكر و الانثى و الخثنى و المتحد و المتعدد كما هو ظ اطلاق كلام الاصحاب

### الثالث ذكر بعض الاصحاب صورا اخر يجوز فيها بيع أم الولد مع حياته

منها ما اذا عجز مولاها عن نفقتها و قد صرح بالجواز فى هذه الصور فى اللمعه و جامع المقاصد و حكاه فى س عن بعض و يظهر من اطلاق الغنيه و بيع و د و القواعد و التحرير و التبصره عدم صحه بيعها ح و هو ظ المحكى عن المرتضى و يظهر من لك و ضه التوقف و الاقرب عندى هو القول الاول للعمومات الداله على صحه البيع و لزوم الوفاء بالعقود و الشروط لا يقال يعارضها اصاله بقاء عدم جواز بيعها لأننا نقول هذا لا يصلح للمعارضه اما اولا فلاختصاصه بصوره ما اذا حصل العجز عن النفقه بعد الاستيلاء و اما فى صوره حصول ذلك قبل الاستيلاء فلا يتجه ذلك بل اصاله بقاء جواز البيع يقتضى الحكم به ح فيتحقق التعارض بين الاستصحابين بعد ظهور عدم القائل بالفصل بين الصورتين فيبقى العمومات المذكوره سليمه عن المعارض فت و اما ثانيا فلان الاستصحاب لا يعارض العموم كما بيناه فى مقام اخر و لا يقال يعارض العمومات المذكوره عموم ما دل على النهى عن بيع أم الولد و هو اخص من تلك العمومات فينبغى تخصيصها به لأننا نقول لم نجد عموما يدل على ذلك بحيث يكون اصلا يرجع اليه فى موارد الشك و ان كان الشهيد الثانى ادعى وجوده فاذا الاصل فيها العمومات المذكوره لا يقال الصحيحه السابقه تدل على اصاله عدم جواز بيع أم الولد لأننا نقول لا نسلم دلالتها على ذلك بل غايه ما يستفاد منها عدم جواز بيع أم الولد فى الدين الذى هو غير الدين المفروض فى صدر الروايه لا مط كما لا يخفى و لا يقال يدل على الاصل المذكور مفهوم خبر زراره الذى وصف بالصحه عن ابى جعفر قال أم الولد حدها حد الامه اذا لم يكن لها ولد لأننا نقول هذه الروايه لا تدل على ذلك اما اولا فلان غايه ما يستفاد من المفهوم مغايره أم الولد للامه اذا كان لها ولد و هى حاصله بالتغاير فى الجمله و هو بمحل الانكار عندنا و ليس فى الروايه دلالة على تحقق التغاير بينهما مط كما لا يخفى و اما ثانيا فلاحتمال ان يكون المراد من الحد ما يترتب على الغصبيه و يكون المقصود بيان اشتراك أم الولد و الامه فى الحدود الشرعيه تاره و اختلافهما اخرى هذا

المذكوره خبر اخر لزاره قد وصف بعض الاجله بالصححه عن ابى جعفر قال سألته عن أمّ الولد قال انه يباع و يورث و حدها حد الامه و لا يقال يستفاد من الغنيه دعوى الاجماع على عدم جواز بيع أمّ الولد فى محل البحث و غيره لأننا نقول الاعتماد عليه محل اشكال كما لا يخفى و مع هذا فالمستفاد من لك كون المختار هنا مما ذكره الاصحاب فيعارض به المستفاد من الغنيه فت و كيف كان فلا ينبغي ترك الاحتياط هنا ثم انه على المختار لو تمكن من تاديه النفقه ببيع بعضها فصرح فى ضه بانه يجب ح الاقتصار عليه وقوفا فيما خالف الاصل على قدر الضروره و فيه نظر و لكنه احوط و منها ما اذا جنت على غير مولاها و لم يرض المجنى عليه بربقتها و ما اذا مات قريبها و لا وارث له سواها و ما اذا كان علوقها بعد الارتهان و ما اذا كان علوقها بعد الافلاس و الحجر على المفلس و ما اذا بيعت على ما ينعق عليه و ما اذا بيعت بشرط العتق و قد صرح بجواز بيعها فى هذه الصوره فى اللغه و جامع المقاصد و عزاه فى س الى بعض بل يظهر من لك انه مذهب الاصحاب و ان كان الظاهر منه كغيره التوقف بل يظهر من الغنيه و يع و التبصره و الارشاد و عد و التحرير المنع و منها ما اذا بيعت فى كفن سيدها اذا لم يخلف سواها و لم يمكن بيع بعضها و ما اذا اسلمت قبل مولاها الكافر و ما اذا كان ولدها غير وارث او كافر و ما اذا مات مولاها و لم يخلف سواها و عليه دين مستغرق و يظهر من لك ان جواز بيعها فى هذه الصوره مذهب الاصحاب و ان كان الظاهر منه التوقف بل يظهر من جماعه المنع كما هو ظ ضه فيما عد الصوره الاخيره و منها ما اذا شرط اداء الضمان منها قبل الاستيلاء ثم اولدها و ما اذا حملت من المشتري فى زمن خيار البائع و ما اذا خرج مولاها عن الذمه و ملكت امواله التى هى منها و ما اذا لحقت بدار الكفر ثم سرقت و ما اذا كانت لمكاتب مشروط ثم فسخ كتابته و ما اذا اسلم ابوها او جدتها و هى مجنونه او صغيره ثم استولدها الكافر بعد البلوغ قبل ان يخرج عن ملكه و ما اذا استولد مملوكه الغير ثم ملكها و صرح بجواز بيعها فى هذه الصوره و فيما اذا حملت من المشتري فى زمن خيار البائع فى جامع المقاصد و احتج فى ضه على جواز بيعها فيما اذا كان علوقها بعد الافلاس و الحجر على المفلس بان مجرد ظهور الافلاس لا يوجب تعلق حق الديان بالمال و على جواز بيعها فيما اذا كان ولدها غير وارث او كافر بانها لا تنعق بموت مولاها ح اذ لا نصيب لولدها فيصح بيعها و على جواز بيعها فيما اذا اشترط اداء الضمان قبل الاستيلاء ثم اولدها بان حق المضمون له اسبق من حق الاستيلاء كالرهن و الفليس السابقين و يظهر من جماعه من الاصحاب المنع من بيعها فى جميع هذه الصور و غيرها و هو احوط و ان كان القول بالجواز فى جميعها فى غايه القوه و للعمومات الداله على حليه البيع و لزوم الوفاء بالعقود و الشروط و تسلط المالك على ملكه مط و نفى الضرر لا يقال تدل صحيحه عمرو بن يزيد المتقدمه على البيع من بيعها فيما اذا مات مولاها و لم يخلف سواها و عليه دين مستغرق لأننا نقول هى معارضه بعموم ما دل على نفى الضرر تعارض العمومين من وجه و من الظاهر ان هذا هو اولى بالترجيح

#### الرابع لو مات ولد الامه و لكن له ولد

فهل تكون ح كما لو كان ولدها البطنى حيا فلا يصح بيعها او يكون كما لو لم يكن لها ولد اصلا فيصح بيعها حكي عن بعض الاول مط لان ولد الولد ولد حقيقه فالجاريه ح أم ولد فيشملها اطلاق ما دل على المنع من بيع أمّ الولد من النص و الفتوى و من



آخر الاول ان كان ولد الولد وارثا للمولى بان لم يكن له لصلبه ولد الا لثاني و هو ظ س و حكى عن النافع لصاحب ك  
و عن اخر الثاني مط و هو الاقرب للعمومات الداله على صحه البيع السليمه عن معارضه الاطلاق المذكور هنا لانصرافه الى الولد  
الصلبي فيبقى مندرجا تحت العمومات المشار اليها و لكن لا ينبغي ترك الاحتياط

### الخامس صرح في ضه بتحقق الاستيلاء المانع من البيع بعلوقها

في ملكه و ان لم يلجه الروح و هو جيد و ربما يستفاد من الارشاد و عد و التحرير و اللمعه جواز البيع ان لم يلجه الروح

### السادس هل يلحق بالبيع الصلح فلا يصح للمولى نقل أم الولد

مع وجود ولدها منه الى غيره بطريق الصلح او لا- يلحق بل يجوز النقل بطريق الصلح في جميع الصور ظ الدروس الاول و  
التحقيق ان يقال ان كان الصلح فرعا على البيع فلا اشكال في اللاحق و ان كان عقدا مستقلا غير فرع كما هو المختار فلا يلحق  
فاذن المعتمد جواز نقلها بكل ناقل عدا البيع فيجوز اتهابها للغير للعمومات الداله على لزوم الوفاء بالعقود بالشروط و على تسلط  
المالك على ملكه خرج منها خصوص البيع بالدليل و لا دليل على خروج غيره فيبقى مندرجا تحتها و يؤيد ذلك عدم التنبيه  
على المنع من غير البيع في الروايات و معظم الفتاوى و استلزام اللاحق بالبيع الخروج العظيم غالبا لا- يقال البيع و الصلح  
مشتركان في الاحكام لأننا نقول لا- نسلم ذلك لفقد الدليل عليه مع ان عدم قبض النقدين يبطل البيع دون الصلح و غلبه  
الاشتراك على تقدير تسليمها لا نسلم حجيتها سلمنا و لكنها معارضه بما بيناه و هو اولى بالترجيح و لا يقال لو جاز الصلح و  
الهبه لما بقى في المنع عن البيع فائده كما اشار اليه في مجمع الفائده لأننا نقول هذا كلام شعري لا يلتفت اليه

### منهل يجب على البائع اذا اراد بيع امته التي دخل بها قبلا

#### اشاره

و تكون من ذوات العده شرعا استبرائها و كذا يجب على المشتري حيث لا يعلم بان البائع اتى به اما وجوبه على البائع فقد صرح  
به في النهايه و المقنعه و النافع و يع و التحرير و التبصره و القواعد و د و عه و س و مجمع الفائده و الكفايه و ض و لهم وجوه  
منها ظهور الاتفاق عليه و منها تصريح مجمع الفائده بدعوى الاجماع عليه و يعضده تصريح الرياض بنفى الخلاف فيه و منها  
جملة من الاخبار المعتبره احدها خبر حفص بن البختري الذي وصفه بالحسن في مجمع الفائده و بالصحة في الكفايه عن ابي  
عبد الله ع في رجل يبيع الامه من رجل قال عليه ان يستبرئ قبل ان يبيع و ثانيها خبر سعد بن سعد الاشعري الذي وصفه بالصحة  
في مجمع الفائده عن ابي الحسن الرضاع قال سألته عن رجل يبيع جاريه كان يعزل عنها هل عليه فيها استبراء قال نعم و ثالثها  
خبر عمار الذي وصفه في مجمع الفائده بالموثقيه قال قال ابو عبد الله ع الاستبراء على الذي يريد ان يبيع الجاريه ان لا يطأها و  
يعضد هذه الاخبار خبر ربيع بن القسم و خبر اخر لسعد بن سعد الاشعري و اما وجوبه على المشتري فقد صرح به في المقنعه و  
النهايه و النافع و التبصره و د و عد و التحرير و س و اللمعه و الروضه و لك و مجمع الفائده و الكفايه و الرياض و لهم وجوه  
أيضا منها ظهور الاتفاق عليه و قد

صرح فى الكفايه بانه المعروف من مذهب الاصحاب و فى الرياض بانه مما لا خلاف فيه و منها ما تمسك به فى مجمع الفائده من خبرى الحلبى و خبر عبد الرحمن بن ابى عبد الله و خبر ربيع بن القسم و يعضدهما اخبار اخر و

### ينبغى التنبيه على امور

#### الاول لا شبهه فى توقف الاستبراء على ترك الوطء قبلا

و هل يتوقف على تركه دبرا او لا- صرح بالاول فى لك و الكفايه و هو احوط بل فى غايه القوه لظهور الاتفاق عليه و يستفاده الرياض من الغنيه دعوى الاجماع عليه و ظهور جمله من الروايات فى الدلاله عليه كخبر عمار المتقدم و خبر حفص و خبر عبد الرحمن و خبر محمد بن مسلم و خبر الحلبى و هل يتوقف أيضا على ترك سائر الاستمتاعات من نحو التقييل و التفخيذ او لا اختلفوا على قولين احدهما انه لا يحرم و هو للدروس و لك و مجمع الفائده و الكفايه و الرياض الثانى انه يحرم و هو للتحرير و المحكى عن الخلاف و المبسوط للقول الاول وجوه منها اصاله بقاء الجواز لا يقال هذا يختص بالبايع و مع ذلك يعارضه اصاله بقاء المنع بالنسبه الى المشتري لأننا نقول الاختصاص هنا غير قادح لعدم القائل بالفصل بين البائع و المشتري على الظاهر و المعارضه ممنوعه لتغير الموضوع بالنسبه الى المشتري فان التحريم السابق منوط بكون الجاربه ملكا للغير و قد ارتفع هذا المفهوم بانتقالها الى المشتري فتبقى اصاله البراءه بالنسبه اليه سليمه عن المعارض فيحصل فى المسأله دليل اخر و قد صرح به فى مجمع الفائده و ض سلمنا المعارضه و لكن ما ذكرناه من الاصل اولى بالترجيح فيلزم الاخذ به و منها ما تمسك به فى س و لك و الكفايه و مجمع الفائده و ض من خبر محمد بن اسماعيل الذى وصفوه كما فى لف بالصحه قلت يحل للمشتري ملامستها قال نعم لا- يقرب فرجها و منها ان الجاربه مملوكه للمشتري بعد الابتياح فيجوز له التصرف فى ملكه باى نحو شاء لعموم قوله الناس مسلطون على اموالهم خرج منه الجماع بالدليل و لا دليل على خروج سائر الاستمتاعات فيبقى مندرجه تحته و قد اشار الى ما ذكر فى مجمع الفائده و منها ما اشار اليه فى مجمع الفائده و ض من خبر عبد الله بن محمد عن ابى عبد الله قال لا باس بالتفخيذ بها حتى يستبرأها و ان صبرت فهو خير لك و منها ما ذكره فى ض من روايه وصفها بالموثقيه ا يحل له ان يأتيها فيما دون فرجها قال نعم و من روايه اخرى نحو ذلك فيما دون الفرج و منها ما ذكره فى مجمع الفائده و اشار اليه فى ض من ان العله فى الاستبراء براءه الرحم و عدم الاختلاط و ذلك لا يتوقف على ترك الاستمتاعات و للقول الثانى ما اشار اليه فى ض من روايه وصفها بالموثقيه الرجل يشترى الجاربه و هى حبلى ا يطأها قال ع لا- قلت فدون الفرج قال لا يقربها و يجب عنه اولا بضعف الدلاله و ثانيا بعدم صلاحيته لمعارضه ادله الجواز و قد حملة فى الرياض على الاستحباب

#### الثانى لا يجب الاستبراء على كل من البائع و المشتري

اذا لم يطأها البائع مط فالاستبراء انما يجب مع الوطء كما صرح به فى يع و د و القواعد و لك و مجمع الفائده و ض بل الظاهر انه مما لا خلاف و احتج عليه فى لك بانتفاء الفائده و بالنص

إذا أخبر البائع العدل الثقة بأنه أتى به أو لا - اختلف الأصحاب في ذلك على قولين الأول أنه يسقط ح من المشتري و يجوز له الاعتماد على خبر البائع و هو للنهائية و المقنعه و فع و يع و د و التحرير و عد و الجامع و س و عه و ضه و الكفايه و ض و حكا في لف عن القاضي و استظهره من كلام الاسكافي و صرح في ض بأنه مذهب الاكثر بل في الكفايه انه مذهب الاصحاب الا انه نقل الخلاف من بعض تاتي اليه الاشاره الثاني انه لا - يسقط ح بل يبقى على وجوبه و هو للمحكي في كلام جماعه عن ابن ادريس و فخر الدين و ربما يستفاد من المقنعه و التبصره للأولين وجوه منها انه استظهر في ض من الغنيه دعوى الاجماع على قبول خبر العدل هنا و يعضده الشهره المحققه و المحكيه و منها ما ذكره في لف من ان الاصل عدم الوجوب و منها اصاله جواز التصرف في الملك مط و منها اصاله عدم تحقق الوطاء من البائع و منها عموم ما دل على جواز وطى الجاربه المملوكه و منها ما ذكره في لف و التنقيح من ان المفسده الحاصله بترك الاستبراء معدومه باخبار العدل لحصول الظن منه بفراغ الرحم من نطفه الغير و منها مفهوم قوله تعالى **إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنِجَابٍ فَتَبَيَّنُوا الَّذِي اسْتَدَلَّ جَمَاعَهُ مِنْ مُحَقِّقِي الْأُصُولِيِّينَ عَلَى حُجَّتِهِ خَيْرَ الْعَدْلِ فِي نَفْسِ الْأَحْكَامِ الشَّرْعِيَّةِ وَ مِنْهَا مَا تَمَسَّكَ بِهِ فِي لَفٍ وَ مَجْمَعِ الْفَائِدَةِ وَ ضٍ مِنْ خَيْرِ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ عَنِ الْعَبْدِ الصَّالِحِ عَ قَالَ إِذَا اشْتَرَيْتَ جَارِيَةً فَضَمَّنْ لَهَا مَوْلَاهَا أَنَّهَا عَلَى طَهْرٍ فَلَا بَأْسَ أَنْ يَقَعَ عَلَيْهَا وَ فِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّ غَايَةَ مَا يَسْتَفَادُ مِنْهُ جَوَازُ الْعَدَمِ عَلَى خَيْرِ الْمَوْلَى مَطٍ وَ لَوْ لَمْ يَكُنْ ثِقَهُ إِذَا أَخْبَرَ بِأَنَّهَا عَلَى طَهْرٍ يَعْنِي أَنَّهَا لَيْسَتْ بِحَائِضٍ وَ مِنْ الْمَعْلُومِ أَنَّ غَيْرَ الْأَخْبَارِ بِالِاسْتِبْرَاءِ الَّذِي هُوَ مَحَلُّ الْبَحْثِ الْإِلَهِيِّ - أَنْ يَقَالَ لَا قَائِلَ بِالْفَرْقِ بَيْنَهُمَا وَ هُوَ مَمْنُوعٌ أَوْ يَقَالَ إِطْلَاقُ الرَّوَايَةِ تَفْيِيدُ الرَّخِصَةَ فِي الْوَطْءِ بَعْدَ الشَّرَاءِ وَ الْأَخْبَارِ بِذَلِكَ سِوَا أَخْبَارِ الْبَائِعِ بِوُقُوعِ الْاسْتِبْرَاءِ أَمْ لَا مَطٍ خَرَجَ مِنْهُ صُورُهُ عَدَمِ الْأَخْبَارِ بِمَعَ الْجَهْلِ بِالْوُقُوعِ بِالذَّلِيلِ وَ لَا دَلِيلَ عَلَى خُرُوجِ صُورِهِ الْأَخْبَارِ فِيبَقِي مَنَدْرَجًا تَحْتَ الْإِطْلَاقِ الْمَذْكُورِ وَ فِيهِ نَظَرٌ لظُهُورِ وَرُودِ الْإِطْلَاقِ فِي بَيَانِ حُكْمِ الْأَخْبَارِ بِالطَّهْرِ فَلَا يَفِيدُ الْعُمُومَ الْمَدْعَى فِيهَا وَ مِنْهَا مَا تَمَسَّكَ بِهِ فِي لَفٍ وَ مَجْمَعِ الْفَائِدَةِ وَ ضٍ مِنْ خَيْرِ حَفْصِ بْنِ الْبَخْتَرِيِّ الَّذِي وَصَفَهُ بِالصَّحْهِ فِي الْكُفَايَةِ وَ بِالْحَسَنِ فِي مَجْمَعِ الْفَائِدَةِ عَنِ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ فِي الرَّجُلِ يَشْتَرِي الْأَمَةَ مِنْ رَجُلٍ فَيَقُولُ أَنِّي لَمْ أَطَّأْهَا فَقَالَ أَنْ تَقَى بِهِ فَلَا بَأْسَ بِأَنَّ يَأْتِيهَا وَ فِيهِ نَظَرٌ فَانْ غَايَةَ مَا يَسْتَفَادُ مِنْهُ جَوَازُ الْعَدَمِ عَلَى الْمَوْلَى الثَّقَةِ إِذَا أَخْبَرَ بِأَنَّهَا لَمْ يَطَّأْهَا أَصْلًا وَ هُوَ غَيْرُ الْأَخْبَارِ بِالِاسْتِبْرَاءِ الَّذِي هِيَ عِبَارَةٌ مِنْ مَعْنَى مَخْصُوصِ الْإِلَهِيِّ - أَنْ يَقَالَ لَا - قَائِلَ بِالْفَرْقِ بَيْنَهُمَا وَ فِيهِ نَظَرٌ فِي مَجْمَعِ الْفَائِدَةِ وَ الْكُفَايَةِ مِنْ خَيْرِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سَنَانَ الَّذِي وَصَفَاهُ بِالصَّحْهِ عَنِ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) قَلْتُ أَفَرَأَيْتَ أَنْ اتَّبَعَهَا وَ هِيَ طَاهِرَةٌ زَعَمَ صَاحِبُهَا أَنَّهُ لَمْ يَطَّأْهَا مِنْذُ طَهَّرْتَهَا فَقَالَ أَنْ كَانَ عِنْدَكَ أَمِينًا فِيهَا فَقَالَ أَنْ ذَا الْأَمْرِ شَدِيدٌ فَقَالَ فَانْ كُنْتُ لَا بَدَّ فَاعِلًا فَتَحْفَظُ لَا تَنْزِلُ عَلَيْهَا وَ مِنْهَا مَا تَمَسَّكَ بِهِ فِي لَفٍ وَ مَجْمَعِ الْفَائِدَةِ وَ الزِّيَاضِ مِنْ خَيْرِ أَبِي بَصِيرٍ قَالَ قَلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) الرَّجُلُ يَشْتَرِي الْجَارِيَةَ وَ هِيَ طَاهِرَةٌ وَ يَزْعُمُ صَاحِبُهَا أَنَّهُ لَمْ يَمْسَسْهَا مِنْذُ حَاضَتْ فَقَالَ أَنْ أَمْنَتَهُ فَمَسَّهَا وَ قَدْ وَصَفَ هَذِهِ الرَّوَايَةَ فِي الْأَوَّلِ بِالصَّحْهِ وَ أورد عليه في مجمع الفائدة بضعف السيد لان ابا بصير هذا مشترك بين الثقة و غيره بل الظاهر هنا هو يحيى بن القسم الواقفي بقريته روايه شعيب عنه لأن الظاهر منه العقروفي الذي ابن اخت يحيى بن القسم و للآخرين وجوه منها ما ذكره في لف و التنقيح من ان الاستبراء**

واجب على المشتري فلا يسقط باخبار البائع عملا استصحاب الوجوب فيه نظر اما اولا فلان هذا يختص بصوره ما اذا أخبر البائع الثقة بالاستبراء بعد تعلق وجوبه بالمشتري كما اذا أخبره بعد مضي ثلاثه ايام من البيع مثلا و اما اذا أخبره به قبل تعلق الوجوب

كما اذا اخبره به عند البيع فلا- يجرى ما ذكر بل ينبغي ح التمسك باصالة البراءه و لكن لا- قابل بالفرق بين الصورتين فيقع التعارض بين الاصلين و من الظاهر ترجيح الثاني لاعتضاده بالشهره العظيمه و غيرها مما تقدم اليه الاشاره فت و اما ثانيا فلان الاستصحاب لا- يعارض ادله القول الاول و في لف اجاب عن الوجه المذكوره بالمنع من ايجابه مط بل مع عدم اخبار الثقه و منها ما ذكره في الكفايه من العموم و لعله اشار به الى اطلاق ما دل على وجوب الاستبراء و هو قول الصادق ع في روايه ربيع بن القسم يستبرئ رحمها الذى يشتريها بخمسه و اربعين ليله و قوله ع في خبر عبد الرحمن بن عبد الله و ان كانت الجاريه في سن من تحيض تستبرئ بخمسه و اربعين ليله و فيه نظر اما اولا فلضعف سند الروايتين من غير جابر فت و اما ثانيا فللمنع من انصراف الاطلاق الى صورته اخبار الثقه بوقوع الاستبراء كما اشار اليه في الرياض و اما ثالثا فلان هذا الاطلاق يجب تقييده بما دل على اعتبار خبر الثقه هنا و به يقيد أيضا اطلاق ما دل على عدم جواز الاعتماد على غير العلم و منها خبر محمد بن إسماعيل الموصوف بالصحه في جمله من الكتب قال سألت بالحسن ع عن الجاريه تشتري من رجل مسلم يزعم انه قد استبرأها ا يجزى ذلك أم لا بد من استبرائها قال استبرئها بحيضتين و فيه نظر اما اولا فلانه ليس في الروايه تصريح بالمنع من قبول خبر البائع الثقه بل غايتها الاطلاق و هو لا يصلح لمعارضه ما دل على اعتبار خبره بل هو مقيد له و اما ثانيا فلان الضمير في يزعم كما يحتمل رجوعه الى البائع كذا يحتمل الرجوع الى المشتري و من الظاهر ان مجرد زعم المشتري بتحقيق استبراء وطئه به لا يكون حجه ما لم يكن مستندا الى اخبار البائع الثقه به او الى الظن الاقوى من الظن الحاصل من اخبار البائع الثقه على ان مجرد زعم البائع بالاستبراء قد يمنع من اعتباره ما لم يخبر به و قد اشار الى ما ذكر في مجمع الفائده و اما ثالثا فلان الروايه غير مصرحه بوجوب الاستبراء بل غايتها الامر به و هو في اخبار الائمة ع غير ظ في الوجوب عند جماعه سلمنا ظهوره فيه و لكن يمكن حمله على الاستحباب فيجب هنا للأدله الداله على جواز قبول خبر البائع الثقه كما اشار اليه في لف و مجمع الفائده و ض و حملوه أيضا على ان المخبر لم يثق به المشتري و اما رابعا فلان مقتضى الروايه وجوب الحيضتين في الاستبراء و هو مما لا يمكن المصير اليه لأنه لا خلاف في عدم وجوبها على ما صرح به في ض و منها خبر الحلبي الذى وصفه في مجمع الفائده بالحسن و في الرياض بالصحه عن ابي عبد الله ع في رجل اشترى جاريه لم يكن صاحبها يظأها ا يستبرئ رحمها قال نعم و يؤيده روايه اشار اليه في الرياض و فيها اشترى الجاريه من الرجل المأمون فيخبرني انه لم يمسه منذ طمشت عنده و طهرت قال ليس بجائر ان يأتيها حين يستبرئها بحيضه و فيهما نظر و المعتمد عندى هو القول الاول و صرح في المقنعه بانه يستحب الاستبراء ح و في النهايه بانه احوط و في الجامع بانه افضل

#### **الرابع هل يسقط الاستبراء عن المشتري باخبار البائع الثقه**

بانه لم يظأها اصلا او لا الاقرب الاول كما صرح به في الروضه و الكفايه و ض لبعض ما تقدم من الاخبار و لفحوى ما دل على سقوط الاستبراء باخبار البائع الثقه و لعموم قوله الناس مسلطون على اموالهم و لان الاصل براءه الذمه عن وجوب الاستبراء ح

#### **منهل هل يحرم التفريق بين الطفل و امه قبل استغنائها عنها بالبيع**

#### **اشاره**

بان يباع احدهما من الغير و يبقى الاخر او لا بل يكره ذلك اختلف الاصحاب فيه على قولين الاول انه يكره و هو لصريح يع و

فع و التبصره و د و عد و التحرير و لف و عه و المحكى فى س عن الحلبيين و المحكى فى لف عن ابن ادريس و المحكى فى جملة من الكتب عن الشيخ فى كتاب العتق من النهايه و يظهر من مجمع الفائده المصير اليه أيضا الثانى انه حرام و ليس بجائز و هو لصريح الايضاح و جامع المقاصد و لك و ضه و ظ المراسم و س و الكفايه و المحكى فى لف عن ابن الجنيد و المفيد و ابن البراج و الشيخ فى النهايه فى باب ابتياع الحيوان و حكاها فى س عن الخلاف و فى مجمع الفائده عن التذكرة و بالجملة الظاهر مذهب الاكثر و حكى عن كره دعوى الشهره عليه للأولين وجوه منها ما تمسك به فى لف و مجمع الفائده من الاصل و منها ما تمسك به فى الاول من قوله ص الناس مسلطون على اموالهم و اليه اشار فى مجمع الفائده قائلًا يدل على الجواز عموم ما دل على التسلط من الكتاب و السنه و الاجماع بل العقل يدل عليه و منها قوله تعالى **أَحْرَلَّ اللَّهُ التَّيِّعَ** و منها قوله تعالى **أَوْفُوا بِالْعُقُودِ** و منها انّ البقاء على الجمع بينهما قد يكون ضررا مستلزما للخرج العظيم و الاصل عدمهما للعمومات الداله عليه و منها انّ بيع احدهما دون الاخر قد يكون احسانا اليه او الى المشتري او اليهما فالاصل جوازه لعموم قوله تعالى **مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ** و للآخرين وجهان احدهما ما تمسك به فى جامع المقاصد و لك و الروضه من تظافر الاخبار بالنهى عن ذلك منها خبر معاويه بن عمّار الذى وصفه بالحسن فى الايضاح و لف بالصحه فى مجمع الفائده و الكفايه و ض قال سمعت ابا عبد الله ع يقول اتى رسول الله ص بسبى من اليمن فلما بلغوا الجحفة نفدت نفقاتهم فباعوا جاريه من السبى كانت امها معهم فلما قدموا على النبى ص سمع بكاؤها فقال ص ما هذه قالوا يا رسول الله ص احتجنا الى نفقه فبعنا ابنتها فبعث بشمها و اتى بها و قال بيعوهما جميعا او امسكوهما جميعا و قد تمسك به فى الكفايه على ذلك و هو يدل على المدعى من وجهين احدهما البعث بالثمن و انه ظ فى فساد البيع و لو كانت التفرقه جائزه لما كان البيع فاسدا و ثانيهما الامر بالبيع جميعا او الامسك كل فانه ظاهر فى الوجوب فيكون ضده منهيّا عنه كما اشار اليه فى لك و قد يناقش فى كلا الوجهين ما فى الاول فبالمنع من دلالة البعث بالثمن على فساد البيع لجواز ان يكون على جهه الاستقاله او لأجل انّ البيع لم يقع باذنه او لغير ذلك فت و اما فى الثانى فبان الامر و ان كان حقيقه فى الوجوب و لكنّه هنا محمول على الكراهه المغلظه كما صرح به فى لف لأنه لو حمل على الوجوب للزم تقييدان احدهما تقييد العمومات الداله على الجواز المتقدم اليه الاشاره و ثانيهما تقييد اطلاق هذا الامر بصوره عدم استغناء الطفل عن امه و التقييد و ان كان حد ذاته اولى من المجاز و هو الحمل على الكراهه الا ان تعدد التقييد يمنع من الاولويه كما لا يخفى على ان التقييد الثانى تنزيل للمطلق على الفرد الغير الظاهر البعيد لظهور انّ الجاريه التى باعوها كانت مستغنيه عن امها لكبرها و خارجه

ص: ٣٢٣

عن الطفليه لأنها تبعث لنفقه العسكر و الغالب انه لا يفى ثمن الطفل بها و مع هذا فالظاهر ان المشتري لم يشتريها الا لخدمه البيت كما هو الغالب فى شراء الجوارى و من الظاهر ان الصغيره لا تليق بذلك فلا تكون فى الروايه دلالة على المدعى و قد صرح بما ذكر فى مجمع الفائده سلمنا ان الامر للوجوب و لكن وجوب بيع جاريه مخصوصه مع امها لا يفيد اصلا كليًا و الاجماع المركب هنا غير معلوم لاحتمال كون المنع من تفريقها لخصوصيه خارجيه و منها ما تمسك به فى الكفايه أيضا من خبر هشام ابن الحكم الذى وصف فيها و فى مجمع الفائده بالصّححه و فى لف بالحسن عن ابى عبد الله ع أنّه اشترت له جاريه من الكوفه قال فذهبت لتقوم فى بعض الحاجه فقال لها ابو عبد الله ع الك أم قالت نعم فامر بها فردت و قال ما انت لو حبستها ان ارى فى ولدى ما اكره و قد يناقش فى دلالتها على المدعى اولا بأنه ليس فيه ما يدل على المنع من التفريق و الامر لعله لأجل الكراهه لا الحرمة و

ثانياً بان التعليل فى الروايه يناسب الكراهه لا الحرمة كما اشار اليه فى مجمع الفائده و ثالثاً بان الظاهر ان المشتراه المذكوره فى الروايه كانت كبيره مستغنيه عن امها كما اشار اليه فى مجمع الفائده و منها خبر ابن سنان الذى وصفه بالصحة فى لف و الايضاح و مجمع الفائده و الكفايه قال قال ابو عبد الله ع فى الرجل يشتري الغلام و الجاريه و له اخ او اخت او أم بمصر من الامصار قال لا يخرج من مصر الى مصر اخر ان كان صغيراً و لا تشتريه و ان كان له أم فطابت نفسها او نفسه فاشتره فان تعليق جواز الشراء على طيبه نفسها و نفسه يدل على التحريم بدون ذلك لانتفاء المشروط بانتفاء شرطه و قد صرح بهذا فى الايضاح قائلاً ان المنع الأول شامل للتحريم و الكراهه و صرح به فى لك بان هذه الروايه هى المدعى فى اثبات المدعى و غيرها و قد يناقش فى دلاله هذه الروايه على المدعى اولاً- بان التفصيل المذكور فى الروايه مما لم يذهب اليه معظم الاصحاب على الظاهر فهى بظواهرها شاذه فينبغى رفع اليد عن مفهومها فتكون من أدله القول الأول هذا و صرح فى مجمع الفائده بان طيب نفس الولد مع الصغر مشكل اعتباره بل فهمه و ثانياً بانها داله على عدم جواز الاخراج من مصر فيه الاخ و الاخت و الام مط و لو من غير جهة البيع و الشراء و هو ما لا يعلم به قائل كما صرح به فى مجمع الفائده و ان كان المراد من جهة البيع و الشراء فصّح بان العبارة غير جيده و فى كلا المناقشتين نظر و منها خبر سماعه الذى صرح فى الكفايه بأنه ملحق بالموثقات و فى الرياض بأنه موثق كالصحيح قال و سألت عن اخوين مملوكين هل يفرق بينهما و عن المرأة و ولدها فقال لا و هو حرام إلا ان يريدوا ذلك و صرح فى التنقيح بأنه مصرح بالتحريم و قد يناقش فى دلالته على المدعى بان حرمة التفريق بين الاخوين المملوكين مط مما لا يعلم به قائلاً و لا يمكن ان يكون النهى عنه بالنسبه اليه للكراهه و بالنسبه الى التفريق بين الام و ولدها للحرمة للزوم استعمال اللفظ فى الحقيقه و المجاز و هو فى غايه البعد و المخالفه بالاصل بل لم يجوزها اصلاً جماعه و ثانياً بان النهى عن التفريق بين الام و ولدها ليس على اطلاقه بل ينبغى تقييده بصوره عدم استغنائه عنها فيلزم على تقدير حمله على الحرمة ارتكاب تقييدى كما تقدم اليه الاشاره و لا كك لو حمل على الكراهه فانه لا يلزم منه الا مجاز واحد و هو و ان يكن اولى من التقييدى فلا أقل من المساوات و معها لا يجوز الاستدلال بالروايه على المدعى كما لا يخفى و قد اشار الى هذين الوجهين فى مجمع الفائده قائلاً ان الروايه مع ضعفها و اضمارها مشتمله على الاخوين و على الولد مط من دون قيد الصغر و منها روايه عباد بن الصامت عن النبى ص انه قال لا يفرق بين الام و ولدها قيل الى متى قال حتى يبلغ الغلام و تحيض الجاريه و فيه اولاً انه ضعيف السند فلا تصلح للحجيه لا يقال ضعف السند هنا مجبور بشهره القول بالتحريم لأننا نقول لا نسلم تحقق شهره تصلح لجبر الضعيف و مجرد اكثره القائل على تقدير تسليمها لا يصلح لذلك و ثانياً ان النهى هنا

يحتمل الكراهه لان مطلق التفريق لم يعلم قائلاً بحرمته مع ان التحديد بالبلوغ لم نجد به قائلاً و لو كان فهو شاذ و منها ما ذكره فى لك من خبر ابى ايوب عن النبى ص من فرق بين والده و ولدها فرق الله بينه و بين احبته و يرد عليه ما ورد على روايه عباد المتقدمه و زياده اشعار بالكراهه كما لا يخفى و بالجملة اثبات التحريم بهذه الروايات مشكل كما صرح به فى مجمع الفائده و ان ادعاه فى ض قائلاً- ان هذه النصوص مع وضوح اسانيدها و قوه دلالتها ظهوراً من حيث الامر و النهى و صراحه من حيث التصريح بلفظ التحريم الناص على المنع معتضده بفتوى عظماء الطائفة و الشهره المحكيه بل المحققه بل مع سلامتها عمّا يصلح للمعارضه عدا الاصل و العمومات المثبتين للمالك السيلطنه و يخصصها بما مر من الأدله و ذلك للمنح من النصيه و الظهور فى الدلاله على التحريم بل يظهر من سياق بعضها الكراهه و الاعتضاد بالشهره التى يجوز التعويل عليها غير معلوم نعم الظاهر ان القائل بالتحريم اكثر فى الجملة و لكن هذا المقدار من الاكثره لم يترتب عليه فائده كليه فت و منها ما اشار اليه فى الرياض من الخبر الجاريه الصغيره يشتريها الرجل فقال ان كانت استغنت عن ابويها فلا باس و ثانيهما ان التفريق بين الوالده و ولدها لو كان

جائز لجاز ان تضار والده بولدها لان التفريق بينهما مستلزم لذلك و التالى باطل لعموم قوله تعالى **لَا تُضَارُّ وَالْأُمَّةَ بِوَلَدِهَا** و قد اشار الى ما ذكر فى مجمع الفائده قائلا يمكن شموله لما نحن فيه و ان فسر بغيره و فيه نظر فان التعارض بينه و بين العمومات المتقدمه من قبيل تعارض العمومين من وجه كما لا يخفى و من الظاهر ان الترجيح مع العمومات المتقدمه على انه قد يمنع من استلزام التفريق ان يضارّ والده بولدها مط فت و بالجمله المسأله فى غايه الاشكال فلا ينبغى فيها ترك الاحتياط و ان كان القول الاول فى غايه القوه و

### **ينبغى التنبيه على امور**

### **الاول متقضى اطلاق كلام الاصحاب و بعض النصوص انه لا فرق فى الام و ولدها بين ان يكون مؤمينا**

او مسلمين او كافرين او مختلفين و لا فى الولد بين ان يكون ذكرا او انثى او خثى و لا بين ان يكون صحيح النسب او من الزنا

### **الثانى يظهر من المراسم و الشرائع و فع و التبصره**

و د و التحرير و القواعد و عه و جامع المقاصد و لك و ضه ارتفاع الحكم من الكراهه و الحرمة بعد استغناء الاطفال عن امهاتهم و خروجهم عن صدق الطفليه بان صرح فى التنقيح بانّه لا خلاف فى التفرقه المذكوره ح ثم صرح بانّ ظ الاصحاب انّ التفرقه بعد الاستغناء مباحه و لكن عن بعض القول بثبوت الكراهه ح ثم استقرب

ص: ٣٢٤

تفصيلا و هو انه مع التمييز و الاطلاع على الضروريات لا- كراهه و الا- فالكراهه فصرح فى جامع المقاصد و مجمع الفائده و الكفايه بان الاخبار خاليه عن بيان تحديد الحكم زمانا و تخصيصه بالاطفال و الاقرب عندي هو القول الاول للأصل و العمومات المعتضده بالشهره العظيمه التى لا يبعد معها شذوذ المخالف و اختصاص الاخبار الناهيه عن التفريق بصوره طفوليه الولد لتحقق مصاحبه مع امه ح دون ما اذا كبر و بلغ فان الغالب حصول الفرقه بينهما كما اشار اليه فى مجمع الفائده فيكون النهى عنها بعيدا بل ممتنع فت و لكن مع هذا لا- باس بالحكم بالكراهه بعد الاستغناء كما حكى عن بعض نظرا الى قاعده التسامح فى أدلّه الكراهه فت

### **الثالث اختلف الاصحاب فى حد الاستغناء على اقوال**

الاول انه سبع سنين مطلقا سواء كان الولد ذكرا أم انثى أم خثى و هو للنافع و يع و التبصره و د و التحرير و س و عه و التنقيح و المحكى فى التنقيح عن العجلى و حكاه فى مجمع الفائده عن التذكره ثم صرح بانّه المشهور ثم حكى عن التذكره بانّه احتج عليه بان الاستغناء يحصل بالسبع لاقبله لأنه سن التميز فيستغنى عن التعهد و الحضانه الثانى أنه الاستغناء عن الرضاع مط و هذا القول حكاه فى يع و فع عن بعض بلفظ قيل و صرح فى التنقيح بان القائل العلامه الثالث انه فى المذكر كمال الحولين و فى

الانثى كمال السبع و هو لجامع المقاصد و ضه و لك و لهما وجوه منها ما ذكره فى جامع المقاصد و ضه من ثبوت هذا التفصيل فى حضانه الحرّه فى الامه اولى لان حقها لا- تزيد على حق الحره و فيه نظر و منها ما ذكره فى جامع المقاصد من ان الناس مسلطون على اموالهم اخرج عنه ما دل الدليل على منع التفرقه فيه فيبقى الباقي على الاصل ثم صرح بان اطلاق الاصحاب هنا يحتمل امرين امّا الحواله على ما ذكره فى باب الحضانه او لعدم الظفر بما يعين المراد ثم حكى عن ابن فهد التصريح بان المسأله هنا مبنيّه على الاقوال فى الحضانه و جعله شاهدا على ما صار اليه مصرحا بالصواب الذى ينبغى المصير اليه و منها ما حكاه فى مجمع الفائده من لك من ان ذلك مقتضى الجمع بين الروايات المختلفه و فيه ان الاخبار خاليه عن بيان التحديد كما صرح به فى لك و جامع المقاصد و صرح فى مجمع الفائده بانه لا وجه للجمع المذكور الا ما اعتبره العقل من احتياج البنت الى تربيته الام لها اكثر ثم اعترض عليه بانه ليس بواضح قائلا مع ان الكلام فى الاعم من الام ثم انكر التفصيل المذكور فى الحضانه ثم صرح بان العله المفهومه هنا ليست الاحتياج الى التريبه و الحضانه بل الشفقه و المحبه و التاثر بالفرقه و زوالها بما ذكر غير ظاهر بل كانت الروايات اشاره الى عدم التفرقه مط مثل صحيحه معاويه و حسنه هشام و المسأله محل اشكال و لكن القول الاول احوط بل فى غايه القوه

#### الرابع هل يختص الحكم من الكراهه او التحريم بالام

او يتعدى الى غيرها من الارحام المشاركه لها فى الاستيناس و الشفقه كأم الام و الاخت و العمه و الخاله و الاب و الجدّ اختلف الاصحاب فى ذلك على قولين كما صرح به فى الروضه الاوّل انه يختص بالام فلا يتعدى الى غيرها من الاقارب و هو لظ المراسم و يع و فع و التبصره و د و عه لاقتصارها على الام و حكى هذا القول فى س عن الحلبيين و الشيخ فى باب العتق من النهايه و صرح فى لك بانّ العلامه فى التذكره استقر به و أنّما ذهبوا الى ذلك اقتصارا فيما خالف الاصل و العمومات الداله على الجواز على محل الاتفاق و هى الام مضافا الى اختصاص معظم النصوص و الفتاوى و لعله الاكثر شفقتها بالنسبه الى الولد و شده تألمها و تألمه بالمفارقة و ليس كك غيرها حتى الاب كما لا يخفى الثانى انه لا يختص بالام بل يتعدى الى غيرها من سائر الاقارب المشاركه للام فى الاستيناس و الشفقه و هو للتحريم و جامع المقاصد و لك و ض و المحكى فيه عن الاسكافى و عد فى جامع المقاصد من الاقارب الاخ و الاخت و فى الروضه و ض و الاخت و العمه و الخاله و زاد فى الرياض الاب و الاخ و فى التحرير صرح بكراهه التفريق بين الولد و الاب او بين غيره من ذوى الارحام و بينه سواء قرب او بعد ذكرا كان او انثى و صرح فى مجمع الفائده و الكفايه بان هذا القول احوط و صرح فى س بانّ المفيد و الشيخ فى ط و ف طردا الحكم فى أم الام و لهم ما تمسك به فى لك و ضه و الرياض و اشار اليه فى مجمع الفائده و الكفايه من صحيحه ابن سنان المتقدمه الداله على عدم جواز التفريق بين الاخ و الاخت و ما تمسك به فى الرياض و اشار اليه فى الكفايه من موثقه سماعه المتقدمه الداله على عدم جواز التفريق بين الاخوين المملوكين لا يقال هذان الخبران لا ينهضان باثبات تمام المدعى لاختصاصهما بموارد مخصوصه لأننا نقول هذا مدفوع بما صرح به فى الرياض من عدم القائل بالفصل بين الصور و من قوه احتمال قطعته المناط فى المنع هنا و فى كلا الوجهين نظر لا يخفى وجهه و الذى يقتضيه التحقيق هو الاقتصار على الخبرين و ما يلحق به من باب الاولويه كالأب لاعتبار سندهما و صلاحيتهما لتخصيص الاصل و العمومات مع عدم ظهور الاجماع المركب خصوصا بعد ملاحظه المحكى عن المفيد و الشيخ فى ط و ف و قلّه العامل بالقول الثانى فت و كيف كان فلا اشكال فى انّ القول الثانى احوط



## الخامس ان قلنا بحرمة التفريق بين الولد و امه

ففرق بينهما بالبيع عالما عامدا فهل يفسد البيع فترد الجارية او ولدها على المالك او لا بل يكون البيع صحيحا و ان اثم به اختلف الاصحاب فى ذلك على قولين الاول انه لا يفسد البيع بل يكون صحيحا و هو للتحرير الثانى انه يفسد البيع و لا يكون صحيحا و هو للتنيح و جامع المقاصد و لك و المحكى فى س عن المفيد و الشيخ فى ط و فى ف و صرح فى س بان ابن الجنيد افسد البيع فى السبايا و كرهه فى غيرهم و لم يرجح فيه و لا فى الكفايه شيئا فى المسأله للقول الاول ما ذكره فى لك من ان النهى فى غير العباده لا يقتضى الفساد على انه راجع الى وصف خارج عن ذات المبيع كالبيع وقت النداء و قد يناقش فى كلا الوجهين اما فى الاول فبان النهى و ان لم يقتض الفساد فى غير العبادات بنفسه لا عقلا و لا نقلا لا لغه و لا شرعا و لكته هنا يدفع مقتضى صحه البيع و هو قوله تعالى **أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَ أَوْفُوا بِالْعُقُودِ** و قوله ص الناس مسلطون على اموالهم لامتناع كون المنهى عنه حاللا عقلا و لامتناع وجوب الوفاء بالعقد الحرام و لامتناع وجود التلطنه مع النهى عن التصرف و اذا اندفع مقتضى الصحه ثبت الفساد لا محاله اذ لا واسطه بينهما و اما فى الثانى فبظهور اتفاق الاصحاب على كون المنهى عنه نفس البيع لا ما تحقق فى ضمنه و هو التفريق الذى هو منه اعم من وجه و قد يدفع المناقشه الاولى اولا- بالمنع من امتناع وجوب الوفاء بالعقد الحرام لاختلاف متعلق الحكمين و موضوعهما و ان توهم الاتحاد بعض المحققين و ثانيا بالمنع من انحصار مقتضى الصحه لأقوال

ص: ٣٢٥

المذكوره بل للبيع مقتضيات الصيحه من العمومات التى لا يعارضها النهى لدلالاتها على الحكم الوضعى المجامع المحرمه نحو قوله البيعان بالخيار ما لم يفترقا فت و قد يدفع المناقشه الثانيه بالمنع من ظهور اتفاق الاصحاب على تعلق النهى بنفس البيع كيف و المفروض فى كلامه المنع من التفريق و ذكره فى باب البيع و احكامه لا يدل على تعلق النهى بنفس البيع فت و للقول الثانى وجوه منها الاصل و منها ما تمسك به فى التنيح و جامع المقاصد و لك من الاخبار المتقدمه الداله على الرد باعتبار التفريق من غير اعتبار رضا المتبايعين و لذا صرح فى س بان هذا القول ظ الاخبار و منها ما تمسك به فى جامع المقاصد و لك من ان تحريم التفريق اخرجها عن صلاحية المعارضه و منها اكثره القائل بالفساد و انحصار القائل بالصيحه للعلامه فى التحرير على الظاهر و فى جميع الوجوه المذكوره نظر بل التحقيق انها لا تنهض باثبات هذا القول فاذا الاقرب هو القول الاول و لكن الثانى احوط فلا ينبغى العدول عنه

## السادس هل الحكم المذكور يختص بالبيع المقتضى للتفريق او لا

بل يعم كل تفريق لا فرق بين البيع و غيره من العقود الناقله كالصلح و الهبه صرح بالثانى فى التنيح و جامع المقاصد و لك و الروضه و حكاها فى الثانى عن التذكرة و هو مقتضى اطلاق المراسم و النافع و الشرائع و التبصره و الارشاد و التحرير و للمعه و س و غيرها و لهم وجوه منها ما تمسك به فى جامع المقاصد و لك من ايماء الروايات الى العله الموجوده فى البيع فيتعدى الى كل ناقل للعين حتى القسمه و الاجاره الموجهه للفرقه منها ظهور اتفاق الاصحاب على التعميم لأد منهم من أطلق المنع من التفريق و لم يقيد بالبيع و لا بغيره و هم الاكثر و منهم من صرح بالتعميم و هم من تقدم اليهم الاشاره و قد حصل الاتفاق على

ذلك من موافقه الفريقين و منها اطلاق جمله من الاخبار المانعه من التفريق و قد يناقش فى جميع الوجوه المذكوره اما فى الاول فبالمنع من دلالة الاخبار على التعليل بشىء من الدلالات الثلاثة المطابقه و التضمن و الالتزام نعم ربما اشعرت به جمله منها باعتبار ان تعليق الحكم على الوصف يشعر بعليته و لكن الاشعار على تقدير تسليمه لا يكون حجّه لا عقلا و لا لغه و لا شرعا و اما فى الثانى فبقوه احتمال انصراف اطلاق المطلقين الى البيع لتبادره منه باعتبار غلبه وقوع التفريق به و لأنه لو لم يحمل عليه لكان اللّازم الحمل على مطلق ما يسمّى تفريقا و لو بضيفه او حاجه و هو فى غايه البعد فلم يبق ح الفتاوى المصرّحين بالتعميم و من الظاهر أنّها لا تبلغ حد الاجماع بل و لا حد الشهره كما لا يخفى هذا و ربما يشعر عبارتا ضه و الكفايه بوجود الخلاف فى المسأله فإنّ الأول صرّح بأنّ مختاره هو الاقوى و الثانى صرّح بأنّ التعميم احوط و لم يفت به صريحا و اما فى الثالث فبما تقدم اليه الاشاره فاذا بقي الاصل و العمومات سالمين عن المعارض مضافا الى أنّ الظاهر من السيره عدم الاحتساب من كل فريق فاذا الاحتمال الاول فى غايه القوّه و لكن الثانى احوط و عليه فلا يجوز التفريق بالعقود الناقله للعين كالصّلمح و الهبه و لا بالقسمه و الاجاره كما صرّح به فى لك و لا بالتزويج و لا بالاعاره و لا بغير ذلك و صرح فى التنقيح بأنّه لو ظهر استحقاق احدهما بوجه شرعى فانترعه المستحق فلا يمنع من ذلك و هو جيّد

### **السابع لو رضيت الام و الولد بالتفريق**

فهل يرتفع الحكم المذكور فيشترط فى ثبوته عدم ظهور رضاهما به او لا بل يثبت مط و لو رضيتا به صرّح بالاول فى التنقيح و لك و الرّياض محتجين بصحيحه ابن سنان المتقدمه و يؤيدها موثقه سماعه المتقدمه و لا يعارضها اطلاق معظم النصوص و الفتاوى فى المنع من التفريق بظهور انصرافه الى صوره عدم رضاهما بالمنع لكونها غالبه كما صرّح به فى الرّياض و احتج فيه على ذلك بموثقه سماعه و بالاصل فما ذكره فى غايه القوه و ربما يظهر من الرّوضه التّوقف فى ذلك حيث صرّح بأنّ فى محل البحث وجهين من غير ترجيح و لو رضى احدهما دون الاخر فى جواز التفريق ح اشكال فالاولى التّرك

### **الثامن اذا لم يستلزم العقد الناقل لهما**

او لأحدهما التفريق كما لو باع احدهما و شرط استخدامه مده معيّنه او بباعه على من لا يحصل منه التفريق بينهما فهل يثبت الحكم له أيضا او لا صرّح بالثانى فى لك و لكن احتمال الأوّل فى المثال الثانى اذا لم يكن الاجتماع لازما شرعا و ما صار اليه من عدم التحريم ح هو الأقرب

### **التاسع صرح فى جامع المقاصد و ضه و لك و ض بان موضع الخلاف فى المسأله بعد سقى الام اللبأ**

اما قبله فلا يجوز محتجين على المنع من التفريق ح بتسبيه الى هلاك الولد لأنه لا يعيش بدونه و قد حكى التصريح بانه يسبب لهلاكه فى الثلاثه الاخيره عن جماعه فان صحّ ذلك فما ذكره جيّد خصوصا مع ظهور كلامه فى دعوى اتفاق الاصحاب عليه كما يظهر من مجمع الفائده حيث نسب حكم ما ذكره هؤلاء الجماعه بلفظ قالوا الظاهر فى دعوى الاتفاق عرفا

## العاشر هل يختص الحكم المذكور بما اذا كان الام و ولدها مملوكين

فلا بأس بالتفريق اذا كانا حرين او مختلفين او لا بل الحكم يثبت لمطلق التفريق بين الام و ولدها فيه اشكال من اطلاق معظم الفتاوى و النصوص و من الاصل و العمومات و امكان دعوى انصراف الاطلاق المذكور الى صورته كونهما مملوكين فلاحتمال الاول لا يخ عن قوه و لكن الثانى احوط فينبغى مراعاته

## الحادى عشر اذا حصل التفريق بينهما بيع و غيره من العقود

للجهل بنسبتهما و عدم العلم بالاميه و الولديه فلا اشكال فى عدم ثبوت الحكم المذكور لهذا التفريق و هل يفسد العقد ح ان قلنا بالفساد فيما سبق او لا فيه اشكال و لكن الاحتمال الثانى اقرب

## الثانى عشر اذا تضرر مالكهما بالجمع بينهما ضررا

لا يتحمل عادة فالظاهر انه لا بأس بالتفريق ح

## الثالث عشر صرح فى الروضه و لك و ض بأنه لا يتعدى الحكم الى البهيمة

فيجوز التفرقة بينهما بعد استغناء الولد عن اللبن مط و قبله ان كان مميا يقع عليه الذكاه او كان له ما يموته من غير لبن امه محتجين على ذلك بالاصل و اختصاص ما دل على المنع من التفريق من النص و الفتوى بغير محل البحث و هو جيد

## القول فى الخيارات

### منهل اختلف الاصحاب فى ثبوت الخيار بالغبن فى البيع على قولين

#### اشاره

الاول انه ثابت و هو للغنيه و فع و يع و التحرير و القواعد و التذكرة و عه و س و ضه و لك و ظ جامع المقاصد و المهذب البارع و مجمع الفائده و ض الثانى انه ليس ثابت و هو للمحكى فى س عن المحقق و استظهره من كلام الاسكافى و هو ضعيف بل المعتمد هو القول الاول الذى عليه المعظم و لهم وجوه منها تصريح الغنيه و لف بدعوى الاجماع على ثبوت خيار الغبن فى البيع و يعضده تصريح

ص: ٣٢٦

التذكرة على ما حكى بان خيار الغبن ثابت عند علماءنا و تصريح لك و ضه و الكفايه و ض بان ذلك هو المشهور بين

الاصحاب خصوصا المتأخرين و تصريح المهذب البارع و غيره بأنه المشهور بين المتأخرين لا- يقال لا يجوز الاعتماد على الاجماع المنقول هنا لو هنه بمصير كثير من المتقدمين الى سقوط هذا الخيار مط و ذلك لأنهم لم يذكروه فى جمله الخيارات كما صرح به فى لك و الكفايه لأننا نقول منع الشهره مع شهاده جماعه بها بعيد عن الانصاف و عدم ذكر اكثر المتقدمين اياه على تقدير تسليمه لا يدل على اختيارهم سقوطه بشىء من الدلالات و منها ان لزوم البيع مع الغبن ضرر عظيم على المغبون فيكون منفيًا لعموم قوله ص لا ضرر و لا ضرار و قد استدلل لما ذكر فى الغنيه و التذكره و س و المهذب البارع و ض لا يقال دفع الضرر كما يحصل بالخيار يحصل بفساد المعامله و يبذل الغابن ما يدفع به الضرر من التفاوت بالدليل لا يعيد المدعى لأننا نقول الحكم بالاخيرين مما لا- يمكن المصير اليه لبطلانتهما و انحصر دفع الضرر بالأول و هو الخيار اما بطلان اولهما فلوجه احدها ظهور الاتفاق عليه و على صحته فى الجملة و ثانيها العمومات الداله على صحه البيع و لزوم الوفاء بالعقود و الشروط خرج منها صورته فسخ المغبون بالدليل و لا دليل على خروج صورته اختياره عدم الفسخ فيبقى مندرجا تحتها فلا يمكن الحكم بفساد البيع و ثالثها ان الحكم بفساد البيع قد يكون مستلزما للضرر المغبون و ذلك فيما اذا لم يتمكن من رد مال الغابن اليه فانه يجب عليه حفظه و هذا ضرر عظيم غالبا مضافا الى عدم تمكنه من الوصول الى ما دفعه الى الغابن من ماله و من الظاهر ان مثل هذا الضرر لا يترتب على تقدير ثبوت الخيار و اما بطلان ثانيهما فلوجه أيضا احدها انه لا قائل على الظاهر بلزوم بذل الغابن التفاوت فلا يمكن المصير اليه و ثانيها ان ذلك قد يقتضى ترتب الضرر على الغابن و المغبون و ذلك فيما اذا كان الغابن معسرا و لم يتمكن من تحصيل ما يدفع به التفاوت الا بمشقه عظيمه فان امره بتحصيله ذلك ح ضرر و تاخير المغبون الى وقت الدفع أيضا ضرر و بالجملة لا- اشكال فى ترتب الضرر ببذل الغابن التفاوت خصوصا اذا وقع النزاع فيه و لا يترتب هذا على تقدير ثبوت الخيار و الحاصل دفع ضرر الغبن بالخيار اولى و إذ لا يترتب عليه ضررا اصلا بخلاف غيره فيتعين سلطنا ترتب الضرر عليه أيضا و لكنه اضعف من الضرر المترتب على غيره فيكون اولى بالترجيح سلطنا اشتراك الجميع فى مرتبه الضرر و لكن ينبغي ترجيح الخيار لمصير المعظم اليه مع تايدته بان الغالب دفع الضرر الحاصل فى المعاملات بالخيار فت و لا يقال عموم قوله ص لا ضرر و لا- ضرار معارض بعموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ الدال على لزوم البيع و التعارض بينهما من قبيل تعارض العمومين من وجه و الترجيح مع الآيه الشريفه لقطعيه سندها و تايدتها بعموم قوله ص المؤمنون عند شروطهم و بان البيع مبنى على المغابنه و المكايسه فلا يؤثر فى لزوم الغبن و بعدم ثبوت الخيار بالغبن فى كثير من العقود كالنكاح و الهبه و نحو ذلك لأننا نقول لا نسلم ان الترجيح مع عموم الآيه الشريفه بل هو ح عموم ما دل على نفي الضرر فان اقوى المرجحات و هو الاجماع المنقول و الشهره معه فيجب العمل به مضافا الى ان الغالب تقديمه على كثير من العمومات الشرعيه و موافقته للاعتبار العقلى فت و منها ما تمسك به فى التذكره من قوله تعالى إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ و معلوم ان المغبون لو عرف لم يرض و فيه نظر و منها ما تمسك به فى كره أيضا من ان النبى ص اثبت الخيار فى تلقى الركبان و انما اثبتته للغبن و فيه نظر و منها ما تمسك اليه بعض الأجله من الخيار الدال على حرمة الغبن و فيه نظر فان حرمة لا يقتضى ثبوت الخيار به و لو قلنا بان النهى فى المعاملات يقتضى الفساد كما لا يخفى الا ان يقال بالفرق بين الامرين و لكنه ممنوع لعدم الدليل عليه و

**ينبغي التنبيه على امور**

**الاول الخيار يثبت للمغبون**

سواء كان البائع أم المشتري أم هما معا فلا يختص باحدهما كما صرح به فى التحرير و ضه و غيرهما بل الظاهر أنه ممّا لا خلاف فيه بين القائلين بثبوت الخيار بالغبن

### **الثانى يشترط فى ثبوت الخيار بالغبن جهاله المغبون بالقيمه وقت العقد**

فلو عرف القيمه حين العقد ثم زادت او نقصت بعده فلا خيار كما صرح به فى فع و التحرير و المهذب البارع و ضه و لك و قد حكى فيه عليه الاجماع و هل الغافل عن القيمه و الناسى لها كالجاهل او لا- الاقرب الاول كما صرح به فى التحرير لأنهما جاهلان أيضا و لعموم نفى الضرر و هل الجهل بالقيمه يثبت معه الخيار مط و لو يتمكن من دفعه او لا بل يختص بصوره عدم التمكن من دفعه اشكال من ان الاصحاب اطلقوا ثبوت الخيار بالجهل بالقيمه وقت العقد بل صرح فى لك بالتعميم و من ان المنشأ فى ثبوت هذا الخيار ثبوت الضرر على المغبون و هو غير معلوم فى صورته تمكنه من تحصيل العلم بالقيمه و فيه نظر و المعتمد هو الاول و هل يقبل قول مدعى الغبن فى الجهاله بالقيمه حيث يمكن فيه حقه او لا صرح بالاول فى جامع المقاصد و لك و الرّوضه و لهما وجهان احدهما ما ذكره فى لك من ان الاصل عدم العلم و قد يعارض بان الاصل لزوم العقد و وجوب الوفاء به فيستصحب الى ان يثبت المزيل و لذا احتمل فى لك عدم قبول قوله و لكنّه استشكله بأنه ربما تعذر اقامه بينه و لم يمكن معرفه الخصم بالحال فلا يمكنه الحلف على عدمه فيسقط الدعوى بغير بينه و لا يمين و ثانيهما ما ذكره من ان العلم و الجهل من الامور التى تخفى غالبا فلا يطلع عليها احد الا من قبل من هى له و المسأله محل اشكال و لذا توقف فيها جماعه منهم والدى قدّس سرّه ثم صرحا بأنه لو علم ممارسته لذلك النوع فى ذلك الزمان و المكان بحيث لا يخفى عليه قيمته لم يلتفت الى قوله و قد صرح جماعه بأنه يثبت بالبينه كون القيمه وقت العقد مما يتغابن و هو جيد

### **الثالث ليس للمغبون الارش**

اذا اختار الامضاء كما صرح به فى التحرير و يع و لك و مجمع الفائده و ض و حكى عن التذكرة دعوى الاجماع عليه و استدل عليه فى ض باصالة البراءه

### **الرابع هل يسقط الخيار ببذل الغابن التفاوت**

اختلف الاصحاب فى ذلك على قولين الاول أنه لا يسقط بذلك بل يكون باقيا و هو للدروس و الايضاح و المهذب البارع و جامع المقاصد و ضه و ض بل قيل أنه المشهور بين المتأخرين الثانى انه يسقط بذلك و هو للمحكى من بعض و ربما يمكن استفادته من القواعد و المعتمد عندى هو القول الاول لأن الخيار قد يثبت بالغبن فالاصل بقائه حتى يثبت المزيل له و لم يثبت كون بذل التفاوت مزيلا له و يعضد هذا امران احدهما مصير المعظم الى المختار و عدم معرفتيه القائل بالقول

الثانى و ثانيهما ما ذكره فى الايضاح و جامع المقاصد من ان رفع التفاوت لا يخرج المعاوضه المشتمله على الغبن عن اشتغالها عليه لأنه هبه مستقلة حتى لو دفعه بمقتضى الاستحقاق لم يحل اخذه اذ لا يستحقه و لا ريب انه من قبل هبه الغابن لا يسقط خياره لا يقال الاصل المذكور معارض بأصالة بقاء الملك على مالكة و عدم تحقق النسخ بعد بذل التفاوت فيها قد تعارض الاصلان و لا ترجيح فينبغى التوقف لأننا نقول الترجيح مع اصالة بقاء الخيار لان استصحاب الموضوع فى مثل المقام مقدم فت و لا- يقال مقتضى قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ لزوم عقد البيع و جميع الاحوال خرج منه بعض الاحوال و لا دليل على خروج محل البحث منه فيبقى مندرجا تحته لأننا نقول بعد لزوم ارتكاب التخصيص فى الآيه الشريفة باعتبار ثبوت خيار الغبن يدور الامر فى محل البحث بين تخصيص العموم المستفاد من صيغه الجمع المعرف باللام و بين تقييد اطلاق الحكم بالوفاء فان قلنا بالاول فيبطل ما ذكر و ان قلنا بالثانى يتجه حيث لا- دليل على الترجيح يجب التوقف معه أيضا و لا يتجه ما ذكر فيبقى الاستصحاب المتقدم سليما عن المعارض فت و لا- يقال استصحاب بقاء الخيار فى محل البحث أنما يصح التمسك به لو كان الاصل فى ثبوت الخيار بالغبن هو الاجماع و اما اذا كان الاصل فيه عموم نفى الضرر فلا لدوران الحكم معه حيث دار و من الظن ان الضرر يرتفع ببذل التفاوت فيرتفع الخيار فلا يجوز التمسك بالاستصحاب كما لا يخفى لأننا نقول لا نسلم الدوران اذ لا دليل عليه و ثبوت الخيار بالضرر لا يستلزم توقف بقاء الخيار عليه بل يجوز الانفكاك فح يصح التمسك بالاستصحاب كما ذكرناه و لا يقال اصالة بقاء الخيار أنما تجرى فيما اذا كان بذل التفاوت بعد مضى مده من زمان العقد و اذا بذله بعد العقد بلا فصل فلا لعدم ثبوت الخيار فى زمان حتى يستصحب فيكون الدليل اخص من المدعى لأننا نقول هذا غير قاذح بعد القطع بعدم القائل بالفصل بين صورتين لان اللازم الحاق الثانى بالاولى كما لا يخفى و لو تصالحا على اسقاط الخيار بذلك المبذول صح و سقط الخيار كما يستفاد من جامع المقاصد و ضه و لك بل يظهر منها ان مجرد التراضى بكون التفاوت فى مقابله الفسخ يكفى فى سقوط الخيار

### الخامس اختلف الاصحاب فى فوريه خيار الغبن

على قولين الاول انه على الفور فلا يجوز للمغبون الفسخ اى وقت شاء بل انما يجوز له الفسخ بعد اطلاعه على الغبن فورا و هو للدروس و جامع المقاصد و لك و ضه و مجمع الفائدة و المحكى عن المبسوط و الحلوى بل حكى عن الاكثر الثانى انه ليس على الفور بل يجوز له الفسخ متى شاء و هو للتحرير و الايضاح و المحكى عن المحقق للأولين وجهان احدهما ما تمسك به فى جامع المقاصد و لك و مجمع الفائدة من ان الاصل فى العقد اللزوم لعموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ فيقتصر فى مخالفته على مورد اليقين و هو القدر الذى يمكن حصوله فيه و ثانيهما ما تمسك به فى لك من اقتضاء التراخى الى الاضرار بالمردود عليه حيث يختلف الزمان و يؤدى الى التغيير فى المبيع لا- يقال لا نسلم تحقق الاضرار فى جميع الصور بل يختص ببعضها فالدليل اخص من المدعى لأننا نقول الظاهر انه لا- قائل بالفرق مع ان الغالب تحقق الاضرار فيلحق النادر به فت و للاخرين اصالة بقاء الخيار و استصحابه و اجابه عنه فى جامع المقاصد بان العموم المقدم اولى منه لان العموم فى افراد العقود يستتبع عموم الازمه و الا لم ينتفع لعمومه و فيه نظر و لكن القول الاول هو الاقرب

### السادس الظاهر ان هذا الخيار يتحقق مع خيار الشرط

فيما اذا باع البائع سلعه و شرط على المشتري أنه متى ردّ الثمن في اثناء مدّه معلومه كان له خيار الفسخ و ظهر أنه كان مغبونا في اصل هذه المعامله باعتبار تحقّق ما يعتبر في الغبن عند المعامله و الحجه فيما ذكر عموم أدلّه خيار الغبن و منها قوله لا ضرر و لا ضرار و ثبوت الخيار بالشرط لا يمنع ثبوت الخيار بالغبن و الّا سقط اصل خيار الغبن لتحقق خيار المجلس في كل بيع حيث لم يشترط عدمه فت

### **السابع يشترط في ثبوت الخيار بالغبن تحقّقه حين العقد**

كما اشار اليه في النافع و التحرير و حاشيه الارشاد و لك و الكفايه فلو تحددت زياده قيمه او نقيصتها بعد العقد فلا غبن و لا خيار كما صرح به في لك مدعيا عليه الاجماع

### **الثامن صرح في المهذب البارح بأنّ الغبن هو نقص قيمه احد العوضين**

عن العوض المسمى في العقد نقصا لا يتسامح بمثله عاده و قد صرح بما ذكره اخيرا من قوله لا يتسامح انتهى في النافع و يع و اللمعه و حاشيه الارشاد و صرح في ضه بان الغبن اصله الخديعه و المراد هنا البيع و الشراء بغير قيمه ثم صرح بانه يوجب الخيار اذا كان الشراء بزياده عن قيمه او البيع بنقصان عنها بما لا يتغابن اى لا يتسامح عاده و صرح في الكفايه بأنه يشترط في الغبن الزياده و النقصان الفاحش التي لا يتسامح به بمثله عاده مثل بيع ما يساوى مائه بخمسين فلو كان التفاوت يسيرا يتسامح به في العاده فلا خيار و قد صرح في التحرير بأنّ الخيار انما يثبت مع الغبن الفاحش و الظاهر ان جميع ما ذكره لبيان حصول مفهوم الغبن لا ان ذلك شرط من شرائط ثبوت الخيار كما يوهمه جمله من العبارات

### **التاسع لا حد للغبن**

بل المرجع الى العرف كما صرح به في التحرير و س و المهذب و لك و ضه و مجمع الفائده و ض و لهم وجهان احدهما ظهور الاتفاق عليه كما يستفاد من عباره المهذب البارح و الثانى ما ذكره في مجمع الفائده من ان الوجه في ذلك ما تقرر في الشرع ان ما لم يثبت له الوضع الشرعى يحال الى العرف جريا الى العاده المعهوده من رد الناس الى عرفهم و اشار الى ما ذكره في لك و ضه و ض

### **منهل اذا باع شيئا و لم يقبض الثمن و لا سلم المبيع و لم يشترط التأخير لزم البيع الى ثلاثة ايام من بعد العقد**

فان جاء المشتري فيها بالثمن فهو احق بالسلعه و ان مضت و لم يأت بالثمن فلا اشكال في ان البيع لا يبقى على لزومه بل يجوز للبائع ان يسترد سلعته و ان لم يرض به المشتري و يدل عليه امور منها ظهور عدم الخلاف في ذلك و منها انه قد استفاد نقل الاجماع عليه و منه قوله ع لا ضرر و لا ضرار و منها جمله من الاخبار احدها خبر على بن يقطين الذى وصف بالصحة في لف و مجمع الفائده و الكفايه و غيرها انه سئل ابا الحسن عن الرجل يبيع و لم يقبض الثمن قال الأجل بينهما ثلاثه ايام فان قبض بيعه و

الا فلا بيع بينهما و ثانيهما خبر زراره الذى وصفه فى مجمع الفائده و غيره بالصحه عن ابى جعفر قال قلت له الرجل اشترى من الرجل المتاع ثم يدعه عنده فيقول اتيتك بثلثه قال ان جاء بثلثه فيما بينه و بين ثلثه ايام و الا فلا بيع له و ثالثها خبر اسحاق بن عمار الذى وصفه فى الكفايه و غيرها بالموثقه عن عبد صالح عليه السلام انه من اشترى بيبعا فمضت ثلثه ايام و لم يجىء فلا بيع له و يعضد الاخبار المذكور خبر عبد الرحمن بن الحجاج و تصريح الغنيه كما

ص: ٣٢٨

عن المبسوط بان ذلك مما رواه اصحابنا و روايه على بن يقطين الظاهره فى خلاف ذلك مؤوله او مطروحه و هل يفسخ البيع قهرا اذا لم يأت المشتري بالثلث فى الثلاثه و يبطل او لا بل يبقى على صحته و انما يترتب على ذلك انتفاء اللزوم فيكون تاخير الثمن فى المده المذكوره من اسباب الخيار كالغبن المختلف الاصحاب فى ذلك على قولين الاول انه لا يفسخ البيع بعد مضى المده المذكوره بل يتخير البائع و هو للانتصار و الغنيه و النافع و د و القواعد و التحرير و لف و كره و اللمع و س و التنقيح و لك و ضه و جامع المقاصد و ض و المحكى فى لف عن المفيد و الشيخ فى النهايه بل صرح فى الدروس انه ظ الاكثر الثانى انه يفسخ البيع و يبطل قهرا فلا يتخير البائع بعد مضى المده المذكوره و هو للكفايه و نفى عنه البعد فى مجمع الفائده و استظهره فى الدروس عن الاسكافى و الشيخ فى ط للأولين وجوه منها ما تمسك به فى لف من اصاله بقاء صحه العقد و منها الشهره العظيمه التى لا يبعد معها دعوى شذوذ المخالف لانحصاره فى جماعه من متأخري المتأخرين و اما عباره الاسكافى و الشيخ فى ط فليست بصريحه فى المخالفه بل و لا ظاهره بل و لعله لذا لم يحك المعظم عنهما الخلاف فى المسأله و لا اشاروا اليه بوجه و العلامه و ان اشار الى عبارتهما الا انه صرح بان ظاهرهما يوهم بطلان البيع بعد مضى الثلاثه و من الظاهر ان الايهام غير الدلاله سلمنا مخالفتهما لكن لا توجب خروج قولهما عن الشذوذ و منها عموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و قوله المؤمنون عند شروطهم خرج منه صورته عدم امضاء البائع البيع و لا دليل على خروج صورته الامضاء فيبقى مندرجا تحته فت و منها ما ذكره فى الغنيه من انه روى اصحابنا ان المشتري اذا لم يقبض المبيع و قال البائع اجيئك بالثلث و مضى فعلى البائع الصبر عليه ثلاثه ثم هو بالخيار بين فسخ العقد و مطالبه الثمن و هذا و ان كان روايه مرسله و لكن الارسال هنا غير قاده لانجبار بالشهره العظيمه و النسبه الى الاصحاب و منها التصريح بدعوى الاجماع على ثبوت هذا الخيار فى الانتصار و الغنيه و المحكى فى ط و ض عن التذكرة و تعضده الشهره العظيمه و تصريح التنقيح و لك بان هذا الخيار من خواص اصحابنا و انهم اطبقوا على ثبوته دون الجمهور فانهم اطبقوا على عدمه و للآخرين وجوه قولهم عليهم السلام لا بيع له فى اخبار على بن يقطين و زراره و اسحاق بن عمار المتقدمه فان الظاهر منه نفى الحقيقه او نفى الصحه و لا يتم الا على تقدير انفساخ البيع قهرا بعد الثلاثه و الحمل على نفى اللزوم و حمل ذلك اللفظ على ابعده المجازات فلا يصار اليه و فيه نظر اما اولاً فلان الحمل على ابعده المجازات قد يلزم كما فى محل البحث لقيام الادله على الصحه بعد الثلاثه و قد عرفتها فلا محمل له الا نفى اللزوم فيتعين و اما ثانياً فللمنع من ظهور نفى البيع فى نفى الصحه هنا كما صرح به والدى العلامه قدس سره محتجا بورود توهم لزوم المعامله فلا يفيد سوى نفىه و هو يجمع بقاء الصحه المستفاد من الادله المتقدمه مضافا الى اشعار ما عدا الخبر الاول بذلك من حيث تخصيص النفى بالمشتري فقال لا بيع له و هو ظ فى الثبوت للبائع و لا ينافيه نفىه فيما بينهما فى الخبر الاول لكون المتعلق المركب الصادق نفىه بانتفاء البيع من احدهما و فيه نظر و لكن المعتمد هو القول الاول



فللمشروط له الخيار حسبما اشترط له في العقد ولا يتقدر بمدّه معينه فيجوز ان يكون ثلاثة أيام او دونها او ازيد منها نعم يجب ان يكون المده مضبوطة فلا يجب ان تناط بما يحتمل الزيادة والنقصان فان ينط بما يحتملها كقدوم الحاج والغزاه و ادراك الغلات و هبوب الرياح و نزول المطر و الحصاد لم يصح اما شرعيه خيار الشرط و صحته فقد صرح بهما في المقنعه و الانتصار و الغنيه و الوسيله و المراسم و الثّافع و الشّرائع و د و التبصره و عد و التحرير و لف و الجامع و س و عه و التنقيح و لك و ضه و مجمع الفائده و الكفايه و المصاييح و الرياض و لهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه و منها أنّه حكى في الرّياض و الخلاف و الغنيه دعوى الاجماع على ذلك و يعضده اولا تصريح التذكرة على ما حكاه في مجمع الفائده بدعوى الاجماع على ذلك أيضا و ثانيا تصريح الانتصار و المصاييح بدعوى الاجماع عليه أيضا و ثالثا تصريح الكفايه و ض بانه مما لا خلاف فيه و قد حكاه في الخبر عن جماعه و منها ما تبّه عليه في مجمع الفائده و المصاييح و ض من عموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و منها النبوى المرسل الذي اشار اليه في الغنيه و التنقيح المؤمنون عند شروطهم و منها النبوى الاخر الذي اشار اليه في الغنيه الشرط جائز بين المسلمين ما لم يمنع منه من كتاب و لا سنه و صرح في المصاييح بانّه حديث مشهور و منها خبر ابن سنان الذي وصفه بالصحة في لف و الايضاح و س عن الصادق ع قال المسلمون عند شروطهم الا كل شرط خالف كتاب الله عز و جل فلا يجوز و منها خبر عبد الله بن سنان الذي وصفه في لف و المصاييح بالصّحه قال سمعته يقول من اشترط شرطا مخالفا لكتاب الله عز و جل فلا يجوز له و لا يجوز على الذي اشترط عليه و المسلمون عند شروطهم فيما وافى كتاب الله عز و جل و منها ما نبه عليه في المصاييح قائلا للمشروط له الخيار حسبما اشترط له في العقد غير مقدر بمدّه عندنا بالاصل و الكتاب و السنه و الاجماع و الضروره الداعيه الى الاشتراط و اختلاف التقدير و دعوى ان اللزوم من مقتضيات العقد فينافى الخيار فاسده جدا لأنه لو كان كك لم يشرع خيار اصلا كالمملك بالنسبه الى البيع و غيره و اما انه لا يتقدر بمدّه معينه بل هو بحسب ما يشترط في ضمن العقد و ان كان ازيد من ثلاثة مط و لو كان ازيد من مقدار الحاجه فقد صرح به في الانتصار و المقنعه و المراسم و فع و يع و د و التبصره و عد و التحرير و عه و س و التنقيح و ضه و المصاييح و ض و لهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه و منها انه صرح في الانتصار و الغنيه بدعوى الاجماع عليه و منها العمومات المتقدم اليها الاشاره كما نبه عليه في الغنيه و لا- يعارضها النبوى المرسل الخيار ثلاثة لوجوه عديده لا يخفى و منها ما نبه عليه في الانتصار قائلا بعد دعوى الاجماع على ذلك و أيضا فان خيار الشرط انما وضع لتأمل حال المبيع و قد يختلف احوال تامله في الطول و القصر فجاز ان يزيد على الثلث كما جاز ان ينقص عنه و لا يلزم على ذلك ان يثبت بلا- انقطاع لان ذلك ينقض الغرض بالبيع و اما انه يجب ان يكون المده المشترطه مضبوطة غير محتمله للزيادة و النقصان فقد صرح به في الوسيله و يع و فع و د و التبصره و القواعد و التحرير و لف و اللمعه و س و التنقيح و لك و ضه و الكفايه و المصاييح و ض و نبه عليه في الانتصار

ص: ٣٢٩

و الجامع و لهم وجوه منها الاصل و منها ظهور الاتفاق عليه كما نبه عليه في لك و الرّياض قائلين و اما لو جعلاهما محتمله للزيادة و النقصان كقدوم الحاج لم يصح قولوا واحدا و منها ما تبّه عليه في المصاييح قائلا و يشترط تعيين المدّه المشترطه بما لا يحتمل الاختلاف بها فلو ينط بما لا ينضبط كادراك الغلات و ابتاع الثمرات بطل الشرط بالاجماع و الحديث المشهور الشرط جائز بين المسلمين ما لم يمنع منه كتاب و الصحيح من اشترط شرطا مخالفا لكتاب الله عز و جل فلا يجوز و لا يجوز على الذي

اشترط عليه و قد نهى النبي ص عن الغرر فيخالف السنه او الكتاب و لان للشرط قسطا من الثمن فيختلف باختلافه و يجهل بجهالته و كك البيع و العقود شرعت طرورا لرفع الاختلاف و الاناطه بالمختلف منشأ للخلاف و

## ينبغي التنبيه على امور

### الاول لو شرط كل منها خيارا لنفسه و لم يعينا له مده معلومه

و لا مجهوله كقدوم الحاج بل اطلقا الخيار كما اذا قال كل منهما بعث او اشترت بشرط ان يكون لي الخيار بعد مضي المده الفلانيه او بشرط ان يكون لي الخيار فهل يفسد هذا الشرط و يثبت الخيار للشارط له الى ثلاثه ايام اختلف الاصحاب في ذلك على قولين الاول ان هذا الشرط فاسد و هو لصريح الوسيه و لف و التحرير و لك و الكفايه و المحكى في الثاني و في المصايح عن صريح الصيمري و ظ الديلمي عن الشيخ في ط و السيد المرتضى و استفاده في الرابع من الشرائع قائلا خرج بقله مده مضبوته ما لو اطلقا فانه لا يصح و على ما ذكره يلزم ان يكون هذا القول مقتضى الكتب المصرحه باشتراط كون المده مضبوته كالنافع و الارشاد عد و التبصره و س و عه و الجامع و التنقيح و ضه و لعله لذا صرح في الكفايه بانه الاشهر و في الرياض بانه الاشهر بين من تاخر الثاني انه يصح هذا الشرط و يكون الخيار باقيا الى ثلاثه ايام لا غير و هو للمقنع و الانتصار و الغنيه و المصايح و الرياض و المحكى في لف عن الخلاف و ابن البراج و ابى الصلاح في المصايح عن المشايخ و الحلبيين ثم صرح بانه مال اليه في الدروس للأولين وجوه منها الاصل و يجاب عنه باندفاعه بالعمومات الداله على الصحه فمنها ما تمسك به في لف قائلا لنا انه شرط مجهول يجهل الثمن بجهالته فيبطل البيع و كان هذا الشرط غررا اذ لا يعلم المشتري هل يحصل المبيع او لا و النبي ص نهى عن الغرر فيكون شرط ما يوجبه باطلا لصحيحى ابن سنان المتقدمين و قد نبه على ما ذكره في المصايح و ض و قد يجاب عنه اولا بالمنع من استلزام هذا الشرط الجهاله في الثمن الموجه لفساد البيع فت و ثانيا بالمنع من ان كل غرر منهي عنه لعدم ورود عموم النهي في الكتاب و لا- في روايه معتبره و النبويه المرسله نهى عن الغرر لا- يجوز الاستناد اليها في اثبات حكم مخالف للأصل المستفاد من عموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و قوله المؤمنون عند شروطهم و قول الصادق ع في صحيحه ابن سنان المتقدمه المسلمون عند شروطهم الا كل شرط خالف كتاب الله عز و جل فلا يجوز و يمنع من كون الشرط المفروض مخالفا للكتاب و السنه و ذلك لان المرسل لا يكون حجه و انجبار السند بالشهره لا يقتضى حجتيه الا في مواضع تحقق الشهره لا مطلقا سلما صحه الروايه المذكوره و لكن يعارض عمومها قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و عموم ما دل على لزوم الوفاء تعارض العمومين من وجه و من الظاهر ان الترجيح مع هذه العمومات و مع هذا فدليل القول الثاني اخص من عموم هذه الروايه مط فيجب تخصيصه بذلك كما نبه عليه في الرياض و كذا نبه عليه في المصايح قائلا- في مقام الجواب عن الاحتجاج على القول الاول بالنهي عن الغرر و الغرر مندفع بتحديد الشارع و الاولويه بارتفاع الغرر و منها ما نبه عليه في المصايح قائلا- و لو أطلق الخيار و لم يعينه بوقت فهل يبطل الشرط قيل نعم لجميع ما ذكر غير الاجماع و للأولويه فان الاطلاق اوغل في الجهاله فتكون اولى بالمنع و قد يجاب عما ذكره اولا بالمنع من الاولويه فانها غير مفهومه عرفا و ثانيا بلزوم رفع اليد عنه و ان سلمت الاولويه لان دليل القول الثاني اقوى منه كما لا يخفى و منها ما نبه عليه في المصايح قائلا و لأنه لو صح فاما ان يدوم الخيار و هو باطل بالإجماع او بمعين و هو تحكم و تخصيص من غير مخصص فتعين البطلان و قد يجاب عما ذكر بالمنع من كون التخصيص بالمعين و هو الثلاثه الايام تحكما لان دليل القول الثاني يقتضيه و للآخرين وجوه أيضا و منها العمومات

الداله على صحه العقود و الشروط و البيوع خرج منها بعض الصور و لا- دليل على خروج محل البحث فيبقى مندرجا تحتها و منها أنه صرح في الانتصار بدعوى الاجماع على ما صاروا اليه قائلًا و مما انفردت الاماميه القول بان من ابتاع شيئًا و شرط الخيار و لم يسم وقتًا و لا- اجلا- مخصوصا بل اطلقه اطلاقًا فان له الخيار ما بينه و بين ثلاثه ايام ثم لا خيار له بعد ذلك و باقى الفقهاء يخالفونهم فى ذلك دليلنا على صحه ما ذهبنا اليه الاجماع المتكرر و يعضد ما ذكره فى المصاييح قائلًا بعد الاشاره الى هذا القول و هو الاقوى للإجماع كما فى الانتصار و الخلاف

و الجواهر و الغنيه و قد حكى فى ض دعوى الاجماع على ذلك عن الخلاف و الغنيه أيضا محتجا بها عليه لا يقال الاجماع المنقوله هنا موهونه باشتهار القول الاول بين الاصحاب فلا- يجوز الاعتماد عليها و لعله لذا اجاب فى لف و لك عن تمسك الشيخ بالإجماع على هذا القول بالمنع منه و بانه انما دل على الثلاثه فى الحيوان اما غيره فلا لأننا نقول لا نسلم اشتهاار القول الاول بين الاصحاب فان المصرح به جماعه لا تزيد على المصرحين بالقول الثانى بل الامر بالعكس بل صرح فى الرياض بانه المشهور بين المتقدمين قائلًا- بعد الاشاره الى الاجماع المنقول عليه و حجتيه مع اعتضاده بالكثره و الشهره القديمه يقتضى المصير اليه و اما استفاده القول الاول من العبارات المصرحه باشتراط ضبط مده الشروط فمحل مناقشه و قد تبّه عليها فى المصاييح قائلًا و ربما لاح القول الاول و من ظ الوسيله و السرائر و فع و الجامع و عه لتضمنها اعتبار التعيين فى المده و لا دلالة فيه لأنه غير اشتراط المده المعينه سلمنا و لكن مع ذلك لا يثبت اشتهاار القول بحيث يوجب الوهن فى تلك الاجماع كما لا يخفى و يعضد ما ذكرناه ما صرح فى المصاييح قائلًا و دعوى اشهره القول الاول كما فى الكفايه غير مسموعه مع ذهاب اعظم الاصحاب الى الثانى و حكايتهم الاجماع عليه و أقل مراتبه الشهره بين القدماء و هى اولى بالتقديم من الشهره المتاخره ان سلمت و توجه المنع اليها ان سلمت أيضا معلوم مما سبق و لا يقال لا يجوز الاعتماد على تلك الاجماع اما ما ادعاه السيد فى الانتصار فلانه حكى فى لف و ض عنه القول الاول فاذا كان المدعى للإجماع يخالف و يذهب الى خلاف ما ادعى عليه الاجماع فلا عبره بما ادعاه من الاجماع لحصول الوهن فيه و ارتفاع الظن منه بذلك و اما ما ادعاه الشيخ فى فى فلانه حكى فى لف و المصاييح

ص: ٣٣٠

و الرياض عن الشيخ القول أيضا و صرح فى الاول و الاخير بانه قوله فى ط فيكون كالإجماع الذى فى الانتصار و اما ما ادعاه فى الجواهر فلعدم معلوميه حال مدعيه عنها الوثوق و المعرفه و اما ما ادعاه فى الغنيه فللمنع من ارادته الاجماع بالمعنى المتعارف لأنه فى جميع المسائل المذكوره فيها الا ما قل يدعى الاجماع و من المحالات العاديه حصول الاجماع بالمعنى المتعارف فيها فينبغى تنزيل دعاويه على معنى اخر لا- يستحيل عاده و يقع غالبا كالشهره و نحوها و لذا معظم الاصحاب لم يتعرضوا لنقل دعاويه بل لم يتعرضوا لنقل مذاهبه و مع هذا فلا نسلم دلالة فى عبارته فى هذه المسأله على دعوى الاجماع على القول الثانى و ان لزم حمل الاجماع فى كلامه على المعنى المتعارف و ذلك لان عبارته هكذا فان شرط الخيار و لم يعين مده معلومه كان الخيار ثلاثه ايام و يثبت خيار الثلاثه فى الحيوان باطلاق العقد للمشتري خاصه من غير شرط و فى الامه مده استيرائها بدليل الاجماع المتكرر و لادن الثلاثه فى المده المعهوده فى الشريعة لضرب الخيار و الكلام ما اذا أطلق حمل على المعهود و من الظاهر ان هذه العبارة لا دلالة على دعوى الاجماع على القول الثانى لاحتمال رجوعها الى ما ذكره من الحكم الاخير لأنه الاقرب لأننا نقول المناقشه فى هذه الاجماع المنقوله واهيه اما فيما ادعاه فى الانتصار فللمنع من اخبار السيد القول الاول و قد انكره

فى المصاييح قائلا بعد الاشاره الى هذا القول و عزى القول به الى المرتضى و المعلوم خلافه لا يقال ما ذكره شهاده بالنفى و شهاده الاثبات مقدمه بل الاولى غير مسموعه لأننا نقول لا نسلم ذلك مط فى امثال هذه المقامات بل قد يرجح شهاده النفى و ذلك فيما اذا كان الظن الحاصل منها اقوى من شهاده الاثبات كما فى محل البحث سلمنا ان السيد اختار القول الاول فى بعض مصنفاته و لكن ذلك لا يقدر فيما ادعاه من الاجماع بناء على حجيه الاجماع المنقول بخبر العدل لأصالة بقاء حجيته فى بعض الصور و لعموم ما دل على حجيته و لأننا لم نجد احدا من الاصوليين شرط حجيه الاجماع المنقول عدم اختيار ناقله لخلاف ما ادعاه عليه الاجماع متقدما او متأخرا او لان ذلك لو كان شرطا للزوم سقوط حجيه الاجماع المنقول مط او فى اغلب المواضع لان احتمال اختيار الناقل لها الخلاف متحقق فيها و التالى باطل باتفاق القائلين بحجيتها قولكم ان اختيار الناقل الخلاف يقتضى رفع الظن بصدقها قلنا لا نسلم ذلك سلمنا و لكن فيما اذا اختار الناقل الخلاف بعد نقله الاجماع و اما اذا كان الامر بالعكس او حصل الشك فى التقدم و التأخر فلا. بل الظن باق فيجب العمل به بناء على المختار من اصالة حجيه الظن و مع هذا فما ادعاه السيد هنا معتضد باشتهار القول الثانى بين المتقدمين و غيره من العمومات و ذلك يقتضى الظن بصدق ما ادعاه أيضا فيجب العمل به فت و اما فيما ادعاه الشيخ فى الخلاف فلما تقدم اليه الاشاره و اما فيما ادعاه فى الجواهر فلظهور ان مصنفه من اعيان العلماء الاماميه فيصح الاعتماد على نقله و اما فيما ادعاه فى الغنيه فلظهور رجوع دعواه الاجماع الى الحكم الاول الذى ذكره لان ما ذكره اخيرا انما هو بالتبع و يستبعد التعرض لدليله من دون تعرض لدليل الاصل و مع هذا فقوله بعد دعوى الاجماع و لان الثلاثه يرجع الى الحكم الاول قطعا فيلزم رجوع دعوى الاجماع اليه أيضا و منها ما تمسك به فى بعض الكتب قائلا و يدل على ذلك النبويان الخيار ثلاثه قال لا خلا به و لك الخيار ثلثا و فيه نظر اما اولاً لأنهما ليسا من طرفنا و ثانيا فلما ذكره فى كره من ان القول لا خلا به عباره فى الشرع عن اشتراط الخيار ثلثا فاطلاقها مع العلم بمعناها كالتصريح و منها ما احتج به فى الانتصار قائلا بعد احتجاجه على مختاره بالاجماع و يمكن ان يقول الوجه مع اطلاق الخيار فى صرفه الى ثلاثه ايام ان هذه المده هى المعهوده المعروفه فى الشريعه لان تصرف الخيار فيها و الكلام اذا أطلق و جب حملة على المعهود المألوف فيه و قد نبه على ما ذكره فى الغنيه أيضا و كذا نبه عليه فى المصاييح بقوله و التخصيص بالثلاثه اما لانصراف الاطلاق اليها عرفا لكونها أقل مده يتردى بها فى مثله و الشرع كاشف او لتعين الشارع و الشرط سبب لا. مناط كالوصايا المبهمه و عندى فيما ذكره نظر كما نبه عليه فى الرياض و منها ما تمسك به فى المصاييح

قائلا القول الثانى اقوى للخبرين النبويين الخيار ثلاثه و لك الخيار ثلثا و اخبار الفرقه المرسله فى الخلاف و لا تقصر عن مراسيل كتب الحديث و خلوها عنها لا يقدر فيها فانها لم توضع على الاستقصاء التام و الا لتكاذبت فيما انفردت و الحججه فيما اورده فى اى موضع ذكره و يشهد لذلك الصحيح الشرط فى الحيوان ثلاثه ايام للمشتري اشترط او لم يشترط فانه يدل بالفحوى على ان الشرط فى غيره ثلاثه مع الشرط و ليس المراد به اشتراط الثلاثه اذ لا اختصاص للشرط بها بل شرط الخيار و المعنى ثبوتها اذا اشترط و هو المط و فى بعض ما ذكره نظر و لكن الاقرب ما صار اليه من القول الثانى الا ان الاولى مراعات القول الاول لأنه احوط

## الثانى اذا فسد الشرط باعتبار الجهاله

فهل يفسد البيع أيضا او لا بل يختص الشرط بالفساد صرح بالاول فى يع و عد و التحرير و اختاره فى لك أيضا مصرحا بان

مبنى على بطلان العقد بالشرط الفاسد ثم حكى عن بعض الثانى قائلًا وقيل مع فساد الشرط يصح العقد مجردا عنه و هو ضعيف و صرح فى التحرير بانه لو شرط المده المجهوله بطل العقد سواء اسقط الشرط به قبل مضى الثلاثه او بعده فالزائد عليه بطريق اولى و ما ذكره من فساد العقد هو الاحوط

### الثالث يجوز جعل الخيار لأحدهما خاصه

فيشترطه البائع لنفسه خاصه او المشتري كك او لهما معا فيشترطه كل منهما لنفسه او لثالث اجنبى غيرهما او لهما مع الاجنبى او لأحدهما مع الاجنبى و قد نبه على جميع ما ذكر فى الوسيله و يع و الارشاد و التبصره و عد و التحرير و س و عه و التنقيح و ضه و الكفايه و المصاييح و ض بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه و ان اقتصر فى الجامع على الاولين بل صرح بدعوى الاجماع على ذلك فى المصاييح قائلًا يجوز اشتراط الخيار فى الكل و البعض للمتبايعين و غيرهما بالانفراد و الاجتماع مع التوافق و الاختلاف بالاجماع و عموم الأدله و اشار الى ما ذكره فى ض أيضا قائلًا و هو بحسب ما يشترط لأحدهما او لكل منهما او لأجنبى عنهما او عن احدهما او له مع احدهما عنه و عن الاخر او له معهما بلا خلاف كما فى كلام جماعه بل عليه الاجماع فى ف و الغنيه و عن التذكرة و هو الحجه بعد عموم الادله بلزوم الوفاء بالعقود بسيطه كانت او مركبه و كذا الشروط و لذا نبه على ذلك فى الكفايه

ص: ٣٣١

أيضا قائلًا خيار الشرط لمن شرطه له سواء كان هما معا او احدهما او اجنبيا او احدهما مع اجنبى و لا خلاف فيه و مستنده عموم الادله ثم انه اذا اتحد ذو الخيار الامر اليه و الا قدم الفاسخ و لو كان اجنبيا كما نبه عليه فى المصاييح قائلًا فان اتحد ذو الخيار فالامر اليه و الا قدم الفاسخ و لو اجنبيا عملا بمقتضى الشرط خلافا للطوسى فابطله اذا كان لهما او صرفه الى المشتري اذا كان للأجنبى و هو ضعيف و فى الدروس قطع باستقلال الاجنبى اذا انفرد و احتمله مع الاجتماع بهما او باحدهما و ينبغى القطع بهما كالأول ثم صرح بعد هذا الكلام بانه يجب على الاجنبى اعتماد المصلحه معللا بكونه امينا و قائلًا اولًا لو بان الخلاف لم يمتز الفسخ و ثانيا و لو اختلفا فيه قدم قوله مع احتمال تحرى الاصلح و فيما ذكره من انه يجب على الاجنبى اعتماد المصلحه نظر لإطلاق عبارات الاصحاب نعم ان كان ذلك مقتضى الشرط كان اللازم مراعاته و صرح فى ضه و ض بان اشتراط الاجنبى تحكيم لا- توكيل عمن جعل عنه فلا- خيار له معه و لكن فى التحرير و لو جعل الخيار للأجنبى دونه صح أيضا و يكون بمنزله الوكيل و لا خيار هنا لمن جعل الخيار للأجنبى ثم صرح بانه لو كان الاجنبى عبدا فجعل الخيار له فالوجه الصحه و هو جيد و صرح فيه أيضا بانه لو كان البائع وكيلا فشرط الخيار لنفسه او للمالك او لهما صح و هو جيد أيضا

### الرابع لا فرق فى المده المشترطه بين كونها متصله بالعقد او منفصله عنه

مع ضبطها فلو شرطها هنا متأخره صار العقد لازما بعد المجلس و جائزا فيها و قد صرح بذلك فى القواعد و س و حاشيه عد و لك و الروضه و الكفايه و المصاييح و حكاه فيه عن جماعه و اشار الى وجهه قائلًا و مبدء الخيار مع التعيين ما اشترط مط و ان

انفصل عن العقد كما نص عليه العلامة و الشهيدان و الصيمرى و الكركى و اقتضاه اطلاق المشايخ و الدّيلمى و القاضى و الحلين و الحلبيين الثلاثة و اشترط المده المتناوله للمتصله و المنفصله عملا- بالأصل و عموم الكتاب و السنه السالم عن المعارض و منعه بعض العامه فرارا من انقلاب اللازم جائزا و احتمله العلامه فى عد مع حكمه بالجواز فى غيره فى موضع اخر منه و ايدانه فى كره بدعوى الإجماع عليه و ضعفه ظ و الانقلاب الى الجواز كعكسه جائز بل واقع كما فى خيارى التأخير و الرؤيه و غيرهما و اشار الى ما ذكره اخيرا فى حاشيه عد بقوله لا يقدر فرض الجواز بعد اللزوم لوقوعه فيما لو تعيب المبيع قبل القبض مع لزوم البيع و كذا يلزم مع عدم التّقابض ثلاثه ايام ثم ينقلب جائزا و لم يثبت مانعيته قبل ذلك

### **الخامس هل يجوز جعل المده متفرقه بان يشترط اللزوم وقتا**

و الخيار وقتا متعاقبين فى مده معينه كما لو شرطا الخيار شهرا يثبت يوما و لا يثبت يوما ففيه اولا احتمالات اشار اليها فى التحرير قائلا لو شرطا الخيار شهرا يثبت يوما و لا يثبت يوما احتمال صحته فى اليوم الاوّل و البطلان فيما عداه و بطلان العقد و صحته مع الشّروط و هو اقرب الاحتمالات قد صار الى ما صار اليه فى لك قائلا و فى جواز جعلها متفرقه و جهان اجودها ذلك و كذا فى الكفايه قائلا و فى جواز جعلها متفرقه قولان اقربهما الجواز و ما صاروا اليه هو الأقرب عندى و ربما يظهر من الدّروس الميل اليه

### **السادس صرّح فى المصايح بأنه يشترط تعيين الموضوع و المحل**

فلو شرط الخيار لأحدهما او فى احدهما بطل الشّروط للغرر و صرّح به فى القواعد و س أيضا و صرّح فى التحرير بأنه لو اشترى شيئين و جعل الخيار فى احدهما معينا صح البيع فان فسخ فيما شرط صح و رجع بقسطه من الثمن و هو جيّد ثم صرّح بأنه ان ابهم بطل العقد فيهما

### **السابع لو شرطا الخيار ابداء و ما بقيا و ما شاء بطل**

الشّروط و صرح فى التحرير ببطلان العقد

### **الثامن صرّح فى التحرير بأنه اذا شرط الخيار الى غايه**

لم يدخل تلك الغايه بكما لها فلو باعه بخيار الى الليل لم يدخل الليل و هو جيّد ثم صرّح بأنه لو شرطاه الى طلوعها من تحت السّحاب او غروبها تحته بطل و هو جيّد أيضا

### **التاسع لو شرط الخيار شهرا فى اثناء الشهر**

فالمراد ثلثين يوما فيصحّ و ان شرطاه كك عند الهلال فالمراد ما بين الهالين و ان اختلف بالزّيادة و النقصه لصدق ضبط المده

عرفا و هو المناط فى امثال المقام و لو شرط الخيار شهرا مثلا بعد مضى مده معينه فالاقرب الصّحه و احتمال فى المحكى عن عد بطلان الشرط بل صرح فى حاشيته بأنه الاقوى و فيه نظر بل هو ضعيف لعموم الأدله

### **العاشر صرح فى القواعد بأنه يشترط فى شرط الخيار ذكره فى صلب العقد**

فلو شرطا المده قبل العقد او بعده لم يلزم و هو جيد حيث لا يكون الشرط المذكور حين العقد معهودا و مرادا بالقرينه الحاليه

### **الحادى العشر لا يتوقف الفسخ بالخيار الثابت بالشرط**

على حضور الخصم و لا على قضاء القاضى كما صرح به فى عد و جامع المقاصد و حكى فيه عن بعض العامه اشتراط الامرين

**منهل كما يجوز اشتراط الخيار للأجنبى يجوز اشتراط مؤامرتة و الرجوع الى امره**

### **اشاره**

و قد صرح بصحه اشتراط المؤامره فى يع و عد و د و التحرير و س و جامع المقاصد و لك و ضه و الكفايه و المصاييح و ض و لهم و جوه منها ظهور الاتفاق عليه كما تبّه عليه فى جامع المقاصد بل صرح بدعوى الاجماع عليه فى المصاييح قائلا و لكل من المتبايعين اشتراط الاستيمار بالأصل و الاجماع و عموم الأدله كما يستفاد ممّا عداه من الكتب المذكوره لعدم اشارتها الى خلاف و لا اشكال فى ذلك و منها العمومات الداله على صحّه العقود و الشروط كما تبّه عليه فى مجمع الفائده و المصاييح و كذا تبّه عليه فى جامع المقاصد بقوله يجوز اشتراط المؤامره ان عين المده باتفاقنا لعموم دلائل جواز الاشتراط و

### **ينبغى التنبيه على امور**

### **الأول صرح فى جامع المقاصد و لك و ضه بان المؤامره مفاعله من الامر**

ثم صرّحا بأنه يجوز ان يشترطها البائع او المشتري او كلاهما و هو جيد و هو مقتضى اطلاق ما عداهما من سائر كتب الاصحاب و صرح فى التحرير بخصوص الأوّل و الثانى

### **الثانى هل يشترط ضبط مده الاستيمار**

بحيث لا- تحتل للزيادة و التقيصه او لا اختلف الاصحاب فى ذلك على قولين احدهما أنه يشترط و هو للتحرير و عد و لف و عه و لك و ضه و المصاييح و هو ظ الدروس و جامع المقاصد و الكفايه و حكاه فى المصاييح عن الاكثر قائلا و يشترط فيه المده وفاقا للعلامه و الشهيد و الصيّمرى و ظاهر الأكثر لهم ما تمسك به فى لف و ضه و المصاييح و تبّه عليه فى س من أنه مع

الإطلاق و عدم التعيين يجعل الشرط فيكون غررا و ثانيهما انه لا يشترط و قد حكاه في لف عن الشيخ قائلا قال الشيخ في ط و ف اذا باعه بشرط ان يستأمر فلانا صحح و ليس له الرد حتى يستأمره و ليس للاستيمار حد لان يشترط مده معينه قلت أم كثرت فان

ص: ٣٣٢

أطلق امتدّ ابدا و ربما يستفاد هذا القول من اطلاق تجويز اشتراط المؤامره في يع و د و لهم الأصل و العمومات و قد نبه على ما ذكر في لف بقوله احتجّ الشيخ بأنه قد ثبت صحه هذا الشرط مع الإطلاق فتقيده بزمان مخصوص يحتاج الى دليل ثم اجاب عن هذا بقوله و الجواب قد بينا حصول الغرر و فيما ذكره نظر و المسأله محلّ اشكال فلا ينبغي فيها ترك الاحتياط و ان كان القول الثاني في غايه القوه و ان صرح في المصايح بشذوذه

### الثالث العقد لازم من جهه المتعاقدين

في صوره اشتراط المؤامره و لا يجوز الفسخ قبل امر من شرط مؤامره فيتوقف على امره و قد صرح بذلك في جامع المقاصد و لك و ضه و الكفايه و المصايح و صرح به في موضع من التحرير و لكنّه في موضع اخر منه صرح بان له الفسخ قبل الاستيمار و هو ضعيف

### الرابع اذا امر المشروط استيماره بالفسخ

فلا اشكال في جوازه للشارط لأنه مقتضى الشرط و هل يتعين عليه او لا صرح بالثاني في جامع المقاصد و ضه و المصايح و ض و هو جيّد و علله في الاخيرين بان الشرط مجرّد استيماره لا التزامه قوله و نبه على ما ذكره في الأوّل بقوله الظاهر عدم وجوب القبول لانتفاء المقتضى و اذا امره بالالتزام و كان الفسخ له اصلح فهل له الفسخ او لا صرح بالثاني في جامع المقاصد و كذا صرح به في الروضه و ض قائلين و ان امره بالالتزام لم يكن له الفسخ و ان كان الفسخ اصلح عملا بالشرط و لأنه لم يجعل لنفسه خيارا فالحاصل ان الفسخ يتوقف على امره لأنه خلاف مقتضى العقد فيرجع الى الشرط و اما الالتزام بالعقد فلا يتوقف على الامر لأنه مقتضى العقد و زاد في ضه فصرح بالقطع في الحكم المذكور و هو جيد و صرح في جامع المقاصد بانه يجب على المشروط استيماره اعتمادا لمصلحه لأنه مؤتمن فلو امره بخلاف ما فيه مصلحته لم يجب امتثاله

### الخامس اذا سكت من شرط استيماره فلم يأمر بفسخ

و لا بالتزام فلا يجوز للشارط الفسخ و يكون العقد لازما و كك يكون لازما اذا سكت الشارط فلم يصرح بفسخ و لا التزام مط و ان امر المشروط استيماره بالفسخ و قد صرح بالامر في ضه



## السادس صرح في لك بان الفرق بين الموامره وجعل الخيار للأجنبي

ان الغرض من الموامره الانتهاء الى امره لا جعل الخيار له فلو اختار الفسخ او الامضاء لم يؤثر بخلاف من جعل الخيار له و صرح بما ذكر في ضه و الرياض أيضا

## السابع لو امر المشروط استيماره بالفسخ

و لما يستأمر فاستظهر في المصاييح من جماعه انتفاء الخيار ح قائلًا و لو امره بالفسخ و لما يستأمر فظاهر ط و ف و كره و كثر الفوائد و تعليق الارشاد و لك انتفاء الخيار لانتفاء الشرط و يقرب الجواز نظرا الى حصول الغرض بالاطلاع على رأى المستامر و تنزيل عبارات الاصحاب على الغالب من ترتب الامر على الاستيمار و عليه يحمل قول العلامة في التحرير بجواز الفسخ قبل الاستيمار لتصريحه بعده بالمنع من الرد قبله و لظهور توقف الرد على الامر به بمقتضى الشرط فيبعد ارادته الجواز قبل الامر و فيما ذكره نظر بل الاقرب ما حكاه من الجماعه

## الثامن صرح في المصاييح بانه لا يشترط تعيين المستامر

قائلًا بعده فلو أطلق و اختلفوا فله الفسخ كما لو اشترط التعدد و لو اتحد و اختلف رأيه احتمل تقديم الفسخ كك و مع التاخر خاصه و هو الاقرب

## منهل يجوز اشتراط مده يرد البائع فيها الثمن اذ شاء و يرتجع المبيع

### اشاره

كان يبيعه على انه متى جاء بالثمن في عشره ايام او في السنه او في الشهر كان له استرداد ما باعه كما صرح به في يع و فع و عد و د و التبصره و التحرير و س و التنقيح و جامع المقاصد و لك و مجمع الفائده و الكفايه و المصاييح و ض و لهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه و منها انه صرح في لك بدعوى الاجماع عليه قائلًا و الاصل في جوازه قبل الاجماع الاخبار عن اهل البيت عليهم السلام و يعضده ما صرح به في المصاييح قائلًا و للبائع اشتراط الرجوع في المبيع اذا رد الثمن في مده معينه بالاصل و الاجماع كما في الخلاف و الجواهر و الغنيه و كثر الفائده و لك و ظ التذكره و منها ما تمسك به في مجمع الفائده و الكفايه و المصاييح من عمومات الكتاب و السنه و منها ما تمسك به في المصاييح قائلًا و يدل على ذلك خصوص المعبره المستفيضه منها الصحيح فيمن اشترط عليه ذلك ارى انه لك ان لم يفعل و ان جاء بالمال للوقت فرد عليه و مثله الموثق و غيره و لعله اشار بالموثق الى ما تمسك به في مجمع الفائده من روايه اسحاق بن عمار قال اخبرني من سمع ابا عبد الله ع قال سأله رجل و انا عنده فقال مسلم احتاج الى بيع داره فمشى الى اخيه فقال ابيحك دارى هذه و تكون لك احب الى من ان تكون لغيرك على ان تشترط لى ان انا اجيئك بثمانها سنه ان تردها على فقال لا باس بهذا ان جاء بثمانها الى سنه ردها عليه قلت فانها كانت فيها غله كثيره فاخذ الغله لمن يكون فقال غلتها للمشتري الا ترى انها لو احرقت لكانت ماله و

### الاول يشترط تعيين المده هنا

كما نبه عليه فى عد و التحرير و س و جامع المقاصد و المصاييح بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه و ان أطلق المده هنا فى يع و فع و د و التبصره و مجمع الفائده و الكفايه فلو اشترط مده مجهوله او مطلقه بطل الشرط و اذا أطلق الخيار هنا فهل ينصرف الى الثلاثه او لا بل يبطل الشرط صرح بالثانى فى المصاييح قائلًا و يجب تعيين المده فلو اشترط مده مجهوله او مطلقه بطل الشرط و كذا لو أطلق الخيار و لا ينصرف الى الثلاثه فانها متصله بالعقد و الخيار هنا بعد الرد و ما صار اليه هو الاقرب عندى و صرح أيضا بانه يصح فيها الاتصال و الانفصال و هو جيد ثم صرح بانه لو أطلق انصرف الى الاول قائلًا و لو أطلق انصرف الى الاول و اتصال المده لا ينافى انفصال الخيار و هو جيد أيضا ثم صرح بانه يجوز اطلاق الرد فيها و توزيعه عليها نحو ما متساويه او مختلفه مع اشتراط الخيار بنسبه الرد و بدونه فان أطلق توقف على رد الجميع و جميع ما ذكره جيد و لا فرق بين المده المعلومه بين الطويله و القصيره كما هو مقتضى عموم النص و الفتوى

### الثانى صرح فى التحرير بأنه ان كانت المده ظرفا للأداء

و الاسترجاع كان له الفسخ متى جاء بالثمن فى اثنائها و يجب على المشتري قبضه و لو جعله غايه لم يجب قبضه الا بعد مضيتها و هو جيد

### الثالث صرح فى س و لك بانه لو شرط ارتجاع بعض المبيع ببعض الثمن

او الخيار فى بعضه ففى الجواز نظر و زاد فى الثانى قائلًا من مخالفته للنصوص و عموم المسلمون عند شروطهم و هذا اوجه و ما جعله اوجه و هو اوجه عندى و زاد فى الاول قائلًا و كذا لو وزعا الثمن نجومًا و فى كل نجم بقسطه او لا يقسطه و الاقوى هنا الصحه أيضا

### الرابع لو انقضت المده و لم يأت بالثمن المشروط

لزم البيع كما صرح به فى النافع

ص: ٣٣٣

و التبصره و المصاييح

### الخامس كما ان للبائع اشتراط الرجوع فى المبيع

إذا رد الثمن فللمشتري اشتراط الرجوع فى الثمن إذا رد المبيع فىكون الفسخ مشروطا برد المبيع وقد صرح بصحة هذا الشرط فى س و جامع المقاصد و لك و مجمع الفائده و الكفايه و المصاييح و اشار الى وجهه فيه قائلا و كما ان للبائع اشتراط الرجوع فى المبيع إذا رد الثمن فللمشتري اشتراط الرجوع فى الثمن إذا رد المبيع كما فى س و كنز الفوائد و لك و مجمع الفائده و الكفايه للأصل و العمومات و ظهور تساوى المتبايعين فى هذا الحكم فيجوز لهما معا شرط الرجوع فيما انتقل عنهما برد ما صار اليهما سواء اتحد الوقت او اختلف على احتمال الدروس فى الثانى و جميع ما ذكره جيد و صرح فى س بانه لو فسخ صاحب الخيار قبل الرد لغى و هو جيد و صرح فى المصاييح بان لكل منها اشتراط الرجوع فى الكل برد الكل او البعض و فى البعض برد البعض الخاص و ما دونه و لو اشترط الكل و أطلق الرد لم يتخير البعض و ان قل الباقي و لو اشترط البعض تخير برده كلا دون البعض منه و جميع ما ذكره جيد

### **السادس إذا اشترط البائع استرجاع العين التى باعها برده الثمن**

فان قيد الثمن بخصوص ما دفعه المشتري اليه بعينه صح و توقف الفسخ على رده بخصوصه فلو رد مثله او قيمته لم يصح و ان قيده بخصوص قيمه صح أيضا كما صرح به فى لك و مجمع الفائده و الكفايه و احتج عليه فى الاخير بالعمومات و بصحيحه سعيد بن يسار و موثقه اسحاق بن عمار و روايه ابى الجارود و يتوقف الفسخ ح على رد قيمه فلا يصح برد العين و ان عم و بين ان المراد الاعم من العين و المثل و قيمه صح أيضا و جاز الفسخ برد كل واحد من المذكورات سواء كان العين التى دفعها المشتري اليه مثليا او قيميا و ان أطلق رد الثمن فهل يتوقف الفسخ على رد عين ما دفعه المشتري اليه او يجوز الفسخ برد كل واحد من العين و المثل صرح بالثانى فى المصاييح قائلا و المعتبر فى رد المبيع رد العين مع الاطلاق بخلاف الثمن فيكفى فيه رد المثل كما فى س و كنز الفوائد و لك و ظ المجمع و الكفايه رد العين فى الموضوعين و هو بعيد لادن وضع هذا النوع على التصرف فى الثمن غالبا كما اعترفا به و يحتمل قويا الاكتفاء به فى المبيع أيضا لصدق الرد به عرفا و ما صار اليه هو الاقرب عندى أيضا ان لم يكن هناك قرينه من عرف و عاده على ان المراد العين و على المختار هل يجوز الفسخ برد قيمه مط او لا صرح بالثانى فى المصاييح قائلا و لا اعتبار بالقيمه فى ذوات الامثال و يحتمل الاكتفاء بها فى القيمي مط و فى خصوص الثمن و الاقتصار على العين و هو الاشبه و مع الشرط يتعين المشروط مط و ظ الدروس التوقف فى اشتراط رد العين فى الثمن و الاقرب الجواز عملا- بالعموم و فيما ذكره نظر بل احتمال جواز الفسخ برد قيمه مط و لو فى المثلى فى غايه القوه لصدق الثمن حقيقه عرفا و اما ما حكاه عن الدروس فضعيف جدا كاحتمال جواز الاكتفاء برد الثمن فى المبيع

### **السابع هل يفسخ العقد بمجرد رد البائع الثمن**

و لو لم يفسخ البائع او لا بل يتوقف الانفساخ على فسخ البائع فيه قولان احدهما ان العقد يفسخ بمجرد رد الثمن الى المشتري و لا يتوقف على فسخ البائع و قد حكاه فى المصاييح عن بعض قائلا بعد الاشاره الى الاخبار الداله على صحة هذا الشرط و ظايرها و ظ الخلاف و الجواهر و الغنيه و جوب رد المبيع بمجرد رد الثمن و ان لم يفسخ البائع بعده و ربما يستفاد ما ذكره من قول العلامة فى عد بجواز اشتراط رد المبيع فى مدّه معينه برد البائع فيها الثمن و من قوله و قول المحقق فى يع و فع و التبصره و الارشاد بجواز اشتراط مده يرد فيها البائع فيها الثمن و يرتجع المبيع و لذا صرح فى ض بان ظ النص و عبارته النافع انفساخ

المعامله برد الثمن خاصه من دون ايماء الى اشتراط فسخها قبله خلافا لظ الاصحاب كما ذكره بعض الاجله فاشترطوا الفسخ قبله و ثانيهما انه لا يفسخ العقد الا بفسخ البائع و هو لصريح جامع المقاصد و مجمع الفائده و ظ التحرير و س و التنقيح و الكفايه و قد حكاه في المصاييح عن كثير قائل- و لا يكون رد الثمن بمجرد قطعاً للبيع و قد نص على ذلك المحقق الكركي و الشهيد الثاني و دل عليه كلام المحقق و العلامه و الشهيد و اقتضاه ظ الباقيين لان بيع الشرط عندهم ما اشترط فيه الخيار بعد رد الثمن فيتعقبه الخيار و لا يفسخ البيع معه الا بالفسخ و الاكتفاء بالرد لكونه فسحا بنفسه مردود بعدم دلالتة عليه قطعاً و ان اذن بارادته فان الامراه غير المراد و قضيه كلام الاصحاب كما مر اشتراط الخيار بعد الرد و هو خلاف الفسخ بنفس الرد و الفسخ كما يحتاج اليه على المشهور من انتقال المبيع بنفس العقد فكذا على القول بانتقاله بمضى الخيار او العقد على هذا القول و ان يكن ناقلاً من جهته غير انه يفيد الملك اذا انقضى الخيار و لا يفسخ البائع فلا يستقر ملكه الا بالفسخ فالفسخ لا بد منه على القولين و ان افترقا في وجه الاحتياج لكونه على الاول لعود الملك و الثاني لاستقراره للأولين ما نبه عليه في المصاييح و ض من ان انفساخ العقد بمجرد رد البائع الثمن من غير فسخ ظ اطلاق النصوص الداله على صحه هذا الشرط و فيه نظر كما نبه عليه في المصاييح قائل- و يجب حمله على الغالب من تعقيب الرد بالفسخ لان وجوب رد المبيع على البائع موقوف على عوده اليه بالانفساخ الموقوف على الفسخ و القدره انما تتعلق به دون الانفساخ فلا يصح اشتراطه الا بواسطه الفسخ فيتوقف وجوب الرد عليه و نبه على الحمل المذكور في ض أيضاً و للآخرين ما نبه عليه في ض بعد الاشاره الى قولهم و لعله لأصالة بقاء الصحه مع عدم دلالة رد الثمن بمجردة على الفساد من دون ضم قرينه من عرف او عاده و النص كالعباره وارد مورد الغلبه فان العاده قاضيه بكون مثل هذا الرد فسحا للمعامله فيكون دلالتة بقرينه و هي غير منافية لما ذكره الاصحاب البته و من المقطوع عدم دخول رد الثمن لأجل الامانه في مورد النص و العباره و عدم ايجابه بفساد المعامله بالضرورة اللهم الا ان يريدوا به التصريح بلفظ الفسخ فالمنافات ثابتة و لكن لا دليل على اعتباره لا يقال يدفع ما ذكره من الاصل اطلاق الاخبار الداله على صحه هذا الشرط لأننا نقول الاطلاق المذكور لا يدفع الاصل لما تقدم اليه الاشاره في عبارتي المصاييح فاذا اقرب هو القول الثاني و عليه فهل يشترط في الفسخ اللفظ او لا الاقرب الثاني لظ النصوص و الفتاوى و عليه فهل يشترط العلم باراده الفسخ او يكفي الظن بها الاقرب الاول

### الثامن نماء المبيع للمشتري

كما صرح به في فع و التبصره و التحرير و س و المصاييح بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه و يدل عليه مضافاً الى ما ذكره روايه اسحاق بن عمار المتقدمه و تمسك على ذلك في المصاييح بالمعتبرين قائل و لو قلنا بتوقف ملك المشتري على انقضاء الخيار كان النماء

ص: ٣٣٤

المتجدد بعده للبائع و يمكن تخصيص ذلك على القول به بالخيار المتصل بسبق المنفصل باللزوم المملك فلا يعود الملك بعده الى البائع لعدم الناقل و ربما التزم الانتقال بالخيار او عدم الانتقال الى المشتري في اللزوم المتخلل بينه و بين العقد و ضعفهما ظ و ما ذكره جيد ثم صرح بان مورد النص انما المبيع اذا كان الخيار للبائع و يعلم منه حكم نماء الثمن في هذه الصوره و حكم النماء اذا كان للمشتري و هو جيد أيضاً

## التاسع تلف المبيع في المده هنا من المشتري

كما صرح به في النافع و التبصره و س و المصاييح و حكاه فيه عن النهايه محتجا عليه بالمعتبرين و احتج عليه في س بروايه اسحاق بن عمار و صرح في المصاييح بانه ينبغي تقييد التلف بالسابق على الرد فلو تلف بعده كان من البائع لوقوعه في خيار البائع ثم صرح بان مورد النص تلف المبيع اذا كان الخيار للبائع و يعلم منه حكم تلف الثمن في هذه الصوره و حكم تلف العوضين اذا كان للمشتري

## العاشر هل يتحقق الرد باحضار الثمن في مجلس المشتري

او يشترط فيه ان يقبضه اياه الاقرب هو الاول لصدق اللفظ معه عرفا و هو المناط

## الحادي عشر اذا كان المشروط الرد الى المشتري

او وكيه او الحاكم او عدل معين من عدول المؤمنين او عدل مطلق منهم جاز الرد الى كل واحد منهم و جاز للبائع الفسخ بذلك

## الثاني عشر اذا كان المشروط الرد الى المشتري بخصوصه

و لم يتمكن منه البائع في المده اما لجنون المشتري او لإغمائه او لسكوره او لغيبته لثلا يفسخ البائع او لأمر اخر فهل يقوم الحاكم مقام المشتري في الرد اليه فاذا رد البائع الثمن الى الحاكم جاز له الفسخ او لا- فيه اشكال من ان الاصل لزوم العقد و عموم الاخبار الداله على ان المؤمنين عند شروطهم و عدم وجود نص و لا فتوى يدلان على قيام الحاكم مقام المشتري و من عموم ما دل على نفى الضرر و قد يجاب عنه بان البائع هو الذي ادخل الضرر على نفسه و اقدم عليه لتركه ما كان قادرا و هو اشتراط الرد الى الحاكم مع عدم التمكن من الرد الى المشتري مع ان العموم المذكور شامل للضرر المترتب على المشتري بفسخ الحاكم فاذا الاحتمال الثاني هو الاقرب

## الثالث عشر اذا اجر المشتري المبيع في مده خيار البائع من غيره

صح لأنه اجر مال نفسه فالاصل صحّه الاجاره للعمومات الداله عليها و لم يقم دليل على ان هذا الخيار يوجب فساد هذه الاجاره لا من نص و لا من فتوى فان لم يفسخ البائع فلا اشكال و ان فسخ بالرد فهل تنفسخ الاجاره او لا فيه اشكال و لكن الاحتمال الثاني في غايه القوه للأصل و العمومات السليمه عن المعارض و هل يجوز للمشتري ان يوجر المبيع من غير البائع ازيد من مده خياره او لا فيه اشكال و لكن الاحتمال الاول في غايه القوه و اذا اجره من البائع فلا اشكال في الصحه

و عين مبدئها فلا اشكال سواء كان مبدأها متصلا بالعقد او منفصلا عنه و ان لم يعين المبدأ و أطلق فهل الخيار ح من حين العقد و متصل به او لا اختلف الاصحاب فى ذلك على قولين احدهما انه متصل بالعقد و من حينه و هو للشرائع و عد و د و التحرير و لف و الجامع و غايه المراد و لك و مجمع الفائده و الكفايه و المصاييح و حكاه فيه عن التذكره و التنقيح و غايه المرام و تلخيص الخلاف و تعليق الارشاد أيضا و ثانيهما انه ح من حين التفرق و هو للمحكى فى لف و المصاييح عن الخلاف و المبسوط و زاد فى الثانى فحكاه فى الغنيه و السرائر و صرح فى الاول بانه مذهب ابن ادريس و كذا صرح به فى غايه المراد و صرح فيه أيضا بأنه مختار ط و صرح فى لك بانه قول الشيخ و من تبعه و حكى فى المصاييح عن س التوقف فى المسأله للأولين وجوه منها ما صرح به فى غايه المراد قائلًا و لان الاتصال بالعقد المتبادر الى الفهم فيكون حقيقه فيه و تبه على هذا فى لك و س بقولهما لأنه قضيه اللفظ و كذا نبه عليه فى لف بقوله لنا ان اطلاق المده يقتضى الاتصال بالعقد كغيره من الازمنه و كذا نبه عليه فى مجمع الفائده بقوله دليل ان مبدئها حين الفراغ من العقد أيضا هو ان كلما يشترط من الاجل فى العقود المتبادر منه يكون ابتداءه من حين العقد و هو ظ و لا دليل على غيره فيتبع و كذا تبه على ما ذكره فى المصاييح أيضا و منه ما تمسك به فى لف و غايه المراد و س و لك من انه لو لا الاتصال بالعقد لحصلت الجهاله بالمده لعدم العلم بوقت التفرق و احتمال الزيادة و النقصان فيبطل الشرط فى صورته الاطلاق التى هى محل البحث بل يلزم من ذلك بطلان العقد أيضا بناء على القول بان الشرط الفاسد فى ضمن العقد يوجب بطلانه و قد اتفق الفريقان على صحه العقد و الشرط معا هنا و قد نبه فى المصاييح على هذا الوجه أيضا بقوله و يتأكد المختار هنا بلزوم بطلان الشرط لو كان من التفرق للجهل به و لذا امتنع النص عليه و جاز اشتراط الاتصال بالعقد كما اعترف به الشيخ و الحلى و ادعى فى كره صحته عندنا خلافا لبعض العامه فيسقط حججهم القاضيه بالامتناع اذا الممتنع لا ينقلب بالشرط الى الجواز و منها ان الظاهر اتفاق المتأخرين على القول الاول و انقراض خلاف الشيخ و اتباعه و منها ما نبه عليه فى المصاييح قائلًا بعد الاشاره الى ارباب القول الثانى و لو كان المبيع حيوانا فاللازم من دليلهم تاخر شرط المشتري عن الثلاثه و هو بعيد عن قصد المشترط و فى الصحيح عن الرجل يشتري الدابه او العبد و يشترط الى يوم او يومين فيموت العبد او الدابه او يحدث فيه حدث على من ضمان ذلك فقال على البائع حتى ينقضى الشرط ثلاثه ايام و يصير المبيع للمشتري شرط له البائع او لم يشترط قال و ان كان بينهما شرط اياما معدوده فهلك فى يد المشتري قبل ان يمضى الشرط فهو من مال البائع و للآخرين وجوه أيضا منها اصاله عدم ثبوت خيار الشرط الا بعد التفرق و استصحابه و يجاب عنه بان دفاعه بما دل على القول الاول بانه اقوى و منها ما تبه عليه فى لف و غايه المراد من ان الخيار يثبت بعد ثبوت العقد و العقد لا يثبت الا بعد التفرق و فوجب ان يكون ثابتا فى ذلك و قد يجاب عنه اولا بما اجاب به عنه فى غايه المراد قائلًا يمكن ان يقال لا نسلم توقف ثبوته على العقد ان عني بالثبوت اللزوم و ان عني به مطلق الثبوت فهو مسلم و الايجاب و القبول كافيان و نبه على ما ذكره فى لف و المصاييح و ثانيا ما نبه عليه فى لك بقوله و لا ذم دليلهم ان مبدأ خيار الحيوان انقضاء الثلاثه بعد التفرق و لكن لم يصرحوا به و فيما ذكره نظر و قد حكى عن الغنيه القول بان مبدئه بعد التفرق أيضا و منها انه لو كان

مبدء خيار الشرط من حين العقد للزم اجتماع المثلين و التالى باطل فالمقدم مثله اما الملازمه فلان خيار المجلس ثابت من حين العقد قبل التفرق فاذا ثبت خيار الشرط ح للزم اجتماع المثلين بالضروره و اما بطلان التالى فلان اجتماع الخيارين يوجب تاكيد الحكم و الحكمه التى هى مناط الخيار و هى الاتفاق و التاسيس خير منه و اجاب فى لف عن الوجه المذكور قائلا نمنع لزوم الاجتماع لان الخيار واحد و الجهات مختلفه و هو ممكن كما أنه يثبت الخيار بجهه المجلس و العيب و نبه على ما ذكره فى المصاييح بقوله الاصل لا يعارض النص و التاسيس مع انه خلاف مقتضى وضع العقد غير ملتزم و الخيار واحد بالذات مختلف بالاعتبار فلا يجتمع المثلان و منها انه لو ثبت خيار الشرط من حين العقد للزم تداخل المسببات مع اختلاف الاسباب و هى هنا المجلس و الشرط و اجاب عنه فى غايه المراد قائلا- الجواب يمكن التداخل اذا قام عليه دليل و لا استحاله فى اجتماع معرفين على حكم واحد و اشار الى ما ذكره فى المصاييح قائلا و فائدته البقاء باحد الاعتبارين مع سقوط الاخر فلا يتداخل السببان و الاسباب الشرعيه معرفات لا مؤثرات فلا استحاله فى اجتماعها كما اجتمعت فى المجلس و خيار الرويه باعتراف القائل ما ذكره جيد فالمعتمد هو القول الاول و

**ينبغى التنبيه على امرين**

### **الاول لو شرط الخيار من حين التفرق**

لم يصح الشرط كما نبه عليه فى لك قائلا- على ما اخترناه من ان مبدئه حين العقد لو شرط كونه من حين التفرق لم يصح الشرط لان الشرط مجهول و يبطل معه العقد و لو شرطاه بعد الثلاثه فى الحيوان صح لأنه معلوم و صرح فى المصاييح ببطلان الشرط فى الصوره الاولى محتجا بجهالته أيضا

### **الثانى صرح فى لك بانه على قول الشيخ لو شرطاه من حين العقد**

صح قائلا بعموم المؤمنون عند شروطهم و هو شرط مهم مضبوط و يحتمل البطلان نظرا الى ما ذكره فى بعض ادلته من اجتماع المثلين و توفقه على ثبوت العقد و حكى صحه الشرط ح فى المصاييح عن جماعه قائلا و يتأكد المختار هنا بلزوم بطلان الشرط لو كان من التفرق للجهل به و لذا امتنع النص عليه و جواز اشتراط الاتصال بالعقد كما اعترف به الشيخ و الحلوى و ادعى فى ذكره صحته عندنا خلافا لبعض العامه فيسقط حججهم القاضيه بالامتناع اذا الممتنع لا ينقلب بالشرط الى الجواز

### **منهل اختلف الاصحاب فى ثبوت خيار الشرط فى الصرف و بيع النقدين على قولين**

**اشاره**

الاول انما يثبت فيه كما يثبت فى غيره من اكثر اقسام البيوع و هو لصريح لف و الايضاح و جامع المقاصد و لك و ظ عموم الشرائع و التحرير و س و حكى هذا القول فى المصاييح عن كثير قائلا اثبت خيار الشرط فى التحرير فى الصرف أيضا كما دلّ عليه ظ المفيد و المرتضى و القاضى و الديلمى و الحلوى و ابنى سعيد حيث اطلقوا ثبوته فى البيع و لم يفصلوا بين الصرف و

غيره و صرح به من المتأخرين فخر المحققين و الصيمرى و قواه المحقق الكركى و حسنه الشهيد الثانى الثانى انه لا يثبت فيه و هو للمحكى فى المصاييح عن المبسوط و الخلاف و ابى المكارم و الحلى و حكاه عن الاول و الاخير فى المختلف و قد احتج على ذلك فى لف و الايضاح بخبر عبد الله ابن سنان بالذى وصفاه بالصحة عن الصادق ع المسلمون عند شروطهم و نبه على ما ذكره فى جامع المقاصد بقوله و فى الثبوت قوه نظرا الى عموم الاخبار و عدم تحقق الاجماع و نحوه ما فى لك و للآخرين وجهان احدهما ما نبه عليه فى لف و الايضاح من ان موضوع الصرف على عدم التعليق بينهما بعد التفرق بدليل اشتراط القبض و الخيار علقه ثم اجابا عنه بالمنع من المتقدمين و نبه عليه فى لف بقوله التعليق ليس بجيد لان التقابض لا يدفع خيار الشرط و فى المصاييح بقوله بعد حكايه المنع عن القائلين به و علوه بمنافات الخيار القبض المعتبر فى الصرف و التعليق عليل و منقوض بالسلم و ثانيهما ما نبه عليه فى المصاييح بقوله و نفاه الشيخ فى المبسوط و ف و ابو المكارم و الحلى و ادعوا عليه الاجماع و اجاب عنه فى لف و جامع المقاصد بالمنع منه و يعضد ما ذكره اولاً قول لك استثنى الشيخ أيضا فى العقود بيع الصرف مدعى الاجماع و اطبق المتأخرون على ثبوته فيه و منع الاجماع و هو حسن لعموم الخبر و ثانيا ما صرح به فى المصاييح قائلا و الاجماع ممنوع فان ظ القدماء ثبوت الخيار و لا نافي له منهم غير المدعى و الصحيح من ادله الثبوت مشهور بين الفقهاء و المحدثين قد رواه ائمه الحديث و الاقدمون من فقهاء اصحاب الائمة عليهم السلام و لا راد له و لا معارض تخصصه و صوره الاجماع المنقول تبنى عن اخذه من الاجماع المنقول على اشتراط القبض المنافى لثبوت الخيار باعتقاد الحاكي فينتفى برفع التنافى و قد اقدم على منعه جماعه من الاصحاب منهم العلامة و ولده المحقق الكركى بل ادعى الشهيد فى لك اطباق المتأخرين على منع الاجماع و ثبوت الخيار و قد يمنع بان من اعازمهم المحقق و لم يصرح بشىء منهما و العلامة و اختلف قوله فى ذلك فاثبت الخيار فى ظ لف و منع الاجماع و نفاه فى كره تاره و اثبته فى اخرى على اشكال و استشكله فى التحرير و عد و الشهيد و قد حكى فى س الاجماع عن الشيخ و منعه عن العلامة مقتصر على ذلك و ظاهره التوقف فلم يثبت الاطباق المدعى الا ان يحمل على اطباق غير المتوقف منهم و ان اختلف قوله او علم من ظ كلامه او يجعل التوقف منعا فيصح الدعوى الاولى دون الثانية و قد يناقش فى جملة مما ذكره و لكن هذه الاجماع المنقولة لا عبره بها لو هنها بمصير المعظم الى خلافها فتبقى العمومات المعتضده بالشهره عن المعارض سليمه فاذن الاقرب هو القول الاول و

### ينبغى التنبيه على امور

#### الاول صرح فى المصاييح بانه يعم هذا الخيار كل بيع لا يستعقب العتق

لأصل و عموم الكتاب و السنه فيثبت فى السلم بلا خلاف الا من التذكرة فنفاه فى خيار المجلس و رجع عنه فى الشرط فاثبته فيه كما فى التحرير و ما اختاره فى المصاييح من العموم بحيث يشمل السلم و هو مقتضى عموم بيع و عد و س و لك و الكفايه و هو المعتمد لما نبه عليه من الادله و هل يثبت فى البيع الذى يستعقب العتق كسواء القريب و شراء العبد نفسه ان جوزناه او لا صرح بالثانى فى عد و كذا صرح فى لك قائلا و يستثنى من البيع ما يتبعه العتق كسواء القريب فانه لا يثبت فيه خيار الشرط و لا المجلس و كذا شراء العبد نفسه ان جوزناه لأنه مناف لمقتضاه و قد يناقش فى الوجه الذى ذكره بما نبه عليه فى جامع المقاصد فى مقام الاحتجاج على المنع بقوله لمنافاته مقتضى العقد او مقتضاه ترتب العتق على العقد اذا كان صحيحا الا ان يقال هذا ليس من مقتضيات البيع بل هو اثر الملك



فاذا تحقق اشتراط الخيار كان الملك متزلزلا فلا يلزم وصول العتق او تابع للملك الثابت و لا يزيد الكلام هنا على الكلام فى ثبوت خيار المجلس فى شراء القريب و ربما يظهر مما ذكره المصير الى الجواز و هو مقتضى عموم يع و التحرير و س و الكفايه و هو فى غايه القوه

### الثانى لا يختص خيار الشرط بالبيع

بل يجرى فى سائر العقود اللازمه عدا النكاح و الوقف و قد نبه على ذلك فى الشرائع و عد و التحرير و س و الكفايه قائلين يثبت خيار الشرط فى كل عقد سوى الوقف و النكاح و نبه على ذلك فى لف قائلنا اما جواز الشرط فى العقود فلعموم الاخبار الداله على جواز الاشتراط فيجرى فى عقود منها عقد الاجاره و قد صرح بخصوصها فى التحرير و جامع المقاصد و المصاييح و احتج عليه فى الثانى بالعموم و منها عقد الصلح و قد صرح بخصوصه فى التحرير و س و المصاييح و حكى فيها اقوالا اخر قائلنا لا يختص خيار الشرط بالبيع بل يجرى فى سائر العقود عدا النكاح و الوقف بلا خلاف فى اللازمه منها كالاجاره و المساقات و الكفاله و الحواله لا فى الضمان فمنعه علامه فى احد قوليه و الصلح فنفاه الشيخ فى ف و ط و الكركى فيما يفيد فائده البراء تبعاً للعلامه فى التحرير و الصيمرى فى الصلح عن المجهول و الدعوى الغير الثابته بالاقرار و الكل شاذ و الاظهر الصحه لعموم المقتضى و ما صار اليه من الصحه مط هو الاقرب و منها عقد الضمان و لم يعلم وجه المنع مع صحيح ابن سنان المسلمون عند شروطهم و منها عقد الحواله و الكفاله و المساقات و قد صرح بخصوصه فى المصاييح و كذا صرح فى جامع المقاصد قائلنا الحواله و الكفاله و المساقات يدخلها للعموم و قد صرح فى التحرير بالدخول فى الحواله و كما يدخل فى المساقات كك يدخل فى المزاعه كما صرح به فى جامع المقاصد

### الثالث النكاح لا يدخله خيار الشرط

كما نبه عليه فى يع و عد و س و جامع المقاصد و لك و المصاييح و لهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه و منها انه صرح فى جامع المقاصد بدعوى الاجماع عليه قائلنا و انما لم يدخل خيار الشرط فى خيار النكاح مع تناول عموم قوله ع المسلمون عند شروطهم للإجماع و يعضد ما ادعاه اولا تصريح لك بان ذلك محل وفاق و ثانيا ما نبه عليه فى المصاييح بقوله اما النكاح فلا يدخله الخيار للإجماع كما فى الخلاف و المبسوط و السرائر و كثر الفوائد و لك و منها انه لو ثبت خيار الشرط فى النكاح لاشتهر قولاً و فعلاً بين المسلمين قديماً و حديثاً و بطلان التالى ظاهر و منها ما تمسك به فى جامع المقاصد قائلنا بعد دعوى الاجماع و لأنه ليس عقد معاوضه ليسوغ له اشتراط التروى و الاختبار و لشده الاحتياط فى الفروج و لأنه فيه شائبه العباده و لان رفعه توقف على امر معين فلا يقع لغيره نعم يصح اشتراطه فى الصداق وحده لما فيه من معنى المعاوضه و و جواز اخلاء العقد مع العموم السالف و قد صرح بما نبه عليه من صحه اشتراط الخيار فى الصداق فى التحرير قائلنا الصداق يدخله خيار الشرط و هو جيد و لا فرق بين الدائم و المنقطع

## الرابع الوقف لا يدخله خيار الشرط

كما نبه عليه في الشرائع و عد و س و جامع المقاصد و لك و الكفايه و المصاييح و لهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه و منها تصريح لك بانه محل وفاق و منها ما نبه عليه في جامع المقاصد بقوله و الوقف ازاله ملك على وجه القربه فهو في معنى العباده فلا يدخله و لان هذه الازاله لما لم يكن الى عوض اشبهت العتق و الحق فيه بالوقف العمرى و الحبس و ما في معناهما قائلان و هل العمرى و الحبس و ما في معناهما كك فينبغى الجواز للاشتراك في المعنى المذكور و فيما ذكره نظر بل احتمال الجواز لا يخ عن قوه و لكن الاحوط الترك

## الخامس هل يثبت خيار الشرط و يدخل في العقود الجائزه

كالوكاله و العاريه و الوديعه و القراض او لا اختلف الاصحاب في ذلك على قولين احدهما انه يدخلها أيضا و قد حكاه في المصاييح عن الاكثر قائلان و الاكثر على جوازه في الجائزه و به قال الشيخ و القاضى و الحللى في الوكاله و الجعاله و القراض و الوديعه و العاريه استنادا في الجواز الى المقتضى لاطراده في كل عقد جائز و يقتضيه اطلاق الغنيه و الشرائع و عد و الارشاد و س ثم ذكر كلاما مقتضاه الجواز أيضا و ثانيهما انه لا يدخلها و قد حكاه في المصاييح عن جماعه قائلان و منعه العلامه في لف و التحرير و الكركى و الصيمرى و الشهيد الثانى و عزاه في التذكره الى بعض العامه و نفى عنه البأس للأولين العمومات الداله على الثبوت فيها كما تدل على ثبوته في العقود اللازمه الا ما استثناءه و للآخرين ان شرط الخيار في الجائزه لا تأثير له و لا يفيد فائده فلا يثبت فيها و قد نبه على ما ذكر في المختلف قائلان بعد الاشاره الى القولين المذكورين و التحقيق عندى ان هذه عقود جائزه لكل منهما الخيار في الفسخ و الإمضاء سواء كانا في المجلس او تفرقا و سواء شرطا الخيار بل لو شرطا سقوط الخيار لم يصح و كان الخيار ثابتا بمقتضى الاصل و ضعف هذا الوجه في المصاييح قائلان بعد الاشاره اليه و يضعف بعدم اشتراط التأثير في الشروط فان منها ما يؤكد مقتضى العقد فان اريد خصوص المؤثر هنا عاد النزاع الى اللفظ و كذا ضعفه في س أيضا قائلان جوز في ط و القاضى و ابن ادريس دخوله في الوكاله و العاريه و الجعاله و القراض و فى ف يدخلها خيار الشرط و الفاضل لا يرى للخيار معنى لأنها عقود جائزه على الاطلاق و يدفع باحتمال ارادتهم منع التصرف مع الخيار و يظهر من كلامه هذا اختياره القول بالثبوت و هو الاقرب

## السادس يثبت خيار الشرط في العقود التى اختلف في جوازها

و لزومها و التى تقع لازما و جائزا و التى تلزم من احد الطرفين دون الاخر فيثبت فى السبق و الرمايه و الهبه و الرهن و قد صرح بذلك فى المصاييح قائلان و قد علم مما ذكر حكم الشرط فيما اختلف فى لزومه و جوازه كالسابق و الرمايه و ما يقع لازما و جائزا كالهبه او يلزم من احد الطرفين دون الاخر كالرهن و استشكل فى التحرير جوازه من الراهن و ان لزم من جهته لان الرهن وثيقه الدين و الخيار ينافى الاستيثاق و رد بمنع المنافات فان الاستيثاق فى المشروط بحسب الشرط قلت صرح فى التحرير بدخوله فى السبق و الرمايه و منعه فى الهبه و فى الرهن بالنسبه الى المرتهن و استشكله فالاقرب جوازه فى الجميع كما تقدم اليه الاشاره و صرح بجوازه فى السبق و الرمايه فى جامع المقاصد أيضا و صرح بدخولها فى الهبه اذا كانت على وجه لازم

سواء اشتملت على ردّ أم لا و حكاة في س عن الفاضل

ص: ٣٣٧

و هو جيد للعمومات

**الثامن لا يثبت خيار الشرط في العتق**

كما صرح به في التحرير و عد و س و جامع المقاصد و لك و الكفاية و المصاييح و قد حكاة فيه عن جماعه قائلا قد نصّ على المنع في العتق الشيخ و الحلبيون الثلاثة و الكركي و الصيمري و الشهيدان و في لك أنّه موضع وفاق و الخلاف فيه ثابت كما نبه عليه في س و غيره اشار بقوله و في لك الى قوله مثل الوقف العتق و هو محلّ وفاق و هو حجّج و بقوله في س الى قوله لا يصحّ خيار الشرط في العتق على خلاف و يؤيّد ما ذكره في لك اولا قول الكفاية خيار الشرط يثبت في كل نوع من العقود سوى النكاح و الابراء و الطلاق و العتق و كان مستنده الاجماع ان ثبت و ثانيا قول المصاييح قد صرح الاصحاب هنا بامتناع الخيار في ثلاثه و هي الطلاق و العتق و الابراء و حكي في ط الاجماع على الأوّلين و في لك على الاخيرين و نفى الحلّي الخلاف في الثاني و ثالثا ما احتج به على ذلك في المصاييح قائلا انّ العتق كالوقف فك ملك لا الى عوض فلا يقبل الشرط و صرح في جامع المقاصد و لك بانّه في معنى العتق التدبير و ان كان جائزا في حال الحيوة و كذا الكتابه المطلقه و حكاة في الاول عن التحرير و التذكرة و حكي الاخير في س عن الخلاف و صرح في جامع المقاصد بانّ المكاتبه المشروطه فيها خيار الشرط للمولى قائلا- و في العبد قولان اختار الثبوت الشيخ و العدم المص في التحرير و ظ حكايته القولين من غير ترجيح التوقف و الاقرب عندى الثبوت

**التاسع لا يثبت خيار الشرط في الطلاق**

كما صرح به في يع و التحرير و عد و س و جامع المقاصد و لك و الكفاية و المصاييح و لهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه و منها حكاية المصاييح و عن المبسوط دعوى الاجماع على ذلك و منها ما تبّه عليه في جامع المقاصد قائلا لا يثبت في الطلاق لأنّه مزيل لعلاقه النكاح فلا- يتصوّر فيه الخيار و صرح فيه و في لك بان الخلع و المبارات في معنى الطلاق و احتج عليه في الأوّل بان الغرض منهما التفرقه و المال بالعرض و صرح في التحرير بالحاق الخلع أيضا و هو جيد

**العاشر البراء لا يدخله خيار الشرط**

كما صرح به في يع و التحرير و عد و س و جامع المقاصد و لك و الكفاية و لهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه و منها تصريح

لك بأنه محلّ وفاق و يعضده نسبه المصاييح الى الأصحاب و منها ما نبه عليه فى جامع المقاصد بقوله لأنه اسقاط

### الحادى عشر صرح فى المصاييح بعدم دخول خيار الشرط فى سائر الايقاعات

قائلا احتج الحلّى على عدم دخوله فى الطلاق بخروجه عن العقود و مقتضاه اطراد الحكم فى سائر الايقاعات و عدم اختصاصه بالطلاق و العتق و الابرء كما يوهمه بعض العبارات و هى ككك لابتناء الايقاع على النفوذ بمجرّد الصّيغه فلا يدخله الخيار و المفهوم من الشرط ما كان بين اثنين كما يتبّه عليه الصحيح من اشترط شرطا مخالفا لكتاب الله عزّ و جلّ فلا يجوز و لا يجوز على الذى اشترط عليه فلا ينافى فى الايقاع القائم بالواحد و فى جميع ما ذكره نظر بل احتمال الدّخول فيها فى غايه القوه الثانى صرح فى جامع المقاصد بانه لا يثبت خيار الشرط فى الوصيه معلّلا بان الخيار فيها الى الموت

منهل اذا جعل المشتري الخيار لنفسه ثم تصرّف فيما انتقل اليه من البائع من المبيع سقط خياره بذلك التصرف

### اشاره

كما تبّه عليه فى يع و فع و التحرير و عد و د و التنقيح و جامع المقاصد و لك و ض و المصاييح و حكاه فيه عن جماعه كثيره قائلا و يسقط خيار المشتري بتصرفه فى المبيع بالاجماع كما فى الخلاف و الغنيه و كتر الفوائد و العله المنصوصه و الاولويه فأنّه متى اسقط به الخيار الاصلى فالشرط اولى بان يسقط به و لنقل الشّيخ و القاضى و ورود الاخبار من طريق الاصحاب بسقوطه محتجين بهما فى الشرط و كفى بهما ناقلين و الحكم مقطوع به فى كلامهم و قد نصّ عليه الشّيخان و الحلبيان و الفاضلان و الشّهيدان و القاضى و الدّيلمى و الحلّى و السيورى و الصيمرى و الكركى و غيرهم و لا مخالف و توقّف فيه بعض المتأخّرين و استصعبه و ربما استظهر خلافه لعدم الظفر بالدليل و هو بما قررناه واضح السبيل و لعلّه اشار بقوله و توقّف فيه اه الى ما تبّه عليه فى مجمع الفائده بقوله لا دليل اصلا على ما رأيناه على سقوط الخيار مع ثبوته بالدليل اليقيني من الكتاب و السنّه و الاجماع و فيما ذكره نظر بل المعتمد ما عليه المعظم و لهم وجوه منها الاجماع المحكيه التى اشار اليها السيّد الاستاد قدّس سرّه و يعضدها اولاً قول جامع المقاصد و يسقط بالتصرف اجماعاً و ثانياً تصريح الرّياض بنفى الخلاف فى السقوط به فى الجمله و ثالثاً الشّهرة العظيمه التى لا يبعد معها دعوى شذوذ المخالف و منها الوجوه التى اشار اليه فى المصاييح و اشار بقوله و العله المنصوصه الى ما فى روايه علىّ بن رئاب الوارده فى خيار الحيوان التى وصفها بالصّيحه فى الكفايه عن الصادق ع فان احدث المشتري فيما اشترى حدثاً قبل ثلاثه ايام فذلك رضى منه فلا شرط له قيل و ما احدث قال ان لامس او قبل او نظر منها ما كانت تحرم عليه قبل الشراء و قد صرح جدى العلّامه ق ره فى حاشيه لك بظهور دلالتها على المدعى قائلاً ظاهر ان المراد منه ليس ان من رضى بالبيع او سقط خياره فذلك رضى منه و اسقاط خيار اذ لآى جاهل يتكلّم ككك فضلا عن العاقل فضلا عنهم ص فظهر انّ المعنى فذلك رضى شرعى و اسقاط قهرى و ظاهر ان التفرّيع بقوله فرضى اه تعليل للإسقاط او فى مقام التعليل له فيكون فى غير مقصود فى خيار الحيوان هذا و قد تمسّك بالعلّه المذكوره فى لك على سقوط خيار الحيوان بالتصرف قائلاً لا خلاف فى سقوط خيار الحيوان بالتصرف و لأنه دليل على الرضا و لقول الصادق ع فان احدث المشتري فيما اشترى حدثاً اه و منها الوجوه التى تمسّك بها جدى قدّس سرّه فى حاشيه لك قائلاً دليل كون التصرف فى المقام مسقطاً روايه السكونى عن الصادق ع ان امير المؤمنين ع قضى فيما اشترى ثوباً فيشترط الى نصف النهار فيعرض له ربح فاراد يبيعه قال ليشهد أنّه قد رضيه و

استوجبه ثم ليبيعه ان شاء فان اقامه في السوق و لم يبيعه فقد وجب عليه البيع و الدلاله واضحه فان قوله فان اقامه اه في غايه الظهور في ان مثل هذا حدث و تصرف يمنع الخيار و يسقط و قوله ليشهداه تأكيد و تسديد في ذلك لأنه ربما تعرض عارضه تمنع من معرفه الاسقاط فيرده الورثه او الاولياء او النفس الاماره تبنى على المساهله و المسامحه طمعا و رغبه في الزد و بالجمله الدلاله بعنوان التأكيد التام و المبالغه واضحه و السند منجبر بالشهره لو لم نقل بالإجماع

ص: ٣٣٨

بل ظ تحققة كما لا يخفى و التعميم بعدم القول بالفصل متعارف في الفقه سائغ ذابح بل لا يكاد موضع يتم الدلاله من دون مراعات فتاوى الاصحاب حتى الطهارات و النجاسات مثل اغسل ثوبك من ابوال ما لا يؤكل لحمه الى غير ذلك مما هو غير خفى على المطلع و يؤيد السند و الدلاله صحيحه على بن رثاب المذكوره في خيار الحيوان و الظاهر ان الشارح اكتفى بدلاله تلك الصحيحه و ان ذلك دليل الرضا و الظاهر وضوح دلالتها للمقام أيضا حيث قال فان احدث المشتري فيما اشترى قبل الثلاثه فذلك رضى منه فلا شرط له اه و رواها الكليني هكذا فذلك الرضا منه مضافا الى ما عرفت من ان فتوى الاصحاب جابره للدلاله و مدار الفقه على ذلك و خصوصا بعد ملاحظه تضاعيف الاخبار الكثيره نهايه الكثره في المقامات الكثيره الداله على ان الحدث مسقط للخيار لا يجتمع معه منها الصّحاح الكثيره و المعتبره الغير العديده الوارده في خيار العيب و غيره مع ان تصرفه كان من جهه العيب فهو مغرور جاهل بالموضوع و هو معذور قطعاً و مع ذلك يتضرر اذ المعيب غير ما وقع عليه التراضى و ان كان عينه جهلا بالعيب فربما يتجاشى عن المعيوب بل يتضرر به لا يرضى ان يدخل بيته و مع هذا بمجرد صدور تصرفه منه جهلا سقط خياره و لزمه المعيب الذى لم يرده و اين هذا من اشتراط الخيار و تصرف المشتري هو بنفسه فان سقوط خياره به اولى و اولى بمراتب شتى مضافا الى ان الفسخ ليس له معنى سوى زوال البيع و الرجوع الى ما قبل البيع اى عاقل يرضى بانّه يشتري شخص جاربه و يجامعها فى مدّه خيار القهريّه او الشرطيه ثم يردها الى البائع الى غير ذلك من التصرفات و ظاهر ان التصرف التام بالبيع لا خيار فى عدم البيع و لا يجتمع معه أيضا و ورد منهم صلوات الله عليهم ان الاقاله فى المبيعه لا يتحقق بالزيادة و النقيصه و ليس ذلك الا من جهه او الاقاله برفع اليد عن الالتزام فلا يصح بالزيادة فانهما تصرف او مستلزم له و ورد منهم أنّهم قالوا فى جواب من قال اشتر هذه الدّابه بعينها اربحك بكذا أنّه لا يوجب البيع قبل ان يستوجبها الى غير ذلك مع أنّه لم يصدر منهم عليهم السلام فى مقام من مقامات كون التصرف مسقطا بجواز اشتراط عدم المسقطيه مع أنّه لو جاز لزمهم عليهم السلام التصريح به لكونه مقام الحاجه اليه جزما لو جاز ذلك و كذا الحال فى فتاوى الفقهاء مع ان الظاهر من الكل السقوط مط و من جميع الوجوه كما لا يخفى و أيضا الخيار ليس الا التسلط على الفسخ ان ارادوا الالتزام كك و هو اما بالقول او الفعل بان يتصرف تصرف الملاكين فى ملكهم فكما لم يمكن الجمع بين التصريح بالالتزام او الزام و الخيار فى الفسخ فى زمان واحد بان يقول امضيت البيع و الزمته و الحال ان يكون لى الخيار فى الامضاء و الفسخ و يشترط ذلك فكذا التصرف المذكور اذ لو قال فسخت و ابطلت بشرط ان يبقى لى الخيار فى فسخ البيع و امضائه فلا شك فى بطلانه لأنه بالنسبه الى الفسخ تحصيل للحاصل و بالنسبه الى الالتزام جمع بين الصّدين و كك الحال لو قال امضيت البيع او الزمته من دون تفاوت و كك لو قال البائع أتصرف فى الثمن تصرف الملاك فى ملكه مع بقاء خيارى من دون تفاوت و زوال اصلا اذ لا شك فى ان تصرف الملاك فى ملكه و ان كان بعنوان الاتلاف الزام للبيع و امضاء له مع أنّه لا فرق بين اتلاف نفس الثمن او شىء منه و لو كان نفع منه عند الفقهاء بحسب الادله و من الثابت المسلم ان الاصل فى العقود اللزوم الا ما ثبت خلافه فكيف يتحقق نفع لازم من جهه و غير لازم من

جهه فى ان واحد و يكون اللزوم و غير اللزوم يؤثران فى ذلك الـن و مما ذكر ظهر ان اشتراط ارتجاع المبيع برد الثمن او مثله غير داخل فى خيار الشرط نعم اشتراط ارتجاعه بنفس الثمن لا مثله داخل فى خيار الشرط بلا تامل بخلاف ردّ المثل المستلزم للتصرف فانه غير داخل البته لـن كلماتهم صريحه فى ان التصرف مسقط لخيار الشرط و هو مقتضى القاعده و اما اشتراط ارتجاع المبيع برد مثل الثمن فهو مخالفه لقاعدتهم مثل كون العيب حيليا او كون المعامل مغبونا و لم يخرج العوض عن الملك اصلا لان الثمن برد مثله بعد الاتلاف او الاخراج عن الملك و المنع أيضا يجوز

للمشترى ان يتصرف فيه التصرف الغير المتلف و انه لا- بدّ من ارتجاع عين المبيع لا- مثله كما صرّح به الشارح لأنّ ذلك هو مقتضى النصّ الوارد فيه و الفتاوى و ان كان عبارتهم غير متفقّه على ضمّ ردّ المثل بل بعضهم بقول رد الثمن من دون تعرّض الى المثل فلعله لا يقول بجواز ردّ المثل اصلا و لا يجوز التصرف مط كما هو مقتضى القاعده اذ لا يكتفى بالقرينه و هى الشيوخ و التداول بين الشيعه فى الاعصار و الامصار و كون مستندهم مرسله اسحاق بن عمّار و غير ذلك و كيف لا تأمل فى عدم دخول خيار الشرط لان اصطلاحهم معروف و لا مشاحه فت و فى كثير ممّا ذكره نظر و

**ينبغى التنبيه على امور**

### **الاول كما يسقط خيار المشتري بالتصرف فى المبيع**

فكذا يسقط خيار البائع بالتصرف فى الثمن كما ينه عليه اطلاق الشرائع و فع و عد و التحرير و د و التنقيح و جامع المقاصد و الكفايه بل الظاهر أنّه مما لا خلاف فيه كما تبّه عليه فى المصاييح قائلا و كما يسقط خيار المشتري بالتصرف فى المبيع فكذا خيار البائع بالتصرف فى الثمن كما صرّح به جماعه و علم من رأى النافين للتعليل المشترك و عدم الفرق بين العوضين فى هذا الحكم

### **الثانى لو تصرف فيما انتقل عنهما**

فصرح فى المصاييح بأنّه فسخ منهما قائلا و لو تصرفا فيما انتقل عنهما فهو فسخ منهما لتصريح الاصحاب بان كل تصرف يمضى به البيع من احدهما فهو فسخ من الآخر و لان الفسخ كما يحصل بالقول يحصل بالفعل و التصرف كما يدلّ على الامضاء يدلّ على الفسخ بل دلّالته على الفسخ اقوى منهما على الامضاء فيكون اولى بالاعتبار و لأنّ هذا التصرف لو لم يكن فسخا لكان ممنوعا منه شرعا لمصادفته ملك الغير على المشهور من الانتقال بنفس العقد و الاصل فى تصرفات المسلمين وقوعها على الوجه السائغ الصحيح فيكون فسخا و يظهر ما صار اليه من ان ذلك فسخ من جامع المقاصد و لك و مجمع الفائده و الكفايه و ض و حكى فيه عن الغنيه دعوى نفى الخلاف فى ذلك فهو الاقرب

### **الثالث لو كان الخيار لهما و تصرف احدهما**

فان كان فيما انتقل عنه من ماله بطل الخياران كما صرح به في المصاييح لما عرفته مما سبق و ان كان فيما انتقل اليه من مال غيره كما اذا تصرف المشتري في المبيع او البائع في الثمن سقط خياره خاصه كما نبه عليه في بيع و التحرير و عد و الكفايه و لو اختار احدهما الامضاء و الاخر الفسخ قدم الفسخ على الاجازه لما نبه عليه في كره قائلًا فيما حكاه عنه في مجمع الفائده لو اختار

ص: ٣٣٩

احدهما الامضاء و الاخر الفسخ قدم الفسخ على الاجازه اذ لا يمكن الجمع و لا انتفائهما لاشتمال الجمع بين النقيضين فتعين تقدم احدهما لكن الذي اختار الامضاء قد دخل في عقد يفسخ باختيار صاحبه و رضى به فلا اثر لرضاه به لازما بعد ذلك

#### الرابع اذا كان الخيار لهما و تصرف احدهما فيما انتقل اليه

و اذن بذلك المتصرف الاخر فلا اشكال في سقوط خيار المتصرف و هل يسقط خيار الاذن او لا فيه قولان احدهما انه يسقط أيضا كما يسقط خيار التصرف و قد صار اليه في بيع و د و عد قائلين لو اذن احدهما و تصرف الاخر سقط خيارهما و حكى هذا القول في المصاييح عن التذكرة و التنقيح أيضا و ثانيهما انه لا يسقط و قد صار اليه في لك قائلًا و في بطلان خيار الاذن نظر و أطلق جماعه كونه مبطلا و عدم البطلان اوضح و ربما يستفاد هذا القول من مجمع الفائده و الكفايه للأولين و جهان احدهما انه نبه في الكفايه على دعوى الاتفاق على ما صاروا بقوله قالوا و لو اذن احدهما يبطل خيارهما و فيه اشكال و قد يناقش فيما ذكر بالمنع من دلالة كلامه على اراده دعوى الاجماع و الا- لما ظهر كونه محل اشكال فت و ثانيهما ما نبه عليه في لك بقوله بعد الاشاره الى ما في بيع اما خيار المتصرف فواضح و اما الاذن فوجه سقوط خياره دلالة الاذن على الرضا بالتصرف فيكون التزاما من البائع و اما من المشتري فلان تصرف البائع يبطل البيع فلا يبقى لخيار المشتري و لو لم يتصرف الماذون لم يبطل خياره و للآخرين ما نبه عليه في لك قائلًا- و في بطلان خيار الاذن نظر من دلالته على الرضا المزيل لحقه و من عدم منافات الرضا بالتصرف زوال الخيار و لأن غاية قبل وقوعه ان يكون الازاله بيده و هي لا تقتضى الزوال بالفعل و اورد عليه في المصاييح قائلًا و كما يسقط الخيار بالتصرف فكذا بالاذن كما في بيع و كره و عد و د و التنقيح لدلالته على الالتزام في المنقول عنه و الفسخ في المنقول اليه فان تصرف المأذون سقط خيارهما و الا خيار الاذن و استشكله المحقق الكركي و الشهيد الثاني و غيرهما لعدم ظهور الدلالة و لان التمكّن من الازاله غير الزوال بالفعل و يضعف بان مقتضى الاذن رفع الحجر من قبل الاذن و لا مانع غير الخيار فيرتفع بالاذن و لا يتوقف على وجود التصرف و الا لكان السقوط بالتصرف الماذون فيه دون الاذن كما اعترفوا به فان الاذن لم يوجد منه سوى الاذن فان لم يسقط الخيار به لم يسقط بالتصرف الذي هو فعل غيره و فيما ذكره نظر اما اولا فللمنع من دلالة الاذن على قصد اسقاط الخيار مط و اما ثانيا فللمنع من سقوط الخيار بمجرد القصد فاذا القول الثاني في غايه القوه الا في صورته يفيد الاذن اسقاط الخيار عرفا و عاده كما اذا اذنه بالتصرف الناقل للملك و قلنا بان مجرد قصد الاسقاط يوجب السقوط مط

#### الخامس حكى في المصاييح عن بعض الاصحاب القول بسقوط الخيار بالعرض

على البيع قائلًا واما العرض على البيع و نحوه ففى التحرير و غيره سقوط الخيار به لدلالته على الالتزام بالبيع و الخبر فيمن اشترى ثوبا بشرط فعرض له ربح فاراد يبعه قال ليشهد أنه قد رضيه و استوجبه ثم ليبعه ان شاء فان اقامه فى السوق و لم يبع فقد وجب عليه و مدلوله السقوط بالايجاب دون العرض و دلالته على الالتزام ممنوعه لقيام الاحتمال و لذا استشكله فى عد و مال الى نفيه فى الايضاح لكن مجزء الاحتمال لا- يمنع الدلالة اذ يكفى فيها الظهور و قد بينى الاشكال على الاكتفاء به فى دلاله الافعال فالاجود الاكتفاء كما يقتضيه ظواهر النصوص و السقوط بالتصرف الغير القاطع بالإجماع

### **السادس هل يشترط فى التصرف المسقط للخيار**

او الموجب للفسخ من الجانبين ان يكون المباشر له و الآتى به هو خصوص البائع و المشتري فلو تصرف و كيلهما عاما كان او خاصيا او وليهما ابا كان او جدا او حاكما او عدلا مؤمنا لم يوجب سقوط خيار الموكل و المولى عليه او لا يشترط ذلك بل يكفى فى التصرف ان يكون من قبل البائع و المشتري و لو بتوسط الوكيل و المولى فيه اشكال من ان فعل الوكيل و المولى بمنزله فعل الموكل و المولى عليه و لذا يسند اليهما افعال باعتبار صدورهما عن الوكيل و المولى لهما فى جميع الامور و من اصاله بقاء الخيار لاختصاص ما دل على سقوطه بالتصرف بغير الوكيل و المولى و عدم قيام دليل على عموم المنزله هنا و كون اسناد الافعال الى الموكل و المولى عليه باعتبار صدورهما عن الوكيل و المولى مجاز لصحة السلب و التبادر كما لا يخفى سلمنا كونه حقيقه فى الجملة او مط و لكن نمنع عموم الدليل فاذا الاحتمال الثانى فى غايه القوه الا فيما صدق عرفا حقيقه على تصرف الوكيل و المولى انه تصرف الموكل و المولى عليه فالاحتمال الاول ح لا يخ عن قوه و كيف كان فمراعات الاحتياط اولى و هل يشترط فى التصرف المذكور صدورهما من عاقل بالغ فلو اشترى بخيار ثم جن فتصرف فيما انتقل اليه بشرائه لم يسقط خياره و كذا لو اشترى المولى الصغير بخيار ثم تصرف فيه الصغير لم يسقط خياره او لا يشترط ذلك احتمالا ان و لكن الاقرب هو الاول

### **السابع هل يختص سقوط الخيار بالتصرف بالبيع او لا**

بل يعم افراد البيع و الصلح و الاجاره و غيرها فيه اشكال و لكن الاقرب الاحتمال الثانى لإطلاق الاجماع المنقول و الفتاوى الدالين على سقوط الخيار بالتصرف

### **الثامن لا اشكال و لا خلاف على الظاهر فى ان لمس الجاربه و تقبيلها**

و النظر الى ما يحرم على غيره النظر اليه و اخذ حافر الدابه و نعلها و ركوب ظهرها فراسخ من التصرفات المقتضيه لسقوط الخيار و يدل عليه اولًا- ظهور الاتفاق عليه و ثانيا اطلاقات الاجماع المحكيه و ثالثا خبرا على بن رثاب الموصوفان فى الكفايه بالصحه فى احدهما ما تقدم اليه الاشاره و فى الاخر المروى فى الكفايه عن قرب الاسناد قال قلت له يعنى الصادق عليه السلام ا رايتم ان ما قبلها المشتري او لامس قال فقال اذا قبل او لامس او نظر فيها الى ما يحرم على غيره فقد انقضى الشرط و لزمته و رابعا خبر محمد بن الحسن الصفار الذى وصفه فى الكفايه بالصحه أيضا قال كتبت الى ابى محمد فى الرجل اشترى من رجل دابه فاحدث فيها حدثا من اخذ الحافر او نعلها او ركب ظهرها فراسخ له ان يرد فى الثلاثه الايام التى له فيها الخيار بعد الحدث



الذى يحدث فيها او الركوب الذى ركبها فراسخ فوق اذا احدث فيها فقد وجب الشراء إن شاء الله تعالى و هل يختص التصرف المسقط للخيار

ص: ٣٤٠

بالتصرفات المذكوره او لا- بل يعم غيرها يظهر الاول من مجمع الفائده و الكفايه اما الاول فلقوله اعلم انى ما رايت دليلا على كون التصرف لمسقط الا ما تقدم من الروايه الداله على بطلان الخيار بالتصرف فى الدابه و الحدث فى الجاربه باللمس و التقبيل و النظر الى ما لا يجوز قبل الشراء و الظاهر ان ليس كل التصرف فى كل خيار مسقط و اما الثانى فلقوله و اعلم انى لا اعلم دليلا على كون كل شىء من التصرفات موجبا للزوم سوى ما ورد فى صحيحه على بن رثاب و صحيحه محمد بن الحسن الصفار فان ثبت اجماع فى غيرها كان متبعا و الا كان للتأمل فيه مجال و فيما ذكره نظر بل الاقرب هو الاحتمال الثانى لإطلاقات الاجماع المحكيه المعتضده بالشهره و بقاعده الاولويه فى الجملة و عليه فالضابط ما تبه عليه فى لك و موضع من الكفايه بقولهما ضابط التصرف ما يعد تصرفا كلبس الثوب للانتفاع به و ركوب الدابه له و استخدام العبد و حلب الشاه و نقله عن الملك عينا او منفعه و ان لم يكن لازما و هو جيد و هل يستثنى من ذلك التصرفات التى يراد منها مجرد الاختبار كذوق الطعام و ركوب الدابه لدفع الجموح و للنعل و امثاله او لا- صرح بالاول فى التنقيح و جامع المقاصد و مجمع الفائده و يظهر الثانى من اطلاق جمله من العبارات و المسأله محل اشكال من اطلاقات الاجماع المحكيه المعتضده باطلاق فتاوى جماعه و من امكان دعوى انصراف الاطلاق المذكور الى غير محل البحث فيبقى اصاله بقاء الخيار سليمه عن المعارض فاذا الاقرب هو الاحتمال الاول و استثنى فى جامع المقاصد من ذلك أيضا ركوب الدابه للخوف من الظالم و كذا استثنى منه ركوبها للرد و حكاها عن كره أيضا و حكى فى لك و مجمع الفائده عن بعض استثناء ركوبها للسقى و سوقها فى طريق الرد و سقيها و علفها قبل التمكن من الرد و عندى فى هذه الاستثناءات قوه و صرح فى لك بانه لو وضع على الدابه سرجا و نحوه و ركوبها للاختبار بادر بعد تحصيل الغرض الى نزعها فان ابقاه منع لأنه انتفاع و استعمال و يعذر فى ترك العذار و اللجام لخفتها و الحاجه اليهما فى قودها و كذا نعلها مع حاجتها اليه بحيث يضرها المشى بغير نعل و الا لكان تصرفا

### التاسع صرح فى لك و الكفايه بأنه لو وقع التصرف نسيانا

ففى منعه من الرد نظر و زاد الاول قائلا من صدقه و عدم قصده و ظاهرهما التوقف و كذا توقف فى جامع المقاصد قائلا لو وقع التصرف نسيانا كما لو وطئ الجاربه ظانا انها اخرى ففى سقوط الخيار نظر و ظ الروايه يقتضيه و لم اظفر فيه بكلام للأصحاب و صار فى ض الى أنه لا- يمنع من الرد قائلا بعد الاشاره الى روايه الا ان ظاهرها الاختصاص بالتصرف المقصود به التملك و هو ظ الغنيه حيث علل سقوط الخيار بالتصرف بأنه من المشتري اجازته و لا ريب فى السقوط بمثله اما السقوط بمطلق التصرف حتى الظاهر فى عدم قصد التملك و الالتزام بالعقد اما لوقوعه بعنوان الغفله و السهو او مراعات للمبيع بالضبط و الحفظ فمحل نظر للزوم الاقتصار فيما خالف الأصل ما دل على ثبوت الخيار على القدر المتيقن من النص و ما ذكره ق ره هو الاقرب

### العاشر اذا اشترط البائع الخيار لنفسه فى مدّه معينه

بحيث متى ما رد الثمن او مثله فيها كان له الفسخ فهل تصرفه فيما انتقل من المشتري اليه و هو الثمن في اثناء مدّه خياره يوجب سقوط خياره او لا بل التصرف هنا لا يوجب سقوط الخيار فيه قولان احدهما ان التصرف هنا يقتضى سقوط الخيار كما في غيره و قد صار اليه في المصايح قائلًا و للبائع اشتراط الرجوع في المبيع اذا رد الثمن في مدّه معيّنه و يسقط الخيار بانقضاء المده و لما يحصل الرّد و الايجاب من ذى الخيار و التصرف و الاذن فيه كما في مطلق خيار الشرط فانه نوع منه و انما يغيره في زياده قيد الرّد فلا يخالفه الا فيما يقتضيه القيد و ثانيهما ان التصرف هنا لا يقتضى ذلك و قد صار اليه في مجمع الفوائد و الكفايه قائلين الظاهر عدم سقوط هذا الخيار بالتصرف و يظهر من الرّياض المصير اليه أيضا و لهم وجوه منها ما تمسك به في مجمع الفوائد قائلًا على ان الظاهر سقوط الخيار في خيار الشرط مط لان غالبه لدفع الاحتياج الى الثمن و التصرف فيه فلو كان تصرف البائع فيه مسقطا لخياره فلا يترتب الفائده و منها ما نبه عليه في مجمع الفوائد أيضا بقوله و يؤيده أيضا عمل الناس دائر مدار شرط استرجاع الثمن على التصرف فيه و ليس الغرض بيعه بذلك الشرط الا التصرف بالثمن و بقاء الخيار الى المده المشتركة فالظاهر عدم السقوط ح بل و عدم سقوط خيار المشتري في التصرف بالبيع للأصل و الادله المتقدمه مع عدم دليل للسقوط بالتصرف و منها ما نبه عليه في مجمع الفوائد أيضا بقوله و لان الغالب انه انما يشتري للانتفاع في الجملة في هذه المدّه بالمبيع في مقابله ثمنه و الا لكان يقرضه و يترك هذا البيع ليفوض بثواب القرض نعم يمكن ذلك في خيار الشرط الذى ما اشترط فيه استرجاع المبيع و لا- استرجاع الثمن فانه كما يجوز اشتراط استرجاع المبيع يجوز اشتراط استرجاع الثمن أيضا و هو ظ و الدليل مشترك الا ان مرسله اسحاق في المبيع فقط ثم على تقدير تسليم ذلك مط يمكن اخراج ما شرط فيه عدم سقوط بالتصرف سواء تلفظ ذلك او يكون ذلك من نيتهما و قصدهما و يكون علمهما بانّه انما يفعلان ذلك للتصرف كافيا و يمكن حمل كلام الاصحاب من ان التصرف في خيار الشرط مسقط على غير الصور التى ذكرناها او حمل على تصرف المشتري في الثمن و البائع في المبيع تصرفا دالا على الملك و الفسخ مثل البيع و العتق و قد عرفت صحه اطلاق سقوط الخيار عنه مع الفسخ فقد علم ان حمل العبارة على ما استشكلوه من تصرف البائع في المبيع اسهل و خلافه اشد اشكالا و اصعب هذا كله مع عدم الدليل اصلا على ما رأيناه على سقوط خيار الشرط بالتصرف مع ثبوته بالدليل اليقيني من الكتاب و السنه و الاجماع و منها ما نبه عليه في مجمع الفوائد بقوله و يؤيد ما تقدم من مرسله اسحاق بن عمار انه باع رجل داره الى سنه للاحتياج الى ثمنه قال لا باس بهذا ان جاء بثمانها الى سنه ردها عليه و دلت على انه لو تصرف المشتري أيضا فيه بالعمد آنفا لم يفسخ و هو ظ و قد وصف الروايه المذكوره في المصايح بالموثقيه و لكنه اورد على ما ذكره في مجمع الفوائد قائلًا و استظهر في المجمع و الكفايه عدم سقوطها بالتصرف لأنّ المدار عليه في هذا و لأنه قد شرع لانتفاء البائع بالثمن و المشتري بالمبيع و لا يحصل الا بالتصرف فلو سقط الخيار به سقطت الفائده في وضعه و للموثق المفروض في بيع الدار لاحتياج البائع الى ثمنها مع التصريح فيه يكون الغلّه للمشتري

ص: ٣٤١

كما في الخبر و هو مع مخالفته لما عليه الاصحاب من سقوط خيار الشرط بالتصرف مط بين الوهن لان التصرف المسقط للخيار ما كان في زمن الخيار و الخيار هنا بعد الرّد لكونه مشروطا به فيكون متأخرا عنه و مقتضى النص و التعليلين المذكورين عدم السقوط بالتصرف الواقع قبله و هو كك لأنه تصرف في وقت اللزوم و لا يسقط به كما لا يسقط بالفسخ الصريح على ما صرحوا به و الخيار و ان كان مقدورا في المدّه المشترطه للقدره على سببه الذى هو الرّد الا ان التمكن منه لا يقتضى تحققه بالفعل و الحكم منوط بالفعلين دون القوه غير مطرده فيما اشترط فيه الرد في وقت منفصل عن العقد بعد سنه فالسنه لا خيار فيها بالفعل و

لا بالقوه و ما ذكره جيّد فالتصرف قبل ردّ الثمن او مثله غير مسقط للخيار و بعده مسقط

### الحادى عشر صرح فى المصاييح بانه يسقط الخيار بالايجاب منهما

بلا خلاف لسقوط الحقوق بالاسقاط و نبه على ما ذكره فى الرياض بقوله و يسقط هذا الخيار بالاسقاط فى المده اجماعا كما فى الغنيه و للزوايه الآتية فى سقوطه بالتصرف و فى مجمع الفائده بقوله الظاهر أنه يسقط بالاسقاط و ما ذكره جيّد و هل يشترط فى ذلك العلم او يكفى فيه الظن الاقرب الاول و لكن الظن المستفاد من ظواهر الالفاظ حجّه اذا كان معتمدا عليه عند اهل اللسان

### منهل ان مات من له الخيار انتقل الخيار الذى حقه بالارث الى وارثه

#### اشاره

كما ينتقل سائر امواله اليه فالخيار موروث لا يسقط بموت المورث و قد صرح بذلك فى يع و فع و عد و د و التحرير و جامع المقاصد و لك و الكفايه و ض و لهم و جوه منها ظهور الاتفاق عليه و يعضده أوّلا تصريح الرياض بأنه ممّا لا خلاف فيه و ان ظاهرهم الاجماع عليه و انه قول العلماء الاعلام و ثانيا تصريح الرياض بأنه حكى الاجماع عليه صريحا و هو و ان لم يبين الحاكي فيكون الزوايه ضعيفه السند الا انّ الضعف منجر بظهور عدم الخلاف مع أنّ الظاهر ان الحاكي من الفضلاء الثقات لبعده حكايته عن غيرهم و ثالثا تصريح لك و الرياض بان ذلك ممّا لا شبهه فيه و منها ما تمسك به فى لك و الكفايه من ان الخيار حق مالى من الحقوق قابل للانتقال كالشفعه و القصاص فينتقل الى الوارث و منها ما تمسك به فى ض من النبوى العام ما ترك الميت من حق فهو لو ارثه و ادعى جبره بعمل الاصحاب و العلماء الاعلام و تاييده بعمومات الارث كتابا و سنه و منها ان الخيار لو كان يسقط بموت المورث لما صح الصلح عليه و لما وجب الوفاء بالشرط الذى فى ضمنه و التالى بقسميه باطل لقوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و قوله تعالى الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ فَأَصْلِحُوا و عموم قوله ص الصلح جائز بين المسلمين الا ما احل حراما او حرم حلالا و قوله المؤمنون عند شروطهم و منها ان الخيار لو كان يسقط بموت المورث للزم ترتب الضرر فى خيار الغبن و العيب و الشرط و الاصل عدمه لعموم قوله ص لا- ضرر و لا- ضرر فت و منها ان الخيار لو كان ثابتا فى حيوه المورث فالاصل بقائه بعده عملا بالاستصحاب فت و

#### ينبغى التنبيه على امور

### الاول لا فرق فى موروثيه الخيار بين كونه خيار المجلس او الشرط او غيرهما

فجميع انواع الخيار موروث و قد صرح بهذا التعميم فى يع و فع و عد و هو ظ الارشاد و جامع المقاصد و لك و الكفايه و ض و قد صرح بموروثيه خيار المجلس و الشرط فى المهذب و لكن صرح فى ض بان فى موروثيه خيار المجلس وجهين و قولين و حكى فى لك احتمال سقوطه بالموت عن بعض و صرح فى مجمع الفائده بان فى موروثيه خيار المجلس تاملا و الاقرب عندى

انه كسائر الخيارات لعموم اكثر الادله المتقدمه و يعضده ما صرح به فى ض من ان ظ السرائر دعوى الاجماع على انه يورث و ان الاصل يقتضيه لا يقال يلزم الحكم بسقوط هذا الخيار بالموت لان مفارقه الدنيا ابعده من مفارقه المجلس لأننا نقول الاولويه ممنوعه كما صرح به فى لك محتجا بان المتبادر من التفرق التباعد بالمكان و انما هو ظ فى الجسم لا فى الروح مع ان الزّوج لا يعلم مفارقتها للمجلس فيستصحب الحكم و على المختار ان كان الوارث حاضرا فى مجلس البيع قام مقامه فى الخيار كما صرح به فى لك و هل يقوم مقامه فى اعتبار التفرق او يبقى الحكم معلقا بمفارقة الميت و الاخر رجح الاخير فى لك محتجا بظ النص و هو قوله ع البيعان بالخيار ما لم يتفرقا فان ضمير ما لم يتفرقا عائد الى المتبايعين و التفرق يصدق هنا بانتقال الحى و بنقل الميت مع عدم المصاحبه و معها يبقى الى ان يتفرقا و هو جيد و ظ التحرير و ان كان الوارث غائبا عن المجلس ثبت الخيار له أيضا لعموم النص و الفتوى و هل يثبت له الخيار فورا او يمتد بامتداد المجلس او يمتد الى ان يتفرق الميت و مبايعه الاقرب الاخير كما صرح به فى لك

### **الثانى ان كان الخيار خيار شرط**

ثبت للوارث فى بقيه المده المضروبه و لو كان غائبا او حاضرا و لم يبلغه الخبر حتى انقضت المده سقط خياره بانقضائها كالمورث و قد صرح بجميع ذلك فى لك و الكفايه و ض من غير اشاره الى خلاف و لا اشكال

### **الثالث ان كان الخيار خيار غبن**

فصرح فى لك بأنه يعتبر الفوريه فيه حين بلوغ الخبر و ان طال المده و هو جيد على القول بفوريه خيار الغبن

### **الرابع لو تعددت الورثه فان اتفقوا على الفسخ**

او الامضاء فلا اشكال فان اختلفوا فاختر بعضهم الاول و الاخر الثانى فصرح فى لك و مجمع الفائده بأنه يقدم الفسخ و هو اختيار القواعد و جامع المقاصد و صرح فى الكفايه و ض بان فيه نظر و على تقديم الفسخ فصرح فى لك عن الكفايه و ض بان فى انفساخ الجميع او فى حصّته ثم تخير الاخر لتبعض الصفقه و جهين و زاد الاول فصرح ان اجودهما الاول و اليه ذهب فى عد و كك فى جامع المقاصد محتجا بان فى ذلك تبعضا للصّفقه بالنسبه الى البائع و بان مورثهم أنّما ملك الفسخ فى الجميع و المنتقل اليه أنّما هو حقه و متى فسخ احدهم و اجاز الاخر قدم الفسخ

### **الخامس صرح فى عد و جامع المقاصد بان الخيار موروث الحصص**

و لجميع الورثه مقسوما عليهم كالمال و هو جيد و هل الزّوجه غير ذات الولد ترثه فى الارض كسائر الورثه او لا- صرح فى الكتابين بالاخير بعد الاستشكال فيه و صرح فى الثانى بانه ينشأ من انه حق خارج عن الارض فترث منه و من انه من الحقوق المتعلقة بها فارثه تابع لإرثها و مع انتفاء التابع ينتفى متبوعه و الاقرب ما صار اليه من انه لا ترث و كك ذات الولد على المختار

من أنّها لا ترث من الارض و هل ترثه فيما يستحق قيمته ارثا لا عينا او لا فيه اشكال و لكن الاحتمال الاول هو الاقرب

### السادس لو جن من له الخيار

ص: ٣٤٢

فصرح فى الارشاد و س و الكفايه و ض بان وليه يقوم مقاصه و الحق فى س بالجنون الاغماء و هو جيد

### السابع صرح فى الكفايه بانه لو كان الميت عبدا مأذونا

ثبت الخيار لمولاه

### الثامن هل يختص الحكم بان الخيار مورث بالخيار

التى هى فى البيع او لا بل يشمل جميع الخيارات حتى ما فى الصلح و الاجاره و النكاح لم اجد احدا صرح باحد الامرين و لكن الاقرب الاخير و عليه فاذا كان الخيار فى الصلح ما دام العمر بناء على جواز الجهاله فى الصلح فالظاهر أنّه لا يورث لانقطاعه بالموت و عدم بقائه بعده فلا يصدق انّ الميت ترك حقا فتأمل هذا

### ينبغى التنبيه على امرين

### الاول لو قلنا بان الصلح فرع البيع و الاجاره

و الهبه و العاربه و الابراء لزم ان يعتبر منه جميع ما يعتبر فى كلّ منهما من الشرائط و الاحكام اذا افاد فائدته فاذا افاد فائده البيع و جب اعتبار الكيل و الوزن و العدد و الذرع و عدم الجهاله فى العوضين و عدم التقابض فى المجلس و الخيارات بعد تحقق اسبابها و غير ذلك و لا يلزم ذلك على المختار و قد تبّه على ذلك فى التذكرة و لك و مجمع الفائده و الكفايه و قد تبين مما ذكر فائده البحث فى هذه المسأله

### الثانى على المختار هل يفيد الصلح فائده كل عقد عدا النكاح

او يختص بالعقود الخمسه التى تقدّم اليها الاشاره او يختص بالبيع الاقرب عندى هو الاول و الظاهر أنّه متفق عليه بين القائلين بالمختار

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ وَالصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَلَى خَيْرِ خَلْقِهِ مُحَمَّدٍ وَآلِهِ الطَّاهِرِينَ

## القول في مناهل الصلح

### مقدمه تضمن جملة من الكتب الاشارة الى تعريف الصلح

فصرح في الشرائع بان الصلح عقد شرع لقطع التجاذب و في النافع بانه مشروع لقطع المنازعة و في القواعد بانه عقد سائغ شرع لقطع التجاذب و في التذكرة بانه عقد شرع لقطع التنازع و في التحرير بانه عقد شرع لقطع التنازع بين المختلفين

### منهل لا ريب في مشروعيه الصلح و جوازه

و قد صرح به في الكتب المتقدمه و غيرها و لهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه و منها تصريح التذكرة بدعوى اجماع الامه على جواز الصلح في الجملة و يعضده اولا تصريح الكفايه بنفى النزاع في صحه عقد الصلح و ثانيا تصريح الرياض بان ذلك في الجملة مجمع عليه حاكيا له عن السيرائر أيضا منها ما تمسك به في لك من قوله تعالى **أَوْفُوا بِالْعُقُودِ** و منها ما تمسك به في التنقيح من قوله تعالى **إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ فَأَصْلِحُوا بَيْنَ أَخَوَيْكُمْ** و من قوله تعالى **لَا خَيْرَ فِي كَثِيرٍ مِنْ نَجْوَاهُمْ إِلَّا مَنْ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ** أو **مَعْرُوفٍ** أو **إِصْلَاحٍ بَيْنَ النَّاسِ** و من قوله تعالى **إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا** و من قوله تعالى **وَإِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صِْلِحًا** و من قوله تعالى **وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا** الى قوله **فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ** و قد تمسك بالآيتين الأخيرتين في التذكرة و لك و ض أيضا و لكن تأمل في مجمع الفائده في دلالتها و دلاله ما سبق عليهما من الآيات الشريفه على الصلح الذي ذكرها الفقهاء في كتاب الصلح و منها ما تمسك به في التذكرة و التنقيح و كثر العرفان و لك من النبوى المرسل الصلح جائز بين المسلمين الا ما حرم حلالا او حلل حراما و منها خبر حفص بن البختري الذي تمسك به في كره و وصفه تاره بالصيحه و اخرى بالحسن عن الصادق عليه السلام قال **الصِّلِحُ جَائِزٌ بَيْنَ النَّاسِ** و منها ما اشار اليه بعض الاجلّه من خبر هشام بن سالم الذي وصفه بالصحه عن ابي عبد الله عليه السلام قال لان اصلح بين اثنين احبّ الى من ان اتصدق بدينارين و منها ما اشار اليه بعض الاجلّه قائلًا و روى في البحار نقلا من كتاب الامامه و التبصره مسندا عن مصدق بن صدقه عن مولانا الصّادق عن ابيه عن آبائه عليهم السلام قال قال رسول الله صلى الله عليه و آله الصلح جائز بين المسلمين الا صلحا احل حراما او حرم حلالا و صرح بانّه رواه ق في يه مرسلا و منها خبر ابي حنيفه سابق الحاج قال امرنى ابو عبد الله عليه السلام اذا تنازع رجلان من اصحابنا في شىء ان اصلح بينهما و افتدى بهما من ماله و منها ما ذكره في التنقيح قائلًا قال ص اصلاح ذات البين افضل من عامه الصلاه و الصيام و قال الباقر عليه السلام رحم الله امرء الف بين وليين لنا يا معشر المؤمنين **الفوا و تعطفوا**

### منهل لا يشترط في صحه الصلح سبق نزاع و خصومه

بل لو وقع ابتداء على عين بعوض معلوم صحح و افاد نقل كل من العوضين كما في البيع و قد صرح بذلك في التنقيح و كثر

العرفان و جامع المقاصد و لك و الكفايه و الرياض و لهم و جوه منها ظهور الاتفاق عليه لا يقال قد صرح جمله من العبارات و قد تقدّم اليها الاشاره بانّ الصّيح لقطع النزاع و التجاذب و الخصومه و هو يقتضى اشتراطه لسبق الخصومه كما عن بعض العامه لأنّ القاطع للتجاذب مسيق بالتجاذب لأننا نقول هذا مندفع بما تبّه عليه في جامع المقاصد و لك و الرياض في مقام دفع الايراد المذكور من أنّه لا يلزم من كون اصل شرعيته لذلك ثبوته في كل فرد من افراده لأنّ القواعد الحكميه لا يجب اطرادها في كل فرد كالقصر في السّيف فانّ الاصل فيه وجود المشقه مع أنّه يثبت مع عدمها في كثير من الافراد و كالعده فانّها شرعت لاستبراء الرّحم مع انها ثبت في مواضع يقطع فيها براءه الرحم و بالجمله المرجع في اثبات حكم شرعيّ الى الدليل الدال عليه لا الى الحكمه التي شرع لأجلها كما نصّ عليه في لك و منها تصريح الرياض بانه قد استفاض دعوى اجماع الاماميه على ذلك و تصريح الكفايه بانّه لم نعرف خلافا بين اصحابنا في ذلك و منها ما تمسك به في لك و الكفايه و ض و اشار اليه في جامع المقاصد من العمومات المتقدّمه الداله على جواز الصّيح لا يقال لا نسلم شمولها لصوره عدم سبق المنازعه لان الظاهر من لفظ الصّيح عند الاطلاق صورته سبق المنازعه و يجب الحمل عليها لأننا نقول لا نسلم ظهور لفظ الصّيح في تحقق المنازعه بل يصلح اطلاقها بالاضافه الى دفع منازعه متوقعه محتمله و ان لم يكن سابقه كما يظهر من الآيه الخامسه فاشترط تحقق سبق في مفهومه باطل نعم لا تساعد الاخبار المتقدّمه على مشروعيتها حيث لم يسبق منازعه و لا يكون متوقعه و لكن يمكن الذب عنه بعدم القائل بالفرق بين الامه على ما صرح به في ض فكلّ من قال بالمشروعيه لدفع منازعه متوقعه و ان لم يكن سابقه كما دل عليه اطلاق الاخبار المتقدمه قال بها في صورته الخلو عن

ص: ٣٤٣

المنازعه مط و لو كانت متوقعه على أنّ هذه الصّوره من افراد الصّيح حقيقه لعدم صحّه السلب و ظهوره في غيرها و ان سلم فغير قادح هنا لأنّ الاستثناء في بعض الاخبار المتقدّمه قرينه على اراده العموم من الاطلاق فلا يجوز حمله على الفرد الظاهر فت سلمنا قصور الكتاب و السّينه المتضمنين للتصريح بجواز الصّيح عن افاده المدعى لكن يمكن اثباته بعموم قوله تعالى أوّفوا بالعقود كما تبّه عليه في ض و غيره و قوله صلى الله عليه و آله المؤمنون عند شروطهم و لا يرد عليهما المناشقه المتقدّمه قطعاً و يعضدهما جمله من الاخبار و منها خبر محمد بن مسلم و منصور بن حازم عن الصادقين عليهما السلام اللذين وصفهما بعض الأجلّه بالصّيحه أنّهما قالا في رجلين كان لكل واحد منهم طعام عند صاحبه و لا يدري كل واحد كم له عند صاحبه فقال كل واحد منهما لك ما عندك و لي ما عندى قال لا بأس اذا تراضيا و منها خبر الحلبي الذي وصفه بعض الاجلّه و غير واحد بالصّيحه عن ابي عبد الله عليه السلام في الرجل يكون عليه الشىء فيصالح فقال اذا كان بطيبه نفس من صاحبه فلا بأس و منها خبر اخر للحلبي قد وصفه بعض الاجلّه بالصّيحه أيضا عن ابي عبد الله عليه السلام في الرجل يعطى أفضه من حنطه معلومه يطحنها بدراهم فلّمّا فرغ الطحان من طحنه نقدته الدرّاهم و قفيزا منه و هو شىء قد اصطلحوا عليه فيما بينهم قال لا بأس به و ان لم يكن ساعره على ذلك

**منهل اختلف الاصحاب في ان الصّيح هل هو عقد مستقل قائم بنفسه و ليس فرعاً لغيره**

كسائر العقود او لا بل هو فرع لغيره على قولين الاول أنّه عقد مستقل و ليس فرعاً لغيره و هو للشرائع و التذكرة و التحرير و عد و س و اللّمعه و التقيح و كثر العرفان و جامع المقاصد و لك و الروضه و مجمع الفائده و الكفايه و ض و قد صرح في لف و

الرّوضه بأنّه الاشهر و فى التّقيح و جامع المقاصد و الكفايه بأنّه المشهور و فى الرّياض بأنّه مذهب اكثر اصحابنا بل عليه كافه المتأخريين منّا الثّانى انه فرع البيع اذا افاد نقل العين بعوض معلوم و فرع الاجاره اذا وقع على منفعه معلومه بعوض معلوم و فرع العاربه اذا تضمن اباحه منفعه بغير عوض و فرع الهبه اذا تضمن ملك العين بغير عوض و فرع الابرء اذا تضمن اسقاط دين و هو للمحكى فى جامع المقاصد و لك و ضه و غيرها عن الشيخ و حكاه عنه فى التّقيح الّا أنّه حكى عنه قولين قائلا للشيخ هنا قولان احدهما أنّه بيع و الاخر أنّه فرع عقود خمسها هى البيع و الاجاره و العاربه و الهبه و الابرء للقول الاول و جوه منها ظهور التذكره فى دعوى الاجماع عليه لقوله الصّح عند علماءنا اجمع عقد قائم بنفسه ليس فرعا على غيره بل اصل فى نفسه منفرد بحكمه و لا يتبع غيره فى الاحكام و يعضده اولا تصريح الرّياض بدعوى السرائر الاجماع على ذلك و ثانيا الشهره العظيمه الّتى لا يبعد معها دعوى شذوذ المخالف على أنّه يظهر من مجمع الفائده منع وجوده و منها ما تمسك به فى التذكره من عدم الدّليل على تبعيته على الغير و الاصل فى العقود الاصله و اليه اشار فى لف و التّقيح و الرّوضه بقولهم الاصله عدم الفرعيه و منها ان معظم العقود اصول لا يتفرع على غيرها فكذا عقد الصّح عملا بالاستقراء و منها ما تمسك به فى الكفايه قائلا بعد الاشاره الى القولين و لعل الاول اقرب لكونه غير البيع فيصح لكونه تجاره عن تراض و عموم أو فوا بالعقود و المؤمنون عند شروطهم و قوله ص الصّح جائز و كونه فرعا لغيره يحتاج الى دليل و قد تمسك فى لف بالعموم الرابع قائلا لنا قوله الصّح جائز بين المسلمين الا صلحا احل حراما او حرم حلالا و فى الحسن عن حفص البخترى عن الصادق عليه السلام قال الصّح جائز بين المسلمين و قد تمسك بالعموم الثّانى فى الرّياض قائلا الحجه فى ذلك ادله لزوم الوفاء بالعقود كتابا و سنه و منها ما تمسك به فى التّقيح قائلا و لأنّه لو كان يبيعا و فرعا لما صح الا حيث يصحّ و اللازم باطل فكذا الملزوم و الملازمه ظاهره و اما بطلان اللازم فانه يصح مع الجهل و الانكار و اشار الى ما ذكره فى ض أيضا و منها ما تمسك به فى الكفايه من عموم خبر الحلبي الذى وصفه بالصّح عن ابى عبد الله عليه السلام و غير واحد عن ابى عبد الله فى الرّجل يكون عليه الشىء فيصالح فقال اذا كان بطييه نفس من صاحبه فلا بأس و منها ما تمسك به فى الكفايه أيضا من عموم خبر عمرو بن يزيد الذى وصفه بالموثقيه قال سئلت ابا عبد الله عليه السلام عن رجل ضمن على رجل ضمانا ثم صالح على بعض ما يصلح عليه قال ليس له الا الذى صالح عليه و منها ما تمسك به فى الكفايه أيضا من خبر اخر لعمر بن يزيد قد وصفه بالصّح عن ابى عبد الله عليه السلام قال اذا كان للرجل على الرجل دين فمطله حتى مات ثم صالح ورثته على شىء و الذى اخذ الورثه لهم و ما بقى فهو للميت فهو يستوفيه منه فى الآخره و ان هو لم يصلحهم على شىء حتى مات و لم يقض عنه فهو للميت يأخذه به و منها ما تمسك به فى الكفايه أيضا من خبر محمّد بن مسلم و منصور اللّذين وصفهما بالصّح عن الصادقين عليهما السلام أنّهما قالوا فى الرّجل كان لكلّ واحد منهما طعام عند صاحبه و لا يدري كلّ واحد منهما كم له عند صاحبه فقال كل واحد منهما لصاحبه لك ما عندى و لى ما عندك فقال لا بأس بذلك اذا تراضيا و طابت انفسهما و للقول الثّانى ما نبه عليه فى ضه قائلا- ذهب الشّيخ الى أنّه فرع البيع و الهبه و الاجاره و العاربه و الابرء استنادا الى افادته حيث يقع على ذلك الوجه فيلحقه حكم ما لحق به ثم اجاب عنه كما فى التّقيح و جامع المقاصد و لك بانّ افاده عقد فائده اخرى لا

يقتضى الاتّحاد كما لا يقتضى الهبه بعوض فائده البيع لا يقال اذا افاد الصّح فائده البيع مثلا كان معناه معنى البيع حقيقه لعدم تعقل الفرق بين معنيهما ح فيلزم ان يعتبر فيه ما يعتبره فى البيع من الشّروط و الاحكام لصدقه حقيقه و هكذا الكلام بالنّسبه الى الاجاره و الهبه و العاربه و الابرء لأنّنا نقول لا نسلم ذلك لعدم صدق البيع حقيقه و صحه سلبه قطعا على أنّه لو اتحدا معنى ح لما كان احدهما اصلا و الاخر فرعا و هو باطل باعتراف الخصم فت و المعتمد عندى هو القول الأوّل و



اشاره

كما صرح به في ف

ص: ٣٤٤

و المراسم و فع و الشرائع و كره و التحرير و عد و د و عه و س و التنقيح و كنز العرفان و جامع و لك و ضه و مجمع الفائده و الكفايه و ض و صرح بصحته مع الانكار في الغنيه و لهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه و منها انّ العلامة في كره نسب ذلك الى علماءنا قائلًا يصح الصلح على الاقرار و الانكار معا سواء كان المدعى به دينًا او عينا عند علماءنا اجمع و يعضد اولا تصريح الغنيه الصلح جائز مع الانكار و الاقرار بدليل اجماع الطائفة و ثانيا تصريح الخلاف و جامع المقاصد و ضه بانه يصح الصلح مع الانكار عندنا و ثالثا تصريح التنقيح بان صحة الصلح مع الاقرار و الانكار مما انفردت به الاماميه و قاله الاصحاب و رابعا تصريح لك بان صحته مع الامرين عندنا موضع وفاق و خامسا تصريح مجمع الفائده بان صحته مع الامرين مذهب الاصحاب و سادسا تصريح الكفايه بان صحته مع الامرين مما لم يعرف فيه خلافا و سابعا تصريح الرياض بان صحته مع الامرين مما لا خلاف فيه بيننا و منها ما تمسك به في ف و الغنيه و كره و التنقيح من عموم قوله تعالى الصلح خير و يعضده قوله تعالى اوفوا بالعقود و قوله ص المؤمنون عند شروطهم و منها ما تمسك به في الغنيه و التذكرة و التنقيح من الاخبار المتقدمه المصرحة بان الصلح جائز بين المسلمين و اشار الى العمومات المذكوره في لك و مجمع الفائده و ض قائلين يدل على صحته مع الامرين اطلاق النصوص الداله على صحته و عموم الادله و منها ما تمسك به في الخلاف قائلًا و روى عنه انه قال كل مال و في الرجل به فهو صدقه فيجب ان يكون ما بذله المدعى عليه جائزا و يكون صدقه لانه قصد به وفاء قرضه و منها ما تمسك به في التذكرة من ان الصلح سبب لاسقاط الخصومه فجاز مع الانكار كالإبراء و الصلح مع الاجنبى و منها ما تمسك به في كره أيضا من ان الصلح وضع لقطع التنازع و هو انما يتحقق مع المخالفه بين المتداعيين بان ينكر احدهما ما ادعاه الاخر فلو لم يستمع الصلح مع الانكار انتفت اعظم فوائد الصلح و

ينبغي التنبيه على امور

الاول لا فرق في ذلك بين ان يكون المدعى به دينًا او عينا

كما صرح به في كره و هو ظ ما عداها من الكتب المتقدمه بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه كما تبّه عليه في كره

الثاني لا فرق في ذلك بين سبق النزاع و عدمه

كما صرح به في عد و س و ضه و هو ظ اطلاق ما عداها من الكتب المتقدمه بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه كما يستفاد من الكتب المذكوره

## الثالث صورہ الصلح مع الافرار ظ

كما صرح به في لك قال اما صورته مع الانكار بان صورته مع الانكار ان يدعى شخص على غيره دينا او عينا فينكر المدعى عليه فيصالحه على مال اخر او على بعض المدعى به او على غير ذلك من منفعه و غيرها كما صرح به في كره أيضا

## الزابع المراد بصحة الصلح مع الانكار صحته بحسب الظاهر

كما صرح به في التحرير و جامع المقاصد و لك و الكفايه و اما بحسب نفس الامر فلا يتسيح كل منهما ما وصل اليه بالصلح و هو غير محق حيث لا يكون المحق راضيا بالصلح باطنا بل انما يكون قصده رفع المكاذبه عنده و قد صرح بذلك في التحرير و عد و س و جامع المقاصد و لك و ضه و الكفايه و ض و لهم وجوه منها الاصل و منها عموم نفى الضرر و منها انه اكل مال بالبطل و لا يعد تجاره عن تراض تبيح مال الغير فيكون منهيا عنه لعموم قوله تعالى **وَ لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ** الايه و قد نبه على ذلك في لك و غيره فاذا انكر المدعى عليه و هو مبطل فيكون المدعى محقا واقعا مستحقا للمدعى به و الحق الثابت في ذمته و صولح على قدر بعض ما عليه في الواقع او ببعض العين او بمال اخر لم يستبح للمنكر ما بقى له من مال المدعى لا عينا و لا- دينا حتى لو كان قد صالح عن العين بمال اخر فهي بأجمعها في يده مغصوبه و لا يستثنى له منها مقدار ما دفع كما صرح به في لك و ضه و الكفايه و ض و تبه عليه في عد و التحرير و جامع المقاصد و لهم بعد ظهور الاتفاق عليه وجوه احدها ما تمسك به في لك و ضه من فساد المعاوضه ح و ثانيها ما تمسك به في الكفايه و ض و غيرهما من خبر عمرو بن يزيد الذي وصفه بالصحة عن ابي عبد الله ع قال اذا كان للرجل دين فمطله حتى مات ثم صالح ورثته على شىء فالذي اخذته الورثه لهم و ما بقى فهو للميت يستوفيه في الآخرة و ان هو لم يصلحهم على شىء حتى مات و لم يقض منه فهو كله للميت يأخذه به و ثالثها ما تمسك به في ض و غيره من خبر عداه موثقا عن رجل ضمن ضمانا ثم صالح على بعض ما صالح عليه قال ليس له الا الذي صالح عليه ثم صرحا بان في معنى هذه الروايه و ما تقدمها اخبار اخر و صرح في التحرير و س و ضه و ضه بأنه يستبيح للمدعى المحق ما يدفع اليه المنكر صلحا و زاد في التحرير فصرح بانه لا- فرق في ذلك بين ان يكون المدفوع من جنس المدعى به او غيره و لا بين ان يزيد على المدعى به او ينقص عنه و عندى في تملك المدعى لغير الجنس و الزائد على المدعى به واقعا نظر لما عرفت من فساد الصلح و لا- سبب لتمسكك غيره و التقاص هنا و ان امكن ان يكون سببا و لكنه يتوقف على شرائطه مع انه لا يجرى في الزائد و اذا رضى المدعى بالصلح باطنا فتبرأ ذمه المنكر و يملك ما يدفع اليه كما تبه عليه في عد و جامع المقاصد

## الخامس اذا كان المدعى مبطلا و المنكر محقا في نفس الامر

و وقع الصلح فلا يستبيح المدعى ما صولح به من عين او دين كما نص عليه في ذلك قائلا و انما حكمهم بالصحة بحسب الشرع لاشتباه المحق من المبطل لأن هذا كله اكل مال لو انما صالح المحق من المبطل دفعا لدعواه الكاذبه و قد يكون استدفع بالصلح ضررا عن نفسه و ماله و مثل هذا لا يعد تراض يبيح اكل مال الغير و قد صرح بما ذكره من التعليل في التوضيه و ضه أيضا و بعدم استحقاق المدعى هنا شيئا في عد و التحرير و جامع المقاصد و الكفايه بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه و ان أطلق صحته

الصّٰلِح مع الانكار فى الخلاف و الغنيه و المراسم و يع و فع و د و عه و كثر العرفان و التنقيح لظهور انصراف هذا الطلاق الى غير محل البحث سلمناه و لكن يحتمل ان يكون المراد الصّٰح به حسب الظاهر لا مط و لا نسلم مخالفه هذا الاحتمال للظفت

### السادس صرح فى لك و ضه بانه لو كانت الدعوى مستنده الى قرينه

تجوزها كما لو وجد المدعى بخط مورثه ان له حقا على احد فانكره و صالحه على اسقاطها بمال او شهد له من لا يثبت بشهادته الحق و لم يكن المدعى عالما بالحق و توجهت له اليمين على المنكر فصالحه على اسقاطها بمال او على قطع المنازعه فالمتجه صّٰح الصّٰلِح فى نفس الامر لان اليمين حق يصح الصّٰلِح على اسقاطها و مثله ما لو توجهت الدعوى بالتهمه حيث يتوجه اليمين على المنكر فلا- يمكن ردها و يظهر من الكفايه و الرياض فيما ذكره و التحقيق ان يقال ان استحق المدعى من المنكر يمينا فى الصور المذكوره و وقع الصّٰلِح على نفس اسقاط اليمين كان ما ذكره حسنا فلا يبطل هذا الصّٰلِح بتبين فساد الدعوى لما ذكر و ان وقع الصّٰلِح على نفس المدعى فالاقرب صّٰح الصّٰلِح ظاهرا لا باطنا فيفسد بظهور فساد الدعوى

ص: ٣٤٥

لما صرّح به فى جامع المقاصد من ان نفس الامر تابع لصّٰح الدعوى و كيف كان فلا ينبغي ترك الاحتياط هنا

### السابع انما يثبت صّٰح الصّٰلِح ظاهرا

بالنسبه الى من يعلم بالواقع كالمدعى و المنكر معا فى بعض الصور و كأحدهما فى اخر و اما من يعلم بانه كاذب فلا يثبت له الصّٰح مط سواء كان مدعى او منكرا فليس فساد الصّٰلِح واقعا يستلزم لفساده ظاهرا و لا صحته ظاهرا يستلزم صحته واقعا

### منهل يشترط فى صّٰح الصّٰلِح ان لا يكون محلا لحرام او محرما لحلال

فلو ادى الى تحليل حرام او تحريم حلال كان باطلا و قد نبه على ذلك فى النّٰهايه و الغنيه و فع و عد و اللّمعه و التنقيح و جامع المقاصد و ضه و لك و مجمع الفائده و الكفايه و ض و لهم و جوه منها ظهور الاتفاق عليه و منها انه صرّح فى التحرير بدعوى الاجماع عليه قائلا و قد اجمع العلماء كافه على تسويغ الصّٰلِح ما لم يؤد الى تحريم حلال او تحليل حرام و يعضده قول الرياض الصّٰلِح مشروع الا- ما حرّم حلالا- او حلّل حراما و لا خلاف فى صورتى الاستثناء و منها النّبويان المتقدّمان الصّٰلِح جائز بين المسلمين الا صلحا أحلّ حراما او حرّم حلالا و لا يقدر فيهما ضعف السند لانجباره بفتوى الاصحاب و لم يفسر هذا الشرط و لم يبين المراد منه فى النّٰهايه و الغنيه و يع و فع و التحرير و عد و س و لكن حكى فى ضه و لك و الكفايه و ض تفسير تحليل الحرام بالصّٰلِح على استرقاق حرّ او استباحه بضع لا سبب لإباحته غيره او على شرائها او احدهما الخمر و نحو ذلك و صرّحوا فى التنقيح بحسن هذا التفسير و ربما يظهر من القواعد لذكره فى امثله الاستثناء استرقاق الحرّ و استباحه بضع محرم و المصالحه بخمر او خنزير و صرّح فى جامع المقاصد بانّ الامثله المذكوره امثله لتحليل الحرام و لا اشكال فى فساد الصّٰلِح فيها و قد صرّح فى التّٰذكره بانه لو تصالحا على خمر او خنزير و استرقاق حر او استباحه بضع لم يقع و لم يفسد العقد سببا بل يقع العقد باطلا و

يؤيده ما ذكره حكاية بعض الاجله التفسير المذكور عن الاصحاب و يلحق بالمذكورات كل محرم بالذات علم بقاء تحريمه و عدم ثبوت الحليه له مع الضروره كأكل الميتة في المخصه و يقوم الظن المعتبر شرعا الذى هو اقوى من الظن الحاصل من العمومات الداله على صحه الصلح مقام العلم و بالجمله ما ثبت تحريمه شرعا بعلم او ظن لا يجوز الصلح فيه مع بقاءه على التحريم و اما اذا ورد عام يقتضى التحريم فى جمع الاحوال فيمكن الصلح فيه و تخصيص ذلك العام بغير صورته الصلح و لكن يشترط فى ذلك ان يكون العمومات الداله على صحه الصلح اقوى من ذلك العام و ممّا ذكر يظهر تفسير تحريم الحلال كما لا يخفى فانه عكس الاول و حكى فى ضه و لك و الكفايه و ض تفسيره بان لا يطاق احدهما حليلته او لا ينتفع بماله و استحسن هذا التفسير فى التنقيح أيضا و هو جيد فى الجملة و صرح فى لك و ض بان الاستثناء المذكور فى الروايات المتقدمه يكون متصلا لأنّ الصلح على مثل هذا باطل ظاهرا و باطنا و حكيا كما فى ضه عن بعض تفسير ذلك بصلح المنكر على بعض المدعى او منفعة او بذله مع كون احدهما عالما بطلان الدعوى كما سبق تحريره ثم صرحا بان الاستثناء فى تلك الروايات يكون منقطعاً للحكم بصحته ظاهرا و أنّما هو فاسد فى نفس الامر و الحكم بالصحة و البطلان انما يطلق على ما هو الظاهر و يمكن كونه متصلا نظرا الى بطلانه فى نفس الامر و هذا المثال صالح للأمرين معا فانه محلل للحرام بالنسبه الى الكاذب و محرم للحلال بالنسبه الى المحق و استحسن هذا التفسير فى التنقيح و فيه نظر و الذى يقتضيه التحقيق الرجوع الى العرف فى صدق اللفظين حقيقه فت

## منهل يصح الصلح مع علم المتصلحين

### اشاره

بما يتصلحان عليه و مع جهالتهما به فلا يشترط فى صحه الصلح العلم بما يقع عليه الصلح كما نبه عليه فى النهايه و الخلاف و الغنيه و يع و فع و التبصره و التحرير و د و كره و عد و س و التنقيح و جامع المقاصد و لك و مجمع الفائده و الكفايه و ض و لهم و جوه منها ظهور الاتفاق عليه و منها تصريح التذكرة بان ذلك مذهب علماءنا و يعضده اولا تصريح لك بان الصلح مع جهلها بمقداره بحيث يتعدّر عليهما علمه جائز عندنا و ثانيا تصريح الرياض بان ذلك ممّا لا خلاف فيه فى الجملة و منها ما تمسك به فى الغنيه و كره و ض من العمومات الداله على صحه الصلح من قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و قوله تعالى الصُّلْحُ خَيْرٌ و قوله ع فى روايات عديده الصلح جائز بين المسلمين و منها ما تمسك به فى التذكرة و نبه عليه فى جامع المقاصد و لك من ان من عليه حق يجهل قدره هو و مالكة و يريد ابراء ذمته و الخلاص من ذلك الحق الذى هو مطلوب للعقلاء و جب ان يكون له طريق الى ذلك و لا- طريق الا- الصلح فوجب ان يكون سائغا و الا لزم الحرج و الضيق فى الاحكام و هو منفى شرعا و منها ما تمسك به فى كره أيضا من ان الصلح اسقاط فيصح فى المجهول كالطلاق و منها ما تمسك به فى كره أيضا من أنّه اذا صح الصلح مع العلم و امكان اداء الحق بعينه فلئن يصح مع الجهل اولى و لأنّه اذا كان معلوما فله طريق الى التخلّص و براءة ذمه احدهما من صاحبه بدون الصلح و مع الجهل لا يمكن ذلك فلو لم يجز الصلح افضى الى ضياع المال على تقدير ان يكون بينهما مال لا يعرف كل واحد منهما قدر حقه و منها ما تمسك به فى لك و الكفايه و ض من خبرى محمد بن مسلم و منصور بن حازم اللذين وصفا بالصيحه عن الصيادقين عليهما السلام انهما قالا فى رجلين كان لكل واحد منهما طعام عند صاحبه لا يدري كل واحد منهما كم له عند صاحبه فقال كل واحد منهما لصاحبه لك ما عندك و لى ما عندى فقال لا باس بذلك اذا تراضيا عليه و

### الاول لا فرق فى صحة الصلح مع العلم و الجهل

بين ان يكون ما يقع عليه الصلح عينا او دينا كما صرح به فى بيع و فد و التحرير و كره و التبصره و عد و هو ظ اطلاق غيرها بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه كما نبه عليه فى كره قائلا لا يشترط العلم بما يقع الصلح عنه لا قدرا و لا جنسا بل يصح الصلح سواء علما قدر ما تنازعا عليه و جنسه او جهلاه دينا كان او عينا و سواء كان ارثا او غيره عند علماءنا اجمع

### الثانى لا يشترط فيما ذكر سبق المنازعه

كما صرح به فى لك قائلا و اعلم ان تقييد الاقسام بكون المصالح عليه متنازعا فيه غير لازم بل الحكم آت فى مطلق التصالح و ان لم يكن منازعه مع علمهما بما يتصلحان عليه و جهلها به كوارث تعذر علمه بمقدار حصته و شريك امتزج ماله بمال الاخر بحيث لا يتميز و لا يعلمان قدر مال كل منهما و نحو ذلك

### الثالث لا فرق فى ذلك أيضا بين ان يكون ما يقع عليه الصلح ارثا

او امانه او حقوقا اخر ماله يصح الصلح فيها و لا بين ان يكون

ص: ٣٤٦

المقصود منه فائده البيع او الاجاره او الهبه او سائر العقود التى فيها الصلح

### الرابع لا فرق فى صحة الصلح مع الجهل بين ان يكون المجهول ما يضر جهالته

فى صحة البيع و الاجاره و غيرهما او غيره فلا يشترط فى صحة الصلح الذى يقصد به فائده البيع و الاجاره و يقوم مقامهما تعيين الثمن و المثمن جنسا و لا قدرا فلا يشترط التعيين فى المكيل بالكيل و لا فى الموزون بالوزن و لا فى المذروع بالذرع و لا فى المعدود بالعد و لا فى المخروص بالخرص و بالجمله كلما يشترط فى صحة البيع و الاجاره و غيرهما من التعيينات فلا يشترط فى الصلح بل يصح مط و لو مع الجهاله الغير المفتقره فى العفو و المشار اليها كما هو ظ اطلاق المعظم بل لم اجد فيه خلافا و هل يصح الصلح على الكلى المبهم من جميع الجهات كشيء فيستحق ما صدق عليه الاسم حقيقه قليلا كان او كثيرا جليلا كان او حقيرا او لا فيه اشكال فالاحوط الترك و لكن احتمال الصحة فى غايه القوه لعموم اكثر الادله و معظم فتاوى اصحابنا الاجله و هل يصح الصلح على المشتركات اللفظيه من الاعلام الشخصيه و الجنسيه و اسماء الاجناس من غير معرفتهما للمراد فيه اشكال فالاحوط الترك بل لزومه فى غايه القوه لاستحاله الوفاء بمقتضى العقد فكل جهاله فى الصلح اذا لم يحكم العقل باقتضاء فساد العقد فهى غير موجه لفساده للعمومات السليمه عن المعارض مع اعتضاها بفتوى المعظم و ان فرض اقتضاء العقل فساد

العقد بجهاله كان اللازم العمل به فت

### الخامس هل يختصّ صحّه عقد الصلح مع الجهاله المفسده للبيع

والاجاره بصوره تعدّر رفعها فمع امكانه و لو بالتأخير الى مده لا يصحّ او لا بل يصح معها و لو حصل التمكن من رفعها حالا بغايه السهوله اختلف الاصحاب في ذلك على اقوال الاول أنّ الجهاله لا تفسد عقد الصلح مط و لو حصل القدره على رفعها حالا بمراعات الكيل و الوزن و العد و الذرع و المشاهده و الخرص و هو لظ اطلاق النّهايّه و الخلاف و الغنيه و يع و التبصره و كره و الارشاد و التنقيح و جامع المقاصد و الكفايه و صرح في الرياض بأنّه مقتضى اطلاق عبارات كثير من الاصحاب الثاني ان الجهاله مفسده مع التمكن من رفعها مط و هو لظ التحرير الثالث أنّ الجهاله مفسده مع التمكن من رفعها الا اذا كان جهلها بقدره لتعذر المكيال و الميزان و مست الحاجة الى نقل الملك فيصح الصلح ح من غير مراعات للكيل و الوزن و التأخير الى وقت الامكان منهما و هو للدروس و التنقيح و لك و ض و المسأله محل اشكال فلا ينبغي ترك الاحتياط فيها بمراعات القول الثاني و لكن القول الاول هو الاقرب لوجوه منها ظهور عبارته التذكرة المتقدم اليها الاشاره في دعوى الاجماع على صحه الصلح مع الجهاله و من نفى اشتراط العلم بما يقع عليه الصلح مط و يعضدهما ظهور مصير المعظم الى ما ذكره كما اعترف به في ض لا يقال يعارض ما ذكر تصريح مجمع الفائده بان الظاهر أنّه لا نزاع في لزوم معلوميه ما يقع عليه لأننا نقول لا نسلم صلاحه ما ذكره لمعارضه ما ذكر من وجوه عديده لا تخفى و منها عموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و منها عموم الاخبار المصرحه بان الصلح جائز بين المسلمين الا صلحا احلّ حراما و حرّم حلالا لا يقال الصلح مع الجهاله من المستثنى لا من المستثنى منه لأننا نقول لا نسلم ذلك بل هو من المستثنى منه كما لا يخفى و منها عموم ما تقدم من صحيحتي محمد بن مسلم و منصور بن حازم الناشئ من ترك الاستفصال و منها ان الصلح لو كان تفسده الجهاله لورود التنبيه عليه و على لزوم اعتبار التعيين المعتبر في الاخبار و كلام قدماء اصحابنا الايرار لتوفّر الدواعى على ذلك و ميسس الحاجة اليه و بطلان التالي في غايه الوضوح فالمقدم مثله و منها أنّ الصلح لو اشترط فيه ما يشترط في صحّه البيع و الاجاره من التعيينات لم يكن في مشروعيته كثير فائده لان الفائدة التي تحصل منه على هذا التقدير تحصل من غيره أيضا و التالي باطل لما تبّه عليه في التنقيح قائلا في الصلح نفع عظيم اذ مع قطع النزاع يحصل تمام نظام النوع و فوائد المعاش فلذلك وصفه سبحانه بانه خير اى خير عظيم و السعى فيه لإصلاح ذات البين فيه اجر جزيل قال صلى الله عليه و آله اصلاح ذات البين افضل من عامه الصلاه و الصيام لا يقال الفائدة العظيمه المقصوده من شرعيته الصلح تحصل بجوازه مع الجهاله في صورته تعدّر رفعها لأننا نقول هذه الصوره في غايه الندره و النادر كالمعدوم فلا يناسب ان يجعل الفائدة العظيمه ما ذكر فت و منها أنّ المستفاد من الآيات و الاخبار الكثيره ان مبنى الشريعه على التوسعه الكامله حتى أنّه ورد أنّ الدين اوسع ما بين السماء و الارض و من الظاهر أنّ عدم اشتراط رفع الجهاله في الصلح اوفق بالمعنى المذكور من اشتراطه فيه كما لا يخفى فت و قد اشار الى ما ذكر في مجمع الفائده لا يقال يعارض جميع ما ذكر عموم النهى عن الغرر اذ مع الجهاله يتحقق الغرر باعتبار الزيادة و النقصيه و التعارض بينه و بين العمومات الداله على اصاله صحه الصلح من قبيل تعارض العمومين من وجه و هو اولى بالترجيح منها لاعتضاده بعموم نفى الضرر و بالاعتبار و بان الاصحاب رجحوه على ادله الصّحه في كثير من المعاملات المختلفه كالبيع و الاجاره و نحوهما من المعاملات المقرره سلمنا المساوات و لكن معها يبقى اصاله الفساد و عدم الصّحه سليمه عن المعارض و قد نبّه على هذا و ما تقدم من وجوه الترجيح في ض لأننا نقول ما ذكر لا يصلح للمعارضه اما اولاً فلانا لم نجد في الكتاب و السنه ما يقتضى عموم النهى عن الغرر الا روايه نبويه مرسله و هى لا تصلح للحجيه لما بيناه

فى المفاتيح من عدم حجيه امثال هذه المراسيل لا يقال هى متلقاه عند الاصحاب بالقبول لاستنادهم اليها فى موارد عديده و المرسل و غيره من الخبر الضعيف اذا كان متلقى بالقبول كان حججه لأننا نقول ان جميع الاصحاب تلقوها بالقبول

بحيث يحصل العلم او الظن بصدورها عن النبى صلى الله عليه و آله نعم استند اليها جماعه من الاصحاب فى موارد و ذلك بنفسه لا- يكون حججه خصوصا مع احتمال كون الاستناد اليها من باب التأييد لا الاستدلال او من باب الزام الخصم بما يقول به سلمنا صحتها و اعتبار سندها و لكنها قاصره الدلاله عن افاده المدعى لانصراف اطلاقها الى الغرر المعلوم و من الظاهر ان الغرر هنا غير معلوم بل هو محتمل لإمكان عدم وقوع الزيادة و النقيصه بحسب الواقع فى الصلح الذى فيه جهاله فلا ينصرف اليه الاطلاق سلمنا انصراف الاطلاق الى الغرر الواقعى و لكن عليه يلزم الاجتناب عن كلما يحتمل فيه الغرر من باب المقدمه و هو لا يقتضى فساد المعامله التى احتمل فيها الغرر ابتداء ثم تبين بعدها عدم تحقق الغرر و اذا صح الصلح ح باعتبار العمومات الداله على صحته صح مع الجهاله مط لعدم القائل بالفصل بين افراد الصلح الذى فيه الجهاله من هذه الجهه و المعارضه بالمثل و ان امكنت الا ان المثبت للصحه و الناقل عن حكم

ص: ٣٤٧

الاصل اولى مضافا الى وجوه اخر من الترجيح على ان النهى فى المعاملات لا يقتضى الفساد فلو فرض تعلق النهى بنفس الصلح المفروض لم يلزم منه فساده الا- ان يقال لا- قائل بالفصل بين الحرمة و الفساد هنا فيلزم من الاول الثانى و لكنه محل اشكال و على تقدير التسليم فهو انما يتجه لو حل النهى على حقيقته و اما على تقدير حمله على الكراهه فلا يخفى فهو و ان كان خلاف الاصل الا- انه ينبغى المصير اليه لعدم ثبوت حرمة الغرر مط لأنه قد ثبت جواز البيع مع الغرر فى صورته تحقق الغبن و العيب و نحو ذلك و لا نسلم اولويه التقييد على المجاز سلمنا و لكن التقييد هنا يستلزم التقييد فى العمومات الداله على صحه الصلح و لا كك الامر اذا حمل هذا النهى على الكراهه و من الظاهر ان ارتكاب مجاز واحد اولى من ارتكاب تقييدات عديده سلمنا المساوات لكن معها يسقط الاستدلال بالروايات على المدعى الا- ان يقال انها كما تسقط ذلك كك يسقط الاستدلال بالعمومات الداله على صحه الصلح على صحته هنا فيبغى الاصل سليما عن المعارض و لكن قد يقال العمومات هنا ارجح لاعتضادها بالشهره فت على أنه قد يدعى ان جواز الغرر فى البيع و صحته معه فى صورته الغبن و العيب يستلزم جواز الصلح مع الجهاله التى يحتمل معها الغرر بطريق اولى فت و اما ثانيا فللمنع من ان عموم نفي الضرر يعاضد عموم النهى عن الضرر للمنع من تحقق الضرر هنا سلمنا و لكنه ضرر اقدم المتصالحان عليه لحكمه و فائده و لا نسلم انتفاء هذا الضرر فت و اما ثالثا فللمنع من اعتضاد عموم النهى عن الغرر بالاعتبار اذ العقل لا مدخله له فى هذه الاحكام التعبيديه على ان الاعتبار يعاضد العمومات الداله على الصلح المفروض كما لا يخفى و اما رابعا فللمنع من ان الاصحاب رجحوا عموم النهى عن الغرر على ادله الصحه فى كثير من المعاملات و اما خامسا فلان العمومات الداله على صحه الصلح اولى بالترجيح هنا لكثرتها و قطعيه سند بعضها باعتبار كونه من الكتاب و موافقها لإطلاق فتوى كثير من الاصحاب و اعتضادها بجمله من الوجوه المتقدم اليها الاشاره

**السادس لو قلنا بتوقف صحه الصلح على رفع الجهاله مع التمكن منه**

فهل يشترط فيها ح ما يشترط فى المعامله التى يقصد بالصلح فائدتها من التعيين فيشترط التعيين المعبر فى البيع من الكيل و

الوزن و العد و الذرع و الخرص اذا قصد بالصلح فائده او لا- بل يكفى العلم بما يقع عليه الصلح فى الجملة اما بوصفه او بمشاهدته فلا يحتاج فى المثل المذكور الى الكيل و الوزن و معرفه اجزاء الكرباس و القماش و الثياب و ذوق المذوقات و غير ذلك مما هو معتبر فى البيع صرح بالاخير فى مجمع الفائده محتجا بالاصل و بعدم دليل واضح على اشتراط غير ذلك و بعموم ما دل على صحه الصلح و بان الصلح شرع للسهوله و الارفاق بالناس ليسهل براءه ذمتهم فلا يناسبه الضيق و بان الصلح مبنى على المسامحه و المسايله ثم صرح بانه يؤيد ذلك تجويز الجهاله عند تعذر دفعها فان ذلك لا يجوز فى البيع عندهم فت و ربما يظهر من الارشاد الموافقه له لقوله و يكفى المشاهده فى الموزون و ما صار اليه هو الاقرب و ربما يظهر من الدروس الاول لقوله الأصح انه يشترط العلم بالعوض ان امكن و هو ضعيف و لكنه احوط خصوصا على القول بفرعيه الصلح لغيره من العقود بل يلزم ح الحكم بتوقفه على جميع ما يتوقف عليه البيع و الاجاره ان قصد فائدهما كما صرح به فى مجمع الفائده

### السابع اذا كان من عليه الحق

او عنده عالما بما يقع الصلح عليه كما و كيفا و بجميع ما يعتبر فى صحه البيع و الاجاره و الاخر جاهلا بجميع ذلك فهل يجب على العالم اعلام الجاهل او لا صرح بالاول فى التحرير و س و جامع المقاصد و لك و هو احوط و لكن فى لزومه اشكال ان اريد من الوجوب معناه المتعارف و هو مجرد ترتب العقاب على الترك للأصل السليم عن المعارض من الادله الاربعه و اما فتوى هؤلاء الجماعه فهى بنفسها لا تصلح للحجيه خصوصا على القول بعدم حجيه الشهره فالاقرب عدم الوجوب بهذا المعنى و ان اريد منه كون الاعلام شرطا فى صحه الصلح فهو مشكل للعمومات الداله على صحه الصلح السليمه هنا من المعارض من الادله المعتبره نعم قد يحكم بفساد الصلح فى بعض صور المسأله و لكن مجرد ذلك لا يصح اطلاق كلامهم و كيف كان اذا ترك من عليه او عنده الحق العالم به كما و كيفا اعلام الاخر المالك الجاهل بالامرین و صالحه بمبلغ معين و ثمن مبين لهما فان كان هذا الجاهل يرضى بهذا الصلح ظاهرا و باطنا و لو فرض زياده ماله بمراتب عما وقع الصلح عليه من المال الذى دفعه اليه من عليه او عنده الحق فهذا الصلح يكون صحيحا و لازما ظاهرا و باطنا فليس له الرجوع على من عليه الحق العالم له بعد ظهور الواقع و كونه ازيد مما دفعه من عليه و قد صرح بذلك فى كره و جامع المقاصد و لك و مجمع الفائده و الكفايه و ض و لهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه كما يستفاد من هذه الكتب لعدم اشارتها الى خلاف و لا اشكال فى ذلك و منها العمومات المتقدمه الداله على الصحه المؤيده بقوله تعالى **إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ** و بقوله ص لا يحل مال امرء مسلم الا عن طيب نفسه و منها ما تمسك به فى الكفايه و ض و غيرهما من روايه الحلبي التى وصفها بالصحه عن ابى عبد الله ع فى الرجل يكون عليه الشىء فيصالح قال اذا كان بطيبه نفس من صاحبه فلا باس و ان كان هذا الجاهل لم يرض بهذا الصلح الا لعدم ظهور كذب العالم المدعى و احتمال صدقه فلو فرض ان ذلك المال ازيد مما دفعه اليه من عليه او عنده الحق لم يرض بهذا الصلح فان كان ما دفع اليه الذى وقع عليه العقد يساوى ماله او يزيد عليه فالصلح صحيح ظاهرا و باطنا أيضا و لا يكون جهل المالك قادحا فى الصحه كما نبه عليه فى لك و مجمع الفائده و الكفايه و ض و ربما يظهر من كره و جامع المقاصد عدم صحه الصلح ح و هو ضعيف للعمومات الداله على صحه الصلح مع سلامتها عن المعارض و ان كان المدفوع أقل من المال المستحق كما لو علم شخص شغل ذمته بمائه مثلا فصالحه على أقل كالعشره فلا يفيد هذا الصلح باطنا اسقاط الباقي عمن عليه الحق و براءه ذمته عن جميع الحق ان كان ديننا و لا تملिका لو كان عينا فيكون باطلا باطنا بالنسبه الى هذه الزيادة فللمالك الجاهل اخذ بقيه المال بعد انكشاف الواقع فلا ينقص من حقه شىء و قد صرح بذلك فى التذكرة و التحرير و القواعد و التنقيح و جامع المقاصد و



لك و مجمع الفائدة و ض و لهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه كما يستفاد من هذه الكتب لعدم اشارتها الى خلاف و لا اشكال في ذلك و منها ما تمسك به في كره قائلان لان ذلك اكل مال بالباطل فيدخل تحت النهي و منها

ص: ٣٤٨

ما تمسك به في التنقيح قائلان لأن ذلك من قسم ما يحلل الحرام و منها ما نبه عليه بعض الأجله من ان هذا الصلح غرر فيكون منهيًا عنه و منها ما تمسك به في جامع المقاصد قائلان لعدم العلم بالرضا الباطني و منها ما تمسك به في مجمع الفائدة قائلان و لان دليل الصحة مع الجهل مخصوص بصوره الجهل الذي تقدم و منها ما تمسك به في كره و س و جامع المقاصد و لك و مجمع الفائدة و الكفايه و ض من خبر علي بن ابي حمزه قال قلت لأبي الحسن ع رجل يهودى او نصرانى كانت له عندى اربعة آلاف درهم ا يجوز ان اصالح ورثته و لا اعلمهم كم كان قال لا يجوز حتى تخبرهم لا يقال هذه الروايه ضعيفه السند باشتراك الراوى بين الثمالي الثقه و البطاني الضعيف فلا يصح الاعتماد عليها لأننا نقول هذا الايراد غير وجيه اما اولًا فلما نبه عليه في ض من انجبار ضعف سند هذه الروايه بتضمنه ابن ابي عمير المجمع على تصحيح روايته كما حكى و لعله الى هذا اشار في مجمع الفائدة بقوله و لا يضّرّ ضعف علي بن حمزه بأنه البطاني الواقفي المردود لأنه الذي يروى عن ابي الحسن ع دون الثمالي و اما ثانيا فلانجبار الضعف على تقدير تسليمه بظهور الاتفاق المتقدم اليه الاشاره و منها ما تمسك به في مجمع الفائدة من خبر عمرو بن يزيد الذي وصف فيه و في غيره بالصحة عن ابي عبد الله ع قال اذا كان للرجل على الرجل دين فمطله حتى مات ثم صالح ورثته على شىء فالذى يأخذ الورثه لهم و ما بقى فهو للميت يستوفيه منه في الآخرة و منها ما تمسك به بعض الاجله من خبر آخر عمرو بن يزيد قد وصفه بالموثقيه قال سئلت ابا عبد الله عن رجل ضمن ضمانا ثم صالح على بعض ما ضمنه قال ليس له الا الذى صالح عليه لا يقال تعارض هذه الاخبار روايه الحلبي المتقدمه لأننا نقول هذه الروايه لا تصلح لمعارضه تلك الاخبار من وجوه عديده فيلزم الحكم بفساد الصلح باطنا و اما ظاهرا فيلزم الحكم بصحته كما صرح به في ض و حكما بعض الاجله عن المحقق الثاني و الشهيد الثاني فيحكم به على كل واحد منهما و لا يجوز لهما الخروج عن مقتضاه ظاهرا لعدم العلم بكون من عليه الحق مبطلا في صلحه خادعا فيه و احتمال كونه محققا فيكون حاله مشتبهها فلا يكون صلحه باطلا في الظاهر و ان كان على مجهول نعم لو انكشف امره ظاهرا بعد الصلح بحيث علم مقدار المدعى به و زيادته على ما صالح عليه و لو بالاستفاضه و القرائن الحاليه و الشواهد الخارجيه و اعترف هو بذلك او شهد به العدلان اتجه بطلان الصلح ح ظاهرا أيضا و وجب عليه تسليم المدعى به ظاهرا لظهور شغل ذمته و بطلان المعاوضه ظاهرا و باطنا و قد صرح بجميع ما ذكر في ض و لا يحكم بانكشاف الواقع و كذبه بمجرد الاستفاضه الظنيه و غيرها من الامور المفيده للظن كشهادة العدول و شهادة الفساق و شهادة امرأتين و غير ذلك مما لا يكاد يحصى و هل بعد ظهور فساد الصلح باطنا يحكم بفساده مط و لو بالنسبه الى القدر الذي دفعه من عليه الحق فيكون وجوده كعدمه و لا يترتب عليه اثر ح او لا بل لا نحكم بالفساد الا بالنسبه الى الزائد عن ذلك المقدار فالصلح بالنسبه اليه صحيح يظهر من الاكثر الأول و من نادر الأخير و المسأله محل اشكال و لكن القول الأول هو الأقرب

**الثامن ان كان المستحق عالما بقدر الحق و الغريم جاهلا به**

و يريد التخلص منه فان وقع الصلح على قدر الحق او دونه صح كما مرّ صرح به في لك و صرح به في ض مدعى عليه الاجماع

و ان وقع على الزائد على الحق فان رضى الغريم به مط و لو مع انكشاف الواقع و تبين هذه الزيادة صح أيضا لأن العبره ح فى اباحه ذلك الزائد بالرضا الباطنى و ان لم يرض به لاعتقاده عدم الزيادة فلا يصح باطنا و يصح ظاهرا كما صرح به فى لك و ض و هو ظ من القواعد و التحرير و جامع المقاصد

### التاسع لو كان له مال و اراد نقله الى غيره

و كان عالما بقدره دون ذلك الغير و نقله الى ذلك الغير بعقد الصيـلح من غير تبين المقدار فالظاهر صحه الصلح هنا و كذا فى عكسه و هو كون المالك جاهلا بمقدار ماله و الغير عالما به للعمومات الداله على صحه الصيـلح مع سلامتها عن المعارض هنا لاختصاص النص و الفتوى منه بغير المفروض كما لا يخفى

### منهل لا اشكال فى كون الصلح من العقود المتوقفه على رضا الطرفين

#### اشاره

و المشتمله على الايجاب و القبول و قد صرح بكونه عقد فى الشرائع و التحرير و كره و عد و لف و كثر العرفان و التنقيح و الكفايه و ض بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه و قد صرح فى التذكرة بأنه مذهب علماءنا و حكى فى ض عن السيرائر دعوى الاجماع عليه فلا يجزى الصيـلح فى الايقاعات كلها و لا اشكال فى صحه هذا العقد اذا كان الايجاب و القبول بلفظين عربيين غير ملحوفين متقارنين عرفا و هل يشترط اللفظ فيه فلا يكفى المعاطات و الأفعال الداله على المراد او لا لم اجد احدا تعرض لهذه المسأله الا-المقدّس الأردبيلى ره فانه نبه عليها قائلا فى مجمع الفائده ثم اعلم ان ظاهرهم اشتراط الصيغه الخاصه للايجاب و القبول و المقارنه كما فى سائر العقود فانه عقد لازم الى قوله و البحث جواز المعاطات مثل ما تقدم و اكتفى بالاشاره و لم ينقح الكلام هنا و الأقرب عندي صحه المعاطات هنا لاندراجها تحت العمومات الداله على صحه الصيـلح و هى هنا سليمه عن المعارض و لفحوى ما دل على جوازها فى البيع لأنه اكثر شروطا و اضيق مدخلا فاذا ثبت فيه لزم ثبوتها فى الصلح الذى مبناه على السيهوله و التوسعه و للسيره المستمره بين المسلمين من عدم الالتزام بمراعات الصيغه و تركها غالبا نعم قد يشكل الفرق بين المعاطات الخاليه عن الايجاب و القبول اللفظيين فى الصلح و بين المعاطات فى البيع و الهبه المعوضه فت و كيف كان فمراعات اللفظ فى الايجاب و القبول هنا احوط على تقدير كونه شرطا فهل يعتبر فيه العربيه و عدم اللحن او لا الاقرب الثانى لعدم اشتراط ذلك فى عقد البيع فلا يشترط فى الصيـلح أيضا لما تقدم اليه الإشاره و للعمومات المتقدمه و هل يشترط المقارنه بين الايجاب و القبول و تقدم الأوّل على الثانى او لا-الأقرب الثانى للعمومات المتقدمه اليها الإشاره الخاليه عن المعارض و لخلو النصوص و الفتاوى عن الحكم بالأمرين و لكنهما احوط و

#### ينبغى التنبيه على امور

### الأول عقد الصلح عقد اللازم من الطرفين

كعقد البيع فلا يجوز لكل من الموجب و القائل الفسخ اقتراحا حيث ما شاء و قد صرح بكونه من العقود اللّازمه فى المراسم و يع و فع و د و التحرير و عد و التبصره و س و مجمع الفائده و الكفايه و ض و لهم و جوه منها ظهور اتّفاق القائلين بكونه عقدا مستقلا و ليس فرعا على غيره عليه كما نبه عليه فى لك و مجمع

ص: ٣٤٩

الفائده و منها أنّه حكى فى ض عن بعض الأصحاب دعوى الاجماع على ذلك قائلا هو عقد لازم من طرفيه مط على الأقوى وفاقا لأكثر اصحابنا بل عليه كآفه المتأخّرين منّا بل عن التذكرة و السرائر عليه اجماعا و هو الحجّج و منها ما تمسّك به فى لك و مجمع الفائده و ض من عموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و منها ما تمسّك به فى مجمع الفائده من ان الاصل فى العقود اللّزوم و فيها ما تمسّك به فى الكفايه من عموم ما دلّ على وجوب الوفاء بالشّروط

### **الثانى لا فرق فى ذلك بين ان يقصد الصّح فائده العقد اللازم**

كالبيع او الاجاره او العقد الجائر كالعاريه و الهبه على بعض الوجوه كما يظهر من اطلاق الشرائع و فع و التبصره و د و التحرير و عد و س و هو واضح على المختار من كونه عقدا مستقلا قائما بنفسه و اما على القول بالفرعيه ينبغى ان يكون لازما اذا كان فرعا لعقد لازم كالمثاليين الاولين المذكورين و جائزا اذا كان فرعا لعقد جائز كالمثاليين الأخيرين المذكورين و قد صرح بما ذكر فى لك و مجمع الفائده و الكفايه

### **الثالث اذا تقابلا و اتفقا على فسخه و رضيا به**

جاز الفسخ فالإقاله هنا جائزه كما فى البيع و قد صرّح بذلك فى بيع و فع و التبصره و د و التحرير و عد و س و لك و مجمع الفائده و الكفايه و ض و لهم و جوه منها ظهور الاتّفاق عليه كما يستفاد من الكتب المذكوره لعدم اشارتها الى خلاف و لا اشكال فى ذلك و منها أنّه صرح فى مجمع الفائده بدعوى الاجماع قائلا و لعلّ وجه الابطال بالتراضى و التقايل الاجماع و يعضده تصريح ض بأنّه لا خلاف فى ذلك و منها ما تمسّك به فى مجمع الفائده قائلا و لعلّ وجه الإبطال بالتراضى أنّه اكل مال بطيب نفس و تجاره عن تراض و قد احتجّ بما ذكره فى ض أيضا و منها ما تمسّك به فى ض من ادلّه استحباب الإقاله و هل يتوقّف الفسخ ح على لفظ او لا بل يكفى مجرّد القصد الأقرب الثّانى لإطلاق الفتوى و عموم الادلّه

**منهل اذا اصطاح الشريكان عند انتها الشّركه و اراده القسمة على ان يكون الرّبح و الخسران على احدهما**

### **اشاره**

و للاخر رأس ماله و لم يعلما بتحقيق الأمرين صحّ هذا الصّح كما نصّ عليه فى النهايه و يع و فع و التبصره و التحرير و عد و د و كره و س و عه و التنقيح و جامع المقاصد و لك و ضه و مجمع الفائده و الكفايه و ض و لهم و جوه منها ظهور الاتّفاق عليه كما نبّه عليه فى ض قائلا لا خلاف فى ذلك و منها ما تمسّك به فى كره و التنقيح و ض من العمومات الدّاله على صحّحه الصّيح و

منها ما تمسك به فيها و فى التحرير و جامع المقاصد و غيرها من خبر ابي الصّباح الكنانى الذى وصف بالصّححه فى كره و التحرير و س و جامع المقاصد و مجمع الفائده و الكفايه و غيرها عن الصّادق ع فى رجلين اشتركا فى مال فربحا فيه و كان من المال دين و عليهما دين فقال احدهما لصاحبه اعطنى رأس المال و لك الرّبح و عليك التّوبى فقال لا باس اذا اشترطا فان كان شرطا يخالف كتاب الله رد الى كتاب الله عزّ و جل و روى هذه الرّوايه بطريق عدّه و متون مختلفه كما تبّه عليه بعض الاجلّه قائلًا و الاصل فى هذا الحكم ما فى الصّحيح او الحسن عن ابي عبد الله ع ثم ساق الرّوايه ثم اشار الى الطّرق قائلًا و رواه فى يه و يب الا- أنّه و كان من المال دين و عين و لم يقل و عليهما دين و رواه فى يب بسند آخر عن ابي عبد الله ع مثله الا أنّه قال و كان المال دينًا و لم يذكر العين و لا عليهما دين و رواه فى يب بسند اخر عن داود الازارى عن ابي عبد الله ع الا أنّه قال و كان المال دينًا و عينا و قد وصف فى التحرير و التنقيح و الكفايه روايه الحلبي بالصّححه لا يقال ليس فى هذه الرّوايه دلالة على أنّ ما فعله الشّريك كان من باب الصّيلح فلعله من باب اخر لأننا نقول هذا الايراد ضعيف اما اولًا فلان ترك الاستفصال فى الرّوايه يقتضى شمول الصّيلح و هو كاف فى اثبات جوازه و اما ثانيًا فلأنّ كثيرًا من الاصحاب فهموا من الرّوايه الصّليح و الخطاء فى الفهم من مثلهم فى غايه البعد و اما ثالثًا فلان اظهر محتملات الرّوايه الصّليح كما لا يخفى و

### ينبغى التّنبه على امور

### الاول هل يتوقّف صحّه الصّليح المفروض على جهاله المتعاقدين

عند اراده القسمه بالرّبح و الخسران فلو علما او احدهما باحد الامرين لم يصحّ او لا صرح فى التنقيح بالأوّل محتجا بأنّه مع العلم بكون الصّليح من قسم ما احل الحرام فلا يكون صحيحًا و فيه نظر فانى لم اجد احدا وافقه فيما فصله بل من عداه من الاصحاب اطلقوا الحكم بالصّححه فى هذه المسأله كالرّوايه أنّها ان يمنع من شمول هذا الاطلاق لصوره العلم خصوصا اذا عم لكّل منهما فيكون القدر المتيقن من النّصّ و الفتوى فى الحكم بالصّححه هو صوره جهلهما فيحكم فى غيرها بالفساد عملا- بالاصل أنّ ان يدفع بالعمومات الدّاله على صحّه الصّليح و قد يتأمل فى شمولها لصوره علمهما بل و لصوره علم احدهما لأنّ القصد لمعنى العقد شرط فى صحّته قطعًا و هو مع العلم غير ممكن التحقق فت و كيف كان فترك هذا الصّليح فى صوره العلم مط احوط بل احتمال فساد فيها لا يخ عن قوه

### الثانى هل يشترط فى صحّه الصّليح المفروض كون بعض المال دينًا

و بعضه عينا او لا بل يجوز و لو كان كله دينًا او عينا يظهر من اطلاق ما عدا التذكرة و جامع المقاصد الثّانى و هو الاقرب عملا بالعمومات المعتضده باطلاق فتوى المعظم بل صرح فى مجمع الفائده بدعوى الاتفاق عليه قائلًا الخبر مخصوص بكون بعض المال دينًا و بعضه عينا و الظاهر أنّه ليس ذلك بشرط بالاتفاق فت و ربما يظهر من الكتابين الأوّل

### الثالث هل يصحّ هذا الصّليح عند ايقاع عقد الشّراكه

و في أوّل الامر او لا بل يختص الصّححه بصوره اراده القسّمه و انتهاء الشركه فيها احتمالا ان احدهما أنّه يصح ذلك و هو مقتضى اطلاق النّافع و يع و التبصره و التحرير و عد و د و الكفايه كما تبّه عليه في لك قائلا ذهب اليه الشّيخ و جماعه زاعمين ان اطلاق الرّوايه يدلّ عليه و لعموم المسلمين عند شروطهم و يعضد ما ذكر العمومات الدّاله على صحّ الصّححه و قد يناقش فيه اما اولا فلما نبه عليه في ض قائلا- و ليس في الرّوايه كالعباره و ما ضاهاها من عبارات الجماعه عموم الحكم للصّححه لصوره اشتراط ذلك في عقد الشركه او بعده و ان لم يرد القسّمه لظهور سياق الرّوايه فيما قيدنا به العباره و تعقيب القول بان الرّبح و الخسران لأحدهما و رأس المال للاخر للشركه و حصوله بعدها و بعد اراده القسّمه لقوله فربحا ربحا و اعطنى راس المال و ليس في قوله اذا اشترط منافات لذلك لاحتمال ان يكون المراد منه اذا تراضيا رضا يتعقب اللّزوم لوقوعه في عقد لازم كعقد صلح و نحوه و ليس المراد اذا اشترط في عقد الشركه كما توهم لاختصاصه ح بنفى البأس في صوره وقوع الشّروط بل و دلالاته بمفهوم الشّروط على ثبوته مع وقوعه في غيره و لا قائل بهما فتعيّن كون المراد ما ذكرنا و وجه اشتراطه ع ذلك خلو السّؤال عن بيان رضى الاخر و أنّما غايته

ص: ٣٥٠

الدلاله على صدور القول من حدهما و نحوها العباره في عدم العموم للصّوره المذكوره لان اشتراط ذلك فيها لا يسمّى صلحا بل اشتراطا و يعضد ما ذكره تصريح لك بان خبر ابي الصّلاح مشعر بكون الشرط عند الانتهاء و قد يناقش فيما ذكره قدّس سره بان الاحتمال المذكور في غايه البعد لأنّ اطلاق الاشتراط و اراده مجرد التراضى غير معهود لا- في الروايات و لا في كلام الاصحاب و الفصحاء بل المعهود هو المعنى المتعارف المتبادر منه و هو لا يتحقق غالبا الا حين العقد فيلزم حمل الاطلاق في الرّوايه عليه و ليس ظهور السّؤال في وقوع قول احدهما اعطنى اه عند اراده القسّمه يقتضى حمل قول الامام ع اذا اشترط ذلك على ذلك أيضا لعدم الملازمه و مخالفته للقاعده من وجوب حمل اللفظ على ظاهره و اذا صح اشتراط ذلك عند عقد الشركه صح الصّححه كك أيضا لظهور عدم القائل بالفرق مع ان فحوى قوله ع اذا اشترط ذلك يقتضى صحه الصّححه كما لا يخفى و اشار الى ما ذكرناه بعض الاجله قائلا و دعوى ان في الرّوايه اشعارا بان ذلك القول عند انتهاء الشركه و اراده فسخها مم فان غايه ما يدلّ عليه كون هذا الشرط قد وقع بعد الشرط و العمل بالمال المشترك حتى صار بعضه او كله دينا و هذا لا يلزم فيه اراده الفسخ و انه اخر الشركه بل يمكن ان يكون هذا الكلام وقع في الاثناء بانهم لما اشتركوا على العمل بذلك المال بمقتضى الشركه من كون الزيادة للجميع و النقص على الجميع اشترط بعضهم هذا الشرط في الاثناء و استمروا على الشركه بهذا الشرط و لعل في قوله ع لا باس اذا اشترط ما يشير اليه بمعنى انه لا باس بالشركه على هذا الوجه مستمران على العمل بالشركه على هذا الوجه و الا فلو كان المراد انما هو ما ذكره من ان هذا القول عند انتهاء الشركه و اراده فسخها فأنّه لا وجه للتعبير بالشرط بل كان ينبغي ان يقول لا باس اذا تراضيا بذلك فان لفظ الشرط انما يناسب استمرار العقد بان يكون العقد باقيا بهذا الشرط لا انقطاعه و تمامه كما لا يخفى و بذلك يظهر صحه اطلاق من أطلق في العبارات المذكوره و يعضد ما ذكره قول مجمع الفائده على ان في اشعار الخبر بكونه في الانتهاء مناقشه اذ الظاهر صحه الصّححه و تحقق الشركه و ان كان الشرط في اثناء المعامله او بعدها و الظاهر انه ليس في الخبر ما ينافى ذلك نعم انه مخصوص بما بعد المعامله بل ظهور الربح و اطلاق عباره النافع و غيره و ان لم يشمل صورته الاشتراط في عقد الشركه و لكنه شامل لصورتى وقوع الصّححه المفروض عند انتهاء الشركه و اراده القسّمه و وقوعه عند صدور عقد الشركه كما لا- يخفى و اما ثانيا فبمنع شمول العمومات المذكوره لمحل البحث لما سيأتى اليه الاشاره من فساد اشتراط كون الربح و الخسران لأحدهما و راس المال للاخر فت و ثانيهما انه لا يصح ذلك و لصريح الدروس و لك و ضه و

ض و ظ النهايه و جامع المقاصد و لهم ما نبه عليه في الكتب المصرحه بذلك من منافات المفروض وضع الشركه شرعا حيث انها تقتضى كون الربح و الخسران على حسب راس المال و قد يناقش فيما ذكر بما نبه عليه بعض الاجله قائلا بعد الاشاره الى الوجه المذكور و للمناقشه في ذلك مجال فانه لا يخفى انه و ان كان هذا الشرط انما ينافى الشركه الا ان هذا شأن اكثر الشروط فان مقتضى عقد البيع للزوم من الطرفين فلا يجوز لأحدهما فسخه بغير سبب موجب مع انه يصح لأحدهما اشتراط خيار الفسخ بلا خلاف و لا ريب انه مناف لمقتضى العقد الذى هو للزوم من الطرفين و اورد عليه فى ض قائلا هذا الشرط مخالف لمقتضى الشركه من تبعه الربح لرأس المال كالخساره فيكون مخالفا للكتاب و السنه فيكون فاسدا بالإجماع المعتبره و ليس مثل هذا الشرط كاشتراط الخيار فى عقد البيع و نحوه فى المنافات لمقتضى العقد لأنه للزوم و اشتراطه يوجب التزلزل المنافى له فينتقض به لصحته اجماعا و ذلك لانه مقتضى عقد البيع انما هو الانتقال خاصه و انما للزوم من صفاته و كفياته الخارجه فاشتراط الخيار ليس مناف لمقتضاه البتة و لا كك عقد الشركه فانه ليس له مقتضى سوى ما مر و حيث اشترط خلافه لم يبق للشركه معنى بالكلية و يكون بمنزله العقد للشيء بشرط عدمه كما ان البيع المشترط فيه عدم الانتقال ككك لمنافات الشرط لمقتضاه البتة فاذا القول بعدم الصحه فى غايه

القوه وفاقا للدروس و المحقق الثانى و ضه و هو أيضا مختار المصنف كما سيأتى اليه الاشاره و هو شاهد اخر على اختصاص العبارة بما قدمناه من الصوره الخاصه دون الصورتين الأخرتين المتجه فيهما عدم الصحه و اما ما ربما يقال فى توجيه الصحه من ان غايه منافات هذا الشرط لمقتضى العقد بطلان الشرط و هو غير ملازم لبطلان الشركه فقد يكون ذكره فى عقدها كناية عن اراده الاقراض دونها و المناقشه فيه واضحه اما اولا فلعدم قصدهما الى الاقراض بالبديهه و اما ثانيا فلان الاقراض يستعقب عدم جواز الرجوع الى عين المال مط و لو قبل المزج اتفاقا و مقتضى عقد الشركه جواز الرجوع حيث انه من العقود الجائزه و كل من قال بصره هذا الشرط يلتزم بهذا المقتضى فصرف العقد عن هذا المقتضى الى غيره مما لا يقتضيه و لم يقل به احد و لم يقصده المتعاقدان بهذا الشرط لا وجه له بالمره و قد يناقش فيما ذكره بان غايه ما يترتب على ما ذكره فساد الشرط المذكور لا الصلح ككك بعد عقد الشركه و من الظاهر ان محل البحث هو الصلح لا الاشتراط ككك فى ضمن عقد الشركه و ان كان المفروض فى لكك و غيره هو الاشتراط ككك دون الصلح الا ان يدعى انه لا قائل بالفرق بين المسألتين فاذا ثبت فساد الشرط المذكور فسد الصلح كذلك و لكنه غير ظاهر لى و بالجملة الذى يقتضيه التحقيق هو ان يقال ان شرطا فى ضمن عقد الشركه ان يكون الربح و الخسران لأحدهما و راس المال للاخر فالظاهر بطلان هذا الشرط لرفعه مقتضى عقد الشركه بالمره فلا يمكن الجمع بين مضمون عقد الشركه و مضمون هذا الشرط كما لا يمكن الجمع بين النصين المتضادين كقوله يجب ضربه الان قاعدا و قوله يجب ضربه الان قائما و لا ككك اشتراط الخيار و نحوه فى ضمن عقد البيع مثلا لعدم رفعه مقتضى عقد البيع بالمره بل انما يرفع بعض مقتضياته فهو كالمخصص و نفس العقد كالعالم فيمكن الجمع بينهما بتخصيص العام بالمخصص فنسبه الشرط الى نفس العقد ينبغى ان يكون كنسبه الخاص و الاظهر الى العام و الظاهر و لذا صرح الاصوليون بان الشروط من المخصصات فت و على المختار هل يبطل عقد الشركه أيضا او لا فيه اشكال و ان اوقعا عقد الشركه مط من غير تصريح بالشرط المذكور فى ضمنه ثم تصالحا بعده اما بلا فصل لو فى الاثناء قبل اراده القسمه على ان يكون الربح و الخسران لأحدهما و راس المال للاخر عند انتهاء

تصرف الشريكين في المال المشترك و بالجمله كما يجوز رفع مقتضى عقد الشراكه بالصلح عند اراده القسمة و انتهاء الشركه كذا يجوز رفعه به في اول الأمر و في الاثناء مع بقاء مفهوم الشركه الى زمان انتهائها و اراده القسمة و الفرق بين الامرين تحكمت و كيف كان فالاحوط ترك هذا الصلح

### منهل اذا كان في يد شخصين درهمان فادعاهما احدهما لنفسه فقال انهما لى و ملكى

#### اشاره

و ادعى الاخر احدهما بخصوصه لا مشاعا فقال انه لى و ملكى اعطى من يدعيهما معا لنفسه درهما و كان الدرهم الاخر بينهما نصفين فلمدعيهما معا درهم و نصف و للاخر نصف فقط و هو ربع المجموع و قد صرح بذلك في النهايه و يع و فع و التبصره و التحرير و كره و د و عد و عه و س و التنقيح و جامع المقاصد و لك و ضه و مجمع الفائده و الكفايه و ض و لهم و جوه منها ظهور الاتفاق عليه كما يستفاد من الكتب المذكوره لعدم اشارتها الى خلاف و لا اشكال في ذلك و منها ما تمسك به في كره و جامع المقاصد و لك من ان مدعى احدهما غير منازع في الدرهم الاخر فيحكم به لمدعيهما و قد تساوى في دعوى احدهما يدا و دعوى فيحكم به لهما بالمناصفه و منها ما تمسك به في جامع المقاصد و لك و مجمع الفائده و الكفايه و ض من الخبر الذى اشار اليه بعض الاجله قائلًا و يدل على ذلك ما رواه الصدوق في الفقيه و الشيخ في يب عن عبد الله بن المغيرة عن غير واحد من اصحابنا عن ابي عبد الله ع في رجلين كان معهما درهمان فقال احدهما الدرهمان لى و قال الاخر هما بينى و بينك قال فقال ابو عبد الله ع اما الذى قال هما بينى و بينك فقد اقر بان احد الدرهمين ليس له فيه شىء و انه لصاحبه و يقسم الدرهم الثانى بينهما نصفين و ما رواه في يب بسنده عن محمد بن ابي حمزه عن ذكره عن ابي عبد الله ع مثله بادنى تفاوت و المراد بكون الدرهمين معهما كما تضمنه الخبر ان هو كونهما تحت يديهما معا ليتساويا في الدعوى و قد صرح بما ذكره في تفسير المعيه في لك و الكفايه أيضا لا يقال هاتان الروايتان مرسلتان فلا يصح الاعتماد عليهما لأننا نقول الارسال هنا غير قادح اما اولا فلان الضعف الحاصل بالارسال منجبر هنا بفتوى الاصحاب بمضمون الخبرين و لعله لذا صرح في مجمع الفائده بانه لا يضر الارسال لأنه مجمع عليه و يؤيد ما ذكره تصريح الدروس و التنقيح بان الروايه مشهوره و تصريح الرياض بان الروايتين معتبرتان بالشهره و هما كالصحيحين و اما ثانيا فلما صرح به في الكفايه قائلًا بعد التصريح بالحكم رواه الشيخ ق ره في الصحيح الى ابن المغيرة و هو الثقة التى اجمعت العصابه على تصحيح ما يصح عنه رواه عن غير واحد عن ابي عبد الله ع و روايته عن غير واحد تدل على استفاضته عنده فتكون معتبره يتعين العمل بها و تؤيده مرسله محمد بن ابي حمزه و قد نبه على ما ذكره في ض أيضا مدعيا تضمن سنديهما ابن ابي عمير و عبد الله بن المغيرة المدعى على تصحيح رواياتهما اجماع اصحابنا و قائلًا مع كونه في احدهما من غير واحد الملحق بالصحيح على الاقوى و

#### ينبغي التنبيه على امور

### الاول اذا ادعى الثانى نصف الدرهمين مشاعا

فهل هو كما لو ادعى احدهما بخصوصه فلا يستحق الا ربعهما كما فيما سبق او لا بل يقسم الاثنان بينهما نصفان استشكل في

ذلك في س قائلًا لو كان معهما درهمين فادعاهما أحدهما و ادعى الآخر اشتراكهما ففي الرواية المشهورة للثاني نصف درهم و للأول الباقي و يشكل اذا ادعى الثاني النصف مشاعا فانه يقوى القسمة نصفين و يختلف الثاني للأول و كذا في كل مشاع و قد صار الى ما ذكره من القسمة نصفين في التنقيح و جامع المقاصد أيضا و اشار الى وجهه في الكفايه و ض قائلين بعد الاشارة الى ذلك و كان نظره الى ان النصف في الحقيقة بيد الاول و النصف بيد الثاني فمدعى التمام خارج بالنسبة الى الثاني فيكون بينه على الاول و اليمين على الثاني و لكن زاد في الاول كما زاد في الثاني قائلًا- في تعيين ذلك نظر لظهور الخبرين و كلمه الاصحاب في الدعوى مشاعا لا معينًا فيكون بالاضافة الى القاعده خاصا فليقدم و المسأله محل اشكال فلا ينبغي ترك الاحتياط هنا و لكن احتمال الحاق المشاع بالمعين في الحكم الذي ذكرناه في غايه القوه

### **الثاني هل يشترط في تنصيف احد الدرهمين بين المتخاصمين**

ان لا- يكون لهما بينه او تتساوى بينهما باعتبار وجوه التراجيح فلو كان لأحدهما بينه قدم قوله او لا يشترط ذلك بل يحكم بالتنصيف مط و لو كان لأحدهما بينه دون الآخر صرح بالاول في كره و في مجمع الفائده و الكفايه و ض و يظهر الثاني من اطلاق النهايه و يع و فع و التبصره و التحرير و د و عد و عه و س و التنقيح و جامع المقاصد و لك و ضه و المسأله محل اشكال من عموم ما دل على اعتبار البينه شرعا و من اطلاق روايه عبد الله بن المغيرة المتقدمه و اطلاق معظم الفتاوى و بهما يخصص العموم السابق و ان كان التعارض بينه و بين الاطلاق السابق من قبيل تعارض العمومين من وجه لان وجوه الترجيح مع اطلاق الروايه الا- ان يمنع من انصرافه الى محل البحث فيبقى العموم السابق سليما عن المعارض و يعضده عليه اعتبار البينه شرعا و ترجيحها على العمومات في كثير من الموارد فاذا الاحتمال الاول هو الاقرب

### **الثالث هل يشترط في التنصيف حلف كل منهما على نفى استحقاق الآخر لسهمه**

او لا بل يحكم بالتنصيف مطا و لو لم يحلف صرح بالاول في كره قائلًا بعد الاشارة الى الحكم المذكور و الاقرب انه لا بد من اليمين فيحلف كل واحد منهما على استحقاق نصف الآخر الذي تصادمت دعواهما فيه فمن نكل منهما قضى به الآخر و لو نكلا معا او حلفا معا قسم بينهما نصفين لما رواه عبد الله بن المغيرة و قد صار في ضه الى جميع ما ذكره و وافقهما في جامع المقاصد على اعتبار اليمين قائلًا بعد الاشارة الى ما في كره و ما قر به جيد لقوله ص و اليمين على من انكر و متى نكل احدهما ردت اليمين على الآخر لأننا لا نقضى بالنكول و قد احتج في لك على اعتبار اليمين هنا بما احتج به عليه و صرح في ض بان في اعتباره رجوع الى قاعده التنازع و جمعا بينهما و بين الخبرين و لكنه صرح اخيرا بان احلاف كل منهما لا يتم في صوره كون الدرهم مشاعا لاختصاص الحلف بالثاني و توجه البينه الى الاول و مع ذلك يستحق بعد الحلف تمام الدرهم لا النصف و اشار الى ما ذكره في الكفايه

أيضا و يظهر من اطلاق النهايه و يع و فع و التبصره و التحرير و د و القواعد و اللمعه و س و التنقيح عدم اشتراط الحلف هنا مط



بل عزاه في س و التنقيح الى الاصحاب قائلين و لم يذكر الاصحاب في هذه المسأله يمينا و ذكروها في باب الصلح فجاز ان يكون ذلك الصلح قهريا و جاز ان يكون اختياريا فان امتنعا فاليمين و لا يرد عليهما ما اورده في جامع المقاصد و ضه و لك من ان العلامه في كره اعتبار اليمين فلا وجه لنسبه عدم اعتباره الى جميع لاحتمال اطلاعهما على رجوع العلامه الى ما عليه المعظم من عدم اعتبار اليمين مع انه شاذ و هو كالمعدوم فت و كيف كان فعدم اعتبار اليمين في غايه القوه نظرا الى اطلاق روايه عبد الله بن المغيرة المتقدمه و لا يعارضها عموم ما دل على اعتبار اليمين لان التعارض بينه على تقدير تسليمه و بينها من قبيل تعارض العمومين من وجه كما لا يخفى و من الظاهر ان وجوه الترجيح مع هذه الروايه فيلزم العمل بها و ان كان اعتبار اليمين احوط و اولي

### **الرابع اذا كان الدرهمان في يد مدعيهما معا دون الاخر**

كان لمدعيهما مع حلفه للاخر على عدم استحقاقه شيئا اذا لم يكن له بينه و ان كان في يد مدعى احد الدرهمين دون مدعيهما كان للأول احدهما و يحلف على عدم استحقاق الاخر الدرهم الثاني اذا لم يكن له بينه و يرد الدرهم الاول على مدعيهما و قد صرح بجميع ما ذكر في التحرير و التنقيح و الكفايه و قد صرح بذلك في الكفايه أيضا قائلا في جمله كلام له ثم ان كل ذا اذا كان الدرهمان بيدهما معا دون ما اذا كانا بيدهما او ثالث لخروجهما عن الروايه و فتوى الجماعه فلا بد فيهما من الرجوع الى القاعده فيحكم بهما لذى اليد مع الحلف على عدم استحقاق الاخر فان كان مدعى الدرهمين كانا له مع حلفه للاخر على عدم استحقاقه شيئا و كذا ان كان مدعى الدرهم لكن يرد درهما و يحلف على عدم استحقاق الاخر الدرهم الثاني و ان كان ثالثا فلهما ان كذبهما فيحلف لهما و يقر في يده الدرهمان و كأحدهما ان اقر له و صدقه و قد نبه في التنقيح على ما ذكره اخيرا قائلا و ان كانا بيدهما ثالث فان كذبهما حلف لهما و اقر الدرهمان بيده و ان صدق احدهما فكما تقدم و عليه اليمين للاخر و ما ذكره جيد

### **الخامس هل يلحق بالدرهمين و المدعين فيهما الدراهم و الديناران**

و الدنانير و المالان من سائر الاجناس و الجماعه الذين يدعون او لا بل يجب في غير الدرهمين و المدعين الرجوع الى ما يقتضيه القاعده فيه اشكال من غلبه اللاحق و بعد الاختصاص بالدرهمين و المدعين و من اختصاص الفتاوى و النصوص بهذين الامرين و عدم تنبيه احد من الاصحاب على التعميم و الاقرب هو الاحتمال الثاني

### **منهل لو اودع انسان عند اخر درهمين و اودعه انسان اخر درهما فصارت الدراهم المودعه عند الودعي ثلاثة**

#### **اشاره**

و امتزجت بحيث لا- يمكن التمييز ثم ضاع و تلف واحده من تلك الدراهم من غير تفريط في الحفظ و لا في المزج بان اذن المودعان في المزج او حصل المزج بغير فعله و لا اختياره فلا ضمان على الودعي كما صرح به في التذكرة و جامع المقاصد و مجمع الفوائد و لهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه و منها ما تمسك به في كره من اصالة البراءة و منها عموم ما دل على نفى

الضرر و هل يعطى صاحب الدرهمين درهما و نصف من الدرهمين الباقيين و يعطى صاحب الدرهم الواحد نصفهما كما فى المسأله السابقه او لا بل يستعمل القرعه هنا او لا بل يقسم الباقي على نسبه المالين فيقسم اثلاثا فيعطى صاحب الدرهمين ثلثين من الباقي و يعطى لصاحب الدرهم الواحد ثلثا منه اختلف الاصحاب هنا على اقوال ثلاثه احدها ان حكم هذه المسأله حكم المسأله السابقه فيعطى صاحب الدرهمين درهما و نصف و يعطى صاحب الدرهم الباقي و هو نصف الدرهم و هو للنهائيه و يع و فع و التبصره و د و عد و كره و عه و جامع المقاصد و مجمع الفائده و الكفايه و ض و قد صرح فيه و فى سابقه و فى س و التنقيح و لك و ضه بان المشهور و صرح فى جامع المقاصد بان عليه اكثر الاصحاب بل صرح فى مواضع اخر من لك و ضه بان مذهب الاصحاب و لهم ما تمسك به فى كره و جامع المقاصد و مجمع الفائده و الكفايه و ض و هو ما اشار اليه بعض الاجله قائلا روى فى يت و يب عن السكونى عن جعفر عن ابيه عن على عليه السلام فى رجل استودع رجلا دينارين و استودعه اخر دينارا فضعاف دينار منهما قضى لصاحب الدينارين دينارا و يقسم الدينار الباقي بينهما نصفين و صرح فى الكفايه بان رواه فى المقنع مرسلا و اورد على ما ذكر اولا بان الروايه المذكوره ضعيفه السند لان السكونى ضعيف فلا يكون خبره حجه و قد صرح بهذا الايراد فى التنقيح قائلا السكونى ضعيف و الشهره ليست حجه و اشار الى ما ذكره فى ضه و لك أيضا و ثانيا بان الروايه المذكوره مخالفه للاعتبار و القواعد الشرعيه و قد نبه على هذا فى لك و ضه قائلا فيهما بعد الاشاره الى هذا القول و يشكل الحكم مع ضعف السند بان التالف لا يحتمل كونه منهما بل من احدهما خاصه لامتناع الاشاعه هنا فكيف يقسم الدرهم بينهما مع انه يختص باحدهما قطعا و الذى يقتضيه النظر و يشهد له الاصول النوعيه القول بالقرعه فى احد الدرهمين و مال اليه فى س و لكنه لم يجر على مخالفه الاصحاب و قد صرح بامتناع الاشاعه فى س و كذا فى التنقيح محتجا بان ذلك خلاف الفرض و قد يجاب عن كلا الايرادين اما عن الاول فبان ضعف السند هنا غير قادح لما نبه عليه فى الكفايه بقوله و لا يبعد العمل بالمشهور بناء على ان ضعف الروايه منجر بعمل الاصحاب و لعله الى ما ذكره اشار فى مجمع الفائده بقوله بعد الاشاره الى ما عليه الاكثر و يدل عليه روايه السكونى و لا يضر ضعف السند بالقطع اليه و بنفسه و يؤيد ما ذكر اولا تصريح الدروس و التنقيح بان العمل بالروايه مشهور و ثانيا قول الرياض لجبر السند و المخالفه للقواعد بعملهم مع كون الراوى ممن حكى الطوسى اجماع العصابه على تصحيح ما يصح عنه و قال بثقته جماعه هذا و قد ذكر السيد الاستاد قدس سره و غيره شواهد اخر على وثاقه السكونى قد اشرنا اليها فى كتابنا فى الرجال و اما عن الثانى فبان الروايه المذكوره بعد اعتبار سندها و لو بالشهره تخصص تلك القواعد فانها اعمّ و تلك الروايه اخص و لا اشكال فى لزوم تخصيص العام بالخاص حيث يقع التعارض بينهما و لعله الى هذا اشار فى جامع المقاصد بعد اشارته الى قول س و لو قيل بالقرعه امكن و ما ذكره متجه الا ان الخروج عما عليه اكثر الاصحاب بعيد و ثانيها انه يلزم استعمال القرعه و هو مستفاد من س و التنقيح و ضه و لك و لهم ما نبه عليه فى الاخيرين و قد تقدم اليه و الى جوابه الاشاره و

ص: ٣٥٣

و ثالثها انه يقسم الباقي اثلاثا و هو مستفاد من التحرير و لم اعثر على دليله فهو ضعيف كالقول الثانى فالمعتمد هو القول الاول و

**ينبغى التنبيه على امور**

**الاول هل يلزم اليمين هنا على المختار او لا**

الاقرب الثاني لإطلاق الروايه و كلام الـ اكثر و خلوهما عن الاشاره الى لزومه كما نبه عليه في جامع المقاصد قائلًا و إطلاق الروايه يقتضى دفع ذلك و ان لم يتصادم دعواهما فى الدينارين فلذلك لم يحكم باليمين و لم يذكر المص فى كره هنا يمينا و فى س قال ان الاصحاب لم يذكروا يمينا هنا و فى التى قبلها و ذكروها فى باب الصلح فجائز ان يكون ذلك الصلح قهريا و جائز ان يكون اختياريا فان امتنعا فاليمين قلت ان ظ الروايه و كلام الاصحاب ان ذلك قهري و أنه بغير يمين بل ربما امتنعت اليمين اذا صرح كل واحد بعدم العلم بعين حقه و يعضد ما ذكره اولا تصريح التنقيح بجميع ما حكاه عن س و ثانيا تصريح الزوضه و لك و ض بخلو كلام الاصحاب عن التعرض لليمين هنا و بأنه ربما امتنع اليمين هنا اذا لم يعلم المخالف عين حقه

### **الثانى لو فرط الودعى فى الحفظ ضمن التالف**

كما صرح به فى التحرير و كره و التنقيح و جامع المقاصد و ضه و مجمع الفائده و ض بل الظاهر انه ممّا لا خلاف فيه و صرح فى ضه و ض بأنه يضم التالف الى الموجودين و يقسمانها من غير كسر و هو جيد و ان صرح فى جامع المقاصد بأنه لا حاجه الى القسمة ح ثم صرحا بأنه قد يقع مع ذلك التعاسر عن العين فيتجه القرعه و هو جيد أيضا

### **الثالث لا فرق فى هذه المسأله بين الدرهم و الدينار فى الحكم المذكور**

كما هو الظاهر من الاصحاب فانهم لم يشيروا الى وجود الخلاف فى المسأله من هذه الجبهه مع ان جمله من الكتب جعل موضوع الحكم فى المسأله الدرهم و هى يع و فع و التبصره و د و عه و التنقيح و مجمع الفائده و جمله اخرى جعلت الموضوع الدينار كالروايه و هى النهايه و كره و التحرير و س و جامع المقاصد و الكفايه

### **الرابع لو كان بدل الدرهم ما لا يمتزج اجزائه**

بحيث لا يتميز و هو متساويها كالحنطه و الشعير و الدهن و نحوها و كان لأحدهما قفيزان و للاخر قفيز و تلف قفيز بعد امتزاجها بغير تفريط فالتالف على نسبه المالىن و كذا الباقي فيكون لصاحب القفيزين قفيز و ثلث و لآخر ثلثا قفيز و قد صرح بذلك فى التذكرة و جامع المقاصد و لك و ضه و مجمع الفائده و الكفايه و ض و صرح فيما عدا الكفايه بوجه الفرق بين المفروض و ما سبق قائلين و الفرق ان الذاهب هنا عليهما معا بخلاف الذاهب من الدراهم لأنه مختص باحدهما قطعا و الظاهر ان الحكم المذكور هنا ممّا لا خلاف فيه بين الاصحاب و ان صرح فى كره بانه الاقرب و احتمال فى مجمع الفائده جريان الحكم المذكور فى الدراهم هنا أيضا

### **منهل لو كان لأحد ثوب بعشرين درهما و للاخر ثوب بثلاثين ثم اشتبا**

فاختلفت الاصحاب فيه على اقوال الاول انه ان خير احدهما صاحبه فقد انصفه و ان تعاسرا بيعا و قسم الثمن بينهما اخماسا فيعطى صاحب العشرين سهمين من خمسه و يعطى صاحب الثلاثين ثلاثه و هو للنهائيه و يع و فع و التبصره و د و التحرير و قد صرح فى

س بانه مذهب المعظم و فى التنقيح بانه مذهب الشيخ و اتباعه و فى جامع المقاصد بانه مذهب اكثر الاصحاب و فى لك و مجمع الفائده بانه مشهور بين الاصحاب و لهم خبر اسحاق بن عمار عن ابى عبد الله فى الرجل يبضعه الرجل ثلثين درهما فى ثوب و آخر عشرين درهما فى ثوب فيعت الثوبين و لم يعرف هذا ثوبه و لا- هذا ثوبه قال يباع الثوبان فيعطى صاحب الثلثين ثلاثه اخماس الثمن و الاخر خمسى الثمن قلت فان صاحب العشرين قال لصاحب الثلثين اختر ايهما شئت قال قد انصفه لا يقال هذه الروايه ضعيفه السند فلا يجوز الاعتماد عليها لأننا نقول هذا مدفوع بما نبه عليه فى ض قائلا التامل فى سند الروايه بالقطع فى يب و الضعف فى الفقيه يضعف بالانجبار بالشهره المحكيه فى س و غيره مع احتمال صحه طريق الصدوق الى الراوى كما يظهر من يب و ان ضعف فى الفقيه بسعد بن مسلم و غيره كما فى ضه و يحتمل الصحه أيضا فى طريق الشيخ كما يظهر من كتابه المشار اليه بناء على الاكتفاء بالظنون الاجتهاديه فيكون الروايه حسنه فلا شبهه معها توجب القرعه الثانى لزوم استعمال القرعه هنا و قد حكاها فى لف عن ابن ادريس قائلا قال ابن ادريس ان استعملت القرعه فى ذلك كان للإجماع على ان كل امر ملتبس فيه القرعه و هذا من ذلك و ربما يظهر من المحكى عن س الميل اليه و كذا من لك لقوله و حكم بالقرعه لأنها لكل امر ملتبس و هو هنا حاصل و هو اوجه من الجميع لو لا مخالفه المشهور و ظ النص مع انه قضيه فى واقعه يمكن قصره عليها و الرجوع الى الاصول الشرعيه و قد يناقش فيما ذكر اولا بالمنع من صدق الصغرى و هو حصول الاشتباه و الالتباس فى الموضوع له هنا كما نبه عليه فى لف قائلا- بعد الاشاره الى قول الحلوى و ليس بجيد اذ لا اشكال مع ورود النقل و نبه على ذلك فى مجمع الفائده أيضا و ثانيا بالمنع من كليه الكبرى بحيث يشمل محل البحث و الاجماع الذى حكاها فى لف عن الحلوى ممنوع فى محل النزاع لما عرفت من مصير المعظم الى القول الاول و معه يستحيل عاده حصول الاطلاع على الاجماع و يتطرق القدرح فى المنقول منه لحصول الوهن العظيم فيه به سلمنا وجود عام معتبر يفيد كليه لزوم القرعه فى الموضوعات المشتبهه و لكن يجب تخصيصه بخبر اسحاق بن عمار المتقدم و اما ما اورده فى لك عليه بقوله مع انه قضيه اه فضعيف كما نبه عليه فى جامع المقاصد قائلا و قول ابن ادريس بالقرعه و ان كان له وجه الا ان مخالفه النص و كلام الاصحاب مشكل فان قلت الروايه حكايه لأنها حكم فى واقعه قلت الظاهر خلافه لعمل الاصحاب بمضمونها الثالث ما حكاها فى لك عن العلامه قائلا و فصل العلامه فقال ان امكن بيعهما منفردين و جب ثم ان تساويا فلكل واحد ثمن ثوبه و لا- اشكال و ان اختلفا فالأكثر لصاحبه و كذا الأقل بناء على الغالب و ان امكن خلافه الا انه نادر لا اثر له شرعا و ان لم يكن صاددا كالمال المشترك شركه اجباريه كما لو امتزج الطعامات فيقسم الثمن على راس المال و عليه ينزل الروايه و هذا القول قد ذهب اليه فى القواعد و كره و لف و اشار الى التعليل بالغلبه فى الاخيرين و قد يناقش فى ذلك اولا- بما نبه عليه فى لك قائلا- و ما ذكره العلامه من البناء على الغالب ليس اولى من القرعه لأنها دليل شرعى على هذه الموارد و من الجائز اختلاف الاثمان و القيم بالزيادة و النقصان لاختلاف الناس فى المساهله و المماكسه و ثانيا بما نبه عليه فى ض قائلا بعد الاشاره الى القول المذكور و هو اجتهاد فى مقابله النص المعبر مع تطرق الاشكال اليه بعدم دليل على اعتبار الغلبه التى غايتها ايراث المظنه خاصه فى نحو المسأله التى هى من قبيل الموضوعات دون الاحكام الشرعيه فلا يكتفى فيها بالمظنه الا اذا قامت عليه الأدله و قد يناقش فيما ذكره بان الاصل فى الموضوعات المشتبهه التى لا يمكن تحصيل العلم فيها العمل بالظن و فيه نظر و كيف كان فالاقرب عندى

هو القول الاول و هل يختص الحكم المذكور بالثوبين او لا بل يتعدى الى غيرهما من

التياب المتعدده و الاثمان و الامتعه صرح بالاول فى س و لك و هو الاقرب و قد صرح به فى ض قائلا بكون الصلح قهريا و لا يتعدى الى غير موردها من التياب المتعدده و الاثمان و الامتعه و يحتمل التعديه لتساوى الطرفين يق و الاول اجود و عليه يتعين القرعه لعموم الادله و سلامتها عما يصلح للمعاوضه

**منهل اذا ظهر استحقاق احد العوضين للغير بطل الصلح اذا كان معينا فى العقد**

**اشاره**

كما نبه عليه فى فع و يع و التذكره و التحرير و التبصره و د و عد و س و عه و التنقيح و مجمع و لك و ضه و مجمع الفائده و ض و لهم و جهان احدهما ظهور الاتفاق عليه بل صرح فى ض بنفى الخلاف فيه و ثانيهما ما نبه عليه فى كره من رجوع التراضى على ملك العين و

**ينبغى التنبيه على امور**

**الاول لا فرق فى ذلك بين ان يجيز المالك للصلح او لا**

كما هو مقتضى اطلاق الكتب المتقدمه

**الثانى اذا ظهر كون احد العوضين مما لا يصح تملكه شرعا**

كالخمر و الخنزير بطل أيضا كما صرح فى ض

**الثالث اذا وقع العقد على كلى**

و دفع شىء يتحقق الكلى فى ضمنه فبان مستحقا للغير لم يبطل الصلح ح بل يرد الى مالكة و يرجع ببطله كما صرح به فى التنقيح و لك و ضه و مجمع الفائده و كذا صرح به فى ض أيضا نافيا عنه الخلاف

**الرابع لو ظهر عيب فى احد العوضين**

فهل يجوز الفسخ كما فى المبيع او لا صرح بالاول فى التحرير و س و لك و ضه و ض و هو جيد و احتج عليه فى الاخير بقاعده نفي الضرر و هل يتخيرح بين الفسخ و الارش او لا صرح فى س بالثانى و هو ظ الرياض و احتج عليه بالاصل و يظهر من ضه الميل الى الاول

**الخامس ما العيب يوجب الغاء هنا كما فى البعاه لا**

الاقرب الاول وفاقا لصريح س و لك و ض و ظاهر ضه و يدل عليه عموم نفى الضرر كما نبه عليه في لك و ضه و ض

### منهل يصح الصلح على عين بعين او منفعه او على منفعه بعين او منفعه

#### اشاره

كما صرح به في بيع و عد و د و كره و التحرير و س و عه و جامع المقاصد و لك و ضه و مجمع الفائده و الكفايه و لهم و جهان احدهما ظهور الاتفاق عليه كما يستفاد من الكتب المذكوره لأنها لم تشر الى خلاف و لا اشكال في ذلك و ثانيهما ما تمسك به في لك و ضه من انه بافادته فائده البيع صح على العين و بافادته فائده الاجاره صح على المنفعه و الحكم في المجانس و المماثل و المخالف فرع ذلك و الاصل و العموم يقتضيان صحه الجميع و قد تمسك بالعموم المذكور في مجمع الفائده و الكفايه و

#### ينبغي التنبيه على امور

#### الاول يصح الصلح على إسقاط خيار

و على حق اولويه في تحجير و سوق و مسجد و خان و مدرسه كما صرح به في جامع المقاصد و لك و ضه و مجمع الفائده و حكاه فيه عن التذكره و احتج عليه في لك و ضه و مجمع الفائده و الكفايه بالعموم المتقدم اليه الاشاره

#### الثاني لو صالح عن حق الشفعه فالوجه الجواز

كما صرح به في التحرير و ضه و كذا يجوز الصلح على اسقاط الدعوى كما صرح به في مجمع الفائده

#### الثالث لا يشترط في صحه الصلح على الحقوق العلم بتحققها حين العقد

فلو لم يعلم بها و كانت محققه في الواقع صح الصلح عليها للعموم المتقدم و فحوى ما دل على جواز الصلح مع الانكار و لو تبين عدمها ففي بطلان الصلح ح و عدمه احتمالان و لعل الاقرب الصحه لما ذكر من العموم

#### الرابع لو صالح على عين بما يصيروا رايجا بعد مده

كسنته ففي هذا الصلح اشكال و لكن الاقرب الصحه

## منهل إذا كان العوضان في الصلح من النقدين الذهب والفضة

فهل يشترط في صحته ح ما يشترط في بيع الصرف من التقابض في المجلس او لا يشترط ذلك الاقرب الثاني وفاقا للشرائع و التحرير و د و كره و عد و عه و جامع المقاصد و لك و ضه و مجمع الفائدة و ض و لهم و جهان احدهما العمومات المتقدمه الداله على صحة الصلح مط و هي هنا سليمة عن معارضه ما يدل على اشتراط القبض كما صرح به في مجمع الفائدة و ض و ثانيهما ان الصلح عقد مستقل ليس فرعا على غيره و الظاهر اتفاق القائلين بهذا على عدم اشتراط القبض هنا و قد نبه على ما ذكر في جامع المقاصد و لك و ضه و مجمع الفائدة فيصح على المختار ان يصلحه على دراهم بدنانير و بالعكس من غير تقابض و قبض في المجالس و قد صرح بهذا في يع و د و كره و عد و جامع المقاصد و لك و مجمع الفائدة

## منهل هل يحرم الربا في الصلح كما يحرم في البيع و الدين او لا

اختلف الاصحاب في ذلك على قولين الاول انه لا يحرم الربا في الصلح فيجوز ان يصلح على عشرة دراهم او دنانير باثنى عشر دراهم او دنانير حاله او مؤجله و ان يصلح على قفيز من الحنطه بقفيزين منها و هو للشرائع و د في باب الربا و للمختلف في كتابي الغصب و الصلح و حكاه جماعه عن ابن ادريس الثاني انه يحرم الربا في الصلح كما يحرم في البيع فلا فرق بينهما من هذه الجهة و هو للإيضاح و الجامع و س و جامع المقاصد و لك و ضه و مجمع الفائدة و ض و حكاه فيه عن الشيخ و القاضي و الفاضلين و المحقق و العلامة في كتاب الصلح و صرح في مجمع الفائدة بانه مذهب الاكثر و يظهر من التذكرة و عد و التنقيح و الكفايه التوقف في المسألة للقول الاول وجوه منها ما تبّه عليه في جامع المقاصد و مجمع الفائدة من ان الاصل الاباحه و منها ان الربا في الصلح لو كان حراما لكان فاعله خارجا عن العدالة حيث يكون موصوفا بها قبل الاتيان به لأنّ الرّبَا المحرم من الكبائر و التالي باطل لأنّ الاصل بقاء العدالة و عدم استحقاق الفاعل التعزير و نهيه عن المنكر فت و منها عموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و منها قوله تعالى إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ و اليه اشار في مجمع الفائدة بقوله يؤيد الاصل ظواهر الآيات و الأحاديث الدّاله على ان حصول التّراضى يكفي للإباحه و على حصر المحرمات و ليس هذا منها و منها ما تبّه عليه في مجمع الفائدة من قوله ص الناس مسلّطون على اموالهم و منها قوله المؤمنون عند شروطهم و منها العمومات المتقدّمه الدّاله على صحّ الصّٰلِحِ بخصوصه من قوله تعالى فَاتَّقُوا اللَّهَ وَ أَصْلِحُوا ذَاتَ بَيْنِكُمْ و قوله تعالى فَأَصْلِحُوا بَيْنَ أَخَوَيْكُمْ و قوله تعالى لَا خَيْرَ فِي كَثِيرٍ مِنْ نَجْوَاهُمْ إِلَّا مَنْ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوْ مَعْرُوفٍ أَوْ إِصْلَاحٍ بَيْنَ النَّاسِ و قوله ص الصّٰلِحِ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ الا ما حرّم حلالا او حلل حراما و قول الصادق ع في خبر حفص بن البختري الصّٰلِحِ جَائِزٌ بَيْنَ النَّاسِ و غير ذلك و منها انّ الرّبَا لو كان في الصّٰلِحِ غير جائز لتواتر كما تواتر عدم جوازه في البيع و التالي باطل قطعاً و للقول الثاني وجوه أيضا منها اصاله عدم صحّ الصّٰلِحِ المشتمل على الرّبَا و فيه نظر اما اولا فلان دفاعه بالعمومات المتقدّمه الدّاله على الصّٰلِحِ و امّا ثانيا فلان دفاعه باصاله بقاء العدالة المتقدم اليها الاشاره و اما ثالثا فلان دفاعه باصاله الاباحه لأنّ هذا الصّٰلِحِ على تقدير فساده يكون حراما كالبيع المشتمل على الرّبَا و هو فلان ما يقتضيه اصل الاباحه كما ان الجواز و الاباحه خلاف ما يقضيه اصاله الفساد فهذا ممّا وقع فيه التعارض بين الاصلين و الظاهر ترجيح اصاله الاباحه لاقتضاءها ثبوت الصّٰلِحِ و المثبت مقدّم

ص: ٣٥٥

على التّام و فيه نظر بل الظاهر ترجيح اصاله الفساد لااعتضادها بالشّهره فت و منها ما تمسّك به في الجامع قائلا و ان صالحهم

على درهم بدرهمين لم يجز لأنه أحل حراما وفيه نظر للمنع من صغرى قياسه فأنها نفس المتنازع فيه ومنها ما تمسك به في لك قائلا- في مقام الأقوى ثبوت الربا في كل معاوضه و الصِّلح احدها و قد صرَّح المصنف في باب الغصب بشوته في كل معاوضه و هو ظ اختياره في الصِّلح أيضا و هو الأقوى عملا باطلاق قوله تعالى وَ حَرَّمَ الرِّبَا فِي مَقَامٍ آخَرَ وَ لَا يَظُنُّ أَنَّ الرِّبَا يَخْتَصُّ بِالْبَيْعِ بَلْ هُوَ ثَابِتٌ فِي كُلِّ مَعَاوِضِهِ لِعُمُومِ قَوْلِهِ تَعَالَى وَ حَرَّمَ الرِّبَا وَ مَا اخْتَارَهُ الْمُصْ قَوَى نَظَرَ إِلَى الْعُمُومِ أَوْ الْإِطْلَاقِ وَ قَدْ نَبِهَ عَلَى مَا ذَكَرَهُ هُنَا فِي الرُّوْضَةِ أَيْضًا بِقَوْلِهِ الْأَقْوَى ثُبُوتُهُ فِي كُلِّ مَعَاوِضِهِ لِإِطْلَاقِ التَّحْرِيمِ فِي الْآيَةِ وَ الْخَبَرِ وَ كَذَا أَشَارَ إِلَيْهِ فِي مَجْمَعِ الْفَائِدَةِ قَائِلًا وَ الْآكْثَرُ عَلَى الْعُمُومِ وَ يُمْكِنُ أَنْ يَسْتَدَلَّ لَهُمْ بِأَنَّ الرِّبَا مَعْلُومٌ تَحْرِيمُهُ بِالثَّلَاثَةِ الْمُتَقَدِّمَةِ وَ مَعْلُومٌ كَوْنُهُ بِمَعْنَى الزِّيَادَةِ وَ لَيْسَ بِمَعْلُومٍ نَقَلَهُ عَنْهُ فِي إِصْطِلَاحِ الشَّرْعِ عَنْهُمْ قَدْ يَوْجَدُ فِي إِصْطِلَاحِ الْفُقَهَاءِ فَكُلٌّ يَصْطَلِحُ بِنَاءِ عَلَى مَا اقْتَضَى دَلِيلُهُ فَذَلِكَ لَيْسَ بِدَلِيلٍ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِحَقِيقَةٍ شَرْعِيَّةٍ وَ لَا عَرَفِيَّةٍ بَلْ إِصْطِلَاحُ الْعُلَمَاءِ بَعْدَ الْبَحْثِ وَ النَّظَرِ وَ الْاجْتِهَادِ كُلٌّ يَقْتَضِي اجْتِهَادَهُ وَ هُوَ ظٌ وَ مَبِينٌ فِي مَحَلِّهِ فَبَقِيَ الْحَمْلُ عَلَى مَعْنَاهِ اللَّغْوِيِّ الْأَ - أَنَّهُ يَخْرُجُ عَنْهُ مَا هُوَ حَالِلٌ بِالْإِجْمَاعِ وَ نَحْوِهِ وَ يَبْقَى الْبَاقِي تَحْتَ التَّحْرِيمِ وَ هَذَا مَسْلُوكٌ مُقَرَّرٌ فِي الْإِسْتِدْلَالِ وَ قَدْ يَنَاقِشُ فِيمَا ذَكَرُوهُ أَوْلَا بِأَنَّ الرِّبَا وَ أَنَّ كَانَ لُغَةً عِبَارَةً عَنْ مَطْلُوقِ الزِّيَادَةِ فَيَشْمَلُ مَحَلَّ الْبَحْثِ وَ لَكِنْ لَا رَيْبَ فِي صَيُورَتِهِ حَقِيقَةٍ فِي مَعْنَى خَاصٍ غَيْرِ الْمَعْنَى اللَّغْوِيِّ لِلتَّبَادُرِ وَ غَيْرِهِ فَيَجِبُ حَمْلُ إِطْلَاقِ مَا دَلَّ عَلَى الْمَنْعِ مِنَ الرِّبَا مِنَ الْكِتَابِ وَ السُّنَنِ الْمُتَوَاتِرَةِ عَلَى هَذَا الْمَعْنَى اللَّغْوِيِّ وَ لَا نَسْلَمُ دُخُولَ مَحَلِّ الْبَحْثِ فِي هَذَا الْمَعْنَى الْجَدِيدِ فَصَغْرَى مَا أَشَارُوا إِلَيْهِ مِنَ الْقِيَاسِ مَمْنُوعَةٌ لَا يُقَالُ هَذَا الْمَعْنَى الْجَدِيدُ عَلَى تَقْدِيرِ تَسْلِيمِهِ مِنَ الْحَقَائِقِ الْعَرَفِيَّةِ الْخَاصَةِ كَالْكَلَامِ فِي إِصْطِلَاحِ النَّحَاهِ وَ الْحَدِيثِ فِي إِصْطِلَاحِ الْفُقَهَاءِ وَ نَحْوِ ذَلِكَ عَلَى أَشْكَالٍ فِي أَنَّهُ لَا يَحْمَلُ عَلَيْهَا إِطْلَاقُ الْكِتَابِ وَ السُّنَنِ لِأَنَّا نَقُولُ لَا نَمْنَعُ ذَلِكَ بَلْ هَذَا الْمَعْنَى الْجَدِيدُ مِنَ الْحَقَائِقِ الْعَرَفِيَّةِ الْعَامَةِ كَالدَّابَّةِ أَوْ مِنَ الْحَقَائِقِ الشَّرْعِيَّةِ كَالصَّلَاةِ فَيَجِبُ حَمْلُ إِطْلَاقِ الْكِتَابِ وَ السُّنَنِ عَلَيْهِ بِنَاءِ عَلَى تَقَدُّمِ الْعَرَفِ عَلَى اللَّغْوِ وَ لَزُومِ الْحَمْلِ عَلَى الْحَقَائِقِ الشَّرْعِيَّةِ وَ يُؤَيِّدُ مَا ذَكَرَ تَصْرِيحَ الْعِلْمَاءِ فِي التَّبَصُّرِ بِأَنَّ الرِّبَا يَبِيعُ أَحَدَ الْمَثَلِينَ بِالْآخَرِ مَعَ زِيَادَةِ عَيْنِيَّةٍ وَ فِي الْإِرْشَادِ بِأَنَّ الرِّبَا إِنَّمَا يَثْبُتُ فِي بَيْعِ أَحَدِ الْمَتَسَاوِيَيْنِ جِنْسًا بِالْآخَرِ مَعَ زِيَادَةِ عَيْنِيَّةٍ أَوْ حَكْمِيَّةٍ وَ تَصْرِيحَ مَوْضِعٍ مِنْ ضَرْبِ الرِّبَا يَبِيعُ أَحَدَ الْمَتَمَثَلِينَ الْمَقْدَرِ مِنَ الْكَيْلِ وَ الْوِزْنِ فِي عَهْدِ صَاحِبِ الشَّرْعِ ص أَوْ فِي الْعَادَةِ بِالْآخَرِ وَ قَدْ يَنَاقِشُ فِيمَا ذَكَرَ بِأَنَّ لَفْظَ الرِّبَا وَ أَنَّ صَارَ حَقِيقَةً فِي مَعْنَى آخَرَ غَيْرِ الْمَعْنَى اللَّغْوِيِّ فِي الْعَرَفِ الْعَامِ أَوْ عَرَفِ الشَّرْعِ وَ لَكِنْ لَمْ يَعْلَمْ أَنَّهُ الْبَيْعُ خَاصَهُ بَلْ يَحْتَمَلُ وَضْعَهُ لَمَّا يَعْمُ الْبَيْعُ وَ الصِّلحُ وَ غَيْرُهُمَا نَعْمَ لَا أَشْكَالَ فِي صِدْقِهِ فِي الْبَيْعِ حَقِيقَةٍ وَ لَكِنْ مَجْرَدُ هَذَا لَا يَقْتَضِي إِخْتِصَاصَ الْوَضْعِ بِهِ وَ إِذَا كَانَ مَا وَضَعَهُ لَهُ هَذَا اللَّفْظُ مَجْمُوعًا لَمْ يَجْزِ التَّمَسُّكُ بِالْعُمُومَاتِ الدَّالَّةِ عَلَى صِحَّةِ الصِّلحِ لِأَنَّهَا مَخْصُصَةٌ بِهَذَا اللَّفْظِ الْمَجْمُوعِ وَ قَدْ تَقَرَّرَ فِي الْأَصُولِ أَنَّ الْمَخْصُصَ بِالْمَجْمُوعِ يَصِيرُ مَجْمُوعًا وَ مَعَهُ يَسْقُطُ الْإِسْتِدْلَالُ فِي مَوَارِدِ الشُّكِّ كَمَحَلِّ النَّزَاعِ وَ قَدْ يَجَابُ عَمَّا ذَكَرَ بِأَنَّهُ لَمْ يَثْبُتْ اسْتِعْمَالُ لَفْظِ الرِّبَا فِي اللَّغَةِ الْعَرَبِيَّةِ إِلَّا فِي الْبَيْعِ وَ لَمْ يَثْبُتْ اسْتِعْمَالُهُ فِي غَيْرِهِ فَيَجِبُ أَنْ يَكُونَ حَقِيقَةً فِيهِ دُونَ غَيْرِهِ لَمَّا تَقَرَّرَ فِي الْأَصُولِ مِنْ أَنَّ اللَّفْظَ إِذَا اسْتَعْمَلَ فِي مَعْنَى وَ لَمْ يَعْلَمْ بِاسْتِعْمَالِهِ فِي غَيْرِهِ فَالْأَصْلُ أَنْ يَكُونَ حَقِيقَةً فِيهِ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ الْاسْتِعْمَالِ فِي غَيْرِهِ وَ إِذَا لَمْ يَسْتَعْمَلْ فِي غَيْرِهِ لَمْ يَجْزِ أَنْ يَكُونَ مَعْنَى حَقِيقِيَّةً وَ لَا أَحَدَ أَفْرَادِ الْحَقِيقَةِ وَ يُؤَيِّدُ مَا ذَكَرَ أَنَّ لَفْظَ الرِّبَا لَوْ كَانَ حَقِيقَةً فِي الْأَعْمِ يَلْزَمُ ارْتِكَابُ زِيَادَةِ التَّخْصِيصِ فِي الْعُمُومَاتِ الدَّالَّةِ عَلَى صِحَّةِ الصِّلحِ وَ مِنَ الظَّاهِرِ أَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُهَا إِلَّا أَنْ يَعَارِضَ هَذَا بِأَنَّ الْوَضْعَ لِلْأَعْمِ مِنَ الْبَيْعِ وَ الصِّلحِ أَقْرَبُ إِلَى الْمَعْنَى اللَّغْوِيِّ الَّذِي هُوَ مَطْلُوقُ الزِّيَادَةِ فَيَجِبُ تَرْجِيحُهُ لَمَّا تَقَرَّرَ فِي مَحَلِّهِ مِنْ أَنَّ اللَّفْظَ إِذَا ثَبِتَ نَقْلُهُ عَنِ اللَّغْوِ وَ دَارَ الْأَمْرُ فِي الْمَنْقُولِ إِلَيْهِ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ الْأَقْرَبُ إِلَى الْمَنْقُولِ عَنْهُ

أو الأبعد فاللزام ترجيح الأول و قد يقال هذا متجه بعد ثبوت الاستعمال في الأقرب و اما مع عدمه و لو باعتبار الأصل فلا فت هذا و يؤيد ما ذكر أيضا ان المتبادر من لفظ الربا هو البيع خاصة فالأصل ان يكون حقيقه فيه لان الأصل في التبادر ان يكون



علامه الحقيقه الا ان يجاب عنه باندفاعه بمصير الاكثر الى القول الثانى فان فيه شهاده منهم بالوضع للمعنى الاعم و الاستعمال فيه و قد يناقش فيه بالمنع من بلوغ الكثره الى حد يجوز الاستناد اليها فى امثال هذه المسائل على تقدير حجيه الشهره فيها و ثانيا بان لفظ الربا لو سلمنا وضعه لما يعم جميع المعاوضات التى من جملتها الصلح فلا نسلم شمول اطلاق ما دل على المنع منه له و لغير البيع لان المتبادر هو البيع لغلبته و قد تقرر ان الاطلاقات ينصرف الى الافراد الغالبه الشائعه و يؤيد ما ذكر اولاً قول التنقيح الربا اصله الزيادة يقال ربا الشىء اذا كثر و فى الشرع غالبا هو بيع احد المتساويين جنسا بالآخر مع التفاضل عينا او حكما و ثانيا قول المسالك و من خصه بالبيع نظرا الى ان الآيه مسبوقة فى البيع حيث قال تعالى وَ أَحِلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبَا وَ ثالثا قول جامع المقاصد مشيرا الى القول الاول وجه هذا امكان اختصاص الربا بالبيع فيتمسك فى الصلح باصالة الجواز و رابعا قول الرياض خلافا للحلى و الماتن فى بيع فى هذا الكتاب و الفاضل فى د و عد خصوه بالبيع اقتصارا فيما خالف الاصل على المجمع عليه و حملا للإطلاق على الفرد المتبادر و خامسا ان اطلاقات الكتاب و السنه المانعه من الربا لو شملت سائر المعاوضات كالصلح لتواتر حرمة فيها كما تواتر حرمة فى البيع و لما وقع الخلاف فى جوازه فى غير البيع للقطع ح باتحاد الوجه و عدم وجود دليل خاص على استثناء غير البيع منها و ثالثا بان الاطلاقات المذكوره على تقدير شمولها لمحل البحث عرفا و شرعا فهى معارضه بالاطلاق الدال على جواز الصلح نحو قوله ص الصلح جائز بين المسلمين و التعارض هنا من قبيل تعارض العمومين من وجه كما لا يخفى و لا ترجيح فلا يجوز التمسك بتلك الاطلاقات على المنع من الربا فى غير البيع بل قد يرجح اطلاق دليل جواز الصلح باعتبار اعتضاده بالاصول الكثيره المتقدمه اليه الاشاره و غلبه مخالفه الصلح للبيع فى الاحكام و اقتضاء حكمه مشروعيه الصلح و هو سهوله الامر على المكلفين فى المعاملات جواز الربا فيه و خلو الاخبار عن التصريح بالمنع من الربا فى الصلح و نحوه و قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و قوله ص المؤمنون عند شروطهم و قوله ص الناس مسلطون على اموالهم و قد يناقش فيما ذكر بان الاطلاقات الداله على المنع من الربا فى غايه الكثره و وارده فى الكتاب و

ص: ٣٥٦

و السينه و معتضده هنا بالاحتياط و اصالة الفساد و هذه الوجوه من وجوه الترجيح اقوى من المرجحات السابقه فينبغى ترجيحها على الاطلاق المتقدم اليه الاشاره و فيه نظر بل قد يدعى اولويه الوجوه السابقه على هذه الوجوه بعد ملاحظه ضعف دلالة الاطلاقات المذكوره على محل البحث لانصرافها الى غيره و هو البيع فت و منها ان العله فى تحريم الربا فى البيع موجوده فى غيره كالصلح فيثبت فيه التحريم بناء على المختار من حجيه القياس المنصوص العله و قد نبه على ما ذكر فى مجمع الفائده قائلا بعد الاشاره الى الوجه المتقدم و يؤيده ما نقل فى مجمع البيان فى عله تحريم الربا انها عدم تعطل المعاش و الاجلاب و التجاره اذ لو وجد المدين من يعطيه دراهم و فضلا بدراهم لم يتجه و قال الصادق ع انما شدد فى تحريم الربا لثلاثا يمتنع الناس من اصطناع المعروف قرضا و رفا و الذى رايت فى كافى الحسن عن هشام بن سالم عن ابي عبد الله ع قال انما حرم الله الربا لكيلا يمتنع الناس من اصطناع المعروف و رواه سماعه قال قلت لأبى عبد الله انى رأيت الله قد ذكر فى غير آيه و كرره فقال ا و تدرى لم ذاك قلت لا قال لثلاثا يمتنع الناس من اصطناع المعروف فما فى مجمع البيان اشاره الى هذا و قوله قرضا و رفا يكون تفسيراً عنه و معلوم انه لو كان التحريم مخصوصا بالبيع دون سائر المعاوضات و المعاملات لم يلزم ذلك الاستعمال لأخذ الزيادة بتبديل صيغته بعث بصالحه و نحو ذلك و هو ظ بل هذا يدل على عدم جواز اكثر الحيل التى تستعمل فى اسقاط الربا فافهم و قد يناقش فيما ذكره اولاً بان اطلاق التعليل فى الروايه ينصرف الى البيع فلا يعم غيره فت و ثانيا بان التعليل فى الروايه لا يساعده

الاعتبار ففي اعتباره اشكال و ثالثا بان التعليل المذكور معارض بالادله الداله على جواز استعمال حيل كثيره لدفع الربا و رابعا بان غايه التعليل العموم و هو معارض بالعمومات الداله على صحه تعارض العمومين من وجه و هي اولى بالترجيح لما تقرر فى الاصول من اولويه المنطوق على المفهوم و لغير ذلك من الوجوه فت و منها ما تمسك به فى مجمع الفائده من خبر يعقوب الذى وصفه بالصحه عن ابى عبد الله ع الربا ربا ان ربا يؤكل و ربا لا يؤكل فاما الذى يوكل فهو هديتك الى الرجل تريد الثواب فلا يربو عند الله و اما الذى لا يؤكل فهو ان يدفع الرجل الى الرجل عشره دراهم على ان يرد عليه اكثر منها فهذا الذى نهى الله عنه و صرح بانه كالصريح فى المدعى قائلا و هذا كالصريح فى ان الربا ليس بمخصوص بالبيع بل و لا الدين أيضا لان اعطاء غيره لان يرد عليه اكثر يشملهما و غيرهما و قد يناقش فيما ذكره اولا بالمنع من الشمول للصلح لندرتة بل الظاهر منه الدين و ثانيا بانه على تقدير الشمول للصلح معارض بالعمومات الداله على صحه الصلح تعارض العمومين من وجه كما لا يخفى و من الظاهر انها اولى بالترجيح لكثرتها و كون بعضها من الكتاب و كونها اقوى دلالة على المدعى من الروايه المذكوره كما لا يخفى و كون ظ الروايه المذكوره مخالفا للإجماع لعدم اختصاص الربا بالرجال و لا بعشره دراهم فيجب حملها على اراده التمثيل و هو مستلزم للتجاوز و من الظاهر ان الروايه التى يجب ارتكاب التجوز فيها مرجوح بالنسبه الى ما لا يجب فيه ذلك و ان لزم ارتكاب التخصيص فت و منها ما تمسك به فى مجمع الفائده و أيضا يؤيده عموم بعض الروايات مثل عموم ما فى صحيحه عمر بن يزيد الثقه عن ابى عبد الله ع يا عمر قد احل الله البيع و حرم الربا فابح و لا- تربه قلت و ما الربا قال دراهم بدراهم مثلان بمثل فان الدراهم بالدراهم يعم جميع المعاوضه التى يكون فيها شرط الدراهم بالدراهم مثلان بمثل و هو ظ و مثلها أيضا موجود و ظاهر ان هذا ليس بمخصوص بالدراهم و لا بمثلين لدليل اخر و مثلها موثقه زراره لابن بكير المجمع عليه عن ابى جعفر قال سمعته لا يكون الربا الا فيما يكال او يوزن و صحيحه الحلبي عن ابى عبد الله ع لا يصلح التمر بالرطب و ما فى صحيحه ابى بصير و غيره عن ابى عبد الله ع قال الحنطه و الشعير بالدقيق رأسا برأس لا يزداد واحد منهما على الاخر و روايه عبد الرحمن عن ابى عبد الله ع قال قلت لأبى عبد الله ع

ا يجوز ففيز حنطه بققيزين من شعير قال لا يجوز الا مثلا بمثل ثم قال ان الشعير من الحنطه و صحيحه محمد بن مسلم قال سألته عن الرجل يدفع الى الطحان الطعام فيقاطعه على ان يعطى صاحبه لكل عشره اثنتى عشر دقيقا فقال لا قلت فالرجل يدفع السمسم الى العصار و يضمّن له بكل صاع ارطالا مسماه قال لا و هذه اوضح دلالة و لا يضر الاضمار فى سنده لما مر غير مره و صحيحه الحلبي عن ابى عبد الله ع قال الفضه بالفضه مثلا بمثل ليس فيه زياده و لا نقصان الزائد و المستريد فى النار و هذه اوضح دلالة و سندا و بالجمله امثال ذلك كثيره و ان لم يكن نصا فى جميع المعاملات و لكن ظاهره فيها و بعضها نص فى دخول بعض المعاملات مثل تقبيل الحنطه بالدقيق على الطحان و كذا السمسم على البزار على ما تقدم فى الصحيح و مثل القرض على ما تقدم فلا بد من القول بها و قد يناقش فيما ذكره بان الاخبار المذكوره لا تنهض باثبات المدعى للمنع من شمول اطلاقها لغير البيع و الدين و ذلك اما لوروده فى مقام الاشاره الى بعض احكام الربا فى الجمله كما هو ظ سوقها فلا يفيد هذا الاطلاق العموم او لان غير البيع و الدين من الافراد النادره فلا ينصرف اليه الاطلاق سلطنا شمول الاطلاق لمحل البحث و لكنه يعارض بالعمومات الداله على صحه الصلح تعارض العمومين من وجه و الترجيح معها لوجوه تقدم اليها الاشاره فاذا القول الاول فى غايه القوه و لكن الثانى احوط فلا ينبغى تركه

**منهل لو ائلف رجل على غيره ثوبا قيمته درهم فصالحه عنه على درهمين**

فهل يصح هذا الصلح او لا اختلف فيه الاصحاب على قولين الاول انه يصح هذا الصلح و هو للشرائع و عد و د و كره و التحرير و لف و حكاة فيه عن والده و ابن ادريس و صرح فى اللعنه و س بانه المشهور بين الاصحاب الثانى انه لا يصح و يكون باطلا و هو للخلاف و جامع المقاصد و لك و ضه و المحكى فى لف و غيره عن المبسوط و ابن البراج و يظهر من اللعنه و س التوقف للأولين وجوه منها ما تمسك به فى يع و لف من ان الصلح وقع عن الثوب لا عن الدرهم و اورد عليه فى لك و ضه قائلا هذا يتم على القول بضمان القيمى بمثله ليكون الثابت فى الذمه ثوبا و يكون هو متعلق الصلح اما على القول الأصح من ضمانه بقيمته فاللازم لذمه المتلف انما هو الدرهم فيستلزم الصلح عليه بدرهمين الربا فيبطل على تقدير اشتراك بالصلح مع البيع فى عدم جواز الربا و بطلان العقد به و اشار الى الايراد المذكور فى س و جامع المقاصد أيضا و منها العمومات الداله على صحه الصلح من قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و قوله ص المؤمنون عند شروطهم و قوله ص الناس مسلطون على اموالهم و قوله ص الصلح جائز بين المسلمين و قد تمسك به هنا فى لف و منها ما تمسك به فى لف من خبر عمر بن يزيد قال سئلت ابا

ص: ٣٥٧

عبد الله ع عن رجل ضمن ضمانا ثم صالح على بعض ما صالح عليه قال ليس له الا الذى صالح عليه و منها ما تبه عليه فى لف قائلا قال ابن الجنيدي عقيب ما روى ان النبى ص قال لكعب بن مالك و قد تقاضى غريما له اترك الشطر و اتبعه ببقيته فخذه و هذا و ان كان مثله لا يجوز فى البيوع بان يباع الشىء ببعضه من جنسه فان الصلح اشبه بالبيع و الاجاره فى بعض الاماكن و منها ظهور عبارته التذكرة فى دعوى الجماع على ذلك فانه صرح بانه لو اتلف رجل على آخر عينا حيوانا او ثوبا و شبههما قيمتها دينار فادعاه عليه فافر له به ثم صالحه منه على اكثر من ذلك صح عندنا و للآخرين ما تمسك به فى الخلاف قائلا اذا اتلف رجل على غيره ثوبا يساوى دينارا فافر له به و صالحه على دينارين لم يصح دليلنا انه اذا تلف عليه الثوب و جب فى ذمته قيمته بدلاله ان له مطالبته و يجبر صاحب الثوب على اخذها فاذا ثبت ان قيمه هى الواجبه فى ذمته فالقيمه هاهنا دينار واحد فلو اجريا بان يصالحه على اكثر من دينار كان يباع للدينار باكثر منه و ذلك ربا لا يجوز و قد يناقش فيما ذكره بانه انما يتم على تقدير كون الصلح يباع كسائر العقود و اما على تقدير كونه عقدا مستقلا كما هو المختار فلا كما لا يخفى لا يقال على تقدير كونه عقدا مستقلا يلزم الربا فى محل البحث فيلزم ان يكون فاسدا لأننا نقول لا نسلم تحقق الربا هنا الا على تقدير ان يضمن فى القيمى بقيمته و اما على تقدير ان يضمن فيه بمثله فلا- كما نبه عليه فى لك و ضه و غيرهما على انا نمنع من تحقق الربا على التقدير الاول أيضا و ان ادعاه فى جامع المقاصد و لك و ضه و مجمع الفائده و غيرها و ذلك لان قيمه الثوب المفروض كما يكون درهما كك يكون ربع دينار او نقص او ازيد من جنس الذهب لان قيمه الشىء عبارة عما يعادله و يساويه من جنس اخر و لا دليل على انه لا بد فى قيم المتلفات من اعتبارها من جنس الدراهم و الفضه فاذا وقع الصلح هنا بدرهمين لا يلزم ان يكون مقابلهما درهم واحد فلعل المقابل من جنس الدينار و بالجملة ما وقع الصلح عليه هنا نفس قيمه الثوب و لم يتعين كونها عبارته عن درهم واحد و كونه احد الافراد لا يستلزم الربا فى محل البحث كما لا يخفى سلمنا تحقق الربا و لكن لم يثبت حرمة فى غير البيع و الانصاف ان المسأله لا تخلو عن اشكال و لكن القول الاول هو الاقرب سواء قلنا بحرمة الربا فى غير البيع أم لا و سواء قلنا بان المضمون حيث يتلف القيمى هو القيمه او مثل التالف و لكن الاحوط على القول بحرمة الربا فى غير البيع و بان المضمون فى تلف القيمى قيمه ترك هذا الصلح و ان كان الحكم بتحقيق الربا فيه كما يظهر من جماعه محل اشكال بل الظاهر العدم فت و يلحق بالثوب هنا جميع الاجناس و بالدرهمين الديناران و بالجملة لو اتلف رجل على آخر عينا حيوانا كان او ثوبا او شبههما و

تكون قيمته دينارا او درهما جاز الصلح على التالف المضمون بازيد من قيمته او بانقص منها حيث يستلزم الربا سواء كان من جنس النقدين او من غيره و قد نبه على ذلك في كره

### منهل لو ادعى دار في يد غيره و انكر من هي في يده فتصالحا على ان يسكنها المدعى سنه صح

و كذا يصح لو ادعى دار فافر له بها و وقع الصلح على سكنى المقر سنه و هل الصلح في الصورتين لازم ليس لأحدهما الرجوع فيه او لا قولان احدهما انه لازم و ليس لأحدهما الرجوع فيه و هو للشرائع و س و لك و ضه و الكفايه و قد صرح بنفى الرجوع في الاولى في الارشاد و كره و في الثانيه في لف و التحرير و قد ادعى الشهره على اللزوم في الصورتين في الكفايه و لهم على ذلك ما نبه عليه في كره و لك و ضه و مجمع الفائده من ان الصلح عقد لازم مستقل في نفسه و ليس فرعا على غيره و ثانيهما انه ليس بلازم بل لكل واحد منهما الرجوع فيه لأنه هنا فرع العاديه لان متعلقه المنفعه بغير عوض فيها و هو للشيخ على ما صرح به في الكفايه قائلا بعد الاشاره الى القول الاول و اختياره خلافا للشيخ حيث اجاز الرجوع بناء على كون الصلح هنا فرع العاريه و قد اشار الى هذا القول في يع و لف و التحرير و غيرها و هو ضعيف بل المعتمد هو القول الاول

### منهل لو ادعى اثنان عينا في يد ثالث من دار او ثوب او نحوهما بانها لهما بالمناصفه

#### اشاره

و صرحا معا بالسبب الموجب للملك لهما من انهما ورثاها معا او و كلا من اشتراها لهما معا بالمناصفه او نحو ذلك فصدق المدعى عليه احدهما فيما يدعيه من ان النصف له و كذب الآخر ثم انه صالح المدعى ذلك الذي صدقه على النصف الذي اقر له به بعوض و ح فان كان هذا الصلح باذن شريكه سابقا على الصلح او لاحقا بناء على صحه الفضولي صح الصلح على تمام النصف الذي وقع عليه العقد و يكون العوض بينهما نصفين كما ان الاصل كان لك و ان لم يكن الصلح باذن شريكه صح الصلح في حق المقر له و هو الربع الذي هو نصف ما وقع عليه الصلح و بطل في ربع شريكه و يكون شريكا مع المدعى بذلك الربع على ما صرح به في يع و القواعد و د و كره و التحرير و جامع المقاصد و صرح بعض بان ذلك مشهور بينهم و لهم ما نبه عليه في جامع المقاصد قائلا لو صالح المتشبهت و هو صاحب اليد و قد ادعى عليه مدعيان بان العين الفلانيه مثلا ملك لهما بسبب يقتضى التشريك كالإرث كاثنين يدعيان على زيد بان الدار التي في يده ملك لهما بالارث من ابيهما فصدق احدهما و كذب الآخر فتحقق باقراره عدم ملكه لنصف الدار و الاثنان متفقان على ان النصف كالكل مملوك لهما بالارث فيمنع استحقاق احدهما النصف من دون الآخر بل كلما ثبت انه مخلف عن ابيهما فهما مشتركان فيه الى ان يعلم السبب الناقل و قد يثبت باقرار الابن ان النصف مخلف عن ابيه فامتنع اقراره بملكه فيشترك بينهما و التالف بانكار المتشبهت بينهما فان قيل انما اقر المتشبهت باستحقاق واحد فلا يستحق الآخر شيئا قلنا الاستحقاق انما ثبت من جهة ان سبب الملك يقتضى التشريك و لا فرق بين ان يقولوا ورثاها ثم غصبها منا و عدمه كما نص في كره لان سبب التشريك موجود فاذا صالح المقر و الحال هذه عن النصف المقر به به فاما ان يكون باذن شريكه او لا فان كان الاول صح الصلح و اشتركا في العوض لأنه عوض مالهما المشترك و الأصح في الربع خاصه و بقى الربع الآخر على ملك الابن الآخر ان لم يجز الصلح و اشار الى الوجه الذي ذكره في كره أيضا و قد يناقش فيما ذكره و ما ذكره بانها انما يتم على تقدير كون النصف الذي وقع الصلح عليه معينا شخصيا لا كليا كالنصف الغربي او الشرقي فان جميع ما ذكره يتجه هنا قطعا و يكون ما ذكره موافقا للقاعده و اما على تقدير كونه كليا كما في صورته الشركه على وجه

قائلا بعد الاشاره الى ما ذكره هؤلاء الجماعه و فيه بحث لان هذا لا يتم الا على القول بتنزيل البيع و الصلح على الاشاعه كالاقرار و هم لا- يقولون به بل يحملون اطلاقه على ملك البائع و المصالح حتى لو باع ابتداء مالك النصف بنصف العين مط انصرف الى نصيبه و وجهوه بان اللفظ من حيث هو و ان تساوت نسبتبه الى النصفين الا انه خارج قد ترجح انصرافه الى النصف المملوك للبائع نظرا الى ان اطلاق البيع انما يحمل على المتعارف فى الاستعمال و هو الذى ترتب عليه الانتقال بفعل المتعاقدين و لا يجرى ذلك الا فى المملوك بخلاف الاقرار فانه اخبار عن ملك الغير بشىء فيستوى فيه ما هو ملكه و ملك غيره فاللازم هنا ان ينصرف الصلح الى نصيب المقر له خاصه فيصح فى جميع الحصه بجميع العوض و تبقى المنازعه بين الاخر و المتشبه هذا ان وقع الصلح على النصف مط و النصف الذى هو ملك المقر له اما لو وقع على النصف الذى اقر به المتشبه توجه قول الجماعه لان الاقرار منزله على الاشاعه و الصلح وقع على المقر به فيكون تابعا له فيها و على هذا ينبغي حمل كلامهم لثلا ينافى ما ذكره من القاعده التى ذكرناها و هذا توجيه حسن لم ينبوا عليه و انما ذكر الشهد فى بعض تحقيقاته احتمال انصراف الصلح الى حصته المقر له من غير مشاركته الاخر مط و تبعه عليه الشيخ على و اورد عليه فى مجمع الفائده قائلا بعد الاشاره الى ما ذكره و فيه بحث اما اولاً- فلان قول الجماعه ذلك انما هو فى مال مشخص من غير نزاع للبائع و المصالح و فيما نحن فيه ليس كك لوجود النزاع و عدم ثبوت نصف خالص له بل انما يثبت له بحسب الشرع الربع لان الفرض ان جميع ما ثبت له مشترك بينه و بين شريكه بحسب نفس الامر و حكم الشرع ظاهرا باقرارهما و الظاهر انه لا- نزاع فى ان المقر به مشترك بينهما و يفهم من كلامه أيضا فما صالح الا- على ربه و ربع شريكه اذ ليس نصف المصالح عليه الا- ذلك و لا- يمكن له مصالحه النصف المخصوص و هو ظ لما مر و لما سيجىء و اما ثانيا فانه على تقدير تسليم ذلك هنا قرينه صريحه داله على انه ما اصطلاح الا على النصف الذى اقر له به المتشبه به و ما قصد المتشبه و المقر له الا ذلك فينصرف اليه و ان كان مط او مقيدا بكونه الذى له لأنه الذى ظهر بحسب الظاهر و رضى المقر له بالصلح عليه و اما ثالثا فلانه لا يحتاج هنا الى بحث و توجيه فان كلامهم ظ بل صريح فى ان المصالح عليه انما هو النصف المقر به اذ لم يصالح المقر الا عليه و ما ثبت بحسب ظ الشرع للشريك المصالح الا ذلك اما لو صرح بانه انما يصالح على نصفه الذى له فى نفس الامر غير المتنازع و المقر به فان كان المقر عالما و رضى به يلزمه الاقرار بثلته ارباع العين الربع للشريك و النصف للمصالح و هذا بعيد اذ هو منكر للنصف الاخر و يقول ان ليس للاخر فيه شىء اصلا و لهذا ما توجه الاصحاب الى هذا الاحتمال و حكموا مط بما مر فالحكم كما قالوه سواء قال صالحتك على النصف المقر به او نصفى او اطلق و ينصرفان الى الاول لما مر الا ان يصرح و ح لم يقع الصلح لعدم رضا الطرف الاخر و هو المقر ف منه علم انه لو قال انى قصدت ما لى من غير اشاعه لا يسمع فان للمقر ان يقول انى ما اشترت الا ما اقررت به و هذا مسموع منه و علم أيضا ان احتمال الشهد الذى تبعه فيه الشيخ على ليس بجيد بل المشهور هو الظاهر و العجب ان المتأخرين خصوصا الشيخ على قليلا ما يخرجون عنه مع ضعف دليله و قوه دليل خلافه و يخرجون فى مثل هذه المواضع فكان غرضهم مجرد ابداء الاحتمال لا الفتوى به و ينبغي مراجعه كلامهم و على تقدير الفتوى فالظاهر انه فى المطلق او نصفى لا الاخر و فيما ذكره قدس سره نظر بل الاقرب ان يفصل فيقال ان وقع الصلح على موضع معين من تلك العين على انه للمقر له فلا اشكال فى انه يشاركه صاحبه الذى اقر باستحقاقه لتلك العين باعتبار ذلك السبب فيجرى التفصيل الذى ذكره الجماعه المتقدم اليهم الاشاره و وجهه

فى غاية الوضوح و ان وقع الصلح على النصف المشاع الذى هو كلى و ليس بمتشخص فى

الخارج بوجه من الوجوه و يستحقه المقر له باعتقاد المقر و هو المدعى عليه و اعتقاد صاحبه المشارك له فى السبب فيختص المقر له بما وقع الصلح عليه و لا يشاركه احد فى شىء و ذلك لأنه مقتضى الاصول و القواعد الشرعيه كما لا يخفى و ليس لها هنا معارض من شىء من الادله الاربعه بناء على ان مجرد فتوى جماعه بشىء لا يكون بنفسها حجه شرعيه و اما دعوى الشهره فهى غير ثابتة و لو سلمت ففى حجيتها اشكال و لا فرق فيما ذكرناه من التفصيل بين ان يكون السبب المقتضى لاشتراك المقر له مع صاحبه فى تلك العين المتنازع فيها ارثا او غيره و

### ينبغى التنبيه على امور

#### الاول لو ادعى كل واحد منهما النصف من غير سبب موجب للشركه

كما لو ادعى احدهما النصف بسبب الارث و الاخر بسبب الشراء فصرح فى يع و د و التحرير و مجمع الفائده و الكفايه بانها لم يشتركا فيما يقر به لأحدهما دون الاخر بل يختص المقر له بما وقع عليه الصلح و احتج على ذلك فى جامع المقاصد و لك و مجمع الفائده بان ملك احدهما لا يستلزم ملك الاخر فلا يقتضى الاقرار لأحدهما بما يدعيه مشاركته الاخر اياه و ما ذكره حسن قبل ثبوت صحه دعوى المدعى الاخر الذى لم يقر المدعى عليه له و اما بعد ثبوتها فلا فرق بين محل البحث و المسأله السابقه فى لزوم مراعات التفصيل المتقدم و نبه على عدم الفرق بين المسألتين فى جامع المقاصد قائلا و لقائل ان يقول لا فرق بين تغاير السبب و كونه مقتضيا للتشريك فى عدم الشركه لان الصلح انما هو على استحقاق المقر له و هو امر كلى يمكن نقله عن مالكة الى اخر و لهذا لو باع احد الورثه حصته من الارث صح و لم يتوقف على رضى الباقيين فان اجيب بان الانكار لاستحقاق الاخر صير النصف كالتالف فيجب ان يكون منهما لامتناع تلف حصه احدهما دون الاخر قلنا فاذا تغاير السبب يجب ان يكون كك مع اعتراف المقر له بالشركه و قد سبق فى البيع فيما اذا قال النصف لك و النصف الاخر لى و لشريكى ما ينافى اطلاقه ما هنا حيث انه حكم بالتشريك بينهما فى الحاصل و التالف فى احكام التنازع فى الرهن تردد فى التشريك و عدمه و نبه شيخنا الشهيد على ذلك فى حواشيه على الكتاب و فيما ذكره نظر فت

#### الثانى نبه فى جامع المقاصد على الفرق فى مسئله الارث

بين صورتى وقوع الصلح قبل قبض الورثه لسهامهم و بعدها قائلا و الذى يقتضيه النظر ان الحكم فى مسئله الارث قبل قبض الوارثين صحيح لان الحاصل من الشركه قبل القبض هو المحسوب تركه بالنسبه الى الورثه و التالف لا يحتسب عليهم و كأنه لم يكن و امتناع الوصول اليه كتلفه فى هذا الحكم و الظاهر انه لا خلاف فى ذلك اما بعد القبض و استقرار الملك لهم و انقطاع كل من الورثه عن حق

الوراثه الى اخر فلا دليل على الحاق تعذر الوصول الى حق بعضهم بالانكار مع عدم البيئه و نحوه بتلف البعض فى هذا الحكم و الاصل عدمه فينبغى التوقف فيه فيلحظ الحكم المذكور فى البيع و اورد عليه فى لك بعد الاشاره اليه قائلًا و هذا الفرق انما يتم فيما لو قبض احد الوارثين شيئًا من اعيان التركه او باعه اما الصلح فيبني على ما لو صالح احد الشريكين فى الدين على حقه فيه هل يختص بالعوض أم لا- فالظاهر الاختصاص لان الذاهب لا يخرج عن كونه حقاله و الصلح لم يقع على عين خاصه حتى يشتركا فى عوضهما انما وقع على حقه و هو امر يمكن نقله بعوض و غير عوض فالبحث السابق فى مسئله الارث قبل القبض و بعده

### **الثالث صرح فى لك بانه لو ادعى كل منهما انه اشترى النصف من غير تقييد بالمعيبه معا**

يكون حكمه حكم ما لو ادعى كل منهما النصف من غير ذكر سبب الشركه

### **الرابع نبه فى لك على بعض الفروع**

قائلًا- لو قال اشتريناها معا او ارتهيناها و قبضناها معا و نحو ذلك فقد قرر فى كره ان الحكم فيه كالأول لاعتراف المقر بان السبب المقتضى لتملكه قد اقتضى تملك الآخر و يحتمل العدم لان نقل الملك لاثنين بهذا الوجه بمنزله الصفقتين و قد صرح بجميع ما ذكره فى جامع المقاصد أيضا

### **منهل يجوز جعل سقى الزرع و الشجر بمائه عوضا للصلح**

بان يكون مورده امرا اخر من عين او منفعه مع ضبط المده المعلومه فلو ادعى عليه و انكر و صالحه المدعى عليه على سقى زرعه او شجره بمائه جاز ذلك مع ارتفاع الجهاله من السقى بضبط المده و قد نبه على ذلك فى الشرائع و عد و س و عه و جامع المقاصد و لك و ضه و الكفايه و لهم الاصل و العمومات و ما تمسك به فى جامع المقاصد من انه مال مملوك بقصد نقله فجاز جعله عوضا للصلح و كما يجوز ذلك يجوز جعل السقى المفروض موردا للصلح و عوضه امر اخر من عين او منفعه و قد نبه على ذلك فى س و ضه و لك و حكى فيه عن الشيخ المنع من الصلح فى المقامين قائلًا القول بالمنع فى المقام الاول للشيخ محتجا بجهاله الماء و الجواز اقوى مع ضبطه بمده معلومه و مثله ما لو كان الماء معوضا مع ان الشيخ جوز بيع ماء العين و البئر و بيع جزء مشاع منه و جوز جعله عوضا للصلح و يمكن ان يكون منعه من الصلح على السقى المذكور مط كما يدل عليه الاطلاق و الماء فيه مجهول فلا يدخل فى احد الاقسام لأنه لم يستحق جميع الماء و لا بعضا منه متعينا انما استحق سقيا لا يعرف قدره و لا مده انتهائه و من ثم شرطنا فى الجواز ضبط المده و هو لم يصرح بالمنع ح ثم صرح بانه لو تعلق الصلح بسقيه دائما لم يبعد الصحه محتجا بان جهاله مثل ذلك يتسامح فيها فى باب الصلح و اشار الى ما ذكره من الحكم فى ضه أيضا و هو جيد

### **منهل المدعى عليه و هو المنكر اذا طلب الصلح من المدعى**

كما لو قال صالحني على ما تدعيه لم يكن اقرارا بعدم استحقاقه لما وقع عليه الدعوى و بانه مال الغير كما نص عليه في يع و التذكرة و التحرير و د و التبصره و لف و س و عه و ضه و لك و مجمع الفائده و الكفايه و لهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه كما نبه عليه بعض الاجله و منها انه لو كان اقرارا بذلك لكان دالا عليه باحدى الدلالات الثلاث و التالي بط فالمقدم مثله اما الملازمه فلظهور الاتفاق على انحصار دلالة الالفاظ في المطابقه و التضمن و الالتزام و اما بطلان التالي فلانه لو دل باحدها لجاز تكذيبه في الدعوى و الزامه باقراره عرفا و لكان مفهوما و كل ذلك باطل بالضرورة و منها ما تمسك به في يع قائلا اذا قال المدعى عليه صالحني عليه لم يكن اقرارا لأنه قد يصح مع الانكار و قد نبه في لك على وجه دلالة هذا التعليل على المدعى قائلا اشار بالتعليل الى الرد على بعض العامه حيث زعم ان الصلح لا يصح الا مع الاقرار و فرع عليه ان المدعى عليه قبل الاقرار لو قال صالحني على العين التي ادعيتها يكون ذلك منه اقرارا لأنه طلب منه التمليك و ذلك يتضمن الاعتراف بالملك قصار كما لو قال ملكني و لما كان عندنا الاصل ممنوعا لجواز الصلح مع الاقرار و الانكار لم يكن طلبه اقرارا و قد تمسك بالعله المذكوره في س و ضه و مجمع الفائده و اشار اليها في كره أيضا قائلا اذا قال المدعى عليه المنكر صالحني على كذا لم يكن اقرارا منه لان الصلح قد يراد به تاره المعاوضه و تاره قطع الدعوى و الخصومه و اذا احتملها لم يحمل على الاقرار و

### ينبغي التنبيه على امرين

#### الاول لو قال المدعى عليه المنكر مخاطبا للمدعى بعني

او قال ملكني فصرح في يع و د و كره و لف و التبصره و س و لك و مجمع الفائده و الكفايه بأنه اقرار من المنكر بان المال ليس له و لا يستحقه و لهم وجهان احدهما ظهور الاتفاق عليه كما يستفاد من الكتب المذكوره لعدم اشارتهما الى خلاف و لا اشكال في ذلك و ثانيهما ما تمسك به في لك قائلا اما لو قال بعني او ملكني كان اقرارا لأنه صريح في التماس التمليك و هو ينافي كونه ملكا له لاستحاله تحصيل الحاصل و قد يناقش فيما ذكره بالمنع من التناهي بين التماس التمليك و كونه ملكا له و ذلك لأنه يجوز ان يحكم بانه ملكه بحسب ظاهر الشرع حيث انه انتقل من والده اليه بالارث و حكم بانه ملكه بمجرد اليد و مع ذلك لا يكون ملكا له في الواقع لإمكان الغصب و المعامله الفاسده و غير ذلك فالتماس البيع لعله لإرادته تطبيق الظاهر مع الواقع المحتمل فمرجه الى الاحتياط و هو كثير الوقوع خصوصا بالنسبه الى اهل الورع و التقوى و التحقيق في المقام ان يقال ان حصل القطع باراده الاحتياط فلا اشكال في أنه لا يكون اقرارا و ان حصل القطع بانتفاء احتمال اراده الاحتياط فلا اشكال في أنه يكون اقرارا و ان حصل الشك في المراد فينبغي التوقف و معه لا- يجوز الحكم بكون ذلك اقرارا و هل الظن بالمراد هنا يقوم مقام العلم او مقام الشك فيه اشكال و لكن الثاني اقرب عملا بالعمومات المانعه من العمل بالظن من الكتاب و السنه فقولته بعني او ملكني بنفسه لا- يكون اقرارا الا- اذا علم عدم اراده الاحتياط الا ان يقال احتمال اراده الاحتياط خلاف الظاهر كما ان احتمال السهو و الهزل خلاف الظاهر فلا- يحمل عليهما الكلام المجرد عن القرائن و مرجع هذا و ان كان الظن الا ان هذا الظن من الظنون المجمع على حجيتها فما صار اليه الجماعه المتقدم اليهم الاشاره من كون بعني او ملكني اقرارا في غايه القوه حيث لم يقر على اراده الاحتياط دليل و عليه فهل يكون اقرارا من المنكر للمدعى او لا بل اقرارا في الجملة فيه قولان احدهما أنه اقرار بان المال للمدعى و هو للتحرير و مجمع الفائده و قد حكاه في لف عن الا- كثر قائلا- المشهور ان قوله بعني و ملكني اقرارا للمدعى نص عليه الشيخ في ط بخلاف صالحني و ثانيهما أنه اقرار في الجملة و ليس اقرارا للمدعى و هو للمختلف و س و



الكفايه و ذهب اليه في لك قائلًا لا شبهه في كون ذلك اقرارًا بعدم ملك المقر و كونه ملكًا لغيره في الجملة اما كونه ملكًا لمن طلب منه البيع و التمليك ففيه نظر من كونه اعم من ملكه اذ قد يكون وكيلا و اذا

ص: ٣٦٠

احتمل اللفظ الامرين لم يحصل المقتضى للملك الذي كان منتفيا لأصالة عدمه و بالجملة فمرجع الاقرار الى كونه مالكا للبيع لا مالكا للمبيع لأنه اخص فلا يدل عليه العلم نعم لو اقترن بذلك كون المطلوب بيعه تحت يد المخاطب يرجع جانب ملكه لدلاله اليد على الملكيه و الاصل عدم مالک اخر و قد تنبه لذلك العلامة في لف و الشهيد في س و هو قوى و يتفرع عليه ما لو عاد و اقر به لاخر يثبت له و لم يغرم للأول او لم يحكم له به و قد يناقش فيما ذكره بان قوله بعنى و ملكنى و ان كان بحسب الوضع اعم من كون المطلوب منه البيع و التمليك مالكا او وكيلا او وليا و لكن هذا الاطلاق يفهم منه مجردا عن القرينه صورته كونه مالكا لا وكيلا و لا وليا لندرتهما بالنسبه الى الاول فيجب الحمل عليها و لنحو ما ذكر حملنا الاطلاق على عدم السهو و العبث و على الاقرار و الا فهو اعم من جميع ما ذكر و قد نبه على ما ذكرناه في مجمع الفائده و فيه نظر و التحقيق ان يقال ان كان المعبر في الاقرار كون كلام الغير نصا صريحا في الدلاله على المراد او دالا عليه بالدلاله المطابقه او التضمنيه فليس قوله بعنى او ملكنى اقرارا اصلا فضلا عن ان يكون اقرارا للمدعى و ان اكتفى في الاقرار مجرد ظهور اللفظ و لو من جهه الغلبه و المعهوديه كما في المطلقات المحموله على الافراد الشائعه فيكون قوله بعنى او ملكنى اقرارا للمدعى و لعل الاخير في غايه القوه لشهاده العرف بذلك و يعضده فتوى الاصحاب في مقام و فتوى اكثرهم في مقام على ما حكاه في لف كما لا يخفى فاذن القول الاول في غايه القوه و لكن مراعات الاحتياط هنا و فيما سبق حيث يمكن اولى

### **الثانى الحق في التحرير و التبصره و س بلفظ بعنى في الدلاله على الاقرار لفظ**

او هبنى و زاد في التحرير فالحق به أيضا لفظ ابرئنى و صرح به في د و مجمع الفائده و الحق بذلك في د و التبصره لفظ احلنى و جميع ما ذكره في غايه القوه

### **منهل يصلح على اجراء الماء على سطحه و ساحتها بعد العلم بالموضع الذي يجرى منه الماء**

#### **اشاره**

بان يقدر مجراه طولًا و عرضًا ليرتفع الجهاله عن المحل المصالح عليه و قد صرح بصحة الصلح المفروض في يع و عد و اللعنه و لك و ضه و الكفايه و لهم الاصل و العمومات مع عدم ظهور مخالف هنا و

#### **ينبغي التنبيه على امور**

### **الاول صرح في ضه و لك و الكفايه بانه لا يعتبر تعيين العمق**

محتجين بانه من ملك شيئا ملك قراره الى تخوم الارض

### الثانى صرح فى لك باعتبار مشاهدته الماء

قائلا وقد أطلق المص و غيره حكم الماء من غير ان يشترطوا مشاهدته ليرتفع الغرر و لا باس باعتباره لاختلاف الاغراض بقلته و كثرته و لو كان ماء مطر اختلف بكبر محله و صغره فمعرفته يكون بمعرفه محله و تبّه على ما ذكره هنا فى ضه أيضا

### الثالث صرح فى ضه و لك بانه حيث يقع السطح بعد الصلح و يحتاج الساقية الى اصلاح

وجب على المالك الاصلاح لتوقف الحق عليه و ليس على المصالح مساعدته

### الرابع صرح فى لك و ضه و الكفايه بانه لا فرق فى صحّه ذلك بين جعله عوضا بعد المنازعه

و بين ايقاعه ابتداء و هو جيد

### القول فى الحقوق و احكام النزاع فى الاملاك

#### منهل يجوز اخراج الاجنحه و الرواشن الى الطرق النافذه

#### اشاره

و قد صرح بذلك فى يع و د و عد و كره و جامع المقاصد و لك و مجمع الفائده و الكفايه و قد صرح بجواز اخراج الاول فى الغنيه و الجامع و بجواز اخراج الثانى فى س و لهم و جوه منها ظهور الاتفاق عليه كما تبّه عليه فى مجمع الفائده قائلا الظاهر عدم الخلاف فى ذلك و يؤيده تصريح بعض الاجله بانه صرح الاصحاب بانه يجوز اخراج الرواشن و الاجنحه الى الطرق النافذه و منها ما تبّه عليه فى مجمع الفائده قائلا فى موضع أنّ الاصل و عموم ما يدلّ على جواز التصرف فيما خلقه الله يدلّ على ذلك و فى موضع اخر دليل جواز اخراج جميع ما ذكر هو الاصل و جواز تصرف المالك فى ملكه اى تصرف كان مع عدم المانع و منها ما تبّه عليه فى كره قائلا- ولأنّ الناس اتفقوا على اشراع الاجنحه و الساباطات فى الطرق النافذه و الشوارع المسلوكه فى جميع الاعصار و فى سائر البقاع من غير انكار فكان سائغا و يؤيده اولا تصريح الدروس باتفاق الناس على ذلك فى جميع الاعصار و الامصار من غير نكير و ثانيا ما حكاه بعض الاجله عن ابن ادريس قائلا استند الى جريان العاده من غير ان ينكره احد و سقيفه بنى ساعده و بنى النجار مشهورتان و لم ينكرهما احد من المسلمين و نفس الطريق غير مملوكه و انما يملك المسلمون منافعها دون رقبته و قيل و كانتا فى زمن النبى ص و منها ما تبّه عليه فى كره أيضا قائلا و لأنّ النبى ص نصب بيده ميزابا فى دار العباس و الجناح مثله لاشتراكهما فى المنفعه الخاليه عن الضرر و منها ما تبّه عليه فى كره أيضا قائلا لأنه ارتفق بما لم يتعين ملك احد عليه فكان جائزا و ليس لأحد منعه كالاستغلال بحائط الغير و الاستطراق فى الدرب و

## الاول صرح فى لك و جامع المقاصد بان الروشن و الجناح يشتركان

فى اخراج الخشب من الجدار الى الطريق بحيث لا- يصل الى الحائط و البناء عليه و ان وصل فهو الساباط و زاد فى الثانى قائلًا و فسر اللغويون الروشن بانه الكوه و زاد الاول قائلًا و ربما فرق بينهما بان الاجنحه ينضم اليها مع ما ذكر ان يوضع لها اعمده من الطريق

## الثانى لا يشترط فى اخراج الاجنحه و الروشن اذن الحاكم

كما صرح به فى كره و س و لهما الاصل و ظهور اتفاق الاصحاب عليه لان من عداهما منهم من اطلقوا جواز ذلك من غير ايماء الى اشتراط الاذن و يعضد ما ذكر ما نبه عليه فى كره قائلًا اشترط احمد فى جواز اشراع الجناح اذن الامام فيه فان اذن فيه جاز و الا فلا و هو ممنوع لاتفاق الناس على عمله

## منهل هل يشترط فى جواز الامرين عدم معارضة مسلم فيهما

فلو عارض مسلم لم يجز و ان انتفى الضرر و ان وقعا و حصلت المعارضة لزم قلعهما او لا بل يجوز اخراج الاجنحه و الروشن و ان عارض فيه مسلم اختلف الاصحاب فى ذلك على قولين الاول انه يجوز ذلك مط و ان عارض فى مسلم و هو لصريح يع و د و عد و لف و س و مجمع الفائده و ظ جامع المقاصد و لك و حكى هذا القول فى لف عن الخلاف و ابن ادريس و صرح فى الكفايه بانه المشهور الثانى انه لا يجوز ذلك الا مع عدم معارضة مسلم بل يجب القلع اذا عارض و هو للغنيه و المحكى فى لف عن المبسوط و ابن البراج للأولين وجوه منها ما تمسك به فى الكفايه من الاصل و عدم حجه صالحه على اشتراط ذلك و منها ما تمسك به فى س قائلًا- و لاتفاق الناس عليه فى جميع الاعصار و الامصار من غير نكير و اشار اليه فى لف بقوله قال فى الخلاف لا يشترط ذلك و هو اختيار ابن ادريس لجريان العاده به و لم ينكر و سقيفه بنى ساعده و بنى النجار مشهورتان

ص: ٣٦١

لم ينكرهما احد من المسلمين و قد يناقش فيما ذكره بان دعوى اجماع المسلمين ان كانت على اصل الجواز فلا تجدى فى محل البحث فان القضايا المهملة فى قوه الجزئيه فلا يستفاد منها امرا كليًا فلا ينطبق الدليل على المدعى و ان كانت على الجواز فى محل البحث فهى ممنوعه و سند المنع اولًا- ان عمل المسلمين من جمله الافعال و قد تقرر فى الاصول ان الافعال مجمله لا عموم فيها و ثانياً مخالفه جماعه من اعيان الاماميه فى الجواز هنا و قد تقدّم اليه الاشاره و فيه نظر فانّ المستفاد من سيره المسلمين قديما و حديثا الجواز مط و لو مع معارضة مسلم اذ لو لم يجز الا مع عدم المعارضة لما وقع اخراج الامرين الا نادرا و لتواتر الامتناع منهما باعتبار المعارضة و كونها من اسباب المنع و الفعل و ان كان فى نفسه مجملا و لكن قد ينضم اليه امور عاديه يقتضى العلم بالعموم و مجرد مخالفه جماعه غير قاصح فى الاجماع كما تقرر فى الاصول فت و منها عموم قوله الناس

مسلطون على اموالهم و قد نبه عليه في مجمع الفائده بقوله دليل جواز اخراج الامرين في جداره اذا كان الطريق النافذه بشرط عدم الضرر بالماره بان يكون عاليا مثلا هو الاصل و جواز تصرف المالك في ملكه اى تصرف كان مع عدم المانع و منها قوله ص المؤمنون عند شروطهم و منها انه لو وجب القلع بعد معارضه مسلم لترتب الضرر العظيم على المخرج و الاصل عدمه لعموم ما دل على نفيه فت و للآخرين وجوه أيضا منها ما تمسك به في الغنيه من ان الطريق النافذ حق لجميع المسلمين فان انكر واحد لم يجز ان يغصب على حقه و وجب قلع ما احدث فيه و فيه نظر اما اولا فلانه ان اريد من انه حق لهم انه يجوز لهم التصرف فيه بالمرور و نحوه فهو مسلم و لكنّه لا يفيد ثبوت المدعى لعدم الدليل على ان كل حق يقتضى منع الغير من جواز التصرفات فان الاوقاف العامه كالمسجد حقوق لأربابها من المسلمين مثلا مع انه لا يجوز لكل واحد منهم منع الاخر عن التصرف فيها و ان اريد انه ملك لهم مشترك بينهم كالدّار المشتركه بين جماعه فهو ممنوع للأصل و انه لو كان ملكا لهم لما جاز لكلّ منهم التصرف فيه مطّأ باذن الاخر فضلا عن المعارضه و قد نبه على ما ذكرناه في مجمع الفائده قائلا في مقام بعد الاشاره الى الوجه المذكور هذا يدلّ على انه ملك و هو غير ظاهر بل انما لكلّ احد الاستطراق لا غير فليس لأحد منع ما لا يضرّ بذلك الانتفاع فقولهم انه ملك للمسلمين مجاز و تسامح و في مقام اخر و يمكن ان يقال ليس لأحد في هذا الطريق ملك و لا حق عام بل الناس شرع في الانتفاع به اى انتفاع كان ما لم يمنع من الانتفاع المطلوب الموضوع له و ان كان غير المرور او المرور في بعض الاوقات فانه يمنع من مرور اخر في ذلك الوقت فليس لأحد المنع مطّأ أيضا لو كان حقا مثل سائر الحقوق فكان ينبغي عدم جواز التصرف بالمرور أيضا الا باذن الجميع لأنه مشترك و قد مرت المبالغه في عدم جواز التصرف في المشترك الا باذن شريكه و الظاهر عدم الخلاف في ذلك و يؤيد ما ذكره قول التذكرة الشوارع لا يجرى عليها ملك احد و لا يختص بها شخص من الاشخاص بل هي بين الناس كافه شرع سواء بلا خلاف و اما ثانيا فلان مجرد كونه حقا لهم لو اقتضى ذلك لما جاز اخراج الامرين المذكورين مع معارضه الكافر أيضا لاستحقاقه له في الجمله كالمسلم و قد نبه على هذا في مجمع الفائده أيضا قائلا و ظاهر عباراتهم في التقييد بالمسلم ان ليس للكافر ذلك مع ان له أيضا حق المرور صرح في كره و اما ثالثا فلانه لا يصلح لمعارضه الوجوه المتقدمه المعترضه بالشهره العظيمه الداله على القول الاول و منها ما تمسك به في الغنيه من انه لا خلاف في ان المخرج للأمرين لا ينفرد بملك شىء من القرار و الهواء و البناء تابعان له فلا يملكهما و فيه نظر واضح فان الملازمه ممنوعه لفقد الدليل و منها ما تمسك به في الغنيه من انه لو سقط ما اخرج على انسان فقتله او على مال فاتفقه لزمه الضمان بلا خلاف و لو كان يملك لما لزمه ذلك و فيه نظر اما اولا فللمنع من القضييه الاخيريه و اما ثانيا فللمنع من صلاحيته كالسابق لمعارضه ادله القول الاول و قد نقل في

س الوجوه المذكوره عن الخلاف و اجاب عنها بقوله قلنا الفرض عدم الضرر و المانع معاند ثم ادعى اجماع المسلمين على القول الاول و هو المعتمد عندى و عليه لا فرق فيما ذكرناه بين كون غرض المسلم المعارض ان يخرج هو من جداره او لا كما صرح به في مجمع الفائده و لا بين ان يستوعب المخرج الطريق او لا كما صرح به فيه أيضا

**منهل يشترط في اخراج الاجنحه و الرواشن ان لا يكون مضره بالماره**

**اشاره**

فلو كانت مضره بجمعهم في جميع الاحوال التي يحصل فيها المرور منهم لم يجز اخراجها و قد صرح بذلك في الغنيه في يع و

د و عد و كره و س و الجامع و لك و مجمع الفائده و الكفايه و لهم وجوه منها ظهور الاتفاق على ذلك و منها تصريح مجمع الفائده بدعوى الجماع على ذلك و منها ما تمسك به فيه من عموم قوله ص لا ضرر و لا ضرار فيلزم ان يكون عاليه بحيث يرتفع بعلوها الضرر عنهم كما نبه عليه فى الغنيه و يع و كره و مجمع الفائده و الكفايه و

### ينبغى التنبيه على امور

#### الاول المرجع و الضابط فى الضرر المانع من الاخراج و عدمه هو العرف

و يختلف باختلاف حال الطريق و قد صرح بذلك فى كره و جامع المقاصد و لك بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه و يدل عليه مضافا الى ما ذكر ما تقرر فى الاصول من ان المرجع فى فهم معانى الفاظ الكتاب و السنه و كلام العلماء هو العرف حيث ينتفى الحقيقه اللغويه و الشرعيه و المراد من العرف هنا هو العرف العام لا الخاص فانه على تقدير وجوده لا يحمل عليه ما ذكر من الالفاظ باتفاق على الظاهر

#### الثانى صرح فى لك و الكفايه بانه يعتبر فى الماره بما يليق بذلك الطريق عاده

قائلين فان كانت مما يمر عليها الفرسان اعتبر ارتفاع ذلك بقدر لا يصدم الرمح على وضعه عاده و اعتبار فى التذكرة مروره ناصبا رمحه لأنه قد يزدحم الفرسان فيحتاج الى نصب الرماح و نفاه فى الدروس لندوره و لإمكان اجتماعهم مع امالته على وجه لا يبلغهم و هو اقوى و اشار بما حكاه عن س الى قوله و لا يشترط ان لا يصدم رمحا منتصبا بيد فارس لعدم مساس الحاجه اليه و لسهوله امالته و قد ذهب فى مجمع الفائده الى ما صار اليه فى كره قائلا بعد نقل ما فى كره فان كان ضيقا لا يمر فيه الفرسان و جب رفعه بحيث يمر المار تحته منتصبا و المحمل مع الكنيسه المنصوبه على رأسه على البعير لأنه يتفق ذلك و ان كان نادرا و لا يشترط الزيادة عليه و قال بعض الشافعيه يجب ان يكون بحيث يمر الراكب تحته منصوب الرمح الى قوله و ان لم يتمكن الفارس من الممر تحته و رمحه منتصب لا يبلغه لأنه قد يزدحم الفرسان فيحتاج الى ان ينصب الرماح

ص: ٣٤٢

و قال بعض الشافعيه لا يقدر بذلك لأنه يمكنه وضع الرمح على عنقه بحيث لا ينال رمحه احدا و ليس بجيد لان ذلك فيه تعسر اذا كان الطريق للجوش و الفرسان الكثير لا يبعد اعتباره اذ قد يتفق و لا يندفع بالندور و لا بإمكان امالته على وجه لا يبلغهم اذ قد لا يمكن ذلك لكثرة الفرسان او لا يميل فيضر بالفارس او الركب و به يندفع كلام الشافعي و لا شك أنه احوط و مع العاده يجب فت و قد يناقش فيما ذكره اولا بان الاصل يقتضى ما ذهبت اليه فى س و كك عموم ما دل على جواز تصرف الانسان فى ملكه مط و قد اعترف بهما و ثانيا بعدم صدق الضرر على الماره على تقدير العمل بما فى س سلمنا صدقه فى بعض الفروض النادره و لكن النادر حكمه حكم المعدوم و من تتبع موارد الشرع ظهر له ان بناء الشريعة على اناطه الاحكام بالغالب لا النادر و الا- لما جاز اخراج الامرين الا فى صورته نادره فى الغايه و هو خلاف المعلوم من سيره المسلمين قديما و حديثا خصوصا فى مسئلتنا هذه فاذا ما صار اليه فى س هو الاقرب و لكن ما فى كره احوط فلا ينبغى تركه ثم صرح فى لك و الكفايه بان الطريق

ان كانت ممّا يمر فيها الابل اعتبر فيها مروره محملا و مركوبا و على ظهره محملا ان كان مرور مثل ذلك عاده و زاد فى الثانى قائلا و هكذا يعتبر ما يجرى العاده بمروره على تلك الطريق و ما ذكره جَيِّد و صرّح فى كره بان الطّرق ان كانت ممّا يمر فيها الجيوش و الاحمال و جب ان لا يضّرّ بالعماريات و الكنائس و هو جيّد أيضا

### الثالث لو كان اخراج الجناح و الرّواشن بحيث يصيران مشرفين على بيوت الجيران

فيتضرّرون بالاشراف فهل يمنع من ذلك او لا فيجوز ان مط و لو تضرر الجار بالاشراف فيه قولان احدهما أنّه يجوز ذلك مط و هو لصريح لك و مجمع الفائده و ربما يستفاد ذلك من الغنيه و يع و عد و الدروس و الجامع و الكفايه لأنها صرّحت بأنّه يجوز اخراج ذلك اذا لم يكن مضرّا بالمارّه و تبّه على هذا فى لك و الكفايه قائلين و تقيدهم بتضرر الماره يدل بمفهومه على عدم اعتبار تضرر غيرهم كما لو تضرّر جاره بالاشراف عليه و زاد فى الثانى فصّرح بأنّ هذا القول اشهر و ثانيهما أنّه لا يجوز ذلك و قد ذهب اليه فى كره قائلا لو تضرّر جاره بالاشراف فالاقرب له المنع و كذا ذهب اليه فى موضع من س حيث قال و ربما يستفاد من الارشاد لقوله يجوز اخراج ذلك مع انتفاء الضّرر و للقول الأوّل وجوه منها ما تمسك به فى مجمع الفائده قائلا بعدم الاشاره اليه وجهه ان الاصل و عموم ما يدل على جواز التصرف فيما خلقه الله تعالى يدل على جواز ذلك كله خرج مع الضّرر بالماره بالإجماع و بلا ضرر و لا ضرار بقى الباقي تحته و منها عموم قوله صلى الله عليه و آله و سلّم الناس مسلّطون على اموالهم و منها قوله عليه السّلام المؤمنون عند شروطهم و منها ان يجوز تعليته بناء فى داره بحيث يستلزم الاشراف فكذا هنا و اشار الى ما ذكر فى لك بقوله لا يمنع من الاخراج لأجل الاشراف كما لا يمنع لو كان وضعه فى ملكه و كذا اشار اليه فى الكفايه أيضا و اجاب عن هذا فى كره قائلا- بعد قوله فالاقرب ان له المنع لأنّه قد حصل الضّرر بخلاف ما لو كان الوضع فى ملكه فإنّه لا يمنع و ان حصل الضّرر مع الاشراف لادين للإنسان التصرف فى ملكه كيف شاء و يمنع فى الملك من الاشراف على الجار لا من التعلية المقتضيه لإمكانه و لست اعرف فى هذه المسأله بخصوصها نصّا من الخاصه و لا- من العامه و انما صرت الى ما قلت عن اجتهادى و لعل غيرى يقف عليه او يجتهد فيؤدى اجتهاده الى خلاف ذلك و اشار فى س الى الفرق بين الامرين أيضا قائلا و الفرق أنّه متسلّط على ملكه مط و الرّواشن يشترط فيه عدم الضّرر لادين الهواء ليس ملكه و اورد على ما ذكره فى لك قائلا بعد الاشاره اليه و فيه نظر لان المعبر فى الموضوع فى الطريق عدم الاضرار باهل الطريق لأنّه موضوع للاستطراق فيمنع فيما ينافيه اما اعتبار عدم الاضرار بغيرهم فلا دليل على المنع منه بل قد تقدم انه لا يمنع ممّا يضّرّ بغير من يعتاد سلوكه خاصّه فضلا عن غير المارّ و الجار خارج عن ذلك كله فلا وجه للمنع ممّا يقتضى اضراره كما لو احدث بناء فى مباح يقابله و استلزم الاشراف عليه و كلام العلامه و غيره حيث قيدوا الضرر بالماره دليل عليه و أنّما عمم الضّرر فى كره خاصه و يؤيد ما ذكره ما نبه عليه فى مجمع الفائده بقوله بعد ما حكينا عنه سابقا و يؤيده ان الممنوع هو التطلع فى عورات الناس لا التمكن منه فانه يجوز مثل ذلك فى ملك نفسه كما مر و فى ملك البائع غير الطّريق فإنّ الظاهر ان لكل احد ان يبنى فى ملك مباح و ان حصل العلو و التسلط على جاره و منها ان جواز الاخراج لو كان مشروطا بعدم الاشراف لاشتهر بل و توافر لتوفّر الدّواعى عليه و التالى باطل قطعا و منها ان عدم الاشراف لو كان شرطا للزم القلع اذا اتفق الاخراج على وجه يوجب الاشراف عمدا او سهوا لعذر شرعى و هو ضرر غالبا و الاصل نفيه لعموم ما دلّ على نفيه شرعا و للقول الثانى ما تبّه عليه فى كره من عموم ما دلّ على نفي الضرر و فيه نظر اما اولا فللمنع من استلزام الاشراف بنفسه الضرر و اما ثانيا فللمعارضه الضرر اللازم من الاشراف على تقدير تسليمه بالضّرر المترتب على لزوم القلع كما بيناه و على المنع من الاخراج و هو اولى بالترجيح لاعتضاده بظهور مصير الا- كثر الى القول الأوّل و بالوجوه

المتقدمه الدّلاله عليه فاذا القول الاوّل هو الاقرب و لكن القول الثّانى احوط كما نبّه عليه فى مجمع الفائده قائلًا و لا شك انه احوط للا- ضرر و لا ضرار و لما كان فى دلّالته على ما نحن فيه خفاء فأنّه مجمل و الضّرر واقع فى الشّرع كثيرا و ليس بمعلوم مقدار الممنوع منه قال فى كرهه و لست اعرف اه

#### **الرابع اطلاق الماره فى كلام المعظم يعم المؤمن و المخالف**

و الكافر

#### **الخامس لو كان وضع الجناح و الروشن يوجب الضرر على بعض الماره دون بعض**

فلا يخ عن صور منها ان يضر بمعظم الماره فى جميع الاوقات او معظمها و هنا فى الحكم بجواز اخراجهما اشكال فى الاصل و ان المفروض فى العبارات الضرر بالماره و هو ظ فى اختصاص المنع من الاخراج بصوره تضرر جميعهم لا بعضهم و ان كان المعظم و من ان الغالب اناطه الاحكام الشرعيه بالاكثر و ان النّادر حكمه حكم المعدوم و تحقق الحكمه فى المنع من الاخراج فى محل البحث و ندره ترتب الضّرر على الجميع و ان كان دعوى الاتفاق على المنع فى غايه القوه مع أنّه احوط و منها ان يضر لبعض النادر فى جميع الاوقات و هنا فى جواز الاخراج اشكال أيضا و لكنّه فى غايه القوه و اولى بالجواز اذا اضر به نادرا او فى اغلب الاوقات و لكن مراعات الاحتياط مهما امكن اولى

#### **السادس لو كان اخراج الامرين يوجب الضرر**

على الماره

ص: ٣٦٣

من جهه و يقتضى النفع لهم من اخرى كدفع اذيه الحرّ و البرد و المطر و غير ذلك فهل يجوز ح او لا فيه اشكال و لكن الاحوط الترك بل احتمال لزومه فى غايه القوه حيث يكون الضرر اعظم لإطلاق كلام الاصحاب و اما اذا كان النفع اعظم فالظاهر الجواز و ان تساويا فالاحوط المنع و ان كان احتمال الجواز فى غايه القوه

#### **السابع اذا كان اخراجهما يوجب ظلمه الدّرب**

فان كان بحيث يزول الضّياء بالكليه فلا يجوز لأنّه صرح فى كرهه بدعوى الاجماع على ذلك قائلًا لو اظلم الطّريق بوضع الجناح او الروشن او السّاباط فان اذهب الضّياء بالكليه يمنع اجماعا و يعضده اولا قول جامع المقاصد و ظلمه الدّرب بهما ان كان بحيث يزول الضّياء بالكليه مانعه اجماعا و ثانيا قول لك اذا ذهب الضّوء بالكليه بهما منع اجماعا و ثالثا قول الكفايه و لو اظلم بها

الطريق بحيث يذهب الضياء بالكليه منع بلا خلاف اعرف و يؤيد ما ذكره عموم ما دل على نفى الضرر و اما اذا لم يكن ذلك مما يوجب ذهاب الضياء بالكليه فهل لا يجوز ح اخرجهما حيث يترتب عليه ظلمه الدرب مط او لا بل يجوز فيه اقوال احدها انه لا يجوز ذلك مط و للمختلف و القواعد و س و جامع المقاصد لأنهم اطلقوا ان ظلمه الدرب بهما يمنع من اخرجهما و ثانيها انه يجوز ذلك مط و هو لظ الجامع و المحكى فى يع عن بعض بلفظ قيل و فى لف عن المبسوط و صرح فى لك بان القائل الشيخ و فى ط و موضع من الخلاف و فى جامع المقاصد بانه مذهب الشيخ و قد استفاض نقله عن الشيخ ره و ثالثها ان ذلك لا يجوز ان تضرر به الماره و لو باعتبار ضعيف البصر و يجوز ان لم يتضرر به الماره و هو للتذكرة و لك و الكفايه و هو فى غايه القوه بل قد يدعى الاتفاق عليه و عدم تحقق الخلاف فى نفس الحكم و ان النزاع راجع الى النزاع فى الموضوع فالقائل بالأول يدعى استلزام محل البحث الضرر مط و ربما يدل عليه ما صرح به العلامة فى لف قائلًا قال فى ط ظلمه الطريق بالروشن فى النافذ ليس اضارًا به و الوجود انه اضار به فان ضعيف البصر يتعذر عليه و كذا ما صرح به فى جامع المقاصد قائلًا الاقوى عدم جواز ذلك خلافاً للشيخ لان ذلك يضر بضعيف البصر و القائل يدعى ان ذلك لا يستلزم الضرر مط و القائل بالثالث فصل بين صور المسأله و هو فى غايه القوه نعم تصريح لك و الكفايه بان الاضرار بضعيف البصر خاصه يمنع من اخرجهما مشكل بل الاقرب خلافه لأن ضعيف البصر بحيث يتضرر بذلك و لو ليلا فى غايه الندره و قد بينا ان المعبر فى المنع هو تضرر الماره كلهم او اكثرهم فى جميع الاوقات او اكثرها لا- تضرر واحد او اثنين او جماعه قليله فى وقت من الاوقات فان ذلك لو كان مانعا لما جاز اخرجهما اصلا لعدم تحقق صورته لم يترتب عليه ضرر اصلا و لو بالنسبه الى واحد فى شىء من الاوقات و هو خلاف المعلوم من سيره المسلمين فى جميع الامصار و الاعصار كما صرح به جماعه من علماءنا الا برار على ان الضرر الحاصل بضعيف البصر بذلك يعارضه النفع الحاصل لجميع الماره او اكثرهم حتى ضعيف البصر من الوقايه عن ضرر الحرّ و البرد و المطر و غير ذلك و هو اولى بالترجيح قطعًا فان ارتكاب الشر القليل لجلب الخير الكثير مما يشهد العقل بحسنه بل و لزومه فت و لو فرض ترتب الضرر على الماره او اكثرهم بذلك و لكن المخرج لهما او غيره يلتزم بدفعه بالاسراج هناك فهل يجوز ح الاخراج او لا اشار فى مجمع الفائده الى الثانى قائلًا الظاهر ان المراد بذهابه او بعضه اعم من ان يكون فى اوقات المرور بعضها او كلها ليلا او نهارًا بالنسبه الى كل احد او بعضه مثل ضعيف البصر مع العاده و الضرر اعم من ان يكون للتفسير فيه او لتلف شىء من الماره او غير ذلك و الظاهر انه لا يندفع بوضع السراج اذ قد لا يذهب بالكليه و قد ينطفى فى الاثناء و قد ينسى او قد يموت الواضع و لا يفعل غيره و هو ظ و بالجمله الخلاص من ضرر الساباط و نحوه مشكل فالترك اولى و قد يناقش فيما ذكره بان المناط فى المنع هو صدق الضرر فعلا لا قوه و لو كانت قريبه عليه لا يتجه ما ذكره الآ فى بعض الصور اذ مع ايجاد المانع من ترتب الضرر لا يصدق اسمه حقيقه فيبقى المقتضى للجواز سليما عن المعارض فاذا الاقرب هو الاحتمال الاول من جواز اخرجهما و ابقائهما على حالهما حيث لم يتحقق المانع و هو الضرر فعلا و ان تحقق منع من الامرين و لكن ما ذكره من الاولويه لا بأس بها

### الثامن اذا خرج جناحا و روشنا بحيث يوجبان الضرر على الماره

فصرح فى يع و كره و لك و مجمع الفائده و الكفايه بانه يجب ح ازالتهما و قلعهما و هو احوط بل فى غايه القوه لعموم ما دل على نفى الضرر و لأنه تصرف فى حق الغير لا- على الوجه المشروع فيكون ظلما و الظلم يجب دفعه و لعدم ظهور مخالف مع فتوى جماعه من اعيان الاصحاب به مع عدم اشارتهم الى خلاف و لا- اشكال فيه و هل يجب الازاله على كل مكلف عالم بذلك متمكن منها من غير ضرر او لا فيه احتمالا ان احدهما ان الازاله تجب على كل احد موصوف بما ذكرناه و قد صار اليه فى



لك قائلًا- وجوب ازلتها لا- يختص بوضعها و ان كان الامر منه اكد لكونه غاصبا فان ازلتها دفع لمنكر فيجب على كل قادر المعاونه عليه بالقول و الفعل و يأثم تارك السعى مع قدرته كما في كل منكر و قد اشار الى ما ذكره في الكفايه أيضا فهو موافق له في المذهب و قد يناقش فيما ذكر بالمنع من كون الازاله من قبيل النهى عن المنكر الواجب لان النهى عن المنكر انما يقصد منه ردع من يريده عن ايجاده فيكون الواجب هذا و تحققه هنا ممتنع لان المنكر و هو الاخراج قد وقع فلا وجه للنهى عنه كما لا يخفى الا- ان يقال ان الاخراج معصيه و ابقائهما على حالهما من غير ازاله معصيه اخرى و الازاله نهى عن هذه المعصيه و قد يجاب عنه بان النهى عن الابقاء و التصرف فيما اخرج المخرج لا ينحصر في الازاله حتى يحكم بوجوبها على كل مكلف بل يتحقق بغيرها و منه اقهاره على الازاله ثم ان كل ذا على تقدير كون الاخراج مط معصيه و هو ممنوع اذ قد يتفق الاخراج و لا يكون معصيه فلا- وجه للحكم بوجوب الازاله بعد اخراجهما باعتبار كونه منكر مط و ثانيهما ان الازاله تجب على الواضع و قد صار اليه في كره قائلًا اذا وضع الجناح او الرّوشن او السّاباط في الدرب المسلوک على وجه يضر بالماره يجب ازالته و هي على السّيطان الزامه بذلك و اشار الى وجه هذا الاحتمال في مجمع الفائده قائلًا بعد نقل عبارتي التذکره و لك المتقدمين لعل في قوله المعاونه و قول كره عليه و على السّيطان الزامه اشاره الى انه لا- يكلف الغير بالازاله فانها تكليف شاق و فيها صعوبه فلا يكلف غير الفاعل و انما الواجب ازالته على الواضع و على الغير الزامه و اعانتة بحيث تزيل ذلك لايزالته بنفسه و لم يتمكن فالظاهر وجوب رفعه باعطاء الا-جره عن بيت المال نعم لا- شك في جواز الازاله كما في بعض العبارات و كلام كره مشعر به حيث قال على السّيطان الزامه و ما قال

ص: ٣٦٤

يجب ازالته و الظاهر انه لا يجب على الغير ارتكاب الازاله خصوصا مع المشقه للأصل و لأنه اذا حفر احد بئرا في الطريق فالظاهر عدم وجوب طمه على الغير بل و الواجب المنع و تكليف الفاعلي به فت و يعضد ما ذكره انه قد يكون في تكليف جميع المكلفين بالازاله اضرار بهم باعتبار توقّفها على بذل المال و اعطاء الاجره و نحو ذلك غالبا و الاصل عدمه فاذا اقرب هذا الاحتمال و يجب على الفاعل بذل اجره الازاله و ما يتوقّف عليه و لكن جوازها لكل احد محتمل قويا لعموم قوله تعالى **مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ** و قوله تعالى **تَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَ التَّقْوَى** فت و اذا اتفق اخراجهما لا على جهه المعصيه كما اذا اخرجهما عالما او ظانا بعدم تضرر الماره به ثم تبين الخطاء فالظاهر عدم وجوب الازاله على غيره و وجوبه عليه

### التاسع هل تقسد الصلاه و الوضوء و الغسل و نحوها في الجناح و الرّوشن المخرجين

على وجه منهي عنه باعتبار تضرر الماره او لا فيه احتمالان احدهما الفساد و وجهه ما تبه عليه في مجمع الفائده قائلًا لا تصحّ العبادات على ذلك السّطح لوجوب ازالته و لاحتمال كون هذا التصرف منهيا بل صحه عبارته واضعه في غير هذا المحل أيضا في سعه الوقت لأنه غاصب حقا مضيقا مأمورا بازالته بل يشكل صحه عبادات كل من يقدر على ازالته المنافيه لها فانه يجب عليه من باب الامر بالمعروف و لا شك انها لا تصحّ مع صحه المقدمتين كون الامر بالشىء مستلزما عن ضده الخاص و كونه مفسدا للعباده و قد مرّ مرارا و هو مذهب جماعه من العامه و الخاصه فتذكر و تأمل و قد يناقش فيما ذكره اولا بالمنع من تعلق النهى بهذا التصرف لفقد الدليل عليه من الادله الاربعه و كون الاخراج حراما و الازاله واجبه لا تقضيان عدم جواز التصرف المذكور

بوجه من الوجوه فتبقى العمومات الدّالة على صحّح العبادات و عموم قوله (ص) النَّاس مسلطون على اموالهم سالمين عن المعارض فت و ثانيا بالمنع من كون الامر بالشّئ ء مستلزم للنهي عن ضده الخاص او لعدم الامر به و ان قال بكلّ من الامرين جماعه من الاصوليين و كذا نمنع من استلزام صحّح العباده هنا تعلق الامر و النهى بشئ ء واحد و اجتماعهما فيه كما منعه جماعه من محققي الاصوليين في الصّلاه في الدّار المغصوبه فاذا احتمال الصّححه في غايه القوّه و لكن لا شبهه في ان الاحوط احتمال الفساد

## منهل لا يختص التصرف في الطرق النافذه باخراج الزواشن و الاجنحه

### اشاره

بل يجوز فيها احداث امور عديده منها فتح الابواب المتخذة و قد صرّح به في يع و د و كره و عد و س و لك و الكفايه و لهم وجوه منها الاصل و منها ظهور الاتّفاق عليه كما يستفاد من الكتب المذكوره لعدم اشارتها الى خلاف و لا اشكال في ذلك و يؤيده عمل المسلمين قديما و حديثا كما لا يخفى و منها عموم قوله (ص) النَّاس مسلطون على اموالهم و منها ما تمسك به في لك من ان المسلمين فيها شرع فيجوز احداث الابواب اليها لمجاوزها و لا فرق في ذلك بين ان يكون لتلك الدّار باب اخر اليها او الى غيرها من الطرق النافذه كما صرّح به في لك و هو ظ غيره من الكتب المتقدمه و صرّح في لك بانّه لا يقدر في ذلك صيروره المرفوعه نافذه بسبب الباب المفتوح المتصل بالنافذه محتجا بانّ ذلك يوجب نفوذ داره لا نفوذ الطريق اذ ليس لأحد دخول داره الا باذنه فلا يتحقّق نفوذ الطريق و هو جيّد و صرّح في كره بانّه لا فرق في ذلك بين ان يكون بحقّ قديم او لا و هو جيّد أيضا و في القواعد بانّه يجوز ذلك مع انتفاء ضرر الماره و ان عارض مسلم و هو جيّد أيضا و منها فتح الروازن و الشباييك و الظاهر أنّه ممّا لا- خلاف فيه بين الاصحاب و منها وضع الساباط و قد صرّح به بخصوصه في التذكرة و عد و س و مجمع الفائده و يدلّ عليه جميع الوجوه المتقدمه الدّاله على جواز اخراج الزواشن و الاجنحه و يشاركها في جميع الاحكام المتقدمه و التعريفات الماضيه فلا- يمنع من اخراجه معارضه المسلم و يمنع من اضراره بالماره و قد تبه على هذين الامرين في الكتب المتقدمه أيضا و لا اشكال في ثبوت الضرر المانع من الاخراج هنا و فيما تقدّم و نحوها بالعلم به باي سبب كان و لو كان اقوال الكفار و الحدس و التجربه و هل يقوم الظن مقامه الاقرب الاحوط ذلك و اذا علم بانتفائه الضرر او ظن الضرر فلا يمنع من الاخراج و اذا شك فيه فالاحوط التّرك و لكن في لزومه اشكال بل احتمال الجواز لا يخ عن قوه و هل يعتبر قول اهل الخبره مع عدم افادته الظن فيه اشكال و لكن الاقرب العدم و ان كان الاحوط في بعض الصّور القبول و اما شهاده العدلين فالاقوى قبولها مط دون العدل و شهاده النّساء منفردات و منضمات مع الرّجال و منها اخراج الميازيب مع انتفاء الضرر و ان عارض مسلم و قد صرّح بما ذكر في الارشاد و عد و كذا صرّح به في كره قائلا يجوز فتح الابواب و نصب الميازيب في الشّوارع النافذه لأنّ النَّاس باسرههم اتفقوا على وضع الميازيب و نصبها على سطوحهم قديما و حديثا من غير انكار احد منهم فكان اجماعا هذا اذا لم يتضرّر بوضعها احد فان تضرّر احد بوضع ميزاب في الدّرب المسلوك و جب قلعه و منها عمل السرداب و قد صرّح بجوازه في التذكرة قائلا لو كان بين داريه طريق نافذ فحفر تحته سرداب من إحداهما الى الاخرى و احكم الازج قال بعض الشافعيه لم يمنع و هو جيّد ان لم يضر به احد من الماره و ليس له ان يحفر على وجه الارض ثم يعمل الازج و صرح بذلك في س أيضا قائلا يجوز عمل السرداب في الطريق النافذ اذا احكم ازجه و لم يحفر الطريق من وجه و يظهر من كلامه انه يجوز ذلك مط و لا يشترط كونه بين داريه و هو الاقرب و ان اقتصر في كره على صورته كونه بين داريه و يظهر منها لزوم الحفر من تحت الارض و

عدم جواز الحفر من وجه الارض و هو حسن ان تضرر الماره بالحفر على وجه الارض و الا فالاقرب الجواز مط و لكن الاحوط ما ذكره و لو فرض تضرر الماره باصل حفر السرداب فلا يجوز و لا فرق في صورته جوازه بين ان يكون السرداب كبيرا او صغيرا و هل يتملكك هذا السرداب فيجوز عليه احكام الملك من صحه بيعه و اجارته و وفقه و نحو ذلك او لا بل ليس له الا اباحه التصرف لم اجد احدا تبه عليه على ذلك و المسأله محل اشكال من الاصل و ان اسباب انتقال الملك محصوره و ليس المفروض منها و من العمومات الداله من نحو قوله تعالى **أَوْفُوا بِالْعُقُودِ** و **أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ** و قوله المؤمنون عند شروطهم و منع خروج هذا من اسباب الانتقال فلا ينبغي ح ترك الاحتياط و لكن الاحتمال الاول لا

يخ عن قوه و على اى تقدير فلا- اشكال في مملوكيه آلات البناء للأصل و العمومات و هل التراب الحاصل من حفر السرداب يجوز له التصرف فيه باستعماله في تعمير داره و تطيين جداره او لا- فيه اشكال و لكن الاحتمال الاول اقرب و هل يختص به و تصير ملكا من املا- كه او حقا من حقوقه بمجرد الحفر او به مع الحيازه فيمنع غيره من التصرف فيه او لا- بل يجوز لكل احد التصرف فيه بنحو ما ذكر لم اجد احدا

ص: ٣٦٥

نبه على هذه المسأله و لكن الاحتمال الثاني في غايه القوه للأصل السليم عن المعارض و عليه فيشكل الحكم بصيرورته ملكا لأحد و هل يشترط ان يكون متصلا بداره بحيث يصير من توابعها و ملحقاتها او لا بل يجوز لكل احد حفر السرداب في الطريق النافذ و ان لم يضر كك فيه اشكال و لكن الاحتمال الثاني لا يخ عن قوه و

**ينبغي التنبيه على امور**

**الاول لا يجوز احدات دكه في الطرق النافذه اذا كانت مضره بالماره مط**

و لو كانت على باب داره و قد صرح بذلك في كره قائل لا يجوز لأحد بناء دكه و لا غرس شجر في الطريق المسلوك ان ضيق الطريق و ضرر بالماره اجماعا لقوله (ع) لا ضرر و لا ضرار و صار الى ما ذكره في س و هل يجوز احداتها فيها اذا لم تكن مضره بالماره و لا مضيقه للطريق او لا يجوز ذلك و صرح بالثاني في س قائل الاقرب عدم جواز احدات دكه في الطريق النافذ على باب داره و غيرها لأهل الدرب و غيرهم التسع الطريق او ضاق و ذهب اليه في كره أيضا قائل بعد ما حكينا عنه سابقا و ان كان متسعا لا يضر بالماره وضعها فالاولى المنع أيضا الا فيما زاد على حد الطريق النافذ و لهما على ذلك وجوه منها ما تمسك به في التذكرة و س من ان احداتها في النافذ يوجب اختصاصا له فيما هو مشترك و شرع بين الناس و قد يناقش فيما فيه اولا بالمنع من الملازمه و حصول الاختصاص بنفس ذلك بل الغالب عدم الاشتباه و ظهور عدم الاختصاص و ثانيا بالمنع من اقتضائه الاختصاص بعدم مضي مدّه متطاوله التحريم ما لم يثبت الاختصاص فت و ثالثا بالنقض بالاجنحه و الزواشن و السبابط و السرداب فت و منها ما تمسك به في التذكرة من ان المكان المشغول بالبناء و الشجر لا يتأتى فيه السلوك و الاستطراق و قد يزدحم الماره و يعسر عليهم السلوك فيه فيتعترون بهما و قد يناقش فيه بان المفروض عدم تضرر الماره بذلك فلا يتجه ما ذكره و لو فرض تضرر بعضهم على وجه التدره و الاتفاق فلا يكون ذلك مانعا كما تقدم سابقا اليه الاشاره و منها ما تمسك به في

كره أيضا قائلا- بعد ما حكينا عنه سابقا و لأنه ربما طالت المدّة فاشتبه مكان البناء و الغراس و الاملاك فانقطع اثر استحقاق السِّلوك فيه بخلاف الـاجنحه و الرّواشن و هو احد قولى الشّافعيه و الثّانى أنّه يجوز ذلك كوضع الجناح و الرّواشن الّذين لا يضران بالماره و قد عرفت الفرق و قد يناقش فيما ذكره بالمنع من الفرق الذى اشار اليه و بانّ هذا الوجه مرجعه الى الوجه الاوّل و قد عرفت الجواب عنه فت و منها ما تمسّك به فى س من ان احياء الطّريق غير جائز و قد يناقش فيما ذكره اولا بالمنع من الصّغرى و ثانيا بالمنع من كليله الكبرى و بالجمله الوجوه كلّها ضعيفه فاذن الاحتمال الاوّل هو الاقرب و يدلّ عليه وجوه منها اصاله الاباحه الثابته بالادله الاربعه و منها سيره المسلمين قديما و حديثا و أنّه لو كان ذلك غير جائز لاشتهر بل و تواتر و منها ان اخراج ذلك متضمن لمنفعه عظيمه لأنّه يستعان به فى الرّكوب و الجلوس و الاتكاء و الاستظلال و غير ذلك و كل ذلك منفعه عظيمه خصوصا بالنّسبه الى من يشتد حاجته اليها كالمريض و ضعيف الحال و مع ذلك فلا ضرر فيه غالبا و لا يكون احداثه موجبا للتّصرف فى ملك الغير و لا مفوتا للحقّ من حقوقه فيكون حائزا لتضمّنه الاحسان الى معظم المتردّدين و قد قال الله عز و جل **مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ** و لتضمّنه المعاونه على البرّ و قد قال الله تعالى **تَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَ التَّقْوَى** و منها انّ اخراجه لو لم يكن جائزا لما جاز الاستيجار على فعله و التالى باطل فالمقدّم مثله اما الملازمه فلاّنه لا يجوز الاستيجار على المحرم و اما بطلان التالى فلمعوم قوله تعالى **أَوْفُوا بِالْعُقُودِ** و قوله (ص) المؤمنون عند شروطهم

### الثانى صرّح فى الدروس بعدم جواز الغرس فى الطرق النافذه

قائلا- لا- يجوز الغرس و ان كان هناك مندوحه لأنّ الرّقاق لا يضطرم ليلا و يزدحم فيه البهائم و لأنّه مع تطاول الازمنه يزول اثر الاستطراق فى ذلك و يحتمل جوازه ما لم يتضرّر به المادّه من ذلك كالرّوشن و السّباط و يضعف بانهما فى الهواء بخلاف الدّكه و الشجر و صار فى كره الى المنع من ذلك أيضا محتجا عليه بالوجوه التى احتجّ بها على المنع من احداث الدّكه فيها و فيما ذكره نظر و التحقيق ان كان الغرس يضيق الطريق و يضر بالماره فلا يجوز احداثه فيه و قد صرح فى التّذكره بدعوى الاجماع عليه و ان انتفى معه الامران فالاقرب جوازه خصوصا اذا كان فيه منافع عظيمه للماره لوجوه تقدم اليه الاشاره

### الثالث صرّح فى التّذكره بان الطرق المسلوكه لا يجوز احداث بالوعه فيها

بل كل بالوعه وضعت فى اصل وضع الدّرب فانّها تستمر ليس لأحد ازالتها كل بالوعه استحدثت فانّ لكل احد من المسلمين ازالتها و فيما ذكره نظر بل الاقرب جواز احداث بالالوعه التى لا تضر بالمارّه فيها سواء كان المقصود منه انتفاع جميع الدّور التى فيها لاجتماع ماء المطر فيها و نحوه او انتفاع واحد منها و لو كان لكنيفها و يدلّ على ذلك الاصل و عموم قوله تعالى **مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ** و قوله تعالى **أَوْفُوا بِالْعُقُودِ** و قوله (ص) لا ضرر و لا ضرار و قوله (ص) المؤمنون عند شروطهم و فحوى ما دلّ على جواز احداث السّرداب فيها و عمل المسلمين قديما و حديثا

### الرابع الاقرب جواز دفن الاموات فى الطرق النافذه ما لم تكن مضره بالماره

كما هو المتعارف فى بعض البلاد

## الخامس الاقرب جواز اخذ ترابها و استعمالها فى التعميرات

اذا لم يكن ذلك مضرا بالمازّه و كك الاقرب جواز احداث بنائه لاستحكام اصول الجدران و طرح المتزوح من الآبار و الكنائف و غير ذلك اذا لم يكن مضره بالمازّه للأصل و عمل المسلمين

## السادس صرح فى التذكرة بأنه يجوز لكل احد الاستطراق فى الطرق النافذه

على اى حال شاء من سرعه و بطوء و ركوب و ترجل و لا فرق فى ذلك بين المسلم و الكافر لأنها موضوعه لذلك و صرح فى س بأنه لا يجوز منع الذمى من الطرق النافذه لأنها وضعت وضعا عامًا و ما ذكره جید

## السابع صرح فى التذكرة بأنه لو سدّ الطريق النافذ

كان لكل احد انفاذه كما كان و ازاله السد و اعادته كما كان و هو جيد أيضا

## الثامن صرح فى التذكرة بأنه لا يجوز وضع ساقبه فى درب مسلوک

سواء تضرّر بها السائرون فيها او لا و لو حفر كان لكل واحد ازالتها و لو وضع عليها ازجا محكما فالاقرب جواز ازالته لكل احد و فى س بان مثل السرداب الساقبه من الماء اذا لم يكن لها رسم قديم و منع الفاضل من عمل الساقبه و ان احكم الازج عليها فى النافذه اما لو عملنا بغير ازج فانه يمنع فيها اجماعا و يجوز لكل احد ازالتها و فيما ذكره نظر و الاقرب الجواز اذا لم يضر بالمازّه

## التاسع صرح فى التذكرة بأنه لو جعل الطريق المقطوع مسلوکا

بان جعل الاستطراق فى ملكه و رفع الحاجز فان كان سبيله مؤبدا

ص: ٣٦٦

و سلك فيه احد لم يكن له بعد ذلك قطعه و لو لم يرد تسبيله كان كالعاريه يجوز له الرجوع فيه و ما ذكره جید ان كان التسييل بالوقف و نحوه من العقود او الايقاعات اللّازمه شرعا و اما مجرد التسييل ففى افادته اللّزوم اشكال و لكن الاحوط مراعات اللّزوم و هل يثبت لهذا الطريق الاحكام الثابته للطرق النافذه من جواز اخراج الایجنحه و الزواشن و الساباط و غيرها مما تقدّم اليها الاشاره او لا فيه اشكال من اصاله بقاء الاحكام الثابته للمرفوعه و من صدق أنّه طريق نافذ الان حقيقه لعدم صحه السيلب فيثبت له الاحكام الثابته للنافذه لان الاحكام تدور مدار اسماء موضوعاتها فاذن الاحتمال الاول هو الاقرب و لكن فى صورته التسييل لا مط و بالجمله المرجع هنا صدق اللفظين حقيقه و كذا فى غير هذا المقام

## العاشر صرّح في كرهه بأنه لو غصب ملك غيره فجعله طريقا

كان للمالك الرجوع الى عين ملكه و قطع السلوك فيه و هو جيّد

## الحادى عشر صرّح في كرهه بأنّ الشوارع لا يجرى عليها ملك احد

و لا يختصّ بها شخص من الاشخاص بل هي بين الناس كافّه شرع سواء بلا خلاف و لا فرق في ذلك بين الجوار الممتده في الصحارى او البلاد و هو جيّد

## الثانى عشر صرّح في التذكره بأنه اذا جلس رجل في مكان مباح

او درب نافذ ثم قام عنه او اقيم فأنه يزول حقّه من الجلوس و يكون لغيره الجلوس في مكانه و ليس للأول ازعاجه و ما ذكره جيّد ان كان القيام بقصد الاعراض او الاقامه لا على وجه الاكراه و حصل قصد الاعراض أيضا و ان لم يكن الامر كك ففى زوال حقّه اشكال بل الاقرب لعدم للأصل و يجوز اطاله الجلوس و الكون فيه و ان خرجا عن العاده ما لم يضرّ بالماره

## الثالث عشر الاقرب جواز احداث الدكاكين في الطّرق النافذه

ما لم يضرّ بالماره خصوصا اذا كان لمصالحهم

## الرابع عشر الاقرب جواز الصّلاه و التخلّى فيها

اذا لم يكونا مضرّين بالماره

## الخامس عشر هل يجوز للإنسان ان يدخل تمام الطّريق النافذ او بعضه في ملكه

لاّتساعه و نحوه و يعوضه بملك اخر له و يجعله طريقا او لا فيه اشكال و الاحوط التّرك مط و لكن احتمال الجواز حيث يكون التعويض انفع للماره و احسن لهم و كان بعقد المصالحه في غايه القوّه و كك في صوره المساوات اذا كان بعقد المصالحه خصوصا اذا صار ذلك الطّريق النافذ مهجورا و المستند في ذلك الاصل و عموم قوله تعالى **مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ** و قوله تعالى **تَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَ التَّقْوَى** و قوله تعالى **أَوْفُوا بِالْعُقُودِ** و قوله (ص) المؤمنون عند شروطهم و جميع ما ذكر سليم عن معارضه شىء من الأدلّه الاربعه و اذا كان ذلك مضرّا للماره فلا يجوز قطعا

## السادس عشر اذا كان احداث الاجنحه و الرّواشن و الساباط

و نحوها ممّا تقدّم لا يضرّ بالماره اصلا و لكن يضرّ بالجار و لو واحد الا من حيث المرور بل من حيثيه اخرى فهل يجوز احداثها ح او لا فيه اشكال من عموم قوله (ص) لا ضرر و لا ضرار و من الاصل و ان المنع من الاحداث قد يكون ضررا على المرید له و ظهور عبارات الاصحاب فى اختصاص السبب المانع من احداث المذكورات بكونها مضرّه بالمارّه و فى الحكم بجواز احداثها اذا لم يكن مضرّه بهم و يؤيّد ما ذكر جواز ان يحدث الجار فى ملكه ما يريد و ان كان مضرّا لجاره و ان تضرر الجار و انه لو كان مانعا لما جاز احداثها غالبا فت فاذن الاحتمال الاوّل هو الاقرب و لكنّ الثّانى احوط

## السابع عشر اذا احداث من المذكورات ما يضرّ بالمارّه

فقد بيّنّا أنّه لا يجوز ذلك و هل يضمن المحدث النّفس و المال اذا ترتب على احداثه لها تلفهما او لا ربما يظهر الاوّل من الغنيه و الخلاف لأنّهما احتجا على المنع من اخراج الجناح فى صورته معارضه المسلم بأنّه لو سقط ما شرعه على انسان فقتله او على مال فتلفه لزمه الضّمان بلا خلاف و لو كان يملك ذلك لما لزمه و المسأله عندى محلّ اشكال و لكن ما يستفاد منهما من الاحتمال الاوّل احوط بل فى غايه القوّه و اذا كان احداث المذكورات على الوجه المشروع ثم ترتب عليه تلف الامرين فالاقرب انّ المحدث لها لا يضمن

## الثامن عشر صرّح فى كرهه بأنّه يصير الموضع شارعا بامور ان يجعل الانسان ملكا شارعا

و سبيلا مسبّلا و يسلك فى شخص او مجىء جماعه ارض قريه او بلده و يتركوا مسلكا نافذا بين الدّرب و المساكن و يفتحوا اليه الابواب او يصير موضعا من الموات جاده يسلكه النّاس فيها فلا يجوز تغييره و كل موات يجوز استطراره لكن لا يمنع احد من احيائه و صرف الممرّ عليه فليس له حكم الشّوارع و هو جيّد

## التاسع عشر صرّح فى كرهه بان حد الطريق المتخذ فى الارض المباحه

اذا تشاح اهله فى وضعه و سعته و ضيقه سبعة اذرع لأنّ ذلك قدر ما تدعوا الحاجه اليه و لا تزيد عليه لما رواه مسمع ابن عبد الملك عن الصادق (ع) قال و الطريق اذا تشاح عليه اهله فحده سبعة اذرع و مثله روى الشّيكونى عن الصادق عليه السلام و الخبران موثقان ثم فصل فى هذا المقام قائلا اذا تقرب هذا فهذا الحد حد مع تشاح اهل ذلك الدّرب المتقابله دورهم فيه و لا عبره بغيرهم و لو اتفقوا على وضع اضيق منه فى الابتداء جاز و لم يكن لأحد الاعتراض و طلب التّوسعه فيه و اذا وضعوه على حدّ الشّبع لم يكن لهم بعد ذلك تضيقه و لو وضعوه اوسع من الشّبع فالاقرب ان لهم و لغيرهم الاختصاص ببعضه الى حيث يبلغ هذا الحد فلا يجوز بعد ذلك النقص عنه و صرّح فى مجمع الفائده بعد الاشاره الى جميع ما ذكره بأنّه يعمّ الطّرق النّافذه و المرفوعه و الاقرب عندى صحّحه ما ذكره من التحديد بسبعة اذرع فى الارض المباحه عند تشاح اهل الدرب مط و لو كان مرفوعا و جواز الاضيق ابتداء اذا اتفقوا عليه مط

و رضاهم به كما صرح به فى الغنيه و يع و د و عد و كره و الجامع و س و جامع المقاصد و لك و مجمع الفائده و الكفايه و لهم وجهان احدهما ظهور الاتفاق عليه كما يظهر من الكتب المتقدمه حيث صرح بالحكم من غير اشاره الى خلاف و لا اشكال فى ذلك بل اقتصر فى التذكره على نقل الخلاف عن بعض الشافعيه قائلًا الطريق التي لا تنفذ كالسكه المسدوده المنتهيه الى ملك الغير و لا- منفذ لها الى المباح ملك و تلك لأرباب الابواب فيها و هذه الطرق لا يجوز لأحد اشراع جناح فيها و لا روشن و لا سباط الا باذن ارباب الدرب باسرههم سواء كانوا من اهل الدرب او من غيرهم وجه سواء اضر بالباقيين او لا و هو احد قولى الشافعيه و الثانى لا يجوز لغير اهل السكه و اما اهل السكه فيجوز لكل واحد منهم اشراع الجناح و الزواشن و غيرهما اذا لم يضر بالماره لأن لكل واحد منهم الاتفاق بقرارها فليكن الارتفاق بهوائها كك كالشوارع

ص: ٣٦٧

و هو ممنوع لأن السكه مخصوصه بهم فلا يتصرف بها احد دون رضاهم كما أنه لا يجوز اشراع الجناح و الزواشن الى دار الغير بغير رضاه سواء تضرر او لا اذ لا اعتبار بالتضرر مع اذن المتضرر و ثانيهما ان الطرق المرفوعه ملك لأربابها فلا يجوز التصرف فيها من دون اذنه اما المقدمه الاولى فقد صرح بها فى الغنيه و التذكره و الجامع و جامع المقاصد و لك بل صرح فى الاول بعدم العلم بالخلاف فيها قائلًا السكه اذا كانت غير نافذه فهى ملك لأرباب الدور الذين فيها طريقهم فلا يجوز لبعضهم فتح باب اخر و لا- اشراع جناح ألما برضاء الباقيين ضر ذلك أم لم يضر و لا اعلم فى ذلك خلافا و يؤيده قول بعض الاجله المفهوم من كلام الاصحاب من غير خلاف يعرف هو ان الطرق المرفوعه ملك لأربابها و ايا المقدمه الثانيه فلما تبه عليه فى لك قائلًا الطريق المرفوع ملك لأربابه كسائر املاكهم فيكون كالمال المشترك لا يصح لأحد من اربابه التصرف فيه الا باذن الباقيين سواء كان التصرف فيه باحداث الباب و السباط و الزواشن أم غيرها و سواء اضر بهم أم لا و كذا لا يجوز لغير اربابه بطريق اولى و قد اشار الى ما ذكره فى جامع المقاصد مستدلًا به على المدعى و قائلًا- لا- يجوز اخراج شىء من الجناح و الزواشن فى الطرق المرفوعه المسدوده لأنها مملوكه لأرباب الابواب فيها و هم محصورون فلا يجوز لأحدهم التصرف فيها بدون اذن الباقيين و قد يناقش فى المقدمه الاولى بالمنع منها اما اولًا فلان الاصل عدم التملك كما تبه عليه فى مجمع الفائده قائلًا القول بان المرفوعه ملك لأربابها و لا يجوز لأحد التصرف فيها الا باذنه و معه يجوز و ان اضر بالماره هو المذكور فى كره و غيرها و لكن لى فى كون هذا الزقاق ملكا تامل الا ان يعلم ذلك بوجه شرعى و لو بدعوى الملكيه الغير المعلومه الفساد بشرط ان لا يكون مستندها مجرد الاستطراق فان الذى علم من التصرف بالاستطراق استحقاقهم ذلك لا غير و لما كان اكثر الطرق و الاستطراق يحصل فى غير الملك ما يعلم منه الملكيه التي هى منتفیه بالاصل اذ لا- فرق بين المسكوك و المرفوع فى الحصول ألما ان المترددين فى الاول اكثر و قد ذكر فى كره ان سبب التنازع امور مثل ان يسبل احد ملكه لذلك او يحيى قريه فى مباح فخلوا بينها شارعا او بنى واحد حائطًا و اخر فى محاذاته و خلوا بينهم دربا و شىء فىهما ليس بمملك لصاحب الحائط و ان سدّ اخره و مجرد السيد معلوم أنه ليس بمملك أيضا فلا فرق بين المرفوعه و المسكوكه و يفهم من ح يع فى مسئله يجوز للدخل حصول الملك فى المباحات كأنه لبناء البيت و السد فت و حاصل كلام المقدس الأردبيلى ان الاصل يدل على عدم الملكيه و لم يثبت كون مجرد



الاستطراق و الاسباب الموجهه لإحداث الطرق مملكا شرعا اذ لا ملازمه بينها و بين الملكيه بوجه من الوجوه لا يقال الاصل و ان افاد عدم الملكيه الا- ان ظ اليد مع التصرف يفيدها و هو اقوى كما تبّه عليه بعض الاجله قائلا بعد الاشاره الى ما حكيناه عن المحقق الأردبيلي ره و فيه نظر اذ لا يخفى أيضا ان الظاهر أنه لا خلاف في ان التصرف اماره الملك فلو تصرف احد في شىء مات و هو في تصرفه حكم به ميراثا لورثته و لو ادعى مدع في ان تصرفه عار طولب بالبينه و لا يخفى أيضا ان التصرف غير مضبوط بحد معلوم و انما هو في كل شىء بنسبته يعنى بالنظر الى المنافع المترتبة على ذلك الشىء فكل من تصرف في شىء بتحصيل المنافع المترتبة عليه فقد ثبت له الملك و المنافع المترتبة على الطريق التى بها يثبت التصرف ليس الا الاستطراق لأنها موضوعه له و ان امكن وجود منافع اخر أيضا الا ان هذا هو المقصود بها و الغالب عليها و اما ما ذكره من ان الاستطراق يحصل فى غير الملك فلا يدل على الملكيه كما فى الاستطراق فى الشوارع فيه ان ما ذكرنا من ان التصرف اماره الملك و ان التصرف فى كل شىء انما هو بنسبه حاله مما يثبت به المدعى اذ لا مخالف فى هاتين المقدمتين و عدم ثبوت ذلك فى الشوارع انما هو من حيث عدم حصر المالك فيها و الملك لا بد ان يكون لها مالك معين و التصرف الموجب للملك الذى يكون فى كل شىء بنسبته لا بد ان يكون مستمرا كما فى التصرفات فى سائر الاملاك

و ح فلو مر شخص فى الجاده يوما و لم يعد اليها فى باقى عمره لا يعد مالكا و ان كان قد تصرف مره و هكذا فى سائر السالكين و ان تفاوتوا بخلاف ملاك الشك المرفوعه فانهم مستمرين على الاستطراق فيها الى بيوتهم كما فى جمله التصرفات فى الاملاك مع كونهم معينين محصورين و بذلك يظهر الفرق بين الطريقتين و عدم قياس إحداها على الاخرى فى البين لأننا نقول لا نسلم ان ظ اليد يفيد الملكيه مط و لو فى صورته حصول الشك فى نفس الحكم الشرعى و هو كون الشىء المعلوم سببا يفيد انتقال الملك بل القدر المتيقن هو الحكم بالملكيه باعتبار ظ اليد حيث يحصل الشك فى الموضوع بمعنى أنه اذا لم يعلم ان ما فى يد المسلم الذى يدعى ملكيته انتقل اليه بالاسباب الشرعيه المفيده لنقل الملك شرعا كالارث و البيع و نحوهما او لا بل انتقل اليه بغير ناقل شرعى كالغصب و السرقة و المعامله الفاسده و نحوهما يحكم بكونه ملكا له و اما اذا علم أنه انتقل اليه بمعامله لم يثبت صحتها شرعا كالمعاطات او بامر اخر غيرها لم يثبت شرعا كونه مفيدا للملك كالاتطراق او مجرد جعل الارض مسلكا فلا يجوز الحكم بكون ما فى يده المفروض ملكا له بمجرد اليد المتصرفه لاقتضاء الاصل عدم الملكيه و فقد المعارض له من الادله الاربعه اما الكتاب و البينه فلعدم وجود شىء منها يدل بخصوصه او اطلاقه و عمومه بصريحه او ظاهره و فحواه على ان الاصل فى هذا المقام الملكيه و اما الاجماع فلاننا لم نجد احدا من محققى الاصحاب اشار الى الاصل المردد و لو باشاره ضعيفه بل الظاهر من سيرتهم و طريقتهم عدم اعتبار الاصل المذكور كما لا يخفى و اما العقل فلاننا لم نجد فى شىء من اقسامه ما يقتضى اعتبار الاصل بل هو يحكم بان اليد اعم من الملك و عدمه و بان وجود العام لا يدل على وجود خاص معين من افراده كما لا- يخفى و بالجمله الاصل فى الملكيه حاله حال اصاله الصيحه فى العبادات و المعاملات و اصاله الحاق الولد بالفراش و اصاله حمل اللفظ على حقيقته و من الظاهر أنه لا يجوز التمسك بها الا اذا حصل الشك فى الموضوع بمعنى أنه اذا صدر من مسلم معامله او عباده ينقسم كل منهما الى صحيحه و فاسده شرعا يجب الحكم بكون هذا الواقع منه صحيحا باعتبار ان الاصل فى العبادات و المعاملات الواقعه الصيحه و اذا وجد ولد على فراش معتبر شرعا لأحد يجب الحكم بالحاق الولد به و اذا كان للفظ معنى حقيقى معين و معنى مجازى معين و لم يعلم ان المستعمل اراد ايا منهما من اطلاقه المجرد عن القرينه يجب الحكم بأنه اراد المعنى الحقيقى و ملزوم حمل اطلاقه عليه و اما اذا رجع الشك الى نفس الحكم الشرعى

فلا يتمسك بالاصول المزبوره فاذا وقع عباده او معامله معينه كالصلاه من غير سوره و البيع من غير صيغه و شك في صحتها و لم يكن هناك ظاهر معتبر يقتضيها فلا- يحكم هناك بان الاصل صحه الامرين بل الاصل يقتضى فسادهما و اذا كان سبب الفراش عقد نكاح لم يثبت صحته شرعا فلا يحكم بالحاق الولد بمن وجد في فراشه و اذا استعمل لفظ في معنى معين و لم يعلم انه معنى حقيقى او معنى مجازى فلا- يحكم بانه معنى حقيقى باعتبار اصاله حمل اللفظ و جميع ما ذكرناه واضح لا شبهه فيه و عليه استقر رأى المحققين و فى كلام المقدس الأردبيلي الذى نقلناه اشاره الى التفصيل الذى ذكرناه و لكن المورد غفل عنه و اشتبه عليه الفرق و بالجملة التمسك باصاله افاده ظ اليد الملكيه هنا سهو واضح و لا يقال يدفع الاصل المذكور ظهور اتفاق الاصحاب على كون الطرق التافذه ملكا لأربابها لأننا نقول ذلك ممنوع لأننا لم نجد تصريحاً بالملكيه الا من جماعه قليله تقدم اليهم الاشاره و ثبوت الاجماع الذى يجب الاعتماد عليه بمجرد اتفاقهم مع عدم اشارتهم الى الخلاف فى غايه الاشكال خصوصا مع وجود المخالف الصريح و ان كان من المتأخرين و هو المقدس الأردبيلي و ربما يشهد بعدم تحقق الاجماع على ذلك امور منها عباره الشرائع فان فيها اما الطرق المرفوعه فلا يجوز احداث باب فيها و لا جناح و لا غيره الا باذن اربابها سواء كان مضرا او لم يكن مضرا لأنه مختص بهم فان العدول عن التصريح بالملكيه الى دعوى الاختصاص بهم يؤمى الى عدم ثبوتها عنده و الا لكان التصريح بها اتم فى الاحتجاج و فيه نظر و منها ما تبه عليه فى مجمع الفائده قائلا و يؤيد عدم الملكيه ما قال فى التذكرة انه محدود لسبع او خمس على الخلاف و لو كان مملكا لجاز لهم ما يتفقون بعد البناء و قال هذا لمن تشاح عليه اهل الدرب المتقابله و لا عبره بغيرهم و لو اتفقوا على وضع الاضيق فى الابتداء جاز و ليس لأحد الاعتراض عليهم و طلب التوسعه فيه و أنه اذا وضعوه على حد السبع لم يكن له بعد ذلك تضييقه و لو وضعوه على اوسع من السبع فالاقرب ان لهم و لغيرهم الاختصاص ببعضه و الظاهر ان هذا اعم من ان يكون الطريق مرفوعا او لا نعم لا بد ان يكون فى المباح لا فى الاملاك و فيما ذكره نظرت و منها ما ذكره فى مجمع الفائده أيضا قائلا و أيضا يدل على عدم الملكيه ما قال فى التذكرة و هل يشترك جميعهم فى جميع السبكه فيكون الاستحقاق فى جميعها لجميعهم أم شركه كل واحد يختص بما بين رأس السكه و باب داره لأن محل تردده هو ذلك المكان خاصه و مروره فيه دون باقى السبكه فحكم ما عدا ذلك حكم غير اهل السبكه و هو اظهر وجهى الشافعيه و لعله الاظهر لأنه مأخوذ من التصرف و التردد و ليس الاباه و الاصل عدم شركته مع الباقي و الثانى لهم هو ان الاستحقاق فى جميعها لأنهم ربما احتاجوا الى التردد و الارتفاق لجميع الصيحن بطرح الاثقال و وضع الاحمال عند الاخراج و الادخال و تظهر الفائده على أصح قولى الشافعى فى منع اشراع الجناح اه و هذا صريح فى ان ليس هنا ملكيه بل الاستحقاق الماخوذ من التردد و الحاجه اليه قلت المسأله المذكوره محل خلاف بين الاصحاب و حكى فى الكفايه و غيرها الاحتمال الاول الذى صرح فى كرهه بأنه اظهر وجهى الشافعيه عن الاكثر و الاحتمال الثانى عن بعض و منها ما تبه عليه فى مجمع الفائده أيضا قائلا و يدل على عدم الملكيه أيضا ما قاله فى التذكرة هذا كله اعنى سد الباب و قسمه الصيحن انما هو اذا لم يكن فى السبكه مسجد فان كان هنا مسجد قديم او حديث فالمسلمون كلهم يستحقون الطروق اليه و لا يمنعون منه و كذا لو جعل بعضهم داره رباطا او مسجدا او مدرسه لم يكن لأحد منعه و لا منع من له الممر فيه و ح ليس لأحد ان يشرع جناحا و لا ساباطا و لا روشنا عند التضرب به و ان رضى اهل السبكه لحق سائر الناس و هذا اصرح و لا يقال الاصل المذكور يندفع بما ادعاه فى الغنيه من الاجماع على الملكيه لأننا نقول ليست فى عباره الغنيه دعوى الاجماع لأن عدم العلم بالخلاف غير العلم بالاجماع فت و اميا ثانيا فلما ذكره فى مجمع الفائده قائلا بعد جميع ما حكينا عنه سابقا و أيضا يدل على عدم

الملكيه ان كل احد يدخل هذه المرفوعه من غير اذن اهلها و يجلسون فيها و يقفون و يدخلون الدرب و لو كان ملكا لما ساع ذلك و لو لم يكن سائغا لوقع المنع عنه و لو عن بعض العلماء او الامتناع عنهم و لو كان لنقل للعادة بل لو كان ملكا لم يجز لأهلها أيضا ذلك كلها إلا برضا الجميع لما عرفت من المبالغه في عدم جواز التصرف في المشترك و لو باخذ تراب قليل ينثره على الكتابه و معلوم ان الداخل فيها و الخارج عنها لا ينفك عن ذلك و لو كان موقوفا على الاذن يلزم الضرر اذ قد لا يأذن الجار او لمن له معهم شغل و عمل او لم يكن حاضرا و يكون موقوفا الى الذهاب اليه في المرفوعه فيدور و يبعد الاكتفاء بالاذن بسبب العلامات مع ما تقدم على أنه قد يصرح واحد منهم بالمنع فيحصل الضرر و التعطيل قال في كره يجوز لكل احد الاستطراق في الطرق النافذه على اى حال شاء من سرعه و بطوء و ركوب و ترحل و لا فرق في ذلك بين المسلم و الكافر لأنها موضوعه لذلك و اما الطرق المقطوعه فكك مع اذن اربابها و لو منع واحد و منعوا باسرههم فالاقرب عدم المنع لأن لكل احد دخول هذا الزقاق كدخول الدرب النافذ و هذا صريح فيما قلناه و لكن قال و فيه اشكال الاقرب ان جواز دخولها من قبل الآيات المستنده الى قرائن الاحوال فاذا عارضه نص المنع عمل به و اما الجلوس و ادخال الدواب اليها فالاقوى المنع إلا مع اذن الجميع فيه هذا اوفق بما قاله هو و غيره من الملكيّه و لكنّها غير ظاهره لما تقدم و الاعتماد على الآيات و اذن الفحوى للدخول مشكل مع ما تقدم من عدم جواز التصرف في المشترك على الوجه الذي تقدم فقوله الاوّل فالاقرب عدم المنع اظهر و هو يدل على عدم الملكيّه فت و بالجملة الظاهر عدمها في النافذ و المرفوعه فلا فرق و معلوم عدم الملكيّه في الاوّل اذ يبعد ملكيه كل احد حتى الكفار في اقصى الهند و المسلم في اقصى الروم و هو ظ و الظاهر أنه لا يقول به و كذا المرفوعه اذ السد ليس بمملك و هو ظ و كلما ثبت بالإجماع او النص من عدم التصرفات في هذه الرقاقات مثل ما يكون مضرا فهو ممنوع منه و اما غيره فلا حتى يثبت من غير فرق بين المرفوعه و المسكوكه فت و الاحتياط طريق السلامه ان امكن قولاً و فعلاً و حاصل ما ذكره ان الطرق المرفوعه لو كانت ملكا لأربابها لكانت املاكا مشتركه و لو كانت املاكا مشتركه لترتب عليها ما يترتب على الاملاك المشتركه من عدم جواز التصرف للشريك المالك و غيره من سائر الشركاء و الاجانب الا باذن الجميع و التالي باطل لأن المعهود

ص: ٣٦٩

من سيره المسلمين قديما و حديثا التصرف بالدخول و المشى و الجلوس و نحو ذلك مع عدم مراعات الاذن مط و لو كان الشريك يتيما او مجنونا و دعوى خصوص الاذن بشاهد الحال بالنسبه الى كل من المتصرفين في جميع الاحوال ممنوعه خصوصا اذا كان بعض الشركاء عدوا دينا او دنيا او يتيما او مجنونا فاذا جاز التصرف فيها من غير اذن مط بل و مع المنع متشابها ليست باملاك مشتركه و يلزم منه ان لا يكون املاكا لأن انتفاء اللوازم و لو كانت شرعيه يدل على انتفاء الملزومات الا ان يقوم دليل على نفى اللزوم في بعض الاحوال و هو هنا منتف فت و يؤيد ما ذكر أنها لو كانت املاكا لأربابها لجاز لهم قسمتها و بيعها و اجارتها و وقفها و غير ذلك منفرده كما يجوز ذلك بالنسبه الى بعض الدار و التالي باطل لأن جميع ذلك خلاف المعهود من سيره المسلمين قديما و حديثا فت و يؤيد ذلك أيضا أنها لو كانت املاكا لكانت مملوكيتها و عدمها دائرين مدار النفوذ و عدمه و هو بعيد و لكن المسأله في غايه الاشكال فلا ينبغي فيها ترك الاحتياط و لكن احتمال عدم الملكيّه لا يخ عن قوه و

**ينبغي التنبيه على امور**

**الاول لا فرق في عدم جواز اخراج الاجنحه و الزواشن في الطرق المرفوعه**

بين صورتى كون الاخراج مضرا بالماره و عدمه كما صرّح به فى الغنيه و الشرائع و كره و لك و الكفايه و هو ظ اطلاق القواعد و الجامع و س و جامع المقاصد

### **الثانى صرّح فى كره و عد و د و س بانه لا يجوز نصب الميزاب فى المرفوعه**

الا باذن اربابها و هو ظاهر الشرائع و لك و غيرهما و هو واضح على القول بكونها ملكا لأربابها و اما على القول بالعدم فالحكم بذلك حيث لم يترتب عليه ضرر محل اشكال و كيف كان فالاحوط الترك مط و صرّح فى كره بانه ليس للمتقدم بابه فى راس الدرب المسدود منع المتأخر بابه الى صدر الدريه من وضع ميزاب قائلا اذ لم نقل بشركته او لم يصل ضرره اليه

### **الثالث صرّح فى كره بانه لا يجوز عمل السرداب فى الطريق المسدود**

و ان احكم الازج و حفر تحت الارض سواء حصل لهم ضرر بذلك او لا محتجا عليه بان اربابه محصورون و ما ذكره ظ الشرائع و لك و الكفايه بل الظاهر انه متفق عليه بين القائلين بكونه ملكا لأربابه و هو احوط

### **الرابع صرّح فى كره أيضا بعدم جواز حفر بالوعه فيه**

الباذن اربابه و ان كانت انفع لهم و ما ذكره ظ على القول بانه مملوك لأربابه بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه بين القائلين به

### **الخامس صرّح فى كره و عد و لك بانه لا يجوز احداث ساباط فيه**

و هو ظ يع و الكفايه بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه بين القائلين بكونه ملكا لأربابه بل يترتب على هذا القول انه لا يجوز لأحد من اهل هذا الرقاق و لا لغيرهم من الاجانب التصرف فيه من غير اذن جميع اربابها باى نحو من انحاء التصرف فيكون حكمه حكم سائر الاملاك التى لا يجوز التصرف فيها مط من غير اذن اربابها فلا يختص عدم جواز التصرف هنا بما تقدم اليه الاشاره بل يعم جميع اقسامه و منها احداث الساقيه فيها و منها الجلوس و التردد و المرور و الذهاب و الاياب و اخذ التراب للنثر على الكتاب و ادخال الحيوانات و الدواب و غير ذلك مما يطول بذكره الكتاب و قد نبه على ما ذكره فى كره و س و لك و الكفايه و يتفرع على ما ذكر امور احدها انه لا يجوز لأحد من ارباب هذا الرقاق و لا لأحد من الخارجين عنه الدخول و لا المشى فيه لحاجه او لغيرها و سائر التصرفات اذا شك فى اذن واحد منهم بذلك سواء كان لعداوه دينيه او دنيويه او لحسد او لخوف او لطمع او لغير ذلك و ثانيها دوران التصرفات مدار اذن الجميع لا البعض و لو كان الاكثر فكل تصرف اذا اذن به الجميع جاز و اذا شك فى اذن واحد منهم لم يجز و ثالثها انه يجوز لكل واحد من اهل هذا الرقاق منع الباقيين و غيرهم من التصرف فى هذا الرقاق و لو باعتبار الدخول فيه لدخول داره و رابعها انه اذا كان احد الشركاء فى هذا الرقاق يتيما من غير ولى او مجنونا كك او مغمى عليه او سفيها محجورا عليه لم يجز للباقيين و لا لغيرهم من الاجانب التصرف فيه و لو بالدخول لدخول داره و قد يقال الالتزام بجميع ما ذكر مدفوع اما اولا فبالاصل السليم عن معارضه الدال على كون هذا الرقاق ملكا مشتركا بين اربابه

كسائر الاملاك المشتركة و اما ثانيا فباستلزامه الضّرر العظيم على ارباب هذا الطريق و هو مدفوع بعموم قوله ص لا ضرر و لا ضرار لا- يقال هو معارض بعموم قوله صلى الله عليه و آله و سلمّ الناس مسلطون على اموالهم لأننا نقول لا نسلم المعارضه سلمناها و لكن التعارض هنا من قبيل تعارض العمومين من وجه و الظاهر هنا ترجيح عموم نفي الضرر لأنه الاغلب و الارفق بالاعتبار و لا يقال عموم نفي الضرر هنا معارض بمثله لان رفع سلطنه المالك عن ملكه ضرر عليه أيضا لأننا نقول لا نسلم ذلك سلمناه و لكن اخراج هذا الضرر عن العموم اولى من اخراج جميع افراد المضار المترتبة على سائر ارباب هذا الزقاق مراعاتا لقله ارتكاب التخصيص في العموم و اما ثالثا فباستلزام ذلك الحرج العظيم و المشقه الشديده بالنسبه الى المترددين في هذا الزقاق من اربابها و سائر الاجانب لأنّ في كل من الامتناع من التردد فيه و تحصيل كلّ واحد من المترددين اذن جميع اهله في جميع الاحوال و الازمان حرج عظيم و مشقه شديده بل يكاد ان يكون التكليف بكلّ منهما من قبيل التكليف بما لا يطاق عادة و دعوى دلالة القرائن الحاليه و شواهد الاحوال على رضاه جميع ارباب هذا الطريق بالتصرف في غايه الضعف للمنع من حصولها بالنسبه الى كل احد في كل وقت و كلّ تصرف جرت به العاده خصوصا اذا كان ارباب الزقاق او بعضهم من الايتام و المجانين و من لا- يعتبر اذنتهم او كان بينهم معاده دينيه او دنيويه فلا- يجب الالتزام بما ذكر للأدله القطعيه الداله على نفي الحرج و نفي التكليف بما لا- يطاق و لو عاده في الشريعة و هي اولى ممّا دل على سلطنه المالك على ملكه مط من وجوه عديده و اما رابعا فانّ المعهود من سيره المسلمين قديما و حديثا من العلماء و العوام عدم اناطه تصرفاتهم في هذا الزقاق باذن جميع اربابها و لو باعتبار شاهد الحال بل هم لا- يزالون يتصرفون فيه بالاستطراق و المشى و الجلوس القليل و الطويل و اخذ التراب للثر على الكتاب و ادخال الهدايا و الاحمال و الاثقال و الدواب و غير ذلك من غير مراعاة لإذن جميع اربابها و لا التفات اليه و مع منع بعضهم او اكثرهم و لم نجد احدا من العلماء انكر ذلك عليهم و منع باعتبار النهى عن المنكر فحصل من هذه السيره المستمره من زمن النبي صلى الله عليه و آله و سلمّ و كل واحد من الائمه الى يومنا هذا الاجماع على جواز نحو التصرفات المذكوره من غير مراعاة اذن ارباب الزقاق و لو باعتبار

شاهد الحال بل و مع منع بعضهم او اكثرهم و الاجماع كما يحصل من الاقوال كك يحصل من السيره

ص: ٣٧٠

و الافعال بل ربما كانت الافعال في نحو هذا المقام اقوى دلالة و اما خامسا فبانّ النصوص و الاخبار خاليه عن الاشاره الى لزوم اعتبار اذن جميع ارباب هذا الزقاق في جميع التصرفات مع توفّر الدواعى عليه و مسيس الحاجه اليه فاذا احتمال جواز التصرفات التي جرت بها العاده من التصرفات المذكوره و نحوها من غير مراعات اذن ارباب الزقاق و لو باعتبار الفحوى و شاهد الحال بل و مع منع اكثرهم و كون بعضهم ايتام او مجانين او من المغمى عليهم او المحجور عليهم في غايه القوه و ان قلنا بان هذا الزقاق ملك لأربابه و لكن مراعات الاحتياط مهما امكن احوط و اولى هذا و قد صرح بعض القائلين بالقول المذكور و هو الشهيد في س بجواز دخول الاجنبى السكّه المرفوعه بغير اذن اهلها عملا بشاهد الحال و بجواز الجلوس فيها اذا لم يكن مضرا بهم و بأنّه لو نهاه احدهم حرم ذلك و فصل في كره قائلنا يجوز لكلّ احد الاستطراق في الطرق النافذه على اى حال شاء من سرعه و بطوء و ركوب و ترجل و لا فرق في ذلك بين المسلم و الكافر لأنها موضوعه لذلك و اما الطرق المقطوعه فكك مع اذن اربابها و لو منع واحد او منعوا باسرههم فالاقرب عدم المنع لأنّ لكلّ احد دخول هذا الزقاق كدخول الدرب النافذه و فيه اشكال اقربه ان جواز دخولها من قبيل المباحات المستنده الى قرائن الاحوال اذا عارضه نصّ المنع عمل به و اما الجلوس بها و ادخال الدواب

اليها فالاقوى المنع الا مع اذن الجميع فيه و فصل فى لك تفصيلا اخر قائلا و ممّا يدخل فى المنع من التصرف فى المرفوعه بغير اذن اربابها المرور فيها و الوجه فيه ما تقدّم من الملك و الاقوى الاكتفاء فيه بشاهد الحال و لو منع احدهم و اما الجلوس فيها و ادخال الدواب اليها و نحو ذلك فلا الا مع اذن الجميع لأصالة الحرمة بغير اذنه و انتفاء شاهد الحال فيه غالبا نعم لو كان الجلوس خفيفا غير مضر تناوله شاهد الحال و قد يناقش فيما ذكره اولا بانّ الاعتماد على شاهد الحال أنّما يتجه لو كان جميع ارباب هذا الزقاق ممّن يعتبر اذنه الصّريح شرعا فلو كان بعضهم او كلهم ايتاما بلا اولياء او مجانين او مغمى عليه او محجورا عليه فلا لعدم اعتبار اذنه الصّريح فعدم اعتبار اذنه الحاصل من شاهد الحال اولى لا يقال يكون المعترح اذن اوليائهم لأنّنا نقول لا نسلم أنّه يجوز للولى الاذن بذلك مجانا و من غير غبطه سلمنا و لكن قد لا يكون لهم اولياء مع أنّ المغمى عليه لا ولى له و ثانيا أنّ الاذن الحاصل من شاهد الحال لا يفيد القطع بل غايته الظنّ و هو ظنّ فى موضوعات الاحكام و من الظاهر أنّ الاصل فيه عدم الحجّيه للعمومات المانعه من العمل به من الكتاب و السنه و يعضدها الدليل العقلى و ظهور الاتّفاق و الاصل المذكور لا معارض له شىء من الادلّه و امّا عمل المسلمين فغايته ما يستفاد منه جواز المرور و الجلوس و اما أنّه باعتبار حجّيه الظنّ المستفاد من شاهد الحال فلا لاحتمال ان يكون الوجه عندهم بقاء هذا الطريق على الاباحه الاصليه و عدم دخولها فى ملك احد بل هذا هو الظاهر من حالهم و من وضع اصل الطريق و يدلّ عليه الاصل أيضا و ثالثا بانّ شاهد الحال غير متحقق فى جميع الصّور و فى جميع الاحوال فيكون الدليل اخصّ من المدعى

### السادس صرح فى س بانه لو كان فى الدرب المرفوع مسجد او مدرسه

او سقايه اشترط مع اذن اهلها عدم تضرّر المسلمين أيضا لتعلق حقّهم به

### السابع ان قلنا بمملوكيه الطريق المرفوع لأربابها

جاز لهم سدّ باب السّيكه و الانتفاع بها كغيرها من املاكهم مع اتّفاقهم على ذلك و قد صرح بذلك فى كره و لك حكي فى الأوّل عن بعض الشافعيه خلاف ذلك قائلا قد بينا أنّ الدّرب المقطوع لأربابه المحصورين دون الشوارع المسلوكة فلهم التصرف فيه كيف شاءوا لأنّ للإنسان التطرق فى ملكه كسائر انواع التصرفات و لهم سدّ باب السّيكه و منع بعض الشافعيه من ذلك لأنّ اهل الشوارع يفرعون اليها اذا عرض لهم سبب من رحمه و شبهها و لا عبره بما حكاها لضعفه جدّا ثم صرح فيها بانه لو امتنع بعضهم من سدّها لم يكن للباقيين سدّها اجماعا و قد صرح بما ذكر من الحكم فى لك أيضا و هو جيّد ثم صرح فيها بانه لو اتّفقوا على السد لم ينفرد بعضهم بالفتح و هو جيّد ثم صرح فيها بانه لو اتّفقوا على قسمه صحن السّيكه بينهم جاز و هو جيّد أيضا ثم صرح فيها بانه لو اراد اهل راس السّيكه قسمه راس السّيكه بينهم منعوا الحق من يليهم اما لو اراد اهل الاسفل قسمه الاسفل فان قلنا باختصاصهم كان لهم ذلك و ان قلنا باشتراك الجميع فى الاسفل لم يكن لهم ذلك الا باذن الباقيين و هو جيّد أيضا ثم صرح فيها كما فى لك بانّ سدّ الباب انما هو اذا لم يكن فى السّيكه مسجد فان كان فيها مسجد قديم او حديث فالمسلمون كلّهم يستحقّون الطّروق اليه و لا يمنعون منه و كذا لو جعل بعضهم داره رباطا او مسجدا او مدرسه او مستراحا لم يكن لأحد منعه و لا يمنع من له الممرّ فيه و ح لا يجوز لأحد ان يشرع جناحا و لا ساباطا و لا روشنا عند التضرر به و ان رضى اهل السّيكه لحقّ سائر الناس و الحقّ فيها بسدّ الباب قسمه الصّيحى فى التفصيل المذكور و جميع ما ذكره من هذا التفصيل جيّد

حتى القول بانّ الطريق المرفوع ليس بملك لأربابه

### الثامن صرح في كرهه و لك و مجمع الفائدة و الكفايه بانّ المراد من ارباب السكه المرفوعه

من له باب نافذ اليها دون من يلاصق داره سكه و يكون حائظه اليها من غير نفوذ باب له فيها و هو جيد

### التاسع صرح في كرهه و لك و مجمع الفائدة بانّ المراد بالمرفوعه المسدوده

التي لا- تنتهي الى طريق اخر و لا- مباح بل الى ملك الغير و صرح في س و جامع المقاصد بانّ الطرق المرفوعه المسدوده و ما ذكره جيد

### العاشر اذا اذن سائر ارباب الطرق المرفوعه باخراج الجناح

جاز اخراجه كما نبه عليه في الغنيه و د و كره و س و جامع المقاصد و الكفايه و كك الزواشن كما نبه عليه في كره و س و جامع المقاصد و لك و كك نصب الميازيب كما نبه عليه في د و كك السبابط كما نبه عليه في كره و لك بل الظاهر انه لا خلاف في جواز جميع التصرفات التي لا تجوز من غير اذنه اذا اذنوا بها و ربما يدلّ عليه مضافا الى ظهور الاتفاق عليه كما نبه عليه في الغنيه قوله صلى الله عليه و آله في المرسل لا- يحل مال امرء الا عن طيب نفسه و يحصل الاذن بصريح اللفظ و ظاهره باعتبار عموم او اطلاق او منطوق او مفهوم مخالف او موافق و بالجمله يحصل بدلاله الالفاظ المعبره عند اهل اللسان مط و لا يشترط افادتها القطع بل يكفي الظنّ المعبر عندهم و يحصل بدلاله الافعال و التقريرات و غيرها المفيده للقطع و اما القرائن و شواهد الاحوال المفيده للظنّ ففي اعتبارها هنا اشكال و ربما يستفاد من جماعه من الاصحاب اعتبارها بالنسبه الى الاستطراق و الجلوس و قد عرفت ما فيه

### الحادي عشر اذا اذنوا في تصرف كان لهم

و لبعضهم الرجوع فيه مط و لو كان بناء حصل و تحقّق كما اذا رجعوا في الجناح و السبابط و السرداب و نحوها بعد تمام بنائها و قد صرح بجواز الرجوع فيما

ص: ٣٧١

اذنوا به في الغنيه و التذكرة و عد و س و لك و لهم وجهان الاول ظهور الاتفاق عليه كما نبه عليه في الغنيه بقوله و متى اذنوا في ذلك كان لهم الرجوع فيه لأنه اعاره و لا اعلم فيه خلافا الثاني ما تمسك به في الغنيه و س و نبه عليه في كره و عد و لك من انّ اذنه بذلك اعاره فيجوز الرجوع فيه و صرح في لك بانه يبطل فيه بموت الاذن و خروجه عن التكليف بجنون و اغماء و

صَرَّحَ فِي كَرِهٍ بَلْزُومِ الْإِرْشِ هُنَا قَائِلًا- وَ إِذَا أذِنَ أَرْبَابُ الدَّرْبِ الْمُخْتَصَّ بِهَمْ فِي وَضْعِ بَابٍ أَوْ نَصْبِ مِيزَابٍ أَوْ إِشْرَاعِ جَنَاحٍ أَوْ رُوشِنٍ أَوْ سَابَاطٍ كَانَ هَذَا الْإِذْنُ عَارِيَهُ يَجُوزُ لَهُ الرَّجُوعُ فِيهِ مَتَى شَاءَ لَكِنْ مَعَ الْإِرْشِ لِأَنَّهُ سَبَبٌ فِي اتِّلَافِ مَالِ الْغَيْرِ عَلَى إِشْكَالٍ

## منهل هل يجوز فتح باب آخر في الطريق المرفوع لغير فائده الاستطراق

### إشارة

كَالِاسْتِضَاءِ وَ نَحْوِهَا بِغَيْرِ رِضَاءِ سَائِرِ أَرْبَابِهِ أَوْ لَا صَرَّحَ بِالثَّانِي فِي الْغَنِيهِ وَ الشَّرَائِعِ وَ دُ وَ الْقَوَاعِدِ وَ كَرِهٍ وَ الْجَامِعِ وَ جَامِعِ الْمَقَاصِدِ وَ لَكَ وَ يَظْهَرُ الْأَوَّلُ مِنْ مَجْمَعِ الْفَائِدَةِ وَ رُبَّمَا يَشْعُرُ بِهِ الْكِفَايَةُ وَ احْتِمَلَهُ فِي جَامِعِ الْمَقَاصِدِ وَ لَكَ مَصْرَحِينَ بَضْعُهُ لِلْقَوْلِ الْأَوَّلِ وَجِهَانِ أَحَدَهُمَا أَنَّهُ تَبَّهَ فِي الْكِفَايَةِ عَلَى دَعْوَى الْإِتْفَاقِ عَلَيْهِ بِقَوْلِهِ قَالُوا وَ كَذَا- يَجُوزُ لَوْ أَرَادَ فَتْحَ بَابٍ لَا يَسْتَطِرْقُ فِيهَا دَفْعًا لِلشَّبْهِهِ وَ يَعْضُدُ مَا ذَكَرَ أَنَّ أَحَدًا مِنَ الْمَصْرَحِينَ بِالْمَنْعِ مِنْ ذَلِكَ لَمْ يَنْقَلُوا خِلَافًا فِي ذَلِكَ مِنْ أَحَدٍ مِنَ الْأَصْحَابِ وَ قَدْ يَنْاقِشُ فِيهَا مَا ذَكَرَ بِالْمَنْعِ مِنْ ظُهُورِ عِبَارَةِ الْكِفَايَةِ فِي نَقْلِ الْأَجْمَاعِ عَلَى ذَلِكَ بِحَيْثُ يَصِحُّ الْإِعْتِمَادُ عَلَيْهِ بَلْ رُبَّمَا كَانَتْ الْعِبَارَةُ الْمَذْكُورَةُ مَشْعُرًا بِعَدَمِ مَصِيرِهِ إِلَى ذَلِكَ وَ تَأْمِيلٍ فِيهِ وَ عَلَيْهِ لَا- يَكُونُ نَاقِلًا لِلْإِجْمَاعِ وَ عَدَمِ تَعَرُّضِ مَنْ ذَكَرَ لِنَقْلِ الْخِلَافِ لَا يَفِيدُ دَعْوَى الْأَجْمَاعِ لِإِمْكَانِ اخْتِصَاصِ التَّعَرُّضِ لِذَلِكَ بِمَنْ تَقَدَّمَ إِلَيْهِمُ الْإِشَارَةُ وَ مِنْ الظَّاهِرِ عَدَمُ تَحَقُّقِ الْأَجْمَاعِ عَادَةً بِاتِّفَاقِهِمْ هَذَا وَ رُبَّمَا يَسْتَفَادُ مِنْ عِبَارَةِ التَّذْكَرَةِ عَدَمُ تَحَقُّقِ الْأَجْمَاعِ عَلَى ذَلِكَ وَ وَجُودِ الْخِلَافِ فِيهِ لِقَوْلِهِمْ لَهُ وَ لَوْ فَتَحَ بَابًا لِلِاسْتِضَاءِ دُونَ الْإِسْتِطْرَاقِ أَوْ قَالَ افْتَحَهُ وَ اسْمَرَهُ بِمَسْمَارٍ لَا يَنْفَتِحُ بَابَهُ مَعَهُ فَالْأَقْرَبُ مَنَعُهُ مِنْ ذَلِكَ لِأَنَّ الْبَابَ يَشْعُرُ بِثُبُوتِ حَقِّ الْإِسْتِطْرَاقِ فَرُبَّمَا اسْتَدَلَّ بِهِ عَلَى الْإِسْتِحْقَاقِ وَ يُمْكِنُ أَنْ يُمْكِنَ مِنْهُ لِأَنَّهُ لَوْ رَفَعَ جَمِيعَ الْجُدَارِ لَمْ يَكُنْ لِأَحَدٍ مَنَعُهُ فَلَيْسَ يُمْكِنُ رَفْعُ بَعْضِهِ أَوْلَى فَاِنَّ قَوْلَهُ فَالْأَقْرَبُ أَهْ وَ قَوْلُهُ وَ يُمْكِنُ أَهْ ظَاهِرَانِ فِي عَدَمِ تَحَقُّقِ الْأَجْمَاعِ وَ وَجُودِ الْخِلَافِ وَ يُؤَيِّدُهُ إِقْتِصَارُهُ عَلَى التَّعْلِيلِ الَّذِي إِشَارَ إِلَيْهِ بِقَوْلِهِ لِأَنَّ الْبَابَ أَهْ وَ كَذَا يَشْعُرُ بِعَدَمِ تَحَقُّقِ الْأَجْمَاعِ عِبَارَةَ جَامِعِ الْمَقَاصِدِ وَ لَكَ وَ ثَانِيَهُمَا مَا نَبَّهَ عَلَيْهِ فِي يِعُ وَ دُ وَ عَدُ وَ سُ وَ جَامِعِ الْمَقَاصِدِ وَ لَكَ قَائِلِينَ لَا يَجُوزُ ذَلِكَ دَفْعًا لِلشَّبْهِهِ أَيْ لِشَبْهِهِ اسْتِحْقَاقِ الْمُرُورِ فِيهِ بَعْدَ تَطَاوُلِ الزَّمَانِ فَأَنَّهُ إِذَا اشْتَبَهَ حَالَهُ يَشْعُرُ بِاسْتِحْقَاقِ الْمُرُورِ لِأَنَّهُ وَضَعَهُ لَهُ وَ قَدْ صَرَّحَ بِمَا ذَكَرَ فِي لَكَ قَائِلًا وَ بِهَذَا حَصَلَ الْفَرْقُ بَيْنَ فَتْحِ الْبَابِ وَ رَفْعِ الْحَائِظِ جَمْلَةً فَأَنَّ الثَّانِيَّ جَائِزٌ دُونَ الْأَوَّلِ لِأَنَّ رَفْعَ الْحَائِظِ لَا يَسْتَدْعِي اسْتِحْقَاقَ الْمُرُورِ بَوَاقٍ مِنَ الْأَوْقَاتِ إِذْ لَيْسَ فِيهِ دَلَالَةٌ عَلَيْهِ بِخِلَافِ الْبَابِ وَ قَدْ يَنْاقِشُ فِيهِ أَوْلَا بِالْمَنْعِ مِنْ حَصُولِ الشَّبْهِهِ بِمَجْرَدِ فَتْحِ بَابِ الْمَا عَلَى تَقْدِيرِ كَوْنِ الْأَصْلِ فِيهِ اسْتِحْقَاقَ الْإِسْتِطْرَاقِ كَمَا أَنَّ الْأَصْلَ فِي الْيَدِ الْمَلِكِيَّةِ وَ هُوَ مَمْنُوعٌ لِفَقْدِ الدَّلِيلِ وَ مَجْرَدِ الظُّهُورِ وَ الظَّنِّ الْحَاصِلِ بِاعْتِبَارِ الْغَلْبَةِ لَا يَكُونُ حِجَّةً أَلَّا بَعْدَ قِيَامِ الدَّلِيلِ عَلَى اعْتِبَارِهِ وَ هُوَ هُنَا مَمْنُوعٌ بَلِ الْعُمُومَاتِ الدَّالَّةِ عَلَى عَدَمِ حِجَّةِ الظَّنِّ مِنَ الْكِتَابِ وَ السِّيْنَةِ تَمْنَعُ مِنْ اعْتِبَارِهِ هُنَا هَذَا وَ قَدْ يُمْكِنُ جَعْلُ أِمَارَاتِ فَتْحِ الْبَابِ تَمْنَعُ مِنْ حَصُولِ الشَّبْهِهِ فَلَيْسَتْ الشَّبْهِهِ عَلَى تَقْدِيرِ تَسْلِيمِهَا حَاصِلَةً فِي جَمِيعِ صُورِ الْمَسْأَلَةِ وَ ثَانِيًا بِالْمَنْعِ مِنْ كَوْنِ حَصُولِ الشَّبْهِهِ يَمْنَعُ مِنْ تَصَرُّفِ الْمَالِكِ فِي مَلِكِهِ لِفَقْدِ الدَّلِيلِ عَلَيْهِ مِنَ الْإِدْلَةِ الْآرْبَعَةِ عَلَى أَنَّهَا لَوْ كَانَتْ مَانِعَةً لَمَا جَازَ فَتْحَ الْبَابِ وَ أَحْدَاثِ السَّابَاطِ وَ السَّرْدَابِ وَ نَحْوِهَا بِأَذْنِهِمْ لِحَصُولِ الشَّبْهِهِ بِالنَّسْبَةِ إِلَى بَعْضِ الْأَحْوَالِ فَتِ وَ لِلْقَوْلِ الثَّانِي مَا تَبَّهَ عَلَيْهِ فِي مَجْمَعِ الْفَائِدَةِ قَائِلًا مَجْرَدَ فَتْحِ الْبَابِ لَا يَسْتَلْزِمُ ذَلِكَ أَيْ الشَّبْهِهِ بَلْ هُوَ بِمَنْزِلَةِ الرَّوْزَنِهِ وَ أَنَّهُ تَصَرَّفَ فِي مَلِكِهِ نَفْسَهُ وَ لَهُ ذَلِكَ لَمَّا تَقَدَّمَ وَ سَيَجِيءُ أَيْضًا وَ أَنْ لَهُ أَنْ يَرْفَعُ حَائِظَهُ بِالْكَلِيَّةِ فَكَيْفَ بَعْضُهُ الَّذِي هُوَ عِبَارَةٌ عَنْ فَتْحِ الْبَابِ دَفْعًا لِشَبْهِهِ أَنَّهُ بَابٌ فَأَنَّهُ قَدْ يَتَرَدَّدُ فِيهِ أَوْ يُؤْوَلُ إِلَيْهِ وَ لَا يُمْكِنُ اثْبَاتُ تَجَدُّدِهِ وَ مُحْضَلٌ مَا ذَكَرَهُ أَنَّ عُمُومَ مَا دَلَّ عَلَى جَوَازِ تَصَرُّفِ الْمَالِكِ فِي مَلِكِهِ بَأَيِّ نَحْوٍ مِنْ انْحَاءِ تَصَرُّفِ أَرَادَ وَ هُوَ قَوْلُهُ (صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَ آلِهِ) النَّاسُ مَسْلُطُونَ عَلَى أَمْوَالِهِمْ يَقْتَضِي جَوَازَ ذَلِكَ مَعَ خُلُوهِ عَنِ الْمَعَارِضِ هُنَا وَ يَعْضُدُهُ الْأَصْلُ وَ الْمَسْأَلَةُ فِي غَايَةِ الْإِشْكَالِ فَلَا يَنْبَغِي فِيهَا تَرْكُ الْإِحْتِيَاطِ وَ لَكِنْ الْقَوْلُ الثَّانِي لَا يَخُوعُ عَنْ قُوَّةِ وَ



ينبغي التنبيه على امور

### الاول صرح في لك بأنه لا فرق في هذا الحكم بين الذي لا حق له في الطريق المذكور

كالجار الملاصق لها بحائطه و بين من له باب فيها اذا اراد احداث باب اخر ادخل من بابه لاشتراكهما في عدم استحقاق المرور في المحل الذي فتح فيه الباب

### الثاني صرح في كرهه بأنه ليس لمن لا باب له في الدرب المقطوع

احداث باب الا برضا اهل السكه باسرههم لتضررهم اما بمرور الفاتح عليهم او بمرورهم على الفاتح و هو جيد

### الثالث صرح في التذكرة بان من له باب في تلك السكه

لو اراد ان يفتح غيره نظر ان كان يريد الفتح اقرب من بابه الى راس السكه كان له ذلك لأن له الاستطراق فيه و هو شريك فاذا فتح بابا كان ذلك بعض حقه فان كان الفتح اقرب من بابه الى صدر السكه لم يكن له ذلك

### منهل يجوز فتح الروازن و الشبايك في الحيطان التي في الدروب المسدوده

اشاره

و ليس لأحد منع ذلك و قد صرح بذلك في الغنيه و يع و د و عد و كره و جامع المقاصد و لك و مجمع الفائده و الكفايه و لهم وجهان احدهما ظهور الاتفاق عليه كما تبه عليه في الغنيه قائلًا و لا يجوز منعه من فتح كوه في حائطه و لا اعلم في ذلك خلافا و ثانيهما ما تمسك به في الغنيه و جامع المقاصد و لك و مجمع الفائده من ان ذلك تصرف في ملكه و الانسان مسلط على التصرف في ملكه بما شاء لعموم قوله (صلى الله عليه و آله) التماس مسلطون على اموالهم و زاد في لك قائلًا و الشبهه المنصرفه من الباب منتفيه هنا و

ينبغي التنبيه على امور

### الاول لا فرق في ذلك بين ان يكون لصاحب الحائط في ذلك الطريق باب او لا

كما هو ظ اطلاق معظم الكتب المتقدمه و صرح به في كرهه قائلًا يجوز فتح الروازن و الشبايك في الحيطان التي في الدروب المسدوده و ليس لأحد منع ذلك سواء كان لصاحب الحائط في ذلك الدرب باب او لم يكن لأن له رفع جميع الحائط و ان يضع مكانه شباكًا فمعه اولي و إنما منع الباب لمعنى غير موجود هنا

## الثاني صرح في كرهه بأنه يجوز له فتح روزنه

و شبّاك في حائطه الفاصل بينه و بين جاره و ان حرم عليه الاطلاع الى دار الغير بل ليستفيد الاضاءه في بيته و قد حكاه في الكفايه عن الاصحاب لفظ قالوا قائلًا قالوا و كما يجوز فتحهما الى الدروب المرفوعه يجوز الى غيرها من الاملاك و الدور و ان استلزم الاشراف

ص: ٣٧٢

لان المحرم هو التّطلع لا التّصرف في الملك و هو غير بعيد لتسلّط النّاس على اموالهم و قد صار الى جميع ما حكاه عنهم في لك و صرّح في مجمع الفائدة بجواز فتحهما الى املاك الغير و دورهم سواء تضرر الجار بامكان الاطلاع على عوراته او لا محتجًا بتسلّط النّاس على اموالهم الثّابت بالعقل و النقل و هو جيّد و اما حرمة الاطلاع على دار الغير ففيها اشكال و لكنّها احوط خصوصا اذا ترتّب عليه ضرر الجار و استلزام النّظر الى عوراته او احتمال الامران بل احتمال التّحريم في الصّور المذكوره في غايه القوّه

## الثالث صرّح في مجمع الفائدة بأنه لا بدّ ان ينصب الشّبايك

بحيث لا يأخذ شيئا من هواء الرّفاق الا باذن جميع اربابه مضرّا كان أم لا و هو احوط بل جيّد على القول بكونه مملوكا لأربابه

## الرابع صرّح في كرهه و لك و مجمع الفائدة بأنه يجوز للجار ان ينبي حائطا في وجه شبّاكه

و روزنته و ان منع الصّوء لأسد الرّوزنه و الشّباك و هو جيّد

## الخامس لا فرق في ذلك بين الشّباك و الرّوزنه

الصّغيرين و الكبيرين

## منهل لو صالح بعوض واضع الرّوشن و الجناح و نحوهما ارباب الدّرب و السّكه المرفوعه على وضعها

## اشاره

فهل يصحّ هذا الصّيلح او لا فيه قولان احدهما انه يصحّ و يجوز و هو للتّدكره و عد و س و جامع المقاصد و لك و الكفايه و المحكى في الرّابع عن ابن ادريس و ثانيهما انه لا يجوز و لا يصحّ و هو للمبسوط و الغنيه و المحكى في الرّابع عن ابن البرّاج و تردّد فيه في الشّرائع للأوليين وجوه منها ظهور عبارته التّدكره في دعوى الاتّفاق على الصّحه حيث افتى بها جازما و لم ينقل خلافا عن احد من الاماميّه منها بل أنّما نقل الخلاف عن بعض الشّافعيّه مضافا الى انه صرّح بأنه يجوز الصّيلح المذكور على الاظهر

عندنا و منها ما تمسك به في جامع المقاصد و لك من العمومات الداله على صحه الصلح فأنها شامله لمحل البحث و ربما اشار الى ما ذكر في كره بقوله لأنه حق مالي متعين المالك فجاز الصلح عليه و اخذ العوض عنه كما في القرار و للآخرين ما تمسك به في المبسوط و الغنيه من ان في ذلك الصلح افرادا للهواء بالبيع و هو باطل اما الاول فلأن الصلح فرع البيع و اما الثاني فلأن الهواء تابع فلا يصح بيعه منفردا و قد يناقش في كلتا المقدمتين اما في الاولى فبالمنع من كون الصلح فرعا للبيع كما تقدم اليه الاشارة و قد تبه على ما ذكر في جامع المقاصد و لك و اما في الثانيه فبالمنع من التبعية سلمنا و لكن نمنع من كون التبعية مانعه من البيع و قد تبه على هذا في كره و لك فت فاذن المعتمد هو القول الاول سواء قلنا بان المرفوعه ملك لأربابها أم لا و

### ينبغي التنبه على امور

### الاول كما يجوز الصلح المذكور بعوض

كذا يجوز بغير عوض كما نص عليه في س و هو ظ اطلاق التذكرة و عد و جامع المقاصد و الكفايه و لا فرق في ذلك بين القول باستقلال الصلح و القول بتبعيه للعاريه هنا نعم على الاول يكون لازما و هو المعتمد و اما على الثاني فيكون في الصلح المذكور جائزا

### الثاني هل يشترط تعيين المده او لا

يظهر الاول من الدروس و صرح في كره بأنه اولي و هو جيد ان اراد به الاستحباب كما تشعر به العبارة و ان اراد اللزوم فالاقرب عدمه و عليه ينصرف الاطلاق الى المتعارف و منه البقاء دائما و بالجمله المناط ما يفهم من الاطلاق عرفا

### الثالث هل يشترط في الصلح المذكور رضاء جميع اهل الشكه او لا

الاقرب هو الاول ان قلنا بان جميع اهل الشكه مشتركون فيها و الا فالثاني و عليه فينبغي التفصيل فيقال ان الزوشن المحدث ان كان خارجا عن جميع الابواب فهو حق لهم اجمع و ان كان داخلا عن بعضها لم يتوقف على اذن الخارج و قد تبه على ذلك في لك قائلا و قيل يتوقف على رضاء الجميع كالأول للاحتياج اليه عند ازدحام الدواب و الاحمال و قواه في س و الاول اشهر

### الرابع صرح في التذكرة بأنه اذا وضع الجناح او الزوشن

او السبابط في الدرب المسلوكة التافذ على وجه يضر بالمارة و جب عليه ازالته و على السيلطان الزامه بذلك و لو صالحه الامام على وضعه او بعض الرعية على شىء لم يجز لاین ذلك بيع الهواء منفردا و هو باطل و الهواء لا يفرد بالعقد بل يتبع الدار كالحمل مع الامم و لأنه ان كان مضرًا لم يجز اخذ العوض عنه كبناء الدكه في الطريق و ان لم يكن مضرًا كان جائزا و ما يجوز للإنسان فعله في الطريق لا يجوز ان يؤخذ منه عوض عنه كالمسلوك واحد من الرعية ليس هو المستحق و لا نائب المستحقين و

ما نبه عليه بقوله ولأنه ان كان مضراً اه في غاية الجوده فلا يصح الصلح المذكور لا من الحاكم ولا من الزعيه

### منهل لو كان لإنسان داران متلاصقان باب كل واحده منهما في زقاق غير نافذ

#### اشاره

و اراد صاحبهما فتح باب بينهما و من احدهما الى الاخرى فيه فهل يجوز ذلك لاستطراق الناس بان يجيى ء من درب احد البابين و يخرج من الباب الاخر او لغير ذلك من الاغراض او لا الاقرب هو الاول وفاقا للشرائع و كره و د و عد و س و جامع المقاصد و لك و الكفايه و مجمع الفائده و هو المعتمد و لهم وجوه منها الاصل و منها ظهور الاتفاق عليه كما يستفاد من الكتب المذكوره لعدم اشارتها الى خلاف و لا اشكال في ذلك لا يقال نبه في س على وجود الخلاف من اصحابنا في ذلك بقوله و لو كان له داران متلاصقان الى سكتين مرفوعتين فالاقوى انّ له فتح باب بينهما و استطرقهما فان لفظ الاقوى فيه ظ في وجود الخلاف من اصحابنا في ذلك لأننا نقول لا- نسلم ظهوره في اصل وجود الخلاف فضلا عن ان يكون من الاماميه سلمنا و لكن اشاره الى خلاف بعض العامه الآتى اليه الاشاره نعم يظهر ما ذكره انّ المسأله ليست باجماعيه عنده و لكن هذا لا ينافي ما ادعيناه من ظهور عدم الخلاف بين اصحابنا في ذلك كما لا يخفى و قد نبه عليه في التذكرة بقوله و لو كان له داران متلاصقان باب كل واحده منهما في زقاق غير نافذ و اراد صاحبهما فتح باب من احدهما الى الاخرى جاز عندنا و للشافعيه فيه وجهان احدهما المنع و منها ما تمسك به في كره و جامع المقاصد و لك من ان له حق السيلوك في كل واحده من السكتين و رفع الجدار الحائل بين الدارين و جعلهما دارا واحده ففتح باب من احدهما الى الاخرى اولى بالجواز اذ هو عباره عن رفع بعض الجدار و هنا ان ذلك لو لم يكن جائزا لاشتهر بل و تواتر لتوفر الدواعى عليه و التالى باطل قطعاً بل الظاهر من السيره الجواز و منها عموم قوله (ص) الناس مسلطون على اموالهم و يعضده في بعض الصور قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و قوله (ع) المؤمنون عند شروطهم فت و

#### ينبغي التنبيه على امور

#### الاول حكي في التذكرة عن بعض العامه قولا بالمنع

من ذلك قائلا بعد التصريح بالجواز و للشافعيه وجهان احدهما المنع لأنّ ذلك ثبت له حق الاستطراق من الدرب الذى لا ينفذ الى

ص: ٣٧٣

دار لم يكن لها طريق منه و لاین ذلك ربما ادى الى اثبات الشفعه في قول من ثبتها بالطريق لكل واحده من الدارين في زقاق الاخرى و هذا قول اكثرهم و هو غلط لأنّ له رفع الحاجز بالكليه فرفع بعضه اولى و المحذور لازم فيما لو رفع الحائط مع أنّه لا يبطل به حق الشفعه و الثانى انّ له ذلك كما اخترناه لأنّ له رفع الحاجز بالكليه ففتح الباب اولى و قال بعضهم موضع القولين ما اذا سدّ باب احدى الدارين و فتح الباب بينهما لغرض الاستطراق و اما اذا قصد اتساع ملكه فلا منع

و سائر الاملاك المختلفه كحمامين و خانين و دكانين و بستانين و حمام و دار او خان او دكان او بستان و بالجمله الحكم المذكور ثابت فى جميع الاملاك المتعدده المتصله و ان اقتصرت الكتب المتقدمه على الدارين و لا يشترط ان يكون مملوكه للفتاح بل يجوز ذلك مط ان لم يكن مانع من جهه اخرى

### الثالث صرح فى س بعد التصريح بجواز ذلك

بان كل دار تبقى على ما كانت عليه فى استحقاق الشفعه بالشركه فى الطريق و فيه على ما ذكره فى لك أيضا قائلًا و الاقوى ان كل دار على ما كانت عليه فى استحقاق الشفعه بالشركه فى الطريق و لا يتعدى الى الاخرى و ان جاز الاستطراق لأن ذلك الفتح لم يوجب حقًا للدار فى الطريق الاخرى و إنما اباح الانتقال من داره الى داره الاخرى و متى صار فيها استحق المورور فى طريقها تبعًا للكون الثانى و الدار التى هو فيها لا الاولى و هو جيد

### الرابع صرح فى س أيضا بان ظ الشيخ اشتراك اهل الزقاق فى الدرب

من الجانبين و هو جيد

### الخامس صرح فى س أيضا بأنه اولى بالجواز

اذا كان بابهما الى طريقين نافذين او فتح باب ذى السكه الى الطريق و هو جيد ثم صرح بأنه يجوز العكس

### السادس صرح فى التذكرة بأنه لو كان له داران متلاصقان

باب كل واحد منهما فى زقاق غير نافذ و اراد صاحبهما رفع الحاجز بينهما بالكليه و جعلهما دارا واحده جاز قولًا واحدا و قد صرح بالحكم المذكور فى الجامع و لك و جامع المقاصد و قد صرح فيه بدعوى الاجماع عليه قائلًا رفع الجدار الحائل بين الدارين و جعلهما دارا واحده جائز اجماعًا

### السابع صرح فى كرهه بأنه لو صالح الممنوع من فتح الباب فى الدرب المقطوع اربابه

على مال ليفتح الباب جاز عندنا و هو جيد للأصل و عموم ما دل على صحه الصلح و اشعار عبارته التذكرة بدعوى الاجماع عليه

### الثامن صرح فى التذكرة أيضا بأنه لو اراد فتح باب من داره الى دار غيره

فصالحه عنه مالک الدار على مال صحّ و يكون كالصّيح على اجراء الماء على السّطح و لا يملك شيئا من الدار و السّطح لأنّ السّيكه لا تتراد الا للاستطراق فاثبات الاستطراق فيها يكون نقلا للملك و الدار و السّطح ليس القصد منهما الاستطراق و اجراء الماء و هو جيّد

### منهل لو احدث في الطريق المرفوع حدثا ممنوعا منه بغير اذن اربابها

#### اشاره

كما اذا احدث روشنا او ساباطا جاز ازالته لكلّ من له الاستطراق فيه كما صرّح به في يع و د و القواعد و جامع المقاصد و لكّ و مجمع الفائده و لهم و جوه منها ظهور الاتفاق عليه كما يستفاد من الكتب المذكوره لعدم اشارتها الى خلاف و لا اشكال في ذلك و منها ما تمسّك به في جامع المقاصد قائلا- لأنه تصرّف في حقّه بغير اذنه فكان له ازالته و منها ما تبّه عليه في مجمع الفائده قائلا لا شكّ في الجواز لأهل المرفوعه لأنه حقّه و لأنه منهيّ و كذا لغيرهم من باب النهي عن المنكر و

#### ينبغي التنبيه على امور

### الأول صرح في لك بأنه لا فرق في الحدث بين كونه مضرا او غيره

و لا- بين كونه في الهواء كالزّوشن او في الارض كعمل دكّه و وضع خشب او حجاره و نحو ذلك و لا بين كونه من اهل تلك الطريق لا اشتراك الجميع في كون ذلك تصرّفا في ملكهم بغير اذنه فكان لهم ازالته و جميع ما ذكره جيّد و يظهر من اطلاق باقى الكتب المتقدّمه

### الثاني صرح في جامع المقاصد و لك بأنه لا فرق في جواز الازاله بين وقوع الحدث

بأذن بعضهم و عدمه بل لو بقى واحد بغير اذن فله المنع و الازاله و هو جيّد و هل يجوز لمن اذن الازاله مجانا او لا فيه اشكال فالاحوط الترك و اما الذى لم يأذن فيجوز له الازاله مجانا بلا اشكال

### الثالث هل يجوز لغير اهل السّكه المرفوعه الازاله

كما يجوز ذلك لهم او يختصّ الجواز بهم صرّح بالأول في مجمع الفائده محتجا بأنّه من باب النهي عن المنكر فيه فرّما يظهر من الشّرائع و القواعد الثّاني لاقتصارها في الحكم بالجواز على اهل السّيكه و التحقيق ان يقال انّ الازاله ان لم تستلزم تصرّفا في ملك الغير بدون اذنه فلا- اشكال في جوازها و أمّا ان استلزمته ففي الجواز اشكال و لكن الاقرب الجواز و هل يكون مرتكبا للحرام باعتبار التصرّف في ملك الغير بدون اذنه او لا- فيه اشكال و لكن احتمال الجواز لا يخ عن قوه و ليس هذا التصرف محرما بالنّسبه الى اهل السّكه بلا اشكال

## الرابع هل يختص جواز الازاله بالنسبه الى اهل السكه بصوره امتناع المحدث منها او لا

بل يجوز لهم مط و لو اراد المحدث مباشرتها يظهر من اطلاق الكتب المتقدمه الثانى و هو الاقرب و الظاهر ان تصرفهم فى ملك المحدث بدون اذنه باعتبار الازاله ليس بمحرم لو كان الاحداث منه على وجه لا يعد معصيه و لكن مراعات الاحتياط اولى

## الخامس يلزم بعد الازاله رد اموال المحدث من الخشب و الحجر

و غير ذلك اليه قطعا و هل يضمن المزيل ما يتلف و ما يعرض النقص منها او لا فيه اشكال فلا ينبغى ترك الاحتياط و ان كان احتمال عدم الضمان فى غايه القوه

## السادس اذا توقف الازاله على بذل مال

فهل هو على المحدث او لا فيه اشكال و لكن الاحتمال الثانى فى غايه القوه

## السابع هل يجب الازاله على غير المحدث من اهل السكه او لا

الاقرب الاخير و قد صرح به فى مجمع الفائده و هل يجب الازاله على المحدث او لا فيه اشكال فلا ينبغى ترك الاحتياط بل الاحتمال الاول فى غايه القوه

## منهل اذا كان فى السكه المرفوعه ابواب بعضها ادخل من الاخر

### اشاره

فهل يشترك جميعهم فى جميع السكه فيكون الاستحقاق فى جميعها لجميعهم او لا بل شرکه كل واحد منهم يختص بما بين راس السكه و باب داره قدر الباب الادخل التى هى اخر بالنسبه الى اول المرفوعه شريك مع الاقدم من اول المرفوعه الى باب الاقدم ثم يختص ما بعدها و هو ما بين البابين به و لا يشاركه الاقدم فيه اختلف الاصحاب فى ذلك على قولين احدهما ان جميع ارباب السكه لا يشاركون فى جميعها بل يختص الادخل ما بين البابين و يشارك الاقدم من راس السكه الى بابه لا غير و هو للشرائع و د و القواعد و جامع المقاصد و صرح فى س بانه مذهب متأخرى الاصحاب و فى التذکره و جامع المقاصد و مجمع الفائده و غيرها بانه المشهور بين الاصحاب و فى الكفايه بانه الاشهر و ثانيهما ان جميع ارباب السكه مشتركون فى جميعها و لا يختص بعضها ببعضهم و هو للدروس و لك و مجمع الفائده و يظهر من التذکره و الكفايه التوقف فى المسأله للأولين وجوه منها ما تمسك به فى جامع المقاصد و اشار اليه فى

كره و لك و غيرهما من ان المقتضى لاستحقاق كل واحد هو الاستطراق و نهايته بابه فلا يشارك في الدّاخل فحكمه بالنسبه الى هذا الدّاخل الزائد على بابه حكم الاجنبى من غير اهل السّيكه و فيه نظر اما اولا فللمنع من انحصار المقتضى فى الاستطراق لاحتمال كون المقتضى هو مع كون الحاجه الى الانتفاع بالطريق باعتبار طرح الاثقال و وضع الاحمال و من الظّاهر ان نهايه هذا ليس الى بابه و امّا ثانيا فلان كون المقتضى هو الاستطراق لا يقتضى اختصاص الاشتراك الى بابه عقلا و لا نقلا اذ يجوز ان يكون مقتضيا للشّركه فى جميع السّيكه و امّا ثالثا فلما تبّه عليه فى مجمع الفائده قائلا القول بالاختصاص بعيد و دليله مدخول و الاصل دليل قوى و ليس هنا ما يدلّ على اختصاص احد الا الاستطراق و عدم مرور الغير اليه و هو ليس بدليل لما مرّ و لآنه لو كان ذلك دليل لما مرّ لكان الفاضل فى اخر المرفوعه ملكا للدّاخل و لآنه قد يكون المرفوعه واسعه و لا يمرّ الادخل الا فى بعضها و لآنه قد يكون فى مقابله أيضا باب فيشكل الاختصاص و يحتمل الاشتراك بينهما و اختصاص كلّ بما يحاذى به و هو بعيد لعدم الامتياز و لعدم الدّليل فالظاهر قول س و ان كان خلاف المشهور و منها ان الادخل لا شكّ فى أنّه يجوز له التّصرف فيما بين البابين الذى هو بعد باب الاقدم و كذا لا شكّ فى أنّه مملوك له فى الجملة على القول بانّ السّيكه ملك لأربابها و امّا جواز تصرّف الاقدم فى ذلك و تملكه له فى الجملة فغير ثابت فالاصل عدم الامرين لا يقال كما انّ الاصل عدم تملك الاقدم لشيء ممّا بين البابين كك الاصل عدم تملك الادخل لتمام ما بين البابين لأننا نقول الأوّل اولى بالترجيح لاعتضاده بالشّهرة فت و منها اشتهار القول بذلك بل لم ينقل فى التّذكرة القول الثّانى عن احد من الاماميه و ظاهرها انهم متفقون على القول الأوّل و ان صرحت بانّه المشهور لأنّ الشّهرة قد يراد بها ما يرادف الاتّفاق مع أنّه صرّح بانّ المشهور عندنا ان الادخل ينفرد ممّا بين البابين و يتشارك فى الطرفين و لفظه عندنا ظاهره فى اتّفاق الكلّ فت و يعضده اولا تصريح الدّروس بانه مذهب المتأخّرين فآنه ظاهر فى دعوى اتّفاقهم عليه و لا- يقدر فى ذلك مخالفه لشذوذه و ان وافقه فى لك و مجمع الفائده بل قد يمنع من مخالفته لأنّ غايه ما صدر منه التّصريح بانّ القول الثّانى قوى و هو ليس صريحا فى الفتوى به و المخالفه لما عليه المعظم لاحتمال ان يكون المراد به القوّه بحسب الاصل و القاعده و من الظاهر أنّه يجب تخصيصهما بالشّهرة بناء على القول بحجيتها كما صار اليه فى الذّكرى و علم من عاداته غالبا من عدم مخالفته لما عليه المعظم و قد يقال لا نسلم اشتهار القول الأوّل اذ لم نجد مصرّحا به سوى الفاضلين و المحقّق الثّانى و لم نجد احدا غيرهم صرّح به عينا و لا اثرا و من الظاهر انّ الشّهرة لا تحصل بفتواهم و لا- يدفع ما ذكر تصريح جماعه باشتهار القول الأوّل لاحتمال ان يكون مرادهم مجرد اكثره القائل به و هى ثابتة بالنسبه الى المصرّحين بذلك و فيه نظر فانّ ذلك خلاف ظ عباراتهم قطعاً و عدم وجدان مصرّح بذلك عينا غير من ذكر لا يقتضى عدمه خصوصا مع تباعد الازمنه و تلف كتب كثير من الاماميه و بالجملة اخبار الجماعه يتحقّق الشّهرة هنا يلزم قبوله عملا بالعمومات الدّاله على حجّيه اخبار العدول و شهاداتهم من العقل و النقل و بالجملة الظاهر اشتهار القول الأوّل فيلزم الحكم بصحّته بناء على القول بحجّيه الشّهرة نعم ان قلنا بعدم حجّيتها سقط هذا الوجه عن الاعتبار و منها أنّه لو كان ما بين البابين مشتركا بين الاقدم و الادخل و لم يكن مختصّا بالاخير لزم عدم جواز الصّيلح معه على اخراج روشن و جناح و ساباط و دكه و سرداب فيه و التالى باطل فالمقدّم مثله اما الملازمه فلظهور عدم جواز التّصرف فى المال المشترك بدون اذن الشّريك و امّا بطلان التالى فلعموم ادلّه صحّحه الصّليح من قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و قوله (ع) المؤمنون عند شروطهم و قوله (ع) الصّليح جائز بين المسلمين فت و للاخريين وجوه أيضا منها ما تبّه عليه فى التّذكرة و س و جامع المقاصد و لك من احتياج جميع اهل السّيكه الى جميعها عند ازدحام الاحمال و وضع الاثقال فيلزم ان يكون مشتركه بين جميعهم و قد يناقش فيما ذكر اولا بان احتياج



السِّكَّة الى جميعها و ان كان قد يتفق ألا أنه نادر في الغايه بل قد لا يتفق بالنسبه الى كثير من الاشخاص و النادر حكمهم حكم المعدوم و ثانيا بما تبه عليه في جامع المقاصد في مقام الايراد على الوجه المذكور بقوله و فيه نظر لأنه لا يلزم من الاحتياج الشركه و إنما المقتضى للملك الاحياء فاذا وضع الباب على وجه معين لم يكن لاستحقاقه فيما يدخل عنه وجه و منها ما تمسك به في لك قائلًا و لأن اقتصار تصرف الخارج على نفس ما يخرج عن بابه امر بعيد متعسر و الاحتياج حوله الى جمله من الداخل و ان قلت و منها أنه لو لم يشترك كل ارباب السكَّة في كلها لما توقف احداث الجناح و الروشن و الساباط و الميزاب في الطرق المرفوعه على رضاء جميعهم بل على رضاء بعضهم و هو الذى يراد اخراج المذكورات فيما يختص به و التالى باطل فالمقدم مثله اما الملازمه فلان من لا يملك شيئًا و لا يستحقه لا يعثر فى التصرف رضاه و اما بطلان التالى فلما عرفت سابقا من تصريح الاصحاب بأنه لا يجوز احداث باب و لا جناح و لا غيرهما فى الطرق المرفوعه الا باذن اربابها و قد تبه فى الغنيه على دعوى الاتفاق عليه و لم يتصمّن غيرها اشاره الى خلاف فى ذلك من احد من الاصحاب و يعضد ما ذكر اولاً تصريح الغنيه و كره و الجامع و جامع المقاصد و لك فى مقام الاحتجاج على عدم جواز احداث المذكورات فى الطرق المرفوعه بدون اذن اربابها بأنها ملك لأربابها و قد صرح فى الغنيه بأنه لا يعلم خلافاً فى ذلك و ظاهر هذه العبارة دعوى اتفاق المسلمين عليه كما لا يخفى على من تتبع فى الكتاب المذكور و ثانيا تصريح الشرائع فى المقام المذكور بأنها مختصه بهم و قد تبه على ما ذكر فى مجمع الفائده قائلًا ثم هنا اشكال و هو انهم قد حكموا بكون المرفوعه ملكا لكل من فيها فالهواء و الارض كله ملك مشترك بين اربابها و أيضا قالوا لا يجوز لأحد التصرف باحداث الرواشن و الاجنحه و الساباط و فتح الابواب المتخذة حتى لغير الاستطراق أيضا و كذا قطع الميزاب سواء حصل الضرر أم لا الا باذن الارباب فهو مؤيد للاشتراك ثم حكموا هنا بالاختصاص بما بين البابين لذي الباب الادخل و أيضا ذكروا أنه يجوز لكل من الادخل و الاقدم اخراج بابه و بعضهم مثل ح يع صرح به الا مع سدّ الأوّل و عدمه لا الادخال و قد احتمل فى كره الادخال أيضا كما مرّ و الظاهر أنه مع عدم الإذن و ح لا مانع من الرواشن و نحوه أيضا فكأنهم جوزوا جميع ما حرّموا و قد يناقش فى الوجه المذكور امّا اولاً - فبالمنع من الملازمه لجواز ان لا يكون السكَّة المرفوعه ملكا لجميعهم على

ص: ٣٧٥

سبيل الاشاعه و الاشتراك و يكون بعضها مختصا ببعضهم و لكن لا يجوز التصرف فيها بالمذكورات الا بعد رضاء جميعهم تعبدا شرعيًا و لمصلحه خفيّه لا نعلمها و ان كان ذلك مخالفا للأصل لأن الأصل لا يعارض النص و لو كان مستفادا من الاتفاق نعم قد يق على هذا لا - يبقى النزاع فى ان السكَّة المرفوعه مشتركه بين الجميع او بعضها مختص ببعضهم فائده فت و اما ثانيا فبالمنع من بطلان التالى لاحتمال ان يكون المراد من قولهم لا - يجوز اخراج الجناح فى المرفوعه الا - باذن اربابها صوره كون اخراج الجناح فى محلّ اشتراك الجميع و هو أوّل السكَّة و يكون القرينه على هذا التقييد عبارات المعظم هنا المصرّحه لعدم اشتراك الجميع و لاحتمال ان يكون المراد من قولهم انها ملك لأربابها ان مجموع السكَّة ملك لمجموع اهلها و هو اعم من ان يكون جميعها لجميعهم بطريق الاشتراك و الاشاعه و من ان يختص بعضها ببعض كقولك اخذ الدرهم فإنه اعم من كون الاخذ للجميع الجميع و من ان يكون الاخذ لكل واحد منها واحدا منهم و بالجمله لا بدّ من ارتكاب التاويل بتقييد الاطلاق و نحوه فيما صرحوا به من عدم جواز احداث المذكورات فى المرفوعه بدون اذن اربابها و من أنها ملك لهم بحيث ينطبق على ما

صَرَّحُوا بِهِ هُنَا مِنْ عَدَمِ اشْتِرَاكِ جَمِيعِ أَهْلِ السَّكَّةِ فِي جَمِيعِهَا لِأَنَّ ارْتِكَابَ التَّأْوِيلِ فِي هَذَا فِي غَايَةِ الْبَعْدِ لِأَنَّهُ كَالنَّصِّ بَلْ هُوَ نَصٌّ بِخِلَافِ السَّابِقِ فَإِنَّ ارْتِكَابَ التَّأْوِيلِ فِيهِ فِي غَايَةِ الْقُرْبِ بَلْ قَدْ يَمْنَعُ مِنْ شُمُولِ إِطْلَاقِهِ لِجَمِيعِ مَا يَسْتَدْرِجُ تَحْتَهُ لُغَةً لَوْرُودَهُ فِي بَيَانِ حُكْمٍ آخَرَ وَآمَّا احْتِمَالِ التَّنَاقُضِ فِي كَلَامِهِمْ أَوْ عَدْوَلِهِمْ عَمَّا ذَكَرُوهُ سَابِقًا فَبَعِيدٌ غَايَتُهُ بَلْ قَدْ يَعْدُ مِنَ الْمَحَالِّاتِ الْعَادِيَةِ كَمَا لَا يَخْفَى فَتَ وَقَدْ يُقَالُ مَنَعَ شُمُولَ الْإِطْلَاقِ الْمَذْكُورِ لِمَحَلِّ الْبَحْثِ بَعِيدٌ فِي غَايَةِ الْبَعْدِ وَارْتِكَابَ التَّأْوِيلِ فِيهِ حَسَنٌ بِالنِّسْبَةِ إِلَى الْمَصْرُوحِ بِالْأُمُورِ الْمَذْكُورَةِ وَآمَّا بِالنِّسْبَةِ إِلَى مَنْ لَمْ يَصْرَحْ إِلَّا بِالْمَنْعِ مِنْ أَحْدَاثِ الْمَذْكُورَاتِ فِي الْمَرْفُوعَةِ دُونَ إِذْنِ أَرْبَابِهَا وَبِأَنَّهَا مِلْكٌ لَهُمْ وَهُوَ ابْنُ زَهْرَةَ فِي الْغَنِيِّ وَيَحْيَى ابْنُ سَعِيدٍ فِي الْجَامِعِ فَيَلْزِمُ الْعَمَلَ بِظَاهِرِ الْإِطْلَاقِ الْمَذْكُورِ مِنْ اشْتِرَاكِ الْجَمِيعِ فِي جَمِيعِهَا وَعَلَيْهِ يَصِيرُ مَا يَظْهَرُ مِنَ الْغَنِيِّ مِنْ دَعْوَى الْإِجْمَاعِ عَلَى الْإِطْلَاقِ الْمَذْكُورِ حُجَّةً لِلْقَوْلِ الثَّانِي الَّذِي يَكُونُ الْقَائِلُ بِهِ كَثِيرًا عَلَى هَذَا التَّقْدِيرِ إِلَّا أَنْ يَجَابَ بِوَهْنِهِ بِالشَّهْرَةِ الْمُحْكِيَةِ فِي كِتَابِ تَقَدَّمَ إِلَيْهَا الْإِشَارَةُ فَتَ وَمِنْهَا مَا تَبَّهَ عَلَيْهِ فِي مَجْمَعِ الْفَائِدَةِ أَيْضًا قَائِلًا- وَأَيْضًا إِذَا كَانَ مَا بَيْنَ الْبَابَيْنِ مَخْتَصًّا فَكَيْفَ يَكُونُ الْفَاضِلُ مَشْتَرِكًا لِلتَّفَاقُحِ وَالِانْتِفَاعِ بِهِ وَظَ كَلَامِهِمْ أَنَّهُ مَشْتَرِكٌ بِحَيْثُ يَجُوزُ الْانْتِفَاعُ بِهِ وَمَطَّ إِلَّا أَنَّهُ مَوْقُوفٌ عَلَى إِذْنِ ذِي الْبَابِ الْإِدْخَلِ وَهَذَا أَيْضًا دَلِيلٌ لِشُرَاكِ الْجَمِيعِ إِلَّا أَنْ يُقَالُ قَدْ يَكُونُ الْمَلِكُ لَهُ وَيَكُونُ لِلْأَقْدَمِ الْمُرُورُ لِلانْتِفَاعِ بِهِ وَهُوَ بَعِيدٌ كَالْقَوْلِ بِأَنَّ الْمَلِكَ وَالِاشْتِرَاكَ لَا يَسْتَلْزِمُ الْانْتِفَاعَ بِغَيْرِ إِذْنِ الْإِدْخَلِ وَبِالْجُمْلَةِ كَلَامِهِمْ فِي هَذَا الْمَقَامِ غَيْرِ مَفْهُومٍ لِي جَيِّدًا وَيَمْكَنُ التَّخَلُّصَ عَنْ بَعْضِ الْأَشْكَالِ بِطَرِيقِ الْجِدْلِ وَالِاحْتِمَالِ وَلَكِنْ لَمْ يَتَحَقَّقْ شَيْءٌ يَطْمَئِنُّ بِهِ النَّفْسُ وَالْظَّاهِرُ مَعَ قَطْعِ النَّظَرِ عَنْ كَلَامِهِمْ عَدَمَ الْمِلْكِيَةِ فِي الْمَرْفُوعَةِ وَالْمَسْكُوكَةَ أَيْضًا وَاشْتِرَاكَ الْكَلِّ فِي الْكَلِّ بِالانْتِفَاعَاتِ الْمُتَعَارَفَةِ بِحَيْثُ لَا يَضُرُّ بِالْآخَرِ وَعَدَمَ الْفَرْقِ بَيْنَ الْمَرْفُوعَةِ وَغَيْرِهَا إِلَّا بِاخْتِصَاصِ الْانْتِفَاعَاتِ وَقَلَّةِ الْمُرْتَدِّدِينَ وَفِي هَذَا الْوَجْهِ الَّذِي ذَكَرَهُ أَشْكَالًا لَا- يَخْفَى وَكَيْفَ كَانَ فَالْمَسْأَلَةُ لَا يَخُجُّ عَنِ الْأَشْكَالِ فَيَنْبَغِي فِيهَا مَرَاعَاتُ الْإِحْتِيَاطِ وَأَنْ كَانَ الْقَوْلُ الْأَوَّلُ فِي غَايَةِ الْقُوَّةِ وَقَدْ إِشَارَ فِي التَّذَكُّرَةِ إِلَى فَائِدَةِ التَّرَاغُحِ فِيهَا بِقَوْلِهِ وَتَظْهَرُ الْفَائِدَةُ فِي مَنَعَ إِشْرَاقِ الْجَنَاحِ إِلَّا بِرِضَاهُمْ فَعَلَى الْقَوْلِ بِاشْتِرَاكِ الْكَلِّ فِي الْكَلِّ يَجُوزُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْ أَهْلِ السَّكَّةِ الْمَنْعُ وَعَلَى الثَّانِي أَمَّا يَجُوزُ الْمَنْعُ مِنْ مَوْضِعِ الْجَنَاحِ بَيْنَ بَابِهِ وَرَأْسِ السَّكَّةِ دُونَ مَنْ بَابِهِ مِنْ مَوْضِعِ الْجَنَاحِ وَرَأْسِ السَّكَّةِ وَتَبَّهَ عَلَيْهِ مَا ذَكَرَهُ فِي سَائِرِ أَيْضًا وَ

**يَنْبَغِي التَّنْبِيهُ عَلَى أُمُورٍ**

**الأول لو فضل في صدر الرِّقَاقِ فضله عن الاستطراق**

فَيَظْهَرُ مِنَ الشَّرَائِعِ وَدَ وَمَجْمَعِ الْفَائِدَةِ اشْتِرَاكَ أَهْلِ الدَّرَبِ فِيهَا وَهُوَ جَيِّدٌ وَاسْتَظْهَرَهُ بَعْضُ الْأَجَلَّةِ مِنَ الْأَصْحَابِ قَائِلًا وَ لَوْ فَضَّلَ فِي صَدْرِ الرِّقَاقِ فَضْلَهُ عَنِ الْاسْتِطْرَاقِ فَظَاهِرُ الْأَصْحَابِ أَنْ أَرْبَابَ الْأَبْوَابِ فِيهَا سَوَاءٌ وَلَا أَوْلَايَةَ لِوَاحِدٍ عَلَى غَيْرِهِ فَلَوْ كَانَ فِي الرِّقَاقِ فَاضِلٌ إِلَى صَدْرِهَا وَتَدَايَاهُ فَهَمَا فِيهِ سَوَاءٌ كَمَا نَصَّ عَلَيْهِ فِي الشَّرَائِعِ وَإِشَارَ إِلَى وَجْهِهِ فِي لِكِّ قَائِلًا- لِاسْتِثْنَائِهِمْ فِي الْإِرْتِفَاقِ بِهَا فَلَا- أَوْلَايَةَ لِوَاحِدٍ عَلَى غَيْرِهِ بِخِلَافِ مَا بَيْنَ الْبَابَيْنِ لِأَنَّ إِدْخِلِيَةَ الْبَابِ يَقْتَضِي الْاسْتِطْرَاقَ وَهُوَ مَخْتَصٌّ بِالْمَسْتِطْرَقِ فَيَتَحَقَّقُ التَّرْجِيحُ وَقَدْ تَبَّهَ عَلَيْهِ مَا ذَكَرَهُ فِي جَامِعِ الْمَقَاصِدِ وَغَيْرِهِ وَلَكِنْ أَوْرَدَ عَلَيْهِ فِي لِكِّ أَشْكَالًا بِقَوْلِهِ بَعْدَ الْإِشَارَةِ إِلَيْهِ وَ يَشْكَلُ ذَلِكَ عَلَى الْقَوْلِ بِاخْتِصَاصِ الدَّخَلِ بِمَا بَيْنَ الْبَابَيْنِ لِتَوْقُفِ الْانْتِفَاعِ بِالْفَضْلِهِ عَلَى اسْتِحْقَاقِ السَّلُوكِ إِلَيْهَا فَإِذَا لَمْ يَكُنْ لِلخَارِجِ حَقُّ السَّلُوكِ لَا يَتَرْتَّبُ عَلَى تَصْرِفِهِ الْفَاسِدِ ثَبُوتُ يَدِّ عَلَى الدَّخَلِ ثُمَّ أَجَابَ عَنْ هَذَا الْأَشْكَالِ قَائِلًا وَ يَنْدَفِعُ بِأَنَّ ثَبُوتَ مِلْكِ شَيْءٍ لَا يَتَوْقَّفُ عَلَى ثَبُوتِ مَسْلُوكِ لَهُ وَمَعَ ذَلِكَ فَيَمْكَنُ دُخُولُ الْخَارِجِ إِلَى الْفَضْلِهِ بِشَاهِدِ الْحَالِ كَسَلُوكِ غَيْرِهِ مِمَّنْ لَا حَقَّ لَهُ فِي تِلْكَ الطَّرِيقِ بِهِ فَإِذَا انْضَمَّ إِلَى ذَلِكَ اشْتِرَاكِهِمْ جَمِيعًا فِي التَّصْرِيفِ فِي الْفَضْلِهِ حُكْمًا بِاشْتِرَاكِهَا بَيْنَهُمْ وَلَا يَرُدُّ مِثْلَهُ فِي

المسلک بین النَّاسِ حیث یجوز للخارج دخوله لذلك لأنَّ الدَّاخل الیه ید السُّلوک المسمَّر علیہ الذی لا یتَمَّ الانتفاع بداره الا به بخلاف الفضله فان یدهم فیہ سواء اذ لا- تصرَّف لهم فیها الا- بالارتفاق و هو مشترک و لو قلنا باشتراكهم فی جمیع الطَّرِيق فالحکم فی الفضله اولی

### الثانی یجوز للدَّاخل ان یقدم بابه الی الخارج

و کذا یجوز للخارج ان یقدم بابه الی الخارج و بالجمله یجوز لكلَّ من الدَّاخل و الخارج الخروج ببابه و قد صرَّح بذلك فی یع و د و القواعد و التیذکره و الجامع و س و جامع المقاصد و لك و لهم وجوه منها الاصل و منها ظهور الاتِّفاق علیہ كما یتستفاد من الکتب المذکورہ لعدم اشارتها الی خلاف فی ذلك لا- یقال قد صرح فی الغنیه و یع و عد و د و کره و الجامع و جامع المقاصد و لك و الکفایه بانه لا یجوز فی المرفوعه احداث باب فیها الا باذن اربابها و یتضح من الاوَّل دعوی الاتِّفاق علیہ لأننا نقول الظاهر ان مرادهم كون الفاتح غیر اهل السِّکة كما لا یخفی و منها ما صرَّح به فی کره و جامع المقاصد و لك من انَّ حقَّ الاستطراق ثابت لكلَّ منهما فكل منهما خرج عنه له فیہ حق تصرف فی جداره فرفع كله جائز بلا شك فجواز رفع بعضه بمقدار الباب اولی و زاد فی الثانی قائلًا و لا یقال أنَّه بتكثیر الابواب یكثر المستطرقون لأنَّه لا یتفاوت الحال بكثره المستطرقین و الباب واحد مع الازدحام ربما كان اكثر علی هذا التَّقْدیر و قد اشار الی ما ذكره فی لك أيضا و لا فرق فی ذلك بین ان یأذن الشركاء بفتح الباب الی الخارج او لا و لا بین ان یقال بالمختار من اختصاص ما بین النَّاسِ بالدَّاخل او لا بل یشترک الجمیع فی الجمیع و لا بین ان یقال السِّکة مملوکه

ص: ٣٧٤

لأربابها او لا و هل یختص الجواز بصوره سدَّ الباب الاوَّل او لا بل یجوز مط و لو لم یسدَّ الاوَّل صرَّح بالثانی فی القواعد و کره و جامع المقاصد و لك بل الظاهر أنَّه مما لا خلاف فیہ بین الاصحاب كما تبه علیہ فی کره قائلًا فان اراد ان یتقدم ببابه الی راس السِّکة فان سدَّ بابه الاوَّل كان له ذلك قطعًا لان له تبعض حقه و ان لم یسدَّ بابه فكك عندنا و للشافعیه فیہ قول بالمنع لأنَّ الباب الثانی اذا انضم الی الاوَّل اورث زیاده زحمه النَّاسِ و وقوف الدَّواب فی السِّکة فیضررون به و ما حکاه عن الشافعیه ضعیف فالمعتمد هو الجواز مط و ربما یتضح من س التوقُّف لقوله و یجوز اخراج الباب و ان لم یسدَّ الاوَّل علی قول و علیہ ان سدَّ فله العود الیه مع الثانی كما صرَّح فی کره و القواعد و صرح به فی جامع المقاصد أيضا محتجا بانَّ حقَّه الثابت لا یسقط بسد الباب بل و لا بالاسقاط

### الثالث هل یجوز لكلَّ من الخارج و الدَّاخل الدخول ببابه من غیر اذن شریکه

فیہ احتمالان الاول عدم الجواز و قد صار الیه فی یع و د و عد و التذکره و الجامع و س و جامع المقاصد و لك و لهم وجهان احدهما ظهور الاتِّفاق القائلین بعدم اشتراك جمیع اهل السِّکة فی جمیعها علیہ و ثانيهما ما تمسك به فی لك من انَّ الخارج لما لم یکن له حقَّ فیما جاوز مجازه الی داخل لم یکن له الدَّخول الا باذن الدَّاخل علی القول السابق و قد نبه علی ما ذكره فی

جامع المقاصد بقوله لأنه لا حق له فيما دخل عنه الثاني الجواز و ان لم نقل بمشاركته في الداخل و قد احتمله علامه في عد و كره معللاً فيها بأنه قد كان له ذلك في ابتداء وضع الدار و رفع الحائط اجمع فيستصحب و ضعف هذا الوجه في لك و جامع المقاصد قائلين بعد الاشارة اليه و يضعف بان تملك المباح أنما يقع على الوجه الذي اتفق فإنه قد كان له فتح بابه ابتداء الى اى الجهات و من اى الجوانب شاء فليأحيا ما لا حق له منع من ذلك لسبق من حق له بالاحياء على فتحه و زاد في الأول قائلًا و مثله القول في الجزء الداخلي من الطريق فإنه بوضع بابه خارجه و رفع يده عنه و احياء و انفراد بهما الداخلي فقدم و اما رفع جميع الحائط فلا يتطرق اليه شبهه بخلاف الباب و اشار الى ما ذكره اخيرا في جامع المقاصد قائلًا في جملة كلام له و توضيح الثاني ان جعل الباب ادخل عبارته عن رفع بعض الجدار و رفع جميع الجدار جائز فبعضه اولي و يضعف بان رفع الجميع لا يتطرق اليه شبهه استحقاق بخلاف جعل الاستطراق الباب ادخل عليه قبل رفع الجميع قد يتطرق اليه شبهه كون الطريق الادخل كله او بعضه داخلا في ملكه قلنا ليس الرفع هو المحصل لهذه الشبهة نعم هو غير مانع بخلاف الباب فإنه هو السبب في الشبهة ثم صرح بأنه لا خفاء في ضعف هذا الاحتمال و هو جيد فالمعتمد هو الاحتمال الاول على المختار من عدم اشتراك جميع ارباب السبب في جميعها و اما على القول باشتراكهم فيها فيحتمل قويا الجواز

#### **الرابع صرح في التذكرة بأنه يجوز تحويل الميزاب من موضع الى موضع**

كفتح باب و سد باب و فيه نظر

#### **الخامس صرح في س بأنه لو اذن اهل الاسفل في ادخال الباب**

فهل لأهل الاعلى المنع فيه اشكال من عدم استطراقهم و من الاحتياج عند ازدحام الدواب و الناس ثم صرح بان الوجه الاخير اقوى و فيه نظر بل الاول اقوى

#### **منهل لو اخرج بعض اهل الدرب النافذ روشنا لم يكن لمقابله معارضته**

#### **اشاره**

كما صرح به في يع و د و عد و التذكرة و جامع المقاصد و لك و مجمع الفائده و الكفايه و لهم وجوه منها الاصل و منها ظهور الاتفاق عليه كما يستفاد من الكتب المذكوره لعدم اشارتها الى خلاف و لا اشكال في ذلك و منها ما تبّه عليه في لك و جامع المقاصد من أنه لما كان حق الطريق النافذ غير مختصّ بذوى الدور لم يكن للجار المقابل و لا لغيره الاعتراض على واضع الروشن و منها ما تبّه عليه في مجمع الفائده من أنّ الجار ليس له الاستطراق و هو حاصل فهو و غيره سواء في عدم جواز المنع و

#### **ينبغي التنبه على امور**

#### **الأول لا فرق في ذلك بين ان يستوعب ذلك الروشن عوض الدرب او لا**

كما صرح به في الكتب المذكوره بل الظاهر أنه ممّا لا خلاف فيه

### **الثاني صرح في كره و جامع المقاصد و لك باسراط ذلك بعدم تضرر الماره بذلك**

و هو جيد

### **الثالث قد قيد الحكم المذكور في جامع المقاصد**

و لك و الكفايه بما اذا لم يضع شيئا من ذلك الرّوشن على جدار المقابل فلو وضع شيئا منه على جداره فله المنع و قد تبه عليه في كره أيضا و هو جيد

### **الرابع لو سقط ذلك الرّوشن فسبق جاره الى عمل رّوشن**

فهل للأوّل منعه او لا فيه قولان احدهما أنه ليس للأوّل منعه و هو للشرائع و القواعد و د و جامع المقاصد و لك و الكفايه و لهم ما صرح به في لك قائلا في مقام الاحتجاج على ذلك لأنّ الأوّل لم يملك الموضوع بوضع الرّوشن فيه و أنّما اكتسب اولويّه فاذا زال زالت كالععود في المسجد و السوق و تبه على ما ذكره في يع و كره و جامع المقاصد و ثانيهما ان له المنع و قد حكاه في كره عن بعض الشافعيه قائلا و منع منه بعض الشافعيه لأنّ الجالس في الطّريق السلوك الواسع اذا ارتفق بالععود لمعامله الناس لا يبطل حقّه بمجرد الرّوال عن ذلك الموضوع و أنّما يبطل بالسّفرف و الاعراض عن الحرفه على ما يأتي فقياسه ان لا يبطل بمجرد الانهدام و الهدم بل يعتبر اعراضه عن ذلك الجناح و رغبته عن اعادته و نحن نمنع الحكم في الاصل و نمنع اولويته و قد صار في مجمع الفائده الى هذا الاحتمال قائلا و الذي يتخيل اولويه قول بعض الشافعيه انه لا شك في حصول الاولويه و الاصل بقائها و معلوم زوالها بالا-عراض لا- غير و الظاهر أنه ليس باقل من التحجير و يفهم من عد أنه اذا زال التحجير قهرا يمكن عدم زوال اولويّه المحجور و بالجمله الحكم ليس بمنصوص و لا- مجمعا عليه على الظاهر فليس ببعيد قول بعض الشافعيه و لا- شك أنه احوط و عندي في الاصل الذي ذكره نظرت و المسأله محل اشكال و لكن القول الاول اقرب الا- انّ الثاني احوط فينبغي مراعاته

### **الخامس صرح في لك بانه لو فرض انّ الثاني اقرب**

روشن الاول و وضع روشنه لم يكن للأوّل ان يزيل الثاني و ان كان الثاني قد ضمن ارش الاول و اكتسب الاثم لزوال الاولويه و صرح في كره بقاء اولويه الاول ح و جواز ان يحدث الثاني الذي هو جاره روشنه و عندي في ذلك اشكال بل احتمال بقاء الاولويه ح في غايه القوه نعم ما ذكره في لك من ضمان الثاني للأرش و اكتسابه الاثم بتخريبه روشن الاول جيد

### **السادس صرح في كره بانه اذا خرج روشنه الى بعض الدّرب**

كان لمحاذيه اخراج روشن فيما بقى من الهواء و ليس لصاحب الاوّل منعه ما لم يضع على خشبه شيئا و ان اراد محاذيه بان يخرج روشنا تحت روشن

ص: ٣٧٧

محاذيه جاز ذلك و ان اراد ان يخرج روشنا فوق روشن محاذيه جاز اذا لم يتضرّر به بان يكون عاليا و لا يضر بالمار فى روشن السفلانى لو اظلم الدّرب بوضع الرّوشن الثّانى ازيل خاصه دون الاوّل لأنّ الضّرر انما يحصل بالثانى و ان كان لو لا الاوّل لم يحصل و جميع ما ذكره جيّد

### منهل الجدار الذى بين الجارين اذا كان مختما باحدهما و مملوكا له خاصه

#### اشاره

و لم يشاركه الاخر فيه اصلا لم يجز له ان يتصرّف فيه مط و لو بوضع جذعه عليه بدون اذن المالك و لا يجوز اجباره على الاذن به و قد تبه على ذلك فى الغنيه و يع و د و القواعد و التّذكره و الجامع و س و جامع المقاصد و لك و مجمع الفائده و الكفايه و لهم وجوه منها ظهور الاتّفاق عليه كما تبه عليه فى لك و مجمع الفائده و عزاه الى علماءنا اجمع فى كرهه و منها ما تمسّك به فى كرهه و لك و مجمع الفائده من النبوى المرسل لا يحلّ مال امرء مسلم الاّ عن طيب نفس منه و منها ما تمسّك به فى الكتب المذكوره من قضاء العقل بقبح التّصرف فى مال الغير بدون اذنه و منها ما احتج به فى مجمع الفائده من قوله (ص) الثّياس مسلّطون على اموالهم و حكى عن بعض العامه القول بجواز وضع الجذع على جدار الجار بدون اذنه و هو فى غايه الضّعف و على المختار اذا التمس وضع جذعه على حائط جاره لم يجب على الجار المالك للحائط اجابته و لكنه يستحبّ اما عدم وجوب الاجابه فقد صرح به فى الكتب المذكوره عدا الغنيه و الجامع بل هو ظاهرهما أيضا فالظاهر أنّه ممّا لا خلاف فيه بين الاصحاب بل نسبه اليهم صريحا فى مجمع الفائده و يعضده قول لك هذا عندنا موضع وفاق و يدلّ على ذلك مضافا الى ما ذكر الاصل و أنّ الاجابه لو وجبت لاشتهر قولها و فعلا لتوفّر الدّواعى عليه و التّالى باطل فالمقدم مثله و اما استحباب الاجابه فقد صرح فى يع و د و عد و كره و س و لك و مجمع الفائده و الكفايه و لهم وجوه منها ظهور الاتّفاق عليه و منها ما تمسّك به فى مجمع الفائده من العمومات الدّاله على استحباب قضاء حوائج المسلمين و منها ما استند فيه أيضا مما دلّ على الوصيّه فى حق الجار مثل ما روى من النّبىّ (ص) لا زال يوصينى جبرائيل بالجار حتّى كاد ان يظنّ ان يورث و منه ما تمسّك به فى كرهه و س و لك من النبوى المرسل المروى من طرق العامه من كان يؤمن بالله و اليوم الاخر فلا يمنعن جاره ان يضع خشبته على جداره و هو و ان كان ظاهرا فى الوجوب و لكن ينبغى حمله على تاكيد الاستحباب و قد صرح بتاكيد استحباب الاجابه هنا فى لك و الكفايه و لا باس به و

#### ينبغى التّنبه على امور

الاوّل صرح فى كرهه بانّه ليس للجار وضع جذع و لا غيره على حائط الغير

و ان كان محتاجا الى الوضع و كان الجار مستغنيا عن الحائط الا باذنه و هو جيد

### الثانى صرح فيه أيضا بان الجدار بين الملكين

اما ان يكون مختصا بمالك واحد او يكون مشتركا بين صاحبي الملكين فان كان مختصا بمالك واحد كان له التصرف فيه كيف شاء يهدمه و بيناه و غير ذلك و ليس للآخر وضع خشبه و لا جذع عليه الا باذن مالكة عند علماءنا اجمع و جميع ما ذكره من الاحكام جيد و قد صرح بعض الاجلّه بانها ممّا لا خلاف فيها

### الثالث اذا كان الجدار مشتركا

فلا يجوز وضع خشبه و لا جذع عليه الا باذن الشريك كما تبّه عليه بعض الاصحاب

منهل لو اذن مالك الجدار بوضع الخشبه و نحوها عليه جاز له الرجوع قبل وضع الخشبه و نحوها عليه

### اشاره

و قد صرح بذلك فى يع و د و كره و القواعد و مجمع الفائده بل الظاهر أنّه ممّا لا خلاف فيه بل صرح بدعوى الاجماع عليه فى يع قائلًا- و لو اذن جاز له الرجوع قبل الوضع اجماعا و يعضده اولا قول مجمع الفائده له ان يرجع عن الاذن فى وضع الخشب على جداره قبل الوضع بغير خلاف عندنا بل ما يؤدى الى خراب و تضييع شىء على الماذون له و ثانيا قول التذكرة له الرجوع متى شاء قبل الوضع مجانا قطعا و هل له الرجوع بعد الوضع و تمام البناء او لا اختلف الاصحاب فى ذلك على قولين احدهما أنّه يجوز له الرجوع أيضا و هو للشرائع و د و القواعد و لف و جامع المقاصد و لك و الكفايه و صرح بانّه المشهور بين المتأخرين و ثانيهما أنّه لا- يجوز له الرجوع ح و هو للمحكى فى الايضاح و جامع المقاصد عن الشيخ و ابن البراج و حكاه فى لك عن الشيخ و من تبعه و ربما يظهر من مجمع الفائده المصير اليه أيضا للأولين و جوه منها أنّ الرجوع كان جائزا قبل الوضع فالاصل بقائه بعده و منها ما تمسك به فى لف و كره فى الايضاح و لك من أنّ الاذن فى الوضع اعاره للجواز لذلك و العاربه من العقود الجائزه التى يجوز للمعير فسخها متى ما اراد و منها ما تمسك به فى جامع المقاصد و لك من أنّ الاصل جواز تصرف المالك فى ملكه كيف شاء لعموم قوله (ص) الناس مسلطون على اموالهم و للآخرين و جوه أيضا منها ما تبّه عليه فى لف و الايضاح و جامع المقاصد و لك من أنّ الاذن اقتضى البقاء و الدوام كالإذن فى دفن الميت فى الارض و قد يناقش فيما ذكر اولا بان الاذن و ان اقتضى الدوام لغه و لكن نمنع من اقتضائه له شرعا اذ لا ملازمه بين الامرين لا عقلا و لا شرعا و ثانيا بما تبّه عليه فى جامع المقاصد و لك قائلين و الحاقه بالدفن قياس مع الفارق فإنّ تحريم التبش ثابت هنا اتفاقا دون إخراب البناء و قد يجاب عن كلتا المناقشتين اما عن الاولى فبان الاذن اذا اقتضى هذا الدوام كان مقتضى عقد العاربه ح الدوام فيجب الوفاء به لعموم قوله تعالى أوفوا بالعقود و قد تبّه على ما ذكر فى مجمع الفائده قائلًا و يحتمل عدم الجواز و هو مذهب الشيخ لأنّ العاربه فى مثل هذا للتأييد فكأنّه قال اعرنى بحيث يكون دائما عندى ما دام الجدار و لا يكون لك الرجوع بوجه و التزام بذلك فصار لازما لأنّ المسلمون عند شروطهم و لأنّ الاصل فى العقود اللزوم و خرجت العاربه فى غير محلّ النزاع بالإجماع و نحوه و بقى

الباقى و امّا عن الثّانية فبان القياس على الدّفن ليس من القياس المستنبط العله حتّى يمنع من اعتباره بل هو من القياس بطريق الاولويّه و تقريره أنّه اذا كانت الاعاره للدّفن لا يجوز الرّجوع فيها مع انه لا يستلزم ترتب الضرر بوجه على احد لإمكان دفن الميت فى مكان آخر فيلزم ان يكون الاعاره لوضع الخشب للبناء لا يجوز فيها بطريق اولى لاستلزام الرّجوع و الضّرر الكثير على المستعير كما سيأتى اليه الاشاره و امّا الفارق المذكور فلا يصلح للفرق فى جميع الصّور اذ يمكن فرض الرّجوع عن غير استلزام للنّيش المحرم كما اذا تحقّق النّيش من حيوان او مطر او طفل او مجنون او جاهل بالموضوع او غافل و نحو ذلك فت هذا و يؤيد ما ذكرناه ما تّبّه عليه فى مجمع الفائده قائلا مع أنّ الاعاره قاضيه بأنّ مثل هذه العاريه أنّما يكون للدّوام و ان احدا لا يرتكب مثل هذه العاريه مع تجويز رجوع مالكة اذا كان مستلزما للخراب كما فى العاريه للدّفن و لا ينفع الفرق بأنّ النّيش حرام و أنّه قياس لما تقدّم و لأنّ الغرض التّمثيل و التّأييد على أنّه قد يق به لظهور العله المشتركه و يدفع الفرق

ص: ٣٧٨

بأنّه على تقدير جواز الرّجوع لا يكون النّيش حراما بل يكون هذه من الصّور المستثنيات الكثيره و منها ما تّبّه عليه فى الايضاح و س و لك و مجمع الفائده من أنّ جواز الرّجوع يستلزم قلع بناء ملك المستعير و تخريبه و هو ضرر عظيم و هو منفى شرعا بقوله لا- ضرر و لا ضرار فلا يجوز الرّجوع و قد يناقش فيما ذكر اولا بما تّبّه عليه فى لف قائلا و الضّرر ينتفى بدفع الارش اذا التّيبب فيه الاذن و المباشر ضعيف بالا-ذن فكان ضامنا للأرش و فيه نظر لأنّ الارش قد لا يتمكن من تحصيله امّا الاعسار من يجب دفعه او لكونه مماطلا قويا لا يقدر عليه او لغير ذلك سلّمنا أنّه باذل بسهولة و لكن قد لا يكون الارش جابرا للمضار الّتى تحمله البانى من صرف الاوقات و الاموال و تحمل الكدورات العظيمة و قد تّبّه على ما ذكر فى مجمع الفائده بقوله و لأنّ الرّجوع يستلزم للضرر و لا اضرار فى الإسلام و لا ينجر بالارش اذ قد يكون بحيث لو لم يعر الخشب كان يسهل عليه تحصيل غيرها بحيث يبقى دائما و قد يتخيل بقاءه دائما و ح يخرب ملكه و قد لا يوجد من يبنى و يكون الخروج زائدا على الاول بكثير و لا- يعارضه أنّ المنع أيضا ضرر على مالكة الخشب لأنّه فعله بنفسه من غير اجباره و ثانيا بأنّه معارض بالمثل لأنّ عدم جواز الرّجوع يستلزم منع المالك من التّصرف فى ملكه و هو ضرر و قد يزيد عليه ضرر عظيم اخر باعتبار الحوادث المتجدده و الامور المختلفه و ثالثا بان المستعير هو الّذى ادخل الضّرر على نفسه و اقدم عليه لعلمه بان الاذن هنا عاريه و العاريه يجوز الرّجوع فيها و ان فرض أنّه جاهل فكك لتركه الاحتياط فت و تّبّه على ما ذكر فى الايضاح قائلا- فى مقام الاحتجاج على القول الاول و العاريه غير لازمه و التفريط منه و رابعا بأنّه معارض بعموم قوله (ص) النّاس مسلّطون على اموالهم تعارض العمومين من وجه كما لا يخفى و الازم ترجيح هذا العموم امّا اولا فلاعتضاده بالاصل المتقدّم اليه و امّا ثانيا فلاعتضاده بما دلّ على أنّ الاصل فى العاريه جواز الرّجوع و امّا ثالثا فلاعتضاده بالشّهره و امّا رابعا فلاعتضاده باغلبه ترجيح هذا العموم على عموم نفى الضّرر فإنّهم جوزوا للمالك ان يتصرف فى ملكه انحاء التصرفات المشروعه و ان تضرر جاره او غيره بها لا يقال عموم قوله تعالى أوّفوا بالعقود يرجح عموم نفى الضرر لأننا نقول ما ذكرناه من وجوه الترجيح اولى مع أنّ عموم الامر بالوفاء بالعقود معارض هنا بعموم قوله تعالى إلا أن تكون تجارة عن تراضٍ و قوله تعالى على الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ و قوله (ع) لا يحلّ مال امرء مسلم الا عن طيب نفسه فت و أيضا العموم المذكور لا يشمل محلّ البحث اذ للمعير الرّجوع قبل وضع الخشب على الجدار فلا يجب الوفاء و هذا العقد من العاريه فيخرج من هذا العموم و اذا خرج منه فلا يدخل فيه ثانيا بعد وضع الخشب و قد تّبّه على مثل هذا والدى العلّامة قدّس سرّه امورا عديده و لكن لى فيه نظر فتدبّر و كيف كان فالاقرب هو القول الاول من جواز الرّجوع و



### الاول اذا رجع المعير بعد الوضع فهل يلزمه دفع الارش الى المستعير

باعتبار تخريب بنائه او لا بل يرجع مجانا ولا يستحق المستعير منه شيئا فيه احتمالان احدهما انه يجب على المعير دفع الارش الى المستعير وقد صار اليه في بيع والتذكروه و د و عد و لف و مجمع الفائدة و لك و ثانيهما انه لا يجب ذلك على المعير بل يرجع مجانا وقد صار اليه في مجمع الفائدة على تقدير القول بجواز الرجوع ولم يرجح في الايضاح و س و الكفايه شيئا من الاحتمالين مع اشارتهم اليهما نعم صرح في الاخير بان الاول احوط للقول الاول وجوه منها ما تبه عليه في لك و جامع المقاصد من ان في دفع الارش جمعا بين الحقيين فيجب وفيه نظر ومنها ما تبه عليه في الكتابين أيضا من ان البناء المذكور بناء محترم صدر بالاذن فلا يجوز قلعه الا بعد ضمان نقصه وفيه نظر ومنها ما تبه عليه في الكتابين و لف من ان السبب في الاتلاف هو المعير لإذنه و المباشر ضعيف لأنه بالامر الشرعي وفيه نظر ومنها انه يتضرر المستعير اذا لم يدفع اليه المعير الارش و الاصل عدم الضرر لعموم قوله (ص) لا ضرر ولا اضرار وفيه نظر لما تقدم اليه الاشاره و للقول الثاني وجوه منها ما تبه عليه في لك من ان الاصل براءة ذمه المالك من ثبوت مال لغيره و على تخلص ملكه منه و منها ما تبه عليه في الايضاح و جامع المقاصد و لك من ان اذن المعير انما افاد العاريه و من خواص العاريه الرجوع متى اراد و عدم ترتب الضمان عليه وفيه نظر و منها انه لو وجب على المعير دفع الارش لاشتهر بل و تواتر لعموم البلوى به و التالي باطل و منها ان الارش المدفوع ليس من التجاره فلا يجوز اكله لعموم قوله تعالى لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض و المسأله في غايه الاشكال فلا ينبغي فيها ترك الاحتياط و هو يحصل بمراعات القول الاول و لكن الثاني في غايه القوه

### الثاني لو قلنا بالارش فهل هو عوض ما نقص من الالات بالهدم

او تفاوت ما بين العامر و الخراب فيه احتمالان اشار اليهما و الى وجههما في لك قائلا على تقدير ثبوت الارش فهل هو عوض ما نقصت آلات الوضع بالهدم او تفاوت ما بين العامر و الخراب وجهان مبناهما على ان البناء اذا كان محترما فهو بهيئه حق لبانيه فيكون جبره بتفاوت ما بين كونه عامرا و خرابا لأن ذلك هو نقص المالیه و من ان نقص هذه المالیه مستند الى ملك الى صاحب الجدار فلا يضمه انما يضمن نقصان مال الغير الذي كان سبب اتلافه فواته و الاول اقوى لأن جميعه مال اللواضع غايته كونه موضوعا على ملك الغير و ذلك الملك انما اثر جواز النقص لا المشاركه في المالیه و قد صار الى ما ذهب اليه في جامع المقاصد و في س اشار الى الاحتمالين من غير ترجيح و كذا اشار اليهما في مجمع الفائدة و لكنه اختار احتمالا اخر غيرهما قائلا و يحتمل ثالثا و هو جميع ما اخرجه المالك في المهودوم بسبب اخذ الخشب بعد وضع قيمه الالات الموجوده منه فيدخل فيه اجره الاكار و غيرها و هو الاظهر و يحتمل حمل الثاني عليه بتكلف فت و هذا الاحتمال الذي تبه عليه احوط بلا ريب بل هو في غايه القوه

### الثالث اذا اتفقا على ابقائه بالاجر

فلا اشكال فى جوازه كما صرّح به فى لك و تبه عليه فى التذكره

### الزابع لو انهدم البناء المادون فيه لا باعتبار الرجوع فى الاذن

بل باعتبار اخر و اريد تجديده فهل يتوقّف على تجديد الاذن بالوضع على جدار الغير ثانيا او لا بل يكفى الاذن السابق المعتمد هو الاوّل و قد صرّح به فى الغنيه و الشرائع و د و عد و التذكره و لف و الجامع و س و جامع المقاصد و لك و مجمع الفائده و لهم وجوه منها ظهور الاتفاق على ذلك فى الجمله كما تبه عليه فى التذكره و منها ما تبه عليه فى الغنيه من ان جواز اعارته يفتقر الى دليل و الاصل ان لا- يجوز الّا باذن جديد و ليس الاذن فى الاوّل اذنا فى الثانى و توضيح ما ذكره ان الاصل عدم جواز التصرف

ص: ٣٧٩

فى ملك الغير الا- باذنه لعموم قوله (ص) لا- يحلّ مال امرء مسلم الا- بطيب نفس منه فيلزم الاقتصار على الوضع الاوّل لكونه مأذونا فيه قطعا و لا يجوز الثانى الا باذن مجدد لعدم شمول الاذن له و عدم دلالة بشىء من الدلالات الثلث و قد تبه على ما ذكر فى التذكره و جامع المقاصد و لك و مجمع الفائده و منها ما تمسك به فى لف قائلا لنا انها عاربه و للمالك الرجوع فيها خصوصا اذا لم يتضرر المستعير و لا ضرر هنا لأنّ ازاله الجذوع كان سائغا و قد تبه على ما ذكره فى لك أيضا و فيه نظرت و لا فرق فى ذلك بين ان يعيد البناء بالته الاولى او باله جديده غيرها كما صرّح فى كره و لف و س و لك و هو ظ اطلاق الغنيه و الشرائع و د و القواعد و الجامع و جامع المقاصد بل صرّح فى مجمع الفائده بدعوى الشّهره عليه و حكى فى لف و لك عن الشيخ خلاف ذلك قائلين قال الشيخ فى ط ان اعاده بتلك الآله لم يكن له منعه س و السقف عليه ردّ الخشب و ان اعاده بغير تلك الآله كان له منعه و هذا القول الذى حكيناه عن الشّرخ من كونه مخالفا للاحتياط ضعيف اما و لا فلما تقدّم اليه الاشاره من ان الاذن بالوضع فى الاوّل لا يدلّ على ثبوته فى الثانى من غير فرق بين الصّورتين كما لا يخفى و اما ثانيا فلان العلامه فى كره تبه على عدم الخلاف من الاماميه قائلا فانّ رفع صاحب الجذوع جذوعه لم يكن له اعادتها الّا باذن جديد لان الاذن الاوّل زال بزواله و كذا الوضع اذن فى وضع روشن على حائطه او جناح او ساباط و هو احد قولى الشّافعيه و الثانى انّ له الوضع عملا باستصحاب الاذن الاول و كذا لو سقطت الجذوع او الرّوشن او الساباط او الجناح بنفسه و لو سقط الجدار فبناه صاحبه بتلك الآله فكك لأنّ الاذن الاوّل لا يتناول الاخر و للشّافعيه وجهان و لو بناه بغير تلك الآله لم يعد الوضع الّا باذن جديد عندنا و عند الشّافعيه قولا واحدا و يؤيد ما ذكره ما تبه عليه فى لك قائلا بعد الاشاره الى قول الشّرخ و كثير من الاصحاب لم يذكروا هنا خلافا و يمكن ان يكون سببه ان الشّرخ كان ذكر اولاً فى الكتاب انه لو انهدم الحائط او هدمه المستعير لم يكن له الاعاره الّا باذن مستأنف و لم يتردّد فى ذلك فاطرحوا قوله الاخر و هو قول بعض الشّافعيه كما انّ القول الاخر لهم فجمع الشّرخ بين الحكمين المختلفين عن قرب و لا- فرق فيما ذكرناه بين كون الموضوع بالاذن خشبا او جناحا او روشنا او ساباطا او غير ذلك كما تبه عليه فى كره و لو فرض دلالة الاذن اولاً على الاذن فى التجديد بعموم و اطلاق او خصوص و بمطابقه او تضمّن او التزام لم يفتقر ح الى تجديد الاذن و الظاهر خروج ما ذكر عن اطلاق كلام الاصحاب

منهل لو صالح من يريد وضع الخشب على الجدار مالكة جاز و صح

وقد صرح بذلك في يع و د و القواعد و كره و س و جامع المقاصد و لك و مجمع الفائدة و لهم وجهان أحدهما ظهور الاتفاق عليه كما يستفاد من الكتب المذكورة و ثانيهما ما تبّه عليه في مجمع الفائدة و غيره من عموم أدلّه الصّليح و اشترط جماعه في ذلك أمور الأوّل ذكر عدد الخشب و قد صرح بخصوص هذا في يع و القواعد و تبّه عليه في د و مجمع الفائدة بقولهما يشترط تعيين الخشب الثّاني ذكر وزن الخشب و قد صرح بخصوص هذا في يع و د و القواعد و مجمع الفائدة الثّالث ذكر طول الخشب قد صرح بخصوص هذا في الارشاد الرّابع تعيين المده و قد صرح بخصوص هذا في عد و لك و مجمع الفائدة الخامس تعيين المحلّ الذي يوضع عليه طولاً و عرضاً و عمقاً و قد صرح بخصوص هذا في مجمع الفائدة و لهم على ما ذكره من الشّروط ما تبّه عليه في مجمع الفائدة بقوله وجهه دفع الجهاله و الغرر كما اعتبر في غيره و ربما اشار الى هذا في لك بقوله أنّما اعتبر ذلك الطّول مع الوزن لاختلاف ضرر الحائط به باختلافه في الطّول و ان اتّفق وزنه و

### ينبغي التنبيه على أمور

#### الأوّل صرح في س و لك بأنّ الضّابط حيث لا مشاهدته الوصف

بما يرفع الجهاله و هو جيّد على القول بفرعيّه الصّليح للبيع و الاجاره كما ذهب اليه بعض الاصحاب و كذا على القول باستقلاله و لكن مع اشتراط صحّته بعدم الجهاله و امّا على القول بعدم اشتراط رفع الجهاله فيها مط و لو مع التمكن منه كما هو التّحقيق فلا و كيف كان فلا اشكال في أنّ ما ذكره احوط فلا ينبغي تركه

#### الثّاني صرح في جامع المقاصد و لك بأنّه لو كانت الالات مشاهدته

استغنى عن اعتبارها و قد تبّه على ما ذكره في س و مجمع الفائدة و حكى عن كره و هو جيّد

#### الثّالث صرح في جامع المقاصد و لك بأنّه لو وقع الصّليح بعد البناء

فلا يعتبر ح الا تعيين المده قائلين لصيروره الباقي معلوما بخلاف ما اذا لم يبين لتفاوت الضّرر تفاوتاً عظيماً و لا ضابط يرجع اليه عند الاطلاق و هذا في الخشب اما في الاجر و اللبن في الحائط فيكفي فيهما العاده و حكى هذا في الأوّل عن كره و زاد الثّاني قائلاً نعم لو كان الصّليح على البناء على حائطه زايده عليه افتقر الى ذكر الطول و سمك اللّبن لاختلاف ضرره باختلافهما

#### الرّابع صرح في كره بأنّه لو صالحه على الوضع الجناح

او الرّوشن او السّباط على حائطه جاز و هو جيّد

## الخامس صرح في س و لك بأنه لو كان الحائط وقوفا على مصالح عامه

بحيث لا يكون لها مالك على الخصوص كالمسجد و شبهه لم يجز لأحد البناء عليه و لا الوضع بغير اذن الحاكم قطعاً و ليس له الاذن بغير عوض و في جوازه به و لا ضرر على الموقوف نظرا الى المصلحه بقاعده العوض و عدمه لأنه تصرف في الوقف بغير موضعه و جهان و زاد في الثاني قائلا و لأنه يثمر شبهه على تطاول الازمان ثم صرحا بأن الاخير و هو عدم الجواز اقوى و اجود و فيه نظر فإن العمومات الداله على صحه الصلح المتقدم اليها الاشاره مرارا تفيد الجواز و هي سليمة عن المعارض فإن الوجهين اللذين ذكراهما لا يصلحان للمعارضه اما الاول فللمنع من كليه الكبرى و اما الثاني فللمنع من كلتا المقدمتين فاذا احتمال الجواز في غايه القوه و لكن الاحوط الترك

**منهل اذا تداعيا جدارا بين داريهما مط اعنى غير مقيد بوجه يوجب كونه لأحدهما و لا يبينه لأحدهما**

### اشاره

فمن خلف عليه مع نكول الاخر قضى له و ان خلفا او نكلا قضى بينهما و قد صرح بجميع ذلك في المبسوط و يع و د و عد و كره و لف و الايضاح و اللমে و جامع المقاصد و لك و ضه و الكفايه و صرح بالاخير في الجامع و مجمع الفائده و لهم و جهان احدهما ظهور الاتفاق عليه كما يستفاد من الكتب المذكوره لعدم اشارتها الى خلاف و لا اشكال في ذلك بل صرح في لك بوضوح جميع ذلك و لا ينافى ما ذكر أنه حكى في الايضاح و لف عن المبسوط انه صرح بعد الاشاره الى التفصيل المذكور بأنه ان استعملت القرعه على ما روى في الامور المشكله من هذه المسائل كان قويا و ذلك لاحتمال أنه اراد التقويه بحسب الاصول و القواعد و ان لم يجر الفتوى به و لعله لذا لم يحك المعظم عنه الخلاف في المسأله مع

ص: ٣٨٠

انه افتى اولاً- بما عليه المعظم فت و ثانيهما ما نبه عليه في كره بقوله قسم الجدار بينهما لأنه لا اولويه في الحكم لأحدهما دون الاخر و صرح في لف و الايضاح بانه لا قرعه هنا مع ثبوت اليد و

**ينبغي التنبيه على امور**

**الاول لا فرق في ذلك بين ان يكون لكل منهما عليه يد او لا**

صرح به في لك و هو ظ اطلاق ما عداه من الكتب المتقدمه

**الثاني الظاهر أنه يلحق بالدار غيرها**

من الاملاك

## الثالث اذا اقام احدهما بينه فيحكم به لمن اقامها

كما صرح به في القواعد و كره و جامع المقاصد و لك و هو ظ المبسوط و يع و د و الجامع

### الزابع تبه في كره الى كيفيه الحلف هنا

قائلا- و ان لم يكن لأحدهما بينه حلف كل واحد منهما للآخر على النصف الذي في يده و حكم به لهما و كذا ان نكلا معا عملا بظاهر اليد و ان حلف احدهما و نكل الآخر اعدنا اليمين على الحالف في النصف الذي في يد صاحبه فان حلف قضى له بالجميع و ان نكل و نكل الآخر فهو لهما هذا اذا احلفنا كل واحد منهما على النصف الذي في يده و للشافعي في الحلف وجهان احدهما ان كل واحد منهما يحلف على النصف الذي سلم له و هو اظهر وجهيه و الثاني انه يحلف كل واحد منهما على الجميع أيضا فان حلف الآخر على الجميع قسم الجدار بينهما لأنه لا اولويه في الحكم لأحدهما دون الآخر فان نكل الآخر بعد ان حلف الاول على الجميع حكم للحالف به من غير يمين اخرى و لو حلف الثاني على النصف بعد ان حلف الاول على الجميع و التماس الحاكم من الثاني ان يحلف على الجميع أيضا احتمال عدم الاعتداد بهذه اليمين حيث انه حلف على ما لم يحلفه الحاكم عليه و الاعتداد حيث ان طلب الحلف على الجميع يستلزم طلب الحلف على ابعاضه فان قلنا يعتد بها كان النصف بينهما مع احتمال انه للثاني خاصه و ان التمس الحاكم من الثاني الحلف على الجميع فقال انا لا- احلف الا- على النصف كان في الحقيقه مدعيا للنصف

### منهل اذا تداعيا جدارا بين داريهما و كان متصلا ببناء احدهما فهل القول قوله مع فقد البيئه او لا

#### اشاره

صرح بالاول في يع و د و القواعد و لف و كره و س و اللمعه و الجامع و جامع المقاصد و ضه و لك و مجمع الفائده و الكفايه و حكاه في لف عن المبسوط الا انه صرح اخيرا بانه اذا استعملت القرعه على ما روى في الامور المشكله من هذه المسائل كان قويا و قد يناقش فيه اولا بانه مخالف لمذهب المعظم بل لا يبعد دعوى ظهور الاتفاق عليه فان الظاهر موافقه الشيخ للمعظم و ان قوى احتمال القرعه سلمنا مخالفه الشيخ و لكنه شاذ و لم نجد له موافقا فلا يمكن المصير اليه فت و ثانيا بانه معارض بما احتج به في لك على قول المعظم و تبه عليه في س و جامع المقاصد من ان من يكون بنائه متصلا يصير بذلك صاحب يد فيلزم تقديم قوله و لعله الى هذا اشار في كره بقوله لأن ذلك ظ يشهد له و عندى في هذا الوجه نظر و لكن ما عليه المعظم هو الاقرب و

#### ينبغي التنبيه على امور

### الاول انما يقدم قوله بيمينه لا مط

كما صرّح به في المبسوط و يع و عد و كره و الجامع و اللمعه و س و جامع المقاصد و لك و الكفايه بل الظاهر أنّه ممّا لا خلاف فيه

### الثاني اذا كان لخصمه بينه على صحّه دعواه

قدّم قوله كما تبّه عليه في عد و الجامع و س و جامع المقاصد و لك بل الظاهر أنّه ممّا لا خلاف فيه

### الثالث أطلق في يع و د و عد و اللمعه و الجامع الاتصال

و لكن صرح في س و جامع المقاصد و ضه و لك و مجمع الفائده و الكفايه بان المراد به الاتصال على وجه التوصيف و هو تداخل الاحجار على وجه يبعد كونه محدثا بعد وضع الحائط و ربما اشار الى هذا في ط و كره بقولهما ان كان متصلا ببناء احدهما اتصالا لا يمكن احداثه بعد البناء قدم قوله

### الرابع اذا كان الجدار المتنازع فيه متصلا ببناء كل منهما

فحكمه حكم الجدار الذي لم يتصل ببناء احدهما و قد تقدّم اليه الاشاره و قد تبّه على ما ذكرناه في التذكرة و القواعد و اللمعه و س و جامع المقاصد و لك و ضه و مجمع الفائده و الكفايه بل الظاهر أنّه ممّا لا خلاف فيه و هل لزياده الاتصال و كثرته تاثير في الحكم او لا فيه اشكال و لم اجد احدا تبّه على ما ذكر

### منهل إذا تداعيا جدارا بين داريهما و كان لأحدهما عليه جذع فهل يحكم به لصاحب الجذع و يكون القول قوله او لا

#### اشاره

فلا يكون لوضع الجذع على الجدار اعتبار اصلا اختلف الاصحاب في ذلك على قولين الاول انّ القول قول صاحب الجذع و يقضى بالجدار له و هو للشرائع و عد و لف و كره و الجامع و س و اللمعه و ضه و حكاه في لف عن والده و في غيره عن ابن ادريس و صرّح في الكفايه بأنّه الاشهر الثاني انّ وضع الجذع على الجدار لا يكون سببا للتّرجيح و هو للمحكى في لف عن الخلاف و المبسوط للقول الاول و جوه منها ما تمسّك به في لف قائلا لنا أنّه متصرّف فيه و له عليه بدون يد الاخر فيحكم مع عدم البينه له بعد اليمين و تبّه على هذا في كره بقوله و الوجه عندى الحكم به لصاحب الجذوع لما تقدّم من دلاله الاختصاص بالتّصرف على الاختصاص بالملكيه و قد يناقش اولا- فيما ذكره بأنّه أنّما يتّجه في بعض صور المسأله و هو ما اذا ثبت كونه الواضع للجذع على الجدار و هو صاحب الجذع او من امره بالوضع و اما اذا لم يثبت ذلك و احتمال كون الواضع غيره او علم به فلا- فالدليل اخصّ من المدعى أنّا ان يجاب بأنّه اذا تم الدليل في بعض صور المسأله لزم الحاق المشكوك به و ان لم يجز الدليل فيه لظهور عدم القائل بالفصل بين الصّور كما لا يخفى و ثانيا بانّ وضع صاحب الجذع جذعه على الجدار و ان كان تصرّفا فيه و لكن لا نسلم انّ هذا التّصرف دليل على الملكيه و ذلك اّمّا لأنّ كون التّصرف دليلا على الملكيه خلاف الاصل

حيث لم يقد القطع بها فيلزم الاقتصار فيه على موضع الوفاق لعدم وجود ما يدل من الشّرع بعمومه او اطلاقه او تصريحه على ان كل تصرف دليل الملك شرعا و من الظاهر ان محل البحث ليس من محل الوفاق لما عرفت من المخالف الا ان يجب عنه بان كون الاصل في التصرف افاده الملك متفق عليه و معمول به في اكثر الموارد و الخلاف هنا ليس مبتئا على منع الاصل المذكور بل على وجود المخصّص له و حيث لم يثبت لنا لزوم دفعه بالاصل و الاخذ بما ذكرناه من الاصل و مع هذا فالمخالف شاذ فلا عبره به فت و لان التصرف الذي يفيد الملكيه هو الذي لم يقترن بما يدل على عدمها من الاقرار و نحوه و هو هنا غير معلوم لاحتمال كون التصرف المفروض حين وجوده قرنا بما يدل على عدم الملكيه و عدم العلم بالاقتران حين الدعوى لا يستلزم عدمه حين الوجود و اصاله عدمه معارضه باصاله عدم الحكم بالاخص بالاختصاص بالتصرف المذكور الا ان يرجح الاول بالشهره العظيمه و ثالثا بان التصرف المفروض و ان سلم دلالتة على الملكيه و لكنّه معارض بما يدل على اشتراك المتداعيين في الجدار و هو كونه بين داريهما الظاهر في أنّه في ايديهما كما تبّه عليه الشّيخ فيما حكى عنه الا ان يجب بالمنع من دلاله ما ذكر على الاشتراك كما تبّه عليه بعض الاصحاب و سيأتي اليه الاشاره و منها ما تبّه عليه في كره قائله و لأنهما لو تنازعا في الحائط و ثبت بالبيّنه لأحدهما حكم بالاساس له لأنّه

ص: ٣٨١

صار صاحب يد فيه فاذا قضى الجدار على الاساس الترجيح في الاساس و جب ان يقضى الجذوع على الجدار الترجيح في الجدار و فيما ذكره نظر و منها أنّه لو حكم بكون الجدار لغير صاحب الجذوع لوجب على صاحبه رفعه حيث يأمره به صاحب المنازع له و التالى باطل فالمقدم مثله اما الملازمه فظاهره و اما بطلان التالى فلان الاصل براءه الدّمه من وجوب ذلك فت و منها الشّهرة العظيمه التي لا يبعد معها دعوى شذوذ المخالف بل الظاهر اتفاق من عداه من سائر الاصحاب على خلافه فت و للقول الثاني وجوه أيضا منها الاصل و قد يجب عنه باندفاعه بدليل القول الاول و منها عموم قوله (ص) القرعه لكل امر مشكل و قد يجب عنه بلزوم تخصيصه بدليل القول الاول او يقال معه يرتفع الاشكال فيرتفع التعارض بينهما فت و منها ما تبّه عليه في لف قائله احتج الشيخ بقوله (ص) البيّنه على المدعى و اليمين على المدعى عليه و لم يفرق و فيه نظر كما تبّه عليه في لف قائله الجواب انا نقول بموجب الحديث فان اليمين هنا على المدعى عليه و هو صاحب الجذوع لأنّه متصرف و ذو يد فالقول قوله مع اليمين و على الاخر البيّنه لأنه مدعى و خارج و منها ما تبّه عليه في لف قائله احتج الشيخ بانّ هذا الحائط قبل طرحه الجذوع كان بينهما نصفين بلا خلاف من قال بطرح الجذوع بغير الحكم فعليه الدلاله بل يقال لصاحب الجذوع اقم البيّنه على أنّك وضعت هذه الجذوع فيه بحق فان اقامها و الا كان على حالها قبل وضعها فيه و أيضا فان وضع الجذوع يجوز ان يكون عاريه لان في الناس من يوجب اعاره ذلك و هو مالك فأنّه قال يجير على ذلك لقوله (ص) لا يمنعن احدكم اجاره من ان يضع خشبته على جداره و فيه نظر كما تبّه عليه في لف قائله الجواب انّ التّصنيف ثابت مع عدم التصرف لتساوي نسبتها اليه كما لو تداعيا عينا في يدهما او في يد ثالث لا يعترف لأحدهما فأنهما متساويان في الدعوى لعدم اليد او لثبوتها لهما اما في صورته النزاع فان يد احدهما ثابتة عليه فكان قوله مقدّما و الاصل وضع الجذوع بحق فلا يطالب صاحبها باقامه البيّنه على ذلك الا ان يثبت الاخر دعواه و الاصل عدم العاريه و التّخريج على المذهب الفاسد فاسد و منها ما حكاه في س و لك عن الشّيخ قائلين القول بعدم القضاء بذلك للشّيخ محتجا بان كون الجدار بين الدارين دلاله ظاهره على أنّه في ايديهما و وضع الجذوع اختصاص بمزيد انتفاع كاختصاص حد الساكنين بزياده الامتعه و ضعفه في الثاني بمنع دلاله كون بينهما على أنّه في ايديهما اذا لم ينضم اليه

تصرّف بوجه من الوجوه السابقه و ح فوضع الجذع يفيد اليد للواضع و يبقى الاخر خاليا او يكون حكم الجذع حكم ما سلف من المرجحات و لو جامعها اعتبرنا ما فضلناه فاذن الاقرب هو القول الاوّل و ان كانت المسأله لا تخلو عن اشكال و

### ينبغي التنبه على امور

#### الاول لا فرق في الجذع بين المتحد و المتعدّد

كما صرح به في الكفايه و حكي عن الخلاف و ط و هو ظ القواعد و اللّمعه و س و ضه و ربما يستفاد من يع و لف و الجامع اختصاص الحكم بالاخير لاقتصارهما على الجذوع و هو ضعيف بل المعتمد هو الاوّل و قد صار اليه في كره قائلًا لا فرق بين الجذع الواحد و ما زاد عليه عند عامه اهل العلم في الدلاله على الاختصاص و المنع منها و رجح مالك بالجذع الواحد كقولنا و فرق ابو حنيفه بين الجذع الواحد و الجذعين فما زاد فرجح بما زاد عن الواحد لأنّ الحائظ بنى لوضع الجذوع عليه فيرجح بها الدعوى كبناء الازج بخلاف الجذع الواحد لأنّ الحائظ لا يبني له في العاده و هو ممنوع لأنّ الوضع تبع الحاجه و قد تدعو الى وضع الواحد و أنّما استدللنا باختصاص التصرف و هو ثابت في الواحد كثبوتة في الازيد

#### الثاني أنّما يحكم على المختار لصاحب الجذوع يمينه لا مط

و قد ثبّه عليه في يع و لف و الجامع و س و ضه و الكفايه بل الظاهر أنّه مما لا خلاف فيه

#### الثالث اذا اقام غير صاحب الجذوع البيّنه على صدق دعواه

قبل و كان القول قوله ح كما صرّح به في لف و نبه عليه في الجامع و س بل الظاهر أنّه ممّا لا خلاف فيه

#### الرابع اذا حصل الظنّ بكذب صاحب الجذوع بسبب من الاسباب الخارجيه

فهل يقدم قوله ح أيضا او لا فيه اشكال من اطلاق كلام الاصحاب القائلين بتقديم قوله و من الاصل و امكان دعوى انصراف الاطلاق الى غير الصوره و فيه نظر بل الاحتمال الاوّل في غايه القوّه

#### الخامس اذا كان لأحدهما على الجدار المتنازع فيه قبه

او غرفه او ستره فالقول قوله مع يمينه مع فقد البيّنه كما اذا كان له عليه جذع و قد صرّح بذلك في القواعد و الجامع و س و ضه و لك و جامع المقاصد و مجمع الفائده و الكفايه و احتجّ عليه فيها و في ضه و لك بأنّه يصير بجميع ذلك صاحب يد و قد ثبّه عليه في س و كذا ثبّه عليه في كره قائلًا اذا لم يكن الحائظ متصلا ببناء احدهما او كان متصلا بهما معا و كان لأحدهما عليه بناء



كحائط مبنى عليه و يعتمد عليه و تداعياه حكم به لصاحب البناء لأنّ وضع البناء عليه بمنزله اليد الثابته عليه و هو نوع من التصرف فيه فاشبه الحمل على الدّابة و الزرع فى الارض و لأنّ الظاهر أنّ الانسان لا يمكن غيره من البناء على حائطه و كذا لو كانت له ستره على الحائط قضاء للتصرف الدّال بالظاهر على الملك

### السادس اذا كان الجدار فى ارض احدهما

فصرّح فى لك بأنّه يقبل قوله و فيه اشكال و لكنّه لا يخ عن قوّه و كيف كان فمراعات الاحتياط اولى

### السابع اذا تعارضت المرجّحات المذكوره

كما اذا كان لأحدهما جذوع على الجدار و كان هو متصلا بجدار الاخر اتصال و صف ففيه احتمالات احدها تقديم قول من يكون وجوه التّرجيح مع اكثر و لم اجد به قائلًا و ثانيها استعمال القرعه و ثالثها أنّه يقسم الجدار بينهما لو لم نکلا عن الحلف او حلفا معا و قد ذهب فى لك قائلًا لو كان لأحدهما واحده و الباقي مع الاخر فاليد لهما اذ لا اثر لزياده اليد فى التّرجيح فيحلفان و يقسم بينهما كما يقسم لو نکلا و صار اليه فى ضه أيضا و فيما ذكره نظر بل احتمال التّرجيح بكثره المرجحات فى غايه القوه نعم ان تساوت كان ما ذكره جيّدا

### الثامن لا يرجّح دعوى احدهما بالخوارج

الّتى فى الحيطان كما صرح به فى يع و د و عد و كره و اللّمعه و جامع المقاصد و لك و ضه و مجمع الفائده و الكفايه و لهم وجهان احدهما ظهور الاتّفاق عليه و ثانيهما ما تمسّك به فى لك و ضه من امكان احداثها من جهه واضعها من غير شعور صاحب الجدار و تبّه عليه فى مجمع الفائده بقوله فأنّه قد يحصل هذا فى ملك الغير كثيرا باذنه و غيره فت فيه و فسرت الخوارج فى كره و عد و جامع المقاصد و لك و ضه و مجمع الفائده بكلما خرج عن وجه الحائط من نقش و وتد و رف و النقوش و الكتابات المتخذة فى ظ الجدران بلبنات او بجص او اجر او خشب و صرّح فى س بأنّه لا عبره بالكتابه و التزريق كما لا يرجّح دعوى بالخوارج كك لا ترجّح بالدواخل و قد نص عليه فى كره و عد و جامع المقاصد و لك و الكفايه و صرّح فى الاوّل بأنّها عبارته عن الطّاقات و المحاريب

ص: ٣٨٢

التي فى باطن الجدار و عدّ منها فى لك و الكفايه و الطّاقات أيضا و زاد فى الكفايه فعد منها الرّوازن و قد صرّح بانها لا توجب التّرجيح فى يع و د و القواعد و س و لك و ضه و مجمع الفائده و احتجّ عليه فى ضه و لك بامكان احداثها من جهه واضعها من غير شعور الاخر و تبّه عليه فى مجمع الفائده بقوله فأنّه قد يحصل هذا فى ملك الغير كثيرا باذنه و غيره و صرّح فى عد بانّ الشباييك لا يفيد التّرجيح

## التاسع صرح في الارشاد بعد الاشاره الى عدم العبره بالخوارج

بأنه يحكم في هذه الصور مع عدم البيئه لمن حلف و بأنه لو حلفا او نكلا فهو لهما و هو جيد و قد صرح به في مجمع الفائده و قد احتمل فيه القرعه و لكن زيفه قائلا و تحمل القرعه و كان الاوّل اعدل لعدم اشكال عند الفقيه لإمكان قطع نزاعهم بالشركه من غير لزوم محذور و القرعه أنّما تكون فيما اشكل عنده فت

## العاشر صرح في كره بان كل من قضى له بالحائظ انا بالبينه او اليمين

او بشاهد الحال فأنه يحكم بالارش الذي تحته و هو جيد و تبه عليه في س أيضا

## الحادي عشر صرح في كره بأنه لو كان الازج مبنيا على رأس الجدار يرجح به

لأنه تصرّف من صاحبه في الجدار فيقضى له بملكيتته

## الثاني عشر صرح في س بأنه لو بنى الجدار على جذع داخل طرفه في بناء احدهما

ففي الترجيح به نظر من انه كان كالأس او كالجذء ثم صرح بأنه لو اتّفقا على ملكيه الجذع لصاحب الجدار المولج فيه فاحتمال اختصاصه قوى

## الثالث عشر لم اجد احدا من الاصحاب

تبه هنا على اعتبار قول اهل الخبره

## الرابع عشر صرح في س بان المستاه و البئر

بين الملكين حكم الجدار

منهل لو اختلفا في خصّ فهل يقضى به لمن اليه معاهد القمط او لا

## اشاره

اختلف الاصحاب في ذلك على قولين الاوّل انه يقضى به لمن اليه معاهد القمط و هو للتّهايه و الغنيه و يع و كره و اللّمعه و جامع المقاصد و مجمع الفائده و ض و صرح فيه و في س و التنقيح و ضه و مجمع الفائده كما عن لك بأنه المشهور بين

الاصحاب الثاني أنه لا يقضى بذلك بل يكون حكمه حكم الجدار بين اثنين و هو للإيضاح و المحكى فى ض عن الصيمرى و فى التنقيح عن السعيد بل حكاه عن المتأخرين فى المهذب البارع قائلًا و الذى عليه المتأخرون انه لا ترجيح بذلك بل يكون حكمه حكم الجدار بين اثنين و لم يرجح شيئًا من القولين فى القواعد و الجامع و س و التنقيح و المهذب البارع و لك و ضه و فى النافع افتى اولًا- بما عليه الا- كثر الا- أنه ناقش اخيرا فى مستندهم بحيث يظهر منه التوقف للأولين وجوه منها ما تبه عليه فى النهايه و فع و كره و الايضاح و التنقيح و المهذب البارع و جامع المقاصد و لك و غيرها من الروايه التى رواها فى الفقيه باسناده عن عمرو بن شمر عن جابر عن ابى جعفر عن ابيه عن جده عليهم السلام عن على صلوات الله و سلامه انه قضى فى رجلين اختصما فى خصّ فقال ان الخصّ للذى اليه القمط لا يقال هذه الروايه ضعيفه السيّد فلا يجوز الاعتماد عليها اما الاول فلما تبه عليه فى فع بقوله هى روايه عمرو بن شمر عن جابر و فى عمرو ضعف و يعضد ما ذكره اولًا قول التنقيح قال المص رة و فى عمرو ضعف و ذلك لقول النجاشى أنه ضعيف جدا زاد احاديث فى كتب جابر بعضها ينسب اليه و الامر ملتبس جدا و قال ابن الغضائرى أنه ضعيف و لم يتبين وجه ضعفه و ثانيا قول الرّياض و فى عمرو ضعف بنصّ جماعه من اهل الرّجال كالنجاشى و غيره و ثالثا تصريح لك و مجمع الفائدة بضعف طريق هذه الروايه و اما الثّانى فلما تقرّر فى الاصول من عدم جواز الاعتماد على الروايات الضّعيفه لأننا نقول ضعف الطّريق هنا غير قاذح لانجباره بالشّهرة كما نصّ عليه فى ض قائلًا و فى عمرو و ان كان ضعف الّما أنه مجبور بالشّهرة العظيمه و الاجماع المتقوله التى كادت تكون محققه لعدم مخالف فى الروايه صريحا بل و لا ظاهرا عدا الماتن هنا و الشّهيد و الصيمرى مع أنّ ظ الاولين التردّد لا المخالفه و منه يظهر ما فى المهذب من نسبه المخالفه الى المتأخرين كآفه كيف و عمدته المتأخرين الفاضلان و الشّهيدان و قد افتوا ما عدا الشّهيد الثّانى فى يع و د و عد و س بالروايه و يعضد ما ذكره قول لك و الطّريق ضعيف الّا أنّ الاصحاب تلقوها بالقبول و منها ما تبه عليه بعض الاجلّه قائلًا روى ثقة الإسلام و الشيخ عن منصور بن حازم فى الصّحيح عن ابى عبد الله (ع) قال سألته عن خصّ بين دارين فزعم أنّ عليّ ع قضى به لصاحب الدّار الّذى من قبله وجه القماط و رواه فى فى بسند اخر فى الصّحيح او الحسن عن منصور بن حازم مثله الا أنه قال عن خطيره عوض خصّ و رواه باسناده عن منصور بن حازم مثله الا أنّ فيه فذكر عوض فزعم و تبه على هذه الروايه فى فع و كره و مجمع الفائدة و صرح فيه بأنّها مرويه بطريق صحيح و بطريق حسن و صرح بصحّتها فى ض أيضا و منها ما تبه عليه فى الغنيه قائلًا و يحتج على المخالف بما روى من طرقهم من أنّ رسول الله (ص) بعث عبد الله بن اليمانى ليحكم بين قوم اختصموا فى خصّ فحكم به لمن اليه القمط فلما رجع اليه (ص) اخبره بذلك فقال اصبت و احسنت و اشار الى هذه الروايه فى كره و لك و مجمع الفائدة لا يقال هذه الروايه و الروايات السابقه لا تنهض باثبات هذا القول و ان صحّ سندها لان ما تضمنته قضيه فى واقعه فتكون مجمله و المجمل لا يصحّ التمسك به هنا و قد تبه على هذا فى النافع بعد الاشاره الى روايه منصور بن حازم قائلًا و هى قضيه فى واقعه و كذا تبه عليه فى المهذب البارع قائلًا- و الروايه واقعه فلا- يتعدى لاحتمال اطلاعه على ما اوجب الحكم فى تلك الواقعة فبقى غيرها على الاصول المقرره لأننا نقول هذا الايراد مندفع بما تبه عليه فى ض قائلًا بعد الاشاره الى روايتى عمرو و منصور و هى و ان كانت قضيه فى واقعه فلعله (ع)

( عرفها و اجرى الحكم بمقتضاها فلا يتعدى الى غيرها الا ان ظ السؤال فى صدر الروايه و الجواب عنه بعده بنقل القضاء عنه (ع) فى الواقعة يقتضى عدم اختصاصه بها بل عمومها لكل واقعه و الا لكان السؤال مسكوتا عن جوابه بالمره و فيها تأخير البيان عن وقت الحاجة و لا ريب فى قبحه و لا شبهه فيه و بالجملة فلا وجه للمناقشه فى الروايتين سندا و دلالة و لعلّ لما ذكره تبه على دلالة الروايات المذكوره على هذا القول فى الغنيه و يع و عد و التذكرة و س و مجمع الفائدة و لكن قد يقال أنّ ما ذكره لا يتجه

ال- في روايه منصور و هو فيها غير تام أيضا لأنّ الراوى بعد السؤال لم ينقل كلام المعصوم (ع) في مقام جواب سؤاله حتّى يعرف منه حقيقه الحال و قوله فزعم اه لا يدلّ على أنّه في مقام الجواب فت و بالجمله دلالة الزوايات المذكوره على المدعى لا تخلوا عن الاشكال الا ان يدفع بفهم الاكثر منها الدلالة او بان الاصل عدم اطلاع المعصوم (ع) على الواقعة و في كليهما نظر و ان سلمنا دلالتها على المدعى فلا يمكن المناقشه فيها بمخالفتها للقاعده كما تبه عليه في ض قائلا بعد ما حكينا عنه سابقا نعم ربما يمكن المناقشه فيهما بمخالفتها للقواعد و الاصول المقرره في نحو المسأله و يمكن الذب

ص: ٣٨٣

عنها أيضا بأنّ المخالفه ليست مخالفه تضاد بل مخالفه عموم و خصوص من وجه و دفعها بالتخصيص ممكن بعد التكافؤ الحاصل هنا بصحّه سند الخاص و تعدّده و مخالفته العامه كما يستفاد من الغنيه و منه أنّه صرّح في الغنيه بدعوى الاجماع على ذلك قائلا و يحكم بالخصّ لمن اليه معاهد القمط بدليل اجماع الطائفه و يعضده اولا تصريح التذكرة بنسبه ذلك الى علماءنا قائلا لو كان الحاجز بين الدارين و الشّيطحين خصا فتنازعا فيه فعند علماءنا أنّه يحكم به لمن اليه معاهد القمط و ثانيا الشّهره المنقوله في كلام جماعه و ثالثا ما تبه عليه في ض قائلا ربما يشعر عبارته لك بالاجماع عليه و حكى عن كره أيضا و به صرّح في نوادر هذا الكتاب من السيرائر في كتاب الصّيلح من الغنيه و منها ما تبه عليه في كره و جامع المقاصد قائلين وجه الترجيح مع الزوايه أنّ الظاهر ان من كانت اليه المعاهد وقعت في ملكه و عقد و تبه على ما ذكره في مجمع الفائده بقوله مشيرا الى هذا القول و دليله العرف و العاده بأنّه هكذا يفعل فأنّه يدلّ على أنّ الذى وضعه و عقده كان واقعا في ملكه و يؤيده الشّهره و روايه عمرو بن شمر و مثله روايه عن العامه فهى تدلّ على اعتبار القرائن و للآخرين ما تبه عليه في ضه و المهذب البارع و مجمع الفائده و ض من الاصل و القاعده و تبه على ذلك فى الايضاح بقوله الأصحّ أنّه لا ترجيح بذلك لعدم الدّلاله عليه بل حكمه حكم الجدار بين اثنين و قد يجاب عما ذكر بعدم مقاومته لأدله القول الاول و هو الاقرب و

**ينبغى التنبيه على امور**

**الاول هل يرجح بمعاهد القمط حيث يكون الظاهر ذلك او لا**

بل يرجح بها مط ظ الطلاق العبائر المصرّحه بالترجيح هنا بها الثانى كما تبه عليه فى ض بقوله و ربما يخص العمل بالزوايه بما اذا اقتضت العاده كون وقوع وجه القمط الى جانب قرينه على ملكيه الخص لصاحبه و لكن الفتاوى مطلقه الا ان تنزيلها على ذلك غير بعيد و يظهر مما ذكره المصير الى الاحتمال الاول و هو فى غايه القوّه

**الثانى صرّح فى ضه بأنّه ينبغى تخصيص الحكم بمورد الزوايه من الخصّ دون غيره**

و ان حصل فيه نحو معاهد القمط و شهدت العاده بكونه قرينه على الملكيه لجهه فانّ غايه ذلك الظهور و لا يخصّص به الاصول بل ترجح هى عليه حيث لم يقم على العكس دليل كما فيما نحن فيه على ما هو المفروض و ما ذكره فى غايه الجوده

## الثالث صرح الشيخ فى النهايه و ابن فهد و المهذب البارع بان الخص هو الطن

الذى يكون فى السور بين الدور و حكى هذا فى التذكرة و غيرها عن ابن بابويه و تبه على ذلك فى مجمع الفائده أيضا قائلا الخص الجدار من القصب و لكن صرح فى ضه و لك بان الخص بالضم هو البيت الذى يعمل من القصب و زاد الاول و نحوه و اشار الى هذا التفسير فى مجمع البحرين بقوله الخص بالضم و التشديد البيت من القصب و الجمع اخصاص مثل قفل و اقفال و منه الحديث الخص لمن اليه القمط و هكذا هذا التفسير فى التنقيح عن الجوهري و فى جامع المقاصد عن الهروي

## الزابع حكى فى جامع المقاصد تفسير القمط عن جماعه

قائلا قال فى كره و معاقد القمط يكون فى الجدران المتخذة من القصب و شبهه و اغلب ما يكون ذلك فى السور بين السطوح فيشد بحبال او بخيوط و ربما جعل عليها خشبه معترضه و يكون العقد فى جانب الوجه المستوى من جانب و فى القاموس القمط بالكسر جبل يشد به الاخصاص و فى نهايه ابن الاثير القمط جمع قماط و هى الشرط التى يشد بها الخص و يوثق من ليف او خوص او غيرهما و معاقد القمط عند صاحب الخص و قال الجوهري القمط بالكسر كأنه عباره واحده هذا اخر كلام ابن الاثير و مثله ذكر الزمخشري فى الفائق و صرح الشيخ فى النهايه و ابن فهد فى المهذب البارع بان القمط هو الحبل و فى الغنيه بان القمط هو مشاد الخيوط فى القصب و فى الزوضه و لك و ض بان القمط بالكسر جبل يشد به الخص و بالضم جمع قماط و هو شداد الخص من ليف او خوص او غيرهما و حكى فى كره عن ابن بابويه انه صرح بان القمط هو شد الحبل

## منهل اذا كان الحائط مشتركا فلا يجوز للشريك التصرف فيه بادخال خشبه فيه بدون اذن شريكه

### اشاره

كما صرح به فى الغنيه و يع و د و عد و كره و جامع المقاصد و لك و مجمع الفائده و كذا لا يجوز التصرف فيه ببناء و لا تسقيف نفسه عليه فيما اعدا الغنيه من الكتب و كذا تبه عليه فى الجامع أيضا بل صرح فى كره بأنه لا يجوز التصرف فيه بشىء من وجوه الانتفاعات حتى ضرب الوتد فيه و فتح الكوه بل و اخذ أقل ما يكون من ترابه ليثرب به الكتاب بدون اذن جميع الشركاء فيه مط سواء كان وضع جذوع عليه او لا و هو مقتضى الارشاد و عد و غيرهما و لهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه و منها عموم الأدله الداله على حرمه التصرف فى المال المشترك بدون اذن الشريك و قد تبه على هذا فى الغنيه و التذكرة و جامع المقاصد و لك و كذا تبه عليه فى مجمع الفائده قائلا وجه تحريم تصرف الشريك فى الجدار المشترك و غيره بغير اذن شريكه ظ من العقل و الثقل و

## ينبغى التنبيه على امور

## الاول لا فرق فى ذلك بين كون التصرف بين كونه مضرا بالشريك او لا

## الثانى صرح فى التذكرة و س و جامع المقاصد و لك و مجمع الفائده بجواز الاستناد الى الحائط

المذكور و اسناد المتاع اليه اذا لم يتضرر الحائط به بذلك و هو المعتمد و لهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه و منها ما تمسك به في كره و جامع المقاصد من أنه بمنزلة الاستضاءه بسراج الغير و الاستظلال بجداره و منها ما تبه عليه في س قائل الجدار المشترك يجوز الانتفاع بالاستناد اليه و الاستظلال بظلاله لهم و لغيرهم و كذا بالجدار المختص عملا بشاهد الحال و منها ما تبه عليه في مجمع الفوائد قائل بل يمكن جواز الاستناد ح أيضا مع المنع و عدم جواز المنع اذ لا يسمى هذا تصرفا عرفيا بحيث يوجد دليل لمنعه من العقل و النقل و الاصل و عموم ما يدل على جواز الانتفاعات المباحات الا- ما اخرجه الدليل مؤيد لأنه كالاستظلال و الاستضاءه و كأنه لذلك استقرب في س عدم المنع على ما نقله ح في يع معللا بانتفاء الضرر و ان كان في كبراه منع و الاحتياط معلوم و منها ان ذلك لو لم يكن جائزا لاشتهر بل و تواتر لتوفر الدواعي عليه و شده الحاجه اليه و التالي باطل و منها عمل المسلمين قديما و حديثا كما لا يخفى و منها ان ذلك لو كان ممنوعا منه للزم الحرج العظيم كما لا يخفى و التالي باطل للعمومات الداله على نفي الحرج و منها عموم قوله (ع) الناس مسلطون على اموالهم و هو و ان كان معارضا بعموم ما دل على عدم جواز التصرف في مال الغير بغير اذنه من نحو قوله تعالى وَ لَّا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمُ الْاِيه و قوله (ص) لا يحل مال امرء مسلم الا- عن طيب نفس منه الا ان التعارض هنا من قبيل تعارض العمومين من وجه فالترجيح مع الاول لاعتضاده بالسيرة و غيرها مما تقدم اليه الاشارة مضافا الى امكان منع شمول الاخيرين لمحل البحث فت لا- يقال غايه ما يستفاد من عموم السيلطنه جواز التصرف في ملكه و هو هنا مسلم و ليس فيه دلالة على جواز التصرف

ص: ٣٨٤

في ملك الغير فلا تعارض بين العمومين المذكورين هنا لأننا نقول التصرف في ملكه هنا متوقف على التصرف في ملكه فاذا نص على جواز الاول دل على جواز الثاني بالمفهوم و الدلالة الالتزاميه عرفا فت و يمكن ان يلحق بالاسناد و الاستناد في الجواز ما هو مثلهما او دونهما كمسح اليد و نشر الثوب و ما لا يقع المضايقه فيه عاده و قد تبه على هذا في كره بقوله يجوز الانتفاع منه بل و من جدار الغير بما لا يقع المضايقه فيه كالاسناد اليه و الاستناد لأنه بمنزلة الاستظلال بجدار الغير و الاستضاءه بسراجه و على هذا يحتمل قويا جواز اخذ التراب لا تراب الكتاب و قد تبه عليه في مجمع الفوائد بقوله بل يمكن جواز اخذ أقل ما يكون من ترابه لقضاء العاده بعدم المضايقه فيه مثل الاستناد بل يمكن ان يتصور الضرر في الاستناد دونه و يفهم ذلك مما تقدم و في دليله و دليل س اشاره اليه و يؤيده أنهم يجوزون الصيلاه و نحوها في ملك الغير باذن الفحوى فافهم و احتط و ربما يستفاد ما ذكره من الغنيه لاقتصارها في منع الشريك من التصرف في الجدار المشترك على ادخال الخشب الخفيفه و من الشرائع أيضا لاقتصاره في ذلك على البناء و التسقيف و ادخال الخشب و لكن أطلق في د و القواعد المنع من التصرف في المشترك الا بالاذن من غير استثناء شيء و هو احوط كما تبه عليه في مجمع الفوائد و لكن الاقرب ما بيناه و كيف كان فلا اشكال في جواز الاستظلال بالجدار المفروض للأصل مع عدم صدق التصرف في ملك الغير و للسيرة و غير ذلك و الظاهر أنه مما لا خلاف فيه و يمكن الحاق الجدار المختص بالغير بالجدار المشترك في جواز التصرفات التي تقدم الاشارة الي جوازها في المشترك من الاسناد و الاستناد و نحوهما و قد تبه عليه في الجملة في كره و س و لافرق في الشريك و المالك الذي لا شريك له بين ان يكون كبيرا عاقلا- مؤمنا حاضرا غير موقوف عليه او صغيرا او مجنونا او موقوفا عليه او غائبا او مخالفا او كافرا كما يستفاد من اطلاق الكتب المتقدمه المصرحه بجواز التصرفات المتقدمه

**الثالث لو منع مالك الجدار او الشريك فيه من الاستناد**

و الاسناد مع عدم الضرر فهل يحرم ح او لا بل يجوز ان كما لو لم يمنع فيه قولان احدهما انهما يحرم ح و هو للتذكرة و جامع المقاصد و لك و قد احتجوا عليه بأنه نوع تصرف بايجاد الاعتماد عليه و قد يناقش فيما ذكره بان هذا التصرف قد جاز قبل منع المالك فالاصل بقاء الجواز لعدم دليل على ان هذا المنع يرفع الجواز الثابت الا ان يقال عموم ما دل على عدم جواز التصرف في ملك الغير بدون اذنه من نحو قوله (ص) لا يحل مال امرء مسلم الا عن طيب نفس منه يقتضى عدم جواز التصرف مط و لو لم يمنع المالك و لكن خرج هذه الصورة بما تقدم من الادله فبقى محل البحث مندرجا تحته الا ان يجب عن هذه الروايه بأنها مرسله و لا- جابر لها في محل البحث و اذا انجبرت بفتوى الاصحاب في غيره فلا- يكون هنا متجه فبقى الاصل المتقدم سليما عن المعارض اذ لم نجد عموما معتبرا يدل على اصاله عدم جواز التصرف في ملك الغير بحيث يشمل نحو محل البحث و اما قوله تعالى لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض فلا يفيد الاصل المذكور و لا يشمل محل البحث كما لا يخفى الا ان يقال قوله (ص) الناس مسطون على اموالهم يدفع الاستصحاب الجواز المتقدم اليه الاشارة بعد منع المالك و الشريك لان ذلك مقتضى عموم السلطنة و المناقشه فيه بضعف السند و ان امكن هنا و لكن الظاهر ان الروايه متلقاه بالقبول مع انها مؤيده هنا بالاعتبار العقلي فاذن هذا القول في غايه القوه مع انه احوط و ثانيهما انهما لا يحرم ح بل يجوز ان أيضا و قد ذهب اليه في س قائل- و هل لمالك الجدار منع المستند و المستظل اذا كان المجلس مباحا الاقرب المنع مع عدم التصرف و حكم الفاضل بان له المنع من الاستناد لانه تصرف و ربما يظهر من مجمع الفائده المصير اليه و صرح في لك بان موضع الخلاف اذا كان المجلس مباحا و الا لم يجز اجماعا و يلحق على المختار بالامرین سائر التصرفات التي جوزناها مع عدم الاذن و اما الاستئصال بجدار الغير و بجدار الشريك و الاستضاءه بسراجهما فيجوزان مط و لو مع المنع كما يستفاد من جماعه للأصل و عدم صدق التصرف في ملك الغير بل لم يثبت كونهما مملوكين للعين بل الظاهر من سيره المسلمين عدم اتصافهما بالمملوكيه اصلا

### الزابع صرح في س بعد التصريح بجواز الاستناد الى الجدار المشترك

و المختص بأنه ليس له حمل شىء من الآله حجرا كانت او اجرا او لبنا و لا الكتابه محتجا بأنه تصرف في ملك الغير مما هو مظنه الضرر و هو جيد

### الخامس صرح في كره و لك بأنه لو بنى في ملكه جدارا متصلا بالجدار المشترك

او المختص بحيث لا يقع ثقله عليه جاز و لم يكن للاخر الاعتراض عليه و هو جيد و زاد الثاني قائل و لو القى ثقله لم يجز بدون اذنه و تبه في مجمع الفائده على جواز هذا قائل و أيضا يمكن ان يقال بجواز البناء المتصل مع وقوع ثقله على جدار الغير ما لم يخرج عن ملكه بوجه اصلا و فيما تقدم من جواز المتصرف في ملكه و ان تضرر به الغير دلالة واضحة عليه و كأنه مراد التذكرة أيضا فت و ما ذكره جيد حيث لم يستلزم التصرف في ملك الغير

منهل لو انهدم الجدار المشترك لم يجبر شريكه على تعميره و الاتفاق عليه

بل له الخيره ان شاء شارك في تعميره و ان شاء ترك و قد صرح بذلك في الغنيه و يع و د و عد و كره و الجامع و س و جامع المقاصد و لك و مجمع الفائده و الكفايه و لهم وجوه منها اصله براه ذمه الشريك عن وجوب التعمير فلا معنى للإجبار على ما لم يجب عليه و قد تبه على الاصل المذكور في مجمع الفائده و منها ظهور الاتفاق عليه كما تبه عليه بعض الاجله و يستفاد من الكتب المذكوره لعدم اشارتها الى خلاف و لا اشكال في ذلك و منها انه صرح في كره بدعوى الاجماع عليه قائلاً لو كان الحائط لاثنين فنقضاه لاستهدامه او لغير استهدامه او انهدم الجدار بنفسه لم يجبر على بنائه و لا يجبر احدهما لو امتنع عند علماءنا و قد تمسك بهذا الاجماع المنقول في مجمع الفائده و منها ما صرح به في التذكرة من ان تكليف الشريك بالعماره اضرازا عظيما به فلم يجبر عليها و منها ما تمسك به في جامع المقاصد من انه لا يجب على الشخص عمارة جداره المنهدم ففي المشترك كك و تبه عليه في لك الا انه صرح بان لي كلاما فيه و ربما اشار اليه في كره بقوله و لأنه ملكه فاذا لم يكن له حرمة في نفسه لم يجبر على الاتفاق عليه كما لو انفرد به بخلاف الحيوان ذي الحرمة فانه يجب الاتفاق عليه لحرمة و تعلق غرض الشارع بالانتفاع به و منها ما تبه عليه في كره بقوله و لأنه ملكه فلا يجبر على عمارته كما لا يجبر على زراعته المشتركة و منها ما تبه عليه في كره أيضا بقوله و لأنه بناء حائط فلا يجبر عليه كالاتداء و منها ما تبه عليه في كره

ص: ٣٨٥

أيضا بقوله و لأنه لو اجبر على البناء فامرا لحق نفسه و هو منتقض بما لو انفرد به او لحق غيره و لا يجوز ان يجبر الانسان على عمارة ملك الغير كما لو انفرد به الغير و

### ينبغي التنبه على امور

#### الاول لا فرق في الانهدام بين ان يكون بنفسه او بفعل الغير

و لو كان من الشركاء كما هو مقتضى اطلاق اكثر الكتب المتقدمه و صريح التذكرة

#### الثاني لا فرق في الحائط المشترك بين ان يكون حائط الدار

او البستان او الحمام او الخان او غير ذلك كما هو مقتضى اطلاق عبارات الاصحاب

#### الثالث لا فرق في عدم الاجبار بين صورتى تضرر الشريك

بترك الاخر العمارة و المشاركة معه في الاتفاق عليها

#### الرابع هل يتوقف العمارة على اذن الشريك فلا تجوز بدونه او لا



فيه اقوال احدها توقّف العماره على اذن الشريك و هو للدروس و قد حكاه فى لك عن بعض و صرح بأنه هو الاقوى محتجا عليه بأنه مال مشترك فيمتنع التصرف فيه بدون اذن الشريك و فيه نظر فان تجديد العماره لا يتوقف على التصرف فى المال المشترك لجواز تجديد الشريك الجدار بآله من عنده فى ارض و هواء مملوكين له فالدليل اخص من المدعى و التميم بعدم القائل بالفصل هنا غير و جيه لأن المتعرض للمسئله جماعه قليله و ثانيها انه لا يتوقف على الاذن و هو للمحكى فى س و لك عن الشيخ و يظهر من الغنيه و القواعد المصير اليه و وجهه ما تبّه عليه فى لك من أنه نفع و احسان فى حق الشريك حيث يعمر له حائطه و لا- يغرمه فى نفقته و لا ضرر فيه عليه بوجه و قد يناقش فيه اولاً بالمنع من الصغرى لأنه قد لا يكون نفعاً خصوصاً اذا صار الحائط بعد التعمير للمعمر او ظنّ بأنه او ورثته يدعونه لأنفسهم و لم يتمكن من اثبات الاشتراك و مما يؤيد عدم كون ذلك نفعاً و احساناً عدم رضاء الشريك بتعمير شريكه لأن العاقل الرشيد لا يمتنع من قبول النفع و الاحسان الخالين عن الضرر و ثانياً بانّ قوله تعالى ﴿مَّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلِ الَّذِي هُوَ دَلِيلٌ كَلِيمٌ الْكَبِيرِ﴾ هنا معارض بعموم قوله (ص) لا يحلّ مال امرء مسلم الا عن طيب نفس منه تعارض العمومين من وجه و هو اولى بالترجيح و ثالثها ما نبّه عليه فى لك بقوله ربما فرق بين اعارته بالآله المشتركه فلا- يشترط رضاءه و بين آله من عنده فيشترط لأنه على الاول يبقى شريكاً كما كان بخلاف الثانى و لم اجد له مستنداً يعتد به و رابعها ما ذهب اليه بعض الاجلّه من أنه اذا كان امتناع الشريك من اذن الاخر فى التعمير موجبا لضرره باعتبار ترك التعمير فلا- تؤثر امتناع الاول من الاذن و لا- يكون تعمير الثانى موقوفاً عليه بل يجوز بدونه و مستنده الجمع بين عمومى نفى الضرر و المنع من التصرف فى المال المشترك بدون اذن شريكه و فيه نظر و التحقيق ان يقال ان كان تعمير احد الشريكين مستلزماً للتصرف فى ملك الشريك الاخر بدون اذنه كما اذا عمر بآله مشتركه او فى ارض او هواء مشتركين بينهما فلا يجوز عملاً بعموم ما دلّ على عدم جواز التصرف فى ملك الغير بدون اذنه و ان لم يكن مستلزماً لذلك كما اذا عمر بآله من ملكه و فى ارض و هواء مختصين به فيجوز ذلك من غير توقّف على اذن الشريك للأصل و عموم قوله (ع) الناس مسلطون على اموالهم و عموم قوله لا ضرر و لا ضرار لأنّ منع المالك من التصرف فى ملكه ضرر عليه و قد تبّه فى جامع المقاصد على هذا القول قائلاً لو انفرد بالعماره احدهما فلا يخ من ان يكون الاعاده بالآلات المشتركه او بما يختص بملكه المعيد و على كل تقدير فاما ان يكون الاساس و الهواء الذى يكون فيه الجدار مملوكاً لهما او للمنفرد بالعماره و ليست الصوره كلّها سواء فى الحكم فإنّ الآلات المشتركه كيف يجوز للانفراد بالتصرف فيها بالعماره من دون اذن المالك و مال المسلم لا يحلّ الا عن طيب نفس منه و كذا القول فى الاساس و الهواء اذا كان مشتركاً و اطلاق المص يقتضى عدم التوقف على الاذن مع الاشتراك و حكى فى س عن الشيخ منع التوقف على الاذن الاخر و الأصحّ التوقف لما قلناه و قواه فى س لو كانت الارض موقوفه وقفا عاماً لم يتوقف على الاذن بالنسبه اليها و جميع ما ذكره حتى قوله نعم لو كانت الارض موقوفه اه جيد

### الخامس صرح فى لك بأنه حيث يتوقف البناء على اذن الشريك

و يمنع برفع امره الى الحاكم ليجبره على المساعدة او الاذن فان امتنع اذن الحاكم و قد يناقش فيما ذكر بانّ اعتبار اذن الحاكم هنا مخالف للأصول الشرعيه و لا- دليل على اعتباره هنا و حديث نفى الضرر مع معارضته هنا بعموم ما دلّ على عدم جواز التصرف فى ملك الغير بغير اذنه تعارض العمومين من وجه و ترجيحه على الاول فى كثير من الموارد لا يقتضى اعتبار خصوص اذن الحاكم لأنّ رفع الضرر تحصل بنفس التعمير فليكن هو الجابر من غير توقّف على الاذن اصلاً فتأمل و كيف كان فالاجود عدم اعتبار اذن الحاكم هنا و لو اعتبرناه فهل له الاذن فيه مجاناً او باجره يرجع بها على الشريك صرح بالأول فى لك محتجاً بانّ

الشريك اذا لم يجبر على العماره لا يجبر على الاتفاق فان اختار الشريك بنائه مجاناً فعل و الا تركه و هو جيد

### السادس لو عمر احد الشريكين من غير اذن الاخر

فى موضع يعتبر اذنه على المختار فهل له نقض العماره التى اتى بها شريكه الغير الماذون او لا فيه احتمالات احدها انه يجوز له نقضه و لا ياثم به مط و لو بناه بآله مشتركه و وجهه بعد الاصل ما تبه عليه فى لك من انّ تعمير الشريك تصرف فى ملك غيره و تغيير هيئته و وضعه الذى كان عليه فصارت الكيفيه الثانيه كأنها مغصوبه فله ازالته و فيه نظر و ثانيها انه لا يجوز له نقضه مط و لو بناه بآله مختصه به و وجهه انّ النقض تصرف فى ملك الغير فلا- يجوز و لا- فرق فى هذا بين ان يكون البناء بآله مختصه به بالبانى او بآله المشتركه بينه و بين شريكه كما لا يخفى و ثالثها التفصيل بين البناء بالآله المشتركه فلا يجوز النقض و بين البناء بالآله المختصه فيجوز و قد صار اليه فى لك ثم قائلاً ثم على القول باعتبار اذنه لو خالف و عمره فهل للشريك نقضه احتمال و الاقوى العدم ان كان بناه بالآله المشتركه لان هدمه أيضاً تصرف فى مال الغير و هو الشريك الذى بنى فلا يصح كالأول و انما تظهر الفائده فى الا-ثم و الجواز ان كان بناه بغير آله لأنه عدوان محض و تصرف فى ارض الغير فيجوز لغيره و ربما يظهر من جامع المقاصد المصير الى ما ذكره أيضاً و فيما ذكره فى لك نظر و الاقرب عندي هو الاحتمال الثانى و لكن للشريك الذى لم يأذن اجبار الشريك المعمر بالنقض ان بناه بآله مختصه فى ارض او هواء مشتركين بينهما ان لم يمكن الرجوع الى الحاكم و الا فالاحوط الرجوع و ان لم يتمكن من الاجبار فلا- يبعد جواز مباشره النقض و هل يجوز التوكيل فيه او الاستيجار عليه فيجوز للتوكيل و الاجير ارتكابه فيه اشكال و لكن الاقرب الجواز و هل يجوز الاجبار على النقض لو بناه بآله مشتركه او لا الاقرب الثانى ان قلنا بان الجدار بعد البناء يكون مشتركاً بينهما و الا فالأول و أطلق فى جامع المقاصد فيما لو طالبه الشريك بالهدم حيث يكون البناء من المشتركه امكان وجوب الاجابه معللاً بانّ تصرفه فى الالات كان ممنوعاً و ربما تعلق الغرض بها و طلبت قسمتها كك و فيما ذكره نظر و صرح فى لك بأنه على القول بتحريم نقضه لو هدم لزمه الارش كما لو هدم ابتداء و فيه نظر

### السابع صرح فى التذكرة

بأنه

ص: ٣٨٦

اذا استهدم الحائط اجبر صاحبه على نقضه لئلا يتأذى به احد سواء كان المالك واحداً او اكثر و فيما ذكره نظر لفقد الدليل عليه و لأنّ اجباره على النقض ضرر عليه خصوصاً اذا استلزم النقض بذل مال كثير و تضرر الغير بذلك محتمل غير معلوم فلا يجوز ارتكاب الضرر المتيقن لدفع الضرر المحتمل فالاقرب عدم وجوب الاجبار بل عدم جوازه نعم الاحوط للمالك ان يهدمه او يأذن بهدمه

### الثامن صرح فى كرهه بأنه لو بنى الجدار بغير اذن شريكه فى الاتفاق

و بغير اذن الحاكم عند امتناع شريكه كان متطوعا و لا يرجع به على شريكه و هو جيّد ثم صرّح بأنّه ان بناه و اعاد الحائط بالآله المشتركه القديمه فالجدار بينهما كما كان لأنّ المنفق أنما انفق على التّأليف و ذلك اثر لا عين يملكها و تختصّ بها و لا اشكال فيما ذكره من الاشتراك ثم صرّح بأنّه لو اراد الثّاني و نقضه لم يكن له ذلك لأنّه ملكهما فليس له التّصرف فيه و كون التّالف منه لا يقتضى جواز نقضه و هو جيّد و لو بنى الجدار باذن شريكه بآله مشتركه بينهما فهو مشترك بينهما أيضا كما تبّه عليه فى س و لكن يحتمل قويا ان يريد استحقاق البانى على ما كان عليه سابقا بمقدار الهيئه الحاصله من بنائه و ان بناه بآله مختصّه به فالجدار يختصّ به مط و لو بناه بدون اذن شريكه و للبانى ح منع الشّريك من وضع خشبه عليه كما صرّح به فى الدّروس و لك و صرّح فى الاوّل بأنّ للشّريك مطالبته بهدمه فى صوره عدم اذنه بالبناء ثمّ حكى كالمالك عن الشّيخ أنّه خيره بين المطالبه بالهدم او اعطاء نصف قيمه الحائط و صرّح فى لك بأنّ الاقوى انّ التّخيير فى ذلك للبانى لا للشّريك و صرّح بهذا فى الاوّل أيضا

### التاسع لو هدم احد الشريكين الجدار المشترك من غير اذن صاحبه

صرّح فى كره بأنّه ان كان لاستهدامه و فى موضع يجب عليه الهدم لم يكن عليه شىء و ان كان ممّا لا يجب عليه هدمه او هدمه و هو معمور لا يخشى عليه السقوط اختلف الاصحاب فيما يجب على الهادم ح على اقوال الاوّل أنّه يجب عليه الارش مط و هو للقواعد و كره و الايضاح و لك و جامع المقاصد و تبّه فيه و فى لك على وجهه قائلين لأنّ النقصان الفاتت بالهدم غير مثلى فيصار الى قيمه و هو الارش و اشار الى ما ذكره فى كره أيضا الثّانى أنّه يجب عليه عمارته و اعادته الى ما كان عليه اولا مطلقا و قد حكاه فى س و جامع المقاصد عن الشّيخ و فى غيرهما عن كره و قد صار اليه فى يع و د أيضا و كذا صار اليه فى مجمع الفائده قائلًا و اما اجباره على العماره اذا كان الهدم بغير اذن الشّريك او كان مع اذنه بشرط عن يعيد العماره فوجهه أنّه ضامن فعليه الخروج منه و هو باصلاح ما خربه و اعاده ما هدمه و فيه تأمل لأنّ ضمان المثل أنّما يكون فى المثلى و الجدار قيمى لا مثلى كذا قيل و كأنّه مأخوذ من التّذكّره و لا يخفى انّ الاعاده غير بعيد فيما امكن المماثله فى الجملة و ان كان الجدار قيميا باصطلاحهم الا ان العرف قد يقضى بالمماثله فى بعض الجدران و عدم دقّه فيها اذا كان المطلوب الحائل و المانع و لا يريدون فى امثال ذلك غير تلك المماثله فى الجملة فليس ببعيد الاكتفاء فى امثاله بهذا المقدار فانّ العقل يجد ان لا تكليف فى امثاله الا بالمثل و هو المظنون و يؤيّده ان الارش بعيد فانه قد لا يسوى بعد الهدم الّا بشىء قليل جدا و الجدار الصّحيح يكون فيه له قيمه كثيره بل المناسب على القول بالارش ان يراد به ما يحتاج فى تعميره بمثل ذلك التّعمير السابق و فيه أيضا تأمل اذ قد يتفاوت العمل و الاجره كثير فت و فى جميع ما ذكره نظر الثّالث ما صار اليه فى س قائلًا- لو هدمه فعليه اعادته ان امكنت المماثله كما فى جدران بعض البساتين و المزارع و الا فالارش و الشّيخ أطلق الاعاده و الفاضل أطلق الارش و اورد فى جامع المقاصد على ما فى س قائلًا- بعد الاشاره اليه و هو بعيد اذ لا يعد الجدار مثليًا على انّ الاعيان باقيه و أنّما الفاتت صفتها و المماثله فى الصّيفه فى غايه النّدره تبّه على ما ذكره فى لك قائلًا و ان ما فى س فيه مناسبه الا أنّه خارج عن القواعد الشّرعيه لانتفاء المثليّه فى الفاتت فأنّه محض صفة اذ الاعيان باقيه و المماثله فى الصّفه بعيده فالقول بالارش اوضح و اورد عليه فى مجمع الفائده قائلًا انّ الخروج عن القواعد اذا لم تكن مأخوذه من النّص الصّريح لا بأس به و فيما ذكره نظر و المسأله محلّ اشكال فلا ينبغى فيها ترك الاحتياط و لكن القول الاوّل لا يخ عن قوّه

## العاشر اذا هدم احد الشريكين الجدار المشترك

بشرط ان يعيده لزمه الاعاده كما صرح به في د و كذا تبه عليه في مجمع الفوائد محتجا عليه بعموم قوله (ص) المسلمون عند شروطهم

## الحادي عشر صرح في كره بانه لو كان لشخصين ملكان متجاوران

و لا حائط يحجز بينهما قديم فطلب احدهما من الاخر المساعدة على بناء حائط يحجز بينهما فامتنع الاخر لم يجبر على مساعدته و هو جيد ثم صرح بانه لو اراد البناء وحده لم يكن له البناء الا في ملكه خاصه لانه لا يملك التصرف في ملك جارهِ المختص به و لا في ملكه المشترك فان بناه في ملك جارهِ او بعضه في ملكه و بعضه في ملك جارهِ كان للجار هدمه لانه وضع بغير حق و لا يعلم فيه خلافا و جميع ما ذكره من الاحكام جيد

## الثاني عشر اذا اذن له في وضع الجذوع او السقف على جداره

ثم استهدم كان للمالك نقضه فان اعاده فهل له المنع من وضع الامرين عليه او لا فيه اقوال كما تبه عليه في لف قائلا اذا اذن في وضع الجذوع على جداره ثم استهدم الجدار كان للغير نقضه فاذا اعاده قال الشيخ في ط ان اعاده بتلك الآله لم يكن له منعه من ردّ الخشب و السقف عليه و ان اعاده بغير تلك الآله كان له منعه و قيل ليس له منعه و الاوّل اقوى و الوجه الاخير لنا انه عاربه و للمالك الرجوع فيها خصوصا اذا لم يتضمّن ضرره المستعير و لا ضرر هنا لأنّ ازاله الجذوع كان سائغا مع انّ الشيخ قال او لا لو انهدم الحائط او هدمه المستعير لم يكن له الاعاده الا باذن مستأنف و اى فارق بين الموضوعين سوى مباشره الهدم في الثاني دون الاوّل و تلك لا- توجب دوام الاعاره بل هو ابلغ من ذلك و هو ان المالك لو هدم الحائط من غير حاجه له لم يكن للمستعير الاعاره و ان وجب عليه الارش ان قلنا به و الاقرب عندي جواز المنع سواء بناه بتلك الآله او بغيرها كما يستفاد من لف

## منهل اذا كان بين الشريكين نهر مشترك

### اشاره

او قناه او دولاب او ناعوره او بئر او غير ذلك فاحتاج بشىء من ذلك في الانتفاع به الى العماره لم يجبر احد الشريكين او الشركاء على العماره كما قلنا في الجدار المشترك و قد صرح بذلك في الغنيه و يع و عد و كره و س و جامع المقاصد و لك و الكفايه بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه بين اصحابنا كما يستفاد من التذکره لأنها اقتضت على نقل الخلاف عن بعض العامه قائله بعد الاشاره الى ما ذكرناه و قال ابو حنيفه يجبر و فرق بين هذه و بين الجدار فوجب على الشريك في هذه العماره و الاصلاح و تنقيه البئر و لم يوجب بناء الجدار لأنّ الشريك لا يتمكّن من مقاسمته فيتضرر به بخلاف الحائط فانه

يمكنه قسمته مع شريكه و قسمه عرصته و ليس بجيد لأن في قسمه العرصه اضرار بهما و في قسمه الحائط اكثر ضررا و الاتفاق ارفق هذا و قد صرح في لك بدعوى اتفاق اصحابنا عليه قائلا الحكم هنا كما سلف في الجدار و لا فرق بين كونه ذا عله تفي عليه بعمارته و غيره عند الاصحاب و أنما خالف فيه بعض العامه و

### ينبغي التنبه على امور

#### الأول صرح في جامع المقاصد بأنه لو اراد احد الشريكين الاضرار في الجدار

او القناه و الدولاب و نحوها فامتنع من العماره و غيرها من الوجوه التي يمتنع الانتفاع بدون جميعها فليس ببعيد ان يرفع امره الى الحاكم ليحجر الشريك بين عده امور من بيع و اجاره و موافقه على العماره و غير ذلك من الامور الممكنه في ذلك عملا بقوله (ص) لا- ضرر و لا- ضرار و لأن في ترك جميع هذه الامور اضاعه للمال و قد نهى عنها و لم اظفر هنا بنص صريح فينبغي ان يلمح و في جميع ما ذكره نظر بل الاقرب عدم جواز الاجبار على شيء مما ذكر و غيره و لكن الاحوط للممتنع اختيار واحد من الامور المذكوره

#### الثاني صرح في كره بأنه لو اتفق احد الشريكين على البئر و النهر

لم يكن له منع الشريك و الانتفاع بالماء و له منعه من الانتفاع بالدولاب و البكره المحدثين و هو جيد و كك الحكم لو اتفق احد الشريكين على البستان المشترك فليس له منع شريكه من الانتفاع مما يملكه نعم له المنع من التصرف في ملكه

#### الثالث صرح في كره أيضا بأنه لو كان بينهما دولاب او ناعوره

كان حكمهما حكم الحائط على ما ذكرناه و هو جيد ثم صرح بأنه لو كان بينهما بئر و نهر فان قلنا ليس لأحدهما اجبار الاخر على الانفاق كان لكل واحد ان ينفق منهما على ذلك و هو جيد مع اذن الاخر و بدونه ان لم يستلزم التصرف في ملك غيره بدون اذنه ثم صرح بانه ان انفق احدهما عليه لم يكن له ان يمنع الاخر من نصيبه من الماء لأن الماء ينبع من ملكهما المشترك بينهما و أنما اثر احدهما نقل الطين عنه و ليس لهما فيه عين ملك بخلاف الحائط اذا بناه بغير آله و ان قلنا يجبر الممتنع منهما اجبره الحاكم فان امتنع و له مال ظاهر انفق منه و ان لم يكن له اذن لشريكه ان ينفق عليه و يرجع بقدر نصيب شريكه عليه بغير اذنه و لا اذن الحاكم كان متبرعا لا يرجع عليه قولاً واحداً و ليس له منعه من حقه من الماء على ما تقدم و جميع ما ذكره جيد

#### الرابع صرح في كره أيضا بأنه لو كان له حق اجراء الماء في ملك الغير

او على سطحه فانهدم ذلك الملك لم يجب على مستحق الاجراء مشاركته محتجاً بان العماره تتعلق بالاعيان و هي لمالكها و ليس لمستحق الاجراء فيها شركه و لا يجب أيضا على صاحب الملك لو طلبها صاحب الاجراء و جميع ما ذكره جيد

منهل لو كان علو الدّار لوحد و سفلها لغيره فانهدمت لم يكن لصاحب السفل اجبار صاحب العلو على مساعدته في اعاده السفل

## اشاره

و كذا ليس لصاحب العلو اجبار صاحب السفل على اعاده السفل ليبنى عليه و قد صرّح بذلك في الغنيه و يع و عد و كره و س و جامع المقاصد و لك و الكفايه و لهم و جوه منها ما تمسك به في الغنيه و كره من انّ الاصل براءه الذمه و منها ظهور الاتفاق عليه و منها نسبه التذكرة ذلك الى علماءنا و منها ما تمسك به في الغنيه قائلا و يحتج على المخالف بما رووه من قوله (ص) لا يحل مال امرء مسلم الا- بطيب نفس منه و منها ما نبه عليه في جامع المقاصد قائلا اذا كان علو الجدار لوحد و سفلها لغيره فانهدمت لم يكن لوحد منهما مطالبه الاخر بالعماره اما صاحب العلو فلائنه ملك غيره و لا يجب عليه عماره ملك غيره و اما صاحب السفل فلائنه لا يجب عليه عماره ملكه لأجل الغير و قد نبه على ما ذكره في كره و لك و

## ينبغي التنبه على امور

### الاول صرّح في جامع المقاصد و لك بانّ ذلك ليس على اطلاقه قائلين بعد الاشارة اليه

لكن يجب ان يعيد ذلك بما اذا لم يكن حمل جدار العلو او سقفه واجبا على صاحب السفل بعقد لازم فان وجب كك لزمه البناء عليه و قد نبه عليه في س و ما ذكره جيّد و صرّح في التذكرة بانّه اذا استهدم الجدار فهدمه صاحب السفل بشرط ان يعيده اجبر عليه قولاً واحداً و نبه على ما ذكره من الحكم في يع و الكفايه أيضاً و هو جيّد

### الثاني لو طلب صاحب العلو بناء جدران السفل تبرّعا

فهل له منعه او لا- حكى في جامع المقاصد عن التحرير ان ليس له المنع قائلا- و ظ سوق كلامه انّ ذلك حيث يكون جدران الدّار لصاحب السفل و لم يكن حمل جدران العلو واجبا و هو مشكل اذا كان الاساس لصاحب السفل او مشتركا كما نبهنا عليه سابقا و ربما يظهر من قوله و هو مشكل التوقف و ليس في محلّه الاقرب انّ له المنع حيث يستلزم التصرف في ملكه

### الثالث صرّح في كره و لك بانّه في حكم العلو ما لو كان له ساباط

استحقّ وضعه على حائط غيره فانهدم فلم يجبر احدهما على العماره و هو جيّد

### الرابع لو هدم الحائط فهو كما لو انهدم في جميع ما ذكر

كما صرّح فيه في كره و لك

## منهل اذا تنازع صاحب السفلى و البيت و صاحب العلو و الغرفه في جدران البيت فاختلف الاصحاب فيه على قولين

احدهما انّ القول قول صاحب البيت مع يمينه و هو للشرائع و د و عد و اللّمعه و س و جامع المقاصد و لك و الرّوضه و مجمع الفائده و المحكى في لف عن ط و افتى به في كره اولا و لكن استشكل فيه اخيرا و صرّح في لك بانّ هذا القول هو المشهور و في الرّوضه بانّه الاشهر و لهم ما تمسك به في جامع المقاصد و لك و ضه من ان جدران البيت جزئه كما في الاولين او كالجاء منه كما في الاخير فيحكم بها لصاحب الجمله و تبّه على ما ذكر في مجمع الفائده قائلا وجه ذلك انّ ظ وضع اليد على البيت وضع على جدرانه فانّ الظاهر أنّها اجزاء و انّ اليد عليه يتحقّق بهذا و يؤيّده الشّهرة و ثانيهما أنّه يحكم باشتراكهما فيها و أنّها بينهما و هو للمختلف و قد حكاها فيه و في الدروس عن ابن الجنيّد و صرّح في لك بانّه قول جيّد لكن الاوّل اجود و اشار الى وجه هذا القول في لف قائلا بعد حكايته عن ابن الجنيّد و كأنّه نظر الى انّ لكلّ من صاحب العلوّ و السفلى يدا عليه و تصرفا و لا بأس بهذا القول و اشار الى ما ذكره في التذكرة قائلا لو تنازع صاحب البيت و الغرفه في جدران البيت حكم بها لصاحب البيت مع يمينه لأنّ الحيّطان في يده و هو المنتفع بها و لا تخلو عن اشكال لمشاركه صاحب الغرفه له في الانتفاع و التصرف بل تصرفه و انتفاعه اكثر و فيما ذكره قوه و لكن الاقرب هو القول الاوّل و لكن مراعات الاحتياط بالصّحح مهما امكن اولى فانّ المسأله قويّه الاشكال و لو تنازعا في جدران الغرفه فالقول قول صاحبها مع يمينه كما صرّح به في يع و عد و التذكرة و س و اللّمعه و جامع المقاصد و لك و ضه و اشار الى وجهه فيها قائلا لما ذكرناه من الجزئيه و لا اشكال هنا لأنّ صاحب البيت لا تعلق له بها الا كونه موضوعا على ملكه و ذلك لا يقتضى الملكيه مع معارضه اليد و اشار الى ما ذكره هنا في س و جامع المقاصد و لك أيضا و يعضده ظهور الاتّفاق عليه كما يستفاد من الكتب المذكوره لعدم اشارتها الى خلاف و لا اشكال

ص: ٣٨٨

فيه

## منهل اذا تنازع صاحب السفلى و صاحب العلو في سقف البيت الذي عليه الغرفه

اشاره

و المتوسط بين علو احدهما و سفلى الاخر فاختلف الاصحاب فيه على اقوال الاوّل أنّه ان حلفا قضى به لهما و كذا ان نكلا و ان حلف احدهما دون الاخر اختصّ بالمخالف و قد صار اليه في س قائلا و في السقف المتوسط يقوى الاشتراك مع حلفهما او نكولهما و الا اختصّ بالحالف و في ط يقسم بعد التحالف الثّاني أنّه يقضى به لصاحب العلو و هو صاحب الغرفه و هو للتذكرة و د و لف و جامع المقاصد و لك و ضه و مجمع الفائده و صرّح في غايه المراد بانّه مذهب ابن ادريس و هو ظ كلام ابن الجنيّد و في لك بانّه رجحه العلامه في كثير من كتبه الثّالث أنّه يقرع بينهما و هو للشرائع و حكاها في غايه المراد و جامع المقاصد و عن المبسوط و الخلاف للقول الاوّل انّ السقف المفروض غير متصل ببناء احدهما اتّصال البنيان فكان كالحاجز بين الملكين و كلّ واحد منهما ينتفع به فانّه سماء لصاحب السفلى يظله و ارض لصاحب العلو يسكنه فاستويا فيه و بالجمله أنّه سقف لصاحب البيت و ارض لصاحب الغرفه فكان كالجاء لكلّ منهما و فيه نظر و للقول الثّاني وجهان احدهما ما تمسك به في لف و تبّه عليه في كره و س و جامع المقاصد و لك من انّ الغرفه انما يتحقّق بالسقف اذ هو ارضها و البيت قد يكون بغير سقف و قد اتفقا

على أنّ هنا غرفه لصاحبها و بدون السقف لا- غرفه و كونه سماء لصاحب السفل لا يقتضى كونه و لا تحت يده و فيه نظر و ثانيهما ما تمسك به فى كره و لف و غايه المراد و جامع المقاصد و لك من ان صاحب العلو ينتفع به دون صاحب السفل و ينفرد بالتصرف فانه ارض غرفته و يجلس عليه و يضع عليه متاعه فيكون صاحب اليد فالقول قوله مع يمينه و للقول الثالث ما تبه عليه فى الخلاف على ما حكاه فى لف قائلا- قال فى ف يقرع بينهما فمن خرج اسمه حلف لصاحبه و حكم له به و ان قلنا انه يقسم بينهما نصفين كان جائزا و استدلال باجماع الفرقه على ان كل مجهول يستعمل فيه القرعه و هذا من الامر المشتبه و فيه نظر اما اولا فلما تبه فى لف بقوله و قول الشيخ بالقرعه ينافى القسمه التى جوزها فى الكتابين و قد اشار الى هذا فى غايه المراد أيضا و امّا ثانيا فلما تبه عليه فى ضه بقوله و يشكل بانّ مورد القرعه المحلّ العدى لا- يحتمل اشتراكه بين المتنازعين بل هو حقّ لأحدهما مشتبه و هنا ليس كك لأنه كما يجوز كونه لأحدهما يجوز كونه لهما معا لاستوائهما فيه لأنه سقف لصاحب البيت و ارض لصاحب الغرفه فكان كالجزم من كلّ منها و اشار الى هذا فى لك أيضا بقوله و ربما منع الاشتباه بالنسبه الى الحكم و المسأله محلّ اشكال و لذا توقف فيها فى الايضاح و لكن القول الثانى اقرب و

### ينبغى التنبيه على امور

#### الاول احتمال فى القواعد و الايضاح اختصاص صاحب السفل به

و حكاه فى كره عن بعض العامه و اشار الى وجهه فى جامع المقاصد قائلا و يحتمل اختصاص صاحب السفل به لشده احتياجه اليه و لأنّ الغرفه على البيت فلا يتحقق الا بعده و البيت لا يتم الا بالسقف ثم زيف هذا الاحتمال بقوله و فيه نظر لان ذلك هو الغالب و لاختصاص صاحب العلو بالتصرف و عدم ثبوت ما يقتضى اليد

#### الثانى صرح فى كره و القواعد و غايه المراد و جامع المقاصد

و لك بان موضع الخلاف السقف الذى يمكن احداثه بعد بناء البيت اما ما لا يمكن كالارج الذى لا يعقل احداثه بعد بناء الجدار الاسفل لاحتياجه الى اخراج بعض الاجزاء عن سمت وجه الجدار قبل انتهائه ليكون حاملا للعقد فيحصل به الترصيف بين السقف و الجدران فهو لصاحب السفل يمينه لدلاله ذلك على جزئيه و ما ذكره جيد

#### الثالث صرح فى التذكرة و س و ضه بانه يقدم قول صاحب الغرفه

لو تنازعا فى سقفها و هو جيد و علله فى الاول و الثالث باختصاصها بالانتفاع به كالجدران اولى

#### منهل اذا خرجت اغصان شجره الى ملك الجار

#### اشاره



و امتنع مالك الشجره من دفعها عنه بعطف او قطع فللجار دفعها و ازالتها عن ملكه كما صرح به فى الارشاد و القواعد و التذكرة و س و جامع المقاصد و لك و مجمع الفائده و لهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه و منها ما تبه عليه فى مجمع الفائده من الاصل و منها ما تبه عليه فيه و فى جامع المقاصد من ان للمالك افرغ ملكه عن مال الغير الذى شغله بغير حق و عدم وجوب اقرار مال الغير فى ملكه بلا- سبب شرعى و منها ان دابه الغير اذا دخلت داره جاز له اخراجها منها فكك الاغصان اما لتنقيح المناط او للأولويه كما تبه عليه فى مجمع الفائده و منها انه لو لم يجر للجار لزم ترتب الضرر عليه و هو منفي بقوله لا ضرر و لا ضرار و

### ينبغى التنبيه على امور

#### الأول لا فرق فى الاغصان من ان يكون كثيره او قليله

و لا بين ان يكون يابسه او رطبه و الظاهر انه لا خلاف فى جميع ذلك

#### الثانى المراد بالشجر هنا الاعم من النخل

و ان كان المذكور فى عبارات الاصحاب لفظ الشجر

#### الثالث لا فرق فى ملك الجار بين ارضه و هوائه

كما نصّ عليه فى كره و الجامع و س و لك و مجمع الفائده بل الظاهر انه ممّا لا خلاف فيه و كذا لا فرق فيه بين الدار و الخان و غيرهما من سائر الاملاك و الظاهر انه ممّا لا خلاف فيه و كذا لا فرق بين ان يكون الاغصان الخارجة الى الهواء او الارض او الجدار او السطح مضره بالجار او لا و كذا الفرق بين ان يكون ملك الجار مختصا به او مشترك بينه و بين غيره و لو كان صاحب الشجر و قد نصّ على ذلك فى كره و مجمع الفائده بل الظاهر انه ممّا لا خلاف فيه و كذا لا فرق بين ان يكون الاغصان لعائل رشيد او لمولى عليه كالصغير و المجنون كما هو مقتضى اطلاق عبارات الاصحاب

#### الرابع هل يتخير الجار فى ازاله بين عطف الاغصان من حد ملكه و بين قطعها منه

او يتعين العطف فان لم يمكن جاز القطع صرح بالثانى فى كره و عد و الارشاد و س و لك و مجمع الفائده و ربما يظهر من يع و الجامع الاول و هو ضعيف بل المعتمد هو الاحتمال الثانى لأنّ الاصل عدم جواز التصرف فى ملك الغير بغير اذنه خرج العطف بظهور الاتفاق عليه و لا- دليل على خروج القطع مع امكان العطف فيبقى مندرجا تحت الاصل و لان القطع ضرر على المالك فالاصل عدم جوازه لعموم قوله (ص) لا ضرر و لا ضرار و ح لو قطعها مع امكان العطف ضمن كما نصّ عليه فى جامع المقاصد و لك و الكفايه و زاد فى الثانى قائلا- لكن هل يضمن جميع ما يقطع أم تفاوت ما بينه و بين المعطوف وجهان من التعدى بالقطع فيضمنه و من ان العطف حق له و ما يفوت به فى حكم التالف شرعا و صرح فى مجمع الفائده بلزوم مراعات

الاسهل و ما لا ضرر فيه ثم الاقل ضررا فالأقل فى الازاله فاذا حصلت بامر قليل فلا يتعدى

### الخامس هل يتوقف الازاله بعطف او قطع على اذن الحاكم او لا

بل يزىل الجار بنفسه من غير مراجعه الى الحاكم صرح بالثانى فى يع و عد و كره و س

ص: ٣٨٩

و جامع المقاصد و لك و مجمع الفائدة و هو ظ الارشاد و الجامع و هو المعتمد و لهم و جهان احدهما ظهور الاتفاق عليه كما يستفاد من الكتب المذكوره لعدم اشارتها الى خلاف و لا اشكال فى ذلك و ثانيهما ما تمسك به فى كره و جامع المقاصد من ان ازاله العدوان عن ماله امر جائز مع التمكن و ان لم يأذن به الحاكم

### السادس هل يتوقف جواز الازاله بعطف او قطع على مطالبه المالك بها

و امتناعه منها او لا- بل يجوز للجار مط و لو لم يعلم المالك لحقيقه الحال و لم يراجعه اصلا فيه قولان احدهما انها لا تجوز للجار الا بعد امتناع المالك منها و هو لظ الشرائع و التذكرة و الجامع و س و لك و عزاه فى مجمع الفائدة الى ظ اكثر العبارات و لهم الاصل كما تبه عليه فى مجمع الفائدة قائلًا- و يحتمل توقفه على مطالبه المالك و عدم فعله كما هو ظاهر اكثر العبارات غير المتن لئلا يلزم التصرف فى مال الغير بغير ضروره و الاوّل ليس ببعيد و ثانيهما انها تجوز مط و لو لم يعلم المالك بان اغصان شجرته فى ملك الجار و هو لجامع المقاصد و لك و الكفايه و ربما يستفاد من اطلاق التحرير و عد و الارشاد و لهم وجوه منها ما تمسك به فى جامع المقاصد قائلًا هل يتوقف جواز الازاله على مطالبه المالك و امتناعه يظهر من عبارته التذكرة ذلك و فى س انه يأمر صاحبها بقطعها فان امتنع قطعها هو و أطلق فى التحرير ثبوت الازاله و هو الاظهر لأن ازاله العدوان عليه امر ثابت له و توقفه على اذن الغير ضرر و اشار اليه فى لك و الكفايه من غير ايراد عليه و منها ما تمسك به فيه أيضا من انه لو توقف على اذن المالك لكان اذا امتنع يتوقف على اذن الحاكم و لا- يسوغ له التصرف فى مال الغير بغير اذنه و اذن من يقوم مقامه مع التمكن و قد تبه عليه فى لك أيضا من غير ايراد عليه و منها ما تبه عليه فى لك قائلًا بعد الاشاره الى الوجه الاول و يشهد له جواز اخراج البهيمة بدون اذنه و فى جميع الوجوه المذكوره نظر و لا ريب ان الاحوط هو القول الأوّل بل هو فى غايه القوه الا اذا استلزم مراجعه الى المالك الضرر العظيم و المشقه الشديده الذى يستلزم الحرج فيجوز ترك مراجعه و ليس ما ذكر تفصيلا خارجا للإجماع المركب لعدم انصراف اطلاق القائلين بالقول الأوّل الى هاتين الصورتين فت

### السابع هل يجب على المالك ازاله اغصان شجرته الداخلة الى ملك الغير او لا

فيه قولان احدهما انها تجب عليه و هو للشرائع و جامع المقاصد و لك و المحكى فى الاخيرين عن التحرير و وجهه ما تبه عليه فى لك قائلًا وجه الوجوب عليه ظ لأن دخول شجرته على ملك الغير يوجب التصرف فيه و شغله بملكه و هو غير جائز فيجب

التخلص منه و فيما ذكره نظر لأن التصرف و الشغل المشار اليهما لم يكونا بفعل المالك قطعاً فالاصل براءه ذمته من الوجوب و ثانيها أنّها لا تجب عليه و قد استظهره في جامع المقاصد و لك من التذكرة قائلين و ظ التذكرة أنّ مالك الشجره لا يجب عليه ازلتها و ان جاز لمالك الارض لأنه من غير فعله و هذا القول عندى اقرب و لكن الاوّل احوط و عليه فهل يجبر المالك على الازاله او لا حكى عن التحرير الاوّل و صار اليه في الجامع و منعه في التذكرة مع احتمالها اخيراً الاوّل و على اى تقدير فللمالك ازاله اغصان شجرته و هل يتخير بين العطف و القطع او يتعين الاوّل فان تعذر فالثاني صار الى الاحتمال الثاني في يع قائلًا اذا خرجت اغصان شجره الى ملك الجار و جب عطفها ان امكن و الا- قطعت من حدّ ملكه و اشار الى وجهه في لك قائلًا في العبارة اشكال من حيث اشتراط وجوب العطف بالامكان و ترتيب القطع مع عدمه اذ للمالك قطع شجرته بغير هذا السبب فهنا كك و يمكن الاعتذار عن الترتيب بانّ قطع الشجره مع امكان عطفها اتلاف المال و هو منهي عنه و نمنع من جواز قطع المالك كيف اتفق بل لا- بدّ من غايه مقصود به للنهي عن اضاعه المال بغير وجه و فيما ذكره نظر بل الاقرب هو الاحتمال الاوّل من التخيير

### **الثامن صرح في س و جامع المقاصد و لك بأنه ليس لمالك الارض ايقاد النار تحت الاغصان**

لتحرق بل يجب عليه القطع حيث لا يمكن العطف و احتج عليه في الاخير بأنه اشدّ ضرراً ثم صرح بأنه لو فعل ضمن ذلك ما يتلف بنسبه زياده حقه و جميع ما ذكره احوط و ربما يظهر من مجمع الفائده جواز ذلك لقوله و ان اندفع بالقطع لا يوقد النار تحته لأنه اضرّ على ما قيل و يؤيد الجواز مط كما يفهم من المتن ما سبق أنّ للمالك التصرف في ملكه اى تصرف شاء و ان حصل الضرر على الجار و ما روى في كره من قوله عليه السلام ليس لعرق ظالم حقّ و هو في غايه القوه

### **التاسع صرح في جامع المقاصد و لك بأنه لو مضت مده طويله على الاغصان الداخلة الى ملك الجار**

من غير اذنه و كان المالك لها عالماً به و مفرطاً في الازاله ضمن اجره الهواء و الارض و حكاه في الاوّل عن الدروس نافياً الشبهه في ذلك

### **العاشر اذا سرت عروق الشجره الى ارض الجار**

كان حكمها حكم سريان الاغصان كما صرح به في التذكرة و س و جامع المقاصد و لك فللمالك الارض عطفها ان امكن و الاّ فله قطعها من حدّ ملكه كما صرح به في التذكرة محتجاً اولا بأنه ليس له التصرف في ملك غيره الا باذنه و ثانياً بأنه عرق ظالم فله الازاله لقوله عليه السلام ليس لعرق ظالم حقّ

### **الحادى عشر صرح في التذكرة و جامع المقاصد و لك بأنه لو مال جدار الغير الى هواء الجار**

كان له الازاله كالأغصان و العروق و هو جيّد و احتج عليه في الاوّل بان شغل ملك الغير و منعه من التصرف فيه بغير حقّ فله

الازاله و صرّح فى الاخير بانّه يجب المبادره الى تخليص الارض منه

### **الثانى عشر صرّح فى لك بانّ فى حكم الشجره التراب المنتقل الى ملك الغير**

قائلا- فيجب المبادره الى تخليص الارض منه و لو ملكه التراب و قبله سلم من حقّه لا- مع امتناعه و ان شقّ نقله و ما ذكره من المماثله فى الحكم هو المعتمد

### **الثالث عشر صرّح فى س و جامع المقاصد و لك بانّ له اخراج بهيمه مملوكه تدخل الى داره**

و ملكه بغير اذنه و هو جيّد ان لم يستلزم الاخراج اتلافها و ان اتلفها ح ضمن و ان استلزم الاخراج اتلافها فله ذلك اولا صرّح بالأوّل فى التذكيره قائلا اذا امكنه اخراج دابّه الغير بغير اتلاف فله ذلك فان اتلفها و الحال هذه ضمن و ان لم يمكن ازلتها الا بالاتلاف كان له ذلك و لا شىء عليه لأنه لا يلزمه اقرار مال الغير فى ملكه و هو جيّد و يلحق بما ذكر كل مال يقع فى ملك الغير بدون اذنه فله ازالته و اخراجه من ملكه و ان توقّف على تلفه و لا- يلزم ح باعتبار تلفه ضمان و هل يجب على المالك المبادره الى تخليص ملك الغير عنه او لا الاحوط ذلك و لكن فى تعينه حيث لا يكون الدخول بفعله بل بفعل غيره من غاصب و غيره اشكال بل عدم الوجوب فى غايه القوّه للأصل السليم عن المعارض و هل يجب على صاحب الملك اذا اراد ازالته عن ملكه تسليمه الى مالكه او من يقوم مقامه فيضمن اذا خالف ذلك بل له الازاله مط و لو لم يسلمه الى مالكه الاقرب الأوّل ان قبضه و تصرّف فيه و مع عدمهما ففى

ص: ٣٩٠

وجوب التسليم اشكال و لا فرق فى ذلك بين البهيمه و غيرها من الاموال

### **الزابع عشر لو صالح مالك الاغصان الداخلة الى ملك الغير معه الى ابقائها فى الهواء**

فهل يصحّ او لا اختلف الاصحاب الى قولين الأوّل أنّه يصحّ و هو للقواعد و كره و لف و الايضاح و س و جامع المقاصد و لك و مجمع الفائده الثانى أنّه لا يصحّ و هو للمحكى فى جمله من الكتب عن الشيخ للقول الاول العمومات الدّاله على صحّ الصّح المعترضه هنا بالشّهره و ظهور انقراض مذهب الشيخ و ان قال فى يع و لو صالحه على ابقاء فى الهواء لم يصحّ على تردّد بل نبه فى كره على دعوى الاجماع على الصّحه قائلا فان صالحه مالك الشجره على الابقاء على الجدار بعوض صحّ مع تقدير الزّيادة و تعيين المدّه و كذا له ان يصالحه على الابقاء فى الهواء عندنا خلافا للشّافعيّه و لذا صرّح فى مجمع الفائده بانّه يفهم من كره دعوى الاجماع على الصّحه و للقول الثانى ما حكاه فى لف و الايضاح عن الشيخ قائلين قال الشيخ لو صالحه على ابقاء الغصن البارز الى ملك الغير فى الهواء لم يصحّ ان كان رطبا لأنه يزيد فى كلّ حال و لا يعرف قدره و كذا ان كان يابسا لأنه بيع الهواء من غير قرار و ذلك لا يجوز و قد يناقش فيما ذكر اولا بما اجاب عليه فى الكتابين و جامع المقاصد من انّ الصّيح عقد مستقل

لا- يتفرع على البيع ولا- على غيره و ثانيا بان الجهالة لا- تبطل الصِّلح كما تقدّم اليه الاشاره سلمنا و لكن يمكن التّعيين فاذن المعتمد هو القول الاوّل و كك يصحّ الصِّلح على ابقائها على الجدار و نحوه كما صرّح به فى يع و عد و كره و س و غيرها بل الظاهر أنّه ممّا لا خلاف فيه كما يستفاد من الكتب المذكوره لعدم اشارتها الى خلاف و لا اشكال فى ذلك و لا فرق فى صحّته فى المقامين بين ان يكون الاغصان يابسه او رطبه و صرّح فى يع و كره و عد و س و لك بانّه يصحّ الصِّلح المذكور مع تقدير الزّيادة او انتهائها و مرادهم كما صرّح به فى لك أنّ الاغصان ان كانت قد انتهت فى الزّيادة صحّ الصِّلح على ابقائها مط و ان كانت اخذت فى الزّيادة فلا بدّ من تقدير الزّيادة ليكون الصِّلح مضبوطا و صرّح فيه و فى الدّروس و جامع المقاصد بانّ انتهاء الزّيادة انما هو بحسب ظنّ اهل الخبره و صرّح فيه أيضا و فى جامع المقاصد بانّه لو فرض زياده على خلاف الظّن و العاده كان حكم الزّائد حكم الاصل لا يتعدى الى المالك قبل الصِّلح و ما ذكره من لزوم تقدير الزيادة و انتهائها احوط و لكن الاقرب عدم اللّزوم لأنّ الجهالة فى الصِّلح لا تضرّ و قد نبه عليه بعض على ما حكاه فى التّذكرة قائلا فان صالحه على اقرارها بعوض معلوم صحّ و لا- فرق بين ان يكون الغصن رطبا او يابسا لأنّ الجهالة فى المصالح عنه لا تمنع التّسليم بخلاف العوض فانّه يفتقر الى العلم بوجود تسليمه و لان الحاجة تدعو الى الصِّلح عنه لكون ذلك فى الاملاك المتجاوره و فى القطع اتلاف و ضرر و الزّيادة المتجدّده يعنى عنها كالثمن الحادث فى المستاجر للركوب و المستاجر للغرفه يتجدّد له الاولاد و عند احمد يصحّ الصِّلح فى الرطب و ان زاد او نقص لأنّ الجهالة فى المصالح عنه لا يمنع الصّحه اذا لم يكن الى العلم به سبيل لدعاء الحاجة اليه و كونه لا يحتاج الى تسليمه و هل يشترط الصِّلح فى المقامين ان يكون موقتا بوقت معلوم و ان يعيّن فيه المده او لا صرّح فى الاوّل فى التّذكرة و عد و س و لك و هو احوط و لكن الاحتمال الاوّل فى غايه القوه فيجوز الصِّلح ما دام عمر احد المتصالحين او ما دام وجود الشّجره او ما دام بقاء المالك على مالكيته و اما الصِّلح الى مده مجهوله لا تتعيّن اصلا فالظاهر فساد و هل يجوز الصِّلح على اقرارها بجزء من ثمرتها او بكله او لا الاقرب الاوّل و لكن الاحوط الثّانى و قد ذهب اليه فى التّذكرة قائلا و لو صالحه على اقرارها بجزء معلوم من ثمرها او كلمه لم يجز و به مال اكثر العامّه لان العوض مجهول و الثّمرة مجهوله و جزئها مجهول و من شرط الصِّلح العلم بالعوض و المصالح عليه أيضا لتغييره بالزّيادة و التّقصان كما تقدّم و احتجّ بانّه قد يدعو الحاجة اليه و قد عرفت بطلان التّعليل بالحاجه ثمّ صرّح فيها بانّه لو اباح كلّ منهما لصاحبه حقه جاز من غير لزوم بل لكلّ منهما الرجوع فيستبيح صاحب الشّجره اباحه الوضع على الجدار او الهواء

و يستبيح صاحب الدّار ثمره الشّجره كما لو قال كلّ منهما لصاحبه اسكن دارى و اسكن دارك من غير تقدير مده و لا ذكر شرط للإجازة و جميع ما ذكره جيّد ثمّ صرّح فيها بان حكم العروق اذا سرت الى ارض الجار سواء اثرت ضررا كما فى المصانع و طى الآبار و اساسات الحيطان او منع من نبات شجره لصاحب الارض او زرع او لم يؤثر ضررا فان الحكم فى قطعه و الصِّلح عليه كالحكم فى الزّرع الا ان العروق لا ثمر لها و كذا اذا زلت من اخشابه الى ملك غيره فالحكم ما سبق و جميع ما ذكره جيّد أيضا و فى الدّروس على جواز الصِّلح فى العروق موقتا لا- مؤبدا بعد انتهائها بحسب ظنّ اهل الخبره او تقدير الزّيادة و هو الاحوط و لكن الاقرب ما بيّناه فى الاغصان

**منهل اذا كان لإنسان بيوت الخان السفلى و لآخر بيوت العليا**

و تداعيا الدرّج قضى بها لصاحب العلو كما صرّح به فى بيع و كره و عد و عه و س و لك و ضه و مجمع الفائده و لهم و جهان احدهما ظهور الاتفاق عليه كما يستفاد من الكتب المذكوره لعدم اشارتها الى خلاف من اصحابنا فى ذلك و ثانيهما ما تمسك به فى ضه و لك من اختصاصها بالتصرف فيها بالسلوك و ان كانت موضوعه فى ارض صاحب السفّل و يؤيد ما ذكر اولاً قول التذكرة لأنّ الدرّجه أنّما تبني للارتقاء بها الى العلو و لا يبنى لما تحتها بالعاده بل القصد بها السلوك الى فوق و هو احد وجهى الشافعيّه و الثانى أنّها بينهما لأنّ صاحب السفّل ينتفع بها بظله و صاحب العلوّ ينتفع بها و يرتقى عليها فهى كالسقف يتنازعه صاحب العلوّ السفّل و قد سبق كلامنا فى السقف و ان الاولى الحكم به لصاحب العلو مع قيام الفرق بينهما لأنّ السقف يبنى للبيت و ان لم يكن له غرفه بخلاف الدرّجه و ثانياً قول مجمع الفائده لأنّه لا تتفاعة و لو ضروره اليها دون صاحب السفّل و العقل يحكم لصاحب العلو بالدرّجه بانّ الامر الذى لا يكون لا بدّ لشخص دون اخر لمن هو ضرورى له و

**ينبغي التنبه على امور**

**الاول أنّما يحكم بالدرّج لصاحب العلو**

ح مع يمينه كما صرّح به فى القواعد و اللّمعه و ضه بل الظاهر أنّه ممّا لا خلاف فيه

**الثانى لا فرق فى ذلك بين ان يكون الدرّج المتنازع فيها موضوعه على ارض صاحب السفّل او لا**

كما صرّح به فى لك و ضه محتجّاً فى الاول بانّ مجرد ذلك لا يوجب اليد

**الثالث صرّح فى التذكرة بانّه لو تنازعا فى السلم**

و هو غير خارج عن الخان فان كان منقولاً كالسفّاليم التى توضع و ترفع فان كان فى بيت لصاحب السفّل فهو فى يده و ان كان فى غرفه لصاحب العلو فهو فى يده فيحكم به فى الحالين لكلّ من

ص: ٣٩١

هو فى يده و ان كان منصوباً فى موضع المرقى فهو لصاحب العلوّ لعود منفعتة اليه و ظهور تصرّفه فيه دون الاخر و قال بعض الشافعيه أنّه لصاحب السفّل كسائر المنقولات و هو المعتمد عندى و لهذا لا يندرج السلم الذى لم يسمره تحت بيع الدار و لو كان السلم مستمراً فى موضع المرقى فهو لصاحب العلو لعود فائدته اليه كالأخشاب المعقوده فى المرقى و كذا اذا كان مبنيّاً من لبن او اجر و شبههما اذا لم يكن تحته بيت و تبه على ما ذكره فى مجمع الفائده و فيه نظر و الاقرب أنّ المناط فى الحكم يكون السلم لأحدهما هو كونه تحت يده و فى تصرّفه دون الاخر و يثبت الامران بالصعود عليه و النزول منه و هما متحقّقان بالنسبه الى صاحب العلوّ غالباً مط و لو كان السلم منقولاً فت

## الرابع صرّح في س و لك و ضه بانه كما يحكم بالدرج لصاحب العليا

فكذا محلّها و صرح بما ذكره في س أيضا و هو جيد

## الخامس هل يختص الحكم بكون الدرّج المتنازع فيها لصاحب العلو

بما اذا لم يكن تحتها خزانه أيضا او لا بل يحكم مط و لو كانت الخزانه التي تحت الدرّج لصاحب السيفل او كانت محلّ النزاع أيضا استشكل في ذلك في ضه قائلًا بعد الحكم بكون الدرّج المتنازع فيها لصاحب العلو و يشكل أيضا الحكم في الدرّجه مع اختلافهما في الخزانه لأنه اذا قضى الخزانه لهما او حكم بها للأسفل بوجه تكون الدرّجه كالسقف المتوسّط بين الاعلى و الاسفل بعين ما ذكره خصوصا مع الحكم بها للأسفل وحده فينبغي ح ان يجرى فيها الخلاف السابق و مرجحه و لو قضينا بالسقف للأعلى زال الاشكال هنا و أنّما يأتي على مذهب المص هنا و في س فأنّه لا يجمع اختصاص العلوى بها مط و تبّه على ما ذكره في لك أيضا و صار الى الاحتمال الاخير كالتذكّره و هو الاقرب

## السادس لو اختلفا في الخزانه التي تحت الدرّج المتنازع فيها

فادعاها كلّ منهما لنفسه ففيه احتمالات احدها أنّها لصاحب الاسفل و ثانيها أنّها لصاحب العلو و ثالثها اشتراكها بينهما و قد تبّه على هذه الاحتمالات من غير ترجيح في التذكّره قائلًا و لو تنازعا في البيت الذي تحت الدرّج احتمال اختصاص صاحب السيفل به كسائر البيوت و صاحب العلو لان ملك الهواء يستتبع ملك القرار و الشّركه فيه و قد صار الى الاحتمال الثالث في عد و د و س و ضه و لك و جامع المقاصد و اشار الى وجهه في الاخيرين قائلين لأنّ كلا منهما له شاهد الملك اذ الظاهر ان الدرّج لصاحب العلو و كون مكانه كك لأنّ الهواء تابع للقرار و كذا الظاهر ان الخزانه لسائر البيوت السفلى و هي متصله ببيوت الاسفل فيقضى بها بينهما و رابعها أنّه يقرع بينهما و قد صرّح به في اللّمعه و اشار الى وجهه في ضه قائلًا لاستوائه فيها بكونه متّصله بملك الاسفل بل من جمله بيوته و كونها هواء الملك الاعلى فهو كالقرار فيقرع و يشكل بما مرّ في السقف ثمّ صرّح بأنّه يقوى استوائهما فيهما مع حلف كلّ لصاحبه و قد صرّح في لك بأنّه يحكم بينهما بعد التحالف او النكول و هو الاقرب و صرّح في س بأنّه لا عبره بوضع الآله تحتها

## منهل اذا تنازع صاحب علو الخان او الدار الذي مرقاه في صدرهما في العرصه و الصحن فادعاها كلّ منهما لنفسه

### اشاره

ففيه احتمالات احدها كون المسلك بينهما و اختصاص الاسفل بالباقي و قد صار اليه في عد و س و جامع المقاصد و لك و قد تبّه على وجهه في ضه قائلًا و في س رجح كون المسلك بينهما و اختصاص الاسفل بالباقي و عليه جماعه لأنّ صاحب السيفل يشاركه في التصرف فيه و ينفرد بالباقي فيكون قدر المسلك بينهما و تبّه على هذا في لك و جامع المقاصد أيضا و ثانيهما

اختصاص المسلك بصاحب العلو و الباقي بصاحب السفل و قد صار اليه في اللمعه قائلا اذا تنازع صاحب غرف الخان و صاحب بيوته في المسلك حلف صاحب الغرف في قدر ما يسلكه فحلف الاخر على الزائد و اشار في ضه الى وجهه بقوله لأن النزاع لو وقع على مسلك في الجملة او متعين لا- يزيد عن القدر لم يكن على الاخر حلف لعدم منازعته له في الزائد و وجه الحكم للأعلى بقدر المسلك من ضروره الانتفاع بالغرف و له عليه يد في جملة الصّحن و اما الزائد عنه فاختصاص صاحب البيوت به اقوى لأنه دار لبيوته فيقدم قول كلّ منهما فيما يظهر اختصاصه به و ثالثها ما تبّه عليه في س بقوله و ربما امكن الاشتراك في العرصه لان صاحب الأعلى لا يكلف المرور على خط مستو لا يمنع من وضع شىء فيها و لا من الجلوس قليلا و ضعف هذا في جامع المقاصد بقوله بعد الاشاره اليه و فيه ما فيه و المسأله في غايه الاشكال و لكن القول الاوّل في غايه القوه و عليه أنّما يحكم بالاشتراك في المسلك و الاختصاص بالباقي بعد حلف كلّ منهما كما صرّح به في لك و زاد فيه او نكولهما و

**ينبغي التنبه على امور**

**الأول المراد بصدر الخان نهايته في السعه**

و هو اخر خطته في الجبهه المقابله في الباب كما صرّح به في جامع المقاصد

**الثاني اذا كان المرقى في الدهليز**

فصرّح في القواعد و س و ضه و لك بانّ الاعلى لا يشارك الاسفل في شىء من الصّحن و احتجّ عليه في الاخيرين بانّ الاعلى لا يدلّ عليه و لكنّ الاخير زاد قائلا الا ان يقول في السّكه المرفوعه باشتراكها بين الجميع و صرّح بهذا في س أيضا قائلا و يؤيده انّ العرصه محيط بها الاعلى كما يحيط بها الاسفل و فيما ذكره نظر بل الحكم بعدم الاشتراك في الصّحن و اختصاصه بالاسفل اجود

**الثالث صرّح في ضه و لك بانّ المرقى لو كان في ظهر الخان**

اختصّ صاحب الاسفل بالصّحن و الدهليز اجمع و صرّح بهذا في القواعد و س أيضا و هو جيّد

**منهل لو تنازعا في دابّه فادّعاها كلّ واحد منهما لنفسه**

**اشاره**

و كان احدهما راكبا عليها و الاخر قابضا للجامها و لا يبيّن فهل القول قول الزاكب او لا اختلف الاصحاب في ذلك على قولين احدهما انّ القول قول الزاكب فيكون له و هو للمبسوط و يع و التذكرة و د و عد و التحرير و لف و الايضاح و اللمعه و ثانيهما انه يحكم بها لكلّ منهما بالسويّه فيكون لكلّ منهما نصف منها و هو للخلاف و الغنيه و جامع المقاصد و لك و ضه و المحكّي



فى جملة من الكتب عن ابن ادرىس و فى المبسوط عن بعض و ربما ىستفاد من غايه المراد المصير اليه و ىظهر من س التوقف فى المسأله للأولين و جهان اءدهما ما تمسك به فى لف و الاىضاح قائلين و الوجه ما قاله فى ط من ترجىح الزاكب لكثره تصرفه و قوته و اورء عليه فى لك و ضه قائلًا قوه ىء الزاكب لا مءءل لها فى الترجىح و لهذا لم ىؤثر فى ثوب ىء اءدهما اكثره نعم مع الزاكب زىاءه التصرف الا- أنه لم ىثبت شرعا كونه مرءحا و تعريف المءعى و المنكر منطبق عليهما بتفسيراته و صرء بجمىع ما ذكر فى غايه المراد و ثانيهما ما تبه عليه فى كره قائلًا و باقى العامه ىحكم بها للراكب لبعء تمكين صاحب الءابه غيره من ركوبها و امكان اخء اللجام من صاحب الءابه و هو الاقوى عنءى و اورء عليه فى جامع المقاصء قائلًا ما ذكره لىس بواضء لان الركوب و اللجام ىء المالك امر سهل و اءع كثيرا و للآخرين و جهان اءدهما ما تمسك به فى الخلاف و الغنىه و غايه المراد و لك و ضه من تساويهما فى الءعى و اشتراكهما فى الىء فترجىح اءدهما على الآخر ترجىح من غير مرءح و ثانيهما ما صرء به فى ط من ان التنصىف اءوط و المسأله فى غايه الاشكال و لكن القول

ص: ٣٩٢

الثانى فى غايه القوه و

**ىنبغى التنبىه على امور**

**الاول صرء فى س و لك بانه لا عبره هنا بكون الزاكب غير معتاد**

قىنه الءواب كون المتشبء معتادا لذلك و هو جىء و ىظهر من اءلاق من عءاها من الكتب المتقءمه بل ربما ىظهر من لك ءعى الاءفاق عليه

**الثانى على القول الثانى من القضاء بينهما بالمساوات ىءلف كل منهما لصاحبه**

اذا لم ىكن ىبئه كما صرء به فى جامع المقاصء و لك و ضه و اما على القول بان القول قول الزاكب فىءوجه الءلف عليه كما صرء به فى ىع و التءرير و س و صرء به فى مجمع الفائءه أىضا مءءجا بانه منكر و صاحب ىء و القابض مءع خارج اء الركوب اقوى فالقبض بالنسبه اليه كالعءم

**الثالث صرء فى جامع المقاصء و لك و ضه بان اللجام ىقضى به لمن هو فى ىءه**

و السرج لراكبه و هو جىء

**الرابع صرء فى مجمع الفائءه بعء الاشارة الى القولين و مستءدهما**

بانه معلوم أنّ المراد مع عدم ظهور تقدّم تصرف منهما و الا فالحكم له و هو جيد

### منهل لو تنازعا ثوبا و في يد احدهما اكثر و لا يتنه فهما سواء

كما صرّح به في يع و د و التحرير و كره و غايه المراد و اللّمعه و س و جامع المقاصد و لك و ضه و مجمع الفائده و لهم و جهان احدهما ظهور الاتّفاق كما يستفاد من الكتب المذكوره بعدم اشارتها الى خلاف و لا اشكال في ذلك و ثانيهما ما تمسّك به في ضه و لك من اشتراكها في مسمى اليد و لا ترجيح لقوتها و زاد في الأوّل قائلا و التّصرف هنا و ان اختلف كثره و قلّه لكّنه من واحد بخلاف الركوب و قبض اللّجام و اشار الى هذا في الثّاني بقوله و التّصرف اللّذى كان مع الرّاكب زائدا على اليد منتف هنا و هذا هو الفارق بين المسألتين عند المص و اوجب اختلاف الحكم و اشار الى الوجه المذكور في كره بقوله لتساويهما في الدّعوى و في س بقوله لأنّ مسمّى اليد حاصل لهما و لا ترجيح و اما الرّاكب و اللّابس فلهما مع اليد التّصرف و في جامع المقاصد بقوله لثبوت العمل باليد و في مجمع الفائده بقوله و لا عبره بهذه الكثره و لو اختلف لابس الثّوب و قابضه فرجح في جامع المقاصد أنّ القول قول اللّابس قائلا لو اختلف لابس الثّوب و قابضه فقوه جانب اللّابس اظهر لان الظّاهر أنّه لا يتمكّن من لبسه الا و هو غالب قاهر مستقل اليد و هذا ليس مثل حكم الدّابه و يظهر من الدّروس المصير الى ما صار اليه و لكن صرّح في لك و ضه بانّ هذه المسأله كمسأله تنازع راكب الدّابه و قابض لجامها قائلا في الأوّل لزياده تصرّف اللّابس على اليد و ما ذكره في غايه القوّه

### منهل لو تنازعا عبدا و لأحدهما عليه ثياب لابسه و كان لهما عليه يد فهما فيه

سواء و لا يقضى به لصاحب الثياب و قد صرّح بذلك في الشّرائع و د و التّحرير و التذكرة و اللّمعه و جامع المقاصد و لك و ضه و مجمع الفائده و لهما و جهان احدهما ظهور الاتّفاق عليه كما يستفاد من الكتب المذكوره لعدم اشارتها الى خلاف و لا اشكال في ذلك و ثانيهما ما نبه عليه في جامع المقاصد و لك و ضه و مجمع الفائده من تساويهما في اليد و كون ثياب احدهما عليه لا دخل له في السّئلطه اذ قد يلبسها بغير اذن او بمجرّد قوله او بالعاريه او نحو ذلك و زاد في الثالث قائلا و لا يرد مثله في المركوب لأنّ الرّاكب ذو يد بخلاف العبد فان اليد للمدّعى لا له و لو كان لأحدهما عليه يد و لآخر ثياب خاصّه فالعبره بصاحب اليد كما صرّح به في ضه و لك

### منهل لو تداعيا جملا و لأحدهما عليه حمل و كان لكلّ منهما عليه يد

#### اشاره

بان كانا قابضين بزمامه و نحو ذلك الترجيح لصاحب الحمل لدعواه فيحكم له به كما صرّح به في يع و د و عد و التّحرير و كره و اللّمعه و جامع المقاصد و لك و ضه و مجمع الفائده و لهم و جهان احدهما ظهور الاتّفاق عليه كما يستفاد من اكثر الكتب المذكوره لعدم اشارتها الى خلاف و لا اشكال في ذلك و ثانيهما ما تمسّك به في جامع المقاصد و لك و ضه من ان وضع الحمل على الدّابه يستدعى كمال الاستيلاء فيرجّح صاحبه و

#### ينبغي التّنبيه على امور

## الأول يظهر من اطلاق الكتب المذكوره عدم الفرق في ذلك بين صورتى العلم

بكون الواضع للحمل على الجمل هو صاحبه او لا و فى الاخير اشكال أآ ان يدفع بظهور الاتفاق على الاطلاق فلا يخ عن قوه

## الثانى اذا كان لغير صاحب الحمل يد على الجمل بقبض زمامه

و نحوه و لم يكن لصاحب الحمل الا- نفس الحمل فيظهر من اطلاق يع و عد و الارشاد و التحرير و التذكرة و اللّمعه و جامع المقاصد ان القول قول صاحب الحمل ح أيضا و تبه عليه فى ضه قائلًا و يرجح صاحب الحمل فى دعوى البهيمه الحامله و ان كان للاخر عليها يد يقبض زمام و نحوه لدلاله الحمل على كمال استيلاء مالكه عليها فيرجح و تبه على لك أيضا قائلًا و يمكن ان يكون المراد ان احدهما قابض بزمامه و للاخر عليه حمل ليكون معادلا- بمسأله الزاكب و قابض اللّجام فأنهما و ان استويا فى الحكم عنده أآ انّ مسئله الحمل اقوى و لهذا لم يذكر فيها خلافا و وجهه انّ الحمل اقوى دليلا على كمال الاستيلاء فان الزكوب اسهل تعلقا من الحمل و فيما ذكره نظر و لكنّه فى غايه القوّه

## الثالث صرح فى لك بانه لو كان لأحدهما حمل و لا يد للاخر

فلا- شبهه فى ترجيح صاحب الحمل و صرح فى مجمع الفائده بانه مما لا ينبغى الخلاف فيه و مقتضى ما ذكره من الترجيح اطلاق يع و عد و د و كره و التحرير و اللّمعه و جامع المقاصد و هو المعتمد

## منهل لو تداعيا غرفه كائنه على بيت احدهما و بابها الى غرفه الاخرى

### اشاره

و لم يعلم بتصرفه فيها و ثبوت يده عليها بسكنى و نحوها كان الرّجحان لدعوى صاحب البيت فيحكم له بها كما صرح فى يع و الارشاد و القواعد و التحرير و كره و اللّمعه و س و جامع المقاصد و لك و ضه و مجمع الفائده و لهم و جهان احدهما ظهور الاتفاق عليه كما يستفاد من الكتب المذكوره لعدم اشارتها الى خلاف و لا اشكال فى ذلك و ثانيهما ما تمسك به فى كره و جامع المقاصد و لك و ضه من الغرفه موضوعه فى ملكه لان هواء بيته ملكه لان من ملك القرار ملك الهواء و زاد فى الثّانى فادعى الاتفاق على هذا و فى الاخيرين فصرح بانّ مجرد فتح الباب الى الغير لا يفيد اليد و لا الملك و اشار اليه فى الاوّل بقوله و فتح الباب يحتمل الاعاره و

### ينبغى التنبيه على امرين

## الأول أنّما يقدم قول صاحب البيت الذى عليه الغرفه بيمينه

كما صرح به في التحرير و س و لك بل الظاهر أنه مما لا خلاف فيه

### الثاني اذا كان من اليه الباب متصرفا في الغرفه المتنازع بسكنى و نحوها

ففيه احتمالات احدها انّ القول قول صاحب البيت ح أيضا و هو مقتضى اطلاق يع و د و التحرير و اللمعه و ثانيها انّ القول ح قول المتصرف فيها المذى اليه الباب و قد صرح به في كره و س و لك و ضه و صرح في جامع المقاصد بانه لا يخ عن قوه و اشار الى وجهه في الاخيرين قائلا بعد الاشاره الى ما تقدم من تقديم قول صاحب البيت هذا اذا لم يكن من اليه الباب متصرفا فيها

ص: ٣٩٣

بسكنى او غيره و الاقدم لان يده عليها بالذات لأنّ التصرف مقتضى له و ثبوت يد مالك بالتبعيه ليده التي هو على القرار و اليد الفعلية الذاتية اقوى و اولى من المتابعه و اشار الى ما ذكره في كره و س و جامع المقاصد و فيه نظر و ثالثها أنّهما يتساويان و لا يترجح احدهما على الاخر و قد اشار اليه في لك و ضه قائلا و يحتمل التساوى ح لثبوت اليد من الجانبين في الجملة و عدم تأثير قوه اليد كما سلف و لم اجد بما ذكره من الاحتمال قائلا فهو ضعيف من حيث ظهور الاتفاق على بطلانه فلاحتمال الثاني في غايه القوه و لم يرجح في عد و الايضاح شيئا من الاحتمالات المذكوره و انما صرحا بان المسأله محل اشكال و زاد الاخير قائلا ينشأ من تعارض اليد و قولهم انّ الهواء تابع للأرض في الملك و اشار الى هذين الوجهين في جامع المقاصد أيضا

### منهل لو وجد بنائه او خشبه او مجرى مائه كدولابه و نحو ذلك ملك غيره

و لم يعلم سببه كان ينتقل اليه بالارث فهل يكون ذلك مقتضيا للاستحقاق بحيث لا يجوز للمالك منعه من الابقاء و لا منعه من الاعاده لو انهدم او لا فيكون له ذلك فيه قولان احدهما انّ ذلك لا يكون مقتضيا للاستحقاق و ان القول قول مالك الارض و الجدار في عدم الاستحقاق و هو للقواعد و الايضاح و جامع المقاصد و لهم ما تبّه عليه في جامع المقاصد قائلا الاقرب عدم الاستحقاق تمسكا باصالة عدم الاستحقاق في ملك الغير و لأنّ اليد يقتضى الاختصاص بالانتفاع و الوضع اعم من الاستحقاق و غايه ما في الباب ان يكون بحق و هو اعم من العاربه التي يجوز الرجوع و قد صرح بالاصل المذكور في الايضاح أيضا و يعضد عموم قوله (ص) الناس مسلطون على اموالهم و قوله (ع) المؤمنون عند شروطهم و قوله (ع) لا ضرر و لا ضرار و قوله تعالى أو فوا بالعقود و ثانيهما ما تبّه عليه في جامع المقاصد قائلا بعد ما حكيناه عنه سابقا و خالف الشيخ في ذلك نظرا الى انّ الظاهر ان ذلك وضع بحق فلا يمنعه صاحب الملك من الابقاء الا اذا ثبت ذلك و قول الشيخ ضعيف و اشار في الايضاح الى وجه اخر لهذا القول بقوله وجه القرب اصالة عدم الاستحقاق في ملك الغير و من ثبوت اليد و المالك يدعى استحقاق ازلتها و الاصل عدمه و الاقوى الاوّل و ما قواه هو الاقوى عندى أيضا و لكن لا ينبغي ترك الاحتياط و على المختار يتوجه اليمين على المالك للجدار و الارض حيث يعلم بعدم الاستحقاق و يدعيه المعارض له كما صرح به في جامع المقاصد قائلا و اعلم انّ عبارته المص لا تخلو من مناقشه لأنّ من لا يعلم سبب كون بنائه في ملك الغير مثلا فاذا لم يعلم الاستحقاق فلا يدعيه فلا يتصور منه اليمين عليه ليكون قول المالك بيمينه مقدما و قد كان الاوّل ان يقول لو اختلف في الاستحقاق و عدمه فيما اذا كان بنائه في ملك

الغير فالاقرب انّ اليمين على المالك مع عدم البيّنه لأنّه المنكر و اذا لم يكن المالك لهما عالما بعدم الاستحقاق فلا يمين عليه و لا- على خصمه اذا لم يكن عالما بالاستحقاق و للأوّل ح منع الثّانى من الابقاء و الاعاده و اذا كان الثّانى عالما بالاستحقاق و الأوّل جاهلا به و بعدمه فهل تبطل الدّعوى ح او يحلف الثّانى على الاستحقاق فيثبت له فيه اشكال و لكن الاحتمال الاول فى غايه القوّه تمّ كتاب الصّلىح

ص: ٣٩٤

## كتاب الرهن

### اشاره

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين و الصّلاه و السّلم على خير خلقه محمد و آله الطاهرين كتاب مناهل الرهن

### مقدمه الرهن لغة على ما صرح به جماعه الثبات

و قيل الحبس و شرعا على ما صرح به بعض الاصحاب جعل العين وثيقه فى دين اذا تعذر استيفائه ممن هو عليه ليستوفى من ثمنه الدين و قيل هو المال يجعل وثيقه بالدين يستوفى من ثمنه ان تعذر استيفائه ممن هو عليه و قيل هو وثيقه الدين و قيل هو عقد شرع للاستيثاق على الدين

### منهل لا اشكال فى جواز الرهن و مشروعيته فى الجمله

### اشاره

و يدلّ عليه الادله الاربعه اما الكتاب فقولته تعالى فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ و اما السنّه فاخبار كثيره من طرق الخاصه و العامه بل هى متواتره كما صرح به فى الرياض و اما الاجماع فقد صرح به فى ير و كره و س و التنقيح و مجمع الفائده و قد حكى فى الرياض من المهذب و ظاهر الغنيه دعوى اجماع المسلمين على ذلك و هى ظاهره من كره و اما العقل فما اشار اليه فى التنقيح من ان الحكمه تدعوا الى مشروعيته فانه قد يضطر الى الاستدانه و لا يوثق فيؤخذ الرهن على الدين و

### ينبغى التنبيه على امور

### الاول لا يجب الرهن بلا خلاف و لا اشكال

و ممن صرح به الشهيد فى س و العلامه فى ير و كره و فيها دعوى الاجماع عليه صريحا مدعيا ان الامر فى الآيه الشريفه للإرشاد

### الثانى لا يشترط فى جوازه عدم الكاتب

بل يجوز مط كما فى كره و التحرير و فيه دعوى الاجماع عليه

كما فى يع و ير و عد و كره و س و لك و الكفايه و الرياض بل ادعى فى كره اتفاق عامه اهل العلم عليه و ظاهره دعوى الاجماع عليه كما هو ظاهر الكفايه و الرياض لا يقال يدفع ما يذكر مفهوم الشرط فى قوله تعالى وَ إِن كُنْتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ لَّأَنَّا نَقُولُ هُوَ لَا يَصْلِحُ لَدُنْكَ لِمَا اِشَارَ اِلَيْهِ فِى كَرِهٍ وَ سٍ مِنْ اِن اَلَايَةِ الشَّرِيفَةِ خَرَجَتْ مَخْرَجَ الْغَالِبِ اِذِ الْغَالِبِ عَدَمُ الْكَاتِبِ فِى السَّفَرِ

### منهل لا اشكال و لا شبهه فى ان الرهن من جمله العقود المتوقفه على الايجاب و القبول

#### اشاره

فلا يصح بدونهما كما صرح به فى الغنيه و فع و يع و صره و عد و ير و كره و جامع المقاصد و ضه و الكفايه و الرياض و صرح فيه بان ذلك ظاهر الاصحاب من غير خلاف يعرف و يصح الايجاب و القبول بالفاظ كثيره اما الالفاظ التى يصح بها الايجاب فمنها رهنك كما صرح به فى يع و كره و شد و ير و عد و س و عه و ضه و الكفايه و الرياض و منها ارهنتك كما صرح به فى لك و ضه و صرح فى كره و ير و س و التنقيح بانه لعه شاذه قليله و صرح فى لك بان شذوذها لم يبلغ حد المنع بل هى اوضح دلالة من كثير مما عدوه من الفاظ الايجاب و منها وثقتك بالتضعيف كما صرح به فى س و اللمعه و ضه و لك و منها هذا رهن عندك كما صرح به فى س و اللمعه و ضه و لك و منها هذا رهن على مالك كما صرح به فى ضه و اللمعه و منها هذا وثيقه عندك كما صرح به فى يع و شد و ير و عد و س و ضه و الكفايه و منها خذه على مالك كما صرح به فى س و ضه و منها خذه بمالك كما صرح به فى س و صرح فيه أيضا بانه لو اراد الوديعه او اشتبهه فليس برهن تنزيلا للفظ على أقل احتمالاته و هو جيد و اما الالفاظ التى يصح بها القبول فمنها قبلت كما فى الارشاد و التحرير و عد و اللمعه و س و ضه و منها رضيت كما فى كره و منها ارتهنت كما فى س و لا ينحصر الايجاب و القبول فيما ذكر من الالفاظ بل يجوز بكل لفظ دل على معناهما كما فى يع و عد و ير و ضه و لك و مجمع الفائده و الكفايه و الرياض و لهم و جوه منها ما تمسك به فى الرياض من عموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ مدعىا صدق العقد بكل لفظ دل على الامرين فاشترط امر زائد يحتاج الى دلالة و هى فى المقام مفقوده و خروج العقود اللازمه من الطرفين على تقدير تسليم اشراطها بالفاظ مخصوصه بالدليل لا يمنع من التمسك به فيما خلا عنه بناء على المختار الذى عليه معظم المحققين من الاصوليين من ان العام المخصص حجه فى الباقي و منها ظهور اتفاق الاصحاب عليه فى الجملة و منها خلو النصوص عن الاشارة الى توقفهما على لفظ مخصوص جنسا او نوعا او شخصا مع توفر الدواعى عليها و منها ما تمسك به فى لك قائلا- انما لم ينحصر هذا العقد فى لفظ كالعقود اللازمه لأنه جائز من طرف المرتهن الذى هو المقصود الذاتى منه فغلب منه جانب الجائز مط و اشار اليه فى مجمع الفائده أيضا و قد يناقش فيما ذكره بما اورده عليه فى الرياض من ان اعتبار ما لم يعتبر هنا فى العقود اللازمه انما هو للاقتصار فيما خالف الاصل الدال على عدم اللزوم على المتيقن و هو جار فى المقام لتضمنه اللزوم و لو من طرف الراهن و عدم اللزوم من جانب المرتهن غير قادم بعد كون المنشأ هو نفس اللزوم المخالف للأصل من حيث هو من دون اعتباره من الطرفين و فيه نظر اما اولا فلان اللزوم انما يلتفت اليه بعد الصحة و من الظاهر ان الاصل فى العقود الصحيحة

اللزوم فكيف يدعى مخالفته للأصل نعم الذى يخالف الاصل الصحه و هى غير اللزوم فت و اما ثانيا فللمنع من جواز الاستناد الى الاصل الذى ذكره فى جميع العقود بعد الاعتراف بدلاله قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ عَلَى صحتها كما اتفق له فلا يكون المستند فى اعتبار الفاظ مخصوصه فى العقود اللازمه هو الاصل بل امر اخر لا نسلم تحققه فى المقام نعم ما قرره فى لك امر اعتبارى و استحسان عقلى لا يصح الاستناد اليه فت و منها اطلاق ما دلّ على مشروعيه الرهن من الكتاب و السّنه كما اشار اليه فى مجمع الفائده مدعيا صدقه على غير العربى و غير الماضى و كلما يدلّ على رضاه الطرفين بالرهن سواء كان لفظا او كتابه او اشاره او معاطاه و يؤيده قوله ص المؤمنون عند شروطهم و قوله ص الناس مسلطون على اموالهم و

## يتفرع على ما ذكرناه امور

### احدها عدم اشتراط الماضيه

كما صرح به فى الرّوضه و الكفايه و الرياض و جواز الاتيان بصيغته المستقبل بقصد الانشاء كقوله ارهنك و اقبل منك الرهن و جواز الاتيان بصيغته الامر كقوله خذ بمالك و جواز الاتيان بالجملة الاسميّه كقوله هذه وثيقه و شرط العلامه فى كره و المحقق الثّانى فى جامع المقاصد الماضويه و علله فى الثّانى بصراحه الماضى فى الانشاء و بعدم الدليل الدال على ثبوت الرهن من دونه و هذا القول ضعيف لوجوه منها ما تقدم اليه الاشاره و منها انه يجوز ايقاع النكاح المنقطع بلفظ المستقبل و الامر فالرهن اولى لان النكاح اشد و يعضده مصير المعظم الى عدم اشتراط ذلك

و

### ثانيها عدم اشتراط العربيه

مط كما صرح به فى كره و س و مجمع الفائده و الكفايه فيجوز الاتيان بالامرين او باحدهما باى لغه اريد و يستفاد من المحقق الثّانى القول باشتراطها و هو ضعيف لوجوه منها ان العربيه ليست شرطا فى عقد البيع فعدم كونها شرطا فى عقديه الرهن اولى لان امر البيع اشد كما لا يخفى و منها ان الحكم باشتراط العربيه يفضى الى الحرج العظيم غالبا و الاصل عدمه فت و منها قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ لا- يقال يدفع ما ذكر ما اورده عليه فى جامع المقاصد من المنع من صدق العقد بالعجميه مع امكان العربيه لأننا نقول هذا المنع ضعيف فى الغايه بل هو يصدق على العقد الواقع بالعجميه مطلقا و لو تمكن من العربيه لغه و عرفا حقيقه لصحه التقسيم و الاستعمال مع وجود القدر المشترك و تبادره و عدم صحه السلب و الاطراد و صحه التقييد بالقيدين و حسن الاستفهام مع اصاله عدم الاشتراك و غير ذلك من امارات الاشتراك المعنوى لا يقال لفظ العقد صار حقيقه شرعيه فى العربى لأننا نقول ذلك ممنوع لعدم وجود شواهد النقل مع ان الاصل عدمه نعم قد يقال العقد ليس عباره عن نفس اللفظ الدال على الايجاب و القبول بل هو عباره عن اللفظ المستعمل فيهما و المراد به معناهما و لما لم يكن مجرد صدور اللفظ موجبا للعلم باراده معناه بل غايته الظن بذلك بناء على ما تقرر فى الاصول من ان دلالة الالفاظ كلها ظنيه لم يجز دعوى صدق العقد بمجرد صدور اللفظ الدال على الايجاب و القبول و كذا لم يجز دعوى صدق الرهن بذلك لأنه كالعقد فيما ذكر فلم يجز التمسك بعموم ما دل على لزوم الوفاء بالعقود و ما دل على صحه الرهن بمجرد صدور اللفظ الفارسي الدال على الايجاب و القبول الذى هو محل البحث على الصّححه فيه و هذا لا اشكال و ان كان واردا على الحكم بالصّححه بمجرد صدور اللفظ العربى الدال على الايجاب و القبول

لأنه كغير العربي لا يفيد العلم باراده المعنى بل غايته الظن لكن قام الدليل القاطع على اعتبار الظن المستفاد منه و يتبع و يحكم بالصحة معه و لم يقد دليل على اعتبار الظن المستفاد من غير العربي و الاصل عدم اعتباره فينبغي الحكم بالفساد معه بناء على ما هو التحقيق من ان الاصل في المعاملات الفساد و لعل هذا هو السر في مصير جماعه الى اعتبار امور في العقود اللازمه من العربيه و الماضويه و غير ذلك و اقتصارهم على القدر المجمع عليه او الذي قام الدليل عليه بالخصوص و عدم تمسكهم في موارد الشك في اشتراط كفييه خاصه في عقد لازم بعموم أو فوا بالعقود و نحوه و فيه نظر لأننا لا نسلم ان دلالة الالفاظ ظنيه مطلقا بل قد يكون قطعيه خصوصا اذا انضم اليها القرائن المفيده للقطع كما هو الغالب في الخطابات الشفاهيه فاذا حصل القطع باراده المعنى من العقد الواقع بغير العربي و جب الحكم بصحته لعموم قوله تعالى أو فوا بالعقود و نحوه فيبطل ح قول من يدعى اشتراط العربيه و غيرها هنا و في ساير العقود و لا- يمكن ان يدعى ان هذا الفرض خارج عن محل البحث هنا و في ساير العقود لان الضروره تشهد بعدم الخروج بل لا يبعد دعوى انحصار محل البحث فيه و كون دعوى اشتراط كفييه خاصه في العقد هنا و في غيره ليس لما ذكر بل لغير ما ذكر كما لا يخفى لا يقال اذا و جب الحكم بالاشتراط في صوره عدم العلم بالمراد و جب الحكم به في صوره العلم بالمراد اذ لا- قائل بالفصل لأننا نقول هذا مقلوب عليكم و ذلك لأنه اذا و جب الحكم بعدم الاشتراط في صوره العلم بالمراد و جب الحكم بعدم الاشتراط في صوره العلم بالمراد و جب العلم بالمراد لعدم القائل بالفصل و هذا اولي بالترجيح لان الحكم بالاشتراط في صوره عدم العلم بالمراد مستند الى الاصل و الحكم بعدم الاشتراط في صوره العلم بالمراد مستند الى العموم و من الظاهر انه اقوى من الاصل فينبغي ترجيحه مع ان دعوى عدم القول بالفصل محل اشكال و التحقيق ان يقال اذا حصل العلم بالمراد بالايجاب و القبول بغير العربي و بما اختلف في صحته فالاصل الصيحه للعموم المتقدم اليه الاشاره و ان لم يحصل العلم به فان حصل منه الظن على الوجه المعتبر عند اهل اللسان فالاقوى اعتباره و ان لم يحصل منه الظن المذكور فالاقرب عدم الصحه لا- يقال الرهن من العقود اللازمه فيتوقف لزومه على العربيه و ان حصل العلم بالمراد بغيرها و قد صرح بالمقدمتين في جامع المقاصد لأننا نقول كلتاهما ممنوعتان اما الاولى فلان

الرهن جائز من طرف

ص: ٣٩٦

المرتهن و ان كان لازما من جانب الراهن و ما يكون جائزا باعتبار لا- يكون لازما كما نبه عليه الشهيد الثاني فيما تقدم اليه الاشاره و اما الثانيه فلعدم قيام الدليل على ان كل عقد لازم يتوقف على العربيه و منها اطلاق ما دل على صحه الرهن من الكتاب و السنه لا يقال لا يجوز التمسك باطلاق المذكور هنا لما صرح به في جامع المقاصد من انه محمول على المتعارف من العربي لأننا نقول نمنع تعارف العربي بحيث ينصرف اليه الاطلاق لعدم وجود الشاهد عليه

و

**ثالثها جواز اللحن**

و

**اعطاء حاه: التحذ:**



## ينبغي التنبيه على امور

### الأول هل يشترط تقديم الايجاب على القبول مطلقا او لا

يشترط ذلك مطلقا او يشترط اذا كان القبول بلفظ قبلت و لا يشترط اذا كان بلفظ ارتهنت احتمالات اختار اولها فى الايضاح و جامع المقاصد و هو احوط و ان كان الاحتمال الثانى فى غايه القوه لعموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و اطلاق ما دلّ على مشروعيه الرهن و انه يجوز فى النكاح تقديم القبول اذا كان بغير لفظ قبلت و كذا فى البيع عند جماعه ففى الرهن اولى لما تقدم اليه الاشاره

### الثانى هل يشترط وقوع القبول بعد الايجاب فورا

بحيث يعد جزءا فلو تراخى احدهما عن الآخر كثيرا لم يعتد به او لا صرح بالأول فى جامع المقاصد و هو احوط و ان كان فى تعيينه نظر بل احتمال جواز التراخى مطلقا كما يستفاد من مجمع الفائده فى غايه القوه لعموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و اطلاق ما دلّ على مشروعيه الرهن لصدقه مع التراخى و خلوّ النصوص و معظم الفتاوى عن الاشاره الى لزوم الفوريه هنا

### الثالث هل يجوز المعاطات هنا كما فى البيع او لا

اختلف الاصحاب فيه فصرح فى مجمع الفائده بالأول و عليه فلا- يشترط اللفظ لا فى الايجاب و لا فى القبول مطلقا و لو كان قادرا عليه و يظهر من الارشاد و عد و اللغه و ضه الثانى و هو صريح التحرير و كره و لك و صرح فيه بان ظاهر الجماعه اشتراط القبول القولى و ربما يظهر من يع و الكفايه شرطيه اللفظ فى الايجاب دون القبول و المسأله لا- تخلو عن اشكال و الاحوط مراعات القول الثانى و ان كان فى تعيينه نظر بل القول الاول هو الاقوى لوجوه منها ان البيع يصح فيه المعاطات فالرهن اولى لما تقدم اليه الاشاره و يؤيده جواز المعاطات فى القرض و الهبه و الهديه و منها ان الرهن يصدق عرفا بالمعاطات فتصح فيه لعموم ما دلّ على مشروعيه الرهن و منها انه اذا صح الرهن بالالفاظ المفيده للظن بالمراد فجوازه بالمعاطات المفيده للعلم به اولى و منها خلو النصوص عن الاشاره الى شرطيه اللفظ فى الرهن مع توفر الدواعى عليه و منها ان المعهود من سيره المسلمين عدم الالتزام باللفظ فى عقد الرهن و لو كان شرطا فيه لما كان كك و منها ان اللفظ لو كان شرطا لما كان الراهن مسلطا على ماله بجعله رهنا من غير صيغه و التالى باطل لعموم قوله (ص) الناس مسلطون على اموالهم فالمقدم مثله لا يقال المشهور اشتراط اللفظ فيجب الحكم به لاین الشهره حجه لإفادتها الظن و الاصل فيه الحجيه لأننا نقول لا نسلم ثبوت الشهره فى ذلك سلمنا و لكن لا نسلم حجيتها سلمنا و لكنها لا تصلح لمعارضه الوجوه المتقدمه فت و لا يقال عموم ما دل على انه لا يحرم و لا يحلل الا الكلام يقتضى اشتراط اللفظ هنا لأننا نقول هذا لا يصلح لإثبات ذلك من وجوه عديده لا تخفى و لا يقال يدل على ذلك ما تمسك به فى كره عليه من ان المعاطات لا بد فيها من التراضى بين المتعاملين و الرضا من الامور الباطنيه الخفيه عنا و لا يمكن التوصل الى معرفته الا بالصيغ الداله عليه و استحسنة الشهيد الثانى لأننا نقول هذا أيضا لا يصلح للدلاله على ذلك كما حققناه

سابقا و على المختار هل يشترط العلم بالمراد فى صورته المعاطات او يكفى الظن به الاقرب الاوّل للأصل و عدم الدليل على اعتبار الظن هنا

### الرابع لو قلنا باشتراط اللفظ فى عقد الرهن و حصل العجز منه

فصرح فى بيع و عد و كره و س و الكفايه و الرياض بكفايه الاشاره الداله على الرضا ح و يستفاد من اطلاق كلامهم جواز ذلك و ان قدر على التوكيل او على النطق فى زمان متأخر و عدّ فى التحرير و عد من افراد الاشاره الداله على الرضا الكتابه و أطلق و الحق عنها بنفسها لا تكفى بل يعتبر معها انضمام امر اخر يحصل معهما العلم بالمقصود وفاقا للشرائع و كره و جامع المقاصد و لك و ضه و الرياض و عله فى الثالث و الرابع و الاخير بانه لا يعلم من الكتابه المقصود و لإمكان العبث او اراده امر اخر و اورد عليه بانه لا يعتبر فى الاشاره دفع امكان غيره فى الواقع لاحتمال اللفظ الصريح ذلك أيضا بل المعتبر الافهام المقصود عرفا و هو حاصل بها و فيه نظر

### منهل لم اجد احدا من الاصحاب ينبه على صحة الرهن من الفضولى اذا اجاز المالك

و احتمال الصّحه عندى فى غايه القوه لعموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و لفحوى ما دل على صحة بيع الفضولى و نكاحه

### منهل فوائد الرهن و منافعه التى تحدث بعده متصله كانت او منفصله للراهن المالك

و لا تكون للمرتهن و قد صرح بذلك فى النافع و يع و التبصره و شد و ير و عد و لك و مجمع الفائده و الكفايه و الرياض و هؤلاء منهم من أطلق كون المنافع للراهن و منهم من صرح بعدم الفرق بين المنافع المتصله و المنفصله و هو العلامه فى ير و الشهيد الثانى فى لك و الفاضل الخراسانى فى الكفايه و لهم وجوه منها ما تمسك به فى مجمع الفائده من ان نماء ملك شخص يكون له حتى يتحقق الناقل و عقد الرهن لا يقتضى ذلك و هو ظاهر و منها حكايه الرياض عن كشف الحق و غيره دعوى الاجماع على ان فائده الرهن مطلقا للراهن و يعضدها نسبه ذلك الى الاصحاب بلفظ عندنا و منها الحسن كالصحيح لعبد الله بن سنان عن ابي عبد الله قال قضى امير المؤمنين (ع) فى كل رهن له غله ان غلته تحسب لصاحب الرهن مما عليه و منها موثقه اسحاق بن عماد عن الصادق (ع) فى حديث انه سأله عن رجل ارتهن دارا لها غله لمن الغله قال لصاحب الدار و يعضدها خبر محمد بن قيس و ابي العباس عن الباقر (ع) و الصادق (ع) و منها ما تمسك به فى الرياض من ان هلاك الرهن من الراهن فيكون نمائه له اما الاول فللدلاله روايات معتبره عليه مع ظهور الاتفاق عليه و اما الثانى فللدلاله بعض الاخبار المعتبره على التلازم بين الامرين و

ص: ٣٩٧

يؤيده الموافقه للحكمه الربانيه

### منهل اذا رهن حيوانا فتجدد له حمل بعد الرهن و لم يشترط دخول الحمل فيه و لا عدمه

اشاره

فهل يدخل الحمل فى الرهن و يتبع الاصل فيه او لا اختلف الاصحاب فى ذلك على قولين الاول انه لا يدخل فى الرهن و هو للتبصره و ير و كره و لف و شد و عد و الايضاح و التنقيح و جامع المقاصد و لك و ضه و مجمع الفائده و الكفايه و المحكى فى جملة من الكتب عن الخلاف و ط و س عن المحقق الثانى انه يدخل و هو للاستبصار و يع و فع و للمعه و غايه المراد و س و ض و المحكى فى جملة من الكتب و الاسكافى و المفيد و الشيخ فى يه و الحلبى و التقى و القاضى و ابن حمزه و حكاه فى الرياض عن ابن زهره أيضا و صرح بدعوى الشهره عليه فى الدرّوس و جامع المقاصد و لك و الكفايه و الرياض للأولين وجوه منه ما اشار اليه فى المختلف و الايضاح و غايه المراد و التنقيح و جامع المقاصد و لك و الكفايه من ان لفظ العقد لا يدل على الدخول بشىء من الدلالات فالاصل عدم الدخول و ان الاصل فى الملك ان يتصرف مالكة فيه كيف شاء لعموم قوله (ص) الناس مسلطون على اموالهم خرج منه الاصل بوقوع الرهن عليه فيبقى الباقي و منها ما تمسك به فى لف من خبر السكونى الذى وصفه بالموثقيه عن جعفر عن ابيه عن على (ع) قال قال رسول الله (ص) الظهر يركب اذا كان مرهونا و على الذى يركب نفقته و الدر يشرب اذا كان مرهونا و على الذى يشرب نفقته فاثبت (ع) للرهن منفعة الحلب و الركوب و ليس ذلك للمرتهن اجماعا و لانتفاء ملكه فيبقى ان يكون للراهن لا- يقال ليس فى الروايه دلالة على عدم دخول الحمل المتجدد لاختصاص موردها بغيره لأننا نقول ذلك غير قادح بعد ظهور عدم القائل بالفصل بين محل البحث و مورد الروايه و قد يقال ليس فيها تصريح بالمدعى نعم اطلاق تجويز استيفاء المنفعة من المرهون للراهن ربما كان دليلا على المدعى لكنه لا يتجه على القول المنسوب الى المعظم من عدم جواز تصرف الراهن فى الرهن مطلقا و مع هذا فقد يمنع من الاطلاق باعتبار قوه احتمال كون المقصود فى الروايه بيان جواز التصرف فى منافع الرهن فى الجملة لا مطلقا و بالجملة دلالة هذه الروايه على المدعى محل اشكال و لعله لذا لم يتعرض لها كثير من الاصحاب فى هذه المسألة فت و منها ما تمسك به فى لف أيضا من خبر اسحاق بن عماد عن الصادق (ع) الذى وصفه بالصحة فيه و فى الايضاح و لك و فيه قلت فان رهن دارا لها غله لمن الغله قال لصاحب الدار و فيه نظر للمنع من دلالة على المدعى اما اولاً- فلظهوره فى وجود الغله حين الرهن و هو غير محل البحث و اما ثانيا فلما ذكره فى الايضاح و لك و الرياض من انه تضمن ان الغله لصاحب الاصل و لا نزاع فيه اذ لا يلزم من دخوله فى الارتهان خروجه عن الملك و فيه نظر لان ما ذكره انما يتجه على تقدير كون اللام للملك و هو ممنوع بل الظاهر منها الانتفاع و عليه تكون الروايه دليلا على المدعى لدلالاتها على جواز انتفاع الراهن بالغله مطلقا و هو لا يصلح مع كونها رهنا و قد يمنع من ظهور اللام فى الانتفاع بل هى محتمله له و للملك من غير ترجيح و مع تساوى الاحتمالين تكون الروايه مجمله فلا دلالة فيها على المدعى و للآخرين وجهان احدهما ما حكى فى التنقيح عن بعض الفضلاء الاحتجاج به على الدخول من انا اذا شككنا فى مالك النماء فى غير هذه الصورة اهون زيد او عمر و حكمنا بتبعيته لأصله و دخوله فى ملك مالك اصله و لهذا حكم الاصحاب بان حمل المدبره بعد التدبير مدبر كأمره عند الاطلاق و لا قائل بالفرق و فيه نظر للمنع من تبعيه النماء للأصل فى الرهن و ان تبعه فى الملك و قد اشار الى هذا فى التنقيح و ضه و لك و الرياض و القياس على حمل المدبره باطل مع انه مع الفارق لما اشار اليه فى التنقيح و لك و الرياض من ان تبعيه ولد المدبره لتغليب جانب العتق و دعوى عدم القول بالفصل بينهما باطله و ثانيهما دعوى السيد فى الانتصار و الحلى فيما حكاه عنه فى لف و الايضاح و غايه المراد و الكفايه و الرياض و الاجماع على دخول المتجدد فى الرهن و عزائها فى الرياض الى ظاهر الغنيه مصرح فيه بانه معتضد بالشهره و اجاب عنه فى لف و الايضاح و

لك و ضه بعدم ثبوته و بالمنع منه بل صرح الاول بانه خطأ لا برهان و لا مستند له و هو ضعيف اذ لا وجه للتخطئه من عقل و لا نقل و عدم الثبوت لا يمنع من جواز الاستناد اليه بناء على المختار الذى عليه معظم المحققين من الفقهاء و الاصوليين من حجية

الاجماع المنقول بخبر الواحد العدل و لذا عول عليه والدى العلامه و كذا الشهيد فى غايه المراد قائلًا و حكم الاصل يخالف للدليل و اى دليل اقوى من الاجماع و نقله بخبر الواحد مقبول و نعم ما قال فاذن الاقرب هو القول الثانى و

**ينبغى التنبيه على امور**

### **الاول يلحق بالحمل المتجدد ثمره النخل و الشجر المتجدده**

و كذا يدخل الورق و السعف و الغصن المتجددات و يدخل الصوف و اللبن المتجددات فى رهن الغنم و الحيوان و بالجمله ما يكون من نماء الرهن المنفصل المتجدد و من فوائده و زوائده المنفصله المتجدده يدخل فى رهن الاصل لان الظاهر انه لا قائل بالفصل بين الحمل للتجدد و غيره من ساير افراد النماء فكل من ادخل الحمل المتجدد ادخل غيره و كل من لم يدخله لم يدخل غيره و اختصاص بعض العنونات بالحمل لا يقدح فيما ذكر فان معظم الكتب كالمختلف و عد و كر و ير و س اللمعه و التنقيح و لك و الروضه و الكفايه جعلت العنوان و محل البحث النماء المتجدد و فوائده الرهن و زوائده المتجدده و مثل فى لك و الكفايه للمنفصل منها بالثمره و الولد و للمتصل منها بالشعر و الثمره قبل الجذاذ و حكى فى الرياض عن الانتصار و السرائر و ظاهر الغنيه دعوى الاجماع على دخول النماء المتجدد و ادعى الشهره عليه أيضا و لم يتبّه احد على الفرق بين الحمل و غيره فيظهر من ذلك عدم القائل بالفصل بين الامرين

### **الثانى هل يدخل الفرس و الزرع المتجددان فى رهن الارض او لا**

الاقرب الاخير كما صرح به فى النافع و يع و ير و عد و الكفايه و هو ظاهر جامع المقاصد و لك بل صرح والدى العلامه قدس سره بانه لم نجد فيه خلافا لنا الاصل و ظهور الاتفاق عليه لا يقال ما دل على دخول النماء المتجدد فى رهن

ص: ٣٩٨

الاصل يقتضى الدخول هنا لأننا نقول لا نسلم ذلك لان الغرض و الزرع لا يسمى نماء الارض كما صرح به فى جامع المقاصد و لك سلمنا و لكن لا دليل على ذلك سوى الاجماع المنقول المتقدم اليه الاشاره و هو هنا موهون بما تقدم اليه الاشاره

### **الثالث لو شرط الراهن خروج النماء المتجدد صح**

و لم يدخل كما فى اللمعه و جامع المقاصد و ضه و لك و الكفايه و الرياض لعموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و عموم قوله (ع) المؤمنون عند شروطهم

**منهل لو رهن حيوانا حاملا و لم يشترط دخول الحمل فى الرهن و لا عدمه**

**اشاره**

و أطلق لم يدخل الحمل فى الرهن كما فى الانتصار و المراسم و النافع و صره و شد و ير و لف و كره و التنقيح و لك و مجمع

الفائده و الرياض و هو ظاهر القواعد بل عزاه في لف الى اكثر علمائنا و حكى فيه و في غيره عن الاسكافي القول بالدخول و هو ضعيف لوجوه منها دعوى الاجماع على عدم الدخول في صريح الانتصار و التنقيح و الرياض و منها الشهره العظيمه التي لا يبعد معها دعوى شذوذ المخالف و منها اصاله عدم الدخول مع عدم دلالة العقد على الدخول بشىء من الدلالات الثلث كما صرح به في كره و لف و عدم دليل من الشرع على الدخول بالخصوص و اما ما قيل من ان النماء تابع للملك فيلزم الحكم بالدخول هنا فضعيف كما اشار اليه في لف و يؤيده الوجوه المذكوره ما تمسك به في كره على عدم الدخول من روايه اسحاق روايه اخرى فيها الرهن من رهنه له غنمه و عليه غرمه و

## ينبغي التنبيه على امور

### الاول لا فرق فيما ذكر بين كون الحمل مما تحله الحيوه او لا

كما هو ظاهر اطلاق الكتب المتقدمه المتضمن بعضها دعوى الاجماع على عدم الدخول

### الثاني لا فرق فيما ذكر أيضا بين حمل الانسان و غيره

كما هو صريح المراسم و ظاهر ما عداه من الكتب المتقدمه

### الثالث ان شرط الدخول دخل كما في كره و ير و التنقيح

و مجمع الفائده لعموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و قوله (ص) المؤمنون عند شروطهم

### الرابع يدخل الصوف الذي على ظهر الحيوان في رهنه

كما صرح به في موضع من كره و اختاره في جامع المقاصد محتجا بكونه جزءا حين الاتصال و انما يخرج عن الجزئيه بعد الانفصال و ذهب بعض الاصحاب الى انه لا تدخل مطلقا و صرح في لف بانه لا يدخل الصوف المستجز و هو الذي بلغ مبلغا يجز عند بلوغه عاديا له الى اكثر علمائنا و صرح بدعوى الشهره عليه في لك و يظهر من بعض التوقف في المسأله

### الخامس هل يدخل اللبن في رهن الحيوان او لا

تردد في ذلك في كره و عد و صرح في جامع المقاصد بان منشأ التردد في انه جزء نظرا الى انه من جمله رطوبات البدن كما يشهد بان العاده قاضيه بأخذه و بكونه منظورا اليه بخصوصه فلا يكون داخل في مسمى اللفظ و ربما يستفاد منه الخروج و هو في غايه القوه و لكن مراعات الاحتياط اولي

### السادس صرح في كره بعدم دخول البيض في رهن ما يبيض

و هو الاقرب

## السابع لو رهن نخلا فيه ثمر و لم يشرط دخوله فيه لم يدخل فيه

كما صرح في المراسم و النافع و الكفايه و قيل يدخل فيه و هو ضعيف و كذا لو رهن شجرا فيه ثمر و لم يشرط دخوله فيه لم يدخل كما صرح به في الاولين و الشرائع و عد و كره و لف و س و التنقيح و جامع المقاصد و لك و ض و حكاه في لف عن اكثر علمائنا و قيل يدخل و هو ضعيف لما تقدم اليه الاشاره و لا فرق في ثمر النخل بين المؤبر و غيره كما صرح به في يع و كره و الكفايه و يظهر من المراسم و النافع و عد و س و جامع المقاصد و لك و ض لا يقال يدخل غير المؤبر في البيع فيدخل في الرهن لاتحاد السبب لأننا نقول ذلك ممنوع فت و لو شرط دخول ثمر الشجر و النخل دخل كما في كره و ير و س و التنقيح لعموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ وقوله (ص) المؤمنون عند شروطهم و غلبه لزوم الوفاء بالشروط

## الثامن لو رهن شجرا يقصد ورقه كالحناء

و الاس فصرح في ير بانه لا يدخل الورق في الرهن و فيه اشكال بل الاقرب انه يدخل لأنه المفهوم عرفا و لان الورق جزء من الشجر المرهون فيدخل كسائر الاجزاء

## التاسع لو رهن شجرا فهل يدخل الاغصان اليابسه

التي جرت العاده بقطعها كالسعف اليابس استشكل فيه في عد و صرح في الايضاح بان منشئه من حيث اعتبار قطعها فصارت كالثمره و من انها اجزاء فتكون تابعه و صرح في كره و جامع المقاصد بالدخول و هو المعتمد لأنه المفهوم عرفا و لما صرح به في جامع المقاصد من كونها اجزاء حقيقه و انما تخرج عن الجزئيه بعد الانفصال لا يقال لا نسلم كونها اجزاء لصدق اسم الشجر بعد قطعها اذ لو كانت جزءا لما صح الصدق حقيقه اذ بانتفاء الجزء ينتقى الكل لأننا نقول جزئيه الاغصان للشجر كجزئيه اليد للإنسان فكما انها تدخل في رهنه فكذلك الاغصان و الشبهه المذكوره جاريه فيها أيضا فما هو الجواب عنها هنا فهو الجواب عنها في الاغصان و التحقيق ان الغصن و اليد ليستا جزئيتين لمفهوم الشجر و الانسان بل للموجود الخارجى الذى يرهن و المعبر فى الرهن هذا لا المفهوم الكلى فت

## العاشر صرح بعض الاصحاب بانه لا يدخل فى رهن الاشجار البياض

الذى بينها و هو جيد لان عقد الرهن لا يدل على الدخول بشىء من الدلالات كما لا يخفى و الاصل عدمه

## الحادى عشر هل يدخل محلّ الغرس فى رهن الشجر او لا

استشكل فيه في عد و صرح في الايضاح بان منشأه من حيث ان منفعتة لا تتم الا به و من انه ليس جزءا منه و الاصل عدمه و لأنه لا يدخل فى البيع فلا يدخل فى الرهن لأنه اضعف من البيع و صار فى التحرير الى الثانى و هو ظ س و هو الاجود

## الثانى عشر لو رهن الارض فلا يدخل فيه ما فيها من الزرع و النخل

و الشجر و البناء اما عدم دخول الزرع فيه فقد صرح به فى المراسم و النافع و الشرائع و التنقيح و الكفايه و الرياض و صرح فيه و فى التنقيح بعدم سماعهما الخلاف فى ذلك و اما عدم دخول النخل فيه فقد صرح به فى بيع و هو ظاهر التحرير و لك و اما عدم دخول الشجر فيه فقد صرح به فى بيع و عد و كره و الكفايه و هو ظاهر التحرير و جامع المقاصد و لك و اما عدم دخول البناء فيه فقد صرح به فى كره و ير و الظاهر ان عدم دخول المذكورات مما لا خلاف فيه و يدل عليه مضافا الى ما ذكر الاصل و عدم دلالة عقد الرهن على الدخول بشىء من الدلالات كما اشار اليه فى كره قائلا ان الاشجار و الابنيه ليست جزء من المسمى و هو الارض و لا عينه و لو قال رهن الارض بحقوقها

ص: ٣٩٩

فهل يدخل ما ذكر او لا حكى عن الشيخ القول بدخول الشجر ح و تردد فى بيع فى دخوله و دخول الزرع و النخل و منع فى عد من دخول الشجر و فى كره منع منه و من دخول البناء و فى جامع المقاصد و لك منع من دخولهما و من دخول الزرع محتجين بانها لا تعد من حقوقها لغه و لا عرفا و صرح فيهما و فى كره بدخول المذكورات لو قال بجميع ما اشتملت عليه و هو جيد و لو شرط دخول الشجر فى رهن الارض مجردا عن القولين المذكورين دخل كما صرح به فى عد

### الثالث عشر صرح فى كره بعدم دخول اس البناء فى رهن

و هو حسن ان اراد منه مقر البناء و تأمل فيه فى عد و صرح فى الايضاح بان منشأ من حيث ان منفعة البناء لا تتم الا به و من انه ليس جزء منه و الاصل عدمه و لأنه لا يدخل فى البيع فلا يدخل فى الرهن لأنه اضعف من البيع و ان اراد ما هو مستور من الحائط فالحق الدخول لأنه جزء و كل جزء يدخل فى رهن الكل

### الرابع عشر صرح فى ير و كره بعدم دخول سكنى الدار

و خدمه العبد فى رهنهما و هو جيد

### الخامس عشر فوائد الرهن المتصله التى لا تقبل الانفصال

كالسمن و الطول و تعلم الصنعه تتبع الاصل فيكون رهنا سواء كانت موجوده حال الرهن أم متجدده بعده و قد نبه على تبعيه السمن للأصل فى كره و ير و عد و مجمع الفائده و فيه و فى كره دعوى الاجماع عليه و صرح بتبعيه الطول له فى لف و كره و غايه المراد و س و التنقيح و ضه و الكفايه و هو ظاهر التحرير و عد و لك و مجمع الفائده و الرياض بل صرح بدعوى الاجماع عليه فى كره و لف و ضه و هى ظاهره من التنقيح و غايه المراد و الكفايه و اما المنافع و الزوائد المنفصله الحاصله عند الرهن فقد أطلق فى ير و عد و لف و كره و التنقيح عدم دخولها فى رهن اصلها الا مع اشتراط الدخول و عزاه فى لف الى اكثر علمائنا و صرح فى لك بدعوى الشهره عليه بل صرح فى التنقيح بدعوى الاجماع عليه و احتج عليه فى لف بان العقد يتناول الاصل و ليس النماء جزءا من المسمى فلا يدخل فيه و حكى فيه عن الاسكافى اطلاق القول بدخولها و فى اطلاق كلا القولين نظر بل التحقيق ان كلما دل عباره عقد الرهن بحسب اصطلاح المتعاقدين على دخوله دخل مط و لو كانت الدلاله الالتزاميه معتبره عند

اهل اللسان و ذلك لعموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و ظهور اتفاق الاصحاب عليه و كلما لم تدل العبارة على دخوله بشىء من الدلالات لم تدخل و ان توقف وجود الرهن و ابقائه عليه و ذلك للأصل السليم عن المعارض

## منهل اختلف الاصحاب فى توقف صحة الرهن على القبض على قولين

### اشاره

الاول انه لا- يتوقف عليه و هو للإرشاد و لف و عد و كره و ير و الايضاح و جامع المقاصد و لك و ضه و الكفايه و مجمع الفائده و المحكى فى جملة من الكتب عن الخلاف و موضع من المبسوط و ابن ادريس الثانى انه يتوقف عليه و لا يصح بدونه و هو للمراسم و النافع و الشرائع و مجمع البيان و اللّمعنه و غايه المراد و س و التنقيح و ض و المحكى فى لف و غيره عن الاسكافى و المفيد و الشيخ فى النهايه و موضع من المبسوط و ابى الصلاح و ابن البراج و ابن حمزه و فى الرياض عن ابن زهره و صرّح فيه بانه الاشهر للأولين و جوه منها ما تمسك به فى لف و الايضاح و جامع المقاصد و مجمع الفائده من عموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ لا يقال يدفع ما ذكر ما اورده عليه فى التنقيح من ان الوفاء بالعقد انما يجب اذا حصل شرطه لا مطلقا و الا وجب الوفاء بالفساد لأننا نقول لا نسلم شرطيه القبض بل العموم يقتضى عدمها كما لا يخفى و عدم وجوب الوفاء بالفساد انما هو لدليل من الخارج و لا يجوز قياس محل البحث عليه و منها ما تمسك به فى مجمع الفائده من عموم قوله ص المؤمنون عند شروطهم و منها ما تمسك به فى مجمع الفائده و الكفايه من ان الظاهر ان القبض غير معتبر فى مفهوم الرهن و حقيقته و الرهن المذكور فى الاخبار المترتب عليه احكامه اعم من المقبوض و غيره فلا- بد فى القول باشتراط القبض فى الصّححه و اللزوم من حجه تدل على التخصيص او التقييد فى تلك الاخبار الكثيره و هى مفقوده و فيها الصّحاح و غيرها و اورد عليهما فى الرياض اولاً- بالمنع من فقد الحججه على الامرين بل هى موجوده و هى ما دل على اشتراط القبض فى الرهن و سيأتى اليه الاشاره و ثانيا بان المتبادر من اطلاق الرهن المقبوض لندره غير المقبوض منه بالبديهه و ثالثا بان انصراف الاطلاقات الى العموم مشروط بعدم ورودها لبيان حكم اخر غير ما يتعلق بنفسها و ليست اطلاقات الاخبار المذكوره هنا ككك جدا فلا عموم فيها مضافا الى انه بعد ملاحظه الاخبار المتضمنه لها يحصل الظن القوى المتأخّم بالعلم بتلازم الرهن و الاقباض بحيث كادت تدل على انه جزء من مفهومه كما حكى عن بعض اهل اللّغه و بذلك ينادى سياقها و ان اختلفت فى الدلاله عليه ظهورا و خفاء و قد يجاب عما عدا الايراد الاول بان ترك الاستفصال فى جملة من الاخبار يفيد العموم و يمنع من الانصراف الى الشائع باعترافه على ان شيوع المقبوض بحيث ينصرف اليه الاطلاق ممنوع و قد اشار الى ما ذكر فى مجمع الفائده قائلا بعد الاشاره الى الاخبار المذكوره لو كان القبض شرطا لما كان ينبغى ترتيب الاحكام على محض الرهن من غير ذكر القبض و عدمه بل يجب التفصيل لثلا يحصل الاغراء بالجهل و لهذا قالوا ترك التفصيل فى امثال ذلك دليل العموم و اما ما ادعاه من افاده الاخبار المذكوره التلازم بين الرهن و الاقباض فغير ثابت مضافا الى دلالة الاصله القاطعه على عدم الجزئيه فت و منها قوله تعالى فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ اذ لو كان القبض جزء مفهوم الرهن لكان قوله تعالى مقبوضه صفة موضحه مؤكده و من الظاهر انها على خلاف الاصل و قد تمسكك بعض بهذه الآيه الشريفه على نفى شريطه القبض و فيه نظر كما فى استدلال اخر على ذلك باصالة عدم الاشتراط و للآخرين وجوه أيضا منها ما تمسكك به فى الروضه من الاصل و لعله اشار به الى ما ذكره فى مجمع الفائده من ان الاصل عدم حصول ما يقتضى منع الراهن عن التصرف فى ماله و خرج بعد القبض بالإجماع و بقى الباقي و فيه نظر لاندفاعه بالعمومات المتقدّمه و منها ان القبض لو لم يكن شرطا فى صحة الرهن لما اوجب فيه و التالى باطل فالمقدم مثله اما الملازمه فظاهره و اما بطلان التالى



فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ لظهور الجملة الخبرية هنا في الامر كما في كثير من المواضع لا- يقال الملازمه ممنوعه لجواز ان يكون القبض واجبا تعبدا يترتب على تركه العقاب و لا يكون شرطا لأننا نقول الاحتمال المذكور و ان صح عقلا و لكنه مدفوع بظهور عدم القائل بالفصل بين الامرين مضافا الى ندره الوجوب التعبدى فى المعاملات و لا يقال الآيه الشريفه لا تدل على فساد الرهن بدون القبض الا- بدليل الخطاب و مفهوم الصفه و هو ليس بحجه و لذا منع من دلاله الآيه الشريفه على الشرطيه فى لف و الايضاح و لك و مجمع الفائده لأننا نقول ليس مبنى الاستدلال بالآيه الشريفه على شرطيه ما ذكر بل مبناه ما بيناه سابقا من ظهور الجملة الخبرية فى الوجوب و ليس المراد التعبدى فتعين ان يكون المراد الشرطى فثبت به المدعى و لذا صرح فى جامع المقاصد و لك بانه تعالى امر بالرهن المقبوض فلا يتحقق المطلوب شرعا بدون القبض كما شرط التراضى فى التجاره و العداله فى الشهاده حيث قرنا بهما لا يقال هذا انما يتم على تقدير ظهور الامر فى الواجب العينى و هو ممنوع بل غايه ما يستفاد من الامر الوجوب المطلق الشامل للعينى و التخييرى و على هذا لا- يتجه الاستدلال بالآيه الشريفه على اشتراط القبض فى الرهن الا على تقدير حجيه مفهوم الصّفه لان كون الرهن المقبوض فردا للواجب لا يمنع من ان يكون الغير المقبوض فردا له كما لا يخفى لأننا نقول الظاهر من اطلاق الامر هو الوجوب العينى كما حققناه فى كتبنا الاصوليه فيتجه الاستدلال بالآيه الشريفه على ذلك و لا يقال غايه ما يستفاد من الآيه الشريفه هو وجوب القبض عينا فى الرهن فى السفر لا مطلقا فالدليل اخص من المدعى لأننا نقول الاخصيه هنا غير قاده بعد ظهور عدم القائل بالفصل بين السفر و غيره فى هذا الحكم و لا يقال يدفع التمسك بالآيه الشريفه على المدعى ما اورده عليه فى لف و الايضاح قائلين انها دليل لنا لان القبض لو كان كالايجاب و القبول لكان قوله تعالى مَقْبُوضَةٌ تكرر لا فائده فيه و كما لا يحسن ان يقول مقبوله كذا لا يحسن ان يقول مقبوضه لأننا نقول ما ذكره لا يصلح للدفع لان القبض كالايجاب و القبول فى توقف صحه الرهن عليه لا- فى توقف صدق المفهوم و لا- امتناع فى ان يكون الشىء مما يتوقف عليه الصّححه دون المفهوم و اغلب ما يتوقف عليه صحه المعاملات من هذا القبيل بناء على ما هو التحقيق من ان اكثر الفاظ المعاملات وضعت للأعم من الصحيح و الفاسد لا للصحيح خاصه و ح لا يلزم التكرار بالتوصيف بقوله تعالى مَقْبُوضَةٌ على تقدير توقف حصه الرهن على القبض بل يكون ذلك تقييدا لإطلاق قوله تعالى فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ و هو تاسيس موافق للأصل و قد اشار الى ما ذكرناه فى غايه المراد و التنقيح و هو اولى مما اجاب به فى جامع المقاصد و لك عن الايراد المذكور من ان الصفه قد تكون كاشفه كوصف التجاره بالتراضى و ذلك لاندفاعه بما ذكره فى مجمع الفائده و الكفايه من ان الاصل فى الصفه ان تكون مخصصه لا- مؤكده لا- يقال كل من قال يتوقف الرهن على القبض جعله جزء مفهوم الرهن و لا ينافيه كون الرهن لغه اعم من المقبوض و غيره لصيرورته حقيقه فى الاول شرعا لأننا نقول لا نسلم جميع ذلك لعدم قيام الحجه عليه و لا يقال الآيه الشريفه سيقى لبيان الارشاد و ذلك لا يتم الا بالاقباض كما لا يتم الا بالارتهان فلاحتماء يقتضى القبض كما انه يقتضى الرهن فكما ان الرهن ليس شرطا فى الدين فكذا القبض ليس شرطا فى الرهن و قد صرح بهذا الايراد فى لف و الايضاح و الروضه و لك و مجمع الفائده و اشار اليه أيضا فى جامع المقاصد و احتج فى الثالث و الرابع على كون الامر للإرشاد بان اشتراط السفر فى الآيه الشريفه و عدم الكاتب يرشد الى كونه للإرشاد و بان استدانه القبض ليست شرطا بل لو وكل المرتهن الراهن فى القبض تحقّق عند القائل به فلا- يتحقق الغايه المطلوبه منه و قد صرح فى الرابع بدعوى الاجماع على عدم اشتراط

الاستدانه كما يستفاد من جامع المقاصد و صرح في الخامس بدعوى الاتفاق على ان الامر في الآيه الشريفه للإرشاد و حكي في كره دعوى الاجماع على ان اصل الرهن غير واجب و نفى أيضا الشك في ان السفر و عدم الكاتب غير شرط مفرعا عليه عدم اشتراط القبض و مشيرا الى ما في ضه و لك من الحجه الاخيرہ على كون الامر في

الآيه للإرشاد لأننا نقول هذا مدفوع بما اجاب به عنه في غايه المراد من ان الآيه الشريفه دلت على شرعيه الرهن مع القبض فاذا لم يقبض كان منفيًا بالاصل لا- بدليل الخطاب و فيه نظر بل الانصاف ان هذا الجواب في غايه الضعف و لا يقال ان مقتضى مفهوم الشرط في الآيه الشريفه صحه الرهن في غير السفر من غير قبض فيكون هذا المفهوم دليلا- على القول الاول و ترك المفهوم ليس باولى من التاويل في المنطوق لأننا نقول منع الاولويه باطل قطعا و لا- يق لعل المراد من قوله تعالى مَقْبُوضَةً ما يمكن قبضه لا- المقبوضه بالفعل و لا شك ان امكان القبض شرط في صحه الرهن لأننا نقول هذا الاحتمال بعيد في الغايه نعم الانصاف ان ظهور الآيه الشريفه في اراده الارشاد يمنع من جواز التعويل عليها في اثبات هذا القول فت و منها خبر محمد بن قيس عن مولانا الباقر (ع) قال لا رهن الا مقبوضا لا يق الروايه ضعيفه السند كما صرح به في لف و جامع المقاصد و لك و ضه و مجمع الفائده و ذلك اما لاشتراك محمد بن قيس بين الثقه و غيره او لما ذكره في الاخير من انها منقوله في يب عن الحسن بن محمد بن محمد بغير واسطه و من المعلوم وجودها بينه و بين الشيخ و هي غير معلومه فلعلها ضعيفه مضافا الى ان الحسن بن محمد الواقع في سندها واقفى لأننا نقول لا نسلم ضعف سند الروايه و ذلك اما لتصريح المقدس الأردبيلي بكون محمد بن قيس هنا هو ابو عبد الله البجلي الذي صرح بوثاقته معا للنجاشي و العلامة في الخلاصه او لتصريح العلامة في الكفايه بان الروايه موثقه سلطنا الضعف و لكنها منجبر بالشهره و يعضده تصريح غايه المراد بانها متلقاه بالقبول و لا يق لا يمكن حمل النفي فيها على حقيقته لصدق الرهن حقيقه من غير قبض و عدم صحه السلب فلا بد من اضمار و ليس اضمار الصحه اولى من اضمار الكمال لأننا نقول لو سلمنا امتناع الحمل على الحقيقه فلا اشكال في ان نفى الصحه اولى

ص: ٤٠١

لأنه اقرب المجازات كما تقرر في محله و قد اشار الى هذا والدى العلامة محتملا لإرادته نفى الحقيقه و لا يق نفى الصيحه و ان كان اولى الا- انه يستلزم تقييد العمومات الداله على صحه الرهن مطلقا و لو من غير قبض و لا كك الحمل على نفى الكمال فيكون اولى لأننا نقول تخصيص العمومات اولى من حمل اللفظ على ابعده المجازات سلطنا و لكن لا أقل من المساوات و معها تبقى اصاله فساد الرهن من غير قبض سليمه عن المعارض و منها ما اشار اليه في غايه المراد من ان حفظ المال واجب فيجب مقدمته و فيه نظر للمنع من وجوب ذى المقدمه من هذه الحيثيه كما صرح به في مجمع الفائده قائلا و لهذا لا يجب اخذ الرهن فكيف القبض و قد يكون محض العقد كافيا و اللزوم به مثل البيع و غيره سلطنا و لكن نمنع من وجوب المقدمه بمعنى ترتب الا-ثم على تركها سلطنا و لكن نمنع من استلزام وجوبها بهذا المعنى فساد الرهن بدون القبض فت و منها تصريح مجمع البيان بدعوى الاجماع على توقف صحه الرهن على القبض فيعضدها الشهره لا يق هذا الاجماع موهون بما يظهر من جمله من الكتب من انه لا- خلاف في عدم توقف صحه الرهن على القبض بل انما الخلاف في توقف لزومه عليه فان ابن زهره صرح في الغنيه بان القبض شرط لزومه من جهة الراهن دون المرتهن قائلا و من اصحابنا من قال بلزومه بالايجاب و القبول و العلامة صرح في كره بانها تختلف علمائنا في ان القبض هل هو شرط في لزوم الرهن او لا على قولين و صرح في مجمع الفائده بان ظاهر كره ان الخلاف في اللزوم و عدمه و السيورى صرح في التنقيح بانه لا خلاف في ان دوام القبض ليس شرطا و انما الخلاف في شرطيته

فى لزوم العقد و الشهد الثانى صرح فى لك بانه اختلف اصحابنا فى اشراط القبض فى الرهن بمعنى كونه جزء السبب للزومه من قبل الراهن كالقبض فى الهبه فى كونه كك بالنسبه الى ملك المتهب و عدمه و اختار المص و جماعه الاشرط ثم صرح بان القائل باشرط القبض لا يقول ان الرهن بدونه يقع باطلا بل هو صحيح عنده الا انه غير لازم ثم استشهد بعبارة العلامة فى كره على ذلك لأننا نقول دعوى الرهن مما ذكر ضعيفه جدا فان الظاهر من عبارات اكثر الاصحاب ان محل الخلاف فى شرطيه القبض فى الرهن هو توقف صحته على القبض لا لزومه كما زعمه اولئك الجماعه كما اشار اليه فى مجمع الفائده قائلا الظاهر من المتن و شرحه و من غيره مثل القواعد و شرحه و س ان الخلاف فى صحه العقد و انعقاده من دون القبض فقيل لا ينعقد و لا يصح و قيل يصح و ينعقد و لكن ظاهر كره ان الخلاف فى اللزوم و عدمه و مقتضى عبارات غيرها مثل الشرائع و غيره كون الخلاف فى الصحه و عبارة غايه المراد كالصريحه فى الصّحه لا اللزوم و يمكن ان يؤل كلام كره بحيث ينطبق على غيره بان يكون المراد باللزوم الصحه و لكنه بعيد من جهه اللفظ و من جهه ترتب احكامه عليه و يؤيد ما ذكره اولا تصريح الكفايه بان ظاهر العلامة فى الارشاد و عد و ظاهر غيره ان الخلاف فى ان القبض شرط فى الصّحه أم لا و كلام النكت صريح فى ذلك ثم اشار الى ما ذكره فى لك و ثانيا تصريح الرياض بنص الطبرسى و جماعه على توقف صحه الرهن على القبض ثم صرح بان ظاهر النافع و غيره مما أطلق فيه اشراطه معللا بانصرافه الى الاشرط فى الصّحه و ثالثا ان المحقق الثانى فى جامع المقاصد حرر محل النزاع على وجه يظهر ان التوقف على الصحه فاذا المعتمد هو القول الثانى و

### ينبغى التنبيه على امور

#### الاول ان قلنا بعدم توقف صحه الرهن على القبض

فهل يتوقف لزومه او لا صرح بالاول فى الغنيه و حكاه فى التنقيح عن المفيد و ابن الجنيد و الشيخ فى النهايه و التقى و القاضى و المحقق و الشهيد و حكى عن الشيخ فى الخلاف و ابن ادريس و العلامة و ولده الثانى و هو ضعيف بل المعتمد هو القول الاول و ان كان الاصل و قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ يقتضيان الثانى و ذلك لتصريح ابن زهره فى الغنيه بدعوى الاجماع على توقف لزوم القبض على الرهن و ظهوره من روايه محمد بن قيس المتقدمه بعد عدم امكان حملها على نفي الصّحه فت

#### الثانى استدامه القبض ليست شرطا كما فى الغنيه

و يع و ير و عد و س و اللّمعه و جامع المقاصد و لك و ضه و الرياض و لهم وجوه منها ما تمسك به فى الاخيرين من الاصل و استصحاب الصحه و منها دعوى الاجماع على ذلك فى الغنيه و لك و ضه و المحكى عن كره و كشف الحق و منها ما تمسك به فى الرياض من عموم الادله

#### الثالث صرح فى ير و عد و س و غيرها بان القبض هنا كالقبض فى البيع

و هو جيد لظهور اتفاق الاصحاب عليه

#### الرابع ان قلنا بعدم اشراط القبض فى صحه الرهن

فهل يشترط فيها كون المرهون مما يصح قبضه عادة فلا يصح رهن الطير في الهواء و السمك في الماء اذا لم يتمكن من قبضهما او لا صرح بالاول في النافع و يع و شد و ير و عد و س و اللّمعه و جامع المقاصد و ضه و لك و الكفايه و الرياض بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه و ان احتمل في لك عدم اشتراط ذلك معللا بعدم المانع و قائلًا تخيل تعذر استيفاء الحق من ثمنه لعدم صحه بيعه يندفع بإمكان الصلح عليه و كليه ما صح رهنًا ليست منعكسه كليًا عكسا لغويا و اورد عليه في الرياض بان مجرد الامكان مع التذكرة غايتها غير محصل للمقصود الذاتي في الرهن و هو الاستيثاق و معه لا يحصل عموم يدل على لزوم الوفاء بمثله و فيما ذكره نظر فتدبر و صرح في جامع المقاصد بانه يجوز رهن الطير في الهواء اذا اعتاد عوده و رهن السمك في الماء اذا شوهد و انحصر في محل بحيث لا يتعذر قبضهما عادة و هو جيد

## منهل الرهانه موروثه

كما صرح به في التبصره و شد و عد و ير و اللّمعه و ضه و لهم و جوه منها ظهور الاتفاق عليه كما اشار اليه في مجمع الفائده قائلًا- كأنه لا خلاف فيه و منها ما تمسك به في مجمع الفائده من انه حق مالي فيدخل تحت ادله الميراث و منها ما تمسك به فيه أيضا من انه توثيق مال فهو تابع له و موروث كالمال و منها ما تمسك به فيه أيضا من انه عوض الدين فيورث ما يتعلق به و منها ما تمسك به في ض

ص: ٤٠٢

من ان ذلك مقتضى لزوم العقد من طرف الراهن و منها ما تمسك به فيها أيضا من ان ذلك وثيقه على الدين فيبقى ما بقى ما لم يسقطه المرتهن

## منهل يصح رهن المشاع

### اشاره

فلو كانت دار مشتركة بين اثنين مثلا جاز لأحد الشريكين ان يرهن حصته و ليس للآخر منعه و قد صرح بصحة ذلك في الغنيه و النافع و يع و عد و ير و اللّمعه و جامع المقاصد و الروضه و لك و الكفايه و الرياض بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه و لهم و جوه منها التصريح بدعوى الاجماع عليه في الغنيه و الرياض و المحكى فيه عن الخلاف و منها ما تمسك به في الغنيه من اطلاق قوله تعالى فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ و منها عموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و منها عموم قوله ع الناس مسلطون على اموالهم و

### ينبغي التنبيه على امور

## الاول اذا كان المرهون المشاع مما لا يكفى في قبضه مجرد التخليه

و رفع اليد عنه بل يتوقف على امساكه باليد و التصرف فيه فان حصل اذن الشريك الغير الراهن بهما و لو فحوى جاز للشريك الراهن تسليمه الى المرتهن و له التسليم منه و ان منع منهما او لم يحصل اذنه بهما لم يجز الامر ان كما صرح به في يع و ير و عد و اللّمعه و الروضه و لك و الكفايه و الرياض و لهم و جهان احدهما ظهور الاتفاق عليه و ثانيهما ما ذكره في لك و ضه من

استلزامهما التصرف فى ملك الغير المنهى عنه فيلزم ح بطلان الرهن اذا لم يتحقق قبضه بناء على المختار من توقف صحه الرهن على القبض

### الثانى اذا فعل الراهن والمرتهن المحرم فحصل بذلك القبض

فهل يكفى هذا القبض او لا بل يكون كما لو لم يقبض صرّح فى عد و الايضاح و جامع المقاصد و الروضه و لك و الكفايه و الرياض بالاو و احتج عليه فيما عدا الثانى بان التّهى لحق الشريك فقط للإذن من قبل الراهن الذى هو المعتبر شرعا و زاد فى لك قائلا و كونه قبضا واحدا لا ينافى الحكم بالوقوع لاختلاف الجهه و حكى عن الشهيد الاحتمال الثانى و لعلّه لا تصاف هذا القبض بالحرمة بناء على استلزامه المحرم و ان المستلزم للمحرم محرّم و ان القبض الحرام لا يكفى اما لان التّهى فى المعاملات يقتضى الفساد كما اشار اليه فى الايضاح و جامع المقاصد او لعدم انصراف ما دل على اشتراط القبض فى الرهن الى القبض المفروض و هو خيال ضعيف

### الثالث اذا كان المرهون المشاع مما يكفى فى قبضه مجرد التخليه

فهل يتوقف القبض ح على اذن الشريك او لا- صرّح بالاوول العلامه فى ير و بالثانى فى ضه و لك و الكفايه و الرياض و علله فيما عدا الاخير بان القبض رفع يد الراهن و تمكين المرتهن من قبضه و هو لا يستدعى تصرفا فى ملك الغير و هو جيد

### منهل الرهن لازم من جهه الراهن

فلا يجوز له الفسخ و لا انتزاعه من المرتهن بمحض ارادته و جائز من جهه المرتهن فيجوز له الفسخ و اسقاطه حقه و قد صرّح بالامرین فى الشرائع و عد و كره و لك و الرياض و بالاوول فى النافع و صره و شد و ير و اللمعه و ضه و مجمع الفائده و بالثانى فى الكفايه و لهم على ذلك امور منها ظهور الاتفاق على امرين المذكورين و منها تصريح كره بدعوى الاجماع على الاخير و ظهوره فى دعواه على الاول و يعضد ذلك حكاية الرياض عن ظاهر الغنيه دعواه عليهما معا و تصريحه بنفسه بنفى الخلاف فى الاخير و منها ما تمسك به بعض على الاول من عموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و من انه لو كان جائزا من جهه الراهن لانتفت فائده و منها ما تمسك به بعض على الثانى من ان الرهن لمصلحه المرتهن فله اسقاطه و الفرق بينهما ان الاول يسقط حق غيره و الثانى يسقط حق نفسه

### منهل اذا تحقق الرهن المعتبر شرعا فلا يجوز للراهن ان يتصرف فيه بالتصرفات الناقله للملك

كالبيع بدون اذن المرتهن فلو نقله بدون اذنه لم يصح بل يكون باقيا على ملك الراهن كما هو ظاهر الغنيه و المراسم و النافع و صره و المراسم و شد و ير و عد و س و اللمعه و ضه و لك و مجمع الفائده و الكفايه و الرياض و لهم وجوه منها ظهور الاتفاق على حرمة ذلك التصرف و فساده كما اشاره اليه فى الرياض و منها الاصل و منها النبوى المرسل الذى نقله فى التنقيح كما عن لف الراهن و المرتهن ممنوعان من التصرف و منها ما تمسك به فى لك من ان الرهن وثيقه لدين المرتهن اما فى عينه او بدله و ذلك لا- يتم الا- بالحجر على الراهن و قطع سلطنته ليتحرّك الى الاداء فلا يجوز للراهن بيع الرهن كما صرّح به فى المراسم و الغنيه و س و لك و مجمع الفائده و الكفايه و الرياض و لا هبته كما صرّح به فى الغنيه و س و لا عتقه كما فى الاولين و التحرير

و الكفايه و لا الصِّلح و لا وقفه مطلقا كما صرَّح به فى الرياض مدعىا نفى الخلاف فيه و هل يصح ذلك مع اجازته المرتهن بعد الوقوع او لا- اشكال و الاقرب الاول فى غير العتق وفاقا للمالك و الرياض لعموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و فحوى ما دل على صحه بيع الفضولى مع اجازته المالك كما اشار اليهما فى الرياض و قد صرَّح بصحَّه البيع مع اجازته المرتهن فى النافع و يع و عد و شد و اللمعه و الروضه و زاد فى بيع الهبه و يستفاد من الغنيه بطلان ذلك و ح لا اشكال و لا شبهه فى ان التصرف الذى لم يحصل به نقل العين من الراهن اذا كان موجبا للنقص و الضرر على المرتهن فى رهنه لا يكون جائزا و الظاهر انه مما لا خلاف فيه و قد صرح فى الرياض فان كان ذلك يعقد كما لو باعه الراهن مثلا بدون صح و ان اثم و لكن وقف على اجازته المرتهن فان حصلت و الا بطلت و ان كان بانتفاع منه او من من سلطه عليه و لو يعقد لم يصح و فعل محرما و لكن اختلف الأصحاب فى جواز تصرف الراهن بدون اذن المرتهن اذا لم يكن موجبا لنقل الملك و لا- موجبا للنقص و الضرر على المرتهن بوجه من الوجوه على اقوال الاوّل انه لا يجوز مط و هو لظاهر المراسم و النافع و يع و صره و عد و ير و شد و اللمعه و الروضه و صرَّح به فى الرياض و ادعى فيه و فى الكفايه عليه الشهره و عزاه فى مجمع الفائده الى ظاهر اكثر العبارات الثانى انه يجوز مط و هو لمجمع الفائده و الكفايه و حكاه فى الرياض عن جماعه من متأخرى المتأخرين الثالث انه يجوز اذا كان يعود نفعه على المرتهن دون غيره و هو للمسالك و المحكى فى الرياض عن المهذب و الصميرى الرابع انه يجوز الانتفاع بسكنى الدار و زراعه

ص: ٤٠٣

الارض و خدمه العبد و ركوب الدابه و نحو ذلك و لا يجوز وطى الجاربه المرتهنه و هو للغنيه و المعتمد عندى هو القول الاول الذى عليه المعظم و لهم وجوه منها ما تمسك به فى الرياض من النبوى المتقدم و لا يقدر فيه ضعف السند لانجباره بالشهره العظيمه التى لا يبعد معها دعوى شذوذ المخالف و منها حكايه الرياض عن بعض انه حكى عن الشيخ دعوى الاجماع على المنع من التصرف باستخدام العبد و ركوب الدابه و زراعه الارض و سكنى الدار و عن الحلّى دعوى الاجماع على المنع من التصرف مط ثم صرَّح بانه يعضد ذلك الشهره العظيمه التى كادت تكون اجماعا بل لعلها اجماع فى الحقيقه لعدم معلوميه الخلاف مما عدا طائفه من متأخرى المتأخرين و عدم منافاه مخالفتهم للإجماع و صرح أيضا بمنع دلالة عبارته التذكرة على المخالفه بل استفاد منها نسبه المنع من التصرف مط الى الاماميه باعتبار نسبتها للجواز الى الشافعيه خاصه ثم حكى من بعض انه حكى عن المبسوط دعوى الاجماع على انه لا- يجوز وطى الامه المرهونه ثم استفاد من تصريح النافع و س بان الجواز روايه مهجوره و الاجماع على المنع مطلقا قائلا بعد ذلك فاستفاض الاجماع على المنع من وطئها عموما فى بعض و خصوصا فى اخر و منها ما ذكره بعض ان التصرف قد يكون تعريضا للإبطال فى الرهن بالاستيلاء المانع عن البيع بل ربما حصل معه الموت بسبب الوضع فى بعض الاحيان لا يقال يعارض الوجوه المذكوره وجوه اخر مفيده للجواز احدهما اصاله بقاء الجواز و ثانيها ما تمسك به فى الكفايه من عموم قوله (ص) الناس مسلطون على اموالهم و ثالثها ان التصرف اذا كان نفعه يعود الى المرتهن يكون احسانا اليه فيجوز لعموم قوله تعالى <sup>٣</sup> عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ و مع ذلك فلا شك فى رضاه المرتهن بذلك فيكون مأذونا فيه فيجوز و رابعها ان مطلق التصرف لو كان ممنوعا منه لزم تعطيل الملك و التالى بط فالمقدم مثله اما الملازمه فلان المرتهن ممنوع من التصرف مط فلو كان الراهن كك لزم التعطيل قطعا و اما بطلان التالى فلما ذكره فى كره من ان التعطيل ضرر منفى بالاصل و بقوله ص لا ضرر و لا ضرار و خامسها انه لو كان مطلق التصرف ممنوعا منه لحرم على الراهن وطى امته المرهونه من غير اذن المرتهن و التالى بط فالمقدم مثله اما الملازمه فمعلومه و اما بطلان التالى فلجملة من الاخبار احدها خبر محمد بن مسلم الذى

وصفه بالصحة في التقيح و مجمع الفائدة و الكفاية عن ابي جعفر ع في رجل رهن جاريه عند قوم له ان يطأها فقال ان الذين ارتهنوها يخلون بينه وبينها قلت ارايت ان قدر على ذلك خالي قال نعم لا ارى بذلك باسا و ثانيها ما اشار اليه في التقيح من خبر حماد عن الصادق ع الذي وصفه بالصحة و هو نحو الخبر السابق و ثالثها خبر الحلبي الذي وصفه بالحسن في مجمع الفائدة و الكفاية قال سئلت ابا عبد الله ع عن رجل رهن جاريته عند قوم ا يحل له ان يطأها قال ان الذين ارتهنوها يخلون بينه وبينها قلت ارايت ان قدر عليها خاليا قال لا ارى هذا عليه حراما و اذا جاز الوطاء جاز غيره من التصرفات بطريق اولي لأننا نقول الوجوه المذكوره لا تصلح للمعارضه لتلك الوجوه اما الاول فظاهر و اما الثاني فلانه عام فيجب تخصيصه بتلك الوجوه لكونها اخص منه و اما الثالث فللمنع من كليه الكبرى ان سلمت الصغرى و اما عموم قوله تعالى **لَمَّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ** فيجب تخصيصه بتلك الوجوه و اما الاذن فحوى فغير مسلم في جميع الاحوال فان حصل خرج عن محل البحث كما صرح به في الرياض و اما الرابع فللمنع من الملازمه اولاً و من بطلان التالي ثانياً و اما ما ذكره في كره لإثباته فضعيف كما لا يخفى اما الخامس فللمنع من بطلان التالي لشذوذ الاخبار المذكوره لدلائلها على جواز الوطاء من دون اذن المرتهن و قد عرفت استفاضه الاجماع المنقوله على المنع مع تأيدها بتصريح النافع بكون هذه الاخبار مهجوره بل صرح في التقيح ان الاصحاب هجروها لمنافاتها لأصول المذهب و قد ورد عنهم ع الامر بطرح الخبر الشاذ الذي لم يوجد له عامل و الامر بالاخذ بالمشتهر بين الاصحاب معللاً بعله اعتباريه قاطعه عامه تجرى في الفتوى و الروايه كما نبه عليه في الرياض لا- يق صرح في الكفاية بان تلك الاخبار معتبره غير مهجوره معللاً بان ظاهر الصدوق و الكليني العمل بمضمونها حيث اوردا خبري محمد بن

مسلم و الحلبي من غير تعرض لردهما لأننا نقول مجرد الايراد لا يدل على العمل سلمنا و لكن مع ذلك لا يبعد دعوى الشذوذ أيضاً فت و يجوز ان يتصرف الراهن مط باذن المرتهن كما في الارشاد و عد و صره و مجمع الفائدة و الكفاية بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه

## منهل اذا اتلف المرتهن الرهن بتعمد منه و تفریط فيه و كان الرهن قيمياً

### اشاره

فالظاهر انه لا خلاف بين الاصحاب في انه يضمن قيمته للراهن و اختلفوا فيما يستحقه من قيمه على اقوال

### الاول انه يستحق قيمته يوم التلف

و هو للنهيه و المراسم و النافع و الارشاد و مجمع الفائدة و المحكى في جمله من الكتب عن المفيد بل صرح في لك و الكفايه بانه قول الاكثر و في الرياض بانه قول كثير من المتأخرين و لهم ما اشار اليه في المذهب البارع و لك و ضه و مجمع الفائدة من ان يوم التلف وقت الحكم بضمان قيمه عليه لا- الحق قبله كان منحصر في العين و ان كانت مضمونه فيلزم ان يكون المعتبر قيمته و رده والدى العلامه بانه لا منافات بين انحصار الحق قبل التلف في العين و انتقال قيمتها قبله الى الذمه بعده

### الثاني انه يستحق قيمته يوم قبضه

و هو للشرائع و صرح في ص بان في كلام ابن الجنيدي يما الى و يظهر من الايضاح ان العلامه صار اليه أيضاً و لهم ان القيمي

يضمن بمثله و ضعفه والدى العلامة بانه قبل التفريط غير مضمون فكيف يعتبر قيمته فيه فت

### **الثالث انه يستحق اعلى القيم من حين التفريط الى وقت التلف**

و هو لابن فهد فى المقتصر و المهذب البارع و السيورى فى التنقيح و المحكى فى جملة من الكتب عن العلامة و فى الرياض

ص: ٤٠٤

عن الصيمرى و لف و لهم ما اشار اليه فى المقتصر و المهذب البارع من انه بالتعدى كالغاصب حين التفريط و فيه نظر

### **الرابع انه يستحق اعلى القيم من حين القبض الى حين التلف**

و هو للإيضاح و الرياض و المحكى عن المبسوط بل صرح فى الرياض ان الصيمرى ذكر انه مشهور نقله فخر المحققين و المقداد و لهم ما ذكره فى الرياض قائلا- ذلك لعله احوط بل و اجود اما لكونه غاصبا فيؤخذ باشق الاحوال او لاقتضاء شغل الذمه اليقيني البراءة كك و لا تحصل الا بذلك و رده فى التنقيح و لك قائلين و يضعف بانه غير مضمون قبل التفريط فلا وجه لاعتباره فى جميع ما ذكر نظر

### **الخامس انه يستحق اعلى القيم من حين التلف الى ان يحكم الحاكم عليه**

و هو للمحكى فى لف عن الاسكافى و رده فى التنقيح بان وقت الحكم عليه لا دخل له فى كميته المضمون لان الحكم عليه انما هو بالخروج الى الخصم من حقه فالخروج متأخر فلو زادت القيمة ح كانت مضمونه ان كان قيميا و يؤيده ما اشار اليه فى لك قائلا و يضعف قول ابن الجنيدي بان المطالبة لا دخل لها فى ضمان القيمي

### **السادس انه يستحق اعلى القيم من غير تعيين**

و هو للمحكى فى لك عن جماعه و منهم المحقق فى يع

### **السابع ما صار اليه فى ضه و لك و الكفايه من انه يستحق قيمته يوم تلفه اذا كان الاختلاف بسبب السوق**

او بسبب نقص فى العين غير مضمون اما لو نقصت العين بعد التفريط بهزال و نحوه ثم تلف اعتبر اعلى القيم المنسوبة الى العين من حين التفريط الى التلف كالغاصب و المسألة فى غايه الاشكال فينبغى فيها مراعات الاحتياط مهما امكن و هو انما يحصل بمراعات القول السادس و لكنه شاذ فى الغايه و لا يبعد ترجيح القول الاول

ص: ٤٠٥

ص: ٤٠٦

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين و الصلاة و السلام على خير خلقه محمد و آله الطاهرين



مقدمه صرّح في النافع بان الوكاله عباره عن الايجاب و القبول الدالين على الاستنابه في التصرف

و نبه على ما ذكره في التحرير بقوله الوكاله عقد شرع الاستنابه في التصرف و في القواعد بقوله عقد الوكاله من جمله العقود كما صرّح به في التنقيح قائلا- الوجود في تعريفها انها عقد تفيد نيابه الغير في شىء للوجوب ان يتولاه بنفسه و غيره و لكن عرفها في التذكرة بمجرد الاستنابه قائلا الوكاله عند الشرع الاستنابه في التصرف و نبه على ما ذكره في اللمعه و الروضه بقولهما هي استنابه في التصرف و زاد في الاخير خبرا قوله بالذات و الامر في هذا الاختلاف سهل

منهل الوكاله مشروعه كما صرّح به الاصحاب

و لهم وجوه منها انعقاد اجماع المسلمين عليها بل هي من ضروريات الدين و يشهد بما ذكرناه اولا قول التذكرة قد اجمعت الامه في جميع الاعصار و الامصار على جواز الوكاله و ثانيا قول التحرير و الايضاح و مجمع الفائده هي جائزه و ثابتة بالاجماع و ثالثا قول الرياض الوكاله ثابتة باجماع المسلمين كاهه كما في المهذب و عن السرائر و كره و منها ما تمسك به في التذكرة و مجمع الفائده و الرياض من قوله تعالى فابعثوا ايديكم بورقكم هذه الى المدينه فلينظر ايها اركي طعاما فليأتكم برزق منه و ليتلطف و منها ما احتج به في كره و الرياض من قوله تعالى اذهبوا بقميصي هذا فالقوه على وجه ابي و منها ما استدل به في كره من قوله تعالى انما الصدقات للفقراء و المساكين و العاملين عليها و نبه فيها على وجه الدلاله بقوله فجوز العمل و ذلك بحكم نيابه عن الشخص و منها انها لو لم تكن مشروعه لما فعلها النبي صلى الله عليه و آله و التالي باطل فالمقدم مثله اما الملازمه فظاهر و اما بطلان التالي فلما نبه عليه في الايضاح قائلا الوكاله ثابتة بفعل النبي ص فانه و كل السعاه في اخذ الصدقات و روى انه ص و كل عروه البارقي في شراء الاضحيه و و كل ابا رافع في قبول نكاح ميمونه و عن جابر قال اردت الخروج الى خيبر فاتيت النبي ص و سلمت عليه و قلت اني اريد الخروج الى خيبر فقال له ص اذا اتيت و كيلى فخذ منه خمسه عشر وسقا فان ابتغى منك آيه فضع يدك على ترقوته و اشار في التذكرة الى روايه عروه و جابر و ما تضمن توكيل ابي رافع بلفظ روى و زاد قائلا و روى انه ص و كل عمرو بن اميه الصيمري في قبول نكاح أم حبيبه بنت ابي سفيان و روى انه و كل حكيم بن حزام في شراء شاه و نبه فيها على ان جميع هذه الروايات من طرق العامه لا يقال لعل جواز التوكيل مخصوص به ص فلا تفيد الروايات المذكوره جوازه للأمه لأننا نقول الاحتمال المذكور في غايه الضعف اما اولا فلانه لا قائل به و اما ثانيا فلقاعدته الناسي و اصاله الاشتراك و منها ما نبه عليه في التذكرة قائلا- و من طريق الخاصه قول الصادق ع من و كل رجلا على امضاء امر من الامور فالوكاله ثابتة حتى يعلمه بالخروج منها كما أعلمه بالدخول فيها و غير ذلك من الأحاديث و منها ما نبه عليه في مجمع الفائده قائلا و اما البيه فكثيره من طرقهم مثل روايه عروه و من طرقنا أيضا كثيره مثل ما في صحيحه هشام بن سالم عن ابي عبد الله ع ان الوكيل اذا و كل ثم قام عن المجلس فامر ماض ابدا و الوكاله ثابتة حتى يبلغه العزل عن الوكاله بثقه يبلغه او يشافه بالعزل عن الوكاله و يعضد ما ذكره قول الرياض الاخبار في ذلك مستفيضه بل متواتره و منها ما تمسك به في مجمع الفائده قائلا الوكاله جائزه بالعقل لان شده الحاجه الى التوكيل ظاهره اذ لا يمكن لكل احد مباشره جميع ما يحتاج اليه من الافعال و هو ظاهر

منهل لا اشكال في توقف صحه الوكاله على الايجاب من الموكل و القبول من الوكيل

و قد صرّح بذلك في الغنيه و المراسم و النافع و الشرائع و التحرير و التبصره و الإرشاد و التذكرة و القواعد و اللمعه و التنقيح و

لك و ضه و مجمع الفائده و الكفايه و الرياض و لهم اولا ظهور الاتفاق عليه و ثانيا ما نبه عليه في التذكرة بقوله الوكالة عقد يتعلق به حق كل واحد من المتعاقدين فافتقر الى الايجاب و القبول كالباع و الاصل فيه عصمه مال المسلم و منع غيره من التصرف فيه الا- باذنه فلا بد من جهة الموكل من لفظ دال على الرضا بتصرف الغير له و يؤيد ما ذكره ما نبه عليه في الروضه بقوله يفتقر الى الايجاب و القبول لأنها من جمله العقود و ان كانت جائزه و ثالثا انها لو لم يتوقف على الامرين معا لاشتهر بل و تواتر لتوفر الدواعي عليه و التالي باطل فالمقدم مثله و يتحقق الايجاب بالفاظ منها و كلتك كما صرح به في مع و عد و فتح و شا و كره و اللمع و التنقيح و ضه و الكفايه و هو من الالفاظ الصريحه فيه و منها استنتك كما صرح في كره بان انتك منها و منها فرضت إليك كما في كره و منها اذنت لك و قد صرح بتحقيقه به في كره و التحرير و لك و صرح في الاول بان قوله اذنت لك في الفعل ليس صريحا في الايجاب بل اذن في الفعل و نبه على وجهه في جامع المقاصد بقوله انما لم يكن اذنت في الفعل ايجابا صريحا في الوكالة و ان كان بلفظ الماضي لان الاذن في اصله اعم من الاستنابه و منها غير ذلك و كذا يتحقق القبول بالفاظ منها قبلت و قد صرح بتحقيقه به في الشرائع و عد و كره و اللمع و التنقيح و ضه و منها رضيت و قد صرح بتحقيقه بذلك في مع و عد و اللمع و ضه و منها غير ذلك و بالجمله يجوز الاتيان بكل من الايجاب و القبول بكل لفظ يدل عليهما بالدلاله المعبره لغه كما صرح به في التذكرة و ضه و لك و مجمع الفائده و الكفايه و الرياض لما بيناه مرارا فلا يشترط امور منها الماضيه فيجوز الايجاب بصيغه الامر مثل قوله بع و اشر و اعتق كما صرح في التذكرة و عد و الارشاد و اللمع و التنقيح و ضه و لك و الكفايه و احتج عليه بعض اولا بقوله تعالى حكاية عن اصحاب الكهف فَأَبَعُوا آلِيَهُ وَ ثانيا بقول النبي صلى الله عليه و آله لعروه البارقي اشتر لنا شاه و يؤيد ما ذكر ما نبه عليه في كره بقوله لو قال بع حصل الاذن و هذا لا يكاد؟؟ يسق ايجابا بل هو امر و اذن و انما الايجاب قوله و كلتك و لأنه لفظ دل على الاذن فجرى مجرى قوله و كلتك و كذا يلزم ان يجوز بصيغه المضارع مع قصد الانشاء و في جامع المقاصد تامل في هذا قائلا لو قال او كلتك بلفظ المضارع على قصد الانشاء ففي افادته جواز التصرف نظر لأنه شبيه بالوعد لاحتمال الاستقبال و ما ذكره ضعيف جدا و منها الفعلية فيجوز الايجاب و القبول بالجمله الاسميه كان يوجب بقوله انت و كيلى و يقبل بقوله انا راض بالوكالة و صرح في الشرائع و القواعد و التحرير و اللمع و التنقيح و لك و ضه و جامع المقاصد بانه لو قال و كلتنى فقال نعم كفى في الايجاب و هو جيد و انما يكفى اذا وقع ذلك على قصد الانشاء دون الاخبار كما صرح به في جامع المقاصد قائلا و انما قلنا انه يكفى لان نعم كلمه جواب بحذف الجمله معها فهى نائبه منابها لان قوله نعم في قوه نعم و كلتك و اعلم ان قول القائل و كلتنى استفهام حذف اداته و الغرض به استدعاء الانشاء على نهج الاستفهام التقريرى و منها العرييه فيجوز الايجاب و القبول باللفظ الملحون و بالفارسيه و غيرها من غير اللغه العرييه و كذا يجوز ان يكون احدهما عربيا و الاخر غيره

**منهل لا يتوقف قبول الوكالة على اللفظ بل يصح بالفعل الدال عليه**

**اشاره**

كما صرح به في الشرائع و القواعد و كره و الارشاد و التحرير و اللمع و التنقيح و جامع المقاصد و لك و ضه و مجمع الفائده و الكفايه و هو ظاهر التبصره و لهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه كما نبه في كره بقوله اما القبول اللفظى فالوجه عندنا انه لا يشترط و منها عموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و منها ما نبه

فيها أيضا قائلًا بعد التصريح بنفى اشتراط ذلك و الأصل في ذلك انّ الذين وكلهم التبي ص و لم ينقل عنهم قبول لفظي و منها ما تبّه عليه في جامع المقاصد بقوله لا يشترط اللفظ لأنّ الوكالة من العقود الجائزه و منها ما تبّه عليه في مجمع الفائده من عموم ادله الوكاله و منها ما تبّه عليه في الكفايه بقوله و في روايه عمر بن حنظله عن الصادق ع في رجل قال لأخر اخطب لى فلانه فما فعلت من شىء ممّا قالت من صدق الحديث و لم يذكر فيه حديث القبول الى غير ذلك من الأخبار و منها انّ اللفظ لو كان هنا شرطًا لاشتهر نصًا و فتوى لتوفر الدواعى عليه و التالى بط بل المعهود من سيره المسلمين قديما و حديثا عدم الاشتراط كما لا يخفى و منها فحوى ما دلّ على عدم اشتراط اللفظ فى قبول البيع و نحوه من ساير المعاملات التى تقدم اليه الإشاره و

### ينبغى التنبيه على امور

#### الاول هل يشترط اللفظ فى الإيجاب او لا

كما فى القبول فيه قولان احدهما انه لا يشترط و هو للشرائع و عد و كره و جامع المقاصد و لك و مجمع الفائده و الكفايه و الرياض و هو ظاهر التبصره و ثانيهما انه يشترط و هو المستفاد من الارشاد و التحرير و اللّمعه و التنقيح و ضه و هو ضعيف بل المعتمد هو القول الأول الذى عليه المعظم و لهم و جوه منها عموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و منها ما تبّه عليه فى مجمع الفائده بقوله لا- شك انه لا- بدّ فى تحقق الوكاله من ايجاب بما يدلّ على الأذن مط بلفظ و اشاره و كتابه بل اذا علم الرضا من دون ذلك لا- يبعد جواز التصرف فى ماله و كونه و كيلا و قبول أيضا و الظاهر المراد به أيضا اعمّ بل لا يحتاج الى شىء قبل فعل الموكل فيه فانه يكفى ذلك و هو مصرح به و الظاهر عدم الخلاف عندنا فى ذلك و لك فيه تأمل لأنه لا بد من صدور الفعل من الوكيل فلا- بدّ من كونه و كيلا- قبل الشروع فيه فكأنه مجرد الإيجاب و الرضا الباطنى الذى يعلم بالفعل كاف و الظاهر ان الأصل فى ذلك كله انّ التصرف فى مال الغير انما يجوز برضاه و ينتقل الى غيره برضاهما فيكفى ما يدلّ على ذلك من الطرفين و لا- يحتاج الى اكثر من ذلك للأصل و عموم ادله الوكاله و لا يتعين شىء من احد الجانبين و لهذا نقل فى وكاله البارقى انه ص قال له اشتر و لا يسمّى مثل ذلك ايجابا و صرح به فى كره و كذا فى حكايه اصحاب الكهف مع انها غير صريحه فى توكيل احد بعينه و ان محض الفعل كاف و كذا الإشاره و الكتابه فتأمل و منها ما تمسك به فى الكفايه قائلًا يكفى الرضا من الجانبين و قد نقل فى وكاله البارقى انه قال ص و من هذا القبيل حكايه اصحاب الكهف و عموم قول الصادق ع من وكل فى امر الحديث و منها فحوى ما دلّ على اشتراط اللفظ فى ايجاب البيع و نحوه من ساير المعاملات التى تقدم اليها الإشاره

#### الثانى على ما ذكرناه يكفى فى الإيجاب و القبول الإشاره

الداله عليهما كما صرح به فى بيع و كره و عد و جامع المقاصد و لك و مجمع الفائده و الكفايه و فى لك ذكره المص و الجماعه فلو قال و كلتنى استفهما فاشار براسه مثلا على وجه يدلّ على التوكيل كفى و أنّها يكفى اذا وقع ذلك بقصد الإنشاء دون الإخبار كما صرح به بعض الاصحاب

#### الثالث يكفى فيهما أيضا الكتابه الداله على المراد

كما في كره و مجمع الفائدة و الكفايه و لهم اولا انه المعهود من سيره المسلمين و ثانيا انه لو لم تكفى الكتابه فى الوكاله لزم الحرج العظيم و المشقه الشديده و التالى بط فالمقدم مثله اما الملازمه فظاهره و اما بطلان التالى فللأدله الأربعة و ثالثا ما تبه عليه فى مجمع الفائدة قائلا لا بد من الفعل لعلم بكون الكتابه باذن الموكل و امنه من التزوير و احتمال غير المكتوب فيه و ح الظاهر القبول كما يقبل المكاتبه من الروايات و رابعا ما تبه عليه فى مجمع الفائدة أيضا بقوله و فى روايه محمد بن عيسى اشاره الى ذلك حيث و كل فى الطلاق بالكتابه على الظن و التصرف فى الأموال على ما تقدم فى جواز الوكاله فى الطلاق و خامسا ما تبه عليه فى مجمع الفائدة أيضا قائلا و يؤيد الجواز ان المقصود من لفظ الموكل فهم رضاه و اذنه فى التصرف فاذا علم كفى من اى شىء كان

### الزابع هل يشترط فى الفعل و الاشاره و الكتابه الداله على الوكاله كونها مفيده للعلم او لا

بل يكفى افادتها الظن بالمراد الاحوط بل الأقرب الاول للأصل و العمومات الناهيه عن العمل بغير العلم و عن التصرف فى مال الغير بغير اذنه و مال فى مجمع الفائدة الى الثانى قائلا- بعد قوله فاذا علم كفى من اى شىء كان بل الظاهر ان الظن القوى المتأخم للعلم بل هو علم عاده كاف و أيضا اذا كان كافيا فى الإيجاب فى القبول بالطريق الأولى

### منهل لا يشترط فوريه القبول فيجوز ان يكون متراخيا عن الإيجاب مط

و ان طالت مدته كما صرح به فى يع و شاد و صره و كره و عد و التحرير و اللّمعه و التنقيح و جامع المقاصد و لك و ضه و الرياض و لهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه كما تبه عليه فى كره بقوله يجوز عندنا القبول على الفور و التراخى و منها انه صرح فى الرياض بدعوى الإجماع عليه قائلا- لا يشترط فى القبول الفوريه بل يجوز تراخيه عن الايجاب و لو طالت المدّه اجماعا منا كما عن كره و حكاه فى لك و ضه على جواز توكيل الغائب و القبول فيه متأخر و نحوه السرائر بل جعله فيها اجماع المسلمين و منها ما احتج به فى يع و اللّمعه و التنقيح و غيرها من انه لو كانت الفوريه شرطا فى الصحه لما صحّ توكيل الغائب و النائى و التالى بط فالمقدم مثله اما الملازمه فلا متناع تحقق فوريه القبول ح خصوصا اذا كانت المسافه فى غايه البعد كما اذا و كل فى المشرق رجلا فى المغرب و اما بطلان التالى فلوجهين احدهما ظهور الاتفاق قولاً و فعلا على صحّه توكيل الغائب و يعضد ما ذكرناه اولا- قول ضه و كان جواز توكيل الغائب موضع وفاق فلذا جعله شاهدا على الجواز و الا فهو فرع ثبوت المدعى و ثانيا قول لك و تعليّل المص الجواز بتوكيل الغائب مع تاخر القبول لا- يخلو عن دور لأن جواز توكيل الغائب مع تاخر القبول فرع جواز التراخى و لو قلنا بوجوب فوريته لم يصحّ توكيل الغائب و لو اراد ان توكيل الغائب جائز اجماعا فيدلّ على جواز التراخى امكان الاستدلال بالاجماع على جوازه من غير قيد الغائب الا ان يبق الاجماع واقع فى الغائب خاصه و لم يذكره احد و ثانيهما ما احتج به بعض الفضلاء على نفى اشتراط الفوريه هنا قائلا و يدلّ عليه بالخصوص اخبار اخر معتبره كالصحيح عن رجل امر رجلا ان يزوجه امراه بالمدينه و سمّاها له و الذى امره بالعراق فخرج المامور فزوجها اتيه الحديث و الموثق عن الرجل يبعث الى الرجل ابتع لى ثوبا فيطلب له فى السوق الخبر و الخبر فى رجل بعث اليه ابو الحسن الرضا ع بثلث مائه دينار الى رحم امراه كانت له و امره ان يطلقها عنه و يمتعها بهذا مضافا الى الأصل و العمومات لا يبق صحه توكيل الغائب لا ينفى الفوريه الا بالنسبه اليه فالدليل اخص من المدعى لأننا نقول الأخصيه غير قاده هنا لإمكان التتميم بعدم وجود القائل لفرق بين الغائب و غيره كما لا يخفى و منها ما تمسك به فى كره و جامع المقاصد قائلين لا يشترط الفوريه لأنّ و كلاء النبى ص كان فعلهم متراخيا عن توكيله

به فى كره قائلًا- ولأنه اذن فى التصرف و الأذن قائم ما لم يرجع عنه فاشبه الإباحه و منها ما عول عليه فى كره أيضا قائلًا و لأنّ الوكاله عقد فيه يحتمل ضروب من الجهاله و يصحّ فى الموجود و المعقود فيحتمل فيه تاخير القبول كالوصيّه

### منهل هل يتوقف صحّه عقد الوكاله على عدم الرد من الوكيل بعد ايجاب الموكل و قبل قبوله

فلو قال بعد قول الموكل و كلتك لا- اقبل الوكاله لم تصحّ و ان صرحّ بعد ذلك بالقبول او لا فيصحّ فيما ذكرناه من المثال اختلف الاصحاب فى ذلك على قولين احدهما أنّه لا يصحّ ح سواء علم الموكل بالردّ أم لا و هو للتذكره و جامع المقاصد و ثانيهما أنّه يصحّ سواء علم الموكل بالردّ أم لا و هو لمجمع الفائده و الكفايه و الرياض للأولين وجوه منها أنّ الاصل عدم صحه الوكاله خرج منه بعض الصور بالدليل و لا دليل على خروج محلّ البحث فيبقى مندرجا تحته و قد يجاب عنه بأنّه مدفوع بادلّه القول الثانى فإنها اقوى فيخرج محلّ البحث منه أيضا و منها أنّ سائر العقود اذا ردّ القائل فيها الإيجاب لم تصحّ مط فكذا عقد الوكاله عملا- بالاستقراء و قد يجاب عنه بالمنع من المقدمتين فتأمل و منها ما تبّه عليه فى كره بقوله يعتبر فى الوكاله القبول بالمعنى الأول حتى لو ردّ و قال لا اقبل بطلت الوكاله و لو ندم او اراد ان يفعل و يرجع بل لا بدّ من استيناف اذن جديد مع علم الموكل لان الوكاله جائزه من الطرفين يرتفع الالتزام بالفسخ؟؟؟؟ قدّم من تردّد فى الابتداء بالردّ كان اولى و قد يجاب عمّا ذكره بأنّه لا- ملازمه عقلا و لا شرعا بين بطلان الوكاله بالفسخ و الردّ بعد القبول و بطلانها فى محلّ البحث على انا نمنع من بطلانها بالفسخ و الردّ بعد القبول حيث يقبل الوكيل ثانيا و تبّه على هذا و ما تقدّمه فى مجمع الفائده حاكيا عن كره ما يدلّ على الاعتراف بما ذكرناه و قائلًا على أنّه قد يفرق بين العزل بعد ثبوت العقد و بين عدم الرضا حتى يحصل العقد اذ يحتمل أنّ العقد اذا وجد و حكم برفعه يحتاج الى تجديد الأركان بخلاف حصوله ابتداء فأنّه اذا حصل احدها فهو موجود حتى يحصل الآخر فيؤثر الجميع فليس عدم القبول الّا عدم وجود الركن بعد و بالجمله لو كان هناك دليل فيقال به لذلك هنا و ليس هذا من باب مفهوم الموافقه بل قياس مع الفارق فالظاهر عدم الاحتياج و منها ما تبّه عليه فى الرياض من أنّ الوكاله هى اباحه التصرف باذن المالك و هو مشكوك فيه بعد الردّ فلعل المالك لم يرض بتصرفه بعده و اصاله بقائه معارضه باصاله بقاء حرمه التصرف و قد يجاب عمّا ذكره أوّلا- بما تبّه عليه فى الرياض قائلًا بعد الإشاره اليه و هو لا يتم الّا مع علم الأذن بالردّ و حصول الشكّ فى بقاء الأذن بعده و الوجه فيه ما ذكره دون ما اذا لم يعلم به او قطع ببقاء اذنه و قد يدفع ما ذكره بأنّه اذا ثبت الفساد بالردّ فى بعض صور المسأله ثبت فى جميعها اذ الظاهر أنّه لا قائل بالفصل بينها و فيه نظر و ثانيا بالمنع من استلزام مجرّد الردّ ارتفاع الموكل او الشكّ فيه بل قد يقطع ببقائه مط و لو علم الموكل بردّ الوكيل و يعضد ما ذكر امور احدها ما تبّه عليه فى مجمع الفائده بقوله الظاهر عدم الاحتياج الى تجديد اذن اخر بعد ردّ الوكيل الإذن بقوله لا- اقبل و لا افعّل بعد قول الموكل اذنتك او افعّل او وكلتك سواء كان الموكل حاضرا او غائبا اذ قد علم الرضا من الموكل الذى هو شرط و كاف من جانبه و لا يشترط المقارنه و لا اللفظ فاذا لم يقبل الآن لم يحصل الوكاله و لم يوجد لعدم شرط اخر و هو رضاء الوكيل لا أنّه يبطل بالكلية و بجميع اركانها و يفسخ بالمزمه و هو رضاء الوكيل حتى يحتاج الى اذن مستأنف و يحصل جميع اركانها بل اذنه باق بحكم الاستصحاب الذى كان فى امثال الامور بغير شكّ فاذا قبل بعد ذلك بقبول هو كان ابتداء فعلا او قولًا يصحّ و لا يحتاج الى تجديد اذن و ثانيها ما

تبه عليه في مجمع الفائده أيضا بقوله و يؤيده أنه اباحه و رفع حرج و لا شك في رفعه باذنه و عدم القبول لا يستلزم دفعه و عود الحرج و عدم الأذن بوجه من الدلالات و هو ظ و لهذا لو قال احد كل فقال ما آكل ثم اكل فالظاهر بقاء الإباحه و لأنه قال في كره فيما تقدم انه اذن في التصرف و الإذن باق ما لم يرجع عنه و معلوم ان عدم القبول من الوكيل ليس برجوع و لا مستلزم له بوجه اذ يجتمع مع نقيضه و هو ظ مثل اذنت لك سواء يقبل او يردّ و هو باق مع قبولك و ردك و ثالثها ما تبه عليه

في مجمع الفائده بقوله و لا- دخل لعلم المالك بالردّ و أنه لا- يتميّز رجوعه من رضا نعم ذلك يوهم حيث كان حاضرا فكأنه بمنزله ان قال رضيت بالردّ او رجعت انا لا ضرر عليه فأنه يفعله بنفسه او يوكل غيره و لهذا قيل بوجوب قبول الوصيه مع امكان الأخبار بعدم القبول لا يق ما ذكر يختص ببعض صور المسأله ففي غيره ينبغي الرجوع الى اصاله الفساد لأننا نقول اذا صحّت في بعض الصور صحّت مط اذ لا- قائل بالفصل على الظاهر و لا يمكن القلب و المعاوضه بالمثل هنا كما لا يخفى و ثالثا بان اصاله بقاء الإذن اولى بالترجيح لأنها من استصحاب الموضوع و قد حققنا في الاصول انه في مثل المقام مقدم على استصحاب الحكم و لا اعتضادها بما سيأتي اليه الإشاره و للآخرين وجوه منها ما تمسك به في الكفايه قائل لعلّ الوجه في عدم الحاجه الى استيناف اذن جديد لكونه في قوه الإباحه و عموم الأدله و المعاملات الواقعه بعده يصدق عليها انها تجاره عن تراض و يعضد ما ذكره اولا- قول مجمع الفائده في مقام الاحتجاج على الصحه هنا و يؤيده عموم الادله مثل ما في الروايات الوكاله ثابتة حتى يعلم بالخروج منها و ثانيا قول الرياض يظهر من الأصل و العمومات عدم اشتراط عدم الردّ وفاقا لجماعه و منها ما تبه عليه في مجمع الفائده بقوله لأنه تقدم في كلام كره مرارا أيضا أنها امر فاذا ما امتثل المامور به في وقت لم يرتفع عنه الامر بل في كلّ وقت فعل ذلك اذا لم يكن موقتا و مقيدا بوقت و حال يكون ممثلا و هو ظ خصوصا عند من لا يقول أنه يقتضى الفور كالمصنف و منها ما تبه عليه في مجمع الفائده أيضا بقوله و لأنه لو عزل الموكل من دون اخبار لم ينزل فكذا العكس و منها ما تبه عليه في مجمع الفائده أيضا بقوله و أيضا ان الموكل اذا عزله ثم رضى بها لم يحتج الى قبول الوكيل فكذا هنا و منها ما تبه عليه في مجمع الفائده بقوله و أيضا سيجىء ان الوكاله لو بطلت بالتعليق و نحوه مثلا له ان يتصرف بالإذن فتأمل و في هذا الوجه و اكثر الوجوه التي ذكره فيه نظر و المسأله محل اشكال فلا ينبغي ترك الاحتياط فيها الا ان القول الثاني عندي اقرب خصوصا مع العلم ببقاء الإذن و عدم ارتفاعه

### **منهل اذا علم برضاء شخص بتصرف من عقد و ايقاع و نحوهما و لم يصدر منه ايجاب الوكاله قولا و لا فعلا**

فهل يكتفى بهذا و يكون كما لو صرح بالإيجاب او لا الاقرب عندي الأول بالنسبه الى جواز التصرفات و لزومها فان تبين عدم الخطاء فلا اشكال و ان تبين الخطاء فلا اشكال في عدم اجبار المتصرف عنه به بل يتخير في فسخ العقود و هل يضمن المتصرف فيه

ص: ٤٠٩

اشكال و لكن الاقرب ذلك و كك الحال لو ادعى المتصرف عنه الخطاء مع احتمال و اذا وكل عن غيره فضولا فان لم يخبر ذلك الغير الذي وكل عنه فلا اشكال في عدم الصّحّه و ان اجازته فهل يصحّح فيكون عقد الفضولي هنا صحيحا كما في البيع اولا حكى عن المحقق الأوّل و هو جيد

## منهل الوكالة ليست لازمه بل هي جائزه من الطرفين

### اشاره

فيجوز للموكل عزل الوكيل متى شاء و يجوز للوكيل الفسخ و الامتناع من الفعل الموكل فيه و قد صرح بانها من العقود الجائزه في الغنيه و فع و يع و عد و التبصره و الإرشاد و كره و التحرير و الإيضاح و اللّمعه و جامع المقاصد و ضه و المسالك و الكفايه و الرياض و لهم اولاً- ظهور الاتفاق عليه و ثانياً انه تبّه في كره على دعوى الإجماع عليه قائلاً لا نعلم خلافاً من احد من العلماء في انّ الوكالة عقد جائز من الطرفين و يعضد ما ادعاه امور احدها قول مجمع الفائده في مقام الظاهر انه لا خلاف في انّ عقد الوكالة في اصله جائز من الطرفين و قد يجب بالشّروط في عقد لازم و هو ظ فيجوز لكل واحد منهما العزل و الفسخ و كأنه لا خلاف في جواز فسخ الوكيل نفسه بحضور الموكل و غيبته باذنه و عدمه و جيه ظ و كأنه مجمع عليه و ثانيها قوله في مقام اخر عقد الوكالة جائز من الطرفين بالإجماع و ثالثها قول الرياض ليست الوكالة لازمه لأحدهما بلا خلاف كما عن كره و عليه الإجماع في ظ الغنيه فلكلّ منهما ابطالها في حضور الآخر و غيبته و ثالثاً ما تبّه عليه في كره بقوله و لأنها عقد على تصرّف مستقبل ليس من شرط تقدير عمل و لا زمان جائزاً كالجعله و

### ينبغي التنبيه على امور

#### الأول لا يتوقف عزل الموكل لو كيله على اللفظ الدال عليه

بل يجوز به و بغيره و لا- يشترط في اللفظ لفظ مخصوص بل يجوز بكل لفظ دلّ عليه و قد ذكر جماعه من الالفاظ الدالّه عليه منها عزلتك كما في يع و كره و التحرير و عد و منها ازلت نيابتك كما في الكتب المذكوره و منها فسخت كما فيها و منها ابطلت كما فيها و منها نقضت كما فيها و منها اصرفت عنك كما في عد و كره و منها رفعت الوكالة كما في كره و منها خرجتك عن الوكالة كما في كره و منها لا تتصرف كما في التحرير و منها امتنع من التصرّف كما فيه و منها نهيته عن فعل ما امرته كما في عد و لك

#### الثاني لا فرق في جواز فسخ الوكيل بين ان يكون في حضور الموكل و غيبته

كما في الغنيه و يع و عد و كره و التحرير و ضه و مجمع الفائده و الرياض بل الظاهر انه ممّا لا خلاف فيه بين الأصحاب كما يظهر من مجمع الفائده و كك لا فرق بين الأمرين في جواز فسخ الموكل كما صرح به في ضه و الرياض

#### الثالث لا فرق في جواز الفسخ لكلّ منهما بين ان يكون الوكالة بجعل او لا

كما صرح به في التحرير و كره و هو ظ غيره بل الظاهر انه ممّا لا خلاف فيه

#### الرابع اذا شرط احدهما على الآخر عدم الفسخ في ضمن عقد لازم

فهل يجب الوفاء به او لا صرح بالأوّل في مجمع الفائده و فيه اشكال من اطلاق كلام الأصحاب ان الوكالة ليست بلازمه و من

عموم الأمر بالوفاء بالعقود و الشروط و انصراف الإطلاق الى غير محلّ البحث و ظهور اراده نفى اللزوم بالذات منه و كيف كان فالأحوط مراعات الشرط بل الحكم بلزومه هو الأقرب و عليه لو فسخ المشروع عليه عدم الفسخ سهوا او عمدا فهل يفسخ او لا اشكال من أنّ الأصل بقاء الوكّال و عموم الأمر بالوفاء بالعقود خرج صورته عدم الشرط منه بالدليل و لا دليل على خروج محلّ البحث منه فيبقى مندرجا تحته و من أنّ الوكّال ليس إلا- مجرد الإذن و الفسخ ليس الّا رفع الإذن فإذا حصل يجب الحكم بفسادها كما لا يخفى مضافا الى اطلاق كلام الأصحاب أنّ الوكّال من العقود الجائزه و وجوب الوفاء بالشرط لا ينافي الجواز المذموم ذكره فتأمل و يعضد ما ذكر عموم قوله ص الناس مسلطون على اموالهم و الأقرب عندي هو الاحتمال الأوّل و حصول الانفساخ بالفسخ و ان ترتب عليه الإثم في صورته التعمد و اذا شرط ان يوكله فهل يحصل التوكيل بمجرد هذا الشرط او يتوقف على ايجاب جديد من الموكل يدلّ على التوكيل فلو لم يحصل لم يتحقّق التوكيل المعتمد هو الثاني و لو وكله وفاء للشرط فلا اشكال في أنّه يجوز له العزل لأنّ التوكيل شرط لا يستلزم شرط عدم الفسخ

### **الخامس اذا تضرر احدهما بفسخ الآخر و لم يتضرر الآخر بعدم فسخه**

فهل يجب عليه ح عدم الفسخ دفعا لضرر صاحبه او لا الأحوط الأوّل و لو فسخ فالظاهر حصوله و لا يترتب عليه ضمان

### **منهل اذا عزل الوكيل نفسه و فسخ الوكّال**

فهل يجوز له التصرف و العمل بمقتضى الوكّال الى ما لم يعلم منع الموكل منها او لا يجوز له ذلك ألا باذن جديد و توكيل ان اختلف الأصحاب في ذلك على قولين الأوّل أنّه لا يجوز ذلك و هو للغنيه و التحرير و كره و ضه و المحكى في لف عن ط و صرح في الكفايه و الرياض بأنّه اشهر و زاد في الثاني قائلا بل ظ الغنيه الإجماع فعلى هذا القول لو تصرف الوكيل في عين مال الموكل بوضع يده عليها و دفعها الى الغير و نحو ذلك يكون آثما و عاصيا و ضامنا و لو عقد عليها ببيع و صلح و نحوهما يكون فضوليا و قد صرح بهذا في كره قائلا فان عزل الوكيل نفسه ثمّ تصرف كان فضوليا سواء كان الموكل حاضرا او غائبا و بالجمله يرجع الوكيل الى حاله قبل صيرورته و كيلا الثاني أنّه يجوز ذلك و هو للمختلف و عد و الإيضاح و جامع المقاصد و لك و مجمع الفائده و الكفايه و ربّما يظهر من الرياض الميل اليه و الغايه المسأله في غايه الإشكال فلا ينبغي ترك الاحتياط فيها و هو انما يحصل بمراعات الأوّل بل هو في غايه القوه للإجماع المنقول المتقدم إليه الإشاره المعتضد بالشهره المحكيه و اصاله عدم التزام الموكل بفعل الوكيل و ان معنى فسخ الوكّال هو ابطال جميع ما يترتب عليها من الآثار و من جملتها جواز التصرف بل هو حقيقه الوكّال و لذا يجب الحكم بفساد الوكّال اذا وكله و شرط عليه ان لا يتصرف ابدا لمنافاه هذا الشرط لمقتضى العقد صريحا فليس المراد من عزل نفسه ألا قصده سلب استحقاقه جواز التصرف الثابت له بمقتضى العقد و معنى تجويز الشارع ذلك حكمه بصحة قصده ذلك و على هذا لا يثبت له جواز التصرف ألا بتوكيل ثان و ألا لم يصحّ الحكم بصحة عزله فتأمل لا يق يدفع ما ذكر ما تمسك به في كره و لف و الإيضاح و جامع المقاصد و لك على جواز التصرف له ح قائلين يجوز له التصرف عملا بالأذن الذي تضمّنته الوكّال و بين هذا في الإيضاح بيان واضح قائلا الوكّال شىء مركّب من الاذن العام في الفعل و من الخصوصيه التي يتمييز بها عن باقى اقسامه و العزل يقتضى رفع الوكّال و هو لا يستلزم رفع اجزاء المركب و الاذن الصّادر من الموكل باق بعد العزل ان كان الموكل جاهلا- لأننا نقول لا نسلم بقاء العام بعد رفع قيده سلّمنا و لكن لا نم افادته ح جواز التصرف فان قلت قبل رفع الخصوصيه ثبت له بالأذن العام جواز التصرف فالأصل بقاء افادته له بعد ارتفاعها قلت لا نسلم ان



جواز التصرف قبل ارتفاعها مستند الى الأذن العام لاحتمال كونه مستندا الى المجموع المركب و ح لا يجرى هذا الاستصحاب نعم قد يق ثبت جواز التصرف له قبل ارتفاع الخصوصيه قطعا

ص: ٤١٠

و ان لم يعلم السبب فيه ا هو العام او المجموع فالأصل بقاءه بعد ارتفاع الخصوصيه لأننا نقول يدفع هذا ما تقدم اليه الإشاره و لا يق ليست الوكاله ألبا مجرد اباحه التصرف و هي لا يرتفع بمجرد قصد المباح له الامتناع و لذا يجوز لمن دعى الى ضيافه بعد قصده عدم المصير اليها و عدم تناوله الطعام اتيانه بالامرین كما اشار اليه فى لك قائلا انغزال الوكيل بعزل نفسه و جعل الوكاله من ابواب العقود يقتضى ارجحيه ما فسر به فى كره سابقا فى القبول الفعلى من الرغبه فى الفعل و الرضا به لا مجرد الفعل و ألبا لكان اباحه محضه و اذنا خالصا و هو لا يبطل برده فان من اذن لغيره فى تناول طعامه او اخذ شىء من ماله فلم يقبل ذلك لا يبطل الاذن بل يجوز التصرف بعد ذلك لأن المسوغ و هو اذن المالك موجود و القبول اذا لم يكن شرطا فى الاباحه لم يكن ردها مانعا لأننا نقول يلزم على ما ذكر ان لا يكون الوكاله من العقود و ان لا يتوقف على القبول و ان لا يصح اطلاق الفسخ بالنسبه الى الوكيل و كل ذلك بط لما عرفت و لا يق يدل على القول الثانى ما تمسك به فى جامع المقاصد و مجمع الفائده عليه من اطلاق قوله ع الوكاله ثابتة حتى يبلغ العزل لأننا نقول دلالة الروايه على هذا القول فى غايه الضعف كما لا يخفى ثم انه ان قلنا بالقول الثانى فهل يجوز للوكيل التصرف بعد العزل مط و لو علم الموكل به و سكت او لا بل يختص بصوره جهل الموكل به و صورته علمه به مع عدم رضاه يظهر الاول من قول لف و الكفايه الوجه انه يجوز للوكيل التصرف بالأذن السابق ما لم يمنعه الموكل

### منهل لا اشكال فى انغزال الوكيل اذا علم بان الموكل عزله

#### اشاره

سواء حصل العلم من التواتر او الآحاد المحفوفه بالقرائن القطعيه او من القرائن الخارجيه او غير ذلك من الأسباب المفيده للعلم و لو عاده فيكون تصرفاته بعد العلم بالعزل كتصرف الأجنبي فلا يصح و لا يلزم من حيث الوكاله و قد صرح بالانغزال بذلك فى يع و التحرير بل الظاهر انه مميا لا خلاف فيه و قد صرح بدعوى الإجماع عليه فى الأخير قائلا اذا عزل الموكل الوكيل و اعلمه بالعزل انغزال اجماعا و هل ينغزل الوكيل بمجرد عزل الموكل اياه مط و ان لم يعلم بالعزل و لم يثبت عنده على وجه معتبر شرعا او لا اختلف الاصحاب فى ذلك على اقوال احدها انه لا ينغزل بالعزل بل يتوقف عزله على ثبوته عند الوكيل بطريق معتبر شرعا من اعلامه بالعزل و نحوه فلو لم يثبت عنده العزل و لم يعلم به كان باقيا على الوكاله و كانت تصرفاته نافذه و لازمه و ان وقعت فى الواقع بعد عزل الموكل و اشهاده مع عدم امكان الأعلام و قد صار الى هذا فى الخلاف و يع و فع و د و التبصره و التحرير و لف و الإيضاح و الجامع و اللمعه و جامع المقاصد و ضه و الرياض و اختاره الصيمرى فى شرح يع و حكى عن ابن الجنيد فى جمله من الكتب و حكاه فى جامع المقاصد عن ط و حكاه الصيمرى عن ابى العباس فى المقتصر و هو ظ لك و صرح فيه بدعوى الشهرة عليه قائلا ما اختاره المصنف هو المشهور بين الاصحاب خصوصا بين المتأخرين و صرح فى مجمع الفائده بأنه مذهب الأكثر و فى الرياض بأنه الأشهر بين عامه المتأخرين و ثانيها انه لا ينغزل ألبا باعلامه بالعزل او بالإشهاد على العزل مع عدم التمكّن من الأعلام و هو للنهائيه و الوسيه و الغنيه و مال اليه فى لف قائلا قول الشيخ فى النهائيه لا باس به ثم

صَرَّحَ جماعه بأنه مذهب ابى الصِّلاح و ابن البرَّاج و ابن ادريس و صَرَّحَ فى الايضاح و التَّنقيح بأنه صار اليه قطب الدِّين الكندرى و ثالثها أنه ينزل بمجرّد العزل مط و لو لم يعلم الموكل بالعزل و لم يشهد عليه و قد صار اليه فى عد قائلًا تبطل الوكاله بعزل الموكل له سواء اعلمه بالعزل او لا و صَرَّحَ فى لف بانّ القول ليس بردى و صَرَّحَ فى ط و ف بأنه رواه اصحابنا كالقول الأوّل للقول الاول وجوه منها اصاله بقاء عدم الانعزال بمجرّد العزل و اصاله بقاء جواز التصرفات و عدم ترتب الضمان عليها و عدم وجوب استرداد الأموال التى دفعها الوكيل بعد العزل و قبل ثبوته الى من كان و كيلا فى دفعها اليهم و منها أنه لو بطلت الوكاله بنفس العزل للزم منه فساد العقود و الايقاعات و الشروط التى صدرت من الوكيل بعد العزل و قبل ثبوته و للزم بطلان اصل عقد الوكاله و التالى بجميع اقسامه باطل فالمقدم مثله اما الملازمه فظاهره و اما بطلان التالى فللعمومات الداله على صحه العقود و الشروط و البيوع و جميع افراد الصِّلح و غير ذلك من نحو قوله عزّ و جلّ أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و قوله تعالى أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ و قولهم ع فى عدّه اخبار معتبره المؤمنون عند شروطهم و قوله ص الصِّلح جائز بين المسلمين و نحو ذلك و تبّه على هذا الوجه فى مجمع الفائده قائلًا على أنه قد يقيدل أَوْفُوا بِالْعُقُودِ بايجاب الوفاء لكلّ عقد خرج منه الوكاله فى غير صوره النزاع و بقى محلّ النزاع تحته فتأمل و الشهره أيضا اذ الأكثر على عدم العزل الا بالأعلام كما هو مضمون الروايات و ان لم يعلم قول بالعزل مطّ الا قول عد مع فتواه فى غيره بالأوّل و الأشهاد لا دليل له ظاهرا مع أنه يكتفى بظ الرّوايه و منها أنه لو انعزل الوكيل بمجرّد العزل للزم ترتب الضمان على الوكيل فيجب عليه رده القيمه حيث يتعدّر ردّ العين و لوجب عليه استرداد الأموال التى دفعها الى الغير و لوجب على الغير دفعها الى اربابها و للزم امور اخر و فى جميع ذلك يلزم الحرج العظيم و العسر الشّديد و الضّرر الجسيم و جميع ذلك منفى بالأدله الأربعة و قد احتج بهذه الحجّه فى لف و التَّنقيح و جامع المقاصد قائلين و لأنّه لو انعزل قبل العلم لحصل ضرر عظيم لأنه ربّما و كله فى بيع الجاربه فيطأها المشتري او الطّعام فيأكله او الثوب فيقطعه او ينقله الى بلاد بعيدة او الدار فيهدمه او غير ذلك من الأمور التى يعمّ البلوى بها جمعا كثيرا و يشقّ الحكم ببطلانها الى حدّ لا

يكاد يطاق و يستلزم بطلان التصرف فيها الضّرر و الحرج و هما منفيان بالكتاب و السنّه و قد تمسك بهذا الوجه الصيمرى فى شرح يع و قد يناقش فى هذا الوجه اولا بما تبّه عليه فى مجمع الفائده و الرياض من انتقاضه بتصرفات الوكيل بعد موت الموكل و قبل ثبوته فانه لا خلاف فى بطلانها ح كما فى شرح الإرشاد و غيره فما هو الجواب هنا فهو الجواب فى محلّ البحث و ثانيا بها صَرَّحَ به فى الرياض قائلًا مع اندفاع الضّرر بالرجوع فى العوض و تبّه على ما ذكره فى مجمع الفائده قائلًا فى مقام الإيراد على الوجه المذكور هو معارض بمثله كما اشرنا اليه و منقوض بالموت و بما بعد خروجه عن التصرف مثل الجنون و الإغماء و الحجر بسفه و فلس و كأنّه لا- خلاف فى ذلك فى الموت و الجنون و الإغماء و الحجر و نحوه و يمكن دفعه أيضا بانّه ان يتمكن من تحصيل المالك و الا فيأخذه قصاصا و عوضا و بأنه علم الرضا بالتعويض فتأمل و ثالثا بالمعارضه بالمثّل لاستلزام عدم الانعزال بالعزل الضّرر أيضا كما تبّه عليه فى مجمع الفائده قائلًا فى مقام ذكر الأدله القول الثالث و لزوم الحرج و الضيق فانه قد يحصل له المصلحه فى العزل و لا يمكنه الاعلام و الاشهاد فيتضرّر و لأنه يلزم قلب الجائر لازما و قد يجاب عن جميع المناقشات المذكوره اما عن الأولى فبانّ الانعزال بالموت و نحوه قبل ثبوتها و ان استلزم الحرج

ص: ٤١١

و الضّرر أيضا الا أنه قام الدليل على خروجهما من العمومات من الكتاب و السنّه الداله على نفى الحرج و الضّرر فى الشريعة بخلاف محلّ البحث فانه لم يقم دليل اقوى على خروجه منها فيجب العمل بها فيه بناء على المختار الذى عليه معظّم الفقهاء و

الاصوليين من المسلمين من ان العام المخصّص حجه في الباقي الذي لم يقدّم دليل معتبر على تخصيصه من العموم نعم ان قلنا بان قاعدتي نفى الحرج و الضرر كقاعده عدم جواز التكليف بما لا يطاق في عدم جواز التخصيص يلزم الحكم بعدم الانعزال بالموت و نحوه قبل ثبوتهما و طرح كلّ دليل ظني يدلّ على الانعزال بهما مط و ان افاد في نفسه ظنا متأخماً للعلم و على اى تقدير يجب العمل بالقاعدتين المذكورتين في محلّ البحث بعد تسليم صغرى القياس و النقص المتقدّم اليه الإشاره لا يصلح للجواب بوجه من الوجوه الا ان يكون المقصود منه التنبيه على منع الصغرى و لكنّه ضعيف جدّاً لصدّقها في كثير من صور محلّ النزاع و يلحق الباقي بها بظهور عدم القائل بالفرق بين صور المسأله من هذه الجهه فت و اما عن الثانيه فبالمنع من اندفاع الضرر و الحرج بما ذكر في جميع صور محلّ البحث كما لا يخفى هذا مع انّ التقاص على خلاف الأصل فيلزم الاقتصار فيه على ما قام الدليل عليه و لا- نسلم انّ محلّ البحث منه و لا كك عدم الانعزال فانه موافق للأصل فيكون اولى بالترجيح سلّمنا انه مخالف للأصل و لكن هذا المخالف للأصل اولى بالترجيح من ذلك التقاص المخالف للأصل أيضا لا اعتضاد الأول بالشهره العظيمه و غيرها من ساير الوجوه الداله على هذا القول فت و اما عن الثالثه فبالمنع من المعارضه غالبا سلّمنا و لكن بالضرر و الحرج اللازمين للانعزال قبل ثبوت العزل اشدّ و اعظم من العكس كما لا يخفى سلّمنا و لكن ما يدلّ على المدعى اولى بالترجيح لا اعتضاده بالشهره العظيمه و غيرها ممّا يأتي اليه الإشاره ان شاء الله تعالى و منها ما حكاه في لف عن الشيخ قائلاً قال في الخلاف اذا عزل الموكل و كيله عن الوكاله في غيبته لأصحابنا فيه روايتان إحداهما انه ينعزل في الحال و ان لم يعلم الوكيل و كل تصرف يتصرف فيه الوكيل بعد ذلك يكون باطلا و هو احد قولى الشافعى و الثانى انه لا ينعزل حتى يعلم به الوكيل و كلّما يتصرف فيه يكون واقعا موقعه و قد ذكرناها كما في الكتابين و من راعى العلم استدلل على ذلك بان قال انّ النهى لا يتعلّق حكمه في حق المنتهى الا بعد حصول علمه به و هكذا ابواب نواهي الشرع كلّها و لهذا لما بلغ اهل القبا أن القبلة قد حولت الى الكعبه و هم في الصلاه داروا و بنوا على صلاتهم و لم يؤمروا بالإعاده و كذلك نهى الموكل و كيله عن التصرف ينبغى ان لا يتعلّق به حكم في حق الوكيل الا بعد العلم و هذا القول اقوى من الأوّل و قد رجحناه في الكتابين و قد نبه على هذا الوجه في التنقيح و كذا في الرياض الا انه اورد عليه قائلاً و اما ما يستدل به على المختار من انّ النهى لا يتعلّق به حكم في حق المنهى عنه الا بعد علمه كنواهي الشرع فضعيف غايته فان الحكم بذلك و غايه الجهل انما هو رفع حكم المنهى الذي هو الإثم و المؤاخذه لا اثبات الصيحه في معامله لم تصادف اذن المالك بالكلية و ان هي ح الا كصلاه واقعه في حاله التسيان من غير طهاره او معامله على مال الغير بمظنه انه ماله و نبه على ما ذكره في مجمع الفائده قائلاً في مقام الاحتجاج على المدعى و أيضا العقل يحكم بانّ غير العالم غير مكلف فالوكيل الجاهل بعزله غير مكلف بعدم فعل ما وكلّ فيه فلا يكون معزلا و بل معذور او هو أيضا منقوض بما مرّ و انّ الجاهل لا يعذر الا نادرا عندهم و العلم الذي هو شرط التكليف و هو القدره على الفهم عندهم كما بين في موضعه على انه لا- يق انه معاقب و مكلف بعد فعل ما وكلّ فيه بل معنى بطلانه عدم ترتّب الأثر المطلوب على فعله في نفس الامر و ظهور ذلك بعد العلم بالعزل و لا- فساد فيه بوجه و منها ما نبه عليه في التنقيح قائلاً لو انعزل و لما يعلم لزم تكليف الغافل لأنّه حكم شرعى و الحكم الشرعى اذا لزم المكلف قبل علمه لزم تكليف الغافل و اللّازم بط فالملزوم مثله و قد نبه الصيّمرى على هذا الوجه متمسكا به على المدعى و

منها ما احتج به في لف و التنقيح و جامع المقاصد و لك و ضه و الرياض من خبر هشام بن سالم عن الصادق ع عن رجل و كلّ اخر و كاله في امضاء امر من الامور و اشهد له بذلك شاهدين عدلين فقام الوكيل فخرج لإمضاء الأمر فقال الموكل اشهدوا انى قد عزلت فلانا عن الوكاله فقال ع ان كان الوكيل امضى الأمر المذى و كل عليه قبل ان يعزله عن الوكاله فانّ الأمر ماض كره

الموكل أم رضى قلت فإن الوكيل امضى الأمر قبل ان يعلم بالعزل او يبلغه أنه قد عزله عن الوكالة فالامر ماض على ما امضاه قال نعم قلت له فإنه قد بلغه العزل قبل ان يمضى الأمر ثم ذهب حتى امضاه لم يكن ذلك بشىء قال نعم إلا ان الوكيل اذا وكل ثم قام عن المجلس فامر ماض ابداً والوكالة ثابتة حتى يبلغه العزل عن الوكالة بثقه او يشافهه بالعزل عن الوكالة وقد احتج بهذه الرواية على المدعى الصيمرى فى ح يع و وصفها بالصحة فى جامع المقاصد و ضه و لك و الرياض و صرح بأنه أصح ما بلغه فى هذا الباب و قد ناقش فى صححه هذه الرواية فى مجمع الفوائد قائلًا و يفهم من كره أنه رواها الشيخ فى الصحيح و قال فى ح عد انها صحيحه يع و لكنّها مروية فى باب وكالة يب عن محمد بن على بن محبوب و ما ثبت صححه طريقه اليه و ان قال ذلك فى ضه و د و كذا فى ح لوجود الحسن بن عبد الله و احمد بن يحيى العطار و هما غير موثقين بل غير مذكورين فى ضه و قال د احمد المذكور مهمل على ان فى طريقها محمد بن عيسى بن عبيد و قد ضعفوه و كثيرا ما يردون الخبر بوجوده فيه خصوصا فى ح يع و لكن ظنى ان محمد بن عيسى لا باس به و يمكن تصحيح طريقه الى محمد بن على بن محبوب عن ست و أيضا هذه الرواية موجودة فى الفقيه عن محمد بن ابى عمير عن هشام بن سالم اه و الطريق فيه اليه صحيح و يمكن تصحيح طريقه اليه من الفهرست و ما صححه فى ضه و د و ان قال فى د ان فى طريقه محمد بن ابى عمير و محمد بن على بن محبوب و احمد بن عيسى واحده و الطريق الى احمد صحيح فيكون اليهما أيضا صحيح و لكن فيه تأمل لعدم اتحاد الطريق كما يفهم من كتابى الشيخ و فى متنها أيضا بعض الشىء و منها ما تبه عليه فى لف بقوله و قد روى جابر بن يزيد و معاوية بن وهب عن الصادق فى خبر ضعيف السند قال و من و كل رجلا على امضاء امر من الأمور فالوكالة ثابتة ابدا حتى يعلمه بالخروج منها كما اعلمه بالدخول فيها و كذا فى حديث هلال الراوى عن الصادق ع و لم يتوسط بين الروايات فى يب فى باب الوكالة و لم يذكرها فى صا و الظاهر عدم عزل الوكيل إلا ان يعلم العزل لهذه الروايات و قد حكى فى مجمع الفوائد عن كره تضعيف هذه الرواية قائلًا قال فى كره و طريقها الى عمر بن شمر و هو ضعيف و اشار فى لف و شرح عد و غيره أيضا الى ضعفها و قد يق الضعف هنا غير قادح اما اولًا فلما تبه عليه فى مجمع الفوائد بقوله و اما روايه جابر و ان كانت ضعيفه من طريقه إلا أنها صحيحه من طريق معاوية بن وهب فإنها منقولة فى الفقيه عنهما و قيل فى ضه و د ان طريقه الى معاوية صحيح و لكن فيه أيضا تأمل لان صححه طريقه اليه موقوفه على توثيق محمد بن على ماجيلويه و هو غير واضح و اما ثانيا

ص: ٤١٢

فلانجبار ضعف السند على تقدير تسليمه بالشهره العظيمه و منها ما تبه عليه فى التنقيح و لف و مجمع الفوائد و الرياض من خبر ابى هلال الرازى قال قلت لأبى عبد الله ع رجل و كل رجلا بطلاق امرأته اذا حاضت و طهرت و خرج الرجل فبدا له فاشهد أنه ابطل ما كان امره به و أنه بدا فى ذلك قال فليعلم اهله و ليعلم الوكيل و اورد عليه فى مجمع الفوائد اولًا بضعف السند معللاً اولًا بالوجه الاوّل الذى ضعف به روايه هشام بن سالم و ثانياً بما تبه عليه بقوله و روايه ابى هلال غير صحيحه لأنّ ابا هلال مجهول و ان كان طريقه اليه فى الفقيه فى هذه الرواية صحيحاً لنقله عن عبد الله بن مسكان عنه و طريقه اليه صحيح و هو ثقة و فى طريق يب و صا الحسن بن على بن فضال و قد يجاب عن ضعف السند بانجباره بالشهره العظيمه كما صرح به فى الرياض قائلًا هو قريب من الصّححه لتضمنّ سنده جمله ممن اجمعت على تصحيح ما يصح عنه العصابه و قصور سنده منجبر بالشهره العظيمه المتأخره مضافا الى اعتضاده بالأخبار الأوّله الصّححيه فلا شبهه فى المسأله و ثانياً بمنع الدلاله قائلًا و هو ظ و منها ما تبه عليه فى التنقيح و لك و الرياض من خبر العلاء بن سيباه و تبه عليه فى مجمع الفوائد قائلًا و روايه على بن سيباه صريحه و هو طويله

مشملة على قضاء امير المؤمنين و الصادق ع ككك بالزوجه مع اشهادها الشاهدين على عزل اخيها الوكيل قبل ايقاع النكاح الا انهما ما شهدا على حضور الوكيل و اعلامه به قال امير المؤمنين ع للشهود كيف تشهدون قالوا نشهد انها قالت اشهدوا اني قد عزلت اخي فلانا عن الوكاله بتزويجي فلانا و اني مالكة لأمرى قبل ان يزوجنى فلانا فقال اشهدتكم على ذلك بعلم منه و محضر قالوا لا- قال فتشهدون انها اعلمته العزل كما اعلمته الوكاله قالوا لا قال ع ارى الوكاله ثابتة و النكاح واقع اين الزوج فجاء فقال خذ بيدها بارك الله لك فيها فقالت يا امير المؤمنين ع احلفه اني لم اعلمه العزل و انه لم يعلم بعزلى اياه قبل النكاح قال ع و تحلف قال نعم يا امير المؤمنين فحلف و اثبت و كالتة و اجاز النكاح ثم اورد عليه بضعف السيد معللا اولاً بالوجه الاول الذى علل به ضعف روايه هشام بن سالم و ثانيا بما تبه عليه بقوله و اما روايه العلاء بن سيباه ففيها على ان علا غير معلوم مع ان فيه الحسن بن موسى الخشاب و على بن حسان و هما غير مصرح بتوثيقهما و ان كانا ممدوحين و فى الفقيه على بن سيباه و هو أيضا مجهول كأنه غلط و هو علا- بن سيباه كما فى يب و طريق الفقيه اليه صحيح و قد يجاب عما ذكره من ضعف السيد بانجباره بالشهره العظيمه كما صرح به فى الرياض و قد تبه على الأخبار المذكوره الاسكافى قائلا لا يصح عزل الموكل و كيله الا ان يعلمه العزل و له ما لم يعلمه بالعزل ان يعمل لموكله فيه و يلزم الموكل به فعله و ان كان قد عزله و لم يعلمه و ككك الروايه عن امير المؤمنين ع و ابى عبد الله ع و كذا تبه عليها فى جامع المقاصد بقوله و الأخبار عن امير المؤمنين ع و ابى عبد الله ع بعدم الانعزال بدون العلم كثيره و ان ضعف بعضها فمضاهى صحيحه هشام بن سالم و فى لك بقوله مستندا لقول الاول اخبار عن ائمه الهدى ع كصحيحه هشام بن سالم و روايه العلاء بن سيباه و للقول الثانى وجوه منها انه ادعى فى الغنيه الإجماع عليه قائلا و متى اراد الموكل فسخه و عزل الوكيل افتقر ذلك الى اعلامه ان امكن فان لم يمكن فليشهد به و اذا فعل ذلك انعزل الوكيل و لم ينفذ بعده شىء من تصرفه و ان اقتصر على عزله من غير اشهاد او على الأشهاد من غير اعلام و هو متمكن لم ينعزل و نفذ تصرفه الى ان يعلم ثم يبين احكام اختلاف الوكيل مع الموكل قائلا بعد ذكر الجميع كل ذلك بدليل الإجماع المشار اليه و قد يجاب عما ذكره اولاً بالمنع من دلالة ما ذكره على المدعى لاحتمال رجوع ما ذكره من دعوى الإجماع على احكام الاختلاف لا غيرها بناء على ما ذهب اليه جماعه من الاصوليين من رجوع الغير المتعقب للجمل المتعاطفه الى الأخيره فت و ثانيا بما تبه عليه فى الرياض قائلا بعد الإشاره الى الأول القول خلافا للنهائيه

و القاضى و الحلبي و ابنى حمزه و زهره فالتفصيل بين الأشهاد فالثانى و الأ فالأول و عليه ادعى فى الغنيه اجماع الإماميه و غايته انه روايه صحيحه واحده لا يقابل ما قدمناه من النصوص المستفيضه المعترضه بالشهره فليس فيها حجه و ثالثا بأنه موهون فى نفسه باعتبار كثره دعاوى الاجماع فى الغنيه بحيث يستدل على كل مسئله مذكوره فيها بالإجماع الا ما شذ و ندر و من الظاهر ان تحقق الإجماع فى جميع تلك المسائل من المحالات العاديه بل ذهب جماعه من محققى اصحابنا الى عدم امكان الاطلاع على الإجماع بالمعنى المتعارف بين الاماميه فى زمان الغيبه و لعله لما ذكر لم يستند معظم اصحابنا الى شىء من الإجماعات المحكيه فى الغنيه مع مصيرهم الى حجيه الإجماعات المنقوله بخبر العدول من الإماميه سلمنا و لكنّه هنا موهون بمصير المعظم الى الخلاف بل الظاهر اتفاق المتأخرين و متأخريهم عليه فت و منها ان مصير الشيخ فى النهايه الى هذا القول يدل على وجود روايه داله عليه لان كتاب النهايه كتاب متضمن للأخبار مع حذف اسانيدها كما صرح به ابن ادريس فى مواضع عديده من السيرائر و قد يجاب عما ذكره اولاً- بانّ المستفاد من عباره الشيخ فى ف و ط انه لا روايه تدل على هذا القول لقوله لأنه بعد الإشاره الى القول الاول و الثالث صرح بانّ كلا منهما رواه اصحابنا و لم يتبه بوجه من الوجوه على انه روى القول الثالث بل لم يشر إليه فيهما اصلا و ثانيا بأنه على تقدير تسليم دلالة النهايه عباره على وجود الروايه فغايته انها روايه مرسله و هى غير صالحه

للحجّيه عند معظم الاماميّه و منهم الشيخ و ثالثا بانّ الرّوايه المذكوره على تقدير اعتبارها فى نفسها لا تصلح لمعارضه ادله القول الاوّل من وجوه عديده و منها ما تبّه عليه فى لف قائلا بعد الإشاره الى هذا القول و قول الشيخ فى النّهايه لا باس به لأنّه توسّط بين الأقوال و كأنّه اراد أنّه مقتضى الجمع بين ادله القول الاوّل و الثالث و قد تبّه عليه الصّيمرى فى ح يع قائلا بعد الإشاره الى هذا القول و جهه الجمع بين الأحاديث و كذا تبّه عليه فى مجمع الفائده بقوله و اما دليل الثّانى فكأنّه الجمع بين الادلّه و الأقوال فى الجمله و الاعتبار بالشاهدين فى نظر الشرع و دفع الحرج فى الجمله و لكنّ ظ روايه هشام عدم الاعتبار بهما و كذا روايه علا بن سيابه و قد يجاب عمّا ذكره بالمنع منه لعدم الشاهد عليه و للقول الثالث اولا اصاله عدم صحه المعاملات و الإيقاعات الصادره من الوكيل بعد عزل الموكل اياه و قبل ثبوت العزل و عدم افادتها لنقل الملك عينا او منفعه الى الغير و قد اشار الى الاصل المذكور فى مجمع الفائده بقوله دليل الاوّل الاصل و قد يجاب عمّا ذكر بعدم صلاحيّته لمعارضه ادله القول الاوّل فهو مندفع بها و ثانيا ما

ص: ٤١٣

تبّه عليه فى جامع المقاصد قائلا اختار المصنف هنا انزاله بالعزل مط لأنّ الوكاله عقد جائز و حقّه ان تنفسخ بالفسخ على جميع الأحوال و الا لكان فى بعضها لازما هذا خلف و قد تبّه على هذا الوجه فى لف مدّعيّا أنّ هذا القول ليس بردى لما ذكر و كذا تبّه عليه فى الايضاح و التنقيح و لك و قد يجاب عنه بما تبّه عليه فى الرياض قائلا بعد الإشاره إليه و يضعف بتسليم جواز الفسخ لكنّ يحتمل ان يكون ترتب اثره مشروطا بالإعلام المفقود فى المقام قوله و ألّا كانت لازمه قلنا نعم فى هذه الصّوره و هو لا ينافى جوازها من اصلها فكم من عقود جائزه تصير لازمه بالعوارض الخارجيه كشروع العامل فى العمل فى الجعالة فإنّها تكون لازمه للجاعل ألّا مع بذل مقابل ما عمل مع اعلامه و نظائره فى الشرع كثيره كحضور المسافر مسجد الجمعة و شروع الإنسان فى الحج المندوب و هذا مع كونه اجتهادا فى مقابل النصّ الصّحيح فلا يعتبر و قد تبّه على ما ذكره اخيرا فى لك بقوله بعد الإشاره الى الوجه المذكور و الأخبار الّتي بعضها صحيح حجه عليه و ثالثا ما تبّه عليه فى لف قائلا بعد الإشاره الى الوجه المتقدم و لأنّ العزل رفع عقد لا يفتقر الى رضاء صاحبه فلا يفتقر الى علمه كالطلاق و العتق و قد يجاب عنه بما تبّه عليه فى الرياض قائلا بعد الإشاره اليه و يضعف بمنع المساواه بين العتق و المقام فإنّ العتق فكّ ملكك و ليس متعلّقا بغير العاقد و ليس ككك العزل فى الوكاله لتعلّقه بثالث و رابعا ما تبّه عليه فى الايضاح و التنقيح قائلين و لأنّه لو اعتق العبد الذى وّكله على بيعه او عتقه لانعزل و كذا لو باعه فاذا لم يعتبر العلم فى العزل الضمنى ففى صريح العزل اولى و قد يجاب عمّا ذكر اولا بالمنع من ثبوت الاصل الحكم فى اصل المقيس عليه و ثانيا بالمنع من فهم الاولويّه على تقدير الثبوت و ثالثا بالمنع من صلاحيّتها على تقدير تسليمها لمعارضه ادله القول الاوّل فالوجه المذكور ضعيف جدّا و قد اورد عليه فى الايضاح قائلا- و فيه نظر للفرق بعدم القابل فى الضمنى ضروره و لا يرد أنّه هنا بعدم شرط الفاعل لأنّه اول المسأله فهو مصدره على المطلوب و خامسا ما تبّه عليه فى الايضاح قائلا- قالوا لو جاز بغير الإعلام لجاز الفسخ بغير الإعلام لأنّه رفع جواز فعل ما و كل فيه بعد ثبوته بدليل شرعى متأخر عن دليل ثبوته و هو شرعى أيضا ثم اورد عليه بقوله قلنا الفسخ تكليف و الوكاله ليست بتكليف لأنّ الوكيل لا- يجب عليه امثال امر الموكل فلا- يتم الملازمه و العلم هنا بالسبب فلا يضرب بتعيّنه و سادسا ما تبّه عليه فى التنقيح بقوله و اما اذا لم يمكنه الا علام و ظهر له مصلحه فى عزله فإنّه ينعزل بالعزل و ان لم يعلم لكن مع امكان الأشهاد و يجب الإشهاد و أنّها قلنا ذلك لثلا يلزم تحمل الضرر الحاصل ببقاء و كالتة و صيروره الجائز لازما لا لسبب مقتضى لذلك و قولهم يلزم تكليف الغافل قلنا مم لأنّ العلم بكون

الوكالة عقدا جائزا و بإمكان تغيير الصالح يمنع ذلك و كذا قولهم بلزوم الحرج و الضرر قلنا عظيم معارض بامرین الاول انه لو ظهر المبيع مستحقا و قد اتلفه المشتري او غيره عن صورته الثاني ضرر الموكل بعدم العزل اذا فاتته مصلحه و لا يلزم ذلك في صورته تمكنه من الإعلام لأنه هو الذى ادخل الضرر على نفسه و قول الشيخ في اهل قبا أنهم لم يعيدوا قلنا التكليف مشروط بالعلم و لما انتفى علمهم بالتحويل سقط تكليفهم بالإعادة و اخراجهم عما فعلوه و ليس كك الوكالة بل هي مثل الطلاق الذى لا يشترط في وقوعه علم الزوج و سابقا ما تبّه عليه في مجمع الفائده قائلا دليل الاول الاصل و ان الظاهر أنه لا شك في صحه اشتراط فعل الوكيل برضاء الموكل و يؤيده ان التجاره لا بد ان يكون عن تراض من الطرفين و كذا النكاح و الطلاق لا يصح بدون اذنه و رضاه و قصده و لا خلاف فيه و هو معلوم بالعقل و النقل و معلوم عدم بقاء الرضا بعد الفسخ و العزل و ثبوت عصمه النكاح حتى يعلم المزيل و قد يجاب عما ذكره بما تبّه عليه في اخر المسأله قائلا و ما تقدم من بعض الادله يندفع بالنص عن اهل البيت ع فيترك غيره و يوجد دليل قوى يحلّ العصمه و عدم اعتبار الرضا حين الفعل فيخرج عن القاعده به و

كذا غيره مما تقدمت الإشارة اليه فت و المسأله لا تخلو عن اشكال كما تبّه عليه في مجمع الفائده بقوله و بالجمله المسأله من المشكلات فلا ينبغي فيها ترك الاحتياط مهما امكن و لكن القول الاول هو الأقرب و

### ينبغي التنبيه على امور

#### الأول صرح في يع بما يتفرع على القول الأول قائلا و لو تصرف الوكيل قبل الإعلام

مضى تصرفه قبل الاعلام عن الموكل فلو وكله في استيفاء القصاص ثم عزله فاقصص المعلم قيل بالعزل وقع الاقتصاص موقعه و تبّه على ما اشار اليه بقوله و لو تصرف اه في فع أيضا و كذا تبّه عليه في ط و التحرير و لك و الرياض بل الظاهر أنه مما لا خلاف فيه بين القائلين با لقول الأول و صرح في لك بان الحكم ح ظ و تبّه على ما اشار اليه بقوله فلو وكله في استيفاء القصاص في ط و التحرير و الجامع و لك بل الظاهر أنه مما لا خلاف فيه بين القائلين بالقول الأول كما تبّه عليه في ط و أيضا صرح فيه و في التحرير و الجامع بأنه يكون القتل خطاء و يضمّن عاقلته على القول الثالث و صرح في الاخير بأنه يرجع على الموكل بالمضمون المؤدى و صرح في الخلاف بان كل تصرف يتصرف فيه الوكيل بعد العزل و قبل ثبوته يكون باطلا على القول الثالث و فيه نظر بل الأقرب أنه يتوقف على الإجازة من الموكل حيث يكون من العقود بناء على المختار من صحه المعامله الفضوليّه بعد الإجازة

#### الثاني لو قلنا بالقول الثاني فهل يكفي مطلق الإشهاد و لو كان الشاهد واحدا

و كافرا و امراه او لا بل يشترط رجلين مؤمنين عدلين ربّما يظهر الأول من اطلاق القائلين بهذا القول و صرح بالثاني في مجمع الفائده في مقام نقل الأقوال و ربّما ينزل عليه الإطلاق المذكور لتبادره منه

#### الثالث استشكل في التحرير جواز شراء شاهد العزل من الوكيل في صورته الإعلام

قائلا فان لم يعلمه بل اشهد على عزله فان كان مع امكان الإعلام لم ينزل و هل يجوز لشاهد العزل الشراء من الوكيل ح فيه نظر

و الأقرب عندى جواز الشراء منه و صحته و لزومه خصوصا اذا كان الشاهد ممن لا يثبت بشهادته كما اذا كان واحدا و فاسقا لأنه شراء من الوكيل قبل العزل فيكون جائزا و صحيحا و لازما

#### الرابع لا اشكال فى ثبوت العزل بكل ما يفيد العلم به من المشاهده

و السماع و الخبر المتواتر و المحفوظه بالقرائن المفيده للقطع و قرائن الأحوال و غير ذلك و هل يثبت بشهاده رجلين عدلين اذا لم تفد العلم او لا- يثبت ألما بالعلم ربما يظهر الثانى من النهايه و الخلاف و الوسيله و الغنيه و يع و فع و د و التبصره و التحرير و لف و الإيضاح و اللّمعه و المحكى عن الاسكافى و الحلّى و الحلبيّ و القاضى و ابن فهد لتصريحها بان الوكيل لو لم يعلم بالقول لم ينزل و ان عزله يتوقف على اعلامه و علمه به اما مط كما فى اكثر الكتب المتقدمه او مع عدم امكان الاشهاد كما فى جملة منها و ذلك ظ اخبار علا بن سيابه و ابى هلال و جابر بن يزيد و ذهب الى الثانى فى جامع المقاصد و لك و ضه و مجمع الفائده و هو الأقرب و لهم وجوه احدها عموم قوله **إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا** و ثانيها عموم ما دلّ على قبول شهاده العدلين لا يق هو معارض بعموم هذه الأخبار تعارض المفهومين عن وجه كما لا يخفى و هو اولى بالترجيح لاعتضاده بالأصل و بعموم قوله تعالى **أَوْفُوا بِالْعُقُودِ** و غيره ممّا تقدّم اليه الإشاره فى مقام الاحتجاج على القول الاول و بكثرة العدد و بالاعتضاد

ص: ٤١٤

بظواهر فتاوى معظم الأصحاب لأننا نقول لا- نم التعارض لاحتمال ان يكون المراد من العلم و الاعلام فى جملة من النصوص و معظم الفتاوى المعنى الاعم الشامل للشهاده و ساير الأسباب الشرعيّه التى يثبت بها الموضوعات و الاحكام فإن استعمال العلم فى هذا المعنى قد شاع بحيث صار حقيقه عرفيه عامه و لذا عرفوا الفقه بأنه العلم بالأحكام الشرعيه الفرعيّه مع أنّ الغالب فى ادلتها الظنّ دون العلم بالمعنى و لذا صحّ أيضا ان يق من غير صحه السلب اعلم ان فلانا ابن فلان او اعلم أنّ هذا المال لفلان حيث يكون المستند هو مجرّد الفراش و اليد و بالجملة امثله ما ذكر كثيره لا تكاد تحصى و جميع الامارات التى يرجع اليها فى اثبات الحقائق العرفيه العامه او اكثرها من التبادر و عدم صحه السلب و الاطراد و صحه التقسيم و التقييد بالقيدين المختلفين و حسن الاستفهام و صحه الاستثناء و الاستعمال و غلبته تفيد هنا ما ذكرناه من الوضع للمعنى الاعم المتقدم اليه الإشاره فعلى هذا يكون الأخبار المذكوره و فتاوى معظم الأصحاب داله على الاحتمال الثانى كما لا يخفى سلّمنا عدم الوضع لهذا المعنى الاعم و لكن لا- اشكال فى غلبه استعمال لفظ العلم فيه بحيث صار من المجازات الرّاجحه فان رجحنا المجاز الرّاجح كما هو خيره بعض الأصوليين كانت الاخبار المذكوره و فتاوى معظم داله على الاحتمال الثانى و بطل التعارض المذكور و ان قلنا بالتوقف و عدم ترجيح الحقيقه المرجوحه على المجاز الرّاجح كما ذهب اليه معظم الاصوليين سقطت الدلاله و لكن يبطل معه التعارض أيضا كما لا يخفى نعم ان قلنا بترجيح الحقيقه المرجوحه صح دعوى التعارض المذكور و لكن لا يبعد ترجيح عموم ما دلّ على قبول شهاده العدلين لاعتضاده بالوجوه الداله على قبولها هنا فت و ثالثها ان معظم الموضوعات المشبهه بل جميعها لا يشترط فى ثبوتها العلم بل اكثرها تثبت بشهاده العدلين فكك العزل عملا بالاستقراء المفيد للظنّ العدى فيه الاصل الحجّيه على الأقرب و رابعها ان الايمان و الكفر و العدالة و الايقاع و المعامله و نفس الوكاله تثبت بشهاده العدلين فثبوت العزل بها اولى و قد تبّه على ما ذكر فى لك و خامسها ان العزل او توقّف ثبوته على العلم و لم يثبت بغيره لزم الحرج و الضرر الشديدين و التالى بط فالمقدم مثله اما الملازمه فظاهره و اما بطلان التالى فلأدله الداله على نفى الحرج و الضرر فى الشريعة و قد بيناها فى المفاتيح و غيره و



إذا جاز الاعتماد على غير العلم في ثبوت العلم فلا شبهة في جواز الاعتماد على شهادة العدلين فيه إذ لا قائل بالفصل و سادسها صحيحه هشام بن سالم المتقدمه و على المختار هل يجوز للوكيل الاعتماد على شهادة العدلين في ثبوت العزل من غير مراجعته الحاكم او لا يجوز له الاعتماد عليها بل يجب اقامتها عند الحاكم فيثبت العزل بحكمه فيه اشكال و لكن الاحتمال الاول في غايه القوه

### الخامس هل يثبت العزل بشهادة عدل واحد او لا

صرّح بالاول في لك قائلًا و مقتضى قول المصنف هنا و من وافقه على قوله كالعلامة في سائر كتبه حيث قيدوا الانزال بعلمه عدم الاكتفاء ببلوغه بما لا يفيد العلم و ان كان بعدل بل و ان كان بعدلين لأنهما يفيدان ظنًا يجوز التعويل عليه شرعا و لكن لا يفيدان العلم لأن مناطه من جهة الاخبار المتواتر و الخبر المحفوف بالقرائن ان قلنا بافادته العلم و هو منفي فيهما فلا ينزل على مقتضى ظ كلامهم الا بمشافهته به او بلوغه الخبر ممن يفيد قوله التواتر و الظاهر من انهم لا يريدون هذا المعنى قطعًا لما عرفت من مستند الحكم خصوصا اخبار الشاهدين فانه حجّه شرعيّه فيما هو اقوى من ذلك و الاقوى انزاله بما دلّ عليه الخبر الصحيح من اخبار الثقة و ان كان واحدا و لا- عبره باخبار غير العدل و ان تعدد ما لم يثمر العلم و قد صار الى ما اختاره هنا من جواز الاعتماد على اخبار عدل واحد دون الفاسق و ان تعدد في الروضه أيضا محتجًا أيضا بصحيحه هشام بن سالم المتقدمه و كذا صار اليه في جامع المقاصد قائلًا انما ينزل اذا بلغه ذلك بقول ثقة لا بفاسق و الصبّي لما تضمّنته روايه هشام و كذا ذهب اليه في الرياض قائلًا المستفاد من هذه العبارة كسابقها و غيرها ممّا اعتبر فيه العلم بالعزل عدم اعتبار الظنّ به و هو ككك الا في الظنّ المستفاد من اخبار الثقة للصّحيحه الاولى من الأخبار المتقدمه و به صرّح جماعه و يمكن ان ينزل عليه العبارة بحمل العلم فيها على ما يعم الظنّ القائم مقامه شرعا و كذا صار اليه في مجمع الفائده قائلًا و كذا ينزل لو اخبره به بعد العزل و قبله و لو باخبار ثقة لا بصبّي و فاسق و ان تعدد و الظاهر أنّ الفسخ و العزل مع اخبار العدل أيضا لا يكون فيه خلاف على ما ظهر ممّا نقلناه ان جواز الاعتماد في العزل على اخبار ثقة مذهب جماعه من اصحابنا المتأخرين و لهم وجوه احدها عموم آيه النبا المتقدم اليه الإشاره و قد يجاب عنه اولا بالمنع من نهوضه لإثبات المدعى و ثانيا بمعارضته على تقدير تسليم الدّلاله بالعمومات المانعه من العمل بغير العلم من الكتاب و السنّه و هي اولى بالترجيح من وجوه عديده لا تخفى و ثانيها ظهور عباره مجمع الفائده في دعوى الاتفاق على ما صاروا اليه و قد يجاب عنه بأنّ عبارات المعظم اما ظاهره في خلاف ما ذهب اليه هؤلاء الجماعه اذ لا دلالة فيها على المخالفه و الموافقه فكيف يستظهر الاتفاق المطلوب بل لا يمكن معه دعوى الاشتهار و لو بين المتأخرين و ثالثها ما احتج به في جامع المقاصد و لكك و ضه و الرياض من قول الصادق ع في صحيحه هشام بن سالم المتقدمه أنّ الوكيل اذا وكل ثم قام عن المجلس فامرّه ماض ابدًا و الوكاله ثابتة حتّى يبلغه العزل عن الوكاله بثقه او يشافه العزل عن الوكاله و قد يجاب عن هذه الروايه بالمنع من صراحتها في المدعى لان اطلاقها يشمل حصول صوره العلم من اخبار الثقة بالعزل باعتبار انضمامه بالقران المفيده للعلم كسائر اخبار الآحاد المفيده للعلم باعتبار الاحتفاف بالقرائن المفيده و صوره عدم حصول العلم به فيقع التعارض بينه و بين العمومات المانعه من العلم بغير العلم المتقدم اليها الإشاره و هو من قبيل تعارض العمومين من وجه كما لا يخفى و من الظاهر ان هذه العمومات اولى بالترجيح امّا اولا فلأنّ سندها قطعي و لا ككك سند الزوايه المذكوره و ان صحّ سندها و من الظاهر ان قطعيه السند من اسباب الترجيح بل الظاهر أنّه ممّا لا خلاف فيه بين علماء الإسلام و امّا ثانيا فلأنّها اكثر عددا و لا- اشكال في ان كثره العدد من اسباب الترجيح و امّا ثالثا فلأنّها اقوى دلالة خصوصا مع قوه احتمال انصراف اطلاق

الروايه الى صورته حصول العلم و ذلك لوجهين احدهما ان المتبادر من بلوغ العزل العلم به من جهة الأخبار فينصرف اليه الإطلاق و ثانيهما ان الغالب عاده في اخبار الثقة بالموضوعات حصول العلم العادي منه و لعلّه لذا ادعى بعض الأصوليين ان خبر العدل ممّا يفيد العلم بنفسه سلمنا ان اطلاق

ص: ٤١٥

الروايه ينصرف الى صورته عدم حصول العلم من اخبار الثقة بالعزل و لكنّه يعم صورتى انفراد الثقة بالأخبار بالعزل و انضمامه مع آخر مخبر بالعزل أيضا فيقع التعارض بينه و بين العمومات المتقدم اليها الإشاره تعارض العموميين من وجه أيضا و اما رابعا فلاعضادها بالأصل فت و اما خامسا فلاعضادها بظهور المعظم مصيره الى عدم اعتبار اخبار الثقة بالعزل حيث لا يكون مفيدا للعلم به و ذلك اما لظهور عباراتهم المتقدم اليها الإشاره في ذلك كما اعترف به في لك و الرياض خصوصا مع عدم معهوديه اعتبار اخبار العدل الواحد في اكثر المواضع او عدم معهوديه اعتبار اخبار العدل الواحد بالعزل مع توفر الدواعى عليه و مسيس الحاجه اليه و اما سادسا فلاعضادها بغلبته عدم اعتبار خبر العدل الواحد و شهادته في موضوعات الأحكام و الاصل في الاستقراء الحجه لكونه مفيدا للظنّ و الأصل فيه الحجّيه كما بيناه في المفاتيح و المسأله محلّ اشكال فلا ينبغي فيها ترك الاحتياط و لكن احتمال عدم اعتبار اخبار الثقة بالعزل في غايه القوه و قد صرح في عد و التحرير و كره و جامع المقاصد بأنّه لا يثبت العزل بخبر الواحد و لا- بشهادته كما لا يثبت الوكاله بذلك و لهما اولا الأصل و ثانيا العمومات المانعه من العمل بغير العلم من الكتاب و التّينه و ثالثا أنّه تبّه في كره على دعوى الاجماع على ذلك بقوله لا يثبت العزل بشهاده واحد و لا بخبره عند علمائنا اجمع لأنّه حق مالى فلا- يثبت بخبر الواحد و لا بشهادته و يعضد ما ذكره ما تبّه عليه في جامع المقاصد قائلا لا يثبت العزل بخبر الواحد باجماعنا فان قلت قد سبق انّ الوكيل اذا بلغه من ثقته انعزل و هو يقتضى ثبوت العزل بخبر الواحد قلنا انعزاله في هذه الحاله مشروطه بثبوت العزل بعد ذلك و فائده الأخبار ح كون العزل الواقع غير نافذ لولاه لجهل الوكيل به لا ثبوت العزل في الواقع و رابعا انه لا يثبت بما ذكر معظم الامور فكذا العزل عملا بالاستقراء و لا فرق في ذلك بين كون المخبر رسولا او لا كما صرح به في التحرير و كذا لا فرق فيه بين ان يحصل الظنّ من خبره او لا و على تقدير الاعتبار فهل المراد بالثقه معناه المتعارف بين اهل الرّجال و هو العدل الإمامى او مطلق من يعتمد عليه و يوصف بالامانه فيه اشكال و لكن الاحتمال الأول هو الأقرب

### السادس هل يثبت العزل بمطلق الظنّ المتأخّم للعلم او لا

صار الى الأول في الرّوضه قائلا لو عزله الموكل اشترط علمه بالعزل فلا ينعزل بدونه في اصحّ الاقوال و المراد بالعلم هنا بلوغه الخبر بقول من يقبل خبره و ان كان عدلا واحدا لصحّحه هشام و لا عبره بخبر غيره و ان تعدّد ما لم يحصل به العلم او الظنّ المتأخّم له و لعلّ وجه فحوى ما دل على حجّيه شهاده العدلين و شهاده العدل الواحد هنا و عموم النبوى المرسل متعبّد بظنّه و قد يجاب عن الأوّل بالمنع و ثانيا بمعارضته بالعمومات المانعه من العمل بغير العلم و هى اولى بالترجيح من وجوه و عن الثّاني بعدم حجّيته و معارضته على تقدير حجّيته بالعمومات المذكوره فالأقرب هو الاحتمال الثّاني فلا يثبت العزل الا بالعلم به او بشهاده العدلين فلا يثبت بشهاده الفساق و من لم تثبت عدالتهم و لا بشهاده النساء و الخناثى المشكله و لو كن ثقات و لا باخبار الصّبيان و لا- بكتابه الموكل التى لم تفد العلم و لا- بسائر الظنون و ان كانت متأخّمه للعلم و لكن مراعات الاحتياط معها و مع شهاده العدل الواحد اولى

## السابع صرح في التّحرير بأنّه لو مات الموكل فقد انزل الوكيل

سواء علم بموته او لا فكلّ تصرف فعله بعد الموت كان باطلا و ان لم يعلم بالموت و يظهر من مجمع الفائده دعوى الاتفاق على ذلك و على انزال الوكيل بجنون الموكل و اغمائه و الحجر عليه بسفه او فلس مط و ان لم يعلم بها الوكيل و مراعاة ما ذكره مهما امكن احوط

## الثامن لو اختلف الموكل و الوكيل في العزل

فقال الموكل قد اعلمته بالعزل و انكر الوكيل ذلك فالقول قول الوكيل مع يمينه كما صرح به في التّهايه و الوسيله و الغنيه و الجامع بل صرح في الثالث بدعوى الإجماع عليه و قد صرح فيه بأنّ الوكيل ان نكل عن اليمين بطلت و كالتة من وقت قيام اليينه بعزله قائلا- كلّ ذلك بدليل الإجماع المشار اليه و صرح في التّهايه بما ذكره أا دعوى الإجماع المشار اليه و صرح فيها بأنّه ان حلف كانت و كالتة ثابتة و هو جيّد

## التاسع لو شهد العدلان بوكالته

و شهد ثالث بالعزل تثبت الوكاله و لم يثبت العزل كما صرح به في عد و التّحرير و كذا صرح به في جامع المقاصد قائلا لتمام التّصاب بالتّسبه الى الوكاله دون العزل و ما ذكره جيّد و لا فرق في ذلك بين وقوع الشّهاده بالعزل مثل الحكم بثبوت الوكاله بالشّاهدين او بعده

## العاشر ان شهد احد الشاهدين بالعزل بعد شهادته بالوكاله

فان كان قبل الحكم بثبوت الوكاله بشهادتهما فصرح في التحرير و عد و جامع المقاصد بعدم ثبوت الوكاله ح و هو جيّد و كذا صرح به في كره أيضا قائلا في مقام لأنّ احدهما لم يثبت و كالتة في الحال و في مقام اخر لرجوع احد الشّاهدين عن الشّهاده قبل الحكم خلافا لبعض الشّافعيه و صرح بما ذكره في هذا المقام في جامع المقاصد أيضا و ان كان بعد الحكم بذلك فصرح في التحرير و كره و جامع المقاصد بأنّه لم تثبت الشّهاده بالعزل ح بل يجب الأخذ بالشّهاده بالوكاله و هو جيّد لما نبه عليه في الاخير بقوله لنفوذ الحكم قبل رجوع الشّاهد و لا يؤثر رجوعه و هل يضمن الشّاهد بالعزل ح او لا استقرب الأول في عد و تبّه على وجهه في جامع المقاصد قائلا- وجه القرب أنّه سلط الغير على التصرف في مال غيره بغير حقّ بشّهاده يعلم بطلانها فكان ضامنا لما يترتب عليها من تلف مال الغير او نقصانه ثم احتمل عدم الضمان هنا قائلا و يحتمل ضعيفا العدم فأنّه اخبر بالصدق في كلّ من الوكاله و العزل و لا ضمان على من اخبر بالصدق و لا يعد ذلك رجوعا و ليس بشىء لأنّ شهادته بالوكاله و سكوته عن العزل يقتضى الاستناد في بقاء الوكاله الى شهادته و شهادته بالعزل قبل ذلك يقتضى الرجوع عن تحمّل الشّهاده فيضمن ما تلف بشهادته و هو الأصحّ و ان شهدا معا بالعزل فان لم يكن على وجه الرجوع عن الشّهاده الاولى ثبت العزل كما صرح به في التحرير و عد و جامع المقاصد و ان كان على وجه الرجوع فان كان قبل الحكم بطلت الشّهاده و ان كان بعده فلم تبطل و قد صرح بالأمرين في الأولين

## منهل تبطل وكاله الوكيل بالحجر على الموكل بسفه او فلس فيما يمنع من التصرف فيه بهما

### اشاره

كما فى الغنيه و يع و التبصره و عد و التحرير و كره و د و اللّمعه و جامع المقاصد و لك و ضه و مجمع الفائده و الكفايه و الرياض و لهم أوّلا ظهور الاتفاق عليه و ثانيا عدم جواز مزيه الفرع على الأصل و ثالثا فحوى ما

ص: ٤١٦

دلّ على منع الموكل من التصرف كما اشار اليه فى لك قائلا لأنّه اذا منع من مباشرته فمن التوكيل فيه اولى و يعضد ما ذكره قول كره بعد الإشاره الى الحكم المذكور لا يملك التصرف فلا يملكه غيره من جهته و

### ينبغى التنبيه على امور

#### الأول صرح فى كره بانّه لا فرق فى ذلك بين ان يحجر عليه قبل التوكيل او بعده

فان سبقت الوكاله الحجر بطلت و كك ان كان الحجر سابقا لم تقع صحيحه و ما ذكره جيّد و هو ظ الأصحاب

#### الثانى لو وكل المحجور عليه باحد الأمرين

فيما له التصرف فيه صحّ كما صرح به فى د و عد و التحرير و كره و جامع المقاصد و لهم أوّلا ان الظاهر أنّه ممّا لا خلاف فيه و ثانيا ما تبّه عليه فى كره بقوله لان الموكل اهل لذلك مباشره فله ان يستنيب فيه ابتداء للأصل السالم عن المعارض

#### الثالث اذا وكل السفيه و المفلس قبل الحجر عليهما فهل يصحّ او لا

التحقيق ان يق ان كان مجرّد السفه و الفليس يمنع من التصرف فلا تصحّ الوكاله كما بعد الحجر و الّا فتصحّ

#### الرابع صرح فى كره و لك و ضه و الرياض بانّ فى حكم الحجر طرو الرق على الموكل

بان كان حريّتا فاسترق ثمّ صرّحوا بانّه ان كان وكيلا صار بمنزله توكيل عبد الغير و ما ذكره فى المقامين جيّد

#### الخامس صرح فى الرياض بانّه حيث فسدت الوكاله بالحجر

و طرو الرّق لم تبطل الامانه فلو تلفت العين الموكل فيها فى يده بغير تفريط لم يضمن و هو جيّد ثمّ صرح بانّه لو كان وكيلا فى حق قبضه بعد الموت قبل العلم به و تلف فى يده بغير تفريط لم يضمن لكن يجب عليه المبادره الى اىصال العين الى الوارث فان اخر ضمن كمطلق الامانات الشرعيّه و هو أيضا جيّد

#### منهل لا تبطل الوكاله بالتّوم و ان طالّت مدّته

كما صرح به في يد و عد و التحرير و اللّمع و ضه و لك و مجمع الفائدة و الكفايه و الرياض و لهم اولا ظهور الاتفاق عليه قولا و فعلا و ثانيا عدم اشتهاار الحكم بكونه و مبطلا مع توفر الدّواعى عليه و ثالثا ما تمسك به في مجمع الفائدة و الرياض من الأصل و رابعا ما تمسك به في مجمع الفائدة قائلا لو كان النوم مبطلا لكان بقاء الوكاله مشكلا اذ الخلو عنه متعسّر بل متعذر فانه ضرورى و

### ينبغى التنبيه على امرين

#### الاول صرح في التحرير بانه لا يبطل الوكاله بالسهو و ان كثر

و هو جيد

#### الثانى أطلق في التحرير عدم بطلان الوكاله بالسكر و بالفسوق المتجدد

و فضل في لك قائلا لا تبطل بالسكر أا ان يشترط في الوكيل العدالة كوكيل وليّ اليتيم و وليّ الوقف العام و وكيل الوكيل مط فتبطل وكالته بالسكر الاختيارى و كذا لو فعل الموكل الذى يشترط عدالته و ما ذكره من التفضيل حسن

### ينبغى التنبيه على الأمرين

#### الاول صرح في الرياض بانه لا فرق في ذلك بين ان يكون باذن الولي او لا

و هو جيد

#### الثانى ان مقتضى كلام الاصحاب صحه وكالتهما في جميع ما تصح فيه الوكاله مط

و لو كان السفيه وكيلا لأصل المعامله لا لمجرد الصيغه فلا بأس بالمصير اليه

### منهل لا يصح التوكيل من اشخاص مط

فلو وكلوا احدا بطل منهم المجنون كما صرح في يد و عد و التحرير و كره و ضه و مجمع الفائدة و الرياض و هو مقتضى عباره فع و اللّمع و لا فرق فيه بين ان يكون مطبقا او ادواريا و لكن يشترط في الاخير وقوع التوكيل حال الجنون و كذا لا فرق بين ان يكون باذن الولي او لا كما صرح به في الرياض و اذا عرض الجنون بعد التوكيل ابطل كما صرح به في يد و كره و التحرير و عد و الكفايه بل الظاهر انه مّا لا خلاف فيه و هل يرجع بعد زوال الجنون صرح في الكفايه بان الأقرب ذلك و فيه نظر بل الاقرب عدم الرجوع و منهم النائم و المغمى عليه و الساهى و الغافل كما صرح به في كره و كك السّكران كما صرح به في التحرير و فيه التصريح بالمغمى عليه أيضا و منهم الضبي الغير المميز و الغير البالغ عشر سنين كما صرح به في كره و عد و د و الإيضاح و ضه و هو مقتضى فع و يد و اللّمع و غيرها و بالجمله لا- خلاف في ذلك كما اشار اليه في الرياض بقوله لا تصح

وكاله الصبى و المجنون مط باذن الولي كان اولا بلا خلاف الا في المميز البالغ عشرين و الوجه في ذلك مضافا الى ما ذكره ما اشار اليه في مجمع الفوائد قائلا- قد علم ان الصبى و المجنون حال جنونه لا يمضى تصرفهما و لا اعتبار به فوكيلهما بالطريق الاولى بل توكيلهما تصرف و قد ثبت عدم صحته و هل يجوز ان يوكل الصبي المميز البالغ عشرين سنين في الوصية و الطلاق و الصيغة او لا- اختلف الأصحاب في ذلك على قولين الاول انه لا- يجوز و لا- يصح و هو للتذكرة و عد و الإيضاح و جامع المقاصد و لك و ضه لأنه لا يملك المباشرة في الأمور المذكورة فلا يملك التوكيل الثاني انه يجوز و يصح و هو للشرائع و المحكى في الرياض عن جماعه لأنه يملك مباشرتها فيملك التوكيل فيها و اما في غير ما ذكر فالظاهر انه لا خلاف في كونه ممنوعا من التوكيل فيه و لو كان مراهقا و منهم المحجور عليه لسفه او فلس من غير اذن الولي في موضع الحجر كما في الغنيه و فع و يع و التبصره و د و التحرير و عد و اللّمعه و ضه و جامع المقاصد و الكفايه و الرياض بل هو ممّا لا خلاف فيه كما صرح به في الرياض و يصح توكيلهما فيما لا يتعلق به الحجر و لا يمنعان من التصرف فيه كما في يع و د و التحرير و جامع المقاصد و مجمع الفوائد و الكفايه و الرياض و صرح فيه نفى الخلاف فيه و علله في جامع المقاصد بأنه لا حق للغرماء في ذلك بل هو جلب مال بالنسبه اليهم و هل يجوز توكيلهما فيما يتعلق به الحجر و منعا من التصرف فيه باذن الولي او لا ظ الأكثر الاول و يظهر من المحكى عن بعض الثانی و تبّه على وجهه في مجمع الفوائد قائلا- بعد نقل عبارته من كره و أيضا صريح في جواز توكيل السيد مع اذن الولي و فيه تأمل فإنه بمنزله المجنون و الصبي و قد منعنا عنه و ما اعتبر بايقاعه بحضور الولي أيضا و برضاه لعدم الاعتداد بعبارته و ان كان ذلك محلّ التأمّل عندي كما تقدّم و منهم العبد القن الذي لم يأذنه مولاه بالتوكيل فيما هو محجور عليه كما في الغنيه و يع و كره و التبصره و د و التحرير و عد و جامع المقاصد و لك و الرياض و لهم اولا ظهور الاتفاق عليه كما صرح به في الرياض بقوله لا خلاف في ذلك و ثانيا ما تبّه عليه في التنقيح بقوله انما لم يصح توكيل العبد لغيره لأنه اما غير مالك كما هو الأصحّ او يملك لكنّه محجور عليه فلا يصحّ ح توكيله و يعضد ما ذكره امور احدها قول جامع المقاصد لأنه لا يملك المباشرة و ثانيها قول لك ان قلنا انه يملك فلا- يجوز توكيله فيما يملكه الا باذن مولاه لثبوت الحجر عليه و ان قلنا لا يملكه فتوكيله انما يكون في حق مولاه فان لم يكن مأذونا لم يصحّ توكيله مط اذ ليس له التصرف مباشرة فلا يجوز و كاله و ثالثها قول الرياض لا- خلاف في ذلك للحجر عليه في تصرفاته ان قلنا بمالكيتها و الا كما هو الاقوى فلا اشكال في الحكم من اصله لظهور فساد توكيل الأجنبي في مال غيره

بغير اذنه و اذا وكل هذا العبد فهل يقع فاسدا مط او يصحّ مع إمضاء سيده اشكال و يدخل في القن المدبر و أم الولد كما صرح به في جامع المقاصد قائلا لأنّ حجر الرقيته عليهما باق بحاله و اما المكاتب فقد صرح في يع و التحرير و عد و الكفايه بأنه يصحّ توكيله و كذا صرح به في جامع المقاصد قائلا لانقطاع سلطنه المولى عنه و تمكنه من التصرف و لو اذن

ص: ٤١٧

المولى للقن بالتوكيل صحّ توكيله ح كما في فع و يع و عد و التحرير و التبصره و الكفايه و الرياض و كذا صرح به في جامع المقاصد قائلا لزوال المانع و صرح في يع و التحرير و عد و لك و جامع المقاصد و الكفايه بانّ القن لو كان مأذونا في التجاره جاز ان يوكل بغير اذن المولى فيما جرت العاده بالتوكيل فيه و تبّه على وجهه في الخامس بقوله لاستفاده ذلك من اللفظ بضميمه العاده المطرده و يعضد ما ذكره قول لك لأنه كالمأذون فيه و صار في الغنيه الى خلاف ذلك قائلا لا يصحّ الوكاله من العبد و ان كان مأذونا في التجاره لأنّ الإذن له في ذلك ليس باذن في الوكاله و هو ضعيف بل ما ذكره الجماعه أقرب و للقن

التوكيل فيما يجوز له التصرف فيه بغير اذن المولى ممّا يصحّ النيابة فيه كما صرح به في بيع و كره و عد و التحرير و التنقيح و جامع المقاصد و لك و الكفايه بل في التنقيح تبّه على دعوى الاجماع عليه قائلاً يجوز توكيله فيما له فعله كطلاق زوجته اجماعاً و كذا في استيفاء التعزير

### منهل يشترط في الوكيل العقل فلا يصحّ الوكاله من المجنون

و لا تثبت له كما في فع و بيع و د و التحرير و عد و كره و التبصره و اللّمعه و التنقيح و ضه و الكفايه و الرياض و بالجمله هو ممّا لا- خلاف فيه كما صرح به في التنقيح و لا فرق في المجنون بين المطبق و الأدوارى لكن يجب في الثّانى التقييد بحال الجنون فلو وكل حال افاقته صح ما دام الوصف باقيا و اذا جنّ الوكيل فصّرح في كره بان و كالتة تبطل قائلاً لخروجه عن التكليف و سقوط اعتبار تصرّفه و عبارته في شىء البتة و ما ذكره من الحكم جيّد و هل تعود الوكاله اليه بعد الافاقه او لا المعتمد الثّانى

### منهل لا اشكال في انه لا يصحّ ان يكون لطفل الغير المميّز وكيلا

و لا في عدم اتصافه بالوكاله فلو وكلّ رضيعاً بطل و ان شرط التصرف بعد البلوغ و هل يجوز ان يوكل المميّز الفطن و تثبت له الوكاله او لا فيشترط في الوكيل البلوغ صار الى الثّانى في بيع و د و التحرير و عد و التبصره و كره و اللّمعه و جامع المقاصد و الروضه و الكفايه و الرياض و احتج عليه في جامع المقاصد بانه لا يملك التصرف و مال في مجمع الفائده الى الاول قائلاً لعلّ دليل اشتراط بلوغه و عقله يفهم ممّا تقدّم و كذا البحث في الصّبي المميّز مع الرّوايه المسوغه لتصرّفاته في المعروف و الوصيه و ما نجد منه مانعا مع التمييز و المعرفه التامه بان يوقع عند حضور الموكل و ان يكون و كيلا حضور الموكل و ان يكون و كيلا في ايصال الحقوق الى اهلها و يؤيّده ما ذكره في كره و قد استثنى في الصّبي الإذن في الدّخول الى دار الغير و الملك في ايصال الهديه فانه اذا جاز التصرف في دار الغير و اكله بمجرّد قوله و يكون قوله في ذلك معتبراً ففى مثل ما قلناه بالطريق الاولى الا انّ هناك قرينه داله على الإذن من غير قوله فليس الاعتداد بمجرّد قوله فكأنّه من باب الخبر المحفوف بالقرائن و لكن تجوزهم عام غير مقيّد بما قلناه فتّم نقل عن ابى حنيفه جواز توكيل الصّبي ان عقد بغير اذن الولى و قال انه غلط لأنّه غير مكلف فلا يصحّ تصرّفه كالمجنون و الفرق بينه و بين البالغ ظ فإنّ البالغ مكلف بخلافه فلعلّه اجماع عند الأصحاب و الا فدلّيله غير ظ فت و فيما ذكره نظر و المسأله محلّ اشكال فلا ينبغي ترك الاحتياط فيها الا انّ القول الاول اقرب و عليه لا فرق في الطّفل بين الصّبي و الصّبيه و لا- في الصّبي بين البالغ عشر سنين فما زاد و غيره و لا بين البالغ خمس اشبار و غيره كما صرح به في كره و هو ظ اطلاق كلام غيره القائل بعدم صحّه و كالتة و كذا لا فرق في عدم صحّه و كالتة بين ان يكون و كيلا في غير المعروف كالبيع و الصلح و نحوهما او في المعروف كالصدقه و نحوها كما هو مقتضى اطلاق كلام القائلين بعدم صحّه و كالتة و صرح بذلك في كره و جامع المقاصد

### منهل المحجور عليه بالفلس او السفه يصحّ أن يكون وكيلا

فلا يشترط في الوكيل عدم الحجر عليه بالفلس و السفه كما في بيع و عد و د و التحرير و كره و جامع المقاصد و ضه و الكفايه و الرياض و لهم اولاً ظهور الاتفاق عليه و أما ثانياً ما نبه عليه في جامع المقاصد بقوله لأنه صحيح العبارة و ان منع من التصرف في مال نفسه و

## منهل يجوز ان يوكل عبد غيره في جميع ما يصح فيه التوكيل كالبيع والبراء والنكاح والطلاق وغيرها

يأذن سيده و كك الامه و قد صرح بذلك في بيع و التحرير و صره و عد و د و جامع المقاصد و لك و ضه و الكفايه و الرياض و لهم اولاً- ان الظاهر انه ممّا لا- خلاف فيه و ثانيا ما تبّه عليه في جامع المقاصد و لك بقولهما لأن عبارته معتبره و المانع كون منافعه مملوكة لمولاه فمع اذنه يزول المانع و لا- فرق في الإذن بين الصريح و الفحوى و هو العلم برضا السيد بذلك و اذا لم يأذن السيد بذلك فإن كانت الوكالة مانعه من حقوق السيد و مفوته لها و موجب لضرره فلا يجوز و لا يصح توكيله كما في بيع و التحرير و صره و الكفايه و هو ظ الإرشاد و عد و جامع المقاصد و لك و ضه و الرياض بل الظاهر إنه مما لا خلاف فيه و لا فرق في ذلك بين ان يمنع السيد من توكيله او لم يظهر منه الإذن و ان لم يكن الوكالة مانعه من حقوق سيده و لا- مفوته لها اصلاً و لا- موجب لضرره كما لو وكله في ايجاب عقد او قبوله في حال خلوّ من امر سيده بشيء او في حال اشتغاله بامر او مقدّماته حيث لا- منافاه فهل يجوز و يصحّ ح جعله و كيلاً- او لا فيه قولان احدهما أنه لا يجوز و لا يصحّ و هو لصريح جامع المقاصد و ظ يع و التحرير و عد و د صره و ضه و الكفايه و الرياض و ثانيهما انه يجوز و يصح و قد حكاه في جامع المقاصد عن كره قائل- و ذهب في كره الى جواز التوكيل بدون إذنه اذا لم يمنع شيئاً من حقوقه للقول الاول وجوه منها الاصل و منها عموم قوله تعالى عَيْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ و منها ان توكيل عبد الغير على النحو المفروض تصرف في مال الغير و هو السيد هنا بدون إذنه فلا- يكون جائز لعموم ما دل على المنع من التصرف في مال الغير بدون اذنه من نحو قوله ص لا يحلّ ما امرئ مسلم الا عن طيب نفسه و قد يناقش فيما ذكر بالمنع من كون مجرد التوكيل المذكور تصرفاً في ملك الغير لصحّه السلب و عدم التبادر و اما الأفعال التي تصدر من العبد باعتبار الوكالة فمن المعلوم أنها ليست من تصرف الموكل في ملك الغير و منها ما نبه عليه في جامع المقاصد قائل- بعد ما حكاه عن كره المتقدم إليه الإشاره و فيه نظر لأن المنافى إن كان هو إن منافعه بجمعها ملك للمولى فلا يجوز الانتفاع بها بدون اذنه و لا يعتدّ بها في نظر الشرع بدون اذنه لم يفرق فيها بين المانع من حقوق المولى و عدمه لا محصل لذلك لأن جميع منافعه حقوق للمولى و ان كان المانع هو منافاه التوكيل لانتفاع المولى و جب ان لا يفرق بين قليل المنافع و كثيرها فيجوز ان يستغره و يستنسيجه حيث

ص: ٤١٨

لا- يمنع انتفاع المولى كان يعزل و هو يتردد في حوائج المولى و لا- يخفى بطلان ذلك و قد اورد عليه قائل و جوابه انا نختار الاول و القليل الغير المنافى في خارج من العموم مستند الى قرائن الأحوال بل ربما استند بعضها الى الضروره كالاستقلال بحائط الغير و الاستناد اليه و الاستضاء بمصباحه حيث لا يتجه عليه ضرر و قد تقرر في الاصول انّ الأذن في ذلك و اشباهه مستند الى العقل و أيضا فانّ ذلك يستلزم تحريم خادمتها بما يستلزم تكلمه فانّ ذلك من جمله منافعه التي منع من استيفائها و هو ظ البطالين و الفرق بين ما حكم بجوازه و بين ما اوردته من الاستغزال و نحوه شواهد الاحوال و القرائن التي تلحق الأمور المشتبّه بالمعلوم و منها انّ الوكالة هنا لو صحت لصحت مط و لو منع السيد منها لظهور عدم القائل بالفرق بين صور المسأله و التالي بط لعموم قوله ص التّياس مسلّطون على اموالهم و منها الشهره العظيمه التي لا يبعد معها دعوى شذوذ المخالف و منها ان صحّه الوكالة هنا قد تفضى الى مفساد و تورث الشحناء و العداوه و ذلك مخالف لوضع الشرع و للقول الثاني وجوه أيضا منها عموم قول تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ فانّ مقتضاه صحّه عقد هذا الوكالة و صحّه جميع العقود الصادره من هذا الوكيل و لزومها و هو مخالف للقول الاول و منها عموم قولهم ع في عده اخبار معتبره المؤمنون عند شروطهم و قد يجاب عن هذا العموم و العموم السابق



بلزوم تخصيصهما بادلته القول الاول فت و منها ان الاذن هنا معلوم عادة و من شاهد الحال و قرائن الاحوال كما تبه عليه في لك و قد يجاب عميا ذكر بالمنع من كون الاذن معلوما بل قد يكون معلوم العدم او مظنونه و قد يكون مشكوكا فيه و قد يكون مظنونا و لكن الظن هنا ليس بحجه للأصل و العمومات المانعه من العمل به من الكتاب و السنه و مع هذا فقد يكون مالک العبد غير معتبر الاذن كما اذا كان صغيرا او مجنونا و منها انه لو لم تصح الوكالة ح لم تجز مخاطبه العبد و محاورته بما يستلزم تكلمه لأننا نقول ان تم بطلان اللازم فقد خرج ذلك باطباق الناس عليه و جريان العاده المطرده به فجرى مجرى الشرب من ساقيه الغير بغير اذنه و اورد عليه في لك قائلا- بعد ما حكينا عنه سابقا أيضا قبل تكلمه خرج باطباق الناس عليه و جريان العاده المطرده به كالشرب من ساقيه الغير بغير اذنه قلنا المستند واحد و هو القرائن المقترنه بعدم المفسده مع ان ايقاعه بصيغه العقد ايجابا و قبولا من جمله الكلام فتخصيص بعضه دون بعض تحكم و لا يخفى ان تكليمه أيضا مشروط بعدم منافاته بشىء من حقوق السيد كإبطائه عن غرض مطلوب منه و نحوه و الا- حرام أيضا و فيما ذكره نظر و المسأله محل اشكال و لا ريب في ان القول الأول احوط غالبا بل هو الأقرب خصوصا فيما اذا ظن بعدم اذن السيد و فيما اذا كان صغيرا او مجنونا و منع وليهما منه و هل يكفي اذنه صريحا او فحوى او لا فيه اشكال فلا ينبغي ترك الاحتياط و ان كان الاحتمال الثاني في غايه القوه

### منهل هل يجوز للمولى ان يوكل عبده في اعتناق نفسه او لا

صرح في يع و التحرير و عد و جامع المقاصد و الكفايه بالأول و هو الأقرب و المغايره الاعتباريه هنا كافيها كما صرح به في جامع المقاصد و لك فلا يقدح فقد المغايره التحقيقيه بين المعتق و المعتق

### منهل اذا وكله في الامور التي يريدها لنفسه و في جميع مصالحه

كالبيع و الصلح و الاجاره و المضاربه و الشركه و النكاح و الوقف و سائر العقود و الطلاق و العتق و سائر الايقاعات و وفاء الديون و ردّ الودائع و اخراج الزكوات و الأحماس و سائر الحقوق و الاستيجار على العبادات التي يصح للموكل الاستيجار عليها فهل يشترط في هذا الوكيل ان يكون عادلا فلا يصح توكيل الفاسق فيها او لا يشترط فيه العداله فيصح توكيل الفاسق فيها صرح بالثاني في يع و عد و كره و الكفايه و هو المعتمد لوجوه منها ظهور اتفاق الاصحاب عليه و منها عموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و منها عموم قوله تعالى تَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَ التَّقْوَى و منها قولهم ع في عده اخبار معتبره المؤمنون عند شروطهم و منها قوله ص الناس مسلطون على اموالهم و منها خلو التصوص و فتاوى متقدمى الاصحاب و متاخيرهم عن الإشاره الى كون العداله شرطا في الوكيل من توفر الدواعى عليه كما لا يخفى و منها ان العداله لو كان شرطا في الوكيل للزم الحرج العظيم و الضرر الجسيم و كلاهما منفيان في الشريعة بالادله الأربعة و منها فحوى ما دل على جواز توكيل الكافر و منها سيره المسلمين فانهم في جميع الأمصار و الأعصار يوكلون فيما ذكر من لم تثبت عدالته بل من علم بفسقه و منها اطلاق قول الصادق ع في خبر هشام بن سالم الذى وصفه في مجمع الفائده بالصيحه ان الوكيل اذا وكل من علم بفسقه و منها اطلاق قول الصادق ع في خبر هشام بن سالم عن الوكاله بثقه او يشافهه بعزل عن الوكاله فت و منها ما نبه عليه في كره بقوله و من طريق الخاصه قول الصادق ع من وكل رجلا- على امضاء امر من الامور فالوكاله ثابتة حتى يعلم بالخروج منها كما اعلمه بالدخول فيها فت و منها ان العداله لو كانت شرطا في الوكيل لكان مجرّد توكيل الامام او العالم العدل او العدل مط شهاده بعداله الوكيل و من اسباب التزكيه و التالى بط فالمقدم مثله اميا الملازمه فظاهره و اما بطلان التالى فلانا لم نجد احدا من علماء الإسلام عد توكيل العدل غيره من اسباب

التزكيه لا- فى الرجال و لا فى الأصول و لا فى الفروع فت و منها فحوى ما دلّ على أنّه لا يشترط فى نائب الحج و غيره من ساير العبادات التى تقبل النيابة و لا فى الوصى العداله و منها ما نبّه عليه فى لك بقوله الوكيل فى عقد النكاح لا يشترط ان يكون عادلا- بل يصحّ توكيل الفاسق فيه ايجابا و قبولا لقبول النيابة و اصاله عدم اشتراط العداله اذ لا يتضمّن ذلك استيماننا على امر خفىّ كالمال

## منهل هل يشترط العداله فى وكيل الوصى فيما يصلح له التوكيل فيه و فى وكيل الولي على الصّغير و المجنون فى جميع ما يتعلّق بهما

مما يصحّ التوكيل فيه كالبيع و النكاح لهما و فى وكيل الحاكم فى اخراج حصّه الامام من الخمس و فى ضبط الأوقاف و غلاتها و فى حفظ اموال الايتام و المجانين و الغائبين و نحو ذلك من امور الرعيّه او لا يشترط العداله و فى جميع من ذكر فيه قولان احدهما أنّه لا يشترط فيهم العداله و هو الظاهر اطلاق يع و عد و الكفايه و لهم اكثر الوجوه المتقدمه الداله على أنّه لا يشترط عداله الوكيل فى غير ما ذكر و ثانيهما انه يشترط فيهم العداله و ربّما يستفاد من التّحرير و ضه و هو ضعيف بل المعتمد هو القول الاول لا يق توكيل الفاسق او مجهول الحال فى الامور المذكوره

ص: ٤١٩

تضييع لحقوق الناس فلا يجوز لأننا نقول لا نم ذلك اذ كثير من الفساق و من لم يثبت عدالته يركن اليهم و يعتمد عليهم ما لا يركن و لا يعتمد على جملة من العدول فلا تضييع مط و مع هذا فما ذكر معارض بجواز توكيل الفساق فى اخراج الديون و ردّ الودايح و اخراج الزكوات و الأخماس و الصدقات فما هو الجواب هنا فهو الجواب فى محلّ البحث فت

## منهل هل يشترط العداله فى وكيل الوكيل

اشاره

فلو وكل و كيل يجوز له التوكيل فاسقا او مجهول الحال او لا يشترط فيه العداله كنفس الوكيل فيه قولان احدهما أنّه يشترط فى وكيل الوكيل العداله و هو لظ التحرير و الايضاح و جامع المقاصد و ضه و ربما يستفاد من الارشاد و كره أيضا لتصريحهما باشتراط كون وكيل الوكيل امينا و الظاهر من الأمين العدل كما نبّه عليه فى مجمع الفائده أيضا بعد الإشاره الى عباره الارشاد اذا قال له افعل اقتضى الأذن فى التوكيل للأمين بقوله كأنه يريد بالأمين العدل و فيما ذكره نظر و ثانيهما أنّه لا يشترط فيه العداله كموكله و هو لمجمع الفائده و ربّما يستفاد من لك بل من المعظم للأولين وجوه منها الأصل و قد يجاب عنه باندفاعه بالعمومات التى يأتى اليها الإشاره إن شاء الله تعالى و منها ان توكيل الوكيل استيمان على مال الغير و على اموال الأيتام و المجانين و الفقراء و على الحقوق الشرعيّه و الفاسق ليس اهلا- للاستيمان لوجوب التّثبت فى خبره و قد استدلّ جماعه من الأصحاب بنحو ما ذكر على اشتراط العداله فى الوصى و قد يجاب عنه بما سيأتى اليه الإشاره فى كتاب الوصيّه و منها انّ توكيل الفاسق ركون اليه فى الاتفاق على الأطفال و فى اخراج الحقوق و لا شىء من الفاسق يجوز الركون اليه لعموم قوله تعالى وَ لَا تَزَكُّوا إِلَى الَّذِينَ ظَلَمُوا الْآيَه و قد احتج به جماعه على كون العداله شرطا فى الوصى و قد يجاب عنه بما يأتى اليه الإشاره فى الكتاب المذكور أيضا و منها انه لا اشكال فى أنّه يجوز للوكيل ان يوكل العدل فلو جاز له توكيل الفاسق لتساوى مع العدل من

هذه الجهة و التالى بط فالمقدم مثله اما الملازمه فظاهره و اما بطلان التالى فلعموم قوله تعالى أَمْ مَنْ كَانَ مُؤْمِنًا كَمَنْ كَانَ فَاسِقًا لَا يَسْتَوُونَ و قد استدل به فى الايضاح على اشتراط العدالة فى الوصى و قد يجاب عنه بما يأتى اليه الإشاره فى الكتاب المذكور أيضا و منها أنه لو جاز للوكيل توكيل الفاسق اجاز الاعتماد على خبره فى تنفيذ الوكالة و التالى بط فالمقدم مثله اما الملازمه فلأن خبر الوكيل فيما وكل فيه مسموع و اما بطلان التالى فلعموم قوله تعالى إِنَّ جَاءَكُمْ فَاسِقُ الْآيَةِ و قد احتج به فى الايضاح على اشتراط عداله الوصى و قد يجاب عنه بما يأتى اليه الاشاره فى الكتاب المذكور أيضا و منها ما تبّه عليه فى كره بقوله و لو وكل امينا فصار خائنا فعليه عزله لان تركه ينصرف فى المال مع خيانتته تضييع و تفريط على المالك و الوكالة يقتضى استيمان امين و هذا ليس بامين فوجب عزله و قد يجاب عما ذكره اولا بالمنع من ان الوكالة يقتضى استيمان امين و ثانيا بالمنع من توقف استيمان الامين على عدالته كما تبّه عليه فى مجمع الفائده بقوله قد يكون ممن يوثق به من جهة الامانه فى المال و ما وكل فيه بحيث يعلم عدم خيانتته فيه مع عدم العدالة و الاستيمان المتعارف شرعا و نجد فى الناس امثاله بل فى الكفار على ما يحكون الآن فى الهند و غيره و يفهم من قوله تعالى وَ مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ مَنْ إِنْ تَأْمَنْهُ بِقِنطَارٍ يُؤَدُّهُ إِلَيْكَ إِنْ إِنْ يَرِيدُ مَا قَلْنَا و لعل ترك ذكر العدالة و الاكتفاء بالأمين لذلك قيل إِنَّ الْعَدَالَه الْمَوْجُودَ فِي بَعْضِ الْعِبَارَاهِ بِهَذَا الْمَعْنَى و أنه مسامحه اذ لا دخل هنا لأكثر من الأمانه فيما وكل فيه و لا يضّر عدم عدالته خصوصا اذا ترك مرؤه مثل كشف رأسه فى المجلس فليس ببيعد اشتراط من يوثق به بأنه لا يخون فيما وكل فيه و ثالثا بما تبّه عليه فى مجمع الفائده أيضا بقوله و لأنه قد يكون التوكيل فى ايقاع صيغه فقط من غير تصرف له فى شىء من المال كما ان الظاهر ان ذلك كاف فى الوصى و الأجزاء فى العبادات كما فى بعض الروايات و عموم من بدله بعد ما سمعه الآيه فأنه يدل على عدم تغيير الوصى و ان كان غير عدل و للآخرين وجوه أيضا منها ما تمسك به فى التنقيح على عدم اشتراط العدالة فى الوصى من ان الاصل عدم الاشتراط و فيما ذكره نظر بناء على ما حققناه فى المفاتيح و غيره من ان الاصل فى المعاملات اولا الفساد الا ان يدعى استفاده الاصل المذكور هنا الى العمومات المقتضيه للصحة و سيأتى اليها الإشاره و لكنّه على هذا لا يكون دليلا اخر فى المسأله نعم قد يقتر الأصل هنا بوجه اخر بحيث يصلح لان يكون دليلا اخر غير تلك العمومات و يكون

مرجعه الى الاستصحاب الذى هو حججه فيق لا شك ان وكيل الوكيل يجوز للوكيل توكيله حين كونه عدلا فالاصل بقاء جواز ذلك بعد صيرورته فاسقا عملا بالاستصحاب و هذا الوجه و ان اختص بعض صور المسأله و لكن الظاهر أنه لا قائل بالفرق بينها من هذه الجهة و لا يمكن المعارضه باصالة بقاء الفساد الجارىه فى بعض صور المسأله لان اصالة الصيحه اقوى من اصالة الفساد لأن التعارض بينهما كتعارض الخاص و العام المطلقين و مع هذا فاصل الصيحه مثبت و اصل الفساد ناف و مثبت مقدم على التالى و منها ان توكيل الوكيل للفاسق من جمله العقود لاشتماله على الايجاب و القبول و الاصل فى كل عقد الصيحه حتى نحو العقد المذكور لعموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و لا يقدح فى التمسك به هنا كون الوكالة من العقود الجائزه من الطرفين لما بيناه فى المفاتيح و غيره هذا و قد يقتر الاحتجاج بالآيه الشريفه على المدعى بنحو اخر فيق لو لم يصح توكيل الوكيل للفاسق لكانت العقود الصادره منه اذا وكله الوكيل جهلا بالمسأله مثلا إما فاسده او موقوفه على اجازة الموكل للوكيل الأولى و كلاهما خلاف مقتضى عموم الآيه الشريفه و عموم قوله تعالى أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ و عموم قوله ص الصيحه جائز و غير ذلك من العمومات فهى داله على المدعى بوجهين فت و منها أنه لو لم يجز للوكيل توكيل الفاسق لما وجب عليه الوفاء و بما شرط عليه فى ضمن عقد و كالتة و لما وجب الوفاء بالشروط التى شرطها على الغير فى ضمن العقود التى اوقعها وكاله و التالى بط فالمقدم مثله اما الملازمه فظاهره و اما بطلان التالى فلعموم قولهم ع فى عده اخبار معتبره المؤمنون عند شروطهم و منها عموم قوله تعالى فَمَنْ

يَعْمَلُ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُ اذ لا ريب في انّ وكيل الوكيل و ان كان فاسقا قد يعمل الخير نيابه عن الموكل و لو كان ما يفعله ح فاسدا لما كان داخلا في عموم الآيه الشريفه و هو بط لأن الأصل عدم التخصيص فت و منها انّ الوكيل و وكيل و لو كان فاسقا محسن باعتبار تحمله للنيابه فيندرج تحت عموم قوله تعالى ﴿عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلِ خَرَجٍ مِنْهُ بَعْضُ الصَّوَرِ وَ لَا دَلِيلَ عَلَى خَرُوجِ﴾

ص: ٤٢٠

محل البحث فيبقى مندرجا تحته و منها عموم قوله تعالى ﴿وَأَنزَلْنَا عَلَى الرِّبِّ وَ التَّقْوَى﴾ لان قبول الوكاله و انفاذها من الإعانه على الأمرين كما لا يخفى و منها عموم قوله تعالى ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ﴾ (وَالْمُؤْمِنَاتُ) بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ خَرَجَ مِنْهُ بَعْضُ الصَّوَرِ بِالذَّلِيلِ وَ لَا دَلِيلَ عَلَى خَرُوجِ محلّ البحث فيبقى مندرجا تحته فت و منها ان اشتراط العدالة هنا مستلزم للخرج العظيم لعدم التمكن غالبا من مباشره اكثر الأمور و من توكيل العدل فيها كما لا يخفى و الحرج منفي شرعا بالأدله الأربعة و منها ان المعهود من سيره المسلمين في جميع الأعصار و الأمصار عدم الالتزام بتوكيل العدول مط و استمرت عادتهم على توكيل الفساق و من لم يثبت عدالته من غير نكير فلو كانت العدالة شرطا لما كان الامر كك و منها خلو الأخبار المنقوله عن اهل العصمه ع و خلو كلام معظم الاصحاب من المتقدمين و المتأخرين عن الإشاره الى اشتراط العدالة في الوكيل مط مع توفر الدواعي عليه كما لا يخفى و قد تبه على ما ذكرناه في مجمع الفائده بقوله و أيضا ترك العدالة في الروايات و الإشاره اليها أا بالتوثيق في بعضها مثل صحيحه طويله مشتمله على وصيه امير المؤمنين ع و حكمهم بأخر الوصايا من غير استفسار بانّ الوصي كان عدلا أم لا يشعر بعدم العدالة و كذا و كيل الوكيل هل هو عدل أم لا و منها انه يجوز للوكيل ان يوكل السفيه العادل العدلى تثبت عدالته بمجرد حسن الظاهر فيلزم بطريق اولي ان يجوز له ان يوكل العاقل الرشيد المعلوم او المظنون امانته في الغايه و ان لم يعلم عدالته او علم فسقه او عدم عدالته باعتبار ارتكابه لغيبته او شرب الخمر او الزنا او ترك المروه ان جعلناه من قواعد العدالة و هذه الأولويه متحققه أيضا في صوره جواز الوصيه في العادل الذي ليس بسفيه و لكن تثبت عدالته بمجرد حسن الظاهر فت و منها فحوى ما دلّ على انه يجوز للوصي ان يوصي الى غير العدل فت و منها انه لو كانت العدالة شرطا للزم الفاسق الذي لم يعلم بفسقه احد الامتناع من قبولها و ذلك قد يوجب ظهور فسقه المستور و هو قبيح مناف للحكمه فت و منها ما تبه عليه في مجمع الفائده في مقام الاحتجاج على عدم اشتراط العدالة في وكيل الوكيل قائلا و يؤيده أيضا جواز التوكيل من غير اشتراط العدالة في ايصال الزكاه و نحوها الى المستحقين و ما رأينا احدا اشترط ذلك أا انه يفهم من عد في بحث الوكاله و لا شك انه احوط و ما دلّ على جواز التوكيل يفيد بعمومه و عدم استفساله و كذا ما يدل على الاعتماد على من يعد له عدد الطواف و الأشواط و عدد ركعات فانه غير مقيد بالعداله و ترك التفصيل في دليله و كذا رجوع الإمام الى الماموم الواحد مع عدم اشتراط عدالته و كذا سماع قول من بيده شىء انه وكيل للبيع و انه اشتراه و الزوجه بانّه خلصت عدتها و مات زوجها او طلقها على ما سيأتي و قبول كريبه الماء من الحمامي و تطهير الثياب من قال طهرتها و تكرير الماء و غير ذلك و منها ما تبه عليه في مجمع الفائده بقوله و لان قوله و كل شخصا او من تريد ظاهر في تفويض الامر الى الوكيل و ليس ما يخرج عن عمومه و يقيد بالعدل فالتقييد خلاف الظاهر بل لا يجوز أا مع المقيد و مجرد ما ذكر لا يكفي و لا يقاس على اقتضاء التوكيل في البيع و الشراء ثمن المثل و الصحيح و النقدان سلم للعرف او الإجماع فإنهما دليلان و ليسا بمعلومين فيما نحن فيه بل الظاهر خلافه حيث ان العدل الذي يتوكل نادر و لان الدليل نادر في بعض هو عدم امكان الوكاله فهو يفيد عدمه و كذا في وصي الوصي على تقدير جاوزه فقياس اشتراط عداله الوصي وصيه على

وكيل الوكيل كما فعله البعض محل التأمل و الاحتياط واضح لا يترك ان امكن و منها عموم خبر هشام بن سالم الذى وصفه فى مجمع الفائده بالصيحه عن ابى عبد الله ع ان الوكيل اذا وكل ثم قام عن المجلس فامرہ ماض ابدا و منها المروى فى كره عن الصادق ع من وكل على رجل امضاء امر من الامور فالوكاله ثابتة حتى يعلم بالخروج منها كما اعلمه بالدخول فيها فاذن المعتمد هو القول الثانى الا ان يكون العمل الموكل فيه ممّا لا يجوز ان يباشره غير العدل فليشترط ح ان يكون الوكيل مط عادلا و

### ينبغى التنبيه على امور

#### الاول لا فرق على المختار من جواز كون وكيل الوكيل فاسقا

بين ان تكون عباره الموكل الداله على تجويز التوكيل لو كيله تدلّ على جواز توكيل مجهول الحال او الفاسق بعمومها كما اذا قال وكل من شئت او باطلاقها كان يقول لك ان توكل او بصريحها كما اذا قال وكل الفاسق الفلانى و قد صرح بجواز هذا فى التذكرة و كذا لا فرق فى ذلك بين ان يوكل الوكيل عن نفسه او عن موكله

#### الثانى اذا اطلق الموكل لو كيله جواز التوكيل

فهل يشترط فى وكيل الوكيل ان يكون امينا شرعا و عادة لينفذ الوكاله على الوجه المعترف شرعا و على ما يقتضيه المصلحه فلو وكل خائنا او من لم يعلم بامانته لم يصحّ او لا يشترط ذلك صرح بالأول فى كره و التحرير و هو ظ الإرشاد و المحكى فى لف عن ابى الصيلاح و ابن البراج و تبه على وجهه فى الأول قائلا- كلّ و كليل جاز له التوكيل فليس له ان يوكل الا امينا لأنه لا نظر للموكل فى توكيل من ليس بامين فينفذ جواز التوكيل فيما فيه الحظّ و النظر كما ان الاذن فى البيع يقتضى الاذن بضمن المثل الا ان يعين له الموكل من يوكل فيجوز سواء كان امينا او لم يكن اقتصارا على ما نصّ عليه المالك و لأن المالك قطع نظره بتعيينه و مال فى مجمع الفائده قائلا لو وكل شخصا عموما او خصوصا اقتضى ذلك الاذن فى ذلك امينا كما اذا صرح بالتوكيل قيل أى عدلا و لا يبعد ان يكون المراد من اؤتمن فيما وكل فيه بعدم الخيانه و الحفظ بل يمكن تجويز من هو مثل الوكيل و ان كان فاسقا لرضاه و هو نصّه اليه بل الأعم لعموم التجويز من غير تخصيص خصوصا من لا يعرف ان شرط وكيل الوكيل ان يكون امينا الا من لا يكون فى توكيله مصلحه او من صرح بالإجماع على عدم جواز توكيله فبقى الباقي تحته خصوصا اذا لم يسلم اليه شىء او يكون معه و فيما ذكره نظر و المسأله محل اشكال فلا ينبغى فيها ترك الاحتياط و لكن الأقرب أنه لا يشترط فى وكيل الوكيل الأمانه تعيدا شرعيا بل اللازم الاقتصار على ما يفيد عباره الموكل فى تجويز التوكيل للوكيل او القرائن الخارجيه الداله عليه فلو صرح الموكل بجواز توكيل الخائن صحّ كما تبه عليه فى كره

#### الثالث اذا وكل الموكل او وكيله عدلا ثم فسق

لم ينزل عن الوكاله الا ان يكون معلّقه على العداله و قد ادعى فى كره الإجماع على عدم انزال الوكيل بالفسق الطارى قائلا العداله غير مشروطه فى الوكيل و يجوز ان يكون فاسقا و لو فسق الوكيل لم ينزل عن الوكاله إجماعا لأنه من اهل التصرف الا ان تكون الوكاله مما تنافى الفسق و صرح فيها بانه لو وكل امينا فصار خائنا فعليه عزله محتجا بان تركه بتصرف فى المال مع خيائته تضييع و تفريط على المالك و الوكاله يقتضى استيمان امين و هذا ليس بامين فوجب عزله و فيما ذكره نظر

كما في النّهايهِ و يع و فع و التبصره و عد و د و كره و التّحرير و اللّمعه و التّقيح و جامع

ص: ٤٢١

المقاصد و ضه و لك و مجمع الفائده و الكفايه و الرياض و هو ظ المحكى في لف عن ابى الصّيلاح و ابن البراج و صرّح في المراسم بانّ الذمي لا يتوكل لأهل الذّمّه على اهل الإسلام و بالجملة ما ذكرناه ممّا ذكره الأصحاب و لهم وجوه منها الأصل و منها ظهور الاتفاق عليه كما يستفاد من الكتب المذكوره لعدم إشارتها الى خلاف و لا اشكال في ذلك بل صرّح جملة منها بدعوى الإجماع على ذلك كما سيأتى إليه الإشاره لا يق يظهر من قول يع و لا يتوكل الذمي على المسلم الذمي و لا للمسلم على القول المشهور المخالفه في ذلك كما تبّه عليه في الرياض بقوله ثم ان المستفاد من الماتن في يع و الصيمرى في شرحه عليه حيث نسب المنع الى المشهور نوع تردد لهما فيه لأننا نقول ذلك مم و الّا لنقل عن احد ممّن تأخر عنهما الخلاف عنهما و يؤيّد ما قلناه ما تبّه عليه في الرياض بعد ما حكينا عنه قائلًا و لا وجه له مع احتمال ارادتهما من الشهره المعنى الاعتم المرادف للإجماع و يشهد له تردّد الاول بعد ذلك فيما تردد فيه هنا و هو ظ بل صريح في عدم التردّد في الاول و منها أنّه صرّح في التّقيح بدعوى الاجماع على ذلك قائلًا و كاله الذمي للمسلم و الذمي على مسلم فاسده اجماعا و يعضد ما ادعاه اولًا قول جامع المقاصد و كاله الذمي على المسلم لذمي او لمسلم لا تصحّ باجماعنا و ثانيا قول كره تبطل و كاله الذمي على المسلم للمسلم و الذمي عند علمائنا اجمع و ثالثا قول لك لا تصحّ و كاله الكافر على المسلم لكافر او مسلم عندنا و رابعا قول الرياض لا يجوز ان يتوكل الذمي على مسلم مط لمسلم او ذمي اجماعا كما في كره و التّقيح و ظ المهذب و غيره و هو الحجّه و خامسا قول الكفايه قالوا و يشترط الإسلام اذا كان و كيلا على المسلم سواء كان الموكل مسلما او كافرا و منها ما احتج به في كره و جامع المقاصد و ضه و لك و الرياض من قوله تعالى لَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا و منها أنّ التوكيل ركون الى الوكيل فلا يجوز هنا لعموم قوله تعالى وَ لَمْ تَزَكُّوا إِلَيَّ الَّذِينَ ظَلَمُوا الْآيَه اذ لا ريب في أنّ الذمي ظالم لنفسه و منها عموم ما دلّ على نفى المساوات بين الفاسق و المؤمن و منها انه لو جاز توكيل الذمي هنا لجاز الاعتماد على خبره في تنفيذ الوكاله و التالى بط فالمقدّم مثله امّا الملازمه فلان خبر الوكيل فيما و كل فيه مسموع و امّا بطلان التالى فلعموم قوله تعالى اِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا و منها أنّه لو جاز توكيل الذمي هنا لجازت موادته و التالى بط فالمقدّم مثله امّا الملازمه فلاستلزام التوكيل عادة موده الموكل لو كيلاه و امّا بطلان التالى فلعموم التّهى عن مواده الكفار و منها عموم قوله ص لا ضرر و لا ضرار و

ينبغي التّنبه على امور

الاول يلحق بالذمي هنا فوق ساير الكفار الذين لا يطلق عليهم اسم الإسلام

كما صرّح به في ضه و لك و الرياض محتجين بانه اذا ثبت المنع في الذمي ثبت في غيره بطريق اولى و يعضد ما ذكرناه اولًا ظهور اتفاق الاصحاب على ذلك و ان اختصّ اكثر عباراتهم بالذمي و تبّه في الرياض على الاختصاص قائلًا و لعلّ اقتصار الأصحاب على الذمي امّا للتّنبه بالادنى على الأعلى او لكون الوكاله بين المسلم و الذمي هو الغالب في بلاد الإسلام لندره غيره

فيها من اصناف الكفار و ثانيا العمومات المتقدم اليها الإشاره و بجميع ما ذكر من الوجوه الدالّه على المنع يخصّ العمومات الداله على الجواز هنا

### **الثاني لا اشكال في أنّ المسلم في كلمات الأصحاب يشمل العدول من الإماميه و فساقهم**

و ذكورهم و اناثهم و خناثهم و احرارهم و عبيدهم و بالجملة كلّ من كان اماميًا اثنا عشريًا يثبت له الحكم المذكور و هل يشمل سائر فرق المسلمين سواء كانوا من الشيعة أم من المخالفين و سواء حكم بنجاستهم كالعلاه و الخوارج و النصاب أم لا فيكون الحكم جاريا في جميع المسلمين او لا بل يختصّ بالإماميه فيه اشكال من الأصل و أنّ الاصحاب باسره اطلقوا المسلم هنا كالكتاب و أنّ العمومات السابقه يقتضى التعميم و من العمومات الداله على صحّه الوكاله مط من الكتاب و السّينه و قوه احتمال انصراف اطلاق الكتاب و فتاوى الأصحاب الى المسلم المؤمن المحق و لو كان فاسقا و اطلاق الكفر على غيره من سائر فرق المسلمين في كثير من الأخبار بل حكم معظم الأصحاب بكفر جمله من فرقهم كالنصاب و الخوارج و الغلاه و لذا صرّحوا بنجاستهم كما صرّح جماعه من المتقدمين بنجاسه جميع المخالفين و الإطلاق المذكور ان كان بطريق الحقيقه فيلزم مشاركتهم مع الكفار في الحكم المذكور لعموم الدليل و ان كان بطريق المجاز فليست العلاقه الّا المشابهه فالأصل اشتراك هذا المجاز مع حقيقته في جميع الأحكام و في جميع ما ذكر نظر و المسأله محلّ اشكال و لكن الأقرب هو الاحتمال الثاني

### **الثالث الظاهر من تصريح الأصحاب بانه لا يصحّ ان يتوكّل الذمي على المسلم**

اختصاص المنع بما اذا تضمّن الوكاله نوع قهر و سلطنه كما اذا وكل الذمي لاستيفاء دين او عين من المسلم او المخاصمه معه و قد صرّح بما ذكرناه في الرياض قائلا ثم ان ظ الاصحاب اختصاص المنع بما اذا تضمّن الوكاله نوع قهر و سلطنه من حيث تعبيرهم عن محلّ البحث بعلى المتضمّنه لمعنى الضّرر و استدلالهم بايه السلطنه و مقتضى ذلك الجواز فيما لم يتضمّن ذلك و ما ذكره جيد و بالجملة لا اشكال في ثبوت الحكم في هذه الصوره و هل تثبت أيضا فيما اذا لم تتضمّن الوكاله فيه كما لو وكلّ الذمي لان يوقع عقد المسلم او يعطيه دينارا او نحو ذلك او لا بل يختصّ الحكم المذكور بصوره تضمن الوكاله ذلك فيه قولان احدهما أنّه يختصّ الحكم المذكور بصوره تضمّن الوكاله ذلك و هو لمجمع الفائده و الكفايه و الرياض بل هو ظ المعظم كما تقدّم اليه الإشاره و لهم ما نبه عليه في الكفايه قائلا بعد الإشاره الى ما حكيناه عن الاصحاب و هذا غير بعيد فيما فيه التّسليط و الاقتدار و أمّا في غير ذلك مثل ان يكون وكيلا لان يوقع عقد المسلم او يعطيه دينارا او نحو ذلك فلا اعلم حجه على منعه مع عموم ادله التوكيل و تسلّط الناس على اموالهم و اطلاق تجاره عن تراض و يعضد ما ذكره اولا قول مجمع الفائده و أمّا اذا كان وكيلا لان يوقع عقد المسلم على آخر او يعطيه دينارا او نحو ذلك فما نجد مانعا منه و الظاهر الجواز بناء على الأصل و عموم ادله الوكاله و عدم الدليل على المنع و ثانيا احتجاج الرياض على هذا القول بادلّه الجواز و ثانيهما انه لا يختصّ الحكم المذكور بالصوره المذكوره و قد حكاه في الرياض عن ابن زهره قائلا ان ابن زهره صار الى المنع عن توكله على تزويج المسلم من المسلم و عن توكل المسلم على تزويج المشركه من الكافر مدّعيا عليه اجماع الإماميه قال لأنهما لا يملكان لأنفسهما ذلك و هذا القول الذي حكاه ضعيف و مستنده مدخول فالمعتمد هو القول الأوّل

### **الزابع المسلم مط يجوز ان يتوكّل على مثله لمثله**

كما فى التّهايه و المراسم و النّافع و اللّمعه و التّقيح و جامع المقاصد و لك و ضه و الرياض و لهم اولا ظهور الاتفاق على ذلك و ثانيا أنّه صرّح فى التّحرير بدعوى الإجماع عليه قائلا المسلم يجوز ان يتوكّل على مثله لمثله اجماعا و يعضد ما ذكره امران احدهما قول التّقيح هذه الوكاله

ص: ٤٢٢

صحيحه اجماعا و ثانيهما قول الرياض المسلم يجوز ان يتوكّل لمسلم على المسلم و الذمى و للذمى على الذمى بلا خلاف بل عليه الإجماع فى التّقيح و المهدب و ح و يع للصيمرى من كراهه كما يفهم من المحكى عن كره و ثالثا ما احتج به فى الرياض من الاصل و العمومات كتابا و سنه

### **الخامس يجوز للمسلم ان يتوكّل للذمى على الذمى**

كما فى التّهايه و سم و فع و يع و اللّمعه و التّقيح و جامع المقاصد و ضه و الرياض و لهم اولا ظهور الاتفاق عليه و ثانيا تصريح التّقيح بدعوى الإجماع عليه و ثالثا الاصل و العمومات المتقدّم اليها الاشاره و يلحق بالذمى هنا أيضا مطلق الكافر كما صرّح به فى لك

### **السادس يجوز للمسلم مط ان يتوكّل للمسلم على الذمى**

كما فى فع و التّحرير و اللّمعه و التّقيح و جامع المقاصد و ضه و لك و الرياض و لهم اولا ظهور الاتفاق عليه و ثانيا تصريح التّقيح بدعوى الإجماع عليه و ثالثا الاصل و العمومات المتقدّم اليها الاشاره و يلحق بالذمى هنا مطلق الكافر أيضا

### **السابع يجوز للذمى ان يتوكّل على الذمى للمسلم مط**

كما فى فع و التّهايه و د و اللّمعه و التّقيح و جامع المقاصد و ضه و لك و الرياض بل الظاهر أنّه ممّا لا خلاف فيه و قد صرّح بدعوى الإجماع عليه فى التّقيح و يدلّ عليه مضافا الى ما ذكر الأصل و العمومات المتقدّم اليها الاشاره و يلحق بالذمى هنا مطلق الكافر أيضا

### **الثامن يجوز للذمى ان يتوكّل على الذمى للذمى كما فى التّهايه**

و النافع و الارشاد و اللّمعه و التّقيح و جامع المقاصد و لك و ضه و الرياض و لهم اولا ظهور الاتفاق عليه و ثانيا تصريح التّقيح بدعوى الإجماع عليه و يعضده قول الرياض الذمى يتوكّل على الذمى للذمى بلا خلاف بل عليه الإجماع فى الكتب المتقدّمه صريحاً فى بعض و ظاهراً فى اخر و ثالثا الاصل و العمومات المتقدّم اليها الاشاره كما تبّه عليه فى الرياض و يلحق بالذمى هنا مطلق الكافر

### **منهل يجوز ان تلى المراه عقد النّكاح لنفسها**



كما صرّح به فى فع و الرياض و كذا يجوز ان تكون و كيلا للغير فيه ايجابا و قبولا كما صرّح به فى فع و يع و عد و التّحرير و جامع المقاصد و لك و ضه و مجمع الفائده و الكفايه و الرياض و لهم على جميع ذلك اولا ظهور الاتّفاق عليه كما تبّه عليه فى الرياض بقوله يجوز ان تلى المرأه عقد النّكاح لنفسها و لغيرها و كذا طلاق غيرها بلا خلاف بيننا بل عن ظ كره عليه اجماعنا و يعضد ما ذكره امران احدهما قول يع يصحّ و كالتها فى عقد النّكاح لان عبارتها فيه معتبره عندنا و ثانيهما قول جامع المقاصد المرأه لها ان تباشر النّكاح عندنا فان عبارتها معتبره لنفسها و لغيرها و ثانيا ما تمسّك به فى الرياض من الاصل و الإطلاقات كتابا و سنه فمن الأول قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و قوله تعالى وَ أَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ و من الثّانى قولهم ع فى عدّه اخبار معتبره المؤمنون عند شروطهم و سائر الأخبار الدالّه باطلاقها على صحّحه النكاح و ثالثا خلو الأخبار عن البيّنه على المنع من الأمرين فت و رابعا أنّ ما عدا عقد النّكاح من سائر العقود يصحّ منها اصاله و وكاله فكذا عقد النّكاح عملا بالاستقراء و خامسا انه يجوز لها التوكيل فى نكاح نفسها فمباشرتها اولى و

### ينبغي التنبيه على امور

#### الأول لا فرق فى عقد النّكاح بين الدّوام و الانقطاع

#### الثانى لا فرق فى المرأه بين الباكّره و الثّيب

و لا بين الحره و المملوكه

#### الثالث يجوز للمرأه ان تتوكّل عن الغير لإيقاع طلاق

كما فى فع و التّحرير و كره و جامع المقاصد و لك و الكفايه و الرياض و لهم اولا ظهور الاتّفاق عليه و ثانيا ما تبّه عليه فى جامع المقاصد و لك بقولهما لأنّ الطّلاق فعل يقبل النيابة و عبارتها فيه معتبره و لا فرق فى المطلّقه بين ان يكون زوجها او لأجبتى كما صرّح به فى جامع المقاصد و لك

#### الرابع هل يجوز لها ان تباشر طلاق نفسها بوكاله من زوجها او لا

اختلف الاصحاب فى ذلك على قولين احدهما أنّ ذلك لا يجوز و لا يصحّ و هو للمحكى فى جملة من الكتب عن الشيخ و ابن ادريس و لهما أنّ المغايره بين الوكيل و المطلّقه شرط و هو منتف هنا و قد يجاب عنه بالمنع من الشّروط المذكور لعدم الدّليل عليه سلّمنا و لكن المغايره الاعتباريه كافيه كما صرّح به فى جامع المقاصد و لك و ثانيهما أنّ ذلك يجوز و يصحّ و هو للإرشاد و لف و التّحرير و عد و كره و جامع المقاصد و لك و مجمع الفائده و لهم اولا ما تبّه عليه فى مجمع الفائده بقوله و كأنّه اجماعى أيضا عندنا و ثانيا ما احتج به فى لف و جامع المقاصد و مجمع الفائده و الرياض من ان الطّلاق فعل يدخله النيابة و لذا يصحّ توكيل غيرها فيه فيصحّ توكيلها فى ذلك لما صرّح فى مجمع الفائده و تبّه عليه فى غيره من الكتب المذكوره من عموم ادله الوكاله مع عدم دليل مانع منها و المسأله محلّ اشكال و لذا تردد و فيها فى يع فلا ينبغى فيها ترك الاحتياط و لكن

## الخامس لو وكل المراه في طلاق نسائه

فهل تدخل هي أيضا و ان كانت و كيلا او لا استشكل في ذلك في كره قائلها لو وكل المراه في طلاق نسائه لم تدخل المراه في ذلك على اشكال لأن ذلك ينصرف باطلاقه الى التصرف في غيره و يحتمل ان تملك ذلك عملا بعموم اللفظ كما يجوز للوكيل البيع من نفسه

## منهل يكره لذوى المروات ان يتولوا المنازعه و الخصومه بانفسهم

### اشاره

و يستحب له التوكيل في ذلك اما كراهه المباشره فقد صرح بها في فع و يع و عد و الإرشاد و التحرير و ضه و مجمع الفائده و الرياض و هو ظ جامع المقاصد و لك و اما استحباب التوكيل فقد صرح به في النهايه و التبصره و عد و الإرشاد و التحرير و اللغه و ضه و الرياض و لهم اولا- ظهور الاتفاق عليه و يعضد ما ذكرناه امران احدهما قول الرياض يكره لذوى المروات ان يتولوا المنازعه بانفسهم بل يستحب لهم التوكيل فيهما بلا خلاف في ظ الأصحاب و ثانيهما قول الكفايه يكره ذلك و ثانيا قاعده التسامح في ادله السنن و الكراهه و ثالثا ما تبه عليه في ضه بقوله يكره ذلك لما يتضمن من الامتهان و الوقوع فيما يكره و حكى هذا الوجه في الرياض عن الاصحاب قائلا قالوا لما يتضمن اه و لعل اشار الى ما ذكر في مجمع الفائده بقوله دليل الكراهه العقل و الثقل و رابعا ما تمسك به في جامع المقاصد و لك و ضه و مجمع الفائده قائلين و روى ان عليا ع و كل عقيل في خصومه و قال ان للخصومه قحما و زاد في الاوّل فنسب الروايه الى العامه و صرح بانه ع و كل أيضا عبد الرحمن و بانّ القحمة المهالك و صرح بالاخير في لك و الرياض و حكاه في ضه عن الصّيحاح قائلا- القحمة بالضم المهلكه و للخصومه قحمة اي يقحم صاحبها على ما لا يريد و تبه في الرياض على الروايه المتضمنه لتوكيل عقيل قائلا و روى في كتبهم الاستدلال به ان عليا ع و كل عقيل و قال ان للخصومه قحما و ان الشيطان ليحضرها و اني اكره لأحضرها ثم صرح بانها مقبولة عند الأصحاب كافة لا يق يعارض ما ذكر ما تضمن لحكايه من اهل العصمه ع للمنازعه بانفسهم و لذا تأمل بعض في الحكم بكراهه

ص: ٤٢٣

ذلك كما تبه عليه في الرياض قائلا و قد تأمل بعض في الحكم لتحاكم النبي ص مع صاحب الثاقه الى رجل من قريش ثم إلى علي ع و تحاكم علي ع مع من رأى درع طلحه عنده فقال أنّها درع طلحه اخذت غلولا يوم البصره فانكره فدعاه الى شريح القاضي محاكمه اليه و القضيه مشهوره و تحاكم علي بن الحسين ع مع زوجته لما طلقها و ادّعت عليه المهر و هم سلام الله عليهم سادات الأشراف فكيف تولوا المنازعه بانفسهم مع كراهتها لأننا نقول ما ذكر لا يصلح للمعارضه لاحتمال كون تولى هؤلاء المعصومين ع لأجل الضروره و الضرورات تبيح المحظورات فضلا عن المكروهات مضافا الى اعتضاد الروايه الداله على الكراهه بالشهره العظيمه التي لا يبعد معها دعوى شذوذ المخالف لو كان و بسائر الوجوه الداله على الكراهه و

## الأول صرح في جامع المقاصد و لك و الكفايه بأن المراد بذوى المروات اهل الشرف

و المناصب الجليله الذى لا يليق بهم الامتهان و فى ضه و الرياض هم اهل الشرف و الرفعه

## الثانى اذا اتى هؤلاء بهذا المكروه لا لعذر

فهل ترتفع عدالتهم بناء على توقف العدالة على المروه او لا لعل الاقرب الاول

## الثالث لا فرق فى كراهه ذلك بين ان يتولوا لأنفسهم او لغيرهم

## الرابع لو توقف استيفاء الحق على المباشره

بحيث لو ترك لضاع فلا يبعد ارتفاع الكراهه ح

## الخامس هل يكره ذلك لغير ذوى المروات أيضا او لا

اشكال من الأصل و اختصاص الحكم فى عبائر الاصحاب بذوى المروات و ما تبه عليه فى مجمع الفائده من أنه لو عم لبطل الحقوق و من قاعده التسامح المشار إليها سابقا و ظهور التعليل فى المرسل المتقدم فى العموم كما صرح به فى الرياض و تبه عليه فى مجمع الفائده و يظهر منهما الميل الى الاحتمال الثانى

## منهل اذا لم يأذن الموكل لو كيله ان يوكل فيها هو وكيل فيه

فلا- يصح منه التوكيل فيه مط و لو لم يمنع منه و أمّا اذا اذن الموكل لو كيله بالتوكيل فيما هو وكيل فيه صح له توكيله فيه عن نفسه و عن موكله اما عدم صحته التوكيل فى صوره عدم اذن الموكل فقد صرح به فى الغنيه و فع و يع و التبصره و عد و شاد و كره و التحرير و عد و التنقيح و جامع المقاصد و لك و ضه و مجمع الفائده و الكفايه و الرياض و حكاه فى لف عن الشيخ و لهم وجوه منها الاصل كما تبه عليه فى مجمع الفائده بقوله سبب عدم امضاء توكيله الاصل و الاستصحاب و منها ظهور الاتفاق على ذلك كما يستفاد من الكتب المذكوره لعدم اشارتها الى خلاف و لا اشكال فى ذلك و منها ما تبه عليه فى كره بقوله لو نهاه عن التوكيل فليس له ان يوكل اجماعا و منها عموم قوله ص لا ضرر و لا ضرار لان فى التوكيل بدون اذن الموكل ضررا عليه و منها عموم ما دل على عدم جواز التصرف فى ملك الغير بدون اذنه نحو قوله ص لا يحل مال امرء مسلم الا عن طيب نفسه و منها ما تبه عليه فى مجمع الفائده بقوله سبب عدم امضاء توكيله ان التصرف فى الامور المتعلقة بالغير لا يمكن الا باذنه عقلا- و نقلا- و الاذن ما حصل له الا بالعرض و لأن ما صدر من الموكل الا ما يفهم منه الاذن له بالتصرف فقط و ما فهم الاذن لغيره بالتصرف و لا له بالتصريف و يعضد ما ذكره ما تبه عليه فى جامع المقاصد و لك فى مقام الاحتجاج على ما ذكر لأنه لا يملك المباشره بحق الملك لنفسه و لا بالولاية عن غيره و أمّا يملك المباشره باذن المالك فيجب الاقتصار على مقتضاه و لا فرق فى صوره عدم الاذن بين ان ينهاه عن التوكيل او لم باذن له كما صرح به فى التحرير و اذا لم يتحقق من الموكل الاذن فى التوكيل أصلا لم يجز له ان يوكل لا عن نفسه و لا عن موكله و أمّا صحه التوكيل فى صوره اذن الموكل به فقد صرح بها فى

الكتب المتقدمه أيضا و لهم اولا ظهور الاتفاق عليه أيضا كما يستفاد منها لما تقدم اليه الإشارة و ثانيا أنه صرح في كره بدعوى الاجماع عليها قائلا ان اذن الموكل لو كيله في التوكيل فيجوز ان يوكل اجماعا و تبه على هذه الدعوى في التحرير أيضا بقوله لو اذن له في التوكيل جاز بلا- خلاف و ثالثا عموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و رابعا عموم قولهم ع في عدّه اخبار معتبره المؤمنون عند شروطهم و خامسا ما تبه عليه في كره في مقام الاحتجاج على ما ذكر بقوله لأنه عقد اذن له فيه فكان له فعله كالتصرف الماذون له فيه

### منهل لا اشكال في ثبوت اذن الموكل بالتوكيل حيث يكون لفظه دالاً عليه

و قد تبه على هذا في يع و فع و عد و كره و د و الارشاد و التحرير و الإيضاح و اللّمعه و التنقيح و جامع المقاصد و ضه و لك و مجمع الفائده و الكفايه و الرياض و بالجمله هو مجمع عليه و لا- فرق في ذلك بين ان يدلّ اللفظ على ذلك بالمطابقه او بالتضمّن او بالالتزام و بالمنطوق او بالمفهوم و بالعموم او بالإطلاق و بطريق التّصيه او الظهور و بالجمله اذا دل اللفظ على ذلك بالدلاله المعبره عند اهل اللسان التي يستفاد منها الأحكام الشرعيّه من الخطابات الشرعيه و تعتبر في الاقارير و الوصايا ثبت الاذن فيكفي هنا الظنّ به الحاصل من دلاله اللفظ و لا يشترط العلم به

### منهل اذا قال اصنع ما شئت و افعل ما شئت فهل يفيد الأذن في التوكيل او لا

#### اشاره

اختلف الاصحاب في ذلك على قولين احدهما انه لا يفيد و قد صار اليه في كره قائلا اذا و كله بتصرف و قال له افعل ما شئت لم يقتض ذلك الاذن في التوكيل لان التوكيل يقتضى تصرفا يتولاه بنفسه و قوله اصنع ما شئت لا يقتضى التوكيل بل يرجع الى ما يقتضيه من تصرفه بنفسه و ثانيهما انه يفيد و هو للشرائع و التحرير و عد و د و جامع المقاصد و لك و ضه و مجمع الفائده و الرياض و لهم ما احتج به في يع و جامع المقاصد و لك و مجمع الفائده من ان لفظه ما من صيغ العموم و قد اذن له في ان يفعل ما يشاء و من جملته التوكيل و الاصل عدم التّخصيص و بالجمله اللفظ المفروض يشمل التوكيل لغه و عرفا و قد يق ان لفظه ما أنّما يفيد العموم حيث لا عهد و اما معه فلا و من الظاهر ان المعهود هنا غير المفروض و فيه نظر و التحقيق ان يق أنّ هذه اللفظه اذا ذكرت في مقام جواب السؤال عن كيفيه الفعل الموكل فيه لم تفد الأذن في التوكيل و ان ذكرت في مقام جواب السؤال عن التوكيل افادته و ان اطلقت مجرّده عن جميع القرائن الحاليه و المقاليه ففي افادتها ذلك اشكال و لكن الاقرب القول الثاني و

#### ينبغي التنبيه على امرين

### الأول صرح في جامع المقاصد بأنه في معنى اصنع ما شئت

توكيله مفوضا و نحوه

### الثاني اذا قال الموكل لو كيله انت و كيلي مط

فالظاهر انه يجوز ح للوكيل التوكيل عن نفسه و عن الموكل كما فيما سبق

## منهل اذا وكله فيما يترفع الوكيل عن مباشرته كالأعمال الدنيه بالنسبه الى اشراف الناس

و كان الموكل عالما بترفع الوكيل عن المباشره فهل يجوز للوكيل ح التوكيل و ان لم يكن لفظ الموكل دالاً عليه بشىء فمن الدلالات الثالث او لا- يجوز له ذلك فيه احتمالان احدهما انه يجوز التوكيل ح و قد صرح به فى التحرير و كره و الإيضاح و اللّمعه و التنقيح و جامع المقاصد و لك و ضه و الرياض و لهم أوّلا ظهور الاتفاق على ذلك و ثانيا انه تبه على دعوى الإجماع على ذلك فى كره قائلًا- اذا أطلق الوكاله فاقسامه ثلاثه الأوّل ان يكون بما يرتفع الوكيل عن مثله كالأعمال الدنيه فى حق الاشراف المرتفعين

ص: ٤٢٤

عن فعل مثلها فى العاده كما لو وكله فى البيع و الشراء و الوكيل ممّن لا يتبدل بالتصرّف فى الأسواق و يعجز عن عمله لكونه لا يحسنه فانه لا يجوز بالتوكيل فيه لأنّ التفويض هذا التصرف الى مثل هذا الشخص لا يقصد منه الى الاستنابه و هو قول علمائنا و ثالثا ان اذن الموكل بالتوكيل كما يستفاد من تصريحه به و دلالة لفظه عليه كذا يستفاد من الفحوى و القرائن الحاليه التى تفيد القطع برضاء الموكل بالتوكيل و قد نصّ الاصحاب فى مواضع عديده على أنّ الاذن من جهة الفحوى كالأذن من جهة التصريح فى الاعتبار و قد تبه على هذا الوجه فى جامع المقاصد قائلًا ان توكيل الوكيل مع حصول الأذن له فيه صريحا او فحوى جائز قطعا و الأقرب عند المصنف الجواز اذا استفيد الأذن معنى بملاحظه حال الوكيل باعتبار ترفعه عن مباشره ما وكلّ فيه عاده او كونه لا يتأتى منه ما وكلّ فيه او حال الموكل فيه باعتبار كثرته بحيث لا يقوم به الوكيل وحده عاده و المراد من كون ذلك اذنا معنى أنّه يستفاد من ملاحظه معنى اللفظ لا- من نفس اللفظ فهو فى الحقيقه دلالة التزاميه و وجه القرب أنّ ذلك و ان لم يكن مستفادا من اللفظ لكن شاهد الحال يدلّ عليه و قاض به فإنّ توكيل الشريف الذى لا يليق بمثله دخول السوق أصلا فى بيع ما لا يقع بيعه غالبا الا فى السوق لا يكاد يستفاد منه الا توكيل غيره فى ذلك و كذا القول فى توكيل الشخص الواحد فى مثل الزراعه فى اماكن متعدده لا- يقوم جميعها ألّا بمساعد و مثله ما لو حلف السيلطان ليضرب زيدا او حلف من لا يحسن البناء ان يبنى الجدار فإنّه لا يعقل من ذلك ألّا امره به و يعضد ما ذكره تصريح الإيضاح بان التوكيل المفروض يدلّ فى العرف و العاده على الأذن بالتوكيل دلالة ظاهره و ثانيهما انه لا يجوز التوكيل ح بل يجب على الوكيل المباشره بنفسه و قد تبه على هذا الاحتمال فى الإيضاح قائلًا و يحتمل العدم لأنّ التصرف فى مال الغير خلاف الأصل مبنى على الاحتياط التام فيقتصر على ما يدلّ عليه اللفظ بالمطابقه او التضمّن او الالتزام و الكل منتف و اجاب عمّا ذكره فى جامع المقاصد قائلًا بعد ما حكيناه عنه و يحتمل ضعيف العدم لأنه خلاف مدلول اللفظ الوضعى و التصرف فى مال الغير تابع لإذنه و ليس بشىء لأنّ ذلك مدلول اللفظ أيضا و يضرّ كونه غير وضعى مع قيام الدال و الاول هو المختار و يعضد ما ذكره ما تبه عليه فى كره بقوله بعد ما حكيناه عنه سابقا و للشافعيه وجه آخر أنّه لا- يوكل لقصور اللفظ و ليس بجيّد لأنّ الوكيل اذا كان الوكيل ممّا لا يعلمه عاده انصرف الأذن الى ما جرى به العاده من الاستنابه و فيما ذكره نظر و التحقيق فى المقام ان يق ان القرينه المفروضه بنفسها لا يفيد العلم بالأذن بالتوكيل فى جميع المواضع و الاحوال و بالنسبه الى جميع الأشخاص خصوصا الغالب عليهم الوسواس و كثره الاحتمال و اللفظ الدال على التوكيل لا يدلّ على ذلك بشىء من الدلالات الثالث المعبره عند اهل اللسان فح ينبغى التفصيل فى المقام فنقول و بالله التوفيق ان بلغت القرينه المفروضه الى حدّ يحصل معها العلم القطعى بالأذن بالتوكيل و الرضا به فلا اشكال فى جوازه ح بل الظاهر اتفاق الاصحاب عليه و كك كّلما يفيد العلم القطعى بالرّضا بالتوكيل فلا- يختص الجواز بمحلّ البحث و عليه لا يشترط فى

الأذن بالتوكيل اللفظ و ان شرطناه في ايجاب الوكاله و هل يشترط العلم بالأذن بالتوكيل حين توكيل الوكيل او يكفى ذلك مط  
الظاهر من الاصحاب الأخير و هو المعتمد و ان لم يحصل من القرينه المفروضه سوى الظنّ بالأذن بالتوكيل و الرضا به ففى  
الجواز الاعتماد عليها ح اشكال و ان لم يحصل من القرينه المذكوره العلم و لا الظنّ بالأذن بالتوكيل ففى جواز توكيل الوكيل و  
صحتة ح اشكال من الاصل و غيره ممّا دل على أنه لا يجوز للوكيل التوكيل بدون اذن الموكل اذ مع الشكّ لم يثبت الاذن بل  
الأصل عدمه و من وجوه اخر تدلّ على جواز التوكيل ح منها ان الاصحاب اطلقوا جواز التوكيل للوكيل فيما يترفع عنه من غير  
فرق بين صورته حصول العلم برضاء الموكل بالتوكيل و صورته الشكّ فيه التى هى محلّ البحث لا- يق الإطلاق المذكور و لا  
نسلمّ شموله لهذه الصوره اما اولا فلما كان دعوى غلبه صورته العلم بالأذن بالتوكيل هنا فينصرف اليها الإطلاق المذكور كسائر  
الاطلاقات التى

تنصرف الى الغالب فيبقى محلّ البحث مندرجا تحت اطلاق قولهم لا يجوز للوكيل ان يوكل بدون اذن الموكل و تحت الاصل  
و العمومات المانع من توكيل الوكيل و قد تقدم اليها الاشارة و اما ثانيا فلان الاطلاق المذكور قد ورد فى بيان حكم اخر و هو  
جواز الاكتفاء بالقرينه العقلية فى الحكم بالأذن بالتوكيل و عدم توقّف ثبوته على دلاله لفظ الموكل عليه فلا يفيد العموم بحيث  
يشمل محلّ البحث لما تقرر فى الاصول من ان الإطلاق اذا ورد فى بيان حكم اخر فلا- يفيد العموم لأننا نقول الوجهان  
المذكوران ضعيفان امّا الاول فللمنع من أنّ الغالب صورته حصول العلم بالأذن بالتوكيل بل الغالب غيرها خصوصا بالنسبه الى  
الغالب عليهم كثره الاحتمال و الوسواس و بالجمله دعوى غلبه حصول العلم بالأذن بالتوكيل بالنسبه الى جميع الناس و فى جميع  
الامور و فى جميع الأحوال و الأوقات مجازفه لا تخفى بل قد يدعى أنّ الغالب صورته عدم حصول العلم بذلك سواء ظنّ به أم  
لا- فينصرف اليها الإطلاق و يلحق بها صورته حصول العلم بطريق اولى و اما الثانى فللمنع منه أيضا و بالجمله الاطلاق المذكور  
يشمل محلّ البحث لغه و عرفا و الأصل عدم تقييده بغيره و يؤيده اولا أنه لو كان مقيدا بصوره العلم بالأذن بالتوكيل لوقع التنبيه  
عليه و لو فى كلام بعضهم و هو بط و ثانيا انه احتمال جماعه من الاصحاب كالعلايه فى كره و فخر الإسلام فى الايضاح و  
المحقق الثانى و جامع المقاصد عدم جواز التوكيل فى محلّ البحث و لو اختصّ بصوره العلم بالأذن بالتوكيل لما صحّ هذا  
الاحتمال للقطع بجواز التوكيل فيها و لأنّه اذا جاز التوكيل فى صورته الظنّ بالأذن به الحاصل من دلاله لفظ الموكل عليه و لو  
بالإلتزام الذى هو اضعف الدلالات الثلث جاز التوكيل فى صورته حصول العلم بطريق اولى فت و ثلاث أنّه لو اختصّ الاطلاق  
المذكور بصوره حصول العلم بالأذن بالتوكيل لما كان التخصيص جواز التوكيل بصوره ترفع الوكيل عن المباشرة و نحوها وجها  
بل كان الاولى ان يق يجوز للوكيل ان يوكل مع اذن الموكل به صريحا او فحوى فأنه اخصر و افيد مع أنّه من المستبعد ان يجعل  
مجرد ترفع الوكيل عن المباشرة من القرائن المفيده للعلم برضاء الموكل بالتوكيل لأنّ النسبه بين المفيد للعلم و ترفع الوكيل من  
العموم و الخصوص من وجه كما فى الحلاوه و البياض و يمتنع عقلا جعل احد

ص: ٢٢٥

الامرین دليلا لان العام لا يدلّ على خصوص فرد من افراده بشىء من الدلالات الثلث لا يق الامران المذكوران و ان كان بينهما  
عموم و خصوص من وجه عقلا- و لكن ترفع الوكيل عن المباشرة من الأسباب العاديه لإفاده العلم بالرضاء بالتوكيل كالتواتر و  
الاحتفاف بالقرائن لأننا نقول ذلك مم و سند المنع ظاهر نعم ربّما يستفاد من لك و ضه و الرياض كون الاطلاق المذكور  
محمولا على صورته حصول العلم بالأذن بالتوكيل باعتبار ترفع الوكيل عن المباشرة معلله بانتفاء القرينه على الرخصه فى التوكيل

فى جانب الموكل حيث لم يعلم بالترفع و فيما ذكر نظرت و لا- يق الاطلاق المذكور و ان شمل محلّ البحث لأنه معارض بالاطلاق قول الاصحاب لا- يجوز للوكيل ان يوكل الا باذن الموكل و التعارض هنا من قبيل تعارض العمومين من وجه كما لا يخفى و من الظاهر ان الترجيح مع هذا الاطلاق لاعتضاده بالأصل و بالعمومات الداله عليه المتقدم اليها الإشاره و بكونه اقوى دلالة من المعارضه و بخلو النصوص و كلمات متقدمى الاصحاب عن الاشاره الى جواز التوكيل باعتبار ترفع الوكيل سلّمنا المساوات و لكن معها لا- يجوز التمسك بالاطلاق المعارض لهذا الاطلاق على المدعى كما لا يخفى لأننا نقول الظاهر ان الترجيح مع الإطلاق المعارض لهذا الاطلاق لوقوعه مستثنى منه فيكون الاول استثناء و لا ريب فى ان الاستثناء يوجب التخصيص و يكون اقوى دلالة من المستثنى و ان كان التعارض بينهما من قبيل تعارض العمومين من وجه و لذا يجب فى نحو قوله اكرم العلماء ألما الطوال و فى نحو قوله لا- تعتق رقبه ألما مؤمنه و فى نحو قوله اكرم العلماء الطوال و فى نحو قوله اعتق رقبه مؤمنه تخصيص المتقدم او تقييده و هو فى الامثله المذكوره العلماء و الرقبه بالمتأخر و هو فيها الطوال و المؤمنه مع ان النسبه بينهما العموم و الخصوص من وجه قطعاً و لا- فرق فى ذلك بين المتصل و المنفصل على ان الإطلاق الدال على جواز التوكيل هنا اقوى من معارضه باعتبار اخر غير ما ذكر و مع هذا هو معتضد بوجه عديده يأتى اليها الاشاره إن شاء الله تعالى فيكون اولى بالترجح و لئن تنزلنا فلا أقلّ من المساوات و معها لا يصحّ الاحتجاج باطلاق قول الاصحاب لا يجوز للوكيل التوكيل الا باذن على المنع من التوكيل فى محلّ البحث فت و لا- يق الاطلاق المذكور الدال على جواز التوكيل فيه لا- نسلم كونه من جميع الأصحاب لخلو كلمات المتقدمين عنه بل انما هو من جماعه منهم فلا يكون حجه لأننا نقول خلو كلام المتقدمين عنه على تقدير تسليمه غير قادح بعد تصريح كثير من فحول المتأخرين الذين بهم قام عمود هذا الفن به اذ هو مع عدم اشاره احد منهم الى الخلاف فى المسأله يكفى فى دعوى ظهور الاتفاق على جواز التوكيل فى محلّ البحث و فى الحكم به خصوصاً على المختار من حجّيه الشهره فى المسائل الفقهيّه بناء على اصاله حجّيه هذا الظنّ التى حقّقناها فى اخر كتاب المفاتيح فت و منها انه استمرّ عاده المسلمين فى جميع الأعصار و الأمصار من الصّحابه و التابعين و اصحاب الأئمه ع اجمعين و العلماء الراسخين و المؤمنين المحتاطين و غيرهم على التوكيل فيما يترفعون عن مباشرته سواء كان من الحقوق الشرعيّه كالأخماس و الزكوات و الكفارات و سائر الصدقات أم من غيرها و لم اجد الى لأن احدا منهم التزم بالمباشره هنا و انكر على من وكل فيه و لا حكي عن احد منهم ذلك بل قد يدعى القطع بانّ المعصومين الذين دفع اليهم الحقوق لصرفها فى المستحقّين و وكلوا فيها كانوا ككك اذ لو التزم احد منهم بالمباشره لنقل إلينا نقلاً متواتراً لتوفر الدواعى عليه و قضاء العاده به و بالجمله هذه السيره لا تقصر من السيره فى البيع بطريق المعاطات و قد حقّقنا فى الأصول ان الإجماع كما يستفاد من الاقوال و الفتاوى فى الكتب ككك من الأفعال و السيره المستمرّه بين المسلمين او المؤمنين لاتحاد الوجه و لذا شاع بين محققى اصحابنا الاحتجاج بالسيره على جمله من الأحكام الشرعيّه لا يق لعلّ ما صدر من المسلمين من توكيل الوكيل محمول على صورته عليهم برضاء الموكل بالتوكيل و من المعلوم انّ مجرّد الاحتمال يمنع من صحّحه الاستدلال هنا لأننا نقول الاحتمال و ان كان فى نفسه صحيحاً و لكن بعد ملاحظه عاده العقلاء يحصل العلم بفساده للقطع بامتناع حصول العلم عاده بكلّ احد فى جميع الامور و فى جميع الاحوال و على جميع الوجوه و ذلك واضح جدّاً و لو فرض حصول العلم بالرضا بنفس التوكيل فى

الجمله فلا- يلزم منه العلم بالرضاء بتوكيل شخص خاص فى زمان خاصّ و فى امر خاص بكيفيه خاصّه و من الظاهر انّ المعبر على تقدير اشتراط العلم بالرضاء بالتوكيل هو الأخير دون الأول و من المعلوم انتفاء الأخير عاده و منها انه لو كان العلم بالرضا شرطاً للزم سدّ باب الوكاله او الالتزام بالحرّج العظيم و المشقه الشديده خصوصاً بالنسبه فى العلماء و التجار فى اخراج الحقوق

الشرعيه و انفاذ الامور العظيمة و من الظاهر بطلان اللّازم بكلا قسميه و اما الملازمه فظاهره جدّا و منها عموم قوله تعالى أوفوا بالعقود فانه يقتضى صحّه عقد التوكيل الصادره من الوكيل و لزوم الوفاء بالعقود الصادره من وكيل الوكيل و منها عموم قوله تعالى تعاؤنوا على البرّ و التّقوى و منها عموم قوله ع في عدّه اخبار معتبره المؤمنون عند شروطهم انه لو كان العلم بالرضا شرطاً لورد التنبيه عليه فى شىء من الأخبار و التالى بط فالمقدّم مثله اما الملازمه فلتوفر الدّواعى و مسيس الحاجه و اما بطلان التالى فظ فاذن احتمال صحّه التوكيل ح فى غايه القوّه و لكن مراعات الاحتياط اولى هنا و فى صورته الظنّ بعدم رضاء الموكل بالتوكيل بل صحّه التوكيل ح فى غايه الأشكال و اما فى صورته العلم بعدم رضاء الموكل بالتوكيل فلا يصحّ قطعاً

## منهل اذا وكله فيما لا يترفع الوكيل عن مباشرته

### اشاره

و لكن يكون ما وكل فيه اعمال كثيره لا يقدر الوكيل على الإتيان بجميعها و يعجز عن المباشره بنفسه فى جميعها كالزراعه فى اماكن متباعده بحيث لا يقوم الا بمساعد و كدفع التذور و الصدقات الكثيره فى يوم واحد او فى مدّه قليله لا تسع للمباشره فهل يجوز للوكيل التوكيل ح او لا- فيه احتمالات احدها انه يجوز التوكيل ح و قد صرح به فى د و كره و عد و اللّمعه و جامع المقاصد و الرّوضه و الرّياض و حكاى فى الايضاح عن الشيخ و لهم وجوه منها انه تبّه فى كره على دعوى الإجماع على الجواز قائلاً- الثانى ان يكون العمل ممّا لا يرتفع الوكيل عن مثله بل له عاده مباشرته الا انه عمل كثير منتشر لا يقدر الوكيل على فعل جميعه و مباشرته بنفسه و لا- يمكنه الاتيان بالكلّ لكثرتها فعندنا يجوز له التوكيل و لا- نعلم فيه مخالفاً و منها ما تبّه عليه فى الايضاح قائلاً- الاقرب جواز التوكيل هنا لثبوت دلالة الاقتضاء فانه امره بالتصرف فى الجميع و اصلاحه و هو موقوف على الاستتابه و منها الوجوه المتقدمه الداله على جواز التوكيل فى صورته ترفع

ص: ٤٢٦

الوكيل عن المباشره و ثانياً انه جوز التوكيل ح اذا علم الموكل بعجز الوكيل عن الإتيان بجميع ما وكل فيه لا مط و قد صار اليه فى الايضاح و لك و لهما ان جواز التوكيل و صحته على خلاف الأصل فيلزم فيه الاقتصار على القدر و المتيقن و هو صورته علم الموكل بعجز الوكيل لظهور الاتفاق على جواز التوكيل ح و لأنّ عجز الوكيل لا يكون قرينه قطعيه على الرضا بالتوكيل الا فى الصوره المفروضه و ثالثها انه لا- يجوز التوكيل ح مط و قد تبّه على هذا الاحتمال فى الايضاح قائلاً بعد ما حكينا عنه سابقاً و يحتمل عدمه لأنّ التوكيل غير الفعل و المباشره و انما امره بالثانى لا الاول و لانتفاء الدلالات الثلث اما المطابقه و التضمن فظ و اما الالتزام فلا مكان الانفكاك لجواز نهيه و الأصحّ الأوّل ح و ما ذكره من الاحتمال ضعيف جدّا لعدم ظهور قائل به و الاحتمال الاول فى غايه القوّه فى غير صورته الظنّ بعدم رضاء الموكل بالتوكيل و اذا علم به فلا اشكال فى عدم جواز التوكيل ح و اذا جاز له التوكيل بما تقدم اليه الاشاره فهل يجوز له التوكيل فى جميع الامور التى هو وكيل فيها او يختصّ بما يعجز عنها فيه قولان أحدهما أنه يختصّ بما يعجز عنه و هو للقواعد و التحرير و الايضاح و جامع المقاصد و لك و المحكى فى الايضاح عن ط و لهم ما احتج به فى الايضاح و جامع المقاصد و لك قائلين لأنّ توكيل الوكيل خلاف الاصل و انما ثبت هنا للحاجه الى المساعد فيقتصر فيه على موضع الحاجه استصحاباً لما كان و زاد فى الأوّل قائلاً الأصحّ الاول لأنها رخصه و كل رخصه تختصّ بمحلّ الضروره و ثانيهما انه يجوز له التوكيل فى الجميع و قد صار اليه فى كره قائلاً و له ان يوكل فيما يزيد على قدر الإمكان قطعاً و



فى قدر الامكان اشكال اقربه ذلك لأنّ الوكاله اقتضت جواز التوكيل فيه فجازت فى جميعه كما لو اذن له فى التوكيل بلفظه و يعضد ما ذكره قول الايضاح و يحتمل العموم اذ تخصيص البعض ترجيح بلا مرجح و لاقتضاء الاطلاق العموم و فى جميع ما ذكره نظر كما تبّه عليه فى الايضاح بقوله بعد ما حكينا عنه و هو مم و يعضد ما ذكره قول جامع المقاصد بعد ذلك أيضا و يضعف بأنّه يتخيّر فى التوكيل فى قدر ما تندفع به الحاجه فإى بعض اراد و اقتضت المصلحه التوكيل فيه او تساوى الجميع فى المصلحه و عدمها و كل فيه و باشر الباقي و اما الأذن فأنما استفيد من دعاء الحاجه فيقتصر على موضعه بخلاف الأذن لفظا و فيما ذكره نظر و المسأله محلّ اشكال و التحقيق ان يق اذا حصل من العجز عن مباشره جميع ما و كل فيه كما هو الغالب حيث يعلم الموكل بعجز الوكيل فلا اشكال فى جواز التوكيل فى الجميع و ان لم يدلّ عليه لفظ الموكل عليه بشىء من الدلالات الثلاث و لا اظن احدا يخالف هنا لظهور الاتفاق على انه لا فرق فى اعتبار الاذن بالتوكيل بين ان يكون مستفادا من لفظ الموكل باحدى الدلالات الثلاث المعتبره عند اهل اللسان و ان يكون معلوما من حال الموكل و من القرائن الخارجيه الحالیه المجرّده عن دلالة اللفظ و ان علم بمنع الموكل من التوكيل و عدم رضائه به معتبر كإذنه بالتوكيل و ان انتفى العلم بالأمرين معا فان علم كلّ من الموكل و الوكيل الذى يعجز عنه الوكيل بخصوصه و بشخصه اختصّ جواز التوكيل به و لم يخبر التعدى الى غيره للأصل و ظهور الاتفاق على ذلك و ان لم يعلم بذلك بخصوصه بل كان القدر المتيقّن هو العجز عن المجموع من حيث هو مجموع و ان كان كلّ واحد من الآحاد قادرا عليه مع قطع النظر عن ملاحظه الغير كما اذا و كل زيدا فى صرف مائه الف درهم مثلا فى مستحقّى الخمس و الزكاه فى يوم الجمعة من اخر الشهر الفلانى و كان الوكيل عاجزا عن الاتيان بمجموع ما و كل فيه فى اليوم المذكور و غير قادر عليه و ان كان قادرا على دفع شىء من الدراهم المذكوره الى كل واحد من آحاد المستحقّين و هذا هو الغالب من صور المسأله فهنا احتمالات احدها أنّه لا يجوز هنا للوكيل التوكيل فى الجميع أيضا بل يقتصر فى التوكيل على ما يعجز عنه و حيث لم يكن معلوما بخصوصه يكون مخيرا فى التوكيل فى قدر ما يندفع به الحاجه فإى بعض اراد و كلّ فيه و لكن بمقدار ما يتمكّن من المباشره فيوكل فى المثال

المتقدّم فى عشره آلاف درهم حيث يعلم ان ما عداها يتمكّن من المباشره فيه فيثبت له التخيير فى تعيين الأشخاص فقط و قد صار الى هذا الاحتمال فى جامع المقاصد و قد ينزل عليه عبارة الكتب المتقدّمه المصرّحه باختصاص جواز التوكيل بما يعجز عنه الوكيل و قد يناقش فى هذا الاحتمال بان التخيير مخالف للأصل و لم يقم عليه دليل من شىء من الأدله الاربعه فيكون مدفوعا لأنّ ان يق هو معارض باصالة عدم جواز التوكيل فى الجميع اذ لا ريب فى أنّه على خلاف الأصل أيضا و لكن قد يمنع من ترجيح احد الاصلين المتعارضين على الآخر و معه لا يتّجه الاحتمال المذكور أيضا و فيه نظر لإمكان ترجيح اصالة عدم جواز التوكيل فى الجميع لأنّ الحكم بجواز التوكيل مستلزم لارتكاب مخالف الأصل بمقدار افراد ما و كلّ فيه و لا كك الحكم بالتخيير المذكور فان ارتكاب خلاف الاصل فيه أقلّ من الاول و فيه نظر و ثانيا بان التمييز بين ما يعجز عنه و ما لا يعجز عنه و بين مقدار كلّ منهما فى غايه الصعوبه غالبا و يتوقّف على تحمل مشقه تامه و ارتكاب تعب شديد فالحكم بلزوم الاقتصار على ما يعجز عنه مستلزم للحرص و الضرر العظيمين و هما منفيان شرعا بالأدله الأربعة و ثالثا بانّ العجز عن مباشره الجميع قد يكون مستندا الى ظلم الظالم و هو قد يكون محتملا بالنسبه الى كلّ فرد من الأفراد و ان كان معلوما فى الجملة فلا يمكن التمييز أصلا فت و رابعا بان الأدله الداله على صحه التوكيل فى الجميع تدفع هذا الاحتمال و ثانيا لزوم المباشره الى ان ينتهى الى ما يعجز عنه و الى ان يتبيّن العجز فلا يجوز الحكم بالتخيير المتقدّم اليه الاشاره ابتداء و لم اجد قائلا بهذا الاحتمال فهو ضعيف من هذا الوجه مضافا الى الوجوه المتقدّمه الداله على بطلان الاحتمال الاول و ثالثها استعمال القرعه فى تعيين ما يجوز التوكيل فيه و ما لا يجوز

التوكيل و هذا الاحتمال في غاية الضعف للإجماع على بطلانه و رابعها جواز التوكيل في الجميع كما ذهب اليه في كره و ربما يستفاد من اطلاق الإرشاد و اللمعه و ضه و غيرها و لهم وجوه منها عموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ فَإِنَّهُ يَقْتَضِي صَحَّةَ كُلِّ عَقْدٍ صدر من وكيل الوكيل و لزوم الوفاء به سواء كان ممّا يعجز عنه موكله أم لا و الأصل عدم تخصيصه بالأول و منها عموم قولهم ع في عدّه اخبار معتبره المؤمنون عند شروطهم و منها عموم قوله تعالى ﴿مَّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ﴾ و منها عموم قوله تعالى ﴿تَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَ التَّقْوَى﴾ و منها سائر العمومات الدالّة على صحّة العقود من البيع و الصلح و نحوهما و منها ما دل فحوى على انه يجوز للوصيّ التوكيل فيما يعجز عن مباشرته و فيما لا يعجز عنها مع عدم دلالة لفظ الموصى على الرخصة في التوكيل

ص: ٤٢٧

و لو التزاما و يعضد ما ذكر فحوى ما دلّ على أنّه يجوز للولى على المجنون و الصيّ غير من الاب و الجد له و وصيّ كلّ منهما و الحاكم التوكيل مط و لو فيما لا يعجز عن مباشرته و منها ان توكيل من لم يعلم الموكل بعجزه عن مباشرته الجميع يدل بالدلالة الالتزامية على تجويز التصرف في الدرّج المملوك للأمر حيث يعلم بتوقف المسير الى تلك البلده على الرّكوب على تلك الدابة و قد تبه على هذا الوجه في كره و منها ما تقدم اليه الاشاره في مقام تضعيف الاحتمال الأوّل فت و منها ان الظاهر من سيره المسلمين جواز التوكيل هنا فيما يعجز الوكيل عن مباشرته و ما لا يعجز عنه و منها خلو النصوص و كلمات قدماء الاصحاب عن الاشارة الى لزوم الاقتصار في التوكيل هنا على ما يعجز الوكيل عن مباشرته مع توقّف الدواعى عليه و منها ان لزوم الاقتصار في التوكيل على ما يعجز عنه الوكيل يفضى غالبا الى مفسده عظيمه و هي تنازع الموكل و الوكيل في تشخيصه و لا كك جواز التوكيل هنا في جميع ما تعلّق به الوكالة فيكون اولى لأنّ مبنى الشريعة على دفع المفسد و منها ان التوكيل هنا في جميع ما تعلّق به الوكالة قد يكون مستلزما للمسارعة الى المغفرة و الاستباق الى الخيرات بخلاف الاقتصار على ما يعجز الوكيل عن مباشرته فيكون الأوّل اولى لعموم قوله تعالى ﴿لِيَاذُرُوا إِلَيَّ مَغْفِرَةً مِنْ رَبِّكُمْ﴾ و فَاَسْتَبْقُوا الْخَيْرَاتِ\* و منها انه لو وجب الاقتصار في التوكيل هنا على ما يعجز الوكيل عن مباشرته لكان الوكيل الثانی ضامنا اذا تصرف في مال الموكل الاول و التالى بط فالمقدم مثله اما الملازمة فظاهره و اما بطلان التالى فلان الاصل عدم الضمان الا ان يعارض بعموم قوله ع على اليد ما اخذت حتى تؤدى فت و منها عموم قول الصادق ع في خبر هشام بن سالم الذى وصفه في مجمع الفوائد بالصّحّة انّ الوكيل اذا وكلّ ثم قام عن المجلس فامرّه ماض ابدا فانه يشمل وكيل الوكيل مط لعه و عرفا و منها عموم المراسل المروى في كره عن الصادق ع من وكلّ رجلا- على امضاء امر من الأمور فالوكالة ثابتة حتى يعلم بالخروج منها كما اعلمه بالدخول فيها و منها انه لو لزم في التوكيل هنا الاقتصار على ما يعجز الوكيل عن مباشرته لامتنع كثير من الناس بل اغلبهم من قبول اصل هذه الوكالة خوفا من الضمان و غيره و هو مفسده عظيمه لاستلزامه تعطيل امور ينبغي الاتيان بها و قد بينا ان مبنى الشريعة على رفع المفسد فت فاذن الأقرب هو الاحتمال الاخير و لكن لا ينبغي ترك الاحتياط هنا فانّ المسألة في غاية الأشكال و

**ينبغي التنبيه على امور**

**الأول لا فرق في العجز بين حصوله بسبب عدم قدره عقلا او عاده**

او بسبب لزوم الحرج العظيم و الضرر الشديدين اللذين لا يتحملان عاده

## الثاني قد يثبت الأذن بالتوكيل من قاعده الاولويه

كما اذا وكله صريحا في امر كبيع و اذن له بتوكيل من ليس هو من اهل الخبره و لا هو من اهل الامانه و الديانه فانه يفهم منه الأذن بتوكيل من هو من اهل الأمانه و الديانه و اهل الخبره بطريق اولي و لا اشكال في ذلك حيث يكون لفظ الموكل دالاً على ذلك كما في قوله تعالى ﴿فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أُفٍّ﴾ و نحوه او كانت الأولويه بحيث يحصل منها العلم بالرضا بالتوكيل و لو عاده و اما اذا انتفى الامران المذكوران و كان غايه ذلك حصول الظن بالأذن بتوكيل ففي ثبوته ح اشكال و لو كان الظن متأخماً للعلم

## الثالث لا اشكال في انه يثبت الاذن بالتوكيل

حيث لا يدل عليه لفظ الموكل بشي ء من الدلالات الثلاث بالعلم الحاصل بذلك من اي سبب كان فلا يشترط هنا علم مخصوص بل العلم مط يكفي و قد تبه على ذلك في مجمع الفائده بقوله لو فهم ذلك بالقرائن يجوز له ذلك مثل ما اشرنا اليه و لو بالعلم بان غرضه فعل هذا الامر من اي مباشر كان و لا غرض له بفعل الوكيل كما اذا قيل بع في السوق الفلاني و علم ان لا غرض له بالخصوص بل انما قيل لظنه انه لا يباع بما يزيد الا هناك و اذا علم ذلك و حصل المشتري في غيره ببيعه و كذا لو قال حج بالطريق الفلاني بل حج الأفراد مثلا و علم ان غرضه الأفضل الا انه يخيل انه الأفضل فيجوز العدول عنه الى التمتع ولي غير ذلك الطريق و بالجملة لا اشكال فيما ذكرناه و فيما ذكره نعم يشترط في توكيل الوكيل لشخص مخصوص في امر مخصوص في زمان مخصوص علمه برضاء الموكل بهذا التوكيل الخاص و لا يكفي مجرد العلم بالرضا بالتوكيل في الجملة او ببعض الامور المذكوره دون بعض لأن الرضا بالأعم لا يستلزم الرضا بفرد خاص منه و المعتمد هو الأخير دون الاول و هل يشترط العلم بتحقيق الرضا من الموكل بالتوكيل او يكفي العلم بانه لو عرض عليه هذا المطلب لرضى به الأقرب الأخير

## الرابع اذا وكل الوكيل عالما باذن الموكل بالتوكيل

و كان مستند علمه ما يفيد عاده و واقفه الموكل في ذلك فلا ضمان على الوكيل و يلزم الموكل جميع ما فعله و كيل الوكيل كما لو اذن بالتوكيل صريحا و ان انكره الموكل و قال ما كنت راضيا بالتوكيل و كان علمك خطأ فالأقرب عدم ضمان الوكيل و وكيله لكونهما مأذونين شرعا في التصرف فلا يترتب عليهما الضمان و لأنه ضرر و حرج فالأصل عدمهما بالادله الاربعه و لكن لا يلزم الموكل ما فعله و كيل الوكيل ان صدق في انكاره فله فسخ العقد الذي اتى به و كيل الوكيل و يكون ح كالفصولي لأدب الزامه بالالتزام ضرر و الأصل عدمه مضافا الى جملة من العمومات نحو قوله تعالى ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾ و قوله ص لا يحل مال امرء مسلم الا عن طيب نفسه و قوله ص الناس مسلطون على اموالهم و ان ادعى الوكيل العلم بالاذن بالتوكيل من غير ذكر سبب له فهل يضمن ح او لا فيه اشكال و لكن احتمال الضمان في غايه القوه

## الخامس يثبت الاذن بالتوكيل بشهادة العدلين به مط

و لو لم تفد العلم اذا لزم الحكم بثبوت الاذن بالتوكيل باعتبار ترفع الوكيل عن المباشره او باعتبار عجزه عنها الحكم بثبوت الاذن بالتوكيل بامر اخر بطريق اولي فالأقرب ثبوت الاذن بالتوكيل بهذا الأمر أيضا مط و لو لم يدل عليه لفظ موكل بشي ء من الدلالات الثلاث و لكن مراعات الاحتياط اولي

فهل يكون كما لو علم به فيكون الظن هنا قائما مقام العلم او لا فيكون حكمه حكم الشك فيه اشكال من الاصل و العمومات المانعه من العمل بالظن و غير العلم من الكتاب و السنه و الى المتبادر من قول الاصحاب لا يجوز التوكيل الا باذن الموكل هو العلم باذن الموكل و من فحوى ما دلت على ثبوت الاذن بالتوكيل بشهادة العدلين و بدلاله لفظ

ص: ٤٢٨

الموكل على الاذن بالتوكيل التزاما و ما دلّ على ثبوت الاذن بالتوكيل بمجرد ترفع الوكيل عن المباشرة و عجزه عنها حيث يكون الظن المفروض اقوى من الجميع و ان الاقتصار على العلم مستلزم للحرج لقله حصوله فى الموارد المخصوصه و عدم كفايه العلم الإجمالى كما تقدم اليه الإشاره مضافا الى العمومات الداله على صحه التوكيل مط و قد تقدم اليها الإشاره و الى ظهور كون مبنى السيره على الاعتماد على الظن فاذا الاحتمال الاوّل فى غايه القوه و لكن مراعات الاحتياط اولى

### منهل اذا وكل رجل غائب عن البلد لإيقاع الطلاق عنه فيه صح

اشاره

كما يصحّ التوكيل فى غيره فيصحّ الوكاله فى الطلاق للغائب كما فى النهايه و فع و يع و التحرير و د و كره و اللّمعه و غايه المراد و التنقيح و ضه و الكفايه و الرياض و لهم اولا العمومات الداله على صحه الوكاله و ثانيا انه صرح فى يع بدعوى الإجماع على الصّححه قائلا يصحّ الوكاله فى الطلاق للغائب اجماعا و يعضد ما ادعاه امور احدها قول التحرير للغائب ان يوكل فى الطلاق اجماعا و ثانيها قول الرياض و تصحّ الوكاله فى الطلاق للغائب اجماعا على الظاهر المصرّح به فى كلام جماعه و منهم الماتن و ثالثها قطع صاحب التنقيح بذلك و ظهور كلامه فى دعوى الاجماع عليه و رابعها دعوى الشّهره على الصّححه فى الكفايه و تبه عليها فى غايه المراد بقوله هو مذهب الأ-كثرو روى عن شذاذ انه لا يجوز منهم ابن سماعه عملا بروايات زراره و بالجمله لا اشكال فى ذلك و لا- فرق فى ذلك بين ان يكون الموكل قادرا على ايقاع الطلاق بنفسه او لا و هل يجوز من غير ضروره ان يوكل رجلا حاضرا لإيقاع الطلاق عنه عنده و بمحضر منه بحيث يشاهده فيجوز الوكاله فى الطلاق للحاضر و الغائب او لا بل يختصّ الجواز بالأ-خير اختلف الاصحاب فيه على قولين الاوّل انه يجوز و يصحّ و هو للنافع و يع و التحرير و كره و لف و الإيضاح و اللّمعه و غايه المراد و التنقيح و جامع المقاصد و ضه و لك و مجمع الفائده و الكفايه و الرياض و المحكى فى لف و الإيضاح و غايه المراد عن الحلّى و المحكى فى التنقيح عن ط و ادعى عليه الشّهره جماعه ففى كره هو قول اكثر علمائنا و فى جامع المقاصد هذا قول ابن ادريس و اكثر المتأخرين و فى لك هذا هو المشهور بل ادعى ابن ادريس الإجماع و فى مجمع الفائده هو المشهور و فى الكفايه هو الأشهر و فى الرياض هو الأشهر بين عامه من تأخر وفاقا للمبسوط و الحلّى نافيا للخلاف بين المسلمين الثانى انه لا- يجوز و هو للنهايه و حكاه فى لف و الايضاح و غايه المراد عن القاضى و الحلّى و المعتمد عنده هو القول الاوّل الذى عليه المعظم و لهم وجوه الاول الاجماع المنقول فى لك و الرياض عن ابن ادريس و هو معتضد بالشّهره العظيمه و بقول الكفايه فى جملة كلام له مع ضعف روايه المنع و ندور القول بمضمونها بل لا يبعد دعوى الإجماع على تركه الثانى انّ الغيبه لو كانت شرطا فى صحه التوكيل فى الطلاق لاشتهر بل و تواتر و لتظافت الاخبار بذلك و بيان حد الغيبه لتوفر

الدّواعى على ذلك و التّالى باقسامه باطل فالمقدّم مثله الثالث لو كان ذلك شرطا فيه للزم الحرج العظيم لأنّ كثيرا من النّاس لا يتصدّون للطلاق بانفسهم استحياء او لعدم قدرتهم على اجراء الصّيغه فى الملا او مط و لا يتمكنون من الغيبه من البلد لخصوص الطلاق الرّابع أنّ اكثر الموارد التى يصحّ فيها التوكيل لا يختلف فيها الحكم باعتبار الغيبه و الحضور فكذا هنا عملا بالاستقراء الخامس أنّ ذلك لو كان شرطا للزم انعزال من و كله فى حال الغيبه للطلاق اذا حضر معه فى البلد و التّالى بط لأصالة البقاء و استصحاب الصّيحه فالمقدم مثله فت السادس مما تمسّك به فى لف و الايضاح و غايه المراد و جامع المقاصد و لك و ضه و مجمع الفائده قائلين لان الطلاق قابل للنيابه و الّا لما صحّ توكيل الغائب و فيما ذكره نظر فت السّابع ما تمسّك به فى مجمع الفائده و الكفايه و الرياض من العمومات و عدّ منها فى الأول عموم ادله جواز التوكيل و عموم ادله الطلاق قائلا فانه يصدق على طلاق الوكيل مع الحضور أنّه طلاق الثامن ما حكاه فى لف عن الحلّى قائلا قال ابن ادريس لا خلاف ان الشقاق و بعث الحكمين أنّ الرّجل اذا وكل للحكم الذى هو من اهله فى الطلاق و طلق يمضى طلاقه و جاز و ان كان الموكل حاضرا فى البلد و قد احتج بهذه الحجّه فى الايضاح و غايه المراد و جامع المقاصد و فيها نظر التاسع ما تمسّك به فى التنقيح قائلا لأنه لو لم يجز الوكاله للحاضر لم يجز للغائب و اللازم كالملزوم فى البطلان و الملازمه ظاهره فان ما يجوز الوكاله فيه و ما لا يجوز حكمه بالغيبه و الحضور سواء و يعضد ما ذكره قول جامع المقاصد ثم أنّ العقد اذا قبل النيابه فائى فرق بين الغيبه و الحضور و فيما ذكره نظر فت العاشر ما

تمسّك به فى غايه المراد و جامع المقاصد و لك و مجمع الفائده و الكفايه و الرياض من خبر سعيد الاعرج الذى وصفوه بالصّيحه عن الصّادق ع فى رجل يجعل امرأته الى رجل فقال اشهدوا أنّى قد جعلت امر فلانه الى فلان يطلقها ا يجوز ذلك قال نعم لا- يق ليس فى هذه الرّوايه تصريح بالمدعى لأننا نقول لا يشترط الصّي راحه فى الدلاله بل يكفى الظهور و من الظاهر ظهور الرّوايه فى المدعى لشمولها له بالعموم النّاشى من ترك الاستفصال كما صرّح به فى غايه المراد و جامع المقاصد و لك و مجمع الفائده و لا- يق يعارض ما ذكر خبر زراره عن الصّي اداق ع لا- يجوز الوكاله فى الطلاق و هو و ان كان يشمل الغيبه و الحضور و لكن يجب تخصيصه بالأخير لما عرفت من الدليل على جواز الوكاله فى الطلاق للغائب و ح يكون اخصّ من خبر سعيد المتقدم فيخصّ به لوجوب حمل الخاص على العام و لذا جمع بينهما الشّيخ فيما حكى عنه بحمل خبر سعيد على صوره الغيبه و خبر زراره على صوره الحضور و الدليل و الشّاهد عليه ممّا بيناه و لا- يحتاج فى مثل هذا الجمع الى دليل من خارج و روايه مفصّله بين الامرين و ان كان التعارض بينهما فى بادي النظر من قبيل تعارض الظاهرين كما لا يخفى فلا يصحّ ما اجاب به فى لف و جامع المقاصد و لك و مجمع الفائده عن الروايه الأخيره من قصورها عن افاده المدعى و عدم انطباق ظاهرها على مذهب الشّيخ لأننا نقول هذه الرّوايه ضعيفه السّند كما صرّح به فى لف و الايضاح و غايه المراد و التنقيح و جامع المقاصد و لك و مجمع الفائده فلا يصلح للحجّيه فضلا عن المعارضه سلّمنا الصّحه و لكن خبر سعيد لا اعتضاده بما تقدّم اليه الإشاره و من جملة الشهره العظيمه القريبه من الإجماع و ندور القائل بالخلاف لا يصلح خبر زراره لتخصيصه و ان فرض كونه اخصّ كما لا يخفى و لا يق يعارض خبر سعيد النبوى المرسل الطلاق بيد من اخذ بالسّاق لأننا نقول هذه الرّوايه أيضا لا تصلح للمعارضه كما صرّح به فى غايه المراد قائلا قلنا خصّ الغائب بدليل فلتخصّ الحاضر على أنّ كونه بيده يدلّ على أنّ له التصرف فيه و هو أعمّ من ان يكون مباشره او استتابه و يعضد ما ذكره اول قول الايضاح و ليس فيه دلالة و ثانيا قول التنقيح و فيه نظر لأنّ المراد باليد القدره و هى حاصله

و ثالثا قول الرياض أنّ المراد به ان له التصرف فيه و هو اعّم من ان يكون بالمباشرة او التّيا به و الإجماع على جواز الطلاق مع الغيبه اوضح شاهد على عدم اراده المباشرة من الرّوايه هذا و يؤيده خبر سعيد ما اشار اليه فى الرياض قائلا بعد نقله و نحوه الموثق و الخبر القريب منه رجل و كل رجلا بطلاق امراته اذا حاضت و طهرت و خرج الرّجل فبدا له و اشهد أنّه قد ابطل ما كان امره و انه قد بدا له فى ذلك قال فليعلم اهله و ليعلم الوكيل و اظهر منه الخبر المتضمّن لبعث ابى الحسن ع بثلاث مائه دينار الى رجل ان يطلق امراته و اطلاق الاولين بل عمومها التّاشى من ترك الاستفصال يشمل صورتى الحضور و الغيبه و

### ينبغى التنبيه على امرين

#### الأول صرح فى الرياض بأنّه يصحّ الوكاله فى الطلاق للغائب و الحاضر

على الأصحّ سواء و كل امره الى الوكيل من غير عزم منه عليه او كان عازما عليه و و كله فى الاتيان به و ما ذكره جيد

#### الثانى حكى فى الرياض عن بعض أنّه صرح بأنّه على قول الشيخ يتحقّق الغيبه

بمفارقة مجلس الطلاق و ان كان فى بلد التوكيل مستشهدا بتصريح الشّهد الثانى بذلك ثم اورد عليه قائلا و فيه نظر فان كلامه و مستنده صريحان فى اشتراط عدم الحضور فى البلد و عدم كفايه عدم حضور المجلس

#### منهل من شروط الوكاله ان يقع منجزه غير معلقه نفسها على شرط و لاصفه

### اشاره

فلو قال و كلتلك عند مجىء زيد او راس الشهر او اذا جاء زيد او اذا قدم الحاج و نحو ذلك لم يصحّ و قد صرح بجميع ذلك فى فع و يع و التبصره و كره و د و عد و التحرير و اللّمعه و جامع المقاصد و ضه و لك و الرياض و ربما يستفاد من قول الكفايه و منع التعليق غير مرتبط بدليل واضح الا ان يثبت الاجماع عليه الميل الى ان ما ذكر ليس بشرط كما يستفاد من مجمع الفائده أيضا و غيره و للأولين وجوه منها ما تمسّك به فى الاصل و منها انه تبه على دعوى الإجماع عليه فى كره بقوله لا يصحّ عقد الوكاله معلقا بشرط او وصف فان علقتهما بطلت مثل ان يقول ان قدم زيد او اذا جاء راس الشّهر فقد و كلتلك عند علمائنا و يعضد ما ادعاه اولاقول جامع المقاصد و يجب ان يكون الوكاله منجزه عند علمائنا و ثانيا قول لك من شرط الوكاله وقوعها منجزه عند علمائنا و ثالثا قول الرياض من شرطها ان تقع منجزه بلا خلاف فيه على الظاهر و صرح به المفلح فى ح يع و رابعا قول مجمع الفائده لم يظهر فيه مخالف و منها ما تمسّك به فى كره قائلا- فى مقام الاحتجاج على ما ذكر لأنّه عقد يملك به التصرف حال الحيوه لم يبين على التغليب و السرايه فلم يجز تعليقه بشرط كالبيع و لأنّ الشركه و المضاربه و سائر العقود لا تقبل التعليق فكذا الوكاله و منها ان تعليق الوكاله فى قوه الاخبار بوقوعها فى المستقبل فقوله انت و كيلى او و كلتلك اذا جاء زيد بمنزله قوله او كلتك عند مجىء زيد فيكون وعدا بالوكاله فيلزم عدم صحّتها معلقه لعدم تحققها لا فى الزمان الحال و الّا لكانت منجزه و لا- فى الزمان المستقبل لأنه لم يتحقّق من الموكل ما يوجب التوكيل و إنشائه و الوعد و الأخبار بالشىء لا يستلزم

حصوله بالضرورة و لذا لا- يجوز الحكم بحصول الأذن غدا اذا قال آذن لك غدا و بالجمله لا شك في ان الإنشاء شرط في تحقق العقد اذ مع الأخبار و مع التعليق لا يتحقق العقد لا يقال ينتقض ما ذكر بالوصيه فانها تعليق للاستتابه على الموت و مرجعها في الحقيقه الى الوكاله المعلقه و اختلاف اللفظ غير مؤثر في الفرق و صحه الوصيه مما لا ريب فيه لأننا نقول لا نم ان الوصيه تعليق للاستتابه على الموت بل الاستتابه فيها حاله منجزه و انما التعليق في المتعلق و لذا يصح ان يق بعد تحقق الإيجاب و القبول ان فلانا وصى فلان حقيقه و لو لم يتحقق المبدأ الا- بعد الموت لما جاز فتدبر و لا يق ان الوكاله المعلقه كالأمر المعلق على شرط او صفه و من الظاهر ان مرجعه ليس الى الأخبار بل هو إنشاء صرف مع ان الطلب الذي هو قوام الأمر انما يتحقق بعد تحقق المعلق عليه فاذا لم يكن التعليق في الامر مانعا من الانشاء و لا موجبا للرجوع الى الأخبار و عدم تحقق المدلول فكك في الوكاله المعلقه لأننا نقول نمع كون الوكاله المعلقه كالأمر المفروض لأن التعليق و القيد في الامر المفروض لا يرجع الى نفس الامر و الطلب حتى يكون اصل الأمر معلقا بل يرجع الى المأمور به فالطلب حالي إنشائي و الأ لما صح ان يق امرنى الآن و هو امر و انا مأمور الآن لامتناع صدق المشتق مع عدم الاتصاف و ليست الوكاله المعلقه كك كما لا يخفى و للآخرين وجوه أيضا منها العمومات الداله على صحه الوكاله مط و قد يجاب عنها بالمنع من شمولها لمحل البحث بعد ما حققناه سابقا سواء أريد بها عموم ما دل على لزوم الوفاء بالعقود و الشروط أن عموم ما دل على صحه الوكاله بالخصوص ثم لو سلمنا شمولها لها و حصول الإنشاء فيها و عدم رجوعها الى الأخبار فلا بد من تخصيصها هنا بادله القول الاول و منها ما تبه عليه في مجمع الفائده قائلا و ما اجد فرقا بين التعليق بمجىء شهر مثلا و التنجيز مع المنع عن فعل الموكل فيه أا بعد شهر مثلا بحسب المقال بل ما نجد لوجود التوكيل منجزا الآن مع المنع عن التصرف فائده أا أنه ادعى فيه الإجماع مع عدم ظهور الخلاف و لا نص هنا فنقول ح يع ان العقود متلقاه من الشرع فيطت بالضوابط محل التامل فت ثم اعلم ان الأصل عموم التوكيل و كونه جائز او مبناه على المساهله دون الضيق و ما تقدم في عباره كره من أنه اذن و امر و أنه مثل

الأذن في اكل الطعام و لا شك في جواز تعليقه مثل ان جئت فانت مأذون في الاكل و نحوه مع عدم مانع يدل على جواز التعليق و يؤيده عدم ظهور فرق كثير في المآل بين ما صورناه من المجوزات مثل التوقيت و ذكر الشرط و المنع أا بعد كذا و بين التعليق و يؤيده أيضا جواز التعليق في العقود الجائزه مثل القراض بل و كاله بجعل و العاريه و غيرهما و الظاهر ان المراد من قال يجب التنجيز نفى التعليق و الظاهر ان لا دليل لهم عليه أا الإجماع المنقول في كره كما تقدم مع عدم ظهور خلافه و سيجىء ما في الاجماع فت و يمكن ان يق مع التعليق يؤل الى التوكيل بعد زمان التوكيل و قد مر ان من شرطه قدره الموكل عند التوكيل فت فيه فأنه يرجع الى الإجماع او ان الأصل عدمها خرج المنجز بالإجماع و بعض الأدله و بقى المعلق تحت العدم فت فيه و فى جميع ما ذكره نظر و ادله القول الاول تدفعه و بالجمله لا اشكال فى المسأله جدًا و

## ينبغى التنبيه على امور

### الاول لو نجز الوكاله و شرط تاخير التصرف الى وقت معين

او حصول شرط كأن يقول و كلتك الآن و لا تتصرف أا بعد شهر جاز و صح كما صرح به فى فع و يع و د و عد و التحرير و كره و اللّمعه و ضه و لك و الرياض و لهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه و منها أنه تبه على دعوى الإجماع عليه فى كره بقوله لا خلاف فى جواز تنجيز الوكاله و تعليق التصرف مثل ان يقول و كلتك الآن مط و لكن لا تتصرف الا بعد مجىء زيد مثلا او بعد

أذنه و ادعى في كره الإجماع على صحه أنت و كيلي في بيع عبدى اذا قدم الحاج و لعل الشرط قيد للبيع و به يحصل الفرق بينه و بين المعلق الممتنع و مرجعهما بحسب المآل واحد و ثانيا قول الرياض يجوز تنجزها و تاخير التصرف الى امد بلا خلاف فيه على الظاهر و صرح به المفلح فى ح يع بل فى لك الإجماع و هو الحجه و منها ما احتج به فى الرياض من اطلاق الادله من الكتاب و السنه و منها ما استدل به فى ضه قائلًا و يصح تعليق التصرف مع تنجز الوكاله بان يقول و كلتك فى

ص: ٤٣٠

كذا و لا تصرف الا بعد شهر لأنه بمعنى اشتراط امر سائغ زائد على اصلها الجامع لشرائط الصحه التى من جملتها التنجز و ان كان فى معنى التعليق لأن العقود المتلقاه من الشارع منوطه بضوابط فلا تقع بدونها و ان افاد فائدتها و تبه على الوجه المذكور فى لك أيضا و يعضد ما تبه عليه فى الرياض بقوله مع اعتضاد الحكم بأنه بمعنى اشتراط امر سائغ زائد على اصلها الجامع لشرائط الصيحه التى من جملتها التنجز و هو و ان كان فى معنى التعليق ألما انه لا دليل على المنع عنه على الاطلاق لاختصاص الإجماع المانع عنه بالتوع الاول فلا يتعدى الى غيره مضافا الى الإجماع على الصحه فيه و منها خلو النصوص عن الإشاره الى فساد الوكاله المذكوره مع توفر الدواعى عليه و ح لا يجوز للوكيل التصرف قبل حصول المعلق عليه كما صرح به فى التحرير و كره

### الثانى يجوز توقيت الوكاله كأن يقول و كلتك الى شهر

فلا يكون بعده و كيلا و لا يجوز له التصرف و قد صرح بجميع ذلك فى كره و جامع المقاصد بل فى الكفايه لا نزاع عندهم فى جواز التوقيت

### الثالث لو قرن الوكاله بشرط ان لا يقتضى التعليق

كو كلت فى كذا و شرطت عليك كذا جاز كما صرح به فى لك بل فى مجمع الفائده لا نزاع فيه

### منهل هل يجوز للوكيل فى الوكاله المعلقه على شرط او صفه المحكوم بفسادها باعتبار هذا التعليق التصرف بعد حصول المعلق او لا

فيه قولان احدهما انه يجوز للوكيل التصرف ح و هو لصريح كره و عد و ثانيهما انه لا يجوز له ذلك و هو لصريح الايضاح و يمكن استفادته من جامع المقاصد و يظهر من لك التوقف فى المسأله للقول الاول وجوه منها ما تبه عليه فى كره قائلًا قد بينا بطلان الوكاله المعلقه على الشرط فلو تصرف الوكيل بعد حصول الشرط فالأقرب صحته لأن الأذن حاصل لم يزل بفساد العقد و صار كما لو شرط فى الوكاله عوضا مجهولا فقال بع كذا على ان لك العشر من ثمنه يفسد الوكاله و لكن ان باع يصح و لأن المقتضى للصيحه حاصل و هو الأذن اذ الغرض حصول المعلق عليه و انتفاء المانع اذ ليس الرفع الوكاله و هو اخص من مطلق الأذن و رفع الخاص لا يستلزم رفع العام و يعضد ما ذكره اولًا ما احتج به جماعه من الاصوليين على بقاء الجواز بعد نسخ الوجوب و ثانيا ما تبه عليه فى مجمع الفائده بقوله فى جمله كلام له و قد عرفت ان الوكاله يكفى فيها ما يدل على الأذن فى جمله و أنه مثل الأمر و الاذن باكل الطعام و معلوم و عدم ضرر التعليق و عدم الاحتياج الى عقد بايجاب و قبول بل المدار على العلم برضاء الموكل و ان لم يوكل صريحا و لا ضمنا على ما عرفت و قد يجاب عن الوجه المذكور اولًا بالمنع من بقاء الأذن بعد وجود الشرط و الصفه المعلق عليهما الوكاله لان غايه ما يستفاد من عقد الوكاله الاخبار و الوعد بايجاد الاذن عند تحقق



الأمرين و هما غير مستلزمين لوجود الأذن عند تحققهما لا عقلا و لا عادة لكثرة وقوع مخالفه الوعد و الاخبار بالمستقبل عادة و التمسك باصاله بقاء الرضا ضعيف جدا و يعضد ما ذكرناه اولا قول الايضاح بعد الاشاره الى ما ذكره ان الكلى لا يوجد الا فى احد الجزئيات و ليس الا الوكاله و قد ارتفعت و ثانيا قول جامع المقاصد بعد ذلك أيضا و يحتمل العدم لان الاذن الواقع فى المعلق المحكوم بفساده لا- اعتداد به لامتناع بقاء الضمنى مع ارتفاع المتضمن و الأذن انما وقع على ذلك الوجه المعين المخصوص و ثالثا قول لك بعد ذلك أيضا و فيه ان الاذن المطلق انما وجد فى ضمن الوجه المخصوص اذ لا وجود للكلى الا فى ضمن جزئياتها و لم يوجد منها الا هذا الجزئى فاذا ارتفع ارتفع الكل و رابعا قول مجمع الفائده لأن الاذن انما علم على تقدير الشرط و قد حكم بطلان ذلك الأذن و التوكيل للشرط و ليس هنا ما يدل على الأذن غير ما وجد من الموكل و هى العبارة التى حكم بطلانها و عدم الاعتداد بها و خامسا ما احتج به القائلون بان الجواز لا يبقى بعد نسخ الوجوب و ثانيا بأنه على تقدير تسليم بقاء الأذن فى محل البحث يمنع من ان مطلق اذن المالك حتى المفروض فى محل البحث يوجب اباحه التصرف و الزامه بامور مخالفه للأصل لعدم الدليل عليه لا يق افاده مطلق الأذن اباحه التصرف امر يشهد به العقول كما أشار إليه فى مجمع الفائده قائلا فى جملة كلام له و بالجمله ان الغرض فهم الأذن فى التصرف مع الدليل على جواز التصرف عقلا و نقلا مع عدم دليل على عدمه فجاز التصرف و لا ينافيه بطلان العقد لأننا نقول لا نسلم دلالة العقل على ان مطلق الأذن مبيح للتصرف الماذون و الا لما جاز المنع من التصرف فى مال اليتيم و السفيه و المحجور عليه بعد اذنهم به و هو بط و لا يمكن ان يق خرج هذا بالدليل لأن الدليل العقلى لا يقبل التخصيص فتحقق ان اذن المالك انما يفيد جواز التصرف فى ماله بعد اجتماع شروط و اعتبار قيود و لا نسلم تحقق ذلك فى محل الفرض فان قلت نحن لا ندعى ان العقل يحكم باستلزام مطلق الأذن اباحه التصرف على وجه يشمل جميع الجزئيات حتى يرد ما ذكر بل ندعى ان العقل يحكم بذلك ما لم يمنع مانع منه كما يحكم بحرمة التصرف فى مال الغير ما لم يدل على خلافه دليل فاذا حكم بعدم جواز التصرف مع الأذن به فى بعض الموارد لدليل فليس ذلك من باب التخصيص بل هو من باب عموم شمول الدليل كما لا يخفى قلت لا نسلم دلالة العقل على ذلك بوجه من الوجوه و لا يق قوله ص لا يحل مال امرئ مسلم الا عن طيب نفسه يدل على جواز التصرف فى مال الغير مع الأذن مط لأنه ح يكون من طيب نفسه لأننا نقول لا

يجوز الاستناد الى هذه الروايه فى اثبات حكم مخالف للأصل لضعفها سندا سلمنا و لكن نمنع دلالتها على المدعى لتوقفها على القول بان الاستثناء من التفى اثبات و هو محل كلام سلمنا و لكن يتوقف على افاده المستثنى العموم و شمول الحكم المعلق عليه لجميع الأفراد و هو محل التأمل للمنع من افاده قوله لا تضرب احدا الا الرجل جواز ضرب كل رجل سلمنا و لكن التصرف الذى دلت الروايه غير التصرف باعتبار التوكيل فت و لا يق الظاهر اتفاق الاصحاب على ان الأذن هنا يفيد جواز التصرف لأن منهم من تميمك بقاء الأذن على جواز التصرف فى محل البحث و منهم من منع من بقائه تاره و منع من افادته اباحه التصرف باعتبار ان الشرع حكم بعدم اعتباره هنا اخرى و لم نجد احدا منهم قال الأذن لا يفيد بنفسه اباحه التصرف و ان فرض عدم منع الشرع من اعتباره و يظهر من جميع ذلك اتفاق الاصحاب على اصاله افاده الأذن جواز التصرف لأننا نقول لا نسلم الاتفاق على ذلك و ما ذكر لا يصلح للدلالة على ذلك خصوصا مع ان المتعرض للمسئله جماعه قليله فتدبر و منها العمومات الداله على صحه جميع ما صدر من هذا الوكيل من العقود من نحوه قوله تعالى أوفوا بالعقود و قولهم ع فى عدّه اخبار معتبره المؤمنون عند شروطهم و غير ذلك من العمومات و اذا صحت عقود هذا الوكيل بما ذكر من العمومات السليمه عن المعارض صحت سائر تصرفاته بطريق اولى مضافا الى ان الظاهر انه لا قائل بالفرق و قد يجاب عما ذكر بما تبه عليه فى الرياض قائلا فاذا تحقق عدم

الإجماع على الفساد فى المسأله تعين المصير فيها الى الصيحه اخذا بادلتها من اطلاق الكتاب و السينه لكنها لا تخلو عن ثبوت المناقشه فالاحتياط فيها لازم البته سيما اذا كانت التصرفات تصرفات ناقله بنحو من العقود اللازمه لمخالفتها الاصل و اختصاص المخالف له الدال على لزوم من نحو أوفوا بالعقود بمالك التصرفات بالأصالة دون مالكةا بالثيابه و كفايه هذا المشكوك فى تأثيره صرف اوامر الوفاء الى مالكةا بالأصالة غير معلوم فى الحكم بالصحة و صرف اليه البته فقل و فيما ذكره نظر نعم قد يدعى ان العمومات المذكوره معارضه بالمثلى حيث يصدر من الموكل عقود تضاد عقود الوكيل المذكور كما اذا باع الوكيل المذكور مال موكله بهذه الوكاله الفاسده ثم باع الموكل نفس الشىء الذى باعه و كيله هذا من زيد من عمرو فان احد هذين العقدين و البيعين لا بد من الحكم بفساده لان صحه كل منهما يستلزم فساد الآخر بالضروره و الفاسد منهما خارج من تلك العمومات قطعا لامتناع شمولها للعقود الفاسده و حيث لا دليل على الترجيح كانت العمومات المذكوره بالنسبه الى محل البحث مجمله و من المقطوع به ان المجلل لا يصح الاحتجاج به على حكم معين فت و للقول الثانى اولا ان الاصل عدم صحه العقود و الايقاعات الصادره من الوكيل المفروض و عدم جواز تصرفه فى مال موكله و ثانيا انه لو كانت العقود و الايقاعات الصيادره من هذا الوكيل صحيحه و كانت تصرفاته فى مال موكله جائزه لكانت هذه الوكاله صحيحه و التالى بط فالمقدم مثله اما بطلان التالى فلما بيناه من ان الوكاله المفروضه هنا فاسده و اما الملازمه فلان الحكم بفساد الوكاله معناه انه لا يترتب عليه اثر اصلا او مستلزم لذلك لان الوكاله من جمله المعاملات بالاتفاق و الصيحه فى المعاملات عباره عن ترتب الأثر فيلزم ان يكون الفساد فيها عباره عن عدم ترتب اثر اصلا لأن التقابل بين الصيحه و الفساد من تقابل الملكه و العدم و من الظاهر انه يكفى فى الملكه الثبوت فى الجمله لأنها قضيه مهمله و هى فى قوه الجزئيه بخلاف العدم فانه يشترط فيه نفى جميع الأفراد قطعا و لو اكتفى فى الحكم بفساد معامله بنفى اثر من آثارها او اكثر آثارها لزم الحكم بفساد المعاملات الفضوليته و لو على القول بان الاجازه ممن له الاجازه معتبره و يقتضى الصيحه كما هو التحقيق و للزم الحكم بفساد كثير من المعاملات التى ينتفى فيها كثير من آثارها باعتبار من الاعتبارات و هو بط فعلى هذا فالإذن الضمنى لو سلم تحققه فى هذه الوكاله الفاسده و سلم ان الأصل فى الاذن و لو كان ضممتا افاده جواز التصرف لم يكن هنا معتبرا و مفيد الاباحه التصرف لما بينا من استلزام فساد الوكاله سقوط اعتبار الاذن و قد تبه على ما ذكرناه فى جامع المقاصد بقوله و يحتمل العدم لأن العقد فاسد اذ هو المفروض و لا معنى للفساد الا ما لا يترتب عليه اثره و بالجمله المستفاد من الأصحاب انه يكفى فى الحكم بالصيحه ترتب اثر فى الجمله و لا يكفى فى الحكم بالفساد الا نفى جميع الآثار فاذا قالوا البيع مع عدم تعيين الثمن و المثلن فاسد مثلا كان دالا على انه لا يترتب على هذا البيع اثر اصلا لا عليه بعض الآثار هذا و لو جاز الاكتفاء فى الحكم بالفساد بنفى بعض الآثار كما يكتفى بثبوت بعض الآثار فى الحكم بالصيحه لجاز فرض معامله يصدق عليها الصيحه و الفساد بالاعتبارين كما فى البيع الفضولى و هو بط فان المعروف ان كل معامله يصدق عليها انها صحيحه لا يصدق عليها انها فاسده و بالعكس بل هذا شىء لا ينبغى التأمل فيه لا يق الحكم بفساد الوكاله المعلقه ليس مستندا الى نص معتبر مصرح بفسادها حتى يقال ان لفظ الفساد يدل على عدم ترتب اثر من الآثار عليها فيلزم منه عدم اعتبار الاذن مط بل انما استند الى الإجماع و من الظاهر ان القدر المتحصّل من الإجماع ليس الا ان الوكاله المعلقه ليست كالكاله فى ترتب المنجزه جميع الآثار و اما انه لا يترتب عليها اثر من الآثار فلم يتحصّل منه و كيف يمكن دعواه مع وجود المخالف المتقدم اليه الإشاره الذى ادعى الاتفاق على اشتراط التّجيز و ح ان شئت قلت ان الوكاله المعلقه المذكوره فاسده او صحيحه و لكن لا يترتب عليها جميع الآثار و النزاع فى التسميه بعد وضوح الحكم و مدركه لا يليق بالمحصّل و ربما يؤيد ما ذكر ما تبّه عليه فى

مجمع الفوائد بقوله على أنه لا دليل على البطلان مع التعليق سوى ما تقدم من الإجماع في كرهه وقد

فهم من اختيار صحه هذا الضمني مع عدم الإجماع الآ في الصريح فيبقى غيره على مقتضى الأصل و الأدله من الصحه لأننا نقول ما ذكر بط لأن الحكم المذكور مستند الى دعوى جماعه الإجماع على اشتراط التنجيز في الوكاله مع عدم ظهور مخالف فيه فان ذلك ظ لغه و عرفا في الحكم بفسادها مع عدم الشرط المذكور بمعنى عدم ترتب اثر من الأثار على الفاقد للشرط المذكور و الظاهر ان الخلاف في محل البحث ليس راجعا الى منع الاشرط و لا- اراده ما يخالف الظاهر من لفظ الشرط بل الظاهر ان الحكم بالاشترط بالمعنى الحقيقي و الظاهر من اللفظ متفق عليه بين الاصحاب كما لا يخفى و أما الخلاف في منافات اعتبار الأذن في الوكاله المعلقه للحكم باشرط التنجيز و الحق عندي ثبوت المنافات و لا يق عدم ترتب اثر من الأثار باعتبار الوكاله لا يستلزم عدمه باعتبار اخر لأننا نقول الظاهر من الاصحاب في الحكم بالفساد و باشرط شىء في الصيحه عدم ترتب من اثر من الأثار مط فت و لا يق المفهوم من الحكم بصحّه معاملته هو ترتب جميع آثارها فيلزم ان يكون الفساد الذى هو نقيضها و نفيها عباره عن عدم ترتب الجميع و هو اعم من عدم ترتب كل فرد من افراد الأثار و عدم ترتب بعض الافراد و اذا كان اعم فوجوده لا يستلزم وجود احد الامرين المذكورين بخصوصه فالحكم بفساد الوكاله المذكوره لا يستلزم نفي جميع آثار الصحه بل بعضها و قد تبه على ما ذكر العلامة على ما حكاه في جامع المقاصد قائلًا و اعلم ان قول المصنف و فائده الفساد سقوط الجعل المسمى و الرجوع الى اجره المثل جواب عن سؤال يرد على احتمال الصيحه تقريره اذا كان جواز التصرف الذى هو فائده عقد الوكاله و اثره ثابتا على كل من تقديرى الصيحه و الفساد فأى فارق بين الصحيح و الفاسد هنا و جوابه ان اثر الفساد لا يظهر فى الاستنباه و الأذن بل انما يظهر فى الجعل اذا كانت الوكاله بجعل فانه يبطل و يستحق الوكيل اجره المثل كما فى المضاربه الفاسده حيث حكمنا بفساد استحقاق الصحه و نفذنا التصرف و اوجبا للعامل الأجره و تنقيح المبحث ان الوكاله تسليط على التصرف و لا يمتنع فيه التعليق فان القائل لو قال غيره اذا حضر الطعام فكل لم يكن هذا التعليق مخلا بجواز الأكل عند حضور الطعام و انما يمتنع التعليق فيما يكون و معاوضه او كالمعاوضه و من ثم حكمنا بفساد الصدق بالشرط الفاسد فى عقد النكاح دون العقد و حكمنا بفساد اشترط الحصه فى المضاربه الفاسده دون الأذن فى التصرف لأن شبه المعاوضه فيهما يكون الصداق فى مقابل استحقاق الانتفاع بالبضع و الحصه فى مقابل العمل المخصوص فاخص ذلك بالبطلان فوجب مهر المثل و اجره المثل و كذا الوكاله المشتمله على الجعل فانه لكونه فى مقابل يحصل به شبه المعاوضه

ص: ٤٣٢

فيجب ان يتوجه الفساد بالتعليق اليه بل مطلق الفساد باى سبب كان و يبقى معنى الوكاله الذى هو عباره عن الاذن فى التصرف لأننا نقول لا- نم ان المفهوم من الصيحه ترتب جميع آثارها بل المفهوم منها هو مجرد ترتب اثر من الأثار فيلزم ان يكون الفساد عدم ترتب جميع الأثار و قد بينا ذلك سابقا و يعضده اولا عبارات الاصوليين فى تعريف الصحه فى المعاملات و ثانيا ما تبه عليه فى جامع المقاصد قائلًا بعد ما حكينا عنه سابقا لكن على هذا اطلاق الفساد على عقد الوكاله غير واضح لأن الجعل خارج عن مفهوم الوكاله و لهذا لا نعتبره فى صحه العقد بخلاف عقد المضاربه فان اشترط الحصه من اركان العقد فيكون عقد الوكاله غير محكوم بفساده و ان حكم بفساد ما اشتمل عليه كما انا لا نحكم بفساد النكاح بفساد المهر فيسقط اعتبار ما ذكره المصنف من الجواب لانتفاء السؤال اصلا و راسا بل يكون حكمه بفساد الوكاله بالتعليق اولا و احتمال تجويز التصرف معه و كون فائده الفساد سقوط جعل المسمى اخيرا كالمتمدافعين و هذا الذى ذكرناه كلام جيد منقح الا انه يرد عليه ان التصرف فى مال الغير

بالبیع و الشراء و انواع التصرفات من الامور المبتیة على التضييق و ليس هو كأكل الطعام المبنی على التسامح فى العاده و لهذا یكتفى فى بقرائن الاحوال و لا یشرط فى اللفظ بل یعتبر مجرد وضع الطعام بین یدى الغير اذا دلت القرینه على اكله و الامر فى اسهل من اخراج الملك عن الغير و تجدید ملك اخر له و نحو ذلك فلا بد فى من الاحتیاط التام و النكاح له حکم براسه متفق علیه و المضاربه ان كان الحكم فىها متفقا علیه فلا بحث فىه و الا- توجه اليها الكلام فالذى ینبغى التوقف عن الحكم بجواز التصرف كما فى غيره من العقود و ثالثا ما تبه علیه فى لك بقوله ان الوكاله لیست امرا زائدا على الاذن و جعل المشروط لیس جزء منها و انما هو شرط زائد علیها لصحتها بدونه بخلاف المضاربه فان اشترط الحصة شرط فى صحتها و لأنه لو تم ذلك لزم الحكم بصحة التصرف مع فسادها بوجه اخر كعزل الوكيل نفسه مع علم الموكل به و سكوته فان الاذن حاصل منه فلا یرتفع بفسخ الوكيل و لأن العقد فاسد قطعاً و لا معنى للفساد الا ما یترتب علیه اثره و رابعا قول ضه ان الوكاله لیست امرا زائدا على الاذن و ما یزید عنه من مثل جعل امر زائد علیها لصحتها بدونه فلا یعقل فسادها مع صحتها و خامسا ما نبه علیه فى مجمع الفائدة بقوله و لأنه قد لا یكون العقد المشروط مشتملا على جعل فلا تحصل الفائدة فى الحكم بالبطلان بل لا معنى له و لأنه اذا حکم بفساد الوكاله حیث كان عدم التعليق شرطا للصحة فى تبطل لعدم تحقق الشرط فكيف یصح التصرف و يستحق الأجره و تظهر الفائدة فیما ذكره فى كره فانه یرجع الى القول بعدم اشترط التنجيز و البطلان مع التعليق فانها تصح اذا لم یكن جعل بل معه أيضا و انما یبطل الجعل كالنكاح على ان التصرف انما هو بالوكاله الباطله المثمره لبطلان الاذن و منع التصرف مط و جعلها كعدمها اذ الفرض عدم غيرها كما دل علیه عباره الموكل صریحا و فهم الرضا منه ضمنا مع عدم الرجوع و المسأله فى غایه الاشكال فلا ینبغى فیها ترك الاحتیاط بل القول الثانى فى غایه القوه

## منهل اذا و كله فى طلاق زوجه سینكحها

### اشاره

او عتق عبد سیملكه او بیع ثوب یشریه او بیع عبد سیملكه او اجاره دار سیملكها او وقفها او قضاء دین یستدینه او تزویج امرأه اذا انقضت عدتها او اخراج الزكاه الحاصله فى السنه الآتیة او شراء الثمره بعد وجودها او نحو ذلك و بالجملة فى كلما لا یقدر و لا یملك التصرف فىه بعد التوكیل ابتداء فهل تفسد هذه الوكاله كما یفسد الوقف على المعدوم ابتداء فیشرط فى صحه الوكاله ان یكون مقدور للموكل و مملوكا له حین التوكیل او لا بل تصح الوكاله فى جمیع الصور المشار اليها و لا یكون ما ذكر شرطا فى صحه الوكاله اختلف الأصحاب فى ذلك على قولین احدهما انه لا یصح الوكاله فى جمیع الصور المذكوره و یكون ذلك شرطا و قد صار اليه العلامه قائلًا فى الارشاد و عد و التحریر و كره یشرط فىه ان یكون مملوكا للموكل فلو و كل غيره بطلاق زوجه سینكحها او بیع عبد سیملكه او اعتاق عبد یشریه او قضاء دین یستدینه او تزویج امرأه اذا انقضت عدتها او طلاق زوجها و ما اشبه ذلك لم یصح و قد صار اليه فى جامع المقاصد و الرياض و ثانيهما انه یصح الوكاله فى جمیع الصور المذكوره و هو مستفاد من مجمع الفائدة و الكفایه و غیرهما للأولین و جوه منها اصاله عدم صحه الوكاله فى جمیع الصور المذكوره و قد یجاب عنها بانها مندفعه بادل القول الثانى و منها ما احتج به فى كره قائلًا بعد قوله لم یصح فیما حكينا عنه سابقا لأن الموكل لا یتمكن من مباشره ذلك بنفسه فلا ینتظم اقامه غيره و هو أصح و جهی الشافعیة و قد یجاب عما ذكره بانه مصادره على المدعى و اعاده لنفس الدعوى و منها انه تبه على دعوى الاجماع على ذلك فى جامع المقاصد بقوله ان یكون مملوكا للموكل فى وقت صدور عقد التوكیل و الظاهر ان ذلك متفق علیه عندنا و یعضد ما ذكره قول الرياض و هل یعتبر الامكان المزبور من حین الوكاله الى

وقت التصرف المشهور ذلك بل ظ المحكى عن كره اجماعنا عليه و به صرح المحقق الثاني فقال الظاهر ان ذلك متفق عليه عندنا و قد يجاب عمّا ذكر بالمنع من دلالة عباره جامع المقاصد على دعوى الاجماع بل غايه ما يستفاد من كلامه استظهار الاتفاق و هو غير دعوى الاجماع قطعاً و الاستظهار ليس بحجه جدّاً و قد نبه على ما ذكرناه فى مجمع الفائده بقوله على انا ما نجد عليه دليلاً أصلاً سوى ما فهم من كلام المحقق من قوله و الظاهر انه متفق عليه فأنه يشعر بالاجماع و ليس بواضح مع وجود ما يناقضه فى كلامهم و بالجمله ما نجد دليلاً على هذا الشرط على الوجه المذكور و اما عباره كره فلا دلالة فيها على دعوى الاجماع على الشرط المشار اليه بشىء من الدلالات الثلاث بل ربّما اشعرت بعدم تعرض الاماميه لهذه المسأله و اما ما استظهره فى الرياض من الشهره فيه انّ قداماء الاصحاب و اكثر المتأخرين لم يتعرضوا لهذه المسأله بل المتعرض لها فى غايه القله فكيف يمكن فيها دعوى الشهره بل ربّما يستفاد من عدم تعرض معظم الاصحاب لهذا الشرط انه ليس بشرط فيكون الاجماع الذى ادّعه المحقق الثانى على تقدير تسليمه موهونا بمصير معظم الى الخلاف و للآخرين وجوه أيضاً منها العمومات الداله على صحّه الوكاله مط نحو قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و قولهم ع فى عده اخبار معتبره المؤمنون عند شروطهم و غير ذلك و قد تبّه على ما ذكر فى مجمع الفائده و منها ما تبّه عليه فى الكفايه قائلًا بعد الاشاره الى القول الاول لكن يشكل اطلاق القول بذلك اذ الظاهر أنّهم يجوزون توكيل الطلاق فى طهره للمواقعه و فى الحيض و يجوزون التوكيل فى تزويج

ص: ٤٣٣

امراه و طلاقها و شراء العبد و عتقه قال فى كره لو و كله فى شراء عبد و عتقه او فى تزويج امرأته و طلاقها و فى استدانه دين و قضائه صحّ ذلك كله و أيضاً يجوزون التوكيل فى التطبيق الثلث مع الرجعتين بينهما و يلزم ان لا يجوز التوكيل فى اشتراء ضيعه و اخراج الزكاه او التصدق من غلته و ان لا يجوز التوكيل فى اشتراء طعام و اطعامه و يعضد ما ذكره اولاً قول مجمع الفائده بعد الاشاره الى ذلك و لكن هنا اشكال لان الظاهر انهم يجوزون التوكيل فى الطلاق للموكل فى طهر المواقعه و فى الحيض أيضاً و أيضاً يجوزون التوكيل فى تزويج امرأه و طلاقها و كذا فى شراء عبد و عتقه من غير نزاع و أيضاً يجوزون التطبيق الثلث مع الرجعتين بينهما و ثانياً قول مجمع الفائده أيضاً و معلوم جواز عقد القراض و هو مستلزم للبيوع المتعدده الوارده على المال مرّه بعد اخرى و ليس بموجود حال العقد و ثالثاً قول مجمع الفائده أيضاً و بالجمله لا شكّ فى جواز التوكيل فى امر لا يكون الفعل للموكل فعله بل بعد فعل اخر كما مثلناه و قد يجاب عن الوجه المذكور بما تبّه عليه فى الرياض قائلًا بعد الاشاره الى ما ذكره فى الكفايه و فيه نظر لاحتمال الفرق بين ما وقع التوكيل عنه مستقلاً كالأمثله التى منعوا عن الصّحه فيها و ما وقع التوكيل فيه تبعاً لما يجوز التوكيل فيه اتفاقاً كالأمثله التى اوردوها فيبطل فى الاول و يصحّ فى الثانى و يشير اليه جمعه فى كره بين الأمرين مردفاً كل منهما بحكمه و لو ما ذكرناه لكان تناقضاً هذا و نظيره فى الشّرع كثير كالوقوف فأنه لا يجوز على من سيوجد اصاله و يجوز عليه تبعاً اتفاقاً و قد يناقش فيما ذكره بان الفرق المذكور و ان كان موافقاً للتذكرة و لكن ينافيه اطلاق قول الارشاد و عد و التحرير يشترط فيه ان يكون مملوكاً للموكل ألّا ان يقيد بما ذكر من الامثله فيها فت و منها خلو النصوص و كلمات معظم الاصحاب عن الاشاره الى الشّروط المذكور مع توفر الدواعى و قد تبّه على هذا الوجه فى مجمع الفائده بقوله و يدلّ على عدم الاشتراط حال التوكيل الاصل و جواز مثله مع عدم الدليل و عدم التّصريح فى اكثر الكتب بان المراد الاشتراط وقت التوكيل لا وقت الفعل و منها ان الظاهر من سيره المسلمين عدم اعتبار الشرط المذكور كما لا يخفى و منها انّ الشرط المذكور مستلزم للحرج العظيم و هو منفى بالادله الاربعه فت و منها ما تبّه عليه فى مجمع الفائده قائلًا و بالجمله لا شكّ فى جواز التوكيل فى امر

لا يكون بالفعل للموكل فعله بل بعد فعل اخر كما مثلناه و جمع ذلك مع قولهم بهذا الشرط مشكل و أيضا يلزم ان يكون الاذن فى المال لم يكن مالكا له لا يصح فيشكل الاكل و التصرف فيما يجوز لو كيله و غيره مثل ان يجوز له التصدق و اخراج الزكاه و غير ذلك مما يدخل فى ملكه بعد ذلك بنحو ما و كذا فيمن اباح ماله و ما يملك لشخص و فى مثل ان يقول شخص انه كلما جئت ماء من النهر اشرب و توضحا و كلما رايت من اموالى فيلزم عدم الصحه الا فى الموجود و ذلك بعيد جدا و جواز القراض و نحوه صريح فى منعه فهذا الشرط غير محقق و محرر اعتباره لى سواء قلنا وقت التوكيل فقط او مستمرا الى وقت الفعل و كذا الاذن فى مال ليس بمالك الا لا يصح و

## ينبغى التنبيه على امور

### الاول صرح فى كرهه بانه لو وكله فى شراء عبد و عتقه

او فى تزويج امره و طلاقها و فى استدانه دين و قضائه صح ذلك كله لانه ذلك مملوك للموكل و هو جيد كما يظهر من الكفايه و الرياض و نبه عليه فى مجمع الفائده قائلًا- و الفرق بين وقوع الشىء اصاله و تابعا كثير لانه التابع واقع مكمل بعد الحكم بصحة الوكاله و استكمال اركانها و قد وقع الايماء الى ذلك فى كرهه فكان الخلاف الذى سبق فيما اذا خصص بيع ما سيملكه مثلا- بالتوكيل و امّا اذا جعله تابعا لأمواله الموجوده فى الحال فيجوز هذا كما انه لو قال وقفت على من سيولد من اولادى لا يجوز و لو قال على اولادى جاز و انت تعلم ان كرهه و المحقق مشعر بعدم دليل لهم على ذلك بل عدم الجزم عندهم عليه فانه مجرد الإمكان و الاحتمال على ان الفرق غير واضح اذ جعل الغير الحاضر تابعا للحاضر و فرعا له مع انه قد يكون الحاضر قليلا جدا لاحتمال التفصي عن الاشكال و الكلام انما يكون المقصود هو غير الحاضر الى من غير دليل واضح بعيد

### الثانى اذا كان متعلق الوكاله مقدور للموكل و الوكيل

فى جميع الأحوال و من جملتها حال صدور التوكيل و غير منهي عنه شرعا بالنسبه اليهما فى جميع الاحوال كك فلا اشكال فى صحه التوكيل

### الثالث اذا كان متعلق الوكاله غير مقدور للموكل و لا للوكيل

فى جميع الأحوال عقلا و لا شرعا و لا اشكال فى فساد الوكاله ح و لا فرق فيه بين ان يكون مقدورا لغيرهما اولا و قد نبه على ما ذكر فى الكفايه و الرياض قائلين يشترط ان يكون مملوكا للموكل بمعنى كون مباشرته ممكنه بحسب العقل و الشرع فلا يجوز فى الامور المستحيله عقلا و لا فى الامور الممنوعه شرعا فلا يجوز فى المعاصى كالغصب و السرقة و القتل

### الرابع اذا كان متعلق الوكاله مقدورا بالنسبه الى الوكيل

فى جميع الحالات دون الموكل فلا اشكال فى فساد الوكاله ح

### الخامس ان كان متعلق الوكاله مقدور بالنسبه الى الموكل فى جميع الحالات

دون الوكيل فينبغي الحكم بصحة هذه الوكالة لو لا المانع الشرعي

### منهل قد ذكروا امورا يصح فيها التوكيل والنيابة ولا يشترط فيها المباشرة منها البيع

وقد صرح بصحة الامرين فيه في بيع و د و عد و التحرير و كره و التنقيح و جامع المقاصد و ضه و مجمع الفائدة و الرياض و هو جيد و لهم وجوه منها عدم الخلاف في ذلك كما صرح به في جامع المقاصد قائلًا لا خلاف في جواز التوكيل في البيع ايجابًا و قبولًا و في جميع انواعه كالسلم و الصيرف و المرابحة و غيرها و في توابعه في القبض و الإقباض و الفسخ بالخيار بانواعه و منها عمل المسلمين و سيرتهم قديما و حديثًا و منها العمومات المقتضية لصحة الوكالة مط و منها ما اشار اليه في كره و جامع المقاصد قائلين و السير فيه ان الشخص قد يترفع عن التردد في الاسواق و قد لا يحسن التجاره او لا يتفرغ لاشتغاله بغيره من امور الدين او الدنيا و قد يكون مأمورا بالتحذير كالمراه فاجاز الشارع التوكيل فيه دفعا للحاجه و توسيعا على الآخر و توفيرًا لزمانه على العبادات التي هي السبب الاصلى في خلقه و منها ما اشار في جامع المقاصد قائلًا و قد سبق توكيل النبي ص عروه البارقي في شراء شاه و لا يختص ذلك عقد البيع بالإيجاب بل يعمه و القبول فيصح الامران في البيع ايجابًا و قبولًا كما صرح به في كره و التحرير و جامع المقاصد بل هو مجمع عليه و لا يختص ذلك أيضا بنوع خاص منه بل يعم جميع انواعه من السلم و الصرف و التولية و المرابحة و المواضيع و بيع الثمار و الحيوان و غير ذلك بل يعم توابعه من الفسخ بالخيار بانواعه و القبض و الاقباض و اسقاط الخيار و نحو ذلك و قد صرح بذلك في كره و التحرير و جامع المقاصد و قد صرح فيه و في الاول و عد بان جميع الفسوخ يصح فيه الامران و هو جيد فيما اذا لم يستلزم التوكيل فوت الفوريه التي هي شرط في الفسخ كما اشار اليه في كره و يندرج في الفسوخ الاقاله و لو كان وكيلا في

ص: ٤٣٤

عقد البيع ايجابًا او قبولًا او معا فهل يشترط معرفته بالثمن و المثلثن و تعينهما عنده او يكفي تعينهما عند الموكل و المالك فلو قال بعتك الدار مثلا بالثمن العهود بينك و بين موكلى او بالثمن المعهود بين موكلك و موكلى صح فلا يقدر جهاله الوكيل بالثمن او المثلثن مع تعينهما عند الموكل نعم يشترط عدم جهاله الوكيل بهما حيث لا يعينهما الموكل و منها الصلح و قد صرح بصحة الامرين فيه في بيع و عد و التحرير و كره و جامع المقاصد بل هو مجمع عليه فهو المعتمد و صرح في جامع المقاصد بأنه يصح التوكيل في قبض العوض في الصلح و هو جيد و منها الحواله و قد صرح بصحة الامرين فيها في بيع و عد و كره و جامع المقاصد و لا اشكال فيها قال في جامع المقاصد فانها اعتياض و استيفاء و صرح فيه بأنه لا فرق في ذلك في الايجاب و القبول و منها الضمان و قد صرح بصحة الامرين فيه في بيع و عد و التحرير و كره و جامع المقاصد و لا اشكال فيه أيضا و منها الشركه و قد صرح بصحة الامرين فيها في بيع و عد و التحرير و كره و لا اشكال فيها أيضا و منها العاريه و قد صرح بصحة الامرين فيها في بيع و عد و التحرير و كره و جامع المقاصد و لا اشكال فيها و يتحقق التوكيل فيها بالتوكيل في عقدها كما صرح به في كره و جامع المقاصد و لا فرق في الايجاب و القبول هنا و كذا يتحقق في تسليم المستعار و تسلمه و كذا في استيفاء المنافع على وجه يعود الى الموكل كما صرح به في جامع المقاصد اما لو لم يكن كك كما لو و كله في لبس الثوب المستعار فلا كما صرح به في كره قائلًا يصح التوكيل في العاريه لأنها هبه المنافع في عقدها و فعلها الا في مثل اعاده الثوب ليلبسه او الدابه ليركبها بنفسه و شبه ذلك و منها الاخذ بالشفعه و قد صرح بصحة الامرين فيه في بيع و عد و التحرير و جامع المقاصد و هو جيد و منها الإبراء و

قد صرّح بصحّته الأمرين فيه في بيع و عد و كره و التحرير و جامع المقاصد و هو جيّد و صرّح في التحرير بأنّه لا يشترط علم الوكيل بالقدر المبرأ عنه و لا من عليه الدّين و هو جيّد و هل يشترط علم الموكل او لا صرح في التحرير بأنّ فيه نظر و الاقرب عندى عدم الاشتراط و منها عقد الوديعه و قد صرّح بصحّته الأمرين فيها في بيع و التحرير و كره و جامع المقاصد و هو جيّد و يجوز التوكيل في قبضها باذن المالك كما صرّح به في الأخير و قد صرّح بصحّته الأمرين فيه في بيع و عد و التحرير و كره و هو جيد و منها عقد القراض و قد صرّح بصحّته الأمرين فيه في بيع و التحرير و كره و جامع المقاصد و هو جيّد و صرّح في كره و جامع المقاصد بأنّه يجوز التوكيل في فعله ان اذن له المالك و الّا فلا و هو جيّد أيضا و منها عقد المزارعه و المساقاه و قد صرّح بصحّته الأمرين فيه في عد و التحرير و كره و جامع المقاصد و هو جيّد و أطلق فيما عدا الأخير جوازهما في عد و التحرير و كره و هو جيّد و العمل أيضا و لا باس به مع اذن المالك و منها عقد الجعالة و قد صرّح بصحّته الأمرين فيه في عد و التحرير و كره و جامع المقاصد و هو جيّد و صرّح في الأخيرين بجوازهما في الفعل المتعلق بالجعالة و منها عقد السّيّق و الرمي و قد صرّح بصحّته التوكيل فيه في بيع و عد و التحرير و كره و هو جيّد و تبه على وجهه في كره بقوله لأنّه أّما اجاره او جعالة و كلاهما يدخل النيباه و منها عقد الرهن و قبض المرهون و قد صرّح بصحّته الأمرين في التحرير و عد و كره و جامع المقاصد و هو جيّد و منها عقد الإجاره و قد صرّح بصحّته الأمرين فيه في التحرير و كره و جامع المقاصد و هو جيّد و صرّح في الأخير بأنّه يصح في الفعل الذي هو متعلّقها و منها الهبه و قد صرّح بصحّته الأمرين فيها في التحرير و كره و جامع المقاصد و هو جيّد و منها عقد الكفاله و قد صرّح بصحّته الأمرين فيه في كره و هو جيّد و ظاهره جوازهما في اصل العمل و هو جيّد حيث

لم يكن مقتضى العقد مباشره الكفيل بنفسه و منها القرض عقدا و تسليما و قد صرّح بصحّته الأمرين في ذلك في كره و هو جيّد و تبه على وجهه فيها بقوله لان ذلك كله في معنى البيع و منها الوقف و قد صرّح بصحّته الأمرين فيه في التحرير و كره و جامع المقاصد و هو جيّد و الحق في الأخيرين به الحبس و العمرى و الرقبى و هو جيد و حكى في الأخير عن بعض المخالفين المنع قائلًا- و منع بعض الشافعيّيه من التوكيل فيه لكونه قربه ضعيف فان القربه لا ينافى النيباه و منها الوصيّه ايجابا و قبولا و قد صرّح بصحّته الأمرين فيهما في كره و جيّد و صرّح أيضا بصحّتهما في متعلّقها و هو جيّد و حكى فيها عن بعض المخالفين المنع قائلًا و لبعض الشافعيّيه قول في منعها لأنّها قربه و فيه ان القربه لا تنافى الوكاله و النيباه كالحج و الصّلاه و الطّواف و منها عقد النّكاح و قد صرّح بصحّته الأمرين فيه في بيع و عد و د و التحرير و كره و ضه و جامع المقاصد و مجمع الفائده و الرياض و لا اشكال فيه و تبه على وجهه في كره قائلًا- لان التّبّيّ ص و كل عمر بن اميه و ابا رافع في النّكاح له و لأنّ الحاجه قد تدعو الى ذلك فانه ربما احتاج الى الترويج من مكان بعيد لا يمكنه السفر اليه فانّ التّبّيّ ص تزوّج أمّ حبيبه و هي يومئذ بارض الحبشه و لا فرق في ذلك بين الدّوام و الانقطاع و التحليل و بالجملة كلّ عقد يحلّ به الوطاء بل جميع العقود يصحّ فيها الامران و قد صرّح بجميع ذلك في عد و كره و التنقيح و جامع المقاصد و مجمع الفائده و الرياض و قد نفى فيه الخلاف عنه و لا فرق في العقود بين اللازمه و الجائزه كما صرح به في التنقيح فيصحّ الامران في عقد الجزيه كما صرّح به في التحرير و كره و كذا في عقد الذمه كما صرّح به في الأخير و جامع المقاصد و صرّح فيهما بصحّتهما في قبض الجزيه و المطالبه بها و هو جيّد و صرّح في اولهما بصحّتهما في اقباضها و استشكله في ثانيهما قائلًا- و لا- يشكل على بعض التعبيرات و صرح في جامع المقاصد بصحّته الأمرين في اختيار الزوجات لمن اسلم من اربع و صرح بصحّتهما في كره في تعيين المهر و في قبضه و في دفع النفقه و في قبضها و هو جيّد و منها الطّلاق و قد صرّح بصحّته الأمرين فيه في بيع و د و التحرير و كره و اللّمعه و جامع المقاصد و ضه و مجمع الفائده و كذا صرّح بها في الرياض قائلًا كالرّوضه فان غرضه منه رفع الزوجيّه كك و لا اشكال فيما ذكره و صرّح في بيع و عد و التحرير و كره



بصحة الامرين في الخلع و هو جيد و بالجمله جميع اقسام الطلاق يصح الأمران فيها و يصحان أيضا في الرجعه كما صرح به في التحرير و كره و منها العتق و قد صرح بصحة الامرين فيه في بيع و عد و التحرير و كره و اللّمعه و جامع المقاصد و لك و ضه و الرياض و لا اشكال فيه و نبه على وجهه في ضه و الرياض بقولهما فان غرض الشارع منه فكّ الرقبه سواء احدثه المالك أم غيره و الحق به في بيع و كره و التحرير و عد و جامع المقاصد التّديبير و الكتابه و هو جيد و صرح في ضه و الرياض بأنّ جميع الايقاعات ما يصحّ الامران فيها و ادعى في الأخير نفى الخلاف فيه و لكن في التنقيح

ص: ٤٣٥

يصح التوكيل في الايقاعات ألا الظهار و الإيلاء و اللعان و التّذر و العهد و اليمين و في مجمع الفائده يصحّ التوكيل في بعض الايقاعات و منها قبض الديات و قد صرح بصحة الامرين فيه في كره و التحرير و جامع المقاصد و لا اشكال فيه و منها حجر الحاكم و قد صرح بصحة الامرين فيه في كره و التحرير و جامع المقاصد و زاد فيه فحكم بصحة الامرين مطالبه الغرماء من الحاكم للحجر و جميع ما ذكره جريد و صرح في كره بأنّه لا- يصحّ ان يستتبع المحجور عليه من يحكم عليه و في كره بأنّ التفليس لا يتصور فيه الوكاله و هو جيد و منها اداء الزكاه و اخراجها و ايصالها الى المستحق و قد صرح بصحة الامرين في ذلك في بيع و عد و التحرير و كره و جامع المقاصد و لك و مجمع الفائده و الكفايه و الرياض و كك يجوز توكيل الفقير من قبض الزكاه له كما صرح به في التحرير و كره و جامع المقاصد و يلحق بالزكاه ساير الصّدقات الواجبه و المندوبه فيجوز التوكيل في ايصالها الى المستحق و في قبضها ممن يخرجها كما صرح به في بيع و عد و كره و جامع المقاصد و يلحق به الخمس فيجوز التوكيل في اخراجه كما صرح به في كره و جامع المقاصد و مجمع الفائده و صرح في جامع المقاصد بأنّه يجوز توكيل الفقيه في زمان الغيبه في صرف حصّه الامام ع الى مستحقّها قائلًا فانّ ذلك فعل قابل للنياه و ما ذكره جريد ثم صرح بأنّه ينبغي تعيين الحاكم المستحقّين احتياطا لكونه مال غائب و ظ هذه العبارة عدم وجوب ذلك و هو جيد و منها القسمه و قد صرح بصحة الامرين فيها و التحرير و هو جيد فيصحّ التوكيل في قسمه الفىء و الغنيمه كما صرح به في كره و جامع المقاصد و منها المطالبه بالحقوق و قد صرح بصحة الامرين فيها في التحرير و د و هو جيد و لا فرق في الحقوق بين المائيه و غيرها فيصحّ التوكيل في استيفاء القصاص كما صرح به في بيع و عد و التحرير و جامع المقاصد و كذا صرح به في كره قائلًا- لأنه حق لآدمي فجاز التوكيل في اثباته كسائر الحقوق و صرح في جامع المقاصد بانه لا فرق في ذلك بين ان يكون في النفس او في الطرف و هو جيد و منها القضاء و الحكم بين الناس و قد صرح بصحة الامرين في ذلك في كره و التحرير و جامع المقاصد و لك و هو جيد و أنّما يصحان من الامام ع و نائبه الخاصّ اذا كان مأذونا فيهما و لا يصحان من الفقيه و المجتهد كما صرح به في لك قائلًا يصحّ توليه الامام ع غيره في القضاء و كذا توليه منصوبه الخاصّ لغيره مع الاذن له في ذلك و تسميه هذا النوع و كاله مجاز و استنابته من هذا لكونه عباده من اكمل العبادات و ما تقدم في الطّهاره آت هنا و أنّما قيدنا توليه القضاء بالإمام ع و نائبه الخاص لعدم امكان توليه منصوبه العام و هو الفقيه في زمان الغيبه لغيره فيه لأنّ غيره ان كان جامعًا لشرائط الفتوى كان مساويًا للأول في كونه نائبًا للإمام ع و أنّما لم يتصور كونه قاضيًا لما اتفق عليه الاصحاب من اشتراط جمع القاضى لشرائط الفتوى نعم يمكن الاستنابه في الحلف بعد توجّه اليمين عنده و منها ازاله النجاسه عن الثوب و البدن و تطهيرهما عنها و قد صرح بجواز التوكيل فيهما في كره و التحرير و جامع المقاصد و لك و هو المعتمد و لهم اولًا- ظهور الاتفاق على ذلك و يعضده استمرار سيره المسلمين في جميع الاعصار و الامصار على ذلك مضافا الى أنّ المعلوم من عاده المعصومين ع ذلك و أنّ لنقل عن احد منهم ع

الالتزام فى ازاله النجاسه بالمباشره و هو بط قطعاً و ثانيا ما تبه عليه فى لك بقوله و اما تطهير الثوب و البدن و غيرهما ممّا يجب تطهيره فانه يجوز الاستنايه فيه لكن كما يمكن جعل هذا النوع عباده ككك يمكن اخراجه اذ التيه ليست شرطاً فى صحته فان الغرض منه هو اهراق النجاسه و زوالها كيف اتفق و ان توقّف حصول الثواب على فعله و التحاقه بالعبادات على التيه و قد تبه على ما ذكره فى جامع المقاصد بقوله يجوز الاستنايه فى التطهير من النجاسات مع قدره لحصول الغرض بذلك و هو اىصال الماء الى المحل النجس و ثالثاً انه لو لم يجر الاستنايه و التوكيل هنا للزم الحرج العظيم

المنفى بالادله الاربعه و رابعاً العمومات الداله على صحه التوكيل مط و لا فرق فى جواز التوكيل هنا بين ان يكون الموكل قادراً على مباشره ازاله النجاسه او لا- كما تبه عليه فى كره و جامع المقاصد و يلحق بالثوب و البدن غيرهما ممّا يجب تطهيره كما صرح به فى لك و بالجملة يجوز التوكيل فى التطهير من النجاسه مط كما هو مقتضى اطلاق جامع المقاصد و لو ازال النجاسه من لم يؤذن بها فان علم بانه ازالها على الوجه المعبر شرعاً فلا- اشكال فى جواز الاعتماد على ما فعله و ان شكك فى جواز الاعتماد على فعله اشكال من الأصل و من ان الاصل فى فعل المسلم الصّحه فلا ينبغى ترك الاحتياط و منها ما تبه عليه فى يع و فع و كره و عد و صره و د و التحرير و اللّمعه و التنقيح و جامع المقاصد و لك و ضه و مجمع الفائده و الكفايه و الرياض قائلين ما يصحّ فيه الوكاله هو كلّ فعل لا يتعلّق غرض الشارع بصدوره من مباشر معين و زاد فى يع و عد و د و ير و كره و اللّمعه و جامع المقاصد و ضه و مجمع الفائده و الكفايه و الرياض قائلين ما لا يصحّ فيه الوكاله كل ما يتعلّق غرض الشارع بصدوره من مباشر معين و لا اشكال فيما ذكر و لا من الضّابط و أنّما الأشكال فى طريق معرفه غرض الشارع و التحقيق أنّ الطّريق هو النقل اقتضاء الاصل احد الأمرين لا ينفع بنفسه و قد تبه على ما ذكرناه فى لك بقوله المرجع فى معرفه غرض الشارع فى ذلك الى النقل اذ ليس له قاعده كليه لا- تنجزم و ان كانت بحسب التقريب منحصره فيما ذكر و تبه على ما ذكره هنا أيضاً فى ضه بقوله مرجع معرفه غرضه فى ذلك و عدمه الى التّقل و لا قاعده له لا تنجزم و يعضد ما ذكره اولاً قول جامع المقاصد بعد الإشاره الى ما ذكره فهذا هو الضّابط و ان كان هذا الحكم لا يعلم الا بالتّبع و ثانياً قول مجمع الفائده بعد ذلك أيضاً و انما الخفاء فى مرجع معرفه غرضه فى ذلك فقيل هو النقل و هو كك اذ لا قاعده له لا تنجزم

### منهل يصح التوكيل فى الدعوى و المرافعه و اثبات الحقوق و الحجج و إيضاها عند الحاكم

#### اشاره

كإحضار الشاهدين و استشهادهما كما صرح به فى يع و عد و التحرير و كره و جامع المقاصد و الكفايه و لهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه و منها انه تبه فى كره على دعوى الإجماع عليه بقوله الوكاله جائزه فى كلّ ما يصحّ دخول الثيابه فيه من البيع و الشراء و المحاكمه و مطالبه الحقوق ممّن هى عليه و اثباتها عند علمائنا اجمع مع حضور الموكل و غيبته و صحته و لأنّ

ص: ٤٣٦

الصّحابه اجمعوا عليه فان العامه رووا أنّ عليّاً و كل عقيلاً قال ما قضى له فلى و ما قضى عليه فعلى و و كلّ عبد الرحمن بن جعفر و اشتهر ذلك بين الصحابه و لم ينكره احد فكان اجماعاً و منها ما تبه عليه فى كره بقوله لان الخصومه يصحّ فيها الثيابه فكان له الاستنايه فيها من غير رضاه الخصم لدفع المال الذى عليه اذا كان غائباً او مريضاً و منها ما تبه عليه فى كره أيضاً بقوله و

لان الخصومه حق يجوز فيها النيابة و كان لصاحبه الاستنايه بغير رضاء خصمه كمحاكمه غيبته و مرضه و منها ما تبّه عليه في كره أيضا بقوله و لان الحاجه قد تدعو الى التوكيل فانه قد لا يحسن الخصومه او يترفع عنها فانه يكره للإنسان ان يباشر الخصومه و منها ما تبّه عليه في كره أيضا بقوله يصحّ التوكيل في الدّعوى لأنّ ذلك مطالبه بحق غيره فهو كاستيفاء المال و منها ما تبّه عليه في كره أيضا بقوله و من طريق الخاصّه قول الصادق (ع) من وكل رجلا على امضاء امر من الأمور فالوكاله ثابتة حتّى يعلمه بالخروج منها كما اعلمه بالدخول فيها و هو من الفاظ العموم و منها ساير العمومات الداله على صحه الوكاله مط نحو قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و قولهم ع في عدّه اخبار معتبره المؤمنون عند شروطهم و

## ينبغي التنبيه على امور

### الأول لا يفتقر في التوكيل في الدعوى على الغير الى علم الوكيل

بكون المدعى به حقا كما صرح به في جامع المقاصد قائلا لأنه نائب مناب الموكل في اثباتها فكأنه حاك لقوله

### الثاني لا فرق في التوكيل المفروض بين ان يكون الموكل غائبا او حاضرا

و لا بين ان يكون صحيحا او مريضا كما صرح به في كره

### الثالث لا فرق في التوكيل في الحقوق بين ان يكون ماله او غيرها

كالتحجير و الاختصاص بالاولويّه في المدرسه و المسجد و نحو ذلك كما صرح به في جامع المقاصد

### منهل يجوز التوكيل في استيفاء الحدود و اقامتها بعد ثبوتها

## اشاره

كما صرح به في يع و عد و التحرير و كره و لك و لهم اولا ظهور الاتفاق عليه و ثانيا انه تبّه في كره على دعوى الاجماع على جواز التوكيل هنا قائلا و اما عقوبات الأدميين فيجوز التوكيل في استيفائها في حضور المستحق اجماعا و اما في غيبته فانه يجوز ذلك أيضا عندنا للأصل و ثالثا العمومات المتقدم اليها الاشاره و رابعا لزوم الحرج العظيم في المباشرة و هو منفي بالادلّه الأربعة و خامسا ان المباشرة ربّما لا تكون لايقه بمنصب النبوه و لا منصب الخلفه و لا بمنصب الحكومه و لذا استمرّ سيره الامراء و الحكام و السّلاطين على امر خدامهم و عبيدهم بمباشرة التنكيلات و العقوبات و السّياسات اللّازمه في الرئاسات و ليس ذلك منهم الا لترفعهم عن المباشرة و استحقاقهم اياها و بالجملة اللّائق بمنصب الرئاسه و السّياسه تفويض الحدود و التّاديبات الى الغير و تبّه على هذا الوجه في كره بقوله و لأنّ الحاجه تدعو الى ذلك فان الامام ع لا يمكنه ان يتولى ذلك بنفسه و سادسا ما تبّه عليه في كره بقوله و اما حدود الله تعالى كحد الزّاني و السّيرقه يجوز التوكيل فيها لاستيفائها فانّ التّبّي ص امر برجم ماعز فرجم و وكل امير المؤمنين ع عبد الله بن جعفر ع في اقامه حدّ الشّرب على الوليد بن عقبه فاقامه و

## ينبغي التنبيه على امور

## الأول لا فرق في الحدود بين حدود الله كحد الزنا و حدود الآدميين

كحد القذف كما صرح به في لك و هو ظ اطلاق يع و عد و تح

## الثاني لا فرق في ذلك أيضا بين حضور المستحق و غيبته

كما صرح به في عد و لك و هو ظ يع و التحرير بل الظاهر أنه لا خلاف فيه بيننا نعم تبه في لك على خلاف لبعض العامه هنا قائلا- و تبه بقوله مط على خلاف بعض العامه المانع في التوكيل في استيفاء حدود الآدمي في غيبه المستحق لأنه لا يتيقن بقاء الاستحقاق لجواز العفو و لأنه ربما رق قلبه بحضوره فيعفو و يضعف بان الأصل البقاء و الاحتمال لا- اثر له مع حضوره و لا ينهض مانعا لأن الفرض استحقاقه الان و مطالبته به نيابه

## الثالث لا فرق في الموكل لاستيفاء الحد بين ان يكون الامام ع او الفقيه

الجامع لشرائط الفتوى او غيرهما ممن يصلح لإقامه الحد

## الرابع هل يشترط في صحه قبول الوكاله هنا علم الوكيل باستحقاق المحدود للحد شرعا او لا

لم اجد احدا تعرض لما ذكر و لكن الثاني اوجه اذا كان الموكل الامام

## الخامس هل يجب قبول الوكاله من الحاكم في ذلك او لا

المعتمد هو الثاني

## السادس هل يجوز للحاكم ان يوكل غيره في اقامه الحد

على وجه الإطلاع و يقول له متى علمت بتحقق موجب الحد فانت و كيل في اقامته او لا- يجوز له التوكيل في ذلك أما بعد الثبوت عنده فيه اشكال

## السابع هل التعزير كالحد هنا او لا

الأقرب الاول

## منهل يجوز التوكيل في اثبات حدود الآدميين كحد القذف

كما صرح به في يع و عد و كره و جامع المقاصد و لهم اولا ظهور الاتفاق عليه و ثانيا أنه تبه في كره على دعوى الإجماع على ذلك قائلا يجوز التوكيل هنا في اثبات حد القذف و القصاص عند الحاكم و اقامه البيئه عليه عند عامه الفقهاء و ثالثا ما احتج به في كره و جامع المقاصد قائلين لأنه حق آدمي فجاز التوكيل في اثباته كسائر الحقوق و رابعا العمومات المتقدم اليها الإشاره و

هل يجوز التوكيل فى اثبات حدود الله تعالى كحدِّ الزَّنا و اللّواط او لا فيه قولان احدهما أنّه لا يجوز و هو لصريح عد و التحرير و المحكّي فى لف و التنقيح عن الشّيخ و ابن ادريس و فى لك عن كره و لهم بعد الأصل ما تبه عليه فى لك بقوله و وجه المنع فى حدود الله سبحانه أنّها مبنيّة على التّخفيف و لأمره ع بادرائها بالشّبهات و التوكيل يوصل الى اثباتها و ثانيهما أنّه يجوز و قد صار اليه فى كره و لك و احتج عليه فيه بوجوه قائلًا و الأقوى جوازه لان جواز الاستنايه فى الاحكام على العموم يدخل الحدود فمع التّخصيص اولى و قد روى أنّ النّبى ص و كل انيسا فى اثبات الحدود و استيفائه جميعا و قال ص فان اعترفت فارجمها و هذا يدلّ على أنّه لم يكن فله ثبت و الأمر بادرائها بالشّبهات لا ينافى جواز التوكيل لأنّ للتوكيل ان يدرأها بالشّبهه و قد احتج على الجواز فى كره بعين ما احتج به عليه فى لك من الوجيهين المتقدّمين و يعضدهما العمومات المتقدم اليها الاشاره فاذن الاقرب هو القول الثانى فيجوز للإمام ع و الحاكم التوكيل فى اثبات حدود الله و أمّا غيرهما ففيه اشكال و قد تبه على ما ذكر فى جامع المقاصد بقوله اعلم ان منع المصنف هنا من التوكيل فى اثبات حدود الله تعالى ان اراد به توكيل الامام ع فغير واضح و الأصحّ خلافه كما فى كره و ان اراد به توكيل واحد من المكلفين غيره فى اثباته فله معنى صحيح فان ذلك الغير ان علم بالحال فاثباته حق له بالاصاله حسبته لاستواء المكلفين فى ذلك و ان لم يعلم فحدّ الله تعالى اوسع من ان يتولّى الدعوى به و اثباته من لا يعلم كونه حقًا و جوز فى كره التوكيل فى الدعوى بحدود الله تعالى و فيه ما علمته

### منهل لا يجوز الاستنايه و التوكيل فى امور

منها الوضوء و الغسل و التيمّم حيث يقدر المكلف على الاتيان بها على الوجه المأمور به و على الإتيان بالغسل و المسح بنفسه كما صرح به فى يع و عد و التحرير و كره و اللّمعه و جامع المقاصد و ضه و الرياض و هو ظ شاد و لك بل الظاهر أنّه ممّا لا خلاف فيه بين الاصحاب و لهم وجوه الأول ظهور الأمر بها فى لزوم المباشره و لا

ص: ٤٣٧

يعارضه عموم ادّله الوكاله لان ارتكاب التّخصيص فيها اولى من ارتكاب التجوّز فى ظ الامر و لو سلم تساوى الامرين عند التعارض فينبغى التوقف فى الترجيح فيبقى اصاله عدم صحّح النيباه و الوكاله ح سليمه عن المعارض الثانى أنّه لو جاز الامر ان هنا لاشتهر بل و تواتر لتوفر الدواعى عليه و التالى بط فالمقدم مثله الثالث أنّ الغالب فى العبادات عدم صحّح الامرين فينبغى الحاق محل البحث الذى هو من جملتها به عملا بالاستقراء الرابع ما تمسك به فى كره قائلًا لا يصحّح النيباه فى الطّهاره مع قدره و لا يصحّح التوكيل فيها لأنّ غرض الشارع تعلق بايقاعها من المكلف بها مباشره و هى عباده محضه لا- تتعلّق بالمال الخامس ما تمسك به فيها أيضا قائلًا و لان محلّها متعيّن فلا ينوب غيره مقامه و لا فرق فى ذلك بين الواجب منها مط و لو بنذر و شبهه و المندوب كك و لو لم يكن رافعا للحدث و لا مبيحا للصلاه و كك لا فرق بين ما يقصد به اباحه صلاه الاستيجار عن الميّت او الحى او غيرها فالوضوء و الغسل لصلاه الاستيجار ليسا كصلاته و كك لا فرق بين الحى و الميّت فى ذلك كل ذلك مقتضى اطلاق كلام الاصحاب و اذا تعدّر الاتيان بالغسل او الوضوء على الوجه المعهود و المعتبر شرعا لم يجز الاستنايه ح أيضا بل يجب أمّا التيمّم او الجبيره او الاقتصار على بعض الاجزاء و قد تقدم الإشاره الى مواضعها نعم اذا لم يتمكن فى الوضوء من مباشره الغسل لعذر جاز الاستنايه فيه كما صرح به فى يع و عد و التحرير و كره و جامع المقاصد و ضه و لك و قد تقدم اليه الاشاره و الحق به فى يع و عد و كره و ضه و لك الغسل فى الغسل و هو جيّد و الحق به فى جامع المقاصد و ضه و لك المسح

فى الوضوء و التيمم و هو أيضا جيد و مثل هذه الاستنابه لا يعد توكيلا حقيقيا كما صرح به فى جامع المقاصد و لك و ضه قائلين و مثل هذا لا يعد توكيلا حقيقيا و من ثمه يقع ممن لا يجوز توكيله كالمجنون بل استعانه على اىصال الطهر الى العضو كيف اتفق و لا- يجوز التوليه فى النيه كما صرح به فى جامع المقاصد و ضه و لك و منها الصلوات اليوميه اداء و قضاء حيث يكون المكلف بها حيا قادرا على الايتان بها كما صرح به فى الغنيه و يع و عد و التحرير و كره و اللمعه و جامع المقاصد و لك و ضه و مجمع الفائده و الكفايه و الرياض بل الظاهر انه متفق عليه و يدل عليه مضافا الى ما ذكر الوجوه المتقدمه الداله على عدم جواز الاستنابه فى الطهاره و لا فرق فى ذلك بين ما اذا تمكن من الايتان بجميع اجزائها و شروطها او لا فمن لم يقدر على القيام و لا- على القراءه و لا- على الطمانينه مثلا- لم يجز له الاستنابه مط بل يجب عليه مباشرتها بالكيفيه المطلوبه فى الاحوال المختلفه و الظاهر اتفاق الاصحاب عليه و يلحق بذلك صلاه الاحتياط و صلاه الاموات و صلاه الجمعه و صلاه العيدين و صلاه الاحتياط كما فى الكتب المذكوره بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه بين الاصحاب و الصلاه التى يوجبها على نفسه بالخصوص بنذر او عهد او يمين لا- يجوز فيها الاستنابه أيضا و يجوز الاستنابه فى قضاء الصلاه اليوميه و الآتيه عن الميت كما تقدم اليه الاشاره و قد اشار الى ذلك فى يع و عد و كره و اللمعه و جامع المقاصد و الرياض و ادعى عليه الإجماع فى كره قائل الصلاه الواجبه لا يصح فيها النيابة ما دام حيا فاذا مات جازت الاستنابه فيها عند علماءنا و اذا استناب الحى فى الحج الواجب حيث يجوز له الاستنابه فيه جاز له الاستنابه فى ركعتى الطواف كما صرح به فى جامع المقاصد و لك و ضه و قد صرحوا بجواز الاستنابه للحى فى صلاه الزياره التى استتيب فيها و صلاه الطواف المندوب سواء كان فى الحج المندوب الذى استتيب فيه او لم يكن فى الحج و كره يجوز الاستنابه فى ركعتى الطواف اجماعا و ما ذكره جيد و هل يجوز استنابه الحى القادر على الايتان بالنوافل فيها سواء كانت راتبه أم لا او لا يجوز ذلك صرح بالثانى فى جامع المقاصد و هو ظ اطلاق الغنيه و التحرير و د و مجمع الفائده و فى لك و فى اطلاق جماعه المنع من الاستنابه فى العبادات يشمله و صرح فيه

بان فى الجواز نظر و ربما يستفاد من تقييد يع و عد و كره و اللمعه و الرياض المنع من الاستنابه فى الصلاه الواجبه و الجواز فى المندوبه مط و فى ضه و فى مطلق النوافل وجه و القول الاول هو الاقرب للأصل و لان الاستنابه هنا لو كانت جائزه لاشتهرت نصا و عملا و فتوى لتوافر الدواعى عليه و التالى بط فالمقدم مثله و لان الاستنابه هنا لو كانت جائزه للزم الحكم بسقوط الأمر بالنوافل بعد الاستنابه لأن ذلك مقتضى الاستنابه كما لا يخفى و التالى بط لأصالة بقاء اطلاق الأمر فالمقدم مثله لا يق يعارضه عمومات منها عموم ادله صحه الوكاله و منها عموم ما دل على صحه الشروط حيث يشترط هذه الاستنابه فى ضمن عقد لازم و لا قائل بالفرق على الظاهر و منها عموم قوله تعالى <sup>ما</sup> عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ بِنَاء عَلَى اَنْ قبول الاستنابه هنا احسان و منها عموم ما دل على صحه الاستيجار على ذلك بناء على ان كل ما يصح الاستيجار عليه يصح الاستنابه فيه تبرعا لأننا نقول لا نسلم شمول العمومات المذكوره لمحل البحث سلّمنا و لكن التعارض بينها و بين اطلاق الأمر بالنوافل من قبيل تعارض العمومين من وجه و الترجيح مع الاطلاق المذكور سلّمنا و لكن لا أقل من التوقف فيبقى اصاله عدم صحه النيابة سليمه عن المعارض فت هذا و لو استتيب هنا باعتبار احتمال الصيحه و رجاء الثواب لم امنعه و هل يجوز الاستنابه فيها عن الميت او العاجز عن الايتان بها او لا اشكال و لكن احتمال الصيحه هنا قوى و منها الصوم الواجب ما دام المكلف به حيا كما فى الغنيه و كره و د و عد و التحرير و جامع المقاصد بل الظاهر اتفاق الاصحاب عليه و هل الصوم المندوب كك فلا يصح الاستنابه فيه او لا فيجوز الاستنابه فيه الاقرب الاخير كما هو ظ اطلاق ما عدا الأخير من الكتب المتقدمه بل صرح فى الاخير بان ظ اطلاق كلامهم انه لا فرق بين الواجب و المندوب و يصح الاستنابه فى قضاء صوم شهر رمضان الواجب بعد الموت تبرعا و استيجارا هل يصح فى جميع افراد

الصوم الواجبه عدا ما ذكر و جميع الأفراد المستحبّه بعد الموت او لا فيه اشكال و تبّه في جامع المقاصد على الاوّل قائلاً اما بعد الموت فيصحّ فعل الصوم عنه تبرّعا و بالاذن قربه و بعوض و مجانا و ان لم يكن وليا و منها الاعتكاف ما دام حيا كما صرح به في يع و عد و كره و جامع المقاصد بل الظاهر اتفاق الاصحاب عليه و احتج عليه في جامع المقاصد بانه مشروط بالصوم و لا يصحّ الاستنابه فيه و هل يجوز ذلك بعد الموت او لا لم اجد باحد الامرين مصرّحا و منها الحج الواجب مع حيوه المكلف و قدرته على الاتيان به كما صرح به في يع و عد و التحرير و كره و جامع المقاصد و لك بل الظاهر اتفاق الاصحاب عليه و لا اشكال في جواز الاستنابه في حجه الإسلام بعد الموت و كذا يجوز مع عجز المكلف عن الاتيان بها في الجملة و صرح بجوازها في الحجّ المندوب مط في جامع المقاصد و لك و هو جيّد و صرح بجوازها في ذبح الضّحايا كما صرح به في التحرير و كذا صرح به في كره قائلاً- لأنّ النّبى ص اناب فيه و نحر عن على ع و هو غائب و عنه مائه ناقه ثلاثا عنه و ثلثها عن على ع و هل يجوز الاستنابه في جميع

ص: ٤٣٨

المستحبات ما دام حيا قادرا على الاتيان بها فيجوز الاستنابه ح في تلاوه القرآن و قراءه الأدعيه و نحو ذلك ممّا لا يكاد يحصى او لا الاقرب الاخير كما هو ظ د و ضه و لك و الرياض لما تقدم اليه الاشاره في عدم جواز النياه في النوافل و هل يجوز ذلك بعد الموت او العجز او لا فيه اشكال و لكن احتمال الجواز لا يخ عن قوه و ربما يظهر عدم الجواز من اطلاق قول ضه و الرياض قد علم تعلق غرض الشّارع بجملة من العبادات لان الغرض منها امثال المكلف ما امر به و انقياده و تذللّه بفعل المامور به و لا يحصل بدون المباشره و تبّه على ما ذكره في لك أيضا بقوله اما العبادات و المقصود منها فعل المكلف ما امر به و انقياده و تذللّه و لا- يفرق الامر في ذلك بين حالتى القدره و العجز غالبا فان العاجز عن الصّلاه الواجبه ليس له الاستنابه فيها بل يوقعها بنفسه على الحالات المقرره و يعضد ما ذكره قول مجمع الفائده و لا- تجوز النياه في العبادات و بالجملة الظاهر من الخطاب التكليف البدنى المباشره بنفسه حتى يعلم النياه بدليل ثم صرح في مقام اخر بان العبادات البدنيه مع العجز لا يجوز فيها التوكيل و منها الايمان و قد صرح بعدم جواز الاستنابه فيها في يع و عد و التحرير و كره و التنقيح و جامع المقاصد و الكفايه و الرياض بل الظاهر اتفاق الاصحاب عليه و تبّه على وجهه في كره بقوله لأنها عباده و لان الحكم في الايمان يتعلّق بتعظيم اسم الله تعالى فامتنت النياه فيه كالعبادات و منها القسمة بين الأزواج و قد صرح بعدم جواز النياه فيها في يع و الارشاد و كره و التحرير و عد و جامع المقاصد و لك و مجمع الفائده و الرياض و لهم اولا ان الظاهر اتفاق الاصحاب عليه و ثانيا ما تبّه عليه في يع و عد و كره و جامع المقاصد و لك بقولهم لأنه يتضمّن استمتعا و زاد في كره قائلاً لأنه يتعلّق ببدن الزوج و لا فرق في ذلك بين ان يكون الوكيل محرم الزوجه او لا كما صرح به في جامع المقاصد و لك بقولهم لأنه يتضمّن استمتعا و زاد في كره قائلاً لأنه يتعلّق ببدن الزوج و لا فرق في ذلك بين ان يكون الوكيل محرم الزوجه او لا كما صرح به في جامع المقاصد و لك بل الظاهر اتفاق الاصحاب عليه و في كره و جامع المقاصد لأنه زور و بهتان فلا يدخله النياه و زاد في الاخير قائلاً و لأنه في معنى اليمين و منها اللعان و قد صرح بعدم جواز النياه فيه في يع و عد و التحرير و كره و التنقيح و جامع المقاصد و الكفايه و الرياض بل الظاهر اتفاق الأصحاب عليه و في كره و جامع المقاصد لأنه يمين او شهاده و كلاهما لا يدخلهما النياه و منها الايلاء و قد صرح بعدم جواز النياه فيه في التحرير و كره و التنقيح و جامع المقاصد و مجمع الفائده بل الظاهر اتفاق الاصحاب عليه و في كره و جامع المقاصد لأنه يمين و منها النذر و العهد و قد صرح بعدم جواز النياه فيهما في عد و التحرير و كره و التنقيح و جامع

المقاصد و الكفايه و في يع و مجمع الفائده التصريح بعدم جوازها في الاول و الظاهر اتفاق الاصحاب على عدم جوازها في الامرين و منها قضاء العده و قد صرح بعدم جواز النيباه فيه في يع و عد و التحرير و كره و جامع المقاصد و الظاهر اتفاق الاصحاب عليه و في الاخيرين لأنها استبراء رحم و منها الرضاع و قد صرح بعدم جواز النيباه فيه في كره و التحرير و جامع المقاصد قائلين لأنه متعلق بالمرضعه و المرتضع لأنه يختص بانبات اللحم في المرتضع و اشتداد عظمه بلبن المرضعه و منها الاستيلاد و قد صرح بعدم جواز النيباه فيه بعض الأصحاب قائلًا- لا- يتصور الوكاله في الاستيلاد لأنه متعلق بالوطى و الوطء مختص بالفاعل و منها الجنايه و قد صرح بعدم جواز النيباه فيها في يع و التحرير و الكفايه و الرياض و صرح في كره أيضا قائلًا لأنها ظلم فيتعلق بفاعلها و حكمها يلزم المباشر و منها جميع المعاصى و المحرمات كالغصب و السرقة و شرب الخمر و الزنا و اللواط و نحوها و قد صرح بعدم جواز النيباه في المعاصى في د و عد و كره و جامع المقاصد و مجمع الفائده و صرح في يع و التحرير بان

الغصب لا يجوز فيه النيباه و زاد في التحرير فصرح بان الاشربه لا يجوز فيها النيباه و احكامها تلزم المباشر لها فيحد شارب الخمر لا- الموكل فيه و قد صرح بذلك في الارشاد و كره و جامع المقاصد و مجمع الفائده و تبه على وجهه في كره بقوله لان كل شخص بعينه مقصود بالامتناع منها فاذا لم يفعل اجرى حكمها عليه و صرح في مجمع الفائده بان الموكل الاذن بها يترتب عليه العقاب و منها القود و قد صرح بعدم جواز النيباه فيه في الرياض و منها الميراث و قد صرح بعدم جواز النيباه فيه في التحرير و كره و المراد بذلك عدم جواز التوكيل في كونه وارثا لا في قبض الارث فان الوكاله فيه جائزه كما صرح به في كره و كذا لا يجوز التوكيل في تملك شىء و هو واضح و منها اداء الشهاده و اقامتها و قد صرح بعدم جواز النيباه و التوكيل في ذلك في يع و عد و كره و جامع المقاصد و لك و الرياض و لهم أولا ظهور الاتفاق عليه و ثانيا الاصل و ثالثا ما تبه عليه في كره بقوله لأن الشهاده تتعلق بعين الشاهد لكونها خبرا عما سمعه و رآه و لا يتحقق هذا المعنى في نائبه فان استتاب فيها كان النائب شاهدا على شهادته لكونه يؤدي ما سمعه شاهد الاصل و ليس ذلك بتوكيل و رابعا ان التوكيل لو كان جائزا فيما ذكر لاشتهر قولنا و فعلا و لجرى به عاده اهل الإسلام كما في ساير الامور التى يصح التوكيل و التالى بجمع اقسامه بط و صرح في يع و عد و كره و التحرير و الرياض بأنه يصح الاستتابه في الشهاده على وجه الشهاده و منعه في جامع المقاصد و لك قائلين ان الشهاده على الشهاده ليست توكيلا في الشهاده بل هى شهاده بكون فلان شاهدا نعم فيه مشابهه ذلك من حيث الصوره و منها رد السلام و قد صرح بعدم جواز التوكيل فيه في جامع المقاصد قائلًا- الظاهر ان رد السلام لا يصح التوكيل فيه بل هو متعلق من سلم عليه و وجوبه فوري فالتوكيل مؤد الى فواته ثم صرح بأنه لو سلم على جماعه فكل من رد منهم فقد اتى بالواجب اصاله و هو جيد ثم الحق بذلك سائر الواجبات الكفائيه قائلًا و كذا في سائر الواجبات الكفائيه كصلاه الجنازه و اقامه الحجج العلميه و رد الشبهه و عمل الصي نائع و نحوها نعم يتصور توكيل من لا يجب عليه كالصبي فيما عدا صلاه الجنازه و رد السلام الا على القول بان افعال الصبي شرعيه و فيما ذكره نظر بل الأقرب عندى عدم جواز التوكيل فى ما ذكر و هل يصح التوكيل فى السلام او لا الأقرب عندى الثانى و تردّ هنا فى جامع المقاصد قائلًا هل يصح التوكيل فى السلام فى السلام فيعد سلاما شرعيًا حتى يجب رد جوابه فيه نظر ينشاء من اطلاق قوله تعالى وَإِذَا حُيِّتُمُ الْآيَةُ و من حملة على المعهود

### منهل اختلف الاصحاب فى صحه التوكيل

فى تملك المباحات التى تملك بالحيازه كالاحتطاب و الاحتشاش و الاصطياد و سقى الماء من البئر المباح و حيازه الماء من



النهر و الالتقاط و احياء الموات و نحو ذلك على اقوال الاول أنه يصح التوكيل فى ذلك فيملك الموكل الامور المزبوره بفعل الوكيل و هو للتنقيح و جامع المقاصد و لك و هو ظ التحرير و قد صرح فيه بصحة التوكيل فى الاصطياد و الاحتشاش و احياء الموات و لكن قال على اشكال و صار الى هذا القول فى مجمع الفائده

ص: ٤٣٩

أيضا إلا ان الظاهر من قوله و اما الالتقاط فالظاهر أنه يحصل قهرا للملتقط فلا يدخله النيابة و يؤيده عموم الأدله الداله على وجود احكام الالتقاط فى اللفظ المتصرف بالفعل فت كذا الثانى انه لا يصح التوكيل فى ذلك و هو لظ يع و قد صرح فيه بعدم صحة التوكيل فى الاحتشاش و الالتقاط و الاحتطاب الثالث انه لا يصح التوكيل فيما عدا احياء الموات مما ذكر و تصح فى احياء الموات و هو للمحكى فى المختلف و الايضاح و غايه المراد و التنقيح عن الشيخ و الحلى فصرح الحاكون عنهما بان الفرق المذكور محل نظر و زاد فى التنقيح قائلا من حيث اشتراك الكل فى الاباحه فان الناس فيه شرع فالتخصيص ترجيح من غير مرجح و توقف فى المسأله فى كره و عد و د و الكفايه للقول الاول وجوه منها ما احتج به فى مجمع الفائده من العمومات الداله على صحة التوكيل مط كقوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و قولهم ع فى عده اخبار معتبره المؤمنون عند شروطهم و غير ذلك مما تقدم اليه الاشاره و منها فحوى ما دل على جواز التوكيل فى النكاح و تملك اموال الغير التى يحرم التصرف فيها بدون اذنه و منها انه يجوز التوكيل فى امور كثيره تقدم اليها الاشاره فيجوز فى الامور المفروضه هنا عملا بالاستقراء و منها ما تبه عليه فى كره بقوله و لأنه عمل مقصود يصح اخذ الأجره عليه فجاز فيه النيابة كغيره من الاعمال فح يحصل الملك للموكل اذا قصده الوكيل و هو احد وجهى الشافعيه و به قال احمد لأنه يملك بسبب لا يتعين عليه فجاز التوكيل فيه كالشراء و الاتهاب و يعضد ما ذكره لو لا قول غايه المراد وجه الأشكال أنه عمل مقصود محلل فيجوز الوكاله فيه و ثانيا قول مجمع الفائده ثم ان الظاهر ح جواز التوكيل فى الاصطياد و الاحتطاب و الاحتشاش و سقى الماء من البئر المباح و حيازه الماء من النهر و التحجير بل الاحياء أيضا على تردد منه لأنها افعال تقبل النيابة و إنما تقع للفاعل بالقصد و عدم قصد الغير و للقول الثانى وجوه أيضا منها الاصل و قد يجاب عنه باندفاعه بادل القول الاول فأنها اقوى منه جدا و منها انه لو كان التوكيل فى الامور المذكوره جائزا لاشتهر قولنا و فعلا فى جميع الاعصار و الامصار و التالى بط بل لم نسمع من احد من المعصومين ع و لا من غيرهم من العلماء الراسخين و لا من غيرهم من الاخيار المؤمنين و لا من غيرهم من ساير افراد المسلمين فالمقدم مثله و اما الملازمه فظاهره و قد يجاب عن الوجه المذكور بانه غير صالح لمعارضه ادله القول الاول و منها ان الامور المفروضه يفيد تملك الانسان قهرا بمجرد الحياز فلا يتوقف على تبه التملك كما لا يتوقف التملك بالارث على تبه التملك و ذلك لان الادله الداله على ان الامور المذكوره تفيد الملك بعد الحيازه ظاهره فيما ذكرناه و من جمله تلك الادله النبوى ص من احيا ارضا ميتة فهى له قضاء من الله تعالى و رسوله و من الظاهر انه ظ فى التملك قهرا كما تبه عليه فى الايضاح بقوله بعد الاشاره الى هذه الروايه فلم يعلق الملك هنا بالتبه بل جعله مستندا الى الأحياء و يعضد ما ذكره قول غايه المراد و قوله ع من أحيا ارضا ميتة فهى له يدل على تملك المحيى مط و على هذا يلزم ان لا يصح التوكيل فيها لأن الوكيل بمجرد القبض و الحيازه يتملك قهرا فلا يتملك من ينتقل بالتوكيل الى الموكل فلا يمكن فرض صحة التوكيل فيها و تبه على هذا الوجه فى غايه المراد بقوله وجه الأشكال انه عمل مقصود محلل فيجوز الوكاله و من ان التوكيل باثبات يده عليه دخل فى ملكه فلا يتصور جواز التوكيل فيه و كذا تبه عليه فى لك بقوله بعد الاشاره الى هذا القول بناء على كون الالتقاط يملك بمجرد الحيازه فلا يتصور فيه الاستنابه على وجه يفيد ملكيه الموكل و قد يجاب عن الوجه

المذكور بالمنع من عدم توقف التملك بالامور المذكوره على تبه التملك بل يتوقف عليها و عليه يلزم صحه التوكيل فيها كما تبه عليه فى التنقيح بقوله و الحق الجواز فى الكل لان المباحات الأصح ان تملكها يفتقر الى التبه و يعضد ما ذكره قول الإيضاح ينشاء الأشكال من ان تملك المباحات هل يفتقر الى التبه أم لا و لعله اشار الى قوله فى غايه المراد بقوله و قيل ان التوكيل فى المباحات و جواز الاستيجار عليها مبنى على ان المباحات هل تملك بالتبه او بمجرد

الحيازه فعلى الأول يجوز لا على الثانى سلمنا عدم التوقف على التبه و لكنه لا نسلّمه مع التوكيل فى الامور المذكوره بل ح لا يتملك المذى يباشر الامور المذكوره الذى هو وكيل بمجرده الحيازه لنفسه بل انما يتملك الموكل حيث يقصد الوكيل له و ذلك للعمومات الداله على صحه الوكاله لا يق يعارضها العمومات الداله على التملك بالامور المذكوره بمجرده الحيازه و منها التّبوى المتقدم اليه الاشاره لأننا نقول لا نم شمول هذه العمومات لمحلّ البحث لندره التوكيل فى الامور المذكوره سلمنا الشمول و لكن التعارض بين هذه العمومات من قبيل تعارض العمومين من وجه كما لا يخفى و من الظاهر ان الترجيح مع العمومات الداله على صحه الوكاله لان بعضها من الكتاب و لاعتضادها بالشهره الظاهره و بسائر الوجوه الداله على صحه التوكيل فى الامور المذكوره و قد تقدم اليها الاشاره و ربّما تبه على ما ذكرناه فى جامع المقاصد بقوله بنى الاصحاب وجهى النظر فى مسئله الكتاب على ان تملك المباحات تفتقر الى التبه أم لا فعلى القول بافتقاره يجوز التوكيل لا بدونه و قد اسلفنا فيما مضى ان هذا البناء غير واضح لأنه يتم اذا قلنا بان المباح يملك بالحيازه على وجه القهر كالإرث و ان نوى عدم التملك و لا دليل على ذلك و قد صرّحوا بأن من حفر بئرا فى طريق لغرض الاستسقاء منها مده مقامه عليها يكون اولى بها الا ان يرتحل عنها ثم هو و غيره سواء فيها و الأصح صحه التوكيل و ما حكم بصحته فهو كك عندى و لكن المسأله حيث يكون محلّ اشكال فلا ينبغى فيها ترك الاحتياط و هو يحصل بالتسبه الى الموكل بتحصيل رضاء الوكيل بالتصرف و بالمصالحه معه و نحوها و اما الوكيل فيحصل له ذلك بتحصيل رضاء الموكل بالتصرف و بالمصالحه معه و نحوها و امّا غيرهما فيحصل له بتحصيل رضاهما بالتصرف و بالمصالحه معهما و نحوها و هل يصح التوكيل فى الأوقاف العامه كالمساجد و المشاهد و المدارس و الرباطات و البساتين و نحوها الموقوفه على المسلمين او المؤمنين او العلماء او نحوهم لضبط مكان منها كحجره معينه و نحوها و لضبط ثمره الوقف او لا- فيه اشكال خصوصا اذا كان الوكيل شريكا مع الموكل فى الاستحقاق و لكن الاقرب الجواز كما هو الظاهر من السيره المستمره فى الاعصار و الأمصار

## منهل هل يصح التوكيل فى الاقرار

### اشاره

بان يقول و كلتك لتقر عينى لفلان او لا- اختلف الاصحاب فى ذلك على قولين احدهما انه لا- يصح و هو للتنقيح و جامع المقاصد و الرياض و ثانيهما انه يصحّ و هو للمحكى فى التنقيح و جامع المقاصد عن الشيخ فى ط و الخلاف و صار اليه فى الغنيه و مجمع الفائده أيضا و حكاه فى الاخير عن كره و لم يرجح احد القولين فى د و كره و عد و التحرير و التنقيح و الكفايه فظاهرهم التوقف فى المسأله للأولين و جوه منها اصاله عدم صحه الوكاله المفروضه و تبه عليها فى مجمع الفائده و الرياض و كذا تبه عليها فى جامع المقاصد بقوله و لان الأصل براءه الذمه فيستصحب حكمه الى ان يتحقّق

النَّاقِلُ الشَّرْعِيَّ و لم يثبت كون ذلك موجبا لشغل الذمّه و قد يجاب عن الوجه المذكور باندفاعه بالعمومات الداله على صحّه الوكاله المتقدم اليها الاشاره مرارا عديده لا يق التوكيل فى الإقرار فرد نادر فى الغايه فلا ينصرف اليه العمومات المذكوره لأننا نقول العمومات لا تختصّ بالافراد الشائعه بل تعمّها و النادره و ليست كالمطلقات فى الرجوع الى الفرد الشائع فت و قد تبّه على ما ذكرناه فى مجمع الفائده بقوله وجه الصّحّه عموم ادله الوكاله من غير وجود مانع لأنّ اصل البراءه مندفع بالدليل و منها ما تبّه عليه فى كره و التنقيح و جامع المقاصد من ان الإقرار هو اخبار الانسان عن حق عليه و الاخبار عن الغير لا يكون اقرارا فلا يؤخذ به الموكل كما لو قال رضيت بما يشهد به علىّ فلان و قد يجاب عمّا ذكره بأنّ فعل الوكيل فعل الموكل بمعنى ان ما يصدر من الوكيل فى قوه صدوره من الموكل لصيوره الوكيل بمنزله الآله للموكل كاليد و اللسان و السوط و ساير الجوارح و الالات التى يصدر منها افعال الموكل كالضرب و البيع و نحو ذلك و لهذا يصحّ اسناد الأفعال الصادره منه الى الموكل فيق باع زيد داره و ضرب الأمير عمروا مع أنّ الفعلين أنّما صدرا من النائب و الوكيل و لو لا ما ذكر لما صحّ للوكيل فى عقد الضمان ان يقول ضمننت و انا ضامن و لا فى البيع و الشراء ان يقول بعت و اشتريت و التالى بط فح قول الوكيل فى الاقرار انا مقرّ بما تدعيه و نحوه بمنزله تصريح الموكل بذلك و قوله و يعضد ما ذكرناه أنّ التوكيل فى الإقرار و لو لم يكن متعلقا- لما صحّ من الاصحاب التكلّم فى المسأله و مصير كثير منهم الى صحّته و منها ما اشار اليه فى كره بقوله و لأنّه اخبار فلا يقبل التوكيل كالشهاده و انما يليق التوكيل بالإنشاء و قد يجاب عمّا ذكره بانه قياس فلا يصار اليه فت و منها ان التوكيل فى الاقرار لو كان جائزا لاشتهر الاتيان به بين المسلمين كما اشتهر بينهما التوكيل فى المعاملات و التالى بط اذ لم نر و لم نسمع من احد منهم ذلك و قد يجاب عمّا ذكره بالمنع من الملازمه و منها ان نفس التوكيل فى الاقرار اقرار فلا يصحّ لأنّه يلزم من وجوده عدمه اذ التوكيل فى شىء يتوقّف على عدم حصول ذلك الشىء بنفس التوكيل لأنه لو وجد به لم يبق متعلق الوكاله فيستحيل تحققها و قد يجاب عن هذا الوجه بالمنع من كون التوكيل فى الاقرار اقرارا معتبرا شرعا و من كونه مستلزما له سلّمنا لكن غايته حصول الاقرار عند الوكيل و هو لا يستلزم حصوله عند المدعى او الحاكم ففائده فعل الوكيل ثبوت اقرار موكله عندهما لا يق اذا ثبت وكالته عندهما ثبت اقراره فلم يبق لوكالته فائده فيلزم فسادها لان ما لا فائده فيه لا يمكن الحكم بصحّته شرعا و اذا لم يثبت لم يكن لفعله فائده أيضا فيلزم الحكم بالفساد مط لأننا نقول لا نسلم ان ما يثبت به الوكاله يثبت به الاقرار شرعا و ان استلزم التوكيل فى الاقرار لأنّ الوكاله من الاسباب الشرعيّه كاليد التى يحكم بها بالملكيه و لم يثبت كونه شرعا ثبوت الإقرار فت و للآخرين وجوه أيضا منها الاصل و قد حكى فى التنقيح عن الخلاف الاحتجاج به قائلا احتج فى الخلاف بأنّه لا مانع من ذلك و الاصل جوازه و قد احتج به فى الغنيه أيضا قائلا فان اذن له فى الإقرار عنه لزمه ما يقّر به لان الاصل جواز ذلك و المنع يفتقر الى دليل و قد يجاب عمّا ذكره بالمنع من اقتضاء الاصل هنا الصّحّه بل هو يقتضى الفساد كما لا يخفى و قد تبّه على ما ذكرناه فى الرياض بقوله و فى الاصل نظر لعدم الدليل عليه مع معارضته باصالة البراءه و منها العمومات الداله على صحّه الوكاله المتقدم اليها الاشاره مرارا عديده و قد احتجّ ببعضها هنا فى الغنيه و هو قولهم ع فى عده اخبار معتبره المؤمنون عند شروطهم و قد حكى فى التنقيح عن الخلاف الاحتجاج به قائلا بعد ما حكينا عنه سابقا و أيضا قوله ص المؤمنون عند شروطهم و هذا شرط يلزم ما يقّر به الوكيل فيجب ان يكون جائزا و اجاب عن هذا الاحتجاج فى الرياض قائلا فيه نظر لاختصاصه على تقدير كون المقام منه بالشرط المذكور ضمن العقد اللّمازم بالإجماع كما حكاه بعض الأصحاب مضافا الى استلزام عدم تخصيصه اما حملة على الاستحباب او طرحه من حيث الاجماع على عدم بقائه على عمومه

و خروج اكثر افراده الموهن للتمسك كما حقق فى محلّه و فى جميع ما ذكره نظر و منها ما اشار اليه فى جامع المقاصد بقوله

لأنّ فعل الموكل في اخباره عنه كإخباره ولأنّه فعل يلزم حقا فاشبهه البيع و الجواز املا للولى عن غير مستطيع الاملال ثم اجاب عن الجميع قائلا و يضعف بان فعل الوكيل انما يكون فعلا للموكل اذا كان التوكيل صحيحا و القياس على البيع قياس مع الفارق فان البيع إنشاء و الاقرار اخبار و املا للولى ليس اقرارا و لهذا لو امكن المولى عليه بعد زوال العذر لم يؤخذ به و تبّه على ما ذكره في مجمع الفائده قائلا الظاهر ان الافراد ممّا يدخله النيابة و لا ينبغي ان يق وجهه أنّه فعل الموكل لأنه دور و لا القياس الى التوكيل في البيع لأنه قياس و لا بقوله تعالى فَيُؤْمِلُ وَرِيَّهُ بِالْعَدْلِ لَأنّه غير ظ كونه وكيلا بل الظاهر من الولى غير الوكيل و اما ما قيل و لهذا لو انكر المولى عليه بعد زوال العذر لم يؤخذ به فغير ظ و المسأله محل اشكال و لكن القول الثانى فى غاية القوه خصوصا على تقدير كون التوكيل فى الاقرار اقرارا و

### ينبغي التنبيه على امور

#### الاول لو عمم الوكاله فى كل شىء

فهل يشمل الاقرار على تقدير صحّه التوكيل فيه كما هو المختار او لا صرح فى فع و التبصره بالثانى من غير تفصيل و حكى فى الرياض عن جماعه التفصيل قائلا لو عمم الوكاله صحّ الّا ما يقتضيه الاقرار بمال او ما يوجب حدّا او تعزيرا فلا و كاله فيه و فاقا للأكثر كالشّرخين و التقى و ابني حمزه و زهره و الفاضل المقداد فى التنقيح قائلا اما لأنه لا يدخله النيابة لاختصاص حكمها بالمتكلم اذا نبا عن نفسه كما قال ص اقرار العقلاء على انفسهم جائز و على غيرهم لا او لأنه خلاف المصلحه المشترطه فى تعميم الوكاله و فيما ذكره من النسبه نظر اذ فصل فى النهايه و الغنيه و المحكى عن المفيد ان كان العقد مط عمّت كل شىء الّا الإقرار بما يوجب حدّا او تاديبا و زاد فى الاول و الاخير الايمان و كيف كان فلا اشكال فى انه لا يجوز للوكيل الإقرار و كاله هنا حيث لا يعلم باقرار الموكل بالحق و لا بثبوت الحقّ عليه فمحلّ البحث صوره العلم باحد الأمرين

#### الثانى ان الموكل فى الإقرار لا يخ اما ان يعين ما يفتر به او يطلق

فان عين فلا يجوز للوكيل الزيادة و ان زاد فلا تسمع كما عن الشيخ و ان أطلق فحكى عنه أنّه صرح بأنّه لم ينفذ اقرار الوكيل بالمعين و بأنّه يرجع ح فى التفسير الى الموكل

#### الثالث اختلف الاصحاب فى كون التوكيل فى الاقرار اقرارا

على قولين احدهما أنّه ليس باقرار و لا دال عليه و هو للقواعد و د و الإيضاح و التنقيح و جامع المقاصد و الكفايه و الرياض و لهم اولا ما احتجّ به فى الايضاح قائلا

ص: ٤٤١

الحق أنّه لا- يكون اقرارا لأنّ الإقرار اخبار و التوكيل إنشاء و اللفظ الواحد لا يمكن استعماله فيهما فى حاله واحده لان الاخبار يستلزم احتمال الصدق و مقابله لأنّه مسبوق تعتبر مطابقتها لها و الانشاء يستلزم عدم احتمال الصدق و مقابله لعام سبق النسبه فيه و لان الانشاء معلول اللفظ و الأخبار غير معلول اللفظ و تبّه على ما ذكره فى غاية المراد و التنقيح و جامع المقاصد و ثانيا ما حكاه

فى الايضاح عن بعض قائللا- و قال غيره لا- يكون ذلك اقرارا لأن التوكيل فى الشىء لا- يكون اثباتا لنفس ذلك الشىء كالتوكيل فى البيع لا- يكون بيعا و كك الامر بالامر لا- يكون امرا و ثانيهما انه اقرار و دال عليه و هو للمحكى فى الايضاح و التنقيح عن بعض و احتمله فى غايه المراد قائللا و لا يحتمل كونه اقرار لتضمينه و هو متضمن للأخبار بان عليه حقا مقتضى الاقرار و حكى عن الشيخ الوجهين فى ط و اورد عليه فى جامع المقاصد قائللا- بعد الإشاره اليه و فيه نظر لأن ما تضمنه التوكيل هو صورته الأخبار و ليس اخبارا حقيقه للعلم بان قوله لزيد عندى كذا فى قوله و كلتك بان تقر عيني بان لزيد عندى كذا لم يأت به للأخبار بل لبيان اللفظ الذى يخبر به فهو فى الحقيقه من تتمه بيان التوكيل فيه و لم يربح فى كره فى المسأله و قال و عندى فى المسأله تردد و التحقيق ان يق ان كان المعبر فى الإقرار كونه مدلول للفظ مطابقه او تضمنا فلا اشكال فى ان التوكيل فى الإقرار ليس باقرار و لا- دالا- عليه و ان كان المعبر فيه مطلقا ما يدل على اذعان المدعى عليه يصدق الدعوى و لو بالالتزام العرفى و بالافعال و الإشارات فلا اشكال فى دلاله التوكيل فى الاقرار على الاقرار التزاما فتدبر و اعلم انه صرح فى جامع المقاصد بان هذا يأتى على القول لضمه التوكيل فى الاقرار و على القول بعدمها و يظهر من كره و الايضاح و التنقيح و مجمع الفائده انه متفرع على القول ببطلان التوكيل فى الاقرار

### منهل هل يصح التوكيل فى الجهاد ما لم يتعين عليه بخصوصه او لا

فيه قولان احدهما انه يصح فيه و هو للشرائح و عد و لف و التحرير و كره و جامع المقاصد و حكاه فى لف عن ابن البراج و لهم ما احتج به فى جامع المقاصد قائللا يجوز التوكيل فى الجهاد لان الغرض حراسه المسلمين و حفظ عمود الدين و ليس الغرض متعلقا بعين فيوكل من و جب عليه و لم يتعلق به الوجوب الا ان يتعين المكلف لذلك بتعيين الامام ع اما لشده بلاته فى الحرب و جوده رأيه و وفور عقله و نحو ذلك من المصالح و كذا لو دهم المسلمين عدو و توقف الدفع عليه فانه يتعين و ان لم يعينه و لا يجوز التوكيل و يعضد ما ذكره قول لف المعتمد دخول النيايه فيه و لهذا صح الاستيجار عليه و ثانيهما انه لا يصح و قد حكاه فى لف عن ط قائللا- قال فى ط و اميا الجهاد فلا يصح النيايه فيه بحال لأن كل من حضر الصف توجه فرض القتال عليه و كيلا كان او موكولا- و قد روى انه يدخله النيايه و استحسنت هذا القول فى التنقيح و حكاه عن بعض الفضلاء قائللا و قوى بعض الفضلاء كلام الشيخ فانه مع الحضور يصير فرضا و فرض العين لا يدخله النيايه و حمل الزوايه على الاجاره لان الاجاره عقد لازم فلزومها يمنع من انقلاب الفرض و هو حسن

### منهل اذا وكله فى شراء عبد و أطلق و لم يقيد بزمان و لا بمكان و لا بنمن معين و لا بوصف خاص

#### اشاره

كان يكون روميا او زنجيا او نحو ذلك فهل تصح هذه الوكاله او لا بل لا بد من التعيين اختلف الاصحاب فى ذلك على قولين احدهما انه تصح ح و لا- يفتقر الى التعيين و هو للتحرير و عد و كره و لف و الايضاح و جامع المقاصد و لك و الكفايه و ثانيهما انها لا تصح بل تفتقر الى التعيين ح و هو للشرائح و المحكى عن الشيخ فى ط و يظهر من موضع من القواعد المصير اليه للأولين و جوه منها العمومات الداله على صحه الوكاله المتقدم اليها الإشاره مرارا عديده و قد نبه عليها هنا فى الكفايه بقوله لعل القول بالصيحه مط نظرا الى عموم الأدله اقرب و منها ان الوكاله المفروضه لو لم يكن صحيحه لتظافت الاخبار بذلك بل و تواترت به لتوفر الدواعى و مسيس الحاجه و التالى بط اذ لم نجد روايه تدل على البطلان و على اشتراط الوكاله بعدم الجهاله و

بذكر القيود المميّزه فالمقدم مثله و منها أنّ الاحكام الشرعيّه التي هي اعظم تتعلّق بالماهيات المطلقه فتعلّق الوكالات بها اولى و منها ان الحكمه في شرعيّه الوكاله هي تسهيل الامر و تحصيل المنافع على الوجه الاتم اذ كثيرا ما لا يكون التوكيل الا لاعتقاد الموكل أنّ الوكيل يحصل الشىء بطريق احسن و انفع و هذه الحكمه تفوت باشتراط التقييد اذ قد لا يرغب الوكيل الى قبول الوكاله مع قيد الموكل او تفوت المصلحه التامه به و منها سيره المسلمين اذ تكرر منهم التوكيلات المطلقه في محلّ البحث و غيره من غير نكير و منها ما تبه عليه في الايضاح بقوله وجه القرب أنّ الوكيل قائم مقام الموكل فيما هو وكيل فيه فاذا جعله قائما مقامه في شراء عبد و أطلق اقتضى جعل الخيار و التعيين اليه فيكون بمنزله الوكاله المطلقه فتصحّ و منها ما تبه عليه في كره قائلا اذا و كله في شراء عبد و أطلق فقد بيّنا جوازه و هل يفتقر مع تعيين النوع تعيين الثمن الاقرب عندنا عدمه لأنه اذا ذكر نوعا فقد اذن له في اغلا- الثمن فيقل الضرر و لأنّ ضبط الثمن ممّا يعسر معه التّحصيل لأنه قد لا يوجد له و لأنّ تعلق الغرض بعيد من ذلك النوع نفسيا او كان جنسيا ليس بيعيد و لا يشترط استقصاء الاوصاف في السّلم و لا يقرب منها اجماعا و للآخرين وجوه أيضا منها اصاله عدم صحّه الوكاله المفروضه و قد يجاب عمّا ذكر باندفاعه بادله القول الاوّل و منها ما تبه عليه في لك بقوله لما كان العبد المطلق متوغلا في الابهام صادقا على اصناف مختلفه في الاوصاف و الرغبات لم يكن اطلاق التوكيل في شرائه كافيا بل لا بدّ من وصفه على بعض الوجوه كقوله عبدا تركيا و يعضد ما ذكره اولا قول يع و عد لو و كله في شراء عبد افتقر الى وصفه لينتفى الغرر و ثانيا ما حكاه في لف و التحرير و الايضاح و جامع المقاصد عن الشيخ قائلين اذا و كله في شراء عبد و جب وصفه و لو أطلق لم يصحّ لما فيه من الغرر و الجهاله و قد يجاب عمّا ذكر اولا بالمنع من الصغرى و هو تحقق الغرر بالإطلاق في توكيل شراء العبد و يعضد ما ذكرناه اولا قول لك بعد ما حكيناه سابقا و يشكل بأنّ الغرر يندفع بمراعات الوكيل المصلحه في شرائه فانّ الإطلاق محمول شرعا على الاستنابه في شراء عبد يكون شرائه مشتملا على المصلحه فيتخير الوكيل حيث يوجد المصلحه من متعدد و يكون ذلك كالقراض من حيث امره المالك بشراء شىء فانه اشدّ توغلا في الابهام فالجواز مط قوى و ان كان اعتبار الوصف احوط و ثانيا قول جامع المقاصد و يشكل كون الغرر مانعا من صحّه الوكاله هاهنا و لا دليل على ذلك فانّ التوكيل في شراء عبد يقتضى الاستنابه في شراء اى عبد كان

ص: ٤٤٢

شرائه مشتملا على مصلحه الموكل و ثانيا بالمنع من كليه الكبرى اذ لم نجد عليها دليلا من شىء من الأدله الاربعه سوى روايه نبويه مرسله متضمّنه للنهى عن الغرر و من الظاهر انه لا يجوز الاعتماد عليها اما اولا فلضعفها سندا بالارسال و تلقيها بالقبول غير معلوم و اما ثانيا فللمنع من انصراف اطلاقها الى محلّ البحث و اما ثالثا فلأنّها على تقدير تسليم شمولها لمحلّ البحث معارضه بالعمومات الداله على القول الاوّل المتقدم اليها الإشاره تعارض العمومين من وجه و من الظاهر ان الترجيح مع هذه العمومات من وجوه عديده لا تخفى و اما رابعا فلما تبه عليه في جامع المقاصد قائلا بعد ما حكيناه عنه سابقا و لو سلم فلا نسلم انتفاء الغرر بقوله تركيا للتفاوت الكثير جدّا بين افراد التركي بخلاف ما لو قال و كلتك في استيفاء دين من ديونى او مخاصمه غريم من غرمائى او اعتاق عبد من عبيدى لعدم فهم المراد من ذلك و قال الشيخ لا يصحّ لأنه غرر و قد علمت ممّا ذكرنا وجه ردّه و لا ريب ان الوصف احوط و منها ما تبه اليه في الايضاح بقوله ذهب الشيخ في ط الى عدم الصّحّه لان فيه غررا و لأنه كلّما صحّ التوكيل فيه صحّ مباشرته بالفعل اجماعا و يلزمه كلّما لا يصحّ مباشرته فلا يصحّ فيه التوكيل و فيما ذكره نظر كما تبه عليه فيه بقوله و الجواب انه لم يوكله في شراء عبد مجهول لأنه بط بل و كله مط في الشراء لعبد يعينه الوكيل عند الشراء و الاقرب الصّحه

لما ذكرنا و كك الاقرب عندي الصّحه لما ذكرناه و لكن القول الثّاني احوط كما صرّح به في جامع المقاصد و لك و

## ينبغي التنبيه على امور

### الأوّل لا يشترط في تعلق الوكالة ان يكون معلوما من جميع الوجوه

التي تتفاوت باعتبارها الرّغبات و ان قلنا بالقول الثّاني و قد صرّح بما ذكرناه في جامع المقاصد قائلا لا خلاف في أنّه لا يشترط ان يكون متعلق الوكالة معلوما من جميع الوجوه التي تتفاوت باعتبار الرّغبات فان الوكالة عقد شرع للارتفاق و دفع الحاجه فناسبه المسامحه و لأنّه من العقود الجائزه و من ثم لم يشترط فيه القبول اللفظي و لا- الفوريّه في القبول لكن يجب ان يكون معلوما من بعض الوجوه حتى لا يعظم الضرر و لا فرق في ذلك بين الوكالة العامه و الخاصه كذا ذكره المص في كره و غيرها و ضبط ذلك لا يخ من عسر و يمكن ردّه الى العرف ان انضبط ذلك عرفا فلو و كله شخص في شراء عبد فهي و كاله خاصه افتقر صحّه التوكيل الى وصفه لينتفى عظم الضّرر المذكور سابقا في كلام المص فان العبد متوغّل في الإبهام اما لو قال عبدا تركيا فانه يصحّ و ان لم يستقض في الوصف بحيث يستوفي جميع الاوصاف المعبره في العلم التي بها ترفع الجهاله و يعضد ما ذكره اولاً- ما تبّه عليه في كره بقوله لا- يشترط في كون متعلّق الوكاله و هو ما و كلّ فيه ان يكون معلوما من كلّ وجه فانّ الوكاله انما جوّزت لعموم الحاجه و ذلك يقتضى المسامحه فيها فلذلك جوّز بعضهم تعليقها بالاعواز و لم يشترط القبول اللفظي فيها و لا الفوريّه في القبول لكن يجب ان يكون معلوما معيّنا من بعض الوجوه حتّى لا- يعظم الغرر و لا فرق في ذلك بين و كاله العامه و الخاصه و ثانيا ما تبّه عليه في الإيضاح بقوله بعد الاشاره الى قول المصنف و لو قال اشتر عبدا بمائه او اشتر عبدا تركيا الاقرب الجواز وجه القرب أنّ الوكاله لا- يشترط فيها انتفاء الغرر من كلّ وجه للمسامحه فيها لعموم الحاجه و لأنّه جعل نظره كنظره و رضى بما يرتضيه فصحّ الوكاله المطلقه و يحتمل عدمه للغرر و الأصحّ الأوّل و ثالثا ما تبّه عليه في مجمع الفائده بقوله و بالجمله الوكاله مبتيه على المسامحه و عدم اشتراط لفظ خاصّ بايجاب و قبول خاصّين فكلّما يدل على الاذن في التصرّف اى تصرّف كان يصحّ و يجوز مع عدم مانع و معه فلا- فاحفظه و رابعا ما تبّه عليه في لك بقوله و لا يجب الاستقصاء في الوصف بحيث يرتفع الجهاله عنه اتفاقا كذا ذكره المصنف و جماعه

### الثاني لا فرق على المختار بين كون المقصود من العبد التجاره او القنيه

كما صرّح به في لك و هو ظ جامع المقاصد و غيره و حكيا عن الشهيد احتمال التفصيل بين الاول و الثاني بانه يجوز ذلك في الاول دون الثاني و تبّه على وجهه في جامع المقاصد و لك بقولهما لأنّ دائره التجاره اوسع فانّ الغرض منها الاسترباح و هو يتحقق في ضمن اى فرد كان و اورد عليه في الثّاني بقوله و يندفع بان المصلحه معتبره في كل شىء بحسبه و الأعيان تتفاوت في الموضوعين و تبّه على ما ذكره في الاول بقوله بعد الإشاره الى الوجه المذكور و يرد عليه من أن الاسترباح يتفاوت تفاوتاً بينا

### الثالث لا يختصّ الجواز باطلاق التوكيل في شراء العبد

بل يلحق به كلّ عين يجوز التوكيل في شرائه كالدابه و الدار و الكتاب و القرطاس و نحوها فيجوز اطلاق التوكيل في شرائها و كذا في بيعها و بالجمله يجوز ان يكون متعلّق الوكاله لفظا مط او عامّا و لا يشترط فيه التعيين بحسب الزمان و لا بحسب المكان

ولا- بحسب العدد او الكيل او الوزن او الذرع مط و لو فيما يشترط في بيعه الكيل و الوزن و العدد و الذرع و غير ذلك من الامور المميّزه سواء كانت ممّا لا يختلف باختلافها في ذلك فلا يشترط التعيين و رفع الجهاله الواجبان في البيع و غيره و بالجمله متعلّق الوكاله كمتعلّق الامر و الخطاب الشرعى من هذه الجهه فكما يجوز ان يكون متعلقهما المط و العام فكل متعلّق الوكاله و هو يشترط مع متعلقهما في جميع الأحكام من لزوم حمل الإطلاق على العموم في بعض المقامات و الحكم باجماله في اخر و حملة على الشائع في آخر و جواز كون المتعلّق جنسا او نوعا او صنفا او شخصا

#### الرابع هل يجوز ان يكون متعلّق الوكاله مجملا

كان يقول و كلتك في شراء الجون و جون او في شراء قنبر و كان هناك عبدان يباعان يسميان بقنبر او و كلتك في شراء دار مع اراده الموكل الخصوصيه لا المفهوم الكلى او نحو ذلك من الالفاظ المجمله بالذات او بالعرض او لا ربّما يظهر الثانى من كره و عد و جامع المقاصد و الرياض لتصريحها بانه يشترط في متعلّق الوكاله ان يكون معلوما معينا من بعض الوجوه و لهم و جهان اشار اليهما في الرياض بقوله يشترط ان يكون متعلّق الوكاله معينا فلا- يصحّ على المبهم و المجهول بلا خلاف فيما اعلم لثلا يعظم الضرر و قد تبه على ما ذكره اخيرا في عد بقوله يشترط ان يكون معلوما نوعا من العلم لينتفى عظم الضرر و يعضد ما ذكره اولا قول كره يجب ان يكون متعلّق الوكاله معلوما معينا من بعض الوجوه حتى لا يعظم الضرر و ثانيا قول جامع المقاصد لو قال و كلتك في بيع شراء شىء من مالى او فى بيع طائفه منه او قطعه منه او فى قبض شىء من ديونى و لم يعين فالظاهر عدم الصيحه وفاقا للتذكرة لجهاله متعلّق الوكاله من الجمله بخلاف المقيّد و ثالثا قول مجمع الفائده زاد فى كره شرطا ثالثا و هو ان يكون ما به التوكيل معلوما و لو اجمالا- و قد يناقش فى كلا الوجهين اما فى الاول فبالمنع من تحقق الإجماع على اعتبار هذا الشرط و عدم العلم بالخلاف لا يستلزم الإجماع خصوصا فى مثل هذا الشرط يكون المصرح به قليلا بل المستفاد من جامع المقاصد و مجمع الفائده انّ هذا الشرط لم يذكره

ص: ٤٤٣

احد من الاصحاب سوى العلامه فى كره و مع هذا فالمستفاد من كره عدم الاتفاق على اعتباره و الا لتبه عليه كما هو عادته غالبا و كك هو المستفاد من قول التحرير فى اشتراط تعيين ما و كل فيه اشكال بل قد يستفاد من المعظم عدم اعتبار هذا الشرط لعدم تبنيهم عليه فت و اما فى الثانى فيما بيناه سابقا و المسأله محلّ اشكال و لكن احتمال صحّه التوكيل هنا فى غايه القوه حيث يكون المتعلّق معلوما عند الموكل و يتمكن الوكيل من معرفته بعد العقد او يتمكن الوكيل من الإتيان بمقصود الموكل و من انفاذ الوكاله بوجه من الوجوه كان يرتكب جميع الاحتمالات بحيث لا يترتب عليه مفسده اخرى من ضرر الموكل و نحوه و اما اذا لم يتمكن الوكيل من جميع ذلك فى شىء من الاوقات فلا اشكال فى فساد الوكاله ح و لعل معتبرى الشرط المذكور المتقدم اليهم الإشاره ارادوا ما ذكرناه فت

#### الخامس اذا كان متعلّق الوكاله موجودا خارجيا

كدار معلومه و دابه معينه و نحوهما فلا يشترط علم الموكل و لا الوكيل به مط فلو و كله فى شراء دار لزيد لم يرها و لم يعلم بها جاز و ان كان الوكيل جاهلا كالموكل و الظاهر انه لا خلاف فيما ذكرناه



## السادس لو وكله لمخاصمه غرمانه

جاز و ان لم يعينهم كما صرح به في كره و عد و جامع المقاصد قائلين عملا بمقتضى العموم

## السابع اذا وكله في ابراء دينه

الذى على زيد فان كان الموكل عالما بقدره صحح مط و لو لم يكن الوكيل عالما بالقدر كما صرح به في كره و ان لم يكن الموكل عالما بمقداره فهل يصحح او لا يظهر الثاني من قول عد التوكيل بالابراء يستدعى علم الموكل بالمبلغ المبرأ عنه و صرح بالاول في كره و جامع المقاصد و هو المعتمد و بيه في كره على دعوى الاتفاق عليه قائلا لو قال و كلتك في ان تبرأه من الدين الذى لى عليه و لم يعلم الموكل قدره و لا الوكيل صحح عندنا

## الثامن لو قال ابرئه من كل قليل و كثير جاز

و لم يشترط علم الوكيل و لا- علم من عليه الحق به كما صرح به في عد و كذا صرح به في جامع المقاصد الا انه حكى عن بعض خلافا هنا قائلا و ربما قيل باشتراط علم من عليه الحق بناء على ان الإبراء تمليك لا اسقاط

## التاسع صرح في كره بانه لو وكله في الإبراء من شىء

و أطلق لم يكن للوكيل التعيين بل يبرئه من شىء مبهم و يحمل على أقل ما يتمم محتجا بانه المتيقن بالاسقاط و الزامه عليه ثابت فلا يزول عنها الا بمزيل و فيما ذكره نظر بل الأقرب عندى ان التوكيل المفروض مقتضاه عرفا تخيير الوكيل فى الابراء بين الاشياء التى يستحقها الموكل و به مقاديرها نعم ليس للوكيل ان يدعى ان المراد فردا خاصا او مقدارا خاصا و ليس له ابراء الجميع لدلاله العرف على خلافه و بالجمله متعلق الوكاله هنا المطلق فيعتبر فيه ما يعتبر فى الامور المعلقه على المطلق و منها الوكاله و هل يجوز ان يبرء بنحو ما قاله الموكل فيقول ابرأتك من شىء او لا فيه اشكال خصوصا اذا كانت مختلفه جنسا و نوعا و الاقرب الرجوع هنا الى ما يقتضيه العرف

## العاشر لو قال و كلتك في ان تبرئه مما شئت

او مما شاء فالوجه الصحه و يرجع فى القدر الى مشيئته او مشيئته الغريم كما صرح به فى كره

## الحادى عشر لو قال ابرء فلانا عن دينى اقتضى ان يبرئه عن الجميع

كما صرح به فى كره و صرح فيها بانه لو قال عن شىء ابرئه عن أقل ما يتمم

## الثانى عشر صرح فى كره بانه لو قال ابرئه عما شئت

لم يختر الاستيعاب مع احتمالاه و فيما ذكره نظر بل الأقرب عندى ما احتمله من جواز اختيار الاستيعاب

## الثالث عشر اذا وكله فى الابرء من الحق الذى عليه

فابرتة الوكيل صحّ و برئت ذمّته كما صرّح به فى كره

## الرابع عشر لو كان له على رجل حق فوكل صاحب الحق من عليه الحق

فى ابراء نفسه صح كما صرّح به فى كره قائلا لأنّه وكله فى اسقاط حق عن نفسه فوجب ان يصحّ كما لو وكل العبد فى اعتاق نفسه و المراه فى طلاق نفسها

## الخامس عشر لو وكل فى ابراء غرمانه و كان الوكيل منهم

لم يكن له ان يبرء نفسه كما صرّح به فى كره

## منهل لو وكله فى كل ما يصحّ له التوكيل فيه و عمم الوكاله بحيث لم يبق شىء آلا و هو وكيل فيه

### اشاره

كان يوكله فى البيع و الشراء و الصّيلح و المضاربه و الشركه و التّرويج و الطّلاق و استيفاء الحقوق و غير ذلك من الامور التى يصحّ فيها الوكاله فهل يصحّ هذا التوكيل فيمضى و جميع الجزئيات التى يصحّ فيها التوكيل فيكون فى كلّ منها كما لو وكل فيه خاصه فلا يشترط فى صحّحه التوكيل ان لا يكون وكيلا فى كل من الجزئيات التى يصحّ التوكيل فيها او لا يصحّ هذا التوكيل و ان صحّ فى كلّ واحد من تلك الامور مع عدم التعميم فيشترط فى صحّحه الوكاله ان يكون وكيلا فى بعض ما يصحّ التوكيل فيه فى الجمله اختلف الاصحاب فى ذلك على قولين الاول أنّه يصحّ تعميم الوكاله بحيث يشمل جميع ما يمكن فيه التوكيل و هو للنّهايّه و الغنيه و مم و فع و التحرير و لف و كره و د و صره و جامع المقاصد و لك و مجمع الفائده و الكفايه و الرياض و حكاه فى لف و الايضاح و التنقيح عن القاضى و فى الأوّل و الثّالث عن المفيد و ابن ادريس و فى الرياض عن عامه المتأخّرين عدا قليل منهم الثّانى أنّه لا يصحّ هذا التعميم فى الوكاله بل يجب فيها اعتبار خصوصيّته ما و هو للخلاف على ما حكاه فى لف قائلا قال الشّيخ فى ف اذا وكله فى كلّ قليل و كثير لم يصحّ و حكاه فى الايضاح عن ط أيضا و اختاره و صار اليه العلّامه فى عد أيضا و ربما يظهر من يع المصير اليه أيضا و المعتمد عندى هو القول الأوّل للعمومات كقوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و قوله تعالى تَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَ التَّقْوَى و قوله ع المؤمنون عند شروطهم و ما دل على رجحان قضاء حاجه المؤمن و ما دل على صحّحه الوكاله و لأصاله بقاء صحّحه الوكاله الثابته فى حال الانفراد حال التعميم و الاجتماع فت و لأنّه لو كان التعميم المفروض فى الوكاله موجبا لفسادها لورود التّنبيه عليه فى الأخبار و التّيالى بط فت لا يقال يدفع ما ذكر ما تمسّك به فى الخلاف على مختاره قائلا بعد ما نقلنا عنه سابقا لان فيه غررا عظيما لأنّه ربّما الزمه بالعقود ما لا يمكنه الوفاء به و ما يؤدى الى ذهاب مثل ان يزوجه باربع حرائر ثم يطلقه قبل الدخول فيلزمه نصف مهورهنّ ثم يتزوج باربع حرائر اخر و على هذا ابدا و يشتري له من الأرضين و العقارات و غيرها ما لا يحتاج اليه و فى ذلك غرر عظيم فما يؤدى اليه فهو بط و لأنّه لا دليل على صحّحه هذه الوكاله فى الشّرع و يعضد ما ذكره قول عد لو قال و كلتك على كلّ قليل و كثير لم يجز لتطرق الغرر و عدم الامن من الضرر لأننا نقول الوجهان اللذان تبه عليهما فى الخلاف لا يصلحان للدفع اما الأوّل فلما اجاب به عنه فى لف و كره و التّحرير و الرياض قائلين بعد الاشاره

اليه و الجواب ان تصرف الوكيل منوط بالمصلحة فكل فعل يفعله و يكون فيه مصلحة الموكل كان صحيحا و ما لا فلا و زاد في كرهه قائلا بعد ذلك كما لو و كله في بيع شىء فاطلق فانه لا يبيع الا نقدا بضمن المثل من نقد البلد كذا في الوكالة العامه لا يق يدفع هذا الجواب ما اشار اليه في بيع بقوله لو و كمل على كل قليل و كثير قيل لا يصح لما يتطرق من الضرر و يندفع الخيال باعتبار المصلحة و هو بعيد عن الفرض و فسر مراده

ص: ٤٤٤

في التنقيح بقوله يريد ان الإطلاق يتناول جميع ما يضر و ينفع و العقد اذا استلزم هذا الضرر كان فاسد و صرفه الى ما هو مصلحة خارج عن مقتضى العقد الذى اوقعه لأن مقتضى العقد اعم من ذلك و نبه على ما ذكره في لك بقوله فان الفرض كونه و كيلا في كل شىء فيدخل فيه عتق عبيده و تطليق نسائه و هبه املاكه و نحو ذلك ما يوجب الضرر و التقييد خروج عن الكليه لأننا نقول لا نم ان التقييد خروج عن الكليه فان هذا التقييد لإطلاق جهه القضيه كتقييد اطلاق قوله اكرم كل عالم بوقت خاص اذ من الظاهر ان ما ذكر من قبل تقييد الاطلاق لا من تخصيص العام فتدبر و يعضد ما ذكرناه من قول لك بعد الإشاره الى الايراد المذكور و جوابه ان القيد معتبر و ان لم يصرح به حتى لو خصص بفرد واحد يقيد بالمصلحة فكيف بمثل هذا العام المنتشر و لا يق لا يمكن اعتبار المصلحة هنا كما اشار اليه في جامع المقاصد بقوله ان كون التصرف مقيدا بالمصلحة برفع الغرر غير ظ لان الجهالة في متعلق الوكالة باقيه و مع ذلك فان المصلحة في الامور المنتشره امر خفى جدا فلا بد من التزام احد امرين اما كون الغرر غير مانع من صحه هذا العقد او القول ببطلان الوكالة في هذه المسأله و نظائرها لكن يلزم القول بالبطلان فيما اذا و كله في جميع اموره مفضيه له لأن تفصيله لا يدفع الغرر لأننا نقول هذا مدفوع بما اشار اليه في لك بقوله بعد الاشاره اليه و هو غير واضح لان رعايه المصلحة تضبط الامرين و انتشار الامور لا يمنع من ذلك فان مرجع المصلحة الى نظر الوكيل فما علم فيه المصلحة بفعله و ما اشبهه يمتنع فعله و لأنه لو فصل ذلك العام المنتشر فقال و كلتك في عتق عبيدى و تطليق زوجاتى و بيع املاكى صح لان كل واحد منضبط برعايه المصلحة على ما اعترفوا به و ذلك مشترك بين الأمرين و ما ذكره في غايه الجوده و بالجمله ان مراعات المصلحة يمنع الحجه المذكوره و لو لا ذلك لما جاز التوكيل في نوع خاص كالبيع و الشراء و نحوهما لإمكان فرض ما ذكره هنا فما هو الجواب هنا فهو الجواب في محل البحث ثم ان ترتب الغرر العظيم في محل البحث غير متيقن بل غايته الاحتمال و لا دليل على كونه مفسدا للوكالة سلّمنا كونه متيقنا و لكن لا دليل على كونه مفسدا للوكالة حيث يكون السبب فيه اذن الموكل و رضاه به مع عدم خروجه به عن الرشد و دخوله في جمله السيفهاء و قد اشار الى هذا في مجمع الفائده بقوله في جمله كلام له ثم ان الظاهر صحه ذلك كما ان له ان يفعل بنفسه و ان تضرر هذا و قد يعارض ما ذكره الشيخ بان ترك هذه الوكالة قد يوجب الضرر العظيم فيبقى ما دلت على جوازها سليما عن المعارض فت و اما الثانى فواضح بعد ما بيناه من الدليل على صحه هذه الوكالة و

**ينبغي التنبيه على امور**

**الأول لا فرق على المختار فى التعميم بين ان يصرح الموكل بالتوكيل**

فى كل من الامور التى يصح بالتوكيل فى جمله من تلك الامور او بعضها بالخصوص و يأتى بعبارته عامه تدل على اراده التوكيل فى الباقي فالتوكيل فى جميع الامور على وجه الإجمال صحيح و لا يشترط التفصيل و التنصيص كما فى النهايه و الغنيه

و سم و فع و صره و التّحرير و د و لف و كره و جامع المقاصد و لك و الكفايه و مجمع الفائده و الرياض و حكاه فى لف و الايضاح و التنقيح عن القاضى و فى الاول و الثالث عن المفيد و الحلى و فى الرياض عن عامه المتأخرين عدا قليل منهم و ربّما يظهر من كره و لف و التنقيح و جامع المقاصد و لك مجمع الفائده و الرياض أنّ محل الخلاف هو صحّحه التوكيل فى جميع الامور التى يصحّ فيها التوكيل على وجه الإجمال و بطريق العموم الاصولى و ان الشيخ أنّما يخالف هنا لا مط و هو ضعيف بل المعتمد ما عليه المعظم و لهم وجوه منها العمومات السّابقيه و منها ما تمسّك به فى كره قائلًا الوجه عندى الصحّحه فى الجميع و يملك كلّ ما يتناوله لفظه لأنّه لفظ عام فيصحّ فيما تناوله كما لو قال بع مالى كله و منها ما احتج به فى كره أيضا قائلًا و لأنّه لو فصل و ذكر جميع الجزئيات المندرجه تحت اللفظ العام صحّح التوكيل سواء ضمّنها الى بعض او لا فيكون الاجمال صحيحا و قال الشيخ لا تصحّ الوكاله العامه و تبّه على هذا الوجه فى لف و الرياض بقولهما لنا ان كلّ فعل من الافعال التى يدخله التّيا به يصحّ التوكيل فيه بالتّصويّه و الاندراج تحت كلّى لأشخاص معيّنه فجاز ان يندرج تحت العموم لتناوله الجزئيات بالسوء او منها فحوى ما دلّ على كفايه ايجاب و القبول الفعليين فت و منها اشتراك الاجمال و التّفصيل فى الأحكام او اكثرها غالبا فكذا هنا عملا بالاستقراء فت و منها ان عدم جواز الإجمال قد يستلزم الحرج و الاصل عدمه فت

### الثّانى لا فرق فى الوكاله العامه على جهه الاجمال

بين ان يضيف الى نفسه كان يقول و كلّتك فى كلّ امورى او لا كان يقول و كلّتك فى جميع الامور و صار فى كره الى الفرق بين الامرين قائلًا- امّا الوكاله العامه فان يقول و كلّتك فى كل قليل كثير فان لم يضيف الى نفسه فالأقوى البطلان لأنّه لفظ مبهم فى الغايه و لو ذكر الاضافه الى نفسه فقال و كلّتك فى كلّ امر هو إلى او فى كلّ امورى او فى كل ما يتعلق بى او فى جميع حقوقى او بكلّ قليل و كثير من امورى او فوضت إليك جميع الأشياء التى تتعلّق بى و انت و كيلى مط فتصرّف كيف تشاء و فصل الامور المتعلقة التى تجرى فيها النيباه كقوله و كلّتك ببيع املا- كى و تطليق زوجاتى و اعتاق عبدى و لم يفصل على ما تقدّم او قال و كلّتك بكلّ امر هو الى ممّا يناسب فيه و لم يفصل اجناس التصرفات او قال اقمّتك مقام نفسى او و كلّتك فى كلّ تصرف يجوز لى او فى مالى التصرّف فيه جاز و اعترض عليه فى جامع المقاصد قائلًا الفرق الذى ذكره ليس بذلك الواضح لائن التوكيل أنّما يكون فيما يملكه الموكل اذ لا يعقل توكيل شخص اخر فيما لا يملكه الموكل فظ اللفظ و ان كان مطّ الا ان التوكيل و قرينه المقام تقيده و ما ذكره فى غايه الجوده

### الثالث لو اتى بعباره تدلّ بحسب الوضع على التوكيل فى جميع الامور

كقوله و كلّتك فى جميع الامور و لم يكن هناك قرينه تدلّ على المراد فهل يجب الحمل على ما يقتضيه الوضع او لا اشكال من أنّ الأصل وجوب الحمل على الحقيقه و من أنّ الغالب اراده العموم العرفى كما فى قوله جمع الأمير الصاغه و لكن الامر هنا سهل و لو أطلق التوكيل فقال انت و كيل و لم يفصل فالظاهر أنّه لا ينصرف الى التوكيل فى جميع الامور بل يكون هذه العبارة مجمله عرفا

### الرابع لو لم يعمّم الوكاله هذا التعميم بل خصّها بنوع خاص

او انواع او بصنف خاص او اصناف خاصه صحّح و لو كان باللفظ الموضوع للعموم و الظاهر أنّه ممّا لا خلاف فيه كما صرح به

فى كره قائلًا أمّا الوكّالهُ الخاصّه فهى المقصوره على نوع من الأنواع

ص: ٤٤٥

كبيع عبد و شراء جارّيه او محاكمه خصم او استيفاء دين و ما اشبه ذلك و لا خلاف فى جوازها و يعضد ما ذكره اولًا قول التنقيح الوكّالهُ أمّا بحسب الشّخص كقوله و كلتک فى بيع هذا الثوب او بحسب الصّنف كقوله و كلتک فى بيع لى ما يبعه او بحسب النوع كقوله و كلتک فى كلّ معاملاتى اليوميه المائيه او كلّ ما لى المعامله به و لا خلاف فى صحّه هذه الثلاثه و ثانيًا قول الرياض اذا خصّها من وجه مال او غيره صحّ بلا خلاف فيه فى الظاهر و به صرّح فى التنقيح

#### **الخامس لو قال بع ما شئت من مالى و اقبض ما شئت من ديونى صحّ**

و جاز التوكيل كما صرح به فى عد و التحرير و صرّح به فى كره أيضا قائلًا فيها لأنه اذا جاز التوكيل فى الجميع و فى البعض اولى و صرّح فيها بأنّه يصحّ التوكيل لو قال بع ما شئت من عبيدى و هو جيّد و ادعى عليه الاتفاق قائلًا و لو قال بع ما شئت من عبيدى جاز عندنا

#### **السادس لو قال بع مالى كلّهُ و اقبض ديونى كلّها**

جاز و صرّح به فى عد و التحرير و كره و جامع المقاصد بل صرّح فى التحرير بدعوى الإجماع عليه قائلًا لو قال بع مالى كلّهُ جاز اجماعًا و كذا اقبض ديونى كلّها و كذا اقبض دينى كلّهُ و لا فرق فى الجواز بين ان يكون ماله و ديونه معلومه فى وقت التوكيل او لا كما هو ظ اطلاق عد و التحرير بل صرح فى جامع المقاصد قائلًا لا فرق فى الجواز بين ان يكون ماله و ديونه معلومه فى وقت التوكيل او لا للتقييد بالمصلحه و وضع بعض الشافعيه صحّه التوكيل فى بيع ماله للجهاله و يجىء على قول الشّيخ فى ط عدم الصّيحّه قلت و فى كره لو قال بع مالى كلّهُ و اقبض ديونى كلّها صحّ التوكيل لأنّه قد يعرف ماله و ديونه و كما يصحّ اقبض ديونى كلّها كك يصحّ اقبض دينى كلّهُ كما صرّح به فى التحرير مدّعيا عليه الاجماع و صرّح به فى كره أيضا

#### **السابع لو قال بع من رايته من عبيدى جاز**

و صحّ التوكيل كما صرّح به فى كره

#### **الثامن صرّح فى عد و كره بأنّه لو قال و كلتک**

بما الى من تطليق زوجاتى و عتق عبيدى و بيع املا-كى جاز و هو جيّد و تبه عليه فى جامع المقاصد أيضا قائلًا لاندفاع الغرر بالتفصيل

#### **التاسع صرح فى كره بأنّه لو قال اشتر لى شينا او حيوانا**

او رقيقًا او عبدا او ثوبا و لم يعيّن الجنس فالأقوى عندى الجواز و يكون الخيار فى الشّراء الى الوكيل و يكون كالقراض من

حيث امره صاحب المال بشراء شىء و ما ذكره جيد

### العاشر لو قال اشتر لي ما شئت

فحكى فى التحرير عن بعض القول بالمنع قائلًا و لو قال اشتر لي ما شئت قيل لا يجوز لأنه قد يشتري ما لا يقدر على ثمنه و لو قيل بالجواز مع اعتبار المصلحة كان وجهها و لا يشتري إلا بثمن المثل فما دون و لا يشتري ما لا يقدر الموكل على ثمنه و لا ما انتفت المصلحة فيه و ما صار اليه هو الاقرب و صار اليه فى كره أيضا قائلًا و كذا يصح لو قال له اشتر ما شئت خلافا لبعض و عن احمد روايه أنه يجوز عملا بالأصل لأن الشريك و المضارب و كيلان فى شراء ما شاء و ح ليس له ان يشتري إلا بثمن المثل و لا يشتري ما يعجز الموكل عن ثمنه و لا ما لا مصلحة للموكل فيه

### الحادى عشر صرح فى كرهه بأنه اذا وكله فى بيع امواله صح

قائلًا و لا يشترط كون امواله معلومه بل يبيعها الوكيل و يبيع ما يعلم انتسابها اليه و هو جيد

### الثانى عشر لو قال بع بما باع فلان سلعتنه صحت الوكاله

سواء علم الموكل و الوكيل حين الوكاله بما باع به او جهلا- او اختلفا فى العلم و الجهل فالصور اربع و الوكاله فى جميعها صحيحه و اشترط فى عد علم احدهما بالمبلغ قائلًا- لو قال بع بما باع به فلان سلعتنه استدعى علم الوكيل بالمبلغ او الموكل و حكى فى جامع المقاصد عن كره اشترط علم الوكيل فى صحه البيع قائلًا- اشترط فى كره لصحة البيع علم الوكيل بما باع به فلان و لأن العمده تتعلق به فلا- بد ان يكون على بصيره من الأمر و هو صحيح فى موضعه فاما هنا فان ظاهره اشترط ذلك لصحة التوكيل و يرد عليه ان علم الوكيل من دون اعلام الموكل لا يندفع به الغرر فان كان مانعا اشترط علم الموكل ثم لا يجوز للوكيل البيع إلا اذا علم القدر و ان لم يكن مانعا لم يشترط علم كل واحد منهما لكن يجب على الوكيل الاستعلام قبل البيع و اعتماد المصلحة و ربما كان فى بعض ما ذكره مناقشه فت ثم على المختار لا بد للوكيل فى صورته جهله من معرفه ما باع به فلان كما صرح به فى جامع المقاصد فان باع جاهلا فان خالف ما باع به فلان و لا اشكال فى عدم لزوم بيع الوكيل و هذا يفسد من اصله او يتوقف على الإجازة يظهر من كره الاول و الاقرب عندى الاحتمال الثانى بناء على المختار من صحه بيع الفضولى و ان وافق ما باع به فلان فان اجاز الموكل فلا اشكال فى صحه البيع و لزومه و ان لم يجز ففى الحكم بالفساد ح اشكال من حصول اراده الموكل و ان كان الوكيل جاهلا و عموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و قولهم ع فى عده اخبار معتبره المؤمنون عند شروطهم و من ان انصرف الفعل الى الموكل دون الوكيل يتوقف على القصد و هو غير متحقق فى حال الجهل و احتمال الصحة فى غايه القوه و لكن لا- ينبغى ترك الاحتياط و هل يشترط العلم بما باع به فلان او لا و على الثانى هل يثبت بقول البائع او المشتري او الدلال مط او فى صورته حصول الظن او لا توقف هنا فى جامع المقاصد قائلًا بعد ما حكينا عنه سابقا ثم بما ذا يثبت العلم بقدر ما باع به لا- اعلم فيه تصريحًا و فى الاكتفاء بقول نحو البائع او المشتري او الدلال توقف و ليس التوقف فى محله بل الاقرب الأ-حوط هو عدم الثبوت بذلك إلا اذا حصل منه العلم بالصدق بل الاحوط الاقتصار على العلم الا اذا شهد العدلان بذلك فالأقرب الثبوت به

## منهل اذا قبل الوكاله و لم يشترط على الموكل جعلاً و اجره

و لم تجر العاده باخذ الأجره على الموكل لعمل الذى هو وكيل فيه فلا يستحق أجره و لو نواها بقلبه للأصل السليم عن المعارض و لو كان العمل الذى هو وكيل فيه ممّا جرت العاده باخذ الأجره عليه فان صرّح لفظاً بعدم ارادته اخذ الاجره فلا يستحقّها أيضاً و اما اذا لم يصرّح بذلك و لا علم من حاله أيضاً ففي استحقاقه لها اشكال

## منهل يجوز توكيل اثنين فى امر واحد

### اشاره

كما فى يع و كره و التّحرير و عد و صره و د و جامع المقاصد و لك و مجمع الفائده و الكفايه بل الظاهر أنّه ممّا لا خلاف فيه كما اشار اليه فى كره قائلاً يجوز تعدّد الوكيل فى الشىء الواحد و لا نعلم فيه خلافاً و كذا يجوز توكيل اثنين فى كل واحد من الامور المتعدّد بلا- اشكال و هو ينحلّ الى صور منها ان يوكل كلّاً منهما فى ذلك الامر او فى تلك الامور مستقلاً بمعنى انه يجوز لكلّ منهما التصرّف فى ذلك الامر او فى تلك الامور من غير توقّف على رضا الآخر و هذا جائز الى شبهه و يجوز لكلّ منهما التصرف من غير توقّف على رضا الآخر كما صرّح به فى يع و د و عد و التّحرير و كره و منها ان يوكلهما معا فى ذلك الامر او فى كلّ من تلك الامور بمعنى أنّ المجموع المركب هو الوكيل و لا اشكال فى جواز هذا أيضاً فيلزم صدور الموكلان فيه منهما معا و لا يجوز لأحدهما التصرف من غير رضا الآخر بل يتوقّف عليه و لا القسمه بان يخصّ التصرّف فى بعض الامور الموكلان فيها باحدهما و الباقي بالآخر و قد صرّح بجميع ذلك فى يع و صره و د و التّحرير و كره و لك و الكفايه و مجمع الفائده و كذا صرّح به فى جامع المقاصد قائلاً و ذلك لأنّ توكيله اياهما يؤذن بعدم رضاهما بتصرّف احدهما و لان التوكيل انما صدر كك و يعضد ما ذكره أوّلاً

ص: ٤٤٦

قول كره لأنّه لم يأذن له فى ذلك و أنّما يتصرّف فيما اذن له فيه موكله و ثانياً قول لك لأنّ توكيله اياهما على هذا الوجه مؤذن بعدم رضاه برأى احدهما و تصرفه منفرداً ثم ان الموكل فيه ح لا يخ اما ان يكون ممّا يجوز ان يأتى به اثنان دفعه واحده كردّ الوديعه و قبض الثمن او لا- يكون كك كعقد البيع فان المباشر له لا- يمكن له ان يكون واحداً فان كان الأوّل فالاحوط مباشرتهما معا للعمل و عدم الاكتفاء بتراضيهما معا و فعل بعضهما بل لزوم هذا فى غايه القوه و يجوز توكيل الوكيلين ثالثاً للعمل حيث يجوز لهما التوكيل و ان كان الثانى فهل يجب على كل منهما الإتيان بالعمل فيأتى كل منهما بعقد البيع اذا وكلا فيه معا او لا يجب ذلك الاقرب الثانى لأنّ الاول خلاف المفهوم عرفاً من عقد الوكاله و لان الانتقال لا يحصل بكل من العقدين و لا- بالمجموع المركب قطعاً فيلزم ان يكون الاخر خالياً عن الفائده و هو بط و قد اشار الى هذا فى مجمع الفائده قائلاً و معنى اجتماعهما صدور الموكل فيه و وجوده عن رأيهما معا فان كان عقداً ينبغى ان يأذن احدهما الآخر فيوقع الصّيغه و يحتمل ثالثاً اذ الظاهر جواز الأذن هنا فى مثله و يحتمل صدوره عن كل واحد فيوقع احدهما مع المشتري او الزوج ثم الاخر هكذا قال فى ح يع و فيه تامل اذ العقد الصّيغه حيح الغير المؤثر للمطلوب المترتب عليه بل يكون موقوفاً على عقود اخر غير معهود فى الشرع و فى صدق تعريف العقد الصّيغه حيح تامل و تكلف فلا يبعد كون هذا قرينه أيضاً على جواز التوكيل كما اذا و كلّ احداً فى الأمر لا

يقدر عليه انتهى و على المختار يتحقق الاجتماع الذى هو مقتضى التوكيل المفروض باتفاقهما و رأيا و ان صدرت الصيغة من احدهما لان فعله ح يقوم مقام فعلهما كما ان فعل الوكيل يقوم مقام فعل الموكل و لذا يسند اليه الفعل حقيقه و ما ذكر يكون مقتضى العقد و هو يشترط ح ان يوكل الذى لم يباشر الصيغة من مباشرها او لا بل يكفى مجرد رضا الاول فيه اشكال و لكن الثانى اقرب و كذا يتحقق الاجتماع المذكور بتوكيلهما ثالثا حيث يجوز لهما التوكيل كما صرح به فى لك قائلا المراد باجتماعه صدورهما عن رأيهما و امرهما معا لإيقاع كل منهما الصيغة و ان كان ذلك جائزا أيضا فلكل احدهما فى ايقاع الصيغة او وكلا ثالثا ان اقتضت و كالتها جواز التوكيل و الأ تعين عليهما ايقاع الصيغة مباشرة فيوقعها كل واحد و يمكن ان يكون من مواضع توكيل الوكيل او يكون احدهما يوكل الاخر لدلاله القرائن على أنه لا يريد مباشرة الصيغة مرتين غالبا و هذا بخلاف ما لو اوصى على الاجتماع فان توكيل احدهما للاخر و توكيلهما لثالث جائز و الفرق بين الوصى و الوكيل ان الوصى يتصرف بالولاية كالأب بخلاف الوكيل فانه يتصرف بالأذن فيتبع مدلوله و يعضد ما ذكره قول مجمع الفائده و الظاهر عدم الشبهه فى جواز توكيل احدهما الاخر الأ مع عجزهما فيوكلان ثالثا فاما فى الوصيين فالتوكيل اظهر اذ تصرفهما بالولاية كالموصى مثل الاب و الجد كما مر ان له التوكيل منه و هل هذا التوكيل من الاسباب المقتضيه لجواز توكيلهما لثالث كما احتمله فى لك او لا الأقرب الثانى و هو احوط أيضا كما لا يخفى و منها ان يطلق توكيلهما كان يقول و كلكما فى الامر الفلانى و لم يصرح بالاستقلال و الاشتراك و الاجتماع و لا اشكال فى جواز هذا و هل ينصرف الى الاستقلال او الى الاجتماع حيث لا قرينه حاله تدل على احد الأمرين فالمعتمد هو الثانى كما صرح به فى يع و صره و الإرشاد و عد و التحرير و كره و مجمع الفائده بل الظاهر أنه مما لا خلاف فيه كما اشار اليه فى الاخير قائلا و اما مع الاطلاق فان وجدت قرينه داله على ان المراد الانفراد او الاجتماع فليتبع أيضا مثل ان و كل اولا احدهما فى امور و صرفه فيها ثم و كل الأخر فيها و سلمها اياه مع غيبه الاخر فأنهما ينفردان و كذا الكلام فيما اذا وجدت قرينه داله على ان المراد هو الاجتماع و ان لم يوجد قرينه داله على ان المراد هو الاجتماع و ان لم يوجد قرينه مقيده فظ الأصحاب انه لا كلام فى كونهما مجتمعين لا منفردين كما شرط الاجتماع و دليله الاصل عدم الوكاله و عدم جواز التصرف فى مال الغير الأ باذنه و قد يتحقق منهما و لم يتحقق فى كل واحد فيبقى

على العدم لان قوله و كلكما صريح فى كونهما و كيلين فيما و كلاه بمنزله مخاطب واحد و توجه الخطاب الى كل واحد اليهما معا بالوكاله مثل توجيهه الى واحد منهما بمنزله واحد و جعلهما اثنين منفردين و توجه الخطاب الى كل واحد واحد على حده غير ظاهر و لا مفهوم من العبارة فلا دال على الوكاله فى الوصيه خبر يدل على كونهما معا و كيلين لا كل واحد مع الإطلاق و ما ذكره جريد و اما مع وجود القرينه حاله على احد الأمرين فيجب المصير اليها و هل يشترط فيها العلم بالمراد و الأ يجب الحكم بالاجتماع و ان حصل الظن بالاستقلال او لا بل يكفى الظن اشكال و الاحوط الاول الأ اذا كانت القرينه الظنيه مما يعتمد عليها اهل اللسان اولى فى فهم الخطاب فيجوز الاعتماد عليها ح بلا اشكال و

**ينبغى التنبيه على امور**

**الاول لو مات احد الوكيلين حيث كان المعتبر اجتماعهما**

بطلت الوكاله كما اذا ماتا معا و ليس للحاكم ان يضم الى الموجود امينا و قد صرح بالامرین فى يع و شاد و عد و التحرير و كره و جامع المقاصد و لك و مجمع الفائده بل الظاهر أنهما مما لا خلاف فيه و احتج على الاول فى جامع المقاصد بأنها لم تثبت



لأحدهما بالاستقلال و على الثانى بأنه لا ولاية للحاكم هنا بخلاف الوصيين لان التصرف فى حق الميت و و اليتيم له و لهذا لو لم يوص الى احد اقام الحاكم امينا فى النظر و اشار فى كره و لك الى جميع ما ذكره فى مقام الاحتجاج على الثانى و لا فرق فيما ذكر بين ان يكون الموكل حاضر او غائبا مط و نبه فى مجمع الفائده على التفصيل قائلا لو مات احدهما بطل وكالتهما كما اذا ماتا او كان وكيلا واحدا فمات ليس للحاكم ضم واحد اخر اليه و انفاذ احكام الوكالة و ان كان المالك غائبا الا ان يحتاج اموره الى الوكيل و هو غائب فلا- يبعد الصيحه ح حيث احتاج الى الوكيل و كان للباقي دخل و جعل واحد اخر معه اولى من عزله بالكلية و نصب غيره كما سيجى ء ان للحاكم ان يضم الى الاخر ان مات احد الوصيين و فيما ذكره نظر بل المعتمد ما قلناه

### **الثانى لو غاب احدهما لم يكن للاخر التصرف**

حيث كان المعتمد اجتماعهما و ليس للحاكم هنا الضم الى الموجود أيضا كما صرح به فى عد

### **الثالث لو جحد الغائب الوكالة او عزل نفسه**

لم يكن للاخر التصرف كما صرح به فى كره و التحرير و زاد فى الاول قائلا و لا تعلم فيه خلافا

### **الرابع صرح فى كره و التحرير بأنه ان حضر احد الوكيلين و الآخر غائب**

فادعى الوكالة لهما و اقام البينه بها عند الحاكم و حكم بثبوت الوكالة لم يملك الحاضر وحده فاذا حضر الاخر تصرفا معا و لا يحتاج الى ادعاء البينه لأن الحاكم سمعها لها مره و زاد فى الاول قائلا لا يق هذا حكم الغائب لأننا نقول الاصل الحكم للحاضر و اما الغائب فدخل ضمنا كما انه يحكم للوقف الذى ثبت لمن يخلق بعد لأهل من يستحقه

ص: ٤٤٧

فى الحال فكذا هنا

### **الخامس صرح فى للتحرير و عد و جامع المقاصد بأنه لو وكلهما فى حفظ ماله**

حفظاه معا و زاد فى الأخير قائلا- المراد بكونه لهما ان يكون الاحراز فيه حقا لهما معا و لا يجوز لأحدهما الانفراد بحفظه و لا قسمته ان قبل القسمه لأن الماذون فيه هو حفظهما معا فيجب اتباع الاذن و ما ذكره جيد

### **منهل اذا أطلق الوكالة فى البيع فقال و كلت فى بيع الشىء الفلانى فذكروا ان الاطلاق المذكور يقتضى امورا**

#### **اشاره**

منها عدم جواز البيع بما ينقص عن ثمن المثل نقصانا لا يتسامح به عادة و جوازه بثمان المثل و قد صرح بجميع ذلك فى الغنيه و يع و التبصره و الارشاد و عد و كره و اللمعه و جامع المقاصد و لك و ضه و مجمع الفائده و الكفايه و هو المعتمد و لهم اولا

ظهور الاتفاق على ذلك و ثانيا قول جامع المقاصد لا- خلاف في هذا الحكم و ثالثا ما تبّه عليه فيه أيضا بقوله و الأصل فيه وجوب حمل اطلاق اللفظ على المعهود فان البيع بدون ثمن المثل بخس و هو خلاف الغالب و يعضد ما ذكره اولاً قول مجمع الفائده وجه اقتضاء الوكاله في البيع بضمن المثل اذا لم يكن هناك باذل ازيد و كون الثمن نقد البلد و حالا هو ان المتبادر من الإطلاق ذلك عرفاً و عادة فيحمل عليه لأنّ المدار في امثال ذلك عليه و ثانيا الأصل و هل يجوز له البيع بما نقص عن ثمن المثل نقصانا يتسامح به عادة فيبيع ما يكون ثمن مثله الف درهم بالتناقص عنه بدرهم او نصفه او لا- يجوز ذلك بل يجب الاقتصار على ثمن المثل ظ الكتب المتقدمه المطلقه للحكم باقتضاء الإطلاق البيع بضمن المثل كالغنيه و يع و التبصره و د و اللّمعه الثاني و صرّح بالاول في عد و جامع المقاصد و لك و ضه و مجمع الفائده و هو الاجود و اذا كان ممّا يتسامح به بعض الموكلين دون بعض فالاقرب اعتبار حال موكله و ان اشتبهت فينبغي مراعات الاحتياط و صرّح في الكفايه بانه لو لم يوجد الاّ مشترى أقلّ من ثمن المثل و علم اضطرار الموكل الى البيع لم يبعد جواز البيع بالأقلّ و ما ذكره جيّد في صورته العلم برضاء الموكل بذلك و مع عدمه ففيه اشكال و هل يجوز الاقتصار على ثمن المثل مع وجود باذل للزيادة عليه من غير مباطله او لا بل يجب عليه ح البيع بالزائد عليه صرّح بالثاني في كره و عد و جامع المقاصد و لك و ضه و الكفايه و مجمع الفائده و هو جيّد و لهم ما اشار اليه في جامع المقاصد وجه ذلك أنّه تصرّف يخالف الغبطه و المصلحه و الوكيل مأخوذ عليه ان يكون تصرّفه مشتملا على الغبطه و يحتمل الجواز لان اطلاق الوكاله منزل على البيع بضمن المثل فيجوز البيع على كلّ حال و يضعف بان البيع بضمن المثل في العاده الغالبه أنّما هو حيث لا يوجد من يشتري بالزائد فيحمل اطلاق الوكاله على ذلك و هو الأصحّ و يعضد ما ذكره قول كره لأنه منصوب لمصلحه الموكل و ليس من مصلحته البيع بالاقبل مع وجود الأكثر و على ما ذكر لو باع الوكيل بضمن المثل ثم وجد البازل للزيادة فان كان بعد انقضاء زمن الخيار لم يجز الفسخ كما صرّح به في كره قائلاً لا كلام فيه و ان كان في اثناء الخيار للوكيل و صرّح في كره و ضه و لك و مجمع الفائده بانه يجب على الوكيل الفسخ و البيع بالزيادة و مقتضى اطلاق كلامهم عدم الفرق بين اقسام الخيارات و لهم ما تبّه عليه في كره بقوله لاقتضاء مصلحه الموكل ذلك و الزام البيع مناف لها فلا يملكه الوكيل و قال بعض العامه انه لا يلزمه فسخ العقد لان الزيادة منهي عنها فلا يلزمه الرجوع اليها و لان الزائد قد لا يثبت على الزيادة و لا يلزم الفسخ بالشك و هو غلط لأنّها زياده في الثمن امكن تحصيلها فاشبه ما لو جاء به قبل البيع و النهى متوجّه الى الذي زاد لا- للوكيل فاشبه من جاز الزيادة قبل البيع بعد الاتفاق عليه و فيما ذكره من لزوم الفسخ ح نظر و لكنه احوط و على تقدير لزومه اذا ترك الفسخ ح فهل يضمن او لا اشكال و الاحتمال الثاني في غايه القوه و اذا لم يكن الوكيل قادرا على الفسخ فهل يجب عليه اعلام الموكل بوجود البازل للزيادة او لا- الاحوط الاول و لكن الثاني اقرب و هل يجب على الوكيل الفحص عن البازل للزيادة او يجوز البيع بضمن المثل قبله الاحوط الاول و لكن الثاني اقرب و اذا كان من يشتري بضمن المثل او يق من البازل للزيادة و احسن و فاء فهل يجب البيع على الاول او على الثاني او يتخير بينهما احتمالات ربّما يظهر الاخير من قول مجمع الفائده نعم يمكن عدم التفاوت اذا كان الزائد ممّن لا اعتماد عليه بان يحتمل ان يجي ء و يطلب الفسخ بخيار او بحيله او جبرا او يكون في ثمنه شبهه يتحرّز عن مثله لموكله

او يكون ممّن لا ينبغي معامله معه و بالجمله يكون المصلحه في عدم معامله اكثر مع كثره ثمنه مع غيره مع قلته و لكن كلامه ليس بصريح في التخيير و كيف كان فالاحوط البيع على من يكون معامله معه اصلح و ان تساويا من كل جهه فالتخيير و اذا عين الموكل ثمنا خاصا فباع الوكيل بذلك الثمن ثم وجد البازل للأزيد منه في زمن خياره فهل يجب عليه الفسخ ح كما تقدم او لا- الاقرب الثاني كما صرّح به في ضه و لك قائلاً- في الاخير و الفرق أنّه في الاول مخاطب بالعمل بالامر المتعارف و هنا

بالعمل بما عيّن له و مال في مجمع الفائده الى الاول قائلًا يمكن ذلك فيما عين الثمن أيضا فان الظاهر ان تعيينه انما هو لظنه عدم الزيادة عليه و هو المفهوم عرفا اذ المفارق و الغالب ان شخصا لم يبيع ما نقص مع وجود الزائد و الامور محموله على الغالب و العرف العام مع ان ذلك أيضا منوط المصلحه و لا مصلحه في البيع بالتناقص مع وجود الزائد و احتمله ما ذكره في لك أيضا و هو ضعيف و الظاهر ان الصّليح و الاجاره كالبيع في جميع ما ذكر و منها كون ثمن المثل من نقد البلد و قد صرح بهذا في الغنيه و يع و صره و د و عد و اللمعه و جامع المقاصد و ضه بل الظاهر انه ممّا لا خلاف فيه كما يستفاد من جامع المقاصد و هو متجه غالبا و لكن قد يستشكل فيه في بعض الصور و لعلّه لذا صرح في الكفايه بانهم قالوا الاطلاق يقتضى ان يبيع بنقد البلد و لو احيل الامر على العرف كان متجها و عدم القائل بالفصل غير معلوم لإمكان تنزيل اطلاق الكتب المتقدمه على الغالب و على تقدير لزوم اعتبار نقد البلد لا يخ اما ان يكون متحدا او متعددا فان كان الأوّل تعين بلا اشكال و ان كان الثاني فصرح في كره و التحرير و ضه و مجمع الفائده بأنه يلزم اعتبار الاغلب و هو جيّد و ان تساويا او تساوت ففيه احتمالات احدها ممّا تبّه عليه في التحرير و مجمع الفائده بقولهما فان تساويا باع بما شاء منهما و ثانيهما ما تبّه عليه في كره بقوله فان استويا في المعامله باع بما هو انفع للموكل فان استويا تخيرا و قال بعض الشافعيه اذ استويا في المعامله و جب ان لا يصح التوكيل ما لم يبين كما لو باع بدراهم و في البلد نقدان متساويان لا يصح حتى يقيد باحدهما و ثالثها ما تبّه عليه في ضه بقوله فان تساوت النقود باع بالأنفع فان استقرت نفعا تخير و ما ذكره في ضه اقرب عندي و منها كون البيع حالا لا مؤجلا و قد صرح بهذا في الغنيه و يع و عد و د و التحرير و صره و اللمعه و ضه و جامع المقاصد بل يظهر من الأخير نفى الخلاف فيه و في اطلاقه

ص: ٤٤٨

اشكال و لعلّه لذا قيل قالوا الاطلاق يقتضى ان يبيع حالا و لكن الأحوط ما ذكره بل لا يخ عن قوه و

**ينبغي التنبيه على امور**

**الأول لو خالف الوكيل ما يقتضيه الاطلاق من الامور المتقدمه عمدا او سهوا**

كما لو باع بالاقبل من ثمن المثل او بغير نقد البلد او نسيه فلا اشكال في عدم لزومه و قد ادعى عليه الاتفاق في كره قائلًا لو أطلق البيع و قال قد و كلتك في بيعه و لم يعين ثمننا و لا نقدا و لا حولا فباع بغير نقد البلد من العروض و النقود او بغبن فاحش او مؤجل فاذا فعل ذلك لم يصح و كان مخالفا لأنّ العرف اقتضى صرف اطلاق اللفظ الى المعتاد المتظاهر بين الناس من البيع و بالنقد و من نقد البلد الذي بيع فيه المبيع و بضمن المثل و الحال فلا يملك الوكيل غير ذلك عند علمائنا اجمع و هل يفسد البيع ح او لا بل يتوقف على اجازة الموكل فان اجازة صح و لزم و الا فلا صرح بالاول في الغنيه قائلًا فان خالف لم يصح البيع لأنه لا خلاف في صحته مع حصول ما ذكرنا و ليس على صحته اذا لم يحصل دليل و فيما ذكره نظر بل الاقرب عندي

**الثاني كما صرح به في يع و كره و جامع المقاصد و صرح فيه و في كره بأنه ان سلم العين قبل الاجاره**

كان عاديا ضامنا الثاني اذا و كله في الشراء و أطلق اقتضى الاطلاق شراء الصحيح دون المعيب كما صرح به في يع و التبصره و جامع المقاصد و لك و الكفايه و قد صرح بنفي الخلاف فيه في لك قائلًا لا خلاف عندنا في ان اطلاق الوكاله بالشراء يقتضى

شراء الصَّحيح دون المعيب لأنه المعهود عرفا خصوصا فيما يشتري للقنيه و بهذا فارقت الوكاله القراض و يعضد ما ذكره قول جامع المقاصد لأنَّ الغالب في المعامله هو ذلك فيحمل الاطلاق عليه و ما ذكره جَيِّد و لو خالف فاشترى المعيب فان كان عالما به حين البيع فلا اشكال في عدم لزومه و هل يفسد او لا بل يتوقف على اجازة الموكل فان اجاز صحَّ و الا لا الاقرب الاخير كما ذهب في لك و ان كان جاهلا فالاقرب عندى عدم الفساد و هل يلزم او لا بل يتوقف على الاجازة فيه اشكال اشار اليه في لك بقوله فاذا خالف الوكيل فاشترى المعيب عالما كان فضوليا و ان كان جاهلا وقع عن الموكل لأنه مكلف بالظاهر و الوقوف على الباطن قد يعجز عنه بخلاف ما لو اشترى بازيد من ثمن المثل فانه لا يقع عن الموكل و ان كان جاهلا لأنَّ نقص قيمه امر ظ مستند الى تقصيره في تحرير قيمه بخلاف العيب كذا قرره و يشكل الحكم فيهما على الإطلاق فان من المعيب ما هو اظهر من الغبن كالعود و العرج و من الغبن ما هو اخفى على كثير من اهل الخبرة في كثير من العيوب كما في الجواهر و نحوها و الذى يقتضيه العرف و يوافق النظر ان العيب و الغبن ان كان ممَّا لا يخفى غالبا وقع الشراء عن الموكل مع الجهل بها و الّا وقف على الاجازة فينبغى تامل ذلك و يظهر من كلامه نوع تزلزل في المسأله و الامر هنا سهل لأنَّ الخيار فى الفسخ هنا ثابت و ان كان باعتبار العيب و مع هذا فثبوت الخيار المفروض هنا فى غايه القوه

### **الثالث قال فى كره لو قال الموكل للوكيل بع بكم شئت**

جاز البيع بالغبن و لا- يجوز بالنسيه لأنه قوض اليه تعيين القدر بلفظ كم لأنها كناية عن العدد و يبقى فى النقد و النسيه على الاطلاق كان فلا يتناول اللاحق بنقد البلد لان تعميمه فى احد الثلاثة لا يقتضى تعميمه فى الباقي و ما ذكره جَيِّد

### **الرابع قال فى كره لو قال بع بما شئت فله البيع بغير نقد البلد**

و لا يجوز بالغبن و لا بالنسيه و هو جيد أيضا

### **الخامس قال فى كره لو قال بع كيف شئت فله البيع بالنسيه**

و لا يجوز بالغبن و لا بغير نقد البلد و قال بعض الشافعيه يجوز الجميع و لا باس به عندى و ما نفى عنه الباس جَيِّد

### **السادس قال فى كره لو قال بع عروضاً**

فهو كما لو قال بع بكم شئت قاله بعض الشافعيه و قال آخرون له البيع بالعرض و الغبن و لا يجوز البيع بالنسيه و هو المعتمد و ما اختاره من عدم جواز البيع نسيه متجه

### **منهل اختلف الاصحاب فى جواز ان يشتري الوكيل المال الذى وكل فى بيعه**

و تحقيق الكلام هنا يقع فى مقامات الأول اذا اذن الموكل لوكيله فى بيع ماله من نفسه صريحا فباع و تولّى طرفى الايجاب و القبول بنفسه صح البيع عند العلامة ره فى لف و عد و فع و المحقق الثانى فى جامع المقاصد و الشهيد الثانى فى لك و المقدّس الأردبيلي فى مجمع الفائده و عزاه فى لك الى الأكثر و حكى الشهيد فى غايه المراد عن الشيخ و الحلّى و كثير من الاصحاب

المنع للأولين ما ذكره في لك من وجود المقتضى و هو اذن المالك له في البيع المذكور و انتفاء المانع اذ ليس الا كونه و كيلا و ذلك لا يصلح للمانع و قد يناقش في المقدمتين اما في الاولى فبالمنع من كون اذن الوكيل بنفسه مقتضيا للصحة لأن الصحة حكم شرعى يتوقف على دليل من الشرع و لم يتم دليل على ثبوتها بمجرد الاذن فاذا الاصل الفساد و عدم ترتب الأثر المقصود من المعاملة و امّا في الثانية فبالمنع من انتفاء المانع لو سلم وجود المقتضى بل المانع موجود و هو امور الاول ان الوكيل اذا اشترى ذلك المال صار متهما بالخيانة و هو يستلزم الفساد الثاني أنه يصير ح موجبا و قابلا و هو يوجب فساد المعاملة الثالث انه يجب عليه مراعات مصلحة المبالغه في نقض الثمن و مراعاة مصلحة الموكل بالمبالغه في زياده الثمن و هما ممّا لا يجتمعان فان رجح الأول صار سفيها و معاملة السفيه باطله و ان رجح الثاني صار خائنا و تصرف الوكيل الخائن غير جائز فيلزم فساد المعاملة لا محاله الرابع ان شرط اللزوم التصرف و هو لا يحصل بين الشخص و نفسه و ممّا ذكر ظهر حجه المانع و قد يجاب عن المناقشين امّا عن المناقشه في المقدمه الاولى فبالمنع من عدم قيام الدليل على صحة المعاملة كيف و عموم قوله سبحانه أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَ أَوْفُوا بِالْعُقُودِ من مقتضياتها كما اشار اليه بعض الأصحاب و يؤيد هذا ان الظاهر من الاصحاب الاعتراف بوجود المقتضى للصحة و انما الخلاف في وجود المانع في خصوص البحث و يظهر هذا بالتبع في كلماتهم في هذه المسأله و يؤيده روايه جابر بن يزيد و معاويه بن وهب عن ابي عبد الله ع من وكل رجلا على امضاء امر من الامور فالوكاله ثابتة حتى يعلمه بالخروج كما اعلمه بالدخول فيها و روايه هشام بن سالم عن ابي عبد الله ع عن رجل وكل اخر على وكاله في امضاء امر من الامور و اشهد بذلك شاهدين فقام الوكيل فخرج لإمضاء الامر فقال اشهدوا اني قد عزلت فلانا عن الوكاله فقال ان كان الوكيل امضى الأمر الذى وكل فيه قبل ان يعزل عن الوكاله فان الامر واقع ماض على ما امضاه الوكيل كره الموكل أم رضى قلت فان الوكيل امضى الامر قبل ان يعلم بالعزل او يبلغه أنه قد عزله عن الوكاله فالامر ماض على ما امضاه قال نعم قلت فان بلغه العزل قبل ان يمضى الأمر ثم ذهب حتى امضاه

ص: ٤٤٩

لم يكن ذلك بشىء قال نعم انّ الوكيل اذا وكل ثم قام من المجلس فامر به ماض ابدا و الوكاله ثابتة حتى يبلغه العزل عن الوكاله قيل و يفهم من كره أنه رواه الشيخ فى الصّحيح و اما عن المناقشه فى المقدمه الثانيه فبالمنع من كون الامور المذكوره صالحه للمانع اما الاول فلما ذكره فى جامع المقاصد و لك من منع التهمه مع الاذن و لزوم مراعاة المصلحه المعتبره فى كل و كيل و اما الثاني فلعدم الدليل على منع تولّى شخص واحد طرفى العقد و عدم جواز كونه موجبا و قابلا و ان حكى عن بعض الاصحاب لا عقلا - و لا نقلا بل يظهر من لك دعوى الإجماع على جوازه فأنه قال بعد نقل القولين و دليلهما و لا ريب فى قوه جانب الجواز لمنع التهمه مع الاذن و مراعاة المصلحه المعتبره فى كل و كيل و جواز تولّى الواحد الطرفين عندنا و اما ما قيل من ان الاصل فى العقد ان يكون من اثنين احدهما موجب و الاخر قابل فجاوبه أنه ان اريد الاثنييه الحقيقيه فلا دليل عليها و ان اريد الأعم منها و من الاعتباريه فهى حاصله كما اشار اليه المحقق الثاني قائلا الثانيه انه لا يكون الواحد و كيلا عن المتعاقدين و قد منع منه بعض الاصحاب و هو محكى عن ابن ادریس فى اخر السرائر لأن الاصل فى العقد ان يكون من اثنين احدهما موجب و الاخر قابل و الاقرب عند المص الجواز عملا بعموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و نحوه و الاثنييه المعتبره فى الايجاب و القبول حاصله فان الوكيل من جهه كونه بايعا مغايرا له من جهه كونه مشتريا و هذا القدر كاف فى تحقيق الايجاب و القبول و لأنه يجوز للأب تقويم جاريه الابن على نفسه و ليس المراد الا توليه طرفى العقد الناقل بذلك و هو الأصح و ممّا يقوى ما ذكر دعوى الشيخ فيما

حكى عنه الاجماع على كفايه التغير الاعتبارى فى عقد النكاح لأن كفايته هناك يلزم كفايته هنا بطريق اولى و اما الثالث فللمنع من وجوب المماكسه لنفسه كما اشار اليه المقدس الأردبيلى ره قائلا و اما البيع على نفسه فمع الاذن صريحا او القرينه الداله على ذلك بوجه فالظاهر الجواز مع المصلحه اذ لا مانع ح لزوم الاتحاد و وجوب المماكسه و قد عرفت انها ليسا بمانعين لوجودهما فى الاب و الجد على انه قد تسامح فى ماله و يلاحظ جانب الموكل فمتى علم رضاه و اذنه يجوز ذلك و اما الرابع فلان كون التفرق شرطا للزوم لا يلزم كونه شرط الصّحه المقصود فى المسأله بالبحث مع أنه انما يتم لو سلم ثبوت خيار المجلس فى المسأله و لم يشترط اسقاطه و ان منع من احد الامرين لم يتجه ذلك الثانى اذا اذن الموكل لوكيله بذلك صريحا و وكل الموكل غيره للقبول عن نفسه فالظاهر جوازه عند المجوزين فى المسأله الاولى و منعه عند المانعين عنها و ان كان ما تمسكوا به على المنع من عدم جواز تولى الطرفين غير جار هنا و ذلك لإطلاق كلام الفريقين بحيث يشمل هذه الصوره فت و كذلك الكلام فى ما لو وكل الوكيل فى الايجاب و تولى بنفسه القبول الثالث اذا منع الموكل من بيع الوكيل من نفسه لم يصحّ و الظاهر انه اتفاقى و الوجه فيه واضح الرابع اذا صرح الموكل بالاذن بالبيع من غير الوكيل و سكت عنه فباع الوكيل من نفسه و لم يكن هناك شاهد حال يدلّ على رضاه الموكل بما فعله الوكيل فلا يصحّ مع عدم اجازته الوكيل و اما معها فيحتمل الصّحه و لم اجد احدا صرح بهذا الخامس اذا أطلق الموكل الاذن فى البيع فقال بع لى هذا فاختلف الاصحاب فى دخول الوكيل على قولين الاول المنع من الدخول و هو محكى فى غايه المراد عن الإسكافى و الحلّى و الشيخ فى ط و الخلاف الثانى الجواز و هو لجماعه للأولين وجوه الاول اصاله عدم الأذن و لا معارض لها سوى الاطلاق و هو لا يصلح للمعارضه لانصرافه بحكم التبادر الى غير الوكيل لان المفهوم منه عرفا البيع على غيره و لا مغايره بين الشخص و نفسه الثانى روايه هشام بن الحكم عن ابى عبد الله ع قال اذا قال لك الرجل اشترى لى فلا نعظه من عندك و ان كان الذى عندك خيرا منه الثالث روايه اسحاق قال سألت ابا عبد الله ع عن الرجل يبعث الى الرجل يقول له ابتع لى ثوبا فيطلب له فى السوق فيكون عنده مثل ما يجد له فى السوق فيعطيه من عنده قال لا تقربن هذا و لا تدلسن نفسه ان

اللّه تعالى يقول إِذَا عَرَضْنَا الْأُمَمَانَ عَلَى السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَالْجِبَالِ فَأَبَيْنَ أَنْ يَحْمِلْنَهَا وَأَشْفَقْنَ مِنْهَا وَحَمَلَهَا الْإِنْسَانُ إِنَّهُ كَانَ ظَلُومًا جَهُولًا و ان كان عنده خير ممّا تجد له فى السوق فلا تعطيه من عندك لا يق مورد هاتين الروايتين غير محل البحث و لا يجوز الاستدلال بها عليه لأننا نقول لا فرق بين موردها و محل البحث عند الاصحاب على ما نصّ عليه فى لك قائلا بعد نقل خبر هشام و يمكن الاحتجاج على منع البيع أيضا لعدم الفرق القائل به و يعضد ما ذكره اولا قول مجمع الفائده بعد التصريح بأن الاصل عدم الاذن و يؤيده أيضا بعض الاخبار فى المنع عن الشراء لعدم الفرق و القائل به على الظاهر و ثانيا قول غايه المراد و كذا الوكيل فى الشراء لا يشتري لنفسه لما ذكرناه و لما رواه هشام و منه يظهر المنع من البيع و للآخرين ما ذكره فى مجمع الفائده و لف من الأصل و فهم الاذن من الاطلاق و زاد فى الأوّل قائلا و لا شكّ انه يصدق على بيعه على نفسه انه بيع لغه و العرف المدعى و التبادر كك م و لأصل عدم النقل و التخصيص و التبادر و يؤيده ما تقدم فى بحث الحج ان للموصى ان يحج بنفسه عن الوصى للروايه و انه لو وكله فى تقسيم المال على قبيل هو منهم يجوز الاخذ لنفسه أيضا للروايه و ان كان فيهما خلاف و تامل الآ ان بعض من منع هنا قال به هناك مع ان هناك اقرب او اخرج او اقسام او اظهر فى الدلاله على الغير من بع و الروايتان فى الشراء و قد يفرق على ان ليستا صريحتين فى المنع عن الشراء بل عن العطاء مط و هو اعمّ و انه قد يكون المراد الاولى و الاحسن اذ مع ظنّ التهمه و التدليس كما هو ظ الروايه الثانيه للآيه و لقوله لا يدلّسن او يكون المنع عن التدليس لقوله و لا يدلّسن او مع فهم المنع على ان فى سندهما تاملا فانهما مرويتان فى كتاب المكاسب من يب فى سند الاولى داود بن رزين

و ما رايته في كتاب الرجال و ان كان هو داود بن رزين فهو أيضا غير معلوم التوثيق فإنه مذکور في كتاب الشيخ و النجاشي و الكشي بغير توثيق بل مدح أيضا نعم قال في ضه قال النجاشي انه ثقہ؟؟؟ و جش ثقہ و لكن ما رايته في كتابه ثقہ و التوثيق في الكتاب الذي عليه اثر الصيحه بل عليه خط ابن طاوس على ما يظهر و بالجملة الصيحه غير معلومه و لهذا ما صححت في كتب الاستدلال مثل ح المتن و ح يع و في سند الثانيه الحسن بن علي كأنه ابن فضال على الظاهر و الوليد بن مدرک و ما رايته و اسحاق مشترك بل الظاهر أنه ابن عمار الذي لهم فيه كلام و لا شك ان الاحوط الامتناع كما اقتضاه الروايه و ان كان دليل الجواز لا يخ عن قوه فت ثم ان الظاهر انه لا فرق بين نفسه و وكيله و عبده الماذون و يمكن الفرق اذ قد لا يجري دليل المنع في النفس و فيهما و هو ظ و لم يفرق بعض العامه بين الوكيل و الموكل في العقد لنفسه اذا وكلته

ص: ٤٥٠

الزوجه في التزويج لنفسه لان يد الوكيل يد الموكل و هو بمنزلته و هو ح بعيد اذ لا وجه الا للاتحاد و لا اتحاد فت و قد يناقش في بعض ما ذكره و التحقيق ان يق ان الكلام في المسأله كلام في مسئله لغويه لا شرعيه فلا بد فيها من الرجوع الى القواعد التي تتعلق بتحقيق اللغات فيقول ان الاطلاق المزبور ان كان الظاهر منه العموم في عرف الموكل فلا بد من الحمل عليه و ان كان الظاهر منه عدم العموم في عرف غيره و ان لم يكن ظاهرا فيه في عرفه بل يكون ظاهرا في البيع من غير الوكيل كما هو الغالب فلا بد من الحمل عليه أيضا و بالجملة المعتبر عرف الموكل و ما يقصده حين الخطاب بالتوكيل و ان شك فيه فلا بد من الرجوع الى العرف و اللغه كما هو الحال في تحقيق ساير الخطابات و مما ذكر يظهر حكم اطلاق التوكيل و الاجاره و غيرها من ساير المعاملات و لم اجد احدا من الاصحاب تعرض لهذا صريحا و لكن لا يبعد ان يقال لا فرق عندهم بينهما و بين البيع المعنون في كلامهم في هذه المسأله

### منهل الوكيل امين لا يضمن ما تلف في يده الا بالتعدى او التفريط

#### اشاره

كما في الغنيه و يع و فع و التبصره و د و عد و التحرير و اللمه و ضه و لهم اولا ظهور الاتفاق على جميع ما ذكر و ثانيا تصريح ضه بدعوى الوفاق على ذلك و يعضدها قول الرياض الوكيل امين لا يضمن الا مع تعدى او تفريط بلا خلاف بل عليه الاجماع في ظ الغنيه و صرح في ضه و لك و المحكى عن كره و عن ح عد انه يلوح من عباراتهم كونه مما عليه علماء الإسلام كافه و هو الحججه و ثالثا ما احتج به في الرياض من عمومات النصوص الداله على نفى الضمان عن المستودع مع عدم التعدى و التفريط و رابعا ما تبه عليه في الرياض أيضا بقوله مع أنه لو كلف الضمان مط لا تمتنع الناس عن الدخول في الوكاله مع الحاجه اليها فيلحقهم الضرر بذلك فناسب زوال الضمان عنهم بمقتضى الحكمه و خامسا الاصل و سادسا انه لا ريب في ان الوكيل محسن فلا يكون ضامنا اذا لم يتعد و لم يفرط لعموم قوله تعالى **مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ** و ان تعدى او فرط فيضمن لعموم قوله ص على اليد ما اخذت حتى تؤدى و سابعا ان الوكيل لو ضمن مط لاشتهر قولوا و فعلا و نصا و فتوى لتوفر الدواعى عليه و التالى بط قطعا و ثامنا فحوى ما دل على نفى الضمان عن المرتهن و المستاجر مع عدم تعديهما و تفريطهما و

ينبغي التنبيه على امور

## الاول لا فرق فيما ذكرناه من الأحكام بين الوكيل المطلق والمقيد

ولا- بين الوكيل بجعل وغيره كما هو ظ اطلاق يع و فع و صره و د و التّحرير و اللّمعه و ضه و قد تّبّه على الاخير فى القواعد قائلا الوكيل امين لا يضمن ما يتلف فى يده الاّ مع تعدّد او تفريط و يده يد امانه فى حق الموكل فلا يضمن و ان كان بجعل و يعضد ما ذكره قول الرياض و اطلاق الادله يقتضى عدم الفرق فى الوكيل بين كونه بجعل او غيره و به صرّح فى كره

## الثانى لو باع و اشترى الوكيل المطلق او المقيد

و حصل له غبن فيما فعله فلا اشكال فى عدم لزوم المعامله بناء على ثبوت خيار الغبن كما هو الحقّ و كذا لا اشكال فى صحّتها و هل الخيار يختصّ بالوكيل او بالموكل او يشترك بينهما الاقرب الثانى لان ما فعله الوكيل ح اما فضولى او لا و على كلا التقديرين يجب ان يكون الخيار للموكل اما على الاول فلان الاجازه يختصّ بالموكل فيلزم ان يكون الفسخ مختصّا به أيضا كما لا يخفى و امّا على الثانى فلان الخيار على هذا التقدير انما هو باعتبار ترتب الضرر و من الظاهر أنّه يختصّ بالموكل فيلزم ان يكون هو صاحب الخيار و لان الاصل عدم استحقاق الوكيل للخيار لا يق اطلاقات العبارات المصرّحه بثبوت خيار الغبن ينصرف الى المتعاملين لا- غيرهما و ان كان موكلا لأننا نقول هذا مم و لا يق اطلاق التوكيل فى المعامله يشمل التوكيل فى الخيار فيلزم ثبوت الخيار للوكيل لأننا نقول هذا مم بل الاطلاق يختصّ بنفس المعامله

## الثالث لو تلف مال الموكل الذى انتقل الى غيره بفعل الوكيل

و اختار الموكل الفسخ فهل يضمن الوكيل او لا الاقرب الثانى للأصل و كونه امينا لا يضمن كما يتّناه و هل يضمن ذلك الغير الذى انتقل اليه او لا اشكال و لعلّ الحكم بضمانه اقوى خصوصا فيما اذا علم بالغبن

## منهل يجب على الوكيل فى تصرفه بحسب الوكالة الاقتصار على ما دلّ عليه عقد الوكالة

من عموم او خصوص فان عمم له الوكالة فى كل شىء عمل به جاز و صح و لزم تصرفاته من العقود و الايقاعات و غيرها و ان اختصّت عبارته التوكيل بنحو خاصّ و قيد مخصوص من زمان او مكان او حال او شخص او نحو ذلك و جب الاقتصار و لا يجوز له التعدى ما لم يقم قرينه حاله او مقالته تفيد الاذن فى التعدى و يجب معها الاقتصار على ما افادته القرينه المعتمره و لا يجوز التعدى عنها فحكم خطاب الموكل و عقده حكم خطاب الشرع فى الاحكام و بالجمله يجب ان يقتصر الوكيل فى التصرف على ما عين له الموكل و اذن به و لو فهم بالقرينه المعتمره و لو كانت عاديه فلا يجوز التعدى عن ذلك كما تّبّه عليه فى النهايه و الغنيه و المراسم و فع و يع و صره و عد و د و التحرير و كره و اللّمعه و التنقيح و جامع المقاصد و ضه و لك و مجمع الفائده و الكفايه و الرياض و لهم اولا- ظهور الاتفاق عليه و يعضده امور منها انه صرّح بنفى الخلاف فيه فى الاخير و منها قول لك اما اقتصاره على ما اذن فيه فلا شبهه فيه و منها قول مجمع الفائده يجب تتبع عبارته الموكل على ما يدلّ عليه عرفا فان كانت عامه عمل بعمومها و ان كانت مقيده لا يتعدى ذلك و هو ظ و منها سيره المسلمين قديما و حديثا و ثانيا الاصل و ثالثا العمومات المانعه من التصرف فى مال الغير بدون اذنه نحو قوله تعالى ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ وَ قَوْلُهُ ص لا- يحل مال امرء مسلم الا- عن طيب نفسه و نحو ذلك و رابعا قوله ص لا ضرر و لا ضرار و لا فرق فى عدم جواز



التعدى عن مورد اذن الموكل و توكيله حيث لا- قرينه عليها بين ان يمنع منه صريحا او لا بل يقتصر على امر معين من زمان او مكان او نحوهما و ان قلنا بان مفهوم اللقب ليس بحجه كما هو التحقيق و عليه معظم الفقهاء و الاصوليين و الظاهر ان ما ذكرناه ممّا لا خلاف فيه

### منهل اذا اختصت عبارة الموكل و عقد الوكاله بنحو خاص و قيد مخصوص

و لكن قامت قرينه حاله من عاده و غيرها على رخصه الموكل بالتعدى عن مورد عبارته و تجويزه غيرها جاز التعدى و صح و لزم العقد و الايقاع اللذان افادت القرينه تجويزهما كما صرح به فى يع و اللمعه و ضه و الكفايه و الرياض قائلين يقتصر الوكيل من التصرف و ما يشهد العاده بالاذن فيه و هو ظ د و كره و التنقيح و جامع المقاصد و لك و مجمع الفائده بل الظاهر انه ممّا لا خلاف فيه و هل يشترط فى القرينه كونها مفيده للعلم بالمراد و تجويز التعدى و لو عاده او لا بل يكفى افادتها الظنّ بذلك مط و لو لم يكن متاخما للعلم فيه قولان احدهما

ص: ٤٥١

انه يشترط افادتها العلم بذلك و هو للمحكى فى لك و جامع المقاصد عن كره و اختاره فى جامع المقاصد أيضا و ربّما يستفاد من النهايه و الغنيه و المراسم و فع و صره و د و عد و التحرير و لهما اولا الاصل و ثانيا العمومات المانعه من العمل من الكتاب و السنه و ثالثا العمومات المانعه من التصرف فى مال الغير بدون اذنه من الكتاب و السنه و رابعا ان الظنّ غير معتبر فى اكثر الموضوعات فكذا هنا عملا بالاستقراء و خامسا ان الظنّ لو كان هنا معتبرا لورد التنبيه عليه و لو فى روايه لتوفر الدواعى عليه و التالى بط فالمقدم مثله و ثانيهما انه لا- يشترط ذلك بل يكفى القرينه المفيده للظنّ و هو المستفاد من اطلاق يع و اللمعه و التنقيح و ضه و الكفايه بل صرح به فى لك و الرياض و لهم اولا انه تبّه فى الرياض على دعوى الاتفاق عليه قائل و يجب ان يقتصر الوكيل فى تصرفاته على ما عينه الموكل او ما يشهد به العاده بالأذن مع اطرادها او دلالة القرائن كما لو اذن البيع بقدر نسيه فباع نقدا به او بازيد الا ان يكون له غرض فى التعيين و لو على الاحتمال و لا يجوز التعدى ح الا ان يكون احتمالا نادرا بلا خلاف فى شىء من ذلك و لا اشكال و قد يجاب عمّا ذكره بالمنع من دعوى الاتفاق على ذلك لما عرفت من مصير كره و غيرها الى القول الاول و ظهوره من كثير من الكتب الا- ان يمنع من شمولها لمحل البحث فت و ثانيا انه لو لم يجز التعدى فى صوره الظنّ بالرضاء به لكانت العقود الصادره عن هذا الوكيل الخارجه عن مورد عباره الموكل التى ظن الوكيل برضاء الموكل بالاتيان بها اما من باب قاعده القياس بطريق اولى او من غيرها غير صحيحه او غير لازمه و التالى بط فالمقدم مثله اما الملازمه فظاهره سواء قلنا بطلان المعاملات الفضوليه او بصحتها و اما بطلان التالى فلعموم قوله تعالى **أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ** و قوله تعالى **أَوْفُوا بِالْعُقُودِ** و قوله تعالى **تَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَ التَّقْوَى** و قولهم ع فى عده اخبار معتبره المؤمنون عند شروطهم و ثالثا ان الوكيل لا يتعدى فى صوره الظنّ بالرضاء الموكل به الا بعد معرفه كون التعدى مصلحه الموكل فيكون محسنا له و قد قال الله عز و جل **مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ** و قد يجاب عن هذا العموم العمومات المتقدمه الداله على جواز التعدى بانها معارضه بما تقدم اليه الاشاره من العمومات المانعه من العمل بالظنّ و من التصرف فى مال الغير بدون اذنه و من اكل مال الغير بغير التجاره و هى اولى بالترجيح لأنها اقوى دلالة و اكثر عددا و اوفق بالاحتياط و بالاعتبار العقلى و معاضده بسائر الادله القول الاول فت و ثالثا ان من الامور التى تفيد الظنّ بالرضاء قاعده الاولويه و هى مسلمه الحجيه و قد يجاب عنها اولا بالمنع من الاتفاق على اعتبار هذه

الاولويه و لو سلمناها فلا نم حجيتها في مثل محل النزاع و ثانيا بمعارضتها بادل القول الاول و هي اولى بالترجيح فت و رابعا ان عباره الموكل اذا دلت على تعلق الوكاله بامر خاص دلالة ظنيته كانت معتبره بالاتفاق سواء اتفقت كانت مطابقه أم تضمنا أم التزاما مط و لو عرفا فاذا كانت القرينه الحاليه الداله على الرضاء بالتعدى عن مورد عباره الموكل اقوى من الظن المستفاد من عبارته كانت اولى بالاعتبار لأنه اذا كان الظن الضعيف حجه كان اقوى منه حجه بطريق اولى و قد يجب عما ذكر بمعارضته بادل القول الاول و هي اولى بالترجيح مع أنه قد تقدم الاشاره الى امكان منع حجه مثل هذه الاولويه فاذن الاقرب هو القول الاول

### منهل اذا تعدى الوكيل عن مورد عباره الموكل بقرينه مفيده للعلم بالرضاء بالتعدى

كما اذا وكله في البيع بعشره نسيه فباعه بعشرين نقدا فهل يضمن الوكيل و ان لم يكن مرتكبا لمحرّم و فاعلا باذن او لا يكون ضامنا مط ربّما يستفاد من قول مجمع الفائده و يفهم من كره انه مع جواز و البيع في غير ما عين المالك يتحقق الضمان و فيه تأمل اذ الجواز مبني على الاذن المفهوم من كلام الموكل فينبغي عدم الضمان و ان لم يفهم ينبغي عدم الجواز حيث انه تصرف في مال الغير من غير الاذن و بالجملة ان لم يفهم يخرج عما فهم من كلامه صريحا او بمفهوم معول فلا ضمان ح و الا فلا يجوز و يضمن فيشكل صحه البيع و تبه على ما ذكره قائلنا بعد قوله فيما حكينا عنه سابقا بلا خلاف في شيء من ذلك الا فيما حكموا به من صحه معامله مع المخالفه حيث جازت له بدلاله القرائن او اطراد العاده مع ضمان العين لو عين لها محلا يباع فيه فيعدل الى اخر فباعها فيه فان صحه معامله ح مع الضمان ممّا لا يجتمعان فان المخالفه لو اثرت في الضمان من حيث عدم الاذن لأثرت في فساد معامله أيضا لاتحاد الحيثيه و الاذن المفهوم من عبارته لو صحّت معامله من حيث الاذن لأثرت في نفى الضمان لاتحاد الحيثيه كذا قيل و يعضد ما ذكره اولاً اصاله براه ذمه الوكيل عن الضمان و استصحاب عدمه و ثانيا عموم قوله تعالى **مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ لِمَا بَيَّنَّاهُ مِنْ ان الوكيل في تعديّه هذا محسن و لا ريب في ان الضمان سبيل فيكون منفيا هنا بعموم الآيه الشريفة و ثالثا ان الوكيل لو ضمن هنا لترتب الضرر عليه و الاصل عدمه لقوله ص لا ضرر و لا ضرار و رابعا ان الوكيل هنا ليس بمتعد و لا هو مفرط فلا يكون ضامنا للحصر في كلام الاصحاب الوكيل لا يضمن الا بتعدّ او تفريط و خامسا ان الوكيل لو ضمن للزم وقوعه في حرج عظيم في بعض الصور و هو منفي بالادله الاربعه و لا قائل بالفصل بين الصور من هذه الجهه فت و سادسا خلو الاخبار و معظم الفتاوى و منها فتاوى متقدمى الاصحاب عن الاشاره الى ضمان الوكيل هنا و سابعا ان الغالب ان الامين الماذون في التصرف في مال الغير لا يضمن فكذا هنا عملا بالاستقراء و ثامنا ان الوكيل لا يضمن حيث يدل لفظ الموكل على الرضاء بالتصرف و لو كانت دلالاته ظنيه ففي الضمان حيث يكون الدلاله على الرضاء بالتصرف قطعيه اولى و تاسعا ان الغالب نفى ضمان المتصرف باذن الفحوى فكذا هنا و ثانيها ما حكاه في مجمع الفائده عن كره قائلنا و يفهم من كره عدم الضمان بالمخالفه في السوق بخلاف البلد و هو محلّ التأمل و الظاهر عدم الفرق و ثالثها انه يضمن ح مط و ربّما يستفاد هذا القول من التنقيح و جامع المقاصد و لك بل يظهر من الرياض أنه مذهب المعظم و لهم اولاً ما تبه عليه فيه قائلنا بعد قوله كذا قيل فيما حكينا عنه سابق و يمكن الذبّ عنه بان الاذن المفهوم غايته الدلاله على صحه معامله خاصه دون نقل العين من مواردها المعينه و لا تلازم بينهما بالبديهيه فان الاذن المفهوم ليس الا من حيث الاولويه و لا يحصل الا حين جريان معامله لا قبله اذ منشأ الاولويه ليس الا زياده الثمن عمّا فيه و هي قبل معامله غير حاصله و ح فيكون اليد عاريه عليها ضمان ما اخذته**

بمقتضى الروايه و بما ذكرنا يظهر عدم الفرق فى الحكمين بين كون المحل المعين سوقا فعدل الى سوق اخر او بلده معينه عدل فيه الى اخرى فالحكم بالضمان فى الثانى دون الاول كما عن كره حجه غير واضحه لاشتراكهما فى مقتضى الزمان و ان زاد سببه فى الثانى دون الاول لما فيه من تعريض المال للتلف بالسيفر الذى هو مظنه الآفه غالبا و هذا الفرق لا يؤثر فى نفي الضمان عن الاول بل فائدته تاكيد وجه الضمان فى الثانى و ممّا ذكرناه يظهر وجه الدفع عمّا اورده على كره من عدم الفرق بين المقامين اللذين فرق بينهما بالكليه فان طريق الفرق كما عرفت واضح فلا وجه للإيراد بما ذكره بل الذى ينبغى ايراده عليه هو ما قدمنا اليه الاشاره و قد يناقش فيما ذكره بان قوله ص على اليد ما اخذت حتى تؤدى لا يمكن الاحتجاج به هنا على ضمان الوكيل اما اولا فلان هذه الروايه نبويه مرسله فتكون ضعيفه و الضعيف لا يمكن الاحتجاج به على اثبات حكم مخالف للأصل الا ان يدعى ان هذه الروايه متلقاه بالقبول عند الاصحاب اذ قد احتجوا بها فى موارد عديده و ذلك قرينه صدق صدورها فلا يقدر فيها ضعف السيّد و فيه نظر و اما ثانيا فللمنع من دلالة الروايه على اصل ثبوت الضمان بوضع اليد على مال الغير و التصرف فيه سلّمنا و لكن خرج صورته رضاء المالك بالتصرف فى ماله من عموم الروايه بالاتفاق على الظاهر و محل البحث من هذه الصورة لما بيناه من ان التعدى عن مورد عباره الموكل انما هو باعتبار العلم برضاء الموكل و اما ما تبه عليه فى الرياض بقوله و يمكن الذب عنه الى اخر فضعيف جدا سلّمنا و لكن يجب تخصيص عموم الروايه هنا بالادله المتقدمه الداله على نفي الضمان فى محل البحث فت و ثانيا انه لو لم يضمن الوكيل هنا للزم ترتب المفسده العظيمه و هو اتلاف مال الغير بالتصرفات الموجهه له بدعوى المتصرف حصول العلم برضاء المالك بذلك و فيه نظر و المسأله محل اشكال فلا ينبغى فيها ترك الاحتياط و لكن احتمال عدم الضمان فى صورته كون الجزم و العلم بالرضاء بالتعدى مطابقا للواقع لا جهلا و مركبا هو الأقرب و اما اذا كان جهلا مركبا و خطأ و غير مطابق للواقع كما اذا تبين عدم رضاء المالك بالتعدى اما بدعواه او بغيرها فنفي الضمان ح فى غايه الاشكال الا اذا استند علم المتصرف الى امر يفيد العلم عاده كقاعده الاولويه غالبا و اما اذا استند الى امر خفى فاحتمال الضمان ح فى غايه القوه و هل المتعدى عن مورد عباره الموكل باعتبار العلم برضا المالك بالتعدى يصدق بمجرد دعواه العلم بذلك فلا يطلب منه بينه و لا يمين على ذلك فيشتري منه مال الغير و يتصرف فيه انحاء التصرفات او يباع للغير و يقبض منه الثمن و بالجمله يكون ح كمن علم و كالتة فى جميع الاحكام اولا- يصدق الا بعد العلم يصدق دعواه او ثبوتها بالبينه الشرعيه او احلافه على ما يدعيه احتمالات و لم اجد منها على شىء فلا ينبغى ترك الاحتياط و لكن الاحتمال الاول هو الاقرب

### **منهل اذا تعدى الوكيل عن مورد عباره الموكل فلم يراع قيوداته التى اتى بها و اعتبرها**

من ثمان زمان او مكان او عدد او شخص معين او نحو ذلك و لم يكن تعديه مستندا الى اذن الموكل و لو بالقرينه الحالیه و شاهد الحال بل بمجرد الاقتراح و تشهى النفس فان كان تصرفه فى مال الموكل مثل الاكل و الشرب و الجلوس و دفعه الى الغير و نحو ذلك ممّا ليس بعقد و لا ايقاع فلا ريب و حرمة التصرف و ترتب الضمان عليه فيجب على الوكيل و على كل من تصرف فيه هذا التصرف دفع المثل فى المثلى و القيمه فى القيمي اذا تلف مال الموكل مثل الاكل و الشرب و الجلوس و دفعه و الظاهر ان ما ذكرناه ممّا لا خلاف فيه و ممّن تبه عليه الشيخ فى النهايه و ابن زهره فى الغنيه اما الاول فلقوله متى تعدى الوكيل شيئا ممّا رسمه و الموكل كان ضامنا لما تعدى فيه و اما الثانى فلقوله و متى تعدى الوكيل ما لم يجعل له لم يصحّ و لزمه الدرك و ان كان التصرف بعقد من العقود كالباع و الصلح و الاجاره و النكاح و نحو ذلك وقف العقد الذى اتى به الوكيل من غير اذن الموكل على اجازته فان اجاز صحّ و ترتب عليه الاثر و ان منع بطل بناء على المختار من صحه العقد من الفضولى مط و يعضد ما ذكرناه اولا- قول كره اذا باع على الوجه الممنوع بان يبيع باقل من ثمن المثل او بالعرض او نسيه كان فى حكمه حكم

الفضولى يكون بيعه موقوفاً فان اجازته الموكل صح البيع و الا- بطل و لا يقع باطلا من اصله و ثانياً قول التحرير ليس للوكيل مخالفه الموكل فان فعل وقف تصرفه على الاجازة مع تعلق الغرض بالتخصيص و ثالثاً قول التنقيح و يكون شراء المخل فضولاً امياً باطلاً او موقوفاً على الاجازة و رابعاً قول لك و متى قيل بعدم صحه العقد فى هذه الصورة فالمراد كونه فضولياً تقف على الاجازة و ربما يستفاد من الغنيه و موضع من كره بطلان العقد بالمخالفه مط و ان اجاز الموكل و هو ضعيف و ان كان التصرف بايقاع كعتق و نحوه فان ابطالنا ايقاع الفضولى مط بطل هنا أيضاً و الا كان حكمه حكم العقد الصادر من الفضولى فى التوقف على الاجازة و هل يضمن الوكيل بمجرد الايقاع و العقد المشار اليهما من غير تصرف اخر كما يستفاد من اطلاق النهايه و الغنيه او لا الاقرب عندي هو الاخير للأصل التسليم عن المعارض

### منهل و لو امر الوكيل ببيع السلعه بدينار نسيه فباعها بدينارين او بدينار نقداً

فصرح فى بيع بانه يصح قائلاً و يقتصر الوكيل من التصرف على ما اذن له فيه و ما يشهد العاده بالأذن فيه فلو امره ببيع السلعه بدينار نسيه فباعها بدينارين نقداً صح و كذا لو باعها بدينار نقداً الا ان يكون هناك غرض صحيح يتعلق بالتاجيل و تبه على ما ذكره فى د و اللغه و التنقيح و لك و ضه و الرياض بل صرح فيه بنفى الخلاف فى ذلك و زاد فى التنقيح فصرح بالصحة فيما لو امره بالشراء بعشره فاشترى بخمسه و جميع ما ذكره جيد لان صحه ذلك انما يستفاد من قاعده الاولويه كما صرح بها فى لك قائلاً- امياً تجاوزه الى ما يشهد العاده بالأذن فيه مع اطرادها او دلالة القرائن على ما دلت عليه كما لو اذن له فى البيع بقدر نسيه فباع به نقداً او بازيد بطريق اولى لأنه قد زاد خيراً و مثل ذلك الشراء بانقص و من الظاهر ان ما ذكره من الاولويه تفيد غالباً العلم بالرضا بالتعدى عن مورد كلام الموكل فيما ذكر من الامثله و فى غير ذلك من امثله اخرى نعم اذا علم بان ما ذكره الموكل من التخصيص بدينار

ص: ٤٥٣

و بالنسيه منوط بحكمه و غرض صحيح فلا- يجوز التعدى عن مورد كلامه كما نبه عليه فى بيع و ضه و الرياض و تبه عليه فى لك قائلاً بعد ما حكينا عنه سابقاً و يجب تقييد ذلك كله بعدم الغرض فيما عين و الا فلا فان الاغراض تختلف و المصالح لا تنضب و يمكن كون الغرض فى البيع نسيه ان يخاف على الثمن ذهابه فى النقصه مع احتياجه بعده فلا يجوز التعدى الى غيره الا مع القطع بعدم الغرض فان الغرض هنا ليس نادراً حتى يحمل على الغالب و مثله الشراء نسيه بمثل ما اذن فيه بقدر الامكان ان يتضرر ببقاء الثمن معه او يخاف تلفه قبل الأجل و عدم حصوله بعده او صعوبته فلا يجوز التعدى و ان جهل الحال الا مع تحقق عدم الغرض و امياً الثمن المعين فيمكن ان يكون الاقتصار عليه اراده ارفاق المشتري ان كان معيناً فلا يجوز بيعه و لو لم يكن معيناً جاز البيع بالاكتر مع عدم العلم بالغرض و عدم التصريح بالتهنى عن الزائد لندور الغرض فى الفرض المذكور و اغلبته اراده الازيد مع امكان ان يريد ارفاق المطلق و عدم الاضطاط فى البيع او سهوله المعامله فانه مندوب اليه شرعاً و عدم زياده الربح عن قدر معين لغرض شرعى او غير ذلك الا ان هذه الامور نادره فى المطلق فلا يلتفت اليها مع الاشتباه و ربما يستفاد مما ذكره و من جمله من الكتب انه لا- يشترط فى التعدى العلم بانتفاء الحكمه فى التخصيص بل يكفى ظهوره باعتبار الغلبه و فيه نظر بل احتمال كون ذلك شرطاً فى غايه القوه فالاصل عدم جواز التعدى الا اذا حصل بالرضاء به و لو عاده و هل يجوز فى الصور التى يجوز فيها التعدى التى تقدم اليها الاشاره العمل بقول الموكل فيبيع السلعه بدينار نسيه و ان امكن بيعها بدينارين نقداً او لا يجوز

ذلك بل يجب التعدي و يضمن مع المخالفه نبه على الثاني فى التنقيح قائلا أنّما يجب الاقتصار على ما عينه الموكل مع تساوى ما عينه فى وجه المصلحه او اختصاص ما عينه بها اما لو صار ما عينه مرجوحا فى جانب المصلحه عرفا او شرعا فانه لا يجب الاقتصار على المعين بل لا يجوز كما لو امره بعشره فباع بعشرين او الشراء بعشره فاشترى بخمسه فان كل ذلك صحيح و لو خالف ضمن و فيما ذكره نظر لأنه انما جاز التعدي فى الامثله باعتبار قاعده الاولويه و هى انما يكون معتبره و حجه اذا كان الاصل المقيس عليه معتبرا و الا لم يجز الاعتماد على الاولويه اذ بطلان الاصل يستلزم بطلان الفرع بطريق اولى لا ان يقال اطلاق كلام الموكل ينصرف الى صورته عدم وجود مسوغ التعدي و هى الصوره التى لا يتمكن الوكيل من بيع السلعه الا بدينار نسيه ففى صورته تمكنه من بيعها بدينارين نقدا ينبغى اذن الموكل بيعها بدينار نسيه فلو باعها ح كك كان متعديا من غير رخصه فيلزم ان يكون ضامنا فما ذكره فى التنقيح مع كونه احوط فى غايه القوه و ان كان المستفاد من كثير من الكتب هو الاحتمال الاول و هل يجب على الوكيل على ما اختاره فى التنقيح الفحص عمّن يشتري السلعه بدينارين نقدا او لا بل يجوز العمل بقول الموكل ما لم يظهر المشتري للسلعه بدينارين نقدا فيه اشكال و لكن الاحتمال الثانى اقرب لإطلاق كلام الموكل و عدم انصرافه الى صورته الياس من المشتري بعد الفحص و لاستلزامه العسر و الحرج و سدّ باب قبول الوكاله

### **منهل لو وكله فى البيع فى سوق مخصوص فباعه الوكيل فى غير ذلك السوق بالثمن الذى عين الموكل له**

#### **اشاره**

او بضمن المثل اذا لم يعين و أطلق الموكل التوكيل فى البيع فهل يصح بيع الوكيل و يلزم ح و لا- تتوقف الصّحّه على امضاء الموكل و لا- يكون الوكيل ضامنا بهذا التعدي كما افاد بتعد او لا يصح هذا البيع و لا يلزم مع عدم امضاء الموكل و يكون الوكيل ضامنا بهذا التعدي فيه اشكال و لكن التحقيق ان يق ان المسأله تنحل الى صور منها ان يعلم ان للموكل غرض صحيح فى تعيين السوق كما اذا كان الراغبون فيه اكثر و النقد فيه اجود او احل و المتعاملون فيه اسمح و نحو ذلك من الحكم و المصالح و ح لا- يجوز للوكيل التعدي و يضمن و يفسد بيعه فى غير السوق الذى عينه الموكل اذا لم يمضه و قد تبّه على ما ذكرناه فى كره بقوله و لو عين له مكانا من سوق و نحوه فان كان له فى ذلك المكان غرض صحيح بان كان الراغبون فيه اكثر و النقد فيه اجود و المتعاملون فيه اسمح لم يجز له البيع فى غيره و صرح بما ذكره هنا فى د و عد و التحرير و جامع المقاصد و لك و ربّما يستفاد من اطلاق بيع و د و المحكى فى التحرير عن الشيخ جواز التعدي هنا أيضا و هو فى غايه الضعف و منها ان يعلم ان ليس للموكل غرض فى التخصيص بسوق معين بل مقصوده البيع مط و لو فى غير الذى عينه فيكون التخصيص أنّما وقع اتفاقا من غير باعث و هنا يجوز التعدي قطعا و لا يضمن به الوكيل جدا و يكون بيعه صحيحا و لو لم يمض الموكل له و قد صرح بذلك فى بيع و كره اما الاول فلقوله و لو امره ببيعه فى سوق بخصوصه فباع فى غيرها بالثمن الذى عين له او مع الاطلاق بضمن المثل صحّ اذ الغرض تحصيل الثمن و اما الثانى فلقوله بعد ما حكينا عنه سابقا و ان لم يكن له غرض فالاقرب جواز بيعه فى غيره لا- ان التعيين فى مثل ذلك يقع اتفاقا من غير باعث و انما الغرض و المقصود تحصيل الثمن فاذا حصل فى غيره جاز و هو احد وجهى الشافعى و الثانى لا يجوز التعدي لجواز ان يكون فيه غرض لا نطلع عليه و هو غير محلّ بحث النزاع لأننا نفرض الكلام فيما لو انتفى الغرض بالكليه اما لو جوزنا حصول غرض صحيح فانه لا يجوز التعدي و يستفاد ما ذكرناه من صره و عد و التحرير و جامع المقاصد و لك و المحكى عن الشيخ بل الظاهر انه ممّا لا خلاف فيه و منها ان لا يعلم بكون تخصيصه بسوق تخصيص مخصوص لغرض صحيح و حكمه معتبره بل يتردد فى كونه لغرض صحيح او لمحض الاتفاق و فى جواز التعدي هنا

قولان احدهما انه لا يجوز و حكاة فى لك عن كره قائلًا و المصنف أطلق جواز التعدى و لا بد من تقييده بعدم العلم بالعرض و اشترط فى كره العلم بعدم الغرض فلا- يجوز التخطى مع الجهل لان ذلك نادر و قد صار الى هذا القول فى جامع المقاصد و مجمع الفائده و هو الاقرب و ثانيهما انه يجوز و هو لظيع و د و لك و المحكى فى التحرير عن الشيخ و لعل وجهه ما تبه عليه فى جامع المقاصد بقوله و الفرق بين الزمان و المكان ان تعلق الغرض بالزمان اكثرى فيجب اتباع تنصيب الموكل فيه اما لمكان فان تعيينه غالبا يقع اتفاقا من غير باعث عليه و انما الغرض و المقصود حصول الثمن و فيما ذكره نظر كما اعترف به قائلًا و لا يخفى ما فى هذا الفرق فانه ما لم يعلم انتفاء تعلق الفرض لا يجوز المخالفة و ينبغى

ص: ٤٥٤

ان يستوى فى ذلك الزمان و المكان و لا يضرّ كون الغرض فى احدهما اكثرى و لا ريب ان عدم مخالفه تنصيب الموكل بحال اولى و

### ينبغى التنبيه على امور

#### الاول لا فرق فى الصورة الاخيرى على المختار

على القول الثانى بين صورتى الظنّ برضاء الموكل بالتعدى و عدمه

#### الثانى صرح فى كره بانه لو قال بع فى بلد كذا

احتمل ان يكون كقوله بع فى السوق الفلانى حتى لو باعه فى بلد اخر جاء فيه التفصيل انه ان كان له غرض صحيح لم يجز له التعدى و الا جاز و ما ذكره من الاحتمال هو المعتمد عندى

#### الثالث صرح فى جامع المقاصد بعد الاشارة الى صور الثلث المتقدمه

بانه لو اراد النقل عن البلد الذى عين له البيع او عن بلد التوكيل لم يجز الا بالاذن و قد قطع بذلك قائلًا فان فعل كان ضامنا و على ما سبق فيصح البيع ان لم يتعلّق بمكان التوكيل غرض و تبّه على ما ذكره فى كره قائلًا بعد قوله فيما حكينا عنه سابقا و الاّ جاز لكن يضمن هنا الوكيل بالنقل الى غير المعين و كذا الثمن يكون مضمونا فى يده بل لو أطلق التوكيل فى بلد يبعه فى ذلك البلد فلو نقله صار ضامنا و كذا تبّه عليه فى لك بقوله و لو علم انتفاء الغرض صح البيع فى غيره قطعًا لكن لا يجوز نقل المبيع الى ذلك فلو نقله كان ضامنا و انما الفائده صحه المعامله لا غير و ما ذكره من ضمان الوكيل بالنقل الى غير السوق و البلد اللذين عينهما الموكل جيّد حيث ينتفى اذنه بالنقل و اما معه فالاقرب عدم الضمان و الاغلب التلازم بين الاذن بالبيع فى غير ما عينه الموكل و الاذن بالنقل اليه

#### الرابع لو قال الموكل لوكيله بعه من فلان

فهل يجوز العدول فيصَحَّ بيعه من غير من عيّنه الموكل او لا صرَّح بالثاني في بيع و د و التحرير و صرَّح به في كره أيضا قائلًا فان عيّن الموكل بالبيع شخصًا فقال بع على زيد لم يجز له بيعه على غيره لاختلاف الاغراض في اعيان المشتري و قد يرغب الى شخص دون غيره امّا لسهولة معاملته و امّا لخلوّ ماله من الشبهات فقد يكون اقرب الى الحل و ابعد عن الشبهه و اما لإرادته تخصيصه بذلك المبيع امّا لإفادته اياه شيئًا او لإمكان استرداده منه و تبّه على الوجه الذي ذكره في بيع و ما تضمنته الكتب المذكوره جيّد حيث لا يعلم برضا الموكل بالتعدى كما هو الغالب و ان علم بالرضا بالتعدى جاز و لكن المستفاد من اطلاق الكتب المذكوره عدم الجواز ح أيضًا و قد تبّه عليه في لك قائلًا لا يجوز التخطي مع الإطلاق قطعًا سواء علم الغرض أم جهل الحال أم علم انتفاء الفرض على ما يظهر من اطلاقهم لندور الغرض و قوفا مع الاذن و قد يجاب عمّا ذكره بان اطلاقهم ينصرف الى الغالب و هو صوره عدم العلم بالرضاء بالتعدى و كيف كان فالاقرب هو التفصيل الّذى ذكرناه في التقييد بالسوق لعدم ظهور الفرق بين المقامين و ان صرَّح به في بيع و صرَّح فيه بانه لا يجوز التعدى و ان تضاعف الثمن قائلًا امّا لو قال بع من فلان فباعه من غيره لم يصحّ و لو تضاعف الثمن لان الاغراض في الغرماء متفاوت و صرَّح بما ذكره في التحرير أيضًا قائلًا و لو عيّن له المشتري لم يجز له بيعه على غيره بذلك الثمن او ازيد و فيما ذكره نظر اذ في صوره تضاعف الثمن يكون الاذن بالتعدى معلوما كما اذا و كله في البيع بدينار لسنه فباعه بدينارين نقدا فت و يظهر من بيع ان البيع في صوره التعدى هنا يكون فاسدا و فيه نظر بل يكون موقوف على اجازة الموكل كما صرَّح به في كره قائلًا فان باع الوكيل من غير من عيّن له الموكل كان موقوفًا فان اجازة الموكل صح البيع و الّا فلا

### الخامس لو امره الموكل ان يشتري بعين المال

فاشترى في الذمه او بالذمه فاشترى بالعين فصرَّح في بيع و د و عد و التحرير بعدم جواز التعدى هنا و تبّه على وجهه في الاول قائلًا و كذا لم يصحّ و لو امره ان يشتري بعين المال فاشترى في الذمه او في الذمه فاشترى بالعين لأنه تصرف لم يؤذن فيه و هو ممّا يتفاوت فيه المقاصد و يعضد ما ذكره ما تبّه عليه في لك بقوله لا يصح التعدى مط كما مر لاختلاف الاغراض في ذلك غالبًا فانه يجوز ان يتعلّق الغرض بالشراء بالعين بسبب حل المال و خلوصه من الشبهه و بعين الثمن ليبطل العين بتلفه قبل القبض لاحتمال ان لا يريد بدل غيره او لا يقدر عليه و العكس في شراء الذمه لشبهه في المال او تحريمه و نحو ذلك و فيما ذكره نظر و ان كان جيدًا غالبًا بل الاقرب هو التفضيل الذي ذكرناه في التقييد بالسوق و تبّه في لك على ما يتحقق به الامر باحد الامرين قائلًا و يتحقق الامر باحدهما بالنص عليه لغه و ان لم يصرَّح به كاشتر بهذا المال فان الباء يقتضى المقابله و لو أطلق له الامرين او اتى بعبارة يشملهما بان سلّم اليه الفا فان اصرفها في الثمن او قال اشتر كذا و لم يشتر الى الغير و نحو ذلك تخيّر ثم صرَّح بانه في صوره التعدى هنا يتوقف على الاجازة قائلًا و متى قيل بعدم صحه العقد في هذه الصوره فالمراد كونه فضوليا يقف على الاجازة و ما ذكره جيّد و ان كان ظ يع البطلان مط

### السادس لو قال الموكل لو كيله بعه في الزمان المعين

فصرَّح في د و عد و التحرير بانه لا يجوز التعدى الى حد غيره و هو جيّد غالبًا و لكن الاقرب ما فصلنا في التعيين بالسوق

### السابع صرح في التنقيح بانه لو امره بشراء ثوب بدينار

فاشترى ثوبين به كل واحد يساوي ديناراً صح قائلًا و يدلّ عليه ما رواه الشيخ في قصّه رسول الله ص مع عروه البارقي و يظهر عدم خلاف ما ذكره من قول الارشاد لو قال اشتر شاه بدينار فاشترى شاتين به ثم باع إحداهما بالدينار صح لكن يفتقر في البيع الى اجازته و الاقرب عندى هنا ما فصّلناه في التعيين بالسوق و ما فعله عروه قضيه في واقعه فلا تفيد حكما كلياً مع ضعف سند الروايه فت

### الثامن اذا قيد الموكل بتوكيله بقيد من زمان او مكان

او شخص خاص او سلعه مخصوصه او ثمن معين و نهى عن التعدى فلا يجوز حيث يتعدى يحتمل اشتمال النهى على المصلحه و قد تبّه على عدم جواز التعدى ح في د و كذا تبّه عليه في كره قائلًا و لو نهاه صريحاً عن البيع في غير السوق الذى عينه لم يجز له التعدى للنهى عنه اجماعاً

### منهل اذا دفع الانسان الى وكيله زكاه ليصرفها الى المستحقين و كان الوكيل من جملتهم

#### اشاره

فان صرح بجواز اخذ الوكيل منها فلا اشكال في انه يجوز له ان يأخذ منها و لا خلاف فيه على الظاهر و ان صرح بالمنع فلا يجوز له ذلك بلا اشكال و اما اذا أطلق الموكل و كانت عبارته هكذا اقسامه بينهم او اصرفه فيهم او ادفعه اليهم فهل يجوز للوكيل ان يأخذ منها لنفسه او لا اختلف الاصحاب فيه على قولين الاول انه يجوز للوكيل الاخذ منها لنفسه و هو للنّهايه و يع و التحرير و المنتهى و د و الدروس و الكفايه و المفاتيح و الوسائل و الرياض و ظ لك و حكى عن موضع من السرائر و ظ الكليني و ادعى عليه الشّهره في س قائلًا و يجوز في الدفع للوكيل الى قبيل اعطاء عياله اذا كانوا منهم و في جواز اخذه لنفسه روايه صحيحه و عمل عليها الأ-كثر و يعضد ما ادّعاه قول بعض الأجله المشهور بين الاصحاب انه لو دفع اليه مال من الزكاه ليفرقه في المستحقين و كان

ص: ٤٥٥

من جملتهم انه يجوز له ان يأخذ كنصيب احدهم ما لم يعلم التخصيص بغيره الثانى انه لا يجوز للوكيل الاخذ منها لنفسه و هو للمبسوط و فع و عد و لف و موضع من السرائر و حاشيه د و جامع المقاصد للأولين و جهان الاول ان الموكل قد اذن لو كيله في الأخذ لنفسه فيجوز له ذلك اما المقدمه الاولى فلان اطلاق عباره الموكل المتقدم اليها الإشاره و يشمل الوكيل كما يشمل غيره من المستحقين و هى بالنسبه الى ساير المستحقين تفيد الاذن فكذا بالنسبه الى الوكيل و اما المقدمه الثانيه فالظاهر انها اتفاقيه و قد اشار الى هذه الحجّه في المنتهى قائلًا في مقام الاحتجاج على مختاره لأنه باطلاق الامر و عدم التعيين قد و كل الامر اليه و فوض اليه التعيين و لا- فرق بينه و بين غيره في الاستحقاق اذا التقدير ذلك فيجوز له التناول و فيما ذكره نظر للمنع من شمول عباره الموكل للوكيل و ضعا لأنّ المتبادر خروجه منها و الاصل في التبادر ان يكون دليل الحقيقه سلّمنا الشمول و ضعا لكن غايتها الاطلاق و هو لا ينصرف الى الوكيل كما لا ينصرف اطلاق النقد الى غير الرائج و يعضد ما ذكرناه اولاً قول ط اذا و كله في تفرّقه ثلاثه في الفقراء و المساكين لم يجز له ان يصرف الى نفسه منه شيئاً و ان كان فقيراً مسكيناً لان المذهب الصحيح ان



المخاطب لا- يدخل في امر المخاطب اياه فاذا امر الله تعالى نبيه ص بان يأمر امته ان يفعلوا لم يدخل هو في ذلك الأمر و ثانيا قول جامع المقاصد ان المتبادر من المدفوع اليه غير الدافع و ثالثا قول حاشيه د و المتجه عدم جواز الأخذ نظرا الى ان الصحيح ان المخاطب لا يدخل في امر المخاطب اذ يأمر غيره و رابعا قول مجمع الفائده لان ظ الامر بالدفع يقتضى الدفع الى غيره و لان الظاهر كون الدافع و المدفوع اليه متغايرين و لهذا قالوا لا يجوز شراء الوكيل مال نفسه لموكله في شراء شىء و كذا البيع و ان كان ذلك الشىء الذى عنده احسن ممّا عند غيره و فيما ذكره نظر لان الغالب فى نحو عباره الموكل المتقدم اليها الاشاره مجزء الاشاره الى التوكيل فى الصرف الى المستحقين من غير التفتات الى خصوصيته غير المخاطب فيحصل بذلك دلالة التزاميه عرفيه على اراده الاعم من الوكيل و غيره و هى معتبره فى الخطابات و فيه نظر الثانى اخبار مستفيضه قد استدلت بها جماعه على هذا القول منها خبر عبد الرحمن بن الحجاج قال سألت ابا الحسن ع عن الرجل يعطى الرجل الدراهم يقسمها و يضعها فى مواضعها و هو ممن تحل له الصّيدقه قال لا باس ان يأخذ لنفسه كما يعطى غيره قال و لا يجوز ان يأخذ اذا امره ان يضعها فى مواضع مسماه ألا باذنه و هذه الروايه وصفها بالصّححه فى مجمع الفائده قائلا و لا يضّرّ فى صحّتها محمد بن عيسى عن يونس لأنهما مقبولان و صرح العلامة و غيره به و لهذا قال فى كتبه صحيحه فلان مع وجوده فيه و منها خبر الحسين بن عثمان عن ابي ابراهيم ع فى رجل اعطى مالا ليفرقه فيمن يحلّ له الاله ان يأخذ منه شيئا لنفسه و ان لم يسم له قال يأخذ منه لنفسه مثل ما يعطى غيره و وصف هذه الروايه فى مجمع الفائده و الكفايه و غيرهما بالحسن و منها خبر سعيد بن يسار قال قلت لأبى عبد الله ع الرجل يعطى الزكاه يقسمها فى اصحابه أ يأخذ منها شيئا قال نعم و وصف هذه الروايه فى الكفايه و غيرها بالصّححه و تبه عليها أيضا فى مجمع الفائده بقوله و الظاهر أنّها صحيحه لان الظاهر ان على بن الحكم هو الثقة لقرائن مثل نقل احمد بن محمد عنه فى هذه مع ثبوت نقله عنه لا غير و تسميه مثل هذا السيّد بالصّححه فى الكتب و قبول ابان بن عثمان فى صه لكونه ممن اجمعت العصابه على تصحيح ما يصح عنه و قبوله و منها ما اشار اليه فى السرائر قائلا و روى ان من اعطى غيره زكاه الاموال ليفرقها على مستحقّها للزكاه جاز له ان يأخذ منها بقدر ما يعطى غيره اللهم ألا ان يعين موكله له اعيانا باسمائهم فانه لا يجوز له ح ان يأخذ منها شيئا و لا ان يعدل عنهم الى غيرهم و للآخرين وجوه الأول اصاله بقاء المنع من الاخذ و التصرف الثابت قبل التوكيل الثانى عموم قوله تعالى **لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَاطِلًا إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ** الثالث خبر عبد الرحمن بن الحجاج الذى

وصفه بالصّححه فى لف و المنتهى و المهذب البارع و لك و الكفايه قال سألته عن رجل اعطاه رجلا مالا ليقسمه فى محاييج او مساكين و هو محتاج يأخذ منه شيئا قال لا- حتى يأذن منه له صاحبه و فى جميع الوجوه المذكوره نظر امّا الأول فلان دفاعه بالأخبار المتقدمه الداله على جواز الاخذ لنفسه و امّا الثانى فلان دفاعه بتلك الأخبار أيضا و امّا الثالث فلوجوه الاول انه ضعيف بالاضمار لا يق الاضمار من مثل عبد الرحمن الجليل القدر لا يقدر لبعده ان يروى عن غير الامام ع فالمظنون انه رواه عن الامام ع كما اشار اليه فى لك قائلا- الظاهر ان المسئول هو الصادق ع او الكاظم ع لان عبد الرحمن يروى عنهما و من ثم عمل بها الجماعه و أيضا فجلاله حال هذا الراوى و ثقته يوجب الظن الغالب بكون المسئول الامام ع لكن لتطرق الاحتمال قام الاشكال و قلّ من ذكر من الاصحاب ان وجه مخالفتها كونها مقطوعه و أنّما يصرّحون بصحّتها ساكتين عليها و يعضد ما ذكره قول مجمع الفائده و الروايه مضمرة و ان كان الظاهر انه من الامام ع و لكن ليس كالصّريح بكونها عن الامام ع و عبد الرحمن روى بالكيسانيه و لهذا نقله فى د فى الباب الثانى و ان كان الظاهر أنّه الثقة لكن ليس كمن لم يرم و ليس بتلك الجلاله و الثقة لأننا نقول لا نسلم الظنّ بذلك بل قد يدعى ان المظنون غير الامام لان عبد الرحمن روى عن الامام ع ما يدلّ على جواز الأخذ فيبعد ان يروى عنه ما يدلّ على المنع عنه سلّمنا و لكن قد يطالب بدليل حجيه هذا الظنّ و لا يق قد صرح فى ير بانّ المسئول هو

الصادق ع قائلاً و فى روايه عبد الرحمن بن الحجاج الصحيحه عن الصادق ع المنع و تصريحه حجه كما اشار اليه فى لك بقوله و اعلم ان العلامه ره قال فى ير عند ذكر الروايه انها صحيحه عبد الرحمن بن الحجاج عن الصادق ع و هو شهاده بالاتصال و لعله اطلع على المسئول من محل آخر غير المشهور من كتب الحديث لأننا نقول لا نسلم صحته مثل هذا التصريح لاحتمال كونه مبنيًا على اجتهاده و اعتماده على الظاهر من حال عبد الرحمن من عدم روايته عن غير الامام ع و مثل هذا لا يكون حجه و فيه نظر الثانى انه ضعيف الدلاله اذ غايه ما يستفاد منه عدم جواز الاخذ مع عدم الاذن و لا نسلمه فى محل البحث لما تقدم اليه الاشاره من دعوى العلامه دلالة اطلاق عباره الموكل على الأذن و لا يشترط فيه التخصيص بل يكفى فيه الاطلاق كما اشار اليه المقدس الأردبيلي قائلاً فى جملة كلام له على أنه قد يقال نقول بموجبها لان موجبها و مقتضاها عدم الجواز ما لم يأذن يعنى ما لم يأت بما يدل على الاذن و يفهم ذلك منه سواء كان ضمنا او صريحا قولاً او فعلاً و لا شك ان قوله اعط الفقراء يدل على اعطاء نفسه فانه اعطاء و تفريق الى الفقير و فيما ذكره نظر الثالث انه معاد

ص: ٤٥٦

بالصحيحه المتقدمه التى هى لراوى هذه الروايه تعارض العمومين من وجه و ذلك لان الصحيحه المتقدمه خاصه من جهه اختصاص ما دل منها على جواز الاخذ لنفسه بما اذا لم يمنع و عامه من جهه شمولها لصورتي التصريح بالاذن به و عدمه و هذه الصحيحه خاصه من جهه اختصاص ما دل منها على المنع من ذلك بصوره عدم الاذن به و عامه من جهه شمولها لصور فى التصريح بالمنع و عدمه فيمكن تخصيص كل منهما بالآخرى و من الظاهر ان الترجيح مع الصحيحه المتقدمه لاعتضادها بالشهره و بجملة من الاخبار و اسنادها الفتوى الى الامام ع و صراحتها فى الدلاله على الجواز و هذه الصحيحه مع قصور سندها او ضعفه بالاضمار غير صريحه الدلاله فى المنع لإمكان حملها على الكراهه هذا و تبه المقدس الأردبيلي على ان الصحيحه الداله على الجواز اخص من الصحيحه المانعه مط و هى اعم من تلك الصحيحه كك قائلاً بعد المناقشه فى سند الصحيحه المانعه و للجمع بين الادله بحملها على الكراهه او الزيادة على غيره او على ما علم اراده عدم دخوله بقرينه او اراده جماعه معينين قاله فى صا و العمده فى ذلك الاخبار الكثيره ثم قال و يؤيده جريان كثره التاويل الواجب للجمع مهما امكن فى خبر عدم الجواز بخلاف التاويل فى اخبار الجواز فانه لا يجرى فيه الا تاويل واحد فى اخبار كثيره بحملها على الجواز مع الاذن على انه قد لا يمكن حمل بعضها لقوله و لا يجوز له اه فانه يدل على ان ما قبله هو الذى ما سمي فيه موضعاً و يجوز من دون التصريح بالاذن بخلاف ما بعده و امكان ارجاعهما الى العام و الخاص و المطلق و المقيد لان حاصل روايه ابن الحجاج الداله على الجواز هو جواز الاخذ مع عدم المنع و عدم التعيين و التسميه فانه لا يجوز الاخذ الا بالأذن الصريح و بين فيها ان الاذن الصريح لا يحتاج اليه الا فى المعين و المسمى و روايته الداله على المنع تدل على عدم الجواز مط الا بالأذن فيحمل على الاولى لوجوب حمل العام و المطلق على الخاص و المقيد او لأنها مع روايه الحسين دلنا على عدم الجواز اذا كان زائدا عما اعطاه غيره و الجواز اذا كان مساويا او أقل ما لم يصرح بالأذن و دلت تلك على عدم الجواز مط ما لم يأذن بالصريح فيقيد و يخصص بهما و فيما ذكره نظر و التحقيق عندى فى المسأله ان يق ان كان المناط فى جواز اخذ الوكيل لنفسه هو اذن الموكل لا غير و ثبت ان الفريقين المجوزين و المانعين كلهم متفقون على ذلك و ان النزاع انما هو فى دلالة عباره الموكل على جواز الاخذ فالمصير الى المنع لا يخ عن قوه للمنع من دلالة عبارته على ذلك بنفسها و ان لم يكن المناط فيه ذلك و لم يثبت اتفاق الفريقين عليه و امكن ان يحكم بالجواز من جهه التقيد الشرعى اتجه القول بالجواز لدلاله الاخبار عليه مع سلامتها عما يصلح للمعارضه لها و الظاهر عندى هو هذا لعدم

معلوماته كون المناط ذلك و اتفاق الفريقين عليه بل الظاهر خلافه لعدم التنبيه عليه في كلامهم و لأن النزاع في دلاله العبارة من الفقيه جدًّا بعيد و لان المناط لو كان ذلك لكان الاولى تحرير المسألة هكذا اذا اذن الموكل بالاخذ جاز و يحال معرفه الاذن الى العرف و العادة و بالجمله رفع اليد عن اطلاق الاخبار الداله على الجواز مط و لو لم يظهر من كلام الموكل الاذن بمجرد احتمال كون المناط ذلك خلاف الأصل و القاعده فاذن المعتمد هو القول بجواز الأخذ لنفسه و

### ينبغي التنبيه على امور

#### الاول اذا أطلق الموكل و قال هكذا هذه زكاتي امرها إليك

و ابرء ذمّتي منها على ما تراه فالظاهر وقوع الخلاف السابق هنا أيضا و المعتمد عندى جواز الاخذ لنفسه ح أيضا بل هو هنا لعله اقوى لإمكان استفاده الاذن من عبارة الموكل

#### الثاني اذا امره الموكل بصرفها الى المستحقين

و قال اعطها لهم و علم من حاله ان مقصوده تحصيل براءه الذمه لا خصوص غير المامور فالظاهر وقوع الخلاف السابق هنا أيضا و المعتمد عندى هو جواز الاخذ لنفسه أيضا بل لعله هنا اقوى

#### الثالث لا فرق في جواز الاخذ لنفسه حيث يأمره بالصرف في المستحقين

بين ان يقول اقسمه او ادفعه اليهم او ضعه فيهم او غير ذلك كما صرح به في لك و المهذب البارع و الرياض و هو مقتضى اطلاق كلام المجوزين و الاخبار الداله عليه و حكى في لك عن بعض خلاف ذلك قائلا و لا فرق على القولين بين ان يقول له الامر اقسمه او اصرفه او ادفعه اليهم او ضعه فيهم او غيرها لاشتراك الجميع عرفا في المعنى و منهم من فرق فجوز له الاخذ ان كانت الصّيغه ضعه فيهم او ما ادى معناه و منعه ان كانت بلفظ ادفعه او اصرفه و نحوهما و ليس بشىء و اشار الى القول المذكور في المهذب البارع أيضا قائلا و ليس بشىء و كذا اشار اليه في الرياض أيضا قائلا و فيه مع عدم وضوح مستنده نظر سيّما في مقابله اطلاق ما مر من النصّ المعبر

#### الرابع لا فرق فيما جوزنا فيه الاخذ للوكيل من الصور المتقدمه

بين علم الموكل باستحقاقه و علمه بعدمه و علمه عدم باحد الامرين كما هو مقتضى اطلاق كلام المجوزين و الاخبار الداله على الجواز و حكى عن بعض التفصيل فجوز الاخذ لو قال الموكل هو للفقراء مط او اعطه لهم و لم يعلم بفقير الوكيل و لا يجوز لو قال اعطه لهم و علم بفقيره محتجا هنا بان المالك لو اراد اخذه لخصّصه بالذكر و هو ضعيف كما اشار اليه في الرياض قائلا بعد الاشارة اليه و فيه نظر فقد يمنع التخصيص ترفع المدفوع اليه عن مقابلهه بالتصريح له باخذه و قال أيضا و فيه مع عدم وضوح مستنده نظر سيّما في مقابله اطلاق ما مر من النصّ المعبر

#### الخامس اذا ظن في الصور التي جوزنا له الأخذ فيها باراده الموكل

عدم جواز اخذ الوكيل ففى جوازه ح اشكال و الاحوط تركه و ان كان الحكم بجوازه لا يخ عن قوه

### السادس لا اشكال فى انه يجوز للوكيل ان يأخذ فى الصور التى جوزنا له الاخذ

فيها ما يساوى نصيب كل من يعطيه و هل يجوز له ان يأخذ ازيد من نصيب الجميع او لا فيه اشكال و صار الى الثانى فى المنتهى و التحرير و هو ظ النهايه و يع و د و غيرها و لهم على ذلك وجوه الاول اصل عدم جواز اخذ الزيادة و فيه انه انما يتجه لو لم يكن عباره الموكل داله على جواز اخذها و امّا اذا دلّت باطلاقها عليه فالمنع منه خلاف الأصل فت الثانى انه تبه فى لك على دعوى الاتفاق القائلين بجواز الأخذ على ذلك قائلًا يأخذه كغيره لا ازيد هكذا شرط كل من يسوغ له الاخذ و صرح به فى الروايتين المجوزتين و يعضد ما ذكره اولًا قول مجمع الفائده ظ كلام المجوزين عدم جواز اخذ الزيادة على من يعطيهم و فهموا ذلك من الروايتين الأوليين و ثانياً تشبيه بعض الأجله على دعوى الشّهره على ذلك الثالث عموم صحيحه عبد الرحمن المانع من الاخذ منه بعض الصّور و لا دليل على خروج محل البحث فيبقى مندرجا تحت العموم و فيه انه معارض بعموم صحيحه سعيد بن يسار النّاشى من ترك الاستفصال و هى اولى بالترجيح لكونها

ص: ٤٥٧

مستنده الى الامام ع الرابع قوله ع فى احدى صحيحتى عبد الرّحمن لا باس ان يأخذ لنفسه كما يعطى غيره و قوله ع فى حسنه الحسين بن عثمان يأخذ منه لنفسه مثل ما يعطى غيره و فيه نظر لمنع دلالتهما على عدم جواز اخذ الزيادة لان غايه ما يستفاد منهما الرخصه فى جواز اخذ مثل ما يعطى غيره و هو لا يقتضى المنع عن اخذ الزيادة الا على تقدير حجه مفهوم اللقب او الصّفه و هى خلاف التحقيق كما بيناه فى الوسائل و المفاتيح سلّمنا حجه المفهومين و لكن نقول التمسك بهما على عدم جواز اخذ الزيادة انما يتم لو لم يكن المقصود من التشبيه فى القولين التشبيه فى اصل اباحه الاخذ و لما على تقدير كون المقصود منه هذا فلا يتم الاستدلال بهما على ذلك كما اشار اليه المقدس الأردبيلى قائلًا يمكن ان يكون معنى قوله مثل ما يعطى غيره تشبيهاً فى محض الاعطاء كما يجوز الاعطاء لغيره لفقره كك له الاخذ لنفسه لذلك لا فى القدر و المقدار بل على هذا الاحتمال يمكن الاستدلال بالقولين على جواز اخذ الزيادة نظرا الى اطلاقهما لا يق هذا الاحتمال مرجوح لاستلزامه كون التبتيل تاكيذا و لا كك الاحتمال الاول فانه يستلزم ان يكون تاسيسا و قد تقرر ان التاسيس اولى من التاكيد لأننا نقول هذا التاسيس مستلزم لتقييد اطلاق صحيحه سعيد بن اليسار و هو خلاف الاصل فلا يصار اليه و مستلزم لتقييد اطلاق صحيحه سعيد بن اليسار و هو خلاف الاصل فلا يصار الى مستلزم للمنع من اخذ الناقص من نصيب الغير لعدم صدق المماثله معه و لا اظن احدا يقول به فاللازم اما ترجيح الاحتمال الثانى بناء على اولويه اصاله عدم التقييد على اصاله التاسيس او التوقف بناء على عدم ترجيح احد الامرين على الاخر و على اى من التقديرين يسقط الاستدلال بالقولين على عدم جواز اخذ الزيادة اللهم الا ان يرجح التاسيس بظهور عباره لك فى دعوى اجماع القائلين بجواز اخذ الوكيل ممّا وكل فى صرفه الى المستحقين على عدم جواز اخذ الزيادة بل هذه حجه مستقله عليه و فيه نظر لما اشار اليه فى الرياض قائلًا بعد الاشاره الى التفصيل فى اعطاء العيال و الاقارب و نحوه الكلام فى الاخذ لنفسه ان جوزناه لو لا الاجماع المحكى و الخبران المقيدان مع امكان التأمل فى الاجماع بعدم صراحه كلام الحاكين له فيه و مخالفه جماعه حيث جوزوا المفاضله على الاطلاق و فى الخبر بعدم الصراحه و احتمال ان يراد المماثله مع احتمال اختصاصهما بغير الزكاه الغير اللازم فيها المساوات بالاجماع و يشهد له خلو الموثق المتقدم عن اشتراطه مع اختصاص مورده بالزكاه و لكن

الاحوط اشتراطه سيمًا في غير الزكاه و سيمًا للمحصورين و ما ذكره من الاحتياط جيد بل الاحوط ترك الاخذ مط و لكن احتمال جواز اخذ الزيادة لا يخ عن قوه

### السابع ان قلنا بعدم جواز اخذ الزيادة عن نصيب الجميع

فهل يجوز ان يأخذ ما يزيد عن نصيب بعض و يساوى اخر او ينقص عنه او لا التحقيق ان يق ان منع من تفضيل بعض على بعض فلا يجوز ذلك و الا فيه اشكال

### الثامن هل يجب على الوكيل في دفع الزكاه الى مستحقيه

و صرفها فيهم التسويه بينهم فيما يدفع اليهم منها فلا يجوز لها تفضيل بعضهم على بعض او لا بل يتخير بين التسويه و التفضيل حسب ما يشاء فيه قولان احدهما انه يجب التسويه و لا يجوز التفاضل و تبه الشهيد الثاني على انه مذهب من منع الوكيل من اخذ الزائد قائلًا ظ اشتراط عدم جواز اخذ الوكيل لنفسه الزائد عن سهام سائر المستحقين انه لا يجوز تفضيل بعضهم على بعض لأنه من جملتهم و فيما ذكره تامل كما صرح به في الكفايه و تبه عليه المقدس الأردبيلي ره أيضا بقوله و منع المأمور عن اخذ الزيادة عن غيره لا يدل على وجوب التسويه قال في التحرير و ان لم يعين تخير في اعطاء من شاء من المحاويج كيف شاء و هو ظ في جواز التفضيل مع تصريحه بعدم تفضيل نفسه و قد يكون منع اخذه زائدا على من اعطاهم تعبدا او لعدم توهم خيانه او فهم ذلك منهم و لو بحسب العاده و العرف و ثانيهما انه يتخير بين التسويه و التفضيل و هو للتحرير و س و لك و مجمع الفائده و الكفايه و هو الاقرب و لهم اولًا- اطلاق التوكيل و اطلاق ما دل على الصرف في المستحقين و ثانيا ما دل على أنه يجوز دفع الزكاه الى مستحق واحد و انه لا يجب بسطها على جميع المستحقين و لذا لم يجب على الموكل اذا باشر الدفع مراعات التسويه بين المستحقين فكذا و كيله لأنه بدله و بمنزلته مع عدم دلالة عبارته التوكيل على لزوم مراعات التسويه و ثالثا سيره العلماء في جميع الاعصار و الامصار فانهم اذا صاروا و كلاء في دفع الزكاه الى المستحقين لا يلتزمون بمراعات التسويه بل يفضلون بعضا على بعض مضافا الى انا لم نجد احدا منهم افتى بوجوب التسويه و رابعا انه لو وجب على الوكيل مراعات التسويه لورد عليه التنبيه في النصوص و الفتاوى لتوفر الدواعي عليه و التالي بط فكذا المقدم و خامسا ان التسويه قد تخالف المصلحه و يترتب عليها الضرر و المشقه المنفيين بالادله الاربعه و يلحق بالزكاه فيما ذكر الاخماس و جميع الصدقات الواجبه و المستحبه الحقوق التي لا ينحصر مستحقيهها و اما ما ينحصر كالأوقاف و النذور و نحوها الرجعه الى اشخاص معينه محصوره فصار في لك الى وجوب التسويه ح قائلًا- و يتجه عدم تفضيل بعضهم على بعض اذا كان المعين للصراف محصورا اميا لو كانوا غير محصورين كالفقراء فجواز التفاضل مع عدم قرينه خلافه اوضح خصوصا اذا كان المال من الحقوق الواجبه كالزكاه فان التسويه فيها ليست بلازمه و صار في مجمع الفائده الى جواز التفاضل هنا أيضا قائلًا وجوب التسويه بين من يقسم عليهم بعيد خصوصا مع عدم حصر من يعطى نعم قد يتوجه في المحصور كما في المال الموصى به لأشخاص معينين و فيه أيضا تامل لعموم الدال و صدق التفريق و الاعطاء مع التفاوت و ان كان معينين فالظاهر جواز التفضيل و ربما يظهر من قول الكفايه و الوجه عندى جواز التفاضل مط

### التاسع اذا دلت القرائن الحاليه او المقاليه على رضاء الموكل

باخذ الوكيل لنفسه ممّا دفعه الموكل اليه لصفه في المستحقين جاز للوكيل ان يأخذ لنفسه ح حيث يشارك المستحقين في صفه الاستحقاق كما صرح به في جامع المقاصد و حاشيه د و مجمع الفائده و لك و الكفايه و حكي عن علامه و قيل لا كراهه في جواز اخذ الوكيل ح و هو جيد و هو ظ الكتب المذكوره و هل يشترط افاده القرينه الحالیه العلم بالرضاء او يكفى الظن الاقرب الأول و امّا المقاليه فيكفى فيها مجرد دلالة اللفظ و لو بالالتزام المعبر عند اهل اللسان فيكفى الظن المستفاد من دلالة اللفظ

## العاشر يجوز للوكيل ان يعطى عياله

مما

ص: ٤٥٨

دفعه اليه الموكل اذا شاركوا للمستحقين في صفه و قد صرح بجواز ذلك في فع و عد و س و جامع المقاصد و لك و مجمع الفائده و الكفايه و الرياض و لهم وجوه احدها ظهور الاتفاق عليه و ثانيها انه صرح في الرياض بنفي الخلاف فيه قائلا و لو اعطى عياله و اقاربه جاز بلا خلاف اذا كانوا بالصفه للأصل و الصحيح و يعضده ما ذكره اولاً قول جامع المقاصد يجوز ان يدفع الى عياله على كل واحد من القولين و ثانياً قول الكفايه يجوز له ان يدفع الى عياله و اقاربه على القولين لعدم المانع و ثالثاً قول لك و يجوز له ان يدفع الى عياله و اقاربه كما يدفع الى غيرهم على القولين اقتصاراً في موضع المنع على مدلول الروايه و هو نفسه و رابعاً قول مجمع الفائده الظاهر انه لا كلام في جواز اعطائه لأهله و عياله اذا كانوا بالوصف و ثالثاً ما احتج به في مجمع الفائده قائلاً- و يدل عليه أيضا ما روى في الصّحيح عن عبد الرحمن عن ابي عبد الله ع في رجل اعطاه رجل مالا ليقسمه في المساكين و له عيال يحتاجون ايعطيهم من غير ان يستأمر صاحبه قال نعم و كما يجوز الدفع الى عياله يجوز الدفع الى اقاربه كما صرح به في لك و الكفايه و الرياض و لا يجب فيهم التسويه فيجوز المفاضله كما نبه عليه في الرياض بقوله و ليس في الصحيح التقييد بعدم التفاضل و لا- ريب فيه في نحو الزكاه الجائزه فيها ذلك و يحتمل في غيره عملاً بالاطلاق الا ان يكون العدم هو المتبادر فيتعين

## الحادي عشر اعلم ان مقتضى اطلاق اكثر من تكلم في اصل المسأله من المجوزين و المانعين

دخول ما عدا الزكاه من ساير الصدقات التي يجوز فيها التوكيل في محل بحثهم و ان حكمه حكم التوكيل في الزكاه

## منهل ثبت الوكاله بامور منها شهاده ذكرين عدلين بها

و قد صرح بثبوتها بها في الغنيه و يع و التبصره و د و عد و التحرير و لف و اللمعه و ضه و مجمع الفائده و هو ظ جامع المقاصد و الكفايه و لهم اولاً ظهور الاتفاق عليه و ثانياً انه صرح في مجمع الفائده بدعوى الاجماع قائلاً دليل ثبوتها بالعدلين الاجماع و ما دل على قبولها و كذا قبول الاقرار و ثالثاً عموم قوله تعالى إِنَّ لِّجَاءِكُمْ فِاسِقٌ بِنْتًا الْآيَه و رابعاً الصحيح الدال على اصاله قبول شهاده العدلين و خامساً ان شهاده العدلين يثبت بها اكثر الموضوعات المشتبهه فكذا هنا عملاً بالاستقراء بل بالفحوى في بعض الموارد و لا فرق في ثبوتها بما ذكر بين جميع افراد الوكاله كما هو مقتضى اطلاق كلام الاصحاب و كذا لا فرق في ذلك بين

ان يكون هناك منازع او لا و منها حصول العلم بها من اى سبب كان استفاضه كان او غيرها و قد صرّح فى يع و التحرير و عد و جامع المقاصد و الكفايه بان للحاكم ان يحكم بعلمه بها و ربّما يستفاد من قول الغنيه و التبصره و د لا تثبت الوكاله الا بشاهدين عدلين عدم الثبوت بغير شهادتهما و منه محلّ البحث و هو ضعيف جدا و لعلّ الحصر هنا اضافى و محمول على الغالب و منها اقرار الموكل و تصديقه بها و قد صرّح بثبوتها بذلك فى كره و عد و التحرير و مجمع الفائده و الكفايه و هو ظ لف و موضع اخر من الارشاد و يظهر من مجمع الفائده دعوى الاجماع عليه و يثبت الاقرار بالسّماع منه و بشهاده العدلين به

### منهل لا تثبت الوكاله بامور منها الاستفاضه الظنيه و التى لا تفيد العلم

كما صرّح به فى الكفايه و هو ظ الخلاف و الغنيه و يع و عد و التبصره و د و التحرير و كره و المحكى عن الحلّى بل هو ظ المعظم و لهم اولاً- الاصل و ثانيا ظهور الاتفاق عليه كما تبّه عليه فى مجمع الفائده قائلاً- الظاهر من كلماتهم عدم ثبوتها بالاستفاضه أيضا حيث قالوا لا تثبت الا بعدلين و يعضد ما ذكره قول الكفايه بعد نقل كلام عن كره و ظ هذا الكلام و غيره حيث ثبوتها بالشاهدين عدم ثبوتها بالاستفاضه و الامر كك ان لم يعتبر فى الاستفاضه العلم و الا ففيه اشكال مع رجحان القول بالثبوت لا- يق لا- نسلم ما ذكره من ظهور عبارات الاصحاب فى عدم ثبوت الوكاله بالاستفاضه الظنيه لما تبّه عليه فى مجمع الفائده بقوله بعد ما حكينا عنه سابقا و ان امكن ان يكون الحصر اضافيا بالنسبه الى رجل و امراتين و نحوها من شهاده النسا و رجل واحد و لهذا قالوا هذا الكلام فيما صرحوا بثبوتها بالاستفاضه مثل رؤيه الهلال حيث ذكر ذلك فى كتاب الصّوم ثم عدتها يثبت بالاستفاضه فى محلّه و فعل ذلك فى عد و س لأننا نقول حمل الحصر على الاضافى و ان كان ممكنا و لكنه خلاف الاصل فلا- يصار اليه الا بدليل و لا دليل عليه هنا سوى خروج بعض الأفراد من عموم المفهوم و قد تقدم اليه الاشاره و لكن ارتكاب التخصيص فى عموم المفهوم اولى من الحصر على المعنى المجازى و هو الحصر الاضافى لما بيننا فى كتبنا الاصوليه من ان التخصيص اولى من المجاز حينما يقع التعارض بينهما سلمنا اراده الحصر الاضافى و لكنه حملة على معنى يوجب شمول مفهومه لمحلّ البحث كما شمل شهاده النساء و نحوها اولى لأنه اقرب الى الحصر الحقيقى الذى هو المعنى الحقيقى و قد بيننا فى الكتب المذكوره ان اللفظ اذا تعدّر حملة على الحقيقه و جب حملة على اقرب المجازاه اليها و مع هذا فعدم تعرض احد من الاصحاب لثبوت الوكاله بالاستفاضه الظنيه ظ أيضا فى اتفاقهم على عدم ثبوتها بها و ثالثا العمومات المانعه من العمل بالظن من الكتاب و السنه خرج منها بعض الافراد بالدليل و لا- دليل على خروج محلّ البحث فبقى مندرجا تحتها لا يق لا نسلم فقد الدليل على خروج محلّ البحث منها بل هو موجود و هو فحوى ما دلّ على ثبوت الوكاله بشهاده العدلين اذ الظن المستفاد من الاستفاضه غالبا اقوى من الظن الحاصل من شهاده العدلين فاذا ثبتت الوكاله بالظنّ الضعيف فثبوتها بالاقوى اولى لأننا نقول ما ذكر لا ينهض باثبات خروج محلّ البحث منها اما اولاً فلما تبّه عليه فى مجمع الفائده قائلاً بعد ما حكينا عنه سابقا و أيضا لا يجد العقل فرقا بين الامور بحيث يثبت البعض بالاستفاضه دون الغير فان كان عليه دليل و هو كونه اقوى ظنا من الشهادتين فيثبت بالطريق الاولى فلا ينبغى التخصيص بل يجوز فى الكل كما يفهم من ح يع و لكن فى كون ذلك دليلا تامل حيث يجب فى مفهوم الموافقه العلم بالعله و وجودها فيه و ذلك غير واضح قد يكون الثبوت بالعدلين تعبدا محضا و لهذا لو فرض حصول مثل ذلك بل الاقوى بسبب القرائن مثل كون المدعى ورعا جدا فى الغايه و كذا شاهده مع الوحده و قله ما يدعيه جدا بحيث يقرب الجزم بعدم الكذب لم يعمل به على الظاهر و كذا الظاهر انه لا يعمل بها فى الحد و الرجم و ان كان الظن اقوى بل القتل أيضا فان الجراء على امثالها من غير نصّ و اجماع مشكل جدا فكيف مع ظهور المنع من الاكثر بحيث يكاد ان يكون اجماعا فالتعميم مشكل و كذا التّخصيص بالبعض دون البعض الا- ان يكون الدليل خاص من اجماع او نحوه نعم يمكن ذلك فى مثل الوكاله بقرائن

بحيث يعلم او يقرب من العلم بحيث ما يبقى الا- الاحتمال الذى باق فى العلوم العاديه و الاحتياط طريق السلامه لو امكن فلا يترك و اميا ثانيا فلمعارضه ذلك بالعمومات المتقدم اليها الاشاره تعارض العمومين من وجه كما لا يخفى و من الظاهر ان الترجيح مع العمومات المذكوره سلمنا ان

ص: ٤٥٩

ما ذكر اخص منها مط و لكن لا اعتضادها بالشهره العظيمه التى لا يبعد معها دعوى شذوذ المخالف لو كان لا تقبل التخصيص بما ذكر لما بيناه فى محل اخر و اما ثالثا فلمعارضه ذلك بفحوى ما دلّ على عدم ثبوت الوكاله بظنون كثيره هى اقوى من الظن الحاصل من الاستفاضه و شهاده العدلين مضافا الى أنّ الاستقراء فى نفسه حجه بناء على اصاله حجيه الظن و منها خبر الواحد و شهادته فقط و لو كان عدلا كما صرح به فى عد و كره و التحرير و جامع المقاصد و هو ظ الخلاف و ط و الغنيه و يع و صره و د و المحكى عن الحلّى بل صرّح فى جامع المقاصد بدعوى الاجماع على ذلك قائلا و لا تثبت الوكاله بخبر الواحد باجماعنا و يعضد ما ادعاه قول كره لا تثبت بشهاده واحد و لا بخبره عند علمائنا اجمع لأنه حق مالى فلا تثبت بخبر الواحد و لا بشهادته كالبيع و نحوها منها شهاده عدل واحد مع اليمين كما صرح به فى د و التحرير و عد و كره و اللمعه و لك و ضه و جامع المقاصد و مجمع الفائده و قد تبه فيه على دليله بقوله دليل عدم ثبوتها بشهاده رجل و امراتين و بشاهد و يمين الاجماع و الاصل مع عدم الدليل اذ الدليل على الثبوت بهما انما هو المال و الوكاله ولايه و ان كانت مشتمله على المال أيضا و لهذا لم يثبت بهما الوصيّه مع عدم ثبوت الوصيّه بهما بالمال على ما ذكره فى ح يع و يعضد ما ذكره اولا قول يع و لا بشاهد و امراتين و لا بشاهد و يمين على قول مشهور و ثانيا قول لك بعد الاشاره الى ما فى يع هذا هو المذهب و لا نعلم فيه مخالفا و لان متعلق الشاهد و اليمين و الشاهد و المرأتين الحقوق و الغرض من الوكاله الولايه على التصرف و المال قد يترتب عليها لكنه غير مقصود بالذات من ماهيتها و ثالثا قول جامع المقاصد لا خلاف عندنا فى عدم ثبوت الوكاله بما يثبت به المال لان الغرض من الوكاله الولايه على التصرف و يترتب المال عليها و ليس المقصود الاصلى بخلاف الوصيّه و رابعا قول كره لا يثبت بشهاده رجل و امراتين و لا شهاده رجل و يمين عند علمائنا اجمع سواء كانت الوكاله بمال او ولايه لان الوكاله اثبات التصرف فلا تثبت الا بشاهدين و لا فرق فيما ذكر بين ان يكون الوكاله بمال او ولايه كما صرح به فى التحرير و كره و هل يثبت بذلك فيما لو اشتملت الدعوى كما لو ادعى شخص على آخر و كاله بجعل و اقام شاهدا و حلف معه او لافيه قولان احدهما انه لا يثبت بذلك الوكاله و لا المال و هو لظ يع و عد و د التحرير و اللمعه و لهم الاصل و اطلاقات الاجماع المحكيه كما تبه عليه فى جامع المقاصد بقوله فان قلت لو ادعى شخص انه يستحق على الاخر كذا جعل و كاله يثبت بشاهد و يمين قلت لا يحضرنى الان به تصريحاً و وجه الثبوت ظ اذ لا- غرض ح فى الولايه و لو كان ذلك قبل العمل و ظ اطلاقهم عدم الثبوت و ثانيهما انه يثبت بذلك المال دون الوكاله و قد صار اليه فى لك قائلا بعد ما حكينا عنه سابقا و يشكل الحكم فيما لو اشتملت الدعوى على الجهتين كما لو ادعى شخص على اخر و كاله بجعل و اقام شاهدا و امراتين او شاهدا و حلف معه و الظاهر ح انه يثبت المال لا الوكاله و لا يقدر فى ذلك تبعض الشهاده و مثله ما لو اقام ذلك بالسرقه فانه يثبت المال لا القطع و لأنه المقصود بالذات لا الولايه نعم لو كان ذلك قبل العمل اتجه عدم الثبوت لأن انكار الولايه ابطالها و لم يثبت بعد و يمكن ان يكون نسبه المصنف القول الى الشهره المشعره فيه لأجل ذلك فيكون التوقف فى عموم الحكم لا فى اصله و تبه على ما ذكره فى ضه أيضا بقوله لا يثبت الا بشاهد و يمين الا ان يشمل على جهتين كما لو ادعى شخص على اخر و كاله بجعل و اقام شاهد او امراتين او شاهدا و حلف معه فالاقوى ثبوت



المال لا الوكالة و ان تبعضت الشهاده كما لو اقام ذلك بالسرقه و يثبت المال لا القطع نعم لو كان ذلك قبل العمل لم يثبت شىء و اورد عليه فى مجمع الفائده قائلا بعد الاشاره الى ما ذكره فى لك و فيه تامل اذ المال ما ثبت

الا بنبوت السرقه التى حكم الشارع بنبوتها فكيف لا يلزم القطع و يلزم المال الا ان يخصص بنبوت الحد و يقال ليس ثبوت الحد من شرائط القطع المذكوره من لوازم الشرحه شرعا بل مع ثبوتها بغيرها و كذا الكلام هنا فت و فيما ذكره نظر بل ما فى لك اجود ان قام دليل و لو عموما على ثبوت المال بما ذكره و لكنى لم اجده و منها شهاده رجل عدل و امراتين كما صرح به فى يع و كره و عد و د و التحرير و اللعنه و ضه و هو ظ الخلاف و ط و الغنيه و جامع المقاصد و المحكى عن الحلّى و لك و مجمع الفائده و هو ظ الخلاف و الغنيه و صره بل الظاهر انه ممّا لا خلاف فيه كما تبّه عليه فى كره و جامع المقاصد و لك و مجمع الفائده و لا فرق فى ذلك بين كون الوكالة بالمال و بالولاية و منها شهاده النساء منفردات و ان كثرن ما لم يفد العلم كما صرح به فى فع و كره و عد و التحرير و اللعنه و ضه و لك و هو ظ الخلاف و ط و الغنيه و صره و د و المحكى عن الحلّى بل الظاهر أنّه ممّا لا خلاف فيه كما تبّه عليه بعض و لا فرق فى ذلك بين كون الوكالة بالمال او بالولاية و منها تصديق الغريم فلو ادعى زيد و كاله عن عمرو فى قبض ماله عينا كان او دينا ممّن عنده غريما كان او ودعيا و صدق هو مدعى الوكالة فى دعواه لم تثبت بمجرد تصديقه لا بالنسبه الى صاحب المال و لا بالنسبه الى الحاكم و قد صرح بعده بنبوتها بما ذكر فى يع و عد و د و اللعنه و ضه و الكفايه و هو ظ الغنيه و التبصره بل الظاهر انه ممّا لا خلاف فيه نعم يجب على المصدق العمل بمقتضى اقراره و تصديقه فيدفع العين او الدين الى مدعى الوكالة الذى صدقه حيث لم يكذبه المالك فان كذبه بعد الدفع كان القول قوله مع يمينه و ان صدقه بعده برئت ذمته و قد صرح بالامرین فى ضه قائلا فاذا حضر و صدق الوكيل برئ الدافع و ان كذبه فالقول قوله مع يمينه و منها مجرد ادعاء الوكيل للوكالة و قد صرح بعدم ثبوتها به فى يع و التحرير قائلين لا يحكم بالوكالة بدعوى الوكيل و زاد الثانى سواء كذبه الغريم او صدقه و ما ذكره هو ظ الغنيه و صره و د و لا اشكال فيه حيث ينازعه المالك و الموكل بزعم الوكيل فلا يكون دعوى الوكيل حجه عليه و اما اذا لم يكن له منازع أصلا كما اذا ادعى انه وكيل زيد فى بيع سلعته او عبده او غيرهما من ساير املاكه او ادعى أنّه وكيله فى ان يوجر ملكه شراء شىء له او ادعى انه وكيله فى ايقاع عقد صلح له او ادعى انه وكيله فى ان يوجر ملكه او يوهبه او يعيره او نحو ذلك فهل تسمع دعواه مجردة و لم يطالب بيّنه و لا- يمين و يكون حاله حال من علم بوكالته فيدفع اليه ثمن ما باعه بدعوى الوكالة او لا تسمع بل يكون حاله حال من شك فى وكالته فى صوره وجود منازع له المعتمد عندى هو الأوّل و اليه صار فى مجمع الفائده قائلا ان الامر فى الوكالة اسهل لأنّ الظاهر أنّه اذا علم الوكيل و ادعى ذلك و كان متصرفا من غير منازع يجوز معامله معه و الاخذ منه و التصرف فيه و كذا فى المولى و الوصى لحمل اعمال المسلمين على

ص: ٤٦٠

الصّححه و لقبول قول امرأه طلقها زوجها أنّها تزوّجها الاخر و طلقها زوجها المحلل و دخل بها و خرجت عن العده عند الاكثر و اشترط بعض كونها امينه كما هو ظاهر الروايه الصّحيحه و لأنه لو لم يكن كك للزم الحرج و الضيق و لأنه ذلك عمل المسلمين و لأنه يعلم كل احد ان الغنم مثلا- ليس ملكا للقصاب و كذا امتعه البزاز و فواكه البقال و اموال التجار و لأنه ما نقل عن اهل البيت ع و لا عن العلماء التوقف فى ذلك و الاستفسار و كانوا يشترون الاشياء عن الوكلاء و يقبضون الهدايا و التحف و غيرهما من الوكلاء و ممن فى يده بل قالوا بجواز الاخذ من الصبيان و العبيد و كانوا يوكلون الناس و يبعثون الى البلاد البعيده و كان

معلوما عدم الشهود معهم و بالجمله الظاهر ان لا- كلام فيه الله يعلم و قد اختار ما صار اليه بعض الاجله محتجاً بقاعده نفى الحرج و بعمل المسلمين و بالقاعده الكليه و هي من ادعى و لا- منازع له فانه تسمع دعواه فان محل البحث احد افرادها و هل تسمع دعواه ح في جميع المواضع التي يصح فيها الوكاله او يختص ببعضها فيه اشكال و لو قيل بسماعها في كل ما جرت عاده المسلمين بالسِّماع فيه من غير مطالبه الاثبات و الحلف لا غير لم يكن بعيدا و منه الامثله المتقدمه و ليس منه دعوى الوكاله في استيفاء الحقوق و الودائع و العواري و نحوها و المعتمد عدم سماع الدعوى ح

## منهل اذا شهد العدلان بالوكاله و إنشائها

### اشاره

فلا يخ عن صور احديها ان يشهدا بها من غير ذكر ما يقتضى اختلافهما كان يقول كل منهما اشهد ان فلانا و كل فلانا مط او في الامر الفلاني و هنا لا اشكال و لا شبهه في جواز الاعتماد على شهادتهما و ثبوت الوكاله بها مط و ان احتمل اختلافهما لنا اولا ان ذلك متفق عليه و ثانيا انه لو لم يجز الاعتماد على شهادتهما ح لما جاز الاستناد في اثبات الوكاله الى شهاده العدلين مط او غالبا و هو بط و ثالثا انه لو لم يجز ذلك للزم الحرج العظيم كما لا يخفى و هو منفي بالادله الاربعه و ثانيتها ان يشهدا بها و لكن يطلق احدهما فيقول اشهد فلانا و كل فلانا في الامر الفلاني او مط و يقيد الاخر بزمان او مكان او لغه فيقول اشهد انه و كله في ذلك في يوم الجمعه او في المسجد او باللغه العربيه و لا شبهه ح في قبول شهادتهما ح و لا في ان هذا الاختلاف لا يقدرح و ثالثها ان يشهد احدهما بانه و كله في تاريخ كذا كان يقول و كله في يوم الجمعه و الاخر بانه و كله في تاريخ غير ذلك التاريخ كان يقول و كله يوم السبت و يحصل العلم بانه لم يصدر من الموكل الا التوكيل مره واحده فهل تثبت الوكاله بشهاده هذين المتخالفين او لا فيكون من شرط قبول الشهاده هنا اتفاق الشاهدين في اداء الشهاده و تاريخ الوكاله و عدم اختلافهما اختلافا يقتضى التناقض فيه قولان احدهما انه يقبل شهادتهما ح و قد صار اليه في يع قائلا لو شهد احدهما بالوكاله في تاريخ و الاخر في تاريخ اخر قبلت شهادتهما و ثانيهما انه لا تقبل شهادتهما ح و قد صار اليه في د و التحرير و كره و عد قائلا فيما عدا الاول لو شهد احدهما انه و كله في يوم الجمعه و الاخر يوم السبت لم تثبت الوكاله و البينه و زاد في الثاني و الثالث قائلا كما في الاول يشترط اتفاقهما في الشهاده و اختار هذا القول في جامع المقاصد و لك و هو الاقرب اما اولا فلأصل التسليم عن المعارض و اما ثانيا فلظهور اتفاق الاصحاب عليه كما نبه عليه في لك بقوله المشهور في عبارات الاصحاب و غيرهم ان الشاهدين بالوكاله اذا اختلف تاريخ ما شهدا به لم تثبت الوكاله بذلك و يعضد ما ذكره قول الكفايه المشهور في عبارات الاصحاب ان الشاهدين بالوكاله اذا اختلف تاريخ ما شهدا به لم تثبت الوكاله لعدم اجتماع الشاهدين على صفه واحده و لا يقدرح فيما ذكره عباره يع المتقدم اليها الاشاره خصوصا مع امكان تنزيلها على ما يرتفع به المخالفه كما تبّه عليه في لك بقوله بعد ما حكينا عنه سابقا اما لو شهدا باقراره منهما في وقتين قبلت و المصنف لم يفرق في اطلاق كلامه بينهما بل ظاهره في الاول ان شهادتهما بنفس الوكاله في تاريخين و لكن تعليقه بعسر جمع الشهود في الوقت الواحد قد يستفاد منه ان المتأخر وقع على جهه الاقرار لان الصيغه اذا وقعت مرتين بقي ما بعدها اقرار بها و على هذا فيكفى شهاده احدهما بالانشاء و الاخر بالاقرار في وقتين كما لو قيل شهدا معا بالاقرار في الوقتين و يبقى قوله لو اختلفا في لفظ العقد صريحا في إنشاء الوكاله و مع ذلك اختلاف العبارة يقتضى تعدد الانشاء كما لو تعدد الوقت و ان اتفقت العبارة و مرجع تردده يرد في ذلك و تعليقه الجواز بقوله ان مرجعه الى انهما شهدا في وقتين يدل على ان اختلاف الوقت في العقد نفسه لا يضر لأنه فرض المسأله في اختلافهما في نفس العقد و انما يضر لو تكاذبا في

لفظه بان شهد احدهما ان العقد الواقع منه فى الوقت المعين كان بلفظ و كلتك و شهد الاخر ان تعبيره كان بلفظ استبتك و هنا لا- اشكال فى عدم الثبوت و الذى يظهر من العبارة ان ما عدا الصورة التناقض المحض تثبت به و ان اختلف الوقت مط و هو مشكل و امّا ثالثا فلما احتج به فى كره على القول الثانى قائلا- لأنّ التوكيل يوم الجمعة غير التوكيل يوم السبت فلم يكمل شهادتهما على فعل واحد و يعضد ما ذكره اولا قول جامع المقاصد بعد الاشارة الى القول الثانى لان العقد المشهود به متعدد فان الواقع يوم الجمعة غير الواقع يوم السبت و لم يكمل النصاب بالنسبة الى كلّ واحد من العقدين و ثانيا قول لك بعد ذلك أيضا لان كل صيغته واقعه فى وقت منهما لم يقم بها شاهدان و إحداهما غير الاخرى و ثالثا قول الكفايه و كله فى يوم الجمعة

الاخر بانه و كله فى تاريخ غير ذلك كان يقول و كلته بعد ذلك أيضا لعدم اجتماع الشاهدين على صفة واحده و رابعها ان يشهد احدهما بانه و كله فى تاريخ كذا كان يقول و كله فى يوم السبت و لم يحصل العلم بوحده التوكيل و احتمال صدور عقده مرتين او تيقن به و فى ثبوت الوكاله بشهادتهما ح قولان احدهما أنّها لا تثبت ح و هو لظ اطلاق الارشاد و التحرير و كره و عد و الايضاح و جامع المقاصد بل صرّح فى لك و الكفايه بانه المشهور فى عبارات الاصحاب و لهم الاصل و العمومات المانعه عن العمل بغير العلم و ما نبه عليه بعض الاجله بقوله و ممّا يمكن ان يؤيد به القول المشهوره ما هو المفهوم من جمله من قضايا امير المؤمنين ع من تفريق الشهود متى حصلت الريبه فى شهادتهم من الاخذ بالمشخصات الزمانيه و المكانيه و القولية و نحو ذلك فأنّه متى اختلف الشهود فى ذلك ابطال شهادتهم و نقل مثله عن داود و دانيال ع و الاخبار المشار اليها مشهوده و ثانيهما انها تثبت ح و هو لظ اطلاق يع و له العمومات الداله على لزوم و قبول شهاده العدلين المعتضده بالاستقراء و بالفحوى و بان اتفاق الشاهدين لو كان شرطا مط لزم عدم جواز الاعتماد على شهادتهما غالبا لندره الاتّفاق نعم اذا اختلفا فى الأداء بحيث يلزم من صدق احدهما كذب الآخر اتجه منع الاعتماد على شهادتهما و لكن هذا الاختلاف هنا غير متحقق قطعا بل يمكن الجمع بينهما و تصديق كل منهما فلا وجه لردّ

ص: ٤٦١

شهادتهما مع وجود المقتضى لقبولها و هو ما بيّناه و قد نبّه على ما ذكرناه فى مجمع الفائده قائلا لم نجد لهم دليلا على عدم اعتبار اتحاد الشاهد للقبول على كل عقد من العقل و النقل بل نجده مجرد الدعوى فلم لا يجوز الاكتفاء بشاهد واحد فى كل عقد اذا كان ممّا يقبل التعدد و لا يضرّه فانه من الجائز ان يقول عند شاهد عدل يوم الجمعة و كلتك و فى يوم السبت عند اخر و كلتك لغرض من الاغراض مثل الاشهاد كما فى الاقرار فانّ الشاهدين يشهدان باذنه له فى التصرف و لا منافات اذ يجوز صدوره منه مرتين مختلفتين و امثاله كثيره و ليس مثل الطلاق الذى يشترط فيه سماع الشاهدين صيغته فان عليه دليلا خاصا و بالجمله الظاهر من القوانين القبول مع الاختلاف و انه لا اجماع على عدمه و ان كان المصنف هنا و غيره على العدم و كذا الشيخ على و انه المشهور و قد يناقش فيما ذكره اولا بما نبّه عليه بعض الاجله قائلا بعد الإشاره اليه فيه انه لا ريب انه بالتوكيل فى يوم الجمعة قد حصلت الوكاله الشرعيّه المترتب عليها احكامها المقرره و هذا التوكيل الثانى فى يوم السبت ان قصد به التوكيل و الانشاء كما هو المفهوم من كلامه فهو لا- يخرج عن اللغو فى القول لما عرفت من ثبوت التوكيل و حصوله و ترتب احكام التوكيل عليه بلا- ريب و ان اريد الاقرار و الاعتراف ثم ما ذكره و لكنه خلاف ما اراده و بذلك يظهر لك ما فى قوله فلم لا يجوز الاكتفاء بشاهد واحد فى كل عقد اذا كان ممّا يقبل التعدّد فانى لا اعرف لقبول عقد الوكاله هنا التعدد دون غيره من العقود وجها فانه ان ثبت الوكاله بما يترتب عليها بالعقد الاول فلا معنى لهذا التعدد و الا فلا تعدّد بل الثانى فى الحقيقه انما

يرجع الى الاقرار و الاعتراف كما هو ظ لمن تامل بعين الأنصاف و قد يناقض فيما ذكره بالمنع من كون التوكيل فى يوم السَّبت و هو التوكيل ثانيا لغوا خاليا عن الفائدة لاحتمال كون المقصود به الاشهاد عليه لتكميل البيه الشرعيه و بالضروره يخرج ح عن كونه لغوا و مع هذا فقد يقصد به دفع توهم العزل و قد يتفق وقوعه باعتبار الغفله عن التوكيل فى يوم الجمعة و من الظاهر انه فى جميع الصور المذكوره قصد إنشاء التوكيل و اريد من العقد معناه الحقيقى و الظاهر أنه ممّا يتكرر كما يتكرر الاقرار و لو لم يحصل العزل لان مرجع التوكيل الى الاذن فى التصرف و هو بالذات قابل للتكرار فليس الاذن فى السابق مانعا من تجدد الاذن ثانيا و ثالثا بخلاف كثير من العقود كالبيع و الصلح و الاجاره و نحوها فانها اذا تحققت فى زمان على الوجه المعبر شرعا امتنع تحققها ثانيا من غير ابطال الاول سلّمنا ان الوكاله كالبيع فى عدم قبول المبدأ للتكرار من غير الابطال و لكن كل شاهد اذا سمع من الموكل التوكيل جاز له ان يشهد به ما لم يعرف فساد ما شهد به فاذا شهدا به اندرجت هذه الشهاده تحت العمومات الداله على لزوم قبول شهاده العدلين فيكون هنا معتبره تعبدا بالنسبه الى الملكيه و الفراش بالنسبه الى النسب فليس المناط فى اعتبارها كشفها عن الواقع و العلم او الظن بصدق شهاده كل منهما الا ان يق العمومات المذكوره معارضه بالعمومات المانع عن العمل بغير العلم من الكتاب و السنّه تعارض العمومين من وجه و الظاهر ان هذه العمومات اولى بالترجيح لموافقته للأصل العقلى و لاعتزادها هنا بالشهره المحققه و المحكيه لأنها اكثر بل هى متواتره بخلاف العمومات الداله على قبول شهاده العدلين بل قد يمنع من شمولها لمحل البحث لندرته فهى اضعف دلالة فاذن المعتمد هو القول الاول و خامسها ان يشهد احدهما بان عقد الوكاله كان باللفظ العربى مثلا و يشهد الاخر بانه كان بالفارسيه مثلا و هل يقبل شهادتهما ح فتثبت الوكاله بها او لا فيكون هذا الاختلاف مانعا من قبول شهادتهما أيضا صار الى الثانى فى د و عد و التحرير و كره و جامع المقاصد و لهم ما تبه عليه فى كره بقوله لو شهد احدهما انه بالعربيّه و شهد الاخر انه و كله بالعجميه لم تثبت لان الانشاء هنا متعدد و لم يشهد باحدهما الشاهدان و تبه على ما ذكره فى جامع المقاصد بقوله لأنّ العقد المشهود به متعدد و ما صاروا اليه هو الاقرب عندى لما بيناه فيما سبق و لا فرق بين ان يعلم بانّ العقد الصادر من الموكل كان متحدا او متعدّدا و

### ينبغي التنبيه على امور

#### الاول لا يختص الحكم بالاختلاف من جهه العربيه و الفارسيه

بل يعم جميع افراد الاختلاف من جهه اللغه فلو شهد احدهما بان التوكيل كان بالهنديه مثلا و شهد الاخر بانه كان بالتركيه مثلا لم تقبل شهادتهما كما تبه عليه فى د بقوله لو اختلفا فى اللغه لم تقبل و لكن اقتصر على الاختلاف فى العربيه و الفارسيه فى عد و التحرير و كره و غيرها و لا يبعد ان يق أنّها ارادت التمثيل لا تخصيص الحكم بما فرضه

#### الثانى كما لا تقبل الشهاده مع الاختلاف المذكور فكك لا تقبل شهادتهما اذا اختلفا فى خصوص لفظ العقد

و ان اتفقا باعتبار اللغه كما اذا شهد احدهما بان الموكل قال و كلتك و شهد الاخر بانه قال استبتك او اذنت لك و قد صرح بعدم قبول هذه الشهاده فى التحرير و عد و كره و لف و الكفايه و صرح به فى يع أيضا الا انه تردّد فيه اخيرا قائلا لو اختلفا فى لفظ العقد بان يشهد احدهما ان الموكل قال و كلتك و يشهد الاخر انه قال استبتك لأنها شهاده على عقدين اذ صيغه كل واحد مخالفه الاخرى و فيه تردّد اذ مرجعها الى أنّهما شهدا فى وقتين اما لو عدلا عن حكايه لفظ الموكل و اقتصرنا على ايراد المعنى

جاز و ان اختلفت عبارتهما و ليس التردد في محله بل المعتمد ما بيناه من عدم القبول و تبّه على وجهه في لف قائلا اذا شهد احد الشاهدين بانه قال جعلتك وكيلا و شهد الاخر بانه قال جعلتك جريا بالجيم المفتوحه و الراء غير المعجمه المكسوره و الياء المنقطه تحتها نقطتين المشدده و هو الوكيل لأنه يجرى مجرى موكله لم تثبت الوكاله و كذا لو شهد احدهما بانه قال و كلتك و قال الاخر استبتك قاله الشيخ و قال ابن الجنيد تثبت و التحقيق انهما ان شهدا بالانشاء فالحق ما قاله الشيخ لان كل واحد منهما شهد بعقد فلم يثبت الواحد بهما و ان شهدا بالإقرار فالحق ما قاله ابن الجنيد و قد نصّ الشيخ على ذلك أيضا و يعضد ما ذكره اولاً قول يع المتقدم اليه الاشاره و ثانيا قول كره لو شهد احدهما انه قال و كلتك و شهد الاخر انه قال اذنت لك في التصرف او قال جعلتك و كيلا او شهد انه قال جعلتك جريا اي و كيلا لم يتم الشهاده لاختلاف اللفظ

### الثالث لو شهد احدهما بوكالته في الخصومه ببغداد

في دار بعينها و شهد بالآخر بوكالته في الخصومه الى قاضى مصر لم يجز الاعتماد على شهادتهما كما صرح به في لف و حكى عن ابن الجنيد القول بأنه يكون في

ص: ٤٤٢

المفروض و كيلا في الخصومه الى قاض كل بلد قائلا و ليس بجيد لان الوكاله تثبت على حد ما امره و قد تصرّفه على شىء بعينه فلا يجوز ان يتعداه

### الرابع لو علما لا عن حكاية لفظ الموكل

و اقتصر على ايراد المعنى قبلت و ان اختلف عبارتهما في التعبير كما صرح به في يع و الكفايه فلو شهد احدهما بالعجميه و الاخر بالعرييه او نحوها قبلت لان ذلك يكون اشاره الى المعنى و لو قال احد الشاهدين اشهد انه وكله و قال الاخر اشهد انه اذن له في التصرف تثبت الوكاله كما صرح به في عد و التحرير و كذا صرح به في كره و جامع المقاصد غافلين فيها كما في عد لأنهما لم يحكيا لفظ الموكل و انما عبرا بلفظهما و اختلاف العبارة لا تؤثر

### الخامس هل يجب في صوره العدول عن لفظ الموكل

المتقدم اليها الاشاره على من يريد قبول شهادتهما الفحص عن لفظ الموكل و زمانه و مكانه ليعرف اتفاهما و اختلفهما المانع من قبول شهادتهما بالتفريق بينهما حين اداء الشهاده او لا- يجب ذلك بل يجوز الاقتصار على ما يسمع منهما الاقرب الثانى للأصل و العمومات الداله على قبول شهاده العدلين و استلزام الفحص الحرج و الضرر و تعطيل الحقوق غالبا و ان المعهود من سيره المسلمين القبول من غير فحص هنا و فى ساير المقامات التى تقبل فيها شهاده العدلين و هل يجوز الفحص عن ذلك او لا بل يجب الاقتصار على ما يسمع منهما الاقرب الاول للأصل السليم عن معارضه شىء من الادله الاربعه

### السادس اذا شهد احدهما انه وكله في البيع مثلا

و شهد الاخر انه وكله و زيدا فصّح في عد و التحرير و كره و جامع المقاصد بانه لم تثبت الوكالة ح قائلين لأن مقتضى الشهاده الاولى استقلاله بالبيع و الثانيه عدمه لان كونه وكيلا- مع الاخر يقتضى منع الانفراد بالتصرف و ذلك يقتضى تعدد العقد المشهود به و ما ذكره جئد في صورته اراده الاستقلال من الشّهاده الاولى و التشريك من الثانيه و اما لو اريد من الاولى الوكالة في الجملة فلا- تنافيهما الثانيه فيلزم القبول و كذا لو اريد منهما الاستقلال و اما اذا انتفت القرائن الحاليه و المعاليه على الارادات المذكوره فهل اللازم ح عدم ثبوت الوكالة كما هو ظ الكتب المتقدم اليها الاشاره بل هو صريحها او اللازم الحكم بثبوتها في اشكال ممّا ذكره العلامة المحقّق الثاني المتقدم اليه الاشاره و من ان ظهور الشّهاده الاولى في الاستقلال و الثانيه في الاشتراك ليس من جهه وضع اللفظ و لا- الدلاله المطابقه و لا- التضمّنيه بل قد يدعى عدم الظهور في ذلك و لو التزما فيجب العمل لشهادتهما عملا- بالعمومات الداله على قبول شهاده العدلين و فيه نظر لان انتفاء الدلاله المطابقه و التضمّنيه لا يستلزم انتفاء الدلاله لان الظهور الذى ادّعيه مستند الى الدلاله الالتزاميه و هى معتبره كالمطابقه و التضمّنيه سلّمنا انتفائها و لكن لا قل من اجمال الشهادتين في الاستقلال و الاشتراك و الشهاده المجمله لا عبره بها اذ العمومات لا تشملها فاذن الاحتمال الأوّل في غايه القوه و عليه فهل يلزم الحكم بصحّه التصرفات الصادره ممن شهدا بوكالته اذا رضى الامر المنضم اليه فى احدى الشهادتين او لا فيه اشكال من الأصل و عدم ثبوت وكاله المتصرّف و من ان المتصرّف اما وكيل مستقل كما هو مقتضى احدى الشهادتين او مشترك كما هو مقتضى الشهاده الاخرى و على اى تقدير يلزم صحّه تصرفاته مع رضاء الاخر فلا تكون فضوليه كما اذا علم بانه وكيل فى الجملة و حصل التردد فى انه مستقلّ او مشترك فاذن الاحتمال الأوّل هو الاقرب

### السابع لو شهد احدهما انه وكله فى بيع عبده

و الاخر انه وكله فى بيع عبده و جاريته فصّح فى عد و التحرير و كره و جامع المقاصد بثبوت الوكالة فى بيع العبد قائلين لاتفاقهما على وكاله بيع العبد و زياده الثانى لا يقدر لعدم استلزام الثانى تعدد العقد لان من وكل فى بيع عبده و جاريته و قد وكل فى بيع العبد اذ لا يتعيّن لجواز بيع الجاربه معه و ما ذكره جئد حيث لا منافاه كما لو اريد من الشهادتين الاستقلال او فى الجملة فيهما او فى إحداهما و اما فى صورته المنافاه كما اذا اريد من الولى بيع العبد مستقلاً و من الثانيه بيعه منضمّاً الى الجاربه و صفقه واحده فلا تقبل ح و ان استشكل فى ذلك فى عد قائلان فان شهدا باتحاد الصّيفه فاشكال و ظاهره التوقف فى المسأله و ليس فى محلّه بل المعتمد ما بيناه و قد صار اليه فى الايضاح قائلان بعد الإشاره الى ما فى عد اى فان شهد الشاهد بالوكالة فى بيع العبد و الجاربه بان وكله فى بيعهما صفقه واحده ففى ثبوت الوكالة فى بيع العبد اشكال ينشأ من اتفاق الشاهدين على الوكالة فى بيع العبد و من ان الوكالة فى بيع العبد مط مغايره للوكالة فى بيعه منضمّا الى الجاربه لا غير بل متنافيه لها فشهاده كلّ من الشاهدين على توكيل مغاير للاخر فلا- يثبت واحد منهما و هو الأصحّ و يعضد ما ذكره ما نبه عليه اخيرا فى مقام ترجيح ما اختاره بقوله و الحق الثانى لأنه كلّما توقف على مجموع من متنافيين كان محالا- و الحكم بالبينه موقوف على صحّه مجموع الشهادتين و هما متنافيان فان احدهما شهد ببيع العبد وحده و الاخر ببيعه مع الجاربه

### الثامن لو شهد احدهما انه وكله فى بيعه لزيد

و شهد الاخر انه وكله فى بيعه لزيد و ان شاء لعمر و فاستشكل فى عد و كره فى ثبوت الوكالة ح و لكن ظ الاخير الثبوت و قد صرّح به فى التحرير من غير اشاره الى الأشكال و قد صار اليه فى جامع المقاصد أيضا و هو المعتمد لعدم التنافى بين الشهادتين

كما تبّه عليه في جامع المقاصد بقوله وجه الثبوت كمال التصاب في البيع لزيد و الزيادة لا يستلزم التعدد و سكوت الآخر عليها  
أما لعدم سماعه اياها او عروض نسيان او لاقتصاره على الشهاده باحدى متعلّقى الوكاله و استشكل المص الحكم في كره و لا  
وجه للإشكال

### التاسع لو شهد احدهما بانه وكله في البيع

و الآخر بانه لا يبيعه حتى يستأمر زيدا فصّرّح في عد و التحرير بانه لم تثبت الوكاله ح و كذا صرّح به في كره أيضا قائلًا فيها لان  
الاول اثبت استقلاله بالبيع من غير شرط و الثاني ينتفى ذلك فاختلفت الشهاده و ما ذكره جيّد مع المنافاه

### العاشر لو شهد المالكان لأمه بان زوجها

وكل فلانا في طلاقها فصّرّح في عد و التحرير بانه لا تثبت الوكاله ح و كذا صرح به في كره و جامع المقاصد قائلين لأنهما  
يجران الى انفسهما نفعًا و هو زوال حق الزوج من البضع التي هو ملكهما و لو شهدا بالوكاله في العزل فصّرّح به عد و التحرير  
بانها لا تثبت أيضا قائلًا لأنهما يجران الى انفسهما نفعًا لاقتضاءها ابقاء النفقه على الزوج

### منهل اذا شهد العدلان بالإقرار بالوكاله لا بانائها

#### إشاره

فان اطلقها و قال كل منهما اشهد ان فلانا اقر بوكاله فلان فلا اشكال في جواز الاعتماد على شهادتهما و ان أطلق احدهما و قيد  
الآخر كما لو قال اشهد انه اقر بوكاله فلان في يوم الجمعة او باللّغه العربيّه فلا اشكال أيضا في جواز الاعتماد على شهادتهما و ان  
لم يطلق بل قيّدًا و اختلفا في التقييد فقال احدهما اشهد انه اقر بوكاله فلان يوم الجمعة او باللّغه العربيّه او بلفظ جعلته و كيلا و  
قال الآخر اشهد انه اقر بوكالته

ص: ٤٦٣

يوم السّبت او باللّغه الفارسيّه او بلفظ جعلته نائبا او صيرته و كيلا او استنبته فهل يجوز الاعتماد على شهادتهما و تثبت بها إقرار  
الموكل بالوكاله فتثبت الوكاله او لا يجوز الاعتماد على ذلك و لا يثبت به شىء صرّح بالأوّل في التحرير و عد و د و كره و  
جامع المقاصد و لك و الكفايه و لهم اولا ظهور الاتفاق على ما صاروا اليه كما تبّه عليه في لك بقوله و اعلم ان العلامه نقل في  
كره عن بعض العامه عدم الثبوت بذلك مطلقا لقيام الاحتمال و لا يخ من وجه لكن الظاهر عدم الخلاف عندنا و عند معظم  
العامه في الثبوت مع تعدد الإقرار و ثانيا العمومات الداله على لزوم قبول شهاده العدلين و هى سليمه هنا عن المعارض لعدم  
التنافى بين الشهادتين و ظهور الفرق بين شهادتهما بانشاء الوكاله و بالإقرار بها حيث يختلفان في التقييد و قد نبه على ما ذكر في  
لك بقوله أنّما الشك فيما لو شهدا بالإقرار في الوقت المختلف الّا ان المشهور قبوله و الفرق بين الإقرار و الإنشاء ان الإقرار  
اخبار و هو يستدعى امرا خارجيًّا مطابقًا له و لا يلزم من تعدد الخبر تعدد الخارج لإمكان ان يخبر عن الشىء الواحد باخبار  
متعدده في ازمه متعدده بالفاظ مختلفه فيكون الامر الخارج عن نسبه الخبر مسكوتا عنه من جهه التعدد و الاتحاد فيكون ذلك

كإطلاق الشهادة من غير تعيين زمان او مكان يثبت اصل التوكيل لانفاقهما عليه و اصاله عدم التعدد في العقد الواحد بخلاف ما لو كان الاختلاف في نفس عقد الوكالة فانه إنشاء لا خارج له يقصد مطابقتها بل الوكالة حاصله فيه فتعدد زمانه و مكانه و اختلاف صيغته يوجب اختلافه و لم يتطابق على احدهما شاهدا فلا تثبت فان قيل تعدد الخبر كما لا يستلزم تعدد المخبر عنه كذا لا يستلزم اتحاده بل هو اعمّ منهما فلا يدلّ على احدهما و هو الخاصّ و الحال انهما لم يتعرّضا للإنشاء بنفى و لا اثبات فلا شاهد عليه و الاقرار متعدّد و كل واحد من اقراره غير ثابت قلنا لما ثبت أنّ الإقرار نسبه الى امر خارج و كان الاقراران مستلزمين لحصول التوكيل في الجملة فقد حصل المقتضى للثبوت و يبقى احتمال التعدد في المخبر عنه و اتحاده و ذلك غير قادح في الشهادة كما لو أطلق الشهادة على الانشاء فان المانع من ذلك انما هو التعدد و هو غير معلوم فيجب التمسك بالمقتضى الى ان يثبت خلافه و مع اعتضاده باصاله عدم التعدد هذا غايه ما يمكن توجيهه في الفرق الذي ادعوه و مع ذلك لا يخفى عن نظر و يعضد ما ذكره اولاً- ما تبّه عليه في جامع المقاصد بقوله له بعد الاشارة الى قبول الشهادتين لاتفاق الشاهدين على حصول التوكيل و الاصل عدم التعدد في العقد فالمقتضى للثبوت موجود و هو شهادة الشاهدين و المانع و هو التعدد مشكوك فيه فيجب التمسك بالمقتضى و لا يلزم من تعدد الاقرار تعدد الوكالة اذ لا يلزم من تعدد الخبر تعدد المخبر عنه فانه يخبر عن الشىء الواحد بعبارات متعدّده بالفاظ مختلفه و ثانيا ما تبّه عليه في مجمع الفوائد قائلاً حاصل دليلهم على اشتراط الاتفاق في التاريخ و اللغه و العبارة اذا كان إنشاء دون اقرار انه لا بدّ في ثبوت عقد الوكالة من النصاب الشرعى و لم يحصل مع الاختلاف فيها اذا كان المشهور به إنشاء صدور العقد و انه يمكن حصوله في الاقرار فان له خارجا اذ قد يكون الواقع العقد من الموكل متحدا و قد اقر مختلفا فالمانع هو وجود الاختلاف في الإنشاء و الأصل عدمه في الاقرار لا ان وجود الاتحاد شرط فيمكن الأخبار عنه مرادا متعدّده مع اتحاده فلا يلزم من تعدد الاقرار تعدد الانشاء الذي هو المانع من القبول فيكفي احتمال الاتحاد لان الاصل عدم المانع و هو التعدد و يمكن اجرائه على القول بالشرطيّه أيضا و فيما ذكره نظر كما اعترف به قائلاً و فيه تأمل فان ظ قولهم ان الاتفاق شرط و مع ذلك اذا كان الاختلاف مانعا ينبغى العلم بزواله و مجرد ان الاصل عدم الاختلاف و التعدد المانع من صدور الاقرار مخالفا ممّا يشكل اعتباره في الشهادة و أيضا اذا كان ذلك مانعا فما يكون للشاهد مثلا اذا سمع التوكيل ان يقول و كلّ بل ينبغى تفصيله لاحتمال ان يكون الاختلاف موجودا مع شاهد آخر خصوصا اذا لم يكن وقت السماع معه احد مع أنّهم ما اشترطوا في الشاهد بالوكالة و لا- في الحكم الاستفسار و التفصيل بل يحكمون بمجرد قولهما أنّه و كلّ او و كيله و لأنه لا نجد دليلا

لهم على عدم اعتبار اتحاد الشاهد المقبول على كلّ عقد الى اخر ما تقدّم ثم اشار الى وجه فرق اخر بقوله و يمكن ان يفرق بان التعدد في الانشاء مضر دون الاقرار لان الشهادة على الانشاء في قوه قوله الى حين ايقاع الإنشاء ليس بوكيل فهو مكذب لشاهد اخر فلا- يمكن توكيل الموكل و بيع المبيع و غير ذلك بخلاف الإقرار فانه لما كان خبرا عن امر واقع و معلوم عدم امتناع خبر بعد آخر و لا يدلّ على عدم وجود اخبار آخر فت فان فيه أيضا تاملا لأنه قد يمنع عدم جواز التعدد التنافي كما اشرنا اليه فانه يتعدد لغرض من الاغراض مثل الاشهاد و دفع شبهه وقعت في الاولى و غير ذلك فت و فيما ذكره من الفرق نظر و التحقيق عندى في المقام انه ان كان الاختلاف المفروض بحيث يتيقن معه بكذب احدهما كما اذا علم معه بان الصّادر من الموكل اقرار واحد لا ازيد فلا يجوز الاعتماد على شهادتهما و ان شك في ذلك فيجوز الاعتماد على شهادتها ح و هل الظن بذلك حكمه حكم العلم به او حكم الشك فيه اشكال و لكن الاحتمال الثّاني في غايه القوّه الا أنّ الاحتياط ممّا لا ينبغى تركه مهما امكن و



## الأول لو صدرت من الشاهدين المختلفين بالاختلاف المفروض

عبارة محتمله للشهادة بالاقرار او بالانشاء كما لو قال احدهما اشهد انه قال فى يوم الجمعة وكتته وقال الآخر اشهد انه قال فى يوم السبت وكتته فهل يجوز ح الاعتماد على شهادتهما من غير استفسار او لا بل يجب الاستفسار صار فى جامع المقاصد الى الثانى و هو الاقرب لما تبّه عليه من دوران الشهادة ح بين كونها مقصوده او مردوده فلا- يقبل لا يق يجب حملها على الانشاء لأصالة عدم صدور امر آخر عن الموكل غير ما شهدا به فيكون هذا الصّادر إنشاء لأن الاقرار يستلزم الحكم بصدور امر آخر عنه غير ما ذكر كما لا يخفى لأننا نقول هذا معارض باصالة عدم ثبوت الحق بهذه الشهادة و مع هذا فما ذكر لا يتجه فيما لو احتمل ان يكون احدهما شاهدا بالاقرار و الاخر بالانشاء فتدبر لا يق الأصل فى شهادة العدلين القبول حتى يثبت الفساد و هنا لم يثبت الفساد فيجب القبول لأننا نقول هذا الاصل غيره سلم لعدم الدليل عليه

## الثانى ان لم يختلف الشاهدان بالاختلاف المفروض

كما لو اطلقا معا او أطلق احدهما و احتمل الشهادة بالانشاء و بالاقرار فالظاهر جواز الاعتماد على شهادتهما ح لأنها مقبولة على اى من التقديرين و الشكّ بينهما لا تأثير له فى المنع من الاعتماد فت

## الثالث لو شهد احدهما على عقد الوكالة

و الاخر على الاقرار

ص: ٤٦٤

بها فصّرح فى التحرير و كره بانه لم يثبت الوكالة ح و هو جيّد لما تبّه عليه فى كره بقوله لان الاقرار غير الإنشاء و كل واحد لم يكمل شهادته

## الرابع صرح فى ير و كره بانه لو قال احدهما اشهد انه اقر عندى انه وكيله

و قال الاخر اشهد انه اقر ان اجراه او انه اوصى اليه بالتصرف فى حياته ثبت الوكالة و زاد فى الاخير قائلا و ذلك لأنهما اختلفا بلفظهما

## منهل لا يشترط فى ثبوت الوكالة و صحتها حضور الوكيل عقدها

و لا- علمه به فلا يضرّ جهله به كما صرح به فى التحرير و كره اما لو قال لا اعلم صدق الشاهدين فصّرح فى كره بانه لم تثبت وكالته قائلا لقدحه فى شهادتهما على اشكال اقربه ذلك ان طعن فى الشهود و الا فلا لان الاعتبار فى السّماع عند الحاكم و جهله بالعدالة مع علم الحاكم بنفسه او بالتركيبه لا يضر فى ثبوت حقّه و صرح فى كره بانه لو شهد اثنان بان فلانا الغائب و كل فلانا الحاضر فقال الوكيل ما علمت هذا و انا انصرف عنه ثبت لان الوكالة معنى ذلك انا لم اعلم الى الآن و قبول الوكالة يجوز متراخيا و ما ذكره جيّد مع ظهور القصد

## منهل هل يتوقف ثبوت الوكاله بالشاهدين على حكم الحاكم او لا

### اشاره

كما فى ثبوت هلال شهر رمضان بهما استظهر فى مجمع الفائده الاول من كلام الاصحاب قائلوا اعلم ان ظ كلامهم انه لا يتأتى الاثبات بالشاهدين مع عدم ضمّ حكم الحاكم الا ما استثنى مثل الهلال و دليله غير واضح و كذا المستثنى فانه غير مضبوط و قد اعتبر به فى ح يع على ما مرّ و فى ذلك حرج الا ان الامر فى الوكاله اسهل و فيما ذكره نظر و التحقيق ان يق ان كانت الشهاده فى مقام المشاجرّه فى ثبوت الوكاله كما اذا ادعى انه وكيل زيد فانكره فهنا يتوقف الوكاله بالشهاده على حكم الحاكم و ان كانت فى مقام استيفاء الحقوق من غير منازعه كما اذا ادعى انه وكيل زيد فى اخذ دينه او وديعته فهنا لا يبعد الحكم بعدم التوقف على ذلك دفعا للحرج و

### ينبغى التنبيه على امرين

#### الاول لو اقام البيّنه على الغائب بانه وكله سمعت بيّنته

و حكم على الغائب كما صرح به فى كره و عد و التحرير و كذا صرح به فى جامع المقاصد قائلوا و يصحّ سماع البيّنه بالوكاله على الغائب و معناه ما ذكره فى كره ان يدعى ان فلانا الغائب و كلنى فى كذا فيقيم البيّنه على ذلك اجماعا منا لأنه لا يعتبر رضاه فى سماع البيّنه و لا- حضوره و يعضد ما ذكره قول كره يصحّ سماع البيّنه بالوكاله على الغائب و هو ان يدعى ان فلانا الغائب و كلنى فى كذا عند علمائنا اجمع لأنه لا يعتبر رضاه فى سماع البيّنه فلا يعتبر حضوره كغيره

#### الثانى صرح فى كره بانه اذا قال له من عليه الحق انك لا تستحق مطالبتي

او لست بوكيل لم تسمع دعواه قائلوا لان ذلك طعن فى الشهاده و لو طلب منه الحلف على استحقاق المطالبه لم يسمع لذلك و ما ذكره جيد

#### منهل لو اختلفا فى الوكاله فادعاها احدهما و انكره الاخر فالقول قول منكرها مع عدم البيّنه للمدعى

### اشاره

كما فى الغنيه و فع و يع و التبصره و عد و التحرير و كره و د و اللمعه و جامع المقاصد و لك و ضه و مجمع الفائده و الكفايه و الرياض و بالجمله الظاهر انه ممّا لا- خلاف فيه و قد صرح بنفيه فى الرياض و احتج عليه فيه و فى يع و كره و ضه و لك و الكفايه باصالة عدمها و زاد فى كره و مجمع الفائده قائلين لأنه منكر و نبه عليه فى الرياض بقوله لعموم الخبر البيّنه على المدعى و اليمين على من انكر و

### ينبغى التنبيه على امرين

#### الأول انما يكون القول قول المنكر مع يمينه لا مط

كما صرّح به في فع و عد و التّحرير و كره و الرياض بل الظاهر أنّه ممّا لا خلاف فيه و قد صرّح بنفيه في الرياض

### **الثاني لا فرق في ذلك بين كون المنكر الموكل او الوكيل**

كما صرّح به في عد و جامع المقاصد و ضه و لك و الرياض بل الظاهر انه ممّا لا خلاف فيه و كون الوكيل مدّعيًا ظاهر و كثيرا ما كون الموكل مدعيًا ففرضه في جامع المقاصد و لك و ضه و الرياض فيما لو كان التوكيل في شىء مشروطا في عقد لازم و شرط ايقاعه في وقت معيّن و حصل الاختلاف بعد انقضائه في حصول التوكيل فادعاه الموكل ليخرج عن العهده و يصير العقد لازما و انكره الوكيل ليتزلزل و يتسلّط على الفسخ

### **منهل لو اختلفا في التّفريط فادعاه الموكل و انكره الوكيل فالقول قول الوكيل المنكر مع عدم البينه للمدعى**

#### **اشاره**

كما صرّح به في الغنيه و فع و يع و صره و د و التّحرير و عد و اللمعه و لك و ضه و مجمع الفائده و الكفايه و الرياض بل الظاهر انه ممّا لا خلاف فيه و قد صرح بنفيه في الرياض و احتج عليه في يع بعموم قوله ص و اليمين على من انكر و تبّه عليه في ضه بقوله لأنّه منكر و في مجمع الفائده بقوله و هو ظ للأصل و حمل المسلم على عدم ترك واجب و فعل حرام و

#### **ينبغي التنبيه على امور**

#### **الاول انما يقبل قول المنكر مع يمينه لا مط**

كما صرّح به في الغنيه و التبصره و التحرير و ضه و مجمع الفائده بل الظاهر انه ممّا لا خلاف فيه

#### **الثاني التعدي حكمه حكم التّفريط**

كما صرح به في التحرير و ضه بل الظاهر انه ممّا لا خلاف فيه

#### **الثالث صرح في التحرير بانه اذا حلف فلا ضامن عليه**

سواء كان التالف المبيع المامور ببيعه أم ثمنه و سواء كان بجعل او غيره و هو جيّد

#### **منهل لو اختلفا في قيمه التالف على تقدير ثبوت الضمان فادعى الموكل انها عشره مثلا**

و انكره الوكيل و قال أنّها خمسّه فالقول قول الوكيل حيث لا بينه للمدّعي كما صرّح به في الغنيه و فع و د و اللمعه و ضه و مجمع الفائده و الكفايه و الرياض بل الظاهر انه ممّا لا خلاف فيه و قد صرّح بنفيه في الرياض و احتج عليه في ضه باصالة عدم الزائد و تبّه عليه في مجمع الفائده بقوله لأنّه الغارم و الأصل براءة الذمه و انما يقبل قول المنكر مع يمينه لا مط كما صرّح به في الغنيه و ضه و مجمع الفائده بل الظاهر انه ممّا لا خلاف فيه

## منهل لو اختلفا فى العزل فادعاه الموكل و انكره الوكيل فالقول قول الوكيل المنكر حيث لا بينه للمدعى

كما صرح به فى فع و التبصره و الرياض بل الظاهر أنه ممّا لا خلاف فيه و قد صرّح بنفيه فى الرياض حاكيا عن الغنيه دعوى الإجماع عليه و انما يقبل قول المنكر مع يمينه كما صرّح به فى صره

## منهل لو اختلفا فى الاعلام بالعزل فادعاه الموكل و انكره الوكيل فالقول قول الوكيل المنكر حيث لا بينه للمدعى

كما صرّح به فى النهايه و الغنيه و فع و صره و الرياض بل الظاهر أنه ممّا لا خلاف فيه و قد صرّح بنفيه فى الرياض و احتجّ عليه مضافا الى ما ذكر بوجوه اخر قائلا و لو اتفقا عليها و لكن اختلفا فى العزل او فى الاعلام او فى التفريط و قيمه التالف بعد الاتفاق عليها و لا- بينه فالقول فى جميع ذلك قول الوكيل بلا- خلاف بل عليه الاجماع فى الأولين فى الغنيه و هو الحجه مضافا الى الاصل و عموم الروايه السابقه و خصوص بعض المعتمده فى الثانى فى امراه و كلت اخاها ليزوّجها ثم عزلت بمحضر من الشهود و ادّعت اعلامه بالعزل و انكره الاخ فاتيا الاميرع فطلب منها الشهود فانت بالشهود الذين عزلته بمحضرهم فشهدوا على العزل دون الاعلام فلم يقبله ع

ص: ٤٦٥

و امضى تزويج الاخ و احلفه و الروايه طويله مرويه فى يب فى كتاب الوكاله و انما يقبل قول المنكر مع يمينه كما صرّح به فى النهايه و الغنيه

## منهل لو اختلفا فى التلف فى التلف الذى بيد الوكيل

### اشاره

كالمعين فى بيعها او شرائها او الثمن او غيره فادعى الوكيل انه تلف عنده من غير تعد و لا تفريط و انكره الموكل و ادعى بقائه عنده فالقول قول الوكيل مع عدم البيئه للموكل كما صرّح به فى الغنيه و فع و يع و عد و د و كره و التحرير و اللمعه و جامع المقاصد و لك و ضه و مجمع الفائده و الرياض و لهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه و منها انه صرّح بدعوى الاجماع عليه فى لك قائلا وجه القبول مع مخالفته الأصل بعد الاجماع ما ذكره المصنف و يعضد ما ذكره اول قول الكفايه لو اختلفا فى التلف فالقول قول الوكيل عند الاصحاب و ثانيا قول الرياض لا- خلاف فى ذلك بل عليه الإجماع فى لك و ح عد و هو الحجه المخصّيه له للأصل و عموم الروايه و ثالثا دعوى مجمع الفائده الشهره عليه مع عدم الاشاره الى الخلاف و منها ما احتج به على ذلك فى يع و كره و ضه و الرياض قائلين انه امين و قد يتعذر عليه اقامه البيئه على التلف غالبا فافتنع بقوله دفعا للإلزام ما يعذره غالبا و تبه على ما ذكره فى جامع المقاصد بقوله انما قدم قوله فى دعوى التلف لأنه امين قبض المال لمصلحه غيره و ربّما كان صادقا فى دعواه او تعذر عليه اقامه البيئه فافضى الحال الى الغرم الموجب لامتناع الناس من الدّخول فى الامانات مع شدّه الحاجه اليها و

ينبغى التنبيه على امور

## الأول انما يقبل قول الوكيل مع يمينه لا مط

كما صرّح به في الغنيه و كره و عد و صره و مجمع الفائده بل الظاهر انه ممّا لا خلاف فيه

## الثاني لا فرق في ذلك بين دعواه التلف بامر ظ كالغرق و الحرق او خفي كالسرق

كما صرّح به في عد و التحرير و كره و لك و ضه و الرياض و تبه في لك على دعوى الاتفاق عليه قائلا لا فرق بين ان يدعى تلفها بسبب ظ كالغرق و الحرق و خفي كالسرق عندنا و يعضد ما ذكره قول الرياض لا خلاف في ذلك في الظاهر بل عليه الاجماع في ظ لك

## الثالث الحق في عد و التحرير و كره و لك بالوكيل

في قبول دعواه التلف مع اليمين الاب و الجدّ و الحاكم و امينه و الوصى و زاد في كره و التحرير و عد فالحق به أيضا كل من بيده امانه و عدّ في الاولين منهم المضارب و المرتهن و المستاجر و زاد في الاول الودعي و الشريك

## منهل اذا زوجه امراه مدعيا وكالته على تزويجها او مط لكن بحيث يشمل التزويج فانكرها الموكل

### اشاره

و قال انى ما وكلتك فالقول قول المنكر مع عدم البيئه للمدعى كما في النهايه و الغنيه و فع و يع و التبصره و التحرير و مجمع الفائده و الكفايه و الرياض بل الظاهر انه ممّا لا خلاف فيه و قد صرّح بنفيه في الرياض بل الظاهر انه ممّا لا خلاف فيه و قد صرّح بنفيه في الرياض و احتج عليه فيه و في غيره باصالة عدمها و زاد في الاول قائلا و لعموم الخبر المتقدم و

### ينبغي التنبيه على امور

## الأول انما يقبل قول المنكر مع يمينه لا مط

كما في يع و كره و التحرير و مجمع الفائده و الكفايه و الرياض بل الظاهر انه ممّا لا خلاف فيه و قد صرّح بنفيه في الرياض

## الثاني يجب على الموكل فيما بينه و بين الله تعالى ان يطلقها مع كذبه

و صدق الوكيل باطنا و عدم علم المراه بصدقه و امكان التزويج لها كما صرّح به في النهايه و الغنيه و فع و يع و د و التحرير و كره و عد و اللمعه و ضه و لك و الكفايه و الرياض و هو ظ مجمع الفائده و لهم وجوه منها ظهور عدم الخلاف فيه و قد صرّح بنفيه في الرياض و منها ما ذكره في كره قائلا لثلا يحصل الزنا بنكاحها مع الغير و يعضد ما ذكره اول قول ضه لأنها ح زوجته فانكارها و تعريفها للتزويج بغيره محرم و ثانيا قول النهايه لأنّ العقد قد ثبت عليه و منها ما تمسك به في كره و الرياض من خبر عمر بن حنظله عن ابى عبد الله ع في رجل قال لآخر اخطب لى فلأته فما فعلت من شىء ممّا قالت من صداق او ضمنت من شىء او شرطت فذلك رضى لى و هو لازم لى فليشهد على ذلك فذهب فخطب له و بذل عنه الصداق و غير ذلك ممّا طالبوه

و سألوه فلما رجع اليه انكر ذلك قال يغرم لها نصف الصداق منه و ذلك أنه هو الذي ضيع حقها فلما ان لم يشهد لها عليه بذلك الذي قال له حل لها ان تتزوج و لا- يحل للأول فيما بينه و بين الله تعالى الا ان يطلقها فان الله يقول فإمسك بمعروف أو تسريح بإحسان فان لم يفعل فأنه مأثوم فيما بينه و بين الله عز و جل و كان الحكم الظاهر حكم الإسلام قد اباح الله تعالى ان تتزوج و هل يجب عليه الطلاق و لو مع العلم بأنها لا تتزوج بغيره او يختص بصوره احتمال التزويج ط اطلاق النص و الفتوى الأول الا ان يدعى ندره صوره العلم بذلك فينصرف الى صوره الاحتمال فلاحتمال الثاني قوى و لكن مراعات الأول احوط و هل يجب عليه الطلاق مع علم المراه بصدق الوكيل و علمه يعلمها بصدق الوكيل او لا ط اطلاق الفتاوى الاول و فيه اشكال و لكن الاحوط الأول بل هو الاقرب و هل وجوب الطلاق فوري او لا ط اطلاق النص و الفتوى الثاني لكن التعليل فى الروايه و فى كرهه و ضه يقتضى الأول و هو احوط بل فى غايه القوه

### الثالث يجوز للمراه ان تتزوج بغير المنكر حيث علمت بانكاره

و لم يعلم بصدق الوكيل كما صرح به فى النهايه و عد و التحرير و كره و التنقيح و جامع المقاصد و ضه و لك بل الظاهر أنه مما لا خلاف فيه و قد صرح بدعوى الاتفاق عليه بعضهم قائلا بعد الاشاره الى الروايه المتقدمه و ما تضمنته من اختيارها فى التزويج من الغير عليه كافه الاصحاب لما تقدم من فساد العقد و ان النكته فى وجوب المهر نصفاً انما هو تقصير الموكل فى حقها و تبه على ما ذكره من الحججه فى كرهه و جامع المقاصد و ضه قائلين لأنه لم يثبت عقده و هو جدي و اذا علمت بصدق الوكيل فلا يجوز لها التزويج ح كما صرح به فى التنقيح و جامع المقاصد و لك لأنها باعترافها زوجها ح بخلاف ما اذا لم تكن عالمه بالحال و قد صرح بهذا التعليل فى الاخيرين و هل يجبر الزوج المنكر على الطلاق ح او لا المعتمد الاخير كما صرح به فى الرياض و صرح به فى الاخيرين أيضاً قائلين لانتفاء النكاح ظاهراً و نبه فى كرهه على الاول قائلاً و هل يلزم الموكل بطلاقها الاقرب الالتزام لإزالة الاحتمال و هل يتسلط المراه ح على الفسخ او يتسلط الحاكم على الطلاق اشكال و لذا توقف هنا فى جامع المقاصد قائلاً- و بقاء المراه ممنوعه من النكاح و النفقه ضرر عظيم فيحتمل تسلطها على الفسخ دفعا للضرر و يحتمل تسلط الحاكم على الطلاق لان له ولايه على كل ممتنع و لا ريب ان الموكل ممتنع على تقدير وقوع التوكيل اذ الواجب عليه القيام بحقوق الزوجيه او الطلاق و تبه على ما ذكره فى لك و الرياض

ص: ٤٦٦

بقولهما و ح ففى تسلطها على الفسخ دفعا للضرر او يتسلط الحاكم على الطلاق لان له ولايه الاجبار على الممتنع او بقائها كك حتى يطلق اوجه و الاحوط الاقتصار على طلاق المنكر خصوصاً فيما اذا لم يترتب على تركه ضرر اصلاً بل الحكم بوجود الاقتصار على ذلك ح هو الاقرب و احتمال الاطلاق فى غايه القوه

### الرابع صرح فى التنقيح بأنه لو طلق الموكل عند شاهدين

و سمي المراه كان اعترافاً بالعقد فيلزمه التصرف ظاهراً و لو لم يسمها لزمه باطناً و فيما ذكره نظر

### الخامس لو قال الموكل ان كانت فلانه زوجتى فهى طالق

فاطلق في جامع المقاصد صحته قائلا لان الطلاق انما يقع على هذا التقدير حتى لو طلق بدون هذا الشرط لم يقع الطلاق بحسب الواقع الا على تقدير تحققه وفضل في الرياض قائلا لو وقع الطلاق معلقا على شرط كان هذه زوجته فهي طالق صح و لم يكن اقرارا و لا تعليقا مانعا عن صحته لأنه امر يعلم حاله لكن هذا اذا لم يكن الانكار مستندا الى نسيان التوكيل و الا فلا يصح فت و كذا في نظائره كقول من يعلم ان كان يوم الجمعة فقد بعثك كذا او غيره من العقود

### السادس اذا زوجه على وجه الانقطاع مدعيا وكالته على ذلك

و انكره الموكل و قال اني ما و كنتك في ذلك فالقول قول المنكر مع يمينه أيضا و هل يجب عليه هبه المده مع علمه بصدق الوكيل و عدم علم المراه بذلك و احتمال التزويج لها بعد حلفه على الانكار كما يجب الطلاق عليه في الدوام او لا اشكال و الأحوط الأول بل هو الاقرب و لها التزويج بالغير بعد الحلف على الانكار ان لم تعلم بصدق الوكيل و ان علمت به فلا تزوج بدون هبه المده و لا يجبر المنكر عليها و هل لها الفسخ او للحاكم الهبه او لا يصح شي ء منهما الاقرب الأخير

### منهل لو باع الوكيل الشيء الذي وكل في بيعه بثمن وانكر الموكل الأذن بذلك القدر

#### اشاره

كما لو باعه بالف فقال الموكل انما اذنت لك بالفين فالقول قول الموكل مع عدم البيئه للوكيل على ما يدعيه كما صرح به في الغنيه و فع و يع و صره و د و عد و كره و التحرير و لك و مجمع الفائده و الكفايه و الرياض و لهم و جوه اشار اليها في كره قائلا في مقام الاحتجاج على ما ذكر لأصله عدم الاذن و لأنه اختلاف في التوكيل الذي يدعيه الوكيل و الاصل عدمه فالقول قول من ينفيه كما لو لم يقر الموكل بوكيله في غيره و لأنهما اختلفا في صفه قول الموكل فكان القول قوله في صفه كلامه و يعضد ما ذكره اولا قول لك هذا الاختلاف راجع الى صفه الوكاله و كما يقبل قول الموكل في اصلها فكذا في صفتها لأنه فعله و هو اعرف بحاله و مقاصده الصادره عنه و لأصله عدم صدور التوكيل الذي يدعيه الوكيل لا يق ان دعوى الموكل ح يستلزم جعل الوكيل خائنا لتصرفه على غير الوجه المأمور به فيكون القول قوله لأنه أمين و الاصل عدم الخيانه لأننا نقول ذلك انما يتم لو كان تصرفه بالوكاله و الخيانه في بعض متعلقاتها كما لو ادعى الموكل عليه بعد تلف الثمن الذي باع به بمقتضى الوكاله تاخر قبضه عن تقييض المبيع او التعدى فيه بوجه و هنا ليس كك بان اختلافهما في صفه التوكيل يؤل الى الاختلاف في اصله لان الموكل منكر لأصل الوكاله على الوجه الذي يدعيه الوكيل و بالجمله الذي يقتضى القبول في اصلها يقتضيه في صفتها و القول الذي نقله المصنف ضعيف و لا سند له و ثانيا قول الكفايه لأنه منكر و ثالثا قول الرياض لا خلاف في ذلك على الظاهر للأصل و رجوع الدعوى ح الى اصل الوكاله بذلك المقدار الذي ينكره المالك ثم اورد الايراد الذي ذكره في لك ثم اجاب عنه بنحو جوابه و

#### ينبغي التنبيه على امور

### الاول انما يقبل قول الموكل مع يمينه لا مط

كما صرح به في فع و يع و د و عد و التحرير و الرياض بل الظاهر انه ممّا لا خلاف فيه و يدلّ عليه عموم النبوي المشهور البيئه

على المدعى و اليمين على من انكر

## الثانى لا فرق فى قبول قول الموكل بين كون السلعه باقيه او تالفه

كما صرح به فى التحرير و هو ظ اطلاق باقى الاصحاب

## الثالث اذا حصل الاختلاف المفروض قبل صدور البيع من الوكيل

فصرح فى لك بانّ الوكاله مندفع ح بمجرّد الانكار و فيه نظرت

## الرابع اذا حلف الموكل على ما يدّعيه و لم يرض ببيع الوكيل

بطل البيع ظاهرا فيأخذ الموكل عين ماله ممن بيده ان كانت موجوده و ان كانت تالفه فيرجع الى مثلها ان كانت مثليه و الى قيمتها ان كانت قيميه كما صرح به فى الغنيه و فع و يع و د و عد و لف و صره و الرياض و ادعى فيه انه المشهور قائل بل لعلّه عليه عامه المتأخرين و حكاه فى لف عن ط ثم حكى فيه عن النهايه القول بانّه يلزم الوكيل اتمام ما حلف عليه المالك ثم قال و يحتمل قول الشيخ على تعذر استعاده العين من المشتري و القيمه و يكون القيمه مساويه لما ادعاه المالك و الحق فى فع و الرياض بصوره التلف فى الرجوع الى المثل فى المثلى و الى القيمه فى القيمى ما لو تعذر استعادتها بغير تلف كتقلب او غيبه

## الخامس الظاهر ان الصلح و الاجاره كالبيع فى جميع ما ذكر

و لكنى لم اجد مصرحا بما ذكر

## كتاب مناهل الوقف و السكنى و العمرى و الرقبى و الحبس

### القول فى الوقف

#### مقدمه لا اشكال فى ان الوقف يقتضى تحييس الاصل و اطلاق المنفعه

و قد صرح بذلك فى يع و فع و التحرير و عد و كره و اللمعه و س و هل هو عقد او لا صرح بالاول فى يع قائلًا الوقف عقد ثمرته تحييس الاصل و اطلاق المنفعه و يعضد ما ذكره قول التحرير و عد الوقف عقد يقتضى و يفيد تحييس الاصل و اطلاق المنفعه و ربما يستفاد الثانى من قول فع و كره و اللمعه الوقف تحييس الاصل و اطلاق المنفعه و الثمره و قد صرح فى س بانه الصيّدقه الجاربه قائلًا الوقف هو الصيّدقه الجاربه و ثمرته تحييس الاصل و اطلاق المنفعه و صرح فى جامع المقاصد و لك بانّ المراد تحييس الاصل المنع من التصرف فيه تصرفا ناقلا

#### منهل لا ريب فى مشروعيه الوقف و جوازه و صحته شرعا

و قد صرح بذلك الاصحاب و لهم اولا الإجماع على ذلك كما نبه عليه فى كره بقوله اشتهر اتفاق الصحابه على الوقف قولًا و



فعلا قال جابر لم يكن احد من اصحاب النَّبِيِّ ص ذو مقدره الا وقف و لم ير شريح الوقف و قال لا حبس في فرائض الله تعالى قال احمد و هذا مذهب اهل الكوفه و هو خلاف الاجماع من الصحابه و يعضد ما ادعاه قول الرياض الاصل في مشروعته اجماع الامه كما في المهذب ثم تبّه على ما حكاه في كرهه عن جابر و ثانيا ما احتج به في الرياض من قوله تعالى وَ أَفْعَلُوا الْخَيْرَ وَ مَا تُنْفِقُوا مِنْ خَيْرٍ فَلَأَنْفُسِكُمْ وَ ثالثا ما تمسك به في كرهه و جامع المقاصد من النبوى المرسل حبس الأصل و سبل الثمره و رابعا ما تبّه عليه في كرهه و التنقيح و لك و ضه من النبوى المرسل حبس الأصل و سبل الثمره و رابعا ما تبّه عليه في كرهه و التنقيح و لك و ضه من النبوى

ص: ٤٦٧

المرسل الذى صرح في كرهه بأنه رواه العامه اذا مات ابن آدم انقطع عمله الا من ثلث صدقه جاريه و علم ينتفع به و ولد صالح يستغفر له و قد حكى في كرهه و التنقيح و لك و المحكى في الرياض عن المهذب و غيره من كتب الجماعه عن العلماء و تفسير الصدقه الجاريه بالوقف و يعضد الروايه المذكوره ما تبّه عليه في الرياض بقوله و في المعتبره المستفيضه اذا مات ابن آدم انقطع عمله الا من ثلاثه و عد الصدقه الجاريه منها و خامسا ما استدلل به في كرهه قائلا و من طريق الخاصه قول الصادق ست يلحق المؤمن بعد وفاته ولد يستغفر له و مصحف يخلفه و غرس يغرسه و بئر يحفره و صدقه يجريها و سنه يؤخذ بها و صرح فيها بان في الوقف فضل كثير و ثواب جزيل و هو جيد

### منهل لا ريب في توقف الوقف على الايجاب من الواقف و إنشائه الوقف

#### اشاره

و يصح الايجاب بلفظ وقفت و لا خلاف و لا اشكال فيه و هو من الالفاظ الصريحه فيه كما صرح به في الغنيه و فع و الشرائع و صره و د و التحرير و عد و لف و كره و الايضاح و س و اللّمعه و التنقيح و جامع المقاصد و لك و ضه و الكفايه و الرياض و المحكى في لف عن ط و الحلّى و لهم و وجوه منها ظهور الاتفاق عليه و منها انه صرح في التحرير بدعوى الاجماع عليه قائلا وقفت صريح فيه اجماعا و يعضد ما ذكره اولاً- قوله في كرهه اما وقفت فلا خلاف بين العلماء في دلالتها بالصريح على معنى الوقف و ثانيا ما تبّه عليه في لف بقوله قال ابن ادريس الصريح من الفاظه وقفت لان الاجماع منعقد على ان ذلك صريح في الوقف و ثالثا قول جامع المقاصد امّا وقفت فلا- خلاف في دلالتها بالصريح على معنى الوقف و ربّما حكى عن الشافعي أنّها كناية لا تدلّ الا مع التّبّه و رابعا قول لك لا خلاف في ان لفظ وقفت صريح فيه و خامسا قول الرياض على ذلك الاجماع ظاهرا و منها ما احتج به في لك على ذلك قائلا بعد ما حكينا عنه سابقا لأنه اللفظ الموضوع له لغه و شرعا و يعضد ما ذكره قول جامع المقاصد بعد ذلك أيضا لأنها اللفظه الموضوعه له و هل قوله اوقفت كقوله وقفت في الاجزاء و الصريحه او لا الظاهر الاول اما على تقدير كفايه كل لفظ دل على المراد و لو كان ملحونا و غير صحيح لغه كما هو الاقرب فظ لصراحه المفروض في الدلاله على المراد و لو قلنا انه غير صحيح لغه و ملحون و اما على تقدير اشتراط العربيّه الصريحه و عدم اللحن فلانه صرح في لك بان لغه شاذه قائلا في لغه شاذه اوقفت بزياده الهمزه و الظاهر ان الصريحه بها صحيحه و ان كانت غير فصيحه و يعضد ما ذكره اولاً- قول التحرير لا- يق اوقفت امّا في شاذ اللغه و ثانيا قول كرهه قد يق في شذوذ اللغه اوقفت لا في فصيحها و ثالثا قول جامع المقاصد قد يق في شذوذ اللغه لا في فصيحها اوقفت و رابعا قول الكفايه في لغه شاذه و خامسا ما تبّه عليه في التنقيح بقوله

قال الجوهري وقفت الدار للمساكين وقفا و اوقفها لغه بترديد و ليس فى الكلام اوقفت اإلا حرف واحد اوقفت عن الامر الذى كنت فىه اى اقلعت و حكى اأبو عمرو اوقفت اى سكت و كل شىء ايسكت عنه بقول اوقفت و

### ينبغى التنبيه على امور

### الاول لو قال جعلته وقفا صح

كما صرح به فى س و ضه و لك و هو من الالفاظ الصريحه فى الوقف كوقفت و كذا يصح لو قال جعلت ارضى موقوفه كما صرح به فى كره و صرح فيها بانه من الالفاظ الصريحه فى الوقف و هو جيد فلا يشترط الماضويه

### الثانى المراد باللفظ الصريح اللفظ الموضوع للوقف

الذى يجب حملة عليه عند التجرد عن القرينه و ان احتمال غيره باعتبار استعماله فيه

### الثالث اختلف الاصحاب فى صراحه لفظى حبست

و سبلت فى الوقف و فى عدم افتقارهما فى الدلاله عليه الى القرينه على قولين احدهما انها كلفظ وقفت و هو للغنيه و كره و المحكى فى لف و الايضاح و التنقيح عن الشيخ فى الخلاف و قطب الدين الكندرى و ربما يستفاد من قول عد لفظه الصريح وقفت و حبست و سبلت على رأى بل صرح بدعوى الشهره عليه فى كره فى اللفظ الاول و ثانيهما انها ليسا بصريحين فى ذلك بل لا دلاله فيهما على ذلك بانفسهما بل يفتقران فى دالتهما على ذلك الى قرينه و هو للشرائع و فع و د و التحرير و التبصره و لف و الايضاح و س و اللمعه و التنقيح و جامع المقاصد و لك و ضه و ظ الكفايه و الرياض و المحكى فى لف و الايضاح و غيرهما عن المبسوط و الحلى و فى ض عن اكثر المتأخرين و هذا القول هو الاقرب عندى للأولين و جوه منها ما حكاه فى لف عن الشيخ قائلا احتج الشيخ بان حبست و سبلت ثبت لها عرف الاستعمال بين الناس و انضم الى ذلك عرف الشرع بقول النبى ص ان شئت حبست اصله و سبلت ثمرتها و قد يجاب عما ذكر بانه ان اراد ان اللفظين صارا منقولين عرفا او شرعا فى معنى الوقف فهو مم اذ الاصل عدم النقل و ان اراد انه الفرد الظاهر من الاطلاق كظهور النقد الراجح من اطلاق النقد فهو مم أيضا و قد نبه على ما ذكرناه فى يع بقوله لو قال حبست و سبلت قيل يصير وقفا و ان تجرد لقوله ص حبس الاصل و سبل الثمره و قيل لا يكون وقفا مع القرينه اذ ليس ذلك عرفا مستقرا بحيث يفهم مع الاطلاق و هذا اشبه و منها ما نبه عليه فى كره بقوله الفاظ الوقف الصريحه وقفت و حبست و سبلت و اما حبست فالمشهور انها صريح أيضا لأنه حبس الملك فى الرقيه على التصرفات المزيه و هو معنى الوقف و فيما ذكره نظر و منها ما نبه عليه فى كره أيضا قائلا- بعد ما حكينا عنه سابقا و لان النبى ص قال لعمران شئت حبست و سبلت ثمرتها و فيما ذكره نظر و منها ما نبه عليه فى لك كره أيضا قائلا و اما سبلت فصريح أيضا عند جماعه من العلماء لقوله ع حبس الاصل و سبل الثمره و قد يجاب عما ذكره بان هذه الروايه و النبويه السابقه التى نبه عليها فى كره لا ينهضان لإثبات المدعى لضعفهما سندا و قصورهما دلاله اذ غايتهما الاستعمال و هو اعم من الحقيقه و لذا صرح فى لف

و الايضاح بقصور دلالة الزوايه الاخيريه على المدعى فت و للاخرين ما احتج به فى لف و الايضاح و التنقيح و لك و الرياض قائلين لنا اصاله بقاء الملك على صاحبه و عدم خروجه عنه الا بوجه شرعى و لا عرف شرعى هنا سوى صريح الوقف لاشتراك البواقى بينه و بين غيره و الموضوع للقدر المشترك لا دلالة له على شىء من الخصوصيات بشىء من الدلالات و تبه على ما ذكره فى جامع المقاصد بقوله ذهب فى ط الى ان الصيريح و قفت خاصه و ما عداه يحتاج الى التيه و هو الاصح اعتبار الاصل الوضع و الاصل عدم النقل و الاصل بقاء الملك فى مالكة حتى يحصل الناقل الشرعى و ما وقع من استعمالها فى كلام الشارع لا دلالة فيه على المراد لوجود القرينه المعينه للمطلوب و مع وجود القرينه لا دلالة على كون الاستعمال حقيقيا مثل ما وقع فى كلام امير المؤمنين ع هذا ما تصدق به اه

ص: ٤٦٨

### الرابع قوله تصدقت ليس صريحا فى الوقف

و لا- ظاهرا فيه بل يفتقر فى دلالة على الوقف الى قرينه وفاقا للغنيه و يع و فع و التحرير و لف و د و الايضاح و س و اللمعه و التنقيح و جامع المقاصد و لك و ضه و الكفايه و المحكى عن ضه و الحلوى و تبه على وجهه فى جامع المقاصد قائلا لاشتراكه فى الاستعمال بين الوقف و غيره و ربما يظهر من المحكى عن ف انه من الالفاظ التى لا يفتقر فى دلالتها على الوقف الى قرينه و هو ضعيف و مقتضى اطلاق الكتب المتقدمه القائله بالمختار عدم الفرق بين اضافته لفظه الصدقه الى وجهه عامه كقوله تصدقت بهذا على المساكين و بين اضافتها الى وجهه خاصه كقوله تصدقت به عليك او عليكم و فرق فى كره بين الأمرين فجعل الاول ميا لا- يفتقر فى دلالة على الوقف الى قرينه و الثانى ميا يفتقر فيها اليها قائلا اما تصدقت فليس صريحا فان هذا اللفظ على تجرده انما يستعمل فى التملك المحض و يستعمل كثيرا فى الزكوات و الهبات و انما يصير لفظا دالا على الوقف لو قرن به ما يخصيه به و يجعله دليلا- عليه و ذلك المقترن الزائد قد يكون لفظا او تبه اما اللفظ فان يقرن به بعض الالفاظ السابقه مثل ان يقول صدقه محبسه او موقوفه او محرمة او اقترن به حكم ذكر الوقف مثل ان يقول صدقه لا- تباع و لا- توهب التحق بالصيريح لانصرافه بما ذكر فى التملك المحض و اما التيه فينظر ان اصناف اللفظ الى وجهه عامه بان قال تصدقت بهذا على المساكين و نوى الوقف فالاقرب انها يلحق باللفظ الصريح و يكون وفقا و ان اضاف الى معين فقال تصدقت عليك او قاله لجماعه معينين لم يكن وفقا على الاقوى نعم لو نوى الوقف صار وفقا فيما بينه و بين الله تعالى و لا يصير وفقا فى الحكم قاله الشيخ و صرح فى جامع المقاصد و لك و الرياض بان هذا الفرق غير واضح و هو جيد و نحو اللفظ المذكور فى عدم الدلالة على الوقف لفظ حرمت كما فى الغنيه و فع و يع و د و التحرير و عد و كره و المختلف و الايضاح و س و اللمعه و التنقيح و جامع المقاصد و لك و ضه و المحكى عن ط و الحلوى و كك مثل اللفظ المذكور فى عدم الدلالة على الوقف لفظ ابدت كما فى الغنيه و فع و التحرير و عد و كره و لف و د و جامع المقاصد و الكفايه و المحكى عن ط و الحلوى بل صرح فى لك بنفى الخلاف فى ذلك قائلا لا خلاف فى عدم صراحه تصدقت و حرمت و مثلهما ابدت و انما هو كناية عنه يفتقر فى الدلالة عليه الى قصده او انضمام لفظ اخر اليهما يدل عليه منضمما اليهما صريحا كقوله صدقه موقوفه او محبسه او دائمه او مؤبده او لا تباع و نحو ذلك و انما لم يكن صريحه فيه بدون ضميمة لاشتراكهما فى الاستعمال بينه و بين غيره كالتملك المحض و اخراج الزكوات و الصيديات المطلقة و الهبات و نحوها هذا كله بالنظر الى دلالة ظ اللفظ بحيث يحكم عليه به لو سمع منه ظاهرا و اما فيما بينه و بين الله

تعالى فان نوى الوقف تعين و الا فلا فاعلم انه قال فى س ظاهرهم ان تصدقت و حرمت صيغه واحده فلا تغنى الثانيه عن الاولى و تغنى الاولى وحدها مع القرينه و ردّه فى لك قائلا و ما ادّعا من الظاهر غير ظ

### الخامس كل لفظ عربى موضوع للوقف خاصه

و لا يفتقر فى حمله عليه الى قرينه يتحقّق ايجاب الوقف به و يكفى فيه مجرّد قصد المعنى و لا يشترط فيه زياده على ذلك قصد اخر و يجب حمله عليه مجردا عن القرينه و يثبت به الاقرار بالوقف و لو ادعى اراده غيره منه من غير نصب قرينه عليه لم تسمع دعواه و لا فرق فى ذلك اللفظ بين ان يكون فعلا ماضيا او مضارعا او اسما فلا يشترط فى ايجاب الوقف الفعلية و لا الماضويه و كذا لا يشترط فيه عدم اللحن و هل يشترط فيه العرييه او لا بل يتحقق بكل لغه صار فى لك الى الاخير قائلا الحق فيها بالصيريرح ما لو قال جعلته وقفا او صدقه مؤبده محرّمه فاكتفى بها بدون التيه و هو حسن لصراحتة فيه الا ان فيه خروجا عن صيغه الوقف المنقول و ظاهرهم عدم المسامحه فى ذلك و ان كان الاقوى الاكتفاء بكل لفظ يدلّ على المط صريحا و ربّما يستفاد ما ذكره من الاصحاب و هو المعتمد و اما الألفاظ الموضوعه للقدر المشترك بين الوقف و غيره المتقدم اليها الاشاره فلا اشكال فى أنّه لا يتحقق بها ايجاب الوقف بمجرّد قصد معانيها الحقيقيه لأنّ اراده العام لا يستلزم اراده خاصّ بخصوصه و لأصالة عدم صحه الوقف ح و قد نبّه على عدم صحّته ح فى الغنيه و فع و يع و كره و صره و د و التّحرير و عد و س و اللّمع و الكفايه بل الظاهر أنّه ممّا لا خلاف فيه و لو قصد بتلك الالفاظ و اقام الوقف عليه قرينه لفظيه او غيرها صحّح و حكم به كما نبّه عليه فى الكتب المذكوره و منها التّحرير لقوله و ان اقترن بها ما يدلّ على الوقف صرفت اليه مثل صدقه محرّمه او محبوسه او مسبله او مؤبده او لا- تباع و لا- توهب و نبّه عليه فى الايضاح قائلا- نعم لو انضمّ اليه القرائن صار كالصيريرح اذ المعتضد المعانى و لاستعمال امير المؤمنين ع اياه حيث كتب بسم الله الرحمن الرّحيم هذا ما تصدق به على بن ابى طالب ع و هو حى سوى تصدّق بداره التى فى بنى زريق لا- تباع و لا- توهب حتى يرثها الله اه و ان قصد بها الوقف و لم يقرّ قرينه عليه فلم يحمل عليه ظاهرا كما نبّه عليه فى الكتب المذكوره أيضا بل الظاهر أنّه ممّا لا خلاف فيه و لكن يصحّح الوقف باطنا و فيما بينه و بين الله تعالى كما صرح به فى الغنيه و يع و التّحرير و التنقيح و جامع المقاصد و ضه و الكفايه و الرياض حكاه فى كره عن الشيخ و يقبل قوله ح فى اراده الوقف كما صرح به فى يع و التّحرير و عد و كره و التنقيح و جامع المقاصد و ضه و الكفايه بل الظاهر أنّه ممّا لا خلاف فيه كما نبّه عليه فى الرياض بقوله صرح به جماعه من غير خلاف بينهم اجده و كذا يقبل قوله فى عدم اراده الوقف كما صرح به فى التّحرير و عد و التنقيح و كذا صرح به فى جامع المقاصد قائلا و يقبل قوله فى تيه الوقف و عدمها و لو ادعى عدم نيه الوقف فانه يحكم و عليه ظاهرا بعدم الوقف و يجب عليه فيما بينه و بين الله تعالى مراعات الواقع فان لم يكن نوى الوقف و ادعى التيه فهو باق على ملكه فيجب العمل بما يقتضيه بقائه على ملكه بحسب مقدوره بالنسبه الى دين قد طولب به و هو عاجز عن ادائه الا من هذا الملك و وصول حق الورثه اليهم و ينعكس الحكم لو ادعى عدم نيه الوقف و الحال أنّه قد نواه و الظاهر أنّ ما عدا الألفاظ المذكوره من الالفاظ الموضوعه للقدر المشترك حكمه حكم الالفاظ المذكوره فيما ذكرناه فيصحّح الوقف به مط و لو كان ملحونا او غير عربى و كك أيضا الالفاظ المشتركه لفظا بين الوقف و غيره فيتحقّق الوقف بها مع قصده و هل الالفاظ الموضوعه لغير الوقف التى يجوز استعمالها فيه مجازا يصحّح الوقف بها اذا استعملت فيه او لا الاقرب الاول و بالجمله الاقرب ان كل لفظ يصحّح استعماله فى الوقف يجوز

ايجاد ايجابه به سواء كان عربيا أم غيره و لكن الاحوط الاختصار على الالفاظ المتقدمه

### السادس قال في كره هل يصير مسجدا بقوله جعلته مسجدا

ظ كلام بعض الشافعيه انه يصير وقفا بذلك و المشهور بينهم انه لا يصير وقفا بذلك و هو المعتمد لأنه وصفه بما هو موصوف به قال ص جعلت لى الأرض مسجدا نعم لو قال جعلته مسجدا لله فالاقوى انه يصير مسجدا لأنه يقوم مقام لفظ الوقف لإشعاره بالمقص و اشتهاه به و لو وقفها على صلاه المصلين و هو يريد جعلها مسجدا فالاقرب أنه يصير مسجدا مع الاقباض

### منهل هل يتوقف صحه الوقف ان يكون ايجابه باللفظ فلا يصح بدونه او لا

بل يصح بالفعل الذى يقصد به الوقف كما يصح البيع به صرح بالاول فى الغنيه و د و عد و التحرير و كره و جامع المقاصد و لك و لهم وجوه منها أنه نته فى جامع المقاصد على دعوى الاجماع على ذلك قائلا لا يحصل الوقف بالفعل عندنا و ان حفت بالقرائن و يعضد ما ذكره امور احدها عدم ظهور قائل بخلاف ما ذكره و ثانيها عدم اشاره من عداه الى المخالف مع ان ديدنهم الاشاره اليه لو كان و ثالثها دعوى الشهيد الثانى فى لك الاجماع على كون الوقف من العقود لأن العقد عباره عن الايجاب و القبول اللفظتين و فى جميع ما ذكر نظر اما الحجبه فللمنع من ظهور الكتاب المذكور فى ذلك بحيث يجوز الاستناد اليه خصوصا فى مقابله ما يدل على عدم اعتبار اللفظ الذى يأتى اليه الاشاره إن شاء الله تعالى و اما المعاضد الاوّل فلان عدم ظهور القائل بالخلاف بنفسه لا نسلم حجتيه خصوصا اذا كان المصرح بالاشتراط جماعه قليله و اميا الثانى فلان مجرد عدم الاشاره الى المخالف لا يدل على الاعتقاد بالاتفاق على انه قد يق لو اعتقدوا الإجماع على ذلك لتبها عليه لان ديدنهم ذلك و اما الثالث فللمنع من ان العقد عباره عميا ذكر بل الايجاب و القبول الفعليين يصدق عليهما العقد حقيقه فت و منها ما تمسك به فى كره قائلا لا يصح الوقف الا باللفظ لأنه تملك منفعه او عين فاشبه ساير التملكيات و يعضد ما ذكره اولا ما اشار اليه فى لك بقوله لما كان الوقف من العقود الناقله للملك على وجه اللزوم اما للعين او للمنفعه افتقر الى لفظ يدل عليه صريحا كغيره من التملكيات ليكون دالا على القصد القلبى الذى هو العمده فى النقل و ثانيا ما نته عليه فى جامع المقاصد قائلا لان الوقف عقد يفتقر الى الايجاب و القبول و له شرائط لا يكفى فيها القرائن ما لم يكن هناك لفظ يدل عليه و الفرق بينه و بين تقديم الطعام للضيف و وضع ما فى جنب قارعه الطريق و نثار شىء على الناس و نحو ذلك ان هذه انما يستفاد منها الاباحه بخلاف الملك فانه يقتضى نقل الملك و ضعف ما ذكره فى غايه الوضوح و منها ما احتج به فى كره أيضا قائلا و أيضا العتق لا يحصل الا باللفظ مع سرعه نفوذه فالوقف اولى و قد يجاب عما ذكره بالمنع من فهم الاولويه مط سلّمنا أنها تفهم من غير جهه اللفظ و لكن فى حجتيه مثل هذه الاولويه اشكال و خلاف سلّمنا حجيتها و لكنها لا تصلح لمعارضه ادله عدم اشتراط اللفظ فت و منها ما تمسك به فى كره أيضا قائلا و لان الاصل بقاء الملك على مالكة ما لم يثبت المزيل و فيما ذكره نظر لاندفاعه بوجوه تدل على عدم التوقف على اللفظ احدها ان الفعل بنيه الوقف يصدق عليه الصّيدقه و الوقف كما يصدق عليه من البيع فيندرج تحت العمومات الداله على صحتهما و منها عموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و منها عموم قوله فى بعض الاخبار الذى اشار اليه فى الكفايه بقوله روى ق و الشيخ عن محمد بن الحسن الصفار انه كتب الى ابى محمد الحسن ع فى الوقف و ما روى فيه عن ابائه

ع وقوع فيه الوقوف يكون على حسب ما يوقفها أهلها إن شاء الله و روى الكليني عن محمد بن يحيى فى الصحيح قال كتب بعض اصحابنا الى ابي محمد ع فى الوقف و ما يمكن فيها وقوع ع الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها إن شاء الله و هذا اصل كلى فى هذا الباب و ثانيها فحوى ما دل على صحه المعاطات فى البيع و ثالثها ان اكثر المعاملات يصح ايجابها بالفعل فكذا هنا عملا- بالاستقراء فت و رابعها ان اللفظ لو كان شرطا لورد به روايه و التالى بط لخلو الاخبار عن بيان ذلك فالمقدم مثله اما الملازمه فظاهره و منها سيره المسلمين فان معظم الاوقاف الصادره عنهم خاليه عن الايجاب اللفظى و لم اجد احدا انكر ذلك عملا فت و منها ان اللفظ لو كان شرطا للزم الحرج العظيم لأن اكثر الاوقاف التى يستعملها المسلمون كما عرفت خاليه عن اللفظ فلو وجب الحكم بفسادها بذلك لزم الامتناع من التصرف فيها و ردها الى اربابها شرعا و ذلك حرج عظيم جدا فت و المسأله فى غايه الاشكال فلا ينبغى ترك الاحتياط فيها و لكن احتمال عدم الافتقار الى اللفظ فى غايه القوه

### منهل اذا وقف على شخص معين او اشخاص معينين

#### اشاره

فهل يتوقف صحه الوقف ح على قبول الموقوف عليه فيكون هذا الوقف ح من جمله العقود و يلزم بطلانه بموت الموقوف عليه قبل القبول او لا- بل يصح بدون القبول فيكون الوقف ح من جمله الايقاعات كالتعق و لا يبطل بموت الموقوف عليه قبل قبوله اختلف الاصحاب فى ذلك على قولين الاول انها تتوقف على القبول كتوقفها على الايجاب و هو لصريح كره و التحرير و عد و صره و الايضاح و س و التنقيح و جامع المقاصد و ضه و لك و الرياض و ظ يع الثانى انه لا يتوقف عليه و استظهره فى ضه من اللّمعه و الا- كثر و فى لك من يع و الاكثر أيضا و فى الكفايه من الاكثر أيضا و كذا استظهره منهم فى الرياض قائلا و يظهر من العبارة و عبارات اكثر الجماعه كما فى لك و ضه و لعله من حيث اكتفائهم بذكر الايجاب خاصه من دون ذكر القبول عدم اشتراطه للأولين وجوه منها ما تمسك به فى جامع المقاصد و لك و ضه و الرياض و اشار اليه فى الايضاح من ان الاصل عدم الانتقال بدون القبول و فيه نظر لاندفاعه بحجج القول الثانى و منها انه لو لم يتوقف على القبول لكان الوقف ح من الايقاع و التالى بط فالمقدم مثله امّا الملازمه فواضح و اما بطلان التالى فلانه ادعى الاجماع على ان الوقف من جمله العقود فى جامع المقاصد و لك قائلين فى مقام الاحتجاج على هذا القول لإطباقهم على انه عقد فيعتبر فيه الايجاب و القبول كسائر العقود و يعضد ما ذكره ما تبته عليه فى الرياض بقوله الأصح اشتراطه لإطباقهم على كونه من جمله العقود المدعى فى لك و المحكى عن كره بناء على ان لزومه بدونه يخرج عن قسم العقود و يدرجه فى قسم الايقاع و هو ينافى ما ادعى عليه ممّا تقدم من الاجماع و قد يجاب عنه بوهنه بمصير المعظم كما عرفت الى عدم التوقف على القبول مط مع انا لم نجد التصريح بكونه من العقود فى كلام المتقدمين و لا فى كلام المتأخرين عدا هؤلاء و مع هذا فقد صار فى لك الى عدم توقف الوقف العام على القبول و هو ينافى ما ادعاه

ص: ٤٧٠

و بالجمله لا- تعويل على هذه الحجه و منها فحوى ما دل على اشتراط القبول فى الوكاله و العاريه و الوديعه و فيه نظر و منها ما تمسك به فى لك قائلا لأن ادخال الشىء فى ملك الغير بدون رضاه بعيد و اشار الى هذه الحجه فى ضه أيضا قائلا لان ادخال شىء فى ملك الغير يتوقف على رضاه و يعضد ما ذكره اولا قول جامع المقاصد لان ادخال شىء فى ملك الغير يتوقف على

رضاه لان الاصل عدم الانتقال بدونه و حصول الملك على وجه قهري كالإرث يتوقف على نص الشارع و هو منتف و لا دلالة في النصوص الواردة في هذا الباب على عدم حصول القبول و ثانيا قول كره لأنه يبعد دخول عين او منفعه في ملكه من غير رضاه و فيما ذكره نظر لان ان اريد ان ذلك ممتنع عقلا او شرعا فضعفه ظ و كفى بالارث دليلا على الجواز و ان اريد انه خلاف الأصل فهو مسلم لكنه ح هو عين الحجج الاولى و قد عرفت ما فيها و ان اريد انه مستبعد ففيه ان مجرد الاستبعاد لا يكون حجه شرعيه و مع ذلك فهو منقوض بتملك البطون المتاخره قهرا فمبنى الوقف على ذلك و الحكم بالاختلاف بين البطون بعيد فتدبر و للآخرين وجوه أيضا منها ان الوقف لو توقف على القبول للزم الحكم بفساده بدونه التالى بط للعمومات الداله على صحه الوقف و الصيغه مط و الاصل عدم التخصيص و يعضدها عموم قوله تعالى **تَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَ التَّقْوَى** و قوله ع الناس مسلطون على اموالهم فت و لعله الى هذه الحجج اشار في ضه و لك بقوله لأصالة عدم الاشتراط و منها ان القبول لو كان شرطا لورد التنبيه عليه و لو في روايه و التالى بط فالمقدم مثله اما الملازمه فظاهره و اشار الى هذا في لك بقوله بعد الاشاره الى هذا القول و وجهه اصالة عدم اشتراطه اذ ليس في النصوص ما يدل عليه و قد يق لم يرد روايه باعتبار القبول في ساير العقود مع اعتباره فيها فما هو الجواب هناك فهو الجواب هنا فت و منها ما ذكره في جامع المقاصد و لك و ضه من ان الوقف فك ملك فيكفي فيه صيغه الايجاب كالعق و استحقاق الموقوف عليه للمنفعه كاستحقاق العتيق منفعه نفسه و اجاب عنه في الرياض قائل الجواب بأنه دعوى كفايه الايجاب بمجرد في ازاله الملك مط ممنوعه كيف لا و هي في المقام اول الكلام و ثبوتها في العتق بالدليل لا- يوجب ثبوتها ألما بالقياس المحرم عندنا منها و ما ذكره في لك قائل و لأنه كالإباحه خصوصا اذا قلنا ان الملك فيه ينتقل الى الله تعالى و ما ذكره ضعيف جدا و منها نسبه عدم اشتراط القبول هنا في الايضاح الى الاصحاب و يعضدها اول قول جامع المقاصد هل يشترط لصحة الوقف القبول أم لا فيه اشكال ينشأ من اطلاقهم صحه الوقف و انعقاده عند وجود لفظ الوقف و الاقباض عن غير تقييد بالقبول انتهى و ثانيا الشهره المحكيه المتقدم اليها الاشاره و المسأله محل اشكال فلا ينبغي ترك الاحتياط فيها و لكن القول الثاني اقرب و

### ينبغي التنبيه على امور

### الاول ان قلنا بالتوقف على القبول

و كان الوقف على الطفل قبل ولّيه كما صرح به في س و جامع المقاصد و الكفايه و قيده في الاول بالغبطه

### الثاني لا اشكال في ان صحه الوقف و لزومه لا يتوقف على قبول البطن المتاخرا مط

و لو قلنا بتوقفهما على قبول البطن الاول و قد صرح بذلك في التحرير و كره و عد و جامع المقاصد و لك و الكفايه و الرياض و لهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه كما اشار اليه في الرياض قائل لا يعتبر قبول البطن الثاني و لا رضاه بلا خلاف اجده و به صرح جماعه و يعضد ما ذكره قول لك و ضه و الكفايه و على القولين لا يعتبر قبول البطن الثاني و منها ما تمسك به في جامع المقاصد و ضه و لك و الرياض قائلين لتمايمه الوقف قبله فلا ينقطع و تبه على ما ذكره في كره بقوله و الوقف قد ثبت و لزم فيبعد انقطاعه و منها ما تمسك به في الكتب المذكوره أيضا قائلين لان قبوله لا يتصل بالايجاب فلو اعتبر لم يقع له كغيره من

العقود اللازمة و تبه على ما ذكره في كره بقوله لأن استحقاقهم لا يتصل بالايجاب

### الثالث اذا رد الموقوف عليه بعد الايجاب

فصرح في عد و التحرير و جامع المقاصد بأنه يبطل الوقف و صرح في الاخير بانه لا فرق في ذلك بين القول بتوقف الوقف على القبول و عدمه قائلًا- لا- خلاف في اشتراط عدم رده فلو رد بطل كما في الوصيه سواء قلنا باشتراط القبول أم لا و ما ذكره جيد و اما رد البطن المتأخر فلا عبره به كما صرح به في عد و كره و التحرير

### الرابع صرح في كره و س و التنقيح و ضه و لك و جامع المقاصد بأنه يعتبر في القبول فوريته

و مقارنته للإيجاب و فيه نظر و لكنهما احوط

### الخامس صرح في ضه و لك و جامع المقاصد بأنه يعتبر فيه اللفظ العربي

الصحيح و فيه نظر بل الاقرب عدم الاشتراط

### السادس صرح في التنقيح بأنه يشترط في القبول المطابقه للإيجاب

و هو احوط و صرح في جامع المقاصد و لك و ضه و الكفايه بانه يعتبر فيه جميع ما يعتبر في العقود اللازمة

### السابع اذا كان الوقف عاما كالوقف على الفقراء

و العلماء او على الجبهه كوقف المساجد و الرباطات و المدارس و الخانات فهل يتوقف على القبول او لا اختلف فيه الاصحاب على قولين الاول انه لا يتوقف عليه و هو لصريح عد و د و كره و س و لك و ضه و عزاه فيها و في لك و الكفايه و الرياض الى الاكثر بل يظهر من الايضاح و جامع المقاصد أنه مذهب الاصحاب الثاني أنه يتوقف عليه و هو للتنقيح و التبصره و الرياض و ربما يشعر به عباره كره و في جامع المقاصد القبول مط اولى و الاقرب عندي هو القول الاول لان الوقف الخاص لا يتوقف عليه كما بيناه فكذا هنا و ذلك اما لاتحاد طريق المسألتين او لعدم القائل بالفرق او للأولويه و لما تمسك به في كره و س من عدم امكان القبول لان الموقوف عليهم لا حصر لهم لا يقوّم قبول بعضهم مقام قبول الجميع لأننا نقول هو خلاف الاصل فلا يصار اليه الا بدليل و ليس هذا ان قبل لنفسه و لغيره و ان قبل لنفسه فقط فلا معنى لكفايته عن قبول الجميع و مع هذا فلا قائل باعتبار قبوله عن الجميع و لا- يق يقبل الحاكم عن الجميع لأننا نقول هو خلاف الاصل أيضا فلا يصار اليه الا بدليل و ليس فت و لأنه لو توقّف على القبول لزم الامتناع من التصرف في اكثر الاوقاف لعدم اقترانها بالقبول و التالي بط فت و لأنه لو توقّف عليه لزم ترك الاوقاف العامه غالبا لعدم التمكّن من قبول الحاكم غالبا و لا فرق على المختار بين كون الملك منتقلا الى الله تعالى او



الى الموقوف عليه و حكى فى جامع المقاصد عن بعض القول بالتفصيل قائلا بنى بعضهم القول باشتراط القبول و عدمه على ان الملك ينتقل الى الموقوف عليه او الى الله سبحانه فعلى الاوّل يشترط لا على الثانى الحاقا له

ص: ٤٧١

بالاعتاق و لا- ريب انّ هذا البناء اقرب من طرد القولين مع القول بانتقال الملك الى الموقوف عليه و ان كانت اطلاقهم على الوقف انه عقد ينافى عدم اشتراط القبول على كل حال لأنّ العقد ما تركب من الايجاب و القبول ثم انه على تقدير كون القبول هنا شرطا فصّرّح فى لك و الكفايه بأنّه يتولاه الناظر كالحاكم و منصوبه و صرّح فى ضه و لك و الكفايه بانه يعتبر فيه ما يعتبر فى العقود اللازمه من اللفظ العربى الصّحيح المطابق للإيجاب و فوريتّه و فى التنقيح لا بدّ من قبول مطابقا مقارنا

### الثامن صرّح فى كرهه بأنّه اذا كان جعلت هذا للمسجد فهو تملك لا وقف

فيشترط قبول القيم و قبضه كما لو وهب شيئا من صبيّ قال فى س و كأنه اجراه مجرى الوصيه الا انه لا يشترط القبول

### منهل لا اشكال فى توقف الوقف على القبض

#### اشاره

و قد صرّح بذلك فى النّهايّه و ف و المبسوط و الغنيه و السّرائر و المهذبّ و الوسيله و فع و يع و التحرير و كره و لف و عد و صره و د و اللّمعه و س و الجامع و التنقيح و جامع المقاصد و لك و ضه و الكفايه و الرياض و لهم و جوه منها الاصل الذى اشار اليه فى الخلاف و الغنيه قائلين لا- خلاف فى لزوم الوقف اذا حصل القبض و ليس على لزومه قبل القبض دليل و اشار اليه فى كره أيضا قائلا- ان الاصل بقاء الملك على مالكه خرج منه المقبوض فيبقى الباقي على اصله و منها ظهور الاتفاق عليه و منها ظهور جملة من الكتب كالخلاف و الغنيه و كره و جامع المقاصد و لك و التنقيح فى دعوى الإجماع عليه فان الاول صرّح بان من شرط لزوم الوقف عندنا القبض ثم صرّح بان دليلنا اجماع الفرقه و الثانى صرّح بان قبض الموقوف عليه او من يقوم مقامه فى ذلك شرط فى اللزوم يعنى التسليم بدليل اجماع الطائفة و الثالث صرّح بأنّه لا يصح وقف ما لا يمكن اقباضه لأنّ الاقباض شرط فى صحه الوقف عندنا و لفظه عندنا ظاهره فى دعوى الإجماع مع انه صرّح فى مقام اخر بان الوقف يلزم بالعقد و القبض عند علمائنا اجمع و بأنّه قال ابو حنيفه يلزم بمجرّده فت و صرّح فى مقام آخر بان الصّدقه لا يلزم الا بالقبض عندنا و الرابع صرّح بان اشتراط قبضه فى الصّححه لا خلاف فيه و الخامس صرّح بانه لا خلاف بين اصحابنا فى ان القبض شرط لصّحه الوقف و صرّح أيضا فى مقام اخر بانه لا خلاف عندنا فى اشتراط تماميته بالقبض بحيث يترتب عليه اثره و السّادس صرّح بان القبض شرط فيه اجماعا و منها جملة من الاخبار احدها خير محمد بن مسلم الذى وصفه بالصّححه فى الرياض و الكفايه و غيرهما عن ابى جعفر قال فى الرّجل يتصدّق على ولده و قد ادركوا فقال اذا لم يقبضوا يموت فهو ميراث و ان تصدق على من لم يدرك من ولده فهو جائز لان والده هو الذى يلى امره و قال لا- يرجع فى الصّححه الوقف اذا ابتغى بها وجه الله و اشار اليه فى الرياض قائلا و نحوه غيره من المعتمده قلت منها روايه زراره المرويه عن الفقيه و يب عن ابى عبد الله ع قال فى رجل تصدّق على ولده و قد ادركوا قال فاذا لم يقبضوا حتى يموت فهو ميراث و ان تصدّق على من لم يدرك من ولده فهو جائز لان الوالد هو الذى يلى

امره وجه الدلالة بان الوقف من جمله افراد الصدقه الحقيقيه كما سيأتى اليه الإشاره فتكون الروايات بعمومها الناشئ من ترك الاستفصال شامله للوقف مع انه صرّح فى ذيل الروايه الاولى بلفظ الوقف فتكون داله عليه صريحا و ثانيها خبر صفوان الذى وصف بالصّيه فى لك و الرياض و غيرهما عن ابى الحسن ع قال سألته عن الرّجل يوقف الضيعه ثم يبدو له ان يحدث فى ذلك شيئا فقال ان كان اوقفها لولده و لغيرهم ثم جعل لها قيما لم يكن له ان يرجع فيها فان كانوا صغارا قد شرط ولايتها لهم حتى يبلغوا فيجوز لهم و ان كانوا كبارا و لم يسلمها اليهم و لم يخاصموا حتى يجوزوها عنه فله ان يرجع فيها لأنهم لا يجوزونها عنه و قد بلغوا و ثالثها خبر محمد بن جعفر الاسدى فيما ورد عليه من مولانا صاحب الزمان ع و رواه فى الرياض عن اكمال الدين للصدوق و فيه انه ع قال و اما ما سالت عن الوقف على ناحيتنا ربّما يجعل لنا ثم يحتاج اليه صاحبه فكلمّا لم يسلم فصاحبه بالخيار و كلما سلّم فلا خيار لصاحبه احتاج اليه او لم يحتج افتقر اليه او استغنى الى ان قال و اما ما سالت عن امر الرّجل الذى جعل لناحيتنا ضيعه و يسلمها الى قيم يقوم بها و يعمرها و يؤدّى من دخلها و خراجها و مؤنتها و يجعل ما بقى من الدّخل لناحيتنا فان ذلك جائز لمن جعله صاحب الضّيعه قيما عليها أنّما لا يجوز ذلك لغيره و هل القبض ممّا يتوقّف عليه صحه الوقف فلا ينعقد بدونه كما لا ينعقد بالايجاب مجردا عن القبول او بالعكس و يكون الانتقال موقوفا عليه و ان كان العقد صحيحا فى نفسه او لا بل هو ممّا يتوقف عليه اللّزوم فيكون العقد قبل القبض تامّا ناقلا للملك نقلا غير لازم كالمملك فى زمن الخيار كما صرّح به فى لك و صرّح فيه كما

فى الكفايه و الرياض بان الفائده تظهر فى النماء الحاصل بعد العقد و قبل القبض فأنه على الاول يكون للواقف و على الثانى يكون للموقوف عليه اختلف الاصحاب فى ذلك على قولين الاول ان القبض ممّا يتوقف عليه صحه الوقف كالإيجاب و القبول و هو لصريح النهايه و المهذب و عد و جامع المقاصد و لك و الكفايه و الرياض فأنها صرّحت بان القبض شرط لصحه الوقف و صرّح به أيضا فى موضع من يع و يمكن استفادته من جمله من الكتب منها الغنيه فأنها صرّحت بان من شروط صحه الوقف ان يكون الموقوف عليه مقدورا على تسليمه و منها الوسيله فانها صرّحت بان من شروط الصّحه تسليم الوقف من الموقوف عليه او من وليه و منها كره و التحرير فأنهما صرّحا بانه لا يصح وقف ما لا يمكن اقباضه و زاد فى الاول فاحتج على ذلك بان الاقباض شرط فى صحه الوقف عندنا و منها التبصره و د و س فأنها صرّحت بانه يشترط فى الوقف الاقباض و منها التنقيح فانه صرّح بأن القبض شرط اجماعا فان المتبادر من الحكم على الشىء بكونه شرطا توقف الصّحه عليه لا اللزوم كما لا يخفى فعلى هذا يكون منها لف فانه صرّح بأن القبض شرط الثانى ان القبض شرط اللزوم لا الصّيه كالإيجاب و القبول اللفظيين فى البيع و هو لجمله من الكتب منها الخلاف و الغنيه فأنهما صرّحا بان من شرط لزوم الوقف القبض و ادعى الاول عليه الاجماع كما عن الثانى و منها المبسوط و السّيرائر فأنهما صرّحا بانه ان لم يقبض الموقوف عليه لم يمض الوقف و لم يلزم و منها الكافى للحلبى فانه صرّح بأنه اذا تصدق و اشهد على نفسه بذلك و مات قبل التّسليم و كانت الصدقه على من يصح قبضه او وليه هى وصيّته يحكم فيها باحكام الوصايا وجه الدلالة ما ذكره بعض الاجلّه

ص: ٤٧٢

من ان الظاهر ان المراد منه انه اذا كان الوقف على من يصح قبضه او قبض وليه و مات قبل التّسليم يكون فيه حكمه حكم الوصيّه فعند اجازة الورثه و امضائهم يلزم و الا فلا فيكون قبل الامضاء صحيحا لكن اللزوم يتوقف على امضاء الورثه و منها يع و اللّمعه فان الاول صرّح بانه لا يلزم الا بالاقباض لما صرح بانه لا يلزم بدون القبض و منها كره فانها صرّحت بانه لو اجر ارضه ثم

وقفها و لم يقبضها باذن المستاجر لم يصح القبض و لم يثمر لزوم الوقف و صرح أيضا بان الوقف يلزم بالعقد و القبض عند علمائنا اجمع و قد اختار هذا بعض افاضل المعاصرين و هو فى غاية الضعف بل المعتمد ما عليه الاولون من ان القبض شرط الصّحّه لا- اللزوم و لهم على ذلك وجوه منها ما اشار اليه فى الرياض من انه لا دليل على صحّه الوقف بدون القبض فالاصل يقتضى فساد بدونه فيكون القبض شرط الصّحّه لا يق العمومات من نحو قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و قوله ع الوقوف على حسب ما يوقفها اهلها و غير ذلك تدل على صحّه الوقف من غير قبض فيخصّص بها الاصل لأننا نقول العمومات المذكوره لا نسلم دلالتها على ذلك و صلاحيتها لإثباته سلّمنا و لكنها كما تدل على عدم توقف الصّحّه على القبض كذلك تدل على عدم توقف اللزوم عليه فيكون ظاهرها مخالفا للإجماع الدال على توقف الوقف على القبض فيجب ارتكاب التخصيص فيها باخراج الوقف الذى لم يقبض منها فيبقى اصاله الفساد بالنسبه اليه سليما عن المعارض فيجب العمل بها فت و منها ظهور ما حكيناه عن كره و التنقيح و جامع المقاصد و لك فى دعوى الاجماع على توقف صحّه الوقف على القبض بل قد يدعى ان جميع الاصحاب على ذلك لان القائلين بان القبض شرط اللزوم ليس فى كلامهم تصريح و لا ظهور بتحقيق الصّحّه بمعنى انتقال الملك قبل القبض فيمكن تنزيل كلامهم على ما عليه الاولون من ان القبض شرط الصّحّه و له شواهد اولها من ان احدا من الاصحاب من المعبرين بانه شرط الصّحّه و المعبرين بانه شرط اللزوم لم يجعلوا المسأله خلافيه و لا اشاروا الى خلاف بوجه من الوجوه مع ان طريقتهم الاشاره الى الخلاف و لو اجمالا على ان بعضهم اقتصر فى نقل الخلاف على نقل مذهب بعض العامه من عدم توقف الوقف على القبض مط و صحّته و لزومه و بدونه و لو كان هناك خلاف بين الخاصه باعتبار كون القبض شرط الصّحّه او اللزوم لكان الاشاره اليه اولى نعم عباره س و التنقيح ربما اشعرت بنقل الخلاف و الاشاره اليه فان الاول بعد التصريح بان الاقباض شرط فيه صرح بان فى الخلاف القبض شرط فى لزومه و فى الثانى بعد ذلك أيضا صرح بان الشيخ قال فى ف هو شرط اللزوم و لكن ما ذكره ليس صريحا فى اعتقادهما كون المسأله محل خلاف بين الاصحاب بل الظاهر منه خلاف ذلك كما يفيد دعوى الثانى الاجماع على كون القبض شرطا فيه و ثانيها ان الشّهد الثانى فى لك اشار الى ما ذكرناه من تنزيل العبارة المصرّحه بانه شرط اللزوم على القول الاول فانه صرح اولا بان عباره يع تنفى اللزوم بدون القبض فى موضع و فى اخر بنفى الصّحّه ثم صرح بان المحقق لعله حاول بنفى لزومه بدون القبض الرد على بعض العامه حيث جعله لازما بمجرد الصّحّه و ان لم يقبض فاتى بعباره يرد عليه بالتصريح و لم يعتبر دلالة مفهومها ثم صرح بمراده بعد ذلك و صرح فى لك فى مقام اخر بان المعبرين بانه شرط اللزوم لا- يريدون به معنى اخر غير كونه شرط الصّحّه و لذا نفى الخلاف فيه كالمحقق الثانى و اشار الى ما ذكره فى لك و الكفايه أيضا قائلا- بعد الحكم بكونه شرط الصّحّه و نفى الخلاف فيه كالمحقق الثانى و اشار الى ما ذكره فى لك و الكفايه أيضا قائلا بعد الحكم بكونه شرط الصّحّه و عبّر بعضهم بانه شرط اللزوم و لعل مراده ما ذكر و فى الرياض اشار الى ما ذكره من التّزليل و لم يعترض عليه بوجه و من الظاهر ان تخطئه هؤلاء فيما فهموه من كلمات المعبرين بانه شرط اللزوم فيها ما يدل على ان مراد اربابها أنّه شرط الصّحّه و ان الصّحّه و اللّزوم هنا متلازمان اما الخلاف فلانه و ان صرح بانه شرط اللزوم عندنا و انه مجمع عليه بيننا الا انه حكى عن الشّافعى و طائفه من العامه المصير الى انه ليس من شرط اللزوم ثم احتج عليهم بأنّه لا خلاف فى

لزوم الوقف مع القبض و ليس على لزومه قبل القبض دليل و من الظاهر ان هذا انما يتجه على تقدير كون النزاع بينه و بين هؤلاء المخالفين فى توقف صحّه الوقف على القبض اذ لو كانت الصّحّه ثابتة قبل القبض لكان مقتضى الاصل لزومه بدون القبض لا العدم كما ادّعا فاذن ما ادّعا من الاجماع يكون دليلا على توقف صحّه الوقف على القبض لا اللزوم سلّمنا انه اراد بيان شرطيه

القبض فى اللزوم و لكن لىس فى كلامه ما ىدل على تحقق الصّحه بدون القبض فلعلّه متوقف فى توقف الصّحه على القبض او قائل به اذ لا- منافات بىن الحكم بتوقف اللزوم علىه و بىن الحكم بتوقف الصّحه علىه أىضا لان كل ما هو شرط للصّحه شرط للزوم أىضا و لا عكس و بالجمله الحكم بتوقف اللزوم علىه لا ىدل بشىء من الدلالات على عدم توقف الصّحه علىه و ان ادعى دلالتة علىه فى لك فاذن لا ىكون ما ادعاه من الاجماع على انه شرط اللزوم معارضا للإجماعات المحكيه على انه شرط الصّحه كما لا ىخفى و اما المبسوط فلأنه صرّح بانه اذا وقف شيئا زال ملكه اذا قبض الموقوف علىه او من يتولى علىه و ان لم يقبض لم ىمض الوقف و لم يلزم ثم صرّح بانه قال قوم يلزم بنفس الوقف و ان لم يقبض ثم صرّح بانّ الاوّل اصحّ و من الظاهر ان هذه العبارات ظاهره فى اراده نفى الصّحه بدون القبض و ذلك لوجوه الاوّل التفصيل بىن صورتى القبض و عدمه فى الحكم و تصريحه فى الصوره الاولى بزوال الملك فىبغى عدم زواله فى الصوره الصوره الثانيه و هو ىنافى صحّه الوقف بدون القبض بالضروره الثانى قوله لم ىمض الوقف فانه كالصّريح بل صريح عرفا فى الحكم بعدم صحه الوقف من وقف غير قبض و لا ىعارضه قوله و لا- يلزم لعدم المنافات بل الظاهر منه اراده تاكيد الاوّل و هو و ان كان خلاف الاصل الا ان جعله قرينه صارفه لقوله لم ىمض أىضا خلاف الاصل و من الظاهر الترجيح الاوّل على الثانى اما لأن التاكيد اولى من المجاز عند دوران الامر بىنهما او لان مقتضى سياق العبارة التاكيد فت الثالث نقله مذهب القوم و تصريحه بانّ الاوّل اصحّ فان نزاع القوم لىس فى توقّف لزوم الوقف على القبض بل فى توقّف صحّته علىه و اما الغنيه فلانه استدل على ما صرّح به من ان قبض الموقوف علىه او من ىقوم مقامه شرط اللزوم اولا باجماع الطائفه و ثانيا بانه لا خلاف فى صحّه الوقف و لزومه اذا تكاملت هذه

ص: ٤٧٣

الشروط زال ملك الواقف و لم ىجز له الرجوع فى الوقف و لا ىغيره عن وجوهه ثم استدلّ علىه بالاجماع الذى ىشير اليه دائما و من الظاهر ان جميع ما ذكره ىدل على ما قلناه من وجوه عديده منها استدلاله بالاصل كما بىناه و منها اتيانه بلفظ صحه الوقف فى مقامين و منها مفهوم الشرط فى قوله اذا تكاملت اه فت و اما السّيرائر فلانه صرّح بانه اذا وقف عينا زال ملكه عنه اذا قبض الوقوف علىه و ان لم يقبض لم ىمض الوقف و لم يلزم و هو ىدل على ما ذكرناه من وجهين احدهما القضيه الشرطيه و ثانيهما قوله لم ىمض الوقف و مع هذا لو كان مذهبه توقف لزوم الوقف على القبض دون الصّحه لكان مذهبه مخالفا لمذهب الشيخ فى النهايه من توقف صحّته على القبض و من عادته الاشاره الى مذاهب الشيخ فى النهايه كتبه التى من جملتها النهايه اذا كانت مخالفه لمذهبه و الطعن عليها و الاحتجاج على بطلانه و هنا لم ىفعل شيئا من ذلك و لا ىمكن ان يدعى انه فهم من عبارته النهايه توقف اللزوم على القبض دون الصّحه لان ذلك ممن مثله غير ممكن لصراحه عبارته النهايه فى توقف الصّحه على القبض دون اللزوم كما لا ىخفى و اما الكافى فلان تصريحه بان الوقف الذى لم يقبض بعد موت الواقف ىحكم علىه باحكام الوصيه صريح فى بطلان الوقف و ارتفاع حيثيته منه باعتبار موت الواقف و عدم تحقق القبض من الموقوف علىه او وليه و ذلك فى غايه الظهور و اما ما ذكره بعض الاجله فى توجيه دلاله ما ذكره على ان القبض شرطا للزوم لا الصّحه فكلام ضعيف لا طائل تحته على ان الوصيه ىجب العمل بها و لا ىتوقف على امضاء الورثه الا ان تتعلّق بالزائد على الثلث فان العمل بها ح ىتوقف على امضاء الورثه بالنسبه الى الزائد و من الظاهر ان هذه الصوره فى غايه الندره فكيف ىنزل عليه اطلاق العبارة ثم ان ما ذكره انما ىتجه على تقدير كون القائل بان القبض شرط اللزوم ىذهب الى ان الوقف الذى لم يقبض بعد موت الواقف ىبقى على صحّته مترزلا و ىتوقّف لزومه على امضاء ورثه الواقف و لكن ان قال ببطلانه بموت الواقف تعبدا فلا- ىتجه ما ذكره قطعاً و لا ىنافى هذا عقلا

كون الوقف شرط اللزوم فت هذا و ممّا يؤيد ما ذكرناه انا لم نجد احدا من الاصحاب حكى عن الحلبي الخلاف فى المقام بل انما حكوا عنه الخلاف فى مقام اخر فت و اما يع فلانه و ان صرح اولا بان القبض شرط اللزوم الا انه صرح ثانيا فى مقام اخر بانه شرط الصّحه و هذا اولى بالاعتبار اما اولا فلتأخره و من الظاهر ان المعبر فى الخطابات الاخير و يشهد بذلك عاده اهل اللسان و طريقتهم كما لا يخفى فت و اما ثانيا فلانه اقوى دلالة بالضرورة و من المتفق عليه انّ الاقوى اولى بالترجيح و مع هذا فقد صرح فى يع أيضا بان الوقف اذا لم يقبض حتى مات الواقف يرجع الى ورثه الواقف و هو صريح فى بطلانه بالموت و اما اللمعه فلأنها و ان صرحت اولا بانه لا يلزم بدون القبض الا انها فرعت على هذا الحكم ببطلانه اذا مات الواقف قبل القبض و قد صرح فى ضه بان هذا قرينه على ارادته باللزوم الصّحه معللا بان ذلك من مقتضى عدم الصّحه لا عدم اللزوم و استشهد عليه بتصريحه بذلك فى هبه س و مع هذا فقد صرحت فى مقام اخر بان شرطه الاقباض و من الظاهر ان المتبادر من هذه العبارة انه شرط الصّحه لا اللزوم و امّا كره فلأنها و ان صرحت بان الوقف يلزم بالعقد و القبض و لكن فيها ما يدل على ان المراد باللزوم الصّحه و هو وجوه احدها احتجاجه على ما ذكره بان الاصل بقاء الملك على مالكة خرج عنه المقبوض فيبقى الباقي على اصله و ثانيها نقله الخلاف عن ابي حنيفه فى هذا المقام قوله و قال ابو حنيفه يلزم بمجردده و من الظاهر انه يريد الصّحه بدونها و ثالثها تصريحه بعد ذلك بانه اذا مات الواقف قبل القبض يرجع الى ورثته و رابعها تصريحه بعد ذلك أيضا بانه لا يصح وقف ما لا يمكن اقباضه محتجا على ذلك بان الاقباض شرط فى صحه الوقف عندنا على ما تقدّم و بالجملة من تتبع عبارات الاصحاب فى هذا الباب و نظر فيها بعين الابصار و كان له حظ من دقه النظر و التحقيق و اطلاع على الاصول و القواعد لم يبق له شك

و ريب فى ان توقف صحه الوقف على القبض متفق عليه بين الاصحاب و ممّا لا خلاف فيه بينهم و ان اختلاف عباراتهم مبنى على المسامحة لظهور المقصد و كثيرا ما يتفق هذا خصوصا من المتقدمين فمن ذهب الى عدم توقف صحه الوقف على القبض و توقف لزومه عليه كان منفردا مخالفا للأصحاب كتفرد الكاشانى و مخالفته للأصحاب فى حكمه بحليه الغناء و بان المتنجس لا ينجس فمثل هذا لا حظ له فى الفقاهه و منها ان الوقف لو صحّ بدون القبض لما رجع الموقوف الى ورثه الواقف اذا مات قبل القبض و التالى بط فالمقدم مثله اما الملازمه فلان اللازم على تقدير الصّحه بدون القبض تخير ورثه الواقف فى هذه الصورة بين امضاء الوقف فيلزم الوقف او ابطاله لأنّ هذا الخيار كان ثابتا لمورثهم و هو الواقف قبل القبض فكذا يثبت لهم ما دل على ان الخيار موروث و اما بطلان التالى فلما سيأتى اليه الاشاره من النصوص و الفتاوى الداله على رجوع الوقف الى ورثه الواقف اذا مات قبل القبض و لهذا تسمّيك فى لف و التنقيح و جامع المقاصد و لك و الرياض على بطلان الوقف بموت الواقف قبل القبض و على كونه شرطا فى صحه الوقف ببعض الاخبار الداله على بطلان التالى و ممّا ذكر يظهر وجه ما ذكره فى ضه من ان الحكم ببطلان الوقف اذا مات الواقف قبل القبض من مقتضى توقف صحه الوقف على القبض لا من مقتضى توقف لزومه عليه و لذا حمل نفي اللزوم بدون القبض فى اللمعه على اراده نفي الصّحه لا يق الملازمه ممنوعه لجواز ان يكن العقد صحيحا و غير لازم فى حيوه الواقف اذا لم يتحقق القبض فاذا مات قبله انفسخ الموقوف و غرضه البطلان بموته قبله كما تبطل الوكاله الصّحيحه بموت الموكل و تبطل الوقف الذى لم يقبض باختيار الواقف الفسخ و لا مانع لا عقلا و لا شرعا من كون الموت من مبطلات الاوقاف الصّحيحه و لا- نسلم ان القائل بكون القبض من شرائط اللزوم لا الصّحه يمنع من ذلك و يحكم بثبوت الخيار لورثه الواقف اذا مات قبل القبض بين امضاء الوقف و فسخه و قد اشار الى ما ذكر بعض الاجله من اهل العصر الذهاب الى ان القبض شرط اللزوم لأننا نقول ما ذكر بط امّا اولا- فلاين جماعه من اعيان المحققين و زبده المدققين الذين هم من رؤساء الاماميه و فقهاها كالعلاء و السيورى و المحقق الثانى و الشهيد الثانى فى كتابيه لك و ضه قد نبهوا على صحه الملازمه و على دلالة

مسلم وروايه عبيد بن زراره الدالّتين على كون الموقوف ميراثا يختصّ به ورثه الواقف اذا مات قبل القبض على القول بكونه شرط الصّيحّه من غير تامل و لا اشكال و لا نقل خلاف فيه و هو يدلّ على ان الملازمه التي اشترنا اليها من المسلّمات المتفق عليها بين الاصحاب و احتمال خطائهم في ذلك و عدم اطلاعهم على طريقه الاصحاب و قواعدهم مع انهم من اهل الخبره و اساس الفقاهه ممّا يكاد ان يلحق بالمحالات العاديه و لئن تنزّلنا فلا أقلّ من حصول الظنّ بالمدعى من كلامهم و هو حجه بناء على المختار عندنا من اصاله حجّيه الظنّ و اما ثانيا فلان الاحتمال المذكور لو اتجه لم يكن صحيحه محمّد بن مسلم المتقدمه داله على توقف الوقف على القبض مط و لو باعتبار اللزوم لان بطلانه بالموت كما لا ينافى صحّته قبله كك لا ينافى لزومه قبله أيضا و التالي بط لإمكان دعوى الاتفاق على كون الزوايه داله على توقف الوقف على القبض في الجملة و لذا اعترف بعض الاجله المعترض على دلاله صحيحه محمّد بن مسلم المتقدمه على كون القبض شرط الصّحه بما تقدّم اليه الاشاره بدلالته على شرطيه القبض في الجملة فت و امّا ثالثا فلان الاحتمال المذكور مخالف لأصول احدها اصاله عدم انتقال الملك عن الواقف بمجرد الوقف و ثانيها اصاله عدم الفسخ و استصحاب بقاء الملك على من انتقل اليه بالوقف و ثالثا اصاله انتقال الخيار الى الوارث و لا كك لو كان الوجه في الحكم بكون الموقوف ميراثا يختصّ به ورثه الواقف اذا مات قبل القبض عدم صحه الوقف بدونها فانه لا يلزمه مخالفه اصل بل هو موافق له و من الظاهر ان الامر اذا دار في الروايه بين كونها موافقه للأصل او مخالفه له فالاصل ترجيح الاول على ان احتمال الفسخ في امثال الوقف الذي هو من جملة من العبادات في غايه البعد لندرته و قلته غايته بل لم نجد في غير محل البحث ما حكم فيه بصّحه الوقف و حصول الانتقال به ثم حكم بفسخه بامر اخر هذا و قد يدعى ان المفهوم عرفا بالدلاله الالتزاميه العرفيه المعتبره من قول مولانا الباقر في صحيحه محمّد بن مسلم المتقدمه اذا لم يقبضوا حتى يموت فهو ميراث عدم صحه الوقف بدون القبض و لعله لذا تمسك بها جماعه من الاصحاب على القول الاول فت و منها انه لا خلاف في كون القبض شرطا في الجملة كما عرفت و الأصل في الشرط ان يكون شرط الصّيحّه دون اللزوم لأنّ الغالب في شروط المعاملات شرط الصّحه فيلحق محلّ الشكّ في الغالب عملا بالاستقراء المفيد للظنّ الذي يكون الاصل فيه الحجّيه و منها انّ القبض لو كان شرط اللزوم لا الصّيحّه لكان النماء الحاصل بعد الوقف و قبل القبض للموقوف عليه و التالي بط فالمقدم مثله امّا الملازمه فظاهره و امّا البطلان التالي فتصريح الشّهد الثاني في لك بدعوى الاتفاق عليه لا يبق هاهنا امور تدلّ على ان القبض شرط اللزوم لا الصّيحّه و قد تمسك بها بعض الفضلاء المعاصرين على ذلك احدها ان المقتضى للصّحه و الانتقال قبل القبض موجود و المانع منه موقوف مفقود فيجب الحكم بهما عملا بالمقتضى السالم عن المعارض اما الاول فلان وضع العقود انما هو لذلك و اما الثاني فلانا لم نجد مانعا عدا ما يدلّ على جواز الرجوع قبل الاقباض من النصوص و الاجماع المحكيه و لا يصلح شىء منها للمانع لان جواز الرجوع كما يمكن ان يكون لأجل عدم الصّيحّه كك يمكن ان يكون لأجل عدم اللزوم فيكون ذلك اعمّ و من المتيقن المتفق عليه بين المحقّقين ان العام لا يدلّ على الخاص بشىء من الدلالات و ثانيها خبر على بن مهزيار الذي وصفه بالصّيحّه تبعا لغايه المراد و ادعى اطباق المشايخ الثلاثة في الكتب الاربعه على روايته قال كتبت الى ابي جعفر ان فلانا ابتاع ضيعه فوقفها و جعل لك في الوقف الخمس و يسئل عن رأيك في بيع حصّتك من الارض او يقومها على نفسه بما اشتراها به او يدعها موقوفه فكتب ع إلى اعلم فلانا اني امره ببيع حصّتي من الضّيعه و ايصال ثمن ذلك إلى و انّ

ذلك رأبي إن شاء الله تعالى او يقوّمها على نفسه ان كان ذلك ارفق به الحديث فانّ هذه الروايه ظاهره الدلاله على أنّ الخمس من الضّيعه الذى وقفه مشترى الضّيعه على الامام ع انتقل اليه ع قبل القبض و لا يصحّ ذلك الا على تقدير ان لا يكون صحّه الوقف متوقفه على القبض اذ لو توقفت عليه لما انتقلت اليه قبل القبض اّما دلالتها على انتقال

الخمس الى الامام ع و صيرورته ع مالكا له فلو جوه احدها قوله و جعل لك فى الوقف الخمس فان الظاهر من اللام التّملك سلّمنا انها للاختصاص المطلق الذى هو اعم من الملك و لكن الاختصاص هنا ليس الّا باعتبار الملكيه و ثانيها السّؤال عن رأيه فى بيع حصّته ع و كانت باقيه على ما كانت عليه لما كان هذا السّؤال متجها و ثالثها التّقويم على نفسه اه لا معنى لان يقوم الإنسان ماله على نفسه و رابعها امره ببيع حصّته ع و ايصال ثمنه اليه اذ لا يتّجه ذلك الّا على تقدير الانتقال اليه ع و خامسها ترخيصه التّقويم على نفسه فقد تحقق ظهور كلام السّائل و المسّئول منه ع و هو الامام ع فى الانتقال اليه ع بوجوه عديده و اّما انه قيل القبض فلانه لم يشر اليه لا فى السّؤال و لا فى الجواب و لأنه ع لم يكن مطلعاً على الوقف فكيف يكون قابضاً له و ثالثاً قوله ع فى المروى عن اكمال الدين كلّما لم يسلم فصاحبه فيه بالخيار و كلّما سلّم فلا خيار لصاحبه فيه لان الخيار يتفرع على نقل الملك اذ بدونه لا معنى له لأننا نقول الوجوه المذكوره فى غايه الضّعف فلا تنهض للدلاله على ذلك اّما الاول فللمنع من وجود المقتضى للصّحّه اذ مجرّد العقد لا يكون مقتضياً لها لا عقلاً و لا شرعاً لأنه بالضروره من الإسلام قد يكون موصوفاً بالصّحّه و موجبا للانتقال اذا انضم الى غيره بحيث يكون الضميمة جزء السبب الناقل فيكون المجموع المركب من الامرين سبباً ناقلاً و قد يكون موصوفاً بالفساد بحيث لا يترتب عليه شىء و يكون وجوده كعدمه و من البيّن ان الشىء اذا كان اعم فلا يكون وجوده دليلاً على وجود خاص معيّن فلا يكون مجرّد وجود العقد دليلاً على اتصافه بالصّحّه و مع هذا فقد اجمع الاصحاب على ان العقود و الايقاعات و العبادات اذا لم يقم على صحّتها دليل من الشرع من خصوص او عموم فالاصل فيها الفساد و يدلّ عليه مضافاً الى الاجماع وجوه اخر اشترت اليها فى المفاتيح فاذا مقتضى الاصل القطعى المسلم عند الاصحاب و المعمول به عندهم فى كل باب فساد الوقف الغير المقبوض لفقد الدليل على صحّته من العموم و الخصوص و اّما عموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و الاطلاقات الداله على شرعيّ الوقف و الصّيدقه التى من جمله افرادها الوقف فلان شمولها للوقف لغير المقبوض لان مقتضى تلك العمومات لزوم العمل بمقتضى الوقف و هو مش بما بيّناه من الادله على انتفاء اللزوم قبل

ص: ٤٧٥

القبض و لم نجد عاماً يفيد مجرّد صحّه الوقف من دون دلاله على لزومه الا ان يقوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ يقتضى الصّحّه مط و لا ينافى الامر بالوفاء جواز الفسخ لان العقود انما تجب الوفاء بها ما دامت باقيه فاذا انعدمت بالفسخ ارتفع الامر بالوفاء فالوقف الذى لم يقبض يجب الوفاء به ما دام باقياً على حاله فاذا عرضه الفسخ سقط وجوب الوفاء به و لذا يصحّ التمسك بعموم الآيه الشريفه على اصاله صحّه العقود الجائزه و لكن على هذا لا يمكن ان يستدل بعموم الآيه الشريفه على صحّه اصاله اللزوم فى العقد و هو خلاف الظاهر من طريقتهم سلّمنا اقتضاء العمومات لصّحه الوقف قبل القبض و لكن يجب تخصيصها بما قدّمناه من الادله على أنّ القبض شرط الصّحّه لا اللزوم لأنها اخصّ و اقوى من تلك العمومات قطعاً و لئن تنزلنا فلا أقلّ من المساوات و معها تبقى اصاله الفساد سليمه عن المعارض فالمانع من المقتضى هو ما ذكرناه لا ما اشار اليه المستدل و لذا لم يجعله احد مانعاً كما لا يخفى على انه قد يدعى صحّه جعله مانعاً و اّما الثانى فلو جوه احدها انه معارض بادله القول الاول و لا ريب انها اقوى ظناً فيكون هذا اضعف و لا شك فى لزوم ترجيح اقوى الظنين اللذين هما انفسهما حجه اذا تعارضتا كما فى محل البحث و قد

اتفق المحققون من الفقهاء و الاصوليين على ذلك سلمنا مساواتهما ظناً و لكن نمنع من حجتيه هذه الروايه و ان سلم صحته و ظهور دلالتها على المدعى للأصل و العمومات المانعه من العمل بغير العلم من الكتاب و السنه خرج منها غير محل البحث و لا دليل على خروج محل البحث فيبقى مندرجا تحتها لا يبق الادله الداله على حجيه خبر الواحد من الاجماع و الكتاب و السنه و دليل العقل يقتضى حجتيه هذه الروايه و ان فرض عدم حصول الظن منها باعتبارها ذكر من المعارض لأننا نقول شمول ما ذكر لهذه الروايه و نحوها من روايات العدول التي لا تفيد الظن غير معلوم اما الاجماع فلان القدر المسلم منه على تقدير تسليم دلالاته على حجتيه خبر الواحد كما يظهر من جماعه و هو حجيه خبر العدل اذا افاد الظن و خلى عن المعارض الاقوى و اما اذا لم يكن كك فلا نسلم انعقاد الاجماع على حجتيه ان لم ندع الاجماع على عدم حجتيه و اما اطلاقات الاجماع المحكيه على حجيه خبر العدل فلا- تنهض لإثبات حجيه هذه الروايه اما اولاً فلانصرافها الى صورته افادته الظن و خلوه عن المعارض المساوي و اما ثانياً فلان الاجماع المنقول الصريح من خبر الواحد و من المعلوم انه لا يجوز اثبات حجيه خبر الواحد و الظن بمثلها خصوصاً اذا كان دلالاته بالاطلاق كما لا يخفى و اما الكتاب فلان آيتي النيا و النفر اللتين استدلّ بهما معظم الاصوليين على حجيه خبر الواحد لا تشملان محل البحث لانصراف اطلاقهما الى حصول صورته الظن منه و خلوه عن المعارض المساوي على انا نمنع من اصل دلالاتهما على حجيه خبر الواحد و لو في الجملة كما حققناه في محل اخر و اما السنه فللمنع من وجود متواتر منها يدل على حجيه خبر الواحد في الجملة فضلاً عن دلالاته على حجتيه خبر العدل مط و لو كان من نحو محل البحث و اما الآحاد منها فلا تنهض لإثبات حجيه خبر العدل و لو في الجملة سلمنا ان الاخبار المتواتره معنى تدل على حجتيه خبر العدل كما عن بعض المحققين و لكن القدر المسلم منها غير محل البحث و اما دليل العقل فلا نم شموله لمحل البحث ان سلمنا دلالاته على حجيه خبر العدل اذ غايه ما يستفاد منه حجتيه خبر العدل اذا افاد الظن و من الظاهر ان محل البحث ليس منه و ثانيها انه مكاتبه و لا نم حجيه المكاتبه اذا وافقت مذهب العامه و ان خلت عن المعارض لقوه احتمال التقيه فيها و مع هذا فقد يقرء فكتب بصيغه المجهول فلا- يدل على علم الراوي بانّ الجواب عن الامام ع فيسقط الروايه عن الحجتيه و لفظه ع أنّما يكون قرينه على ان المجيب هو الامام ع اذا ثبت كونها من الراوي لا من الكاتب و في كلا الوجهين نظر و لكنهما موهنان للروايه بالضروره و ثالثها ان الروايه انما يتجه الاستدلال بها على القول بان الوقف ينتقل الى الموقوف عليه و يصير ملكاً له و اما على القول بانه ينتقل الى الله عزّ و جلّ او يبقى على ملك الواقف فلا اذ لا وجه ح لجواز بيع الموقوف عليه للوقف فت و رابعها

ان هذه الروايه تدل على صحه الوقف المنقطع الاخر و الوقف على واحد و هو غير جائز عند معظم المحققين من الاصحاب على الظاهر فيكون شاذه فينبغي طرحها او تاويلها بما يخرجها عن الشذوذ و على اى تقدير لا تنهض ح لإثبات المدعى كما لا يخفى و خامسها ان هذه الروايه لم يتعرّض لها احد في هذه المسأله لا القائلون بتوقف صحه الوقف على القبض و لا القائلون بتوقف لزومه عليه و لو كانت ظاهره الدلاله على عدم توقف الصيحه على القبض لتمسك بها القائل بتوقف اللزوم عليه دون الصيحه و لتعرض المخالفون له للجواب عنها بطرح او تاويل و احتمال عدم اطلاع الفريقين عليها يكاد ان يلحق بالمحالات العاديه فالظاهر اتفاهم على فهم عدم مدخيلتها في محل البحث و هم متبرءون عن الخطاء في الفهم عاده فمخالفتهم خطاء فت و سادسها ان الروايه كما تدل على عدم كون القبض شرط الصيحه كك يدل على عدم كونه شرط اللزوم لإطلاق امره ع بالبيع لحصته او تقويمها اذ لو كان القبض شرط اللزوم للزم تقييد الاطلاق بصوره عدم اراده الواقف الفسخ و عدم امكانه كما لا يخفى فالروايه ظاهره الدلاله على ان الخمس ينتقل الى الامام ع انتقالاً- بتيا لا مترلزلا فيمكن ان يكون المراد من الجعل له الجعل بعنوان نحو النذر ممّا يفيد بتملك الامام ع له مع عدم قدره المملك على الفسخ و هو و ان كان خلاف الظاهر من قوله وقفها و جعل لك



فى الوقف الـ انه يمكن ارتكاب التجوز فيه بالحمل على اراده الاكثر و هو ما عدا الخمس و غير ذلك و هو و ان كان خلاف الاصل الـ انه اولى من ساير التاويلات و تنزيلها على خلاف ما عليه المعظم فت و سابعا انا نمنع من ان الانتقال اليه ع كان قبل القبض لعدم دلالة الروايه عليه بشىء من الدلالات الثلث و عدم الاشاره اليه فى السؤال و الجواب لا يدل على ذلك و الا لدلت الروايه على عدم كون القربه و ساير شروط الوقف شرطا لعدم التعرض لها فيهما و عدم اطلاعه ع ممنوع فله اطلع و وكل الواقف فى القبض عنه و يحتمل أيضا انه كان وكيلا- له ع فى جميع الامور اجمالا- و يحتمل ان يكون ما وقفه عليه ع كان مقبوضا له قبل الوقف و يحتمل انه اوجد القبض بالتخليه فان قبض الضيعة و بعضها يحصل بالتخليه و بالجمله ما فى الروايه قضيه فى واقعه فتكون مجمله و المجمع لـ يصح التمسك به من غير بيان لا يق الاحتمالات المذكوره كلها خلاف الاصل لأننا نقول كما أنها على خلاف الاصل كك انتقال الوقف الى الموقوف عليه من غير قبض خلاف الاصل و هذا

ص: ٤٧٦

اولى بالترجيح لاعتضاده بالشهره العظيمه التى كادت تبلغ حدّ الاجماع و غيرها من ادله القول الاول سلّمنا و لكن لا أقلّ من المساوات و معها أيضا يسقط الاستدلال بالروايه سلّمنا ان الاصل الدافع لتلك الاحتمالات خال عن المعارض و لكن مجرد هذا لا تصير الروايه ظاهره الدلاله لفظا على المدعى فت و ثامنها ان الروايه تدلّ على جواز بيع الوقف الصّحيح قبل القبض و هو بط لظهور اتفاق الاصحاب على عدم جوازه ح لأنهم استقصوا المواضع التى يجوز فيها بيع الوقف و لم يذكروا هذا منها لا يق هذا مدفوع بما ذكره الفاضل الخراسانى المعاصر المستدل بهذه الروايه على ما صار اليه من ان القبض شرط اللزوم لا الصحه من المنع من اتفاق الاصحاب على ذلك غايه الامر انهم لم يتبها على جواز بيع الوقف ح و من الظاهر ان مجرد هذا لا يدلّ على اجماعهم على ذلك ألّا على تقدير اعتبار الاجماع السكونى و هو بط قطعاً فاذن يجب المصير الى الروايه الصّحيحه ظاهره الدلاله على المدعى و ان لم يفت بمضمونها احد من الاصحاب اذ القادح فتواهم بخلاف مضمونها لا عدم فتواهم بمضمونها و الا لما جاز استنباط احكام الفروع المتجدده و كثير من الاحكام التى لم يتعرض لها الاصحاب من الكتاب و السنه و هو بط قطعاً و مخالف لسيره الاصحاب يقينا و من ادعى حصر الاحكام المستفاده من الأحاديث الصادره عن ينابيع العلوم الربانيه فيما دونه فقهاؤنا الاجله فى كتبهم المعهوده فقد خالف العقل و النقل لأننا نقول نحن لم نستند فى دعوى الاتفاق على عدم جواز بيع الوقف قبل القبض الى مجرد عدم اشارتهم الى جوازه و اى عاقل يقول بذلك و يخطر بباله بل المستند فى تلك الدعوى اطلاق الاصحاب عدم جواز بيع الوقف كالعلامه فى التحرير و عد و الشّهيدين فى اللّمعه و غايه المراد و ضه و لك و حكاه فى غايه المراد عن الاسكافى و المفيد و الشّيخ فى ف و ط و النهايه و المرتضى و ابن البراج و الحلبي و الديلمى و الحلّى و ابن حمزه و المحقق فى بيع و العلامه فى لف و متاجر التحرير و يحيى سعيد فى الجامع و كثير من هؤلاء كالمفيد و الشّيخ فى ط و ف و النهايه و المرتضى و القاضى و الحلبي و الديلمى و ابن حمزه و العلامه فى التحرير و التبصره و لف و غيرهم و ان استثنوا من الاطلاق المذكور مواضع الـ انّ محل البحث ليس منها و ذلك يقتضى ان الاطلاق يعمّه لما تقرر فى الاصول و حقيقه جدى قدس سرّه من ان الاستثناء من القرائن الداله على اراده العموم مضافا الى ان مقتضى طريقه الاصحاب كما لا يخفى على ذوى الالباب التنبيه على استثناء محلّ البحث لو كان من المستثنيات عندهم و بالجمله لا اشكال فى ظهور عبارات الاصحاب فى المنع من بيع الوقف قبل القبض فعلى هذا يكون الروايه شاذه مخالفه لفتاوى الاصحاب لو نزلت على صورته البيع قبل القبض و ما شانته ذلك لـ يجوز التّعويل عليه و لا- الركون اليه و ان صحّ سنده و ظهر دلالتة و رواه المشايخ الثلاثة فى الكتب الاربعه اذ مجرد

روايتهم لها فيها لا يدل على فتواهم بمضمونها و ان قال بعضهم لا اروي في هذا الكتاب الا ما افتي به و احكم بصحته او ان ما في هذا الكتاب من الآثار الصحيحة عن الصادقين ع لان التتبع في كتبهم و كتب الاصحاب يشهد بما ذكرناه و قد حققناه في مقام اخر بما لا مزيد عليه سلمنا و لكن مجرد فتواهم بمضمونها لا يخرجها عن الشذوذ أيضا كفتوى الصيّدوق و القاضي فيما حكى عنهما بجواز بيع الوقف المنقطع و غير المؤبد كما هو مورد الروايه كما لا يخفى هذا و قد صرح في غايه المراد بعد الاشاره الى اختلاف عبارات الاصحاب في موارد جواز بيع الوقف و بان هذه العبارات على اضطرابها مأخذها و الله اعلم صحيحه على بن مهزيار ثم اجاب عنها بان المكاتبه لو سلمت فلا دلالة في الصدر اذ الوقف مشروط بالقبول اذا كان على غير الجهات العامه و لم ينقل ان الامام ع قبل الوقف و انما قبل الجعل و امر ببيعه و حملها على هذا اولى ثم صرح بان المانع من بيع الوقف مط احتج بالإجماع و بما روى في جملة من الاخبار عن الصادق ع عن امير المؤمنين ع من قوله ع هذا ما تصدق به على بن ابي طالب ع و هو حى سوى تصدق بداره التى فى بنى زريق صدقه لا تباع و لا توهب حتى يرثها الله

الذى يرث السماوات و الأرض و بقول ابي الحسن ع فى خبر على بن راشد و لا يجوز شراء الوقف و هذه الحجج أيضا تعارض صحيحه على بن مهزيار المتقدمه و مع جميع ما ذكر كيف يجوز الاستناد اليها فى اثبات حكم مخالف للأصل و تنزيلها على صورته وقوع الخلف بين ارباب الوقف التى جوز جمع كثير فيها بيع الوقف بعيد فى الغايه لظهور ان الامام ع ليس من الشركاء الذين وقع بينهم الخلف فلا وجه لبيع حصته ع خصوصا اذا كانت مفروزه فت و اما الثالث فلائنه ضعيف السند من غير جابر له فى محل البحث مضافا الى انه مجمل الدلاله لأن ثبوت الخيار لا يدل على الانتقال لا عقلا و لا نقلا الا ترى ان الشيخ قد صرح فيما حكى عنه بان الانتقال فى البيع أما يتحقق بعد انقضاء زمن الخيار و لم اجد احدا اورد عليه بمخالفته العقل او لمفهوم لفظ الخيار

## و ينبغى التنبيه لأمر

### الاول هل القبض على المختار من عدم صحه الوقف بدون شرط من شروطها

كالظهاره فى الصيلاه و تعيين الثمن فى البيع فالسبب فى الانتقال هو نفس العقد لكن بشرط القبض او جزء للتسبب الناقل كالركوع فى الصيلاه و الايجاب و القبول فى جميع العقود و يظهر الاول للنهائيه و الخلاف و الغنيه و الكافى و يع و صره و د و التحرير و لف و كره و عد و الجامع و س و للمعه و التنقيح و جامع المقاصد و الكفايه و الرياض لتعبيرها من توقّف الوقف على القبض بلفظ الشرط و قد تضمن بعض الكتب المذكوره دعوى الاجماع على ذلك و لكن فى لك بعد تصريحه بما صرحوا به من ان القبض شرط لصحة الوقف فرع عليه انه لا ينعقد بدون مشبه لذلك بعدم انعقاده بالايجاب مجردا عن القبول و بالعكس و بعده فيكون القبض جزء السبب الناقل للملك و قد صرح أيضا بالتفريع الثانى فى مقام اخر بعد تصريحه فيه بان انتقال الملك مشروط بالعقد و القبض و ربما توهم بعض الاجله التناقض فى كلامه و هو اجل من ذلك بل مراده بالشرط المعنى الاعم الشامل للجزء و هو مطلق التوقّف و الاعتبار و كما عثر به فى فع و ضه و لعل استعمال لفظ الشرط فى هذا المعنى شايح فى الكتب فلا ينبغى الإيراد على مثله بما ذكر و كيف كان فلا فائده مهمه فى هذا البحث و ترجيح احد الامرين الا ان يقا اذا كان القبض جزء لزم فيه

اعتبار قصد القربة بناء على ان الوقف الذى هو عبارته عن شىء مملق من الأجزاء عباده و كل عباده مشروط فى اجزائها قصد التقرب كما يشترط فى مجموعها و لا كك لو كان شرطاً لان الشرط من حيث هو شرط لا يتوقف على قصد التقرب و لذا لا يشترط فى الطهارة من الخبث التى هى شرط الصيلايه قصد التقرب و فيه نظر فتدبر و قد يق القبض اذا كان جزءاً من الوقف فلا يصدق بدونه فلا يمكن التمسك بالعمومات الداله على صحه الوقف على صحه ما خلى عن القبض للشك فى حصول صغرى القياس ح و قد اشار الى هذا بعض المعاصرين و لكنّه ضعيف للقطع بأنه ليس جزءاً من المفهوم

### الثانى صرح فى لك و الكفايه و الزياض بانّ العقد موصوف بالصحة فى نفسه قبل القبض

على تقدير كونه شرطاً لصحة الوقف و ربّما توهم التناقض فى ذلك لان معنى كون القبض شرط الصيحه انه ما لم يتحقق لم يتحقق وصف الصيحه و لا يحكم بتحقيق الانتقال الذى هو من الآثار لأنّ انتفاء الشرط يستلزم انتفاء المشروط و معنى كون العقد صحيحاً قبل القبض انه يتحقق به الانتقال لان الصيحه فى المعاملات التى من جملتها الوقف عبارته عن ترتب الآثار فيكون الحكمان متناقضين و هو ضعيف فان المراد من كون العقد صحيحاً قبل القبض انه لا يحتاج الى اعادته و انه يترتب عليه اثر بحسبه و ان لم يكن الاثر المترتب على المجموع المركب ان جعلناه جزءاً و الاثر المترتب على المشروط مع الشرط ان جعلناه شرطاً متحققاً فيكون اتصاف العقد بالصيحه قبل القبض كاتصاف تكبيره الاحرام بها قبل الشروع فى ساير اجزاء الصيلايه و كاتصاف الإيجاب بالصيحه قبل ذكر القبول و القرينه على ما ذكر واضحه فلا ينبغى الاعتراض على اعيان المحققين بما ذكر و مؤاخذتهم بالمناقشات اللفظيه التى هى ليست من طريقه اهل العلم

### الثالث يجوز للواقف ان يفسخ الوقف قبل القبض

كما صرح به فى كره و لك و الكفايه و الرياض و لهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه و منها تصريح لك بدعوى الاجماع عليه و يعضده الاجماع المحكيه على أنّ الوقف انما يلزم بالقبض و منها ما تمسك به فى لك من صحيحه صفوان بن يحيى المتقدمه و يعضدها الروايه المرويه من اكمال الدين المتقدم اليها الاشاره و اذا حصل القبض فلا اشكال فى صحه الوقف و لزومه و عدم جواز الرجوع فيه و قد صرح بنفى الخلاف فى ذلك فى الخلاف و الغنيه و عزاه الى علمائنا اجمع فى كره و يدلّ عليه مضافاً الى ما ذكر خبر ابن بكير الذى وصف بالموثقيه عن الحكم بن ابى عقيه قال تصدق على والدى بدار و قبضتها ثم ولد له بعد ذلك اولاد فاراد ان يأخذها منى و يتصدق بها عليهم فسالت ابا عبد الله ع عن ذلك و اخبرته بالقصه فقال لا تعطها اياه قلت فانه اذن يخاصمنى فقال فخاصمه و لا ترفع صوتك على صوته

### الزابع اذا مات المالك الواقف قبل القبض بطل الوقف

كما صرح به فى النهايه و يع و د و عد و التحرير و كره و س و اللمعه و التثحيح و لك و ضه و الكفايه و الرياض فيرجع ح الى

ورثه الواقف كما صرح به فى النهايه و يع و عد و كره و الرياض و صرّح فيه بأنّه فتوى الاصحاب عد الحلبي ثم صرّح بشذوذه و لهم وجوه منها ان القبض شرط الصّححه كما بيّناه و لا يمكن تحقّقه على الوجه المعتر شرعا بعد موت الواقف فاذا امتنع الشرط امتنع المشروط فيلزم البطالان فت ومنها ظهور اتفاق القائلين بكون القبض شرط الصّححه على ذلك و يلزم على القول بكونه شرط للزوم عدم البطالان لكن لم يحك أحد من الاصحاب هنا خلافا فى ذلك من أحد الا من الحلبي و هو أيضا من الشواهد على فقد القول بكونه شرط للزوم دون الصّححه فت و منها روايه عبيد بن زراره المتقدّمه فى صدر المبحث و قد صرّح فى لف و س و التنقيح و جامع المقاصد و ضه بأنّها مصرّحه بان الموت قبله يوجب البطالان و صرّح فى لك بأنّها تدل عليه و بان الاصحاب قد فهموا منها ان المراد بالصدقه الوقف فاستدلوا بها على ذلك ثم ناقش فى ذلك باحتمال ان يكون المراد من الصّححه معناها الخاص فلا يكون دليلا و ايد هذا الاحتمال بقوله فى اخر الحديث لا يرجع فى الصّححه اذا تصدّق بها ابتغاء وجه الله معللا بان هذا الحكم من خواص الصّححه الخاصه لا الوقف و فيما ذكره نظر فتدبر و منها صحيحه محمد بن مسلم المتقدمه فى صدر المبحث أيضا و لا فرق فى ذلك بين كون الوقف خاصيا كالوقف على اولاده او عاما كالوقف على الفقراء و على الجهات و المصالح العامه كالوقف على المساجد و غيرها و لا بين صورته الاشهاد على نفسه فيما فعله من الوقف و عدمها و جميع ما ذكر مقتضى اطلاق الكتب المتقدمه و ربّما يظهر من المحكى فى لف و س و التنقيح و غيرها عن الحلبي خلاف ذلك فانه صرّح بانه اذا تصدّق و اشهد على نفسه بذلك و مات قبل التسليم و كانت على مسجد او مصلحه فهى ماضيه و لكن كلامه ليس صريحا فى المخالفه و ان حكاها هنا عنه جماعه لاحتمال ان يراد من الصّححه غير الموقف سلمنا انه اراده و لكن ان كان مبنى ما ذكره على عدم كون القبض شرطا فى صحه الوقف على المسجد و المصلحه فهو مدفوع بالعمومات الدالّه على كون القبض شرطا فى الوقف مط من الاجماع المحكيه المعترضه بالشهره العظيمه التى لا يبعد معها دعوى شذوذ المخالف بل صرّح به فى الرياض كما تقدم اليه الإشاره و ان سلّم كون القبض شرطا مط و لكن يدعى أنّ الاشهاد يقوم مقامه كما يستفاد من المحكى عن الاسكافى فهو مع كونه تناقضا عند التحقيق مدفوع بعدم الدليل على هذه الدعوى مع ان الغالب عدم قيام الاشهاد مقام القبض فيلحق محل الشكّ بالغالب و لذا صرّح فى الرياض بعد الحكم بشذوذه بأنّ مستنده غير واضح و ان ادعى ان موت الواقف لا ينافى كون القبض شرطا فى الصّححه فهو بط كما لا يخفى و لذا اورد عليه فى لف باننا قد بيّنا ان القبض شرط فاذا مات قبل حصوله بطل الوقف و هل يلحق بالموت الجنون و الاغماء فيبطل الوقف بعروضهما للواقف قبل الإقباض او لا صرّح بالأوّل فى التحرير و لك و فيه نظر بل الاقرب الاحتمال الثانى و هل موت الموقوف عليه كموت الواقف فيبطل به الوقف أيضا او لا بل يكفى قبض البطن الثانى يظهر من التحرير التوقف و استظهر الاول فى لك و ضه و الكفايه و صرّح بانه اجود فى الرياض و هو كك و لهم وجوه منها ما تمسك به فى لك من أنّ ذلك من شان العقد الجائر فضلا عن الذى لم يتم ملكه و منها ما تمسك به فى الرياض من ان مقتضى ظواهر النصوص المتقدمه ان الموقوف عليه الذى يعتبر قبضه انما هو البطن الاول و منها ما تمسك به فى الرياض من ان قبض البطن الثانى لا يؤثر الا فى صحته بالاضافه اليه و الّا

ص: ٤٧٨

فهو بالاضافه الى الاول بط لفقده شرطه و لا يتصور الصّححه بالاضافه اليه و ان قبض لوجهين احدهما ان صحّه الوقف ليس معناها الا صحّه ما جرى عليه الصّيغه و هو ليس الا الوقف عليهما دون الثانى خاصه فالصّححه بالاضافه اليه خاصه دون الاول غير ما جرى عليه العقد و ثانيهما ان الصّححه بالاضافه اليه خاصه معناها بطلانه بالاضافه الى الاول فوجوده بالنسبه اليه كعدمه فيكون الوقف ح

على معدوم مع عدم تبعيته لموجود و مجرد التبعية للذكر تثيره في الصيحه غير معلوم مع ان الأصل عدمها و في كلا الوجهين نظر كالوجه الاول و قد يحتج على الاحتمال الثاني بان مقتضى العمومات صحه الوقف مط و لو لم يقبض أصلا و لكن خرج ما لم يتحقق فيه قبض بالدليل و هو مفقود فيما تحقق فيه قبض البطن الثاني فيبقى مندرجا تحتها فت

### الخامس حكى فى المختلف و س و التنقيح عن ابن حمزه أنه صرح بأنه اذا جعل الواقف النظر لنفسه مدّه حياته لم يشترط القبض

و مقتضى اطلاق كلامه عدم الفرق بين الوقف على الوجه كالوقف على المدرسه و غيره و قد اختار عدم اشتراط القبض فى الصوره الاولى بعض الاجلاء عن المعاصرين مصرا عليه غايه الاصرار حتى انه كتب فيه رساله مفرده و الذى يظهر من اطلاق النهايه و الخلاف و ط و السرائر و الغنيه و المهذب و فع و يع و عد و التبصره و د و التحرير و لف و كره و اللمعه و س و التنقيح و جامع المقاصد و لك و ضه و الرياض اشتراط القبض فى الوقف مط سواء كان الوقف وقفا على الوجه أم وقفا خاصا او عاما و سواء كان الناظر و المتولى على الوقف على الوجه او غيرها هو الواقف و لم غيره فان فى اكثرها القبض و الاقباض شرط فى الوقف كالخلاف و فع و يع و عد و صره و كره و شاد و التحرير و لف و س و اللمعه و ضه و لك و غيرها و فى ط و السرائر و التصريح بانه اذا وقف شيئا زال ملكه اذا قبض الموقوف عليه او من يتولى عليه و ان لم يقبض لم يمض الوقف و لم يلزم و فى الغنيه التصريح بان قبض الموقوف عليه او من يقوم مقامه شرط فى اللزوم و فى المهذب التصريح بانه اذا وقف وقفا و لم يخرج من يده و يقبضه للموقوف عليه و لمن يتولى عنه كان باطلا و فى الجامع التصريح بان شرطه ان يقبضه الموقوف عليه او وليه و فى جامع المقاصد اشتراط قبضه لا خلاف فيه و لا شبهه فى ان هذه العبارات ظاهره بحسب اطلاقها فى كون القبض شرطا فى جميع افراد الوقف كما ان قوله الوضوء شرط الصلاه و تعيين الثمن شرط البيع و القبض فى المجلس شرط فى بيع الصّرف ظ فى كون الوضوء شرطا فى كل صلاه و تعيين الثمن شرطا فى كل بيع و القبض فى المجلس شرطا فى كل صرف حتى المشتمل على الشرط فان وجود الشرط لا يخرج عن الشرطيه و لذا لا يجوز ان يق بالنسبه الى المتطهر بالفعل انه يشترط فى صلاته الطهاره و النسبه الى المقبوض فى المجلس انه يشترط فى بيعه القبض و ان فرض استحاله فقد الشرط هذا و مّا يؤيد شمول اطلاق العبارات المتقدمه لكل وقف اولا انه لو لم يكن القبض شرطا فى صورته كون الناظر هو الواقف و كون الوقف وقفا على الوجه لتبها عليه صريحا كما هو عادتهم غالبا و ثانيا ان جماعه من الاصحاب اقتصروا فى نقل الخلاف فى المسأله على قول ابن حمزه و او كان هنا خلاف آخر لتبها عليه و ثالثا تصريح كثير من الكتب كالشرائع و فع و التحرير و كره و د و د و عد و الايضاح و اللمعه و س و جامع المقاصد و ضه و لك و الكفايه و الرياض بانه لو كان الوقف على مصلحه كالقناطر قبضه و الناظر و بانه ينصب و فيما للقبض عن الفقراء و بانه لو وقف على اولاده الاصاغر كان قبضه قبضا عنهم فت و بالجمله لا اشكال و لا شبهه فى ان معظم الاصحاب على ان القبض شرط فى جميع افراد الوقف من غير استثناء شىء حتى الوقف على الوجه مط و لو كان الناظر هو الواقف و مناقشه بعض الاجله الذاهب الى عدم كون القبض شرطا فى هذه الصوره فى دلالات عبارات الاصحاب على كونه شرطا فيها واهيه جدا و هى منه عجيبيه منه قطعا و كيف كان ففى المسأله قولان احدهما قول ابن حمزه المتقدم اليه الاشاره و ثانيهما قول المعظم الذى اشرنا اليه و امّا ما اختاره بعض الاجلاء من المعاصرين الذى تقدم اليه الاشاره فلا شبهه فى انه احداث قول ثالث لم يظهر من احد من الاصحاب المصير اليه فهو تفرد لا يعاب به و لذا ان بعض الأجلّاء من المعاصرين انكر عليه غايه الانكار و هو فى محلّه و مع هذا فتبطل شبهاته فيما بعد بحول الله تعالى و قوته للقول الاول وجوه احدها ما ذكره فى لف فى مقام ذكر حجه ابن حمزه من انه شرط سائغ اجماعا و لقوله ع المؤمنون عند شروطهم و هو يقتضى عدم اشتراط القبض و الّا

لم يصدق الولايه العامه و اجاب عنه بالمنع من الاقتضاء و هو جَيِّد اذ لا منافات بين صحه كون الواقف ناظرا و كون القبض مع ذلك شرطا و ان توهمه بعض لا يق اذا صار الواقف ناظرا كان الموقوف مقبوضا في يده فلا معنى للحكم بكون القبض شرطا لأننا نقول لا نسلم

ان كل مالك بمحض التملك يكون قابضا لمملكه مط و لو كان عند غيره بغصب او عاريه او رهن او اجاره لصحّه السلب عرفا و لغه سلّمنا و لكن لا- نسلم ان كون الناظر قابضا باعتبار الملكيه كاف عن القبض الذي هو شرط الوقف لان المعبر فيه قبض الموقوف عليه و هو في الوقف على الجبهه حقيقه هو الاشخاص الذين لهم التصرف فيه فيعتبر قبضهم او قبض بعضهم و قيام قبض الواقف مقام قبض الموقوف عليه خلاف الاصل و الخروج عنه في بعض الصور لا يقتضى الخروج عنه مط حتّى في هذا المقام الا- على تقدير حجّيه القياس المستنبط العله و لكنها خلاف ما عليه الاماميه مع ان جريانه هنا محل التأمل سلّمنا و لكن ذلك انما يتّجه في الوقف على الجبهه و اما في الوقف الخاص و على الاشخاص فلا بدّ من قبض الموقوف عليه بلا اشكال و اذا لم يعتبر قبض الناظر لم يعتبر قبضه في الوقف على الجبهه لعدم القائل بالتفصيل من اصحابنا السابقين على عصرنا فيكون ما صار اليه بعض المعاصرين من التفصيل خرقا للإجماع المركب على الظاهر فت و ثانيها ما تمسّك به بعض المعاصرين على ما صار اليه من عدم اشتراط القبض في محل البحث من ان الوقف عقد من العقود كالبيع و الاصل في كل عقد الصحه مط و لو من غير القبض خرج منه بعض افراد الوقف الذي يشترط فيه القبض بالدليل و لا- دليل على خروج محل البحث منه فيبقى مندرجا تحته امّا المقدمه الاولى فلوجوه منها تصريح الشّيخ في الخلاف و المحقّق في بيع و العلامه في التحرير و عد و كره و د و السيورى في التنقيح و الشّهيدي الثاني في لك و الفاضل الخراساني في الكفايه بان الوقف عقد و منها ان الشّهيدي الثاني في لك و المحقّق الثاني في جامع المقاصد ادّعى اطباق الاصحاب على كونه عقدا و يظهر من كره انه مذهب علمائنا و منها

ص: ٤٧٩

ما دلّ على توقف الوقف على القبول و قد صرّح به في الوقف على الأشخاص في كره و التحرير و عد و صره و الايضاح و س و التنقيح و جامع المقاصد و ضه و لك و الرياض و هو ظ يع و قد صرّح به في الوقف على الجبهه في صره و التنقيح و الرياض و منها ان نفس الايجاب عقد لغه لصدقه على مجرّد توطين النفس على شىء موجز هم به و لذا يق اعتقد الاعتقاد نحو ذلك ممّا خلى عن القبول فاعتباره في صدق العقد و تركبه من الايجاب و القبول من اصطلاح الفقهاء و من الظاهر ان الفاظ الكتاب و السنه تحمل على المعاني اللّغويه لا على ما اصطلاح عليه الفقهاء و اما المقدمه الثانيه فلعموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ المستفاد من الجمع المعرّف باللام الموضوع للعموم و لا يقدر فيه خروج بعض الافراد فان العام المنخصّص حجه في الباقي و في هذا الوجه نظر اما اولا فللمنع من المقدمه الاولى التي هي صغرى القياس و اما الوجوه التي ذكرت لإثباتها فلا تنهض له اما الاول فللمنع من حجّيه تصريح المصرّحين بان الوقف عقد لأنه ليس اخبارا عن مسئله لغويه بل الظاهر انه افتاء مبنيّ على ما صاروا اليه من توقف الوقف على الايجاب و القبول و الفتوى لا يكون حجه ما لم تبلغ حدّ الاجماع او الشّهره ان قلنا بحجّيتها سلّمنا انّ ذلك اخبار و لكن نمنع من حجّيتها لان المخبرين ليسوا من اهل الخبره لأنهم ليسوا من اهل اللّغه فت سلّمنا و لكن نمنع من شمول اطلاقهم للوقف على الجبهه فت و امّا الثاني فللمنع منه لما سيأتى اليه الاشاره و اما الثالث فللمنع من توقف الوقف على القبول سواء كان وقفا على الاشخاص أم على الجبهه و قد استظهر في لك و ضه و الكفايه و الرياض من اللّمعه و يع و الاكثر عدم توقف الاول على القبول بل عزاه في الايضاح الى الاصحاب و هو الاقرب عندى كما بينته في محل اخر و قد صرّح بعدم توقف الثاني عليه

فى عد و كره و د و س و لك و ضه بل عزاه فى الاخيرين و الكفايه و الرياض الى الاكثر بل يظهر من الايضاح و جامع المقاصد انه مذهب الاصحاب و هو الاقرب عندى أيضا و ممّا ذكر يظهر الوهن فيما ادعى من الاطباق على كون الوقف عقدا مط و اما الرابع فللمنع من صدق لفظ العقد لغه و بحسب الوضع الاول على محض الايجاب و مجرد توطين النفس على شىء و الجزم به و ليس فى كلمات اهل اللغه دلالة عليه و امّا ما حكى عن مجمل اللغه و الصّيحاح و القاموس فى تفسير العقد من قولهم عقد البناء و الحبل و البيع و العهد فانعقد فلا دلالة فيه على ذلك بوجه من الوجوه نعم الظاهر ان العقد فى اللغه الشد كما اشار اليه فى القاموس و من الظاهر ان المتبادر منه غير ما ذكر سلّمنا ان العقد فى اللغه ما ذكر و لكنه صار فى العرف العام عباره عمّا هو المتعارف بين الفقهاء من الايجاب و القبول لصحّه سلبه عن غير ما ذكره و لعدم تبادره منه و لا نم تقدّم اللغه على العرف العام ان لم ندع العكس فت و اما ثانيا فللمنع من المقدمه الثانيه و لو سلّمنا الاولى و ذلك لان الآيه الشريفه لا تنهض باثبات اصاله و جوب الوفاء بالعقود اما على القول بان العام المخصّص لا يكون حجّه فى الباقي فواضح و كذا على القول بعدم حجّيه ظواهر الكتاب من عموماته و اطلاقاته و غيرهما باعتبار أنّها من المتشابهات التى لا يعلم تفسيرها الا اهل العصمه ع كما فى الاخبار الكثيره المؤيده بقوله تعالى ﴿ مَا يَعْلَمُ تَأْوِيلَهُ إِلَّا اللَّهُ وَ الرّاسِخُونَ فِي الْعِلْمِ بِنَاء عَلَى جَمَلِهِ عَطْف وَ الرّاسِخُونَ فِي الْعِلْمِ عَلَى الْجَلَالَةِ الْمُسْتَنَاهِ وَ امّا على القول بحجّيه العام المخصّص فى الباقي و حجّيه ظواهر الكتاب مط حتى العمومات كما هو التحقيق و عليه محققوا المسلمين فلوجوه منها أن حمل الأمر بالوفاء فى الآيه الشريفه على الوجوب و حمل لفظ العقود على ظاهره من العموم الشامل لكل ما سمى عقدا حقيقه ممّا لا يمكن لإجماع المسلمين على عدم وجوب الوفاء بكثير من العقود اما لفسادها او لعدم كونها من العقود اللانزمه و لو فى بعض الصّور كالبيع فى زمن الخيار فاذاً يجب ارتكاب التاويل فيها لامتناع التناقض فى كلام الحكيم و قيام الدليل القاطع على وجوب ارتكاب التاويل فى كل كلام معتبر اذا لم يمكن الحمل على ظاهره و التاويل هنا يمكن بوجوه احدها

تخصيص العموم بغير ما ثبت عدم وجوب الوفاء به و عليه يتجه التمسك بالآيه الشريفه على المقدمه الثانيه و ثانيها حمل العقود على عقود خاصّه معلومه فى زمن نزول الآيه الشريفه فيكون حرف التعريف فى العقود للعهد و ثالثها حمل الامر على الرجحان المطلق الذى هو قدر مشترك بين الوجوب و التّدب و ابقاء العموم على حاله و معه لا يتجه الاستدلال بالآيه الشريفه على اصاله اللزوم فى العقود التى من جملتها محل البحث لا- يقال التاويلان الا-خيران مجاز و قد ثبت انه اذا دار الامر بين التخصيص و المجاز يكون التّخصيص اولى من المجاز خصوصا اذا كان نادرا فى الغايه كاستعمال الامر فى الرجحان المطلق بل عن بعض منع استعمال الامر فيه على انه قد يمنع من رجحان الوفاء بجميع العقود كعقد الوكاله و العاريه و الشراكه و العقود الفاسده بل قد يحرم الوفاء ببعض العقود كما فى الرباء و التخصيص لازم على تقدير حمل الأمر على الرجحان المطلق و من الظاهر ان ارتكاب تخصيص واحد اولى من ارتكاب تخصيص و مجاز سلّمنا ان الامر بالوفاء محمول على الرجحان المطلق و لكنه لا يمنع من التمسك بالآيه على عدم توقف الوقف على الجبهه على القبض اذا كان الناظر هو الواقف لان رجحان الوفاء به مع عدم القبض لا يتجه الا بعد كونه صحيحا اذ لو كان فاسدا لما ترجح الوفاء به قطعاً بل لما حسن من الحكيم الاذن بالوفاء به فلو كان الامر بالوفاء فى الآيه الشريفه للرجحان المطلق لصح الاستدلال بها على ذلك أيضا فالاستدلال بها على ذلك لا يتوقف على كون الامر بالوفاء للوجوب بل يتجه و لو كان للتّدب او الاذن المطلق لان المقصود اثبات صحّه الوقف المذكور لا لزوم الوفاء به و من الظاهر ان الصّححه تثبت على التقديرين نعم لا- يصح التمسك بالآيه الشريفه على اصاله اللزوم فى العقود لو لم يكن الامر للوجوب و من الظاهر انها ليست من محلّ البحث فت لأننا نقول البناء على التخصيص المذكور و ان كان فى حد ذاته اولى من

ارتكاب ساير التاويلات المنافيه للاستدلال بالآيه الشريفه الا انه مستلزم لتخصيص العام الى الاقل من النصف و اخراج اكثر افراده و ذلك فى العقود لخروج الفاسده باسرها و من الظاهر انها اكثر من الصحيحه لأنها لا تتحقق الا بعد اجتماع الشرائط و الاركان و الاجزاء و رفع الموانع و لا كك الفاسده فانها يتحقق بفقد شرط من الشروط او جزء من الاجزاء او ركن من الاركان او وجود مانع من الموانع فيلزم عقلا ان يكون الفاسده اكثر من الصحيحه و مع ذلك يخرج العقود

ص: ٤٨٠

الجائزه على ما قيل فتزداد الكثره و تخصيص العام الى الاقل من النصف غير جائز عند جماعه من الاصوليين و لو سلم جوازه فلا اشكال فى مرجوحته بالنسبه الى ساير التاويلات من المجاز و الاضمار و الفسخ فليس كل تخصيص اولى من المجاز و ان أطلق اولويته القائلون بها لأنها ليست على وجه التعبد المحض كطهاره الماء و نجاسه البول بل لأجل عله هى غير حاصله فى هذا النوع من التخصيص و هى الاغلبه اذ من الظاهر ان جميع افراد المجاز اغلب منه هذا و قد يدعى ان احسن ما يؤل به الآيه الشريفه حمل العقود على العقود المشروعه فيكون المقص ح بيان اصله اللزوم فى العقود بل قد يدعى ان هذا المعنى هو المتبادر من الآيه الشريفه كما ان المتبادر من قوله تعالى **حَافِظُوا عَلَى الصَّلَوَاتِ الصَّلَوَاتِ الصَّالِحَاتِ** المشروعه و لا يلزم على هذا تخصيص العام الى الأقل من النصف فيكون اولى من ساير التاويلات ان قلنا بكونه تاويلا بناء على رجحان التخصيص عليها كما هو المختار و لعله لذا لم يستدل معظم الأصحاب فى مسائل الوقف و غيره من ساير المعاملات من البيع و الصلح و غيرهما بهذه الآيه الشريفه بل شاع تسميك كثير منهم كالشيخ و ابن زهره و ابن ادريس و العلّامة و المحقق الثانى و الشهيد الثانى فى مقام الشك فى توقف صحه المعاملات على شىء بقاعده الاحتياط و اصله الفساد و ممن منع من دلالة الآيه الشريفه على اصله الصحه فى المعاملات والدى العلّامة قدس سرّه و بعض المحققين من المعاصرين و قد تكلمت فى دلالة الآيه الشريفه عليها فى كتابى الوسائل و المفاتيح ممّا لا مزيد عليه و منها ان المراد بالعقود فى الآيه الشريفه العهود لخبر عبد الله بن سنان المروى عن تفسير على بن ابراهيم الموصوف فى كلام بعض الاجله بالصحّه عن مولانا الصادق ع قوله تعالى **أَوْفُوا بِالْعُقُودِ** اى بالعهود و يؤيده ما عن مجمع البيان من ان العقود جمع عقد بمعنى العهد و هو اوكد العهود و ان الفرق بين العهد و العقد ان العقد فيه معنى الاستيناف و الشد و لا يكون الا من متعاقدين و العهد قد ينفرد به الواحد فكل عهد عقد و ما عن الكشاف من ان العقد العهد الموثق شبه بعقد الحبل و لا شك ان لفظ العهد لا يطلق عرفا على عقود المعاملات من البيع و الصلح و الوقف و غيرها حقيقه لصلحه السلب و عدم التبادر و تبادر الغير و غير ذلك من امارات الحقيقه و المجاز و اصله عدم النقل يقتضى ان يكون لغه كك سلمنا النقل و المغايره بين العرف و اللغه و لكن لا نسلم تقدّم اللغه على العرف العام الثابت فى هذا المقام قطعا و منها ان المراد بالعقود عقود الخلافه لعلى ع للمروى عن تفسير على بن ابراهيم عن ابن ابي عمير عن ابي جعفر الثانى ع فى قوله تعالى **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ** قال ان رسول الله ص عقد عليهم لعلى ع بالخلافه فى عشره مواطن ثم انزل الله تعالى **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ** التى عقدت لأمير المؤمنين ع و اجيب عنه بضعف السند باشماله على المعلى بن محمّد البصرى الذى حكى عن النجاشى التصريح بانّه مضطرب الحديث و المذهب و منها ان الآيه الشريفه على تقدير تسليم افادتها للعموم و صلاحيتها للتمسك ينافى هذا المقام كما تدل على صحه هذا الوقف المفروض كذا تدل على صحه بيعه و هبته و رهنه و الصلح عليه و وقفه على امر اخر ثانيا لأنه يصدق على كل منها أنه عقد صدقا حقيقيا فيندرج تحت العموم المذكور فيجب الحكم بصحته و من الظاهر ان صحته يستلزم بطلان الوقف الاول المفروض كما ان صحته يستلزم بطلان ما ذكر لاستحاله صحتهما معا فى آن واحد



فيجب ح اخراج احدهما من عموم الآيه الشريفة و لا دليل على الترجيح و مجرد تقدم وجود الوقف المفروض على كل واحد من العقود المذكوره لا يصير سببا بالضرورة لان العام شموله لأفراده الموجوده و التي توجد دفع و ان كانت الافراد مندرجه في الوجود فاذا يجب التوقف و معه يسقط الاستدلال بالآيه الشريفة على المدعى كما لا يخفى على ان اخراج الوقف المفروض عن العموم اولى لأن المعظم على خروجه منها و الشهرة ان لم تكن حجه فلا- اشكال في صلاحيتها للترجيح مضافا الى ان خروج جميع العقود المذكوره يوجب زياده ارتكاب التخصيص و لا كك خروج خصوص الوقف المفروض فانه لا يوجب الأ تخصيصا واحدا و من الظاهر ان ارتكاب القليل من التخصيص اولى من ارتكاب كثيره فت و منها ان

الآيه الشريفة على تقدير تسليم عمومها و صلاحية الاستدلال بها على مدعى الخصم يجب تخصيصها بما سيأتى من ادله القول الثانى و هى و ان كانت من اخبار الآحاد و لكن يجوز تخصيص عموم الكتاب خصوصا مثل هذا العموم باخبار الآحاد الجامعه لشرائط الحجية خصوصا اذا اعتضدت بالشهره العظيمه التي لا- يبعد معها دعوى شذوذ المخالف و ثالثها ما تمسك به بعض المعاصرين أيضا من خبر محمد بن الحلبي الذي رواه عن الكافي و وصفه بالصحة قال كتب بعض اصحابنا الى ابى محمد ع فى الوقوف و ما روى فيها فوقع ع الوقوف على حسب ما يوقفها اهلها و لا يخفى ان الحديث على النحو المسطور و ان كان من المكاتبه لكن المخبر كتابه المعصوم ع للجواب ثقه فيكون الحديث صحيحا على ان المصرح به فى الفقيه و يب على ما قيل هو محمد بن الحسن و هو ثقه فلا- اشكال فى سند الروايه الا- على تقدير عدم حجيه المكاتبه و هو خلاف التحقيق بل المعتمد حجيتها و امّا الدلاله فلان الوقف المفروض وقف حقيقه عرفا و لغه و شرعا فيجب امضائه على حسب ما يقفه الواقف لعموم الزوايه المستند الى الجمع المعرف باللام الموضوع للعموم و من الظاهر ان وجوب الامضاء لا- يكون الا بعد فرض الصّحّه اذ الفاسد لا يجب امضائه قطعا لا يق لا نم صدق لفظ الوقف حقيقه على الوقف قبل القبض و ذلك اما لما ذكره الشهيد الثانى من ان القبض جزء السبب التام او لان لفظ الوقف من الفاظ العبادات كلفظ الصّلاه لتوقف معناه على قصد القربه و قد ثبت ان الفاظ العبادات وضعت للعمل الصحيح فالفاسد من المعانى المجازيه فاذا شكّ فى صحّحه عمل و فساده كما فى الوقف المفروض يحصل الشكّ فى صدق اللفظ عليه حقيقه فاذا حصل الشكّ فيه حصل الشكّ فى صغرى القياس فلا يكون منتجا و ذلك واضح لأننا نقول لا اشكال فى صدق لفظ الوقف حقيقه فى محل البحث لعدم صحه السلب و لتبادر القدر المشترك و للاطراد و لصحّته التقسيم و لحسن الاستفهام و لصحّته الاستثناء و لصحّته التقييد بالقيدين المختلفين و للاستعمال مع وجود القدر المشترك و لتصريح الاصحاب بان القبض شرط و من الظاهر ان شرط الشىء خارج عن حقيقته كما ان الوضوء خارج عن حقيقه الصّلاه و لتصريح كثير من الاصحاب فى تعريف الوقف كالشيخ فى ط و ابن حمزه فى الوسيله و ابن ادريس فى السرائر و المحقق فى

ص: ٤٨١

و العلامه فى كره و ابن سعيد فى الجامع و الشهيد فى اللمعه بان الوقف تحييس الأصل و تسبيل الثمره و زاد فى الوسيله على وجه من سبل البر و كون الوقف من العبادات لا يقتضى ان يكون لفظه موضوعا للصّحّح لان المعتمد عندنا ان الفاظ العبادات موضوعه للأعم من الصّحّح لا لخصوص الاخير سلّمنا ان اكثرها موضوع للصّحّح و لكن لا نم ذلك فى الوقف و اما ما ذكره الشهيد الثانى فضعيف مع انه لا يدل على خلاف المدعى و قد يمنع من نهوض الروايه لإثبات صحه الوقف المفروض اما اولاً فلان حمل الروايه على ظاهرها من العموم مخالف للإجماع لأن الأوقاف الفاسده لا يجب امضائها على حسب ما يوقفها اهلها و

ارتكاب التخصيص فيها يستلزم تخصيص العام الى الاقل من النصف لان الاوقاف الفاسده اكثر من الصّحيحه لما تقدم اليه الاشاره و هو امّيا غير جائز كما ذهب اليه جماعه من محققي الاصوليين او بعيد في الغايه فلا يصار اليه الا بعد تعذر سائر التاويلات و هو هنا مم لا يمكن حمل الوقف على الوقف التي ثبت شرعيتها من خارج فيكون المقصود في الروايه بيان عدم جواز التغيير و التبديل فيما ثبت صحته من الاوقاف و هو معنى صحيح و غير ما فهمه المستدل بل قد يدعى ان المتبادر من الروايه هذا المعنى و قد اشار الى ما ذكر بعض فضلاء العصر الذاهب الى القول الثاني الذي عليه المعظم فت و اما ثانيا فلان مقتضى عموم الروايه وجوب كل امضاء وقف في الجملة اما انه يجب الامضاء قبل القبض و بعده فلا يستفاد من عموم الروايه لان غايته شمول افراد الوقف لا احوال الافراد و انما تستفاد حكم الاحوال من اطلاق القضييه كما ان قوله اكرم كل عالم لا يفيد العموم الا بالنسبه الى افراد العام و اما ان الامتثال يحصل بالاكرام في الظهر و العصر و ساير الاوقات و الاحوال فلا يستفاد ذلك من العموم بل من اطلاق القضييه و الاطلاق و ان كان يرجع الى العموم الا انه يشترط فيه امران كما صرح به جدى قدس سره في فوائده و والدى العلامه قدس سره احدهما تساوى الافراد و عدم تبادل بعضها و ثانيهما عدم وروده في بيان امر اخر و لا نم تحقق الشرطين في اطلاق الروايه لقوه احتمال وروده في بيان حكم اخر كما تقدم اليه الاشاره فلا يرجع الى العموم بحيث يشمل المدعى فتكون بالنسبه اليه مجمله فت و امّيا ثالثا فلان ما ذكرناه في الجواب الرابع عن التمسك بآيه اَوْفُوا بِالْعُقُودِ على صحه الوقف المفروض يمكن ان يجاب به عن التمسك بالروايه على ذلك كما لا يخفى هذا و لو كانت الروايه صالحه لاثبات اصاله الصّحيحه في افراد الوقف و كيفياته لثبته على ذلك محققوا الاصحاب و لأخذوها حجه في كل باب و في كل مورد من موارد الشكوك في الصّحيحه و ذلك معلوم خلافه و رابعها ما تمسك به أيضا بعض الفضلاء المعاصرين سلمه الله تعالى من ان الوقف مط حتى المفروض صدقه حقيقه و فرد من افرادها جدا و كل ما هو صدقه حقيقه فالأصل فيه عدم جواز الرجوع فيه و ابطاله و لو لم يقبض اما المقدمه الاولى التي هي صغرى القياس فلوجه منها ما اشار اليه الفاضل المذكور من ظهورها في نفسها و منها ظهور دلالة جمله من النصوص على ذلك احدها خبر ابى كهمش عن ابى عبد الله ع قال سته يلحق المؤمن بعد وفاته و ولد يستغفر له و مصحف يخلفه و غرس يغرسه و بئر يحفرها و صدقه يجريها و سنه يؤخذ بها من بعده اذ الظاهر من الصّيقه هنا الوقف بقريه يجريها لأن الصّيقه الجاريه لا تكون الا بالاوقات و ثانيها النبوى المرسل اذا مات ابن آدم انقطع عمله الا من ثلاثه و ولد صالح يدعو له و علم ينتفع به بعد موته و صدقه جاريه و صرح العلامه في كرهه على ما حكى بان العلماء قالوا المراد من الصّيقه الجاريه الوقف و ثالثها خبر ربيع بن عبد الله الذي وصفه الفاضل المذكور بالصّحّه عن ابى عبد الله ع قال تصدق امير المؤمنين على بن ابى طالب ع بداره في المدينه في بنى زريق فكتب بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما تصدق به على بن ابى طالب ع و هو حى سوى تصدق بداره العتي في بنى زريق صدقه لاتباع و لا توهب و لا تورث حتى يرثها الله الذى يرث السماوات و الارض و اسكن هذه الصدقه خالاته ما عشن و عاش عقبهن فاذا انقرضوا فهي لذوى الحاجه من المسلمين و رابعها خبر ايوب بن عطيه قال

سمعت ابا عبد الله ع يقول قسم رسول الله ص الفىء فاصاب عليا ع ارضا فاحترف فيها عينا فخرج منها ما ينبع في السماء كهيئه عنق البعير فسماها عين ينبع فجاء البشير ليشره ع فقال بشر الوارث هي صدقه بتا بتلا في حجيج بيت الله و عابر سبيل لا تباع و لا توهب و لا تورث فمن باعها او وهبها فعليه لعنة الله و الملائكه و الناس اجمعين لا يقبل الله منه صرفا و لا عدلا و خامسها خبر عجلان ابى صالح قال ابو عبد الله ع املى على ع بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما تصدق به فلان بن فلان و هو حى سوى بداره التي في بنى فلان بحدودها صدقه لا تباع و لا توهب و لا تورث حتى يرثها وارث السماوات و الارض و أنه قد اسكن صدقته

هذه فلانا و عقبه فاذا انقرضوا فهي لذي الحاجه من المسلمين و سادسها صحيحه محمّد بن مسلم المتقدمه و منها ظهور عبارات جمله من الاصحاب في ذلك فان المفيد في المقنعه و القاضى في المهذب و الحلى في السرائر صرحوا بانّ الوقف في الاصل صدقه و الشيخ في يه صرّح بان الوقف و الصّيدقه شىء واحد و الشهيد في س صرّح بانّ الوقف صدقه جاريه و اما المقدمه الثانيه التي هي كبرى القياس فلعوم جمله من الاخبار منها خبر جميل بن درّاج الذي وصفه الفاضل المذكور بالصّيدقه قال قلت لأبى عبد الله ع الرّجل يتصدق على ولده و هم صغار أ له ان يرجع فيها قال لا الصّيدقه لله عزّ و جلّ و منها خبر الحكم قال قلت لأبى عبد الله ع ان والدى تصدّق على بدار ثم بدا له ان يرجع فيها و ان قضاتنا يقضون لى بها فقال نعم ما قضت به قضائكم و لبس ما صنع والدك انما الصّيدقه لله عزّ و جلّ فما جعل لله فلا رجعه فيه و منها صحيحه محمد بن مسلم المتقدمه و فيها لا يرجع في الصّيدقه اذا ابتغى بها وجه الله عزّ و جلّ و ربّما ادّعى أنّها اقوى دلالة على المدعى من روايه جميل لوجوه الاوّل ان الاصحاب فهموا من الصّيدقه فيها الوقف و ربّما يشهد بذلك تصريح الشّهيد الثّانى بان الاصحاب فهموا من الصّيدقه في روايه عبيد بن زراره الوقف فإنّها كهذه الروايه الثّانى تصريح المعصوم ع في اخر الروايه بان الهبه و النحله يرجع فيها ان حيزت او لم تحز لما لذي رحم فانه لا- يرجع فيه فانه يقتضى حمل اطلاق قوله ع الا- يرجع في الصّيدقه اذا ابتغى وجه الله عزّ و جلّ على صورتى الحيازه و عدمها الثّالث

ص: ٤٨٢

ان الدلالة على التعميم في صحيحه جميل انما هي من عموم مفهوم التعليل المستفاد من قوله ع الصّيدقه لله عزّ و جلّ لان الظاهر انه جمله وقعت في مقام التعليل كما لا- يخفى و في حجّيه مفهوم العله و عمومه خلاف مشهور و لا ككك صحيحه محمّد بن مسلم فانّ دلالتها على التعميم من منطوق اللفظ و منها خبر زراره الذي وصفه الفاضل المذكور بالصّيدقه عن ابى عبد الله ع قال انما الصّيدقه محدثه انما كان الناس على عهد رسول الله ص ينحلون و يهبون و لا ينبغي لمن اعطى الله عزّ و جلّ شيئا ان يرجع فيه و ما لم يعط لله و في الله فانه يرجع فيه نحله كانت او هبه خيرت او لم تحز و لفظ لا ينبغي و ان كان ظاهرا في المرجوحه في الجملة الا- ان المراد به هنا المنع من الرجوع بقريته التّيباق و مقابلته لقوله ع فانه يرجع فيه على انه على تقدير اراده مطلق المرجوحه يستفاد المراد أيضا لصراحتة في الحكم بالصّيدقه و نحو الروايه خبر عبيد بن زراره عن الصادق و قد يناقش في هذه الحجّه اما اولا فبالمنع من المقدمه الاولى لوجوه منها ان المتبادر عرفا من لفظ الصّيدقه عند الاطلاق مجردا عن القرينه غير الوقف فليس المتبادر منه ما يعم الوقف و الاصل في تبادر الغير او عدم التّبادر ان يكون اماره المجاز كما عليه محققوا الاصوليين فاذا ثبت ان الوقف معنى مجازى عرفا فككك لغه لان الاصل عدم النقل سلّمنا انه لغه حقيقه فيما يعم الوقف و لكن لا نم تقديمها على العرف العام بل صار جماعه من الاصوليين الى تقديم العرف العام سلّمنا انه حقيقه عرفا و لغه فيما يعم الوقف و ان التبادر المذكور كتبادر النقد الرائج من اطلاق النقد و لكن من عد المقرّره ان الاطلاق ينصرف الى الفرد الشائع فينبغى الرّجوع في غيره الى ما يقتضيه الاصل و من الظاهر ان مقتضى الاصل هنا الفساد و منها صحّحه السّلب عرفا فانه يصح ان يق للواقف و للوقف انه ليس بمتصدّق و لا بصدقه و صحّحه السّلب من اقوى امارات المجاز و منها ان لفظ الصّيدقه لو كان حقيقه في المعنى الاعم لصحّ استثنائه و حسن الاستفهام منه و جعله احد الاقسام في مقام تقسيم الوقف و لصحّ تقييد الصّيدقه بقيدتين يفيد احدهما الوقف و الاخر غيره و التالى بجميع اقسامه بط على الظاهر فت و منها ان لفظ الصّيدقه لو كان حقيقه فيما يعم الوقف للزم ارتكاب التخصيص في كثير من نصوص الكتاب و السّينه منها قوله تعالى إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَ الْمَسْكِينِ الْآيَه و منها خبر محمّد بن

مسلم الذى وصفه الفاضل المذكور بالصّححه عن احدهما ع فى الرّجل يتصدّق بالصدقه ا يحلّ له ان يرثها قال نعم و منها خبره الاخر الذى وصفه أيضا بالصّححه عن ابى جعفر ع قال اذا تصدق الرجل على ولده بصدقه فانه يرثها و منها الخبر المروى عن مولانا الباقر الصّدقه بعشره و القرص بثمانيه عشر و منها النبوى المرسل الصّدقه تدفع ميتة السوء و منها النبوى المرسل الآخر أنّ الله تعالى ليدفع بالصدقه البلاء و منها النبوى المرسل الاخر داووا مرضاكم بالصدقه و استنزّلوا الرزق بالصدقه و منها خبر محمّد بن مسلم و ابى بصير و زراره عن الصادقين ع قال قال رسول الله ع ان الصّدقه اوساخ ايدى الناس و أنّ الله حرّم علىّ منها و من غيرها و ان الصّيدقه لا- تحل لبني عبد المطلب و التالى بط فالمقدم مثله اما الملازمه فظاهره لان ما تضمنته تلك النصوص من الاحكام يختصّ بغير الوقف و لا- تثبت له كما لا- تخفى و اما بطلان التالى فلان الاصل عدم التخصيص و هو كما بيّن المراد ككك يبيّن الوضع لاتحاد العله و ليس هو من باب اثبات اللغه بالترجيح و العقل الذى انكره محققوا الأصوليين بل هو من باب اثباتها بالامارات الظئيه الذين هم مسلم عندهم كالتبادر و صحّه السلب و غيرهما لا يق قد دل على ثبوت المقدمه الاولى نصوص تقدم اليها الاشاره لأننا نقول النصوص المتقدمه لا تنهض لإثباتها اما لضعيف منها و هو أكثرها فواضح و اما الصّحیح منها فللمنع من ان المراد من الصّدقه الوقف سلّمنا و لكن غايته استعمال لفظ الصّدقه فى الوقف و من الظاهر ان الاستعمال اعم من الحقيقه و المجاز لأنهما مأخوذ فى حدّيهما باتفاق الاصوليين و البياتيين المنطقيين و بالجمله جميع العلماء و من عد العقائيه المتفق عليها أنّ العام لا يدلّ على خاصّ معيّن بشىء من الدلالات الثلث و لذا اشتهر بين الاصوليين أنّ الاستعمال اعم

من الحقيقه و المجاز و امّا ما اشتهر بينهم من ان الاصل الاستعمال الحقيقه فليس مورده محل البحث قطعا و قد بيّناه فى كتبنا الاصوليه و حقه جدى العلامه قدّس سره فى الفوائد الحائريه نعم ربما يظهر من كلام السيّد فى مواضع من الذريعه و ابن زهره فى مواضع من الغنيه و غيرهما من بعض العامه ان الأصل فى الاستعمال الحقيقه فى نحو محل البحث و لكنّه بط بلا ريبه نعم قد يق اذا ثبت استعمال لفظ الصّيدقه فى الوقف كما اذا ثبت استعماله فى غيره فالاصل ان يكون حقيقه فى القدر المشترك بينهما كما ذهب اليه طائفه من الاصوليين و لكن قد يجاب عن هذا بان الاصل المذكور على تقدير تسليمه لا يصلح لمعارضه ما بيّناه من الوجوه الداله على مجازيه الوقف سلّمنا ظهور النصوص المتقدمه فى كون لفظ الصّدقه حقيقه فى المعنى الاعم من الوقف و لكنها معارضه بما بيّناه من النصوص الظاهره فى اختصاص وضعه بغير الوقف و هى اولى بالترجيح من وجوه عديده سلّمنا العدم و لكن لا- أقلّ من المساوات و معها يحصل الشكّ فى صغرى القياس و معه يمتنع حصول النتيجة المقصوره فتدبرّ لا يق الظاهر من عبارات جمله من الأصحاب من تقدم اليهم الاشاره كون لفظ الصّيدقه حقيقه فيما يعمّ الوقف لأننا نقول لا نم دلالة عباره اولئك الجماعه على ما ذكر سلّمنا و لكن لا نم حجّيه كلامهم خصوصا مع معارضته اولا بما قدّمنا اليه الاشاره من الوجوه الداله على انه حقيقه فى غير ما يعمّ الوقف و ثانيا ظهور كلمات كثير من الاصحاب بل كلهم فى انه ليس حقيقه فى المعنى الاعم من الوقف منها قول المحقق فى فع و السيورى فى التنقيح فى مقام تعريف الصّدقه الصّدقه هى تطوّع تملك العين فان الوقف ليس ككك خصوصا على القول و ببقائه على ملك الواقف او انتقاله الى الله عزّ و جلّ فت و منها قول الشهيد فى س فى المقام المذكور هى العطيّه المتبرّع بها من غير نصاب للقربه و منها قول الحلّى فى السّيرائر الهبه و الصّيدقه معنى واحد غير انه اذا قصد الثواب و التفت به الى الله تعالى سمّيت صدقه و اذا قصد بها التودد و المواصله لا التّقرب سمّيت هديه و هبه و قوله قول ابن حمزه فى الوسيله كتاب الوقوف و الصدقات فان الاصل فى العطف المبانيه الكليه فت و منها ان المعظم ذكروا فى كتاب الصّدقه بعد ان افردوه عن كتاب الوقف مسائل عديده لا تتعلّق بالوقف و جعلوا العنوان اطلاق لفظ الصّدقه فت و اما ثانيا فبالمنع

من المقدمه الثانيه و لو سلمت الاولى و كون لفظ الصدقه حقيقه فى المعنى الاعم من الوقف و ذلك لعدم وجود نص معتبر عام يقتضى اصاله الصيحه من دون القبض فى محلّ البحث امّا الاخبار المتقدمه التى استدلت بها على ذلك فلا تنهض لإثباته لان غايتها الإطلاق و من الظاهر أنّه لا يفيد العموم وضعا بل هو باعتبار الوضع مجمل و لذا عده بعض الاصوليين من المجملات نعم قد يفيد فى بعض الصور امّا بقرينه عقليه كما يظهر من المحكى عن المحقق او بالدلاله الالتزاميه العرفيه كما هو التحقيق و لكن يشترط فى افادته العموم استغراقا او بدلا امران كما صرح به بعض المحققين من الاصوليين احدهما تساوى الافراد و تواطؤها بان لا يكون بعضها اكمل و اشيع بحيث يتبادر الى الفهم اذ لو كان بعضها فردا شايعا يتبادر الى الفهم انصرف اليه الاطلاق و لذا يمنع المعظم من التطهير بالمضاف لان المتبادر من اطلاق الغسل الغسل بالماء المطلق و يتفرّع على هذا مطالب عظيمه فى باب البيع و الوكاله و الإجاره و الوصايه و الاقارير و غير ذلك و هذا الشرط و ان لم يصرح به فى كثير من الكتب الاصوليه الا انه مستفاد من سيره اصحابنا فى الكتب الفقهيّه بل و من كثير من الاصوليين و بالجمله الظاهر انه مجمع عليه بين العلماء و ان كان المحكى عن السيد المرتضى فى مسئله التطهير بالمضاف يوهم خلاف ذلك و مع ذلك فهو مستفاد من طريقه اهل اللسان و اللغه قديما و حديثا و بالجمله لا اشكال فى ذلك و ثانيهما عدم ورود الاطلاق فى بيان امر و حكم اخر و الظاهر عدم تحقق الشرطين هنا امّا الاول فلان المتبادر من اطلاق الصيحه فى تلك الاخبار الصدقه الصيحه المعبره الجامعه للشرائط الشرعيّه و ذلك امّا لأنها الفرد الكامل او لقوله اذا ابتغى بها وجه الله لأن ذلك لا يكون الا بعد فرض الصيحه او لأن النهى عن الرجوع لا يكون إلا بعد فرض الصحه إذ الفاسد لا معنى للرجوع فيه فاذا كان مورد هذه الاخبار الصدقه الصيحه فلا يعلم بشمولها لمحلّ البحث لعدم معلوميّه صحته فإنها عين المتنازع فيه و أما الثانى فلظهور ان الأخبار أنها وردت لبيان حكم الرجوع فى الصدقه بعد تحققها و هو غير الحكم بأصل صحه الصيحه فاذا لم يتحقق الشرطان لم يتحقق الشرطان لم يتحقق افاده العموم النافع للخصم فت سلّمنا افادتها العموم الاستغراقى و لكنّه كما يقتضى الصيحه فى محلّ البحث كك يقتضى الصيحه اذا وقف هذا الموقوف و تصدق به على جهه اخرى تضاد الاولى لأنه صدقه حقيقه أيضا فلا بدّ من اخراج احدهما من العموم لامتناع الحكم بصحتهما معا و حيث لا دليل على الترجيح و جب التوقف و معه يسقط الاستدلال على مدعى الخصم كما لا يخفى على انا ندعى ترجيح اخراج الوقف المفروض بناء على كون فساد مذهب معظم الاصحاب و لا شك فى انّ الشهره من اعظم المرجحات سلّمنا عموم الروايات المذكوره بحيث يشمل محلّ البحث و لكنّه يجب تخصيصه بغير محلّ البحث لوجهين احدهما الادله الداله على فساد الوقف المفروض التى سيأتى اليها الاشاره إن شاء الله و ثانيهما ما دل على توقف صحه الوقف على الاقباض و القبض و هو تصريح الاصحاب بذلك بقول مطلق كالمحقق فى بيع و العلامه فى لف و صره و كره و شاد و عد و التحرير و الشهيد فى س و اللمعه و المحقق الثانى فى جامع المقاصد و الشهيد الثانى فى ضه و لك و الفاضل الخراسانى فى الكفايه و والدى العلامه قدّس سرّه فى الرياض و صرح فيه بانه لم يجد فيه خلافا و بان ظ ط دعوى اجماع الاماميه عليه ثم احتج على ذلك باصالة عدم اللزوم و الصيحه قبل الاقباض مدعى اختصاص الاطلاقات الحاكمه باللزوم بحكم التبادر بالصدقه بعده و خامسها ان الوقف المفروض لو لم يكن صحيحا للزم ان لا يجب الوفاء بالشروط المقرّره فى ضمن عقده و التالى بط فالمقدم مثله امّا الملازمه فلأنّ الشرط فى ضمن العقد الفاسد لا يجب الوفاء به اجماعا و لان انتفاء المتبوع يستلزم انتفاء تابعه و امّا بطلان التالى فلعموم قوله ع المؤمنون عند شروطهم و قد يجاب عن هذا بانه كما يقتضى وجوب الوفاء بالشروط المذكور فى ضمن الوقف المذكور كك يقتضى وجوب الوفاء بالشروط المذكور فى ضمن وقفه ثانيا على جهه اخرى تضاد الجبهه الاولى و من الظاهر انه لا يمكن الجمع بين

الواجبين فلا بدّ من اخراج احدهما و لا دليل على الترجيح فيجب التوقف و معه يسقط الاستدلال بعموم الروايه على المدعى على انا ندعى انّ الترجيح مع اخراج

الوقف الأوّل لما تقدّم اليه الاشاره سلّمنا و لكن يجب تخصيص عموم الروايه بغير محل البحث لما دلّ على ان القبض شرط فى صحّه الوقف مط و ما دل على أنّ القبض شرط فى صحه الصّيدقه مط و للقول الثانى وجوه منها ما تمسّك به بعض فضلاء المعاصرين الذاهب الى هذا القول من اصاله الفساد و اجاب عنها الفاضل المعاصر الذاهب الى القول الاول فى الجمله بان دفاعها بالعمومات التى تمسّك بها على عدم اشتراط الوقف بالقبض فى محل البحث فان الاصل لا يعارض العمومات قطعا و قد يدفع هذا الجواب بالمنع من صلاحية العمومات المذكوره لإثبات ذلك كما تقدم اليه الاشاره نعم قد يق الاصل المذكور كما تقدّم أنّما يتّجه التمسّك به هنا اذا قلنا بان القبض شرط الصّيحّه و اما اذا قلنا بأنّه شرط اللزوم فلا اشكال فى ان اشتراط القبض فى اللزوم على خلاف الاصل لأنّ الاصل بقاء الصّيحّه و عدم جواز الفسخ بعدها و قبل القبض و هو اللزوم فما ذكره المستدل بالأصل من أنّ الاصل عدم اللزوم او ترتب الاثر قبل القبض خطاء ظ و منها قول الحجّه القائم صاحب الزمان ع فى المروى عن اكمال الدين المتقدم اليه الاشاره فى صدر البحث و أمّا ما سالت عنه من امر الوقف على ناحيتنا و ما يجعل لنا ثم يحتاج اليه صاحبه فكّلما لم يسلم فصاحبه فيه بالخيار و كل ما سلّم فلا خيار لصاحبه فيه احتاج او لم يحتج افتقر اليه او استغنى عنه فان مقتضى عموم قوله فكّلما لم يسلم فصاحبه فيه بالخيار ان جميع افراد الوقف يتوقف على القبض سواء كان الناظر هو الواقف او غيره لان العبره بعموم اللفظ لا- خصوص المحل سلّمنا أنّ العبره بخصوص المحل و لكن الروايه صريحه فى ان الوقف على الناحيه المقدسه الذى هو فرد من افراد الوقف على الجبهه بالضروره يتوقف على القبض و باطلاقها تدلّ على عدم الفرق بين صورتى كون الواقف ناظرا و عدمه و ربما يؤيد هذا العموم ترك الاستفصال فى الروايه فاذا ثبت توقف الوقف على الناحيه المقدسه على القبض مط و لو كان الواقف هو الناظر ثبت التوقف عليه مط و لو كان الناظر هو الواقف فى جميع افراد الوقف اذ لا قائل بالفصل على الظاهر مضافا الى قاعده الاولويه فى كثير من الصّور و على اى تقدير تكون الروايه ظاهره فى بطلان

ص: ٤٨٤

ما ذهب اليه بعض فضلاء المعاصرين من ان الوقف على الجبهه لا- يتوقف على القبض ان كان الناظر هو الواقف بل صرح المستدل بهذه الروايه المتقدم اليه الاشاره بأنّها صريحه فى بطلان هذا القول لا يقال الروايه ضعيفه السند فلا تصلح للحجيه لأننا نقول ضعف السند هنا غير قادح لانجباره بالشهره العظيمه التى لا يبعد معها دعوى شذوذ المخالف بل ادعى الفاضل المستدلّ بها هنا المتقدم اليه الاشاره انجباره بعمل الاصحاب و الاجماع المنقول له بل صرح بقوتها بحسب السند بحيث تصلح للحجيه و لا يق هذه الروايه ظاهره فى انّ القبض شرط اللزوم لا الصّحه لان الخيار يتفرع على الاول دون الثانى و قد بيّنا انه شرط الصّحه لا اللزوم فلا- يصح الاحتجاج بها هنا لأننا نقول لا- نم ظهور الروايه فى ذلك سلّمنا و لكن يمكن تنزيلها على اراده كونه شرط الصّيحّه و هو لا- يمنع من التمسّك بها فى هذا المقام كما لا يخفى و لا يق الاستفادة من الروايه ان قبض الموقوف عليه او القيم الناظر الذى ليس بواقف شرط فى الوقف و هذا يختصّ بما اذا كان الناظر غير الواقف لان الناظر اذا كان هو الواقف لم يشترط فى الوقف قبض الموقوف عليه و لا غيره بل انما يشترط قبض الواقف الناظر ان قلنا كون القبض ح شرطاً فيكون مورد الروايه غير محلّ البحث فتبقى العمومات الداله على عدم توقف الوقف على القبض حيث يكون الواقف هو الناظر سليمه عن المعارض و بهذا اجاب بعض الفضلاء المعاصرين عن التمسّك بهذه الروايه على كون القبض شرطاً و لو كان الوقف وقفا على الجبهه و

كان الناظر هو الواقف قائلاً- ان معنى الحديث ان من لم يسلم الموقوف الى الموقوف عليه او المتولى فهو بالخيار فى التسليم بمعنى الاقباض و هو انما يكون اذا كان المتولى نفس الواقف فلا- يمكن التمسك به لإثبات الخيار فيما اذا كان المتولى هو الواقف لأننا نقول لا- نم ظهور الزوايه فى ان الشرط هو قبض الموقوف عليه او الناظر بل غايه ما يستفاد من الروايه هو لزوم الاقباض و التسليم مط حتى لو كان الناظر هو الواقف و اما من يسلم اليه و يقبض فلا دلالة فيها أصلا كما لا يخفى سلمنا و لكن نمنع من ان الشرط قبض الواقف اذا كان هو الناظر و كان القبض فى وقفه ح شرطا بل يجوز ان يكون الشرط ح قبض الموقوف عليه فى الجملة او الحاكم او العدل عن المؤمنين حيث لم يتمكن من الحاكم و ذلك لعدم دليل على ذلك الا قولهم فى الوقف على الجهه يقبضه الناظر و فى جواز الاعتماد عليه اشكال سلمنا و لكن فى شموله لمحل البحث اشكال فت سلمنا انه يشترط قبض الواقف اذا كان ناظرا و لكن نقول مقتضى عموم الروايه فساد الوقف اذا لم يقبض الموقوف عليه او الناظر الذى ليس بواقف مط خرج ما اذا قبض الواقف الناظر لأجل صحه الوقف بالإجماع اذ لا خلاف و لا شبهه فى صحه الوقف ح و لا دليل على خروج ما اذا لم يقبض و لم يقصد القبض فيبقى مندرجا تحت العموم و لا- يق ان الناظر اذا كان هو الواقف و كان الوقف وقفا على الجهه فلا اشكال فى انه لا يشترط فى هذا الوقف قبض غيره و لا قبض نفسه اما الاول فلانه لا وجه لاشتراط قبض غيره الظاهر انه لم يقل به احد و أميا الثانى فلان الموقوف مقبوض فى يده باعتبار تملكه له قبل الوقف فلا وجه لاشتراط قبضه بعد الوقف لان تحصيل الحاصل محال فلا يكون هذه الروايه و جميع فتاوى الأصحاب المصرحة باشتراط القبض و الاقباض فى الوقف المتضمنه جملة منها لدعوى الإجماع على ذلك شامله للوقف على الجهه حيث يكون الناظر هو الواقف و لذا صرح الفاضل المعاصر النافى لاشتراط القبض فى هذا الوقف بان الروايات و الفتاوى الداله على اشتراط القبض فى الوقف غير شامله لهذا النوع من الوقف مصرا على ذلك غايه الاصرار لأننا نقول مقتضى عموم الروايات و عبارات الاصحاب المشار اليها لزوم القبض فى كل وقف حتى هذا الوقف قطعاً و لا دليل يعتمد عليه يقتضى الحكم بعدم اشتراط قبض غير الواقف الناظر فيجوز ان يكون الشرط قبض الموقوف عليهم و هم الاشخاص الذين يستحقون التصرف فى الوقف على الجهه لأنه فى الحقيقه وقف عليهم و لا- يبعد ان يكون مقتضى الزوايه و عبارات الاصحاب هو هذا و ان فرض قيام دليل معتبر على انه لا يشترط قبض غير الواقف الناظر فاللازم بمقتضى عموم الروايه و العبارات على الحكم باشتراط قبض الواقف الناظر بعد الوقف و

مجرد المملوكيه لا يقتضى كونه مقبوضا بعد الوقف فانه قد يكون مملوكا و لا يكون مقبوضا كما اذا غصبه غاصبا او استعاره مستعيرا و استأجره مستأجرا خصوصا اذا فسرنا القبض بمعناه اللغوى و العرفى و هو الاخذ باليد اذ مجرد التخليه لا تصدق عليه لا عرفاً و لا لغه انه قبض حقيقه نعم قد يقوم مقام القبض و يفيد فائدته شرعا و لكن ذلك تعبد شرعى جار على خلاف الاصل فينبغى فيه الاقتصار على مورد الدليل و لا- نسلم ان محل البحث منه لعدم الدليل من الايدله من الأربعة على قيام التخليه مقام القبض هنا نعم أطلق بعض الاصحاب ان القبض هنا كما فى البيع و لكن مجرد فتوى بعض الاصحاب لا- يكون حجه شرعيه بالاتفاق سلمنا ان التخليه قبض مط حتى فى محل البحث و لكن المقبوضيه باعتبار الملكيه غير المقبوضيه باعتبار الوقف و الشرط فيه هو الثانى دون الاول و لا يتحقق ذلك الا بالقصد و التيه فاذا لم ينو بعد الوقف القبض لأجله لم يكن شرطه متحققا و ان كان الموقوف فى اليد فاذا نوى القبض لأجل الوقف تحقق شرطه فيكون الشرط فى الوقف على الجهه حيث يكون الناظر هو الواقف و يكون الشرط قبضه و يكون مقبوضا قبل الوقف باعتبار الملكيه هو القصد المشار اليه الموجب لصدق اسم الشرط و لا شك ان كثيرا من الموجودات الخارجيه يختلف اسمائها بماحض اختلاف النيه فان ضرب اليتيم ان قصد به منفعتة سمي احسانا له حقيقه و ان قصد به اضراره سمي ظلما له و كك اذا قصد بنحو يا ايها الذين آمنوا مكتوبا او ملفوظا تلاوه القران سمي قرانا

فيحرم مسّه ح و امثال هذه كثيره سلّمنا أنّ القصد المذكور لا يوجب صدق اسم الشرط و لكن يلزم بعد الوقف على الواقف اذا اراد صحه وقفه او لزومه ان يرفع يده عن الموقوف و يخرجّه عن قبضه السابق ثم يقبضه لأجل الوقف ثانيا تحقيقا لشرط الوقف المفتى به في اكثر عبارات الاصحاب و المدعى عليه الاجماع المستفيضه و المدلول عليه بالنص و هو القبض لأجله و بالجمله ان كان نزاع الفاضل المعاصر سلمه الله تعالى في الحكم الشرعى و هو اصل توقف الوقف على الجبهه اذا كان الناظر هو الواقف على القبض فيذهب الى أنّ القبض ليس بشرط في هذا النوع من الوقف و ان فرض انه ليس بمقبوض أصلا و لم يتحقق فيه القبض بوجه من الوجوه كما يرشد اليه

ص: ٤٨٥

تصريحه مرارا عديده في رسالته التي ألفها في هذه المسأله و تمسّكه بالعمومات الدالّه على عدم توقف الوقف على القبض و منعه لشمول عبارات الاصحاب المصّرّحه بتوقف الوقف على القبض فلا اشكال في بطلان ما ذهب اليه لتفرّده و مخالفته لفتوى الاصحاب قاطبه لأنّهم بين قولين قول مصرّح باشتراط القبض في الوقف مط من غير استثناء لا تصريحاً و لا تلويحاً و قول مصرّح بعدم اشتراطه في الوقف مط حيث يكون الواقف هو الناظر فما ذكره من التفصيل من ان الوقف المشار اليه لا يتوقف على القبض و غيره يتوقف عليه خرق للإجماع المركّب على الظاهر و مع ذلك فهو مردود بالنص المتقدم المنجبر ضعف سنده لو كان بالشهره العظيمه و اطلاقات الاجماع المحكيه و مجرّد كون ما صار اليه موافقا للعمومات المتقدم اليها الاشاره غير مجد فان ما ذكرناه اخصّ منها و لا شك ان الخاص مقدّم على العام و ان تعدد خصوصاً مثل هذا الخاص على انك قد عرفت المناقشه في دلالة العمومات على ما صار اليه و ان نزلنا كلامه على اختيار القول الثاني كما يستفاد من بعض كلماته فلا ينفع أيضاً لاندفاعه بما تقدم اليه الاشاره و ان وجد به قائل عن قدماء الاصحاب و ان كان نزاعه في موضوع الحكم الشرعى فيدعى أنّ القبض الذي هو شرط الوقف مط حتى هذا النوع منه حاصل باعتبار تملك الواقف للموقوف قبل الوقف و يعترف بانه لو فرض انتفاء القبض هنا لكان اللازم اعتباره كما يرشد اليه جمله من كلماته فلا وجه ح للتمسك بالعمومات على مدّعا و لا لمنعه شمول عبارات الاصحاب لمحل البحث و اطاله الكلام فيهما و ذلك لان الموضوعات المشتبّهه لا تثبت بما ذكر مع أنّه لم يتحقّق هذه الدّعوى و لا اقام الحجّج عليها و انما طول كلامه في الرساله في امور لا حاجه اليها و يستغنى الفقيه عن الاشاره اليها فما حقّقه لا حاجه اليه و ما هو المحتاج اليه لم يحقّقه و كيف كان فالدّعوى المشار اليها باطله لما اشرنا اليه و لئن تنزلنا فلا أقلّ من الشكّ في حصول الشرط الثابت شرطيته و من عد العقليه و الاصوليه و الفقهيّه المسلمه عند جميع العلماء بل العقلاء أنّ الشك في الشرط يقتضى الشك في المشروط فالاصل عدمه حتى يتحقّق الشرط فت فيما ذكرناه حق التأمّل فانه دقيق و تحقيق وثيق و لكن لا ابرئ نفسي فان النّفس لأماره بالسوء الا ما رحم ربي و منها ما تمسك به بعض فضلاء العصر الذاهب الى توقف الوقف على القبض مط و لو كان وقفا على الجبهه و كان المتولى هو الواقف و هو خيرا محمد بن مسلم و عبيد بن زراره فانّ مقتضاهما بطلان وقف الوالد على اولاده الكبار اذا لم يقبضوا حتى يموت سواء كان الناظر هو الواقف أم غيره و لا يقدر في ذلك اختصاص مورد هما بصوره خاصّه لأنه اذا ثبت توقف الوقف على القبض و لو كان الناظر هو الواقف في هذه الصوره ثبت مط و في جميع الصور حتى فيما لو كان الوقف على الجبهه و كان الناظر هو الواقف و ذلك لما اشار اليه الفاضل المشار اليه من الاجماع المركب لادن في المسأله قولين احدهما القول بتوقف الوقف على القبض مط و هو الذي ذهب اليه المعظم و ثانيهما القول بعدم توقفه عليه حيث يكون الناظر هو الواقف سواء كان من وقف الوالد على اولاده الكبار الذي هو مورد الزوايه او من



غيره و هو الذى نسب الى ابن حمزه فالتفصيل الذى صار اليه بعض الاجلاء من المعاصرين من ان الوقف على الجبهه لا يتوقف على القبض حيث يكون الناظر هو الواقف دون غيره خرق للإجماع المركب و احداث قول ثالث لم يذهب اليه احد من الاصحاب فيكون باطلا هذا و قد صرح الفاضل المعاصر المستدل بالروايتين على ما ذكر بان نفى جواز الرجوع فى الوقف على الاولاد الصغار فى اخر روايه محمد بن مسلم لا ينافى المطلوب لان قبض الوالد يقوم مقام قبضهم بل التعليل الذى علل به نفى الرجوع صريح فى انه من اجل حصول القبض و الا لما كان له فائده فيفيد توقف كل وقف على القبض بناء على حجيه مفهوم العله لا يق الإجماع المركب مم فان الحلبي الذى تقدم الاشاره الى قوله مفصل لأنه لا يشترط القبض فى الوقف على الجبهه سواء كان المتولى هو الواقف أم غيره لأننا نقول المقصود من دعوى الاجماع ابطال ما ذهب اليه بعض اجلاء المعاصرين الذى اشرنا اليه لان الذى ذهب اليه لم نجد به قائلا لا عينا و لا اثرا و اما قول ابن حمزه فيبطل

بنفس اطلاق الروايه و لكن فى الجملة و اذا ضم اليه الاجماع المركب بطل مط فتدبر على ان الحلبي شاذ شديد الشذوذ لا يقدر فى الاجماع و بالجملة لا اشكال فى دلاله الروايتين على المدعى و يعضدهما ذيل روايه صفوان المتقدمه فاذا المعتمد هو القول الثانى الذى ذهب اليه المعظم

### السادس هل يتوقف القبض على اذن الواقف

فلو قبض الموقوف عليه الموقوف من غير اذن الواقف لم يعتبر قبضه فلم يتحقق به شرط الوقف او لا بل يكفى مجرد القبض مط و لو لم يأذن به الواقف بل و لو منع منه يظهر الاول من الدروس و التنقيح و ضه فانها صرحت بان لا بد فى القبض من اذن الواقف به و يظهر أيضا من الرياض و كل من أطلق توقفه على الإقباض ممن صرح بتوقفه على القبض و من لم يصرح به بل صرح فى الكفايه بان اعتبار الاذن فيه مما صرح به غير واحد منهم و لكن يظهر منه التامل فيه لتصريحه بان حجته غير واضحه بل ربما كانت هذه العبارة ظاهره الدلاله فى عدم اعتباره كما يستفاد ممن أطلق اعتبار القبض من غير اشاره الى الافتقار الى الاذن للأولين وجوه احدها ان الاصل عدم صحه الوقف مط خرج المقبوض بالاذن بالدليل و لا دليل على خروج المقبوض بغير الاذن فيبقى مندرجا تحته و قد يدفع بان العمومات الداله على صحه الوقف من قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و قوله ع الوقوف على حسب ما يوقفها اهلهما تقتضى صحتها مط و لو لم يقبض أصلا و لكن خرج هذا بالدليل و لا دليل على خروج المقبوض بغير الاذن فيبقى مندرجا تحتها و لكن قد عرفت سابقا ان العمومات المشار اليها محل مناقشه و ثانيها تصريح كره بان الاقباض شرط عندنا فان لفظ عندنا ظ فى دعوى الاجماع و يؤيدها تصريح س و التنقيح و ضه باعتبار الاذن فى القبض من غير اشاره الى خلاف من احد فيه و قد يناقش فيما ذكر بمنع دلالته على دعوى الاجماع خصوصا ما عدا كره من الكتب المذكوره فانه لا اشعار فيه بذلك فضلا عن الدلاله سلمنا لكنه معارض بظهور عبارات جماعه فى دعوى الاجماع على كفايه القبض مط و ثالثها ما اشار اليه فى لك و ضه من ان القبض ركن من اركان العقد و قد

ص: ٤٨٦

تعلق النهى به هنا باعتبار عدم الاذن لأن الوقف قبل القبض لم ينتقل الى الموقوف عليه بل باق على ملكيه الواقف فاذا قبض بغير اذنه كان تصرفا فى ملك الغير بغير اذنه و هو منهي عنه و المنهى عنه لا يعتد به شرعا و فيه نظر اما اولا فللمنع من كون القبض

ركنا من اركان العقد بل هو شرط من شروطه و اما ثانيا فللمنع من تعلق النهى به فى جميع الصور فانه قد يجوز التصرف فى ملك الغير من غير اذنه كما اذا اعتقد انه مال نفسه او قصد حفظه او جعله الحاكم عنده امانه و نحو ذلك و اما ثالثا فللمنع من ان المنهى عنه لا- يعتد به مط نعم اذا كان عباده فلا يعتده به و اما اذا كان معامله فقد يعتد به لان النهى فى المعاملات لا يقتضى بنفسه الفساد و من الظاهر ان القبض من المعاملات لا العبادات و قد اشار الى ما ذكر فى لك و رابعها عموم قول صاحب الزمان ع فى المروى عن اكمال الدين فكل ما لم يسلم فصاحبه بالخيار و كلما سلم فلا خيار لصاحبه فان مقتضاه فيما اذا لم يحصل تسليم الواقف الموقوف للموقوف عليه ثبوت الخيار له سواء حصل القبض و التسلم للموقوف عليه أم لا- فلو كان القبض بغير الاذن كافيا فى لزوم الوقف لزم تخصيص عموم الروايه بغير هذه الصوره و هو خلاف الاصل فلا يصار اليه و للآخرين وجوه أيضا منها العمومات المتقدمه اليها الاشاره و منه اطلاق قول العلامة فى كره ان الوقف يلزم بالعقد و القبض عند علمائنا اجمع و يعضده اطلاق دعوى الاجماع على توقف الوقف على القبض فى الخلاف و التنقيح و جامع المقاصد و لك و منها اطلاق مفهوم الشرط فى قول الصادقين ع فى خبرى محمد بن مسلم و عبيد بن زراره المتقدمين اذا لم يقبضوا حتى يموت فهو ميراث فانه فى قوه ان يق اذا قبضوا قبل الموت فليس بميراث و هو اعم من ان يكون قبضهم مع الاذن او بدونه و القول بان المفهوم لا- يفيد العموم ضعيف و التعارض بين هذا العموم و عموم المروى عن كمال الدين المتقدم اليه الاشاره من قبيل تعارض العمومين من وجه كما لا يخفى و من الظاهر ان وجوه الترجيح مع عموم المفهوم فيلزم المصير اليه خصوصا مع عدم ثبوت اعتبار سند معارضه بحيث يصح الاعتماد عليه و فيه نظر لظهور ان المعظم على اعتبار الاذن فى القبض و الشهره من اقوى المرجحات فالمسأله فى غايه الاشكال فلا ينبغي ترك الاحتياط فيها بل القول الاول فى غايه القوه

### السابع اختلفت عبارات الاصحاب فى التعبير عن هذا الشرط و هو القبض

فمنهم من اقتصر على التصريح بان القبض شرط و هو الحلّى فى السيرائى و السيورى فى التنقيح و المحقق الثانى فى جامع المقاصد و الشهيد الثانى و منهم من اقتصر على التصريح بان الاقباض شرط و هو الشيخ فى النهايه و العلامة فى صره و د و التحرير و الشهيدان فى س و للمعه و ضه و هو يفيد شرطيه القبض و زياده و لعلها الاذن فى القبض و لكن صرح فى ضه بانه يغير الاذن فى القبض بان يأذن و لا يرفع يده عنه ثم فسره كما فى الرياض بانه تسليط الواقف عليه و رفع يده عنه و فيه نظر و يدل على كون الاقباض شرطا تصريح كره بانه شرط عندنا و الخبر المروى عن اكمال الدين و الظاهر انه اخص من الاذن فى القبض و كيف كان فالاحوط مراعات صدق اللفظ عرفا بل لا يبعد الحكم بكونه هو الشرط فى الوقف و منهم من صرح بانه يشترط فى الوقف القبض و الاقباض معا و هو المحقق فى فع و يع و العلامة فى لف و كره و عد و قد يق ان الحكم بشرطيه الاقباض يعنى عن الحكم بشرطيه القبض لأنه اعم من الاقباض مط فاذا شرط الاخص كان الاعم شرطا بالضرورة فلا فائده فى التصريح بشرطيته الا اذا قصد التصريح بما علم ضمنا و على هذا لا حاجة الى التصريح بانه يشترط فى العين الموقوفه ان يكون ميا يصح اقباضه و لكن صرح به فى الغنيه و فع و يع و د و عد و كره و للمعه و ضه و الرياض بل ادعى الاول عليه الاجماع صريحا و صرح فى الاخير بانه مما لا خلاف فيه محتجا عليه بالاصل و اختصاص الادله كتابا و سنه بما اشتمل على هذا الشرط و بما دل على كون القبض شرطا و فرع على هذا الشرط امور احدها عدم صحه وقف الآبق و صرح بهذا فى د و عد و ضه و كره و منها عدم صحه وقف الجمل الشارد و صرح بهذا فى كره و منها عدم صحه وقف الطير فى الهواء و السيمك فى الماء و المغصوب و صرح بجميع ما ذكر فى ضه و الرياض و التحقيق فى هذا ان يق ان المصرحين بالشرط ان اراد و بيان ان اشتراط

القبض فى صحّحه الوقف يقتضى كون الموقوف ممّا يصحّ اقباضه فهو حسن و لكن لم يكن ما ذكر شرطاً اخر من شروط صحّحه الوقف بل هو راجع الى شرطيه القبض فلا يكون لذكره فائده مهمه و مع ذلك لم يتفرّع عليه عدم صحّحه وقف الامور المذكوره اذا امكن قبضها بعد العقد و لو بعد حين و ان لم يكن قبضها حين العقد و بعده فى الجملة بل يصحّ وقفها ح كما صرّح به فى جامع المقاصد و كذا صرّح به فى لك محتجاً بانّ القبض المعتبر فى صحّحه الوقف غير فورى و ح فلا مانع من وقوع الصّيغه صحيحه و صحّحه الوقف مراعات لقبضه بعد ذلك و ان طال الزمان ثم صرّح كجامع المقاصد بان هذا بخلاف البيع فانه معاوضه من الجانبين و شرطها امكان تسليم العوضين فى الحال بالنصّ فلا يتعدّى الى غيره للأصل نعم اذا تعذر قبضها مط اتجه الحكم بعدم صحّحه وقفها ح كما صرّح به فى جامع المقاصد و لك و ان ارادوا بيان انه يشترط فى صحّحه الوقف كون العين الموقوفه ممّا يمكن اقباضها و قبضها ممّا يعلم بامكانها حين الوقف و عقده و ان تحقق الامران بعد حين اتجه ما ذكره من الفروع على وجه الاطلاق و كان ذلك شرطاً اخر غير الاقباض و القبض و لكن لا دليل عليه بل الظاهر أنّه ممّا لم يذهب اليه احد و ان اوهمه جملة من العبارات و يدل على فساد جملة من الأخبار المتقدّمه و يؤيّد العمومات المتقدّمه اليها الاشاره و لو كان الموقوف ممّا يتمكن الموقوف عليه من قبضه دون الواقف كالجمل الشارد و العبد الآبق فى بعض الاحيان فصرّح فى لك و ضه و الرياض بصحّحه وقفه ح من غير حاجه الى الضّميمه و احتج عليه فى الاخيرين بان الاقباض المعتبر من المالك هو الاذن فى قبضه و تسليطه عليه و المعتبر من الموقوف عليه تسلمه و هما حاصلان فيصحّ الوقف لتحقّق شرطه و فيه نظر للمنع من صدق الاقباض بنفس الاذن المذكور نعم ان كان بحيث يصدق معه الاقباض عرفاً فلا اشكال فيما ذكره كما لا اشكال فيه على تقدير كون الشرط هو القبض

### **الثامن لا يشترط القبض فى بقيه الطبقات المتأخره اذا قبضت الطبقة الاولى حيث يكون الوقف على الترتيب**

فيكفى فى صحّحه الوقف قبض البطن الاول و قد صرّح بذلك فى يع و د و التحرير و عد و كره و جامع المقاصد و لك و الكفايه و الرياض و لهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه و يؤيّد تصريح الرياض بانه لا خلاف فى سقوط اعتباره فى بقيه الطبقات و منها العمومات الداله على صحّحه الوقف مط

ص: ٤٨٧

خرج البطن الاول بالدليل و لا دليل على خروج غيره فيبقى مندرجا تحتها فت و منها انه لو توقّف الوقف على قبض جميع الطبقات لاشتهر نصّاً و فتوى و عملاً و التالى بط فالمقدّم مثله و منه اطلاقات الادله على شرطيه القبض من النصّ و الفتوى و منها انه لو توقّف صحّحه الوقف على قبض جميع الطبقات لما علم بصحّحه وقف من الاوقاف المرتبه و للزم تعطيلها و تضييعها و عدم الانتفاع بها ابدًا و التالى بط فالمقدم مثله اما الملازمه فظاهره و اما بطلان التالى فككك أيضا الا ان يدعى انّ الوقف يصحّ بالنسبه الى كل طبقه تحقق قبضها و يفسد بالنسبه الى الطبقة التى لم يقبض و لكنّه يدفع بعد كونه مخالفاً للإجماع على الظاهر باستلزامه كون العقد الواحد موصوفاً بالصّحه و الفساد بالاعتبارين و يتبعّض الوقف صحّحه و فساده و هو غير معهود فت

### **التاسع اذا كان البطن الاول متعدّداً**

كما اذا وقف على اولاده او على عشيرته او علماء العصر الموجودين فهل يشترط قبض جميعهم و لو كانوا ألوفا او يكفى قبض بعضهم فى صحه الوقف بالنسبه الى الجميع او بتبعض الوقف فمن قبض صحّ بالنسبه اليه و من لم يقبض فسد بالنسبه اليه احتمالات اقربها الثانى لوجوه منها العمومات المتقدم اليها الإشاره و منها اطلاق الفتاوى المصرّحه بتوقف الوقف على القبض و منها انه لو توقف الوقف على قبض الجميع لتظافر التنبيه عليه نصّا و فتوى و لاشتهر عملا- و التالى بط و منها انه لو توقف على ذلك للزم تعطيل الوقف و تضييعه حتى يتبين صحته بقبض الجميع او فساده بعدم قبض بعضهم و التالى بط فت و منها مفهوم الشرط فى قول الصادقين ع فى خبرى محمّد بن مسلم و عبيد بن زراره المتقدمين اذا لم يقبضوا حتى يموت فهو ميراث و منها مفهوما الشرط و التعليل فى خبر صفوان المتقدم و ان كانوا كبارا و لم يسلمها اليهم و ليخاصموا حتى يجوزوها فله ان يرجع فيها لأنهم لا يجوزونها و قد بلغوا

### **العاشر الوصى اذا وقف على أشخاص او على جهه باعتبار وصيه الموصى بذلك**

فهل هو كالواقف المالك فله الفسخ قبل القبض و يبطل الوقف بموته قبل القبض او لا فليس له الفسخ قبل القبض و يصحّ الوقف اذا قبضه الموقوف عليه بعد موته الاقرب الثانى للأصل و عدم الدليل على الحاق الوصى بالاصل هنا لا من نص و لا من فتوى و للعمومات المتقدم اليها الاشاره فت و لإطلاق قول العلامه و كره و يلزم الوقف بالعقد و القبض عند علمائنا فت

### **الحادى عشر هل يشترط فى صحه الوقف قبض تمام الموقوف**

فلو قبض بعضه و مات الواقف لم يصح مط و لو بالنسبه الى المقبوض او يصح مط و لو بالنسبه الى غير المقبوض او يصح بالنسبه الى المقبوض دون غيره فيه اشكال من العمومات المتقدم اليها الاشاره و اطلاق النصوص و الفتاوى و من الاصل و ظهور انصراف الاطلاق الى قبض الجميع و ضعف دلالة العمومات لما تقدّم اليه الاشاره فاذن الاقرب هو الأول حيث يكون الموقوف المجموع المركب و ان كان جميع الافراد فيحتمل قويا صحه الفرد المقبوض دون غيره لتحقق شرط الاول دون الثانى

### **الثانى عشر لا يشترط فى القبض المتوقف عليه الوقف الفوريه**

فلو وقع بعد العقد بمدّه طويله صحّ الوقف و لزم و قد صرح بذلك فى الايضاح و س و التنقيح و جامع المقاصد و لك و ضه و الكفايه و الرياض و لهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه و منها ظهور الرياض فى دعوى الاجماع عليه حيث عزى ذلك الى الاصحاب و منها العمومات المتقدم اليها الاشاره و قد اشار اليها فى جامع المقاصد و لك حيث استدّلوا على ذلك باصالة عدم الاشتراط و منها ما تمسك به فى الايضاح و جامع المقاصد و لك من خبر عبيد بن زراره المتقدم اليه الاشاره حيث علق فيه البطلان بعدم القبض الى ان يموت الواقف فان المقتضاه الاكتفاء به قبل الموت متى حصل و على هذا يدلّ على ذلك صحيحه محمّد بن مسلم المتقدمه و يؤيدها المروى عن اكمال الدين المتقدم اليه الاشاره و كذا يؤيدها صحيحه صفوان المتقدمه و قد استدّل بها فى لك و الرياض على ذلك و احتمل فى عد و غيره اشتراط الفوريه بل الاول لم يرجح شيئا فظاهره التوقف فى المسأله و وجهه ما ذكره فى لك من ان القبض ركن فى العقد فجرى مجرى القبول خصوصا على القول بعدم اشتراط القبول ثم

صَرَّحَ بَانَ هَذَا يَفَارِقُ قَبْضَ الْبَيْعِ فَإِنَّ الْمَلِكَ وَالْعَقْدَ يَتِمُّ بِدُونِهِ فَلَا يَشْتَرُطُ فِي تَحْقُقِ حُكْمِهِ فُورِيَّتَهُ قِطْعًا وَ هَذَا الْوَجْهَ فِي غَايَةِ الضَّعْفِ

### الثالث عشر إذا وقف الوالد شيئاً من ماله الذي في قبضه و تحت تصرّفه على الصغير الغير البالغ من اولاده صحّ الوقف

و لزم من غير حاجه الى قبض جديد عن الصّغير و قد صرّح بذلك في النهايه و فع و يع و د و كره و عد و التّحرير و س و جامع المقاصد و لك و الكفايه و الرياض و حكاه في لف عن ابن الجنيّد و لهم وجوه منها ظهور الاتفاق و يعضده تصريح الرياض بانه لا خلاف في ذلك من احد و منها العمومات المتقدّم اليها الاشاره مرارا عديده فت و منها ما تمسّك به في لك من انه لما كان المعترف من القبض رفع يد الواقف و وضع يد الموقوف عليه و كانت يد الولي بمنزله المولى عليه كان وقف الاب و الجدّ و غيره ممّن له الولايه على غير الكامل لما في يده على المولى عليه تحقّقا بالايجاب و القبول لان القبض حاصل قبل الوقف فيستصحب فينصرف الى المولى عليه بعده لما ذكر و فيه نظر و منها قول الصادقين ع في خبري محمد بن مسلم و عبيد بن زراره المتقدمين و ان تصدق على من لم يدرك من ولده فهو جائز لان والده هو الذي يلي امره و يعضده قول الصّادق ع في صحبته جميل ففي إحداهما الرّجل يتصدّق على بعض ولده و هم صغار أله ان يرجع فيها قال لا الصّيدقه لله تعالى و في الاخرى عن رجل تصدّق على ابنه بالمال أله ان يرجع فيه فقال نعم الا ان يكون صغيرا و كذا يعضده ما في صحبته صفوان المتقدمه و هل ذلك لأجل قيام قبض الولي مقام قبض الصّغير فلا يسقط شرطيه القبض هنا او لأجل ان هذا النوع من الوقف لا يشترط فيه القبض يظهر الاول من يع و فع و التّحرير و عد و كره و س و لك و الكفايه و الرياض لتصريحها بان قبض الوالد يكون قبضا عن الصّغير و بان يد الوالد كيد الصّغير و بان قبض الواقف على اطفاله كاف و بان قبض الولي كقبض المولى عليه و بان الوجه في صحّه هذا الوقف كون الموقوف مقبوضا بيد الوالد و من البيّن ان هذه العبارات كالصّريحه فيما ذكرناه و يظهر من الارشاد الثاني لتصريحه بانه لا يشترط في الوقف على صغار اولاده القبض و هو ضعيف بل الاقرب هو الاول و عليه فهل يجب عليه الاب الواقف ان يقصد القبض عن ولده الموقوف عليه او يكفي مجرد المقبوضه في يده مط و لو قصد عدم القبض لأجل الولد صرّح بالثاني في لك و الكفايه و هو ظ اطلاق فع و يع و التّحرير و كره و عد و س و الرياض و المحكي عن المهذب و الوسيله و ير و د و الجامع و

ص: ٤٨٨

و غيرها و لهم اطلاقات بعض الاخبار المتقدمه و ما تمسّك به في لك من تحقّق القبض الذي لم يدلّ الدليل على ازيد من تحقّقه و يؤيد ما ذكر العمومات المتقدم اليها الاشاره و استشكل ذلك في جامع المقاصد بان القبض انما يحسب لدى اليد ما لم يقصده لغيره ممّن له ولايه عليه و احتمال في لك اعتبار القصد معللا بانه الفارق بين القبض السّابق الذي كان لغير الوقف و بينه بل صرّحا في مقام اخر بلزوم هذا القصد تمتّكا بالوجه المذكور و يؤيد ما ذكر ان الاصل لزوم تجديد القبض بعد الوقف لإطلاقات الاجماع المحكيه على شرطيه القبض و الاقباض و صحبته صفوان المتقدمه و قول صاحب الزّمان ع في المروى عن اكمال الدين كل ما لم يسلم فصاحبه بالخيار خرج صورته القصد فيبقى غيرها مندرجا تحت ما ذكر و في جميع ما ذكر نظر و الاقرب هو القول الاول و الاحتمال الثاني فلا يشترط مضي زمان يمكن فيه الاقباض و القبض كما صرّح به في التّحرير و كره

و لا نصب و كيل للقبض كما صرح به فى الاول و هل يلحق بالوالد الجد له و ان علا او لا بل يختص الحكم بالوالد صرح بالاول فى يع و د و التحرير و عد و كره و س و لك و الكفايه و الرياض بل الظاهر انه ممّا لا خلاف فيه و يدلّ عليه مضافا اكثر الوجوه المتقدمه و منها اخبار محمّد بن مسلم و عبيد بن زراره و جميل و صفوان فان الولد يعمّ ولد الولد بل قد يدعى شمول الوالد للجدّ مضافا الى ان التعليل يقتضى التعميم بالنسبه الى الجدّ و يؤيد عليه اشتراكهما فى الاحكام و هل يلحق بهما الوصى لكل منهما او لا صرح بالاول فيما عدا الرياض من الكتب المتقدمه و احتج عليه فى الكفايه بالتعليل المذكور فى صحيحه محمّد بن مسلم المتقدمه فيدلّ عليه أيضا روايه عبيد بن زراره لمساواتها لتلك الصحيحه فى عموم التعليل فما ذكره هو المعتمد و حكي فى لك عن المحقق فى يع و العلّامه فى التحرير التردد فى اللاحق نظرا الى ضعف يده و ولايته بالنسبه الى غيره من ساير الاولياء ثم اجاب عنه قائلا لا وجه للتردد فان اصل الولاية كاف و المعتبر هو تحقق كونه تحت يد الواقف مضافا الى ولايته على الموقوف عليه فيكون يده كيده و لا يظهر لضعف اليد و قوتها اثر فى ذلك و كذا يلحق بالأب فى ذلك الحاكم حيث يكون له الولاية على الصّغير كما صرح به فى لك و يدلّ عليه عموم التعليل المتقدّم و هل يلحق به العدل فى ذلك حيث يكون له الولاية عليه او لا لم اجد احدا تعرض لهذا و احتمال اللاحق فى غايه القوه لعموم التعليل المتقدّم و لا يلحق بمن ذكر ساير الاقارب من الام و ابيها و الاخوه و غيرهم حيث لا يتولونه و اما اذا تولّوه تبرعا ففى اللاحق اشكال من الأصل و عموم ادله لزوم القبض و من عموم التعليل المتقدم و فيه نظر و هل يلحق بمن ذكر و كيل الولي بالاصاله من الاب و الجدّ و الوصى و الحاكم فيه اشكال أيضا و لكن احتمال اللاحق فى غايه القوه و هل يلحق بالصّبى المجنون فيكفى فى صحّه الوقف عليه كون الموقوف فى قبض اوليائه الذين وقفوا عليه او لا صرح بالاول فى الرياض و هو المعتمد لعموم التعليل المتقدم المؤيد بغلبه اشتراكه مع الصّبى فى الاحكام و بظهور الاتفاق عليه

#### الرابع عشر اذا وقف الاب على ولده الكبار

فلا بدّ من تقيضه اياهم و لا يكفى كون الموقوف مقبوضا للوالد و قد صرح بذلك فى النهايه و المهذب بل الظاهر انه ممّا لا خلاف فيه بين الاصحاب فى الجملة و لا فرق فى الاولاد الكبار بين الذكور و الإناث و لا فيهنّ بين الثيب و البكر و قد عزاه فى لف الى اكثر علمائنا ثم حكي كالدروس عن ابن الجنيد انه الحق بنت الباكره بالطفل فى كفايه قبض الوالد فى صحّه الواقف و هو ضعيف مدفوع بظواهر فتاوى معظم الاصحاب و الاجماع المنقوله و جمله من النصوص المتقدمه و لا يعارضها عموم التعليل فى بعض الاخبار المتقدمه لوجوه عديده لا يخفى و يلحق بالاب هنا ساير اولياء الصّغير من الجدّ و غيره

#### الخامس عشر اذا وقف الاجنبى و غير الولي على الصّغير ما ليس بمقبوض تولى الولي قبضه

كما صرح به فى فع و صره و الرياض بل الظاهر انه ممّا لا خلاف فيه و لا فرق فى الولي هنا بين الاب و الجدّ له و وصيهما و الحاكم و العدل و قد صرح فى الرياض بنفى الخلاف فى الاولين

السادس عشر اذا كان الموقوف تحت يد الموقوف عليه البالغ و فى قبضه بوديعه او عاريه او اجاره او نحوها فيكفى هذا القبض و لا يتوقف صحّه الوقف على قبض اخر غيره

كما صرّح به في كرهه و لك و الكفايه و الرياض و لهم و جوه منها فحوى ما دل على كفايه سبق قبض الولي للصيغير في الوقف عليه و قد اشار الى هذا في الرياض قائلاً ربما يؤمى الى ذلك الاكتفاء في بعض النصوص المتقدمه بسبق قبض الولي الواقف له و كونه في يده و منها العمومات المتقدمه اليها الإشاره فت و منها ما تمسك به في لك من ان المقتضى للصيجه موجود و هو القبض فان استداميته كابتدائه ان لم يكن اقوى و لا دليل على اعتبار كونه واقعا مبتدء بعد الوقف و اشار الى هذا في كرهه أيضا حيث علل الصّحّح بان حقيقه القبض موجوده فيه و اورد عليه اولا بالمنع منه سيما اذا كان مجردا عن نيته بعد الوقف و ثانيا بان ظواهر النصوص المتقدمه اعتبار التسليم و ليس بحاصل هنا و فيهما نظر و على المختار لا يشترط في ذلك مضي زمان يصحّ القبض كما صرّح به في كرهه

### **السابع عشر اذا كان القبض من الموقوف عليه قبل الوقف عليه واقعا بغير اذن الواقف كالمقبوض بالغصب**

فهل يكون حكمه حكم القبض الماذون فيه او لا صرّح بالأول في كرهه معللا بان حقيقه القبض موجوده فيه و صرّح في لك بانه محلّ نظر من صدق القبض في الجملة كما ذكره العلامة في كرهه و النهى عنه غير قادح هنا لأنه ليس بعباده اذ لم يشترط فيه القربه و من ان القبض ركن من اركان العقد و المنهى عنه لا يعتدّ به شرعا و لهذا لو قبضه الموقوف عليه بدون اذن الواقف لغى فلو اعتبر مطلق القبض لكفى و ان اثم ثم صرّح بانه اختلف كلام العلامة في كرهه فقطع هنا بالاكتفاء بالقبض و في الرهن بعدمه و انه يشترط الأذن او مضي زمان يمكن فيه تجديد القبض ثم صرّح بان كلام المحقق في يع يؤذن بالاكتفاء بقبض الغاصب قائلاً و لعله اجود و صار في الرياض الى الاحتمال الثاني و لعله لعموم ما دل على كون الاقباض شرطا من النصّ و الفتوى و هو غير ثابت هنا و هو سليم عن المعارض هنا لفقد الدليل على ان سبق القبض كاف مط حتّى في محل البحث و الاولويه المتقدمه اليها الإشاره لا نم تحقّقها هنا فاذن ما صار اليه في غايه القوّه مع انه احوط في الجملة و عليه فهل يعتبر مضي زمان يمكن فيه احداث القبض او يجب تجديده و الاحوط الاخير بل هو في غايه القوّه و الحق في لك و الرياض بالغصب هنا المقبوض بالشراء الفاسد و فيه نظر

### **الثامن عشر لو وقف و على الفقراء او الفقهاء او نحوهم فلا بدّ من نصب قيم لقبض الوقف**

كما صرّح به في يع و د و التحرير و عد و كره و س و جامع المقاصد و لك و الرياض بل الظاهر انه ممّا لا خلاف فيه و يدلّ عليه مضافا الى ما ذكر العمومات

ص: ٤٨٩

الداله على اشتراط القبض و الاقباض في الوقف مط من النصّ و الفتوى و صرّح في جامع المقاصد و لك بان المراد نصب القيم من قبل الحاكم و يتفرع عليه امور احدها عدم صحّحه قبض بعض مستحقى الوقف من الفقهاء و الفقهاء من غير اذن الحاكم و قد صرّح بهذا بالخصوص في جامع المقاصد و كك صرّح به في لك محتجا عليه بانه لما كان القبض معتبرا في صحّحه الوقف و كان الوقف على مثل الفقهاء و فقفا على الجبهه لم يمكن اعتبار قبض مستحقى الوقف لأنه ليس هو الموقوف عليه في

الحقيقه لان الوقف على جهه من جهات مصالحه فلا بدّ من قابض للوقف و لما كان الحاكم هو الذى يرجع اليه هذه المصالح كان نصب القيم لقبض وقفها و اشار الى ما ذكره فى جامع المقاصد أيضا محتجا على رجوع هذا الوقف الى الوقف على الجهه بان الواقف ينظر الى جهه الفقر و المسكنه و يقصد سد خله موصوف بهذه الصّفه و لا يقصد شخصا بعينه و من ثمّ ينتقل الوقف فى نحو ذلك الى الله تعالى و يظهر من الكفايه أيضا المصير الى ما صارا اليه و هو المعتمد و عليه لا فرق فى ذلك بين ان يأذن الواقف بقبض المستحقين و ثانيها عدم صحه قبض الواقف بنفسه و ربّما يدلّ عليه فحوى ما دل على عدم كفايه قبض المستحقّ و قوله ع فى المروى عن اكمال الدّين كلّ ما لم يسلمّ فصاحبه بالخيار و ظواهر الفتاوى المصرّحه باشتراط القبض و الاقباض فى الوقف و قد تضمّن بعضها دعوى الاجماع على ذلك فت و ثالثها عدم صحّ القبض من المنسوب للواقف له و لكن صرّح فى س و لك و الكفايه بكون قبضه مجزّيا و مقتضى اطلاق الاوّل و الثالث و صريح الثانى عدم الفرق فيه بين المتمكن من الحاكم و منصوبه و عدمه و لهم قوله ع فى صحيحه صفوان المتقدمه ان كان اوقفها لولده و لغيرهم ثم جعل لها قيما لم يكن له ان يرجع و قوله ع فى المروى عن اكمال الدين و كل ما سلّم فلا خيار لصاحبه و يعضده ذيله و العمومات المتقدمه اليها الاشاره و اطلاق الفتاوى المتقدمه اليها الاشاره و اطلاق نصب القيم فى الكتب المتقدمه و عموم قوله ع المؤمنون عند شروطهم فت فما صار اليه هؤلاء الجماعه هو الأقرب و رابعها عدم صحّ قبض الحاكم بنفسه و لكن صرّح فى جامع المقاصد و لك و الكفايه و الرياض بصحّ القبض منه و هو ظ س بل الظاهر أنّه ممّا لا خلاف فيه و ان اوهمت الخلاف عبارات كثيره و قد قطع فى الاوّل باجزاء قبضه محتجا بانه نائب عن الموقوف عليه و يدلّ عليه جملة ممّا تقدّم اليه الاشاره و الظاهر أنّه لا ترتيب بين الحاكم و منصوبه و منصوب الواقف و اذا سبق قبضهم للموقوف و كان باقيا بعد الوقف فهل يجزى او لا- فيه اشكال فلا- ينبغى ترك الاحتياط و اذا كان الحاكم و منصوبه من جملة الفقراء و الفقهاء الموقوف عليهم صحّ أيضا قبضهما باعتبار الاسم لا باعتبار الاستحقاق و صرح فى لك بان محلّ نصب القيم للقبض قبل ايقاع الصّيغه ان اعتبرنا فوريتّه و الّا فقبله او بعده و هو الاقوى

### **التاسع عشر اذا وقف على مصلحه كالتناظر و المساجد و المدارس و غيرها جاز للناظر فيها المنسوب من قبل الواقف قبضه و صحّ منه**

كما صرّح به فى فع و يع و صره و د و التحرير و عد و كره و س و جامع المقاصد و لك و ضه و الكفايه و الرياض بل الظاهر انه ممّا لا خلاف فيه و ربما يدلّ عليه صحيحه صفوان و المروى عن اكمال الدين المتقدمين كما اشار اليه فى الرياض و لا فرق فى ذلك بين ان يأذنه الحاكم بالقبض او لا كما صرّح به فى ضه و لك و هو ظ ما عداهما من الكتب المذكوره و ان لم يكن ناظرا فيتولى الحاكم القبض كما صرّح به فى عد و الايضاح و س و جامع المقاصد و لك و احتج عليه فى الاخيرين اولا بانه نائب للمسلمين و هذا فى الحقيقه وقف عليهم و ثانيا بان الوالى للمصالح العامه هو فيعتبر قبضه و قد يستدل عليه أيضا بانه لو لم يعتبر قبضه للزم احد الامرين اما عدم احتياج هذا الوقف ح الى قبض او كون المعترقب قبض غير الحاكم و هما باطلان اما الاوّل فلما دلّ على لزوم القبض فى الوقف مط و قد تقدّم اليه الاشاره و اما الثانى فلظهور الاتفاق على بطلانه فت و هل يجوز للحاكم القبض مع وجود الناظر او لا يجوز له ذلك الا بعد فقد الناظر يظهر من عد و الايضاح و س و ضه الاول و احتج عليه فى الثانى بانه الوالى لهذه الاشياء و بانه وقف على المسلمين و هو وليهم و صرّح فى جامع المقاصد و لك بالثانى و ربما يظهر من فع و يع و د و التحرير و كره و الكفايه و موضع من عد لتصريحها بانه لو كان الوقف على مصلحه قبضه الناظر و كان القبض الى الناظر فى تلك المصلحه بل ربّما يظهر من الرياض دعوى الاتفاق عليه لأنه نسبه اليهم بلفظ قالوا و احتمله فى الايضاح محتجا بعدم النصّ عليه اذ لم يذكروا الا الاوّل و المسأله لا تخلو عن اشكال فلا ينبغى فيها ترك الاحتياط بل القول الثانى فى غايه القوّه و



الحق في ضه بالحاكم القيم المنصوب من قبله لذلك و هو جيّد و هل يلحق بالناظر قيمه و وكيله الذي نصبه لذلك فيه اشكال من ظهور الكتب المتقدّمه في مباشره الناظر و من ان القبض ممّا يقبل النياه و ان فعل الوكيل فعل الموكل فيكون القابض هو الناظر في الحقيقه و فيهما نظر و كيف كان فلا ينبغي ترك الاحتياط و ان كان الاحتمال الاول في غايه القوه

### العشرون هل يتحقق قبض المسجد بالصلاه فيه و قبض المقبره بالدفن فيها مط

و لو لم يتحقق القبض من الحاكم و لا- من منصوبه و لا- من غيرهما فيكون ذلك من احد الامور التي يتحقّق بها القبض او لا أطلق في يع و د و التحرير و عد و س و الكفايه حصول قبض الامرين بذلك و يظهر من جامع المقاصد و لك بل الظاهر انه ممّا لا خلاف فيه فهو المعتمد و هل يشترط في الامرين وقوعها باذن الواقف او يكفيان مط يظهر من اطلاق ما عدا جامع المقاصد و لك من الكتب المتقدّمه الثاني و صرح في لك بالاول محتجا بان الاقباض الذي هو شرط صحّه الوقف لا يتحقّق الا بالأذن فيلزم اعتباره و هو في غايه القوه و لعل اطلاق الكتب المذكوره على صورته حصول الاذن التي هي الغالب و هل يشترط في الاذن التصريح او يكفي الفحوى الاقرب الاخير و يثبت التصريح منه بكل خبر يفيد العلم تواترا كان او آحادا محفوفه بالقرائن المفيده للقطع و بغير ذلك ممّا يفيد العلم و بشهاده العدلين و لا يثبت بمطلق ما يفيد الظن و لو كان استفاضه على اشكال و هل يكفي مطلق ما يسمّى صلاه حقيقه و لو كانت فاسده او يشترط فيها الصّحه يظهر من اطلاق يع و شاد و التحرير و الكفايه الاول و صرح بالثاني في لك قائلا يشترط كونها صحيحه ليتحقّق مسماها شرعا و هذا التعليل حسن على القول بكون لفظ الصّلاه موضوعا للصّحيح كما هو خيره جماعه من الاصوليين و امّا على المختار من كونه موضوعا للأعمّ منه و من الفاسد فلا الا ان يدعى انصراف الاطلاق الى الصّحيح لتبادره منه فاذن الاقرب ما صار اليه و هو الظاهر من س و جامع المقاصد و لا يشترط العلم بالصّحه بل يكفي في الحكم بها الصّحه بحسب الظاهر و لو باعتبار

ص: ٤٩٠

حمل فعل المسلم على الصّحه و على ما ذكر لا يتحقّق القبض بصلاه المخالف و يتحقق بصلاه الامامي و لو كان فاسقا اذا لم يثبت فسادها شرعا و لا فرق في الصّلاه بين الواجبه مط و المندوبه كك كما صرح به في لك و هو ظ غيره من الكتب المتقدّمه و هل يتحقّق بصلاه الميت او لا الاقرب الاول بناء على المختار من كونها من افراد الصّلاه حقيقه كصلاه الآيات و صرح في لك بعدم الفرق بين الصّلاه الواقعه من الواقف و غيره و هو ظ اطلاق ما عداه من الكتب و قد يستشكل في صلاه الواقف بعدم صدق الاقباض معه و هو شرط في الوقف على ان الموقوف مقبوض له حين الوقف اما باعتبار تملكه له او باعتبار تخليته اياه فلا حاجه الى الصّلاه فعلى هذا ينبغي حمل اطلاق الكتب المتقدمه على غير صلاته فت و بالجمله لم يثبت الى حصول القبض بصلاه الواقف و لا يشترط تعدّد المصلّي و لا الصّلاه و قد صرح بالأول في يع و د و التحرير و س و اما الثاني فيستفاد من اطلاق الكتب المتقدمه كأول من بعضها و هل يشترط في المصلّي الذكوره او لا فيجزى صلاه الانثى و الخنثى ربّما يظهر الاول من يع و د و عد و س لتصريحها بتحقق القبض اذا صلّى فيه واحدا و بصلاه واحد و هاتان العبارتان ظاهرتان في الذكور و لكن لا يبعد ان يق المراد الاعم من الذكور و كك لا يشترط الحرّيه و هل يشترط البلوغ او لا الاقرب الثاني ان قلنا بكون صلاه غير البالغ شرعيه و ان قلنا بانّها تمرينيه ففيها اشكال و صرح في لك بانّه لا فرق في المدفون بين الصّغير و الكبير و هو ظ الكتب المتقدمه ثم صرح

بأنه يعتبر كونه واقعا على وجهه الشرع جامعا لشرائطه و كون المدفون من جمله الموقوف على دفنهم كالمسلم فيما يوقف على المسلم و فى حكمه من يتبعه من طفل و مجنون و جميع ما ذكره جَيِّد ثم صرَّح بأن فى الصَّيِّغ غير المسبَّي و جهان و يظهر منه التوقف فيه و هل يشترط فى الصَّلاة فى المسجد و الدفن فى المقبره ايقاعهما بنيه القبض فلو صلَّى قبل العلم بالوقف او بعده قبل الاذن فى الصَّيِّلاه او بعدهما لا بقصد القبض اَمَّا لذهوله عنه او لغيره لم يلزم و مثله الدفن او لا يشترط بل يكفى مجرد وقوعهما مط يظهر من اطلاق يع و د و التَّحرير و س الثَّانى و صرَّح فى جامع المقاصد و لك بالاول و ربما يظهر من الثَّانى كالكفايه انه مذهب جماعه و لهم ما ذكره فى لك قائلًا انما اختص هذا الوقف بتيه القبض و لم يشترط فى مطلقه لان المقصود هنا صرفه الى الجهة الموقوف عليها و قبض بعض المستحقين كقبض الاجنبى بالنسبه الى قبض الموقوف عليه و لا بدَّ من تيه صارفه له الى الوقف بخلاف الوقف على معين فان قبضه يتحقق لنفسه و المطلوب صرفه اليه و هو حاصل فلا حاجه الى قصد بعينه و صرَّح بما ذكره من التعليل فى جامع المقاصد أيضا و فيه نظر و لكن الاحتمال الاول فى غايه القوه مع أنه احوط فى الجملة و صرَّح بانها يظهر من الفرق الذى ذكره ان القابض لو كان و كيلا عن الموقوف عليه اعتبر قصده القبض عن الغير و هو جَيِّد أيضا و صرَّح فى عد و س و جامع المقاصد و لك بانها يكفى فى وقف المسجد و المقبره قبض الحاكم الشرعى قبل الصَّيِّلاه و الدفن و احتج عليه فى الاخرين و الايضاح اولا بأنه نائب للمسلمين و هذا فى الحقيقه و وقف عليهم و ان اختصَّ بجهة المسجد و المقبره و ثانيا بان الوالى للمصالح العامه هو لو سلم عدم كونه وقفا على المسلمين فيعتبر قبضه و زاد فى لك فصرَّح بانها ربما كان قبضه اقوى من قبض المصلى و الدفن محتجا بان الصَّيِّلاه و الدفن تصرف فى الوقف و هو فرع صحَّه الوقف التى هى فرع تحقق القبض بخلاف قبض الحاكم هنا معللا بعدم النص عليه و بانها لم يذكروا الا الصَّلاه و الدفن و صرح فى جامع المقاصد بظهور ضعف ما ذكره و بان الأصحَّ الاكتفاء بقبض الحاكم و هو الاقرب و استحسنة فى الرياض أيضا و صرَّح فى جامع المقاصد بان قبضه يحصل بالتخليه و لا- يشترط فى الاكتفاء بقبضه تعذر الصَّيِّلاه بل يجزى مط و الحق فى لك و الرياض بالحاكم هنا قيمه المنسوب له و هو جَيِّد و هل يلحق بالمسجد و المقبره نحو المدرسه و الرباط و الدار فيتحقَّق قبضها بتصرف واحد

من المستحقين للتصرف فيها او لا فيه اشكال و لكن الاحتمال الثَّانى هو الاقرب و ربَّما يستفاد من عبارات الاصحاب و ان لم نجد مصرَّحا بالمسأله

### الحادى و العشرون اذا وقف ملكا من املاكه كارض او بستان على الجبهه

كما لو وقف على مسجد او مدرسه و جعل الواقف نفسه ناظرا على الوقف فصرَّح بعض المعاصرين سلمه الله تعالى بانها لا يشترط فى صحَّه هذا الوقف و لا فى لزومه قبض جديد بل يصح الوقف بمجرد الصَّيِّغه سواء كان ذلك الموقوف ممَّا اجره هذا الواقف بشخص اخر قبل الوقف أم كان تحت يده و هو ضعيف لأنه ان استند فى ذلك الى ان القبض ليس شرطا فى هذا الوقف أصلا فهو مدفوع باطلاقات الاجماع المحكيه الداله على كون القبض شرطا مط حتى هذا الوقف و هى معتضده بالشهره العظيمه بل و بظهور عدم الخلاف و بالمروى عن اكمال الدَّين المتقدم اليه الاشاره و مناقشته فى شمول عبارات الاصحاب لمحل البحث فى غايه الضعف فان الشواهد على الشمول له كثيره و من الظاهر بل المقطوع به ان هذا الوقف بالخصوص لو لم يكن متوقفا على القبض دون غيره و مستثنى عن كليه توقف الوقف على القبض لتبها عليه البته و لو كان فيه خلاف لتبها عليه أيضا كما تبها على خلاف الحلبي و ابن حمزه و ان استند الى انه مقبوض للناظر قبل الوقف و هو كاف كما يكفى سبق قبض

الولى للموقوف على الصيغير فيه المنع من كون قبض الواقف لو كان كافيا و لو كان ناظرا للأصل و عدم تصريح معظم الاصحاب بكفايه قبض الواقف و عدم صدق الاقباض الذى هو شرط الوقف لا يق أطلق فى فع و يع و صره و د و عد و التحرير و كره و س و جامع المقاصد و لك و ضه و الرياض انه اذا وقف على مصلحه تولى القبض الناظر و هو يشتمل الواقف اذا جعل النظاره لنفسه لتبسه بالمبدأ بالفعل فيصدق عليه المشتق صدقا حقيقيا و لا اشكال فى جواز جعل الواقف النظاره لنفسه و ان منعه شاذ لأننا نقول اطلاق الناظر و ان شمل الواقف المذكور لغيره ألا ان المتبادر من العبارة المذكوره المتضمنه للشرط و الجزاء الناظر الذى هو غير الواقف و يؤيد ما ذكرناه عبارة الكفايه المصرحه بأنه لو وقف على مصلحه كان القبض الى الناظر الشرعى المنسوب من قبل الواقف و الى الحاكم مع عدمه و ليس فى عبارة الروضه المصرحه بأن الوقف ان كان على وجه عامه قبضه الناظر او الحاكم او القيم المنسوب من قبل الواقف لقبضه منافات لما ذكرناه فت و لا يمكن منعه باتحاد الناظرين فى الحكم لا باعتبار

ص: ٤٩١

عدم ظهور القائل بالفصل للمنع منه و لا باعتبار تنقيح المناط لعدم معلوميته و لا بغيرهما من اسباب التعديه المعتبره عند الاماميه و اما القياس فليس بحجه عندهم مع انه مع الفارق فت سلّمنا كفايه قبض الواقف هنا اذا كان ناظرا و لكن نمنع من كفايه سبق قبضه و المقبوضيه فى يده حين الوقف و غايه ما ثبت من الادله كفايه ذلك بالنسبه الى ولى الصيغير فقط او هو مع الموقوف عليه و اما فى محلّ البحث فلا بل مقتضى اطلاق عبارات الاصحاب المصرحه بلزوم القبض و الاقباض فى الوقف و المصرحه بانه يتولى القبض الناظر فى الوقف على الوجه ان سلّمنا شمولها لمحلّ البحث عدم كفايه ذلك و لزوم تجديد القبض لأجل الوقف من حيث هو سلّمنا ان المقبوضيه فى يد الناظر الواقف كفايه و لكن لا نسلم كفايتها مط و لو لم يقصد القبض لأجل الوقف لعدم الدليل على هذا الاطلاق من شىء من الأدله الأربعة بل صرح فى لك و جامع المقاصد انه لو وقف الاب و الجد ما بيدهما على المولى عليه اعتبر قبضهما عنه و لا يكفى استصحاب يدهما لان القبض السابق محسوب لنفسه لا لغيره و مقتضى هذا التعليل لزوم القصد هنا أيضا لعدم الفرق بين المقامين فيما ذكر سلّمنا ان المقبوضيه مط تكفى و لكن لا نسلم كون الموقوف مقبوضا للناظر الواقف بعد كونه فى يد الغير و تحت تصرفه بالاجاره و مجرد التملك لا يفيد القبض و ان فسر بالتخليه لسلب اسمه لغيره و عرفا على ان الوقف يخرج الملك عن مالكه بناء على القول بانتقال الموقوف الى الله عز و جل او الى الموقوف عليه على الخلاف و لئن تنزلنا فلا أقل من الشك فى ذلك و معه كيف يمكن الحكم بالمقبوضيه فعلى المختار لا يصح الوقف المفروض الا بعد قبض الحاكم له و اقباض الواقف الناظر اياه و ان لم يتمكن من الحاكم يجرى قبض قيم المنسوب من قبل الواقف الناظر فى تلك المصلحه لأجل القبض بل الاقرب كفايه قبضه و اقباض الحاكم اياه مط و لو مع التمكن كما يظهر من الروضه و مع فقدهما يحتمل قويا كفايه قبض بعض المستحقين لتلك المصلحه و اقباض الواقف الناظر اياه فاذا لم يحصل القبض باحد الوجوه المذكوره و مات الواقف الناظر فالظاهر فساد الوقف المذكور

**الثانى و العشرون صرح فى التحرير بانه لا يجوز وقف الدار المستاجره و لا الموصى بخدمته**

و فصل فى كره و لعل اشار اليه فى عد بقوله لا يصح وقف المستاجر و لا الموصى بخدمته و لعل اشار اليه فى عد بقوله لا يصح

وقف المستاجر ولا- الموصى بخدمته و فصل في كره قائلا لو اجر ارضه ثم وقفها فعند الشافعيه يصح لان القبض ليس شرطا عندهم و هو مملوك بالشرائط المذكوره و ليس فيه الا العجز عن صرف منفعتة الى جهة الوقف في الحال و هو لا يمنع الصّحه كما لو وقف ملكه في يد الغاصب و اما عندنا فان اقبضه باذن المستاجر فلا باس و الا لم يصح و لا يثمر لزوم الوقف و وقف الورثة الموصى بخدمته كوقف المستاجر و في جميع ما ذكره في هذه الكتب نظر بل التحقيق انه لا- مانع من صحه وقف المستاجر دارا كان او ارضا او غيرهما كان الواقف هو المتولى او غيره كان الوقف على الجهة او لا حصل وقف القبض باذن المستاجر او لا نعم اذا لم يتحقق القبض المعتبر شرعا و مات الواقف قبل القبض او فسخ بطل الوقف و لا يقدر في حكم الصورة الاولى عدم التمكن من القبض و الاقباض مده الاجاره لما بيناه من عدم الفوريه فيهما و كك لا يقدر في حكم الصورة الثانيه مجزّد كون الموقوف المستاجر في ملك الواقف في الوقف على الجهة لما بيننا من اشتراط القبض و قد اشار الى ما ذكرناه من التفصيل المحقق الثاني فيما حكى عنه

### **الثالث و العشرون صرح في يع و التقيح و لك و الرياض بان القبض المعتبر في الوقف هو القبض المعتبر في البيع**

فان فسّرناه فيه بالتخليه مط و لو في المنقول كما عليه بعض الاصحاب كان هو المراد هنا أيضا و ان فسّرناه فيه بالتخليه في غير المنقول و بالنقل في المنقول كالحيوان و بالكيل و الوزن و العدد في المكيل و الموزون و المعدود كما عليه اخر كان هو المراد هنا أيضا و ما ذكره حسن ان كان المناط في البيع هو العرف و اللغه و اما ان قلنا فيه بامر تعييدا و يكون مخالفا للأمرين فيشكل اعتباره هنا لفقد الدليل على اتحاد قبض البيع و الوقف من الادله الاربعه و مجزّد تصريح الجماعه لا تنهض حجّه و عدم تعرض معظم الاصحاب لتفسيره هنا كالنصوص لا- يدل على الاتحاد بوجه من الوجوه لاحتمال الاحاله على العرف و اللغه كما هو مقتضى الاصل في كل لفظ يرد في الكتاب و السنه و كلمات الاصحاب و لم يكن له حقيقه شرعيّه و لم يقدّم دليل على اراده معنى مجازى منه كما في محل البحث فاذا اقرب ان المناط فيها و المرجع هو العرف و اللغه لا غير

### **منهل صرح في الغنيه و فع و يع و د و التحرير و عد و كره و اللّمعه و ضه و الرياض بأنه يشترط في العين الموقوفه ان يكون ممّا يصحّ اقباضها**

و لهم وجوه منها ظهور الاتفاق على ذلك و منها انه نبه في الغنيه على دعوى الاجماع و هو الحجّه مضافا الى الاصل على ذلك قائلا يشترط ان يكون مقدورا على تسليمه يدل عليه اجماع الطائفه و يعضد ما ذكره في الرياض قائلا يشترط ان يكون ممّا يصحّ اقباضها بلا- خلاف بل عليه الاجماع في الغنيه و منها ما نبه عليه في الرياض قائلا بعد الاشاره الى دعوى الاجماع و هو الحجّه مضافا الى الاصل و اختصاص الادله كتابا و سنه بما اجتمع فيه هذا الشرط مضافا الى ما مر من اشتراط القبض في الصّحه و هو لا يحصل في غير مورد الشرط و فرع على الشرط المذكور امور منها عدم صحّته وقف الآبق و صرح بهذا في د و عد و ضه و كره و منها عدم صحه وقف الجمل الشارد و صرح بهذا في كره قائلا لتعذر التسليم و هو شرط في الوقف عندنا و نبه على الوجه الذي ذكره في يع بقوله لا يصحّ وقف الآبق لتعذر التسليم و منها عدم صحّته وقف الطير في الهواء الذي لا يمكن قبضه و صرح بهذا في ضه و الرياض و منها عدم صحّته وقف السّمك في الماء الذي لا يمكن قبضه و صرح بهذا في ضه و الرياض و منها عدم صحّته وقف المغصوب و صرح بهذا في ضه و الرياض و استشكل فيما ذكره في جامع المقاصد قائلا ظ المصنف انه يصح وقف الآبق كما لا يصحّ بيعه و ان امكن تسليمه بعد العقد و ليس كك بل العقد صحيح و يتم بالقبض ان امكن فلو تعذر أصلا

بطل و الفرق بينه و بين البيع انه معاوضه محضه فيقتضى امكان تسليم العوض لاختصاص البيع بالنص و يعضد ما ذكره ما نبه عليه في لك بقوله لما تحقق ان القبض شرط في صحه الوقف و كان الآبق المتعذر تسليمه لا يمكن قبضه لم يصح و مثله الجمل الشارد و نحوه لكن يشكل بان القبض المعتبر في الصيحه غير فوري و ح فلا- مانع من وقوع الصيغه صحيحه و صحه الوقف مراعات لقبضه بعد ذلك و ان طال الزمان فان تعذر بطل و هذا بخلاف البيع فانه معاوضه من الجانبين و شرطها امكان تسليم العوضين في الحال بالنص فلا يتعدى الى غيره للأصل و فيما ذكره نظر و

ص: ٤٩٢

و التحقيق في هذا المقام ان يق ان المصرحين بالشرط المذكور ان ارادوا بيان ان اشتراط القبض في صحه الوقف يقتضى كون الموقوف ممّا يصح اقباضه فهو حسن و لكن لم يكن ما ذكر شرطاً اخر من شروط صحه الوقف فلا يكون لذكره فائده مهمه و مع ذلك لم يترتب عليه الفروع المتقدمه لما ذكره المستشكلان من امكان القبض فيلزم الحكم بالصيغه بحسب الظاهر حتى يتبين فقد الشرط فاذن المعتمد على هذا التقدير صحه وقف الامور المذكوره الّا في صورته العلم بعدم امكان قبضها و ان ارادوا بيان انه يشترط في صحه الوقف كون العين الموقوفه ممّا يعلم بامكان قبضه حين العقد فهنا لم يعلم كونه كك لم يصح وقفه اتجه ما ذكره من الفروع و كان ما ذكره شرطاً اخر و لكن لا دليل على هذا الشرط و لا يمكن الاعتماد على الاجماع المنقول في الغنيه في اثباته لعدم معلوميه ارادته فالاقرب عدم كون ذلك شرطاً و ان ارادوا انه يشترط في صحه الوقف كون العين الموقوفه ممّا يتمكن من اقباضها حين العقد و انه لا يكفي القدره على الاقباض بعده اتجه ما ذكره من الفروع و كان ما ذكره شرطاً اخر و لكن لا- دليل على هذا الشرط فالاقرب عدم كونه شرطاً و اعلم انه صرح في ضه و الرياض بانه لو وقفه على من يمكنه قبضه فالظاهر الصّحه لان الاقباض المعتبر من المالك هو الاذن في قبضه و تسليطه عليه و المعتبر من الموقوف عليه تسلمه و هو ممكن و قد اشار الى ما ذكر في لك أيضا قائلاً بعد ما نقلنا عنه سابقاً و لو قدر الموقوف عليه على تحصيله فاولى بالصّحه لزوال المانع فلا- عبره بالضميمه هنا لان من شرط الوقف القبض و لا يكفي قبض بعض الموقوف عليه و هو هنا الضّميمه عن الباقي و على هذا فبين حكم البيع و الوقف بالنسبه الى الآبق عموم و خصوص من وجه

### منهل يشترط في صحه الوقف التنجيز و ابقاعه في الحال

#### اشاره

و قد صرح بهذا الشرط في فع و يع و صره و د و التحرير و عد و كره و اللّمعه و س و التنقيح و جامع المقاصد و لك و ضه و الكفايه و الرياض و لهم اولا ظهور الاتفاق عليه و ثانيا انه نبه في لك على دعوى الاتفاق عليه بقوله اشتراط تنجيزه مط موضع وفاق كالباع و غيره و ليس عليه دليل بخصوصه نعم يتوجه على قول الشيخ بجواز وقف منقطع الابتداء اذا كان الموقوف عليه اولا- ممّا يمكن انقراضه او يعلم كنفسه و عنده معنى صحته بعد انقراض من بطل في حقّه جواز المعلق على بعض الوجوه و قد تقدم ضعفه و يعضد ما ذكره اولا قول التحرير اذا علق الوقف على شرط او صفه لم ينعقد و كان باطلا مثل ان يقول اذا جاء راس الشهر فدارى وقف او فرسى او اذا ولد لى ولد او قدم لى غائب و لا نعلم فيه خلاف او ثانيا قول الكفايه يشترط التنجيز لا اعلم فيه خلافا بين الاصحاب و لا- اعلم فيه دليلاً واضحاً و ثالثاً قول الرياض يشترط التنجيز فلو علقه على شرط متوقع او صفه مترقبه او جعل له الخيار متى اراده من دون حاجه بطل بلا- خلاف فيه و بعدم الخلاف صرح جماعه و لعله الحججه مضافاً الى

الاصل و اختصاص النصوص مط بحكم التبادر بغير مفروض المسأله مع ان فى لك الاجماع عليه و

**ينبغى التنبيه على امور**

### **الاول يتفرع على هذا الشرط بطلان الوقف المعلق**

سواء كان تعليقا على الصفه كما فى قوله اذا جاء راس الشهر فدارى موقوفه او على الشرط كما فى قوله ان قدم زيد فهذا وقف و قد صرح بهذا التعميم فى يع و عد و كره و التحرير و س و جامع المقاصد و لك و ضه و الرياض و المراد بالصفه بالتعليق تعليقه بوصف لا بد من وقوعه و بالتعليق بالشرط تعليقه بامر يحتمل وقوعه و قد صرح بالتفسيرين فى جامع المقاصد و لك

### **الثانى لو كان المعلق عليه واقعا و الواقف عالم بوقوعه**

كما فى قوله وقفت ان كان اليوم يوم الجمعه مع علمه بانه يوم الجمعه صح كما صرح به فى التنقيح و س و لك و ضه و الكفايه و الرياض و هو ظ جامع المقاصد بل صرح فى الرياض بنفى الخلاف فيه و يدل على ذلك أيضا الاصل و العمومات و حصول التنجيز عند التحقيق و ان كان الظاهر التعليق

### **الثالث صرح فى التنقيح و الرياض بانه يترتب على اشتراط التنجيز بطلان اشتراط الخيار فى الوقف**

مط بمعنى ان يشترط انه متى اراد فسخ الوقف جاز له و فيه نظر و لكن الحكم ببطلان ذلك صحيح

### **الرابع لا فرق فى اشتراط التنجيز بين الوقف الخاص و الوقف العام**

و منه الوقف على الجبهه و هذا التعميم مقتضى اطلاق كلام الاصحاب

### **الخامس اذا بطل الوقف بعدم التنجيز**

رجع المال الى صاحبه و لم يترتب على هذا العقد اثر فلا يرجع الى الحبس

### **السادس اذا قال اذا مت فهو وقف**

فان علم انه قصد ايجاب الوقف كما هو ظ اللفظ لزم الحكم ببطلانه لأنه من الوقف المعلق ح و ان علم انه قصد ايجاب الوصيه لا ايجاب الوقف صح و وصيته و ان اشبه الحال و احتمل الامران فهل يحكم بالصحه و يحمل على الوصيه او لا اشكال من اصاله

الصّححه فيما ورد من العاقل و من ان الظاهر من اللفظ المعنى الفاسد و لم يثبت عموم الاصل المشار اليه بحيث يشمل المقام لا يق كما لم يثبت بذلك لم يثبت عموم اصاله و جوب حمل اللفظ على ظاهره بحيث يشمل المقام فينبغي التوقف و الحكم بالقرعه فانها لكل امر مشكل او التخيير فى الترجيح لأننا نقول الظاهر حصول الاتفاق على لزوم العمل بظواهر الالفاظ مط سلّمنا و لكن لا- قائل بالقرعه و التخيير هنا مضافا الى اصاله عدم ترتب الاثر على العباده المفروضه و اصاله عدم انتقال الملك الى غير الوارث و عموم ادله الارث فت فاذن المعتمد هو الاحتمال الثانى و اليه ذهب فى جامع المقاصد قائلًا لو قال هو وقف بعد موتى احتمال البطلان لأنه تعليق و الحكم بصرفه الى الوصيّه بالوقف لا ريب انه لا يراد بهذه الصيغه الخبر قطعًا فبقى ان يراد بها الانشاء و هى بنفسها أنّما تدل مطابقه على إنشاء الوقف بعد الموت بهذه الصيغه الماتى بها الآن و ذلك يقتضى البطلان لإخلاله بكون الصيغه سببا تاما فى حصول الوقف بل يكون لحصول الموت دخل فى ذلك و ذلك معنى التعليق فيكون باطلا لان العقود انما تصحّ اذا كانت سببا تاما فى إنشاء ما يطلب بها و الّا لم يترتب عليها اثرها و ذلك هو معنى البطلان و لا دلالة لها على الوصيّه الا بتكلف تقدير ما لا- يدل عليه اللفظ و لا- يدلّ عليه دليل بان ينزله على ان المراد جعله وقفا بعد الموت و ارتكاب مثل ذلك تعسف محض و اجراء الاحكام الشرعيّه على امثال هذه الالفاظ التى لا دلالة لها على المراد من الامور المستبعده جدا فقد سبق انه لو قال قائل لاخر اقبض دينى الذى على فلان لك لم يصحّ و ان كان المامور ذا دين عند الامر و قد سبق فى الوكالة أنّه لو قال اشترى بمالك كذا لم يصحّ مع ان المراد معلوم و التقدير ممكن و الاحتجاج بان ذلك مستعمل فى الوصيّه كثيرا و بان الاصل الصيغه و لا يتحقق الّا بالحمل ضعيف بمنع الاستعمال المدعى و التزام عدم تأثيره ما لم يصر معنى اللفظ حقيقه او مجازا و اصاله الصّحه فى الصيغه المذكوره لا يقتضى جعلها وصيه ما لم يضمّ اليها ما يدلّ على ذلك و فى حواشى الشهيدان

ص: ٤٩٣

هذا اذا لم يعلم القصد فان علم فلا بحث و فيه نظر لأنّ مجرّد القصد لا تاثير له ما لم يوجد اللفظ الدال عليه حقيقه او مجازا و الذى يقتضيه النّظر و سبق الحكم به فى نظائره البطلان نعم لو شاع استعمال ذلك فى الوصيّه و اشتهر لم يبعد القول بصحّته و فى بعض ما ذكره نظر و صار فى الايضاح الى الاحتمال الاول قائلًا بعد الاشاره الى عبارته عد اقول لأنه ابلغ من قول اوقفوا هذا بعد موتى و لاستعماله فى الوصيّه كثيرا و هو الأصحّ لأنه تصرف مالى يتعلق بالموت و هذا معنى الوصيّه و فى ما ذكره نظر

**منهل يشترط فى الموقوف ان يكون ممّا يصحّ تملكه شرعا**

**اشاره**

كما فى فع و يع و كره و د و عد و التحرير و س و اللّمعه و ضه و الكفايه و غيرها بل الظاهر انه ممّا لا خلاف فيه و هو الحجّه مضافا الى الاصل و منافات ما لا يصحّ تملكه للعقد كما لا يخفى فلا يصحّ للمسلم وقف الخنزير و الخمر و الجو و منع فخر الإسلام فى الايضاح من صحه وقف الكافر الخنزير على مثله و جوزه علامه فى عد و كذا المحقق الثانى فى جامع المقاصد قائلًا بعد قول عد نعم لو وقفه الكافر على مثله فالاقرب الصيغه وجه القرب أنّه مملوك الكافر يصحّ نقله بالبيع و نحوه من اسباب النقل فجاز وقفه لان المانع من وقفه فى حق المسلم أنّما هو عدم كونه مملوكا و يحتمل العدم لامتناع التقرب به و لا ريب ان البحث فى هذه المسأله فى صحّته الوقف من الكافر و انما يتحقق صحّته اذا لم يشترط فيه التقرب او اكتفينا بتقرب الكافر بحسب معتقده و ان كان بعيدا فاذا تحقق ما لم يثبت صحّته وقف الكافر لا يمكن الخوض فى هذه المسأله و اعلم انه بناء على الصّحه لا

ريب ان الخنزير اذا لم يتظاهر به اهل الذمه معدود مالا كسائر الاموال و المعتبر كونه قربه بالنسبه الى الوقف انما هو المصرف دون نفس المال اذ لا يعتبر الا عده مالا في نظر الشارع فلا فرق ح بين وقف الكافر الشاه او الخنزير و هذا انما هو اذا ترفعوا إلينا و الا فلا تعرض اليهم فيما يجرى بينهم الا المناكر اذا تظاهروا به فيما قربه المصنف هو الأصح و وافقهما في جواز ذلك في س و

## ينبغي التنبيه على امرين

### الاول يشترط في الموقوف أيضا ان يكون مملوكا بالفعل

فلو وقف ما يصح تملكه شرعا و ليس بمملوك بالفعل كما لو وقف شيئا يملك بالحيازه قبل حيازته لم يصح كما هو ظ الكتب المتقدمه بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه

### الثاني هل يشترط ان يكون مملوكا للوقف

فلو وقف مال غيره لم يصح و ان اجاز المالك او لا يشترط ذلك بل يصح وقف مال الغير ان اجاز اخترف الاصحاب فيه فصرح في الايضاح و جامع المقاصد و الرياض و موضع من يع بالاول و صرح في القواعد و التحرير و اللمعه و ضه و الكفايه و موضع اخر من يع بالثاني و حكى في لك و توقف في كره و س و المسأله في غايه الاشكال و مراعات الاحتياط بتجديد الوقف مع الاجازه اولى و لكن القول الثاني لا يخ عن قوه خصوصا على القول بعدم توقف الوقف على قصد القربه لعموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ الذى يدل على صحه كثير من المعاملات الفضوليه لا يق هذا انما يتجه التمسك به لصحه بعض افراد الوقف و هو الذى يتوقف على العقد المشتمل على الايجاب و القبول و اميا ما لا يتوقف عليه بل يكفى فيه الايجاب فقط فلا يصح التمسك بما ذكر على صحته في محل البحث فيكون الدليل اخص من المدعى لانا نقول هذا بط لانا لو سلمنا انقسام الوقف الى القسمين المشار اليهما فنقول اذا حكمنا بصحه احدهما في محل البحث لزم الحكم بصحه الآخر فيه لعدم القائل بالفرق بينهما و لعله الى هذه الحجه اشار في الايضاح و جامع صد بقولهما في مقام الاحتجاج على القول الثاني انه عقد صدر من صحيح العبارة قابل للنقل و قد اجاز المالك فيصح كالبيع و النكاح بل قد صرح بها في لك قائلا مرجع الخلاف الى ان تصرف الفضولى قد وقع شرعا في مثل البيع بالنص و غيره من العقود مساو له في المعنى و ان الوقف صدر من صحيح العبارة و لا مانع فيه الا وقوعه بغير اذن المالك و قد زال المانع باجازته فدخل تحت الامر العام بالوفاء بالعقد فيصير الاجازه كالوقف المستانف من المالك لا يق يدفع ما ذكره بعض الفضلاء قائلا ان عبارة الفضولى لا اثر لها من حيث عدم الملك و قبح التصرف في ملك الغير فلا يترتب عليه اثر و تاثير الاجازه غير معلوم في غير موضع النص و تحقق الفرق بين الوقف و البيع لان بعض اقسامه فك ملك كالعق فلا يقبل الفضول فماهيته من حيث هي مغايره للبيع و ان وافقه بعض الافراد لو قيس عليه هذا لانا نقول لا يصلح لدفع ما ذكره كما لا يخفى و لا يق يدفع ما ذكر ما اشار اليه في الرياض قائلا لعل القول بعدم الصيحه اظهر لاشتراط الصيحه بما يزيد عن نفس العقد و هو القربه و هي بملك الغير غير حامله و نيه المميز حين الاجازه غير نافع اميا لاشتراط المقارنه بالصيغه و هي في الفرض مفقوده او لان تاثير نيته لها بعدها و افادتها الصحه ح غير معلومه و الاصل بقاء الملكيه الى ان يعلم الناقل و هو بما قررناه غير معلوم نعم لو قلنا بعدم اشتراطها فى الصيحه كان قويا فى غايه القوه و يعضد ما ذكره اولا قول الايضاح لو اعتبرنا فيه القربه



قوى المنع لعدم صحّته التقرب بملك الغير و ثانيا قول ضه و يحتمل المنع لعدم صحّته التملك بملك الغير و هو الاقوى لأننا نقول هذا أيضا لا- يصلح للدفع لان دعوى عدم حصول القربه بملك الغير باطله ان ارادوا امتناع ذلك لعدم الدليل عليها و لو منع ذلك لامتنع التوكيل فى الوقف و اخراج الزكاه و الخمس و نحو ذلك و التالى بط فالمقدّم مثله اما الملازمه فلان القربه فيما ذكر انما هى بملك الغير و التوكيل و عدمه لا يصلحان للفرق بين ما ذكر و بين محل البحث كما لا يخفى و اما بطلان التالى فواضح و ان ارادوا ان الاصل ذلك فهو حسن و لكن الاصل يعدل عنه بالدليل و هو هنا العموم المتقدم اليه الاشاره و فحوى ما دل على جواز اصل الفضولى فى النكاح و البيع فت

### منهل يشترط فى الموقوف ان يكون عينا

فلا يصحّ وقف المنافع كمنفعه الدار و قد صرح بذلك فى فع و صره و د و عد و التحرير و كره و س و اللّمعه و جامع المقاصد و الرياض و هو ظ الغنيه و الحجه فيه و جوه منها ما اشار اليه فى كره قائلًا لا يجوز وقف المنفعه لان وقفها مناف للغايه المطلوبه من الانتفاع به مع بقاء عينه لان الانتفاع يستلزم اهلاكها شيئا فشيئا و لا يكفى مجرد امكان الانتفاع مع بقاء العين محلّه و لجواز التصرف فى العين فيتبعها المنافع فيفوت الفرضان معا و لو قيل ان استحقاق الانتفاع المؤيد بالعين يمنع من التصرف كالعمرى و اختيها الزمنا ان ذلك عمرى لا- وقف ان جوزناها بما دل عليها من الالفاظ و الا منعنا الامرين و ان شاركته العمرى فى هذا المعنى حيث يصرح بها و بالجملة متعلق الوقف لعين ليتنفع بها لا المنفعه وحدها و ان تبعها العين فى المنع من التصرف فيها و منها ما تبّه عليه فى الرياض قائلًا لا

ص: ٤٩٤

يصح وقف المنفعه بلا- خلاف بل عليه الاجماع فى الغنيه و هو الحجه مضافا الى الاصل و اختصاص الادله كتابا و سنه بالعين بحكم الصّيراحه فى بعض و بالتبادر فى اخر و الشك فى دخولها لا يجتمع فيه بالوقف بناء على ان المفهوم منه بما ليس فيه هذا الشرط عرفا و لغه و شرعا و هو تحييس الاصل و تسهيل الثمره

### منهل يشترط فى العين الموقوفه أيضا ان يكون مما يتنفع به فلا يصح وقف ما لا منفعه فيه

#### اشاره

و قد صرح بذلك فى الغنيه و فع و صره و د و عد و التحرير و كره و س و اللّمعه و ضه و الرياض و فيه دعوى نفى الخلاف فيه و حكاية دعوى الاجماع عليه عن الغنيه و لا اشكال فى المسأله و

#### ينبغى التنبيه على امور

### الاول يشترط فى المنفعه ان تكون محلله

كما فى الكتب المتقدمه و فى الرياض نفى عنه الخلاف و حكى عن الغنيه دعوى الاجماع عليه قائلًا ان الوقف للمنفعه المحرمه

اعانه على الاثم محرمة بالكتاب و السنه و الاجماع فلا يصح وقف ما ليس له الا منفعه محرمة كآلات اللهو

### **الثانى المراد بالمنفعه المنفعه التى يعتد بها عاده**

فما ليس كك فليس بمعتبر كما صرح به فى جامع المقاصد

### **الثالث يشترط فى العين الموقوفه ان يكون مما ينتفع به مع بقائه**

كما فى الكتب المتقدمه و نفى عنه الخلاف فى الرياض و حكى عن الغنيه دعوى الاجماع عليه و الحجه بعد ذلك ما اشار اليه فى جامع المقاصد بقوله ما لا ينتفع به الا باتلافه لا يصح وقفه لان الوقف تحييس الاصل و اطلاق المنفعه و هو هنا منتف و اشار الى ما ذكره فى كره أيضا فلا يصح وقف الخبر كما فى التحرير و س و ضه و الرياض و لا وقف الطعام كما فى التحرير و كره و عد و لا وقف الفاكهه كما فى س و ضه و الرياض و لا وقف الشمع كما فى التحرير و كره و عد و لا وقف اللحم كما فى عد و لا وقف الشراب كما فى التحرير و كره

### **الرابع من الاعيان التى يصح وقفها العقار**

كما صرح به فى يع و د و عد و التحرير و كره و جامع المقاصد و لك و الكفايه و لهم اولا ظهور الاتفاق عليه و ثانيا انه صرح فى كره بدعوى الاجماع عليه قائلا يجوز وقف العقار و الاراضى و جميع ما لا ينقل و لا يحول مما جمع الشرائط السابقه اجماعا و ثالثا ما تبه عليه فى لك بقوله الوجه فى لك وجود المواقيت المقتضى للصيحه و هو تحييس الاصل و اطلاق المنفعه و انتفاء المانع فيثبت الصحه و هو محل وفاق و تبه على ما ذكره فى كره و كك الاراضى يصح وقفها و بالجمله كل ما لا ينقل مما يصح استيجاره يصح وقفه فيدخل فيه الدار و الحانوت و الخان و الحمام و غير ذلك من المساكن و الاراضى و قد نبه عليه فى يع بقوله يصح وقف العقار و الثياب و الأثاث و الالات المباحه و ضابطه كلما يصح الانتفاع به منفعه محلله مع بقاء عينه و قد صرح فى لك بدعوى الاتفاق على ما ذكره بعد قوله الوجه فى ذلك

### **الخامس من الاعيان التى يصح وقفها الثياب**

كما صرح به فى يع و الكفايه و تبه فى كره على دعوى الاجماع عليه قائلا و اما ما ينقل و يحول مما جمع الشرائط السابقه فهل يصح وقفه أم لا- قال علمائنا يصح لان ابا خالد قد احتبس ادراعه و اعبدته فى سبيل الله و لان معنى الوقف يتحقق فيه و هو تحييس الاصل و تسبيل المنفعه فصح وقفه كالعقار

### **السادس من الاعيان التى يصح وقفها الحصر و القناديل و الزلاقي**

و قد صرّح بدعوى الاجماع عليه فى كره قائلًا و اجماع الناس حاصل على وقف الحصر و القناديل و الزلاقي فى جميع الاعصار

### **السابع من الاعيان التى يصح وقفها المصحف و الكتب**

سواء كانت من كتب الادعيه او الأحاديث او الفقه او التفسير او اللغة او الادب او الاصول او نحو ذلك و قد صرّح بصحّه وقف المصاحف و الكتب فى جامع المقاصد و الكفايه و تبّه على وجهه فى الأوّل قائلًا لأنّ معنى الوقف فى ذلك كله و هو تحييس الاصل و تسهيل المنفعه و قد روى ان النبى ص قال ابا خالد فأنّه قد احتبس اه

### **الثامن من الأعيان التي يصحّ وقفها السلاح**

كما صرّح به فى التحرير و عد و الحق به فى الاول الكراع و هو جيّد

### **التاسع من الاعيان التى يصحّ وقفها الحيوان الذى يصح استيجاره**

كما صرّح به فى التحرير و الكفايه و هما قد اطلقا صحه وقفه و صرّح فى عد بجواز وقف الشاه

### **العاشر من الأعيان التي يصح وقفها العروض**

كما صرّح به فى التحرير

### **الحادى عشر من الأعيان التي يصحّ وقفها الكلب المملوك**

كما صرّح به فى يع و عد و كذا صرّح به فى لك قائلًا لأنه لا مانع من وقفه

### **الثانى عشر من الاعيان التي يصح وقفها السنور**

كما صرح به فى عد

### **الثالث عشر من الاعيان التي يصح وقفها العبد**

كما صرّح به فى عد و التحرير و كك يصح وقف الامه الغير المستولده كما صرّح به فيهما و اما المستولده فصرّح فى عد بعدم

صحته وقفها و احتج عليه في جامع المقاصد بوجوه فقال فأنه لا يصح وقفها لان الاستيلاء يقتضى المنع من نقلها من ملك السيد الى ملك غيره و الوقف يقتضى النقل الى ملك الموقوف عليه و لأنه تدخلها حرمة العتيق فكأنها عتيقه و لأن الاستيلاء يقتضى انعتاقها بموت السيد و الوقف يقتضى الدوام ما بقى الموقوف فيتناهيان و احتمال في كره الجواز لعدم خروجها عن الملكيه و منع بيعها لان الوقف يشبه العتيق لاشتراكهما في ازاله الملك عن المالك الى وجه من الوجوه و القرب و ليس بشىء و ربما بنى الجواز و عدمه على ان الملك في الوقف هل ينتقل عن الواقف أم لا فان قلنا بالاول لم يصح لأنها لا تقبل و الاصح و يضعف بانه ان نقل اقتضى سقوطه عنها من الانعتاق بموت المولى و لم يذكر فيه صحته وقفها حسبا لاشتراكهما في اصل معنى الحبس كما في الوقف المنقطع الاخر و لو ذكر هنا لأمكن و عندى ان ما حكاه عن كره في غايه القوه لأصالة بقاء جواز الوقف و العمومات الداله على صحته الوقف و عدم ثبوت كليه اقتضاء الاستيلاء منع نقل الملك و كليه اقتضاء موت السيد الانعتاق و لكن لا ينبغى ترك الاحتياط

### الرابع عشر يصح وقف الذهب و الفضة اذا كان حليا

كما صرح به في عد و صرح به أيضا في كره قائلًا يصح وقف الذهب و الفضة اذا كان حليا لفائده اللبس و الاجاره له و الاعاره له لأنه عين بملك الانتفاع بها مع بقائها دائما فصح وقفها كالعقار و في الروايه الثانيه عن احمد لا يصح لان التحلى ليس هو المقصود الاصلى من الاثمان فلم يصح وقفها عليه كما لو وقف الدنانير و الدراهم و نمنع من كون التحلى ليس من المقاصد جاز الهبه فان العاده جاريه به و قد اعتبره الشرع فى اسقاط الزكاه عن متخذه و جواز اجارته للتحلى بخلاف الدراهم و الدنانير فان العاده لم تجر بالتحلى بها و لا يعتبرها الشرع فى اسقاط الزكاه

### منهل هل يصح وقف الدراهم و الدنانير كما يصح وقف الحلى من التقدين او لا

#### اشاره

اختلف الأصحاب فى ذلك على قولين احدهما انه لا- يصح و هو للغنيه و يع و المحكى عن ط و ثانيهما انه يصح مع امكان الانتفاع بهما انتفاعا يعتد به عند العقلاء كالضرب على سكتهما او اظهار الغنى بهما دفعا للشماتة او غيرها او التحلى بهما او تزيين المجلس بهما او نحو ذلك و هو للتحريير و كره و س و جامع المقاصد و لك و الكفايه

ص: ٤٩٥

للأولين وجوه منها الاصل و قد يجاب عنه باندفاعه بادلله القول الثانى و منها انه تبه فى الغنيه على دعوى الاجماع على عدم جواز ذلك قائلًا لا يجوز وقف الدراهم و الدنانير بلا خلاف ممن يعتد به و يعضد ما ذكره اولا أنه حكى فى س و جامع المقاصد عن ظ دعوى الاجماع على المنع من كون ذلك الا- ممن شد و ثانيا انه لم نجد من احد من المسلمين لا- عينا و لا اثرا ارتكاب وقفهما فاستمرار المسلمين من زمن النبى ص الى الان على ترك وقفهما يفيد اجماعهم على عدم جوازه و قد يجاب عما ذكر اولا- بعدم ظهور عبارته الغنيه و ط فى دعوى الاجماع على المنع من وقفهما بل غايتها دعوى الشهره العظيمه على ذلك و فى حجيتها اشكال ألما ان يقال ان الظاهر منهما الاستناد الى ما ذكره فى اثبات المنع من وقفهما فلا يكون الا اجماعا لأنهما لا

يستندان الى الشهرة و ان كانت عظيمه مضافا الى ان التصريح بعدم الاعتداد بالمخالف و شدوذه يفيد اراده الاجماع بل قد يدعى ظهور كلامهما في دعوى اجماع المسلمين على المنع من ذلك و ثانيا بان ما ادعيه من الإجماع على تقدير تسليمه موهون بمصير الاكثر الى خلافه و لا يندفع ذلك باستمرار السيره على ترك وقفهما للمنع منها اولا و عدم دلالتها على الاجماع ثانيا خصوصا مع ملاحظه مصير اكثر الاصحاب الى جواز وقفهما مع المصلحه و عدم حجيتها في نفسها ثالثا و منها ما احتج به في الغنيه قائلا لان الموقوف عليه لا ينتفع بها مع بقاء عينها في يده و يعضد ما ذكره اولا قول الشرائع هل يصح وقف الدراهم و الدنانير قيل لا و هو اظهر لأنه لا نفع لهما الا التصرف و ثانيا قول جامع المقاصد ينشأ الاشكال من ان المنفعه المطلوبه منهما عرفا انما يكون باتفاقهما و ذلك اتلاف و من امكان منفعه التحلى بهما و الضرب على سكتتهما و ثالثا قول لك و وجه الخلاف و مع ذلك الشك في كون هذه المنفعه مقصوده للعقلاء عاده أم لا فان اظهر منافعها انفاقها و هو لا يتم الا بذهاب عينها الباقي لبقاء الوقف و قد يجاب عن الوجه المذكور بالمنع من انتفاء المنفعه اذا وقفت بل هي موجوده و ان كانت غير غالبه و لا نم اشتراط صحه الوقف بالمنفعه الغالبه لفقد الدليل عليه من الادله الاربعه و غايه ما يستفاد من كلمات الاصحاب اشتراط الصيحه بالمنفعه في الجملة الا الغالبه و يعضد ما ذكرناه اولا قول التحرير لو قيل بالجواز لإمكان الانتفاع بها و لو في شىء قليل كان وجهها و ثانيا قول كره اما الدراهم و الدنانير فمنع كون التحلى بهما ليس هو المقصود الاصلى فان اصحابنا ترددوا في جواز وقفهما و الاصل ان يق ان فرض لها منفعه مقصوده في نظر الشرع و عند العرف صح وقفها كما يصح اجارتها و يجوز وقفها لاجارتها و استيفاء تلك المنفعه المعبره عند العقلاء و ان لم يكن لها منفعه معتبره في نظر العقلاء لم يصح وقفها و لا اجارتها و ثالثا يصح وقف الدراهم و الدنانير ان كان لها منفعه حكميه مع بقاء عينها كالتحلى بها و رابعا قول جامع المقاصد و الحق انه ان كان لها منفعه مقصوده عرفا سوى الانفاق صح وقفهما و الا فلا و خامسا قول لك ذلك النفع هو التحلى به و تزيين المجلس و الضرب على سكتتهما و نحو ذلك و الاقوى الجواز لان هذه المنافع مقصوده و لا يمنع قوه غيرها نعم لو انتفت هذه المنافع عاده في بعض الأزمان و الامكنه اتجه القول بالمنع و سادسا قول الكفايه و في صحه وقف الدراهم و الدنانير قولان اوجههما الصيحه لإمكان الانتفاع بالتحلى و للآخرين العمومات الداله على الجواز نحو قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و قوله ص الناس مسلطون على اموالهم و قولهم ع في عده اخبار معتبره المؤمنون عند شروطهم و قوله ع حبس الاصل و سبل الثمره و قوله ع الوقوف يكون على حسب ما يوقفها اهلها إن شاء الله تعالى و المسأله في غايه الاشكال و لذا توقف فيها في عد و الايضاح فلا ينبغي فيها ترك الاحتياط و لكن القول الثانى اقرب و

**ينبغي التنبيه على امور**

**الاول على المختار من الصّحه هل يتوقف على وجود المنافع حين الوقف**

او العلم بتحققها بعده بزمان يسير او الظن العادى بذلك او لا بل يكفى احتمالها مط اشكال و الاحوط الاول بل هو في غايه القوه

**الثانى لا اشكال في عدم الصّحه للإنفاق في الخيرات**

كما يتوهمه بعض العوام و لذا لا اشكال فى عدم صحه وقف ما فى الذمه من الدراهم و الدنانير لتلك المنافع

### الثالث يلحق بهما الفلوس

فى جميع الاحكام

### منهل لا يصح الوقف من اشخاص منهم المجنون حال جنونه

كما فى الغنيه و فع و يع و د و عد و التحرير و كره و صره و اللّمعه و س و ضه و الكفايه و الرياض و لهم اولا انه ممّا لا خلاف فيه و ثانيا انه صرّح فى كره بدعوى الاجماع عليه قائلا- لا- يصحّ وقف المجنون و يعضد ما ادعاه تصريح الرياض بانه ممّا لا خلاف فيه و بانه ادعى فى الغنيه الاجماع عليه و ثالثا ما احتج به فى الرياض قائلا بعد الاشاره الى دعوى الاجماع و هو الحججه مضافا الى الادله الداله على الحجر من الكتاب و السّينه و يعضد ما ذكره ما تبّه عليه فى كره بعد ما حكينا عنه سابقا بقوله لسلب التكليف عنه و عدم اعتبار عبارته فى نظر الشّرع فيشترط فى صحّحه الوقف العقل و لو وقف الادوارى حال افاخته صحّح كما فى كره و س و الكفايه بل الظاهر انه ممّا لا خلاف فيه و صرّح فى كره بانه ان ادعى جنونه حال الوقف قدم قوله فيه و منهم الصّغير الذى لم يبلغ عشرة كما فى الغنيه و فع و يع و صره و د و التحرير و عد و كره و اللّمعه و س و الكفايه التّصريح بعدم صحه وقف الغير المميّز و الظاهر ان ما ذكرناه ممّا لا خلاف فيه و منهم السّيفيه و المفلس بعد الحجر عليهما و عدم اجازة الغرماء كما فى الكتب المتقدّمه المصرّحه بعدم صحه وقف الصّغير و هل يجوز وقف المفلس المحجور عليه مع اجازة الغرماء او لا ظ اطلاق الكتب المتقدّمه الثانى و حكى فى جامع المقاصد عن الشهيد الأوّل و هو فى غايه القوه و لكن لا ينبغى ترك الاحتياط ثم صرّح بانه اذا اجاز الولى وقف السّيفيه صحّح مع المصلحه لصحّحه عبارته و هو أيضا فى غايه القوه و منهم النائم كما فى كره و س و الكفايه و هو مقتضى الكتب المصرّحه بانه يشترط فى صحه الوقف كون الواقف جاز التصرّف كالنافع و يع و عد و صره و د و التحرير و هو مقتضى قول الغنيه يشترط ان يكون الواقف مختارا مالكا للتبرع و بالجمله لا- خلاف فى ذلك و منهم السّكران الذى لا يدرك شيئا كما فى كره و التحرير و س و الكفايه بل هو ممّا لا خلاف فيه و منهم المغمى عليه الذى لا يدرك شيئا كما فى كره بل هو ممّا لا خلاف فيه و منهم الغافل و السّاهى اللّمذان لم يقصدا الوقف كما فى كره و التحرير و الكفايه و فى س التصريح ببطلان وقف الغافل و بالجمله لا خلاف فيما ذكرناه و منهم العابد و اللّاعب كما فى كره بل هو ممّا لا خلاف فيه و احتج عليها فيها باصالة بقاء الملك على مالكة و كذا احتج بها على

ص: ٤٩٦

عدم صحّحه وقف السّكران و المغمى عليه فيشترط فى صحّحه الوقف النيه و القصد كما صرح به فى كره و س و الكفايه و لو اخر بعد الوقف و الاقباض بعدم التّيه فصرّح فى س و الكفايه بانه لم يسمع و هو جيّد و منهم المكره الذى لم يجز الوقف بعد زوال الاكراه كما فى كره و التحرير و عد و جامع المقاصد و ضه و الكفايه بل هو ممّا لا خلاف فيه و احتج عليه فى كره بان الاكراه مناف للاختيار و الفعل فى الحقيقه صادر عن غيره و انما هو آله فيه و يعضد ما ذكره قول جامع المقاصد لا شك فى عدم وقوعه من المكره لعدم القصد و اذا جاز الوقف بعد زوال الاكراه فهل يصحّح او لا صرّح فى التحرير بالاول قائلا و اجازته بعد

زوال عذره كإجابته المالك و منع من ذلك في جامع المقاصد قائلًا لو رضى بعده فهل ينفذ لم يصرحوا بشىء هنا و إنما ذكر في البيع و يجىء على اشتراط القربة عدم النفوذ لانتفاء الشرط و قصدتها بعد قد يتخيل كونه غير مؤثر و صرح فيه و فى كرهه بانه يتحقق الا-كراه بالخوف على النفس او المال و ان قل او العرض ان كان من اهل الاحتشام و منهم المملوك على القول بانه لا يملك شيئًا و قد صرح فى كرهه بانه لا يصح وقفه قائلًا لا يصح وقف العبد و الأمه لأنهما لا يملكان شيئًا و هما مسلوبا التصرف و لان المملوك لا يصح ان يملك نفسه فلا يصح ان يملك غيره فان من سلب التصرف فى نفسه كان سلب تصرفه فى غيره اولى قال الله تعالى ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَيِّدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ ۗ وَ قَالَ تَعَالَى هَلْ لَكُمْ مِنْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ مِنْ شُرَكَاءَ فِي مَا رَزَقْنَاكُمْ وَ صرح فى التحرير بعدم صحته أيضا

### منهل يشترط فى صحه الوقف ان لا يكون الموقوف عليه ممن يحرم الوقف عليه

فلو كان كك لم يصح الوقف عليه و قد صرح بهذا الشرط فى الغنيه و فع و يع و صره و د و التحرير و عد و كره و اللمعه و س و جامع المقاصد و لهم وجه منها الأصل و منها ظهور الاتفاق عليه و منها انه صرح بدعوى الاجماع عليه فى الغنيه قائلًا يشترط ان يكون معروفًا يصح التقرب الى الله تعالى بالوقف عليه و هو ممن يملك المنفعة حاله الوقف فلا يصح ان يقف على شىء من معابد الضلال و لا على مخالف للإسلام او معاند للحق الا ان يكون ذا رحم يدل على ذلك اجماع الطائفة و يعضد ما ذكره اولا- قول كره لا- يصح الوقف على من يحرم الوقف عليه اجماعًا و ثانيا قول الرياض و لا خلاف فى اشتراط ان لا يكون الوقف عليه محرما و منها ما احتج به فى الرياض قائلًا بعد الاشارة الى الشرط المذكور و الوجه فيه استلزام الوقف انتقال المنفعة خاصه او مع العين و ذلك بقابل للانتقال اليه و منها ما تمسك به فى كره قائلًا بعد ذلك أيضا لان الوقف من شرطه القربة الى الله تعالى و لا قربة فى المحرم و يعضد ما ذكره اولا قول جامع المقاصد لا يجوز الوقف على معونه الزناه و قطاع الطريق لان الاعانه على فعل المعصيه معصيه و من صحه الوقف التقرب الى الله تعالى و لا- تقرب بالمحرم و ثانيا قول ضه و لك و الرياض فلا يصح على الزناه و العصاه من حيث هم كك لأنه اعانه على الاثم و العدوان فيكون معصيه محرمة و يتفرع على ما ذكر امور منها عدم صحه الوقف على معونه الزناه و ان كانوا مسلمين و قد صرح بهذا بالخصوص فى بيع و التحرير و عد و كره و س و اللمعه و جامع المقاصد و ضه و لك و الكفايه و الرياض و منها عدم صحه الوقف على قطاع الطريق و ان كانوا مسلمين و قد صرح بهذا بالخصوص فى بيع و التحرير و عد و كره و الكفايه و منها عدم صحه الوقف على شاربى الخمر و قد صرح بهذا بالخصوص فى بيع و كره و منها عدم صحه الوقف على جميع العصاه و الفساق و قد صرح بهذا بالخصوص فى التحرير و س و اللمعه و ضه و الرياض و إنما يحرم الوقف عليهم من حيث هم كك بان يجعل الوصف مناط الوقف اما لو وقف على شخص متصف بذلك لا من حيث كون الوصف مناطا صح سواء أطلق او قصد جهه مخصوصه و قد صرح بما ذكر فى عد و س و جامع المقاصد و لك و ضه و الرياض و منها عدم صحه وقف المسلم على معابد اهل الضلال و الكفر و عماره بيعه او كنيسه او بيت نار و قد صرح بهذا بالخصوص فى الغنيه و س و صرح فى الاخير بانه لو وقفه الذمى جاز اقراره على معتقده قائلًا و قال ابن الجنيدي يصرف الوقف على بيت النار و الصيتم و قوامين الشمس و الكواكب مع ظفر المسلمين به الى مصرفهم و سهم الله تعالى فى الغنائم و ابطل الفاضل الوقف على بيت النار مط و منها عدم صحه الوقف على كتابه كتب الضلال للجهه المحرمه و قد صرح بهذا بالخصوص فى كره قائلًا لا يجوز الوقف على كتب الضلال و جميع ما لا يحل لأنها محرمة و قد صرح به يع و د و كره و جامع المقاصد و لك بعدم جواز الوقف على كتابه ما يسمى بالتوريه و الانجيل الان و لهم اولا انه نبه فى كره و جامع المقاصد على ذلك قائلين لا- يجوز الوقف على كتابه التوراه و الانجيل لأنهما منسوخان محرمان و لا نعلم فيه خلافا و

يعضد ما ذكره امران احدهما ان ما عداهما من ساير الكتب المذكوره لم تشر الى خلاف و لا اشكال ذلك و ثانيهما قولك و تحريم الوقف على الكتابين ظ و ثانيا ما تبه عليه في يع قائلا لو وقف على كتب ما يسمّى الآن بالتوراه و الانجيل لأنهما محرّفه و صرّح بما ذكره في لك أيضا و حكاه في كره و جامع المقاصد قائلين قال الشيخ ان العله في التحريم انها محرّفان لان النسخ لا يذهب بحرمتها كالمسوخ من القراءه قال هذا لا خلاف فيه و زاد الثاني قائلا و يشكل بان في كتبهما فساد اخر لمخالفه الملتين لملتنا بخلاف منسوخ القران و ثالثا ما تبه عليه في كره و جامع و المقاصد بقولهما فيما حكينا عنهما سابقا لأنهما منسوخان

و تبه عليه في لك أيضا قائلا- تبه بقوله يسمّى الان على ان ما بايدهم ليس هو الذى انزله الله تعالى و إن كان منسوخا يحرم الوقف عليه من هذه الجبهه و المراد بجملته ليس هو انزله الله تعالى و ان كان بعضه منه للقطع بانهم لم يحرفوا جميع الكتاب بل بعضه و تحريم الوقف على الكتابين يّين ظ للتحريف و النسخ فيحرم كتبهما و حفظهما لغير النقض و الحجّه و رابعا انه يحرم النظر اليهما و المطالعه فيهما فيحرم الوقف على كتابتهما اما المقدمه الاولى فلما تبه عليه في كره و جامع المقاصد بعد قولهما فيما حكينا عنهما سابقا و لا نعلم فيه خلافا لما روى العامه ان رسول الله ص خرج من المسجد فرأى في يد عمر صحيفه فيها شىء من التوراه فغضب التّبى ص لما رأى الصّحيفه في يد عمر و قال ا فى شكك انت يا بن الخطاب الم آت بيضاء نقيه لو كان اخى موسى ع حيّا لما وسعه الا اتباعى و لو لا أنّ ذلك معصيه لما غضب منه و تبه على ما ذكره في لك بقوله و روى العامه و ساق الروايه قائلا بعدها و هذا يدلّ على ان النظر اليها معصيه و الا لما غضب منه لذلك و اما المقدمه الثانيه فلقاعدته الاولويه و قد يناقش في المقدمه الاولى باعتبار ضعف الروايه سندا و تصورها دلالة لتضمّنها قضيه في واقعه فلا تفيد العموم الذى هو المدعى و لا تخصيص اصاله الجواز و كيف كان فالمعتمد ما ذكره من عدم صحّه

ص: ٤٩٧

الوقف عليهما و هل يجوز الوقف عليهما باعتبار الوجه الذى يجوز به امساکهما و هو اراده النقض و الاحتجاج بهما لإثبات المسأله دينيه او لا- صرح في كره بالأخير و كذا صرح به في جامع المقاصد محتجا بان الجبهه ح مباحه لا يق يدفعه اطلاق الاصحاب عدم صحه الوقف عليهما لأننا نقول اطلاقهم على تقدير تسليمه لا ينصرف الى محل البحث كما نبه عليه في جامع المقاصد قائلا- بعد الاشاره الى حجه الجواز هنا الا ان الغرض لما كان نادرا اطلقوا منع الوقف عليهما و ما صار اليه هو الاقرب عندى و الحق في التحرير بالكتابين كتب الانبياء السالفه التى غيرت قائلا و لو لم تغیر صحّ و ان كانت منسوخه و منها عدم جواز ان يتصرّف من تحصيل العلم المحرم فى المدرسه التى وقفها المؤمن على الطلبة كسائر الطلاب و لو اعتقد الواقف كون الوقف عليه حلالا ثم تبين أنه حرام شرعا فالوقف فاسد ح

**منهل يشترط فى صحّه الوقف تعيين الموقوف عليه فلو لم يعينه بطل الوقف**

**اشاره**

و قد صرّح بهذا الشرط فى النهايه و الغنيه و فع و يع و صره و د و التحرير و كره و عد و س و التنقيح و جامع المقاصد و لك و الكفايه و الرياض و لهم و جوه منها ظهور الاتفاق عليه كما صرح به فى الرياض و منها أنه نبه فى الغنيه على دعوى الاجماع عليه قائلا- يشترط ان يكون الموقوف عليه معلوما يدلّ عليه اجماع الطوائفه و منها ما تمسّك به فى كره و جامع المقاصد و لك و



الرياض من ان الوقف تملك للعين او المنفعه فلا- يصح على غير المعين ولا- يعقل و منها ما احتج به فى لك من ان الوقف حكم شرعى فلا بد له من محل معين يقوم به كما يفتقر مطلق العرض الى المحل الجوهري و احد الامرين امر كلى كالمسجد لا وجود له خارجا و ان كان كل منهما موجودا خارجيا و منها الاصل و

### ينبغي التنبيه على امور

#### الاول لو وقف على احد المشهدين من غير تعيين بطل الوقف

كما صرح به فى يع و كره و د و التنقيح و س و الرياض و كك يبطل لو وقف على احد الفريقين و القبيلتين من غير تعيين كما صرح به فى يع و كره و عد و د و كك يبطل لو وقف على احد هذين الرجلين من غير تعيين كما صرح به فى يع و كره و التنقيح و الرياض و بالجمله لو وقف على احد الامرين من غير تعيين بطل لعدم تعيين الموقوف عليه

#### الثانى لو وقف على رجل من بنى آدم من غير تعيين

لم يصح كما صرح به فى س و التنقيح و الرياض و كذا يبطل لو وقف على امراه منهم كك كما صرح به فى عد و بالجمله اذا جعل الموقوف عليه فردا من افراد الكلى من غير تعيين بطل الوقف و كذا اذا وقف على احد معانى المشترك من غير تعيين

#### الثالث لو وقف على الفقراء و المساكين صح

كما صرح به فى ط و الخلاف و لف و كره و جامع المقاصد و لك و لهم اولا ظهور الاتفاق عليه و ثانيا انه تبه فى الاولين على دعوى الاجماع على صحه ذلك قائل لا خلاف ان الوقف على الفقراء و المساكين صحيح و يعضد ما ادعاه امور احدها قول لف لنا وقوع الاجماع على صحه الوقف على الفقراء و المساكين و على المسلمين و المؤمنين و ثانيها قول كره و لانه يجوز الوقف على الفقراء و المساكين اجماعا و ثالثا قول جامع المقاصد لو وقف على الفقراء و المساكين فانه يصح اتفاقا و رابعها قول لك الاجماع دل على صحه الوقف على الفقراء و المساكين اجماعا و ثالثا قول جامع المقاصد لو وقف على الفقراء و المساكين فانه يصح اتفاقا و رابعها قول لك الاجماع دل على صحه الوقف على الفقراء و المساكين و على المسلمين و المؤمنين و خامسها سيره المسلمين فى جميع الأعصار و الامصار ثالثا العمومات الداله على صحه الوقف و قد تقدم اليها الاشاره و كذا يصح الوقف على المؤمنين كما صرح به فى لك و لف مدعين عليه الإجماع

#### الرابع هل يصح الوقف على بنى هاشم و بنى تميم او لا

فيه قولان احدهما انه يصح أيضا و هو للمبسوط و ف و لف و كره و عد و جامع المقاصد و لك و لهم وجوه منها العمومات المتقدمه اليها الاشاره و منها ما احتج به فى لف قائلنا وقوع الاجماع و ثبوت الأخبار الدالين على صحه الوقف على الفقراء و

المساكين و على المسلمين و المؤمنين و لا شك في انتشارهم و عدم انحصارهم و الجهل مم كما قاله الشيخ و قد احتج بهذا الوجه في كرهه و جامع المقاصد و لك و منها ما تبه عليه في كرهه قائلا اذا وقف على قبيله عظيمه كثيره الانتشار كقريش و بنى تميم و بنى و ابل و نحوهم صح عند علمائنا لأصالة الصيحه و لأنها جهه قربه و جهه صحه تملك فجاز الوقف و يعضد ما ذكره اولاً قول يع لو وقف على بنى تميم صح و يصرف الى من يوجد و قيل لا يصح و الاول هو المذهب و ثانياً قول لك تبه بقوله و الاول هو المذهب على ندور المخالف و ضعف قوله بحيث لا يكاد يخرج المسأله بسبب خلافه عن الإجماع و في كرهه اسند القول الى علمائنا مشعرا بالإجماع عليه و ثانيهما انه لا يصح و قد حكاه في لف عن ابن حمزه قائلاً لا يجوز الوقف على بنى فلان و هم غير محصورين في البلاد و تبه على وجهه في لك بقوله القائل بعدم الصيحه ابن حمزه فانه قال لا يصح الوقف على بنى فلان و هم غير محصورين في البلاد الجهل المصرف حيث انه يتعدّر استيعابهم و حصرهم ثم اجاب عنه قائلاً و هو مدفوع بالأخبار و الإجماع الدالين على صحه الوقف على الفقراء و المساكين و على المسلمين و المؤمنين مع عدم انتشارهم و عدم حصرهم و تبه على ما ذكره في جامع المقاصد و غيره و الاقرب عندي هو القول الاول حيث يكون المقصود من ذكر هذا الموقوف عليه بيان المصرف كما في قوله تعالى **إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَ الْمَسَاكِينِ** الآيه فيرجع الوقف الى الوقف على الجهه و اما اذا كان المقصود كون كل واحد من بنى فلان مستحقاً للوقف بحيث يجب تقسيمه بينهم بالسويه كما في الوقف على اولاد زيد ففي صحه الوقف ح لعدم امكان التتقسيم غالباً و استحاله الترتيج او الترتيج بلا مرجح اشكال و لعل المخالف اراد هذا هذا التفصيل جار في الوقف على الفقراء و المساكين و صرح في كرهه بانه يصح الوقف على كافه بنى آدم او على كافه البشر تفرعاً على القول الاول و هو جيد و بالجملة اذا جعل الموقوف عليه افراد الكل المجموعى او الاستغراقى و عبر باللفظ الموضوع لأحد الامرين و قصد بيان المصرف صح بلا اشكال

### منهل يشترط في الموقوف عليه ان يكون ممن يصح شرعاً ان يملك

فلو لم يكن قابلاً للتملك لم يصح الوقف عليه و قد صرح بهذا الشرط في الغنيه و فع و يع و صره و د و التحرير و عد و كره و س و اللّمعه و التنقيح و جامع المقاصد و ضه و لك و الكفايه و الرياض و لهم و جوه منها ظهور الاتفاق عليه و منها انه تبه على دعوى الإجماع عليه في الغنيه قائلاً- يشترط ان يكون هو ممن يملك المنفعه حاله الوقف يدل على صحه هذا الشرط اجماع الطائفه و يعضد ما ادعاه اولاً- قول التنقيح لا كلام في تملك الموقوف عليه للمنافع و يشترط كونه ممن يملك و ثانياً قول الرياض بعد الإشاره الى الشرط المذكور الوجه فيه الإجماع الظاهر المصرح به في الغنيه و منها ما تمسك به في الغنيه قائلاً لا خلاف في صحه الوقف و لزومه اذا كان

ص: ٤٩٨

مع هذا الشرط و ليس على صحته و لزومه اذا فقد هذا الشرط دليل و منها ما تمسك به في كرهه قائلاً بعد الإشاره الى هذا الشرط الوجه فيه استلزام الوقف انتقال المنفعه خاصه او مع العين و ليس من لا يملك بقابل للانتقال اليه و فرعوا على ما ذكر امور منها عدم صحه الوقف على الدابه و قد صرح بهذا بالخصوص في التحرير و كره و س و التنقيح و الروضه قائلين لو وقف على الدابه بطل و هو جريد لعدم اهليتها للتملك كما صرح به في كرهه قائلاً لو وقف على بهيمه بطل الوقف لعدم التملك كما انه لا يجوز الهبه منها و لا الوصيه لها كذا الوقف لها و هل يكون الوقف عليها وقفاً على مالها او لا المعتمد هو الاخير كما صرح به في

كره قائلًا- ولا يكون وقفا على مالها لعدم قصد الواقف له و يعضد ما ذكر قول ضه لا يكون وقفا على مالك الدابة عندنا و صرح فيها بانه و ينبغي ان يستثنى من ذلك الدابة المعده لنحو خدمه الكعبه و المسجد و المشهد و نحو ذلك من المصالح العامه قائلًا لأنه كما لو وقف على تلك المصلحه و ما ذكره جيّد و يلحق بالدابه التي لا يصح الوقف عليها الوحوش و الطيور و الحشرات و غيرها من الحيوانات الصّامته و قد صرّح بدعوى الاجماع على عدم صحّح الوقف على بعض ذلك في كره قائلًا اما اذا وقف على الوحوش او علف الطيور المباحه لم يصح بلا خلاف و منها عدم صحه الوقف على الملائكه كجبرائيل و غيره و الجنّ و الشياطين و قد صرّح بهذا بالخصوص في كره و التّحرير و عد و س و اللّمعه و التنقيح و ضه و هو جيّد لعدم تملكهم كما صرّح به في كره و منها عدم صحّح الوقف على الميت و قد صرّح بهذا بالخصوص في التّحرير و عد و جامع المقاصد و هو جيّد و الظاهر ان الوقف لأجل قضاء ديون الاموات او ميّت خاصّ و لأكفانهم و لمؤنه الغسّالين و الحفارين ليس من المفروض بل هو من باب الوقف على الجبهه التي يتقرّب بها الى الله تعالى و قد صرّح بجواز الوقف على الثلاثه الأخيره في جامع المقاصد و لك و بالجملة اذا كان مرجع الوقف على الميت الى الوقف على الجبهه التي يتقرّب بها الى الله تعالى فهو صحيح بلا اشكال و الّا كان باطلا و منها عدم صحه الوقف على العبد و قد صرّح بهذا بالخصوص في الغنيه و يع و صره و كره و عد و س و اللّمعه و جامع المقاصد و لك و الكفايه و الرياض و قد صرّح في الاول بنفى الخلاف فيه قائلًا لا يصحّ ان يقف على العبد بلا خلاف و ما ذكره من عدم صحّح الوقف على العبد جيّد على القول بانه لا يملك شيئًا او لا يملك ما عدا فاضل الضريبه و ان قلنا بانه يملك مط كالحرف فيصح الوقف عليه حيث يقبل مولاه و ان كان محجورا عليه كما صرّح به في جامع المقاصد و لك و الرياض و لكن في كره و يحتمل المنع لان ملكه غير مستقر و الوقف تمليك مستقر دائم فينفيان و على القول الاول لا يرجع الوقف عليه الى الوقف على مولاه كما صرّح به في يع و التّحرير و كره و ضه و الرياض و تبّه فيه على دعوى الاتفاق عليه قائلًا و حيث لا يصحّ عليه لا يكون وقفا على سيّده عندنا كما في ظ لك و صريح ضه لعدم القصد النيه في العقد فلا وجه لصرّفه اليه و قد تمسّك بالحجه الأخيره في يع و لك أيضا و لا فرق في عدم صحه الوقف على العبد بين ان يكون عبد نفسه او غيره كما صرّح به في التّحرير و كره و لا بين القنّ و المدبّر و أمّ الولد كما في كره و التّحرير و عد و جامع المقاصد و ضه و صرّح في التّحرير و عد و كره بان المكاتب المشروط الذي لم يؤد شيئًا من كتابته كك و تبّه على وجهه في جامع المقاصد قائلًا- لا- ريب ان المكاتب رق و ان انقطعت سلطنه المولى فلا يصحّ الوقف عليه سواء كان مط او مشروطا و اذا كان مط و ادى شيئًا من كتابته فصرّح في التّحرير و عد و كره و س و جامع المقاصد بأنّه يصح بمقدار ما فيه من الحريه و صرّح في ضه و الرياض بأنّه ينبغي ان يستثنى من ذلك العبد المعد لخدمه الكعبه و المشهد و

المسجد و نحوها من الصالح العامه و هو جيّد و منها عدم صحّح الوقف على الجماد كالجدار و قد صرّح بهذا بالخصوص في س و التنقيح و هو جيّد و ليس من هذا القبيل الوقف على المساجد و المشاهد و القناطر و المدارس و السقايات و كتب الفقه و الحديث و القران فانه صحيح كما صرّح به في التّحرير و صرّح بصحه الوقف على المساجد في يع و الغنيه و عد و اللّمعه و س و ضه و الكفايه و صرح بصحّح الوقف على المشاهد في عد و س و ضه و صرّح بصحه الوقف على القناطر في يع و الغنيه و عد و ضه و اللّمعه و الكفايه و الوجه في ذلك ما ذكره في الغنيه و يع و التّحرير و كره و عد و س و اللّمعه و ضه و لك و الكفايه قائلين بعد الاشاره الى صحّح الوقف على المذكورات لأنه في الحقيقه وقف على المسلمين لكن هو صرف الى بعض مصالحهم و اشار الى هذا الوجه في جامع المقاصد قائلًا- لما كان الوقف على المصالح و القرب في الحقيقه وقفا على المسلمين لأنهم المنتفعون به لم يرد لزوم بطلانه من حيث ان الموقوف عليه لا يملك غايه ما هناك انه وقف على المسلمين في مصلحه خاصّه

فاذا وقف على المسجد كان وقفا على المسلمين لأنهم المنتفعون بالمسجد التردد إليه للعبادة و اقامه شعار الدين لكن على هذا الوجه المخصوص و المصلحه المعينه و كذا القول فى الوقف على القناطر و المشاهد و اكفان الموتى و مؤنه الغساليين و الحفارين و يعضد ما ذكره قول الرياض فى جملة كلام له و منه يظهر الوجه فيما استثنوه أيضا بلا خلاف يعرف من صحة الوقف على المساجد و القناطر فانها فى الحقيقة وقف على المسلمين بحسب القصد و ان جعل متعلقه بحسب اللفظ غيرهم مما لا يكون قابلا- للمالكيه اذ هو مصروف الى مصالحهم و إنما افاد تخصيصهم بذلك ببعض المصالح لا يق استفاد من بعض الاخبار من المنع من الوقف على المساجد فينبغى المصير اليه لأننا نقول لا- يصلح ما ذكر لإثبات المنع من ذلك اما اولا فلما تبّه عليه فى الرياض بقوله لا ينافى الوقف على المساجد ان الخبران احدهما المرسل عن الوقوف على المساجد فقال لا يجوز فان المجوس وقفوا على بيوت النار رواه فى يه و الثانى القريب منه فى قصور السند و دونه فى الدلاله على المنع رواه فى يب لضعف اسنادهما و شذوذهما و احتمال حمل المساجد فيهما على نحو البيع و الكنائس مما يستلزم الوقف عليه الإعانه المحرمه على الاثم بالكتاب و السنه و لا- وجه لحملهما على الكراهه بعد اتفاق الاصحاب فى الظاهر على الاستحباب مع احتمال لا يجوز فيهما الاستفهام الانكارى فيكون مفاده ح الجواز و يكون المقصود من ذكر التعليل بيان جوازه على المساجد بطريق اولى و وجه الاولويه لا يخفى و امّا ثانيا فلعدم صلاحية الخبرين اللذين اشار اليهما المعارضه ادله الجواز و الرجحان كما لا يخفى و لا يق لو صحّ الوقف على المساجد باعتبار كونه وقفا على

ص: ٤٩٩

المسلمين لصحّ الوقف على البيع و الكنائس باعتبار كونه وقفا على اهل الذمه بناء على جواز الوقف عليهم لأننا نقول هذا مدفوع بما اشار اليه فى ضه قائلا بعد الاشاره الى وجه صحّح الوقف على المساجد المتقدم اليه الاشاره و لا يرد ان ذلك يستلزم جواز الوقف على البيع و الكنائس كما يجوز الوقف على اهل الذمه لان الوقف على كنائسهم و شبهها وقف على مصالحهم للفرق فان الوقف على المساجد مصلحه للمسلمين و هى مع ذلك طاعه و قربه فهى جهه من جهات المصالح المآذون فيها بخلاف الكنائس فان الوقف عليها على جهه خاصّه من مصالح اهل الذمه لكنها معصيه لأنها اعانه لهم على الاجتماع اليها للعبادات المحرمه و الكفر بخلاف الوقف عليهم انفسهم لعدم استلزامه المعصيه بذاته اذ نفعهم من حيث الحاجه و انهم عباد الله المكرمين و من حيث يجوز ان يتولد منهم المسلمون لا معصيه فيه و ما يترتب عليه من اعانتهم على المحرّم كسرب الخمر و اكل الخنير و الذهاب الى تلك الجهات المحرمه ليس مقصودا للواقف حتى لو فرض قصده له حكما ببطلانه و مثله الوقف عليهم لكونهم كفارا كما لا يصح على فسقه المسلمين من حيث فسقهم و اشارا الى ما ذكره فى جامع المقاصد أيضا و فيه نظر فت ثم لو سلّمنا ان الوقف على المذكورات ليس مرجعه الى الوقف على المسلمين فنقول ينبغى استثنائه من كليه عدم جواز الوقف على ما لا يملك لقيام الأدله على جواز الوقف عليها بالخصوص و هل يجوز للعبد على القول بانه لا يملك التصرف فى المذكورات بعد وقفها او لا المعتمد هو الاول و ان قلنا بانها وقف على المسلمين الذين منهم العبد الذى لا يصح الوقف عليه باعتبار انه لا يملك و منها عدم صحه الوقف على المرتدّ عن فطره و الحربى و قد صرح بهذا بالخصوص فى كره قائلا اما المرتدّ عن غير فطره فيحتمل الوقف عليه و الاقرب المنع و ربما يظهر التوقف فى ذلك من قول التحرير و هل يصح على المرتد من غير فطره فيه نظر و ينبغى ان يفرع على الشرط المذكور عدم صحّح الوقف على المعدوم و لكن ليس منه البطون المتجدّده فى الوقف على الترتيب و التشريك كما اشار اليه فى كره قائلا- لا يق انه يقف على ولد ولده و ان لم يخلقوا لأننا نقول أنما يجوز ذلك تبعا للموجود

حاله الوقف لأنه جعل جميعه للبطن الاوّل ثم ينتقل بعدهم الى غيرهم فقد يملكه حال التملك لمن يصح ان يملك

## منهل لا يجوز الوقف على نفسه و لو كان منضمًا الى غيره على الترتيب و التشريك

### اشاره

كما فى الغنيه و السرائر و فع و يع و د و صره و ير و عد و كره و س و التنقيح و لك و ضه و جامع المقاصد و الرياض و لهم على ذلك و جوه الاول اصاله عدم الصّحه الثّانى دعوى الإجماع عليه فى السّرائر و اللّمعه و كره و لك كما عن التنقيح الثالث ان الوقف ازاله ملك و ادخاله على الموقوف عليه و الملك هنا متحقق لا يعقل دخوله عليه و تجديده اما المقدمه الاولى فلدعوى الاجماع عليها فى التنقيح و غيره على ما حكاها فى الرياض و اما المقدمه الثّانيه فظاهره و فيه نظر لإمكان فرض الخروج و الدخول هنا كما فيما اذا اشترى الولد والده فت و بالجمله هذه الحججه لا تخلو عن اشكال و ان اعتمد عليها فى كره و لك و جامع المقاصد و الرياض الرابع ما اشار اليه فى كره قائلًا فى مقام الاحتجاج على الحكم المذكور لان الوقف ازاله الملك فلم يجز اشتراط نفعه لنفسه كالبيع و الهبه الخامس ما اشار اليه فى كره و الرياض و لك قائلين بعد ذكر الحججه الثالثه و لان الوقف تمليك منفعه وحدها او مع الرقبه و الإنسان لا يملك نفسه السادس ما اشار اليه فى الرياض قائلًا بعد الإشاره الى بعض الحجج المتقدمه و يؤيده مضافا الى الصّحيحين الخبر ان فى احدهما رجل تصدّق بدار له و هو ساكن فيها فقال الحسين ع اخرج منها و فى الثّانى بعد ان سئل عن اكل الواقف من الصّيعه التى وقفها ليس لك ان تأكل من الصّدقه فان اكلت منها لم ينفذ ان كان لك ورثه فبع و تصدق ببعض فى حياتك فان تصدقت امسك ما يقوتك مثل ما صنع امير المؤمنين ع بل لا يبعد اخذها حجه كما فعله من متأخري المتأخرين جماعه السّابع ظهور اتفاق الاصحاب على ذلك كما يستفاد من الكتب المذكوره لعدم اشارتها الى خلاف و لا اشكال فى ذلك و

### ينبغى التنبيه على امور

### الأول اذا وقف على وجه العموم

بحيث يكون وقفه راجعا الى الوقف على الجبهه و لم يتعلق قصده بخصوصيات الاشكال اشخاص فهل يجوز له المشاركه مع من يستحق الانتفاع منه اذا كان مثله فى الاندراج تحت العموم او لا يختلف الاصحاب فيه فالمعظم على الاول و منهم الشّيخ فى ط و ابن زهره فى الغنيه و الفاضلان فى يع و عد و التّحرير و كره و د و صره و لف و الشهيدان فى س و ضه و لك و السيورى فى التنقيح و المحقق الثّانى فى جامع المقاصد و لهم على ذلك عموم المكاتبين الموصوفه إحداهما بالصّحّه الوقوف على حسب ما يوقفها اهلها و يعضده ما تبّه عليه فى التنقيح بقوله ان الوقف العام كالمسجد و خان الشّيبيل ازاله الملك لا تمليك فيكون حكمه كسائر المباحات الواقف و غيره سواء بخلاف الوقف الخاص كبنى فلان فانه تمليك لهم فلا يجوز للواقف الانتفاع معهم لا يقى يدفع ما ذكر ما اشار اليه فى السّرائر قائلان و الذى يقوى عندى ان الواقف لا يجوز له الانتفاع بما وقفه على حال لما بيناه و اجمعناه عليه من انه لا يصح وقفه على نفسه و أنّه بالوقف خرج عن ملكه فلا يجوز عوده اليه بحال لأننا نقول لا نسلم كون محلّ البحث من الوقف على نفسه كما اشار اليه جماعه سلّمنا و لكن نمنع من كليه عدم جواز الوقف على النفس و الاجماع فى محل

البحث مم و لم يرد في نص بهذه العبارة لا- يجوز الوقف على نفسه كما اشار اليه في الكفايه لا يق اطلاق الخبرين المتقدمين الذين اشار اليهما في الرياض يقتضى المنع عن تصرف الواقف فيما وقفه مط كما اشار اليه الحلّي لأننا نقول هذا الاطلاق لا يصلح للمعارضه اطلاق المكاتبين المتقدمين لان التعارض بينهما من قبيل تعارض العمومين من وجه و من الظاهر أنّ الترجيح لإطلاق المكاتبين لاعتضاده بالشّهره العظيمه و الاجماع المحكى الآتى اليه الإشاره و بغير ذلك و بما ذكر يظهر ضعف ما عليه الحلّي من عدم جواز مشاركته الواقف في المفروض فالحق ما عليه المعظم فيلزم ان يجوز للواقف اذا وقف مسجدا ان يصلّى فيه كغيره لأنه من المفروض و قد صرّح بجواز ذلك الإسكافي و العلامه في كره و لف و السيورى في التنقيح و المحقّق الثّاني في جامع المقاصد و يدلّ عليه ما تقدّم اليه الاشاره و يعضده امران احدهما ان الواقف لو كان ممنوعا من التّصرّف في ذلك لاشتهر لتوفر الدّواعى عليه و التالى بط بل المعهود من سيره المسلمين

ص: ٥٠٠

خلافه فالمقدم مثله و ثانيهما ما تبه عليه في لف بقوله لنا انه مع الانتقال الى الله تعالى يكون كغيره لتساوى النّسبه مع جميع الخلق فلا- معنى لإخراجه عنه مع ثبوت المقتضى و هو الاباحه السالمه عن معارضه وقفه على نفسه و يلزم على المختار أيضا ان يجوز للواقف اذا وقف رباطا على الزائرين و المتردّدين ان ينزل فيه لأنه من المفروض و قد صرّح بجواز ذلك في التنقيح و يلزم على المختار أيضا ان يجوز للواقف اذا وقف بئرا على الزائرين ان يشرب منه لأنه من المفروض و قد صرّح بجواز ذلك في جامع المقاصد و يلزم على المختار أيضا ان يجوز للواقف اذا وقف شيئا على المسلمين المشاركه له فيه كما صرح به في ط و كذا صرح به في الغنيه قائلين اذا وقف شيئا على المسلمين فانه يجوز له الانتفاع لأنه يعود الى اصل الاباحه فيكون هو و غيره سواء و يلزم على المختار أيضا ان يجوز للواقف اذا وقف على الفقراء و العلماء و الطلبة و نحوهم المشاركه معهم اذا كان بصفتهم و قد صرح به في يع و صره و د و التحرير و كره و عد و س و ضه و لك و جامع المقاصد لأنه من المفروض كما اشار اليه في جامع المقاصد و لك قائلين ان ذلك ليس وقفا على نفسه و لا على جماعه منهم فان الوقف على مثل ذلك ليس وقفا على الاشخاص المتصفين بهذا الوصف بل على هذه الجبهه المخصوصه و لهذا لا يشترط قبولهم و لا قبول بعضهم و ان امكن بل و لا يعتدّ به و كذا القبض و لا ينتقل الملك اليهم و لا يجب صرف نماء الوقف الى جميعهم و انما ينتقل الملك في مثل ذلك الى الله تعالى و يكون الوقف على الجبهه مرجعه الى تعيين المصروف و حكي عن الشهيد في بعض فتاويه انه قال انه يشارك ما لم يقصد منع نفسه او ادخالها و استحسنة في لك و نقله في جامع المقاصد و لم يتعرض لردّه بل ظاهره قبول الشرط الاول و هو في محله لعموم المكاتبين و جواز تخصيص العام بالتيه كما صرح به في لك و غيره و اما الشرط الثّاني ففيه اشكال من أنّه مع عدمه يلزم الوقف على نفسه و من عموم المكاتبين و سيره المسلمين و اطلاق الاكثر بجواز المشاركه الشامل لصوره فقد الشرط المذكور و هذا اقوى و لا اشكال في توقف المشاركه معهم على كونه بصفتهم و لا فرق بين ان يكون بصفتهم حين العقد او بعده و لا يشترط الاخير كما هو صريح عد و س و لك و ضه و جامع المقاصد و هو مقتضى اطلاق ما دل على المشاركه

**الثاني لو وقف على وجه العموم بحيث يكون قصده خصوصيات الاشخاص**

و يندرج تحته كما لو قال وقفته على اولاد زيد و هو منهم فالظاهر من جماعه كالسيورى في التنقيح و المحقّق الثّاني في جامع

المقاصد و الشَّهيد الثاني في لك انه لا يجوز له التصرف و يكون الوقف بالنسبه اليه باطلا و لهم على ذلك انه وقف على نفسه و كلِّما هو وقف على نفسه يكون باطلا و لا فرق بين التَّنصيص عليه او اندراجه تحت العموم كما صرَّح به لف و التنقيح و ربَّما يظهر من لف حكاية القول بصحته عن جماعه و ان الوقف على المسلمين و الفقراء من هذا القبيل و ذكر احتجاجهم و الجواب عنه قائلا- احتج الآخرون بانه وقف صحيح فيتناول كلَّ من يدخل تحت اللفظ عملا باطلاقه و هو كغيره و الفرق ظ بين الوقف عليه بالتصويِّه و الاندراج تحت العموم و مع الفرق لا يتم القياس و الجواب المنع من كونه كغيره فان الفرق واقع اذ يصح الوقف على غيره دونه و لا فرق بين التَّنصيص و الاندراج في الاراده من اللفظ و المطلق مم فيتساوى جريانه في المنع و الاقرب عندى هو القول الاول لان الظاهر مصير المعظم اليه بل لو ادعى الاتفاق عليه لم يستبعد فتصلح الاجماع المحكيه على عدم جواز الوقف على النَّفس للحجَّيه هنا لعدم تحقق موهن لها كما تحقَّق في القسم الاول ان جعلناها شامله له و الحججه في ترجيح هذا القول الاجماع المحكيه المعتضده بالشهره العظيمه و بما دل على منع التصرف فيما تصدق به و بما ذكر يخصِّص عموم المكاتبين المتقدمين

### الثالث لو وقف على غيره عاما او خاصا

و شرط قضاء ديونه او ادرار مؤنته ممَّا وقفه بطل هذا الشرط و لم يستحقَّ ذلك من هذه الجبهه سواء شرط ان يستوفيه بنفسه او ان يستوفيه الموقوف عليه و قد صرَّح ببطلان الشرط المذكور في يع و كره و عد و س و جامع المقاصد و لك و الكفايه و الرياض و بالجمله معظم الأصحاب بل لا يبعد دعوى الاتفاق عليه و يدلُّ عليه مضافا الى ما ذكر ان مرجع ما ذكر الى الوقف على نفسه و عدم اخراج نفسه و هو بط اما الاول فقد صرَّح به في كره قائلا لو وقف على غيره ممَّن يصحَّ الوقف عليه و شرط ان يقضى من ربه زكاته و ديونه و ان يخرج ما يحتاج اليه من نفقته او ادرار مؤنته لم يصحَّ لأنَّه وقف على نفسه و غيره و كذا لو شرط ان يأكل من ماله او ينتفع و يعضد ما ذكره قول جامع المقاصد و لك لو شرط قضاء ديونه او ادرار مؤنته بطل لأنَّ الشرط مناف لمقتضاه فأنه لا بدَّ من اخراجه لنفسه بحيث لا يبقى استحقاق فيه لأنَّ الوقف يقتضى نقل الملك و المنافع عن نفسه فاذا شرط قضاء ديونه او ادرار مؤنته او نحو ذلك فقد شرط ما ينافى مقتضاه فبطل الشرط او الوقف و ادعى في لك ان الحكم بالبطلان في محل الفرض من قواعد الاصحاب و لا فرق فيما ذكرناه من بطلان الشرط بين ان يشترط قضاء دين معيَّن و عدمه و لا بين ان يشترط ادرار مؤنته مدَّه معيَّنه او مده عمره كما صرَّح به في لك

### الرابع لو وقف مسكنا و شرط لنفسه السكنى فيه

بطل كما صرَّح به الحلى فيما حكى عنه و كذا صرَّح به العلامه في التحرير و لف قائلا في الاخير لنا ان الواقف اخرج الملك عن نفسه فلا- يجوز له الانتفاع به كغيره و أطلق الشيخ في النهايه و غيره جواز السِّكنى له مع الموقوف عليه و تبَّه على وجهه في لف قائلا احتج بما رواه ابو الجارود عن الباقر ع و ان تصدَّق بمسكن على ذى قرابته فان شاء سكن معهم و قد يجاب عما ذكره بضعف السند و قصور الدلاله و المعارضه بما هو ارجح منه و قد تبَّه على جميع ما ذكر في لف و الجواب بقوله الطعن في السند و تاويل الرِّوايه بالصِّدقه بالاسكان المطلق او بعدم التاييد و المعارضه بما رواه طلحه بن زيد عن الصادق ع عن الباقر ان رجلا تصدَّق بدار له و هو ساكن فيها فقال الحسين ع اخرج منها و كما يبطل شرط السكنى كك يبطل شرط الاكل ممَّا وقف و

بالجملة لا يجوز للواقف ان يشترط الانتفاع بما وقفه باى نحو كان فلو شرط بطل الشرط كما صرح به فى السرائر و كره و لك بل الظاهر انه ممّا لا خلاف فيه الا من الاسكافى على ما حكى و هو ضعيف و هل يبطل اصل الوقف فلا يستحقّه الموقوف عليه او لا بل لا يبطل الا اليه ما يرجع فيه اشكال

### الخامس لو شرط انتفاع الفقراء و نحوهم

فهل يجوز له الانتفاع منه اذا كان بصفتهم كما لو وقف على من يدخل فى جملتهم على جهه العموم او لا الأقرب الاول

ص: ٥٠١

### السادس لو شرط على الموقوف عليهم ان يقضوا ديونه

او ينفقوا عليه الا من عين ما وقفه بل من عند انفسهم فهل يصحّ او لا الاقرب عندى الاول لعموم قولهم ع فى عدّه اخبار معتبره المؤمنون عند شروطهم و عموم المكاتبين المتقدمين و لا يعارضهما ما دل على اشتراط الاخراج عن نفسه لان المفروض ليس منه كما لا يخفى و مع هذا فما دلت على جواز الانتفاع ممّا وقفه على الفقراء اذا كان منهم يدلّ على ما ذكرناه بطريق اولى فت و كك يصحّ ان يشترط عليهم قضاء صلواته بعد مماته و قراءه القرآن له و الزياره له و الحج له و بالجملة كلّ شرط لا يرجع الى شرط انتفاعه من العين الموقوفه و لم يكن باطلاق من جهه اخرى فهو صحيح و لا فرق فيما ذكر بين الوقف الخاصّ و العام مط

### السابع لو شرط اكل اهله و عياله غير الزوجه ممّا وقفه

صحّ الشرط و الوقف معا كما صرح به جماعه منهم العلامة فى كره و عد و الشّهادان فى س و ضه و لك و المحقق الثّانى فى جامع المقاصد و الفاضل الخراسانى فى الكفايه و الوالد قدّس سرّه فى الرياض و لهم اولا عموم قولهم ع المؤمنون عند شروطهم و ثانيا عموم المكاتبين المتقدمين و ثالثا ما ذكره فى س و جامع المقاصد و ضه و لك و الكفايه و الرياض من أنّ النّبى ص شرط ذلك و ان فاطمه ع شرطها أيضا و رابعا ما تبّه عليه فى جامع المقاصد بقوله أنّه شرط لا ينافى مقتضاه و هل يلحق بذلك اشتراط اكل الزوجه فيصحّ او لا تردّد فيه الشهيد فى س و الحق ان مجرد اشتراط اكل الزوجه ليس بفاسد كما يظهر من غيره من الجماعه العذنين صرحوا بجواز اشتراط اكل الأهل و العيال المتقدم اليهم الاشاره نعم ان شرط نفقتها الواجبه عليه بطل بناء على كونها حقا عليه مط و لو كانت غنيه و على عدم سقوطها عنه بغناها كما صرح به المحقق الثّانى و صرح جماعه من الاصحاب بانه لا فرق فى جواز اشتراط اكل الاهل بين كونهم واجبي النّفقه او لا و هو جيّد و قالوا تسقط نفقه من عدا الزوجه ان استغنوا به

### الثامن صرح الشّهد الثّانى فى لك و الفاضل الخراسانى فى الكفايه بأنّه لو شرط ان يأكل الناظر منه

او يطعم غيره فان كان وليه الواقف كان له عملا بالشرط و لا يكون شرطا للنفع على نفسه و هو جيّد حيث لا يقصد نفسه ابتداء



لأنه ح كالوقف على الجبهه و قد بينا أنه يجوز للواقف ح الانتفاع ممّا وقفه

## التاسع لو شرط ان يخرج وصاياه من الوقف

كالاستيجار للحجّ و الصوم و الصلاه و قراءه القرآن و نحو ذلك فالظاهر بطلانه لعدم الإجزاء عن نفسه

## منهل يجوز وقف المشاع

كما صرّح به فى جامع المقاصد و يع و د و التحرير و اللّمعه و س و ضه و لك و الكفايه بل الظاهر انه ممّا لا خلاف فيه عندنا كما صرّح به فى لك قائلاً لا خلاف عندنا فى صحه وقف المشاع كغيره و يدلّ عليه مضافاً الى ما ذكر عموم قوله تعالى أوفّوا بالعقود و قوله ص الناس مسلّطون على اموالهم و قوله ع الوقوف على حسب ما يوقفها اهلها لا يق المقص من الوقف لا يحصل مع الاشاعه فلا يصحّ وقفه لأننا نقول هذا مم كما اشار اليه فى جامع المقاصد و ضه و لك قائلين يصح وقف المشاع لان مقص الوقف و هو تحبّيس الأصل و تسبيل المنفعه يحصل و لا يقال لا يمكن قبضه فلا يصحّ وقفه لأننا نمنع هذا بل يمكن قبضه كما يمكن قبض المبيع المشاع و قد صرّح بهذا جماعه منهم المحقّق فى يع و العلامه فى التحرير و الشّهد الثانى فى لك و الفاضل الخراسانى فى الكفايه بل الظاهر انه ممّا لا خلاف فيه و لا فرق فى جواز وقف المشاع بين ان يكون على الجبهه العامه كجعله مسجداً و غيرها كما هو ظ الكتب المتقدمه

## منهل لو قال وقتت على اولادى اندرج تحته البنون و البنات و الخنائى من الصّلب او البطن

### اشاره

كما فى عد و جامع المقاصد و ذلك لصدق اللفظ عليهم حقيقه كما صرّح به فى جامع المقاصد و هل يندرج تحته اولادهم و اولاد اولادهم ما تعاقبوا او تناسلوا او يختصّ بمن كان من الصّلب او البطن اختلف الاصحاب فيه على قولين الاول أنّهم يندرجون تحته و هو للعلّامه فى موضع من التحرير و الشّهد فى اللّمعه و المحكى عن القاضى و المفيد و الحلبي و الحلّى و لهم على ذلك أنّه قد كثر استعمال لفظ الولد فى المتولد بواسطه لغه و شرعا كقوله ع يعرفون اولادى بسّته اشياء اه و نحو ذلك فيلزم ان يكون حقيقه امّياً لأنّ الأصل فى الاستعمال الحقيقه او لما تقرّر من أنّ الأصل اللفظ اذا كثر استعماله فى معنى علم أنّه حقيقه فيه سلّمنا انه ليس بحقيقه و لكنّه مجاز شايح فيجب الحمل عليه لما تقرّر من لزوم ترجيح المجاز الشائع على الحقيقه المرجوحه و فى جميع الوجوه المذكوره نظر لمنع دلّامه الاستعمال على الحقيقه و كذا دلّامه كثرته عليها ممنوعه و كذا الحمل على المجاز الراجح و لهم أيضاً انه قد حكم بثبوت الحكم المعلّق على الولد لولد الولد و فيه بعد تسليمه انه يحتمل كون ذلك لدليل من الخارج و دفعه بالأصل هنا مشكل و لهم أيضاً الروايه الحاكيه لاستدلال المعصوم ع على انه ابن رسول الله ص و هى طويله و فى هذا نظر أيضاً الثانى انهم لا يندرجون تحته بل يختصّ بمن كان من الصّلب او البطن و هو للعلّامه فى د و لف و المحقّق فى يع و فخر الإسلام فى الايضاح و الشّهديين فى ظ غايه المراد و ضه و لك و المحكى عن الشّيخ و الاسكافى بل فى الكفايه حكاه عن الاكثر و لهم على ذلك وجوه منها ما اشار اليه فى يع و لك و ضه من عدم تبادل ولد الولد من لفظ الولد عند الاطلاق و هو دليل المجاز و منها ما اشار اليه فى ضه و لك و غايه المراد و جامع المقاصد من انه يصحّ سلب اسم الولد عن ولد

الولد و هو من اقوى ادله المجاز و منها ما اشار اليه في لف و غايه المراد و جامع المقاصد من ان الولد لو كان حقيقه في ولد الولد كما يكون حقيقه في المتولد بلا- واسطه لزم الاشتراك و المجاز خير منه و رده في لك قائلا و فيه نظر لجواز ان يكون مستعملا في القدر المشترك بان يكون متواطيا او مشككا و هو اولى منهما و هو جيد الا ان يق ان المستدل بهذه الحجه انما عول عليها بعد ابطال احتمال الاشتراك المعنوي فلا يتجه ح ما ذكره فت و منها قوله تعالى وَ وَصَّىٰ بِهَا إِبْرَاهِيمُ بَنِيهِ وَيَعْقُوبُ فِي قِرَاءَةٍ مِنْ قُرْآنٍ بِالنَّصْبِ وَ عطف يعقوب على بنيه لان ابن الابن لو كان ابنا حقيقه لما جاز ذلك العطف لان العطف يقتضى المغايره و لا- مغايره هنا لان يعقوب ابن ابن ابراهيم و فيه نظر لان عطف الخاص على العام جائز كما في قوله تعالى مَنْ كَانَ عَدُوًّا لِلَّهِ وَ مَلَائِكَتِهِ وَ رُسُلِهِ وَ جِبْرِيلَ وَ يَكْفَىٰ مَغَايِرَهُ الْجُزْءَ لِلْكَلِّ فِي تَصْحِيحِ الْعُطْفِ وَ قد يق الأصل عدم ذلك في موضع الاشتباه و ان كان صحيحا في نفسه مع انه يحتاج الى نكته و هي غير موجوده هنا كما وجدت في عطف جبرئيل على الملائكه في المشار اليها و هي الاشاره الى كونه اعظم منهم و فيه

ص: ٥٠٢

نظر لاحتمال ان يق بمثل هذه النكته هنا و مع هذا فقد قيل ان قراءه النصب شاذه فالتعويل على هذه الحجه محل اشكال و لكن المعتمد عندي هو هذا القول و اعلم ان المفروض في محل البحث هو صورته عدم قيام ما يدل على اراده العموم و اما معه فلا اشكال و لا- نزاع في لزوم الحمل عليه و منه اعتقاد الواقف كون لفظ الولد موضوعا للمعنى الأعم و ان كان خطأ و لو اعتقد الواقف كونه موضوعا لمن تولد عنه بلا- واسطه حمل عليه عند الاطلاق و لو قلنا بكونه موضوعا للمعنى الاعم لما تقرر في الاصول من ان اللّازم حمل اللفظ المجرد عن القرينه على عرف المتكلم و بالجملة اعتقاد الواقف و عرفه متبع و حيث اشبهه عمل بالمختار و عليه لو قال وقفت على اولاد اولادى و لم يقل ما تعاقبوا يجب الحمل على الاولاد الذين تولدوا من اولاده بلا واسطه لاتحاد طريق المسألتين و

**ينبغي التنبيه على امور**

**الاول اذا وقف على اولاد اولاده**

اشترك اولاد البنين و البنات الذكور منهم و الإناث كما في الغنيه و فع و يع و صره و د و التّحرير و عد و كره و جامع المقاصد و لك و الكفايه و الرياض و لهم و جهان احدهما انه تبه على دعوى الاجماع عليه في الغنيه قائلا اذا وقف على اولاده و اولاد اولاده دخل فيهم اولاد البنات بدليل الاجماع المشار اليه و يعضد ما ادعاه قول الرياض اذا وقف على اولاد اولاده اشترك اولاد البنين و البنات الذكور منهم و الاناث بالسويه بلا خلاف اجده و به صرح بعض الأجله بل ادعى على الدخول الاجماع في الغنيه و هو الحجه و ثانيهما ما تميمك به في النّهاييه و الغنيه و جامع المقاصد و لك من انه يصدق الاولاد على الذكور و الإناث حقيقه قطعا فيصدق على اولادهم مط و انهم اولاد اولاد و ان لم يصدق على اولاد الاولاد انهم اولاد بطريق الحقيقه

**الثانى صرح في لك و الرياض بدخول الخناثى أيضا كالبنات**

قائلين و اعلم أنه كما يدخل الاناث فى اولاد يدخل الخناثى لشمول اسم الولد لهم سواء حصرناهم فى البنين أم جعلناهم طبيعه ثالثه بخلاف ما لو وقف على البنين خاصه او على البنات خاصه و اولادهم و زاد فى الاخير قائلا لعدم معلوميه صدق الوصفين عليهم حقيقه بل و معلوميه عدم الصدق و ان جعلوا طبيعه ثالثه و ما ذكره جيد

### الثالث لو وقف على اولاد البنين و البنات

فهل يدخل اولاد الخناثى او لا صرح فى لك و الرياض بان فيه قولين قائلين بعد ما حكينا عنهما سابقا ان وقف على اولاد البنين و البنات ففى دخول اولاد الخناثى قولان للفاضل فى عد و التحرير ينشأن من أنهم ليسوا بذكور و لا اناث و من أنهم لا يخرجون عن الصنفين فى نفس الامر و لهذا يستخرج احدهما بالعلامات و مع فقدها يرث نصف النصيبين و يضعف بانه لا كلام مع وجود العلامه و لا دلالة لنصف النصيبين على حصرهم فى الصنفين بل يمكن دلالاته على عدمه و جاز كون الطبيعه الثالثه متوسطه النصيب كما انها متوسطه الحقيقه و زاد الاول قائلا و اما الاستدلال لهما على الانحصار فيهما بمثل قوله تعالى يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنَاءً اَلَا يَهْفِىءُ مَفِيءٌ

### الرابع يقسم الوقف بين اولاد البنين و البنات الذكور و الاناث بالسويه

حيث يقف على اولاد اولاده كما صرح به فى النهايه و يع و د و عد و جامع المقاصد و الرياض بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه و احتج عليه فى جامع المقاصد بان الاصل عدم التفاضل مع اشتراكهم فى سبب الاستحقاق و باستواء نسبتهم اليه فى لك و الرياض لأنه مقتضى الاطلاق

### منهل اذا وقف على جماعه و اشترط ادخال من يولد و يوجد مع الموجود صح

#### اشاره

كما صرح به فى فع و يع و صره و د و التحرير و عد و كره و جامع المقاصد و لك و الكفايه و الرياض و لهم و جوه منها ظهور الاتفاق عليه كما تبه عليه فى الرياض بقوله اذا وقف على جماعه و اشترط ادخال من يوجد مع الموجود منهم صح بلا خلاف يظهر و يعضد ما ذكره تصريح لك بدعوى الاتفاق على ذلك و قد يناقش فى ذلك بانه تبه فى جامع المقاصد على وجود الخلاف فى ذلك بقوله لا ريب انه لو وقف و شرط دخول من سيولد من اولاده و غيرهم فى الوقف صح تبعا للموجودين اما لو شرط ادخال من سيولد من اولاده او من يريد مع الموقوف عليهم فانه يصح عند المص و يظهر من عبارته س ان اشتراط ذلك فى العقد يقتضى البطلان و فيما ذكره نظر و منها ما احتج به فى الرياض من عموم الامر بالوفاء بالعقود فى قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و منها ما تمسك به فى جامع المقاصد و الرياض من عموم قوله ع الوقوف على حسب ما يوقفها اهلها و منها عموم قولهم ع فى عده اخبار معتبره المؤمنون عند شروطهم و منها عموم قوله ع التماس مسلطون على اموالهم و منها ما تبه عليه فى الرياض بقوله بعد الاشاره الى العمومين الأولين مع سلامتهما عن المعارض و اعتضادهما بالتصووص فى ادخال جواز من يريد فى الوقف على اولاده الاضاغر مع عدم الشرط اصلا لجوازه منه بطريق اولى لكن يتوقف على القول بها فلا يصح الاستدلال بل

الاعتضاد و منها ما تبه عليه في جامع المقاصد بقوله بعد ما حكينا عنه سابقا فانه يصح عند المصنف لأنه شرط لا ينافي مقتضى العقد لأنه يصح اشتراط دخولهم فيصح اشتراط ادخالهم سواء كان الوقف على اولاده الاصغر او غيرهم بخلاف ما اذا أطلق و لم يشترط ذلك على قول من جوز ذلك اذا كان الوقف على اولاده الاصغر و تبه في مقام اخر على ان الشرط المذكور لا ينافي مقتضى العقد قائلًا فان قيل هذا أيضا مناف للوقف من حيث ان ادخال من سيوجد يقتضى نقصان حصه الموقوف عليهم فيكون ابطالا للوقف في ذلك البعض بالنسبه اليهم قلنا اولًا ان العقد لما تضمن هذا الشرط لم يكن لهم حقّ الآ معه فلم يستحقوا شيئًا بطل الشرط و ثانيًا انّ الوقف يجب لزومه في حق الموقوف عليهم في الجملة امّا في قدر النصيب فلا قطعًا لأنه لو وقف عليهم و على عقبهم لكان نصيب الموقوف بعد حصول العقب انقص قطعًا او قد اشار الى الجوابين في لك أيضا و

### ينبغي التنبيه على امور

### الاول لا فرق في ذلك بين ان يكون الوقف على اولاده الاصغر او غيرهم

كما صرح به في يع و التحرير و عد و كره

### الثاني اشتراط ادخال من يريد كاشتراط ادخال من يوجد

فيلزم الوفاء به كما صرح به في الكفايه و كذا صرح به في لك و تبه على وجهه قائلًا لأنّ هذا الشرط لا ينافي مقتضى الوقف فان بنائه على جواز ادخال من سيوجد و سيولد مع الموجود و اشتراط ادخال من يريد ادخاله في معناه بل اضعف لأنه قد يريد فيكون في معنى اشتراط دخوله و قد لا يريد فيبقى الوقف على اصله فاذا جاز الاول اتفاقًا جاز الاخر كك او بطريق اولي

### الثالث اشتراط الدخول كاشتراط الادخال

فيما ذكرناه

منهل اذا وقف على الفقراء و أطلق فهل يجب صرف نماء الوقف الى جميع من يتصف بالصفه المذكوره

### اشاره

سواء كان حاضرا في بلد الوقف و وقت

ص: ٥٠٣

القسمه أم غائبا او لا يجب ذلك بل يجوز الاقتصار على بعضهم المعتمد الأخير وفاقا للنهايه و فع و يع و صره و د و عد و كره و التحرير و س و اللمعه و التثحيح و جامع المقاصد و لك و ضه و الكفايه و الرياض و لهم اولًا ظهور الاتفاق على ذلك كما اشار

اليه فى الرياض قائلا اذا وقف على الفقراء انصرف نماء الوقف الى فقراء بلد الوقف و من يحضره منهم خاصه و كذا الوقف على كل قبيله متبده غير منحصره ممن يكون الوقف عليهم وقفا على الوجهه المخصوصه لا على اشخاصها كالعلويه و الهاشميه و نحوهم من الطوائف الغير المنحصره فمن حضر منهم بلد الوقف صرف النماء اليهم و لا- يجب تتبع من لا- يحضره منهم بلا خلاف فى الظاهر و ثانيا ان وجوب الصيرف الى جميع فقراء العالم بل فقراء مملكه بل فقراء بلده مستلزم للخرج العظيم كما صرح به فى كره و الرياض بل هو مستلزم للتكليف بما لا يطاق غالبا كما لا يخفى و ثالثا ما تبه عليه فى كره بقوله لا يجب تتبع من غاب عن البلد لما فيه من العسر او المشقه و خوف التلف و لما رواه سليمان التوفلى و نبه على الروايه فى الرياض بعد التمسك بقاعده نفى الحرج بقوله مضافا الى الخبر المنجبر قصور سنده بالعمل و فيه بعد ان سئل عن ذلك ان الوقف لمن حضر البلد الذى هو فيه و ليس لك ان تتبع من كان غائبا و رابعا ما تبه عليه فى التنقيح بقوله لا يجب تتبع الجميع بل الحاضرين وقت القسمه لأصالة عدم وجوب التتبع و خامسا ما نبه عليه فى جامع المقاصد و لك قائلين لما كان الوقف على المنتشرين الذين ليسوا بمنحصرين وقفا على جملة اشخاصهم بل هو وقف على جهة مخصوصه و يصرفها اولئك المنتشرون لم يجب تتبع المنتشرين فى اىصال نماء الوقف اليهم و

### ينبغى التنبيه على امور

#### الاول لا اشكال و لا شبهه فى أنه لا يجب تتبع من غاب عن البلده

التي فيها الموقوف و لا- اىصال نمائه اليهم بالنقل الى غير تلك البلده و نحوه كما صرح به فى كره و عد و التحرير و س و التنقيح و لك و ضه و جامع المقاصد و الكفايه و الرياض فيجوز الاقتصار على الفقراء الحاضرين فى تلك البلده و هل تجب ذلك او لا بل يجوز الصيرف الى الغائب جميعا او بعضها يظهر من النهايه و فع و يع و صره و د و التحرير و عد و س و اللّمعه و الكفايه الأول و به صرح فى جامع المقاصد قائلا فى مقامين يجب صرفه الى من كان فى البلد و فى التنقيح و الاولى انه مع وجود المستحق لا يجوز النقل و يجوز مع عدمه و لا ضمان و لهم ان البراءه اليقينيّه لا تحصل الا بذلك و ان النقل الى الغائب مظنه التلف و للخبر المتقدم و فى الجميع نظر و صرح بالثانى فى كره و ضه و لك قال فى الرياض لعله للأصل و عموم لفظ الوقف و ضعف النصّ مع عدم جابر له فى محل الفرض مع قوه احتمال عدم دلالة النهى فيه على الحرمة بناء على وروده مورد توهم الحرمة فلا يفيد سوى الرّخصه فى الترك و هى اعم من الحرمة و ما ذكره جيّد فهذا القول اجود الا ان الاول احوط و عليه فهل يشترط فى الحاضر فى البلده ان يكون من اهلها فلا- يعطى للحاضر الغريب فيها او لا بل لا يعطى كل فقير فيها و لو كان غريبا ربما يظهر من فع و التحرير و الكفايه الاول و ذهب الى الثانى فى النهايه و يع و صره و عد و اللّمعه و س و ضه و لك و جامع المقاصد و الرياض و هو مقتضى الخبر المتقدم فهو الاقرب و على ذلك أيضا لا فرق فى الغائب بين ان يكون من اهل البلد او لا

#### الثانى هل يعم الغائب كل من خرج عن سور البلد

او يختصّ بمن خرج عن البلد و قراه و توابعه او يختصّ بمن بلغ مسافه التقصير احتمالات و الاقرب مراعات صدق الحضور فى

البلد و عدم الغيبه عرفا فلا يشترط احاطه السور بالمستحق

### الثالث هل يلحق بالبلد القريه و غيرهما من المحال

فيعطى من حضرها و لا- يجب تتبع الغائب او لا- المفروض فى الروايه و عبارات الاصحاب لفظ البلد و لكن احتمال اللاحق و دعوى خروج لفظ البلد مخرج التمثيل هو الأقرب

### الرابع هل يشترط كون الموقوف عليه فى البلد

و ممّا احاط به السور لو كان او لا الاقرب الثانى

### الخامس قد بينا انه اذا وقف على الفقراء

فلا يجب صرف نماء الوقف الى جميعهم بل يجوز الاكتفاء على من حضر البلد منهم و عليه هل يجب استيعابهم به و صرفه فى جميعهم او لا- احتمالات احدها انه يجب الاستيعاب و الصّيرف و هو المستفاد من التّهايه و فع و د و صره و اللّمعه فأنّها صرّحت بانه اذا وقف على الفقراء انصرف الى فقراء البلد و من يحضره و قد تبّه على افاده هذه العبارة الاستيعاب فى لك بقوله هل يجب استيعاب جميع من بالبلد أم يجوز الاقتصار على بعضه ظ العبارة الأوّل و يؤيّده روايه على بن سليمان التّوفلى و يعضد ما ذكره هنا او لا- قوله فى ضه هل يجب استيعاب من حضر ظ العبارة ذلك و ثانيا قول الرياض ظ العبارة و كثير من عبائر الجماعه و جوب الصّرف الى جميع من فى البلد و ربّما تشعر عبارته بدعوى الشّهره على هذا القول و للقائلين به وجوه منها قاعده الاحتياط فان البراءه اليقينيّه انما تحصل بالاستيعاب فيجب و قد يجاب عما ذكر بانه على تقدير تسليمه لا يصلح لمعارضه ما دلّ على ضعف هذا القول و سيأتى اليه الاشاره إن شاء الله تعالى و منها ان ظ عقد الوقف المفروض و جوب الصّرف الى جميع فقراء العالم خرج الغائبون عن البلد بما بيناه من الادله على عدم و جوب الصّيرف اليهم و لا دليل على خروج غيرهم ممّن حضر البلد فيبقى مندرجا تحت العموم و قد تبّه على ما ذكر فى ضه بقوله هل يجب استيعاب من حضر ظ العبارة ذلك بناء على ان الموقوف عليه يستحقّ على جهه الاشتراك لا- على وجه بيان المصرف بخلاف الزكاه و قد يجاب عمّا ذكر بان عقد الوقف المذكور لا يمكن حمله على ظاهره لما بيناه من عدم و جوب الصّيرف الى فقراء العالم فيجب حمله على بيان المصرف كما فى قوله تعالى إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ لا- يق الحمل على بيان المصرف مجاز و هو مرجوح بالنّسبه الى التّخصيص باخراج الفقراء الخارجين عن البلد عن العموم لأننا نقول لا نسلم كون الحمل على بيان المصرف مجاز او ان كان خلاف الظاهر سلّمنا و لكن المجاز هنا ارجح من التّخصيص اما اولا فلأنّ الغالب فى امثال عباره عقد الوقف المفروضه اراده بيان المصرف بعد تعذّر الحمل على الاستيعاب فيجب الحمل عليه لأنّ الغلبه تفيد الرجحان و اما ثانيا فلأنّ البناء على التّخصيص هنا مستلزم لتخصيص العام الى الاقلّ من النّصف قطعاً و هو امّا ممتنع كما عليه جماعه من الاصوليين او هو ابعد و جوه التّاويل فلا ريب أنّ الحمل على بيان المصرف ارجح و اما ثالثاً فلما سيأتى اليه الاشاره إن شاء الله تعالى من الادله على ضعف هذا القول و منها ما تبّه عليه فى لك و ضه و الرياض من دلاله روايه على بن سليمان التّوفلى على و جوب الصّيرف فى جميع من حضر البلد من الفقره و قد يجاب عن

هذه الروايه اولاً بأنها ضعيفه السند فلا تصلح للحجيه لا يق الضعف هنا منجبر بالشهره لأننا نقول لا نسلم اشتهاار هذا القول

ص: ٥٠٤

لان المفتى به جماعه قليله لا يتحقق بفتواهم الشهره قطعاً على أنه قد يمنع من مصيرهم الى هذا القول لإمكان حمل عباراتهم المتقدمه على بيان المصرف فت و ثانياً بالمنع من دلالتها على وجوب الاستيعاب الذي هو محل البحث لإمكان حملها على بيان المصرف فت و ثالثاً بانها على تقدير تسليم دلالتها على المدعى و اعتبار سندها معارضه بما دلّ على ضعف القول المذكور و هو وجوه منها أنه ثبته في الرياض على دعوى الاتفاق على عدم وجوب الاستيعاب قائلاً بعد التصريح بان ظ كثير من العبارات وجوب الاستيعاب و ليس بمراد بالاتفاق و ربما يؤيد ما ذكره انه لم يتعرض في القواعد و لا في جامع المقاصد للقول بوجوب الاستيعاب أصلاً فت و منها ما ثبته عليه في الرياض أيضاً قائلاً و الاصل يقتضى جواز الاكتفاء بالبعض و عدم وجوب الاستيعاب كما يقتضى عدم وجوب التسميه في القسمه على تقديره بلا خلاف يظهر لى من الاصحاب و منها ما ثبته عليه في الرياض أيضاً بقوله مع استلزام الاستيعاب المشقه العظيمه في بعض الاحيان و الى المختار مال جماعه من الأصحاب قلت لا ريب ان وجوب الاستيعاب يستلزم الحرج العظيم غالباً بل التكليف بما لا يطاق و كلاهما منفيان بالأدله الأربعة و منها ان وجوب الاستيعاب قد يستلزم تضييع المال و خروجه عن المالىه و عدم انتفاع احد من المستحقين به و ذلك فيما اذا كان نماء الوقف فى غايه القله و الفقراء فى غايه الكثره و من الظاهر ان جميع ذلك قبيح عقلاً و غير جائز لمنافاته للمقصود من الوقف المرغب فيه نصاً و فتوى و منها انه لو وجب الاستيعاب لتظافر الاخبار به لتوفر الدواعى عليه و بطلان التالى ظ فت و ثانياً انه لا يجب الاستيعاب و لكن لا يجوز الدفع الى أقل من الثلاثه و قد صار اليه فى التحرير و عد و كره و الايضاح و س و التنقيح و ضه و لهم ما احتج به فى كره و الايضاح و س و التنقيح و ضه و ثبته عليه فى جامع المقاصد و لك و الرياض من ان لفظ الفقراء الذى هو الموقوف عليه صيغه جمع و اقله الثلاثه عند المحققين على ما حكاها عنهم فى جامع المقاصد فيجب مراعاته و قد يجب عمّا ذكر بان الثلاثه انما يكون أقل الجمع و يجب مراعاته حيث يكون الجمع منكراً كما فى قوله اكرم رجالات او رأيت رجالات و اما اذا كان معرّفاً باللام كما فى محل البحث كان من صيغ العموم و لا- يعتبر فيه ذلك قطعاً و الحمل على العموم هنا غير جائز لأن مقتضاه الاستيعاب حتى بالنسبه الى خارج البلد و قد بينا عدم وجوبه فيلزم الحمل على بيان المصرف و هو لا يقتضى وجوب مراعات الثلاثه بل يقتضى جواز الاكتفاء بواحد كما سيأتى اليه الاشاره إن شاء الله تعالى و بالجمله ان حمل اللفظ على ظاهره من العموم و وجوب استيعاب جميع من يندرج تحته فلا يختص وجوب الاستيعاب بالثلاثه و ان حمل على خلاف الظاهر و هو بيان المصرف فيجوز الاقتصار على واحد فلا- وجه لهذا القول أصلاً و ثالثها انه لا- يجب الاستيعاب و لكن لا يجوز الدفع الى أقل من الاثنين و قد حكى فى لك هذا الاحتمال عن بعض قائلو و قيل يكتفى باثنين بناء على أنه أقل الجمع و ثبته على هذا القول فى الرياض و هو ضعيف جداً امياً اولاً- فلما بيناه فى مقام بيان بطلان احتمال الثانى و اما ثانياً فللمنع من ان أقل الجمع اثنان بل هو ثلاثه و اما ثالثاً فلاين القائل بهذا الاحتمال غير معروف و شاذ و لو عرف و رابعها انه يجوز الاكتفاء بواحد و قد حكاها فى الرياض عن بعض الاصحاب قائلاً- و الى المختار مال جماعه من الاصحاب و ان اختلفوا فى وجوب الثلاثه مراعاة للجمع او جواز الاقتصار على اثنين بناء على انه أقل الجمع او الواحد نظراً الى ان الاشخاص مصارف الوقف لا مستحقون اذ لو عمل على الاستحقاق لوجب الاستيعاب و وجب التبع مهما امكن على اقوال اقواها الاخير وفاقاً للشهيد الثانى و غيره و ان كان الاول لو لم يجب ان يستوعب جميع من فى البلد احوط و يعضد ما ذكره من وجه هذا القول اولاً قول جامع المقاصد يحتمل الاكتفاء بواحد لان الوقف انما

هو على الجبهه و المذكورون من المنتشرين مصرف له كما حققنا على أنه لو اريد ظ اللفظ لوجب ان لا- يكتفى بثلاثه لأن المذكور جمع معرّف باللام و هو للعموم فيجب التبع ما امكن و هذا الاحتمال يلوح من عبارته الشارح

الفاضل و اعتبار الثلاثه طريق البراءه و ثانيا قول لك و يحتمل جواز الاقتصار على واحد نظرا الى ان الاشخاص مصرف الوقف لا مستحقون اذ لو حمل على الاستحقاق و عمل بظ اللفظ لوجب الاستيعاب لأنه جمع معرّف باللام مفيد للعموم فيجب التبع ما امكن و ربّما يستفاد مما ذكره المصير الى هذا الاحتمال و كذا يستفاد من جامع المقاصد و كيف كان فهذا القول اقرب و لكن لا ينبغي ترك الاحتياط في المسأله فان امكن استيعاب جميع من في البلد فهو الاحوط حيث لا يستلزم تضييع المال و قد حكى في جامع المقاصد التصريح باولويه ما ذكره قائله- قال في كره و الاولى الصّيرف الى جميع من يحضر البلد و ان لم يمكن فالاحوط مراعات الثلاثه كما صرّح به في جامع المقاصد و الرياض و دونه في الاحتياط مراعات الاثنين و الاحوط كون الثلاثه و الاثنين من اهل البلد لا من خارجه

و

**ينبغي التنبيه على امور**

### **الاول لو قلنا بعدم جواز الصّرف في أقل من الثلاثه**

و لم يوجد الثلاثه في البلد فصرّح في الايضاح و جامع المقاصد و لك و الكفايه بانه يجب الاكمال من الخارج و هو جيّد و هل يجب التسويه بين الثلاثه سواء كانوا باجمعهم في البلد أم لا اولا صرّح بالثاني في التحرير و عد و س و التنقيح و جامع المقاصد و ضه و لك و الكفايه و الرياض و هو جيّد

### **الثاني هل التقسيم بين الثلاثه او بين جميع اهل البلد**

يشترط فيه ان يكون كل حصّه ممّا يتموّل او لا الاقرب الاول و يسقط التقسيم حيث يخرج الحصّه عن المائيه و كذا يسقط لو كان الموقوف ممّا لا يتمكّن من الانتفاع به الا واحد ككتاب واحد و دار واحده ضيقه و المراد الانتفاع على الوجه المتعارف

### **الثالث هل يشترط في البلده التي فيها الموقوف على القول بلزوم الاقتصار عليها**

ان يكون بلد الواقف او يكفى كونها بلد الموقوف مط و لو لم يكن بلد الواقف يظهر من اللّمعه الاول و الاقرب الثاني كما هو ظ المعظم بل غراه في ضه الى الاصحاب قائلوا و اعلم ان الموجود في نسخ الكتاب بلد الواقف و الذي دلت عليه الروايه و ذكره الأصحاب و منهم المص في س اعتبار ولد الوقف لا الواقف و هو اجود

### **الرابع لا يختص الاحكام المتقدمه بالوقف على الفقراء**



بل يعمّه و الوقف على نحوهم كالعلوّيه و الهاشميه و الطّلبه و نحوهم من القبائل المنتشره الّتي لا- يمكن ضبطها و قد صرّح بذلك فى النّهايّه و يع و التحرير و د و عد و كره و كره و س و اللّمعه و جامع المقاصد و لك و ضه و الكفايه و الرياض بل الظاهر أنّه ممّا لا خلاف فيه

### الخامس اذا كان الموقوف عليه منحصرًا أمّا فى فرد معين

او فى افراد معينين يمكن ضبطهم فيجب استيعابهم و التسويه بينهم كما صرّح به فى عد و التحرير و التنقيح و ضه و تبّه فى جامع المقاصد

ص: ٥٠٥

على وجهه قائلًا أمّا الاستيعاب فلان الوجه وقف على اشخاص معينين فينتقل اليهم الموقوف فلا بدّ من صرف النماء الى الجميع لثبوت الاستحقاق لكلّ واحد و أمّا التسويه فلان الاصل مع الاشتراك و استواء نسبه الجميع اى سبب الاستحقاق عدم التفاضل و ما ذكره جيّد و اذا انتشر بعد الانحصار فهل يجب الاستيعاب و التسويه ح بالقدر الممكن او لا بل يعتبر فى الطبقة المنتشره ما يعتبر فى الوقف على المنتشر ابتداء فيه احتمالان احدهما وجوب الاستيعاب ح مع الامكان و الّا فبالقدر الممكن و قد صار اليه فى عد قائلًا- لو امكن فى ابتداء الوقف استيعابهم ثم انتشروا فالاقرب وجوب التعميم فاذا تعذر وجب العمل بما امكن بخلاف المنتشرين ابتداء و قد اختار ما ذكره فى الايضاح أيضًا و تبّه على وجهه فى جامع المقاصد قائلًا وجه القرب ان الواقف اراد التسويه و التعميم لإمكان كل واحد منهما و تعذره بعد ذلك لا يسقط العمل بالممكن اذ لا يسقط بالمعسور الميسور و انما اراد الواقف ذلك لأنه وقف عليهم بحسب حالهم فى الابتداء ثم اورد على ما ذكره قائلًا و فيه نظر لان حكم الوقف مختلف بالنسبه الى المحصورين و المنتشرين فى نظر الشّارع فاذا جمع الواقف بين القبيلتين اعطى كلّ حكمه علم الحال او لم يعلم او لان المنتشرين لا- يبقى الوقف على اشخاصهم و لأصالة براءة الذّمّه من وجوب التسويه و التعميم بحسب الامكان و لان ترك الاستفصال فى روايه على بن سليمان التوفلى عن كون الموقوف عليهم منتشرين ابتداء أم لا- مع ان حكاياه الحال فيها محتمله للأمرين دليل و عدم وجوب التعميم و التسويه بين المنتشرين مط اقوى و ما قربه المص احوط و ما صار اليه فى جامع المقاصد هو الاقرب و لكن لا- ينبغى ترك الاحتياط و صرّح فى لك و كره و الكفايه و موضع اخر من جامع المقاصد بانه لا فرق فى ذلك بين كون الوقف على من لا ينحصر فى ابتداء الوقف و انتهائه

### منهل اذا وقف المسلم على الفقراء

#### اشاره

فصرّح فى فع و يع و صره و د و التحرير و عد و كره و س و جامع المقاصد و لك و الكفايه و الرياض بانه ينصرف الى فقراء المسلمين و يختص بهم و اذا وقف الكافر على الفقراء فصرّح فى النّهايّه و فع و يع و التحرير و د و عد و كره و صره و س و جامع المقاصد و لك و الرياض بانه ينصرف الى فقراء نحلته و ملّته فاذا كان الواقف نصرانيا انصرف الى فقراء النصرارى و اذا كان يهوديا انصرف الى فقراء اليهود و لهم على الحكمين وجوه منها ظهور الاتفاق عليهما كما يستفاد من الكتب المذكوره

لعدم اشارتها الى خلاف و لا اشكال في ذلك و منها تصريح الرياض بنفى الخلاف في ذلك و منها ما تبّه عليه في لك قائلا لما كان الفقراء جمعا معرّفا مفيدا لصفه العموم الشامل للمسلمين و الكفار كان مدلول الصّيغ من هذه الحيثيه شمول الوقف لفقراء الجميع ألّا ان ذلك العموم لغوى و العرف يخالفه فانه يدلّ على اراده المسلم فقراء المسلمين و اراده الكفار فقراء نحلته فيخصّص به لكن العرف مقدم و هذا يتم مع تحقق دلالة العرف و شهاده الحال عليه فلو انتفت فلا معارض لغه الا ان ثبوتها لما كان ظاهرا أطلق الحمل على ما دلّت الحيثيه و يعضد ما ذكره اولا قول التحرير لو وقف المسلم على الفقراء انصرف الى فقراء المسلمين خاصّه عملا بقرينه الحال و ثانيا قول كرهه اذ وقف المسلم على الفقراء انصرف ذلك الى فقراء المسلمين عملا بشاهد الحال و ان المراد ذلك دون غيرهم و لو وقف الكافر على الفقراء انصرف الى فقراء نحلته لما تقدّم من شاهد الحال و ثالثا قول جامع المقاصد بعد الاشاره الى الحكم المذكور عملا بشاهد الحال فأنّه قاض بعدم اراده فقراء كل مله و نحله فيحمل على فقراء المسلمين لانتفاء ما يدلّ على غيرهم و رابعا قول الرياض بعد الاشاره الى الحكم المذكور عملا-بالعرف و شهاده الحال فيخصّص بها ما يقتضيه اللفظ من العموم لكل فرد فرد لغه بناء على تقديم العرف عليها مط و يأتي على مذهب من عكس التعميم مط و لو الى غير ذى الوصف من نحلته و هو مع مخالفه الاجماع ظاهرا محجوج بما تقرّر في محلّه مضافا الى اختصاص الخلاف في تقديم احدهما على الآخر بكلام الشارع لا نفس العرف لتقدم اصطلاحه على اللّغه و الشرع اجماعا مع ان اراده ذى الوصف من نحلته ليس من حيث كونه حقيقه فيه دون غيره في عرف الواقف بل من حيث شهاده الحال بارادته خاصّه و ان ذلك ليس من قبيل اراده بعض افراد الحقيقه بمعونه القرينه و ان عمت اللفظ في عرف المتكلم بل و غيره من ذلك الفرد فتدبّر و هذا يتم مع تحقق دلالة العرف و شهاده الحال به فلو انتفت و شكّ فيها وجب التعميم لجميع من يتّصف بصفه الموقوف عليهم رجوعا الى حقيقه اللفظ التي هي الأصل مع سلامتها عن المعارض أصلا ألّا ان ثبوتها لما كان ظاهرا أطلق العبارة كغيرها الانصراف الى ذى الوصف من نحلته لا يق ما ذكره من التخصيص بالقرينه مستلزم لتخصيص العام الى الاقلّ من الضعف و هو غير جائز عند كثير من المحقّقين لأننا نقول لا نم ان مثل هذا التخصيص غير جائز بل شايع بين اهل اللسان و من هذا القبيل قولهم جمع الامير الصّيغه و نحوه و بالجمله ما ذكره جيّد لا اشكال فيه ان حصل من شاهد الحال و القرينه الحاليه العلم بالمراد بالتخصيصين المذكورين كما هو الغالب في محلّ البحث فان تخصيص العام بالقرينه القطعيه ممّا لا ريب فيه و ان لم يحصل العلم بذلك أمّا لضعف شاهد الحال بالنسبه الى خصوص الواقف او بوجود المعارض له فلا يخّ اما ان يحصل الظنّ بالتخصيصين المذكورين او لا- فان كان الأوّل فلا- يخّ أمّا ان يكون ذلك الظنّ ممّا يعتمد عليه اهل اللّغه و ارباب اللسان في تخصيص العمومات و دفع ظواهر الالفاظ او لا فان كان الأوّل فلا اشكال فيما ذكره و ان كان الثاني فلا اشكال في لزوم الاخذ بالعموم و ان كان الثاني فيظهر من لك و الرياض و لزوم الاخذ بعموم اللفظ و فيه اشكال من اطلاق كلامهم مع عدم ظهور المخالف و اصاله عدم استحقاق من لم يكن من النحله و المله و ان الواجب حمل اللفظ على ظاهره مع ظهور عدم القرينه الصّارفه كما يظهر من بعض المحقّقين و من ان الاصل و جوب حمل اللفظ على ظاهره حتّى هنا كما هو ظ المعظم و امكان حمل اطلاق كلام

الاصحاب هنا على الغالب و هو غير محلّ البحث فلا ينبغي ترك الاحتياط و هو هنا يحصل الاقتصار على من كان من المله و النحله لعدم وجوب الاستيعاب و

**ينبغي التنبيه على امور**

**الأول هل المراد بالمسلم الذي ينصرف اليه وقف المسلم على الفقراء مطلق المسلم**

فيجوز صرف نماء ما وقفه الامامى الاثنى عشرى على الفقراء الى فقراء العامه او لا بل يختصّ نحلته و ملته فلا يجوز صرف الوقف المذكور الى غير الامامى الاثنى عشرى صرح بالتالى فى الرياض قائلا بعد ما نقلنا عنه سابقا و مقتضى هذه القاعده

ص: ٥٠٦

انصرف الوقف الى ذى الوصف من اهل مذهب الواقف لا مط فلو وقف امامى على الفقراء انصرف الى فقراء الاماميه دون ساير طوائف الإسلام الباطله و كذا فى صورته العكس و لعلّه مراد الاصحاب و ان كان عبائهم مطلقه لكن سيأتى من الخلاف ما ربما ينافيه و يعضد ما ذكره قول الكفايه اذا وقف المسلم على الفقراء انصرف الى فقراء المسلمين و لا يبعد انصرافه الى فقراء نحلته من فرق الإسلام و ما ذكره جتيد غالبا و لكن ينبغى مراعات ما ذكرناه من التفصيل

### **الثانى صرح فى كرهه بانه لو وقف المسلم على فقراء بلده**

و فيهم فقراء مسلمين و كفارا فصرف الى فقراء المسلمين خاصه و لو وقف الكافر على فقراء بلده و فيهم فقراء القبيلتين الثالث صرح فيها أيضا بانه لو وقف على فقراء الكفار انصرف الى فقراء الكفار و هو جتيد و يلحق ببلد الواقف غيره من ساير البلدان اذا اشتمل على فقراء القبيلتين

### **الثالث صرح بها أيضا بانه لو وقف على فقراء بلده**

و لم يكن فيه الا فقراء من غير قبيلته انصرف اليهم عملا بالاضافه فلو وقف المسلم على فقراء بلده و ليس فيهم فقير مسلم و علم بذلك و كان فقراهم كلهم كفارا انصرف وقفه اليهم و كذا فى وقف الكافر و صرح بذلك فى لك قائلا و لا فرق بين الوقف على الفقراء كما قيل و فقراء بلده او بلد مخصوص نعم لو لم يكن فى البلد المعين الا فقراء الكفار حيث يكون الواقف المسلم او بالعكس و علم الواقف بذلك انصرف الى الموجود كيف كان عملا بالاضافه و حذرا من ردّ الوقف حيث لا مصرف له مع الكفار مع امكان حملته على الصّححه و لانتفاء القرينه و ما ذكره جتيد ثم صرح فى لك بانه لو لم يكن يعلم بذلك فى كون الحكم كك و جهان من وجود الاضافه و العموم المتناول للموجود و من انه بعد العلم لا يوجد القرينه الصارفه عن المتعارف و لعل الحاقه بالاول اولى و فيما ذكره نظر و المعتمد عندى ح العمل بالعموم مع شكّ الواقف فى ذلك و اما اذ ظنّ بان من فى البلد من قبيله و الواقف خلافه فهل هو كما لو شكّ فيه او لا فيه اشكال و لو قيل ان كان الظنّ ممّا يعتمد عليه عند الواقف فكما لو علم بان من فى البلد من قبيله و الواقف خلافه و الا فلا لم يكن بعيدا

### **الرابع صرح فى الرياض بانه لو وقف المسلم على العلماء**

انصرف الى علماء المسلمين و لو وقف الكافر على العلماء انصرف الى علماء الكفار و ادعى عدم وجدانه الخلاف فى ذلك قائلا- لو وقف المسلم على الفقراء العلماء او غيرهما ممّا يدلّ على وصف مع العموم لغه انصرف الى ذى الوصف من فقراء

المسلمين و علمائهم و لو كان الواقف المتلفظ بتلك اللفظ كافرا انصرف الى ذى الوصف من فقراء نحلته و ملته بلا خلاف اجده عملا بالعرف و شهاده الحال و ما ذكره جيّد غالبا و لكن ينبغي مراعات ما ذكرناه من التفضيل فى الوقف على الفقراء

### الخامس اذا وقف المسلم او الكافر رباطا

او قنطره او دارا او خانا او مسجدا فهل ينصرف الى نحله الواقف او يعم الجميع لم اجد احدا تعرض للمسئله و الاقرب عندى هو الاحتمال الثانى غالبا

### منهل اذا اطلق الوقف على البرّ و لم يعين جهته منه جاز صرفه فى كل ما يتقرب به الى الله تعالى

كما صرح به فى فع و يع و التّبصره و التحرير و عد و د و كره و س و جامع المقاصد و لك و الكفايه و الرياض و فى النهايه و المراسم ينصرف فى الفقراء و المساكين و مصالح المسلمين و لعلهما ارادا ما ذكروه و لا اشكال فيه ثم انّ وجوه البرّ و القرب كثيره لا- تكاد تحصى و قد ذكر جماعه جمله منها ففى لك و الكفايه و الرياض تصرف فى وجوه القرب كنفع الفقراء و المساكين و طلبه العلم و عماره المساجد و المدارس و القناطر و المشاهد و اعانه الحاج و الزائرين و اكفان الموتى و نحو ذلك و صرّح فى النهايه و المراسم و فع و يع و صره و د و التحرير و عد و كره بان من ذلك اعانه الفقراء و صرّح فى جامع المقاصد و كره بان من ذلك عماره المساجد و المشاهد و بناء القناطر و اعانه الحاج و الزائرين و اكفان الموتى و الحج و زاد الاول العمره و القن و ما ذكروه جيّد لكن بعد التقييد بالايقاع على الوجه المطلوب شرعا و هل يجوز صرفه فى مطلق نفع المسلمين و ان كانوا اغنياء او لا صار فى لك و الكفايه و الرياض الى الاول و تبه على وجهه فى الاول قائلا لأنه من جمله وجوه الخير و ان كان غيره من الوجوه اكمل فان المذكور سابقا متفاضله و لا يجب تحرى الاكمل منها للأصل و صدق الموقوف عليه و تبه عليه ما ذكره فى الرياض بقوله اختاره جماعه من القدماء مع عدم مخالف لهم فى ذلك اجده لعدم وجوب تحرى الاكمل و صدق الموقوف عليه و ما ذكروه جيّد بعد التقييد بكونه على الوجه المطلوب شرعا و هل يجب تحرى الاكمل او لا صرح فى لك و الكفايه و الرياض بالثانى و هو جيّد لعموم اللفظ و عدم الدليل على وجوب التحرى و هل يجوز الصّيرف فى غير القرب او لا اشكال من انّ لفظ البرّ يعمّ القرب و غيرها على ما صرّح به فى جامع المقاصد قائلا البرّ بكسر الباء الصلّه و الخير و الاتساع فى الاحسان و ما يعضد ما ذكره قول لك البرّ بالكسر يطلق على معان منها الطّاعه و الاحسان و الخير و هذه الثلاثه تصلح هاهنا فمعنى وجوه البرّ وجوه الخير و وجوه الطّاعه لله فيصرف الى القربات و من ان الظاهر اتفاق الاصحاب على الاختصاص بالقرب كما هو المفهوم عرفا و هذا احوط بل و اقرب

### منهل الوقف اذا تحقق مع شرائطه المعبره فى صحته لزم و لم يجز للواقف و لا للموقوف عليه و لا لغيرهما فسخه

### اشاره

و لا ابطاله و لا تغييره بمجرد التشهى و التّقايل و بالجمله الوقف من العقود و الايقاعات اللازمه كما صرح به فى النهايه و الغنيه و يع و د و عد و س و جامع المقاصد و لك و لهم اولاً- ظهور الاتفاق على ذلك فى الجملة و ثانيا انه تبه فى الغنيه على دعوى الاجماع على ذلك قائلا اذا تكاملت هذه الشروط زال ملك الواقف و لم يجز له الرجوع فى الوقف و لا تغييره عن وجوهه و لا

سلبه أآ على وجه نذكره بدليل الاجماع المشار اليه و يعضد ما ذكره امران احدهما قول لك لا خلاف فى لزوم الوقف حيث يتم عند علمائنا اجمع و أآما تبّه بذلك على خلاف ابى حنيفه حيث زعم انه لا يلزم بمجرّده و للواقف الرجوع فيه و لورثته بعده الا ان يرضوا به بعد موته فيلزم او يحكم بلزومه حاكم و ثانيهما انه تبّه على دعوى الشهرة على ذلك فى لك بقوله المشهور ان الوقف لا يجوز تغييره و لا تبديله و لا نقله عن اربابه و ثالثا الاصل و لعله تبّه عليه فى الغنيه قائلا بعد ما حكينا عنه سابقا و لأنه لا خلاف فى انتفاء تصرف الواقف فى الرقبه و المنفعه و هو هذا زوال الملك به و ينتقل الملك الى الموقوف عليه لأنه يملك التصرف فيه و قبض منافعه و هذا فائده الملك و رابعا العمومات و خامسا ما تمسك به فى جامع المقاصد قائلا

ص: ٥٠٧

لان الوقف قربه فيه حق لله تعالى و ان قلنا بانتقاله الى الموقوف عليه فلا يملكان ابطال ذلك الحق بتراضيهما و

### ينبغى التنبيه على امور

#### الاول لا فرق فى ذلك بين ان يحكم به حاكم او لا

كما صرح به فى التحرير و س

#### الثانى قال فى لف بعد ما نقلنا عنه سابقا

و قال المفيد الموقوف فى الاصل صدقات لا- يجوز الرجوع فيها أآ ان يحدث الموقوف عليهم ما يمنع الشرع من معونتهم و القربه الى الله تعالى بصلتهم او يكون تغيير الشرط فى الوقف عليهم انفع من تركه على حاله و منع ابن ادريس من ذلك سواء احدث الموقوف عليه ما يمنع من معونته او لم يحدث لأنه بعد قبضه صار ملكا من املاكه فله حكم ساير املاكه و كلام المفيد له محمل و هو ان يكون قد شرط شرطا يمتنع بدونه اجراء الواقف على حاله فهنا يخرج الوقف او ان يكون الواقف قد قصد معونه الموقوف عليهم لصلاحهم دونهم فيخرج اربابه عن هذه الوصيه الى حدّ الكفر و لقائل ان يقول يخرج اربابه عن الاستحقاق لان الوقف صدقه و من شرط الصدقه التقرب بها الى الله تعالى فمن لا- يصح التقرب عليه يبطل الوقف عليه و المعتمد عندي ما حكاه عن الحلبي و قول المفيد ضعيف

#### الثالث اذا شرط الواقف لنفسه خيار الفسخ

بطل الشرط كما صرح به فى عد و التنقيح و الرياض و تبّه على وجهه فى جامع المقاصد قائلا لان ثبوت الخيار مناف لمقتضى الوقف المبني على اللزوم التام الذى لا- يقبل الفسخ بحال فان قيل اشتراط عوده عند الحاجه أيضا مناف فلم جوزتموه قلنا هو مناف للوقف لا للحبس و لهذا حكمنا بصحّته حسبا فان قيل فلم لا يصح هذا حسبا قلنا لان الحبس لا يلزم الى امد و شروط الخيار ليس كك فلا يكون وقفا و هل يفسد الوقف ح او لا صرح بالاول فى عد و جامع المقاصد

## اشاره

اختلف الاصحاب فى ذلك على اقوال احدها انه يجوز مط و قد حكاه فى الايضاح و جامع المقاصد و لك عن الشيخ و كذا حكاه عنه فى لف قائلًا قال الشيخ اذا انقلعت نخله من بستان او انكسرت جاز بيعها لأنه لا يمكن الانتفاع بهذه النخله الا على هذا الوجه و يعضد الوجه الذى ذكره اولا العمومات الداله على صحه البيع نحو قوله تعالى **أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ** و قوله تعالى **أَوْفُوا بِالْعُقُودِ** و قولهم ع فى عده اخبار معتبره المؤمنون عند شروطهم و ثانيها انه لا- يجوز مط و هو للمحكى فى لف و الايضاح و جامع المقاصد و لك عن الحلّى و قد اختاره فى يع و جامع المقاصد و لهم اولا الأصل و ثانيا استصحاب المنع من البيع الثابت قيل البيع القلع و ثالثا ما تبه عليه فى الايضاح بقوله الثانى قول ابن ادريس لان الوقف يقتضى دوام الأصل مع بقاء منفعتة و مجرد بطلان القوى النباتيه التى فيها و عدم ثمرتها لا يلزم زوال كل منافعها بل يمكن عملها جسرا او زرنوقا او غير ذلك و تبه على هذا الوجه فى يع و لف و ثالثها انه لا يجوز البيع مع امكان الانتفاع بها مع العين كالتسقيف و جعله جسرا و نحو ذلك و يجوز البيع اذا لم ينتفع بها الا باتلاف العين و هو مستفاد من عد و لف و س و لك و الكفايه و قد ينزل عليه كلام الشيخ و الحلّى و المحقق فى يع كما تبه عليه فى لف قائلًا- بعد الإشاره الى القولين الاولين و هذه المنازعه تجرى مجرى النزاع اللفظى لأنّ الشّيخ فرض سلب منافعها على ما ذكره فى دليله و ابن ادريس فرض لها منافع و فيما ذكره نظر كما تبه عليه فى لك قائلًا بعد اختياره القول الثالث و اما ما ادعاه العلامة من أنّه لا نزاع بينهما الا فى اللفظ حيث ان الشيخ فرض سلب منافعها كما يقتضيه دليله و ابن ادريس فرض وجودها غير الثمره فلا- يخ عن حيف على بن ادريس لأنّ دليل الشّيخ اقتضى ادعاه عدم المنافع ح لا على تقدير عدم المنافع ففيه قصور بين و ح التفصيل اجود و يعضد ما ذكره قول جامع المقاصد بعد الاشاره الى ما فى لف و لقائل ان يقول دليله و ان اقتضى ذلك الا ان سلب جميع المنافع فى هذه الحاله موضع تامل و المسأله محل اشكال و لكن القول الثالث هو الاقرب و

## ينبغى التنبيه على امور

### الأول لا فرق فى ذلك بين الوقف العام و الوقف الخاص

كما هو مقتضى اطلاق كلام الاصحاب

### الثانى متى جاز البيع فهل يجب ان يشتري بثمنه ما يكون وقفا او لا

صرّح بالأوّل فى لف و جامع المقاصد و لك و حكاه فى الاولين و الايضاح عن الاسكافى و صرّح فى الاخير بانه يراعى الاقرب الى الحقيقه الاولى فالاقرب و يظهر من الكفايه الثانى و الاحوط مراعات القول الاول و عليه فهل يجب البيع او لا بل يجوز تركه لم اجد احدا نبه على هذه المسأله و هل يجب ان يكون باذن المجتهد او لا لم اجد من تعرض لهذا أيضا و الاقرب الاخير و هل يشترط فى البيع العلم بعدم المنفعه المانع منه او يكفى ظهور عدمها او عدم ظهورها الأحوط الاول و لكن الاحتمال الثانى فى غايه القوه و هل يشترط عدم المنفعه مط او يكفى عدمها بعد القلع فلا يجب الصبر و يجوز البيع بعده بلا فصل و جهان و لكن

الاحتمال الثاني في غايه القوه و هل الصلح كالبيع او لا بل يختص الجواز بالبيع وجهان و لكن الاحتمال الاول اقرب

### الثالث انكسار النخله حكمه حكم القلع

فيما ذكر كما صرح به في كره

### الرابع يلحق بالنخل ساير الأشجار

### الخامس الحق في كره و جامع المقاصد و لك و الكفايه بقلع النخل

زمانه الدابّه فيما ذكر و هو جيّد

### السادس اذا خلق حصير المسجد

و صار بحيث لم ينتفع به الا في الإحراق جاز بيعه ح كما صرح به في عد و كره و الايضاح و س و جامع المقاصد و تبّه فيه على وجهه بقوله وجه الجواز انه اذا خرج عن الانتفاع به خرج عن مقصود الواقف لان مقصوده الانتفاع به فلو لم يجر بيعه كان تضييعا محضا و يعضد ما ذكره قول الايضاح يلزم من المنع من بيعها خروجها عن الانتفاع في الوقف المذكور بالكليه فخرجت عن الوقف كموت العبد فجاز بيعها لزوال المانع و لضياعتها و لضيق المكان بها ثم احتمل عدم الجواز قائلا و يحتمل عدمه لعموم قول ابي الحسن ع لا يجوز شراء الوقف و تبّه على ما ذكره في جامع المقاصد أيضا مصرّحا بضعف الاحتمال المذكور و هو كك و لا- فرق في ذلك بين ما كان وقفا و بين ما اشترى من الوقف و اذا امكن الانتفاع به مع بقاء عينه و لو باجاره لم يجر بيعه كما صرح به في س و جامع المقاصد و على تقدير جواز البيع فهل يصرف ثمنه في مصلح المسجد مط او يجب ان يشتري به مثله و بدله ان امكن و الا صرف في مصلح المسجد صرح في عد بان الأقرب هو الاول و تبّه على وجهه في الايضاح قائلا و على جواز بيعه يصرف ثمنه الى مصلح المسجد لاختصاص العين بهذه الوجهه و القيمه تابعه للعين فلا يصرف في غيرها و صرح بالثاني في كره و الايضاح و جامع

ص: ٥٠٨

المقاصد و تبّه فيه على وجهه قائلا- و اذا بيع و جب ان يشتري بثمانه بدله لأنه اقرب الى مراد الواقف فان تعذر صرف ثمنه في مصلح المسجد وفاقا للتذكرة و أطلق صرف ثمنه في مصلح المسجد هنا و المسأله محل اشكال فلا ينبغي ترك الاحتياط فيها بمراعات القول الثاني و حكم البواري حكم الحصر فيما ذكر كما صرح به في كره و كك الزوالي

### السابع اذا انكسر جذع المسجد

و صار بحيث لم يصلح للانتفاع به سوى الاحراق جاز بيعه أيضا كما صرح به فى كره و عد و الايضاح و س و جامع المقاصد و مصرفه ح مصرف الحصر كما صرح به فى الايضاح و جامع المقاصد و قد تقدم اليه الاشارة و صرح فى جامع المقاصد بانه لو بقى فيه جهه انتفاع به فى المسجد لم يجز بيعه محتجا بالمنع من بيع الوقف و اشار الى ما ذكره فى س أيضا و هو جيد ثم صرح بانه لو امكن ان يتخذ من الجذع ابواب و الواح و جب و لم يجز البيع و هو جيد أيضا

### **الثامن صرح فى كره و عد و جامع المقاصد بان الفاضل من حصر المسجد و آتاه**

تصرف فى مسجد اخر و هو جيد أيضا و احتج عليه فى الاول باشتراك المساجد كلها فى الانتساب الى الله تعالى و لا فرق فى ذلك بين ان يكون بقائها موجبا لضياعتها او لا و هل يلحق بالمساجد المشاهد فيما ذكر او لا صرح بالثانى فى عد و تبه على وجهه فى جامع المقاصد قائلا ربما فرق بين المساجد و المشاهد بان الغرض من المساجد و ما يجعل فيها اقامه شعائر الدين و فعل العبادات فيها و هذا الغرض لا يختلف فيه المساجد و اما المشاهد المقدسه و ان الغرض من كل واحد منها غير الغرض مما سواه فان المقصود تعظيم القبر الشريف ببناء مشهد و معونه سدنته و زواره فيكون الوقف على كل واحد منها وقفا على قبيل خاص فلا يتجاوز به شرط الواقف و للنظر فى هذا الفرق مجال الا ان الاصحاب ذكروا جواز صرف الفاضل من آلات مسجد فى مسجد اخر و لا وجه لإلحاق المشاهد بها

### **منهل لو وقف مسجدا فى قريه او محله و خربنا لم يعد ذلك المسجد بعد خرابهما الى ملك الواقف**

و لم يجز بيعه و لو لمسجد اخر كما فى بيع و عد و كره و س و اللعمه و جامع المقاصد و لك و ضه و الكفايه و لهم اولا ظهور الاتفاق عليه و ثانيا الأصل و الاستصحاب و ثالثا العمومات المانعه من عود الوقف الى الحاله الاولى و من بيعه و رابعا ما تبه عليه فى جامع المقاصد قائلا لا ريب ان المسجد اذا خرب و خربت القريه او المحله التى هو فيها لا يجوز بيعه بحال خلافا لأحمد و لا يعود الى ملك الواقف أيضا خلافا لبعض العامه لان وقف المسجد بمنزله التحرير للعبد فلا يقبل التغيير و لبقاء الغرض من اعداده كالعباده لرجاء عود القريه و صلاه من يمر به بخلاف ما لو اخذ السيل ميتا فالكفن للورثه لأنه كان ملكا لهم لان التركه ينتقل الى الوارث بالموت و ان وجب صرفه فى التكفين فلا يكون قياس المسجد على الكفن فى العود بجامع تعذر المصرف فى الموضوعين للفرق بما ذكرناه و هذا انما هو فى الكفن الذى يكون فى التركه اما ما يكون من الزكاه او من الوقف فانه يرجع الى اصله و لا بد من اخذ السيل الميت من حصول لباس منه و يعضد ما ذكر اولا قول لك لما كان الوقف مقتضيا للتأييد و وقف المسجد كالمملك كما تقدم كتحرير العبد لم يكن خرابه و لا خراب القريه التى هو فيها و لا المحله موجبا لبطان وقفه لعدم منافات ذلك الوقف استصحابا لحكم ما ثبت و لبقاء الغرض المقص من اعداده للعباده لرجاء عود القريه و صلاه من يمر به و ثانيا قول ضه اذا وقف مسجدا لم ينفك وقفه بخراب القريه للزوم الوقف و عدم صلاحية الخراب لزواله لجواز عودها و انتفاع الماره به و كذا لو خرب المسجد خلافا لبعض العامه قياسا على عود الكفن على الورثه عند لباس من الميت بجامع استغناء المسجد عن المصلين كاستغناء الميت عن الكفن و الفرق واضح لان الكفن ملك للوارث و ان وجب بذله فى التكفين بخلاف المسجد لخروجه بالوقف على وجه فك الملك كالتحرير و لا يمكن الحاجه اليه بعماره القريه و صلاه المار بخلاف الكفن



## ينبغي التنبيه على امرين

### الأول لو خرب المسجد بحيث لا يبقى أثره

لم يخرج عرصته عن الوقف و لم يعد الى ملك الواقف حيث لم يكن من الارض المفتوحة عنوه كما صرح في عد و د و عد و كره و س و جامع المقاصد و لك و ضه و الكفايه بل الظاهر انه ممّا لا خلاف فيه فلا يجوز بيعها ح و لو لمسجد اخر و قد صرح به بالخصوص في عد و اذا كانت في الارض الخراجيه و المفتوحة عنوه فهل لم يخرج أيضا عن الوقف او لا مقتضى اطلاق يع و د و عد و كره و س و ضه الاول و صرح بالثاني في لك قائلا بعد ما نقلنا عنه سابقا و هذا كله يتم في غير المبني في الارض المفتوحة عنوه حيث يجوز وقفه تبعا للآثار المتصرف فانه ح ينبغي بطلان الوقف بزوال الآثار لزوال المقتضى لخروجه عن الاختصاص و خروجه عن حكم الاصل اللهمّ الا ان يبقى فيه رسوم و لو في اصول الحيطان بحيث يعد ذلك اثرا في الجملة كما هو الغالب في خراب البناء فيبقى في بقاء الحكم بقاء الاثر في الجملة و ان ذهب السقف و بعض الحائط لان ذلك لا مدخل له في تحقق المسجد به بل ربما كان الثاني اكمل منها من السقف على ما يقتضيه النص و الفتوى و قول المص لا تخرج العرصه عن الوقف لا يتم الا في المملوك بالاصل اذا لم يعتبر في الوقف الا العرصه و هي ارض المسجد و ان زالت الآثار اجمع

### الثاني لو انهدمت الدار الموقوفة لم يخرج عرصتها عن الوقف

حيث لم تكن من الارض الخراجيه و لم تعد الى ملك الواقف و لا يجوز بيعها ح كما صرح به في يع و عد و د و س و جامع المقاصد و لك و الكفايه و لهم اولا ظهور الاتفاق عليه و ثانيا ما تبه عليه في جامع صد بقوله لأنها من جمله الموقوف و قد قال التبيح لا تباع اصلها و لا- يبنى و لا توهب و لا تورث خلافا عن بعض العامه في ذلك و لا يعتد بخلافه و يعضد ما ذكره قول لك هذا الحكم واضح بعد ما قررناه فان الخراب لا يصلح لنقض الوقف و ابطاله مع بناء الوقف على التاييد و عدم جواز بيعه في غير ما استثنى و لان العرصه من جمله الموقوف و هي باقيه و اذا كانت من الخراجيه فصرح في لك بانها تخرج عن الوقف ح و لا فرق فيما ذكر بين الوقف العام و الخاص

### منهل يجوز للواقف ان يجعل النظر لغيره لظهور انعقاد الاجماع عليه و للعمومات

#### اشاره

من نحو قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و قول العسكري ع الوقوف على حسب ما يوقفها اهلها إن شاء الله تعالى و لقولهم ع في عدّه اخبار معتبره المؤمنون عند شروطهم و لما اشار اليه في لك قائلا و قد شرطت فاطمه ع في حيطانها السبعه التي وقفها لأمير المؤمنين ع ثم الحسن ع ثم الحسين ع ثم الاكبر من ولدها و شرط الكاظم ع النظر في الارض التي وقفها للرّضاع

و اخيه ابراهيم و هذا ممّا لا خلاف فيه و

### ينبغي التنبيه على امور

### الاول هل يجب على من جعل له النظر القبول او لا

المعتمد عليه الأخير كما فى ضه و لك و الكفايه و غيرها و الحجّه فيه اصاله البراءه

### الثانى لو قبل فهل يجب عليه الاستمرار عليه

و لا يجوز له تركه او لا بل يجوز له تركه الاقرب الاخير كما فى لك و ضه و غيرهما و يؤيّده الكفايه و غيرها لأصالة بقاء عدم الوجوب كما اشار اليه فى لك و ضه و غيرهما و يؤيّده ما فى ضه من انه فى معنى التوكيل و على المختار فهل يجوز العود اليه بعد الامتناع الواقع بعد القبول او لا اشكال و لعل الاول اقوى لأصالة بقاء جواز التصرف الذى ثبت بالقبول فت

### الثالث هل يشترط عداله الناظر

كما فى ضه و لك و غيرهما بل الظاهر مصير المعظم اليه او لا بل يجوز اشتراط النظر و لو للفاسق كما يميل اليه الكفايه اشكال من العمومات المتقدمه الشامله لجعل النظر للفاسق و من انه نبه فى الكفايه على دعوى الاجماع على اشتراط العداله فى الناظر قائلاً- و اذا اشترط لغيره فالمعروف من مذهب الاصحاب اعتبار العداله و المسأله محل تردّد و الوقوف على ظ النص المذكور يقتضى المصير الى عدم اعتبارها و فى مختصر الرياض أنّه متفق عليه و يظهر من كلامه التوقف فى المسأله و عليه فلا ينبغي ترك الاحتياط و لكن الاحتمال الثانى فى غايه القوه

### منهل لو وقف على مصلحه لا تنقض غالبا

### اشاره

كما لو وقف على المساجد و القناطر و نحوهما فبطلت و اندرس رسمها كما لو باد اهل المساجد الموقوف عليها و انقطع الماء عن القناطر الموقوف عليها صرف فى وجوه البرّ و لا يبطل الوقف و لا يعود الى الواقف و ورثته و قد صرح بذلك فالغنيه و يع و كره و عد و د و صره و س و التنقيح و جامع المقاصد و لك و الرياض و عزاه فى التنقيح الى الشّيخين و الحلّى بل صرح فى الكفايه بدعوى الشهره عليه بل فى لك هذا الحكم ذكره الشّيخ و تبعه الجماعه عليه و لم اقف على راد منهم الا المص فى النافع فانه نسبه الى قول مشعر برده و يعضد ما ذكره قول الرياض حكى هذا الحكم عن الشّيخ و باقى الجماعه من غير خلاف بينهم اجده بل صرح فى السّرائر بل ربّما اشعر كلام لك و المهذب حيث نسب تردّد المتن هنا المستفاد من نسبه الحكم الى القليل المشعر بالتمريض الى النّدره بان عليه اجماع الطائفه اما عدم بطلان الوقف ح و عدم عوده الى الواقف و ورثته فأصالة البقاء

على ما كان عليه كما اشار اليه في لك و جامع المقاصد قائلين ان الملك خرج عن الواقف بالوقف الصحيح اولا فلا يعود اليه و للإجماع المنقول عليه المعتضد بالشهره العظيمه التي لا يعلم لها مخالف صريح و تأمل المحقق في النافع و صاحب الكفايه في المسأله ليس مخالفه و لا عبره به اما عدم العبره بتأمل الاول فلموافقته المعظم في يع و اما عدم العبره بتأمل الثاني فواضح و مع هذا فليس بمعلوم رجوع التامل الى ما ذكرناه من عدم بطلان الوقف و اما صرفه في وجوه البرّ فلوجوه منها الاجماع المحكى المعتضده بالشهره العظيمه و بقول الرياض الظاهر اتفاق كلمه الاصحاب عليه من غير خلاف يعرف حتى من الماتن لتصريحه بالحكم كما ذكره الاصحاب في يع و منها ما اشار اليه في التنقيح قائلا ان الوقف على المسجد مثلا او القنطره وقف في الحقيقه على المسلمين فاذا بطلت لم ينقض المسلمون فيصرف الى مصالحهم في غيرهما و منها ما نبه عليه في جامع المقاصد قائلا و انما يصرّف في وجوه البرّ حيث لا يمكن ذلك لان عوده ملكا بعد خروجه عن ملك المالك على وجه الحبس بط و اقرب شىء الى مراد الواقف صرفه في وجوه القربات لا اشتراكها في القربات و يعضد ما ذكره ما تبّه عليه في لك بقوله لو وقف على مصلحه عين من ماء مخصوص و نحوه مّا يقضى العاده بدوامه فيتفق عوده و على قنطره على نهر يتفق انتقاله و انقطاعه عن ذلك المكان حيث لا يكون العاده قاضيه بذلك فالمتّجه ما ذكره الاصحاب لخروج الملك عن الواقف بالوقف فعوده يحتاج الى دليل و هو منتف و صرفه في وجوه البرّ انبى بمراعات غرضه الاصلى ان لم يجز صرفه فيما هو اعمّ منه و فيما ذكره نظر كما صرح به في الرياض و منها ما تبّه عليه فيه بقوله للنصوص الوارده في نحو الوصيه و النذر المعين الذى له مصارف مخصوصه انه يصرّف مع تعدّرها في وجوه البرّ و ساير ما يحصل به القرب منها عن انسان اوصى بوصيه فلم يحفظه الوصى الاّ بابا واحدا كيف يصنع فى الباقي فوقع الابواب الباقيه اجعلها فى البر و نحوه اخر طويل يتضمّن انه اوصى رجل بتركته الى رجل و امره ان يحج بها عنه قال الوصى فنظرت فاذا هو شىء يسير لا يكفى الحج فسالت الفقهاء من اهل الكوفه فقالوا تصدّق به عنه بعد ذلك ابا عبد الله ع و اخبره بما فعل فقال ان كان لا يبلغ ان يحج به عن مكه فليس عليه ضمان فان كان يبلغ ما يحج به فانت ضامن و فى جملة وافرّه من الاخبار ما يدلّ على انّ من اوصى به للكعبه او كان هديا او نذرا يباع ان كان جاريه و نحوها و ان كان دراهم تصرف فتصدق به عنه ثم لقي فى المنقطعين من زوارها و

### ينبغى التنبيه على امور

#### الاول لو عادت المصلحه الخاصه الموقوف عليها بعد انقطاعها

فصرف ما وقف عليها فى وجوه البرّ فصّرّح فى لك بانه يجب عوده اليها لوجوب الوفاء بالعقد السابق خرج منه ما اذا تعدّر فيبقى الباقي و ما ذكره جيّد

#### الثانى لو وقف على مصلحه تنقض غالبا

كالوقف على مصلحه شجر مخصوص كالتين و العنب و بطل رسمها فهل يصرّف أيضا فى البر كما فى الصوره الاولى او يبطل الوقف و يعود ملكا للواقف او ورثته فيه اشكال و لكن المعتمد الاول كما هو ظ اطلاق الكتب المتقدمه عدا لك و الرياض فأنّه يظهر منهما الاستشكال فى بقاء الوقف على حاله فى هذه الصوره اما عدم بطلان الوقف و عدم عوده ملكا فللاصل و اطلاق

الاجماع المحكى المعتضد بالشهره العظيمه لا يق هذا الوقف مرجعه الى الوقف المنقطع الاخر فيثبت له حكمه كما اشار اليه فى لك قائلا- لو وقف على مصلحه تنقرض غالبا و بطل رسمها فهذا الوقف يكون كمنقطع الاخر و هو بعض افراده فيرجع بعد انقضاءه الى الواقف او ورثته على الخلاف حيث لا يجعله بعده لمصلحه اخرى تقتضى التاييد لأننا نقول لا نم اندراج هذا تحت المنقطع الاخر لاحتمال اختصاصه بغير هذا مثل الوقف على اولاده من غير ان يسوقه فى باقى البطون كما اشار اليه فى لك و اما صرفه فى وجوه البرّ فلان الظاهر ان كل من حكم ببطلان الوقف ح حكم بذلك مضافا الى الاجماع المحكى المعتضد بالشهره و بما تقدم اليه الاشاره فى الصوره الاولى

### **الثالث لو وقف على مصلحه لا يعرف انقراضها غالبا**

كالوقف على مسجد فى قريه صغيره او على مدرسه كك و بطل رسمها فلا اشكال فى الحكم بالصرف فى البرّ

ص: ٥١٠

بعد الحكم فى الصوره الثانيه كما هو المختار و لكن يشكل على تقدير الحكم فى الصوره الثانيه ببطلان الوقف و عوده ملكا باعتبار رجوعه الى الوقف المنقطع الاخر كما اشار اليه فى لك قائلا- بعد الحكم بكون الوقف فى الصوره الثانيه من الوقف المنقطع الاخر و بعد الحكم بصحّه ما عليه المعظم فى الصوره الاولى لو وقف على مسجد فى قريه صغيره او على مدرسه كك بحيث يحتمل انقطاع مصلحته كما يحتمل دوامها ففى حملها على اى الجهتين نظر من اصله عدم البقاء فيكون كالمؤيد و الشك فى حصول شرط انتقال الملك عن مالكة مط الذى هو التاييد فيحصر الشكّ فى المشروط فلا يحكم الا بالمتيقن منه و هو خروجه عن ملكه مدّه تلك المصلحه و يبقى الباقي على اصله البقاء على ملك مالكة و يمكن ان يق هنا ان الوقف على المصالح خاصّه فى الحقيقه وقف على المسلمين الا انه مخصّص ببعض مصالحهم كما تبّه عليه فى الوقف على المساجد و ذلك هو المصحح للوقف على تلك المصالح التى لا- تقبل الملك و ح فلا يلزم من بطلان المصلحه بطلان الوقف بل يصرف الى ساير مصالح المسلمين او يتعيّن الاقرب الى تلك المصلحه فالأقرب و لعلّ هذا اقرب الا انه يشكل بالمصلحه التى لا يعلم انقطاعها فان الدليل آت فيها و حكم انقطاعهم منقطع الآخر متناول لها الا ان يختص هذا بما لا يتعلّق بمصالح المسلمين مثل الوقف على اولاده من غير ان يسوقه فى باقى البطون و نحو ذلك و ليس بذلك و للتوقف مجال

### **الرابع ليس المراد بصرفه فى البرّ بيعه**

و اخراجه عن الوقف و اعطائه للفقراء مثلا بل صرفه على النحو الذى كان يصرف فى رسمه

### **الخامس هل يجب مراعات الاقرب الى المصلحه الموقوف عليها فالاقرب**

فيصرف وقف المسجد الى مسجد اخر و وقف المدرسه الى مثلها او لا بل يجوز الصّرف فى جميع وجوه البرّ فيجوز صرف وقف

المسجد و المدرسه فى الفقراء و المساكين سواء كانوا عدولا أم لا و سواء كانوا من الذريه أم لا و فى غير ذلك من المشاهد الشريفه و الرباطات و استكتاب الكتب النافعه للدين صرح السيورى فى التنقيح بالأول و قواه والدى العلامه قدس سره و لهما وجهان الأول ان البراءه اليقينيّه لا- تحصل ألّا بذلك فيجب و فيه نظر الثانى ما اشار اليه فى التنقيح بقوله لأنه لا يلزم من زوال الشخص زوال الصّنف لجواز تعلق غرض الواقف به او بنوعه فلا- يتعدى الى الجنس مع امكان الاقرب و يعضد ما ذكره ما نبّه عليه والدى العلامه قدس سره بقوله لعل الحكم بتحري الأقرب فالأقرب ليس من حيث المشابهه بل من حيث دخوله فى نوع المصلحه و ان تميّزت عنها بالخصوص فاذا زالت تعينت افراد النوع الأخر ممكنه داخله فكان الوقف تضمّن اشياء ثلاثه القريبه و المسجديه مثلا و كونه المساجد الفلانيه الشخصيه و مع زوالها و بطلان رسمها ينبغى ان يراعى الامران الآخران فان الميسور لا يسقط بالمعسور و مالا- يدرك كلّ لا- يترك كله كما فى بعض المعتمده و ما ذكره فى غايه الضعف و المعتمد عندى هو الاحتمال الثانى كما يستفاد من اطلاق الغنيه و يع و صر و كره و د و عد و س و صرح به المحقق الثانى فى جامع المقاصد قائلا فان قيل صرفه فى قريه تشابه تلك المصلحه التى بطل رسمها اقرب لما قلنا بطل رسم المصلحه المخصوصه و امتنع عود الوقف ملكا كانت وجوه البرّ كلّها بالنسبه الى عدم تعلق عقد الواقف بها كلّها على حدّ سواء لا اولويه لبعض على البعض الاخر و المشابهه و غيرها سواء فى عدم شمول العقد لها و مجرد المشابهه لا دخل له فى تعلق الوقف فيبطل العقد و يبقى اصل الوقف من حيث القريبه و يعضد ما ذكره امور الاول دعوى الشهره عليه فى الكفايه الثانى ان صرفه فى غير الاقرب قد يصدق عليه الاعانه على البرّ و التقوى و الاحسان فيجوز لعموم ما دلّ على رجحانها من نحو قوله تعالى ﴿تَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَ التَّقْوَى﴾ و قوله تعالى ﴿عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ﴾ و اذا جاز فى صورته جاز مط لعدم القائل بالفصل على الظاهر الثالث ان صرفه فى غير الاقرب قد يتضمّن العقد و ذلك كما لو صرف فى تعمير المساجد بطريق الاستيجار و الأصل جوازه لعموم قوله تعالى ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ و اذا جاز فى صورته جاز مط الرابع دعوى الاجماع عليه المعتضد باطلاق كلام الاكثر

### السادس لو علم كون الشىء وقفا على مصلحه فى الجمله

و لكن لم يعلم شخصها كما لو علم بكون دار موقوفه و لم يعلم أنّها على اى جهه موقوفه الاعانه الفقراء أم لتعمير المساجد أم لغير ذلك و لم يتمكن من استعمال القرعه باعتبار كثره الاحتمالات و عدم انحصارها فالأقرب انه يحكم ببقائه على الوقفيه و يصرف فى وجوه البرّ كما لو بطل الرسم فيسكن الفقراء فيما يصلح للسكنى او يوجر و يعطى اجرتهم للفقراء او يصرف فى غيرهم من وجوه البرّ من غير فرق بين افرادها فلو لم يكن احدها من المحتملات جاز الصّرف فيه أيضا و ربما يظهر من بعض المتأخرين التامل فى المسأله و لم اجد احدا غيره تعرض لها و ليس تأمله فى محله بل المعتمد ما بيناه لوجوه الاول عموم قوله تعالى ﴿تَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَ التَّقْوَى﴾ و ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ و ﴿عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ﴾ بالتقريب المتقدم اليه الاشاره الثانى ما اشار اليه فى الكفايه قائلا الاشكال ثابت فيما لو علم كونه وقفا و لم يعلم مصرفه و لم اطلع فى هذا الباب ألّا على روايه على بن راشد قال سالت ابا الحسن ع جعلت فداك اشترت ارضا الى جنب ضيعتى بالفى درهم فلما وفرت المال خبرت ان الارض وقف فقال لا يجوز شراء الوقف و لا- يدخل الغلّه فى ملكك ادفعها الى من اوقف عليه قلت لا- اعرفه قال تصدق بغلتها الثالث ما دلّ على انه اذا بطل رسم المصلحه صرف الوقف فى وجوه البرّ من الاجماع المحكى بناء على انّ الفرض مرجعه أيضا الى بطلان الرسم و فيه نظر نعم قد يستدلّ بفحوى ما دلّ على جواز الصّرف فى وجوه البرّ فيما اذا بطل الرسم على جوازه هنا فت الرابع فحوى ما دلّ على انه اذا اوصى الانسان بوصيته و جعلها ابواب مسماه فنسى الوصيّ بابا منها يجعل السهم فى وجوه البرّ كما لا يخفى بل ما تمسك به فى

كره و لف و جامع المقاصد و لك و الكفايه و الرياض و غيرها على الحكم المذكور من ان المال قد خرج عن الوارث بالوصيه النافذه او لأنه الفرض فعوده الى ملك الوارث يحتاج الى دليل و جهاله مصرفه يصيره بمنزله المال المجهول المستحق فيصرف في وجوه البرّ يفيد المختار هنا كما لا يخفى الخامس فحوى ما دل على ان المال المجهول مالكة يصرف في البر كما لا يخفى

## القول فى السكنى و العمرى و الرقى

منهل لا ريب فى مشروعته الثلاثه المذكوره و يدل عليها امور

### الاول ظهور اتفاق الاصحاب عليها

### الثانى انه نبه فى كرهه على دعوى الاجماع عليها

قائلا السكنى جائزه عند علمائنا و العمرى و الرقى جائزان فى قول اكثر العلماء و يعضد ما ذكره قول الرياض السكنى و العمرى و الرقى ثابتة بالاجماع و السنه المستفيضه

### الثالث ما احتج به فى كرهه

من الخبر

ص: ٥١١

الذى رواه عن العامه عن جابر قال قال رسول الله ع العمرى جائزه لأهلها و الرقى جائزه لأهلها

### الرابع ما تمسك به فى كرهه أيضا قائلا و من طريق الخاصه

ما رواه ابو الصّباح عن ابى عبد الله ع قال سئل عن السكنى و العمرى فقال ان جعل السكنى فى حياته فهو كما شرط و ان جعلها له و لعقبه من بعده حتى يفنى عقبه فليس لهم ان يبيعوا و لا يرثوا ثم ترجع الدار الى صاحبها الاول

### الخامس ما استدل به فى كرهه أيضا قائلا

و فى الحسن عن الصادق ع فى الرجل يسكن الرجل داره ثم يعقبه من بعده قال يجوز و ليس لهم ان لا يرثوا قلت فرجل اسكن داره حياته قال يجوز ذلك قلت فرجل اسكن داره و لم يوقت قال جائز و يخرجها اذا شاء

### السادس ما تبّه عليه فى كرهه أيضا

بقوله و لأنها نوع من صدقه تتبع اختيار المتصدق بها فى القله و الكثره و الدوام و عدمه

## ينبغي التنبيه على امرين

### الأول لا ينتقل في الثلاثة المذكوره المال المنتفع به من المالك الى غيره

فليست هي من الاسباب الناقله للأعيان كما صرح به في فع يع و صره و عد و كره و التحرير و التنقيح و جامع المقاصد و الرياض و لهم اولاً- ظهور الاتفاق عليه و ثانياً أنه تبّه في جامع المقاصد على دعوى الاتفاق عليه قائلًا لا خلاف عندنا في أنّ السكّنى لا ينتقل الملك بها الى الساكن بحال من الأحوال و يعضد ما ذكره امران احدهما قول كره العمرى لا ينتقل الملك بها الى المعمر بحال عندنا مط و الرقبى ما لا يفيد نقل الملك عن صاحبه و ثانيهما قول الرياض فائده السكّنى و العمرى التسليط على استيفاء المنفعه تبرعا مع بقاء الملك للمالك بلا- خلاف عندنا كما في لك و هو الحجّه و حكى الخلاف فى لك عن بعض العامّه فجعلها على بعض الوجوه مفيده فائده الهبه فينتقل ملك الغير الى الساكن و حكاه فى التنقيح و س عن ظ الشيخ فى العمرى اذا جعلت له و لعقبه فقال لا يرجع الى المالك ح و هو شاذ و مستنده غير واضح عدا ما فى س من روايه جابر و لم يذكر متنها و لم يتضح لى سندها و ثالثا ما احتج به فى الرياض من اصاله بقاء الملك على مالكة و عدم انتقاله الى غيره و رابعا ما تمسك به فى الرياض من الخبر عن السكّنى و العمرى فقال الناس عند شروطهم ان كان شرط حياته و ان كان شرط لعقبه فهو لعقبه كما شرط حتى يفنوا ثم يرجع الى صاحب الدار و يعضده ما تبّه عليه فى الرياض بقوله و نحوه اخر ان كان جعلها له و لعقبه من بعده حتى يفنى عقبهم فليس لهم ان يبيعوه و لا يورثوا ثم ترجع الدار الى صاحبها الاول ففائده الثلاثة التسليط على استيفاء المنفعه تبرعا مع بقاء الملك للمالك كما صرح به فى فع و عد و جامع المقاصد و الرياض و تبّه عليه فى التنقيح أيضا بقوله و يجمعها كلّها حدّ واحد هو تمليك منفعه عين معيّنه مدّه مخصوصه بغير عوض

### الثانى اختلفت عبارات الاصحاب فى تعريف الثلاثة فى الغنيه الرقبى و العمرى سواء

و لذا يختلفان فى التسميه فالرقبى ان يقول ارقبتك هذه الدار مدّه حياتك او حياتى و العمرى ان يقول اعمرتك كذا مدّه عمرك او مدّه عمرى و فى لف قال ابن البرّاج السكّنى و العمرى و الرقبى بمنزله واحده ثم قال الرقبى ان يقول الانسان لغيره ارقبتك هذه الدار مدّه حياتك او مدّه حياتى قال و ذهب بعض اصحابنا فى الرقبى الى أنّها هي قول الانسان لغيره جعلت لك خدمه هذا العبد مدّه حياتك او مدّه حياتى و ذلك مأخوذ من رقبه العبد و الاول مأخوذ من رقبه الملك قال و الذى ذكرناه اولاً هو الظاهر من المذهب و المعمول عليه و كذا نقل ابن ادريس كلاهما اخذا هذا النقل من الشيخ ابى جعفر فى ط فانه قال الرقبى صورتها صورته العمرى الا- ان اللفظ يختلف فأنّه قال يقول اعمرتك هذه الدار مدّه حياتك او مدّه حياتى و الرقبى يحتاج ان يقول ارقبتك هذه الدار مدّه حياتك او مدّه حياتى قال و فى اصحابنا من قال الرقبى ان يقول جعلت خدمه هذا العبد لك مدّه حياتك او مدّه حياتى و هو مأخوذ من رقبه العبد و الأوّل مأخوذ من رقبه الملك و قال ابن حمزه العمرى ان يجعل انسان منفعه دار او ضيعه لغيره مدّه حيوة احدهما الرقبى ان يجعل رقبته لغيره مدّه معلومه و السكّنى ان يجعل مسكنا لغيره مدّه عمر احدهما و قال ابو الصّلاح السكّنى ان يسكن المالك غيره فى دار معلومه بغير اجر فاذا انقضت المدّه رجعت الدار اليه و الرقبى ان يسكنه

فيها مدّه حياته فاذا مات المالك انتقلت الى ورثته فان شاءوا ردّوا المراقب على الرقبى و ان شاءوا فسخوا و العمرى ان يسكنه فيها بغير اجر طول عمره فاذا مات المعمر و المالك حى رجعت اليه و ان مات قبل المعمر لم يفسخ التعمير حتى يموت هو و يرجع الدار الى ورثه المعمر و هذه اختلافات لفظيه و فى س العمرى اشتقاقها من العمر و يعبر عنها بالرقبى من الارتقاب او رقبه الملك فان قال اسكنتك و لم يعين عمرا و لا مدّه فهى سكنى فان عيّن مدّه قيل رقبى و فى اللّمعه يعبر عن السّكنى بالمعرى او الرقبى و فى يع و عد و التّحرير و كره و جامع المقاصد السّكنى التسلّط على استيفاء المنفعه مع بقاء الملك على مالكة و يختلف عليها الاسماء بحسب اختلاف الاضافه فاذا قرنت بالعمر قيل عمرى و بالإسكان قيل سكنى و بالمدّه قيل رقبى و فى لك اختلاف الاسماء الثّلاثه عليها انما يتمّ اذا تعلّقت بالمسكن و ح فيكون السّكنى اعمّ منهما لشمولها ما لو اسكنه مدّه مخصوصه او عمر احدهما او أطلق و لكن سيأتى ان كلّما صحّ وقفه صح اعماره و الرقبى بمعناها فلا يختصان بالمسكن فيكونان اعم منها من هذا الوجه و انما كانت السّكنى اعمّ منها فى عبارته لأنه جعل مناط اطلاق العمرى اقران السّكنى بالعمر و مناط الرقبى اقرانها بالمدّه و السّكنى ذكر الاسكان و ذلك يتحقق بذكر ما اعتبر اقرانه فى العقد كيف كان فاذا قال اسكنتك هذه الدار مدّه عمرك تحققت السّكنى لاقرانها و العمرى و ان قال اعمرتكها عمرك تحققت العمرى خاصّه و ان قال اسكنتها مدّه كذا تحققت السّكنى و الرقبى و ان قال ارقبتكها تحققت الرقبى خاصّه فيبينها عموم و خصوص من وجه و بين العمرى و الرقبى تباين فيجتمع السّكنى مع العمرى فيما لو اسكنه الدار عمر احدهما و ينفرد السّكنى بما لو اسكنه اياها لا كك بل اما مدّه او مط و تنفرد العمرى بما لو كان المعمر غير مسكن او لم يقرنها بالإسكان و يجتمع السّكنى مع الرقبى فيما لو اسكنه الدار مدّه مخصوصه و تنفرد عنها السّكنى بما لو اسكنها لا كك و الرقبى بما لو كان غير مسكن او لم يقرنها و اما العمرى و الرقبى فانّهما و ان اشتركا فى المورد لكن يمتازان بالتّقييد بالعمر او بمدّه مخصوصه و ح فاختلف الاسماء عليها كما ذكر المصّ أنّما يتمّ مع تعلّقها بالمسكن لا- مط هو الذى يقتضيه عباره المصّ و الاكثر و لكن فى التحرير ما يخالف هذا الاصطلاح فأنّه خصّ العمرى بما لا يشمل عقدها على لفظ السّكنى كك بل على المدّه بان يقول ارقبتكها مدّه كذا فان ذكر الإسكان فهى سكنى خاصّه و ان قرنها

ص: ٥١٢

بالعمر او بمدّه و ح فيبينهما بهذا الاعتبار تباين و ان اختصا عن السّكنى بتعلّقهما لغير المسكن و اعلم ان اطلاق اسم السّكنى بالمعنى اعمّ و العمرى مطابق للمعنى و اما الرقبى فاخذها من الارتقاب و هو انتظار الامد الذى علق عليه او من رقبه الملك بمعنى اعطاء الرقبه للانتفاع بها المدّه المذكوره لا ينافى المعنيين الاخرين لان كلّا من الشاكن و المسكن او مطلق المعطى فى الاقسام الثّلاثه يرتقب المدّه التى يرجع فيها و ذلك فى العمرى ظ و فى السّكنى المطلقه يتمّ فى اخذها من رقبه الملك مط و فى اخذها من ارتقاب المدّه من جهه التقابل فأنّه يرتقب فى كلّ وقت المالك للمعّين لكن وقع الاصطلاح على اختصاص الرقبى بما اقترن بالمدّه المخصوصه و فى كره ان العرب كانت تستعمل العمرى و الرقبى فى معنى واحد فالعمرى مأخوذه من العمرى و الرقبى من الرقوب كان كل واحد منهما يرتقب موت صاحبه و حكى عن على ع انه قال العمرى و الرقبى سواء و بهذا المعنى صرح الشيخ فى ط فقال صورتها صوره العمرى ألا أنّ اللفظ يختلف فانه يقول اعمرتك هذه الدار مدّه حياتك او مدّه حياتى و الرقبى يحتاج ان يقول ارقبتك هذه الدار مدّه حياتك او مدّه حياتى و من اصحابنا من قال الرقبى ان يقول جعلت خدمه هذا العبد لك مدّه حياتك او مدّه حياتى و هو مأخوذ من رقبه العبد و الاول مأخوذ من رقبه الملك و بمعنى ما ذكره الشيخ افتى ابن البرّاج و ابو الصّلاح و الأول اشهر و الامر فى هذا الاختلاف سهل كما صرح به فى لك و صرح به فى الرياض أيضا قائلًا و الامر



فى ذلك سهل لكونه امور اصطلاحيه ليس فيها مشاحه

## منهل يتوقف السكنى الموقته بمدّه او بعمر احدهما على الايجاب و القبول

### اشاره

كما فى يع و صره و التحرير و كره و د و عد و س و اللّمعه و جامع المقاصد و لك و ضه و كذا يتوقف عليهما العمرى و الرقبى كما فى الغنيه و فع و التنقيح و لك و الرياض و بالجملة تسليط المالك غيره على منفعه ملكه مسكنا كان او غيره فى مدّه و زمان بحيث لا- يمكنه فيهما منع الغير من الانتفاع منه يتوقف على الامرين سواء كان ذلك بطريق السّكنى او العمرى او الرقبى فالثلاثه من العقود لا- من الإيقاعات كما يظهر من الكتب المذكوره و لهم اولا- ظهور الاتفاق على ما ذكر و ثانيا انه تبّه فى الرياض على دعوى الاتفاق قائلًا- السّكنى و العمرى و الرقبى يفتقر الى الايجاب و القبول بلا خلاف الا فى اشتراط القبول فى السّكنى المطلقه و يعضد ما ذكره تصريح جامع المقاصد بدعوى القطع بتوقف السّكنى المتقدم اليها الاشاره على الايجاب و القبول و تصريح لك بنفى الاشكال فى ذلك و فى توقف الرقبى و العمرى عليهما و كذا يعضده عدم اشاره شىء من الكتب المتقدمه الى خلاف فى توقف الثلاثه عليهما و

### ينبغى التنبيه على امور

#### الاول هل يتوقف السكنى المطلقه التى لم توقت بمدّه مط عليهما او لا

فيه قولان احدهما انه يتوقف عليهما أيضا و هو لظ يع و د و عد و التحرير و كره و تبّه على وجهه قائلًا- لا- اشكال فى افتقار السّكنى و قسيمها الى الايجاب و القبول حيث تقترن بمدّه او عمر احدهما اما مع اطلاقهما فظاهره كغيره انهما كك لان الاصل ان لا ينتقل شىء الى ملك الغير بدون قبوله و هنا المنتقل المنفعه فى الجملة و ثانيهما أنّها لا تتوقف على القبول و هو للرياض و تبّه على وجهه فى لك قائلًا و يمكن القول بعدم اشتراط القبول هنا لأنها ح بمعنى اباحه السّكنى لجواز الرجوع فيها متى شاء ثم اجاب عن هذا الوجه قائلًا و يمكن الجواب ح بأنها تصير عقدا جائزا و ذلك لا يمنع من اشتراط القبول كظائره او يقول أنّها مع الاطلاق لازمه فى مسمى الاسكان و أنّما يجوز الرجوع فيها بعد تحقق المسمى كما صرح به فى كره و ح لا اشكال فى اعتبار القبول لأنها من العقود اللازمه فى الجملة بعد انقضاء المدّه المسمى و المسأله محل اشكال و لذا توقّف فيها فى الكفايه فلا ينبغى ترك الاحتياط فيها و لكن القول الثانى اقرب

#### الثانى يتحقّق الايجاب فى الثلاثه بالفاظ تبّه عليها فى يع

بقوله السّكنى عقد يفتقر الى الايجاب و القبول و العبارة عن العقد بان يقول اسكنتك لو اعمرتك او ارقبتك او ما جرى مجرى ذلك هذه الدار و هذه الارض او هذا المسكن عمرك او عمرى او مدّه معينه و هو جيّد و قد صرح بصحّه الايجاب بقوله اسكنتك و اعمرتك و ارقبتك و نحوها فى شاد و عدّ و كره و الكفايه و صرح فى التحرير بالثلاثه الاوّل و صرح فى التحرير

بصّخته بقوله اعمرتك و ارقبتك

### الثالث اذا قال الدار لك مده حياتك صحّ

كما صرح به في كره و الكفايه و هو جيّد و صرّح في كره بصّخته بصيغ قائلا العبارة عن العقد ان يقول المالك اسكنتك او اعمرتك او ما جرى مجرى ذلك هذه الدار و هذه الارض او هذا المسكن عمرك او عمرى او ما بقيت او ما حييت او ما عشت مده معينه او يطلق او يقول ارقبتك هذه الدار او هي لك مده حياتك او وهبت منك هذه الدار عمرك على انك ان مت قبلى عادت و ان مت استقر عليك

### الرابع صرح في جامع المقاصد بصحة الإيجاب بلفظ الهبه

قائلا- اما لو قال اعمرتك بلفظ الهبه فلا مانع من الصّحه لأن العمرى فى معنى الهبه للمنافع و قد صرّح بصّحه ما ذكره فى كره أيضا و هو جيّد مع قيام القرينه الداله على المراد

### الخامس هل يشترط فى الايجاب و القبول اللفظيين العريته او لا

الاقرب عندى الثانى فيجوزان بالفارسيه و غيرها من ساير اللغات مط و لو مع التمكن من العريته و كك يجوزان بالملحون مط و لو مع القدره على الصّحيح

### السادس صرح فى التنقيح بانه يشترط فى الايجاب و القبول كونهما لفظيين

متطابقين و فيه نظر بل احتمال الاكتفاء بالايجاب و القبول الفعليين فى غايه القوه و لكن اعتبار اللفظ احوط و اولى

### السابع يتحقق القبول بلفظ قبلت و رضيت و شبههما

كما صرّح به فى التنقيح

### الثامن هل يشترط فوريه القبول هنا او لا

فيه اشكال و الأحوط الاول و لكن الاحتمال الثانى فى غايه القوه

منهل صرّح فى فع و يع و صره و التحرير و كره و عد و د و س و اللّمعه و ضه و الرياض بتوقّف الشكنى على القبض

و زاد في الاخيرين فصّرّحاً بتوقف العمرى و الرقى عليه أيضا و زاد في الاول و الثالث بتوقف العمرى عليه و ادعى في الرياض انه لم يجد في جميع ذلك خلافا و ظ هؤلاء الجماعه الحكم بكون القبض شرطا في صحّه الثلاثه المشار اليها و فيه اشكال و لكنه احوط بل في غايه القوه للأصل السليم عن المعارض و قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ لا يصلح للمعارضه هنا لأنه قد ادعى في لك الاجماع على عدم لزوم العقد قبل القبض فلا تكون الآيه الشريفه شامله له فيبقى الأصل ح سليما عن المعارض فت و صرّح في جامع المقاصد بانه ينبغي ان يكون اشتراطه على القول بلزوم

ص: ٥١٣

العقد اما على عدم اللزوم فانه بمنزله العاريه و نبه على ما ذكره في لك قائلا لا بدّ في السكنى من قبض على تقدير لزومها اما لو كانت جائزه كالمطلقه كان الاقباض شرطا في جواز التسلّط على الانتفاع و لما كانت الفائده بدونها مشتبهه أطلق اشتراطه فيها

### منهل هل يتوقّف السكنى و العمرى و الرقى على قصد القربه و يكون شرطا في صحّتها او لا

فيه قولان احدهما انه يشترط ذلك و هو للقواعد و س و ثانيهما انه لا يشترط ذلك فيها و هو لجامع المقاصد و لك و ضه و الكفايه و الرياض و حكاه في جامع المقاصد و ضه عن س و استفاده في لك من يع قائلا و يستفاد من افتقارها الى الثلاثه انها لا تفتقر الى قصد القربه و هو احد القولين فى المسأله للأصل و استفاده فى ضه من اللّمعه قائلا و يفهم من اطلاقه عدم اشتراط التقربّ و به صرّح فى س و قيل يشترط و الاول اقوى و صرّح فى الرياض بانه اشهر القولين قائلا- و ربّما يستفاد من العبارة كغيرها عدم اشتراطها القربه و هو احد القولين و اظهرهما و اشهرهما فى المسأله و هى محلّ اشكال فلا ينبغي ترك الاحتياط و لكن الاقرب هو القول الثانى من عدم الاشتراط لما احتجّ به فى الرياض من الاصل و العمومات السليمه عن المعارض و يعضدها اشتهار القول الثانى بل قد يمنع من وجود مخالف له لإمكان تنزيل عبارته عد على غير محلّ البحث كما حكاه فى الرياض عن بعض قائلا اشتراطها فى عد و لا وجه له و لذا حمل على ارادته الاشتراط فى حصول الثواب دون الصّحّه و قد حكى هذا الحمل فى جامع المقاصد عن الشهيد قائلا- و حمل شيخنا الشهيد فى بعض الحواشى اشتراط المص نيه التقربّ على أنّها شرط فى حصول الثواب خاصّه و هو خلاف ظاهره و نبه على الحمل المذكور فى لك بل صرّح بان فى بعض النسخ المقرّوء على المص خال من الحكم بالا- اشتراط و لكنّه صرّح بان الحمل المذكور خلاف الظاهر و ثانيا خلّو النصوص عن الاشاره الى الحكم بالا- اشتراط مع توفر الدّواعى عليه و ثالثا ان اكثر العقود لا يشترط فى صحّتها القربه فكذا محلّ البحث عملا بالاستقراء نعم حصول الثواب بالثلاثه متوقّف على نيه القربه فيكون شرطا فى استحقاق الثواب لا فى الصّحّه كما صرّح به فى جامع المقاصد و لك و ضه و يستفاد من الرياض

### منهل صرّح فى كره بانه لا يجوز تعليق العمرى على شرط او صفه

مثل ان يقول اذا مات او قدم فلان او جاء راس الشهر فقد اعمرتك او فهذه الدار لك عمرك و ما ذكره احوط بل فى غايه القوه

### منهل كلما يصحّ وقفه يصح اعماراه و تسليط الغير على منفعتيه ما بقى هو او ذلك الغير

و قد صرّح بما ذكرناه من القاعده الكليه فى بيع و التبصره و د و عد و التحرير و كره و اللّمعه و جامع المقاصد و ضه و لك و الكفايه و لهم اولا- ظهور الاتفاق على القاعده المذكوره و ثانيا عموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و ثالثا عموم قولهم ع فى عده اخبار معتبره المؤمنون عند شروطهم و رابعا ما تمسّك به فى كره و جامع المقاصد و لك قائلين لان العمرى نوع اعاره او نوع صدقه بالمنافع فجازت كما تجوز فى الملك و يتفرع على القاعده المذكوره امور منها جواز اعمار اعيان الاموال كما صرح به فى صره و ضه و منها جواز اعمار الاثاث كما صرّح به فى بيع و عد و كره و صره و التحرير و لك و منها جواز اعمار العبد و الجاريه كما صرح به فى بيع و صره و لك و الكفايه و هل يستبيح المعمر و طى الجاريه ح او لا الاقرب الاخير كما صرّح به فى لك و الكفايه و لهما اولا- الاصل و ثانيا ما تبه عليه فى لك بقوله لا يستبيح ح و طى الجاريه لان استباحه البضع منوط بالفاظ مخصوصه و الواقع لا- يدلّ عليها و يعضد ما ذكره قول الكفايه قالوا الاستباح و طئها لأنه منوط بالفاظ مخصوصه و ثالثا ما تبه عليه فى الكفايه بقوله لا يستبيح ذلك و لو كانت جاريه يستباح استخدامها لقول ابى جعفر ع فى صحيحه محمّد بن مسلم و منها جواز اعمار مطلق الحيوان المذى يصحّ وقفه كما صرّح به فى عد و كره و التحرير و لك و منها جواز اعمار العقار كما صرح به فى كره و عد و التحرير و صرّح فى بيع و لك بجواز اعمار الدار و هو جيّد و يجوز اسكان ما ذكر و كل ما هو صالح للسكنى و لا يجوز اسكان ما لا يصلح له كالعبد و الرقى كالعمرى فيما ذكر فيصحّ ارقاب كل ما يصحّ وقفه كما صرّح به فى لك و ضه و الكفايه و بالجملة كل ما يصحّ وقفه يصحّ تسليط الغير على منفعتة لا- على وجه التاييد فان كان مسكنا جاز الايجاب بلفظ اسكنتك فيكون سكنى و كذا يجوز بلفظ اعمرتك ان كانت مدّه الانتفاع عمر احدهما فيكون عمرى و كذا يجوز بلفظ ارقبتك ان كانت المده غير العمر فيكون المفروض ممّا يصحّ اسكانه و اعماراه و ارقابه و ان لم يكن ذلك مسكنا و صالحا للسكنى كالعبد جاز الايجاب بلفظى اعمرتك و ارقبتك لا بلفظ اسكنتك فيكون المفروض ممّا يصحّ اعماراه و ارقابه لا اسكانه

### منهل لو باع مالك الاصل ما جعله سكنى او عمرى او رقى لغيره

#### اشاره

فهل تبطل الثلاثه بالبيع او لا و على الثانى هل يبطل اولا التحقيق ان يق ان المسأله تنحل الى صور احديها ان ينقل منفعه ملكه الى غيره و يسقطه عليها الى مده معلومه سواء كان بطريق السكنى و لفظ اسكنتك او الرقى و لفظ ارقبتك و هنا لا يفسد اسكانه و لا- ارقابه و لا يبيعه اما عدم فساد الاولين فقد صرّح به فى بيع و عد و كره و س و التنقيح و جامع المقاصد و لك و الكفايه و الرياض و لهم اولا ظهور الاتفاق على ذلك و قد تبه عليه فى الرياض بقوله لو باع مالك الاصل المسكن لم تبطل السكنى ان وقت بامد او عمر بلا خلاف و ثانيا عموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و ثالثا عموم قولهم ع فى عده اخبار معتبره المؤمنون عند شروطهم و رابعا قوله ع الناس مسلّطون على اموالهم و خامسا ما احتج به فى جامع المقاصد و لك من قول الكاظم ع فى صحيحه الحسين بن نعيم لا ينقض البيع السكنى و لكن يبيعه على ان الذى يشتريه لا يملك ما اشترى حتى ينقضى السكنى على ما شرط و سادسا ما احتج به فى جامع المقاصد قائلان و انما لم يبطل بالبيع لأنها عقد لازم فكانت كالإجاره و سابعا ما تبه عليه فى التنقيح بقوله فان الساكن ملك منفعه العين بالعقد و اما عدم فساد البيع فالظاهر انه ممّا لا خلاف فيه أيضا و يدلّ عليه مضافا الى ما ذكر العمومات السابقه و عليه يجب على المشتري ح مع علمه بالحال الصبر حتى ينقضى المده و تمكين مستحق المنفعه منها و لا خيار له فى الفسخ ح و ان كان جاهلا بذلك تخير بين الفسخ و الامضاء و قد صرّح بسقوط الخيار فى الصوره الاولى و ثبوته فى الثانيه فى التحرير و كره و التنقيح و جامع المقاصد و لك و الكفايه و صرّح فى عد و س

على الحكمين في صورتين كما تبه عليه في الرياض و منها قول التنقيح ثم المشتري ان كان عالما فلا خيار له و وجب عليه الصبر و الا تخير بين الفسخ و هو اجماعى و منها ما تمسك به في كره و التنقيح من صحيحه الحسين بن نعيم التي سيأتى اليها الاشاره ان شاء الله تعالى و منها ما تمسك به في جامع المقاصد و لك و الرياض من ان فوات المنفعه مجوز للفسخ و منها انه لو لم يثبت الخيار في الصوره الثانيه لزم الضرر و هو منفى عقلا و نقلا و قد تبه على هذا الوجه في الرياض بقوله لكونه ضررا منفيا اتفاقا و فتوى و روايه و اذا صبر المشتري ح فأنما يصير مجانا كما صرح به في كره و عد و جامع المقاصد و لك و الكفايه و لهم اولاً- اصاله براءه الذمه من وجوب دفع شىء عوض الصبر و ثانيا ظهور الاتفاق على ذلك و اذا كان المشتري الجاهل هو السئالكن ففي ثبوت الخيار له ح اشكال بل الأقرب عدم الثبوت كما يستفاد من جامع المقاصد و صرح في لك و الكفايه بان للمشتري العالم قبل انقضاء المده ان يبيع و يهب و يعتق و غير ذلك مما لا يتعلق بالمنفعه المستحقه و هو جيد و منها ان ينقل منفعه ملكه الى غيره و تسليطه بطريق العمرى بان يجعل مدّه الانتفاع عمر احدهما سواء كان بلفظ اسكنتك او اعمرتك او ارقبتك و هنا لا يفسد بالبيع اسكانه و لا اعماراه و لا ارقابه كما فى فع و يع و عد و كره و التحرير و د و صره و س و التنقيح و جامع المقاصد و لك و الرياض بل صرح فيه بنفى الخلاف فيه و هل يفسد البيع ح اختلف الاصحاب فيه على اقوال احدها انه لا يفسد بل يكون صحيحا و هو للمسالك و الكفايه و الرياض و حكاه فى لك عن جماعه قائلا ما اختاره المص من الحكم بصحّه البيع فى العمرى مذهب جماعه من الاصحاب منهم ابن الجنيد قاطعا كالمص و الشّهد فى س ناقلا فيه الخلاف ثم حكاه عن الارشاد أيضا بل تبه فى الرياض على انه مذهب الأكثر قائلا صريح الاسكافى و الشّهدين و نحوهما و ظ العامه هنا و فى بيع صحّه البيع و لعلها مختار الأكثر و هو الأظهر و لهم وجوه منها ما تبه عليه فى جامع المقاصد و لك و الرياض من عموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و منها ما تبه عليه فى لك من عموم قولهم ع فى عده من الاخبار معتبره المؤمنون عند شروطهم و تبه على ما ذكره فى الرياض بقوله بعد الحكم بالظهيره هذا القول لصراحه الخبر المعتبره مضافا الى الأصل و العمومات الآمره بالوفاء بالعقود و الشّروط من الكتاب و التّينّه السّليمه هنا عمّا يصلح للمعارضه و منها ما تبه عليه فى لك بقوله القول بالصّحّه هنا اوجه مؤيدا بما ذكر من النصّ و الاعتبار و بعموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و المؤمنون عند شروطهم و عدم المنافاه بين البيع و الشّيكنى فان مورد البيع ليستوفى منها المنفعه المستحقه للبايع لا مط و مورد الشّيكنى المنفعه المملوكه حاله الاسكان و ما فى معناها و يعضد ما ذكره قول جامع المقاصد و ان قرنت بالعمر ففي صحّه البيع اشكال ينشأ من عموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و انه لا منافاه بين البيع و الشّيكنى لاین مورد هما مختلف و منها ما تبه عليه فى لف و الايضاح و جامع المقاصد و لك و الرياض من خبر الحسين بن نعيم الذى وصفه فى لك بالحسن و فى الكفايه بالصّحّه عن ابى الحسن الكاظم ع قال سألته عن رجل جعل دار سكنى لرجل ايام حياته او جعلها له و لعقبه من بعده هل شىء له و لعقبه كما لو شرط قال نعم قلت فينقض بيعه الدار الشّيكنى قال لا ينقض البيع السكنى كك سمعت ابى ع قال قال ابو جعفر ع لا ينقض البيع الاجاره و الشّيكنى و لكن يبيعه على ان الذى يشتريه لا يملك ما اشترى حتى ينقضى على ما شرط و كك الاجاره قلت فان ردّ على المستاجر ماله و جميع ما لزمه من المنفعه و العماره فيما استاجر قال على طيبه النفس و يرضى المستاجر بذلك لا باس و قد صرح فى جامع المقاصد و الرياض بصراحه هذه الروايه فى الدلاله على المدعى و ثانيا انه يفسد و لا يصح و هو للتحرير و عد و تبه على وجهه فى جامع المقاصد و لك قائلين منشأ المنع ان الغرض

لهذا لا يجوز بيع ما لا منفعه فيه و زمان استحقاق المنفعة و لهذا لا يجوز بيع فى العمرى مجهول و قد يمنع الاصحاب من بيع المسكن الذى يعتد فيه المطلقة بالاقراء لجهاله وقت الانتفاع به فهنا اولى لامكان استثناء الزوج مده يقطع بعدم زياده العده عليها بخلاف المتنازع و قد اشار الى هذا الوجه أيضا فى التحرير و كره و لف و الايضاح و التنقيح و غرى فيما عدا الاول الى الاصحاب المنع من بيع المسكن الذى يعتد فيه المطلقة بالاقراء و قد يجاب عن هذا الوجه اولا بما تبه عليه فى التنقيح قائلا بعد الاشاره اليه و فيه نظر لان بيع الاصل غير مشروط بعلم قدر منافعه بل بعلم الاصل و ان جهل منافعه كبيع الشاه و الشاتين مع جهاله قدر الحلب و يمكن ان يجاب بالفرق بين العلمين و ان العلم بالكم من حيث الزمان شرط للعلم بمقدار المنتفع به و يعضد ما ذكره قول الرياض و يمكن ان يق ان الجهاله المانع من صحه البيع انما هى اذا كانت فى نفس المبيع دون منفعته و هى هنا لمعوميه المبيع منتفيه و ثانيا بما تبه عليه فى لك قائلا بعد ذلك أيضا و فيه نظر لأن الانتفاع فى المبيع فى الجملة متحقق و انما تخلف فيه نوع خاص و ذلك لا يقدح و ثالثا بما تبه عليه فى لك أيضا قائلا و منع الاصحاب من بيع المسكن للمعتد مبنى على ما منعه هنا لاشتراكها فى المعنى و يلزم القائل بالصحة هنا القول بها ثم ان لم يتحقق الاجماع فيه مضافا الى النص المعتبر بالجواز صريحا و يمكن الفرق بجواز هذا بالنص فلا يلزم مثله فى ذلك ان لم يدع اتحاد طريق المسألتين او يق بخروج ذلك بالاتفاق ان تم و كيف كان فالقول بالصحة هنا اوجه و يعضد ما ذكره قول الرياض و فتوى الاصحاب بالمنع عن بيع دار المطلقة لا حجه فيها على المنع فى المسأله اما لاختصاصها بالمنع ثمه دون المسأله لعدم بلوغها درجه الإجماع فلا يكون من اصلها معتبره و على هذا فينسحب القول بالصحة فى تلك فهذا القول ضعيف غايته نعم ربما يتوجه ما ذكره العلامة فى العمرى المؤبده بعمر المعمر و عقبه لكون البيع ح مسلوب المنفعه بعد شرائه سفاهه فيبطل هذه الجبهه لكن يدفعه اطلاق الروايه بل عمومها الناشى عن ترك الاستفصال كما يستفاد من صدرها و مع ذلك مقتضاه اختصاص البطلان بصوره لم يتصور فيها للعين منفعه مقصوده للعقلاء غير ما دفع عليه عقد العمرى كالدّرر و شبهها و اما ما يتصور فيه تلك المنفعه كالعبد و الامه فيحتمل فيها الصّحه لعدم استلزام اعمارها فساد البيع من جهه سلب المنفعه لوجود منفعه اخرى غير المستحقه و هى عتقها و نحوها و امثالها للعقلاء مقصوده و رابعا بما تبه عليه فى لك و الرياض قائلين و اما الاولويه التى ادعوها فى بيع مسكن المطلقة باستثناء قدر يقطع بانقضاء العده قبله فمثله آت فى

ص: ٥١٥

العمرى نظرا الى العمر الطّبيعى الذى لا يعيش المعمر بعده قطعاً او عاده و من ثم يحكم بموت المفقود ح و يقسم ماله و تعتد زوجته عده الوفاه اتفقا و زاد فى الثانى قائلا- نعم لو اقت بعمر المعمر و عقبه على الاطلاق اتجه ما ذكره لكن عبارته يتحقق الاولويه المطلقة شامله لما اذا اقتت السّدكنى بعمر المعمر او بعض من عقبه خاصه ليتجه ح ما ذكرناه من المناقشه و خامسا بما تبه عليه فى الرياض بقوله بعد الاشاره الى الوجه المذكور و هو اجتهاد فى مقابله النصّ المعتبر المعتضد بعمل الاكثر و ثالثا بما تبه عليه فى لك و الرياض قائلين و ربما فرق بين بيعه على المعمر و غيره و جواز الاول دون الثانى نظرا الى استحقاق المعمر المنفعه ابتداء و استمرار استحقاقه فقيل لجهاله بخلاف غيره و فساده واضح فان المعتبر من العلم بالمنفعه المطلوبه فى البيع ان كان ممّا ينافيه هذا الفائق منها زمن العمر المجهول بطل مط و الاصحّ [الصّحه] لاختلاف الاستحقاقين فلا يبنى احدهما على الاخر و المسأله محل اشكال و لذا توقف فيها فى كره و لف و الايضاح و س و جامع المقاصد و لكن المعتمد عندى هو القول الاول من

صحة البيع ح مط و عليه فان كان المشتري عالما بالحال وجب عليه الصبر حتى ينقضى المدّة و تمكين المعمر من الانتفاع و ان كان جاهلا بالحال تخير بين الفسخ و الصبر مجانا و قد صرح بجميع ما ذكر في لك بل الظاهر أنّه ممّا لا خلاف فيه بين القائلين بصحة البيع و صرح في لك بان المشتري لو كان هو المعمر جاز له بيع العين بجميع منافعتها قائلًا لان باجمعها مملوكة له و لا مانع من نقلها الى غيره بوجه و ان كان قبل الشراء ما كان يمكنه بيع هذه المنفعة فان المانع لم يكن الجهالة بل عدم جواز المنفعة بالبيع و ليس ببعيد جواز الصلح عليها لاحتماله من الجهالة ما لا يحتمله البيع و صحته على العين و المنفعة و ما ذكره جيد و منها ان يسكن مط من غير تقييد بمدّة لا معلومه و لا مجهوله و هنا يصح البيع كما في صريح جامع المقاصد و لك و الكفايه و ظ و ص و غيره و هل يفسد السكنى ح او لا صرح بالأوّل في س و التنقيح و لك و الكفايه و الرياض و تبه على وجهه في لك قائلًا لو كانت السكنى مطلقه او العمري او الرقبى حيث نجوزهما كك صح البيع أيضا و بطلت السكنى كما هو شان العقد الجائز اذا طرأ عليه لازم يتنافيه و يعضد ما ذكره قول الكفايه لو كانت السكنى مثلا جائزه صح البيع و بطلت السكنى كما هو شان العقود الجائزه اذا طرأ عليها لازم و

### ينبغي التنبيه على امور

#### الاول قال في كره اذا عمر الانسان دارا او ارقبها لزيد

لم يكن لزيد بيع الدار و نحوه كالمستعير عند علمائنا و من وافقهم في عدم انتقال العين لقول الصادق ع و ليس لهم ان يبيعوا و لا يرثوا و لان رقبه الملك باقيه على ملك المالك فليس لغيره البيع لقوله ع لا بيع الا في ملكك و ما ذكره من منع البيع جيد

#### الثاني قال في التنقيح قال ابن الجنيد انه اذا دفع المالك الى الساكن

عوضا عمّا بقى من المده جاز و هو مم الا برضاء الساكن للزوم العقد و ما صار اليه في التنقيح هو الأجود

#### الثالث قال في التنقيح هل يصح اجارتها مدّه معلومه

على القول بجواز تاخر المده عن العقد أم لا الظاهر انه مع تقديره بالمدّه يصح اما مع التقدير بالعمر فلا لان الاجاره تملك منفعة معلومه و الفرض عدمه و لأنه يجب فيها تسليم المنفعة و هو زمان القدره عليه و ما ذكره تفصيل حسن

#### منهل اذا أطلق السكنى لزيد مثلا فقال اسكنتك هذه الدار عمري مثلا

### اشاره

فلا اشكال في انه يجوز لزيد السكنى فيها المده المعلومه و قد صرح بذلك في النهايه و يع و عد و التحرير و كره و لف و صره و س و اللّمعه و جامع المقاصد و الكفايه و بالجمله هو ممّا لا خلاف فيه و يلحق بزيد في ذلك امور فيجوز لزيد ان يسكنها مع

نفسه فيها منها اولاده كما صرّح به فى التّهايه و فع و يع و صره و د و التّحرير و كره و لف و س و جامع المقاصد و ضه و الكفايه و الرياض و حكاه فى لف عن القاضى و بالجمله الظاهر أنّه ممّا لا خلاف فيه و منها والده كما صرّح به فى الغنيه و منها زوجته و اهله كما صرح به فى النهايه و الغنيه و فع و يع و التّبصره و لف و كره و عد و د و التّحرير و س و جامع المقاصد و ضه و الكفايه و الرياض و حكاه فى لف عن القاضى و منها خادمه من عبيده و جاريته كما صرّح به فى فع و صره و كره و جامع المقاصد و لك و الرياض و منها ضيفه كما صرّح به فى س و التّقيح و جامع المقاصد و ضه و الرياض و قيده فى الثانى بما اذا لم يطل الزمان بحيث يعد عرفا انه غير ضيف و منها مرضعه ولده كما صرّح به فى كره و جامع المقاصد و لك و منها دابته كما صرّح به فى كره و التّقيح و جامع المقاصد و ضه و قيده بما اذا كان فى المسكن موضع معدّ لمثلها و هل يجوز لمن يسكنه زيد معه هنا من الوالد و الاولاد و الزّوجه و الخادم و الضّيف و المرضعه التّصرّف فى تلك الدار من غير رضاه زيد او لا بل يتوقف على رضاه المعتمد هو الاخير للأصل و عموم ما دل على عدم جواز التّصرف فى مال الغير بدون اذنه و هل يجوز لزيد اسكان المذكورين و الدابه معه فى الدار المذكوره مط او يختصّ بصوره ما اذا كان العاده جاريه بسكونهم معه فيها و تبعيتهم له فيه اشكال يأتى اليه الاشاره إن شاء الله تعالى و لكن لا اشكال فى الجواز فى صورته جريان العاده بذلك بل كل من جره العاده بسكونه معه فى الدار و المنزل يجوز لزيد ان يسكنه و قد صرّح بذلك فى فع و كره و التّبصره و اللّمعه و ضه و لك و تبّه فيه على وجه قائلا و أنّما جاز عند الأصحاب اسكان اهله و اولاده مع اقتضاء الصّيغه عندهم سكونه بنفسه لدلاله العرف على ذلك و الحق العلّامه فى كره من جرت العاده باسكانه معه كغلامه و جاريته و مرضعه ولده و هو حسن لدلاله العرف عليه أيضا و كذا الضّيف و الدابه اذا كان فى الدار موضع لها عاده و كذا احراز الغله فيها كك و نحوه و تبّه فى يه و يع و د على اختصاص جواز اسكان الغير بالاولاد و الاهل قائلين لم يجز للسّاكن ان يسكن معه غيره أّا ولده و اهله و لا يجوز سواهم و زاد فى الاخيرين أّا ان يشترط ذلك و وافقهم فى الغنيه فى الاهل و ابدل الولد بالوالد قائلا لا يجوز ان يسكن من جعل ذلك له من عدا والده و اهله الا بأذن المالك و هذا القول ضعيف لان الحاقهم الاهل و الوالد و الولد ليس أّا فى العاده و الا لوجب الاقتصار على من جعل السّيكنى له لعدم شمول ظ اللفظ غيره و هو بط اتفاقا على الظاهر فيجب الحكم باطراد العلّه فى جميع موارد هذا و قد ينزل العبارات المتقدّمه الداله بظاهرها على هذا القول على القول الاول كما تبّه عليه فى الرياض بقوله و لعلّ مرادهم منه التمثيل خاصّه كما فهمه متأخرو الاصحاب كافه و لذا لم ينقلوا عنهم الخلاف فى جواز اسكان ما ذكره

ص: ٥١٦

و

**ينبغى التّنبيه على امور**

**الاول الامتعه و الاجناس التى جرت العاده بان يكون معه و فى مسكنه**

يجوز له ان يضعها فيما جعل له سكناه مط و لو لم يأذن به و بالجمله يجوز له ان يتصرّف فى ذلك بكل ما دل على العقد عليه مطلقه او تضمّنا او التزاما عرفيا معتبرا و لا يبعد نفي الخلاف فى ذلك و ان اوهمه بعض العبارات و اما التّصرّفات التى لم يدلّ عليها العقد مط و لم تشهد بها عرف و لا عاده كالإجاره و الاعاره و اسكان اجنبيّ غير تبع له معه و ادخال امتعه و اجناس لم تجر



العاده بكونها فى البيوت فلا يخ امان يأذن المالك بالخصوص و لو فحوى اولا فان كان الاول فلا اشكال فى جوازها ح و قد تبّه على ذلك فى التّهايه و الغنيه و فع و يع و صره و د و عد و س و الكفايه و الرياض و لا- فرق فى الاذن بين ان يكون من الشرط او من غيره و ان كان الثانى فقد اختلف الاصحاب فى جوازها على قولين احدهما أنّها لا تجوز ح و هو للتّهايه و الغنيه و فع و يع و صره و د و التحرير و كره و عد و لف و س و اللّمعه و التنقيح و جامع المقاصد و الكفايه و الرياض و المحكى فى كره و لف عن القاضى عن القاضى بل ادعى عليه الشّهرة فى التنقيح قائلا هو المشهور و عليه الفتوى و يعضد ما ذكره قول جامع المقاصد هذا هو مذهب الشيخ و اكثر الاصحاب و ثانيا قول لك هو هذا المشهور بين الاصحاب و ثالثا قول الرياض هو الاظهر الاشهر بل عليه عامه من تاخر و ثانيهما أنّا نجوز و هو للمحكى فى لف عن الحلّى و مال اليه فى؟؟؟؟؟ قائلا و كيف كان فالعمل على المشهور و ان كان كلام ابن ادريس لا يخ عن قوه للأولين ما احتج به فى كره و لف و جامع المقاصد و الرياض من ان الاصل عصمه مال الغير و حفظه عن تسلّط غير المالك عليه خرج عنه المسكن بالإذن و اهله قضيه للعرف فصار كالمأذون فيه مط بقى الباقي على اصل المنع و تبّه على ما ذكر فى التنقيح قائلا فى مقام الاحتجاج على هذا القول لان المنفعه من كلّ وجه كانت للمالك و لا دليل على انتقالها عنه من كل وجه فان مفهوم عقد السّيكنى جعل الغير ساكنا فى الدار فلا يملك غير ذلك من الإجاره و اسكان الا-جنبي ان قلت لو لم يملكها السّيكنى من كل وجه للمالك ان يسكن معه غيره لعدم المنافات بين السّيكنين ح لكن اللازم بط اجماعا فكذا الملزوم و الملازمه ظاهره فان الملك من كل وجه لا ينافى عدم تملكها من وجه اخر قلت نمنع الملازمه لو لم يستلزم اضرار ذلك الساكن اما مط فلا و العرف قاض بالاضرار و للآخرين اولا ما تبّه عليه الحلّى على ما حكاه فى لف قائلا قال ابن ادريس الذى يقتضيه اصول المذهب ان له جميع ذلك و خلافه و اجارته و انتقاله عنه و اسكان غيره سوى ولده و امراته سواء اذن له فى ذلك او لم يأذن اذا كان اول ما اسكنه قد أطلق السّيكنى لان منفعه هذه الدار استحقّها و صارت مالا من امواله فله استيفائها كيف شاء بنفسه و بغيره و ما اورده شيخنا فى نهايته فلا شك انه خبر واحد و قليلا ما يورده اصحابنا فى كتبهم فشيخنا المفيد لم يورده فى مقننته و لا- السّييد المرتضى و لا- المحصّيون من اصحابنا و ثانيا ما تمسك به الحلّى من عموم ما دلّ على صحّه العقود و السّكنى كما لا يخفى و فى كلا الوجهين نظر و اجاب عمّا تمسك به الحلّى فى لف و كره قائلا- فيهما الجواب المنع من الاستحقاق المطلق بل أنّما يستحق على حدّ ما جعل له و هو السّكنى فلا يتناول الاجاره و غيرها لعدم الاذن منه نطقا و عرفا و المعتمد عندى فى المسأله هو القول الاوّل الذى صار اليه فى الكتابين المذكورين و غيرهما مع أنّه احوط

### الثانى اذا شرط المالك على الساكن ان لا يسكن من يجوز له السّكنى

مع اطلاق العقد كالأهل صحّ كما يصحّ ان يشترط الساكن على المالك اسكان من يجوز له السّيكنى مع اطلاق العقد و قد تبّه على الاخير فى التّهايه و الغنيه و فع و يع و صره و د و عد و س و التنقيح و الكفايه و اذا شرط الساكن على المالك الاجاره و صرّح فى جامع المقاصد و ضه بان الاجره ح للسّاكن

### الثالث صرّح فى عد بانه لا يجب العماره على احدهما و لا له

منع الأخر من غير المعمر بينهما و صرّح بما ذكره فى جامع المقاصد قائلا اما عدم الوجوب على احدهما فظ لأنّ المالك لا

يجب عليه عماره مسكنه ولا- يجب على السّياكن عماره مسكن غيره و أمّا عدم المنع فلان مريد العماره ان كان هو السّاكن فاستيفاء المنفعه حق له و للعماره مدخل فى اصل الاستيفاء او فى استكمالها مع ان ذلك مصلحه للمالك اذ الفرض ان لا ضرر فيها و أمّا المالك فلأنّ منعه من تعمير ملكه ضرر مع أنّ ذلك مصلحه للسّاكن اذ الفرض ان لا ضرر فيه و ينبغى منع السّاكن من العماره التى لا يسدّ عنها السّكنى عاده و قوفا مع ظ العقد و اصاله عصمه مال الغير أمّا مع التضرّر من احد الجانبين فلا يجب فى عدم الجواز ألا بالإذن و ما ذكره من عدم الوجوب جيّد

### الرابع صرّح فى التنقيح بأنّه لو اعمره او ارقبه ارضا شأنها الزرع

او دأبه شأنها الحرث او العمل عليها او خانا كان للمعمر ان يوجر امثال ذلك للعرف القاضى بذلك و اصاله الجواز و ما ذكره جيّد

### منهل اذا اسكن غيره ما يصلح للسّكنى كدار فهل تكون السّكنى من العقود اللازمه كالبيع

#### اشاره

فلا يجوز فسخ عقدها لأحدهما او لا فيكون من العقود الجائزه فيه اشكال و التحقيق ان يق ان للمسئله صوراً منها ان يسكنه و يعين مدّه السّكنى كشهري او سنه و هى فى هذه الصّوره تكون لازمه لا يجوز الرجوع فيها إلا بعد انقضاء المدّه فالمنافع فى اثنائها للسّاكن ان كان حيّاً و لورثته ان مات و الاصل للمالك ان كان حيّاً و لورثته ان مات و قد صرّح باللزوم ح فى التّهايه و الغنيه و فع و يع و صره و عد و التحرير و كره و شاد و اللّمعه و التنقيح و جامع المقاصد و لك و ضه و الكفايه و الرياض و يظهر من الايضاح المصير اليه و من كره و التنقيح و جامع المقاصد و الكفايه دعوى الشّهريه عليه و هنا قولان آخران احدهما أنّ السّكنى ح غير لازمه مط و هو للمحكى عن الشّيخ و ثانيهما أنّها ح غير لازمه ان قصد بها القربه و هو للمحكى عن الحلبي و هذان القولان ضعيفان بل المعتمد هو القول الاوّل الذى عليه المعظم و لهم وجوه منها ما تبّه عليه فى الرياض بقوله و تلزم السّكنى بعد القبض لو عيّن المدّه فلا رجوع فيما دونها و ان مات المالك بلا خلاف اجده إلا من الشّيخ و الحلبي فلا تلزم هى كالعمرى أمّا مط كما عن الاوّل او مع قصد القربه كما عن الثّانى و الاوّل اشهر بل عليه عامه من تأخّر بل صرّح جمع منهم كالمسالك و الصيمرى و غيرهما بجهاله من بخلافه و أنّما افصح عنهما الفاضل المقداد فى التنقيح و كيف كان فهما بالإعراض عنهما اجدر و المصير الى ما عليه الأ- أكثر اظهر و منها ما احتج به فى كره من قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و يعضد ما ذكره اولاً ما تبّه عليه فى الايضاح فى مقام الاحتجاج على ما عليه الأكثر لأنّ الشارع وضع صيغه هذا العقد سبباً لنقل المنافع مدّه معيّنه او مقرونه بعمر احدهما

ص: ٥١٧

و الاصل فى الاسباب اللّزوم و ثانياً قول لك لما كان الاصل فى العقد اللزوم و كان هذا العقد غير ناقل لمملك الرقبه بل للمنفعه على وجه مخصوص فاللازم منهما لزوم العقد بحسب ما نقله فان كان مدّه معيّنه لزم فيها و ان كان عمر احدهما لزم كك فلا يبطل العقد بموت غير من علق على موته و ثالثاً قول الكفايه لعموم ما دلّ على مراعات العقود و الشّروط و رابعاً قول الرياض

ما عليه الاكثر اظهر عملا بعموم لزوم الوفاء بالعقود و الشرط المستفاد من الكتاب و السنه عموما و خصوصا و منها قولهم ع في  
عده اخبار معتبره المؤمنون عند شروطهم و قد احتج بهذا الوجه في الكفايه و الرياض و منها ما احتج به في كره قائلا و لان  
الظاهر ع سئل عن السكني و العمرى فقال ان كان جعل السكني في حياته فهو كما شرط و ذلك يقتضى اللزوم و منها ما تبّه  
عليه في الرياض بعد ما حكينا عنه سابقا بقوله و منها الخبران المتقدمان و قيل هما كالصحيح عن رجل جعل داره سكني لرجل  
اوان حياته و لعقبه من بعده فقال هي له و لعقبه من بعده كما شرط قلت فان احتاج الى بيعها يبيعه نعم قال قلت فينقض بيعه  
الدار السكني الخبر و فيه دلالة من وجه اخر اظهر كالموثق عن رجل اسكن رجلا قال يجوز له و ليس له ان يخرجها قلت فله و  
لعقبه قال يجوز الحديث و بالوجه المذكوره اولا يندفع الاصل الذي تبّه عليه في كره بقوله و قال بعض علمائنا انها غير لازمه  
للأصل على أنه قد يق ان الاصل الذي مرجعه الى الاستصحاب يقتضى اللزوم لا الجواز و ثانيا بعض الروايات على ان السكني ح  
جائزه مع انه ضعيفه كما تبّه عليه في الكفايه بقوله بعد الاشارة الى دلالة ما دل على لزوم الوفاء بالعقد و الشرط على القول الاول  
و روايه ابى البخترى بخلافه ضعيفه للتعويل و لا فرق في اللزوم في هذه الصورة بين ان يموت احدهما او كلاهما قبل مضي  
المدّه او لا و قد صرح في فع و صره بان موت المالك لا يقتضى الفسخ و كذا لا فرق بين ان يكون الاسكان بلفظ اسكنت او  
ارقت و الظاهر ان الارقاب مدّه معيّنه مط و لو لم يكن فيه اسكان لازم كما ذكر و هل يشترط في المده التي يقيد بها السكني  
ان لا يكون مجهوله او لا صرح بالاول في التنقيح قائلا لا بدّ من تعيين المده في غير العمرى و مطلق السكني لما علم من عاده  
الشّرع ان كل ما يكون الى اجل لا بدّ ان يكون معيّنا مضبوطا خالصا ذلك في العمرى بحكم الاشتقاق و ما ذكره احوط و منها  
ان يسكنه و يجعل المدّه عمر احدهما فان كان عمر السكني لزم العقد هنا أيضا فلو مات المالك ح لم يكن لورثته ازعاج  
السّاكن و لم يبطل العقد بموته و قد صرح بجميع ذلك في النّهايه و فع و يع و عد و كره و التبصره و التحرير و الايضاح و جامع  
المقاصد و لك و الرياض بل صرح في الايضاح بان هذا اختيار اكثر العلماء و في جامع المقاصد و الكفايه بانه المشهور و في  
س بانه مذهب المتأخرين و في الرياض بان عليه الاكثر بل عليه عامه من تأخر و حكى جماعه عن ابن الجنيّد أنّه قال ان كان  
قيمه الدار يحيط ثلث الميت لم يكن لهم اخراجه و ان كان ينقص عنها كان لهم ذلك للقول الاول و جوه منها ما احتج به في  
لف و الايضاح و جامع المقاصد من انه عقد منجز في حيوة العاقد فكان ماضيا كغيره من العقود و منها عموم قوله تعالى أوّفوا  
بالعقود و منها ما تمسك به في الكفايه من عموم قولهم ع في عده اخبار معتبره المؤمنون عند شروطهم قائلا و يؤيّده الاظهر في  
معنى حسنه الحلبي و روايه الحسين بن جهم و روايه حمران و منها ما تبّه عليه في الرياض بقوله يدل عليه قوله ع ان جعل  
السكني في حياته فهو كما شرط فان الظاهر رجوع الضمير الى السّاكن بقريته ما ذكرنا في التّمه فقد حكم ع بلزوم الشرط من  
غير تفصيل بين موت المالك و عدمه و للقول الثاني ما تبّه عليه في لف بقوله احتج ابن الجنيّد بما رواه خالد بن نافع البجلي عن  
الصادق ع قال سألته عن رجل جعل لرجل سكني داره حياته يعني صاحب الدّار فمات الذي جعل السكني و بقي الذي جعل له  
السكني ارايت ان اراد الورثه ان يخرجوه من

الدار لهم ذلك قال فقال ارى ان تقوم الدار بقيمه عادله و ينظر الى ثلث الميت فان كان في ثلثه ما يحيط بثمن الدار فليس  
للورثه ان يخرجوه و ان كان الثلث لا يحيط بثمن الدار فلهم ان يخرجوه قيل له ارايت ان مات الرجل الذي جعل له السكني بعد  
موت صاحب الدار يكون السكني لورثه الذي جعل له قال الشيخ ما تضمّن هذا الخبر من قوله ع يعني صاحب الدار حين ذكر  
ان رجلا جعل لرجل سكني دار له فانه غلط من الراوى و وهم منه في التّاويل لان الاحكام التي ذكرها بعد ذلك أنّما تصح اذا  
كان قد جعل السكني حياه من جعلت له السكني فح يقوم و ينظر بعد ذلك باعتبار الثلث و زيادته و نقصانه و قد يجاب عن هذه

الروايه اولاً- بما اجاب به عنها في الايضاح قائلًا و في سندها ضعف و يعضد ما ذكره قول لك و الرياض في سندها جهاله او ضعف و ثانيا بما تبّه عليه في س بقوله في متنها اضطراب و في تقديم العين اشكال لعدم انتقالها الى المعمر و يعضد ما ذكره امور منها قول التنقيح مع ان في متنها اضطراب لان العين لم ينتقل الى المعمر لا وجه لثبوتها فان كان و لا بدّ تقوم المنفعه و منها قول لك و في متنها خلل يمنع من الاستناد اليه و منها تصريح الرياض بأنّها قاصره المتن و مخالفه الاصل و ثالثا بما تبّه عليه في كره بقوله هذه الروايه محموله عنده على الوصيّه و يعضد ما ذكره قول التنقيح ليس فيها دلالة على ان المالك اسكنه في حياته فيحمل على الوصيّه و اورد على هذا الجواب في جامع المقاصد قائلًا و اجاب المص في لف بالحمل على الوصيّه و مثلها ما لو كانت السّيكنى في مرض الموت و فيه شيء و هو ان ذلك لا- يوجب اعتبار خروج جميع قيمه الدار من الثلث ما نقص منها بذلك و طعن فيها بضعف السّند و رابعا بأنّها لا تقاوم ادله القول الاول و ان صح سندها و اتضح دلالتها كما لا يخفى فاذن المعتمد هو القول الاول و ان مات الساكن قبل المالك بطل السّيكنى و انتقل الاصل و منافعه الى المالك كما في النّهايّه و الغنيه و المراسم و النّافع و يع و صره و عد و كره و شاد و التنقيح و جامع المقاصد و لك بل الظاهر أنّه ممّا لا خلاف فيه و لا فرق في جميع ما ذكر بين ان يكون الاسكان المفروض بلفظ اسكنتك او اعمرتك او ارقبتك و لو اعمره ما لا يصلح للسّكنى كالفرس و جعل المدّه عمر الساكن و مات المالك قبله فكما ذكر كما صرّح به في الرياض و لو اوصى بالاسكان المذكور او وقع في مرض الموت فصرّح في لك و الرياض بأنّه يعتبر المنفعه الخارجه من الثلث لا- جميع الدار و ان كانت المدّه و الغايه عمر المالك لزم العقد هنا أيضا فان مات الساكن قبل المالك انتقل ما يستحقّه الساكن من السّكنى الى وارثه كما صرّح به في النّهايّه و الغنيه و يع و فع و عد و صره و د و التذكرة و التّحرير و جامع المقاصد و لك و لهم اولا ظهور الاتفاق عليه و ثانيا انه نبه على دعوى الاتفاق عليه في لك قائلًا فان مات المعمر قبل المالك انتقل

ص: ٥١٨

الحق الى ورثته مده حيوه المالك كغيره من الحقوق و الاملاك و هذا ممّا لا خلاف فيه و يعضد ما ذكره قول الرياض لو قال اسكنتك عمري لم تبطل بموت الساكن و انتقل ما كان من الحق الى ورثته بلا خلاف كما في لك و غيره و ثالثا ما تبّه عليه في الرياض بقوله بعد نفى الخلاف في ذلك و هو الحجه مضافا الى الاصول المتقدّمه و رابعا ما تبّه عليه في الرياض بقوله بعد ما حكينا عنه و انه حقّ كسائر الحقوق المنتقله الى الورثه بالاتفاق بحسب الفتوى و الروايه في الحكم الثّاني و ان مات المالك قبل السّيكنى بطلت السّيكنى و انتقل المال الى ورثه المالك و لا- فرق في الاسكان المفروض بين ان يكون بلفظ اسكنتك او اعمرتك او ارقبتك و لو اعمره ما لا يصلح للسّكنى كالكتاب و جعل الغايه عمر المالك و مات الساكن قبل المالك فكما ذكر هنا كما صرّح به في الرياض و منها ان يسكنه و يطلق السّيكنى و لم يقيدّه لمدّه و لا عمر كان يقول اسكنتك هذه الدار و قد صرّح في النّهايّه و الغنيه و فع و يع و د و التّحرير و صره و س و اللّمعه و التنقيح و ضه و لك و الكفايه بأنّ المالك يتخّير في اخراجه متى شاء و يستفاد من هذا امران احدهما صحّح السّيكنى ح و هو المعتمد و قد حكى في الرياض عن بعض دعوى نفى الخلاف عنه قائلًا- و ان أطلق السّيكنى و لم يعين المالك لها مدّه معلومه و لا عمرا أصلا صحّح السّيكنى بلا خلاف كما قيل و ثانيهما عدم لزوم العقد ح و حكاه في لك عن الاكثر قائلًا الحاصل ان السّيكنى ليست من العقود اللّازمه كما يظهر من العبارة كعباره الاكثر و خالف في ذلك في كره قائلًا و ان أطلق و قال سكنى هذه الدار لك او اسكنها او جعلت سكنها لك و ما اشبه ذلك لزم العقد في مسمّى الاسكان و لو يوما و الضّابط ما يسمّى اسكانا فح للمالك الرجوع متى شاء كما في حديث الحلبي و

صرّح بما ذكره في جامع المقاصد أيضا و صرّح في الكفايه بأنّه غير بعيد فهو مختار جماعه للأولين أنّه صرّح في الرياض بنفى الخلاف في ذلك قائلا بعد التصريح بصحة السكنى المطلقة و لكن لا يلزم بل يتخير المالك في اخراجه متى شاء بلا خلاف و ثانيا ما تّبه عليه في لك قائلا بعد الاشارة الى ما حكاه عن الاكثر و يدلّ عليه ظ الاخبار كحسنة الحلبي عن ابي عبد الله و في اخرها قلت فرجل اسكن داره و لم يوقت قال جائز و يخرجها اذا شاء و ثالثا ما تّبه عليه في الكفايه قائلا لو أطلق مدّه السكنى و لم يعين كان العقد جائزا و للمالك الرجوع متى شاء لحسنة الحلبي و موثقه احمد بن عمر الحلبي و قد احتج بهاتين الروايتين في الرياض على ذلك الا انه وصف الحسنه بالصّححه و وافقه في توصيف الاخرى بالموثقيّه و للآخرين وجوه أيضا منها اصاله بقاء الاستحقاق قبل حصول المسمّى و قد يجاب عنها بانها لا تصلح لمقاومه ادله القول الاول و منها ما احتج به في كره و جامع المقاصد من حسنة الحلبي او صحيحته المتقدمه و قد يجاب عنها بما صرّح به في لك من أنّها داله على ضدّ المدعى و يعضد ما ذكره في الرياض قائلا بعد الاشارة اليها و الى موثقه احمد بن عمر الحلبي و ليس فيهما كالعبارة لزوم الاسكان في الجملة كيوم و نحوه ممّا يسمّى اسكانا في العرف و العاده و عدمه بل هما بالاضافه اليهما مطلقان و في لك عن الاكثر عدمه و انها من العقود الجائزه فله الرجوع متى شاء و لو قيل الاسكان بالكليّه و يمكن ان ينزل عليه العبارة بل الزوايه يجعل متعلق الاخراج هو الاسكان المتعلق به العقد دون الدار و قد يناقش فيما ذكره بان اطلاق روايه الحلبي و ان اقتضى جواز الاخراج من المالك مط و لو قبل حصول المسمّى و لكنه ينصرف الى الغالب من ان الداخلة في دار يمكث فيها بمقدار ما يحصل به المسمّى فلا يفيد جواز الاخراج قبل حصول المسمّى بل يفيد جوازه بعد و هو غير محلّ البحث و بما ذكر يمكن المناقشه في دلالات عبارات المعظم على خلاف ما صار اليه هؤلاء الجماعه فت و منها ما تّبه عليه في لك بقوله يمكن الاحتجاج لهم بما دل على لزوم غيره من العقود كعموم أوّفوا بالعقود فلا بدّ من الحكم هنا بلزومه وقتا عملا بالدليل ثم يرجع الى

الجواز جمعا بين الآيه و روايه الحلبي و غيرها و قد يجاب عمّا ذكره بما تّبه عليه بقوله بعد الاشارة الى الوجه المذكور و فيه نظر لان الروايه مخصّصه للآيه لدلالته على جوازها مط كما خصّصت الآيه لسائر العقود الجائزه بدليل من خارج و قد يناقش فيما ذكره من الجواب اما اولا فيما اشرنا اليه سابقا من عدم انصراف اطلاق الزوايه الى محلّ البحث و اما ثانيا فبان ما ذكره أنّما يتجه لو كانت الروايه اخصّ مط من الآيه الشريفه و هو مم بل الظاهر ان التعارض بينهما قبيل تعارض العمومين من وجه لعدم شمول الآيه الشريفه لما بعد حصول المسمّى للاتفاق ظاهرا على عدم لزوم العقد ح و شمولها العقد السيكنى و غيره و الروايه بخلافها فإنّها مختصّه بعقد السيكنى و لكنها شامله لما بعد حصول المسمّى و قبله و ح ينبغي ترجيح عموم الآيه الشريفه فإنّ وجوه الترجيح معه كما لا يخفى لا يق يلزم ح ترجيح عموم الروايه لاعتضاده بالشهره لأننا نقول لا نم ذلك و لا يق يدفع عموم الآيه الشريفه ما تّبه عليه في الرياض بقوله بعد الاشارة الى القول الثانى و القائلين به الذين تقدم اليهم الاشارة و استدل لهم تاره و آيه و قد عرفت ما فيها من المناقشه و ضعف الدلاله و اخرى بالعمومات الداله على لزوم الوفاء بالعقود و الشروط و هو حسن ان لم يكن في الاسكان المطلق الغير المقيّد بمدّه جهاله فان كان كما هو الظاهر فسدت الحجج لاختصاصها بما لا يتضمّن الجهاله كما مرّ اليه الاشارة و مقتضى ذلك و ان كان فساد السيكنى بالكليّه الا ان عدم دعوى الخلاف في الصّحه المؤيّدّه باتفاقهم عليها في الظاهر اوجب الحكم بها و لا يلزم منها ايجاب اللزوم مط و لو في الجملة لأننا نقول لا نم ذلك فاذن القول الثانى في غايه القوه و لكن لا ينبغي ترك الاحتياط و

فصرّح فى فع و ضه و الرياض بانّها تبطل ح و صرّح فى الاخير بانّه ممّا لا خلاف فيه فى الظاهر و لا اشكال ثم صرّح تبعا للروضه بان ذلك من العقود الجائزه و الحق فى ضه بموت المالك موت الساكن

**الثانى هل يجوز فى العمرى ان يجعل المدّه عمر اجنبى غير المالك**

و المعمر و يلزم او لا- فيه احتمالا-ن احدهما ان ذلك يجوز و قد صار اليه فى لك قائلا بعد الإشاره و الرياض حاكيين له عن الشّهيد و لهم وجوه تمسّك بها فى لك قائلا بعد الاشاره الى هذا الاحتمالان و هو الذى افتى به الشّهيد فى بعض فوائده للأصل و عموم الامر بالوفاء بالعقود و ان المسلمين عند شروطهم و

ص: ٥١٩

و هذا من جملته و لصدق اسم العمرى فى الجملة المدلول على شرطيه فى بعض من غير تقييد بعمر احدهما و هذا لا باس به و صرّح بجميع ما ذكره من الوجوه ثم اشار الى الاحتمال الثانى ثم صرّح بترجيح الاول قائلا و لكن الاجود الاول التفاتا الى عدم تعقل الفرق بوجه فيبعد مع تضمّن بعض الاخبار السابقه الحاكمه بالزّوم لما هو كالتعليل له من قوله شرطه و ان المؤمنين عند شروطهم و يظهر منه غايه الظهور ان الحكم بالزّوم أنّما هو من حيث لزوم الوفاء بالشّروط و هو متحقق فى المفروض و ثانيهما أنّ ذلك لا يجوز و قد اشار الى هذا الاحتمال فى لك قائلا اعلم ان الموجود فى عباره المص و غيره و مورد الاخبار ان العمرى مختصّه بجعل الغايه عمر المالك او عمر المعمر و يضاف الى ذلك عقب المعمر و هل يتعدّى الحكم الى غير ذلك بان يقرنه بعمر غيرهما يحتمله و هو الذى افتى به الشّهيد ره فى بعض فوائده و يحتمل عدم التعدى الى غير ما نصّ عليه لاشتمال هذا العقد على جهاله من حيث عدم العلم بغايه وقت المنفعه المستحقه و الاصل يقتضى المنع من ذلك فى غير محلّ الوفاق و تبّه على ما ذكره فى الرياض أيضا و زاد قائلا و يحتمل قويا العدم لاشتمال العقد على الجهاله من حيث عدم العلم بغايه المنفعه المستحقه فلا يجوز التمسّك بالاصل و العمومين لاختصاصها بما يشمل عليها و الاطلاق بحيث يشمل المقام مم بعد قوّه احتمال انصرافه بحكم التبادر الى العمرى المقيّده بعمر احدهما و لكن الاجود الاول الا و فيما ذكره نظر بل المعتمد هو الاحتمال الاول و عليه لو مات المالك قبل المعمر و الاجنبى لم يفسد العقد و بقى المعمر على استحقاقه و لو مات المعمر فى حيوه المعمر المالك و الاجنبى فلا- يفسد العقد أيضا و يرجع ما كان يستحقّه الميت الى وارثه و ان مات الاجنبى فى حيوه المتعاقدين بطل العقد و مرجع الاصل و فرعه الى المالك كما صرّح به فى لك قائلا و يتفرع على الاول حكم ما لو مات فى حيوه من علق بعمره فان كان الميت المالك فالحكم كما لو مات فى حيوه المعمر و ان كان هو المعمر رجعت الى المالك و لو مات من علق على عمره عادت الى المالك أيضا مط عملا بالشرط

**الثالث هل يجوز اطلاق العمرى كما يجوز السكنى او لا**

اختلف فيه الاصحاب على قولين احدهما انه لا يجوز و هو للدروس و التنقيح و لك و الرياض و ثانيهما انه يجوز و قد حكا في لك عن التحرير قائلا- و في س قطع بطلان العمرى مع الاطلاق و لم يتعرض للرقبى و فى التحرير قطع بانه مع اطلاق العمرى و الرقبى يصحّ و يكون للمالك اخراجه متى شاء كالسكّنى و هو فى الرقبى حسن و فتوى س فى العمرى احسن للقول الاوّل ما احتج به فى س و التنقيح قائلين لو قال اعمرتك و أطلق بطل لجهاله صرفه الى عمر احدهما و يعضد ما ذكره اولاً ما نبّه عليه فى لك بقوله لم يتعرّض لحكم الرقبى و العمرى لو اطلقهما و يمكن القول بفساد العمرى مع الاطلاق لاقتضائها الاقتران بعمر اما لأحدهما كما هو المشهور او مط كما قررناه فاذا لم يعيّنه بطلت للجهاله كما لو عيّن مدّه غير مضبوطة حيث يعتبر تعيينها و ثانيا ما نبّه عليه فى الرياض بقوله ثم مقتضى هذه القاعدة فساد العمرى و كذا الرقبى لو خلتا عن ذكر العمر و المدّه كما لو اعمره بعمر مجهول او مدّه مجهوله و للقول الثانى ما نبّه عليه فى لك بقوله و يمكن الصّحّه اقامه لها مقام السكّنى لاشتراكهما فى كثير من المعانى و الاحكام و تناسبهما على الوجه الذى قررناه سابقا فيكون كاستعمال لفظ السكّنى فى مطلق البيع و يعضد ما ذكره العمومات الدّاله على الصّحّه من قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و قولهم ع فى عده اخبار معتبره المؤمنون عند شروطهم و قوله ص الناس مسلطون على اموالهم و المسأله محلّ اشكال و التحقيق ان يق ان اريد من اطلاق الاعمار و الارقاب معنى الاسكان المطلق فالمعتمد الجواز لاندرجاه تحت مفهوم الاسكان المطلق الذى ثبت صحته و ان اريد من ذلك بذل منفعه غير المسكن او منفعته للغير و تسليطه عليها مقيدا بعمر و غير مقيد بعمر شخص خاص و بمدّه غير معيّنه ففى صحّه هذا اشكال فلا ينبغي ترك الاحتياط و ان كان احتمال الصّحه فى غايه القوّه حيث يكون المعلق عليه العمرى مفهوما كلياً لا خصوص شخص منهم فت

### الزابع هل يجوز اطلاق الرقبى او لا

يظهر من الرياض الثّانى و حكى فيه و فى لك عن التحرير الأوّل و اختاره فى لك قائلا بعد الاشارة الى وجه القول الثّانى فى اطلاق العمرى الذى حكيناه عنه سابقا و كذا القول فى الرقبى و اولى بالصّحّه هنا لان اطلاقها باعتبار رقبه المالك او ارتقاب المدّه التى يرتضيها المالك ممكنه هنا بطريق الحقيقه فاستعمالها فى السكّنى يكون كاستعمال احد المترادفين مكان الاخر و ان اختلفا من جهه اخرى و هذا قوى و ما قواه هو الاقوى عندى

### الخامس لو اعمره مدّه معيّنه فهل يصحّ او لا

فيه احتمالان نبّه عليهما فى لك قائلا- بعد الإشاره الى الخلاف فى صحّه الاعمار المطلق و يتفرّع على ذلك ما لو اعمره مدّه معيّنه فعلى جواز اطلاق العمرى لا شبهه فى الجواز هنا لانضباطها بالمدّه فهو اولى من الإطلاق و على المنع يحتمله لاختصاصها بالمعمر و لم يحصل هنا و الجواز هنا و ان منع من الاطلاق و الفرق أنّها مع الاطلاق مجهوله احدهما او عمر مطلق و لم يعيّن فبطلت للجهاله بخلاف ما لو عين المدّه فانه صريح فى اقامتها مقام السكّنى و الرقبى فيصحّ كما يصحّ اقامه السكّنى مقام غيره من افراد البيع الحال مع التصريح باراده الحلول اقامه للنوع مقام الجنس و أقلّ مراتبه انه مجاز مشهور و ليس بجديد لان المعتبر فى العقود اللازمه الالفاظ الحقيقيه الصّريحه و هو منفى هنا و فى التحرير قطع بجواز العمرى كك و هو مناسب لأصله

### السادس كما يجوز تعليق العمرى على عمر الغير

كذا يجوز تعليقها على عمر عقبه و اضافتها اليهم بحيث يجعل حق المنفعه لهم مدّه عمرهم فلو قال اعمرت هذه الدار لك و لعقبك كان عمري و صحّ و لزم الاسكان ما دام العقب موجودا و لم ينتقل الدار الى المعمر بل يرجع اليه بعد انقراض العقب و لا- فرق في ذلك بين ان يشترط المالك رجوعها اليه بعد العقب او لا و ذهب الى جميع ما ذكرناه في يع و عد و كره و س و التنقيح و جامع المقاصد و لك و الكفايه و صرّح فيه بانه الاشهر و حكي في س و التنقيح و غيرهما عن ظ الشيخ في ط القول بعدم رجوع الدار الى المالك هنا و هو ضعيف بل المعتمد ما قلناه و عليه المعظم و لهم و جوه منها ما تمسك به في التنقيح قائلا لو قال هي لك عمرك و لعقبك لم يملكها لأصالة بقاء الملك و يرجع بعد موت العقب الى المالك و ظ الشيخ عدم الرجوع و منها انه نبّه في جامع المقاصد على دعوى

ص: ٥٢٠

الاجماع على ذلك قائلا لا ريب ان العمري لا ينتقل الملك بها الى المعمر بحال عندنا سواء أطلق الاعمار او قيده بالعود اليه او الى ورثته بعد موت المعمر برجع الاعمار الى عقب المعمر و نسله دائما بل اذا مات المعمر في الاول و وارثه في الثاني رجعت المنفعه الى المعمر المالك ان كان و الأ فالى ورثته و منها ما نبّه عليه في لك بقوله ثم على تقدير جعله لعقبه بعده لا يخرج عن الحقيقي العمري بل يستحق العقب على حسب ما شرط له ثم يرجع الحق بعده الى المالك المعمر كما لو اعمر الاول و لم يذكر عقبه هذا هو الذي يقتضيه اصول المذهب و عموم الأدلّه و خصوص النصوص ذلك كروايه ابي الصّيباح و يعضد ما ذكره اولا قول كره و ان جعل له السّيكنى مدّه حيوة السّيّاكن و لعقبه و نسله لزم الاسكان ما دام العقب فان انقرض العقب رجعت الى المالك لقول الصادق ع فان جعلها له و لعقبه من بعده حتى يفنى عقبه فليس لهم ان يبيعوه و لا يرثوا ثم يرجع الدار الى صاحبها الاول و ثانيا قول جامع المقاصد و نصوص الاصحاب مصرحه ببقاء الملك ففي روايه ابي الصّيباح و يرجع الدار الى صاحبها الاول و ثالثا قول الكفايه لو قال اعمرتك هذه الدار لك و لعقبك جاز و لم ينتقل الى الغير بل يرجع الى المالك بعد العقب كما لو لم يذكر العقب على الاقوى الاشهر لحسنه الحلبي و روايه ابي الصّيباح و روايه حمران و كلام الشيخ في ط يشعر بالخلاف لا يقال يعارض ما ذكر من الاخبار الزوايه التي نبّه في لك على انه احتج بها الشيخ قائلا و نبّه بالاشبه على ظ خلاف الشيخ في ط حيث حكم بجواز شرط العمري للعقب الى مذهبه و احتج له بما رواه جابر ان النبي ص قال ايها رجل اعمر عمري له و لعقبه فأنما هي للذي يعطاها لا- يرجع الى الذي اعطاها فانه اعطى اعطاء و وقعت فيه الموارث و ظ احتجاجه بالحديث لفتواه عمله بمضمونه اذ لو لا ذلك لكمال احتجاجه بالاخبار التي ذكرها هو في يب كروايه ابي الصّيباح و غيرها اولى لأننا نقول هذه الروايه لا تصلح للمعارضه من وجوه عديده قد نبّه على بعضها في لك قائلا بعد ما حكينا عنه سابقا مع احتمال ان يريد الاحتجاج بالزوايه على اصل المشروعيه و هو القدر الذي افتى به خاصّه و من ثم لم يذكر ككثير خلافا في المسأله و بعض نسخ يع خاليه من قوله على الاشبه و وجهه ما ذكرناه من عدم صراحه الخلاف في المسأله مع ان الروايه عاميه و اخباره خاليه من ذلك بل مصرّحه بخلافه

**السابع لو جعلها لبعض من عقبه او جعلها له مدّه عمره**

و لعقبه مدّه مخصوصه صحّ و يكون كما سبق و قد صرّح بذلك في لك و الكفايه و ادعى في الاول اولويه هذا الفرض



بالاحكام السابقه قائلا كما فى الكفايه ان العقد فى الصوره الثانيه يكون مركبا من العمرى و الرقى

## القول فى الحبس

منهل يجوز حبس فرسه و بعيره فى سبيل الله تعالى لنقل الماء الى المسجد و السقايه و لمعونه الحاج

### اشاره

و الزائرين و المجاهدين و طلاب العلم و المتعبدين و نحو ذلك و كك يجوز حبس غلامه فى خدمه البيت الحرام اما جواز حبس الفرس فى سبيل الله تعالى فقد صرح به فى النهايه و المراسم و فع و يع و عد و التبصره و د و كره و التحرير و اللّمعه و س و التنقيح و جامع المقاصد و لك و الكفايه و الرياض بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه و قد تبّه عليه فى الكفايه بقوله المعروف من مذهب الاصحاب لا اعلم فيه خلافا انه اذا حبس فرسه فى سبيل الله تعالى او غلامه فى خدمه المسجد او البيت لزم و يعضد ما ذكره قول الرياض يجوز حبس نحو البعير و الفرس فى سبيل الله تعالى لنقل الماء الى المسجد و السقايه و لمعونه الحاج و الزائرين و طلاب العلم و المتعبدين و الغلام و الجاربه فى خدمه بيوت العباده بلا خلاف فى شىء من ذلك اجده و به صرح الحلى فى السرائر و هو الحجّه و اما جواز حبس البعير فى سبيل الله تعالى فقد صرح به فى السرائر و فع و س و اللّمعه و التنقيح و الرياض و هو ظ جامع المقاصد و فى النهايه يجوز للإنسان ان يحبس بعيره فى معونه الحاج و الزوار و ان جعل بعيره فى حمل ما يعين الحاج عليه ففيه فضل كثير و اما جواز حبس الغلام فى خدمه بيت الله الحرام فقد صرح به فى النهايه و المراسم و فع و يع و د و عد و التحرير و صره و اللّمعه و س و التنقيح و جامع المقاصد و لك و ضه و الكفايه و الرياض بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه

### و ينبغى التنبيه على امور

#### الاول صرح فى النهايه و فع و التحرير و اللّمعه و ضه و الرياض

بجواز حبس الجاربه فى خدمه البيت الحرام و هو جيد

#### الثانى صرح فى يع و د و جامع المقاصد و لك و ضه و الكفايه بانه يجوز حبس غلامه فى خدمه المسجد

و بيوت العباده و هو جيد و لا باس بالحاق الجاربه بالغلام هنا و يدخل فى بيوت العباده المشاهد المشرفه و قد صرح بجواز حبس غلامه فى خدمه المشهد فى عد و اللّمعه و ضه و هو جيد و زاد فى الاخير فالحق الجاربه بالغلام هنا و هو جيد

#### الثالث صرح فى يع و د و اللّمعه و ضه بجواز حبس غلامه فى سبيل الله تعالى

و هو جيد أيضا

## الرابع المراد بسبل الله تعالى هنا جميع القرب

كما فى الزكاه لا خصوص الجهاد

## الخامس هل يصح حبس غير ما ذكر كالحمار والبغل والكتاب وغيرها فى الامور المذكوره او لا

صار فى لك الى الاول قائلا لم يتعرض المص لضابط ما يصح حبسه فانه انما ذكر امورا مخصوصه من المال و كذا ما يجوز الحبس فانه ذكر وجوها خاصه أيضا و كذا فعل الاكثر و اتفق الجميع على التعبير بالفرس و المملوك فى الوجوه المذكوره و زاد فى س التعبير فى سبيل الله و كان عليهم ان يذكروا حكم باقى ما يصح وقفه و اعمارها و الظاهر ان حكم الحبس كك و مورده مورد الوقف فيصح حبس كل عين عنها منتفع بها مع بقاء عينها بالشرائط على الانسان مط و على القرب حيث يمكن الانتفاع بها فيها كمطلق الدابة لنقل الماء الى المسجد و السقياه و معونه الحاج و الزائرين و طلاب العلم و المتعبدين و الكتب على المتفقهين و البيت على الساكين فالإقتصار على ما ذكره ليس بجيد و عموم الادله متناول للجميع و خصوصها خال من جميع ما ذكره و تبه على ما اختاره هنا فى ضه أيضا بقوله الحبس محلّه الوقف و صار اليه فى الكفايه قائلا الظاهر انّ مورده مورد الوقف و يصح على جميع القرب و ما صار اليه و اختاره هو الاقرب عندى

## السادس هل الحبس المفروض عقد يتوقف على الايجاب و القبول او لا

صرح بالأول فى كره و التحرير و اللّمعه و جامع المقاصد و لك و لهم اولاً- الاصل و ثانياً غلبه اشتراك الحبس مع الوقف و السكنى و العمرى و الرقبى و ربّما يظهر من النّهايه و المراسم و فع و يع و صره و عد و التحرير و س و التنقيح و الكفايه الثانى لعدم تنبيهها على التوقف على ذلك و ربّما يدل عليه عموم قوله تعالى **تَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَ التَّقْوَى** و قولهم ع فى عدّه اخبار معتبره المؤمنون عند شروطهم و قولهم ع فى عدّه اخبار معتبره المؤمنون عند شروطهم و قوله ص الناس مسلطون على اموالهم و عدم توقف الوقف على الجبهه على القبول فكذا الحبس اما للأولويه او لعدم ظهور الفرق

ص: ٥٢١

بينهما و هذا فى غايه القوّه و لكن القول الاول احوط فينبغى مراعاته و عليه فلا يشترط فى الايجاب و القبول اللفظ و لا فوريه القبول

## السابع هل يتوقف الحبس المذكور المفروض على القبض او

لا صرح بالاول فى كره و التحرير و جامع المقاصد و لك و ضه و ربّما يظهر من الكتب المتقدمه التى يظهر منها عدم الافتقار الى القبول الثانى و المسأله محل اشكال فلا ينبغى ترك الاحتياط فيها بمراعات القبض

## الثامن صرح في جامع المقاصد بان الظاهر أنه لا بد في الحبس من قصد القربه

و حكى اشتراطه عن الشرائط والتحرير وغيرهما وربما يظهر من الكتب المتقدمه التي يظهر منها عدم اشتراط القبول عدم اشتراط ذلك ولا يخ عن قوه ولكن الاول احوط

## التاسع الحبس على الامور المتقدمه اليها الاشاره لازم لا يجوز تغييره ولا فسخه ما دامت العين باقيه

كما صرح به في النهايه و سم و فع و يع و صره و د و عد و التحرير و كره و التنقيح و اللمعه و ضه و لك و الكفايه و الرياض و لهم وجوه منها الاصل و منها عموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و منها أنه نبه على دعوى الاتفاق على ذلك في لك قائلا ان وقع الحبس على غير ادمى كالجهاث المذكوره من سبيل الله و نحوه لازم ابدا اجمع و لم يصح الرجوع فيه مط و لم يذكروا له مستندا و كأنه وفاقى و يعضد ما ذكره ما نبه عليه في الرياض بقوله يجوز حبس نحو البعير و الفرس في سبيل الله تعالى و الغلام و الجاربه في خدمه بيوت العباده و يلزم كل ذلك ما دامت العين باقيه بلا خلاف في شىء من ذلك و به صرح الحللى في الشرائط و هو الحججه و منها ما حكى عن الكفايه الاحتجاج به من الخبر الذى وصفه في الرياض بالصحه في الرجل جعل لبعض قرابته غله داره و لم يوقت وقتا فمات الرجل فحضر ورثته ابن ابى ليلى و حضر قرابته الذى جعل له غله الدار فقال ابن ابى ليلى ارى ان ادعها على ما تركها صاحبها فقال له محمد بن مسلم الثقفى اما ان على بن ابى طالب ع قد قضى في هذا المسجد بخلاف ما قضيت فقال و ما علمك فقال سمعت ابا جعفر ع يقول قضى على بن ابى طالب ع برد الحبيس و انفاذ المواريث الحديث و صرح في الرياض بان نحوه الخبر في الدلاله على الامر برد الحبيس و انفاذ المواريث ثم منع من نهوضهما لإثبات المدعى قائلا فأنهما كما ترى مع قصور سند الثمانى و اختصاص مورد الاول بالحبس على الانسان قاصرا للدلاله على المطلوب بل هما في الدلاله على خلافه و بطلان الحبس بموت الحابس واضحا للظهور و لذا ان شيخنا في لك قال حملها الاصحاب على الحبس على الانسان و جعل مستند لزومه في القرب هو نفس الاتفاق و اشار الى ما ذكره في الكفايه أيضا

## العاشر هل ينتقل الملك عن مالكة الى غيره بالحبس المفروض او لا فيه قولان

احدهما انه يوجب انتقال الملك الى الغير و هو للدروس و حكاه في جامع المقاصد عن التحرير و اختاره في التنقيح أيضا قائلا الفرق بين الحبس المذكور و بين الحبس على الانسان الاول يخرج عن ملك الحابس بخلاف الثانى بل يعود اليه او الى وارثه لما رواه محمد بن مسلم عن الباقر ع انّ عليا ع قضى برد الحبيس و انفاذ المواريث و ثانيهما انه لا يوجب انتقال الملك بل يبقى على صاحبه و هو للتحرير و استفاده في جامع المقاصد من عد و كره قائلا صرح المص في التحرير و شيخنا في س بان هذا القسم يخرج عن ملك المالك و لا يعود و فى س انه يخرج بالعقد و مقتضى ذلك عدم توقف الحبس على القبض و هو مشكل و عبارته المص هنا و فى كره تشعر بعدم الخروج عن الملك حيث قال و لا يجوز تغييره ما دامت العين باقيه و قال فى كره أيضا فى مطلق الحبس انه كالوقف المنقطع و استظهره فى لك من يع قائلا ظ عبارته انه لا يخرج عن ملك المالك حيث حكم بلزومه و عدم جواز تغييره ما دامت العين و المسأله لا تخلو عن اشكال و لكن القول الثانى فى غايه القوه

## الحادى عشر لو عجزت الدابه و الجاربه و الغلام المحتبسه فيما تقدم اليه الاشاره عن الخدمه

فصرح فى النهايه و التحرير بانها تسقط ح و هو جيد ثم قال فان عادوا الى الصحه و جب عليهم الخدمه و هو جيد أيضا

## الثانى عشر لو قيد الحبس على ما ذكر بمدّه

فهل يصح ح او لا الاقرب الاول كما هو مقتضى اطلاق كلام الاصحاب و عليه فهل الحكم ببطلان العقد بعد خروج المدّه عملا بالشرط او لا صرح فى التحرير بالثانى و ربما كان هو مقتضى جمله من الكتب

## الثالث عشر يجوز حبس كل ما يصح وقفه على رجل معين او جماعه معينين

كما صرح به فى يع و د و عد و التحرير و كره و اللّمعه و جامع المقاصد و ضه و لك و الكفايه و الرياض بل الظاهر انه ممّا لا خلاف فيه فان أطلق هذا الحبس و لم يقيد بمدّه اصلا و مات الحابس فصرح بانّه يرجع الى وراثته فى يع و عد و د و كره و اللّمعه و ضه و لك و الكفايه و الرياض و هو جيد بل الظاهر انه ممّا لا خلاف فيه كما اشار اليه فى الرياض قائلا الحبس ان كان على انسان فان أطلق بطل بموت الحابس اتفاقا و له الرجوع متى شاء كما فى عد و ربما يظهر من لك ذلك لأنّه ح لا يكون لازما و قد صرح به فى س و التنقيح و هو فى غايه القوه و ان قيده بمدّه سواء كانت معينه او عمر احدهما صحّ و لزم ما دام المدّه و تبطل بعد خروجها فيرجع الملك الى الحابس او الى وراثته كما هو ظ يع و عد و التحرير و كره و ضه و الرياض بل تبّه فيه على دعوى الاجماع على ذلك قائلا و ان عين مدّه لزم فيها اجمع ثم يرد الى المالك و الظاهر انه ممّا لا خلاف فيه أيضا و ان كانت المدّه عمر احدهما فكالمده المعينه كما فى التحرير ثم نبه فيه على روايتين قائلا و فى روايه عن رجل مات و خلف امره و بنين و بنات و خلف امره و بنين و بنات و خلف لهم غلاما اوقفه عليهم عشر سنين ثم هو حرّ بعد العشر سنين فهل يجوز لهؤلاء الورثه بيع هذا الغلام و هم مضطرون فكتب لا يبيعونه الى ميقات شرطه الا ان يكونوا مضطرين الى ذلك فهو جائز لهم و فى اخرى عن رجل جعل لذات محرم جاريه حياته قال هى لها على النحو الذى قال و الاحوط هنا مراعات العقد و العرييه و القبض و ان كان عدم اعتبار الاخيرين فى غايه القوه و لم يصرح بشىء ممّا ذكر فى الرياض و صرح فى جامع المقاصد بان هذا القسم من الحبس لا يخرج الملك عن ملكه قائلا هذا القسم قد صرح فى س بعدم خروجه عن الملك و هو الذى يقتضيه النظر و عبارته المص هنا و فى التحرير و كره و ان لم يكن صريحه فى ذلك الا ان الظاهر ان مراده و روايه ابن اذينه النظرى عن ابى جعفر بانّ امير المؤمنين ع وصى برد الحبيس و انفاذ الموارث دليل على بقاء الملك و لم يفرق فى التذكره بين الحبس على الفقراء او على زيد و للنظر فيه مجال و ما صار اليه من عدم الانتقال جيد

## كتاب مناهل الهبه و الهديه

### اشاره

من المهدي و المهدي اليه على قولين احدهما انه يتوقف عليهما فلو خلت الهدية عنهما لم تفد الملك و هو لظاهر القواعد و التحرير و س و المحكى في المبسوط و ثانيهما انه لا يتوقف عليهما فينتقل الملك بدونهما و هو للمحقق الثاني و الشهيد الثاني و المقدس الأردبيلي و والدي العلامه قدس سره و يمكن استفادته من موضع من التحرير و س للأولين وجوه منها اصالة عدم انتقال الملك و استصحاب بقائه على ما كان عليه قبل الاهداء حيث ينتفيان و قد يجاب عما ذكر باندفاعه بادله القول الثاني و منها ان اكل مال الغير بالهدية ليس اكلا بالتجاره و كلما كان ككك فالاصل فيه عدم جواز التصرف لعموم قوله تعالى <sup>□</sup> لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ خَرَجَ مِنْهُ بَعْضُ الصُّورِ و لا دليل على خروج محل البحث فيبقى مندرجا تحت العموم و قد يجاب عما ذكر اولا بان الظاهر اتفاق الاصحاب على كون الهدية الخالية عنهما مفيدة لإباحه التصرف فيجب تخصيص العموم به فلا يصح الاستدلال بالآيه الشريفه على المدعى كما لا يخفى و ثانيا بعدم صلاحيتها لمعارضه ادله القول الثاني كما لا يخفى و منها عموم ما دلّ على انه لا يحرم و لا يحلل الا الكلام و قد يجاب عما ذكر اولا بالمنع من دلالة على المدعى و ثانيا بالمنع من صلاحيتها لمعارضه ادله القول الثاني و للآخرين أيضا وجوه منها ان انتقال الملك بالبيع لا يتوقف على الايجاب و القبول اللفظيين كما تقدم فيلزم ان يكون الهدية ككك بطريق اولي و فيه نظر و منها انه لو لم يحصل الانتقال بالهدية بالايجاب و القبول الفعليين الخاليين عن اللفظ لم يكن المالك مسلطا على ماله في نقله الى غيره بالايجاب الفعلي و التالي بط لعموم قوله ص الناس مسلطون على اموالهم فالمقدم مثله اميا الملازمه فواضح فت و منها عموم قوله تعالى <sup>□</sup> أَوْفُوا بِالْعُقُودِ فان الايجاب و القبول الفعليين عقد اذ ليس هو حقيقه في اللفظ و منها قولهم ع في عدّه اخبار معتبره المؤمنون عند شروطهم و منها ما اشار اليه والدي العلامه قدس سره من العمومات الداله على شرعيه الهدية و منها ما نبه عليه في جامع المقاصد قائلا ان الهدية مبنيه على الحشمه و الاعظام و ذلك يفوت مع اعتبار الايجاب و القبول و ينقص موضعها من النفس و مطالبه المهدي اليه بالتمليك و سؤال الرسول هل هو وكيل منه أم لا على تقدير اعتبار عبارته و نحو ذلك خروج عن مقصودها و منها ما نبه عليه في لك و يلوح من اخر كلام العلامه في كره الفتوى به من غير تصريح لأنه نقل من قوم من العامه انه لا حاجه في الهدية الى الايجاب و القبول اللفظيين بل البعث و جهه المهدي كالايجاب و القبض من جهه المهدي اليه كالقبول لان الهدايا كانت تحمل الى رسول الله ص من كسرى و قيصر و ساير الملوك فيقبلها و لا لفظ هناك و استمرّ الحال من عهده ص الى هذا الوقت في ساير الاصقاع و لهذا كانوا يبعثون على ايدي الصبيان الذين لا يعتدّ بعبارتهم و يعضد ما ذكره اولا قول التحرير و لو قيل بعدم اشتراط القبول لفظا لكان وجهها قضاء للعاده بقبول الهدايا من غير نطق و ثانيا قول س و يحتمل عدم الحاجه الى الايجاب و القبول لفظا و يكفي الفعل الدال عليهما لان الهدايا كانت تحمل الى النبي ص و لم ينقل انه ص راعى العقد و ثالثا قول مجمع الفائده و لعل العلم حاصل بان الهدايا و التحف و الهبات كانت في زمانه ع و زمانهم ع بالنسبه اليهم و الى غيرهم و كذا ما كانت في زمان الصحابه و العلماء كانت من غير صيغه و رابعا ملاحظه سيره المسلمين قديما و حديثا و في جميع الاعصار و الامصار فان هداياهم خاليه عن الايجاب و القبول اللفظيين لا يبق غايه ما يستفاد من سيره النبي ص و غيره من المعصومين ع و جميع المسلمين حصول اباحه التصرف بالهدية الخاليه عن الايجاب و القبول اللفظيين و اما انتقال الملك بها فلا و من الظاهر ان محل البحث هو الثاني دون الاول و هو لا يستلزم الثاني بوجه من الوجوه بل الظاهر اتفاق الاصحاب على الاول مع اختلافهم في الثاني و قد حكى في لك عن العلامه في كره انه حكى فيها هذا الايراد عن بعض قائله و قال و منهم من اعتبرهما كما في الهبه

و اعتذروا عمّا تقدم بان ذلك كان اباحه لا تملিকা لأننا نقول الايراد المذكور مدفوع بما تبه عليه فى س

بقوله بعد ما حكينا عنه سابقا و يبعد حمله على الاباحه لأنه ص كان يتصرف فيه تصرف الملاك على هدايا الناس فى ساير الاعصار و الامصار و يعضد ما ذكره اولا ما تبه عليه فى مجمع الفائده قائلا بعد ما حكينا عنه سابقا و كانوا يتصرفون فيها تصرف الملاك مثل البيع و الهبه و الوطاء و العتق فى حيوه الواهب و بعد مما تهم أيضا و الا لنقل و لو نادرا من طريق العامه او الخاصه و لو بسند ضعيف مع ان الظاهر فى نقل مثله التواتر و لهذا لا يقبل البعض فى مثله الا التواتر و هو مؤيد لما قلناه هذا و قد جعلها بعضهم مثل المعاطاه و قالوا بانها تفيد الاباحه فقط لا الملك و بعضهم انها تفيد الملك لا اللزوم و يلزم بالتلف و نحوه مع انه ليس بعقد و البعض جعلها عقدا فاسدا و ثانيا ما تبه عليه فى كره و حكاه عن بعض قائلا بعد الاشاره الى الايراد المتقدم و اجيب بانه لو كان كك لما تصرفوا فيه تصرف الملاك و معنى ان النبى ص كان يتصرف فيه و يملكه غيره و يمكن الاكتفاء فى هدايا الأطمعه بالارسال و الاخذ جريا على العاده بين الناس و التحقيق مساوات غير الأطمعه لها فان الهدايا قد يكون غير طعام فانه قد اشتهر هدايا الثياب و الدواب من الملوك الى رسول الله ص فان ماريه القبطيه أم ولده كانت من الهدايا و ثالثا ما تبه عليه فى لك قائلا بعد الاشاره الى ما ذكره فى كره و هذا الذى ذكره من التحقيق يشعر بما نقلناه عنه من الاكتفاء بذلك و هو حسن و مع ذلك يمكن كون ذلك من المعاطات التى تفيد الملك المترزل و يبيح التصرف و الوطاء و لكن يجوز الرجوع فيها قبله عملا بالقواعد المختلفه و هى اصاله عدم اللزوم مع عدم تحقق عقد يجب الوفاء به و ثبوت جواز التصرف فيها بل وقوعه و وقوع ما ينافى الاباحه و هو الوطاء و اعطائه فقد وقع ذلك للنبى ص فى ماريه أم ولده و كان يهدى اليه الشىء فيهديه لزوجاته و غيرهم و اهدى اليه

ص: ٥٢٣

حله فاهدها لعلى عليه السلام من غير ان ينقل عنه قبول لفظى و لا- من المرسل ايجاب كك يقارن له و هذا كله يدل على استفاده الملك فى الجملة لا الاباحه و لا ينافى جواز رجوع المهدي فى العين ما دامت باقيه و منها خلو الاخبار عن الاشاره الى اشتراط اللفظ فى الايجاب و القبول فاذا المعتمد هو القول الثانى

### و ينبغى التنبيه على امور

#### الاول اذا اهدى اليه جاريه و قبلها فعلا لا قولاً و كان ايجابها فعلا لا قولاً

جاز على المختار وطئها و لا يجوز على غيره كما صرح فى الدروس قائلا لا تملك الهديه بالوصول اليه انما يملكها بالعقد نعم يكون اباحه للتصرف حيث يكون منصورا فلو كانت جاريه لم يحل له وطئها لان الاستمتاع لا يحصل بالاباحه فمن اراد تملك المهدي اليه و كل رسوله فى الايجاب و الاقباض و قد نبه على ما ذكر من توكيل الرسول فى الايجاب اللفظى فى التحرير و حكى عن المبسوط أيضا

#### الثانى هل انتقال الملك بالهبه بتوقف من الايجاب و القبول اللفظيين او لا

فيه قولان أيضا احدهما انه يتوقف عليهما و هو لظاهر النافع و الشرائع و التحرير و الرياض و ثانيهما انه لا يتوقف عليهما و هو

لظاهر المحقق الثاني و المقدس الأردبيلي و حكاه الال؟؟؟؟ و الشهيد الثاني عن بعض الاصحاب للأولين وجوه منها ما تقدم اليه الاشاره و منها انه صرح في لك بدعوى الاتفاق على ما صار اليه فعلا و ظاهر الاصحاب الاتفاق على افتقار الهبه مطلقا الى العقد القولي في الجملة و يعضد ما ذكره ما نبه عليه في الرياض بقوله بعد قول النافع و لا بد من الايجاب و القبول بلا خلاف و لا اشكال ان اريد مطلق ما يدل عليهما و لو فعلا و يشكل اذا اريد لفظا لصدق الهبه مع عدم اللفظ الدال عليهما حقيقه ان تحقق ما يدل عليهما فعلا فيدخل في العمومات الداله على جواز او لزومها الا ان ظاهر الاصحاب الاتفاق على اعتبار العقد القولي كما يظهر من الكفايه و قد يجاب عما ذكره اولا بعدم ظهور عباره لك و نحوه في الدلاله على دعوى الاجماع على اشتراط اللفظ في الايجاب و القبول في الهبه و ثانيا بان الظاهر ان صاحب لك و الكفايه ممن يمنعان من الاطلاع على الاجماع في نص الغنيه كهذا الزمان فلو تضمن كلاهما التصريح بدعوى الاجماع على امر ينبغي ارتكاب التاويل فيه كما ارتكبه جماعه في كلمات جماعه من الاصحاب المتضمنه للتصريح بدعوى الاجماع على حمله من الاحكام الشرعيه فاذا كان التصريح بدعوى الاجماع من لك و الكفايه غير معتبر فدعواهما ظهور الاتفاق كما في محل البحث اولى بعدم الاعتبار و ثالثا مكان المعارضه بما نبه عليه في جامع المقاصد قائلا اذا وهب بغير عقد فان ظاهرهم جواز الاتلاف و لو كانت هبه لم يجز بل منع من التصرف و هو ملحظ وجيه و رابعا بان ما ادعيه في لك و الكفايه على تقدير دلالاته على دعوى الاجماع موهون اولا بعدم تنصيب الاصحاب من المتقدمين و المتأخرين يتوقف الهبه على الايجاب و القبول اللفظيين و تصريح بعضهم بتوقفها على الايجاب و القبول لا يدل على اشتراط اللفظ فيهما بشىء من الدلالات الثلاث فانهما اعم من القولي و الفعلي لغه و عرفا كما يستفاد من عباره الرياض المتقدمه و لم يثبت نقلهما في عرف الشرع و لا في عرف الاصحاب الى الاول و احتمال النقل مدفوع باصالة عدم النقل المتفق عليهما نم ربما يشعر حملة من العبارات بان اطلاقهما ينصرف الى الاول و لا وجه فلا عبره به فتأمل و ثانيا بان المستفاد من سيره المسلمين قديما و حديثا و في جميع الاعصار و الامصار عدم توقف الهبه على العقد اللفظي و للآخرين الوجوه المتقدمه الداله على ان الهديه لا تتوقف على الايجاب و القبول اللفظيين فاذن المعتمد هنا هو القول الثاني من عدم توقف الهبه على الايجاب و القبول اللفظيين

### **الثالث قال المحقق الثاني لو اعطاه مالا على انه هبه و لم يأت بالصيغه المعبره ثم مات فهل لوارثه الرجوع فيها**

نظرا الى انها باقيه على ملك الواهب لا يحضرني لان تصريح؟؟؟؟؟ بشىء و لا ريب في توجه احتمال عدم الرجوع و يكون ذلك ثمر الملك مبدولا كالبيع بمعاطات و وجهه انه لو لا ذلك لوجب القول بكونه هبه فاسده فلا يباح التصرف في العين و لا استيفاء منافعهما لان المقصود بالاعطاء هو الهبه المملكه دون العاريه فان صحت لزم ما قلنا و ان فسدت لم يفد فائده العاريه و لأنه يباح اتلاف العين بذلك و ليست العاريه كذلك فان كونها كالعاريه الرابع قال في جامع المقاصد الهديه ضرب من الهبه مقرونه بما يشعر باعطاء المهدي اليه و توقيره و لا يشترط لتحققها كونها على يد رسوله خلافا لبعض الشافعيه لانتظام ان يقول المهدي لمن حضره هذه هديتي إليك

### **منهل الابراء اسقاط لما في ذمه الغير و هو ثابت و مشروع**

و اختلف الاصحاب في توقف ذلك على قبول المبرى على قولين احدهما انه لا يتوقف عليه و هو للشرائع و التحرير و لف و كره و الارشاد و القواعد و الايضاح و اللمعه و جامع المقاصد و ضه و لك و الكفايه و حكاه في السرائر عن قوم و في المفاتيح

عن الاكثر و صرح في لك بانه الاشهر و لهم وجوه منه اطلاق قوله تعالى فَنَظَرَهُ إِلَىٰ مَيْسِرِهِ وَ أَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَّكُمْ فَاِنْ تَصَدَّقَ قَبْلَ الْقَبُولِ فَاشْتِرَاطُهُ تَقْيِيدٌ لِلْإِطْلَاقِ مِنْ غَيْرِ دَلِيلٍ وَ قَدْ اِحْتَجَّ بِهَذَا فِي كَرِهٍ وَ لَفٍ وَ اُورِدَ عَلَيْهِ فِي السَّرَائِرِ بَآئِنٌ مِنْ دَلِيلِ الْخُطَابِ وَ لَيْسَ بِمُعْتَبَرٍ وَ فِيهِ نَظَرٌ وَ اَمَّا قَوْلُ جَامِعِ الْمَقَاصِدِ اِنْ الصَّدَقَةُ مُعْتَبَرَةٌ فِيهَا الْقَبُولُ وَ فِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّهُ اِنْ ارَادَ اِعْتِبَارَهُ فِي مَفْهُومِ اللَّفْظِ فَمَمْنُوعٌ وَ اِنْ ارَادَ اِعْتِبَارَهُ فِي الْجُمْلَةِ فَمُسْلَمٌ وَ لَكِنَّهُ لَا يَجْدِي كَمَا لَا يَخْفَى وَ مِنْهَا مَا نَبِهَ عَلَيْهِ فِي جَامِعِ الْقَاصِدِ وَ لَكَ قَائِلِينَ وَ مِمَّا يَدُلُّ عَلَى عَدَمِ اشْتِرَاطِ الْقَبُولِ قَوْلُهُ تَعَالَى إِلَّا أَنْ يَغْفُونَ أَوْ يَغْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عَقْدَةُ النِّكَاحِ فَكَتَفَى فِي سَقُوطِ الْحَقِّ بِمَجْرَدِ الْعَفْوِ وَ مَعْلُومٌ اِنْ الْقَبُولَ لَا دَخَلَ لَهُ فِي مَسْمَاهِ وَ الْاِكْتِفَاءُ بِمَجْرَدِ الْعَفْوِ فِي الْحُدُودِ وَ الْجَنَائِبَاتِ الْمَوْجِبَةِ لِلْقَصَاصِ وَ كُلِّهَا بِمَعْنَى وَاحِدٍ وَ فِيمَا ذَكَرَاهُ نَظَرَ وَ مِنْهَا قَوْلُهُ صَ النَّاسِ مُسَلِّطُونَ عَلَى اَمْوَالِهِمْ بِنَاءً عَلَى صَدَقِ الْمَالِ عَلَى مَا فِي الذَّمِّ فَتَ وَ مِنْهَا اِنَّهُ لَوْ كَانَ الْاِبْرَاءُ مُتَوَقِّفًا عَلَى الْقَبُولِ لِاشْتِهَارِهِ وَ التَّالِيَّ بَاطِلٌ لَا يُقَالُ هَذَا مُعَارِضٌ بَآئِنٌ لَوْ لَمْ يَكُنْ مُتَوَقِّفًا عَلَيْهِ لِاشْتِهَارِهِ وَ التَّالِيَّ بَاطِلٌ لِأَنَّا نَقُولُ الْفَرْقَ بَيْنَ الْاَمْرَيْنِ وَاضِحٌ فَانِ الْمُتَعَارَفَ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ عَدَمُ مَلَاظَمَةِ الْقَبُولِ كَمَا لَا يَخْفَى وَ مِنْهَا اِنَّ كَوْنَ الْقَبُولِ شَرْطًا فِي الْاِبْرَاءِ يَسْتَلْزِمُ الْجَرْحَ وَ الْاَصْلَ عَدَمُهُ وَ ثَانِيَهُمَا اِنَّهُ يَتَوَقَّفُ عَلَيْهِ وَ هُوَ لِلْحَلِيِّ وَ ابْنِ زَهْرَةَ وَ حَكَاهُ فِي السَّرَائِرِ عَنْ قَوْمٍ وَ عَنْ طَ وَ لَهُمْ مَا نَبِهَ عَلَيْهِ الْحَلِيُّ وَ ابْنُ زَهْرَةَ قَائِلِينَ لِأَنَّ فِي اِبْرَائِهِ مِنْ الْحَقِّ الَّذِي عَلَيْهِ وَ مِنْهُ خِصَاصُهُ وَ لَا يُجْبِرُ عَلَى قَبُولِ الْمَنِّ وَ تَحْمِلِ الْخِصَاصَةَ فَآذَا لَمْ يُعْتَبَرِ قَبُولُهُ اجْبِرَانَهُ عَلَى ذَلِكَ كَمَا تَقُولُ فِي هَبِّ الْعَيْنِ وَاجِبٌ عَمَّا ذَكَرَاهُ بِالْفَرْقِ بَيْنَ الْاِبْرَاءِ وَ هَبِّ الْعَيْنِ وَ بِالْمَنْعِ مِنَ الْمَنِّ لِأَنَّ اسْقَاطَ الْاِنْسَانِ حَقَّهُ بِاخْتِيَارِهِ مِنْ غَيْرِ اِبْتِدَاءٍ مِنْ عَلَيْهِ الْحَقِّ لَا يَظْهَرُ فِيهِ بِنَقْلِ تَحْمِلِهَا عَلَى مَنْ عَلَيْهِ الْحَقُّ عَرَفَا وَ قَدْ يَسْتَدَلُّ بِاَصَالِهِ بَقَاءَ الْحَقِّ قَبْلَ الْقَبُولِ وَ الْمَسْأَلَةُ مَحَلُّ اشْكَالٍ اِلَّا اِنْ الْقَوْلُ الْاَوَّلُ اقْوَى

### منهل هبه المشاع جائزه

كما صرح به في الغنيه و النافع و الشرائع و القواعد و التحرير و الدروس و جامع المقاصد و لك و غيرها و لهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه و منها انه صرح في الغنيه بدعوى الاجماع عليه

ص: ٥٢٤

قائلا هبه المشاع جائزه بدليل الاجماع المشار اليه و يعضد ما ذكره اولا قول جامع المقاصد لا خلاف بين اصحابنا في صحه هبه كلما يصح بيعه من الاعيان سواء كان مشاعا او مقسوما من الشريك و غيره و ثانيا ما نبه عليه في الرياض بقوله هبه المشاع جائزه بلا- خلاف بين اصحابنا بل عليه في الغنيه و نهج الحق الاجماع و هو الحجه مضافا الى الاصل و الاطلاقات و ثالثا قول لك لا اشكال في جواز هبه المشاع كغيره و منها ما نبه عليه في الغنيه قائلان- و لان الاصل الجواز و المنع يفتقر الى دليل و نبه على ما ذكره والدى العلامة قدس سره و منها عموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ وَ مِنْهَا عَمُومٌ قَوْلُهُمْ عَ فِي عَدِهِ اَخْبَارُ مُعْتَبَرِهِ الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ وَ مِنْهَا عَمُومٌ قَوْلُ صَ النَّاسِ مُسَلِّطُونَ عَلَى اَمْوَالِهِمْ وَ مِنْهَا مَا نَبِهَ عَلَيْهِ فِي الْغَنِيِّ بِقَوْلِهِ بَعْدَ الْحُكْمِ بِجَوَازِ مَا ذَكَرَ وَ يَحْتَجُّ عَلَى الْمَخَالَفِ بِالْاَخْبَارِ الْوَارِدَةِ فِي جَوَازِ الْهَبِّ لِأَنَّهُ لَا فَصْلَ فِيهَا بَيْنَ الْمَشَاعِ وَ غَيْرِهِ وَ لَعَلَّهُ اِشَارٌ إِلَى مَا ذَكَرَ فِي الرِّيَاضِ بِالْاِطْلَاقِ الَّذِي اِحْتَجَّ عَلَى مَا ذَكَرَ وَ مِنْهَا مَا نَبِهَ عَلَيْهِ فِي جَامِعِ الْمَقَاصِدِ بِقَوْلِهِ بَعْدَ مَا حَكَيْنَا عَنْهُ سَابِقًا وَ لِأَنَّ ذَلِكَ قَابِلٌ لِنَقْلِ الْمَلِكِ وَ الْاِقْبَاصِ فَصَحَّتْ هَبَّتُهُ اِذْ لَا مَوْثِرَ اِلَّا اِعْتِبَارَ الْعَوْضِ فِي الْبَيْعِ دُونَ الْهَبِّ وَ قَدْ نَبِهَ عَلَى ذَلِكَ فِي لَكَ بِقَوْلِهِ بَعْدَ مَا حَكَيْنَا عَنْهُ سَابِقًا لِإِمْكَانِ قَبْضِهِ بِتَسْلِيمِ الْجَمْعِ وَ مِنْهَا مَا نَبِهَ عَلَيْهِ وَ لَمَّا رَوَى اِنْ هَوَازِنَ لَمَّا جَاءُوا إِلَى النَّبِيِّ صَ يَطْلُبُونَ اِنْ يَرِدُ عَلَيْهِمْ مَا غَنِمَهُ مِنْهُمْ قَالَ صَ مَا كَانَ لِي وَ لِعَبْدِ الْمُطَّلَبِ فَهُوَ لَكُمْ وَ هَذَا هَبُّ الْمَشَاعِ وَ مِنْهَا مَا نَبِهَ عَلَيْهِ فِي الرِّيَاضِ بِقَوْلِهِ بَعْدَ مَا حَكَيْنَا عَنْهُ سَابِقًا وَ



خصوص المعبرين المتقدمين و الصحيح عن دار لم يقسم فيصدق بعض اهل الدار نصيبه من الدار فقال يجوز قلنا رايت ان كانت هبه قال يجوز و لا فرق في المشاع بين ان يكون قابلا للقسمه كالعقار او لا كالجواهر كما هو ظاهر اطلاق جمله من العبائر المصرحه بجواز هبه المشاع و صريح التحرير و الدروس و الرياض

### منهل الهبه المعوضه لا يجوز الرجوع فيها بعد القبض

و اما قبله و الظاهر جواز الرجوع فيها لان ذلك من مقتضى اشتراط القبض فى الهبه فى الجملة المتفق عليه بين الاصحاب على المصرح فى لك لا يق يعارض هذا امران احدهما اطلاق كلام الاصحاب فى ان الهبه المعوضه لا يرجع فيها و الهبه المعوضه قبل القبض هبه معوضه حقيقه و ثانيهما حسنه عبد الله بن سنان قال اذا عوض صاحب الهبه فليس له ان يرجع فانها باطلاقها شامله لما قبل القبض و يؤيد الوجهين المذكورين ان الهبه اذا عوض عنها صار بمنزله البيع فلا يجوز الرجوع فيها قبل القبض كما فى البيع لأننا نقول الذى يظهر من الاصحاب ان مرادهم من الهبه المعوضه التى لا-رجوع فيها هى التى حصل فيها القبض مطلقا لا- مطلقا و اما الحسنه فى معارضه اولا بما روى عن داود بن الحصين عن ابى عبد الله ع قال الهبه و النحل ما لم يقبض حتى يموت قال هى ميراث و ثانيا بما روى عن ابراهيم ابن عبد الحميد عن ابى عبد الله ع قال انت بالخيار فى الهبه ما دامت فى يدك فاذا خرجت الى صاحبها فليس لك ان ترجع و ثالثا بما روى عن ابى بصير عن ابى عبد الله ع قال الهبه لا يكون ابدا حتى يقبضهما و الصدقه جائزه عليه و رابعا بما روى عن ابان عن ابن عمر اخبره عن ابى عبد الله عليه السلام قال النحل و الهبه ما لم يقبض حتى يموت صاحبها قال هى بمنزله الميراث فان هذه الاخبار شامله للهبه المعوضه و التعارض بين هذه الاخبار و الحسنه المذكوره و ان كان من قبيل تعارض العمومين من وجه كما لا يخفى الا ان الاخبار المذكوره اولى بالترجيح لاعتضادها اولا بفتوى الاصحاب و ثانيا باستصحاب بقاء الملك على مالكة ان جعلنا القبض شرط الصحه و ثالثا بكثرتها لا يقال يمكن ترجيح الحسنه المذكوره بقول الصادق ع فى خبر ابى بصير الذى وصفه فى لك بالصحه عن مولانا الصادق ع الهبه جائزه قبضت او لم تقبض قسمت او لم تقسم لان المراد من الجواز اللزوم و لا يقدر لزوم التقييد فى اطلاقه لاشتماله على ما يجوز الرجوع فيه لان تقييد الاطلاق فى حجته لأننا نقول تمنع من صلاحه ما ذكر لترجيحها و لو سلم فما ذكر من وجه ترجيح الاخبار المذكوره اولى فت

### منهل لا اشكال فى صحه الهبه اذا كان الموهوب معينا من جهة المشاهده

#### اشاره

بحيث يمكن لكل من الواهب و الموهوب له الاشاره اليه بلفظ هذا و معلوم الوزن و الكيل و العد و الذرع لا يقدر فى الموزون و المكيل و المعدود و المذكور و هل يصح ان يهب منها مجهولا و لم يتعين شخصه عند الواهب و لا عند الموهوب له كما اذا وهبه شاه من غنمه او عبدا من عبيده او درهما من دراهم او لا فيه اقوال احدها انه لا يصح هذه الهبه و قد صار اليه فى التحرير قائلا لا- يصح هبه المجهول مثل شاه من غنمه او عبد من خدمه و نبه عليه فى عد أيضا بقوله لا- يصح هبه المجهول كأحد العبدين و اختار هذا القول فى الدروس قائلا اما هبه شاه من قطع او بعض من ثوب لم يعينه الواهب فالاقرب المنع و لهما اولا الاصل و قد يجاب عنه باندفاعه بالعمومات الداله على صحه و ثانيا بما نبه عليه فى جامع المقاصد بقوله و فى الصحه بعد لأن الموهوب هو ما ليس بمعين و غير المعين يتمتع اقباضه و يعضد ما ذكره مصير المعظم فيما حكى عنهم الى عدم صحه هبه ما فى

الذمه لغير من هو عليه اذ ليس ذلك الا لامتناع قبض الموهوب الذى هو شرط صحه الهبه و قد يجاب عما ذكره بالمنع من كون القبض شرطا فى صحه الهبه مط سلمنا و لكن الموهوب هنا كلى لكونه نكره و لا ريب ان الكلى سواء كان اسم جنس او نكره يمكن قبضه بقبض بعض افراده كما ان وجوده يكون بوجود بعض افراده و لو كانت الكليه مانعه من القبض لوجب فى بيع النقدين الذى يشترط فى صحه التقابض ان يكون كل من الثمن و المثلن شخصيا و التالى بط قطعا و أيضا يلزم عدم صحه بيع ما هو كلى لامتناع القدره على التسليم التى هى شرط فى صحه البيع و التالى هنا باطل قطعا فت و ثالثا ان هذه الهبه غرر و قد روى عن النبى ص النهى عن الغرر و قد يجاب عن هذا الوجه بالمنع من صدق الصغرى لغه و عرفا و ثانيا بالمنع من كليه الكبرى و ان سلمنا الصغرى فان الروايه المذكوره عليه مرسله فيكون ضعيف السند فلا تصلح الاثبات امر مخالف للأصل مع انه ان دلالة على المدعى و هو عدم الصيحه الذى هو حكم وضعى محل مناقشه فتأمل و ثانيهما انه يصح هذه الهبه و قد حكاها فى جامع المقاصد عن التذكرة قائلا و ذهب المصنف فى التذكرة الى انه يصح هبه المجهول فعلى مختار كره يجوز ان يهبه شاه من غنمه و عبدا من خدمه او قطعه من هذا و من هذه الارض ثم يعين ما شاء و قد صرح بذلك ثمه و منعه هنا و فى التحرير و له اولا منها عموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و ثانيا عموم قولهم ع فى عده اخبار معتبره المؤمنون عند شروطهم و ثالثا عموم قوله ص الناس مسلطون على اموالهم لان معنى السلطه المطلقه جواز التصرف فيه باى نحو شاء و منه الهبه المفروضه و تجوزها يستلزم حصول نقل الملك بما كان عليه البيع يستلزم نقل الملك به و هو المطلوب فتأمل و رابعا الاطلاقات الداله على صحه الهبه كقول الصادق ع الهبه جائزه قبضت او لم تقبض و قد منع من شمولها لمحل البحث و خامسا ما نبه عليه فى جامع المقاصد قائلا ذهب المص فى كره الى انه يصح هبه المجهول لأنها تبرع فصحت فى المجهول كالتذر و الوصيه بخلاف البيع و غيره من المعاوزات

ص: ٥٢٥

المبنيه على المكانية و لأصالة الصيحه و لانتفاء الغرر و قد يناقش فيما ذكره اولا بالمنع من كليه الكبرى و هى ان كل تبرع يصح و يوجب نقل الملك الى غير اذ الاصل عدمه مع عدم وجود دليل يعارضه و فيه نظر و ثانيا بالمنع من ان مقتضى الاصل فى محل البحث الصحه بل هو يقتضى المفاد كما بيناه فى المفاتيح و غيره الا ان يكون مراده الاشاره الى العمومات المتقدمه فت و ثالثا بما نبه عليه بقوله و الفرق بين الهبه و النذر ان النذر يتعلق بشىء فى الذمه و كذا فى الوصيه بخلاف الهبه و فيما ذكره نظر و سادسا خلو الاخبار و معظم كلام الاصحاب عن الاشاره الى فساد الهبه المفروضه مع توفر الدواعى عليه لصدورها من كثير من الناس ان لم نقل كلهم فسيره المسلمين من اتيانهم بهذه الهبه من ادل صحتها فتأمل و ثالثها ما نبه عليه فى جامع المقاصد قائلا بعد الاشاره الى ما فى عدا التذكرة و المتجه ان يقال ان لم يكن الجهاله مفضيه الى كون الموهوب غير معين صحت الهبه و لا يضر جهاله النوع و الوصف و القدر لان الغرر غير قادح هنا فعلى هذا يصح هبه الحمل فى البطن و اللبن فى الضرع و يكون التسليم بتسليم الام و به صرح فى التذكرة و هكذا حكم الصوف على الظهر و فيما ذكره نظر و المسأله محل اشكال فلا ينبغى فيها ترك الاحتياط و لكن القول الثانى اقرب

**و ينبغى التنبيه على امور**

**الاول ان وهب الواهب ما تعين شخصه عنده دون المتهد**

كما اذا قال وهبتك شاه من غنمى و قصد بها حين العقد شاه مخصوصه و لم يعلم بها الموهوب له فذهب فى التحرير الى صحته

و لكنه احتمال البطلان قائلا و الاقرب جواز هبه المعلوم عند الواهب المجهول عند المتهب و يحتمل البطلان على ضعف و قد يطالب بمقتضى الصحح لإمكان منع انصراف ما دل على صحح الهبه الى غير هذه الصورة و لأنّ القبول من المتهب شرط فى صحه الهبه و مع جهله بالموهوب يمنع قبول ما وهب الواهب و فى كلا الوجهين نظر بل الاقرب الصحه هنا كما فى السابق

### الثانى اذا وهب الواهب مجهول عنده دون المتهب

كان يهب ما كان المتهب مما انتقل اليه بارث و لم يعلمه بعينه بل انما علم به المتهب و قد صرح فى التحرير ببطلان هذه الهبه قائلا- اما لو كان مجهولا عند الواهب معلوما عند المتهب بان يكون فى يد المتهب مال للواهب لا يعلم قدره و لا نوعه فوهبه جميع ما فى يده فالاقرب البطلان على اشكال و يظهر من الدروس الى ما ذكره و فيه نظر بل الاقرب صحه هذه الهبه أيضا للعمومات المتقدم اليها الاشاره السليمه عن المعارض

### الثالث ان وهب الواهب ما يعلم شخصه دون وصفه و عدده و ذرعه و كيله و وزنه

فصرح فى التحرير بصحه هذه الهبه قائلا و لو وهبه صبره مشاهده صحت الهبه و ان كان مجهوله القدر و ما ذكره من صحه هبه المفروض جيد عملا بالعمومات السابقه و بسيره المسلمين و المعهود من طريقهم و بخلو الاخبار و كلمات معظم الاصحاب بل كلهم عن الحكم بفساد ما ذكر

ص: ٥٢٦

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين و الصلاه و السلام على خير خلقه محمد و آله الطاهرين

### [كتاب النكاح]

### القول فى مناهل النكاح

### منهل من تاقت نفسه الى النكاح و خاف من تركه الوقوع فى الزنا فانه يجب عليه التزويج

### اشاره

كما صرح به فى القواعد و الارشاد و التحرير و الروضه و لهم اولاً انه نبه فى المهذب البارع على دعوى الاجماع على ذلك قائلا بين الناس من يتق نفسه اليه و يخاف ان تركه الوقوع فى الزنا فهذا يجب عليه التزويج بلا خلاف بين الامه و اذا فعله كان مؤدياً فرضاً و اذا تركه كان عاصياً و ثانياً ان ترك الزنا واجب لكونه حراماً بالضروره من الدين و هو يتوقف على النكاح فيجب لان ما لا- يتم الواجب الا- به فهو واجب و فيه نظر و ثالثاً ان النكاح مأمور به فيكون واجبا اما الاول فلقوله تعالى وَ أَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ الْآيَهُ و يعضده النبوى ص تناكحوا تناسلوا تكثروا فانى اباهى بكم الامم يوم القيمه و لو بالسقط و اما الثانى فلما بينا فى كتب الاصوليه من المفاتيح من ان الامر موضوع للوجوب فيجب حمله عليه لا يقال اطلاق الآيه و الروايه المذكورتين يفيد وجوب النكاح مطلقاً و لا قائل به فيجب حمل الامر فيهما على الاستحباب و لا ينهض باثبات المدعى لأننا نقول تقييد اطلاق الامر فيهما

بالصوره المفروضه اولى من حملة على الاستحباب الى بيناه فى كتب الاصوليه من ان التقييد اولى من المجاز و هو هنا حمل الامر على الاستحباب فتأمل و اذا تاققت نفسه الى النكاح و لكن لم يخف من تركه الوقوع فى الزنا و لا من معده اخرى فلا اشكال فى عدم وجوبه ح و هل يستحب ح او لا صار الى الاول فى الشرائع و القواعد و الارشاد و غيرها بل حكاه فى التذكره و الكشف عن اكثر علماء الإسلام و ما صاروا اليه جيد اما اولاً لظهور اتفاق اصحابنا عليه و اما ثانياً فلما حكاه بعض عن المهذب البارع من دعوى اجماع الامه على الاستحباب ح و يعضده اولاً تصريح بعض بانه لا خلاف بين اصحابنا فى استحبابه ح و ثانياً تصريح لك بان الاستحباب ح مجمع عليه بين المسلمين الا من شذ و اما ثالثاً فلقاعدته التسامح فى ادله السنن و اما رابعاً فللأخبار الكثيره الداله على رجحان النكاح و سيأتى اليها الاشاره إن شاء الله تعالى و قد صرح فى عد بانه يتأكد الاستحباب فى القادر مع شدة طلبه و صرح فى يع بانه مستحب لمن تاققت نفسه من الرجال و النساء و هل يستحب النكاح لمن يتق نفسه اليه او لا اختلف الاصحاب فيه على اقوال احدها انه يستحب مطلقاً و لو لم يكن قادراً على الوطاء كالخصى و العين و المريض و هو مستفاد من اطلاق الشرائع و القواعد و الارشاد و التذكره و اللمعه بل صرح فى فع و لك بدعوى الشهره قائلين من لم تتق نفسه اليه فالمشهور الاستحباب و لهم وجوه منها ما نبه عليه فى يع قائلان- النكاح مستحب لقوله ص تناكحوا تناسلوا و لقوله ص شرار موتاكم العزاب و لقوله ص ما استفاد امرؤ فائده بعد الإسلام افضل من زوجه مسلمه تسره اذا نظر اليها و تطيعه اذا امرها و تحفظه اذا غاب عنها فى نفسه و ماله و يعضد ما ذكره اولاً قوله تعالى أَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ الآية على تقدير حملة على الاستحباب و ثانياً النبوى المرسل لم يرسلنى الله بالرهبانيه و لكن بعثنى بالحنيفيه السمحه اصوم و اصلى و المس فمن احب فطرتى فليستن بسنتى و ثالثاً النبوى الاخر دينه من تزوج فقد احرز و من سنتى النكاح فليتنق الله فى الثلث الباقي و رابعاً النبوى الاخر الذى قبل انه مروى من طرق الخاصه من تزوج احرز نصف دينه و خامساً قول امير المؤمنين ع فى بعض الاخبار تزوجوا فان رسول الله صلى الله عليه و آله قال من احب ان يتبع سنتى فان من سنتى التزويج و و سادساً النبوى المرسل ما بال اقوام من اصحابى لا يأتون النساء اما انى اتى النساء فمن رغب عن سنتى فليس منى و سابعاً قول الصادق ع فى بعض الاخبار ركعتان يصلهما المتروج افضل من سبعين ركعه يصلهما الا-عزب و ثامناً قوله ع فى بعض الاخبار لمسكين؟؟؟؟ و النساء اما قول النساء فقد عملت ما كان برسول الله ص من النساء و قد احتج فى لك و غيره على هذا القول بكثره مما ذكرناه من الوجوه المعاضد من الآيه الشريفه و الروايات الكثيره و هى و ان كانت ضعيفه الاسانيد بالارسال الا ان ضعف السند هنا غير قادح لانجباره بالشهره المحققه و المحكيه فى كلام جماعه مع انه اسند فى لك و غيره اكثر هذا الروايات الى النبى صلى الله عليه و آله و وصيه امير المؤمنين عليه السلام من غير اشاره الى

الواسطه اصلاً و لو مبهمه و مثل هذا المرسل قد يدعى حجته لإمكان حصول العلم للمرسلين بصدورها عنهما فيكون حكمه حكم الاجماع المنقول فى نحو هذه الازمنه و قد يجاب عن جميع ما ذكره فى الشرائع و لك اولاً بان دلالتها على المدعى لا يكون الا باطلاقها و فى نهوضه لإثبات المدعى اشكال لأنه ينصرف الى الغالب و هو صورته حصول النوعى و الشوق الى النكاح و هى غير محل البحث وقع هذا

ص: ٥٢٧

فمضمون اكثرها انما يناسب هذه الصوره و يوافقها كما لا يخفى و ثانياً بان اطلاق الامر بالتزويج فى الآيه الشريفه و بعض الروايات المتقدمه قد بينا ان تقييده بصوره الخوف من الوقوع الى الزنا اولى من حملة على الاستحباب فت و منها قاعده التسامح

فى ادله السنن و لا معارض لها بل هى معتضده بالشهره المحققه و المحكيه و بالروايات المتقدمه و ثانيها انه لا يستحب ح مط و هو محكى عن الشيخ و له وجوه أيضا منها الاصل و قد يجاب عنه باندفاعه بالوجوه المتقدمه و منها ما تبه عليه فى الشرائع بقوله و ربما احتج المانع بان وصف يحيى ع بكونه حصورا يؤذن باختصاص هذا الوصف بالزحجان فيحمل على ما اذا لم تتق النفس و قد يجاب عما ذكر اولا باحتمال اختصاص ذلك بشرعه ع فلا يجرى فى شرعنا و لو جرى لكان رسولنا صلى الله عليه و آله و ائمتنا عليهم السلام راغبين عنه و تاركين للأفضل و المعلوم خلافه الا ان يفرق بانهم عليهم السلام كانوا شائقين الى النكاح و قادرين عليه بخلاف يحيى ع و فيه نظر و قد تبه على ما ذكرناه من الاحتمال فى الشرائع قائلا فى الجواب عن الوجه المذكور و يمكن الجواب بان المدح بذلك فى شرع غيرنا لا يلزم منه وجوده فى شرعنا و يؤيده ما ذكره ما قيل من ان يحيى ع كان مكلفا بالسياحه و مخاطبه اهل زمانه فى سائر البلاد لإرشادهم و هما منافيان للترويج غالبا لا يقال لو كان المدح مختصا بشرعه ع لقيده به و لم يطلقه فى كتابنا و قد تبه على هذا فى لك سلمنا و لكن نقول يستفاد من نقله تعالى شرعه مع الإشاره الى نسخه بقائه فى شرعنا و لا ينافيه ثبوت كون شرعنا ناسخا لما تقدمه لان القدر الثابت نسخ مجموع الشرع السابق من حيث هو مجموع و اما الافراد فلا للقطع ببقاء كثير منها فى شرعنا و قد اشار الى هذا فى لك لأننا نقول ليس فيما ذكر صلاحه لدفع اصاله عدم التعدى الى شرعنا فت و ثانيا باننا نمنع من المدح بكونه حصورا يدل على عدم استحباب الترويج كما اشار اليه فى لك قائلا و الاولى فى الجواب ان مدحه بكونه حصورا و هو ان لا يشتهى النساء لا يدل على كون الترويج مع ذلك مرجوحا بل فائدته اذا لم يشتهى النساء يتفرغ للعباده و التوجه الى الله تعالى بقلب فارغ من الشهوه الطبيعیه المانعه من ذلك غالبا و ان كان الترويج مع ذلك راجحا لأن فائدته غير منحصره فى الوطء بالشهوه خصوصا و قد كانت الزهانيه فى شرعهم و الانقطاع فى بيت المقدس و غيره للعباده من اهم عباداتهم و هو مناف للشهوه الى النساء و ان كان الجمع مع ذلك بينه و بين الترويج ممكنا لغير ذلك من الاغراض المترتبه عليه من الاعانه على الطاعات و ضرورات المعيشه و غير ذلك و حيث دل الوصف على رجحانه فى نفسه و لم يدل على مرجوحه الترويج فيبقى عمومات الادله متناوله لموضع النزاع من غير معارض و ثالثا بمعارضه ذلك بادله القول الاول و منها انه تعالى ذم حب النساء بقوله تعالى زَيْنَ لِلنَّاسِ حُبُّ الشَّهَوَاتِ مِنَ النِّسَاءِ الايه و قد يجاب عما ذكر بظهور كون الذم باعتبار المحبه الشهويه البهيميه لا غير مع ان الذم على نفس حب النساء لا على اصل الترويج و احدهما غير الاخر و منها ان النكاح شاغل عن العباده فلا يكون مستحبا و قد يجاب عما ذكر اولا بالمنع من انه شاغل عن العباده مط بل ربما كان معينا عليها من غير جهه كسر الشهوه مع ان فيه التناسل و حصول الولد الصالح و العالم الحافظ للشريعه و ثانيا بانه على تقدير تسليم كونه شاغلا عنها فهو عباده تشغل عن مثلها كما فى كثير من الموارد فلا يلزم ان لا يكون مستحبا نعم لو كان مستلزما لترك جميع العبادات امكن دعوى ذلك و لكنه باطل جدا و ثالثا بالمعارضه بأدله القول الاول و ثالثها انه يستحب ان تمكن من الوطء و الا فلا و هو للمهذب و التحرير و ظضه و غايه المرام و فى الاولين التصريح بان الخصى و العينين لا يستحب لهما النكاح و فى المهذب البارع خص العينين بمن لا يرجو الزوال و لهم الاخبار المتقدمه فى صورته القدره على الوطء و الاصل و عدم انصراف اطلاقها و اطلاق المصرحين باستحباب النكاح الى صورته عدم القدره على الوطء مع استلزامه المفاسد العظيمه ح غالبا فهذا القول امتن دليلا و فى غايه القوه و

**ينبغى التنبيه على امرين**

**الاول صرح بعض بان النكاح باعتبار العوارض ينقسم الى الاحكام الخمسه**

قائلا اعلم ان النكاح بالذات مستحب و اما لو التفت الى العوارض فينقسم الى الاحكام الخمسه فيجب عند خوف الوقوع فى الزنا و يحرم اذا افضى الى الاخلاص بواجب و مع الزيادة على الاربع و يكره اذا لم يقدر عليه و لم يشتهى كما عن ابن حمزه و يستحب اذا نكح القريبه على قول و مباح لو ذهل عن القصد الزاجح او لم تتق نفسه على قول الشيخ او لم يشتهى و لكن يقدر او بالعكس كما عن ابن حمزه

### الثانى اختلف الاصحاب فى ان النكاح افضل من التخلى للعباده

او التخلى افضل منه على قولين الاول ان النكاح افضل و هو للتحرير و عد و التنقيح و كثر العرفان و المهذب البارع و المحكى عن المحقق بل صرح فى المهذب البارع بان الاكثرين من اصحابنا عليه و فى الكشف و لا اعرف من اصحابنا من استحبه و فضل عليه التخلى و لهم اطلاق الاخبار المتقدمه الثانى ان التخلى افضل و هو محكى عن الشيخ فى ط و حجه ان النكاح مظنه المعصيه لزياده التكليف معه بوجوب اداء حقوق الزوجه و الاولاد و غير ذلك مما يتعلق به و ضعفها ظاهر

### منهل لا يجوز للرجل ان يترك وطى امراته اكثر من اربعه اشهر

#### اشاره

كما صرح به فى الشرائع و النافع و الارشاد و القواعد و اللمه و جامع المقاصد و ضه و لك و غايه المرام و الكفايه و الكشف و الرياض و لهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه و منها ظهور فى انه لا يجوز ترك وطى المرأه اكثر من اربعه اشهر عباره لك فى دعوى الاجماع على ذلك فانه صرح بان هذا الحكم موضع وفاق و يعضده اولا تصريح غايه المرام و الرياض بان هذا هو المعروف من مذهب الاصحاب و ثانيا تصريح الكشف بان هذا الحكم ذكره اكثر الاصحاب و منها ما تمسك به فى جامع المقاصد و غايه المرام و الكفايه و الرياض من خبر صفوان بن يحيى انه سأل ابا الحسن الرضا عن الرجل يكون عنده المرأه الشابه فيمسك عنها الاشهر و السنه لا يقربها ليس يريد الاضرار بها يكون لهم مصيبه يكون بذلك اثما قال اذا تركها اربعه اشهر كان اثما بعد ذلك لا يقال هذه

ص: ٥٢٨

الروايه ضعيفه السند كما صرح به فى لك قائلا و بهذا الحكم حديث ضعيف السند ان صفوان اه فلا يصح الاعتماد عليها لأننا نقول لا نسلم ضعف سند الروايه بل هو معتبر السند لتصريح الكشف و الرياض بصحته و استظهرها فى الكفايه قائلا روى الشيخ باسناده عن صفوان و الظاهر انه صحيح و رواه الصدوق فى الحسن و رواه الشيخ باسناد ضعيف و زاد الا ان يكون باذنها و يؤيده ما ذكره بعض الاجلّه قائلا- استدلل على ذلك مضافا الى الاتفاق بما رواه فى يه و يب فى الحسن بروايه الفقيه عن صفوان بن يحيى و رواه الشيخ بطريق اخر عن صفوان أيضا و زاد الا ان يكون باذنها و طعن فيه فى لك بضعف السند و لكن الضعف هنا منجبر بظهور الاتفاق فلا- يكون قادحا و منها ما تبّه عليه فى الكشف و الرياض قائلين يدل على ذلك كون تلك المدّه مدّه التربص فى الايلاء و ان عمر سألهن عمّا يصبرن فيه فاخبرنى بفناء صبرهن اذا مضت اربعه اشهر و

### الاول صرح فى لك و الروضه بان المعبر من الوطء الواجب مسماه

و هو الموجب للغسل و لا يشترط الانزال فيكفى مجرد غيوبه الحشفه و هو مقتضى اطلاق الكتب المتقدمه و خبر صفوان السابق و قد يدعى انصراف الاطلاق الى الشائع و هو الوطء الغالب الذى يتحقق معه الانزال و هذا احوط بل فى غايه القوه و قد تبه عليه بعض الاجلّه بعد نسبه ما فى ضه الى الاصحاب بلفظ قالوا محتجا اولا بالقاعده المشهوره التى ادعى كونها مسلمه بينهم من لزوم حمل الاطلاق على الفرد الغالب و ثانيا باشعار سياق خبر صفوان المتقدم بذلك

### الثانى صرح فى لك و ضه بانه لا يكفى الوطء فى الدبر

و هو الاقرب للأصل و لزوم حمل الاطلاق على الشائع

### الثالث لا فرق فى الزّوج بين الحر و المملوك

و لا بين الشاب و غيره و الخصى المتمكن من الجماع و غيره لإطلاق النص و الفتوى

### الرابع لا فرق فى الزّوجه المعقوده بين الحره و المملوكه

و لا بين المؤمنه و غيرها للإطلاق المتقدم

### الخامس هل يعم الحكم للمتمتع بها او لا

بل يختص بالدائمه حكى عن الروضه الاول و لعل وجهه صدق الزّوجه و مرأه؟؟؟؟ على المتمتع بها حقيقه لغه و عرفا فيشمّلها اطلاق النص و الفتوى بل النص عام باعتبار ترك الاستفصال و ذهب فى لك الى الثّانى قائلا- و هل يختص بالدائم او يعم وجهان اجودهما الاول و قوفا على موضع اليقين و اقتصارا على من يثبت لها حقوق الزّوجيه و يظهر من الكشف و الرياض المصير اليه أيضا و هو الاقرب للأصل و انصراف الاطلاق الى الغالب بل قد يمنع من صدق الزّوجه على المتمتع بها حقيقه مضافا الى التصريح فى بعض النّصوص بأنّها مستأجره فت و الى السيره و ما دلّ على أنّه لا حصر عددهن فيجوز الآلاف و معه يستحيل الاتيان بهذا الواجب عاده و الى غلبه عدم استحقاقها لحق الزّوجيه بناء على حجّيه الاستقراء و لكن الاحوط ما حكى عن الروضه و يظهر من ك و الكفايه و لا يلحق بالدائمه المملوكه التى لم يعقد عليها فيجوز ترك و طيها ازيد من اربعة اشهر

### السادس اذا تضرر الزوج بالوطى بعد مضى المده المذكوره

او كان فيه حرج عظيم و عسر شديد او كان مانع اخر غير ما ذكر سقط عنه التكليف و لم يكن بترك الوطء اثما ما دام العذر باقيا كما نبه عليه فى الكفايه و الرّياض و اذا ارتفع العذر فهل يجب الوطء فورا او لا فيه اشكال و لكن الاقرب هو الاول لإطلاق النّص و الفتوى و هل الحيض و النفاس من الاعذار المسقطه لهذا التكليف او لا فيه اشكال ينشأ من تعارض عموم ما دلّ على عدم جواز وطى الحائض و النفساء مع عموم ما دل على عدم جواز ترك وطى الزّوجه اكثر من اربعة اشهر تعارض العمومين من وجه و لكن قد يرجح الاول بكثرتة فتوى و نصّا و قطعیه بعض افراده و كون بعضه من الكتاب و امكان دعوى انصراف الثّانى الى غير محل البحث سلمنا المساواه من كل وجه و لكن يبقى الاصل ح سليما عن المعارض فاذن الاقرب كونهما من الاعذار

### السابع هل يختص الحكم المذكور بالزوج الحاضر

فلا- يجب على الغائب المسافر و لو كانت المسافه قريبه او يعم الغائب المسافر و ان كانت المسافه بعيدة فيجب عليه المسافر الاتيان بهذا الواجب فيه اشكال من اطلاق معظم الكتب كالشّرائع و النّافع و الارشاد و القواعد و اللّمعه و جامع المقاصد و ضه و لك و غايه المرام و الكفايه و من الاصل و ظهور النّص فى غير محل البحث و امكان دعوى انصراف الاطلاق الى غير محل البحث و ملاحظه سيره المسلمين قديما و حديثا و عدم اشتهاى التحريم فى محل البحث و اطلاق الامر بعبادات يتوقف على ترك وطى الزّوجه باكثر من اربعة اشهر كالحجّ المندوب و الزيارات المندوبه غالبا فاذن الاحتمال الاول هو الاقرب و ان كان الاحوط عدم ترك الوطء اذا كانت المسافه فى غايه القرب

### الثامن هل يختص الحكم بالزوجه الشابه فلا يحرم ترك وطى غيرها

ازيد من اربعة اشهر او لا بل يعم الشّابه و غيرها مط و لو بلغت مائه سنه فيه احتمالان بل قولان احدهما اختصاص الحكم بالشابه و قد صار اليه فى الحدائق حاكيا له عن المحدث الحر العاملى و الكاشانى و ربما يشعر به الكفايه و وجهه الاصل و اختصاص النّص المتقدم بها و عدم نقل وطى من بلغت الثمانين و التسعين و المائه عن احد من العلماء المتقدّمين و المتأخرين و غيرهم من المؤمنين و عدم الاطلاع على انكار المعصومين ع و غيرهم من العلماء على من ترك وطى المفروضات ازيد من اربعة اشهر مع كونه الغالب و استلزام وطى غير الشّابه الضّرر غالبا و هو منفى بعموم قوله ص لا ضرر و لا ضرار و ثانيهما شمول الحكم للشابه و غيرها و هو للرّياض و يقتضيه اطلاق الشّرائع و النّافع و الارشاد و القواعد و اللّمعه و جامع المقاصد و ضه و لك و غايه المرام بل صرح فى الكشف بأنهم لم يفرقوا بين ان يكون شابه و غيرها و ظاهره دعوى الاتفاق على ذلك و وجهه اول ما نبه عليه فى الرياض قائلا و لا اختصاص لذلك بالشّابه و تأمل بعض المتأخرين فى التعميم الى غير الشابه ليس فى محله و يدلّ على التعميم حكايه صبرهن و كونها المده المضروبه فى الايلاء و لا- اختصاص له بالشّابه اجماعا و فيما ذكره نظر واضح و ثانيا ظهور الكشف فى دعوى الاتفاق عليه و يؤيدها اطلاق المعظم و تصريح جملة منهم بان تحريم ترك وطى الزّوجه اكثر من اربعة اشهر هو المعروف بين الاصحاب و بانه موضع وفاق من غير تفرقه بين الشابه و غيرها و قد يناقش فيما ذكر اولاً بالمنع من ظهور عباره الكشف فى دعوى الاجماع على عدم الفرق بين الشابه و غيرها مضافا الى أنّه



يبعد منه دعوى الاجماع على ذلك و ثانيا بالمنع من انصراف اطلاق المعظم الى محلّ البحث بل يحتمل قويا انصرافه الى الوطاء المتعارف و هو واطئ غير الشّابه و بالجمله المسأله محل اشكال فلا ينبغي فيها ترك الاحتياط و ان كان الاحتمال الأوّل فى غايه القوه

### **التاسع اذا اذنت الزوجه بترك الوطاء**

فهل يجوز ح او لا فيه اشكال من اطلاق المعظم و اطلاق الزوايه الصّحيحه المتقدّمه و من الاصل و ان الوطاء حق للزّوجه فيجوز لها اسقاطها كسائر الحقوق و قوه احتمال انصراف الاطلاقين الى غير محل البحث مع أنّ الزوايه المذكوره قد تضمنت استثناء اذنها من اطلاق التحريم على بعض الطرق و احتمال النقص اقوى من احتمال زياده و ضعف هذا الطّريق غير قادح هنا فت اذن الاحتمال الأوّل فى غايه القوه و قد ذهب اليه فى الكفايه و يظهر من الرياض و هل يشترط الاذن صريحا او يكفى الفحوى الاقرب الثانى و لو قلنا بالاحتمال الثانى و وقع الصلح على اسقاط هذا الحق فالاقرب سقوطه للعمومات الداله على صحّه الصلح و ان كان التعارض بينها و بين الاطلاقين من تعارض العمومين من وجه لان تلك العمومات اولى بالترجيح من وجوه عديده لا تخفى

### **العاشر هل يشترط فى الحكم المذكور عدم نشوز الزوجه او لا**

الاقرب الثانى عملا باطلاق النصّ و الفتاوى

### **الحادى عشر هل يجب الوطاء بعد مضى اربعه اشهر فورا او لا**

الاقرب الاول عملا بظ النصّ و الفتاوى

### **الثانى عشر المرجع فى المده المذكوره هو العرف**

كما فى سائر الالفاظ

### **الثالث عشر اذا شك فى مضى المده المذكوره فيبنى على العدم**

و كذا اذا شك فى وقوع الوطاء فيها فيبنى على العدم أيضا للأصل فى المقامين و لا- يقوم الظن فيهما مقام العلم للأصل و العمومات الداله على المنع من العمل به و لا يسمع قول الزوجه فى المقامين للأصل

### **الرابع عشر اذا لم يتمكن من الوطاء قبلا**

فهل يجب الوطء دبرا و اذا لم يتمكن من الوطء مط فهل يجب الملاعبه و مقدمات الوطء فيه اشكال من ان الميسور لا يسقط بالمعسور و من الاصل مع المنع من القاعده هنا فالاقرب عدم وجوب ما ذكر

### الخامس عشر هل يجزى الوطء المحرم كالواقع فى الحيض و النفاس

و نحو ذلك او لا فيه اشكال و لا شك ان الثانى احوط و لكن الاحتمال الاول لا يخ عن قوه

### القول فى العقد

#### منهل لا ريب فى صحه النكاح الدائم اذا كان ايجابه بلفظ زوجت و انكحت

و يدل عليه اولا ظهور الاتفاق عليه و ثانيا تصريح الايضاح و التنقيح و الروضه و جواهر الكلام بنفى الخلاف فى ذلك و يعضد ما صرحوا به قول التذكره لا- خلاف بين علماء الإسلام فى الاكتفاء بالايجاب باحدى الصيغتين المذكورتين و ثالثا انه نطق القرآن المجيد بهما قال الله عز و جل فَلَمَّا قَضَىٰ زَيْدٌ مِنْهَا وَطَرًا زَوَّجْنَا كَهَا الْاِيه و قال تعالى وَ لَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ قَالَ فى لك المراد منه العقد هنا للإجماع على تحريم من عقد عليها الاب على الابن و ان لم يدخل و هل يصح الايجاب بلفظ متعت او لا اختلف فيه الاصحاب على قولين احدهما انه لا يصح و هو للتذكره و لف و التنقيح و الروضه و المحكى عن الاسكافى و السيد المرتضى و الشيخ فى ط و الحلى و الحلبى و ابن حمزه بل صرح فى التذكره و لك و ضه و الكشف و غيرها بانه مذهب الا-كثر و ثانيها انه يصح و هو للنافع و الشرائع و القواعد و الارشاد و اللمعه و المحكى عن النهايه و هو ظ والدى العلامة ره و يميل اليه كلام سبط الشهيد الثانى فى شرح التنافع و توقف فى المسأله فى التحرير و هو ظ الصيمرى و جواهر الكلمات للأولين وجوه منها اصاله عدم الصحه و بقاء عصمه الفرج و منها الاجماع المحكى عن ظ السيد فى الطبريات على عدم الصيحه و منها عدم ورود التعبير بلفظ متعت فى شىء من الاخبار بل التعبير عن النكاح الدائم منحصر فى الاولين و منها ان لفظ متعت حقيقه فى المنقطع مجاز فى الدائم فلا يجوز استعماله فى الدائم اما الاول فالتبادر و لصحه السلب عن الدائم و لافتقار الاستعمال فيه الى قرينه و لما نبه عليه فى التنقيح قائلا- لا- كلام فى كونه حقيقه فى المنقطع فيلزم ان يكون مجازا فى الدائم ترجيحا للمجاز على الاشتراك و اما الثانى فلانه لو استعمل كان مجازا و استعمال المجاز فى العقود غير جائز و الا لما انحصرت صيغتها و هو باطل بالإجماع كما فى لف و التنقيح و بهذا يمكن دعوى الحكم بالفساد أيضا لو قيل بكونه مشتركا معنويًا بين الدوام و الانقطاع لاستلزام استعماله فى الأول على هذا التقدير التجوز أيضا و فيه نظر لا يقال على هذا يلزم ان لا يصح استعمال صيغه زوجت فى الدائم لاشتراكها معنى بينه و بين المنقطع لأننا نقول هذا باطل للمنع من الاشتراك المعنوي بل هى حقيقه فى الدائم سلمنا و لكن قام الدليل على الجواز و لولاه لمنع منه و منها ان فى النكاح شوبا من العباده بل صرح فى التذكره بانه من العبادات قائلا- لورود التبدب فيه و الاذكار و العبادات متلفاه من الشارع فما لم يرد من الشارع لم يجز الحكم بالصحه و منها ان العقود اللازمه توقيفيه فيلزم تلقيها من الشرع و ليس هنا شىء من الشرع يقتضى صحه ذلك و للآخرين وجوه احدها عدم النص على حصر لفظ ايجاب النكاح فى شىء مع دلالة اللفظ المزبور على المقصود و ثانيها ان الايجاب باللفظ المذكور لا يخرج عن كونه عقدا حيث ينضم معه القبول فيندرج تحت قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و منها انه لو لم يصح الايجاب به لكان عقدا فاسدا فلا- يجب الوفاء بالشروط الواقع فى ضمنه و التالى باطل فالمقدم مثله اما الملازمه فظاهره و اما بطلان التالى فلعوم قولهم ع فى

عده اخبار معتبره المؤمنون عند شروطهم و منها فحوى ما دلّ على انقلاب التمتع دائما اذا نسي ذكر الاجل و قد صار اليه جماعه من الاصحاب و منها العمومات الدّاله على شرعيه النّكاح و التزويج من الكتاب و السنّه و المسأله محل اشكال فلا ينبغي فيها ترك الاحتياط و لكن القول الثّانى اقرب

### منهل هل يشترط فى صحّه عقد النكاح تقديم الايجاب و القبول او لا

#### اشاره

فيه قولان احدهما انه لا يشترط ذلك بل يصح ذلك مع العكس كما لو قال الزوج تزوّجت فقالت الزّوجه زوجتك نفسى و هو للشّرائع و النافع و التحرير و عد و اللّمعه و لك و غايه المرام و الكشف و الرّياض و غيرها بل صرح فى لك و غايه المرام بأنّه المشهور و مذهب الاكثر و ثانيهما انه لا يصحّ و حكاه فى لك عن بعض قائللا و ربما قيل بعدم صحّته

ص: ٥٣٠

متقدّما و احتمله فى ضه للقول الاوّل و جوه منها انه حكى عن الشّيخ دعوى الاجماع على عدم اشتراط ذلك و صحّه العقد بدونه و يعضدها اولا الشّهره العظيمه التى لا يبعد معها دعوى شذوذ المخالف و ثانيا ما تبّه عليه فى الرّياض بقوله و لا يشترط تقديم الايجاب على القبول فى المشهور بل عليه الاجماع عن المبسوط و السرائر و هو الحجّه فى تخصيص الاصل و منها اذا قدم القبول صدق لفظ العقد حقيقه كما فى صورته تاخير و الاصل فى كل عقد الصّحّه لعموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و منها عموم قولهم ع فى عده اخبار معتبره المؤمنون عند شروطهم و منها العمومات الدّاله على صحّه النّكاح و التزويج من الكتاب و السنّه لشمولها لصورته تاخير الايجاب التى هى محلّ النزاع و منها خير محمّد بن مسلم الذى وصفه بعض الأصحاب بالصّحه عن ابى جعفر ع و فيه جاءت امره الى النّبى ص فقالت زوجنى فقال رسول الله ص من لهذه فقام رجل فقال انا يا رسول الله ص زوجتها فقال ما تعطها فقال ما لى شىء قال لا فاعادت فاعاد رسول الله ص الكلام فلم يقم احد غير الرّجل ثم اعادت فقال رسول الله ص فى المره الثّالثه أ تحسن من القران شيئا قال نعم قال قد زوجتك على ما تحسن من القران فعلمها اياه لا يقال لعل الزّوج قبل بعد ايجاب النّبى ص فلا- يكون الخبر دالا على المدعى لأننا نقول يدفع هذا الايراد ما ذكره فى لك قائللا بعد الاشاره اليه و فيه أنّ المعلوم وقوع ذلك التزويج بالمنقول و غيره ليس بمعلوم و الاصل عدمه و الا- لنقل و لان العامه و الخاصه رووا الخبر بطرق مختلفه و الفاظ متغايره و لم يتعرّض احد منهم لقبول الزّوج بعد ذلك و الظن يغلب على عدم وقوعه و الا لنقل و لا ضروره لنا الى العمل بالظنّ مع وجود الاصل الدّال على عدمه و فيما ذكره نظر و منها خير ابان بن تغلب قال قلت للصادق كيف اقول اذا خلوت بها قال تقول اتزوّجك متعه على كتاب الله و سنّه نبيه ص لا وارثه و لا موروثه كذا يومان و ان شئت كذا و كذا سنته بكذا و كذا درهما و يسّمى من الاجر ما تراضيا عليه قليلا كان او كثيرا فاذا قالت نعم فقد رضيت فهى امراتك قيل و بمضمون هذه الرّوايه اخبار اخر عديده فى صورته عقد المتعه بلسان الزّوج و ربما تبّه على ما ذكره فى غايه المرام و لا يشترط تقديم الايجاب و يدل عليه الاخبار الكثيره الدّاله على جواز تقديم القبول صريحا و منها ما تبّه عليه فى لك فى مقام الاحتجاج على هذا القول بقوله لحصول المقتضى و هو العقد الجامع للإيجاب و القبول و لم يثبت اعتبار التّرتيب بينهما و يعضد ما ذكره اولا قول ضه فى المقام المذكور أيضا لان العقد هو الايجاب و القبول و التّرتيب كيف اتفق غير محل بالمقصود ثانيا قول غايه المرام فى المقام المذكور أيضا لحصول المقتضى و هو العقد الملتئم من الايجاب و القبول و لم يثبت اعتبار التّرتيب بينهما و ثالثا قول

الكشف في المقام المذكور أيضا لحصول الركنين و عدم الدليل على اشتراط الترتيب و قد يناقش فيما ذكره بما صرح به في الرياض قائلا أنه مصادره الآ على تقدير عموم ما دل على كفايه حصول المقصود باللفظين باى وجه اتفق و فقده ظ و لذا رجعوا الى الاصل فى كلما اختلف فى صحته مع قيام دليل عليها و على تقدير وجوده لزم ان يكون الامر بالعكس فتدبر و منها ما نبه عليه فى لك فى المقام المذكور قائلا و لان كلا منهما فى قوه الموجب و القبول و نبه عليه ما تقدم من خير سهل الساعدى و منها ما حكاه فى لك عن بعض قائلا و بعض من منع من تقديم القبول فى غيره من العقود جوزه فيه فارقا بان الايجاب يقع من المرأه و هى تستحى غالبا فيمنعها الحياء من ان تبتدى به فاذا ابتداء الزوج بالقبول المتضمن لكل ما يطلب فى العقد من المهر و الشروط السابقه خفت المئونه على المرأه و لم يفت المطلوب و نبه على ما ذكر فى ضه بقوله بعد ما حكينا عنه سابقا و يزيد النكاح على غيره من العقود ان الايجاب من المرأه و هى تستحى غالبا لابتداءه به فاغتفر هنا و ان خولف فى غيره و كذا نبه عليه فى الكشف قائلا بعد ما حكينا عنه خصوصا و الايجاب هنا من المرأه و هى تستحى غالبا من الابتداء و الولى و

الوكيل فرعها و يرشد اليه خبر سهل و ابان و فيما ذكره نظر كما نبه عليه فى الرياض معللا بعدم ما يدل على كفايه الاستحياء مع أنه اخص و قد نبه على ضعف الوجه المذكور فى غايه المرام أيضا و للقول الثانى وجوه أيضا منها اصاله عدم الصحه و منها فحوى ما دل على عدم جواز تقديم القبول فى غير عقد النكاح و منها ان حقيقه القبول هو الرضا بالايجاب فمتى وجد قبله لم يكن قبولا- لعدم تحقق معناه و فى جميع ما ذكر نظر و التحقيق فى المقام ان يقال ان كان المراد بالقبول اللى جوزوا تقديمه معناه الحقيقى المتبادر منه فالظاهر عدم جواز تقديمه لعدم تحقق معناه و لا ريب فى ان صحه العقد يتوقف على تحقق معناه و لا فرق بين التعبير بلفظ تزوجت و قبلت و غيرهما و ان كان المراد منه معنى يرجع الى ايجاب الزوج فلا باس به للعمومات الداله على القول الاول المتقدم اليها الاشاره و هى معتضده بالإجماع المنقول و الشهره العظيمة اللى لا- يعده معها دعوى شذوذ المخالف و سليمه عن المعارض الاقوى منها بحيث يلزم معه رفع اليد عنها و تخصيصها بغير محل البحث و الظاهر ان مراد الاصحاب القائلين بجواز القبول اراده هذا بل ربما نبه على ما ذكرناه فى لك بقوله فى مقام الايراد على الدليل الثالث من ادله القول الاول و فيه منع كون المراد بالقبول قبول الايجاب بل قبول النكاح و هو متحقق على التقديرين و لأننا نقول بموجبه فان القبول ما وقع بلفظ قبلت و لا اشكال فى عدم جواز تقدمه بهذا اللفظ و انما الكلام فيما وقع بلفظ تزوجت او نكحت فهو فى معنى الايجاب و تسميته قبولا مجرد اصطلاح و يعضد ما ذكره اولا قوله فى ضه و قول غايه المرام و الرياض حيث يتقدم القبول يعتبر كونه بغير لفظ قبلت كتزوجت و نكحت او اتزوجك و نحو ذلك و هو فى معنى الايجاب و زاد فى الثالث قائلا و ذلك لعدم صدق المعنى بذلك و ثانيا قول الكشف و ما قيل من ان القبول انما هو رضى بمضمون الايجاب فلا معنى له مع التقدم انما يتم فى لفظ قبلت و ان قيل معنى تزوجت إنشاء صيرورته زوجا و معنى نكحت إنشاء صيرورته ناكحا و لا يصير شيئا منها الا بعد تصيرها قلنا بل المعنى إنشاء جعل نفسه زوجا او ناكحا و

ص: ٥٣١

**و ينبغى التنبيه على امور**

**الاول ان عقد التمتع هل يجوز الحاقه بعقد النكاح فى ذلك**

فيه اشكال و لكن اللاحق لا يخ عن قوه

### الثانى هل يختص جواز تقديم القبول بما اذا كان المتعاقدان الزوجين

او يعم ما اذا كان وليهما او وكيلهما الظاهر الاخير و به صرح فى لك و هو ظ الباين

### الثالث هل يشترط فى قول الزوجه التصريح بلفظ قبلت او زوجتك او لا يشترط

بل يجوز الامران لم اجد احدا نبه على هذا و الاحوط ترك التصريح بلفظ قبلت او الجمع بين الامرين بالاتيان بعقدين

### القول فى اولياء العقد

### منهل لا اشكال فى ثبوت الولايه فى النكاح على الصغير و الصغيره للأب و الجدّ و لو مع بقاء الاب

#### اشاره

فيجوز لكل منهما ان يزوج كلا من الصغيرين بغيره و اما ثبوت الولايه فى ذلك للأب فقد صرح به فى الغنيه و فع و يع و د و عد و ره و عه و ضه و لك و يه و الرياض و لهم اولا ظهور الاتفاق عليه و ثانيا تصريح الرياض بدعوى الاجماع عليه و ثالثا جملة من الاخبار و اما ثبوت الولايه فى ذلك للجدّ فقد صرح به فى الكتب المتقدمه أيضا و ربما استفيد من العماني المخالفه فى ذلك و يدفعه بعد ثبوتها ما نبه عليه فى الرياض قائلا- ولايه الجدّ ثابتة على الصّغيرين خلافا للعماني فلم يذكره و المعتبره المستفيضه المشتمله على الصّحيح و الموثق و غيره فى ترجيح الجدّ على الاب مع التعارض حجه عليه و لاعتضاده بالشّهره العظيمه التى كادت تكون اجماعا بل اجماع فى الحقيقه كما فى كره و عن الناصريات و ثر نفى الخلاف عنه ترجحت النصوص الحاصره للولايه فى الاب خاصه فتخصّص بها بالبدييه سيما مع قوه احتمال اراده الجدّ و

#### ينبغى التنبيه على امور

### الاول المراد بالجد هنا اب الاب و ان علا

فلا يختص بمن اولد الاب بلا واسطه كما صرّح به فى اللّمعه و هو ظ اطلاق الغنيه و يع و فع و د و ره و عد و لك و الكفايه و بالجملة الظاهر أنّه ممّا لا خلاف فيه بين القائلين بثبوت الولايه للجدّ

### الثانى لا فرق فى النكاح بين الدوام و الانقطاع

كما هو الظاهر من اطلاق كلام الاصحاب

## الثالث لو زوج احد الأبوين الصغيره بمهر المثل

و مع الغبطه فليس لها الخيار فى فسخ النكاح بعد البلوغ كما فى النافع و يع و ره و د و القواعد و الكفايه و لك و الرياض و الحجه فيه امور الاول اصاله بقاء الترويج الثانى ظهور عباره الغنيه فى دعوى الاجماع على ذلك فانه نفى الخلاف فيه بين اصحابنا و فى الرياض حكى عن جماعه دعوى الاجماع عليه الثالث جمله من الروايات منها خبر عبد الله بن الصلت الذى وصفه بالصحة فى لك و الرياض قال سئلت ابا الحسن ع عن الجارية الصغيره يزوجه ابوها أ لها امر اذا بلغت قال لا و منها خبر محمد بن إسماعيل بن بزيع الذى وصفه بالصحة فى لك و الرياض قال سئلت ابا الحسن ع عن الصبيّه يزوجه ابوها ثم يموت و هى صغيره ثم تكبر قبل ان يدخل بها زوجها أ يجوز عليها الترويج أم الامر اليها قال يجوز عليها ترويج ايها و منها الخبر الذى وصفه بالصحة فى الرياض اذا بلغت الجارية فلم ترض ما حالها قال لا باس اذا رضى ابوها او وليها

## الرابع هل الصغير كالصغيره

فليس له الخيار بعد البلوغ فى فسخ نكاح احد الابوين فيما اذا كان بمهر المثل و مع الغبطه او لا بل له الخيار فى ذلك يختلف الاصحاب فيه على قولين الاول انه لا خيار له فى ذلك بعد البلوغ كالصغيره و هو للنافع و الشرائع و ره و د و عد و يه و ض و فى لك و غيره حكاه عن المعظم و لهم على ذلك وجوه الاول ما اشار اليه فى لك من انه اوقع العقد صحيحا فيستصحب الثانى ما اشار اليه فى التنقيح قائلًا لأنه لو كان له خيار لم يبق للولى مزيه على غير الولى فانه اذا زوجه كان له الخيار و فيه نظر الثالث ما اشار اليه فى الرياض قائلًا لا خيار للصبيّه مع البلوغ لو زوجها الولى قبله و فى الصبى قولان اظهرهما و اشهرهما انه كك لأصالة بقاء الصّحه و الصّحیح المروى فى باب ترويج الصبيان المتضمن ذيله لقوله ع و يجوز عليها ترويج ايها و يجوز على الغلام و المهر على الاب للجارية و لا تنافيه صدر المثبت لهما الخيار بعد الادراك مع ترويج الولى لهما لاحتمال الولى فيه المعنى العرفى او العامى فيكون ردًا عليهم مع عدم القائل به لو حمل على الشرعى فت و يؤيده اطلاق ما دل على توارثهما مع ترويج الولى لهما قبل الادراك المنافى لذلك لإلحاقه بالفضولى ففى الصّحیح الصّبي يتزوج الصبيّه يتوارثان قال اذا كان ابواهما اللذان زواجهما الحديث فت الثانى ان له الخيار فى ذلك بعد البلوغ و هو للشّرخ و القاضى و ابن حمزه و ابن ادريس على ما حكاه عنهم فى التنقيح و لهم على ذلك خبران احدهما خبر يزيد الكناسى الذى صرح فى الرياض بانه يعد من الحسن ان الغلام اذا زوجه ابوه و لم يدرك كان له الخيار اذا ادرك و بلغ خمسه عشر سنه او اشعر فى وجهه او نبتت فى عانته قبل ذلك و ثانيهما خبر محمد بن مسلم الذى عدّ صحيحا عن الصبى يتزوج الصبيّه قال اذا كان ابواهما اللذان زواجهما فنعم جائز و لكن لهما الخيار اذا ادركا فان رضيا بعد فان المهر على الاب و فى نهوضهما لإثبات ذلك اشكال اما الاول فلضعف الدلاله للمنع من ظهور قوله ع كان له الخيار فى المعنى المتنازع فيه و مع هذا فقال فى الرياض هو مع ضعفه عند جمع لجهاله الراوى و ان عد حسنا مشتمل على احكام مخالفه للأصل و الاجماع كاشتراط التجاوز عن التسع فى ولايه الاب على الجارية و ثبوت الخيار لها بعد الادراك و صحه طلاق الصبى مع الدخول و عدمه بدونه و لا قائل كك و اما الثانى فلما اشار اليه فى الرياض أيضا قائلًا لا قائل به و مثله لا يقبل التخصيص للنصوصيه و ليس الا- مثل اكرم زيدا و عمرا و لا تكرم عمرا و لذا حمل على محامل اخر غير بعيدة فى مقام الجمع بين الادله تفاديا من الطرح و المسأله لا يخ عن اشكال و مراعات الاحتياط مهما امكن اولى و لكن الاول هو المعتمد

## الخامس لا فرق في الصغيره بين ان تكون باكره او لا

و لا- في غير الباكره بين من ذهب بكارتها بوطى او غيره و قد صرح بالأوّل في الغنيه و فع و يع و د و لك و هو ظ ره و عه و اللمعه و ضه و الحجه فيه ما اشار اليه في الرياض قائلًا و تعميم الصّغيره للباكره و التّبيه مط مستند الى ظ الاخبار المّثبه لولايتها عليها و على الجاريه الشّامله باطلاقها الامرين و ليس فيما دل من الاخبار من نفيها عنهما في الشّيب منافات لها بعد تبادل البالغه المنكوحه بالعقد الصّحيح و لذا علق النّفى عليها في بعض الأخبار

ص: ٥٣٢

انتهى

## منهل يجوز للرجل ان يتزوج زوجته ابن زوجته مط

اى لا فرق بين دوام و الانقطاع من الطرفين من غيره للأصل و العمومات الشّالمه عن المعارض و ظهور الاتفاق عليه

## القول في التحريم بالرضاع

منهل لا اشكال و لا شبهه في ان الرّضاع من الاسباب الموجهه لتحريم المراءه على الرّجل ابدًا في الجمله

اشاره

و هو لا يوجب التحريم بمجرد صدق الاسم بلا اشكال بل يعتبر فيه مقدار خاص و هو يتحقق باحد امور منها بلوغ الرضاع حدا يتحقق معه انبات اللحم و شد العظم للرضيع و لا- شبهه في أنّه مما يوجب التّحريم اذا تحقّق معه سائر الشّروط التي يأتى اليها الاشاره إن شاء الله و قد صرح بكون ذلك موجبا للتّحريم في الغنيه و فع و يع و التبصره و التذكره و د و عد و اللمعه و الرّوضه و المسالك و الكشف و الكفايه و الرّياض و قد نفى عنه الخلاف في لك و الكشف و الرّياض و عزاه في كره الى علماءنا و صرح في الرّياض بانه صرح بالإجماع عليه جماعه و يدل عليه مضافا الى ما ذكر روايات منها خبر عليّ بن رثاب العذى وصفه بالصّيح في الكشف عنه قال قلت ما يحرم من الرّضاع الا ما انبت اللحم و شد العظم قلت فيحرم عشر رضعات قال لا لأنّها لا تنبت اللحم و لا- تشد العظم و منها خبر حماد بن عثمان الذى وصفه بالحسن في الكشف عنه ع قال لا يحرم من الرضاع الا ما انبت اللحم و الدم و منها خبر عبيد بن زراره الذى وصفه بالصّيح في الكشف عنه ع ما الذى يحرم من الرضاع فقال ما انبت اللحم و الدم و منها النبوى المرسل الرضاع ما انبت اللحم و شد العظم و

ينبغي التّبيه على امور

الاول هل يتحقق التحريم باحد الامرين منفردا عن الاخر او لا

بل يشترط تحققهما معا ظاهر ما عدا اللعنه و الرياض من الكتب المتقدمه

### الثانى و هو ظ بعض الاخبار المتقدمه و ربما يظهر من جماعه دعوى الاجماع عليه

و يعضدها اولاً قول لك و ضه الموجود فى النصوص و الفتاوى اعتبار الوصفين معا و ثانياً قول الكفايه و مقتضى النصوص انه لا يكفى احدهما كما هو المشهور و يظهر من الشَّهيد فى اللعنه و والدى العلامه ره فى الرياض الاوّل لعموم ما دل على حصول التحريم بالرضاع خرج منه بعض الصور و لا دليل على خروج محل البحث منه فيبقى الباقي و لما دل على أنه لا يحرم من الرضاع الا ما انبت اللحم و الدّم و لا يعارض ما ذكر قول الاكثر و النصوص يحرم ما انبت اللحم و شد العظم لاحتمال كون الواو بمعنى أو و فيه نظر فان هذا الاحتمال خلاف الظاهر و لا دليل عليه فلا يصار اليه و عموم ما دل على كون الرضاع محرماً لا يصلح لان يكون وجهاً لجعل الواو بمعنى أو كما لا يخفى بل يجب تخصيص العموم المذكور بما ذكر فأنه اولى من ارتكاب التجوز فى الواو و كذا لا يصلح لجعلها بمعنى أو ما دل على أنه لا يحرم من الرضاع الا ما انبت اللحم و الدم كما لا يخفى بل جعله دليلاً على مقاله المعظم كما يستفاد من بعض اولى كما لا يخفى فاذا المعتمد ما عليه المعظم و لكن الاحوط ما عليه الشَّهيد و ان صرح بشذوذه فى لك الثانى لو شك فى حصول الامرين فلا تحريم للأصل

### الثالث هل يعتبر قول اهل الخبره فى الحكم بحصولهما او لا

بل يشترط العلم به الذى يقتضيه الاصل الثانى و لم اجد دليلاً يخالفه و لكن صرح فى ضه و لك و الرياض بالاول من غير اشاره الى خلاف فيه و هو احوط و صرح فى ضه و لك بانه يشترط العدد و العدالة ليثبت به حكم التحريم و زاد فى لك قائلاً و يمكن جعله من باب الخبر فيكفى الواحد و قوى هذا الاحتمال بعض و فيه نظر بل الاقرب اشراط الامرين على تقدير جواز الاعتماد على قول اهل الخبره اذا لم يحصل منه العلم

### منهل من الامور التى يتحقق بها الرضاع المحرم بلوغه حدا يصدق معه حقيقه انه رضاع يوم و ليله

#### اشاره

و لا شبهه فى كونه موجبا للتحريم مع اجتماع ساير الشرائط الآتى اليها الاشاره و قد صرح بكونه موجبا للتحريم فى الغنيه و فع و يع و التبصره و د و كره و عد و اللعنه و ضه و ظ بل فى الكفايه هو المعروف بين الاصحاب و ربما يظهر منه التامل فى المسأله فانه قال و عن ق فى المقنع لا يحرم من الرضاع الا رضاع خمسه عشر يوماً و لياليهنّ ليس بينهنّ رضاع و به كان يفتى شيخنا محمد بن الحسن و المسأله عندى قويه الاشكال و ليس فى محلّه لأنه يدل على المختار خبر زياد بن سوجه سال ابا جعفر هل للرضاع حدّ يؤخذ به فقال لا يحرم من الرضاع أقلّ من يوم و ليله او خمسه عشر رضعات متواليه من امرأه واحده الحديث لا يقال هذا الخبر ضعيف السند فلا يعتمد عليه لأننا نقول لا نسلم ذلك فأنه قد عدّه فى الرياض من الموثق و مع ذلك فقيل الخبر و ان ضعف بعمار الا ان الاصحاب اتفقوا على اعتباره فهو من الاخبار المعتمده التى يصح الاعتماد عليها او مع هذا فيعضده العمومات الداله على ان مطلق الرضاع يوجب التحريم فيزيده اعتباراً و بالجمله لا اشكال فى المسأله و



### الاول صرح فى الكفايه و ضه و الكشف و ض بأنه يعتبر ارضاعه فيهما

كلما طلبه و احتاج اليه عادة و هو جيد لأنه المتبادر من النص و الفتوى الدالين على حصول التحريم بذلك

### الثانى لا فرق فى اليوم بين الطويل و غيره

كما فى ضه و ض قائلا لانجباره بالليله

### الثالث هل يكفى الملقق منهما لو ابتداء فى اثناء احدهما او لا

استشكله فى ضه و الكفايه و مال والدى العلامة ره الى الثانى قائلا و فى الاكتفاء بالملقق منهما لو ابتداء فى اثناء احدهما اشكال من الشك فى تحقق الشرط و من تحقق المعنى و لعل الاول اظهر اقتصارا على المتيقن فت جدا لا يقال مقتضى عموم ادله كون الرضاع محرما يقتضى كونه محرما فى محل البحث و لا معارض له فيجب العمل به لأننا نقول هذا العام يقيد بما دل على ان الرضاع يوما و ليله يحرم دون غيره و الظاهر منه غير محل البحث كما لا يخفى فالعموم المشار اليه لا يشمل محل البحث فت

### منهل لا اشكال فى انه لو ارتضع دون عشر رضعات فلا يحصل به التحريم

خلافًا للإسكافى و لا فى انه لو ارتضع خمس عشره رضيعه على التوالى حصل به التحريم لما اشار اليه فى الرياض قائلا لو رضع خمس عشره رضعه نشر الحرمة اجماعا كما فى لك و ثر خلافا لشاذ منا فخمسه عشر يوما متواليه لباليها و النصوص حجه عليه مضافا الى عدم دليل يدل عليه مع مخالفته لعموم الكتاب و السينه المستفيضه و اختلف الاصحاب فى حصول التحريم بعشر رضعات متواليه فقليل بعدم الحصول و قيل بالحصول و هو فى غايه القوه للموثق فى الغلام يرضع الرضعه و الثنتين فقال لا يحرم فعددت حتى اكملت عشر رضعات قال اذا كانت متفرقه فلا فانه

ص: ٥٣٣

يدل بمفهومه على التحريم مع عدم التفريق لا يقال يعارض هذا ما دل على القول الاول و هو جمله من الاخبار منها الصريح و الموثقان و فيها عشر رضعات لا يحرم شيئا و منها موثقه اخرى و لو ان امرأه ارضعت غلاما او جاريه عشر رضعات من لبن فحل واحد و ارضعتها امرأه اخرى من لبن فحل اخر عشر رضعات لم يحرم نكاحها لأننا نقول ذلك ممنوع لان الاخبار الداله على عدم النشر بالعشر مطلقه شامله لما اذا كان متواليا و ما اذا لم يكن متواليا و هذه الموثقه كنعوها مفضي له بين ما اذا كان متواليا فيحرم و ما اذا لم يكن متواليا فلا يحرم فهما اخص من تلك الاخبار فيجب تقييدها بهما فان المطلق يحمل على المقيد و لا يجدى ح صحه سند المطلق و لا كثرته عددا بعد اعتبار سند الموثق نعم انما يترك العمل بهما و يلزم الاخذ بالاخبار المطلقة

إذا منع من حجبه الموثق أو منع من حجبه المفهوم أو من جواز تخصيص المنطوق به و كل ذلك خلاف التحقيق و العجب من الشهيد الثاني حيث عزی عدم حجبه المفهوم الى من قال بثبوت النشر بالعشر و غيرهم من المحققين فان اكثرهم ذاهبون الى حجبه مثل هذا المفهوم و قد اعترف بها الشيخ في يب أيضا و لكن جعل خبر زياد بن سوقه صارفا له و هو غريب أيضا فإنه بالنسبه الى الخبر المتضمن للمفهوم مطلق لأن قوله أقل من خمسة عشر رضعه يعم ما اذا كان عشرا متواليا كان او غير متوال و ما اذا كان دونه و يعضد هذا المفهوم وجوه الاوّل عموم الكتاب و السّينه فإنه يقتضى التّحريم بالعشر كما اعترف به جمله من القائلين بالتّحريم به و اما ما قاله الحلّي في الجواب عنه من ان العموم قد خصّيه جميع اصحابنا المحصّلين و الاصل الاباحه فلا يخفى ضعفه لأنه ان اراد تخصيصه بالنسبه الى ما دون العشر فمسلم و لكنّه لا يجدى في العشر لأن الاصل البقاء على العموم و ان اراد تخصيصه بالنسبه الى العشر فمسلم لا يجدى في العشر لأن الاصل البقاء على العموم و ان اراد تخصيصه بالنسبه الى العشر فذلك غير مسلم كيف و الاكثر ذهبوا الى التّحريم به و ان اراد ان الاصحاب اتفقوا على تخصيصه و اختلفوا في المخصّص فيلزم الاجمال فذلك بط لان التّخصيص بالنسبه الى ما دون العشر يقينى و خلاف الاسكافي غير ملتفت اليه فيبقى غيره مندرجا تحت العموم الثّانى الشهره بين الاصحاب فإنه قد ذهب الى القول بالتّحريم بالعشر العلامه في لف و ابنه في الايضاح و حكى عن المفيد و المرتضى و الدّيلمى و القاضى و الحلبي و العماني و ابن حمزه و ابن زهره و الشهيد فى اللّمعه و الحلّي فى احد قوليّه و اختاره صاحب الرّواشح و قد ادعى أنّه مشهور و كذا ادّعا العلامه فى لف قائلا فى مقام ذكره الادّله على حصول التّحريم به الخامس عمل اكثر الاصحاب فيكون راجحا فيتعين العمل به لامتناع العمل بالمرجوح و قد ادعى فى لك و غيره انه المشهور بين القدماء لا يقال يعارض ما ذكر الشهره بين المتأخّرين فان اكثرهم ذهبوا الى عدم النشر به و قد ادعى هذه الشهره فى لك بل يستفاد من كره و النّافع انه المشهور بين المتأخّرين فان القائلين به المحقق فى النّافع و السيورى و المحقق الثّانى و الشهيد الثّانى فى لك و ضه و والدى العلامه س ره و س الظاهر ان الشهره لا يتحقّق بمجرد اتفاق هؤلاء على حكم سلّمنا لكن الشهره المتأخّره لا تعارض الشهره القديمه الثالث انّ العشر ينبت اللحم و يشد العظم فيحرم اما الصغرى فلوجهين احدهما الصّحيح و ما الذى ينبت اللحم و الدّم فقال كان يقال عشر رضعات الحديث و نحوه غيره لا يقال يدفعه ما ذكره بعض المحققين تبعا للشيخ و الشهيد الثّانى و غيرهما من ان الصّحيح غير دال عليه لنسبته ذلك الى القليل المشعر بالتمريض مع ما فى اخره مما هو فى قوه التصريح بعد النّشر بالعشر بان السّائل لما فهم منه ع عدم ارادته قال له يحرم عشر رضعات فقال دع هذا و قال يحرم من النّسب ما يحرم من الرضاع فلو كان حكم العشر حقا لما نسبته ع الى غيره بل كان يحكم من غير نسبه و مع ذلك اعرض عنه ثانيا مجيبا بما لا دخل له بالمقام فففيه اقوى دلالا لورود ما دل على النشر بالعشر مورد التقيه او غيرها من المصالح الخفيه لأننا نقول يمكن دفع هذا بما نبه عليه صاحب الرواشح فى الرّساله الرضاعيه قائلا بعد الاشاره الى ما

ذكر قلت هذا الكلام ضعيف جدا لأنه اذا لم يكن صحيحا لكان واجبا على الامام ع ان يتّبه على فساده و ان يبيّن ما هو الصّحيح فى ذلك و اما قوله دع ذا فمعناه دع هذا السؤال فان كون عشر رضعات مثمرة للتّحريم امر مستبين و ليس هو عدول عن الجواب الى شىء اخر بل انه مسلوک مسلک البيان على سبيل الاستبدال فكأنه ع قال أ ليس ما يحرم من النّسب فهو يحرم من الرضاع و ذلك تناول للقليل و الكثير فاذا سقط عنه ما دون العشر بالدليل لعدم انبات اللحم و الدم بقيت العشر المتتاليات سببا للتّحريم بلا امتراء قال و أنّما كان يقال عشر رضعات لما قد حدث فى زمنه ع من حكم فقهاء العامه و الزيديه بالتّحريم بخمس رضعات و بما دونهن و ثانيهما انّ صاحب الرّواشح صرح بان الاصول الحكيمه و الطيبه يدل على حصول الانباتين به و اما الكبرى فلما دل على حصول التّحريم بالرضاع الذى ينبت اللحم و يشد العظم فت الرابع بعض الاخبار و قد اشار اليه صاحب الرواشح فى الرّساله

الرضاعيه و كيف كان فالمختار احوط فينبغي مراعاته و قد جعل هذا دليلا مستقلا عليه في لف

### منهل المقادير الثلاثة الموجه للتحرير هل هي اصول مستقلة في افاده التحريم

فحيث يحصل احدها يحصل التحريم مط و لو لم يحصل احد الباقيين او لا يختلف الاصحاب فيه على اقوال الاول انها اصول مستقلة و هو لظاهر الغنيه و فع و يع و التبصره و د و القواعد و كره و عد و ضه و يه و حكاه في لف عن الاكثر و يدل عليه اطلاق ما دل على حصول التحريم بالمقدار الثاني و الثالث و يعضده عموم ما دل على حصول التحريم بالرضاع خرج منه ما لم يحصل هناك شىء من المقادير الثلاثة و لا دليل على خروج ما اذا حصل فيه احدها فيبقى مندرجا تحت العموم الثاني ان الاصل انما هو الانبات و انما يصر الى غيره حيث يشته فلو علم عدمه لم يحصل التحريم مط و ان حصل بقيه المقادير و الحجّه فيه ما علل فيه عدم حصول التحريم بالعرض بانه مما لا يثبت اللحم و لا يشد العظم فان مفهوم العله حجّه

ص: ٥٣٤

و فيه اولا انا قد بينا حصول التحريم بالعرض فلا يصح التعويل على التعليل في محل البحث كما لا يخفى و ثانيا ان عموم التعليل يعارضه عموم ما دل على كفايه المقدار الثاني و الثالث و التعارض بينهما من قبيل تعارض العمومين من وجه و من الظاهر ان الترجيح مع العموم الثاني كما لا يخفى الثالث ان الاصل العدد و الباقيان انما يعتبران عند عدم انضباطه و حكاه في لك عن الشيخ في ط الزايع ان الاصل الرضاع يوما و ليله لمن لا يضبط العدد و هو للتذكرة و حكي عن الشيخ في ط أيضا و الاقوى عندي ما عليه المعظم و هو القول الاول و هو احوط أيضا

### القول في التحريم بالمصاهره

#### منهل اذا تزوج امرأه حرم عليه ان يتزوج معها بنت اخيها و بنت اختها من دون رضاها

اشاره

فيحرم الجمع بين العمه و الخاله و بنت الاخ و بنت الاخت مع عدم رضاه العمه و الخاله كما في الانتصار و المراسم و فع و يع و كره و التحرير و عد و لف و التبصره و د و غايه المراد و اللعمه و التنقيح و المسالك و ضه و الكفايه و ض بل حكاه في لف عن الاكثر قائلا ذهب اليه الشيخان و المرتضى و ابن البراج و ابو الصلاح و سلار و اكثر علمائنا و يعضد ما ذكره تصريح الكفايه بانه مشهور و لهم امران الاول دعوى الاجماع على ذلك في غايه المراد و التنقيح و ضه لا يقال لا يجوز الاستناد الى هذه الحجّه لان القديمين صاروا الى جواز ذلك و عدم حرمة على ما تبّه عليه في لف قائلا قال ابن ابي عقيل لما عد المحرمات في الآيه قال فهذه جملة النساء التي حرم الله عز و جل نكاحهنّ و احل نكاح ما سواهن الا تسمعه يقول بعد هذه الاصناف الستة و احل لكم ما وراء ذلك فمن ادعى ان رسول الله ص حرم الله عز و جل نكاح ما سواهن الا تسمعه يقول و احل لكم ما وراء ذلك فقد اعظم القول على رسول الله ص و قد قال الا لا يتعلقن على احد بشىء فأنى لا احل الا ما احل الله و لا احرم الا ما حرم الله في كتابه و كيف اقول ما يخالف القرآن و به هداني الله عزّ و جل و قد روى عن علي بن جعفر قال سألت اخي موسى ع عن الرجل يتزوج المرأة على عمتها او خالتها قال لا باس ان الله عزّ و جل قال و احل لكم ما وراء ذلكم و قال ابن الجنيّد و قول الله عزّ و جل و

أَجَلٌ لَكُمْ مَّا وَرَاءَ ذَلِكَمْ غير حاضر الجمع بين العمه و بنت الاخ و الخاله و بنت الاخت و الحديث الذى روى نهى احتياط لا تحريم و قد روى جوازه عن ابى جعفر و موسى بن جعفر و قال يحيى بن الحسن و يعم النسبى و الاحتياط عندى ترك ذلك و من عقده لم تنفسخ كما ينفسخ نكاح الاخت على الاخت و الام على البنت لأننا نقول مخالفه القديمين غير مانعه من الاستناد الى الحججه المذكوره بناء على ما هو التحقيق من حجيه الاجماع المنقول خصوصا اذا تعدد نقله و اعتضد بالشهره العظيمة كما فى محل البحث على انا قد نمنع من مخالفتها لامكان ارادتهما عدم حرمة ذلك فى الجملة و هو فى صورته الاذن لا عدم الحرمة مط حتى فى صورته عدم الاذن التى هى محل البحث و قد اشار الى ما ذكرناه فى لك قائلا المشهور بين الاصحاب حتى كاد ان يكون اجماعا بل ادعاه فى كره جواز الجمع لكن يشترط رضاء العمه و الخاله و فى مقابله المشهور قولان نادرا ن احدهما جواز الجمع مط ذهب اليه ابن ابى عقيل و ابن الجنيد على الظاهر من كلامهما لا الصريح و لكن الاصحاب فهموا منهما ذلك و عندى فى فهمه نظر لأنهما اطلقا القول بالجواز و استدلا بالآيه الشريفه و هو مذهب الاصحاب و أما الكلام فى امر اخر و هو غير مناف لما اطلقاه مع ان ابن الجنيد قال عقيب ذلك و قد روى جوازه اذا تراضيا عن ابى جعفر و موسى بن جعفر عليهما السلام و عادته فى كتابه ان يعد قول الاثمه ع كك مع اختياره له و حجتها الآيه و الخبر السابق عن الكاظم ع الدالان على الحل و جوابه انهما مطلقان و الاخبار الاخرى مقيده فيجب الجمع بحمل المطلق على المقيد و لكن هذا الجواب انما يتم على القول بجواز تخصيص الكتاب بخبر الواحد و فيه خلاف فى الاصول فالمعتمد جوازه الثانى جمله من الاخبار منها ما تمسان به فى غايه المراد و التنقيح من النبوى المرسل لا- تنكح المرأه على عمتها و لا على خالتها و منها النبوى الاخر الذى اشار اليه فى كره قائلا روى العامه عن ابى هريره قال قال رسول الله ص لا تجمع المرأه و عمتها و لا بين المرأه و خالتها و منها ما استدلل به فى غايه المراد و لف و وصفه بالصحه فيهما و فى لك من خبر محمد بن مسلم قال لا- تزوج ابنه الاخت على خالتها الا باذنها و منها خبر ابى عبيده الحذاء الذى وصفه بالصحه فى كره و لف و لك قال سمعت الصادق ع يقول لا تنكح المرأه على عمتها و لا على خالتها و منها خبر ابى الصباح الكنانى الذى وصفه بالصحه فى كره و

لف و لك عن الصادق ع لا يحل للرجل ان يجمع بين المرأه و عمتها و لا بين المرأه و خالتها و منها خبر السكونى عن الباقر ع ان عليا ع اتى برجل تزوج امراه على خالتها فجلده و فرق بينهما و منها ما اشار اليه فى الرياض قائلا فى الموثقين لا تزوج على الخاله و العمه ابنه الاخ و ابنه الاخت بغير اذنها و فى الصحيح المروى فى نوادر احمد بن محمد بن عيسى لا تنكح الجاريه على عمتها و لا- على خالتها الا باذن العمه و الخاله و المروى فى علل الصيّدوق انما نهى رسول الله ص عن تزويج المرأه على عمتها و خالتها اجلالا للعمه و الخاله فاذا اذنت فى ذلك فلا باس و نحوها خبران و

**ينبغى التنبه على امرين**

**الاول هل بنت بنت الخ و ان نزلت**

و بنت بنت الاخت و ان نزلت و بنت ابن الاخ و الاخت و ان نزلت يلحقن ببنت الاخ و الاخت فلا فرق بين العمه العليا و الخاله العليا و العمه الدنيا و الخاله الدنيا فيما ذكر من الحكم او لا بل يختص الحكم بالعمه الدنيا و الخاله الدنيا و بنت الاخ التى من صلبه و بنت الاخت التى من بطنها فيجوز ان يجمع بين اخت الرجل و بنت بنته او بنت ابنه فيه اشكال و صرح بالاول فى التحرير

والتنقيح و ضه و مختصر ص للوالد العلامه و افتى به فى عد أيضا لكنّه قال على اشكال و ذكر وجهه فى الإيضاح قائلا لان التحريم لحرمة الخاله و العمه و تنزلها منزله الام و لهذا سمت الرب الخال ابا و ورد فى القران فى آزر و هو خال ابراهيم فيتعدى الى بنت البنت بل هو اولى لأنّه اذا كانت امّها التى حرمتها اكثر منها لا يجوز ادخالها على عمّتها و لا على خالتها لأجل تعظيم العمه و الخاله فيكون

ص: ٥٣٥

عدم جواز ادخال بنتها التى هى أقلّ حرمة منها اولى لأنه من باب التنبيه بالادنى على الاعلى و يحتمل عدمه للأصل و بنت البنت مجاز و اللفظ لا يحمل على غيره عند الاطلاق و لا المجموع من الحقيقه و المجاز و يعضد ما ذكره قول لك هل يفرق فى العمه و الخاله بين الدّنيا و العليا وجهان من اطلاقهما عليهما فيدخل فى العموم و من الشكّ فى كونه بطريق الحقيقه لصحة السلب و لا ريب ان الاحتياط بالعموم انسب لاشتراكهما فى العلّه الموجبه للحكم و توقّف فى الكفايه و لم يرجح شيئا و الاحتياط هنا ممّا لا ينبغى تركه البتّه و ان كان المصير الى الاحتمال الثّانى فى غايه القوه للأصل و العمومات و اختصاص النّصوص المتقدّمه و جملة من الكتب كالمراسم و فع و يع و التبصره و د و عه بالعمّه و الخاله و المتبادر منهما الدّنيا لا العليا بلا اشكال بل لا يبعد دعوى مجازيه العليا و اراده المعنى الاعم يحتاج الى دليل و ليس و مجرّد فتوى جماعه لا يصلح دليلا و الفحوى التى اشار اليها فى الايضاح ممنوعه كما لا يخفى لا يقال ثبّه فى ضه على دعوى الاجماع على الاحتمال الاوّل قائلا العمه و الخاله و ان عليا يجمع بينها و بين ابنه اخيها او اختها و ان نزلنا برضاء العمه و الخاله لا بدونها باجماع اصحابنا و اخبارنا متظافره لأنّنا نقول تمنع ذلك بل غايه ما يستفاد منه دعوى الاجماع على اصل المسأله و ربما يشهد به قوله و اخبارنا متظافره به اذ ليس فى الاخبار غير ذلك و أيضا يشهد به عبارته فى لك كما لا يخفى على من تدبّرها و لو سلم صراحه العبارة فى الدّعوى المذكوره ففى جواز الاعتماد عليها اشكال اذ ليس فى معظم العبارات التعميم الذى ذكره فت

### الثانى اذا اذنت العمّه و الخاله بتزويج بنت الاخ و بنت الاخت ارتفع المنع

و جاز كما فى الانتصار و سم و يع و فع و التبصره و د و ير و كره و غايه المراد و عه و القواعد و الكشف و ضه و لك و ف و الكفايه بل فى لف حكاها عن الاكثر قائلا ذهب اليه الشّيخان و المرتضى و ابن البرّاج و ابو الصلاح و سلّار و اكثر علمائنا انتهى و الحجّه على المختار و جوه الاوّل دعوى الاجماع عليه فى صريح الانتصار و ظ كره لأنّه عزاه الى علماءنا و فى الكشف حكاها عن النّاصريات و الخلاف و الغنيه و يعضدها الشّهرة العظيمه القريبه من الاجماع و قول الصدوق فى المقنع لا تنكح المرأه على عمّتها و لا على خالتها شاذ جدا مع أنّه ليس بصريح فى المخالفه و تنزيله على المختار ممكن الثّانى بعض الاخبار المتقدّمه و به يجمع بين ما دل على المنع مط و ما دل على الجواز ككك الثالث الاصل و العمومات من قوله تعالى **أَوْفُوا بِالْعُقُودِ** و قوله تعالى **وَ أُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ** الذى استدللّ به فى كره و الانتصار و لك على الجواز هنا و قوله تعالى **فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ** الذى استدللّ على الجواز هنا فى التذكرة

منهل اذا تزوّج امراه و لها بنت من زوجها السابق عليه جاز له ان يزوّج تلك البنت من ابنه و ان يتزوّجها الابن

## اشاره

كما فى النافع و الشرائع و التحرير و عد و عه و ضه و لك و الكفايه و الرياض و ض و الحجّه فى امور الاوّل ظهور اتفاق الاصحاب عليه الثانى ما اشار اليه فى الكشف من الاصل السليم عن المعارض الثالث ما تمسك به فى الكشف من خبر زيد بن الجهم الهلالى سأل الصادق ع عن الرجل يتزوج امراه و تزوج ابنه ابنتها فقال ان كانت ابنه لها ان يتزوج بها فلا باس و

## ينبغى التنبيه على امور

### الاول ان ذلك غير مكروه لا بالنسبه الى الاب

و لا- بالنسبه الى الابن و لا- بالنسبه الى البنت كما هو ظ الكتب المتقدمه بل الظاهر انه ممّا لا خلاف فيه نعم ربما اشعر بعض الكلمات بالخلاف نظرا الى بعض الاخبار و لكنه ضعيف جدا و يدل على ذلك مضافا الى ما ذكر الاصل السليم عن المعارض

### الثانى لا فرق فى الامّ التى هى زوج الاب بين ان تكون متعه او دائمه

و لا فى تزويج البنت من الابن بين الانقطاع و الدوام

### الثالث اذا زوج الاب البنت من الابن

او تزوجها الابن جاز للأب التزويج بالام بعد ذلك مط للأصل و العمومات السليمه عن المعارض و ظهور اتفاق الاصحاب عليه و عدم اشتهار المنع مع توفر الدواعى عليه

### الرابع يجوز للأب ان يتزوج بالبنت

و ان يتزوج الابن بالامّ قبل ذلك او بعده للأصل و العمومات السليمه عن المعارض

### منهل اذا تزوج بامراه ثم فارقتها فتزوجت بغيره

## اشاره

فحصل لها منه بنت جاز للزوج الاول ان يزوج تلك البنت من ابنه الذى من غير هذه الزوجه و ان يتزوجها الابن كما فى النافع و الشرائع و الارشاد و التحرير و القواعد و اللمعه و التروضه و لك و الكفايه و الرياض و لهم الاصل و العمومات و ظهور اتفاق الاصحاب عليه و خبر العيص بن القسم الذى وصفه بالصّيحى فى لك و الكشف عن ابى عبد الله ع قال سألته عن الرجل يطلق امراته ثم خلف عليها رجل بعده ثم ولدت للاخر هل يحل ولدها من الاخر لولد الاول من غيرها قال نعم

**الاول صرح فى يع و فع و التحرير و عد و شاد و اللمعه و ضه و لك و الكفايه و الكشف و الرياض بانه يكره للأب ان يزوج البنت المفروضه من ابنه**

و نبه على وجهه فى لك قائلا يدل عليه روايه إسماعيل بن همام عن ابى الحسن ع قال قال محمد بن على ع فى الرجل يزوج المراه و يزوج ابنتها ابنه فيفارقه و يزوج بها اخر فتلد منه بنتا فيكره ان يتزوجها احد من ولده لأنها كانت امراته فطلقها فصار بمنزله الاب و كان قبل ذلك ابا لها و قد وصف هذه الزوايه بالصحة فى الكشف و الرياض

**الثانى قال فى الرياض بعد الإشاره الى الخبر المذكور و مقتضاه تعديه الحكم الى ابنه مطلق المنكوحه**

و عكس فرض العبارة كتزويج ابنه من ابن المنكوحه و لا يقدر فيها اخصيه مورد الزوايه اذا العبره بعموم العله لا خصوص المورد بالضروره و فى التوضيه و كذا يكره تزويج ابنته لابنها و الروايه شامله لأنه فرضها فى تزويج ولده لولدها

**الثالث لا فرق فى مفارقه الزوج عن أم البنت بين ان يكون بطلاق او غيره**

كما هو ظ النافع و يع و التحرير و القواعد و اللمعه و ضه و لك و الكفايه

**الرابع لا فرق فى جواز تزويج الزوج الاول البنت المفروضه من ابنه**

بين ان يكون امها متعه للزوجين او دائمييه لهما او لأحدهما

**الخامس اذا دخل بجاريته ثم اعتقها فتزوجت برجل و اتت منه بنت جاز للمولى ان يزوج هذه البنت من ابنه**

و ان يزوج بنته من ابنها كما فى صحيحه العيص

ص: ٥٣٦

المتقدمه فان فيها بعد ما تقدم اليه الاشاره و سألته عن رجل اعتق سريته ثم خلف عليها رجل بعده ثم ولدت الاخر فهل يحل ولدها لولد الاخر الذى اعتقها قال نعم

**السادس اذا زنى بامرأه او وطئها شبهه ثم تزوجت بغيره فولدت منه بنتا جاز للأول ان يزوج هذه البنت من ابنه**

و ان يزوج بنته من ابنها الذى وجد بعد الزنا و كك يجوز له ان يزوج بنته الموجوده قبل الزنا من ابنه و ان يزوج بنته من ابنها الموجود قبل الزنا

### منهل اختلف الاصحاب فى ان الزنا المتقدم على العقد اذا لم يكن المزمى بها عمه

#### اشاره

ولا- خاله هل ينشر حرمة المصاهره كالصحيح بمعنى انه يحرم ما يحرمه الصحيح من الام و البنت و غيرها فيحرم المزمى بها على اب الزانى و اولاده و امها و بنتها عنا و اختها جمعا او لا فلا يكون للزنا تاثير فى التحريم كما كالوطى الصحيح على قولين الاول ان الزنا ينشر الحرمة كالوطى الصحيح و هو للمختلف و القواعد و الايضاح و اللّمعه و جامع المقاصد و لك و ضه و غايه المرام و المصاييح و المحكى فى جمله من الكتب هى لف و الايضاح و جامع المقاصد و المهذب البارع و ض و لكنه لم يحك عن الحلبي انتهى منه دام ظلّه عن الشيخ و ابى الصّلاح و ابن البراج و ابن حمزه و ابن زهره و قد حكاه السيّد الاستاذ قد ره فى المصاييح عن جمع كثير قائلا هذه المسأله احدى المشكلات و المشهور بين الاصحاب نشر التحريم بذلك ذهب اليه الشيخ فى التّهايه و يب و الاستبصار و حكاه فى التبيان عن قوم من اصحابنا و به قال ابو الصّلاح و ابن البراج و ابن حمزه و ابن زهره و ابن سعيد و العلامه فى التذكرة و لف و ولده فى الايضاح و الشّهد فى اللّمعه و ظ النكت و السيورى فى الكنز و التّنقيح و ابن فهد فى المقتصر و ظ ب و الصيمرى فى غايه المرام و تلخيص الخلاف و المحقق الكركى فى كنز الفوائد و الشّهد الثانى فى ضه و لك و سبطه الفاضل فى شرح فع و الفاضل الهندى فى كشف اللّثام و روى الكليني فى باب الرّجل يفجر بالمراه فيتزوج امها او ابنتها الاخبار الداله على التحريم مقتصرًا عليها و ظاهره القول بالحرمة و عدم صلاحية المعارض لها للمعارضه و حكى للعلامه و الشّهد و غيرهما عن ابن الجنيد تحريم مزنيه الاب و الابن على الاخر بعد التّرويح و قبل الوطء و هذا مقتضى ثبوت التحريم بالزنا المتقدم على التّرويح بطريق اولى و قال الشيخ فى التبيان و الطبرسى فى مجمع البيان فى قوله تعالى وَ لَا تَنْكُحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ و كل من عقد عليها الاب من النّساء تحرم على الابن دخل بها الاب او لم يدخل بلا خلاف و ان دخل بها الاب على وجه السّفاح فهل تحرم على الابن ففيه خلاف و عموم الآيه يقتضى أنّها تحرم عليه لأنّ النكاح يعبر به عن الوطء كما يعبر به عن العقد فيجب ان يحمل عليهما انتهى و اللفظ للشّرخ و عبارته الطبرسى قريبه منه و ظاهرهما القول بالتحريم و قال المحقق فى الشرائع و ان كان الزنا سابقا على العقد فالمشهور يحرم بنت العمه و الخاله اذا زنى بامهما و اما الزنا بغيرهما فهل ينشر حرمة المصاهره كالوطى فيه روايتان إحداهما ينشر و هى اوضحهما طريقا و هو يدلّ على ميله الى هذا القول بل القول به و فى الخلاف التحريم هو الا- كثر فى الروايات و فى كنز الفوائد و شرح النّافع و المسالك الجواديه أنّه قول الاكثر و فى لك عزى ذلك الى الاكثر و منهم الشّرخ و اتباعه و اكثر المتأخرين و قال فى الغنيه ان تحريم أم المزمى بها و ابنتها هو الظاهر من مذهب اصحابنا و الاكثر من رواياتهم ثم حكى اجماع الطائفه على تحريم زنيه الاب و الابن على الاخر قلت صرح فى لف بأنّه قول كثير من اصحابنا و فى جامع المقاصد بأنّه قال اكثر المتأخرين بالتحريم الثانى انّ الزنا لا ينشر حرمة المصاهره و هو للنّافع و د و ض و المحكى فى جمله من الكتب عن المفيد و السيّد المرتضى و الصّدوق فى المقنع و سلار و ابن ادريس و حكاه السيّد الاستاذ ق ره عنهم أيضا و عن غيرهم قائلا و اما القول الاخر و هو القول بعدم نشر الحرمة فهو خيره الفقيه و المقنع و المسائل النّاصريه و المراسم و السّرائر و فع و الارشاد و كشف الرّموز و حكاه ابن ادريس عن الشّرخ فى التبيان فى تفسير قوله تعالى وَ أُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ و كلامه فهذا الموضع لا- يدلّ على اختيار احد القولين و أنّما يدلّ على منع دلالة الآيه على التحريم و هو غير الحكم



بنفيه و حكى السيد المرتضى فى النَّاصِرِيَه الاجماع على الحل مع ان كلامه فى الانتصار يعطى اختيار التحريم و ربما لاح من كلام ابن ادريس اشتهاى القول بالحل و ليس بجيد فان معظم اصحابنا المتقدمين عليه افتوا بالتحريم و اما المتأخرون فكاد ان يكون ذلك اجماعا و قد تبين مما قدمناه ان القول بالتحريم هو مذهب المعظم و ان الذاهبين اليه اضعاف من

قال بالحل و ظ الخلاف و عد و التحرير و التلخيص و ان الذاهبين اليه اضعاف من قال لى التوقف فى هذا الحكم للأولين و جوه منها ما تمسك به فى لف و حكاى فى المهذب البارع عنهم من ان هذا القول احوط فيجب مراعاته لقوله ع دع ما يريبك الى ما لا يريبك و لوجوب الاحتراز عن الضرر المظنون و فيه نظر و منها ما تمسك به فى لف و حكاى فى المهذب البارع عنهم أيضا من ان ما تعلق من التحريم بالوطى المباح يتعلق بالمحظور كحرمة و طى الحائض المحرمة و فيه نظر أيضا و منها ما تمسك به فى لف قائلا- لنا قوله تعالى وَ أُمَّهَاتٌ نِسَائِكُمْ وَ رَبَّاتُكُمُ اللَّائِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّائِي فِيهَا ادنى ملاسه كقولك لأحد حاملى الخشب خذ طرفك و قوله اذ كوكب الخرقاء لاح بشجره فاضاف الكوكب اليها لشدته سيرها فيه و قد تمسك بهذه الحججه أيضا فى الايضاح و جامع المقاصد و الكشف بل صرح فى المهذب البارع بانه احتج بها الأولون و اورد عليه فى لك بانه بعيد و لعل وجهه ما ذكره فى الرياض قائلا و فيه ان غايته صحه الاستعمال و هو اعتم من الحقيقه و العبره بها لا مطلقه و قد يناقش فيما ذكره بان الاصل فيما يستعمل فيما زاد على معنى ان يكون حقيقه فى القدر المشترك بين جمع المعانى يتحقق كما فى محل البحث على ان تصريح الجماعه المتقدم اليهم الاشاره بان الاضافه يكفى ادنى ملاسه يريدون الكفايه فى الصّدق حقيقه لا فى الاستعمال و الا لما صحّ و الآيه الشريفة فاذا يجب الاعتماد على ما ذكره لأصالة حجّيه خبر العدل خصوصا فى المسائل اللغويّه فت الا ان يعارض الاصل المذكور بوجود امارات المجاز فيما فيه ادنى ملاسه من صحّه السلب و عدم التبادر و عدم الاطراد و غير ذلك و هى اقوى من الاصل المذكور جدا سلما الصّدق حقيقه و لكن اطلاق الاضافه يتصرف الى غير ما فيه ادنى ملاسه

ص: ٥٣٧

فيلزم الحمل عليه و لا- يمنع منه عموم المضاف و المضاف اليه هنا فت و منها عموم قوله تعالى وَ لَّا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ بناء على كون النكاح حقيقه فى الوطء لا- العقد و قد تمسك بهذه الوجه فى الايضاح قال يحرم من زنى بها الاب على الابن و بالعكس و الخلاف كما تقدم لنا على التحريم قوله تعالى وَ لَّا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ و النكاح حقيقه فى الوطء لغه اجماعا و كذا شرعا للاستعمال فى قوله تعالى فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ و غير ذلك من الآيات و الاخبار و الاصل فى الاستعمال الحقيقه و لأصالة عدم النقل فان قالوا حقيقه شرعيّه فى العقد لقوله تعالى إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ و الاصل فى الاستعمال الحقيقه قلنا اذا تعارض المجاز و الاشتراك فالمجاز خير لما بين فى الاصول و وجه المناسبه السببيّه و كلما ثبت تحريم منكوحه الاب بالزنا ثبت تحريم منكوحه الابن بالزنا اذ لا فارق بينهما من الاخذ اجماعا و احداث قول ثالث باطل خصوصا عند الاماميه و الا انتفى المعصوم فى وقت و الاجاز خلافه و اجمعت الاماميه على بطلان اللّازم بقسميه و قد صرح بما ادعاه من الاجماع المركب فى جامع المقاصد أيضا قائلا اعلم ان الأصح أيضا انّ المزنى بها يحرم على اب الزانى و ابنه و الخلاف كما تقدم و يدل على ذلك الاجماع المركب فان كل من اثبت التحريم فى السابق اثبته هنا و من نفى فيه نفى هنا فالفرق احداث قول ثالث و الظاهر قوله تعالى وَ لَّا تَنْكِحُوا الْاِيَه و النكاح حقيقه لغويّه فى الوطء و النقل على خلاف الاصل و منها ما تمسك به فى لف و الايضاح و جامع المقاصد و لك و غايه المرام و المصاييح من ان أم المزنى بها و بنتها من الرضاعه محرمة على الزانى فيلزم ان يكون من النسب كك اما المقدمه الاولى فلخبر محمد بن مسلم الذى وصف فى الكتب بالصّحه عن

احدهما عليهما السلام قال سألته عن رجل فجر بامرأه أ يتزوج بامها من الرضاعه أو ابنتها قال لا و نحوها روايه اخرى لمحمد بن مسلم موصوفه بالصحة فى لف عن ابى جعفر ع و اما المقدمه الثانيه فلوجهين احدهما ما صرح به فى الكتب المذكوره من ان النسب اصل للرضاع فى التحريم و الرضاع فرعه و تابعه لظ قوله ع الرضاع لحمه ك لحمه النسب و قوله ع يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب و يمنع ثبوت الحكم فى التابع من حيث هو تابع بدون المتبوع بل ثبوته فى المتبوع اولى كما صرح به فى لف و الايضاح و غايه المرام و بالجمله ثبوت التحريم الزنا بالرضاع يستلزم ثبوته به بالنسب بطريق اولى و ثانيهما ظهور عدم القائل بالفصل بين الرضاع و النسب فيما ذكر لا يقال المقدمه الاولى ممنوعه فان قوله ع لا نهى و لا نسلم افادته للحرمة فى اخبار الائمة ع لما صرح به جماعه من متأخري المتأخرين من شيوع استعماله فى الكراهه بحيث صارت من المجازات الراجحه المساوى احتمالها لاحتمال الحقيقه و لذا اجاب فى الرياض عن الروايتين بأنهما ليستا نصا فى الحرمة فيحتمل الكراهه او الحمل على التقيّه لكونه المشهور بين العامه كما يفهم من التذكرة و منهم اصحاب ابى حنيفه المشتهر روايته فى الازمنه السابقه لأننا نقول المعتمد عندنا كون اطلاق النهى المجرد عن القرينه فى اخبار الائمة عليهم السلام يفيد الحرمة كما فى غيرها وفاقا للمعظم و قد بينا ذلك فى المفاتيح فاذن مجرد احتمال اراده الكراهه لا يقدح فى الاستدلال بالروايتين على المدعى لاندفاعه باصالة عدم التجوز و كذا لا يقدح فيه احتمال الحمل على التقيّه اذ الاصل و الظاهر خلافه كما هو الظاهر من طريقه الاصحاح و الا لسقط الاستدلال بمعظم الاخبار المرويّه عن الائمة الاطهار ع و هو باطل قطعاً و منها ما تمسك به فى لف و الايضاح و لك و غايه المرام و المصاييح من خبر محمد بن مسلم الذى وصفوه كالمهذب البارع بالصحة قال سألت ابا عبد الله ع عن رجل باشر امرأه و قبل غير أنه لم يفض إليها ثم تزوج ابنتها فقال اذا لم يكن افضى الى الام فلا باس و ان كان افضى إليها فلا يتزوج ابنتها و هذه الروايه و ان لم يصرح فيها بالزنا و لكن اطلاقها بل عمومها الناشى من ترك الاستفصال يشمل الزنا فت لا يقال فى بعض النسخ رويت هذه الروايه هكذا رجل باشر امرأه الى اخر و على هذا لا يتجه الاستدلال بها على المدعى لأننا نقول النسخه

التي تضمنت ما حكيناه اولى بالترجيح لما ذكره السيد الاستاذ ق ره قائلاً بعد الاشاره الى الروايه بنحو ما حكيناه هكذا رواه الشيخان فى اكثر النسخ و ذكره الاصحاح فى كتب الاستدلال و احتج به الشيخ و غيره على هذا المطلب و به يظهر فساد ما فى بعض النسخ رجل باشر امرأه بالاضافه الى هاء الضمير فان الروايه على هذا التقدير لا تعلق لها بهذا الحكم اصلاً و منها ما تمسك به فى لف و جامع المقاصد و لك و غايه المرام و المصاييح من خبر منصور بن حازم الذى وصف بالصيحه فى الاخير عن الصيادق ع فى رجل كان بينه و بين امرأه فجور هل يتزوج ابنتها قال ان كان قبله او شبهها فليتزوج ابنتها و ان كان جماع فلا يتزوج ابنتها و ليتزوجها هى و منها ما تمسك به فى غايه المرام و المصاييح من الخبر الذى رواه الشيخ عن علي بن جعفر عن اخيه موسى ع قال سألته عن رجل زنى بامرأه يحل لابنه ان يتزوجها قال لا و قد يناقش فيه بقصور السند كما تبّه عليه فى الرياض الا ان يجاب عنه بانجباره بالشهره المحققه و المحكيه فى كلام جماعه و قد صرح فى المصاييح بأنه رواه فى قرب الاسناد كك و منها خبر ابى الصيbach الكنانى الذى وصفه فى الرياض بالصيحه و تمسك به فى المصاييح اذا فجر الرجل بالمرأه لم يحل له ابنتها ابداً و منها الخبر الذى فى سنده محمد بن الفضل المشترك بين الثقه و غيره على ما صرح به فى الرياض عن رجل زنى بامرأه هل يحل لابنه ان يتزوجها قال لا و منها الخبر الذى وصفه بالحسن عن رجل اشترى جاريه و لم يمسه فامرت امرأه ابنه و هو ابن عشرين سنه ان يقع عليها فوقع عليها فما ترى فيه فقال اثم الغلام و اثم امه و لا ارى للأب اذا قربها الابن ان يقع عليها و منها خبر عمّار الساباطى الذى تمسك به فى المصاييح و وصفه بالموثقيه فى الرجل يكون له الجاريه فيقع عليها ابن ابنه قبل ان يطأها الجد او الرجل يزنى بالمرأه فهل يحل لابنه ان

يتزوجها قال لا- أنما ذلك اذا تزوجها الرجل فوطئها ثم زنى بها ابنه لم يضره لان الحرام لا يفسد الحلال و منها خبر ابى بصير الذى تمسك به فى المصاييح واصفا له بالصحة قال سألته عن الرجل يفجر بالمرأه أ تحل لابنه او يفجر بها الابن أ تحل لأبيه قال ان كان الاب او الابن مسها لم تحل و منها ما تمسك به فى المصاييح قائلا روى الكلينى بسند معتبر عن يزيد الكناسى قال ان رجلا من اصحابنا تزوج بامرأه فقال احب ان تسأل ابا عبد الله ع و تقول له ان رجلا من اصحابنا تزوج امرأه قد زعم أنه قد كان يلاعب امها و يقبلها من غير ان يكون افضى اليها قال فسالت ابا عبد الله ع فقال كذب مره فليفارقها قال فرجعت من سفرى فاخبرت الرجل بما قال ابو عبد الله ع فو الله ما رفع ذلك عن نفسه و خلى سبيلها و كك الجاربه و منها ما اشار اليه فى الكشف قائلا و فى الغنيه الاجماع على اب الزانى و ابنه و يعضده ما ذكره فى المصاييح قائلا يدل على المشهور فتوى المعظم و الاجماع المنقول و اتفاق المتأخرين و للآخرين وجوه أيضا منها ما اشار اليه فى لف و الايضاح قائلين احتج الآخرون بقوله تعالى وَ أَحِلَّ لَكُمْ مِمَّا وَّرَاءَ ذَٰلِكُمْ ثُمَّ اجابا عنه قائلين الجواب أنا نقول بموجب الآيه فان المتنازع عندنا داخل فى المنصوص على تحريمه قبل ذلك و اشار الى ما ذكره فى الكشف أيضا قائلا و يدفع بتخصيصه بالاخبار مع امكان شمول أمهات نسائككم لأمهات المزنى بهن فانهن من نسائهم بادنئ ملابسه و بان الغالب فى الكتاب البناء على ما هو الاصل فى الشريعه و كذا و لا تنكحوا ما نكح آبائكم و الزنا خارج و منها ما ذكره فى لف و الايضاح أيضا قائلين احتجوا بقوله تعالى فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ ثُمَّ اجابا عنه قائلين الجواب نحن نقول بموجب الآيه فان الاباحه يتناول ما طاب اى ما ابيح لا ما توهمه ابن ادريس من الشهوه البهيميه و قد يناقش فيما ذكره بان الامر بالنكاح هنا ليس الا لمجرد الرخصه فلو كان المراد من قوله تعالى مَا طَابَ ما ابيح لكان التقدير يجوز لكم ان تنكحوا ما جاز لكم نكاحه شرعا و هذا معنى فاسد فتعين الحمل على ما نقلاه عن ابن ادريس و قد يقال الاصل فى الامر الوجوب فيجب حمل الامر فى الآيه الشريفيه عليه لكن بعد تقييد اطلاقه بصوره اراده النكاح فيكون التقدير اذا اردتم النكاح فيجب عليكم ان تنكحوا ما يجوز نكاحه شرعا الا ما يحرم و هذا معنى صحيح يترتب عليه فائده معتبره هى ان ما ينكح على قسمين احدهما ما يجوز نكاحه شرعا و الاخر ما لا- يجوز فيجب على المكلف عند اراده النكاح التمييز بين الامرين و بالجملة هذه الآيه الشريفيه كقوله تعالى أَطِيعُوا اللَّهَ وَ أَطِيعُوا الرَّسُولَ\* فعلى ما ذكرناه يسقط الاستدلال بها على المدعى لعدم معلوميته كون محل البحث مما يجوز نكاحه شرعا فانه عين النزاع و قد يبق الآيه الشريفيه وردت فى مقام الامتنان و هو يقتضى ان يكون المراد من قوله تعالى مَا طَابَ ما ذكره ابن ادريس مع أنه المتبادر منه عرفا خصوصا مع ضميمه لكم كما فى الآيه الشريفيه و مع هذا فدلاله الآيه الشريفيه على المدعى فى غايه الاشكال سلطنا يجب تخصيص عمومها بغير محل البحث باعتبار الاخبار المتقدمه و لذا صرح فى جامع المقاصد بان عموم الآيات مخصوص باخبار التحريم و منها تصريح الكشف بان السيد فى الطبريات ادعى الاجماع على ان الزنا لا ينشر الحرمة و يعضده اولا حكايه المصاييح عن الناصريات دعوى الاجماع على أنه لا ينشر الحرمة و ثانيا ما صرح به فى الرياض قائلا و لا يبعد ان يكون الوجه أنه لا ينشر مط حتى اذا كان سابقا وفاقا لشيخنا المفيد و المرتضى و الصدوق فى المقنع و الشيخ فى التبيان فى خصوص تحريم أم المزنى بها و ابنتها و سائر و علامه فى الارشاد بل ظ كره كون القول به مشهورا بين الاصحاب فانه نسب الأول الى البعض و هذا الى جماعه و عن صريح المرتضى فى الطبريات الاجماع عليه و هو ظ السيرائر فى حرمة الام و البنت و اما فى حرمة المزنى بها على اب الزانى و ابنه و ظ كونه مذهب الاكثر و ان المخالف هو الشيخ فى كتبه ثم صرح بان هذا القول هو المشهور بين القدماء و قد يناقش فى الوجه المذكور اولا- بأنه معارض باجماع المحكى فى الغنيه و هو اولى بالترجيح و ثانيا

بأنه موهون بمصير جماعه كثيره من اعيان القدماء بل اكثرهم و عامه المتأخرين الا الشاذ النادر منهم على الظاهر الى القول الاول و اما دعواه اشتهاار القول بعدم النشر بالزنا بين القدماء ضعيفه فانّ القائلين بالنشر به منهم لا يقصرون عن القائلين بالعدم بل الظاهر من لف و لك و غايه المرام و المصاييح ان اولئك اكثر من هؤلاء و لا ريب فى أنّهم اهل الاطلاع على فتاوى الاصحاب من متقدميهم و متأخريهم على انّ عباره القائلين بالنشر صريحه فى صوره سبق الزنا على التى هى محل البحث و لا كك عباره القائلين بالعدم فانّها تشمل صورتى السبق و اللحق و بهذا يمكن ان يجاب عن الاجماع الذى نقله فى الطبريات و الناصريات بتخصيصه بصوره اللحق باعتبار الاخبار المتقدمه الداله على النشر فى صوره السبق على انه لم يتحقق لنا انّ السيد ادعى فى الطبريات الاجماع على عدم النشر بل هو شىء نسيه صاحب الكشف اليه و هو و ان كان ضابطا فى النقل و لكن حيث لم نجد له مشاركا فى النقل يحصل فى نقله و هن عظيم و كذا الكلام فيما حكى عن الناصريات فت و قد اشار الى بعض ما ذكرناه السيد الاستاذ ق ره قائلًا- الجواب عن الاجماع فبمنعه فى محل النزاع لمخالفه المعظم و اطباق المتأخرين على الخلاف و عدم موافق للنّاقل خصوصا ممّن تقدّمه سوى آحاد لا يثبت منهم الاجماع و لان النّاقل له و هو السيد قد ذكر فى الانتصار ما يقتضى موافقته للمشهور بل ربما ظهر منه الاجماع على ذلك و اما دعوى ظهور عباره التذكرة فى دعوى الشهره على القول بعدم النشر بالاعتبار الذى ذكره ق ره فلا يخفى ما فيه و منها انّ الاصل الاباحه و اليه اشار فى الرياض بقوله و يدلّ على عدم النشر بالزنا استصحاب حليه العقد السابقه و اجاب عنه فى لف و المصاييح بانّ الاصل انما يعمل به مع عدم دليل مخرج عنه اما مع وجود دليل فلا و قد يجاب عنه أيضا بمعارضته باصالة حرمة التصرف و عدم التسلط و عدم التملك للبضع و عدم استحقاق النّفقه و سائر ما يتفرع على الترويج الصّحيح الثابته قبل العقد و هى اولى بالترجيح من وجوه عديده فت و منها ان الزنا و طى محرم فلا يوجب تحريما و اجاب عنه فى لف أيضا بمنع الملازمه و منها قولهم ع

ص: ٥٣٩

فى الاخبار المصرّحه بان الزنا بعد العقد لا يوجب نشر الحرمة لا يحرم الحلال الحرام و ما حرم حرام قط حلالا و ان الحرام لا يفسد الحلال و قد تمسك به فى الرياض قائلًا- يدلّ على عدم النشر بالزنا التعليل بان الحرام لا يحرم الحلال فى الصّيحاح المستفيضه و غيرها لكون العبره بعموم اللفظ لا خصوص المحل و فيه نظر اما و الا فللزوم تخصيصه بالاخبار المتقدمه الداله على النشر و حملها على الكراهه مجاز و قد تقرر فى الاصول ان التخصيص و التقييد اولى من المجاز خصوصا اذا كان فى غايه البعد لعدم تحققه او لندرته كما فى حمل لا يحمل فى بعض الاخبار المتقدمه على الكراهه سلمنا تساوى التخصيص و المجاز كما عليه بعض الاصوليين و لكن يجب ترجيح التخصيص هنا باعتبار اعتضاد اخبار التحريم بالشهره المحقّقه و المحكيه فى كلام جماعه و بالاجماع المنقول و اما ثانيا فلانما تقرر من انّ العبره بعموم اللفظ لا خصوص المحل يمكن دعوى اختصاصه بالالفاظ الموضوعه للعموم كلفظه كل و متى و مهما و امّا الالفاظ المطلقة التى من جملتها المفرد المعرف باللّام فلا- لظهورها فى الانصراف الى خصوص المحلّ هذا و قد يظهر من بعض الاخبار تفسير قوله لا يفسد الحرام الحلال بصوره سبق العقد على الزنا و هو ما اشار اليه فى الرياض من الخبر اذا فجر الرّجل بالمراه لم تحل له ابنتها و ان كان قد تزوّج ابنتها قبل ذلك و لم يدخل بها فقد بطل تزويجه و ان هو تزوج ابنتها و دخل بها ثم فجر بامها بعد ما دخل بابنتها فليس يفسد فجوره بامها نكاح ابنتها اذا هو دخل بها و هو قوله لا يفسد الحرام الحلال اذا كان هكذا و منها تصريح الرياض بأنّه صرح فى التذكرة بأنّه نسبت العامه الى على ع و ابن عباس الحكم بعدم النشر بالزنا و فيه نظر لأنّه ضعيف السند فلا يصح الاعتماد عليه مع انّ الاماميه اعرف بحكم على ع و

قد عرفت أنّ معظمهم على النّشر به و منها ما تمسّك به في الرّياض قائلاً- يدلّ على عدم النّشر بالرّنا خصوص الصّيحاح المستفيضه و غيرها في احدها رجل فجر بامراه يتزوّج بابنتها قال نعم يا سعيد ان الحرام لا يفسد الحلال و في الثّاني عن رجل يفجر بالمره جاريه قوم آخريّن ثمّ اشترى ابنتها أ يحل له ذلك قال لا يحرم الحرام الحلال و رجل فجر بامراه حراماً أ يتزوج ابنتها قال لا- يحرم الحرام الحلال و في الثّالث عن امراه امرت ابنتها ان يقع على جاريه لأبيه فوقع فقال ائمت و ائمت ابنتها و قد سألتني بعض هؤلاء عن هذه المسأله فقلت له امسكها فانّ الحلال لا يفسده الحرام و في الرابع رجل فجر بامراه أ تحل له ابنتها قال نعم و نحوها الصّحيح الى ابن ابي عمير عن هشام بن عيسى و منها الموثقان في احدهما عن رجل تزوج امراه سفاحا هل تحل له ابنتها قال نعم ان الحرام لا- يحرم الحلال و منها الأخبار المنجبر قصور اسانيدها بالاصول و العمومات و فتوى معظم الاخير و مخالفه ما عليه اكثر الفجار في احدها عن الرجل يأتي المرأه حراماً أ يتزوجها قال نعم و امها و ابنتها و الجواب تاره بحمل الفجور و الاتيان فيها على نحو القبله و اللّمس دون الدّخول و اخرى بحمل المسئول عن حليتهنّ زوجات له قبل الدّخول بامهاتهنّ مثلاً مدفوع أوّلاً بمخالفتها الظاهر و لا سيّما الأوّل و قد وقع مثله في اكثر الاخبار المتقدّمه و فهموا منه الدّخول مع منافاه الثّاني لأكثرها المتضمّن للفظ التّزويج الظاهر في المستقبل و ثانياً بمنافاتهما التّعليل المصّرّح به فيها مع تايدته بالحصر المستفاد من بعض الاخبار كروايه زراره الضّعيفه بموسى بن بكر على الأشهر و الحسنه عند بعض قال ابو جعفر ع ان زنى رجل بامراه ابيه او جاريه ابيه فانّ ذلك لا يحرمها على زوجها و لا يحرم على سيدها أنّما يحرم ذلك منه اذا اتى الجاربه و هي حلاله فلا- تحل بذلك الجاربه ابدا لابنه و لا لأبيه و اذا تزوّج رجل امراه تزويجا حلالاً فلا تحل تلك المرأه لأبيه و لا لابنه و الضّعف لو كان لانجبر بما تقدّم و بالجمله العدول عن ظواهر هذه الاخبار المعترضه بالاصل و العمومات من الكتاب و السنّه و عمل اكثر القدماء الذين هم اساطين العلماء و الاجماع المنقول و مخالفه العامه بمثل ظواهر الاخبار المتقدّمه مشكل مع أنّ تلك الاخبار صحاحها غير ناصه على التحريم و النّاصه منها ليست بصحاح عدا واحد منها و لا يكافؤ ما قدّمناه من الصّحاح و غيرها و دعوى

الانجبار بالشّهرة في الضّعاف مدفوعه بما عرفت من أنّ الشّهرة بين القدماء في الخلاف و الشّهرة المتاخره على تقديرها لا تعارضها مع ان عمده من نسب اليه القول بالاول هو الشيخ في النّهايه و الخلاف و قد صرح ابن ادريس برجوعه عنه في التبيان هذا و العمل على القول الأوّل احتياطاً و قد يناقش في جميع ما ذكره امّياً اوّلاً فبالمنع من كون لفظ الفجور حقيقه في الزنا و الوطء بل هو حقيقه في القدر المشترك بين جميع المعاصي التي من جملتها القبله و اللّمس و نحو ذلك اذا وقعت على الوجه المحرم و لذا يقال فلان فاسق فاجر اذا صدرت منه معصيه كائنه ما كانت و لو كانت صغيره و يدلّ على الوضع للقدر المشترك تبادره و عدم صحه السّلب في جميع المعاصي و الاستثناء و حسن الاستفهام و اصاله الوضع للقدر المشترك بين جميع افراد ما استعمل فيه اللفظ و صحّه التقسيم و التقييد و الاطراد و روايه منصور بن حازم المتقدّمه و هي و ان كانت ضعيفه السند الا ان الضّعف هنا منجبر بالشّهرة و الإجماع المحكى في الغنيه فاذا يقيد بها اطلاق اكثر الاخبار التي استدلّ بها على القول الثّاني و امّا لفظ اتيان المرأه فهو أيضاً موضوع لما يعم اللّمس و القبله مع ان الرّوايه المشتمله عليه ضعيفه السند باعترافه فلا تصلح للحجّيه لا يقال الفجور بالمره و اتيانها و ان كانا موضوعين للقدر المشترك بين نحو اللّمس و القبله و التفخيذ الا ان المتبادر من اطلاقهما هو الرّنا و الوطء كما أنّ المتبادر من لفظ التّقدّ الرّائج و من الغسل الغسل بالماء فيجب حملة عليه لأننا نقول لا نسلم ذلك و الشّاهد عليه التّفصيل في روايه منصور بن حازم المتقدّمه سلمنا و لكن الحمل عليه يستلزم التّخصيص في قوله تعالى وَ لَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ وَ التّجوز في الأخبار التي استدلّ بها على القول الأوّل بالحمل على الكراهه و لا ريب ان حمل الاطلاق الذي له

و هو القدر المشترك و المعنى الاعم اولى من ارتكاب التخصيص و التجوز فانّ الاوّل ليس مجاز قطعاً غايته أنّه صار خلاف الظاهر بالعرض و لكنه ليس كالأخيرين المذنبين هما مخالفان للأصل و الظاهر بالذات اللهمّ الا ان يقال انّ الحمل على القدر المشترك مع ظهور الاطلاق في الوطاء يستلزم محذورين مخالفين للأصل احدهما حمل الاطلاق على خلاف ما هو المتبادر منه و ثانيهما تخصيص عموم الروايات المصرّحة بانّ الفجور بالمراه و اتيانها حراماً لا يوجب نشر الحرمة .... عدم وقوع الوطاء و من الظاهر انّ حمل الاخبار الظاهره في افاده الزنا نشر الحرمة على الكراهه اولى فانه محذور واحد و هو التجوز و لا ريب في ان الامر اذا دار بين محذورين و محذور واحد كان الاخير اولى على أنّه قد منع جماعه من محققى متأخرى المتأخرين من ظهور النهى في اخبار الائمه عليهم السّلام في الحرمة لغلبه استعماله في الكراهه بحيث صارت من المجازات الزاجحه المساوى احتمالها لاحتمال الحقيقه و عليه لا تدلّ الاخبار المتضمّنه على النشر و لو خلت عن المعارض و قد يجاب عما ذكر بالمنع من لزوم المحذورين ان حمل الاخبار المصرّحه بان الفجور بالمراه لا يوجب نشر الحرمة على اراده اللمس و التّفخيز و القبلة بل أنّما يلزم ح محذور واحد و هو حمل اللفظ على خلاف ظاهره كما اذا سلم كون الفجور بالمراه حقيقه في الوطاء و حمل على نحو اللمس و القبلة فانه محذور واحد قطعاً و هو التجوز و الظاهر انّ ارتكاب هذا المحذور الواحد اولى من حمل النهى و نفى التحليل في الاخبار المتقدمه الداله بظاهرها على افاده الزنا نشر الحرمة لوجوه احدها ان استعمال نفى التحليل في الكراهه في غايه القله بل لم يحضرني شاهد له فيكون كالصّريح في اراده الحرمة و لا كك استعمال الفجور في نحو اللمس و القبلة فانه كثير شايع بل هما من افراد الحقيقه و ان كانا مخالفين لظ الاطلاق و من الظاهر ان ارتكاب التّاويل فيه اولى من ارتكاب التّاويل في نفى التحليل و ثانيها ان ارتكاب التّاويل في نفى التحليل يستلزم ارتكاب التّاويل في النهى أيضاً فيلزم ارتكاب التّاويل في نوعين من الألفاظ الظاهره في المنع فيكون كارتكاب محذورين و لا كك ارتكاب التّاويل في لفظ الفجور فانه محذور واحد فيكون اولى و امّا منع دلالة النهى في اخبار الائمه عليهم السّلام فضعيف في الغايه كما بيناه في كتبنا الاصوليه و ثالثها ان التّفصيل في خبرى عيص بن القاسم و منصور بن حازم ربما يمنعان من حمل النهى على الكراهه لأنى لم اجد قائلاً بهذا التّفصيل فيها فت و رابعها انّ ظ اخبار النهى و نفى التحليل معتضد بالشّهيره و لا كك ظاهر الاخبار المصرّحه بان الفجور لا يوجب نشر الحرمة فيكون ارتكاب التّاويل فيه اهن من ارتكاب التّاويل فيها و خامسها ان حمل النهى و نفى التحليل على الكراهه يستلزم ارتكاب التخصيص في عموم قوله تعالى **وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ** و لا كك ارتكاب التّاويل في الاخبار المصرّحه بانّ الفجور بالمراه لا يوجب نشر الحرمة فيكون اولى كما لا يخفى و لذا اجاب عنها في لف قائلاً الجواب عن الأحاديث بالقول بالموجب و المراد بالفجور ما يكون دون الوطاء و الافضاء اما مع الافضاء فلا يجوز و يؤيد هذا التّاويل روايه عيص و منصور بن حازم لا يقال ارتكاب التّاويل في الاخبار المصرّحه بان الفجور بالمراه لا يوجب نشر الحرمة يوجب تخصيص عموم قوله تعالى **أَوْفُوا بِالْعُقُودِ** و العمومات الداله على شرعيه النكاح و لزوم الوفاء بالشّروط و لا كك ارتكاب التّاويل في اخبار النهى و نفى التحليل فيكون اولى لأننا نقول قوله تعالى **وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ** اخصّ من هذه العمومات فتخصّص بها فيتّجه ما ذكرناه سابقاً فت و امّا ثانياً فبانّ قوله ق ره و قد وقع مثله في اكثر الاخبار المتقدمه و فهموا منه الدخول لا يمكن ان يصير شاهداً على ظهور لفظ الفجور بالمراه في الزنا و الوطاء حيثما يطلق لاحتمال استناد فهمهم الوطاء منه في تلك الاخبار الى الفاظ النهى و نفى

التحليل فأنهما لا يتعلقان الا بالطوى بناء على انّ اللّمس و القبلة لا يوجبان نشر الحرمة و ان قلنا بافادتهما ذلك ثبت افاده الوطء نشر الحرمة بطريق اولى فالتجوّز فى تلك الاخبار ان حمل على القدر المشترك بين الامرين و الوطء افاد المدعى و هو افاده الزّنا نشر الحرمة كما ان حملة على الزّنا بالخصوص يفيد ذلك و كك حملة على خصوص ذينك الامرين يفيد ايضا فعلى اى تقدير يصحّ الاستدلال بتلك الاخبار على المدعى بعد مراعات اصاله حمل النهى و

نفى التحليل على الحرمة لكونها معنى حقيقيا لها و لا صارف عنه و لا يمكن ان يقال بمثل هذا فى الاخبار المصرّحة بان الفجور بالمراه لا- يوجب نشر الحرمة لأنه ان حمل الفجور فيها على ذينك الامرين لم يثبت كون الوطء و الزنا غير مفيد لنشر الحرمة كما لا- يخفى فالفرق بين المقامين فى غايه الوضوح و اما ثالثا فبان قوله ق ره مع منافات الثانى لأكثرها المتضمن للفظ يتزوج الظاهر فى المستقبل مدفوع بالمنع من ظهور اللفظ المذكور فى المستقبل بل هو القدر المشترك بين تجديد التزويج و البقاء عليه فأنه تزوج اى قبول للزّوجيه فان باب التفعّل موضوع للقبول مط و لذا يصحّ ان يقال من غير صحّ السلب انا الان متزوج بفلانه مع وقوع العقد عليها و الدخول بها سابقا بمدته طويله سلمنا الظهور و لكنه ليس من ظهور اللفظ فيما وضع له بل من ظهور المطلق فى فردة الشائع سلمنا انه من ظهور اللفظ فى معناه الحقيقى و لكن ينبغى حملة على المعنى المجازى فانه اولى من حمل النهى و نفى التحليل فى الاخبار الدّالة على القول الاول على الكراهه لوجوه تقدّم اليها الاشارة و اما رابعا فبانّ قوله ق ره و ثانيا بمنافاتهما التعليل المصرح به فيها مدفوع بانّ المنافاه ممنوعه فانه يصحّ تعليل نفى افاده اللّمس و القبلة نشر الحرمة بذلك كما يصحّ تعليل البقاء على الزّوجيه نعم التعليل عام يشمل محل البحث و لكن العام يجب تخصيصه هنا بادله القول الاول على ان الظاهر من بعض الاخبار المتقدمه اختصاص التعليل بغير محل البحث و هو صورته سبق العقد على الزنا و ربما كان هو مقتضى ظ اللفظ اما لان حرف التعريف فى الحرام و الحلال للعهد الخارجى او لأنّ الظاهر من الحرام و الحلال الامران الواقعان فى الخارج و لا يمكن فرضهما الا فى صورته سبق العقد على الزّنا و قد اشار الى هذا السيد الاستاذ س ره فت و اما رابعا فبانّ قوله س ره مع تايدته بالحصر المستفاد من بعض الاخبار كروايه زراره مدفوع بانّ الروايه المذكوره ضعيفه السند بموسى بن بكر فان الشيخ و العلّامة صرّحا بانّه واقفى و لم يذكر له مدحا كغيرهما من مشاهير علماء الرّجال و مع هذا فقد اعترف بانّ المشهور ضعفه و ليس توصيف بعض

ص: ٥٤١

ايه بالحسن يقتضى حسنه خصوصا فى مقابله الاكثر و اما قوله ق ره و الضّعف لو كان لانجير بالاصل و العمومات و فتوى معظم الاخبار و مخالف ما عليه اكثر الفجار فمدفوع بالمنع من صلاحية ما ذكر لجبر سند الخبر الضّعيف اما الاصل فلأنّنه لا وجه لكونه جابرا لذلك لا من عقل و لا من نقل مع أنّا لم نجد احدا من الاصوليين و لا من الفقهاء و لا من المحدّثين ذهب الى حجّية الخبر الضّعيف بحيث يصحّ الاعتماد عليه من حيث هو و يخصّص به العمومات و يقيد به المطلقات و يدفع به الظواهر و يرتكب التاويل فيها باعتبار موافقته للأصل بل الظاهر من كلماتهم و طريقتهم قديما و حديثا خلاف ذلك و لزوم العمل بمضمونه باعتبار الاصل غير كونه دليلا فى نفسه على أنّا قد بينا أنّ الاصل هنا معارض بمثله بل و اقوى منه فلا يصلح للجبر على اى تقدير و اما العمومات فلمثل ما ذكرناه فى عدم صلاحية الاصل للجبر و اما فتوى معظم الاخبار فلأنّنها أنّما تصلح للجبر اذا بلغت حد الشّهره و هو هنا ممنوع لما عرفت من ان معظم على القول بالنّشر و فتوى جماعه قليلة لا- تصلح للجبر قطعا و امّا مخالفه ما عليه اكثر الفجار فلمثل ما ذكرناه فى عدم صلاحية الاصل للجبر سلمنا و لكن مخالفتهم ممنوعه بل صرّح السيد الاستاذ س ره بالخلاف و

اما قوله س ره و بالجمله العدول اه فلما ذكره السيد الاستاذ ق ره قائلا الجواب عن الاخبار بانها لا تنهض لمعارضه الاخبار الداله على التحريم فانها اكثر عددا و اصح سندا و اوفق بالاحتياط المطلوب خصوصا فى امر الفروج و هى مع ذلك اشهر بحسب الزوايه و الفتوى و ابعده عن مذاهب جمهور اهل الخلاف فان المشهور بينهم كما يستفاد من كلام السيد فى الانتصار التحليل و يشعر به قوله ع فى صحيحه مرازم و قد سألنى بعض هؤلاء عن هذه المسأله فقلت له امسكها فان الحلال لا يفسده الحرام فيجب حمل ما يعارضها على التقيّه او تاويلها بما يوافق المشهور بالحمل على الزنا المتأخر او حمل الفجور فيها على ما دون الزنا حملا للمطلق على المقيّد و ليس ذلك بابعده من حمل عدم الحّل على الكراهه بل و من حمل النهى عليها أيضا لوقوعه جوابا عن سؤال التزويج و الفرض منه السؤال عن الحّل كما هو ظ فيكون المراد من النهى التحريم ضروره و جوب المطابقه بين السؤال و الجواب و يؤيده ما فى صحيحه محمّد بن مسلم المتقدمه لمقابلته لنفى التحريم فى الزنا المتأخر و مع ذلك فقد تضمّنت روايات الحّل التعليل بما لا- يناسب من ان الحرام لا يفسد الحلال فان الظاهر من الحلال ما كان حلالا بالفعل و الحليّه لحلّ منتفيه فى صورته تقدم الزنا كما هو فرض المسأله فهذا مما يقرب الحمل على الزنا المتأخر او التقيّه كما قلناه فتدبر و يؤيد ما ذكره السيد الاستاذ ق ره ان اخبار التحريم معتضده باصول كثيره و بعموم الكتاب و بالإجماع المنقول فى الغنيه فوجوه الترجيح معها فلا ينبغى العدول عنها و المصير الى اخبار الحّل فاذا المعتمد هو القول الاول و

### ينبغى التنبيه على امور

### الاول اذا كان الزنا متأخرا عن العقد و واقعا بعده

كما اذا تزوج بامرأه ثم زنى بامرأه او بنتها فلا يوجب نشر الحرمة و ان قلنا بكونه موجبا له او سبق العقد كما صرح به فى التافع و يع و عد و المهذب البارع و جامع المقاصد و لك و ضه و غايه المرام و لهم وجوه منها ما تمسك به فى لك و الكشف و ض من ان العقد وقع صحيحا فالاصل بقاؤه الى ان يعلم طرو الفساد عليه و منها ظهور الاتفاق عليه و منها انه صرح فى الرياض بدعوى الاجماع عليه قائلا لا ينشر الزنا الحرمة اذا كان لاحقا للعقد و الدخول اجماعا و يعضده اولا تصريح لك و غايه المرام بانه اتفق الاصحاب على ان الزنا اللاحق للعقد الصّحيح لا ينشر حرمة المصاهره و ثانيها ظهور عباره المهذب البارع فى دعوى الاتفاق على ذلك أيضا و منها جمله من الاخبار احدها ما تمسك به فى غايه المرام من صحيحه لمحمّد بن مسلم و قد تقدّمت و ثانيها موثقه عمّار المتقدمه و ثالثها ما تمسك به فى غايه المرام أيضا من خبر الحلبي الذى وصفه بالحسن عن ابى عبد الله ع فى رجل تزوج جاربه فدخل بها ثم ابتلى بامرأه ففجر بامرأه أ يحرم عليه امراته فقال لا- انه لا- يحرم الحلال الحرام و رابعها ما تمسك به فى غايه المرام أيضا من خبر زراره الذى وصفه بالحسن عن ابى جعفر ع انه قال رجل زنى بام امراته او بابنتها او باختها فقال لا يحرم ذلك عليه امراته و يعضد ما ذكر عموم الاخبار المتقدمه التى استدل بها فى الرياض على القول الثانى و ان قلنا باختصاص مواردنا بصوره وقوع الزنا قبل العقد كما زعم فهى يدل على المدعى بالفحوى فت و لا فرق فى ذلك بين وقوع الزنا بعد الدخول بالزوجه او قبله كما هو مقتضى النافع و يع و عد و جامع المقاصد و لك و صرح به فى المهذب البارع و غايه المرام و الكشف و الرياض و صرح فيه بانه الاشهر بل صرح فى غايه المرام بانه مقتضى اطلاق كلام الاصحاب و يدل عليه اطلاق التصوص المتقدمه كما صرح به فى غايه المرام و الرياض و حكى فيه و فى المهذب البارع و الكشف عن ابن الجنيد التفرقه بين صورتى الدخول بالزوجه فلا- يكون الزنا ناشرا للحرمة و عدمه فيكون ناشرا لها و احتج له فى الكشف اولا بقوله



تعالى وَ لَّا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مَعَ عَدَمِ الْقَوْلِ بِالْفَرْقِ وَ ثَانِيَا بِخَيْرِ عَمَّارٍ عَنِ الصَّادِقِ ع فِي الرَّجُلِ يَكُونُ لَهُ الْجَارِيَةُ فَيَقَعُ عَلَيْهَا ابْنُ ابْنِهِ قَبْلَ أَنْ يَطَّأَهَا الْجَدُّ أَوْ الرَّجُلُ يَزْنِي بِامْرَأَةٍ هَلْ يَحِلُّ لِابْنِهِ أَنْ يَزْوِجَهَا قَالَ لَا أُنَمَّا ذَلِكَ إِذَا تَزَوَّجَهَا فَوَطَّئَهَا ثُمَّ زَنِيَ بِهَا ابْنُهُ لَمْ يَضُرَّهُ لِأَنَّ الْحَرَامَ لَا يَفْسُدُ الْحَلَالَ وَ كَكَ الْجَارِيَةُ وَ يَعْضُدُهُ مَا ذَكَرَهُ فِي غَايَةِ الْمَرَامِ مِنْ خَيْرِ أَبِي الصَّيْبَانِ الْكِنَانِيِّ عَنِ الصَّادِقِ ع أَنَّهُ قَالَ إِذَا فَجَرَ الرَّجُلُ بِامْرَأَةٍ لَمْ يَحِلَّ لَهُ ابْنَتُهَا أَبَدًا وَ أَنْ كَانَ قَدْ تَزَوَّجَ ابْنَتَهَا قَبْلَ ذَلِكَ وَ لَمْ يَدْخُلْ بِهَا فَقَدْ بَطُلَ تَزْوِيجُهُ وَ أَنْ هُوَ تَزَوَّجَ ابْنَتَهَا وَ دَخَلَ بِهَا ثُمَّ فَجَرَ بِأَمِّهَا بَعْدَ مَا دَخَلَ بِابْنَتِهَا فَلَيْسَ يَفْسُدُ فَجُورُهُ بِأَمِّهَا نِكَاحَ ابْنَتِهَا إِذَا دَخَلَ وَ هُوَ قَوْلُهُ لَا يَفْسُدُ الْحَرَامَ وَ يَجِبُ عَنِ الْأَوَّلِ أَوْلًا بِأَنَّهُ يَجِبُ تَخْصِيصُهُ بِالْأَدَلَّةِ الْمُتَقَدِّمَةِ الدَّالَّةِ عَلَى عَدَمِ الْفَرْقِ بَيْنَ الصُّورَتَيْنِ وَ ثَانِيًا بِأَنَّ هَذَا الْعُمُومَ مَعَارِضٌ بِالْعُمُومَاتِ الْقُرْآنِيَّةِ الْمُقْتَضِيَةِ لِلْحَلِّ وَ هِيَ أَوْلَى بِالْتَّرْجِيحِ لِاعْتِضَادِهَا بِالشَّهْرِ الْعَظِيمَةِ الَّتِي لَا يَبْعُدُ مَعَهَا دَعْوَى شَذُوزِ الْمَخَالَفِ وَ ثَالِثًا بِمَا ذَكَرَهُ فِي الْكَشْفِ قَائِلًا الْجَوَابَ عَنْهُ بِالْمَنْعِ مِنْ أَرَادَةِ الْوَطْءِ وَ مَا يَعْمَهُ وَ فِيهِ نَظَرٌ وَ عَنِ الثَّانِيِ أَوْلًا بِضَعْفِ السَّنَدِ كَمَا صَرَحَ بِهِ فِي الْكَشْفِ وَ ثَانِيًا بِضَعْفِ الدَّلَالَةِ كَمَا صَرَحَ بِهِ فِي الْكَشْفِ وَ فِيهِ نَظَرٌ وَ ثَالِثًا بِعَدَمِ صِلَاةِ لِمَعَارِضِهِ مَا دَلَّ عَلَى الْمَخْتَارِ

عَنِ الثَّالِثِ

ص: ٥٤٢

أَوْلًا بِضَعْفِ السَّنَدِ عَلَى الظَّاهِرِ وَ ثَانِيًا بِمَا ذَكَرَهُ فِي الرِّيَاضِ قَائِلًا وَ هُوَ ضَعِيفٌ لِشَذُوزِهِ وَ قَدْ ادَّعَى جَمَاعَةٌ مِنَ الْأَصْحَابِ الْاجْتِمَاعِ عَلَى خِلَافِهِ وَ يَعْضُدُ مَا ذَكَرَهُ مَا تَبَّهَ عَلَيْهِ فِي غَايَةِ الْمَرَامِ قَائِلًا لَا أَعْلَمُ بِمُضْمُونِ هَذِهِ الرَّوَايَةِ قَائِلًا وَ فِي طَرِيقِهَا مُحَمَّدُ بْنُ الْفَضِيلِ وَ هُوَ مُشْتَرِكٌ بَيْنَ الثَّقَةِ وَ الضَّعِيفِ

### الثَّانِي صَرَّحَ فِي جَامِعِ الْمَقَاصِدِ وَ ضَهَّ بِأَنَّهُ لَا فَرْقَ فِي عَدَمِ تَحْرِيمِ الْمُنْكَوْحَةِ بِالزَّوْنِ الْآخِرِ

بَيْنَ كَوْنِهَا مَعْقُودًا عَلَيْهَا أَوْ مَوْطُوءَةً بِالْمَلِكِ وَ هُوَ جَيِّدٌ وَ يَدْخُلُ فِي الْمَعْقُودِ عَلَيْهَا الْمَتَمَتِّعُ بِهَا وَ بِالْجَمَلَةِ لَا فَرْقَ فِي جَمِيعِ مَا ذَكَرَ بَيْنَ الدَّائِمَةِ وَ الْمُنْقَطِعَةِ وَ الْمَمْلُوكَةِ فَيَحْرَمُنَ بِالزَّوْنِ السَّابِقِ دُونَ الْآخِرِ

### الثَّالِثُ لَوْ زَنِيَ بِالْعَمَّةِ وَ الْخَالَهِ لَهُ حَرَمَتْ عَلَيْهِ بِنَاتُهُمَا إِذَا كَانَ الزَّوْنُ بِهِمَا قَبْلَ الْعَقْدِ عَلَيْهِنَ مَط

أَمَّا عَلَى الْمَخْتَارِ فَوَاضِحٌ وَ أَمَّا عَلَى غَيْرِهِ فَلَمَّا ذَكَرَهُ فِي الرِّيَاضِ قَائِلًا وَ عَلَى الْمَخْتَارِ يَسْتَشْنِي مِنْهُ مَا لَوْ زَنِيَ بِالْعَمَّةِ وَ الْخَالَهِ لَهُ فَأَنَّهُ حَرَمَتْ عَلَيْهِ بِنَاتُهُمَا فِي الْمَشْهُورِ بَيْنَ الْأَصْحَابِ بَلْ عَلَيْهِ الْاجْتِمَاعُ فِي التَّذْكَرَةِ وَ عَنِ الْمُرْتَضَى وَ هُوَ الْحُجَّةُ لَا الْخَبْرَانِ أَحَدُهُمَا الْحَسَنُ عَنِ رَجُلٍ نَالَ مِنْ خَالَتِهِ فِي شَبَابِهِ ثُمَّ ارْتَدَعَ أَيْ تَزَوَّجَ ابْنَتَهَا فَقَالَ لَا فَقَالَ أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ أَفْضَى إِلَيْهَا شَيْئًا أُنَمَّا كَانَ شَيْءٌ دُونَ شَيْءٍ فَقَالَ لَا تَصَدَّقْ وَ لَا كِرَامَةٌ وَ نَحْوَهُ الْمَوْثِقُ لِاخْتِصَاصِهِ بِالْخَالَهِ وَ مَا فِي مَتْنِهِ مِنَ الرَّوَايَةِ لِتَصْرِيحِ السَّائِلِ بِعَدَمِ الْمَوَاقِعِ وَ رَدَّهُ عَ بَأَنَّهُ لَا تَصَدَّقْ وَ لَا كِرَامَةٌ وَ مِثْلُهُ غَيْرُ لَائِقٍ بِالْأَثْمَةِ عَلَيْهِمُ السَّلَامُ وَ لَعَلَّهُ لِذَا تَوَقَّفَ فِيهِ فِي لَفِ الْعَلَامَةِ تَبَعًا لِلْحَلِيِّ وَ لَكِنْ اسْتِنَادَهُ إِلَى عُمُومِ ادِّلَّةِ الْإِبَاحَةِ

### الزَّابِعُ لَا يَلْحَقُ بِالزَّوْنِ الْوَطْءُ فِي الْقَبْلِ النَّظَرِ وَ اللَّمَسِ وَ التَّقْبِيلِ بِشَبُوهِ

و كذا التفخيز و هل يلحق به وطى الدبر او لا فيه اشكال و الاحوط اللاحق بل هو الاقرب

**منهل اختلف الاصحاب فى سببته الوطء بالشبهه الذى هو قبل العقد لحرمة ما يحرم بسبب الوطء الصّحيح من المصاهره**

**اشاره**

و هو تحريم أمهات الموطوءه و ان علون و بناتها و ان نزلن و تحريم منكوحه الابن على الأب و بالعكس على قولين الاوّل انه يوجب نشر الحرمة كالوطى الصّحيح و هو للوسيله و القواعد و لف و الايضاح و التنقيح و اللّمعه و جامع المقاصد و لك و ضه و غايه المرام و الرّياض و الكشف و المحكّي فى جملة من الكتب عن الشّيخ فى التّهايه و فى المهذب البارع عن اكثر كتب العلامه و منها التذكره على ما صرح به فى يع و صرح فى لك و الكفايه و غيرهما بانه المشهور و فى الرّياض بانه مذهب الاكثر الثّانى انه لا يوجب نشر الحرمة و هو للّنّافع و الشّرائع و المحكّي فى جملة من الكتب عن ابن ادريس و فى المهذب البارع عن التّحرير للأوّلين وجوه منها ما تمسّك به فى الرّياض قائلًا- و فى تحريم المصاهره بوطى الشّبهه تردّد اشبهه انه لا يحرم وفاقا للحلّى خلافاً للأكثر بل عن المبسوط عدم الخلاف فيه و فى كره الاجماع عليه و فيه عن ابن المنذر فنسبه الى علماء الامصار و عد منهم اصحاب النّصّ و هم الاماميّه و هو الاظهر اذ الاجماع المحكى فى حكم الخبر الصّحيح و هو حجه سيّما مع اعتضاده بفتوى الأصحاب كثر بل و دعوى عدم الخلاف و قد تمسّك بالاجماع المنقول فى جامع المقاصد أيضاً قائلًا بعد الاشاره الى تفسير الوطء بالشّبهه قال المص فى التذكره و هذا يتعلق به التّحريم اجماعاً لتعلّقه بالوطى المباح ثم حكى عن ابن المنذر انه قال اجمع كل من يحفظ عنه العلم من علماء الامصار على ان الرّجل اذا وطى امرأه بنكاح فاسد او بشراء فاسد أنّها يحرم على ابيه و ابنه و اجداده و ولده و هذا مذهب مالك و الاوزاعى و الثورى و الشّافعى و احمد و اسحاق و اصحاب الرّأى و اصحاب النّصّ و هم الاماميّه هذا كلامه و ظاهره عدم الخلاف فى ذلك الا ان ابن ادريس منع التّحريم فيه و قد حكاه المص عنه فى لف و كذا غيره و الأصحّ التّحريم لنا الاجماع المنقول فى كلام المص و غيره و لا يضر مخالفة معروف الاسم و التّسب لا يقال قد انكر ابن ادريس كون ذلك مذهب الامامى قائلًا ان عقد الشّبهه و وطى الشّبهه لا ينشر الحرمة و لا يثبت به تحريم المصاهره مجال و أنّما اصحابنا رووا انه يلحق به الولد و لا- يحد فاعله و ما سوى هذين الحكمين فحكمه حكم الوطء الحرام و عند الشّافعى ينشر تحريم المصاهره و لا يثبت به حرمة المحرم و ان كان شيخنا قد اورد ذلك فى ضه فهو رأى الشّافعى لا رأى الامامى لأننا نقول لا- عبره بانكار ابن ادريس فان المثبت مقدّم على التّنافى و المقطوع اولى من المظنون و لا يقال قد منع فى لك من التمسّك بالاجماع هنا قائلًا و اما الاستدلال فى المسأله بالاجماع فلا يخ من مجازفه نعم هو قول المعظم لأننا نقول ما ذكره مدفوع بما دل على حجّيه الاجماع المنقول خصوصاً اذا اعتضد بالشّهره العظيمه و منها أنّ الرّنا يوجب نشر الحرمة فيلزم ان يكون الوطء بالشّبهه كك اما الاوّل فلما بيّناه و اما الثّانى فلوجهين احدهما ظهور عدم القائل بالفرق بين الامرين كما تبّه عليه فى لف قائلًا قد بيّنا فيما سلف أنّ الرّنا ينشر حرمة المصاهره على قول كثير من اصحابنا و منع آخرون منه و يلزم القائل بذلك فى الرّنا القول به فى عقد الشّبهه و وطى الشّبهه و ثانيهما ما تمسّك به فى التنقيح و جامع المقاصد و لك و غايه المرام و الرّياض من ان الرّنا يحرم فالوطى الشّبهه اولى لأنّه وطى محترم شرعاً فيكون الحاقه بالوطى الصّحيح فى ثبوت حرمة المصاهره اولى من الرّنا و لعله الى هذا اشار فى الايضاح بقوله و الحق عندى التّحريم لما يأتى فى تحريم الرّنا و صرّح فى لك بأنّه لا يقدر تخلف المحرميه قائلًا لأنّها اباحه يحل النّظر بسببه فجاز اشتراطه بكمال حرمة الوطء و الموطوءه لا يباح النّظر اليها للواطى فلاقاربها اولى و قد اشار الى هذا فى الرّياض أيضاً قائلًا لو قلنا بحصول النّشر بالرّنا و جب القطع بحصوله هنا لكونه بطريق اولى و منها ما تمسّك به فى جامع

المقاصد قائلًا و لأنَّ معظم احكام الوطء الصَّحيح لاحقه به فان اعظم احكامه النسب و هو فى الشَّبهه كالصَّحيح و كذا وجود المهر و تخلف المحرميه لا يضر فانها متعلقه بكمال حرمة الوطء لأنها اباحه لمحلَّ النَّظر و لان الموطوءه لم تستبح النَّظر الى امها و بنتها و ما ذكره يحتمل امرين

احدهما الاشاره الى التَّميِّك بقاعده الاستقراء و هو حسن بناء على المختار من اصاله حجَّيه الظَّن و قد اشار اليه فى الرياض أيضًا بقوله للإجماع المنقول المعتضد بفتوى الاكثر و مشاركه الشَّبهه الصَّحيح فى اغلب الاحكام المورثه للمظنَّه القويَّه و ثانيهما ما ذكره فى الايضاح قائلًا و الحق عندى التحريم لوجود احكام

ص: ٥٤٣

الصَّحيح به من لحوق النسب و وجوب المهر فيحصل التحريم اذ وجود احد المعلومين يستلزم وجود الاخر قالوا لو لم توجد المحرميه و هو من احكام النكاح الصَّحيح قلنا مع التعارض بين التحليل و التَّحريم يغلب التحريم لأنه احتراز عن الضَّرر المظنون و لان المحرميه تتعلق بكمال حرمة الوطء لأنها اباحه و لأنَّ الموطوءه بالشَّبهه لم يستبح النَّظر اليها فالى امها اولى و قد ضعف فى لك الوجه المذكور معللاً بأنه لا يلزم من ثبوت حكم لدليل ثبوت اخر مناسبه كما ان المحرميه منتفيه عن وطى الشَّبهه بالإجماع مع أنها من جمله معلولات الوطء الصَّحيح و منها ما تبه عليه فى الرياض قائلًا و ربما يستدل للمختار أيضًا بعموم قوله سبحانه و لا تَنكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ بناء على كون النكاح حقيقه فى الوطء على الاشهر الاظهر كما مرَّ فيستصحب الى ثبوت الناقل و لم يثبت ألما فى المتشرعه لاختصاص ما تقدّم من الإجماعات المنقوله فى صدر الكتاب بها فالاصل يقتضى حمله فى الآيه على الوطء فت لا- يقال ما ذكره مدفوع بما حكاه فى المهذب البارع عن بعض قائلًا و قال فى ط بالتَّحريم لقوله تعالى و لا تَنكِحُوا الايه و اجيب بانّ دلالة الآيه فى هذا الباب ظتيه فلا يرفع الحلَّ المتيقن لأننا نقول لا نسلم تيقن الحل فى محل البحث بل هو عين المتنازع نعم الاستصحاب يقتضى بقاءه و هو لا يصلح لمعارضه ظ الآيه الشَّريفه و ان كان القاطع على حجَّيته بخصوصه مضافا الى عموم ما دلَّ على اصاله حجَّيه الظَّن عندنا و ليس الاستصحاب كك فان جمعا كثيرا من فحول الاماميه على عدم حجَّيه و على تقدير تسليم حجَّيته فالظاهر اتفاق المحققين على عدم صلاحيته لمعارضه ظ الكتاب و منها ما تبه عليه فى المهذب البارع قائلًا الحق الشَّيخ الشَّبهه بالصَّحيح فى المصاهره لأنه احوط و منها ما اشار اليه فى الكشف من عموم قوله تعالى و أمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ بناء على انّ الاضافه يكفى فيها ادنى ملابسه كما تقدّم اليه الاشاره و منها عموم صحيحه عيص بن القسم النَّاشى من ترك الاستفصال قال سألت ابا عبد الله ع عن رجل باشر امرأه و قبل غير أنه لم يفيض اليها ثم تزوج ابنتها فقال اذا لم يكن افضى الى الام فلا باس و ان كان افضى اليها فلا و يعضدها موثقه عمَّار روايه اخرى حسنه تقدّم اليهما الإشاره و للآخرين وجوه أيضا منها ما اشار اليه فى لك و غايه المرام من عدم النَّص و اصاله بقاء الحلَّ و اجاب عنه فى الرياض قائلًا و الاصل معارضه بمثله و منها ما اشار اليه فى الكشف من عموم قوله تعالى و اِحْلَلْ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ ثُمَّ اجاب عنه اولا بتخصيصه بالاخبار و ثانيا بانّ الغالب فى الكتاب البناء على ما هو الاصل فى الشَّريعه و منها عموم قوله تعالى فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ و فيه نظر تقدم اليه الاشاره فاذن المعتمد هنا هو القول الاول مع انه احوط و

ينبغى التَّنبيه على امور

الاول صرح فى جامع المقاصد و لك و غايه المرام بانّ المراد بوطى الشَّبهه ما ليس بمستحق منه

مع عدم العلم بتحريمه كالوطى فى نكاح فاسد او شراء فاسد لم يعلم فسادهما او لامرأه ظنّها زوجته او امته او امه مشتركه بينه و بين غيره ظنّ اباحتها بذلك

### الثانى هل يختصّ افاده وطى الشبهه التّحريم بصوره عدم سبق العقد و الملك

فلو وقع بعد العقد و الملك لم يفد التّحريم فيكون حكمه حكم الزّنا فلو وطى الاب زوجة الابن لشبهه لم تحرم على الابن او لا بل يفيد التّحريم مط و لو وقع بعد العقد صرّح بالأوّل فى المهذب البارع و لك و الرّوضه و غايه المرام و هو ظ اللّمعه و يظهر الثّانى من اطلاق عد و لف و الايضاح و جامع المقاصد و الكشف و الرّياض و المحكى فى الكشف و غيره عن التّهايه و المبسوط و كره بل صرّح فى الكفايه بدعوى الشّهره عليه قائلًا و فى نشر الحرمة بوطنى الشّبهه اقوال ثالثها نشرها مع السّبق خاصّه و المشهور نشر الحرمة به مط و المسأله محلّ اشكال هذا و يظهر من الشّرائع و النّافع و القواعد و الارشاد و لف و الايضاح و جامع المقاصد و الكشف أنّ فى وطى الشّبهه قولين التّحريم مط و العدم كك و المسأله محلّ اشكال من الاصل و اختصاص قاعده الاولويّه المقتضيه لإفاده وطى الشّبهه الحرمة بصوره عدم سبق العقد و من اطلاق الإجماع المنقول على افادته المعتضد بالشّهره المحكيه بل المحقّقه على الظاهر و بما يظهر من جملة من الكتب و قد تقدم اليها الإشاره من عدم وجود القول بالفصل هنا و بعموم قوله تعالى **وَ لَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ** مع ظهور عدم القائل بالفصل بين مورد الآيه الشّريفه و غيرها من افراد و طى الشّبهه و بالاحتياط المطلوب فى النّكاح كما يستفاد من بعض الاخبار

### الثالث لو ملك امه و بنتها و لم يعلم بنسبهما

فان وطى احدهما حرمت الاخرى مؤبّدا بلا اشكال و لا خلاف و ان وطى الاخرى حين جهله بنسبهما فهل يحرم الاولى مؤبّدا او لا صرّح بالأوّل فى المهذب البارع و هو الاقرب على المختار من ان وطى الشّبهه يفيد التّحريم مط و استشكله فى ضه قائلًا لو ملك أمّيا و بنتها و وطى إحداهما حرمت الاخرى مؤبّدا فان وطى المحرّمه عالما حدّ و لم تحرم الاولى و ان كان جاهلا قيل حرمت الاولى أيضا مؤبّدا و يشكل بأنّه ح لا يخرج عن وطى الشّبهه او الزّنا و كلاهما لا يحرم كما مرّ و خروج الاخت عن الحكم للنصّ و الا كان اللّازم منه عدم تحريم الاولى مط كما اختاره هنا و ما ذكره من عدم تحريم الاولى فى صورته و طى الثّانيه مع علمه بالنّسب جيّد و قد صرّح به فى المهذب البارع أيضا

**منهل من تزوج امرأه فى عدتها التى ليست منه و دخل بها فيها أيضا فسد العقد و حرمت عليه مؤبّدا**

### اشاره

و لا تحل له اصلا و لا فرق بين ان يكون الزوجان عالمين بالعدّه و التّحريم او جاهلين بهما او باحدهما او متعاكسين و بالجمله التّزويج فى العدّه مع الدّخول فيها موجب للتّحريم الابدى كما فى الانتصار و الشّرائع و النّافع و القواعد و التّحرير و الارشاد و

اللمعه و ضه و لك و الكفايه و الرياض و غيرها و بالجملة لا خلاف فيما ذكر على الظاهر و الحجّه فيه بعد ما ذكر امران الاوّل دعوى الاجماع عليه فى الانتصار و ض الثّانى جمله من الاخبار منها الخبر الّذى وصفه فى الرياض بالصّحة اذا تزوّج الرّجل المراه فى عدّتها و دخل بها لم تحل له ابدا عالما كان او جاهلا و ان لم يدخل بها حلت للجاهل و لم تحلّ للعالم و منها خبر

ص: ٥٤٤

زراره عن الصادق ص انه قال الّذى يتزوّج المراه فى عدّتها و هو يعلم لا تحلّ له ابدا و منها الخبر الّذى عدّه فى الرياض من الموثق عن رجل تزوّج امراه فى عدّتها قال يفرق بينهما فان كان دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها و لا تحلّ له ابدا و منها الخبر الّذى عدّه فى الرياض من الموثق المراه الحبلى يتوفى عنها زوجها فتضع و تتزوّج قبل ان تعتد اربعة اشهر و عشرا فقال ان كان الّذى تزوّجها دخل بها فرق بينهما و لم تحل له ابدا و ان لم يكن دخل بها فرق بينهما و هو خاطب من الخطاب قيل و نحوه الحسن و ما يقرب من الصّحيح المروى فى كتاب على بن جعفر و منها الخبر الّذى وصفه فى الرياض بالصّحة فى امراه تزوّجت قبل ان تنقضى عدّتها قال يفرق بينهما و

**ينبغى التّنبيه على امور**

**الاول مقتضى اطلاق النّصوص عدم الفرق فى الدّخول بين ان يكون فى القبل او الدبر**

و قد صرح به فى ضه و لا بين ان يكون بقدر الحشفه او بازيد و لا بين ان يكون على وجه الاختيار او غيره و قد يقال الاطلاق ينصرف الى الغالب و هو غير الدخول فى الدبر و غير الدخول بقدر الحشفه و غير الدخول من غير اختيار و فيه تامل و المعتمد ما اقتضاه الاطلاق و ان كان مراعات الاحتياط فى الصّور الثّلاثة بالتفريق بالطلاق اولى

**الثانى مقتضى اطلاق النّصوص أيضا شمول العدّه لجميع اقسامها**

كالرّجعيه و البائنه و منها عدّه التمتع و عدّه الوفاه و عدّه الشّبّهه و هو المعتمد وفاقا لجماعه كالشّهيد فى لك و ضه و الفاضل الخراسانى فى الكفايه و الوالد فى الرياض و قد ادعى فيه انه مما قطع به الاصحاب و صرح بذلك فى التحرير أيضا و لكنه لم يذكر عدّه الشّبّهه

**الثالث صرح الشّهيد الثّانى فى لك و ضه و الفاضل الخراسانى فى الكفايه**

و الوالد ق ره بانّ التّزويج هنا يعم الدّوام و الانقطاع و عزاه الاخير الى الاصحاب و فيه نظر لان المفروض فى النّصوص و جمله من الفتاوى هو لفظ التّزويج و هو غير شامل للانقطاع اما على تقدير كونه حقيقه فى الدوام فواضح و اما على تقدير كونه حقيقه فى الاعمّ منه و من الانقطاع فلانصراف اطلاقه الى الغالب و هو الاوّل فلا يشمل الثّانى فت فالحكم بما ذكره مشكل و لكنه لا يخ عن قوّه و كيف كان فمراعات الاحتياط هنا اولى

## الرابع اعلم ان الاصحاب كالتصوص لم يقيدوا العده بالتى ليست منه كما فعلته

بل اطلقوا و قالوا من تزوج امرأه فى عدتها او مقتضى هذا الاطلاق عدم الفرق بين العده التى منه و التى ليست منه و لكن المقطوع به خلاف هذا لجواز تزويج امرأته التى فارقتها قبل انقضاء عدتها فالاطلاق محمول على العده التى ليست منه كما هو المتبادر منه

## الخامس هل يلحق مده الاستبراء بالعده هنا او لا

صرح والدى ق ره بالثانى و هو الاقرب و ذهب الفاضل الخراسانى الى الاول و هو احوط

## السادس من تزوج امرأه فى عدتها التى ليست منه و لم يدخل بها اصلا

و كان عالما بالعده و التحريم حرمت عليه مؤيدا كما فى الانتصار و يع و د و عد و التحرير و اللمعه و ضه و غيرها بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه بين الاصحاب و الحجّه فيه بعد ما ذكر دعوى الاجماع عليه فى الانتصار و الرياض و بعض الاخبار المتقدمه و لا فرق هنا أيضا بين افراد العده كما صرح به من صرح بتعميمها لجميع افرادها فيما سبق و الاقرب أنه لا يلحق مده الاستبراء هنا بالعده كما يظهر من بعض و ربما يظهر من اخر اللاحاق و هل التزويج هنا يعم الدائم و المنقطع او لا صرح بالتعميم هنا من صرح بالتعميم سابقا و لا يخ عن قوه و لكن مراعات الاحتياط اولى

## السابع من تزوج امرأه فى عدتها التى ليست منه و لم يدخل بها اصلا

و كان جاهلا بالعده و التحريم فسد العقد و لم تحرم عليه مؤيدا بل يجوز له ان يتزوجها بعد خروجها عن العده كما فى الانتصار و الشرائع و فع و التبصره و عد و د و اللمعه و ضه و الكفايه و غيرها بل الظاهر أنه مما لا خلاف فيه و الحجّه فيه بعده دعوى الاجماع عليه فى الانتصار و جمله من الاخبار منها ما تقدم اليه الاشاره و منها خبر عبد الرحمن بن الحجاج الذى وصفه بعض بالصيحه عن الصادق ع قال سألته عن الرجل الذى يتزوج المرأه فى عدتها بجهالة فليترؤجها بعد ما ينقضى عدتها و قد يعذر الناس فى الجهالة بما هو اعظم من ذلك فقلت باى الجهالتين اعذر بجهالته ان يعلم ان ذلك محرم عليه أم بجهاله أنها فى عده فقال احدى الجهالتين اهون من الاخرى بجهالته بان الله حرم ذلك عليه و ذلك لأنه لا يقدر على الاحتياط معها فقلت فهو فى الاخرى معذور قال نعم اذا انقضت عدتها فهو معذور فى ان يتزوجها فقلت و ان كان احدهما متعمدا و الاخر بجهاله فقال الذى تعمدا لا يحل له ان يرجع الى صاحبه ابدا و لا فرق هنا فى التزويج بين الدائم و المنقطع قطعا و لا فى العده بين افرادها كما صرح به من صرح بتعميمها لجميع افرادها فيما سبق

## منهل اذا دخل الرجل بجاريه ثم اعتقها جاز له ان يتزوجها من غير عده

للصحيح الرجل يعتق سريره أ يصلح له ان ينكح بغير عده قال نعم قلت فغيره قال لا حتى تعتد ثلاثه اشهر قيل و نحوه غيره من

المعتبره قلت و يدلّ عليه مضافا الى ذلك عموم الامر بالوفاء بالعقود و غيره و لا يبعد نفى الخلاف عن الحكم المذكور

### منهل يجوز للرجل ان يتزوج زوجته ابن زوجته من غيره مط

للأصل و العمومات السليمه عن المعارض و ظهور الاتفاق عليه

### القول في الكفاءه في النكاح

#### منهل المشهور بين الاصحاب أنه يجب اجابه الخاطب

#### اشاره

و لا يجوز رده في الجملة بل لم اجد احدا صرح بأنه لا يجب الاجابه مط نعم ربما حكى عن بعض المتأخرين التامل في ذلك و هو ضعيف لظهور الاتفاق عليه مضافا الى تصريح بعض به و لخبر علي بن مهزيار العذى وصف بالصّححه في لك و الكفايه و الرياض و غيرها قال كتب علي بن اسباط الى ابي جعفر الثاني ع في امر بناته و انه لا يجد احدا مثله فكتب ابو جعفر فهمت ما ذكرت من امر بناتك و أنك لا تجد احدا مثلك فلا تنظر الى ذلك رحمك الله فانّ رسول الله ص قال اذا جاءكم من ترضون خلقه و دينه فزوجوه إلا تفعلوه تكن في الأرض و فساد كبير و يشترط في وجوب ذلك ان يكون الخاطب اثني عشريا فلو لم يكن كذلك لم يجب اجابته و يشترط في ذلك أيضا ان لا يكون الخاطب فاسقا فلو كان فاسقا لم يجب اجابته بل صرح المعظم كالشيخ في يه و الفاضلين في يع و فع و د و التبصره و كره و عد و التحرير و الشّهيدين في اللّمعه و الرّوضه و المسالك و الفاضل الخراساني في الكفايه و السيوري في التنقيح و والدى العلامه س ره في الرياض

ص: ٥٤٥

بانه يكره تزويج الفاسق خصوصا شارب الخمر بل عن بعض عدم جوازه و هو ضعيف للشّهره العظيمه القريبه من الاجماع بل لم اجد مخالفا من اصحابنا فيه و قد حكى القول بالمنع من ذلك في كره عن الشّافعي و هو مشعر باعتقاده عدم مخالفه اصحابنا فيه نعم في لك حكاه عن بعض العلماء و لكنّه غير ظ في كونه من الاماميه فلعله اراد بعض العامه كما صرح به في ضه و للعمومات نحو قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ - وَ أَنْكِحُوا الْأَيَامِيَّ الايه و غيره من الاخبار الكثيره الداله على شرعيه النكاح و قولهم عليهم السّلام في عدّه اخبار معتبره المؤمنون عند شروطهم و لأصالة بقاء الجواز في بعض الصور و يلحق الباقي به بعدم القائل بالفصل فت و لان المعهود من سيره المسلمين عدم كون الفسق قادحا و لأنه لو كان قادحا للزم الحرج العظيم لا يقال يعارض ما ذكر عموم قوله تعالى أَمْ مَنْ كَانَ مُؤْمِنًا كَمَنْ كَانَ فَاسِقًا لَا يَسْتَوُونَ و جملة من الأخبار منها النبوي المرسل من شرب الخمر بعد ان حرمها الله على لسان نبيه فليس باهل ان يتزوج و منها المروي عن الصادق ع من زوج كريمته من شارب الخمر فقد قطع رحمها و منها المروي عن الصّادق ع أيضا قال قال رسول الله شارب الخمر لا- يزوّج لأننا نقول ما ذكر لا يصلح للمعارضه اما الآيه الشّريفه فللزوم تخصيصها بما تقدّم اليه الاشاره على أنه صرح في كره بانّ الفاسق يراد به الكافر قائلًا لأنّ مطلق الفسق عندنا لا يخرج المؤمن عن ايمانه و لان عدم الاستواء لا يقتضى العموم و اما الاخبار فلضعف السّند مضافا الى قصور الدلاله و عدم القائل بظواهرها و الحق ما صار اليه المعظم من كراهه ذلك للشّهره العظيمه و الاخبار المتقدّمه و ان كانت ضعيفه و لقاعده التّسامح

فى ادله الكراهه

**و ىنبغى التنبه على امور**

**الاول هل يلحق مجهول الحال و من لم يعلم فسقه و عدالته بالمعلوم عدالته**

فىجب اجابته او بالمعلوم فسقه فلا يجب اجابته و جهان و الاقرب الثانى لأصاله البراءه من الوجوب و استصحاب عدم الوجوب و انصراف اطلاق ما دلّ على وجوب اجابه الخاطب الى غير محلّ الفرض

**الثانى هل يشترط فى وجوب ذلك قدره على النّفقه**

فلو لم يكن قادرا عليها لم يجب اجابته او لا يشترط ذلك صرح الشّهيدان فى اللّمعه و ضه و والدى العلامه س ره بالأوّل و لعلّه ظ المعظم بل لم اجد فيه خلافا و هو المعتمد و احتج عليه الشّهيد الثانى فى ضه بأنّ الصّبر على الفقر ضرر عظيم فى الجملة فىنبغى جبره بعدم وجوب اجابته و ان جازت او رجحت مع تمام خلقه و كمال دينه و يؤيد ما ذكر ما تبّه عليه فى السّيرائر قائلا و روى أنّه اذا خطب المؤمن الى غيره بنته و كان عنده يسار يقدر نفقتها و كان ممّن يرضى فعاله و امانته و لا يكون مرتكبا بشىء يدخل فى جملة الفسّاق و ان كان حقيرا فى نسبه قليل المال فلا يزوّجه اياها كان عاصيا لله مخالفا لسنّه نبّيه و صرّح والدى س ره بان ارساله غير قادح لانجباره بموافقه الفتاوى له

**الثالث لا يشترط تساوى الخاطب و المخطوبه**

نسبا فلو كان الخاطب اخفض نسبا وجب اجابته كما صرح به فى النّهايه و ثر و الشرائع و د و التحرير و القواعد و التنقيح بل الظاهر أنّه ممّا لا خلاف فيه و يدلّ عليه عموم قول النّبى ص فى خبر على بن مهزيار الّذى وصف بالصّحّه فى لك و الكفايه و الرّياض و غيرها فاذا جاء من ترضون خلقه و دينه و ديانتته فزوجوه ان لم تفعلوا تكن فتنه فى الأرض و فساد كبير

**الرابع لا يشترط كون الخاطب غنيا ذا مال كثير**

بل الظاهر أنّه ممّا لا خلاف فيه و يدلّ عليه عموم خبر على بن مهزيار المتقدّم

**الخامس لو خطب المؤمن القادر على النّفقه الصّغيره**

فهل يجب على وليها اجابته او لا ظ اطلاق المحقّق فى يع و فع و العلامه فى الارشاد و عد و السيورى فى التنقيح الاوّل فانّهم صرّحوا بأنّه لو خطب المؤمن القادر على النّفقه وجب اجابته و صرح فى التنقيح بأنّه لا خلاف فيه و صرّح والدى العلامه ق ره



بالتّانى و هو الاقرب لما اشار اليه ق ره قائلا و هل يعتبر فى وجوب الاجابه بلوغ المرأه أم يجب الاجابه على الولى و ان كانت صغيره و جهان من اطلاق الامر و انتفاء حاجه و هو الأصحّ و عدم تبادل العام من اطلاق النصوص و التعليل مع ذلك غير معلوم الشمول و يظهر من لك و الكفايه التوقف فى المسأله

### **السادس لو خطب ولى الصغير الكبيره له فهل يجب عليها او على وليها الاجابه او لا**

الاقرب الثانى للأصل مع عدم انصراف اطلاق النصّ و الفتوى بوجوب الاجابه الى محل الفرض كما لا يخفى

### **السابع هل يشترط فى وجوب الاجابه اراده الخاطب النكاح الدائم او لا**

بل يجب الاجابه مط و لو اراد التمتع الاقرب الاوّل لانصراف اطلاق النصّ و الفتوى الدالين على وجوب الاجابه الى الاول فيبقى اصله براءه الذمه عن وجوب الاجابه اذا اراد الخاطب التمتع سليمه عن المعارض فلا يجب ح

### **الثامن هل يشترط فى وجوب الاجابه ان لا يكون للخاطب زوجه اخرى و لا متعه و لا جاريه يدخل بها او لا**

بل يجب الاجابه مط و لو كان له امره او متعه او جاريه يدخل بها الاقرب الثانى لإطلاق النصّ و الفتوى الدالين على وجوب الاجابه اللهمّ الا ان يترتب الضرر على المخطوبه فى التزويج اذا كان للخاطب امره اخرى او متعه او جاريه يدخل بها فلا يجب ح الاجابه بل لا يجب الاجابه حيثما ترتب الضرر على التزويج باى نحو كان فيشترط فى وجوب الاجابه عدم ترتب الضرر على التزويج لعموم ما دلّ على نفي الضرر و لا- يعارضه اطلاق الامر بالاجابه و التزويج فى النصّ و الفتوى لزوم تقييده بالعموم المشار اليه و ان كان التعارض بينهما من قبيل تعارض العمومين من وجه لأنّ هذا العموم اقوى كما لا يخفى

### **التاسع اذا لم تكن للمراه ولى شرعى و لا عرفى**

و كان امر نكاحها راجعا الى نفسها و جاءها الخاطب لها فهل يجب عليها الاجابه كما يجب على وليها او لا بل يختص وجوب الاجابه بوليها فيه اشكال من اختصاص النصّ الوارد بوجوب اجابه الخاطب بالولى و التعدى عنه خلاف الاصل فلا يصار اليه بل يرجع فى غير مورد النصّ الى اصله البراءه عن الوجوب و من ان المعظم قالوا يجب اجابه المؤمن الخاطب و اطلاق هذه العبارة يقتضى الاجابه عليها بناء على ان حذف المتعلق يفيد العموم و مع هذا فقد صرح بعض بذلك من غير اشاره الى الخلاف و ظاهره كونه اجماعيا و يؤيد ما ذكر اولاً قول السيورى فى التّفيح اذا اتفق الايمان و القدره على النّفقه فلا

ص: ٥٤٦

خلاف فى وجوب الاجابه و ثانيا ما اشار اليه والدى ق ره من افاده التّعليل فى صحيحه على بن مهزيار وجوب الاجابه عليها أيضا

و كيف كان فالاحوط الاوّل و افتى به الشّهيد الثّاني في ضه و الوالد ق ره في الزّياض و لا يخ عن قوه و يظهر من الفاضل الخراساني الثّامل في المسأله

### العاشر اذا كان للمراه وليّ شرعيّ في امر نكاحها

و هو الّذي لا يجوز نكاحها بدون اذنه فلا اشكال و لا شبهه في تعلق وجوب الاجابه به و اما الولي العرفي و هو الّذي لم يكن اذنه معتبرا شرعا و لكن جرت العاده باعتبار اذنه في نكاح المرأه بحيث لو لم يكن اذنه متحققا لم يتحقق النكاح او لم يتحقق الا بمشقه شديده فهل يجب عليه الاجابه و لا- يجوز له المنع او لا- ربما يستفاد من لك الثّاني و الاقوى عندي هو الاوّل و فاقا للسيوري في التنقيح لإطلاق صحيحه عليّ بن مهزيار و المرسل المروي في السّرائر و قد تقدّم اليهما الاشاره و لظ اطلاق قول المعظم اذا خطب المؤمن و جب اجابته مضافا الى أنّ الغالب رجوع الخاطب الى الاشخاص الّذين ليس لهم الولايه شرعا بل أنّما لهم الولايه عرفا فيجب على الاب و الجدّ له اجابه من يخطب بنتهما الباكره البالغه الرّشيده سواء قلنا بأنهما وليّان شرعا لها أم لا بل هي مستقله في امر تزويجها شرعا و ان قلنا بأنّ وجوب الاجابه لا تتعلق الا بالوليّ الشرعيّ فلا يجب عليها الاجابه فيما فرض ان قلنا ان البنت الباكره البالغه الرّشيده غير مولى عليها شرعا و اما ان قلنا بأنهما مولى عليها شرعا فلا اشكال في أنّه يجب عليهما الاجابه و هل يختصّ وجوب الاجابه على الولي العرفي بصوره رضاء المخطوبه و قبولها الخاطب او يجب عليه الاجابه و تزويج المخطوبه من الخاطب مط فيجب عليه السّعي في تحصيل رضاء المخطوبه و لو يبذل المال لها الا ان لا يتمكن منه فيسقط ذلك عنه اشكال من أنّ الاجابه و التّزويج واجبان مطلقا لإطلاق الامر بهما في النّص و الفتوى و لا يتم الا بالسعي في تحصيل الرّضا و ما لا- يتم الواجب المطلق الا- به فهو واجب و من ان الاطلاق ينصرف الى الصّوره الغالبه و هي الّتي تتبع فيها رضاء المخطوبه برضاء الوليّ من غير سعي فيبقى غير هذه الصّوره مندرجا تحت الاصل و هذا اقوى

### الحادي عشر اذا تعدّد الخطاب و كان كل واحد منهم كفوا شرعا و خطبوا دفعه واحده

فهل يسقط وجوب الاجابه على الولي او المرأه ح فلا- تجب اجابه احدهم او لا بل يجب اجابه احدهم و يتخير في التّعين فيه اشكال من ان التعليل في صحيحه على بن مهزيار يقتضي وجوب اجابه بعضهم و ان مقتضى اطلاق الامر بالاجابه في النّص و الفتوى وجوب اجابه جميعهم و لكن لما كان هذا باطلا بالضروره و جب تقييده ببعضهم لا بغيرهم اقتصارا في تقييد الاطلاق المخالف للأصل على قدر الضروره و من الظاهر أنّه لا ضروره في التّقييد بغيرهم و لما لم يكن ذلك البعض متعيّنا لزم التّخيير و من ان الاطلاق ينصرف الى الغالب و هو غير محلّ البحث و ان التعليل لا يقتضي وجوب اجابه احدهم و فيه نظر نعم قد يق يلزم على تقدير التّقييد ببعضهم حمل الامر الظاهر في الوجوب العيني على الوجوب التّخييري الّذي هو خلاف ظاهره و لا يلزم هذا على تقدير التّقييد بغيرهم و من الظاهر أنّ ارتكاب التّقييد اولي من المجاز على أنّ حمل على المجاز لزم استعمال اللفظ في حقيقته و مجازه في استعمال واحد لظهور أنّ الامر بالاجابه في غير محلّ الفرض للوجوب العيني فاذا كان في محلّ الفرض للوجوب التّخييري لزم ذلك و من الظاهر أنّ استعمال اللفظ في حقيقته و مجازه في استعمال واحد بعيد جدا بل حاله جماعه لا يقال لا نسلم ان الامر حقيقه في الوجوب العيني مجاز في التّخييري بل هو حقيقه في القدر المشترك بينهما فلا يلزم ما ذكر لأننا نقول ذلك بعيد سلمنا و لكن لا شبهه في أنّ المتبادر من اطلاق الامر للوجوب العيني كما أنّ المتبادر من لفظ النّقد الموضوع

للأعم من الرائج وغيره خصوص الرائج وح لو خصيص اطلاق الامر بالبعض وحكم بالتخيير لزم حمل الاطلاق على المعنى الغير المتبادر ولا نسلم انه اولى من التقييد بغيرهم بل لعل هذا اولى سلمنا المساوات ولكن لا أقل من التوقف و معه لا يتجه الاستدلال باطلاق الامر على الاحتمال الثانى فت

## القول فى النكاح المنقطع و التمتع

منهل لا اشكال و لا شبهه فى جواز التمتع و النكاح المنقطع و هو من ضروريات مذهبنا

### اشاره

و يتوقف صحته على العقد المشتمل على الايجاب و القبول اللفظيين فلا يكفى القصد المجرى الخالى عن اللفظ و يصح الايجاب بلفظ انكحتك و زوجتك و متعتك كما فى فع و يع و عد و د و التحرير و التنقيح و لك و الكفايه و ض و الحجه فيه و جهان الاول انه ادعى فى التنقيح و الرياض كما عن جماعه نفى الخلاف فيه و هو الظاهر و يعضده قول لك قد اتفقوا على الاجتزاء هنا باحد الالفاظ الثلاثه و ان اختلفوا فى بعضها فى الدائم الثانى العمومات من قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و قولهم عليهم السلام فى عدّه اخبار معتبره المؤمنون عند شروطهم و قوله تعالى فَمَا اسِئْتَمَعْتُمْ اِلَيْهِ لَا يَقِ لَفْظِ النِّكَاحِ و التزويج حقيقه فى النكاح الدائم و مجاز فى المنقطع فالاصل عدم جواز استعماله فيه لأننا نقول لا نسلم المقدمه الاولى سلمنا و لكن لا نسلم المقدمه الثانيه سلمنا و لكن نقول قد يصار الى خلاف الاصل اذا قام الدليل عليه و هنا منه لما بيناه من الدليل على جواز الصيغ الثلاثه و بالجملة لا اشكال فى المسأله و هل يصح الايجاب بغير الالفاظ الثلاثه كلفظ العاريه و الهبه و الاجاره و الاباحه او لا بل يتعين احدى تلك الثلاثه اختلف الأصحاب فيه على قولين الاول انه يصح بلفظ الاجاره و هو محكى عن المرتضى فى الطبريات و عنه أيضا صحته فى متعه الاماء بلفظ الاباحه و التحليل قال فى التنقيح هذا بناء على قوله من ان تحليل الامه من قبيل المتعه و انه ينعقد بلفظ ابحت و حللت فيكون من الفاظ المتعه الثانى انه لا يصح الا- باحدى تلك الالفاظ الثلاثه مط و هو للفاضلين فى ظ النافع و صريح يع و الارشاد و عد و التحرير و الوالد ق ره فى الرياض و صرح فى لك بأنه المشهور و هو احوط و ان كان فى تعيينه نظر لأن مقتضى عموم نحو قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و قوله تعالى فَمَا اسِئْتَمَعْتُمْ اِلَيْهِ صحه القول الاول لا يقال يعارضه اصاله عدم الصحه لأننا نقول هذا لا يصلح للمعارضه قطعا و لا يقال

ص: ٥٤٧

يعارضه شهره القول الثانى لأننا نمنع من تحققها سلمنا و لكن فى حججه الشهره اشكال و لا يق يدفع ذلك ما اشار اليه فى لك قائلا- و لما كان هذا العقد من العقود اللعازمه اعتبر فيه الفاظ صريحه على المقص واقعه بالعريه و لا يخفى ان لفظ التحليل و الاجاره و الهبه كنيات بعيده عن حقيقه النكاح فلا يقع بها عندنا لأننا نقول هذا لا يصلح للمعارضه أيضا كما لا يخفى و

ينبغى التنبيه على امور

الاول هل يشترط فى الايجاب و القبول ان يكونا بلفظ الماضى مع قصد الانشاء او لا

بل يجوز بغير لفظ الماضي مع ذلك القصد اختلف الاصحاب فيه على اقوال الاول أنه لا يجوز الا بلفظ الماضي و هو للشرائع و التحرير و القواعد و الارشاد و حكاة في غايه المراد عن ابن حمزه بل صرح في لك و الكفايه بأنه المشهور قال في لك لأنه صريح في الانشاء بخلاف المستقبل المحتمل للوعد الثاني أنه يجوز بلفظ المستقبل و هو للفاضل الخراساني في الكفايه و حكاة في غايه المراد عن الحسن بن ابى عقيل و المحقق و في لك عن جماعه و لهم على ذلك روايات على ما صرح به في لك و الرياض منها خبر ابن تغلب قال قلت لأبى عبد الله ع كيف اقول لها اذا خلوت بها قال تقول أتزوجك متعه على كتاب الله و سنه نبيه ص لا وارثه و لا موروثه كذا و كذا يوما و كذا درهما و يسمى من الاجر ما تراضيا عليه قليلا كان او كثيرا فاذا قالت نعم فقد رضيت فهي امراتك و انت اولى الناس بها قال في لك بعد الاشارة الى هذه الروايه و الاخبار مع كثرتها في سندها ضعف و فيما ذكره نظريا اوليا- فلما كان دعوى انجبار الضعف بالموافقه لعموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و قوله تعالى فَمَا اسِيْتَمْتَعْتُمُ الْاِيه و اميا ثانيا فلما اشار اليه في الرياض قائلا- يجوز الاستقبال مع قصد الانشاء هنا وفاقا لجماعه للمستفيضة منها الصحيح قال تقول أتزوجك متعه على كتاب الله تعالى و سنه نبيه ص و باقى الروايات و ان قصر اسانيدھا الا أنها اعتضدت به و بالكثرة البالغه حد الاستفاضه المورثه للمظنه القويّه الثالث أنه يجوز بلفظ الامر قال في غايه المراد هو ظ كلام الشيخ في ط لدلاله خبر سهل الساعدي عليه في الدوام ففي المنقطع اولى و المسأله محل اشكال و الاحوط مراعات القول الاول و ان كان القولان الاخيران لا يخلوان قوه

### الثاني يصح القول بلفظ قبلت و رضيت و نحوهما مط

و مقيدا بلفظ الايجاب كان يقول قبلت النكاح او المتعه كما في الارشاد و عد و التحرير و الكفايه و يدل عليه العمومات

### الثالث لا اشكال في صحه الايجاب من المراه و القبول من الرجل

و هل يجوز الايجاب من الرجل و القبول من المراه فيقول الرجل تزوجتك او نكحتك او تمتعتك فتقول المراه زوجتك نفسى او قبلت او نعم او لا بل يجب صدور الايجاب من المراه صرح في يع و لف و عد و التحرير و لك بالأول كما عن الحلبي و هو المعتمد لعموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و قوله تعالى فَمَا اسِيْتَمْتَعْتُمُ الْاِيه و ادعى في لك الاتفاق على عدم جواز ان يقول الرجل قبلت قبل قول المراه زوجتك و نحو هو جيد

### منهل يشترط في عقد التمتع ذكر الاجل

فلو اخل به بطل التمتع كما في الغنيه و فع و يع و عد و د و التحرير و لف و ضه و الكفايه و الرياض و هو ظ المحكى عن القاضى و الحلبي و الكيدري و الخلاف بل الظاهر انه ممّا لا خلاف فيه و يدل عليه مضافا الى ما ذكر جملة من الاخبار منها خبر زراره الذى وصفه بالصحة في لف عن الصادق ع قال لا يكون متعه الا بامر من اجل مسمى و اجر مسمى و منها خبر إسماعيل الذى وصفه بالصحة في لف أيضا قال سألت ابا عبد الله ع عن المتعه فقال مهر معلوم الى اجل معلوم و منها خبر عبد الله بن بكير الذى عدّه من الموثق في لف عن الصادق ع قال ان سمي الاجل فهو متعه و ان لم يسم الاجل فهو نكاح بات و هل يفسد العقد بالاخلال بالاجل فلا تباح له المراه الا بعقد مستأنف او ينقلب دائما فلا يحتاج في استباحتها الى عقد جديد اختلف الاصحاب

فيه و سنيته إن شاء الله تعالى فيما سيأتي

### منهل يتقدّر الاجل بما تراضيا عليه سواء كان مدّه طويله أم قصيره

و لا تقدير له قلّه و كثره كما في فع و يع و عد و التّحرير و لف و التّقيح و ضه و لك و الكفايه و الرّياض و حكاه في لف عن المعظم و الحجّه فيه امور الأوّل العمومات نحو قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و قوله تعالى فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ الْاِيه و قولهم عليهم السّلام في عدّه اخبار معتبره المؤمنون عند شروطهم الثّاني اطلاق الاخبار المتقدّمه الثّالث ظهور عباره التّقيح في دعوى الاجماع على ذلك فان بلغ جانب القله الى حدّ لا يمكن فيه اجماع صح وفاقا لظ المعظم و عن ابن حمزه أنّه يتقدّر الاجل قله بما بين طلوع الشّمس و الزّوال و هو ضعيف و قد صرّح بشدوده في ضه و ان بلغ جانب الكثره الى حدّ يقطع بعدم بقاء احدهما او بقائهما اليه كألف سنه صح أيضا وفاقا لظ المعظم و صريح المحكى عن جماعه بل لم اجد فيه خلافا و يدلّ عليه عموم الآيتين المتقدّميتين و اطلاق الاخبار المتقدّمه و يعضده اولا- اطلاق كلام المعظم و ظهور الجماعه مع عدم ظهور المخالف في المسأله و ثانيا ما اشار اليه والدى ق ره قائلا و اطلاق النّصّ و كلام الاصحاب و به صرّح جماعه يقتضى عدم الفرق في الزّمان الطّويل بين صورتي العلم بامكان البقاء الى الغايه و عدمه و علل بعدم المانع لان الموت قبله غير قادح و لم ينقل فيه خلاف و ظاهرهم الإجماع عليه و لولاه لأشكّل و احتاج الى تأمل و اشار بقوله و علل الى ما ذكره في لك قائلا و لا يتقدّر في جانب القله و الكثره بقدر بل ما تراضيا عليه فلو جعلاه الى وقت طويل بحيث يعلم عدم بقائهما اليه صحّ للعموم و عدم المانع لان الموت قبله غير قادح في صحّته شرعا و مع هذا فالمسأله لا- يخ عن شبهه و اما اذا لم يبلغ هذا الحدّ صح مط و لو حصل الظنّ بعدم البقاء الى الحدّ المفروض في العقد بلا شبهه

### منهل يشترط تعيين الاجل بما لا يحتمل الزّيادة و التّقصان

اشاره

كما في فع و يع و عد و التّحرير و لف و التّقيح و ضه و لك و الكفايه و الرّياض و نفى عنه الخلاف في التّقيح و يدلّ عليه اولا بعض الاخبار المتقدّمه و ثانيا ما اشار اليه في الرّياض

ص: ٥٤٨

قائلا و لا بدّ ان يكون محروسا من الزّيادة و التّقصان كغيره دفعا للغرر و الضرر و التفاتا الى الصّحيح الرّجل يتروّج متعه سنه او أقلّ او اكثر قال اذا كان شىء معلوم الى اجل معلوم فلا بأس و

ينبغي التّنبيه على امور

الأوّل لو ذكر اجلا مجهولا

كما لو قال الى قدوم الحاج او ادراك الثّمرات و نحو ذلك بطل التمتع و هل يفسد العقد او لا فيه اشكال

## الثاني لو جعل الاجل يوما او سنة صح

كما صرح به بعض الاصحاب و صرح بصحة جعله شهرا و قد يستشكل في هذا اذا وقع العقد عند رؤيه الهلال لأن المتبادر من الشرح ما بين الهلالين و هو قد يزيد و قد ينقص فلا يكون محروسا من الزيادة و النقصان الا ان يقال هذا التفاوت لا يقدر في التعيين العرفي الذي هو المعبر و هو الاجود لأن غايه ما يستفاد من النص و الفتوى هو لزوم كون الاجل معلوما محروسا من الزيادة و النقصان و لم يثبت تحديد خاص له فلا بد من الرجوع الى العرف كما في امثاله

## الثالث اذا كان اللفظ محتملا لأجلين و ليس بظاهر في احدهما

كما اذا كان مشتركاً بينهما و لم يكن قرينه على التعيين لم يجز ذكره و اذا كان ظاهراً في اجل معين اما بنفسه او بالقرينه صح ذكره كما اذا كان صريحا

## الرابع لو ذكر المره و المرقان مجزئين عن زمان مقدر لهما بطل التمتع

لفقد التعيين في الاجل المشترك بناء على وقوعها في الزمن الطويل و القصير و ما دل على الجواز من الاخبار لا يصلح للمعارضه جداً

## الخامس لو جعل المده بعض يوم صح كما في يع و عد و التحرير و لك و الكفايه

و يشترط ان يكون محدوداً بغايه معينه كالزوال و الغروب او مضبوطاً بمقدار معين كنصف يوم او ثلثه او ربه فان اتفق معرفتهما بذلك عملاً بما يعلمانه كما في لك و الا فان لم يتمكن من الرجوع الى اهل الخبره به فالاحوط الاجتناب في الزمان المشكوك فيه كما في لك و في تعيينه نظر بل الاقرب عدم التعيين لأصالة عدم انقضاء المده الى ان يعلم خروجها فان تمكن من الرجوع الى اهل الخبره به فصرح في لك بلزوم الرجوع اليهم ح قائلًا- و يشترط في المخبر العدالة و في اشتراط التعدد وجه كالشهاده و يمكن جعله من باب الخبر و عندى في الحكم بلزوم ما ذكره من الرجوع الى اهل الخبره ح اشكال بل مقتضى الاصل الحكم ببقاء المده و ان حصل الظن بانقضاءها و تمكن من تحصيل العلم باحد الامرين و لكن مراعات الاحتياط في مقام الاشتباه اولى

## منهل يشترط في عقد التمتع ذكر المهر

فلو اخل به بطل العقد فلا تباح له المراه الا بعقد جديد كما في الغنيه و فع و يع و عد و التحرير و الكفايه و الرياض بل الظاهر انه مبرأ لا خلاف فيه و الحجّه فيه بعد ذلك امور الاول دعوى الاجماع عليه في التحرير و الرياض الثاني بعض الاخبار المتقدمه الثالث انه لو لم يكن ذلك شرعاً لاشتهر لتوفر الدواعى عليه و التالي باطل فالمقدم مثله الرابع اصالة عدم الصيحه و لا فرق في البطلان بالاخلاق به بين كونه عمداً او سهواً كما صرح به والدى ق ره لإطلاق النص و الفتوى الدالين على بطلان العقد بترك ذكر المهر

## منهل لا تقدير في المهر الا ما تراضيا عليه مما يعدّ ما لا قل او كثر

وفاقا للمعظم كالفاضلين في النافع و يع و عد و التحرير و لف و شاد و الشّهيدين في اللّمعه و ضه و الفاضل الخراساني في الكفايه و الوالد ق ره في ض و ادعى عليه الشّهره في لف و التّقيح قال الصدوق على ما حكاه في لف و التّقيح ادنى ما يجزى درهم فما فوقه و هو ضعيف لما اشار اليه والدى ق ره قائلا و يتقدر التّراضى بكلما يقع عليه التّراضى بينهما ممّا يتموّل و لو بكف من برّ على الاشهر الاظهر للأصل و الاطلاقات و خصوص التّصوص الدّاله عليه بالعموم و الخصوص و هى فى الاوّل مستفضيه ففى الصّيحاح المهر ما تراضيا عليه النّاس و زيد فى بعضها من قليل او كثير و كك فى الثّانى منهما الصّحيح كم المهر يغنى فى المتعه قال ما تراضيا عليه الى ما شاء من الاجل و الحسن عن ادنى ما يتزوّج الرّجل متعه قال كف من برّ كما فى بعضها او دقيق او تمر كما فى غيره لا يق يدفع ما ذكره خبر ابى بصير الّذى وصفه فى لف و الرّياض بالصّحه عن الباقر قال سألته عن متعه النّساء قال حلال فأنّه يجزى الدرهم و ما فوقه لأنّنا نقول هذا لا يصلح للمعارضه لما أشار إليه فى الرّياض قائلا و ليس نصّيا فى مختار ف بل و لا ظاهرا اذا الحكم باجزاء الدرهم غير مناف لأجزاء الاقل الا بالمفهوم المردود عند الكلّ الغير المكافئ لشىء ممّا مرّ فضلا عن الجميع و اعلم أنّه صرّح فى لك بأنّه لا يصحّ العقد على ما لا يتموّل كحبه الحنطه

## منهل يشترط فى المهر ان يكون ممّا يصحّ تملكه شرعا فلا يجزى ما لا يصحّ تملكه كالخنزير و نحوه

و قد صرح بما ذكر فى الشّرائع و التّحرير و القواعد و الارشاد و المسالك و الكفايه و الرّياض و فيه دعوى الاجماع عليه و هو الحجّه مضافا الى الاصل و انصراف ما دلّ على اشتراط المهر من النّصّ و الفتوى الى ما يصحّ تملكه شرعا و هل يشترط ان يكون مملوكا للزوج او لا صرّح بعض الاصحاب بالأوّل و هو ظ الفاضلين فى الشّرائع و التّحرير و القواعد و الإرشاد و صاحب الكفايه و الوالد ق ره و هو المعتمد لظهور عدم الخلاف فيه مع ظهور عباره الرّياض فى دعوى الاجماع عليه مضافا الى الاصل و انصراف اطلاق ما دلّ على لزوم المهر الى المملوك و لا يصلح لمعارضه ما ذكر عموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ كما لا يخفى و عليه فلا يصحّ العقد على مال الغير و ان رضى المالك بعد ذلك كما صرح به فى لك قائلا لا متناع ان يملك البضع بمال غيره بخلاف البيع و نحوه من عقود المعاوضات فان الاجازه تؤثّر فى نقله الى ملك المالك و هنا لا يتصوّر ذلك و كذا لا يصحّ العقد على حقّ لا يسمّى مملوكا كحقّ التّحجير و الشّفعة و هل يصحّ العقد على المنافع كمنفعه الدار و الحانوت فيه اشكال و الاقرب الصّحه

## منهل لا اشكال و لا شبهه و لا خلاف فى انّ المهر يجوز ان يكون عينا شخصيا

كدار موجوده و ان يكون عينا كليته فى الدّمه كدرهم غير معيّن و يدلّ عليه مضافا الى عدم الخلاف العمومات و أنّه لو كان احد الامرين شرعا لاشتهر و التالى بط فالمدّم مثله ثم أنّه على اى تقدير يشترط فيه التّعيين و ان لا يكون مجهولا كما فى النافع و الشّرائع و الارشاد و القواعد و التّحرير و ضه و لك و الكفايه و الرّياض و فيه دعوى الاجماع عليه و يدلّ عليه مضافا الى ما ذكر بعض الاخبار

ص: ٥٤٩

المتقدّمه فان كان المهر عينا شخصيه حاضره كفى المشاهده سواء كانت ممّا يعتبر فيه الكيل او الوزن او العد و الدّرع لو بيع أم

لا فلا يشترط الكيل و الوزن و العد و الذرع هنا فيجوز ان يجعل المهر كفا من بزّ مشاهد او صبره من شعير و قد صرح بما ذكر في النافع و الشرائع و شاد و عد و التحرير و ضه و لك و الكفايه و ض بل الظاهر أنّه ممّا لا خلاف فيه و هو الحجّه مضافا الى العمومات و بعض الاخبار المتقدمه اليهما الاشاره لا يق يحصل بعدم التعيين بالوزن و نحوه الغرر و هو موجب لفساد العقد لأنّنا نقول لا نسلم الغرر اولا سلمنا و لكن نمنع من كونه هنا موجبا للفساد كما اشار اليه في لك قائلا بعد التصريح بكفايه المشاهده و ان كان ممّا يعتبر في بيعه الكيل او الوزن او العد لاندفاع الغرر المطلوب دفعه في هذه المعارضه و ان لم يندفع في غيرها لأنها ليست معارضه محضه بحيث تبتنى على المغالبه و المقاييسه بل يعتبر دفع الغرر في الجملة لان الركن الاظهر فيها الاستمتاع و لواحقه و من ثم أطلق عليه اسم الصّيدقه و النحله و لو كان عينين موجودتين مشاهدتين و ذكر لفظا يحتمل كلا- منهما احتمالا متساويا بطل لعدم تعيين المهر ح و مجهوليته و لو كان الموجود عينا واحده و لكن لم يعلم أنّها من اي جنس كما لو كان الموجود مترددا بين كونه ذهباً او فضة او نحاسا فهل يصحّ جعله مهرا او لا فيه اشكال و الاحوط الثاني و ان كان في تعيينه نظر خصوصا اذا جرت معامله به مع ذلك التردد و عدم معلوميّه الجنس بل التحقيق ح أنّه يصحّ جعله مهرا و ليس فيه احتياط و ان كان المهر عينا شخصيّه خارجيه غائبه لزم تعيينه بما يرتفع معه الجهاله و ذلك يحصل بالوصف المسوّغ للبيع و هل يعتبر ذكر مقداره كيلا او وزنا او عدا او ذرعا فيما يكال او يوزن او يعد او يذرع او لا بل يكفي مجرد صدق المعلوميّه بالوصف الاقوى الاخير كما يستفاد من النافع و الشرائع و القواعد و شاد و التحرير و ضه و لك و الحجّه في ذلك العمومات المتقدمه اليها الاشاره و ان كان المهر كلياً فلا اشكال في لزوم تعيينه أيضا فلا يجوز ان يجعل شيئا او حيوانا من غير تعيين و لا اشكال في أنّه لا يشترط في تعيين الكليّ ذكر جميع القيود و الا لصار شخصيّا و لا ذكر القيود التي لا يختلف بها قيمه فلا يشترط ان يعين الدرهم مثلا اذا جعله مهرا بانّه من الارض الفلانيه و أنّه مصنوع فلان و نحو ذلك مما لم تجر العاده باعتباره في معامله و اما القيود التي يختلف بها قيمه نادرا فالظاهر عدم اشتراط تعيينها أيضا و اما القيود التي يختلف بها قيمه غالبا فالظاهر لزوم تعيينها و هل يشترط في المكيل و الموزون و المعدود و المذروع ذكر الكيل و الوزن و العدد و الذرع او لا التحقيق ان يق ان توقف التعيين على ذلك لزم و الا فلا و بالجملة القدر المعبر في تعيين المهر شخصيا كان او كليا صدق المعلوميّه عليه عرفا و عدم المجهوليه لا- غير و ذلك لأنه لم يرد في الشريعه لتعيين المهر امر خاص و القدر الثابت من النصّ و الفتوى هو اشتراط كونه معلوما لا غير فلولاهما لأمكن الحكم بصحّه المهر المجهول نظرا الى عموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و نحوه و بالجملة الاصل جواز جعل كل شىء مملوك مهرا خرج منه ما صدق عليه في العرف و العاده انه مجهول و غير معلوم و لا- دليل على خروج غيره فيكون مندرجا تحت العموم

### منهل لا يشترط في المهر غير ما ذكر من المملوكيه و المعلوميّه

فلا يشترط فيه قدره على تسليمه و طهارته و نحو ذلك ممّا هو شرط في البيع للعمومات المتقدمه اليها الاشاره و لأنه لو كان غير ذلك شرطا لاشتهر بل و تواتر و التالي بط فالمقدم مثله اما الملازمه فظاهره و اما بطلان التالي فلاّنه لم ترد في نصّ و لا فتوى ما يدلّ على اشتراط غير ذلك

### منهل لا يجب في العقد التعرض لغير تعيين المهر و الاجل

كما صرح في التحرير بل الظاهر أنّه ممّا لا خلاف فيه و يدلّ عليه مضافا الى ما ذكر الاصل و العمومات الداله على جواز التمتع و



أنه لو كان غير ذلك شرطا لاشتهر لتوفر الدواعى عليه و التالى بط فالمقدم مثله و صرح فى الغنيه بانه يستحب ان يقول فى العقد على ان لا ترثنى و لا ارثك و ان اضع الماء حيث شئت و انه لا سكنى لك و لا نفقه و عليك العده اذا انقضت المده و صرح فى التحرير بأنه يستحب ان يذكر الانفقه و لا ميراث و ان عليها العده بعد الاجل و لا يجب شىء مما ذكره كما تبيننا عليه و اما الاستحباب فلا باس به لقاعده التسامح فى ادله السنن

### منهل يجوز التمتع بالبكر البالغ الرشيده التى ليس لها اب و لا جد

#### اشاره

و بالجملة الغير المولى عليها و لكن يكره ذلك و اذا فعل فيكره ان يفتضها و ليس بمحرم اما جواز التمتع بها فقد صرح به فى يع و فع و شاد و عد و التحرير و التنقيح و لك و ض و ربما يمكن استفادته من التهايه و لف و لم اجد لهم مخالفا صريحا بل و لا ظاهرا و يدل عليه مضافا الى ما ذكر اولاً- الاصل و ثانيا العمومات من نحو قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و قوله تعالى فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ الايه و قولهم عليهم السلام فى عده اخبار معتبره المؤمنون عند شروطهم و ثالثا خبر زياد بن الحذاء الذى وصفه بالصحة فى لك قال سمعت ابا عبد الله ع يقول لا باس ان يتمتع بالبكر ما لم يفض اليها مخافه كراهه العيب على اهلها و رابعا الخبر الذى صرح به والدى العلامة ره بانجبار ضعف سنده بجهاله راويه بالشهره و بوجود من اجمعت العصابه على تصحيح من يصح عنه فيه عن الجاربه يتمتع منها قال نعم الا ان يكون صبيه تخدع و خامسا ظ ما يدل على جواز التمتع بالبكر التى لها اب من دون اذنه فأنه يدل على الجواز هنا بطريق اولى فت و اما كراهه ذلك فقد صرح بها فى فع و يع و عد و د و التحرير و التنقيح و لك و ض بل الظاهر انه لا خلاف فيه و يدل عليه مضافا الى ما ذكر خبر حفص بن البختري الذى وصفه بالصحة فى لك و ض عن الصادق ع فى الرجل يتزوج البكر متعه قال يكره للعيب على اهلها و اما كراهه ان يفتضها فقد صرح بها فى الشرائع و فع و د و عد و التنقيح و التحرير و لك و ربما يدل عليها خبر ابن ابى زياد الحذاء المتقدمه و اما جواز ذلك فهو ظ كل من صرح بكراهه ان يفتضها بل لم اجد هنا مخالفا صريحا بل و لا ظاهرا فيدل عليه الاصل و ما اشار اليه فى لك من أنه متى صح النكاح ترتب عليه احكامه و

#### ينبغى التنبيه لأمر

#### الاول اذا تمتع بالبكر المفروضه و افتضها

ثم اراد ثانيا التمتع بها فهل يكره أيضا او لا الظاهر الثانى للأصل و عدم شمول ما دل على كراهه

ص: ٥٥٠

التمتع بالبكر لمحلّ البحث و كذا يكره التمتع بها ثانيا اذا زال بكارتها من غير جهته و اما اذا لم يفتضها و لم يزل بكارتها فلا يبعد الحكم بثبوت كراهه التمتع بها ثانيا

كما فى التّهايه و التّقيح و لف و عد و التّحرير و ض و الكفايه و حكى عن الحلبي و الحلبي و القاضى و الصدوق بل الظاهر أنّه ممّا لا خلاف فيه و الحجّج فيه بعده العمومات الدّاله على صحّه التمتع مط و فحوى ما دلّ على جواز التمتع بها من غير اذن ابيها و بعض الاخبار الآتية و يستفاد من لك و الرّياض كراهه ذلك و هو ظ بعض الاخبار الموصوفه بالصّححه فالاولى الاجتناب عنه و اذا فعل فهل يحرم ان يفتضها او لا الظاهر الاخير للأصل و ظهور الاتفاق على الجواز و عليه فهل يكره او لا الظاهر الاوّل لظ خبر حفص و بعض الاخبار الآتية

### الثالث هل يجوز التمتع بالبكر البالغة الرشيده مع عدم اذن ابيها

اختلف الاصحاب على قولين الاوّل انه يجوز و هو للتّهايه و لف و عد و التّحرير و التّقيح و لك و الرّياض للعمومات المتقدّم اليها الاشاره و جمله من الاخبار منها خبر زياد بن الحذاء و خبر حفص و غيرهما و قد تقدّم اليها الاشاره و منها خبر سعدان بن مسلم عن رجل عن الصادق ع لا باس ان يتزوج البكر اذا رضيت بغير اذن ابيها و منها خبر ابن سعيد القمطاط قال قلت لأبى عبد الله ع جاريه بكر بين ابويها تدعونى الى نفسها سرا من ابويها أ فعل ذلك قال نعم و اتق موضع الفرج قال قلت و ان رضيت قال و ان رضيت فانه عار على اهلها و منها الخبر الذى وصف بالصّححه فى الرّياض عن التمتع بالبكر اذا كان بين ابويها قال لا بأس ما لم يقتض ما هناك لتعفف بذلك و منها الخبر الذى ادعى فى الرّياض انجبار ضعف سنده بالشّهيره عن التمتع بالابكار اللواتى بين الأبوين فقال لا- باس و لا اقول كما يقول هؤلاء الاقشاب الثّانى أنّه لا يجوز و هو للكفايه و حكى عن ق و الحلبي و غيرهما قال فى الرّياض و حجّته الصّحيحان فى احدهما العذراء الّتى لها اب لا يتزوّج متعه الا باذن ابيها و ليس فى سنده فى يه عدا ابان الثّقه عند جمع الموثق عند آخرين و عدّه صحيحا بناء على الاوّل و فى الثّانى البكر لا يتزوّج متعه الا باذن ابيها و قد يجاب عمّا ذكره من الرّوايتين بأنّه لا يصلح لمعارضه الاخبار المتقدّمه الدّاله على القول الاوّل امّا اولاً فلاّنها اصرح بل قد صار جماعه من متأخري المتأخريين الى عدم دلالة النّهى فى اخبار الائمة عليهم السّلام على الحرمة لغلبيه استعماله فيها فى الكراهه بحيث صارت من المجازات الرّاجحه المساوى احتمالها لاحتمال الحقيقه و امّا ثانياً فلاّعضادها بالشّهيره العظيمه الّتى لا يبعد معها دعوى شذوذ المخالف و امّا ثالثاً فلاّعضادها بالاصل و العمومات من الكتاب و السّنه الدّاله على القول الاوّل و قد تقدّم اليها الاشاره و امّا رابعاً فلاّنها اكثر عددا فاذن القول الاوّل اقرب و لكن الثّانى احوط و على الاول فهل يكره ذلك او لا صرح فى التّقيح و لك و الرّياض بالأوّل و لهم روايه حفص و غيرها و لو فعل ذلك فهل يحرم ان يفتضها او لا صرح الشيخ فى يه بالأوّل و له روايه ابى سعيد القمطاط و غيرها و صرح فى التّقيح و لك و ض بالثّانى و هو الاقرب

### منهل يجوز العزل باذن المتمتع بها و لو لم يشترطه

#### اشاره

كما فى فع و يع و د و عد و اللّمعه و ضه و لك و الكفايه و الرّياض و لهم وجوه الاوّل ظهور الاتفاق عليه الثّانى قول الرّياض أنّه اجماعى و يعضده اولاً- قول ضه أنّه موضع وفاق و ثانياً قول لك ظاهرهم أنّه محلّ وفاق و ثالثاً قول الكفايه يجوز ذلك بلا

خلاف الثالث الاصل الرابع مقطوعه ابن ابي عمير الذي وصفها بالصحة في الرياض قال الماء ماء الرجل يضعه حيث يشاء الا انه اذا جاءت بولد لم ينكره الخامس ما اشار اليه في الرياض من فحوى ما دل على جوازه في الدائم السادس ما اشار اليه في ضه و الرياض قائلين و لأن الغرض الاصلى هنا الاستمتاع دون النسل بخلاف الدوام السابع ما اشار اليه في لك قائلًا و يمكن الاستدلال عليه بما روى انهن بمنزله الاماء و لا- خلاف في جوازه في الاماء الثامن ما تبه عليه في لك بقوله و يمكن الاستدلال عليه بان الوطاء لا يجب لهنّ و العزل كالجاء منه و

### ينبغي التنبيه على امرين

#### الاول اذا ارادت العزل فهل يجب عليه القبول او لا

لم اجد احدا صرح باحد الامرين و المعتمد هو الثاني للأصل

#### الثاني اذا عزل ثم ظهر ولد و امكن اللاحق به الحق

كما في يع و التافع و الارشاد و لك و الكفايه و الرياض و فيه و ظاهرهم الوفاق عليه بشرط الامكان و يدل عليه مضافا الى ما ذكره جملة من الاخبار منها المقطوعه السابقه و منها الخبر الذي وصفه بالصحة في الرياض عن رجل يتزوج المرأه متعه و يشترط الان يطلب ولدها فيأتي بعد ذلك بولد فينكر الولد فسد ذلك و قال يجحد و كيف يجحد اعظاما لذلك الخبر و منها ما اشار اليه في الرياض قائلًا بعد الاشاره الى الخبرين المتقدمين و يعضده عموم ما دل على لحوق الولد به كالصحيح أرايت ان حبلت قال هو ولده لا يقال كيف يتصور كون الولد منه مع العزل لأننا نقول هذا باطل لاحتمال سبق شىء من المنى كما اشار اليه في الرياض

#### منهل لا اشكال و لا شبهه في انه لا يجوز للحز ان يجمع في العقد الدائم بين اكثر من اربع من حرائر و يجوز له ذلك في النكاح المنقطع فلا حصر لعددهنّ

و يجوز له التمتع ما شاء و كذا يجوز له في ملك اليمين الجمع بين ما زاد على الاربع من الاماء فيجوز له التسرى ما شاء و لا حصر لعددهنّ اما عدم جواز الجمع بين اكثر من اربع حرائر في العقد الدائم فقد صرح به في الغنيه و سم و يع و فع و د و عد و اللمعه و ضه و غيرها و الحجّه فيه امور الاول انه صرح في لك بانه لا- خلاف فيه بين علماء الإسلام و يعضده انه حكى في الرياض عن جماعه انهم حكوا عليه اجماع المسلمين الثاني ما اشار اليه في لك قائلًا و الاصل فيه قوله تعالى فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنِي وَ ثَلَاثَ وَ رِبَاعًا و الواو للتخيير لا الجمع و الالجاز نكاح ثمانى عشر لأن معنى مثنى اثنتين و ثلاث ثلثا ثلاثا و رباع اربعا اربعا الثالث اخبار كثيره اشار اليها في الرياض قائلًا اذا استكمل الحز اربعا من النسوة بالغبطه اى الدوام حرم عليه ما زاد عليهنّ اجماعا من المسلمين حكاها جماعه للنصوص

المستفيضة بل المتواتره ففي الصحيح لا يجمع مائه في خمس و في الحسن في رجل تزوج خمسا في عقد واحد قال تخلى سبيل ايهنّ شاء و يمسك الاربع و في العيون فيما كتبه مولانا الرضاع الى المامون لا يجوز الجمع بين اكثر من اربع حرائر و روى في الخصال عن الاعمش عن مولانا الصادق ع مثله و روى عن تحف العقول مرسلا و في المروى في تفسير العياشي عن منصور بن حازم عنه ع لا- يحلّ لماء الرجل ان يجرى في اكثر من اربع ارحام من الحرائر و نحوه مرسلا في مجمع البيان و اما جواز الجمع بين اكثر من اربع من حرائر في العقد المنقطع فقد صرح به في الانتصار و الغنيه و التافع و يع و القواعد و التحرير و اللّمعه و غيرها و بالجمله هو المشهور و عليه المعظم كما صرح به في لف و التقيح و غيرهما و لهم على ذلك وجوه الاول الاصل كما اشار اليه في لف الثاني ان ذلك لو لم يكن جائزا لاشتهر لتوفر الدواعى عليه و التالى بط فالمقدم مثله الثالث عموم ما دلّ على جواز التمتع من نحو قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و قوله تعالى فَمَا اسْتَمْتَعْتُمُ الْاِيه و قولهم عليهم السلام في عدّه اخبار معتبره المؤمنون عند شروطهم الرابع دعوى الاجماع عليه في الانتصار كما عن الطّبريات و السّرائر و كره و يعضدها الشّهره العظيمه القرية من الاجماع فان المخالف هنا ليس الا القاضى على ما حكاه في لف قائلا قال ابن البرّاج في كتابيه معا لا يجوز للمتزوج متعه ان يزيد على اربع من النساء و ذكر ان له ان يتزوج ما شاء و الاحوط ما ذكرناه و هو شاذ لا موافق له ان كان المستفاد من لك تقويه ما صار اليه و مع ذلك فعبارة المتقدمه ليست بصريحه في المخالفه كما لا يخفى و بالجمله لا اشكال في شذوذ المخالف هنا الخامس انّ الجمع بين ما زاد على الاربع جائز في ملك اليمين فكذا في العقد المنقطع اما المقدمه الاولى فلما سيأتى اليه الاشاره و اما الثانيه فلصحيحه عمر بن اذينه عن ابي عبد الله ع قال قلت كم يحلّ من المتعه قال فقال هنّ بمنزله الاماء السادس جمله من الاخبار منها خبر زراره بن اعين الذى وصفه بعض بالصّحه قال قلت ما يحلّ من المتعه قال كم شئت لا يق هذا الخبر مقطوع لم يعلم المفتى من هو فلعله غير الامام ع لأننا نقول القطع من نحو زراره غير قادح لظهور أنّه لا يستفتى من غير الامام ع و مع ذلك فيمكن دعوى جبر ضعف السّند الحاصل بالقطع بالشّهره العظيمه و كذا يجبر بها كل روايه ضعيفه السّند تدل على المختار و منها خبر ابي بصير قال سئل ابو عبد الله ع المتعه أ هي من الاربع قال لا و لا من السّبعين و منها خبر اخر لزراره عن ابي عبد الله ع تزوج منهنّ الفا فانهنّ مستأجرات و منها خبر محمّد بن مسلم عن ابي جعفر ع في المتعه قال ليست من الاربع لأنها لا تطلق و لا ترث و أنّما هي مستأجره لا يقال يعارض ما ذكر عموم قوله تعالى فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ الْاِيه المانع من الجمع بين ما زاد على الاربع فانه شامل للمتعه لأننا نقول لا نسلم الشّمول فان المتبادر منه العقد الدائم سلمنا و لكن يجب تقييده بما تقدم فانه اقوى و قد ثبت عندنا جواز تخصيص الكتاب بخبر الواحد و بنحو ذلك يجاب عن اطلاق الاخبار المتقدمه الداله على المنع من الجمع بين ما زاد على الاربع كما اشار اليه في الرّياض قائلا بعد الاشاره الى الاخبار الداله على جواز الجمع بين ما زاد على الاربع في العقد المنقطع المقدم اليها الاشاره و ضعف هذه الاخبار غير قادح بعد الانجبار بما مرّ فيقيد به اطلاق الادله المانع عن الزّيادة عن الاربع مع عدم تبادر الانقطاع منها و لا يقال يعارض ما ذكر جمله من الاخبار منها خبر احمد بن ابي نصر الذى وصفه بالصّحه في لك و الرّياض قال سألت عن الرجل يكون عنده المرأه أ يحلّ له ان يتزوج اختها متعه قال لا- قلت حكى زراره عن ابي جعفر أنّما هي مثل الاماء يتزوج ما شاء قال لا هي من الاربع و منها خبر اخر لأحمد بن ابي نصر عنه ع قال قال ابو جعفر اجعلوهنّ من الاربع فقال له صفوان بن يحيى على الاحتياط قال نعم و منها خبر عمّار الّذى عدّه في الرّياض من الموثق عن الصادق ع في المتعه قال

هي من الاربع لأننا نقول هذه الاخبار لا تصلح للمعارضه من وجوه عديده و يمكن حملها على ما اشار اليه والدى العلامه ق ره بعد الاشاره الى الصّحيحه الاولى و الموثقه و هما مع قصورهما عن المقاومه لما مرّ من وجوه عديده محمولان على الاستحباب

او الاتقاء على الشيعه ليتأتى لهم الاحتياى بالاقصر على الاربع على التفصى عن شعه العامه و لو زيد عليها لما امكن هذه الحيله و اما جواز الجمع بين ما زاد على الاربع فى ملك اليمين فقد صرح به فى الغنيه و سم و فع و يع و د و عد و لك و ضه و الكفايه بل الظاهر انه ممالا - خلاف فيه و قد صرح بدعوى الاجماع عليه فى ضه و الرياض و فى لك انه موضع وفاق بين جميع المسلمين و احتج عليه بعموم قوله تعالى **إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ** أَوْ **مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ** \* الآية

### منهل اذا انقضى اجل المتعه جاز له ان يعقد عليها عقد التمتع مره اخرى

فى الحال و عدم خروجها عن العده غير قادح و كذا يجوز له ان يعقد عليها عقد الدوام فى الحال و كذا يجوز له ان يعقد عليها بعد ان يهبها المده فى الحال اما الحكم الاول فقد صرح به فى النهايه و ثر و التحرير و اما الثانى فهو مقتضى اطلاق النهايه و السرائر و اما الثالث فهو مقتضى النافع و الكفايه و الرياض و غيرها و الظاهر بل المقطوع به ان الاحكام الثلاثه ممالا خلاف فيها بين الاصحاب و الحجّه فيها بعد ذلك الاصل و العمومات من نحو قوله تعالى **أَوْفُوا بِالْعُقُودِ** و قوله تعالى **فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ** الايه و قولهم عليهم السلام فى عده اخبار معتبره المؤمنون عند شروطهم و انه لو كان العقد عليها بعد المفارقه غير جائز لاشتهر لتوفر الدواعى عليه و التالى بط قطعاً فالمقدم مثله و ما اشار اليه والدى ق ره قائلاً لو اراد العقد عليها مط و هبها المده و استأنف العقد و لا - عده عليها منه و عليه دلت النصوص كالتصحيحين فاذا مضت تلك الايام كان طلاقها فى شرطها و لا عده لها عليك و نحوها المرسل لمن اجمع على تصحيح ما يصح عنه ان الرجل اذا تزوج المرأه متعه كان عليها عده لغيره فاذا اراد هو ان يتزوجها لم يكن عليها منه عده يتزوجها اذا شاء فظاهرهم الاجماع عليه و هو مقتضى الاصل مع انتفاء المانع لا يق قد صرح الاصحاب بان من تزوج امرأه

ص: ٥٥٢

فى عدتها و دخل بها فيها كانت محرّمه عليه ابداً و المرأه المفروضه هنا كك فلا يجوز العقد على المتعه الا بعد انقضاء عدتها لأننا نقول كلام الاصحاب منزل على صورته تزويج الا - جنبى لا - الزوج فينبغى ما ذكرناه سليمان عن المعارض و هل يتزوج له ان يعقد عليها ثانياً قبل حصول البينونه و المفارقه لتكون متعه له بعد انقضاء الاجل او لا يجوز له ذلك الا بعد المفارقه اما بانقضاء الاجل او هبه المده اختلف الاصحاب فيه على اقوال الاول انه يجوز ذلك و هو للمحكى عن صريح ابن حمزه و ظ العماني و لف الثانى انه لا - يجوز ذلك و هو للنافع و التحرير و الكفايه و ض و حكاى فى لف عن ابن البراج و ابن ادريس و غيرهما و ادعى فيه كما فى الرياض بالشهره عليه الثالث ما اشار اليه فى التنقيح قائلاً التحقيق ان قلنا باشرط اتصال الاجل بالعقد فلا يجوز التجديد و الا جاز انتهى و المعتمد هو القول الثانى لمفهوم الخبر الذى وصفه فى الرياض بالصّحّه لا باس بان تزيدك و تزيدها اذا انقضى الاجل فيما بينهما و يعضده امور الاول خبر ابان بن تغلب قال قلت لأبى عبد الله ع جعلت فداك الرجل يتزوج المرأه متعه فيتزوجها على شهر ثم يقع فى قلبه فيجب ان يكون شرطه اكثر من شهر فهل يجوز ان يزيدها فى اخرها و يزداد فى الايام قبل ان تنقضى ايامه التى شرط عليها فقال لا يجوز شرطان فى شرط قلت فكيف يصنع قال يتصدق عليها بما بقى من الايام ثم يستأنف شرطاً جديداً الثانى ما اشار اليه فى لف قائلاً فى مقام الاحتجاج على هذا القول لأنها زوجته يستحق بضعها بعقد فلا يستباح بآخر حتى ينقضى الاول الثالث ما اشار اليه بعض قائلاً لو جاز ذلك لجاز العقد عليها لغيره قبل انقضاء الاجل و هو بط و هذه الامور و ان امكن المناقشه فيها اما الاول فبضعف السند و اما الثانى فبالمنع من المقدمه الثانيه و اما الثالث فيما اشار اليه فى

التفسيح قائلًا- في مقام الجواب عنه ذلك غير لازم لأنه عقد على ذات بعل فلا يجوز الا انها تصلح للتأييد بل الاول منها يصلح للاحتجاج به لإمكان الجواب عن ضعف السند بجبره بالشهره لا يق يدفع ما ذكر ما احتج به في لف لابن حمزه قائلًا احتج ابن حمزه باصالة الجواز السالمه عن معارضه شغلها بالعقد على غيره و كونها مشغوله بعقده لا يمنع من العقد عليها مره اخرى كما لو كانت مشغوله بعدته لأننا نقول هذا مدفوع بما اشار اليه في الرياض قائلًا في مقام الجواب عمًا ذكر و الاصل يجب الخروج عنه بما مرّ و الثاني اجتهاد في مقابلته و هو غير جائز الا على تقدير عدم حجّيه المفهوم و عدم جابر للخير و هما في محل المنع و ليس في الخبرين منافاه للقول بجواز العقد منفصلا لاحتمال كون المنع فيهما من حيث الجمع لا مط و ربما افصح عنه التعليل في الاخير فالقدح ليس في محلّه

### منهل اذا عقد الولي من الاب و الجد له على امره بكرة كانت او تيبا لولده الصّغير

الذي لم يبلغ و زوّجها منه على وجه الانقطاع و التمتع الى مدّه معينه ولايه عنه و ملاحظه لمصلحه فلا اشكال في صحّه هذا العقد و هل يجوز و يصحّ لهذا الولي ان يهب للزوجه المتمتع بها المدّه المفروضه في اثائها قبل بلوغ الصّغير ولايه عنه حيث يرى مصلحته في ذلك كما يجوز ذلك لذلك الصّغير بعد بلوغه فكما يجوز و يصحّ للوليّ هذا النكاح ولايه فكك يجوز و يصحّ التفريق بين الزوجين المفروضين بالابراء و هبه المدّه او لا يجوز و لا يصحّ للولي ذلك فيكون الابراء و هبه المدّه كالطلاق في عدم جوازه و عدم صحّته من الولي على ما صرحوا به لم اجد الى الان احدا من اصحابنا المتقدمين و لا من المتأخرين و لا من متأخريهم تعرض لهذه المسأله من الجواز و العدم و لكن قد وقع النزاع و المشاجرّه في هذه الايام بين علماء قزوين الذين تلمذوا على و قرأوا عندي شطرا من الزمان فذهب بعضهم الى الجواز و الصّحه مصرّا عليه غايه الاصرار و ذهب آخر منهم الى المنع منه ككك و قد راجعوني في هذه المسأله مستفتين عن حكمها و جاعلين لي حكما بينهم فلما رايت ان الامر بلغ هذا الحد الزمت على نفسي التامل في هذه المسأله و ملاحظه حجج الطرفين ثم بيان ما ادى اليه فهمي القاصر مع كثره المشاغل و اختلال الاحوال و تشتت البال فاقول و بالله التوفيق و منه الهدايه للقول الاول و جوه منها ما نبه عليه القائل به قائلًا هذا القول هو الأصحّ بل لا خلاف فيه يظهر بين الاصحاب و قد يجاب عما ذكره بأنّه في غايه الضّعف فأنّا لم نجد احدا من اصحابنا صار اليه و لا تبّه عليه و لا- هو حكاه عن احد فكيف يدعى نفى ظهور الخلاف الذي هو اعلى درجه من فتوى جماعه بل و من الشّهرة العظيمه القريبه من الاجماع و ان اراد مجرد المعنى الغوى و هو اطلاع على المخالف له فمعلوم أنّه لا- عبره به بوجه من الوجوه و لم يصلح جعله دليلا- على اثبات حكم مخالف للأصل خصوصا مع معارضته بالمثل هنا اذ للقائل بالقول الثاني ان يقول في اثبات دعواه بمثل ما قال فالاولى ترك ذلك في مثل هذه المسأله خصوصا في مقابله الخصم المنازع المعتمد على الاصل هذا كلّه على تقدير رجوع ما ادّعا الى ما صار اليه و ان اراد نفى ظهور الخلاف في عموم الولايه فان اراد في الجملة فلا يجدى قطعا و ان اراد العموم بحيث يشمل محل البحث فيجاب عنه بنحو ما تقدّم كما لا يخفى و منها ما تبّه عليه هذا القائل أيضا قائلًا و اما عموم ولايه الولي فيدلّ عليه وجوه اثني عشره اما الاول فاطلاق الاجماع المنقول في الشرح الكبير في كتاب الحجر المنقول أيضا عن التذكرة و لك المقرون بقريته العموم و التخصيص بالمال تخصيص بلا مخصّص او تقييد بلا مقيد مع ما في المقام من قريته العموم الشامله للمال و غيره و قد يناقش فيما ذكره بانا لم نجد في الرياض و هو الشرح الكبير اطلاقا يفيد مدعا و يشمل محل البحث الا- قوله في كتاب الحجر و الاب و الجد و ان علا يلبان على الصّغير و المجنون بلا خلاف كما في لك بل اجماعا كما عن التذكرة و في غيرها و هو الحجّه كالنصوص المستفيضة بل المتواتره الوارده في الترويح الصّريحه في ثبوت و ولايتهما عليهما فيه المستدلّ بها بالفحوى و الاولويه في المسأله مضافا الى خصوص النصوص المستفيضة الوارده في بحثي اموال الايتام و

الوصية و غيرهما من المباحث الكثيره فلا ريب و لا خلاف فى المسأله و لا فى نفوذ تصرفات احدهما مع فقد الاخر او الموافقه و عدم المعارضه او سبق تصرف المتصرف منهما و من الظاهر ان هذا الاطلاق لا يشمل محل البحث كسائر اطلاقات الاصحاب التى هى مثله اما اولا فلأن قوله اعلى الله عز و جل

ص: ٥٥٣

مقامه المستدل بها بالفحوى و الاولويه فى المسأله كالصريح فى ان موضوع المسأله التى فرضها هنا كسائر الاصحاب لا يعم الترويج فلا- يعم محلّ البحث بطريق اولى و ذلك لأنّ الترويج لو كان داخلا فى هذا الموضوع و فردا من افراده و مقصودا فيه أيضا لكان الاستدلال بالتصووص التى اشار اليها استدلالا على اثبات بعض المدعى و يلحق الباقي به اما بعدم القائل بالفصل او بالاولويه او بهما معا و من المعلوم ان قوله ق ره فى المسأله كالصريح فى عدم اندراج الولايه فى موضوع المسأله التى فرضها كما لا يخفى و اما ثانيا فلان عبارته النافع التى هى المتن و عبارته الرياض قد وردتا فى بيان من يكون وليا لا فى بيان ما يصح فيه الولايه و قد تقرّر فى الاصول و نبه عليه جدى العلّامه ق ره فى بعض فوائده و حققه والدى العلّامه ق ره فى الدروس مرارا كثيره و نبهت عليه فى كتبى الأصوليه التى منها المفاتيح ان المطلق اذا ورد فى بيان حكم اخر لا- يفيد العموم و لا- يرجع اليه فمن الشرائط فى افادته العموم عدم وروده فى بيان حكم اخر و لذا لا يكون قول الفقهاء يشترط فى الصلاه قبله و فى البيع تعيين الثمن و نحو ذلك مفيدا لصحّه كل صلاه حتّى الخاليه عن الشوره و جلسه الاستراحه و ذلك واضح جدّا و ليست فى العبارتين المذكورتين لفظ عام قطعاً و ان توهمه المستدل بل غايتها الاطلاق و ان قلنا ان حذف المتعلّق يفيد العموم لان حاله حال المطلقات التى ترجع الى العموم فيشاركها فى الشروط المقتضيه لإرجاعها اليه و من جملتها ما تقدّم اليه الاشاره و اما دعوى المستدلّ وجود القرينه على افاده العموم فغفله و اوضحه لما تبهنا عليه سابقا و اما ثالثاً فلأنّ المتبادر من الاطلاق المذكور الولايه فى التصرفات الماليه لوجهين احدهما ان اصل الكتاب فى التصرفات الماليه قطعاً فجميع الاطلاقات المذكوره فينصرف اليه كما انّ اطلاقات اقوال الاصحاب فى كتاب الصلاه يشترط قبله و يشترط اباحه المكان و يشترط ستر العوره و يجب تكبيره الاحرام و يجب الركوع و يجب السجود و ينصرف الى الصلاه دون غيرها من ساير العبادات و كك اطلاقات اقوالهم فى كتاب البيع يشترط تعيين الثمن و يشترط الملكيه و نحو ذلك ينصرف الى البيع دون غيره من ساير المعاملات كالصّلمح و الاجاره و الهبه و ذلك واضح لا- يستريب فيه فقيهه و من يتوهم خلافه فلا- ريب أنّه من جهه قلّه اطلاعه على الفنّ و سيره الاصحاب بل و سيره العقلاء كما لا يخفى و ثانيهما أنّ الترويج للصّغير بعقد التمتعّ و الابراء من المدّه فى غايه الندره و قد تقرّر فى الاصول و حقّقناه فى كتبنا الاصوليه بما لا يزيد عليه و كذا حقّقه جدى العلّامه و والدى العلّامه ق ره انّ الاطلاقات لا ينصرف الا الى الافراد الشائعه و لا تنصرف الى الافراد النادره فيشترط فى افادتها العمومات تواطى الافراد و عدم التشكيك من هذه الجهه و اما رابعاً انّ الإطلاقات المذكوره كسائر اطلاقات عبارات القوم لو لم يكن مختصّاً بالتصرفات الماليه و كان شاملاً لغيرها من الترويج و غيره الذى من جملته محلّ البحث لكان دالّاً على ثبوت الولايه للأب و الجدّ له فى الطلاق و غيره ممّا وقع فيه الخلاف و هو بط للقطع بمصير المعظم ان لم نقل جميع الاصحاب الى عدم ثبوت الولايه لهما فى الطلاق و للقطع بوقوع الخلاف فى ثبوت الولايه لهما فى بعض الموارد و لا يمكن جعل الامرين قرينه على التقييد لاستلزامه تاخير البيان عن وقت الحاجة و هو قبيح مضافاً الى أنّه لم يعهد من الاصحاب اتفاهم على اطلاق فى كتاب ثم تقييدهم له فى كتاب اخر لا يقال المقصود فى كتاب الحجر و من هذا الإطلاق بيان اصاله ولايتهما فى جميع الامور و لا ينافيها الامران المذكوران لأنّنا نقول هذا خيال ضعيف اذ ليس داب الفقيه

تحريير القواعد و الاصول التعلقيه بل انما هو وظيفه الاصوليين و اما الفقهاء فطريقتهم تحريير الفتاوى و بيان الاحكام التنجيزيه و من الظاهر ان الامرين المذكورين ينافيان ذلك كما تقدم اليه الاشاره الا ان يجمع بين المتنافيين بانهما من باب الرجوع عن المذهب السابق و التجدد فى الراى و لكن هذا مقطوع بالفساد لامتناع وقوعه عاده و لذا لم يتفق مثله فى مقام فت و اما خامسا فلان الإطلاق المذكور لو لم يختص بالتصرفات الماليه للزم ان يكون اطلاق الحكم بثبوت الولاية لوصى الاب و الجد له و للحاكم و للعدل المؤمن شاملا لمحل البحث أيضا و ذلك لوقوع الاطلاقين فى سياق واحد و عطف

هذا الاطلاق على الاطلاق فيلزم الحكم بثبوت الولاية للمذكورين فى الابراء المفروض و الذى هو محل البحث و هو فى غايه البعد جدا و لا اظن ان المستدل يلتزم بذلك فت و اما سادسا فلان الاطلاق المذكور لو حمل على العموم اللغوى لكان دالا على ثبوت الولاية للأب و الجد فى العبادات و ساير حقوق الزوجيه و اللأزم باطل قطعا و لا يلتزم به احد جدا و ما يدل على خروج ما ذكر عنه يدل على خروج محل البحث منه أيضا اذ لا تنصيص للأصحاب بالفرق بين الامرين فت و منها ما احتج به القائل بالقول المذكور أيضا قائلا- فى مقام ذكر ادلته الثانى تعليل اكثر الاصحاب من غير تأميل و اشكال بل بلا- اشاره الى خلاف جواز تصرفات الولى فى جميع الابواب بالاوليه و قد يجاب عما ذكره اولا بالمنع من تعليل المعظم فى جميع الابواب بذلك و ان هى الا دعوى خاليه عن الشاهد و مثلها لا يليق باهل التحقيق و لا ريب ان الأوفق بالقواعد التزام المدعى لهذه بذكر شواهدا من عبارات المعظم و ذكر احتجاجاتهم و ثانيا بان ما ادعاه على تقدير تسليمه لا يفيد مدعاه اذ لا ريب ان كل موضع يجوز فيه تصرف الولى يكون معللا بالولاية لا بغيرها و من البين ان هذا لا يفيد المدعى من ثبوت الولاية فى كل امر حتى محل البحث و لو قلنا بصراحه كلام المعظم فى التعليل و بان مفهوم العله حجه فت و ثالثا بان ما نسبه الى المعظم على تقدير تسليم تحققه و دلالاته على المدعى لا يكون حجه الا على تقدير كون الشهره حجه مط حتى نحو هذه الشهره و هى ممنوعه على القول بلزوم الاقتصار على المسائل الفقهيّه على الظنون المخصوصه و اما على المختار من اصاله حجيه الظن الذى لم يقيم الدليل على المنع من العمل به فلا يبعد دعوى حجيه نحو هذه الشهره و لكنّها محل اشكال أيضا فت و منها ما استدلل به القائل بهذا القول أيضا قائلا فى المقام المذكور الثالث ان الحكمه المقتضيه لمشروعيه و لايه الولى فى الجمله

ص: ٥٥٤

يقتضى العموم قطعا و الخروج فى الطلاق لا ينافيه كخروج القياس من اصاله حجيه الظن و قد يجاب عما ذكره بأنه ضعيف فى الغايه لان الحكمه التى اشار اليها اجمالا- لم نعرفها اصلا و لو ظننا بل التحقيق ان ثبوت الولاية للأب و الجد له من باب التعبد الصيرف المذى لا- يهتدى الى وجهه عقولنا كما فى نجاسه البول و المنى و طهاره المذى و القى ء و نحو ذلك نعم قد يتخيل لذلك مناسبات اعتباريه و استحسانات عقليه ليست بحجه عند الاماميه بل قد يدعى انها ليست بحجه عند القائلين بحجيه القياس المستنبط العله و هى ممنوعه عند الاماميه الا ابن الجنيد و قد انقض و قد صار عدم حجيه القياس عندنا من ضروريات المذهب و عموم ما دل على اصاله حجيه الظن لا يشمل حتى يخرج منها دليل فاطلاق الخروج عليه سهو او تجوز و ان ادعى المستدل ان الحكمه التى اشار اليها معلومه و منقحه فيكون هذا الاستدلال من باب الاستدلال بتنقيح المناط القطع و هو حجه عند محققى الاماميه القائلين بان من جمله المدارك و الادله على الأحكام الشرعيّه العقل فهو فاسد جدا لأن المنقح و المفيد للقطع بالعله ليس غالبا الا- الاجماع او العقل و كلاهما مفقودان فى المقام قطعا و لئن تنزلنا فلا أقل من الشك فعلى المستدل بيانها و لا يصح فى مقام المشاجره مع الخصوم عدم التعرض ثم ان الحكمه لو كانت منقحه و معلومه جار للأب و الجد له الطلاق و لايه



أيضا ولا- معنى للجواب عما ذكر بأنه خرج عن الكليه كما خرج القياس عن اصاله حجيه الظن لوضوح الفرق بين المقامين فإنه قياس مع الفارق او تنظير غير صحيح كما لا يخفى و بالجمله العله للحكم فى واقعه اذا كانت منقحه و معلومه بحيث يلزم عقلا من وجودها ذلك الحكم و علم بان واقعه اخرى تشارك هذه الواقعه فى هذه العله و فى عدم المانع من ظهور اثرها كان اللازم الحكم باشتراك الواقعتين فى الحكم و لم يجز الحكم بالاستثناء اصلا لأن الادله العقليه لا- تقبل التخصيص نعم اذا اشترك واقعتان فى عله حكم و امكن تحقق المانع من ظهور اثرها فى إحداهما دون الاخرى لم يجز الحكم باتحادهما حكما و ذلك واضح جدا و ح ان كان ما ادعى ثبوته فى جميع الموارد حتى محل البحث و الطلاق من قبيل الاول فلا معنى لإخراج الطلاق و لا يجوز قطعا و ان كان من قبيل الثانى فلا وجه للحكم بالاتحاد فى الحكم فى محل البحث و نحوه لاحتمال وجود المانع و دفعه بالاصل فى هذا المقام غلط كما لا يخفى و منها ما استدلل به القائل بهذا القول أيضا قائلا فى المقام المذكور الزايع الاستقراء التام فى احكام الطفل بحيث يستفاد منه الحكم اعنى جواز الولاية كليه و قد يجب عما ذكره أولا بان الاستقراء المذكور على تقدير تسليمه انما يسلم فى نوع خاص و هو التصرفات الماليه و لا يجوز الحاق نوع اخر و هو التزويج و ما يتعلق به بذلك لكثرة اختلاف النوعين فى الاحكام فلا يحصل من الاستقراء المذكور ظنا بكليه تشمل المدعى كما لا يخفى و ثانيا بان الاستقراء التام عبارته عن وجود امر من حكم او غيره فى جميع افراد مفهوم كلى و من الظاهر ان دعوى هذا فى هذا المقام مصادره محضه و تحكم ظ و ثالثا بان المراد من الاستقراء الذى ادعاه ان كان مراده المفيد للقطع و لو عاده فهو ممنوع قطعا و ان كان مراده المفيد للظن كأكثر افراد الاستقراء فهو ليس بحججه عند من يقتصر فى الفقه على الظنون المخصوصه التى قام الدليل القاطع من الاجماع و غيره على حجيتها لان الظن الحاصل من الاستقراء ليس من هذا القبيل قطعا لفقد الدليل القاطع من الادله الاربعه على حجيتها بل قد يدعى عدم حجيتها على المختار من اصاله حجيه الظن فى الفقه لمصير المعظم الى عدم حجيتها و من الظاهر ان الشهره تفيد ظنا قويا قطعا فيلزم ان يكون حججه أيضا باعتبار الاصل المذكور و من المقطوع به ان العمل بهذين الظنين معا غير ممكن و لا ترجيح لأحدهما على الاخر فيلزم التوقف و معه لا يمكن الحكم بحجيه الظن الحاصل من الاستقراء بل قد يدعى ترجيح الظن الحاصل من الشهره لأنه اقوى و الاصل لزوم العمل باقوى الظنين حيث لا يمكن العمل بهما معا فى محل البحث نعم ان قلنا باصاله حجيه كل ظن لم يقم دليل قاطع على المنع من العمل به مط و لو دل الدليل الظنى على عدم حجيتها و كان اقوى منه اتجه القول بحجيه

الاستقراء و لكن ذلك فى غايه الاشكال و ان كان لا يخ عن قوه و قد حقت الكلام فى الاستقراء و فى اصاله حجيه الظن فى المفاتيح بما لا مزيد عليه و منها ما عول عليه القائل بهذا القول أيضا قائلا فى المقام المذكور الخامس ورود تعليل جواز تصرف الولي فى بعض الاخبار المعتبره بالولاية فى اموره المفيد للعموم من باب التنصيص على العله و اشار بما ذكره الى ما رواه عن يب عن الحسين بن سعيد عن النظر عن القاسم بن سليمان عن عبد الله بن زراره عن ابى عبد الله ع قال فى رجل تصدق على ولد له و قد ادر كوا فقال اذا لم يقبضوا حتى يموت فهو ميراث فان تصدق على من لم يدرك من ولده فهو جائز لأن الوالد هو الذى يلى امرهم و قد يجب عما ذكره أولا بان الروايه المذكوره ضعيفه لا تصلح للحجيه لاشتمال سندها على القاسم بن سليمان و هو مجهول الحال لم اعثر عليه بمدح و لا- قدح و لا- جابر للضعف هنا فلا تكون حججه و ثانيا ان التعليل فى الروايه انما هو لجواز التصديق فيلزم منه دوران هذا الحكم بالخصوص مدار علتها اينما وجدت لا- سائر الاحكام التى لم تعلق بهذه العله و بالجمله القائل بحجيه مفهوم العله انما يدعى دوران الحكم المعلل مدار علتها و ان وجدت فى غير محل النطق فقوله ع حرمت شرب الخمر لإسكارها انما يفيد حرمة شرب كل مسكر و ان كان نبذا او نحوه و لا يفيد حرمة بيع الخمر و لا حرمة هبتها و لا حرمة

سائر التصرفات التي هي غير الشرب و كك لا يفيد جميع ما ذكر بالنسبه الى سائر المسكرات لأن جميع ما ذكر عدا تحريم الشرب غير معلله بعله الاسكار و ما ذكرناه في غايه الوضوح لا- يستريب فيه من له ملكه في اصول الفقه و بالجمله التمسك بمفهوم العله المشار اليها في الروايه المذكوره فاسد جدا و منها ما اعتمد عليه القائل بهذا القول أيضا قائلًا في المقام المذكور السيادس دلالة الخبر المروي في كتاب الطلاق المنجبر ضعفه بالعمل كل طلاق جائز الاطلاق الصبي و المجنون و المعتوه و غير و ليس طلاق الولي منه فيدلّ بعمومه على الجواز بناء على احتمال كون الاصل في الطلاق حملة على المعنى اللغوي و ان كان ضعيفا جدا

ص: ٥٥٥

الا- انه يصح الاستدلال به في مقام المعارضه و قد يجاب عما ذكره أولا بان هذه الروايه لم يتحقق عندنا اعتبار سندها و قد اعترف المستدلّ بضعفه و امّا دعوى جبره بالعمل فان اراد في نفس محلّ البحث فهو ممنوع لما بيناه من اننا لم نجد احدا من الاصحاب تعرّض لمسئلتنا هذه و ان اراد في غير محلّ البحث فلا يجدي الا ان يريد من الخبر دلالة القرائن على صدق هذه الروايه و لكنّها ممنوعه و دعواها بلا- بينه و لا برهان غير مقبوله و ثانيا بان هذه الروايه لا دلالة فيها على المدعى اذ لا ريب انّ الطلاق صار حقيقه في العرف العام في معنى لا- يعمّ محلّ البحث قطعا و العرفيه العامه مقدّمه على اللغويه سلمنا انها ليست بمقدّمه على اللغويه و لكن لا- أقلّ من التوقّف كما عليه معظم الا-صوليين على الظاهر و معه لا- يجوز التمسك بالروايه على المدعى قطعا سلمنا انّ العرف العام هنا موافق للغه و لكن لا اشكال في انّ لفظ الطلاق قد صار حقيقه شرعيه في هذا المعنى المعروف الّذى لا- يعمّ المدعى قطعا و الحقيقه الشرعيه مقدّمه على اللغويه و العرفيه سلمنا نفى الحقيقه الشرعيه فيه و لكن لا ريب في صيرورته في عرف المتشرّعه و في زمن الاثمه الطاهرين عليهم السّلام حقيقه في هذا المعنى المعروف الّذى ليس منه محلّ البحث قطعا فيجب الحمل عليه سلمنا انّ المعنى اللغويّ باق في جميع الازمنه و لكن لا اشكال في عدم ارادته بل المراد منه هو هذا المعنى المتعارف و لو مجازا قطعا و ثالثا بان حمل الروايه على العموم غير جائز سواء اريد من الطلاق فيها المعنى اللغوي او العرفي و ذلك واضح و البناء على التخصيص يستلزم تخصيص العام الى الاقلّ من النصف قطعا لان من لا يصحّ منه الطلاق اكثر ممن يصحّ منه بالضروره و هو غير جائز عند اكثر المحقّقين فلا- بدّ من حمل الروايه على غير التخصيص و معه لا يجوز الاستدلال بها على المدعى كما لا يخفى و رابعا بانّ الروايه المذكوره على تقدير تسليم دلالتها على المدعى معارضه بالروايه الداله على انه لا يجوز الطلاق عن الصّي غير ولايه و من الظاهر انّ هذه الروايه اولي بالترجيح لاعتضادها بالاصل و فتوى المعظم و لا وجه لحمل الطلاق في هذه الروايه على المعنى المتعارف دون الروايه السابقيه اذ المعنى اللغوي لو كان باقيا فيجب الحمل عليه في الروايتين و ان كان المعنى العرفي او الشرعي فيجب الحمل عليه فيهما أيضا فالتفصيل تحكّم بحت و منها ما استدل اليه هذا القائل أيضا قائلًا في المقام المذكور السّابع دلالة عموم أوّفوا بالعقود على وجوب الوفاء بوجهين احدهما انّ هبه المده اذا وقعت شرطا في ضمن عقد لازم خارج كانت قيّدا للعقد فيجب الوفاء به و ثانيهما ان الاذن في العقد مط شرعا يستلزم جواز العقد مع كلّ شرط جائز و قيد مباح فاذا شرط الولي الهبه مع المصلحه فيجب الوفاء به و له وجه اخر و قد يجاب عما ذكره أولا بانّ التمسك بعموم هذه الايه الشريفه في محلّ البحث انما يتّجه على تقدير جعله اصلا عاما في صحّه العقود المشتبّهه الصّحه و لعلّ الخصم يمنع من ذلك لأمر اشرت اليها في المفاتيح و الوسائل و لكن التحقيق عندى انه اصل صحيح و الايرادات الوارده عليه مدفوعه كما نبهت عليه في الكتابين المذكورين و لكن على هذا لا يكون هذا العموم دليلا جديا الا ان يقول الخصم بمقالتنا و

ثانياً بأن غاية ما يستفاد من هذا العموم صحه ابراء المده مع الشرط المذكور لا مط فالدليل اخص من المدعى و لا يمكن التتميم بالإجماع المركب لما بيناه سابقا من أنا لم نجد احدا من الاصحاب تعرض لأصل المسأله و مع هذا فيبعد غايته حصول العلم او الظن بعدم القائل بالفرق بين صور المسأله خصوصا لو قلنا بما ذهب اليه جماعه من اصحابنا من عدم امكان الاطلاع على الاجماع بالمعنى المتعارف بينهم و هو الاتفاق الكاشف عن قول المعصوم ع او رضاه سلمنا و لكن يعارض ما ذكر بالمثل فيما اذا شرط فى ضمن عقد لازم خارج عدم الابراء فى اثناء المده بناء على ان صحه الابراء فيه على تقدير تسليمها يستلزم صحته مط و لو مع شرط عدمه و فيه نظرت و ثالثا بان عموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ كما يقتضى وجوب الوفاء بالشرط المذكور المستلزم لصحه الابراء كك يقتضى وجوب الوفاء باصل عقد التمتع المفروض بالنسبه الى الولي و بالنسبه الى الصيغير بعد بلوغه و استكمالها لشرائط التكليف و بالنسبه الى الزوجه ان قلنا باصالة شمول نحو

الخطاب المذكور فى الآيه الشريفة للأناث كما هو خيره جماعه من الاصوليين و من الظاهر ان ما ذكر يستلزم عدم صحه الابراء المفروض مط و لو مع الشرط الذى اشار اليه المستدل فالآيه الشريفة لا بد فيها من ارتكاب التخصيص و الظاهر ترجيح التخصيص باخراج صور الشرط المذكور عن عمومها لندره هذه الصوره فى الغايه بحيث يمكن ان تعد من اندر افراد العام فلا يشملها العموم و لو مع فقد المعارض بناء على ما صرح به والدى العلامه ق رة من ان العام لا يشمل الفرد الا ندر بخلاف التادر فانه يشملها و ليس كك اصل عقد التمتع المفروض انه ليس بهذه المثابه من الندره فيشملة العموم المذكور سلمنا عدم ترجيح ما ذكر و لكن لا أقل من المساوات و معها يسقط الاستدلال بعموم الآيه الشريفة على المدعى نعم قد يق ان الابراء الذى هو محل البحث لو لم يصح لم يصح العقد بعده و فى اثناء المده على اخت لزوجه المفروضه لهذه الصيغير و لا العقد على هذه الزوجه له ثانيا و لا- العقد على بنتها له و لا- العقد عليها لغيره من اخوته و بنى اعمامه و اخواله و عماته و خالاته و سائر الناس غير ابائه و التالى بط فالمقدم مثله اما الملازمه فظاهاه اذ مع عدم صحه الابراء المفروض يكون الزوجه المفروضه بعده باقيه على كونها زوجه للصيغير و زوجه الصيغير لا يصح ان يعقد عليها بالعقود المذكوره لا دواما و لا انقطاعا و اما بطلان التالى فلان عموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ يقتضى صحه جميع العقود المذكوره كما لا يخفى و هو و ان اقتضى وجوب الوفاء باصل عقد التمتع أيضا و لكن يجب اخراج من هذا العموم لأن اخراج العقود المذكوره منه مستلزم لتخصيصات كثيره و لا كك اخراج عقد التمتع بعد الابراء فانه لا يلزم منه الا تخصيص واحد و قد تقرّر فى الاصول ان الامر اذا دار فى تخصيص العام بين اخراج الاكثر و اخراج الاقل كان الاخير اولي و قد يجاب عما ذكر بان العقود المذكوره عدا عقد التمتع قد خرجت قبل الابراء من العموم المذكور و تخصيص بغيرها فلا معنى لدخولها فى العموم ثانيا بعد الابراء و قد تبّه على نحو ما ذكر والدى العلامه ق رة مرارا و كذا تبّه عليه غيره من بعض المحققين و فيه نظر بل التحقيق ان الامر فى نحو المقام

ص: ٥٥٦

يدور بين تقييد الاطلاق و تخصيص العموم فان قلنا بالمساوات بينهما او ترجيح التخصيص لم يصح الاستدلال بعموم الآيه الشريفة على المدعى و هو صحه الابراء المفروض قطعا و ان قلنا بترجيح التقييد امكن الاستدلال به عليه و لكن هذه المسأله الاصوليه فى غايه الاشكال و قد تبّهت عليها فى المفاتيح و بالجملة الاستدلال بالآيه الشريفة على المدعى فى غايه الاشكال و منها ما تمسك به القائل بهذا القول أيضا قائلا فى المقام المذكور الثامن عموم المؤمنون عند شروطهم بناء على ان المخاطب هو الولي و التقريب ان الولي اذا جاز له الشرط فيجب عليه الوفاء به و كلا- الامرين ثابت بالعموم و قد يجاب عنه أولا بان حمل

الرّوايه على العموم يقتضى تخصيص العموم الى الاقل من النصف و هو غير جائز عند كثير من المحققين من الاصوليين فيحمل على العهد و الظاهر ان المعهود هو الشّروط الصّحيحه و لم يثبت عندنا صحّه الشرط المعلق عليه الابراء فى اثناء المدّه و ثانيا بانّ العموم المذكور كما يوجب الوفاء بالشّروط المعلق عليه الابراء ككك يوجب الوفاء بالشّروط المذكوره فى ضمن عقد التمتع و لا يمكن العمل بالجميع قطعا و التّرجيح يتوقّف على الدّليل و ليس فتكون الرّوايه المذكوره مجمله بالنّسبه الى المفروض فلا يصحّ الاستدلال بها عليه فت و منها ما احتجّ به القائل بهذا القول أيضا قائلا فى المقام المذكور التّاسع انّ هبه المدّه فى مقابل المال معامله ماليه فيكون التصرف فيه ماليا فيجوز اجماعا سيّما اذا كان منفعه البضع مهجورا و يدلّ عليه قولهم ع هنّ مستأجرات و قد يجاب عمّا ذكره اولا بالمنع من الصغرى و ثانيا بالمنع من كليه الكبرى بحيث يشمل محلّ النزاع و دعوى الاجماع عليها فاسده جدا و لا ندرى انّ هذا الاجماع من اين حصّله و باى حدس ادركه مع انّ كثيرا من المسائل الفقهيّه الّتى افقوا الاصحاب فيها من غير خلاف لم يمكننا دعوى الاجماع فيه و الاطّلاع عليه فكيف بهذه المسأله و اما خبر زراره عن ابى عبد الله ع تزوّج منهنّ الفا فانهنّ مستأجرات و خبر محمّد بن مسلم عن ابى جعفر ع فى المتعه قال ليست من الاربع لأنّها لا- تطلق و لا- ترث و أنّما هى مستأجره فلا يثبتان المدعى اما اولا فلعدم معلوميه اعتبار سندهما و اما ثانيا فلظهور ان المقص من قولهما هى مستأجره التشبيه بالمستأجره لا انها مستأجره حقيقتا لصحه السلب عرفا و شرعا و التشبيه أنّما يفيد العموم حيث لا يكون بعض وجوه الشّبه ظاهرا متبادرا و الا فلا و من الظاهر انّ المتبادر هنا التشبيه فى عدم الانحصار فى الاربع كالدّائم لا فى جميع الاحكام و الا لزم ارتكاب تخصيصات كثيره و الاصل عدمها فت و منها ما استدلّ به القائل بهذا القول أيضا قائلا العاشر الاولويه المستفاده من جواز خلع الولي ان قلنا به الدّاله على جواز هبه المدّه بطريق اولى او بطريق التّنبيه بالادنى على الاعلى و قد يجاب عمّا ذكره بأنّه ضعيف غايته بل غير مفهوم المراد نعم قد يقا اذا جاز للولي باعتبار المصلحه التصرفات الماليه الموجهه لتلف مال الصّغير من البيع و الصّلمح و الهبه و النّكاح الدائم و المنقطع الموجبين لشغل ذمّه الصّغير بالمال جاز ابراء المدّه الذى هو محلّ البحث بطريق اولى و قد يجاب عمّا ذكره اولا بان هذه الاولويه على تقدير تسليمها غير مفهومه من خطاب و فى حجّيتها خلاف و ثانيا بانّها منتقضه بالطلاق و الاولويه اذا انتقضت فى بعض الموارد سقط اعتبارها و ليست هى كالعومات الّتى لا تسقط حجّيتها بالتّخصيص على أنّه قد يقا عدم جواز الطلاق من الولي يستلزم عدم جواز ابرائه مدّه التمتع بطريق اولى فت و منها ما احتجّ به القائل بهذا القول أيضا قائلا فى المقام المذكور الحادى عشر تنقيح المناط فانّ المناط فى جواز تصرفات الولي فى المال هو الولاية كما انّ المناط فى عدم مالكيه العبد هو العبوديه فيجوز له التصرف فى غيره للعله المنقحه عقلا و اجماعا و قد يجاب عمّا ذكره بأن كون المناط فى جواز تصرفات الولي فى المال هو الولاية لا يستلزم كونها المناط فى سائر التصرفات الّتى من جملتها محلّ البحث لا عقلا و لا- نقلا- و بالجمله دعوى تنقيح المناط هنا دعوى فاسده جدّا خصوصا مع النقص بالطلاق كما لا يخفى و منها ما تمسك به القائل بهذا القول أيضا قائلا فى المقام المذكور الثّانى عشر اتحاد طريق المسألتين فان طريق جواز تصرفه فى المال هو الطّريق فى جواز تصرفه فى اموره و قد يجاب عمّا ذكره بأنّه دعوى خاليه عن برهانها بل هى تحكم محض و مصادره

على المدعى فيكون ضعيف جدّا هذا و قد يعارض هذا الوجه و السّابق عليه و هو تنقيح المناط بالمثل فان للخصم ان يقول ان العله فى عدم جواز الطلاق من الولي ولايه بعينها موجوده فى ابرائه المدّه ولايه فيلزم الحاقه بالطلاق فى الحكم من باب تنقيح المناط و اتحاد طريق المسألتين فما هو الجواب عن هذا فهو الجواب عمّا ذكره المستدل على اثبات هذا القول من الوجهين المذكورين فت و للقول الثّانى وجوه أيضا منها انّ الاصل عدم ثبوت ولاية الولي فى ابراء المدّه كما لم تثبت فى الطلاق و ان الاصل بقاء الزّوجيه و عدم حصول التّفريق بين الزّوجين بمجرد هبه الولي للمدّه و بالجمله ولاية الولي على خلاف الاصل فيلزم

فيه الاقتصار على ما قام دليل من الأدلة الأربعة على ثبوتها و لم يثبت من شيء منها ثبوتها في محل البحث و قد عرفت بطلان الوجوه التي استدلت بها عليه و قد نبه على الاصل المذكور في الايضاح و الرياض و لو كانت اصله ثبوت الولاية فيما يمكن ثبوتها فيه مجمعا عليها لما أتجه منهما التمسك به في بعض الموارد كما لا يخفى هذا و قد يقرر الاصل المذكور هنا بوجوه فيقال ان بعد وقوع عقد التمتع على الصيغ غير على الوجه المعتبر شرعا يثبت عدم جواز العقد على اخت المعقود عليها في اثناء المدة و كذا يثبت عدم جواز العقد على بنتها فيه لو كانت ثيبا ذات بنت و كذا يثبت فيه عدم جواز عقد غير الصيغ غير من اخوته و اعمامه و اخواله و اولادهم و ساير الاجانب و الاستصحاب يقتضى جميع ذلك بعد ابراء الولي فالاصل و الاستصحاب يقتضيان عدم صحه الابراء من الولي من وجوه عديدة و ان كان مرجعها شيئا واحدا و قد يناقش فيما ذكر اولا بأنه انما يجوز التمسك به على تقدير كون الاستصحاب حجة في نفس الاحكام الشرعية الفرعية فمن لا يقول بحجيتها فيها و هم جماعة من متأخري المتأخرين لا يجوز لهم الاحتجاج بها على المدعى و قد يجاب عن هذه المناقشة بان الاصل المذكور بخصوصه حجة و ان لم نقل بحجته الاستصحاب كما ان جملة من الاصول التي تقرر

ص: ٥٥٧

بنحو الاستصحاب كأصالة البراءة و أصالة عدم القرينة و أصالة عدم الوضع و أصالة عدم تعدده و أصالة عدم النسخ و أصالة عدم التخصيص و أصالة عدم الحادث و أصالة تأخره و نحو ذلك حجه بخصوصها و ان لم يكن الاستصحاب حجة مط فت و ثانيا بان الاصل المذكور قد يعارض بالمثل في بعض الصور فيقال ان الابراء من الولي لو لم يكن صحيحا لكان اللزوم فيما اذا عقد على هذه المراه بعد ابراء الولي مدتها رجل اخر و دخل بها ان يحكم بانها محرمة عليه ابدا لوقوع العقد على ذات بعلم مع الدخول بها فيلزم التحريم الابدی و معلوم انه لم يكن ثابتا قبل الابراء فالاصل بقاءه بعده عملا بالاصل و قد يجاب عما ذكر بأنه على تقدير تسليمه لا يصلح لمعارضه الاصول الكثيره خصوصا على تقدير كون استصحاب الموضوع مقدما مط فت و منها ما تمسك به القائل بهذا القول أيضا قائلا في مقام الاحتجاج عليه لا يجوز للولي بذل المدة لنا على ذلك استصحاب بقاء الزوجية و ظهور اتفاق الاصحاب عليه كالطلاق في النكاح و قد يجاب عما ذكره بالمنع منه و كيف يمكن استظهار اتفاق الاصحاب على الحاق ابراء المولى المدة بالطلاق في عدم الصيغ مع اننا لم نجد احدا منهم تعرض للمسئلة فليس ما ذكره الا تحكما باردا و مجازفه محضه بل للخصم ان يستظهر اتفاق الاصحاب على مقالته باعتبار اقتصارهم في الحكم بالمنع على الطلاق خاصه اذ لو كان الابراء مثله لتبها عليه أيضا و لكن هذا ضعيف أيضا و وجهه واضح جدا و منها ما احتج به القائل بهذا القول أيضا قائلا في المقام المذكور لنا مفهوم الصيغ حين فاذا مضت تلك الايام كان طلاقها في شرطها خرج بذل الزوج بالإجماع و لا دليل على خروج بذل الولي و قد يجاب عما ذكره اولا بان الاحتجاج بهذا المفهوم على تقدير تسليمه انما يتجه على القول بكون المفهوم يفيد العموم و اما على القول بعدمه كما هو خيره بعض اصحابنا فلا كما لا يخفى فت و ثانيا بان الاحتجاج بما ذكر انما يتجه على تقدير افاده لفظ اذا معنى الشرط كلفظه ان و اما على القول بعدمه كما هو خيره بعض الاصحاب باعتبار انها وضعت لغه لمحض التوقيت فلا كما لا يخفى و ثالثا بان اطلاق المفهوم هنا وارد في بيان حكم آخر و هو بيان ان مضي المدة بنفسه يقتضى التفريق بين الزوجين و لا يحتاج التفريق الى طلاق جديد كما يتوقف في النكاح الدائم و قد تقرر في الاصول ان الاطلاق اذا ورد في بيان حكم اخر لا يفيد العموم و رابعا بان المتبادر من اطلاق المفهوم غير محل البحث لندره وقوعه فلا يعمله و خامسا بان مفهوم القضيه الشرطية انه اذا لم يمض تلك الايام لم يكن طلاقها في شرطها و هو مسلم لا اشكال و لا خلاف فيه و هو لا

يقتضى بشىء من الدلالات عدم تحقق الطلاق لها بوجه آخر كإبراء الولي وح ولا حاجة الى اخراج بذل الزوج بالدليل و بالجمله الاحتجاج بالمفهوم على المدعى هنا غلط واضح ناش عن قله التأمل او عدم معرفه بالقواعد الاصوليه و ان جعلنا الوجه فيه العصبية و اللجاج كان ظن سوء بالاخ المؤمن نعوذ بالله منه و منها ما استدلل به القائل بهذا القول أيضا فى المقام المذكور مضافا الى اعتضاد المختار بالمروى فى يب فى اخر باب عقد المراه على نفسها عن ابان عن مولانا الصادق ع اذا زوج الرجل ابنه كان ذلك الى ابنه و اذا زوج ابنته جاز ذلك فت و بالتبوى العام الطلاق بيد من اخذ بالسباق بناء على عدم ثبوت الحقيقة الشرعية فى لفظ الطلاق بل الظاهر عدم ثبوت النقل فيه فى زمان الصادقين عليهما السلام أيضا كما يترنم به الاخبار الكثيره و منها الاخبار الداله على ان بيع الامه طلاقها و الصيحيحان المتقدمان و فى خبر ابان المروى فى كا فى باب شروط المتعه أنك ان لم تشترط اى الايام كان تزويج مقام و لم تقدر على ان تطلقها الا طلاق السينه و فى العلوى يا دنيا غرى غبرى انى طلقتك ثلاثا و فى العرف فلان طلق الدنيا هذا مضافا الى اصاله تاخر الحادث لو سلم النقل فى عرف المشرعه فكما ان التزويج و النكاح حقيقتان فى القدر المشترك بين الدوام و الانقطاع فكذا الطلاق خصوصا فى زمن النبى ص حيث كان عقد الانقطاع فيها مشهورا فى الغايه فكما يحكم بجواز تزويج الولي للصغير بالنكاح المنقطع بحكم اطلاق الاولين الواردين فى النصوص المجوزه للولى ان ينكح و يزوج لابنه الصغير فليقل بعدم اختياره فى

ازاله قيد النكاح و لو كان منقطعا بحكم اطلاق الطلاق الوارد فى التبوى المتقدم و فى النصوص الثافيه لاختياره فيه و قد يجاب عما ذكره اولا بان الزوايه الاولى لا ينهض باثبات المدعى اما اولا فلان اعتبار سندها غير معلوم و اما ثانيا فلانه لا دلالة فيها على المدعى بوجه من الوجوه اذا المقصود فى الزوايه بيان ان تزويج الولي لولده الذكر لا يوجب سلب اختيار الولد فى التفريق من غير طلاق بل له عدم امضاء ما فعله الوالد بخلاف تزويجه لبنته الصيغيره فانه ماض و لا خيره لبنت فى عدم امضاء ما فعله والدها و هو احد الاقوال فى المسأله و لكته خلاف التحقيق بل الأقرب ان تزويج الولي لكل من اولاده الصغار صحيح و ماض و ليس معه خيار لكل من ابنه و بنته بعد بلوغهما فهذه الزوايه مردوده أيضا بما دل على المختار و ثانيا بان الزوايه الثانيه لا تنهض أيضا باثبات المدعى اما اولا فلضعف سندها بالارسال و لم يثبت انجبار سندها فى المقام و ان انجبر فى مسئله الطلاق لان معنى الجبر فيه موافقته لفتوى المعظم الموجه لاعتباره لا قيام القرينه على صدق صدوره و اما ثانيا فلان دلالتة على المدعى لا يتم الا على تقدير كون الطلاق حقيقه فى المعنى الاعم الشامل لهبه المده و هو باطل لما تقدم اليه الاشاره و اما الاخبار التى تمسك بها المستدل لإثبات الوضع للأعم فهى غير صالحه له اما اولا فلان بعضها ضعيف السند و اما الصحيح السند منها ففى جواز الاعتماد عليه فى اثبات اللغه محل اشكال كما تبه عليه والدى العلامة اعلى الله تعالى مقامه محتجا بان الظن المستفاد منه ليس من الظنون المخصوصه التى قام الدليل القاطع على اعتبارها فى اثبات المسائل اللغويه و بهذا اعتذر عن علامه فى يب حيث وافق سيبويه فى منع مجىء الباء للتبويض مع دلالة الصيحيح الذى رواه المشايخ الثلاثه فى الكتب الاربعه على مجيئها له و لكن الانصاف ان هذا الكلام ضعيف خصوصا على المختار من اصاله حجيه الظن فى المسائل

ص: ٥٥٨

اللغويه و اما ثانيا فلان غايه ما يستفاد من الاخبار المذكوره هو الاستعمال و هو اعلم من الحقيقة وفاقا لمعظم الاصوليين سلمنا انه دليل الحقيقة و لكن غايته الظهور فيها و هو معارض بما هو اقوى منه مما دل على صيروره لفظ الطلاق حقيقه فيما هو المتبادر منه الان فى زمن صدور الأخبار المذكوره من عدم التبادر او تبادر الغير و صحه السلب و عدم الاطراد و عدم صحه التقسيم و

التقييد والاستثناء و غير ذلك من الامارات الداله على عدم الوضع لمعنى يعم هبه المده على ان الاقرب عندى ثبوت الحقيقه الشرعيه فى لفظ الطلاق كما فى لفظ الصيلاه و الزكاه و نحوهما و الدليل متحد كما لا يخفى و اما ثالثا فلمعارضه الاخبار المذكوره بالرؤايه المتقدمه المصرحه بان المتعه لا تطلق و هى اولى بالاعتبار لموافقته بالوجوه المتقدمه الداله على عدم الوضع مع انها اظهر دلالة فت سلمنا ان الطلاق حقيقه فيما يعم هبه المده و لكن لا اشكال فى انه ينصرف الى هذا المعنى المتعارف حيث يتجرد عن القرينه كما فى النبويه المتقدمه اليها الاشاره لتبادره كما يتبادر الغسل بالماء من اطلاق الغسل لا يقال لم يثبت هذا التبادر حين صدور النبويه المتقدمه اليها الاشاره فالاصل التاخر عنه فيلزم حمل الاطلاق فيه على المعنى اللغوى لأننا نقول هذا باطل امّا اولاً- فلأنه لو تم ما ذكر لما جاز حمل اطلاقات الكتاب و السننه على الافراد الشائعه المتبادره لجريان ما ذكر فيها حرفا بحرف و هو خلاف المعهود من طريقه الاصحاب كما لا يخفى و ما هو الجواب هنا فهو الجواب فى محلّ البحث و امّا ثانيا فلان اصله تاخر الحادث هنا معارضه بأصالة عدم تعلق الحكم على المطلق بجميع افراده فان ذلك حادث و الاصل عدمه فت و اما ثالثا فلان اطلاق الطلاق لو حمل على المعنى اللغوى فى الصيادر السابق لوجب ارتكاب تقييدات كثيره فى اطلاقات لفظ الطلاق المعلق عليه احكامه فى الكتاب و السننه للقطع بعدم تعلق تلك الاحكام بجميع افراد المعنى اللغوى و من الظاهر ان ارتكاب النقل فى لفظ الطلاق اهن من ارتكاب هذه التقييدات بمراتب شتى مضافا الى القطع بثبوت التبادر الذى ذكرناه فى زمن صدور النبويه المشار اليها و بالجملة التمسك باطلاق ما دلّ من النصّ و الفتوى على انه لا يصحّ طلاق الولى و لايه على المدعى غلط فاحش و زله ظاهره فلم نجد عليه سوى الاصول المتقدمه اليها الاشاره و لكن قد يعارضها اولاً فحوى ما دلّ على جواز ان يهب البالغ مده المتمتع بها و كك و كيله و ثانيا ان عدم صحه هبه الولى للمده يستلزم حرجا عظيما و ضررا شديدا بالنسبه الى الزوجه و الى الصيغير غالبا او فى كثير من الصور و الظاهر انه لا قائل باقتل بالفرق بين صور المسأله و ثالثا ان اكثر العقود لها نواسخ فكذا عقد التمتع المفروض عملا بالاستقراء المفيد للظنّ الذى الاصل فيه الحجيه على المختار و من الظاهر ان الفاسخ لا يكون الا من الولى و رابعا ان هبه الولى للمده مع مراعات المصلحه للصغير قد يكون احسانا بالنسبه اليه و بالنسبه الى زوجته المتمتع بها و الاصل فى كل احسان الجواز لعموم قوله تعالى ﴿ مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ اِلَّا اِنْ يَقَالُ اِنْ كُنْ ذَلِكُمْ اِحْسَانًا يَتَوَقَّفُ عَلَى جَوَازِهِ فَلَوْ تَوَقَّفَ جَوَازِهِ عَلَى كَوْنِهِ اِحْسَانًا لَزِمَ الدَّوْرُ وَ فِيهِ نَظْرٌ وَ خَامَسًا عَمُومُ قَوْلِهِ تَعَالَى اَوْفُوا بِالْعُقُودِ بِنَاءٍ عَلَى رَجْحَانِ التَّقْيِيدِ عَلَى الْمَجَازِ وَ لَا يَخُ عَنْ قُوَّةِ وَ سَادَسًا اِنْ هَبَهُ الْمَدَّةُ مِنَ الْوَلِيِّ قَدْ يَكُونُ اعَانَهُ عَلَى الْبِرِّ وَ التَّقْوَى فَالْاَصْلُ جَوَازُهَا لِعَمُومِ قَوْلِهِ تَعَالَى تَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَ التَّقْوَى وَ سَابِعًا اِنْ عَدِمَ جَوَازَ هَبِهِ الْمَدَّةُ قَدْ يَكُونُ اعَانَهُ عَلَى الْاِثْمِ وَ الْعَدْوَانِ فَالْاَصْلُ عَدِمَ جَوَازَهُ لِعَمُومِ قَوْلِهِ تَعَالَى وَ لَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْاِثْمِ وَ الْعُدْوَانِ فَتِ وَ ثَامِنًا اِنْ الْوَلِىَّ اِذَا صَالِحَ الزَّوْجَةِ اَوْ غَيْرِهَا عَلَى اسْقَاطِ الْمَدَّةِ يَنْبَغِي اِنْ يَكُونُ جَائِزًا لِعَمُومِ قَوْلِهِ تَعَالَى اَوْفُوا بِالْعُقُودِ وَ عَمُومِ قَوْلِهِمْ عَلَيْهِمُ السَّلَامُ فِى عَدِهِ اَخْبَارٌ مَعْتَبَرَةٌ الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ وَ قَوْلِهِمْ عِ الصَّلِحِ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ فَكَكَ اِبْرَاءَ الْمَدَّةِ لظهور عدم الفرق بينهما عند الاصحاب و غلبه اشتراكهما فى الاحكام و فى جميع الوجوه المذكوره نظر فالمسأله فى غايه الاشكال فلا ينبغى فيها ترك الاحتياط و لكن القول الاول هو الاقرب و قد حكى هذا القول عن الميرزا المهدي المشهدى و الشيخ جعفر النجفى و اختاره الفاضل القمى صاحب القوانين محتججا عليه بان الاصل فى الولى صحه تصرفاته الا ما قام الدليل على المنع و مستنده فى هذا الاصل على ما نبه هو الاستقراء اذ

من المعلوم صحه تصرفاته فى كثير من الامور كالبيع و الشراء و الانفاق و الاكساء و الاسكان و الزرع و الضرع و الاجاره و المضاربه و الاخذ بالشفعه و الرهن و تعليم الصنائع و العلم و الآداب و النكاح و استيفاء الحقوق مثل القصاص و الديات و قطع الدعاوى و يؤيد ما ذكره مضافا الى الوجوه المتقدمه اولاً عدم ضبط ما يجوز للولى التصرف فيه فى النصوص و الفتاوى اذ لو

كان ولايه الولي مقصوره على موارد مخصوصه و امور معينه لورد التنبيه عليه فيهما و ثانيا الاعتبار العقلي اذ الولي عند التحقيق هو الاصيل عند اجتماعه لشرائط التصرف فكما انه يجوز للأصيل ح هبه المده و كذا لو كيله فكذا للولي و ثالثا ان الولي بدل عن الاصيل المستجمع لشرائط التصرف فالاصل مساواتهما في جميع الاحكام عملا بقاعده البدليه التي حققها جدى ق ره في بعض فوائده و رابعا ما حكاه الفاضل المذكور عن فخر الإسلام في الإيضاح من قوله الاولياء تعمل كل المصالح الا الطلاق و صرح الفاضل المذكور بان للأصحاب عبائر كثيره تقرب من هذه العبارة و خامسا لصريح العلامة في القواعد و ولده في الايضاح بانه يجوز للولي فسخ النكاح بالعيب السابق على العقد مع مصلحه المولى عليه و لا يعارض ما ذكر تصريح الشيخ جعفر المشار اليه فيما حكى عنه بان الاصحاب قاسوا هبه المده على الطلاق لما بيناه سابقا و صرح به الفاضل القمي من انه لم يتعرض الاصحاب لهبه المده

## القول في نكاح الإماء

منهل اذا زوج المولى عبده امته فهل يجب ان يعطيها المولى شيئا من المال او لا

### اشاره

اختلف الاصحاب في ذلك على قولين الاول انه يجب ذلك و هو لغايه المرام و المحكى في جملة من الكتب عن الشيخين و ابى الصيلاح و ابن البراج و القاضي و صرح في لك بانه مذهب الشيخين و اتباعهما و ربما يشعر الزياض بالمصير اليه الثاني إنه لا- يجب ذلك و هو للتافع و يع و الايضاح و اللعنه و جامع المقاصد و لك و ضه و المحكى عن العلامة بل صرح في لك و الكشف بانه مذهب

ص: ٥٥٩

الاكثر و عدّ منهم في الثاني المفيد و صرح في ض بانه الاشهر للأولين وجوه منها خبر الحلبي الذي وصف بالحسن في لك و غايه المرام و بالصحة في الزياض قال قلت لأبى عبد الله ع الرجل كيف ينكح عبده امته قال يقول قد انكحتك فلانه و يعطيها ما شاء من قبله او من قبل مولاه و لو مدّ من طعام او درهم او نحو ذلك و قد تمسك بهذه الروايه على الوجوب في غايه المرام و الزياض و غيرهما و قد يناقش فيه بالمنع من نهوضه لإثبات ذلك لعدم دلالة الامر الوارد في اخبار الائمه عليهم السلام على الوجوب كما ذهب اليه جماعه من الاصحاب محتجين بغلبه استعماله فيها في الاستحباب بحيث صار من المجازات الزاجحه المساوي احتمالها لاحتمال الحقيقه سلمنا الدلالة على الوجوب كما هو التحقيق و لكنّها ليست بصريحه فيه فيمكن التنزيل على الاستحباب و لعله الى هذا اشار في لك بقوله و ذهب المص و الاكثر الى الاستحباب لعدم صراحه الروايه في الوجوب لا يق حمل الامر على الاستحباب على تقدير تسليم دلالة على الوجوب مجاز مخالف للأصل فلا يصار اليه الا بدليل صارف لظ اللفظ عن ظاهره و هو هنا مفقود فتعين حملة على ظاهره و لا يشترط في دلالة الكتاب و السينه النصيه كما بيناه في الاصول لأننا نقول لا نسلم فقد الدليل على الحمل على الاستحباب بل هو موجود و هو امور احدها اشتهاه بين الاصحاب و ثانيها ان وجوب الاعطاء ضرر فيكون منفيا لعموم قوله ص لا ضرر و لا ضرار و ثالثها ما تبّه عليه في جامع المقاصد قائلا و يحمل الروايه على الاستحباب المؤكد و ينه على الاستحباب الامر باعطاء درهم او طعام اذ لو وجب لكان الواجب المسمى او مهر المثل بالدخول و هو خلاف



المنصوص و منها خبر محمد بن مسلم الذي وصف بالصَّيْحَة في الايضاح و غايه المرام و الكشف و ض عن الباقر ع قال سألته عن الرّجل كيف ينكح عبده امته قال يجزيه ان يقول قد انكحتك فلانه و يعطيها شيئا من قبله او من قبل مولاه و لو مدّ من طعام او درهم او نحو ذلك و قد يناقش فيما ذكر بان قوله ع و يعطيها شيئا ان كان معطوفا على قوله يجزيه ان يقول فيرد ما اوردها على الرّوايه السّابقه و ان كان معطوفا على قوله يقول فيصير التّقدير يجزيه ان يعطيها شيئا فلا دلالة للرّوايه على وجوب الاعطاء لانتهاء الأمر به ح كما لا يخفى و لا نسلم ان الاجزاء حقيقه في أقلّ الواجب بل هو قدر مشترك بينه و بين غيره خصوصا لغه فت و منها ما تمسّك به بعض على ما يظهر من ضه من أنّه لو لم يجب الاعطاء للزم خلو النكاح عن المهر في العقد و الدّخول معا و فيه نظر كما تبّه عليه في جامع المقاصد قائلا فان قيل فيلزم خلو النكاح عن المهر في العقد و الدّخول معا قلنا لما امتنع ثبوته هنا لم يكن عدم وجوبه محذورا و ليس ذلك باعجب من الجنايه فانّها توجب الارش الا اذا جنى العبد على سيّده فلا شىء و ان اعتق و كذا اتلاف المال موجب للضّمان الا هنا و للآخرين وجوه أيضا منها ما تبّه عليه في الكشف قائلا و الاكثر و منهم المفيد على الاستحباب للأصل و عدم التّنصيص على الوجوب و فيما ذكره نظر و منها أنّه لو وجب الاعطاء لوجب حقّا اخر في الاموال غير الحقوق الثّابته فيها من الزكاه و الخمس و التالى باطل فالمقدّم مثله اما الملازمه فظاهره و اما بطلان التّالى فلقوله تعالى وَ لَا يَسْأَلُكُمْ أَمْوَالَكُمْ و صرّح السيّد في الانتصار بانّ المعنى لا يوجب حقوقا في اموالكم لأنّه تعالى لا يسألنا اموالنا الا على هذا الوجه و هذا الظاهر يمنع من وجوب حقّ في الاموال فما اخرجناه منه فهو بالدليل القاطع و ما عداه باق تحت الظاهر و فيه نظر فت و منها ما تبّه عليه في جامع المقاصد قائلا- و ذهب المص و جمع من المتأخّرين الى عدم الوجوب لأنّ مهر المملوكه اذا وجب استحقّقه المولى اذ هو بضع المملوك له و استحقاقه على نفسه غير معقول ثم اشار الى بعض الايرادات و دفعه قائلا لا يمتنع كون المهر للمملوكه و استحقاق المملوك على سيّده في الجمله غير ممتنع فانّه يستحقّ عليه التّفقه و ما جرى مجراها فانّها ليست عوضا عن شىء و أنّما هي من توابع الماليه التي لا بدّ منها بخلاف المهر الذي هو عوض البضع المملوكه فانّه يستحيل كون العوض لغير مالك العوض و اشار الى

ما ذكره في لك أيضا قائلا انّ مهر المملوك ملك للمولى فلا وجه لوجوب صرف شىء من ملكه الى وجه اخر من ملكه و ما يدفعه العبد هو من مال المولى أيضا لأنّ ما بيده من كسبه او غيره هو للمولى و ليس هذا كالتفقه الواجبه للمملوك على المولى لأنّ التّفقه لم تجب في مقابله شىء و أنّما هو من توابع الماليه التي لا يتمّ بقائها الا بها بخلاف المهر الذي هو عوض البضع و هو مملوك للمولى فلا- معنى لاستحقاق المولى على نفسه شيئا في مقابله اخر له و اشار الى ما ذكر في الرّوضه أيضا و اورد على الوجه المذكور في الرياض قائلا و يمكن تطرق القدح اليه اولا بابتناؤه على كون ذلك مهرا و من المحتمل بل الظاهر المعترف به جماعه و منهم المصنّف كونه عطيه محضه مبذوله اليها جبرا لقلب الامه و دفعا عندها منزله فتكون الامر به تعبدا محضا يلزم المصير اليه بعد ورود النصّ المعبر جدا و ثانيا بابتناؤه على مالكيه المملوك و هو محل كلام و ان كان اقوى و ثالثا بكونه اجتهادا صرفا في مقابله النصّ فت و الجماعه الذين اشار اليهم منهم الشّهيد الثاني في لك فانّه اشار الى ذلك قائلا و اعلم ان الظاهر من حال هذا المدفوع أنّه ليس على جهه كونه مهرا بل مجرد الصّيله و البرّ و جبر الخاطر للمملوكه و لهذا لم يتقدر بقدر مهر المثل مع الدّخول و لا- بغيره و منهم سبطه فانّه اشار الى ذلك في غايه المرام قائلا ان قلنا انّ المملوك يملك مط او على بعض الوجوه كان ما يدفعه المولى الى الامه ملكا لها و الا كان اباحه لبعض ماله للامه ينتفع به باذنه و لا بعد في وجوب ذلك بعد ورود النصّ به و ما قيل من انّ المهر المملوك ملك للمولى فلا وجه لوجوب صرف شىء من ملكه الى وجه اخر من ملكه فضعيف لأنّه لا- يعارض النصّ الصّحيح المؤيد بعمل الاصحاب مع أنّه لا دلالة في الرّوايتين على كون المدفوع ملكا لها بل

الظاهر منهما أنه عطيه محضه و منهم الفاضل الهندي فإنه نبه على ذلك في الكشف أيضا قائلا و في اطلاق العبارة اشاره الى أنه على كل تقدير لا يتعين كونه مهرا كما يظهر من لفظ الشّيخين لعدم الدليل عليه فلا يبتنى وجوبه على كون التزويج هنا عقدا و لم يفرعه عليه و منها ان الاعطاء لو كان واجبا لاشتهر بل و تواتر لتوفّر الدّواعى عليه و التالى بط قطعا و فيه نظر و المسأله فى غايه الاشكال فلا ينبغى فيها ترك الاحتياط بل القول الاوّل فى غايه القوّه و

**ينبغى التنبيه على امور**

**الاوّل ان قلنا بعدم وجوب الاعطاء كان مستحبا**

كما صرّح به فى الشّرائع

ص: ٥٦٠

و النافع و اللّمعه و الرّوضه و الكفايه و عزاه فى لك و الكشف الى الـا- كثر بل الظاهر أنه مما لا- خلاف فيه بين القائلين بعدم الوجوب و احتج عليه فى الرّوضه اوّلا- بان فى الاعطاء جبر لقلبها و دفع منزله العبد و اشار الى هذا الوجه فى لك و جامع المقاصد أيضا و ثانيا بصحيحه محمّد بن مسلم المتقدّمه

**الثانى صرح فى جامع المقاصد بانّ وجوب الاعطاء لا يأتى على كل من القولين**

قائلا و اعلم انّ المص تردّد فى كون تزويج السّيد عبده امته عقدا او اباحه ثم ذكر الخلاف فى وجوب اعطائها شيئا و لا شك انّ الوجوب لا- يأتى على كل من القولين بل انما هو على القول بكونه عقدا اذ لا خفاء فى عدم الوجوب على تقدير كونه اباحه فكان الـا-حسن ان يقول فعلى القول بكونه عقدا هل يجب اعطائها آه ورد ما ذكره فى لك بعد التّصريح بانّ الظاهر من حال المدفوع أنه ليس على جهه كونه مهرا بل مجرّد الصّيله و البر و جبر الخاطر للمملوكه قائلا فلا فرق على القول بوجوبه و استحبابه على القول بكون تزويج المولى عبده بامته عقدا او اباحه و من ثم أطلق المص و غيره القول بالوجوب او الاستحباب و ربما قيل أنه مخصوص بالقول بكونه عقدا ليكون ذلك مهرا اما على القول بالاباحه فلا وجه للوجوب و اطلاق النصّ يابى هذا التّفصيل و الحكم متحقق على التّقديرين و تبّه على ما ذكره فى الكشف أيضا و هو جيّد

**الثالث صرّح فى الايضاح بان القول بالوجوب يتوقف على مقدّمات**

الأولى انّ العقد سبب لوجوب المهر مع ذكره و بدونه مع الدّخول فلا- يمكن خلو عقد مع الدّخول من مهر بانّ المملوك لا يملك على المولى شيئا بل يملك على قول الشّيخ و يستحقّ عليه على جهه الامتاع كما يستحقّ الاخدّام و المملوك النّفقه او حكمه ككفن الرّوجه و المملوك ما يحصر ما للعبد من جهه مولاه فيما يملكه منه او يستحقه عليه على جهه الامتاع او حكمه ج انّ هذا المهر للمولى لأنّه لو كان للمولى فاما على العبد او على نفسه و التّالى محال لأنّه لا يستحقّ فى ذمّته لنفسه و لا على العبد

لأنَّ مال العبد لمولاه فلو استحقَّ على العبد لزم ان يملك على ملك نفسه و هو محال فتعيّن ان يكون المهر للجاريه لا للمولى لأنّ فى الرّوايه اشار الى أنّه من العبد او من مولاه اذا تقرر ذلك و سلمت هذه المقدمات وجب على المولى ان يعطى اّمّا منه او من كسب العبد و من ضعف احدى المقدمات لا يتمّ ذلك و تحمل الرّوايه على الاستحباب و هو الاولى و قد ضعف فى جامع المقاصد ما ذكره قائلًا اعلم أنّ الشارح الفاضل ولد المص بنى القول بالوجوب على مقدمات افاده التّكليف ظ عليها و زعم أنّه متى منعت احدىها لا- يتمّ الوجوب و ليس كما قال فان منها أنّ المملوك لا يملك على المولى شيئًا و لو منعت هذه لم يمتنع القول بالوجوب بل كان القول بالوجوب ح اظهر

### **الزابع اذا كان المولى امرأه فهل يجب عليها الاعطاء او لا**

فيه اشكال و لكن الأقرب الثّانى الّا أنّ الاحوط الأوّل

### **الخامس صرح فى الشرائع و النافع و عد و اللّمعه و ضه و الكفايه بأنّه اذا تزوّج عبده امته**

فيستحبّ ان يعطيها شيئًا من ماله و صرح فى القواعد بأنّ فى وجوب اعطائها من مال المولى شيئًا خلاف و صرح فى الرّياض فأنّه يعطيها شيئًا من ماله او مال العبد و هو راجع الى ما ذكره أيضا كما تبّه عليه فى جامع المقاصد قائلًا و روايه محمد بن مسلم و ان تضمّنت اعطائها شيئًا من قبل العبد او المولى الا أنّ الذى يعطيه العبد ملك المولى فانّ الذى يكون من قبل العبد أنّما يكون من كسبه و ح فعلى التقديرين يكون الاعطاء من مال المولى

### **السادس لا يتقدّر ما يعطى للامه بقدر و لا بمال معيّن**

فيجوز اعطاء كلّما يكون مالا كما هو ظ النصوص و الفتاوى و هل يجوز اعطاء أقلّ من المد و الدرهم او لا فيه اشكال و لكن الاقرب الأوّل و لكن الاحوط بل الاقرب عدم اجزاء نحو حبه الحنطه و الشّعير

### **السابع الظاهر أنّ هذا المدفوع ليس من المهر**

كما تبّه عليه جماعه

### **الثامن اذا ترك الاعطاء و زوّج سهوا او عمدا او جهلا بالمسأله**

حتى خرج العبد و الجاريه عن ملكيه المولى فالظاهر عدم سقوط وجوب الاعطاء و اذا لم يخرجها عن الملكيه و لم تطل الزمان فالاقرب وجوب الاعطاء عملا باطلاق النصوص و الفتاوى و اّمّا اذا طال بحيث حصل لهما اولاد ففى وجوب الاعطاء ح اشكال فالاحوط الوجوب و لكن احتمال عدم الوجوب فى غايه القوّه

على قولين الاول انّها تملكه بنفس العقد و لكنّه مترنزل حتّى يتحقق احد الاسباب الموجهه لاستقراره من الدخول او الموت و هو للغنيه و السرائر و الوسيله و النافع و يع و الارشاد و لف و القواعد و الايضاح و اللمعه و التنقيح و لك و ضه و المهذب البارع بل صرح فى لف و التنقيح و لك و الكشف بانّه المشهور بين الاصحاب و صرح فى المهذب البارع بانّه اختيار اكثر الاصحاب و فى الرياض بانّه الاشهر و فى الشرائع بانّه اشهر الروايتين الثانى انّها لا تملك بنفس العقد الا نصف المهر المسمى و تملك النصف الاخر بالدخول و هو للمحكى فى كثير من الكتب عن ابن الجنيّد للقول الاول وجوه منها انّ عقد النكاح تفيد ان المهر بتمامه ملك للزوجه كما يفيد ان بضعها بالتمام ملك للزوج فيجب الوفاء به اما المقدمه الاولى فقد ثبت عليها فى لف و التنقيح و لك و المهذب البارع و الكشف و الرياض قائلين ان الصداق بدل البضع فاذا ملك الزوج البضع بنفس العقد وجب ان تملك المراه عوضه به لأنّ ذلك مقتضى المعاوضه كالباع و غيره و اما المقدمه الثانيه فلعوم قوله تعالى **أَوْفُوا بِالْعُقُودِ** و منها ما تمسك به فى لف و التنقيح و لك و الكشف و الرياض من قوله تعالى **وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَهُ** وجه الدلاله امران احدهما ما صرح به فى لف و التنقيح من ان الظاهر من اضافته الصّدقات الى النساء كونها مملوكه لهنّ لان الاضافه هنا بتقدير اللّام و الاصل فيها افاده الملك و ثانيهما ما صرح به فى الكتابين المذكورين و لك و الكشف و الرياض من اطلاق الامر بدفع تمام المهر و منها ما تمسك به فى لف و التنقيح و المهذب البارع و لك و الرياض من انّها لو لم تملك تمام المهر بنفس العقد لم تملك نمائه و التالى باطل قط فالمقدم مثله اما الملازمه فلانّ النماء يتبع الاصل كما صرح به فى لك و اما بطلان التالى فلخبر عبيد بن زراره الذى وصف بالموثقيه فى الكتب المذكوره عن الصّادق ع قال قلت له رجل تزوج امرأه و امهرها مهرها فساق اليها غنما و رقيقا فولدت عندها فطلقها قبل ان يدخل بها قال ان كان قد ساق اليها ما ساق و قد حملن عنده فله نصفها و نصف ولدها و ان كن حملن عندها فلا شىء

ص: ٥٦١

له من الاولاد و ذلك انها ملكت الاولاد كلّها لأنّها نماء ملكها و نحوه روايه اخرى لهذا الراوى و منها ما تمسك به فى ض من النصوص الداله على استحقات المتوفى عنها زوجها قبل الدخول قائلًا و هى مستفيضه لكنّها معارضه بمثلها و منها قول السيورى فى التنقيح ان المراه تملك المهر بنفس العقد ملكا غير مستقرّ و هو المشهور بين الاصحاب بل المجمع عليه عندهم اليوم و قبله من العصور بعد ابن الجنيّد و سند اجماعهم وجوه فأنّه صريح فى دعوى الإجماع على ذلك و الإجماع المنقول بخبر الواحد حجّه و يعضده الشّهرة اولا تصريح الايضاح بان المراه تملك كل المهر بالعقد عندنا و ثانيا تصريح المحقق على ما حكاه فيه بان المستقر فى المذهب و هو أصحّ الروايتين انّ المهر تملكه بنفس العقد و تصريحه فى يع بان ذلك اشهر الروايتين و ثالثا تصريح لف بان ابن ادريس صرح بانّه لا خلاف فى ذلك بيننا و رابعا تصريح لف لك و المهذب البارع و الكشف و الرياض بدعوى الشّهرة على ذلك و للقول الثانى أيضا وجوه منها ما اشار اليه فى لف و التنقيح و المهذب البارع و الكشف من انّها لو ملكت المهر بتمامه بنفس العقد لاستقر و لم يزل ملكها الا- بسبب ناقل كبيع و هبه و غيرهما و التالى بط فالمقدم مثله اما

الملازمه فأصله بقاء ما كان على ما كان و اما بطلان التالى فلما دل على أنها لا تستحق الا النصف بالطلاق قبل الدخول و فيه نظر امّا اولاً فلائز الملازمه غير معلومه لا عقلاً و لا نقلاً و اما الاصل فمندفع فى خصوص الاطلاق قبل الدخول و قد صرح فى لف بمنع الملازمه أيضاً معللاً بان الوجوب اعم من الاستقرار و العام لا يستلزم الخاص و السقوط لا يمنع الوجوب كالارتداد و السبب للزوال ثابت و هو الطلاق بنص فى قوله تعالى فَنُصِّفُ مَا فَرَضْتُمْ و اما ثانياً فلائز لو لم تملك الجميع بالعقد لاحتيج الى مملك للنصف الاخر بعد الدخول او قبله بعد الموت و التالى بط فالمقدم مثله اما الملازمه فظاهره و اما بطلان التالى فلما دل على استحقاقها لتمام المهر فى الصورتين و منها خبر يونس بن يعقوب الذى وصف بالموثقيه فى الرياض عن الصادق ع قال سمعته يقول لا يوجب المهر الا الوقاع فى الفرج و نحوه خبر محمد بن مسلم عن الباقر ع قال سألته متى يجب المهر قال اذا دخل بها و قد يجاب عن هاتين الروايتين اولاً بقصور دلالتهما على المدعى لما صرح به فى الرياض من ان الوجوب اعم من التملك و لا دلالة للعام على الخاص و يعضد ما ذكر ما صرح به فى لف مجيباً عن الخبرين من ان الروايات محموله على الاستقرار جمعا بين الادله و لانه المفهوم من الوجوب فى الاغلب و صرح باغلبه ذلك فى لك أيضاً و صرح فى التنقيح بان المراد الايجاب المستقر و اما ثانياً فبعدم صلاحيتها لمعارضه ما دل على القول الاول كما صرح به فى ض و صرح به فى لك أيضاً قائلاً موثقه عبيد بن زراره اولى بالترجيح لكونها اشهر بين الاصحاب و اعتضادها بالآيه و الاعتبار و منها خبر ابى بصير الذى وصفه بالكشف بالصيحه عن الصادق ع عن رجل تزوج امراه على بستان له معروف و له غله كثيره ثم مكث سنتين لم يدخل بها ثم طلقها قال ينظر الى ما صار اليه من غله البستان من يوم تزوجها فيعطيهما نصفه و يعطيها نصف البستان الا ان يعفو فتقبل و يصطلحا على شىء يرضى منه فانه اقرب للتقوى و فيه نظر للمنع من صلاحية هذه لمعارضه ادله القول الاول كما صرح به فى الرياض و مع هذا فقد صرح فى الكشف بانه يجوز ان يكون الغله من زرع يزرعه و ان يكون الصداق هو البستان دون اشجاره و على التقديرين فليست الغله من نماء المهر فيختص بالرجل فالامر بدفع النصف منها محمول على الاستحباب كما يرشد اليه قوله ع فانه اقرب للتقوى و لعله عوض عن اجره الارض و كيف كان فلا يجوز الاعتماد على هذه فاذن المعتمد هو القول الاول و

**ينبغى التنبيه على امرين**

**الاول يظهر فائده هذا النزاع فى امور اشار اليها فى المهدب البارع قائلاً يظهر الفائده فى مسائل**

**الاولى فى النماء المتجدد فيما بين العقد و الطلاق**

فعلى المشهور يكون للمراه و عند الاسكافى النصف

**الثانيه لو خلعها على مهرها او طلقها عليه**

او هبته اياه ثم طلقها بعد مضى الحول وجبت الزكاه عليها عندنا و لا يجب عنده لأنها لم تملك نصاباً تاماً

**الثالثه لو كان المهر معيناً**

لم يجز لها التصرف فيه الا باذنه عنده لتحقق الشركه و يجوز على المشهور

## الرابعه لو كان معينا و باعته بغير اذنه صح

على المشهور و وقف على اجازته فى النصف

## الخامسه لو كان معينا و حجر عليه للفلس

لم يتعلق به الحجر على المشهور و يتعلق بنصفه عنده

## السادسه لو مات احد الزوجين استقر الجميع على المشهور

لوجوبه بالعقد و حصول التنصيف و لم يحصل و يجب النصف عنده

## السابعه بحسب النصف من اموالها و يخرج عن ماله عنده

و على المشهور جميع المهر فيفيد وجوب الخمس و منع الاخذ من الزكاه و جميع ما ذكره جيد و صرح بالفرع الاول فى عد و لف و لك و الكشف و صرح فيه بانّه لا فرق فى النماء بين المتصل و المنفصل و لا بين الزيادة عينا او صفه او قيمه و صرح فى القواعد و الكشف و الرياض بانّه يجوز لها التصرف فيه قبل قبضه و احتجّ عليه فى الاخيرين بعموم ما دلّ على تسلط الملاك على اموالهم و زاد فى الاخير فاحتجّ عليه بالاصل أيضا ثم حكيا عن الخلاف المنع من ذلك تمسكا بعدم الدليل عليه لعدم النص عليه و اختصاص الاجماع بما بعد القبض و بالنهى عن بيع ما لم يقبض ثم اجابا عن الوجه بوجود الدليل على ذلك و هو ما عرفته و عن الثانى تاره باخصيته من المدعى لانه لا تفيد النهى عن سائر التصرفات و اخرى باختصاص النهى بمن اشترى ثم باع و اخرى بانّه لا يدل على الفساد مع امكان حمله على الكراهه و اخرى بالمنع من اعتبار الروايه

## الثانى هل يلحق بالدائمه فى استحقاق جميع المهر بالعقد المتمتع بها

فيستحق جميع المهر بنفس العقد او لا بل يختص الحكم المذكور بالدائمه لم اجد احدا من الاصحاب تعرض لهذه المسأله بخصوصها و لكن قد يستفاد الاول من اطلاق قولهم فى بيع و فد و الايضاح و اللعمه و التنقيح و المهذب البارع و ضه و لك تملك المراه الصداق بالعقد و مع هذا لو كان المتمتع بها لا تملك تمام الصداق بالعقد لوقوع التنيه عليه فى كلامهم قطعا لانه المعروف من طريقتهم و المعهود من سجيّتهم كما لا يخفى فالظاهر انه لا قائل بالفصل بين الدائمه و المتمتع بها و لهم مضافا الى ما ذكر وجوه منها عموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ بناء على ما قدمناه من كون تملك تمام الصداق بنفس العقد من مقتضياته عرفا و لغه كما فى سائر العقود الناقله للعين او المنفعه و منها عموم قوله تعالى وَ آتُوا النِّسَاءَ صِدْقَاتِهِنَّ فان لفظى النساء الصّدقات يعمان المتمتع بها و مهرها المعين فى ضمن العقد و لا يمكن دعوى انصرافهما الى الدائمه و مهرها لأنهما من الألفاظ الموضوعه للعموم و هى لا تنصرف الى الافراد الشائعه بل ذلك

ص: ٥٦٢

مختص بالاطلاقات و الالفاظ الموضوعه للمفاهيم الكليه و منها عموم موثقه عبيد بن زراره المتقدمه الناشى من ترك

الاستفصال الذى هو من الاسباب المفيدة للعموم بناء على صدق الزوجه على المتمتع حقيقه عرفا و لغه الا ان يقال اطلاق الزوايه تنصرف الى الدائمه لغبتها و ترك الاستفصال لا- يمنع من انصراف المطلق الى الفرد الشائع و فيه نظر و منها اطلاق الاجماع المنقول فى التنقيح على تملك المهر بنفس العقد ملكا غير مستقر و يعضده وجوه تقدم اليها الاشاره

### منهل اذا مات احد الزوجين قبل الدخول فى عقد الدوام فهل يستحق الزوجه تمام المهر ح

فيكون الموت كالدخول او لا- بل لا- تستحق الا- النصف كما فى الطلاق قبل الدخول اختلف الاصحاب فى ذلك على اقوال الاول أنها تستحق تمام المهر مط كما فى صورته الدخول و هو للسراير و القواعد و لف و د و الايضاح و التنقيح و ضه و المحكى عن المفيد و ابن حمزه و ابن ادريس و القاضى و المحقق و صرح فى المهذب البارع و الروضه و الكشف بدعوى الشهره عليه و صرح فى الايضاح بان الزوجه تستحق تمام المهر اذا مات عند الاكثر و حكى عن المحقق أنه قال استقر فى المذهب ان المهر تملكه بنفس العقد فاذا مات احدهما كان المهر ثابتا باجمعه و صرح فى الرياض بأنه الاشهر الثانى انها تستحق النصف اذا مات الزوج قبل الدخول و هو للمحكى فى جملة من الكتب عن المقنع و صرح فى الرياض بأنه ظ الكافى و الفقيه و بأنه حكى عليه بعض المتأخرين اشتهاره بين قدماء الطائفه و بأنه اختاره من المتأخرين جماعه ثم صرح بأنه لا يخ عن قوه الثالث أنها تستحق النصف اذا ماتت و هو للمحكى فى جملة من الكتب كالايضاح و لف و المهذب البارع و الرياض عن الشيخ فى النهايه و القاضى فى الدليل؟؟؟؟ و قطب الدين الكيدرى و حكاه فى الكشف عن التهذيب و فى ض عن جماعه من المتأخرين ثم اختاره للقول الاول وجوه منها ما تمسك به فى الكشف و ض من الاصل و ذلك لما صرح به فى الايضاح من ان المرأه قد ملكت المهر بنفس العقد قبل الدخول فالاصل بقاء تملكها له بعد موت احد الزوجين عملا بالاستصحاب و اليه اشار الحلى فيما حكى عنه قائلا متى مات احد الزوجين قبل الدخول استقر جميع المهر كاملا لان الموت عند محصلى اصحابنا يجرى مجرى الدخول فى استقرار المهر جميعه و هو اختيار المفيد فى احكام النساء و هو الصريح لانا قد بينا ان بالعقد تستحق جميع المهر و تسقط بالطلاق قبل الدخول نصفه و الطلاق غير حاصل اذا مات فبقينا على ما كنا عليه من استحقاقه فمن ادعى سقوط شىء منه يحتاج الى دليل و لا- دليل على ذلك من اجماع لأن اصحابنا مختلفون فى ذلك و لا من كتاب الله تعالى و لا تواتر اخبار و لا دليل عقلى بل الكتاب قاض بما قلناه و العقل حاكم بما اخترناه و منها ما تمسك به فى الرياض من عموم قوله تعالى و آتوا النساء صِدْقَاتِهِنَّ نِحْلَهُ و منها تصريح الكشف و الرياض بان السيد فى الناصريات ادعى الاجماع على استحقاق الزوجه لتمام المهر بموت زوجها و يعضده أولا اشتهاره بين الاصحاب كما صرح به جماعه و ثانيا نسبه ذلك فى السراير الى محصلى اصحابنا و ان صرح بوجود الخلاف فى المسأله و ثالثا تصريح الغنيه بأنه ان مات عنها استقر كله بلا- خلاف و رابعا تصريح بعض الاجله بموافقته المقنع لما عليه المعظم و منها ما تمسك به فى الايضاح من ان الموت لا يبطل آثار النكاح لأنهما يتوارثان فاثار النكاح ثابتة بعد الموت و من جعلتها المهر و عدم بقائه بعده لأن الموت نهايه له و انتهاء العقد يستحق به استيفاء المعقود عليه و منها جملة من الاخبار احدها خبر الحلبي الذى وصفه بالصريحه فى الرياض و غيره عن ابى عبد الله ع قال فى المتوفى عنها زوجها اذا لم يدخل بها ان كان فرض لها مهرا فلها مهرا الذى فرض لها و لها الميراث قيل رواه فى يب بسند اخر عن زراره مثله و ثانيها خبر منصور بن حازم الذى وصفه بعض الاجله بالصريحه قال سألت ابا عبد الله ع عن الرجل يتزوج المرأه فيموت عنها قبل ان يدخل بها قال لها صداقها كاملا و ثالثها خبر اخر لمنصور بن حازم الذى وصفه بالصريحه فى المهذب البارع قال قلت لأبى عبد الله ع رجل تزوج امرأه و سمى لها صداقا ثم مات عنها و لم يدخل بها قال لها المهر كاملا و لها الميراث قلت فأنهم رووا عنك ان لها نصف المهر قال لا يحفظون عنى انما ذلك المطلقه و يعضد ما ذكر ما اشار اليه فى ض قائلا بعد نقل صحيحه الحلبي

المتقدمه و نحوه الصّحيح الاخر و الموثقان و غيرهما و للقول الثانى و جهان احدهما ما احتج به فى لف للشّيخ من انّ الفرقه لو وقعت منه قبل الدّخول باختياره كالطلاق لم يجب اكثر من النّصف فالواقعه بغير اختياره اولى بالاسقاط و فيه نظر واضح و ثانيهما جمله من الاخبار احدها خبر محمّد بن مسلم الذى وصفه بعض الاجلّه بالصّحه عن ابى جعفر قال

سألته عن الرّجل تزوج المرأه ثم يموت قبل ان يدخل بها قال ان كان سمي لها مهرا يعنى صداقا فلها نصفه و ثانيها خبر اخر لمحمّد بن مسلم قد وصفه بالصّحه فى المهذب البارع عن احدهما عليهما السّلام فى الرجل يموت و تحته امرأه لم يدخل بها قال لها نصف المهر و ثالثها خبر زراره الذى وصفه بعض الاجلّه بالصّحه قال سألته عن المرأه تموت قبل ان يدخل بها او يموت الرّوج قبل ان يدخل بها قال ايّهما مات فللمرأه نصف ما فرض لا و ان لم يكن فرض لها فلا مهر لها و رابعها خبر الحلبيّ الذى صرح بعض الاجلّه بأنّه رواه فى فى و يب فى الصحيح و الحسن عن ابى عبد الله ع قال ان لم يكن دخل بها و قد فرض لها مهرا فلها نصف ما فرض لها و خامسها خبر عبد الرّحمن بن الحجاج الذى وصفه بعض الاجلّه بالصّحه عن رجل عن عليّ بن الحسين ع انه قال فى المتوفى عنها زوجها و لم يدخل بها انّ لها نصف الصّداق و سادسها خبر عبيد بن زراره الذى وصفه بعض الاجلّه بالموثقيه قال سألت ابا عبد الله ع عن رجل تزوّج امرأه و لم يدخل بها قال ان هلكت او هلكت او هلك او طلق فلها النّصف و عليها العده و لها الميراث و نحوه اخبار اخر له قد وصف بعض الاجلّه بعضها بالموثقيه أيضا و سابعها خبر الصّيقل و ابى العباس الذى وصفه بالموثقيه بعض الاجلّه عن ابى عبد الله ع فى المرأه يموت عنها زوجها قبل ان يدخل بها قال لها نصف المهر و ثامنها خبر ابن ابى يعفور عن ابى عبد الله فى رجل توفى قبل ان يدخل بالمرأه ان كان فرض لها مهرا فلها نصف المهر و تاسعها خبر الشحام عن ابى عبد الله ع فى رجل تزوّج امرأه و لم يسم لها مهرا فمات قبل ان يدخل بها قال هى بمنزله المطلقه و يعضد الاخبار المذكوره اخبار اخر و بالجمله الاخبار الداله على هذا القول كثيره بل صرح فى الرّياض بانه لا يبعد ان يكون متواتره ثم رجحها على ما دلّ على القول الاوّل بوجوه احدها انّ المظنّه الحاصله من كثرتها اقوى من الحاصله من الشّهرة و ثانيها أنّه معتضده بالشّهرة

ص: ٥٦٣

بين القدماء و لو كانت محكيه و ثالثها مخالفتها للتقيّه كما صرّح به جماعه و رابعها اظهره دلالتها ممّا دلّ على القول الاوّل لاحتمال ان يكون المراد من المهر فيه نصفه لأنّه مهر و فى جميع الوجوه المذكوره نظر امّا الاوّل فلأنّ المظنّه الحاصله من الشّهرة اقوى من المظنّه الحاصله من كثره العدد كما نبه عليه بعض المحققين فيما حكى عنه على ان الظن الحاصل من الشّهرة ظنّ بنفس الحكم الشرعى الواقعى و لا- كك الظنّ الحاصل من كثره العدد مع ضعف فى الدّلاله كما فى محل البحث و لذا يخصّ عام الكتاب المتواتر بخبر الواحد و بالشّهرة على القول بحجّتها و مع هذا فالشّهرة من المرجّحات المنصوص عليها فى بعض الاخبار المعبره و لا- كك كثره العدد و اما الثانى فللمنع من اشتهاار التّنصيف اذا مات الرّوج بين القدماء بل الظاهر من جمله من الكتب كالمختلف و الايضاح و المهذب البارع و الكشف انحصار القائل بذلك فى الصّدوق فى خصوص المقنع على أنّه قد منع بعض الاجلّه من دلالة عباره المقنع على ذلك قائلًا- ظ كلام العلامه فى لف أنّه لا مخالف فى وجوب المهر كلا بموت الرّوج الا الصّدوق فى المقنع و قد اقتضاه فى نقل هذا القول من تاخر عنه و الذى وقفت عليه فى كتاب المقنع لا يساعد ما ذكره بل ظاهره أنّما هو موافقه القول المشهور و هذه صورته عبارته فى النسخه التى عندي و المتوفى زوجها التى لم يدخل بها ان كان فرض لها صداقا فلها صداقها الذى فرض لها و لها الميراث و عدّها اربعة اشهر و عشر بعده التى دخل بها و ان لم يكن



فرض لها مهرا فلا- مهر لها و عليها العده و لها الميراث و فى حديث اخر ان لم يكن دخل بها و قد فرض لها فلها نصفه و لها الميراث و عليها العده و هذه صورته ما فى الكتاب و الظاهر منه هو القول بما ذكره اولاً من وجوب المهر كلا و القول بالنصف انما نسبه الى الزوايه موزنا بضعفه و التوقف فيه كما هو الجارى فى عباير غيره فقوله و هو الذى اعتمده و افتى به بمعنى القول بالنصف لا اعرف له وجهاً و هذه عبارته و لا تحضرني الان نسخه اخرى من الكتاب المذكور و اما استظهار مصير الكافى و الفقيه الى القول بالتنصيف اذا مات الزوج كما اتفق لبعض الاجلّه (هو الشيخ يوسف) معللاً- بأنهما اقتصرنا على نقل اخبار التنصيف و لم ينقل شيئاً من اخبار الجمع فضعيف بعد احتمال نقل اخبار الجمع فى باب اخر سلمنا و لكن مجرد الاقتصار لا يدل على اختيار التنصيف خصوصاً مع عدم صراحه اخبار التنصيف فيه سلمنا و لكن بمجرد ذلك لا يحصل الشهره المتقدمه سلمنا و لكن الشهره المتأخره اولى بالترجيح خصوصاً اذا كانت هى محققه و المتقدمه منقوله و اما الثالث فلمعارضته بموافقه اخبار الجمع لظن الكتاب و هو قوله تعالى وَ آتُوا النِّسَاءَ صِدْقَاتِهِنَّ وَقوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و كما ان المخالفه للعامه من المرجحات المنصوصه ككك الموافقه للكتاب من المرجحات المنصوصه بل الترجيح هنا مع الموافقه للكتاب لا اعتضادها بالشهره العظيمه و الاجماع المنقول و للاستصحاب و لهذا صرح فى المهذب البارع بعد تبيينه على ان روايه محمد بن مسلم الداله على التنصيف يعارضها صحيحه منصور بن حازم المتقدمه بان هذه الصيحه اختصت بزياده الترجيح بعمل الاصحاب و تايدت بالنظر اذا العقد يوجب المهر و ينتصف بالطلاق و لم يحصل و اما الرابع فللمنع منه و ذلك لأن التصريح بان للزوجه نصف المهر لا- يدل بشىء من الدلالات الثلث على انها لا- تستحق الا- النصف الا على تقدير حججه مفهوم اللقب و العدد و هى خلاف التحقيق سلمنا الدلاله على ذلك التراما و لكن الاخبار الداله على الجمع تدل عليه تضيماً و مع ذلك فتوصيف المهر بالكامل فى بعضها كالصريح فى الدلاله على انها تستحق الجمع و يؤكد ذلك أيضاً ذيل خبر منصور بن حازم كما لا يخفى و اما حمل لفظ المهر على نصفه فمن المجازات البعيد غايته و ليس باولى من حمل قوله ع لها النصف فى اخبار التنصيف على انه يستحب للزوجه ان يقتصر على النصف و تبرأ ذمه زوجها من الباقي كما اشار اليه الشيخ فيما حكى عنه و قد صرح باستحباب ذلك فى عد و غيره و بالجملة لا- ريب ان الاخبار الداله على استحقاق الجمع اوضح دلاله من الاخبار الداله على التنصيف ان سلمنا دلالتها عليه و اكثريتها عدداً لا يوجب ترجيحها على تلك الاخبار و الا لما جاز تخصيص الكتاب و سائر الاخبار المتواتره بخبر الواحد

و هو بط كما بيناه فى الاصول و للقول الثالث وجوه منها الاخبار الداله على انه لا يوجب المهر الا الوقاع فى الفرج احدها خبر يونس بن يعقوب الذى وصف بالموثقيه فى الرياض عن ابى عبد الله ع قال سمعته يقول لا يوجب المهر الا الوقاع فى الفرج و ثانيها حسنه محمد بن مسلم بل صحيحه قال سئلت ابا جعفر ع متى يجب المهر فقال اذا دخل بها و ثالثها صحيحه حفص البخترى عن ابى عبد الله ع فى رجل دخل بامرأه قال اذا التقى الختانان وجب المهر و العده و رابعها صحيحه محمد بن مسلم عن ابى عبد الله ع قال سألت عن الرجل و المراه متى يجب عليهما الغسل قال اذا ادخله وجب الغسل و المهر و الرجيم و قد يجاب عن هذه الاخبار بان اطلاقها منطوقاً كما فى الاول و مفهوماً كما فى الباقي لا يمكن المصير اليه لما بيناه سابقاً من ان المراه التى توفى عنها زوجها و لم يدخل بها يستحق تمام المهر بموت الزوج فكما يمكن تقييده بغير هذه الصوره فيصح الاستدلال به فى محل البحث ككك يمكن تقييده بصوره بقاء الزوجين و حياتهما فلا يصح الاستدلال به هنا كما لا يخفى و هذا التقييد اولى اما اولاً فلما كان دعوى ظهور هذه الصوره من الاطلاق و اما ثانياً فلأن البناء على التقييد الاول يستلزم الحكم بتقييد قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و قوله تعالى وَ آتُوا النِّسَاءَ صِدْقَاتِهِنَّ فى صورته عدم استحقاق الزوج لارث المراه و لا كك البناء على التقييد الثانى فإنه

لا يستلزم ذلك كما لا يخفى ولا ريب أنّ الأمر إذا دار بين ارتكاب تقييد واحد و ارتكاب تقييدات متعدّده من جهات مختلفه كان الأوّل اولى و ان كان التّقييد الواحد ابعده سلمنا مساوات الامرين و لكن ح لا يمكن ترجيح التّقييد الأوّل للزوم التّوقف فى التّرجيح فيبقى اصاله بقاء استحقاق تمام المهر الذى هو مقتضى العقد سليما عن المعارض فيجب الاخذ بها خصوصا اذا اعتضدت بالشّهرة كما فى محل البحث على أنّ هذه الشّهرة يقتضى ترجيح عموم الآيتين المتقدمتين على عموم تلك الاخبار و ان كان اخصّ مط من عموم الآيتين فت هذا و قد يجب أيضا عن مفهوم الزّوايتين الاخيرتين أنّه اذا لم يحصل الدّخول لم يجب مجموع الأمور المذكوره فى المنطوق من المهر و العده و الرّجم و هو لا ينافى وجوب بعضها كالمهر ح فت و منها خبر ابن ابى يعفور عن ابى عبد الله ع انه قال

ص: ٥٦٤

فى المراه توفت قبل ان يدخل ما لها من المهر و كيف ميراثها فقال ان كان فرض لها صداقها فلها نصف المهر و هو يرثها و ان لم يكن فرض لها صداق فلا صداق و قد يجب عنه بعد الإغماض عن سنده الذى لم يثبت اعتباره عندى و ان وصفها فى الزّياض بالموتقيه بظهور اطلاق الزّوايه فى المراه الباكره التى لا ولد لها و التى يكون عقد عليها بطريق الدّوام لغلبتهما و ح لا يجب على الزّوج ان يؤدّى الى ورثتها الا نصف المهر لأنّ النّصف الاخر انتقل الى الزّوج بالارث فلا دلالة ح لقوله ع فلها نصف المهر على المدعى بوجه من الوجوه و ربّما يؤيد ما قلناه تعقيب هذا القول بقوله ع و هو يرثها سلمنا شمول الزّوايه للثيب و المتمتع بها و لكن لا دلالة للحكم باستحقاقها النّصف على عدم استحقاقها النّصف الاخر بشىء من الدّلالات الثلث و لذا اشتهر بين العقلاء ان اثبات الشّىء لا ينفى ما عداه سلمنا الدّلالة على ذلك و لكن هذه الدّلالة لا تصلح لمعارضه قوله تعالى أوّفوا بالعقود لا اعتضاده بالشّهرة و قد ثبت عندنا ان العام اذا اعتضد بالشّهرة فلا يصلح الخاصّ لتخصيصه و منها خبرا زراره و عبيد بن زراره المصرّحين بأنّه اذا مات كل من الزّوجين فللزّوج نصف المهر و قد يجب عنهما أوّلا بنحو ما اجبنا به عن روايه ابن ابى يعفور المتقدّمه و ثانيا بانا قد بينا أنّ الزّوج اذا مات فالزّوج تستحقّ تمام المهر فينبغى ارتكاب التّاويل فى قوله تعالى فلها النّصف بالنّسبه الى هذه الصّوره بالحمل على الاستحباب و نحوه فلا يمكن ح الاحتجاج به فى محل البحث كما لا يخفى و بما ذكر يضعّف ما ادّعا فى الكشف و غيره من أنّ هذه الاخبار تدلّ على تنصيف المهر فى صورته موت الزّوج التى هى محل البحث و هى خاليه عن المعارض فيتعيّن العمل بها و الانصاف أنّ المسأله لا تخلو عن اشكال فلا ينبغى فيها ترك الاحتياط و ان كان القول الأوّل هو الاقرب و هل الزّوجه المتمتع بها كالدائمه فلا يسقط بالموت شىء من مهرها اذا لم يدخل بها الزّوج سواء مات هو قبل الدّخول أم مات هى او لا الاقرب الأوّل و قد صرح به فى القواعد و الايضاح و جامع المقاصد و لك و الكفايه و هو ظ الكشف و اشار الثانى الى وجهه قائلا وجه القرب ثبوت المهر بالعقد و لم يوجد سبب سقوطه و هو منع المراه و لا نص على غيره و الاسباب و الموانع الشرعيه أنّما تثبت بالنّص لا غير اجماعا و الاصل البقاء و يحتمل عدمه ان قلنا بسقوطه لأنّ منع الاستمتاع يسقط فالموت اولى بالاسقاط لان الامتناع هنا أكد و اقوى فى سقوط المهر و هذا الاحتمال ضعيف و الحق عندى ثبوت المهر فى الصّورتين لأنّ المهر عوض ملك البضع و قد حصل و المراه لم تمنع و اشار فى جامع المقاصد و الكشف الى ما ذكره من الاصل و لكن الأوّل احتمل السّقوط و صرح بضعفه و الثّانى احتمل السّقوط بالنّسبه معللا- بأنّ المهر فى مقابله الاستمتاع موزع عليه و على المدّه فيسقط كلا او بعضا بامتناعه كلا او بعضا كما لو استاجر دابه فماتت و يؤيد ما ذكره تصريح بعض الاخبار بأنّ النّساء التى يتمتع بهنّ مستأجرات و الأصل فى التّشبيه الاشتراك فى جميع الاحكام و هذا الاحتمال ضعيف اما

اولا فلظهور عدم القائل بالفصل بين الدائميہ و المتمتع بها فيما ذكر و ذلك اما لشمول لفظ الزوجه في عبارات الاصحاب للمتمتع بها حقيقه و عدم انصرافه الى الدائميہ او لعدم تنيبه معظم الاصحاب على مخالفه المتمتع بها للدائميہ في الحكم المذكور مع تصريح جماعه من محققيه بالحاق المتمتع بها بالدائميہ فيه من غير اشاره الى الخلاف و اما ثانيا فلعموم الاخبار الداله على القول الاول بناء على كون المتمتع بها زوجه حقيقه و اميا ثالثا فلما ذكره في الايضاح و لا يعارضه التصريح بان المتمتع بها مستأجره لظهور التشبيه في غير محل البحث سلمنا و لكن غايته العموم فيجب تخصيصه بغيره هذا كله على تقدير اعتبار سند الزوايه المتضمنه للإيماء بالتشبيه و ان الاصل في التشبيه العموم

## القول في النفقات

### منهل يجب نفقه الزوجه على الزوج

كما في التهايه و المبسوط و الخلاف و جمل العلم و الغنيه و المهذب للقاضي و الكافي للحلي و الوسيه و المراسم و فع و يع و عد و د و التحرير و ره و الايضاح و مع و التنقيح و اللمعه و ضه و لك و الكفايه و الكشف و ض و الحجّه في ذلك امور الاول دعوى الإجماع عليه في الايضاح و المسالك بل في ض عليه اجماع الامه كما حكاه جماعه الثاني ما اشار اليه في الايضاح و ض من قوله تعالى الرَّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ و زاد في الاول قائلا- اتفقوا على ان قوله تعالى بِمَا أَنْفَقُوا على سبيل الوجوب الثالث ما اشار اليه في الايضاح و لك و ض من قوله تعالى لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ الرابع ما اشار اليه في الايضاح و لك من قوله تعالى وَ عَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَ كِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ و زاد في الاول قائلا يدل على وجوبها حال تشاغلها بولدها عن استمتاع الزوج فدلالته حال على اشتغالها بولاده ولد اولى الخامس ما اشار اليه في الايضاح من قوله تعالى وَ إِن كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ فاذا وجبت بعد الفراق فقبله اولى السادس ما اشار اليه في الايضاح من قوله تعالى فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا و تبه على وجه الدلاله قائلا معناه الا تكثروا من يعولون فلولا وجوب النفقه لما كان لخشيته كثره العيال تاثيرا اعترض بعض اهل اللغه بان معنى عال يعول حار يحور فاما كثره العيال فيقال فيه اعال يعيل فما ذكرتموه لا- يوافق اللغه و لا- مقدم الآيه و هو فان خفتم الا تعدلوا فواحد و الجواب ان الفراء نقل عن الكسائي قال سمعت من العرب من يقول عال يعول معناه كثر عياله السابع ما تبه عليه في لك بقوله من السنيه ما روى ان امرأه ابي سفيان جاءت الى رسول الله ص فقالت ان ابا سفيان رجل شحيح لا يعطيني ما يكفيني و ولدي أ فأخذ منه سرا و هو لا يعلم فهل على في ذلك شيء فقال ص خذى ما يكفيك و ولدك بالمعروف و الثامن ما تبه عليه في الرياض بقوله و في روايه في تفسير الآيه الاولى ان انفق عليها ما يقيم ظهرها مع كسوه و الأ فرق بينهما و المعتبره من الصحيح و غيره بمعناه مستفيضه و يعضد ما ذكره ما ادعاه في الايضاح من تواتر الاخبار في ذلك التياسع ما ذكره في الرياض من قوله تعالى وَ عَاشِرُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ و يشترط في ذلك ان يكون الزوجه دائميہ و معقودا عليها بالعقد الدائم فالمتمتع بها لا يجب الانفاق عليها و لا تستحق نفقه و كذا لا تستحق سكنى اما عدم استحقاتها للنفقه فقد صرح به في الانتصار و الغنيه و النافع و القواعد و التحرير و التروضه و الكفايه و الرياض و هو ظ التبصره و د و اللمعه بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه

ص: ٥٦٥

و قد صرح به في الغنيه و ض و حكي فيه عن جماعه دعوى الاجماع عليه و احتج عليه أيضا بالأصل و بالمعتبره الداله على أنها

مستأجره قائلا- ولا- خلاف في عدم استحقاق الأ-جبر النّفقه في الخبر تزوّج منهّن الفأ فانهنّ مستأجرات أمّا عدم استحقاقها للسكنى فقد صرّح به في الانتصار والعتية والتحرير ونفى فيه عنه الخلاف وهو الظاهر

### منهل لا نفقه ولا سكنى للمطلقة البائنة اذا لم تكن حاملا من الزوج

و أمّا اذا كانت حاملا منه استحققت النّفقه والسكنى حتّى تضع أمّا عدم استحقاقها للنّفقه اذا تكن حاملا فقد صرّح به في الوسيله و فع و يع و عد و التحرير و شاد و عه و غايه المراد و ضه و لك و الكفايه و الكشف و ض و الحجّه فيه امور الأوّل الاصل الثّاني ظهور اتّفاق الاصحاب عليه الثّالث حكاية دعوى الاجماع عليه عن جماعه في الرّياض الرّابع ما اشار اليه في الرّياض من الاخبار قائلا- تستحقّ النّفقه الزّوجه المطلقة الرّجعيه دون البائنه فلا يجب الانفاق عليه مع عدم الحمل اجماعا حكاه جماعه و هو الحجّه كالمعتبره المستفيضه منها الصّحيح اذا طلق الرّجل امرأته طلاقا لا يملك فيه الرّجعه فقد بانّت منه ساعه طلقها و ملكت نفسها و لا سبيل له عليها و تعدّد حيث شاءت و لا نفقه لها و الصّحيح عن المطلقة ثلثا أ لها النّفقه و السكنى فقال احبلى هي قلت لا قال لا و نحوهما الموثّقان و غيرهما و في بعضها انما ذلك للتي لزوجها عليها رجعه و أمّا الصّحيح المثبت للنّفقه للمطلقة ثلثا فمحمول على الحامل او الاستحباب و عليهما يحمل المروى عن قرب الاسناد عن المطلقة أ لها نفقه على زوجها حتّى تنقضى عدّتها قال نعم مع احتمال التّقييد بالرّجعيه بخلاف الصّحيحه لتصريحها بالبائنه و أمّا عدم استحقاقها للسكنى ح فقد صرح به في يع و عد و التحرير و لك و الكفايه و الكشف بل الظاهر أنّه ممّا لا خلاف فيه و قد صرّح بدعوى الاجماع عليه في الاخير و يدلّ عليه مضافا الى ما ذكر بعض الاخبار المتقدّمه و أمّا استحقاقها للنّفقه اذا كانت حاملا من الزوج حتّى تضع فقد صرّح به في الوسيله و فع و يع و عد و التحرير و شاد و غايه المراد و اللّمعه و التّنقيح و ضه و لك و الكفايه و الكشف و الرّياض كما عن المبسوط و القاضي بل حكاه في التّنقيح عن الاصحاب و صرّح في الكشف بدعوى الاجماع عليه و الحجّه فيما ذكر امور منها الاجماع المنقول المشار اليه و منها ما تمسّك به عليه في غايه المراد و التّنقيح و لك و ضه و الكفايه و ض و غيرها من قوله تعالى و إنّ كُنَّ أُولَاتٍ حَمِيلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ فَانه شامل للرّجعيات و البائنات و منها ما اشار اليه في الرّياض قائلا بعد ما نقلنا عنه سابقا الا- ان يكون حاملا- فيثبت نفقتها على الزوج خاصّه دون الولد مط للإجماع المحكى في كلام جماعه و اطلاق الآيه و إنّ كُنَّ الأيه الشّامل للرّجعيه و البائنه مضافا الى اطلاق النّصوص المستفيضه منها الصّحيح في الرّجل يطلق امرأته و هي حبلى قال اجلها ان تضع حملها و عليها نفقتها حتّى تضع حملها و أمّا استحقاقها للسكنى فقد صرّح به في الوسيله و يع و التحرير و عد و ضه و لك و الكفايه و الكشف بل الظاهر أنّه ممّا لا خلاف فيه و قد صرح بدعوى الاجماع عليه في الاخير و ربما يمكن استفادته من بعض الاخبار المتقدّمه اذا عرفت هذا فاعلم أنّه اختلف الاصحاب في أنّ النّفقه حيث تجب هل هي للحمل او حامل لأجله فحكى جماعه عن الشّيخ في ط القول بأنّها للحمل و قواه في لف و الرّياض و عزاه في غايه المراد و التّنقيح الى القاضي و استظهره في لف و غايه المراد من كلام ابن حمزه و بالجمله هو مختار جماعه بل يستفاد من ضه دعوى الشّهرة عليه و لهم وجوه الأوّل أنّ النّفقه لو لم تكن للحمل لما دارت مدار وجوده و لما ثبتت بثبوت و لما انتفت بانتفائه و التّالي باطل لما تقدّم فالمقدّم مثله و قد تمسّك بهذه الحجّه في لف قائلا في مقام الاحتجاج على مختاره بدليل أنّه لو لم تكن حاملا لا نفقه لها و اذا كانت حاملا- وجبت النّفقه فلمّا وجبت بوجوده و سقطت بعدمه ثبت أنّ النّفقه له لا لها كالزّوجه لها النّفقه ما دامت زوجته و اذا زالت الزّوجه فلا نفقه لها فكانت النّفقه لأجل الزّوجه و قد احتجّ بالوجه المذكور على ذلك في ط أيضا و فيه نظر للمنع من الملازمه لجواز كونها للحامل بشرط وجود الحمل الثّاني ما تمسّك به في المبسوط قائلا في المقام المذكور و لأنّه لما كانت النّفقه له اذا كان منفصلا فكذا اذا كان متصلا و فيما ذكره نظر واضح الثّالث ما تمسّك به فيه أيضا قائلا في المقام المذكور أيضا و لان

اصحابنا رَووا أَنَّهُ يَنْفِقُ عَلَيْهَا مِنْ مَالِ الْحَمْلِ فَدَلَّ عَلَى أَنَّهَا لَا يَجِبُ لَهَا وَفِيمَا

ذَكَرَهُ نَظْرًا وَاضِحًا أَيْضًا وَذَهَبَ فِي الْكُفَايَةِ إِلَى أَنَّهَا لِلْحَامِلِ وَحَكَاهُ فِي لَفٍ وَغَايَةِ الْمُرَادِ وَالْإِيضَاحِ وَالتَّنْقِيحِ وَ لَكَ عَنْ ابْنِ زُهْرَةَ وَيُظْهِرُ مِنْ غَايَةِ الْمُرَادِ وَالتَّنْقِيحِ وَ لَكَ أَنَّهُ مَذْهَبُ جَمَاعَةٍ وَ صَرَّحَ فِي الرِّيَاضِ بِأَنَّ مَحْكِيَّ عَنْ ابْنِ حَمَزَةَ وَ جَمَاعَةٍ

### منهل يجب في نفقه الزوجه الواجبه على الزوج امور

#### اشاره

منها الاطعام و قد صرح بذلك في جمل العلم و الخلاف و المبسوط و ثر و الوسيله و المراسم و يع و فع و عد و التبصره و الجامع و التنقيح و لك و الكفايه و الكشف و الرياض و لهم و جوه منها ظهور الاتفاق عليه و منها انه تبه في لك و غيره على دعوى الاجماع على ذلك و منها ما احتج به في الرياض من قوله تعالى وَ عَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَانِ اطعام من العشره بالمعروف و منها قوله تعالى وَ عَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَ كِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَ قد تمسك به في لك و منها ما تمسك به في لك و ض من قوله تعالى لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَ مِنْ قَدَرٍ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فلينفق مما آتاه الله و منها ما تمسك به في الرياض من قوله تعالى الرَّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَ بِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ وَ منها ما تمسك به في الرياض قائلًا و في الصيحيح في تفسير قوله تعالى لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ الْآيَةَ ان انفق عليها ما يقيم ظهرها مع كسوه و ألما فرق بينهما و المعتبره من الصيحيح و غيره بمعناه مستفيضه و منها ما تمسك به في لك قائلًا و من السينه ما روى ان هند امراه ابي سفيان جاءت الى رسول الله ص فقالت ان ابا سفيان رجل شحيح لا يعطيني ما يكفيني و ولدي الا ما أخذ منه سرا و هو لا يعلم فهل على في ذلك شيء فقال ص خذي ما يكفيك و ولدك بالمعروف و

#### ينبغي التنبيه لأمر

### الاول هل للطعام الذي يجب على الزوج دفعه الى الزوجه نفقه مقدار معين

و تحديد خاص او لا اختلف في ذلك الأصحاب على اقوال الاول انه لا يتقدر بقدر و لا يحد بحد و هو جمل العلم و الوسيله و المراسم و يع و عد و لف و اللغه و الجامع و التنقيح و لك و ضه و الكفايه و الكشف و المحكي في لف عن الاسكافي و الحلبي بل في لك هو قول ابن ادريس و سائر المتأخرين و يعضد ما ذكره اولًا قول الكفايه هذا هو المشهور بين الاصحاب و ثانيًا قول الرياض هو الاشهر الأظهر بل ربما

ص: ٥٦٦

اشعر عبارته الحلبي بالاجماع عليه الثاني ما حكاه في لف عن الشيخ و القاضي قائلًا قال الشيخ في ط نفقه الزوجات معتبره بحال الزوج لا بحالها فان كان موسرًا فعليه مدان في كل يوم و ان كان متوسطًا متجمالًا فمد و نصف و ان كان معسرًا فقدر المد فالنفقات ثلاثه نفقه الموسر و المتوسط و المعسر و قال ابن البراج نفقات الزوجات معتبر بحال الزوج و لا تعتبر بحال الزوجه و

قد ذكر في ذلك أنه ان كان موسرا كان عليه في كل يوم مدان و ان كان متوسّطا متجمّلا فمدّ و نصف و ان كان معسرا فقدر المدّ و ابن الجنيد لم يقدر بل قال و حقّ المرأة على زوجها ما يسدّ جوعتها و يستر عورتها هذا في الاقترار و المتوسط ان يكون يطعمها في كل ثلاثة ايام الثالث ما حكاها في لف أيضا عن الخلاف قائلا قال في ف نفقه الزّوجات مقدّره و هو مدّ قدره رطلان و ربع و استدللّ باجماع الفرقه و اخبارهم و الاقرب عندي ما صار اليه في لف من القول الذي عليه المعظم و لهم وجوه منها أنّ الأصل براءة الذّمه من وجوب اعطاء الزّائد على سدّ الخله كما تبّه عليه في الكشف و اشار اليه في السّرائر أيضا قائلا في مقام الاحتجاج على مختاره و ابطال مذهب الشّيخ و أيضا الاصل براءة الذّمه من التقدير فمتى ادعى شيئا بعينه فأنّه يحتاج الى دليل و لا- دليل عليه من كتاب و لا- سنه و لا- اجماع و الاصل براءة الذّمه من التقدير و منها أنّه لو وجب اعطاء ما ذكره في ط و ف لاشتهر بين الاصحاح بل المسلمين قولاً و فعلاً و تقريراً بل و تواتر و ذلك لتوفّر الدواعى عليه من كل صنف و طائفه و التّالى بط بالضروره فكذا المقدمّ و منها ان وجوب اعطاء الزّائد على قدر سدّ الخله قد يكون ضررا على الزّوج فيكون منفيًا بالعموم الدال على نفيه لا يقال قد يكون وجوب اعطاء سدّ الخله ضررا دون ما ذكره في ط و ف فيعارض ذلك بالمثل لأنّنا نقول الاوّل اولى بالترجيح لاعتضاده بالشّهرة العظيمه و غيرها من المرجّحات و منها ظهور عبارته المحكيه في لف في دعوى الاجماع على المختار فأنّه قال ابن ادريس نفقه الزّوجات عندنا غير مقدّره بلا خلاف الا من شيخنا ابي جعفر في مسائل خلافه فأنّه ذهب الى انها مقدّره و مبلغها مدّ و قدره رطلان و ربع و استدللّ باجماع الفرقه و هذا عجيب منه رضى الله تعالى عنه و السّير بيننا و بينه فانّ اخبارنا لم يرد منها خير تقدير نفقه و اما اصحابنا المصنفون فما يوجد لأحد منهم في تصنيف له تقدير النفقه الا من قلده ندره و تابعه و قول ابن ادريس و ان كان جيدا لكن نسبه الشّيخ الى قول ما ليس بحقّ في غايه الجهل و الحمق و منه ما تبّه عليه في السّرائر قائلا- بعد ما حكينا عنه سابقا و الدليل على اصل المسأله قوله تعالى وَ عَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ اى ما يتعارف النَّاس و يعضد ما ذكره اوّلا ما تبّه عليه في التّنقيح قائلا الحق ما قاله المص لأنّ دليل الوجوب لا يقتضى زياده على ذلك و النقص عنه مناف لحكمه الله فيعتين ما ذكرناه و ثانيا ما ذكره في لك و الكفايه قائلين لما كانت الأوامر بالنّفقه مطلقه يرجع فيها الى العرف لأنّه المحكم في امثال ذلك حيث لا يقدره الشّارع و فى النّصوص ايماء الى ذلك قال تعالى وَ عَلَى الْمُؤَلُّودِ لَهُ الْآيَةُ و قال تعالى وَ عَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ و قال النّبى ص للمرأة خذى ما يكفيك و ولدك بالمعروف و ثالثا تصريح الكشف بان اطلاق الكتاب و السنه يدلّ على المختار و منها ما ذكره في لك قائلا و الاقوى ما اختاره من عدم التّقدير و الرجوع الى قدر الكفايه و سدّ الخله و هى الحاجه لأنّ التّقدير رجوع الى تخمين و ضرب من القياس لا يطابق اصول مذهبنا و منها ما ذكر في الكشف من خبر اسحاق بن عمّار سئل الصادق صلوات الله عليه عن حقّ المرأة على زوجها قال يشبع بطنها و يكسو جثتها و منها ما تبّه عليه في الكشف أيضا من خبر شهاب بن عبد ربّه سأله صلوات الله عليه عن ذلك قال يسدّ جوعتها و يستر عورتها و لا يقبح لها وجهها و اذا فعل ذلك فقد و الله ادى حقّها و للقائل بالتقدير امور منها ما ادعاه من الاجماع و هو ضعيف لما ذكره في الرياض قائلا و هو موهون بمصير الاكثر الى الخلاف

مع معارضته بالاجماع الرّاجح عليه بلا ارتياب و هو ضعيف و اضعف منه المحكى عنه في ط من التفصيل بمدّين للموسر و مدّ و نصف للمتوسّط و مدّ للمعسر و ذلك لعدم الدليل عليه بالمره و منها دعوى ف دلالة الاخبار على ما ذهب اليه و هو ضعيف أيضا كما اشار اليه في الكشف قائلا و فى الخلاف قدره مدّ للرّيعه و الوضعيه من الموسر و المعسر لإجماع الفرقه و اخبارهم و ما ادعاه غير معلوم لنا نعم في خبر شهاب بعد ما سمعته و بقوتهنّ بالمدّ فانى اقوت به نفسى و عيالى و من البيّن أنّ المراد به الفضل و فى المبسوط مدان من الموسر و مدّ و نصف من المتوسط و مدّ من المعسر و هو قول الشّافعى كما نصّ عليه في ف و

لا دليل عليه عندنا و منها ما ذكره في لك قائلا بعد الاشارة الى ما في ف و ط و الأصل في هذا التقدير ان المدّ قدره الشّارع في الكفارات قوتا للمسكين فاعتبرت التّفقه به لأنّ كل واحد منهما مال يجب بالشّرع لأجل القوت و يستقر في الذّمه و ربّما اوجب الشّارع في بعض الكفارات لكلّ مسكين مدين فجمع في القول الثاني بين الأمرين و هو ضعيف أيضا كما لا يخفى

### الثاني على المختار يكون المعبر هو قدر الكفايه و سد الخله و هي الحاجه على الوجه المعتاد

زاد عمّا قاله الشّيخ او نقص عنه كما في جمل العلم و المراسم و الشّرائع و التنقيح و لك و الكفايه و هل يحصل ذلك بما يسد الرّمق و يبقى الحيوه او لا بل يلزم مراعات الشّبع و حصول الاستقلال و القوه على التّردد و التصرّف المعتمد هو الاخير كما تبّه عليه في الكشف قائلا- في نفقه القريب المعبر قدر الكفايه من الطعام بحيث يستقل و يقوى على التّردد و التصرّف لا ما يسد الرّمق خاصّه و لا ما يشبع على وجه الضيافه ثم صرح بأنّه يعتبر حاله في سنه و رغبتّه و زهادته و هو جيّد و صرح في جمل العلم و المراسم بأنّ ما زاد عن الحاجه ندب ما لم يبلغ الاسراف و لا باس به

### الثالث يرجع فيما يحتاج اليه من الطعام و جنسه من البرّ

و الشّعير و التمر و الزّبيب و الدّره و غيرها و الادم الى عاده امثالها من اهل بلدها كما صرح به في لك و تبّه عليه أيضا في المهذب و الوسيله و يع و عد و الارشاد و الجامع و اللّمعه و التنقيح و الرّوضه و الكفايه و الكشف و لهم اولا ظهور الاتّفاق عليه و ثانيا ما تبّه عليه في الرّوضه قائلا الواجب على الزّوج القيام بما تحتاج اليه المرأه التي يجب نفقتها من اطعام تبعا لعاده امثالها من امثالها المقيمه بها لأنّ الله تعالى قال وَ عَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ و من العشره به الانفاق عليها بما يليق بها عاده و يعضد ما ذكره قول الكشف بعد الاشارة الى ما ذكره لأنّه من المعاشره بالمعروف بالنّسبه اليهما و ثالثا ما تبّه عليه في الكشف بقوله لان شان كل مطلق حملة على المعتاد و هو في غايه الجوده و بالجملة لا اشكال فيما ذكره فلا يعتبر عاده الزّوج و لا يتعيّن البر و لا الشّعير و لا

ص: ٥٦٧

الرز و لا التمر و لا الزّبيب و لا الدّره و لا الدّخن مط بل بعض النّساء يستحق البرّ و بعض الشّعير و بعض غير ذلك و اذا تعدّد ما هو الغالب تخير الزّوج و صرح في لك بأنّه ان اختلف العاده رجع الى الاغلب و هو جيّد ثم صرح بانه مع التّساوى فما يليق بحاله و صرح في عد و الارشاد باعتبار حاله في صورته عدم تمكن الزّوج لعدم الوصله اليه و تبّه على وجهه في الكشف قائلا و ان اختلف الغالب باختلاف النّاس اعتبر حالها بناء على ما تقدّم و في ط يعتبر بغالب قوت اهل البلد و ينظر الى غالب قوته فوجب عليه كالإطعام في الكفارات و يحتمل ان يكون ارادته ما ذكره المص بقوله فان لم يكن القوت الغالب اى لم يقدر عليه الزّوج امّا لعدمه او لعدم الوصله فما يليق بالزّوج لأنّه لا يكلف نفس الّا وسعها و لقوله تعالى وَ مَنْ قَدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ و لا حاجه الى التقييد بان لا يقدر على ما لا يليق بها فان ما يليق بها هو قوت البلد قد تبّهنا عليه و ما ذكره احوط بل هو في غايه القوه و قد تعرّض في عد للغالب في جملة من الممالك قائلا و جنسه غالب قوت البلد كالبر في العراق و خراسان و الأرز في

### الرابع نبه القاضى فى المهذب على حكم نفقه البدويه

قائلا اما البدويه فانها فى وجوب النّفقه لها على زوجها يجرى مجرى ما قدّمناه فى الحضريّه و يفترقان فى غير وجوب ذلك على الزوج و ذلك ان قوت البادية بخلاف قوت الحاضره لأنهم يقوتون بالاقط و البلوط فعلى زوجها نفقتها من غالب قوت البادية كما قدّمناه فى قوت البلد و ما ذكره جيد

### الخامس اذا اراد ان يعطيها من الحنطه او الشعير او الأرز

او الذره او نحو ذلك مما يصلح للخبز فهل يتعين عليه ان يعطيها الخبز او لا بل يتخير بين ذلك و بين اعطاء الحبّ او الدقيق او العجين صرح بالثانى فى التّنقيح قائلا و يرجع فى جنس الطعام الى غالب قوت البلد و لا يتعين الخبز و الدقيق او الحبّ بل اما الخبز او الاخرين مع مؤنه الاصلاح و نبه على ما ذكره فى الارشاد و لك و الكشف و اشار الى وجهه فى لك قائلا انها تحتاج الى الطحن و الخبز و الطبخ اذ الواجب عليه دفع الحبّ و نحوه و مؤنه اصلاحه لا عين المأكول مهينًا عملا بالعادة و ربما يظهر خلاف ما ذكرناه من قول القاضى فى المهذب ليس عليه ان يدفع اليها الا الحبّ فان طلب منه غيره لم يلزمه لأنها يكون مطالبه بغير حقها و غير ما يجب له عليها و هو ضعيف بل الاقرب هو القول الاوّل للعمومات الدّاله على وجوب الانفاق فانها تصدق حقيقه بكل من المذكورات مع كون المكلف بالاتفاق هو الزوج و اصاله عدم التخصيص و يعضدها الشّهرة و خلو الروايات عن الاشاره الى التّعيين مع توفر الدواعى عليه فليس للزوجه مطالبه شىء مخصوص من المذكورات فيتخير الزوج بينها و ليس التّخير مشروطا برضاء الزوجه كما تبّه عليه فى الكشف

### السادس اذا دفع الزوج الحبّ فيجب عليه ان يدفع مؤنه الاصلاح

كما صرح به فى الارشاد و القواعد و التّنقيح و لك و الكشف و لهم اولا ظهور الانفاق و ثانيا ان البراءه اليقينيّه من التّكليف الثّابت يقينا و هو وجوب الإنفاق لا يحصل الا بذلك فيجب و ثالثا ان امتثال الامر بالانفاق لا يصدق حقيقه مع عدم دفع المئونه و رابعا ان عدم دفع المئونه ح مستلزم للضرر و الحرج بالنسبه الى الزوجه و هما مدفوعان بالادله الاربعه و كك يجب عليه دفع مؤنه الاصلاح اذا دفع الطّحين و لو وقف الاصلاح على اجره و جب دفعها و ان كانت الزوجه بنفسها قادره على الاصلاح كما اذا كانت قادره على الطّحن و الخبز و لها ان تأخذ الأجره و تفعل اذا لم تعين غيرها للعمل و أطلق فان عين غيرها للعمل ففى اخذها ح اشكال فلا ينبغى ترك الاحتياط

منهل يجب على الزوج ان يعطيها الايام كما يجب عليه ان يدفع اليها الطعام



كما فى المهذب و يع و د و عه و اللمعه و التنقيح و الرّوضه و لكّ و الكفايه و الكشف و لهم اولا ظهور الاتفاق عليه و ثانيا ما ذكره بعض الفضلاء قائلا يجب الادم لتبادره من الرّزق و الدّخول فى المعاشره بالمعروف و يرجع فى الادم الى عاده امثالها من اهل البلد فى الجنس و القدر كما صرح به فيما عدا الكفايه من الكتب المتقدّمه فلا ينظر الى عاده الرّوجه كما صرّح به فى لكّ قائلا- المرجع فى ذلك الى عاده امثالها من اهل البلد و لا ينظر الى عاده الرّوجه لدلاله المعاشره و الاتفاق بالمعروف عليه و صرّح فى الكشف بأنّه يرجع فى مقداره الى العرف قائلا و منهم من قدره برطل و منهم من زاد عليه بيسير و صرّح فى لكّ بأنّه ان اختلفت العاده رجح الى الاغلب و مع التساوى فما يليق و تبه عليه فى الرّوضه أيضا و لا- بأس بما ذكره و صرّح فى لكّ و الكفايه بأنّه يختلف المادوم باختلاف الفصول و قد يغلب الفواكه فى اوقاتها فيجب و ما ذكره جيّد و فى خبر شهاب بن عبد ربّه و لا- يكون فاكهه الا- اطعم عياله منها و ربما يستفاد من هذه الرّوايه الوجوب و هو ضعيف للأصل مع ضعف الرّوايه و ظهور اتّفاق الاصحاب على عدم الوجوب و

### ينبغى التّنبيه على امور

### الاول هل يجب ان يدفع اليها اللحم او لا

فيه اقوال احدها ما صار اليه فى المهذب قائلا و يجب لها عليه اللحم فى كلّ اسبوع دفعه واحده و يكون ذلك يوم الجمعه لأنّه عرف عام و حكى هذا القول فى لكّ و الكفايه عن الشيخ و حكاه فى الكشف عن المبسوط قائلا و فى المبسوط ان عليه فى الاسبوع اللحم مره لأنّه المعروف و يكون يوم الجمعه لأنّه عرف عام و ثانيها ما صار اليه فى القواعد و التنقيح قائلين و عليه فى الاسبوع اللّحم و لو اعتادت دوامه و جب و ثالثها ما حكاه فى لكّ و الكفايه عن الاسكافى قائلين و اوجب ابن الجنيّد على المتوسّط اللّحم فى كلّ ثلاثه ايام و يدلّ على هذا القول الذى نقله خبر شهاب بن عبد ربّه قال قلت له ما حق المراه على زوجها قال يسدّ جوعتها و يستر عورتها و لا يقبح لها وجهها فاذا فعل ذلك فقد و الله ادى حقّها قال قلت فاللّحم قال فى كلّ ثلاثه ايام مره فى الشّهر عشر مرّات و رابعها ما صار اليه فى الكشف قائلا لو كان عاده امثالها دوام اكل اللّحم و جب مع قدره للدّخول فى ظ الرّزق و المعروف ح و كذا لو اعتادته هى مع التضرّر بتركه و ان لم يكن الضّرر الا بمخالفه

ص: ٥٦٨

العاده و فيما ذكره نظر و المسأله محل اشكال فلا ينبغى فيها ترك الاحتياط فيعمل بجميع الأقوال المذكوره و لكن الاقرب هو الرجوع فى اللحم الى عاده امثالها من اهل البلد كما فى ساير افراد الادم لأنّه لم يقم دليل على اختصاص اللّحم بحكم خاص و مجرد فتوى بعض الاصحاب به لا تنهض لإثباته كخبر شهاب بن عبد ربّه لضعفه

### الثانى صرّح فى المهذب و القواعد و لكّ و الكشف بأنّ السمن و الزيت و الشّيرج من الادم

و زاد فى القواعد و الكشف فعدا منه الخل و فى لكّ فعد منه اللّحم و اللّبن و صرّح فى الكشف بأنّ الرّيت ادم غالب فى الشّام و السمن فى الخراسان و الشّيرج فى العراق و الخلّ فيها و فى غيرها

## الثالث صرّح في القواعد و الارشاد و الكشف بأنه لو تبرّمت بجنس من الادماء فعليه السعى في الابدال

و زاد في الاخير قائلاً لأنه المعروف و ما ذكره احوط بل لا يخ عن قوه

## الرابع صرّح في الكتب الثلاثة المذكوره أيضا بأنه لها ان تاخذ الادماء و الطعام

و ان لم تأكل و هو جيّد و احتج عليه في الكشف اولا بأنها تملكه بالاخذ فلها التصرف فيهما كيف شاءت و ثانيا بخبر شهاب و فيه و ليقدر لكلّ انسان منهم قوته فان شاء أكله و ان شاء وهبه و ان شاء تصدّق و صرّح في عد و الكشف بأن لها بيع ما يدفعه من الطعام و الادماء و زاد في الاخير قائلاً لما عرفت من أنها تملكهما و ما ذكره جيّد و صرّحاً أيضاً بأن الادماء ان افتقر الى الاصلاح كاللحم و جب الاصلاح او مؤنته و ما ذكره احوط بل في غايه القوه و صرّحاً أيضاً بأنه يجب ان يدفع اليها آله الطبخ و الشرب مثل كوز و قدر و مغرفة امّا من خشب او حجر او خزف او غير ذلك بحسب عاده امثالها و زاد في الكشف قائلاً و حاجتها في آلات الشرب و اما آله الطبخ فلعلها لا تقضى العاده فيها بشيء و في شاد و التنقيح و لا بدّ من آله الطبخ من كوز و جره و قدر و مغرفة و ما ذكره احوط بل في غايه القوه ثم صرّحاً بأن الواجب في آله الطبخ دفع الاعيان لا تملكها و هو جيّد و نفى عنه الاشكال في الكشف

## الخامس اذا تصالحا على اخذ قيمه الادماء و الطعام

من دراهم و دنائير او غير ذلك جاز كما صرّح به في المهذب و عد و الكشف و صرّح فيه بأنه لا يجبر عليه احدهما كما في الطعام و الادماء و هو جيّد و يجوز الصّيلح على ما دون قيمه و على ما فوقها أيضاً و لو ابرأته عمّا تستحقّه من الطعام و الادماء بعد اشتغال ذمّته بهما صح و هل يصحّ البراء قبله او لا الاقرب الثاني و لو تراضيا على اخذ قيمه من غير صلح فهل يصحّ او لا فيه اشكال فلا ينبغي ترك الاحتياط

## السادس استحقاق الزوجه النّفقه من الطعام و الادماء على وجه التّمليك لا الامتاع

كما صرّح به في يع و عد و التنقيح و لك و ضه و الكشف و ض و لهم و جوه منها ظهور الاتفاق على ذلك و منها أنه نبه في التنقيح على دعوى الاجماع عليه قائلاً يجب في المطعوم التّمليك بغير خلاف و يعضد ما ذكره اولا قول الرّياض اعلم انّ المعتمد من المئونه التّمليك في صبيحه كلّ يوم لا ازيد اتفاقاً و ثانيا قول الكفايه المشهور ان استحقاق المئونه على وجه التّمليك لا الامتاع و منها ما نبه عليه في لك و الكفايه بقولهما لأنّ الانتفاع به لا يتم الا مع ذهاب عينه

## السابع هل للزوج منع الزوجه من أكل الثوم او لا

صرّح بالأوّل في عد و شاد و كذا صرّح به في الكشف محتجاً بحصول النفره المانعه عن الاستمتاع او كماله و فيه نظر و لكن

الاحوط للزوجه اذا منعها من ذلك الامتناع

### الثامن هل للزوج منع زوجته من تناول السم و الأطحمه الممرضه او لا

صرح بالأول في شاد و عد و كذا صرح به في الكشف محتجا أولا بأنه من النهى عن المنكر و ثانيا بلزوم فوت البضع المملوك له بتناول ذلك و في كالا- الوجهين نظر و لكن الاحوط للزوجه الامتناع اذا منعها من ذلك و ان فرض جوازه لها من غير جهه المنع من الزوج

### التاسع هل الماء الذى يحتاج اليه الزوجه للشرب و غيره من النفقه الواجبه على الزوج كالطعام او لا

نبه في التنقيح على الاول قائلا لم يذكر الاصحاب الماء في نفقه الزوجه و الاولى اعتباره في موضع لا يوجد فيه مباح و ح اما يعتبر عينه او قيمته و ما ذكره احوط بل الاحوط عدم اجبارها على اخذ القيمه و لكن الاقرب عدم وجوب اعتبار الماء لا عينا و لا قيمه للأصل و خلو النصوص و الفتاوى عن بيان وجوب ذلك و ليس في عباره التنقيح دلالة واضحه عليه و مجرد شده حاجتها اليه احيانا لا يقتضى اندراجه تحت النفقه الواجبه او الحاقه بها و الا لكان كلما يشتد حاجتها اليه يجب دفعها اليه عينا او قيمه و هو بط قطعاً

### العاشر صرح فى المهذب و شاد و عد و الجامع و الكشف بأنه لا يجب على الزوج دفع الدواء للمرض

الى الزوجه و الحق بذلك فيما عدا الإرشاد اجره الحجامه و الفصد و زاد في الجامع و الكشف فالحقا بذلك اجره الطيب و جميع ما ذكره جيد للأصل و خلو النصوص و الفتاوى عن بيان وجوب ذلك مع تصريح جماعه بعدم وجوب ذلك من غير اشاره الى خلاف و لا اشكال و كون وجوب ذلك ضررا على الزوج و الاصل عدمه

### الحادى عشر اذا دخل الزوج بها و استمرت تأكل معه و تشرب على العاده

فهل لها مطالبه بنفقه مدّه المواكله او لا صرح بالأخير فى يع و عد و اللّمعه و ضه و لك و الكفايه و الكشف و هو المعتمد و لهم وجوه منها الأصل و منها صدق امتثال قوله تعالى ارزقوهن! و <sup>عاشروهن</sup> بالمعروف و منها ظهور الاتفاق على ذلك و يعضده او لا ما نبه عليه فى ضه بقوله لو دخل بها و استمرت تأكل معه على العاده فليس لها مطالبه بمدّه مواكلته لحصول الغرض و اطباق الناس عليه فى سائر الاعصار و ثانيا ما نبه عليه فى لك قائلا انما لم يكن لها ذلك لحصول المقصود من النفقه و لجريان الناس على ذلك فى سائر الأعصار و اكتفاء الزوجات به و لو طلبت المرأه للزمان الماضى و الحال هذه لاستنكر و ثالثا ما نبه عليه فى الكشف بقوله و لو دخل بها و استمرت تأكل معه على العاده لم يكن لها مطالبه بمدّه مواكلته مع أنّ الدخول من اماره التمكين كما عرفت سابقا فمع عدمه اولى بعدم المطالبه و انما لم يكن لها المطالبه مع عدم التملك لقضاء العرف بالاكتفاء و منها ما احتج به فى الكشف قائلا و انما لم يكن لها المطالبه مع عدم التملك لحصول الغرض من النفقه و هو الاطعام و قد نبه على ما

ذكره فى لك و ضه و منها ما نبه عليه فى الكشف بقوله بعد ما حكينا عنه سابقا و لأنه نوع تمليك و لا دليل على وجوب الزائد عليه و اشار فى ضه الى الاحتمال الاوّل قائلا و يحتمل جواز مطالبتها بالنّفقه لأنه يؤد عين الواجب و تطوّع بغيره و نبه على هذا الوجه فى لك أيضا و لا- فرق فى سقوط النّفقه ح بين ان يكون قصد الزّوج الانفاق او التبرّع المحض او لم يقصد شيئا و لم يلتفت الى الامرين و لا- بين ان يكون ما تأخذه الزّوجه ح أقلّ من النّفقه المقرّره لها شرعا او اكثر او مساويا و لا بين ان تكون الزّوجه متبهجه بذلك او لا فانّ اطلاق الكتب المتقدّمه يعم جميع الصّور المذكوره نعم لها الامتناع من ذلك ابتداء كما صرّح به فى

ص: ٥٦٩

فى الكشف بل مطلقا و هل يختصّ السّقوط ح بما اذا كانت المرأه بالغه رشيده او كانت تاكل معه باذن الوليّ او لا بل يسقط مط صرّح بالاول فى لك و الكفايه و زاد فى لك قائلا اما لو كانت مولى عليها و لم يأذن الوليّ و الزّوج متطوّع و لا يسقط نفقتها بذلك لتوقّفها على قبضه او اذنه و ما ذكره من التفصيل و ان كان احوط بل و اجود و لكنّه مخالف لإطلاق الاكثر الا ان يحمل الاطلاق عليه لندور الزّوجه المولى عليها

### **الثانى عشر اذا كان الاكل يضر الزّوجه فى اليوم و الليله او فى ايام و لياليها**

و يلزمها الامساك فيها فهل يجب على الزّوج دفع نفقه تلك الايام اليها او لا- بل تسقط عنه ح فيه اشكال فلا ينبغى ترك الاحتياط و لكن الاقرب عدم الوجوب

### **الثالث عشر اذا كانت الزّوجه صائمه فهل يجب عليه ان يدفع اليها ما تنظر به و تسحر به او لا**

يجب الا مره واحده بقدر ان تشبع الاحوط الاوّل بل هو فى غايه القوه للاحتياج الى الامرين عاده

### **الرابع عشر لو كانت تاكل كثيرا خارجا عن العاده**

لمرض من الامراض الموجهه لذلك كالجوع فهل يجب ان يدفع اليها ذلك او لا بل يجوز الاقتصار على ما هو المتعارف بين افراد مستوى الخلقه فيه اشكال و لكن الاحتمال الثانى فى غايه القوه و اذا كانت تاكل قليلا خارجا عن العاده فهل يجب ان يدفع اليها هو المعتاد أو يجوز الاقتصار على ما تاكل فيه اشكال و لعل الاقرب الثانى

### **الخامس عشر لا فرق فى وجوب الانفاق على الزّوجه بدفع الطّعام و الادام بين زمان الرخص و الغلاء**

و القحط مع التمكن من ذلك

## السادس عشر اذا اعتادت الزوجه ابتلاع الافيون و شرب التن

و ما يسمونه فى هذا الزمان بالقهوه فليس على الزوج رفعها اليه للأصل و عدم شمول ما دلّ على وجوب الانفاق لذلك

## السابع عشر اذا كانت الزوجه قليله الرغبه فى الاكل

و لكن عالجت نفسها بحيث زاد رغبتها فيه فهل المعتبر الطبع او العارض الاقرب الاخير اذا لم تخرج عن العاده

## الثامن عشر هل يجب على الزوج ان يدفع اليها فى شهر رمضان ازيد مما يدفع اليها

فى ساير الشهور او لا المعتمد هو الثانى

## منهل يجب على الزوج ان يدفع الى الزوجه كسوتها

### اشاره

كما فى جمل العلم و الوسيله و المهذب و المراسم و الشرائع و النافع و عد و شاد و الجامع و اللمعه و التنقيح و ضه و لك و الكفايه و الكشف و ض و لهم و جوه منها ظهور الاتفاق عليه و منها قوله تعالى وَ عَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَ كِسْوَتُهُنَّ وَ منها قوله تعالى وَ عَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنَّ الْإِكْسَاءَ مِنَ الْمَعَاشِرَةِ بِالْمَعْرُوفِ وَ منها الصحيح الذى تمسك به فى ض لوجوب الانفاق عليها فت و قد تقدّم و منها خبر شهاب بن عبد ربّه قال قلت له ما حقّ المرأه على زوجها قال يسد جوعتها و يستر عورتها الى ان قال و يكسوها فى كلّ سنه اربعة اثواب ثوبين للشتاء و ثوبين للصيف و منها استمرار سيره المسلمين على الالتزام بدفع الكسوه الى زوجاتهم و ليس ذلك الا لوجوبها عليهم و منها ان ترك الكسوه لو كان من الزوج جائزا للزم عدم تسلطه على الزوجه و عدم الاستمتاع منها بمقدار ما تحصل لنفسها الكسوه التى تحتاج اليها و التالى بط فالمقدّم مثله اما الملازمه فلانه لو تسلط عليها مط جاز له منعها عن الاشتغال بتحصيل الكسوه و ذلك بالنسبه الى الزوجه ضرر عظيم و حرج جسيم بل تكليف بما لا يطاق عاده فيكون منفيًا و اما بطلان التالى فللعموما الداله على لزوم اطاعه الزوج حينما يريد الاستمتاع منها و لما دلت على عدم جواز خروجها من البيت من دون اذنه و منها انه لو جاز للزوج ترك الكسوه للزم وقوع الشقاق و النفاق و الفتن العظيمه بين الزوجين و ذلك مناف للحكمه التى شرع لأجلها الترويج كما لا يخفى و منها فحوى ما دلّ على وجوب اسكانها و اخدامها و لو بشراء خادم لأنّ الحاجه الى الكسوه اشد و اعظم من الحاجه الى الامرين المذكورين و منها ان دفع الكسوه اليها لو لم يكن واجبا لاشتهر بل و تواتر لتوفر الدواعى عليه و

### ينبغى التنبيه على امور

الاول صرح فى المهذب و يع و عد و شاد و اللمعه و التنقيح و لك و ضه و الكفايه و الكشف بأنه يرجع فى جنس الملبوس الى العاده

و هو جيّد لظهور الاتّفاق عليه و لأنّه مقتضى القاعده من ان ما لا تحديد له شرعا ترجع فيه الى العاده و لأنّه المتبادر من اطلاق الامر بدفع الكسوه و فسرت العاده بعاده امثالها في يع و شاد و عد و اللّمعه و التّقيح و لكّ و ضه و الكفايه و هو جيّد و زاد في يع و لكّ و الكفايه فقيدها باهل البلد و فسرها في الكفايه و ضه و لكّ ببلد السكّنى و هو جيّد فلا ينظر الى عاده الزّوجه كما صرّح به في لكّ قائلا بعد الاشاره الى ما ذكر و لا ينظر الى عاده الزّوجه لدلاله المعاشره بالمعروف عليه و صرّح في الكشف بأنّه ان كان امثالها يعتاد القطن و الكتان و جب و كذا يجب ما اعتيد لأمثالها من غليظ او رقيق و ما ذكره جيّد و نبه عليه في ضه قائلا و يرجع في جنسه من حرير او كتان او قطن و في جنس الفرو من غنم و سنجاب و غيرهما الى عاده امثالها في البلد و يعتبر في مراتب الجنس المعتاد ما له في يساره و غيره و قيل لا- يجب الزّيادة على القطن لأنّ غيره رعونه و هو ضعيف لاقتضاء المعاشره بالمعروف ذلك و نبه على ما ذكره في الوسيله و الجامع و كذا نبه عليه في لكّ

### الثانى عدوا من الكسوه الواجب على الزّوج دفعها الى زوجته امور

احدها القميص و قد صرّح بخصوص هذا في المهذب و شاد و عد و التّقيح و الكشف و هو جيّد و لهم اولا ظهور الاتّفاق عليه و ثانيا ظهوره من اطلاق الامر بدفع الكسوه اليها في النّص و هو الكتاب و الفتاوى و ثالثا ظهوره من خبر شهاب بن عبد ربّه و رابعا انّ ذلك ممّا يقضى به سيره المسلمين و هى تستحقّ ذلك شتاء و صيفا كما نبه عليه في التّقيح و يستفاد من اطلاق ما عداه من سائر الكتب المتقدّمه و ثانيها المقنعه و قد صرّح بخصوص هذا في الكتب المذكوره أيضا و لا اشكال فيه و ثالثها السّراويل و قد صرّح بخصوص هذا في الكتب المذكوره أيضا و هو حسن بالنّسبه الى من جرت عاده امثالها بلبسها كما في نساء العجم و ذلك لأنّ قميصهنّ لا يستر تمام بدنهنّ بل لا يستر عورتهنّ و امّا نساء العرب فقميصهنّ يبلغ الى الكعبين بل و يزيد فلا حاجه لهنّ الى السّراويل لأجل ستر العوره فوجوبها لهنّ مشكل الا اذا كان من شأنهنّ ذلك بحيث يتضرّرن بفقدتها كما يتفق بالنّسبه الى بعضهنّ عاده فيجب ح و رابعها النعل و قد صرّح بخصوص هذا في التّقيح و صرّح في المهذب بأنّه يجب نعل او غيره و فى عد و الكشف بأنّه يجب نعل او شمشك و لم يصرّح بوجوب شىء من ذلك فظاهره عدم الوجوب و هو حسن بالنّسبه الى كثير من نساء العرب لتعودهنّ المشى حافيات و امّا نساء العجم فعادتتهنّ الشىء مع الخف فلاحوط مراعات عادتتهنّ و ان كان فى تعيينه نظر للأصل و عدم صدق الكسوه على ذلك او عدم تبادره

ص: ٥٧٠

منها و خلو النصوص عن الاشاره الى وجوبه بالخصوص و امّا ما نبه عليه فى الكشف بقوله و يجب لها الخف لاحتياجها الى الدخول و الخروج فى حوائج الزّوج فضعيف جدا و خامسها الجبهه ليقظه و اللّحاف للنوم و قد صرّح بوجوبهما بالخصوص فى الارشاد و التّقيح و صرّحا باختصاصه بالشتاء قائلين و يزيد فى الشتاء الجبهه ليقظه و اللّحاف للنوم و ربما يستفاد ما ذكره من قول اللّمعه و ضه و يزيد فى الشتاء المحشوه بالقطن و اللّحاف للنوم و زاد فى الاخير قائلا ان اعتيد ذلك فى البلد و صرّح فى المهذب بأنّه يزيد فى الشّتاء جبهه محشوه بقطن و فى عد بأنّه يزيد فى الشّتاء الجبهه و لم يصرّح بوجوب اللّحاف فيه و صرح فى لكّ بزياده المحشوه فى الشّتاء و نبه على ما يجب فى الصّيف قائلا لما كان المرجع فى الكسوه الى المتعارف و ما يليق بحالها اختلف ذلك باختلاف البلاد فى الحر و البرد باختلاف الفصول فيعتبر فى الشّتاء زياده المحشوه و الفرو ان اعتيد لمثلها و نحو

ذلك و كذا يجب للصيف الثياب اللأئقه بحالها من الكتان و الحرير و نحوهما ممّا يعتاد و سادسها الفرو فى بلاد يعتاد فيها للنساء و جب على الزوج بذله و كذا لو احتيج الى تعدد و زاد فى الثانى قائلا لاختلاف الفصول فيه لكن هنا لا يجب ابقاء المستغنى عنه فى الوقت الاخر عندها بل ظاهر خير شهاب المتقدم يدفعه و لكنّ الظاهر اتّفاقهم على أنّ المعتبر فى الكسوه من حيث الجنس و من حيث العدد و من حيث كسوه كلّ عضو و بالجمله من جميع الحيثيات هو عاده امثال الزوجه و يدلّ عليه مضافا الى ظهور الاتّفاق الاصل المقرر عند محقّقى الاصوليين من انصراف الاطلاقات الى المتعارف و ان ما لا تعيين فيه شرعا يرجع فيه الى العاده و مع ذلك فسيره المستمره بين المسلمين من زمن النّبى ص و الائمة عليهم السلام الى يومنا هذا جاريه على ذلك و ما ذكره من التعيينات مبنى على بيان العاده لا- على أنّها واجبه بالخصوص تعبدا شرعيا و لعله لما ذكر اعرض فى الكفايه عن الاشاره الى التعيينات الّتى تقدّمت اليها الاشاره قائلا الواجب من الملبوس يختلف بحسب البلدان و الفصول فيجب اعتبار ذلك و قد صرّح فى الكشف بأنّ التعيينات على وجه التمثيل قائلا و اما تعديد أشياء بخصوصها كما فى كتب العامه فهو من التمثيل و قول الصّادق ع فى خبر شهاب و يكسوها فى كلّ سنه اربعة اثواب ثوبين للشّتاء و ثوبين للصّيف محمول على العاده او خروج المقنعه عن الثوب كالعمامه و امّا نحو التعلّ فخروجه ظاهر و من الظاهر ان العاده تختلف باعتبار الاشخاص فيلزم دفع الحرير او الكتان او الاعلى منهما او الادون منهما بحسب اختلاف الاشخاص و يختلف أيضا باعتبار الفصول و الازمان فان تعينت العاده و ان اشتبهت و لم يمكن دفع الاشتباه برافع شرعى فمراعه الاحتياط اولى و لكن المتّبع هو اصاله البراءه و تثبت العاده بالعلم بها بائى سبب حصل و بائى سبب كان و بشهادات العدلين دون الواحد و دون شهاده النساء و الخناثى و هل تثبت بمطلق الظن او لا الاقرب الثانى

و

**ينبغى التنبيه على امرين**

**الاول تزداد الزوجه اذا كانت من اهل التّجمل زياده على ثياب البدله**

و هى على ما صرّح به فى لك الّتى تلبس فى اكثر الاوقات ما تتجمل به امثالها فى البلد من ثياب التّجمل و قد صرّح بلزوم هذه الزيادة فى يع و عد و شاد و اللّمعه و التّنقيح و ضه و لك و الكفايه و الكشف بل الظاهر أنّه ممّا لا خلاف فيه

**الثانى صرّح فى لك بأنّه لو لم تستغن بالثياب فى البلاد الباردة عن الوقود**

و جب من الحطب و الفحم بقدر الحاجه و ما ذكره احوط بل فى غايه القوه لأنّه من المعاشره بالمعروف و لنحو الوجه السادس و السابع و الثامن من الوجوه الّتى دلّت على وجوب الكسوه

**منهل يجب على الزوج ان يدفع الى الزوجه مضافا الى الكسوه الفراش**

**اشاره**

كما صرّح به في المبسوط و المهذب و الارشاد و عد و التنقيح و ضه و لك و الكفايه و الكشف و ض بل الظاهر أنّه ممّا لا خلاف فيه و يدلّ عليه مضافا الى ما ذكر نحو الوجه السادس و السابع و الثامن المتقدم اليها الاشاره و يؤيد ما ذكره في الكشف قائلا- يجب الفراش و هو يدخل في عموم الانفاق و المعاشره بالمعروف و يدخل بعضه في الكسوه و عدّ من الفراش الواجب دفعه اليها امور منها الملحفه و قد صرح بخصوص هذا في شاد و عد و لك و الكشف و لك و منها اللحاف و قد صرح بخصوص هذا في المهذب و عد و لك و الكفايه و الكشف و حكاه فيه عن المبسوط و حكاه فيه عن قوم و منها المخده و قد صرح بخصوص هذا في شاد و عد و لك و الكفايه و منها الحصير و قد صرح بخصوص هذا في شاد و لك و صرّح في عد و الكشف بأنّه يجب لها حصير في الصّيف و الشّتاء فان كانت متجمّله فالزّليه و البساط و بأنّه يجب ذلك ليلا و نهارا و صرّح في التنقيح بأنّه يجب الفراش أيضا بحسب الوقتين من باريه و حصير للصّيف او زليه للشّتاء و صرّح في لك و الكفايه بأنّه يجب مراعاة ما تفرش على الارض من الحصير و البساط و حكي عن المبسوط أنّه قال فأمّا الفراش و الوساده و ما تنام فيه قال قوم يجعل لها فراش و وساده من خليط البصرى و لحاف منه و قال قوم الفراش الّذى يجلس عليه نهارا هو الّذى ينام عليه ليلا مثل لبد او زليه فأمّا مضربه محشوه فلا لأنّ العرف هذا و الأوّل اقوى لأنّه العرف و العاده هذا في امرءه الموسر و اما امرءه المعسر فدون هذا و يعطها كساء تتغطى به و صرّح في المهذب بأنّ عليه أيضا لها الفراش و الوساده و اللحاف و ما تنام بحسب العرف و العاده فيه و منها القטיפه و قد صرّح بخصوصها في ط على ما حكي و منها النطع و اللبد و قد صرّح بخصوص هذين في لك و منها المضربه و قد صرّح بخصوص هذا في عد و

### ينبغي التنبيه على امور

### الأول و صرّح في المعتمد فيما ذكره ما يليق بها عاده

قائلا و تجب أيضا مراعاة الفرش على الارض من الحصير و البساط و الملحفه و النطع و اللبد و المخده و اللحاف ممّا يليق بحالها عاده بحسب الفصول

### الثاني الظاهر ان ما ذكره من الامور التي اشرنا اليها مبني على بيان العاده لا أنّها واجبه تعبدا شرعا

و يؤيد ما ذكرناه اولا اختلافهم في ذكرها زياده و نقيصه و ثانيا قول لك و قد عدّ الفقهاء في هذا الباب اشياء كثيره بحسب ما اتفق اعتياده عندهم و لما كان المعتمد عندهم المعتاد لأمثالها في كلّ وقت يعتبر فيه استغنى عن تعداد افراد ما يجب لدخوله فيما ذكر من الصّابط و ثالثا قول الكفايه يجب مراعاة ما يفرش على الارض من الحصر و البسط و المخده و اللحاف و غير ذلك و رابعا عدم تعرضهم لبيان وجه التعبد فالمعتمد ما يليق بحالها و ما هو عاده امثالها من اهل البلد كما نبه عليه في لك و الظاهر أنّه ممّا لا خلاف فيه بينهم و من المعلوم ان ذلك يختلف بحسب الاشخاص و الاوقات و الامكنه و الاحوال فانّ المعتاد عند العرب مثلا غير المعتاد عند العجم و اهل الهند و المعتاد



عند اهل المدر غير المعتاد عند اهل الوبر و المعتاد في الحضر غير المعتاد في السفر و المعتاد عند اهل الغناء و الثروه و التجمل و الاكابر غير المعتاد عند اهل الفقر و المسكنه و المعتاد في الليل غير المعتاد في النهار و المعتاد في حال النوم غير المعتاد عند اليقظه فيتجه في الجملة ما ذكره من وجوب دفع الحصير و الباريه و نحوهما و الزليه و البساط و اللحف و هو على ما في الكشف كل ثوب يغطي و المخده و المضربه و هي على ما في الكشف البساط المخيط و الملحفه و هي على ما في الكشف الملاء و الربطه ذات لفقين و النطع و اللبد

### الثالث حكى عن المبسوط أنه صرح بان خادم الزوج له وساده و كساءه

يتغطى به دون الفراش و يعطى لخادم امرأه المعسر عباة او كساءه غليظه تنام فيه او فروه

### منهل هل استحقاق الزوجه للكسوه على وجه التملك

#### اشاره

فيجب على الزوج ان يملكها اياها كالتفقه او على محض الامتاع دون التملك اختلفوا فيه على قولين الاول انه على وجه الامتاع دون التملك و هو للإرشاد و التنقيح و ضه و الكفايه و الكشف و ض و ظاهر لك الثاني انه على وجه التملك دون الامتاع و هو للقواعد و المحكى في لك و الكشف عن المبسوط و زاد في الاول فحكاه عن المحقق أيضا و كذا عن العلامة في غير التحرير و شاد و يظهر من الايضاح كما عن التحرير التوقف للأولين وجوه منها ما ذكره في الايضاح و التنقيح و لك و الكشف و ض من اصاله براءه الذمه من وجوب التملك و قد يعارض بان الاصل براءه الذمه أيضا من وجوب الامتاع و البقاء على قصده لظهور ان هذين اما بمسلمين عند الجميع حتى يكون وجوب التملك تكليفا زائدا فيدفع بالاصل بل التحقيق ان التكليف هنا ثابت و اما الاشتباه في المكلف به أ هو التملك او الامتاع دائما فيمكن دفع وجوب خصوصيته كل منهما بالاصل فاللازم ح بمقتضى القاعده العمل بالاحتياط و لكن لا يبعد حصوله بالتملك لظهور الاتفاق على اجزائه فت و منها ان التملك لو كان واجبا لترتب الضرر العظيم على الزوج فيما اذا ملكها ثم بفاصله جزئيه طلقها او حصل لها النشوز المسقط للإنفاق او الموت و التالي بط لعموم نفي الضرر فالمقدم مثله لا يقال يسترد ما ملكها ح دفعا للضرر لأننا نقول هذا بط اذ قد لا يتمكن من الاسترداد بعد التملك سلمنا و لكنّه خلاف الاصل كما لا يخفى فيكون التملك مدفوعا بالاصل لمخالفته له بهذا الاعتبار و منها ما ذكره في الايضاح و التنقيح و المسالك من ان الغايه و هي الستر تحصل بالامتاع كالتسكنى فلا حاجه الى التملك و منها ما ذكره في الايضاح قائلا و لقوله تعالى وَ كَسَوْتُهُنَّ وَ هي للحاله و تتم بالامتاع و ايجاب التملك يستلزم زياده اضمار من غير ضروره و منها اطلاق قوله تعالى وَ عَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنَّ الْاِمْتَاعَ مِمَّا يَتَحَقَّقُ بِهِ الْمَعَاشِرَةُ بِالْمَعْرُوفِ فيجزى لأن الامر بالمأهيه الكليه يكفي في امثاله الاتيان بجزئي من جزئياتها و منها اطلاق الامر بستر عورتها و باكسائها في خبر شهاب بن عبد ربّه لصدقه بالامتاع فالاصل عدم التقييد بالتملك و منها انه لو وجب التملك في الكسوه للزم سقوط جوب الكسوه حيث يكون غير قابله لقبول التملك كما اذا كانت مجنونه او ممن اغمى عليها و التالي بط فالمقدم مثله اما الملازمه فظاهره و اما بطلان التالي فلعموم ما دل على وجوب الكسوه لا- يقال لا يتوقف التملك هنا على قبول فينتقل الكسوه الى الزوجه بايجاب للزوج مط و لو لم تقبل الزوجه لأننا نقول هذا مع كونه بعيدا في الغايه و مفقود النظير غالبا مخالفا للأصل و القاعده و لا يقال يقبل الولي ح لأننا نقول قد لا

يتمكن من الوليِّ سلّمنا و لكن اجزاء قبوله هنا يحتاج الى دليل و الاصل عدمه فت و للاّخرين وجوه أيضا منها ما ذكره في الايضاح قائلا و اختار والدي المص التمليك لقوله تعالى وَ عَلَي الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَ كِسْوَتُهُنَّ عَظْفًا عَلَى الرَّزْقِ فَيَكُونُ الْوَاجِبُ فِيهَا وَاحِدًا لِأَنَّ قَضِيَةَ الْعَظْفِ التَّسْوِيَةَ فِي الْحُكْمِ الْمَتَقَدِّمِ وَ هُوَ فِي الرَّزْقِ التَّمْلِيكِ فَكَذَا فِي الْكِسْوَةِ وَ مَا ذَكَرَهُ حَسَنٌ إِنْ كَانَ قَوْلُهُ تَعَالَى وَ عَلَي الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ يَفِيدُ لَغَةً تَمْلِيكِ الرَّزْقِ لِأَنَّ الْعَظْفَ يَقْتَضِي هَذَا الْإِشْتِرَاكَ قِطْعًا وَ إِلَى هَذَا إِشَارَةٌ فِي الْكَشْفِ قَائِلًا لِأَنَّهُ الْمَتَبَادِرُ مِنْ كَوْنِ الْكِسْوَةِ عَلَيْهِ خُصُوصًا وَ قَدْ عَظْفَ عَلَى الرَّزْقِ الَّذِي يَجِبُ فِيهِ التَّمْلِيكِ وَ هُوَ مَمْنُوعٌ إِذَا اللَّفْظُ لَا يَدُلُّ عَلَى التَّمْلِيكِ بِشَيْءٍ مِنَ الدَّلَالَاتِ بَلْ غَايَهُ مَا يَسْتَفَادُ وَجُوبَ دَفْعِ النَّفَقَةِ وَ الْكِسْوَةِ وَ هُوَ كَمَا يَتَحَقَّقُ بِالتَّمْلِيكِ يَتَحَقَّقُ بِالْإِمْتِنَاعِ أَيْضًا فَإِذَا كَانَ إِطْلَاقُ الْآيَةِ الشَّرِيفَةِ دَلِيلًا الْقَوْلُ بِالْإِمْتِنَاعِ وَ أَمَّا دَعْوَى إِنْ الْعَظْفَ يَقْتَضِي إِشْتِرَاكَ الْمَعْطُوفِ مَعَ الْمَعْطُوفِ عَلَيْهِ فِي جَمِيعِ مَا يَثْبُتُ لَهُ مِنَ الْإِحْكَامِ وَ إِنْ لَمْ يَدُلَّ عَلَيْهَا اللَّفْظُ فَلَا شَاهِدَ لَهُ لِأَنَّ مِنْ عَقْلِ قِطْعِيٍّ وَ لَا ظَنِّيٍّ وَ لَا مِنْ شَرْعِ قِطْعِيٍّ وَ لَا ظَنِّيٍّ وَ لَا مِنْ لَغَةِ قِطْعِيَّةٍ وَ لَا ظَنِّيَّةٍ بَلِ الْقَدْرُ الْمُتَيَقِّنُ الْمَتَبَادِرُ مِنْ قَوْلِهِ أَكْرَمُ زَيْدًا وَ عَمْرًا وَ الْإِشْتِرَاكَ فِي وَجُوبِ الْإِكْرَامِ لَا التَّسْوِيَةَ مِنْ كُلِّ وَجْهِ وَ فِي جَمِيعِ الْإِحْكَامِ كَمَا إِشَارَ إِلَيْهِ فِي لِكِّ قَائِلًا بَعْدَ الْإِشَارَةِ إِلَى الْوَجْهِ الْمَذْكُورِ وَ فِيهِ نَظَرٌ لِمَنْعِ اقْتِضَاءِ الْعَظْفِ الْإِشْتِرَاكَ فِي جَمِيعِ الْإِحْكَامِ وَ جَمِيعِ الْوُجُوهِ سَلَّمْنَا لَكِنِ الْمَعْتَبَرُ الْإِشْتِرَاكَ فِي الْحُكْمِ الْمَذْكُورِ دُونَ صِفَتِهِ وَ كَيْفِيَّتِهِ فَإِنْ قَوْلُنَا أَكْرَمُ زَيْدًا وَ عَمْرًا يَقْتَضِي إِشْتِرَاكَهُمَا فِي أَصْلِ الْإِكْرَامِ

لَا التَّسْوِيَةَ مِنْ كُلِّ وَجْهِ وَ الظَّاهِرُ هُنَا كَوْنُ الرَّزْقِ مُسْتَحَقًّا عَلَيْهِ فَيَكُونُ الْكِسْوَةُ كَكِّ وَ مَا كَيْفِيَّتُهُ الْإِسْتِحْقَاقُ فَامْرُؤٌ خَارِجٌ عَنِ أَصْلِ الْحُكْمِ وَ مِنَ الْجَائِزِ إِنْ يَرِيدُ بِقَوْلِهِ وَ كِسْوَتُهُنَّ جَعَلَهُنَّ مَكْتَسِبِينَ وَ هُوَ يَتِمُّ بِالْإِمْتِنَاعِ وَ يَعْضُدُ مَا ذَكَرَهُ قَوْلُ ضٍ بَعْدَ ذَلِكَ أَيْضًا وَ وَجْهُ الضَّعْفِ اقْتِضَاءُ الْعَظْفِ الْمَشَارَكَةِ فِي الْحُكْمِ الْمَثْبُتِ لِلْمَعْطُوفِ عَلَيْهِ فِي الْعِبَارَةِ لَا لِأَحْكَامِ الْخَارِجَةِ عَنْهَا الثَّابِتَةَ لَهُ بِغَيْرِهَا مِنَ الْإِدْلَةِ وَ غَايَهُ مَا يَسْتَفَادُ مِنَ الْآيَةِ لِلْمَعْطُوفِ عَلَيْهِ الْوَجُوبَ وَ هُوَ الْإِعْمَ مِنَ التَّمْلِيكِ وَ الْإِمْتِنَاعِ وَ تَعْيِينَ الْأَوَّلِ فِيهِ مِنَ الْخَارِجِ غَيْرِ مَلْأَزِمٍ لَتَعْيِينِهِ فِي الْمَعْطُوفِ بِالْبَدِيدِهِ وَ لَا دَلِيلٌ عَلَى كَوْنِ التَّعْيِينِ مُرَادًا مِنْ لَفْظِ الْآيَةِ وَ أَمَّا غَايَتُهُ الْقِيَامُ بِإِثْبَاتِهِ فِي الْجُمْلَةِ لَا إِثْبَاتِ إِرَادَتِهِ مِنْ نَفْسِ الْعِبَادَةِ وَ مِنْهَا النَّبِيُّ الْمُرْسَلُ وَ لَهُنَّ عَلَيْكُمْ رِزْقُهُنَّ وَ كِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنَّ الْأَصْلَ فِي اللَّامِ التَّمْلِيكِ وَ فِيهِ نَظَرٌ أَمَّا أَوَّلًا فَلِأَنَّ الرُّوَايَةَ ضَعِيفَةَ السِّنْدِ فَلَا تَنْهَضُ لِلْحُجَّتِهِ وَ أَمَّا ثَانِيًا فَلِلْمَنْعِ مِنَ الدَّلَالَةِ لِعَدَمِ الدَّلِيلِ عَلَى أَنَّ الْأَصْلَ فِي اللَّامِ الْمَلِكِ بَلْ هِيَ تَاتِي لَهُ وَ لَغَيْرِهِ مِنْ غَيْرِ تَفَاوُتِ بَلْ حَكِيٍّ عَنِ جَمَاعِهِ أَنَّ الْأَصْلَ فِيهَا الْإِخْتِصَاصُ الْمَتَحَقِّقُ بِالْإِمْتِنَاعِ أَيْضًا وَ قَدْ إِشَارَ إِلَى هَذَا فِي لِكِّ قَائِلًا وَ أَمَّا الْخَبْرُ فَمَعَ قِطْعِ النَّظَرِ عَنِ اسْتِنَادِهِ يَجُوزُ كَوْنُ اللَّامِ لِلْإِسْتِحْقَاقِ لِأَنَّ الْمَلِكِ أَوْ الْإِخْتِصَاصُ بَلْ هُوَ الْأَصْلُ فِيهَا كَمَا حَقَّقَهُ جَمَاعُهُ وَ هُمَا يَتَحَقَّقَانِ بِالْإِمْتِنَاعِ وَ يَعْضُدُ مَا ذَكَرَهُ قَوْلُ ضٍ وَ أَمَّا الْإِسْتِدْلَالُ بِالنَّبَوِيِّ فَيَجَابُ بِضَعْفِ السِّنْدِ وَ إِنْ جَعَلَ الْعَظْفَ فِيهِ مُسْتَدًّا أَوْ بَعْدَهُ كَوْنُ اللَّامِ حَقِيقَةً فِي الْمَلِكِيَّةِ خَاصَّةً إِنْ جَعَلَ مُسْتَدًّا إِفَادَتَهَا الْمَلِكِيَّةِ نَقُولُ بَلْ لَهَا مَعَانٍ أُخْرَى كَثِيرَةٌ تَلْأَزِمُ الْمَلِكِيَّةَ يَتَوَقَّفُ إِرَادَةُ كُلِّ مِنْهَا عَلَى قَرِينِهِ هِيَ فِي الْمَقَامِ مَفْقُودَةٌ وَ

ص: ٥٧٢

ثُبُوتِ الْمَلِكِيَّةِ فِي الرَّزْقِ غَيْرِ مَلْأَزِمٍ لِثُبُوتِهَا فِي الْكِسْوَةِ أَلَّا عَلَى تَقْدِيرِ قِيَامِ الدَّلَالَةِ عَلَى إِرَادَتِهَا بِالنَّسْبَةِ إِلَيْهِ مِنَ اللَّامِ الْمَذْكُورَةِ فِي الرُّوَايَةِ وَ هُوَ مَحَلٌّ مَنَاقِشَةٍ كَيْفٍ لَا وَ لَيْسَتْ أَلَّا الْإِجْمَاعُ الَّذِي حَكَاهُ جَمَاعُهُ وَ لَا يَسْتَفَادُ مِنْهَا سِوَى ثُبُوتِ الْمَلِكِيَّةِ لَهُ فِي الْجُمْلَةِ الْمَجْمَاعِ لِثُبُوتِهَا مِنْ غَيْرِ الرُّوَايَةِ وَ مِنْهَا قَاعِدَةُ الْإِحْتِيَاظِ وَ فِيهَا نَظَرٌ وَاضِحٌ وَ مِنْهَا مَا ذَكَرَهُ فِي الْكَشْفِ قَائِلًا فِي مَقَامِ الْإِحْتِيَاجِ عَلَى الْقَوْلِ بِالتَّمْلِيكِ وَ لِقَضَاءِ الْعَرَفِ بِهِ وَ لِأَنَّهُ الْمَعْرُوفُ فِي الْكِفَّارَةِ مَعَ تَشَابُهِ اللَّفْظِ فِي الْآيَتَيْنِ وَ فِيهِمَا نَظَرٌ وَاضِحٌ كَمَا اعْتَرَفَ بِهِ وَ نَبَهُ عَلَيْهِ بِقَوْلِهِ وَ الْفَرْقُ بَيْنَهُمَا وَ بَيْنَ الْمَسْكَنِ الظَّاهِرِ فَإِنَّهُ أَوْجِبُ فِيهِ الْإِسْكَانَ وَ قَضَاءَ الْعَرَفِ بِالْخِلَافِ وَ مِنْهَا أَنَّهُ لَوْ لَمْ يَجِبِ التَّمْلِيكِ

لكانت الكسوه امانه عند الزوجه فيجب عليها حفظها و محارستها و ان جاز لها لبسها و فى ذلك حرج عظيم فيكون منفيًا و فيه نظر و منها أنه على القول بالامتناع يلزم عدم جواز تصرف الزوجه فيها حيث يصير الزوج مجنونًا او مغمى عليه لأن التصرف فى ملك الغير يتوقف على اذنه و لا اذن فى هاتين الحالتين فيلزم عدم جواز التصرف ح فيلزم سقوط كسوتها ح و هو بط لعموم ما دلّ على استحقاتها للكسوه مط و فيه نظر أيضا و المسأله لا تخلو عن اشكال فلا ينبغى ترك الاحتياط فيها و لكن القول الاول هو الاقرب و

## ينبغى التنبيه لأمر

### الاول لو دفع اليها كسوه لمدّه جرت العاده ببقائها فى تلك المدّه

كسونه ثم خلقت و بليت و تلفت قبل تلك المدّه من غير تقصير منها فهل يجب على الزوج ح ان يدفع اليها بدلها او لا صرح بالتانى فى المذهب و يع و د و فرع فى لك هذه المسأله على النزاع السابق من ان دفع الكسوه هل هو امتناع او تملك قائلا و من فوائد الخلاف فى أنّ الكسوه امتناع او تملك لو دفع اليها كسوه مدّه جرت العاده ببقائها اليها فتلفت فى يدها قبل مضى المدّه من غير تقصير فعلى الاول لا يجب ابدالها و هو الذى قطع به المص لأنه قد و فى ما عليه فاشبه ما اذا ملكها التفقه فتلفت فى يدها و على الثانى عليه و يعضد ما ذكره من التفرغ اولا- قول الكشاف فلو سلم اليها كسوه لمدّه جرت العاده ببقائها اليها فتلفت فى الأثناء لم يجب البذل كما لو اسلفها نفقه شهر فتلفت قبل تمامه لبراه ذمته بالتملك و الاقباض و ان قلنا أنه امتناع و جب البذل لتجدده كلّ حين فلا يبرأ الذمه بالتسليم و ثانيا تنبيه القواعد على التفرغ المذكور و فيه نظر اذ لا ملازمه بين عدم وجوب البذل و القول بالتملك و لا بين وجوب البذل و القول بالامتناع لا عقلا و لا شرعا الا ان كلّ من قال بالتملك قال بعدم وجوب البذل و كلّ من قال بالامتناع قال بوجوبه فتثبت بالإجماع المركب و عدم القائل بالفصل و لكن هذه الدعوى غير ثابتة فيجوز ان يقال بعدم وجوب البذل على المختار من القول بالامتناع لأصالة براه الذمه و لزوم الضرر و الحرج العظيمين بوجوب البذل فى بعض الصور مع ظهور عدم القائل بالفصل بين الصّور و لكن قد يدعى ظهور وجوب ذلك من قوله تعالى و عليه كسوتهنّ و عاشر وهنّ بالمعروف و ان كان الامر لا يفيد التكرار و فيه نظر فان دليل نفى الضرر و نفى الحرج اقوى من وجوه شتى مع امكان المناقشه فى اصل الظهور أيضا و كيف كان فلا ينبغى ترك الاحتياط و ان كان احتمال عدم الوجوب فى غايه القوه و لو اتلفتها بنفسها بتعد او تفريط فى الحفظ فصّح فى عد و ضه و الكشف و ض بأنه لا يجب عليه البذل ح و صرح به فى لك أيضا و ادعى فيه أنه يتمشى على القولين قائلا لو اتلفتها بنفسها فلا ابدال على القولين لأنه على الامتناع يلزمه ضمانها فكأنها لم يتلف مع احتمالها لأنّ الواجب عليها قيمه و عليه المثل و هل يضمن الزوجه بذلك قيمه او لا المعتمد هو الاول على المختار و اما على القول بالتملك فالمعتمد هو الثانى كما نبه عليه فى الكشف بقوله يجب عليها ان قلنا أنه امتناع لأنه اتلاف مال الغير و اما على التملك فلا- قيمه عليها و لا بدل لها فهذه ثمره من ثمرات الخلاف و اذا اخذ القيمه منها فهل يجب عليه ان يشتري بها كسوه اخرى او يردها اليها لتشتري كسوه اخرى لنفسها او لا يجب عليه شىء من ذلك الاقرب الاخير للأصل السليم عن المعارض بل احتمال عدم استحقاتها للكسوه ح قطعاً فى غايه القوه للأصل و عدم دليل على وجوب التكرار مط بحيث يشمل محلّ البحث فما ذكره فى القواعد من أنه لا يجب عليه البذل ح فى غايه القوه و لكن لا ينبغى ترك الاحتياط

فهل عليه كسوه اخرى غير تلك الكسوه او لا- صرّح في لك بان هذه المسأله تتفرع على النزاع السابق أيضا قائلا تظهر فائده الخلاف في مسائل منها لو انقضت المدّه و الكسوه باقيه فعليه كسوه اخرى على الأوّل و هو الّذى حكم من المص لأنّ ملكها يترتب على المدّه المعتاده لها كما لو استفضلت من طعام يومها و على الثّانى لا يلزمه حتّى تبلى ما عندها لكن لو كانت الأوّلى كسوه الصّيف مثلا و لا يصلح للشّاء فعليه ان يعطيها ما يقصد للشّاء او يزيد عليها ان كانت تصلح له مع غيرها و فى د مع حكمه بأنّها امتاع جوز لها المطالبه باخرى بعد المدّه و ان كانت باقيه و عليه يمكن بناء حكم المص على ذلك فلا يعلم من الحكم بان مذهبه التّمليك انتهى و قد صرّح بجواز المطالبه ح فى عد و الكشف متّبين على ما ذكره فى لك من التّفريع و عندى فيما ذكره من التّفريع نظر بل احتمال عدم وجوب كسوه اخرى على القول بالتّمليك فى غايه القوّه للأصل و حصول الامتثال بدفع الكسوه الاوّلى و القدر المتيقن من دليل وجوب التّجديد و هو صورته تلفها و الحاجه الى غيرها فت و كيف كان فلا- يجب التّجديد عندى

### الثالث قال فى لك من فائده الخلاف اذا لم يكسوها مدّه صارت الكسوه دينا عليه

على الأوّل كالتّفقه و على الامتاع لا تصير دينا مع احتمالها كما لو سكنت منزلها و لم تطالب بالمسكن و قد اشار الى ما ذكره فى عد و الكشف و ما ذكره جيّد

### الرابع قال فى لك أيضا و من فائده الخلاف أنّ له ان يأخذ المدفوع اليها

او يعطيها غيره على وجه الامتاع و لا يجوز ذلك على وجه التّمليك الّا برضاها و ما ذكره جيّد و قد اشار اليه أيضا فى ضه و ض قائلين على المختار له ابدالها بغيرها مط و تحصيلها بالاعاره و الاستيجار و غيرهما

### الخامس قال فى لك أيضا و من فائده الخلاف أنّه لا يصحّ لها بيع الماخوذ

و لا التصرّف فيه بغير اللّبس على وجه الامتاع و يصحّ على وجه التّمليك ما لم يناف غرض الزّوج من التّزيّن و التّجمل و غيرهما و مثله التّفقه لو ادى تصرفها فيها بغير الاكل الى الضّعف و ما لا يلىق بالزّوج من الاحوال و يعضد ما ذكره اولا قول القواعد و الكشف و لها بيع ما يدفعه من الكسوه فان قلنا بالتّمليك فكك و الّا فلا و زاد فى الثّانى قائلا فهو أيضا من ثمرات الخلاف

ص: ٥٧٣

و ثانيا قول الرّوضه و الرّياض و على المختار ليس لها بيعها و لا التصرّف فيها بغير اللّبس من انواع التصرّفات الخارجه عن العاده و لا لبسها زياده على المعتاد كيفيّة و كميه و ما ذكره جيّد

## السادس قال في لك أيضا و من فائده الخلاف جواز اعطائها الكسوه بالاغاره و الاجاره

على الامتاع دون التملك و قد اشار الى ما ذكره في عد و ضه و الكشف و ض قائلين لو استاجر او استعار لها ثيابا ليلبسها فان اوجبت التملك فيها كان لها الامتاع و الا فلا و ما ذكره جريد و قال في لك لو تلف المستعار و حكم بضمانه فالضمان على الزوج و فيما ذكره نظر بل احتمال كون الضمان على الزوجه المتلفه اذا علم المعير بحقيقه الحال في غايه القوه

## السابع لو دفع اليها كسوه لمدته ثم طلقها قبل انقضاء المده

فصرح في يع و د و عد و ضه بان له استعارتها و صرح في لك بانّه متفرع على القول بالامتاع قائلا و من فوائد الخلاف في ان الكسوه امتاع او تملك لو ماتت في اثناء المده التي يصلح لها الكسوه او مات الزوج او طلقها فعلى القول بالامتاع يسترد مط و على القول بالتملك يحتمل قويا ذلك لانه اعطاها للمدّه المستقبلة و هي غير واجبه عليه كما لو اعطاها نفقه ايام و هو الذي جزم به المص فيما يأتي و عدمه لأن تلك المده بالنسبه الى الكسوه كاليوم بالنسبه الى النفقه و سيأتي ان النفقه لا تسترد لو دفع ذلك في اثناء النهار نعم لو لم يلبسها اصلا او لبستها دون المعتاد في ذلك البعض من المده اتجه على التملك ان يملك منها ثم قال في جمله كلام له اما الكسوه فحكم باستردادها ما لم ينقص المده المضروبه لها عاده و بنائه على القول بالامتاع واضح و امّا على ما يظهر منه من كونه تملك فوجهه ان اعطائها للمدّه المستقبلة وقعت شرعا كالنفقه غايه ما في الباب ان النفقه يتصور فصلها و تفريقها على الايام فجمعها بمجرد الاختيار و الكسوه لا تقبل الانفصال لكل يوم فدفعها اليها يكون على وجه الاضطرار لا على وجه الاستحقاق فاذا زال الاستحقاق استرجعت من حينه و لا يستثنى منه اليوم كالنفقه و يحتمل على القول بالتملك عدم استردادها لأن كسوه الصّيف بالنسبه اليه كاليوم بالنسبه الى نفقته و هو اظهر وجهى الشافعيه و يعضد ما ذكره أولا قول التنقيح و تظهر فائده الخلاف انه لو طلقها اخر المده المضروبه و الكسوه باقيه فهي لها على الاول و له على الثاني و كذا لو مات و ثانيا قول الزياض لو طلقها او مات او مات احد الزوجين او نشزت استحق ما يجد منها على المختار و فيما ذكره اشكال و التحقيق ان الاسترداد بالطلاق و موت احد الزوجين و نشوز الزوجه في اثناء المده ممّا لا اشكال فيه على القول بالامتاع الذي هو المختار لظهور اتفاق القائلين به على ذلك و لعموم قوله ص التّاس مسلطون على اموالهم و قوله ص لا ضرر و لا ضرار و اصله بقاء جواز التصرف و اما على القول بالتملك ففي جواز الاسترداد اشكال من استصحاب الملك و عدم ثبوت كون الامور المذكوره من اسباب نقل الملك و ما اشار اليه في لك بقوله لأن تلك المده اه و ممّا اشار اليه في لك بقوله لأنه اعطاه اه و ترتب الضرر العظيم على الزوج اذا لم يجر له الاسترداد في كثير من الصور و يلحق الباقي بظهور عدم القائل بالفرق الا ان يعارض بالمثل و فيه نظر او يقال ان هذا الضرر ممّا اقدم عليه الزوج فلا يجب دفعه ثم ان ذلك منقوض بالمهر و النفقه فت فاذن الأقرب على القول بالتملك عدم جواز الاسترداد و لو طلقها بعد مضي نصف المده فعلى القول بالامتاع له اخذها ح بل عليه يجوز له الاخذ في اى جزء من اجزاء المده شاء و اما على القول بالتملك فيحتمل التشريك و يحتمل اختصاصها بها و قد صرح بالاحتمالين في عد و كذا صرح بهما في الايضاح قائلا على القول بانها امتاع له اخذها لأنها مملوكه له و يثبت لها حق اللبس بسبب الزوجيه و قد زال و زوال السبب يوجب زوال المسبب اما على القول بالتملك فيحتمل التشريك لأنها في مقابله مجموع زمانين ماض و مستقبل و المستقبل فات الاستحقاق لفوات سببه فيقسط قسطه و هو الاقوى عندى و يحتمل اختصاصها بها كما لو دفع نفقه يوم اليها ثم

طلّقها في نصفه ولأنّها ملكته والاصل بقاء ما كان على ما كان ولأنّه دفعها بعد ما وجب عليها دفعه ولأنّها صله لازمه اتصل بها القبض ويعضد ما ذكره ما نبه عليه في الكشف بقوله ومن فوائد الخلاف في أنّ الكسوه امتاع او تمليك أنّه لو انقضى نصف المدّه سواء لبستها او لا ثم طلقها احتمل على التّمليك التشريك لأنّه استوفى بعض عوضها دون بعض واحتمل اختصاصها بها لأنّه ملكتها بالقبض واستحققتها بالتمكين الكامل فيكون كنفقه اليوم اذا طلقها في الاثناء واما على الامتاع فظاهر انها باقيه على اختصاصها به وكذا لو ماتت قبل انقضاء المدّه او بعدها

### منهل لا اشكال في جوب نفقه كلّ من الابوين و الاولاد على الاخر

وقد صرح بذلك في الجمل والعقود والنهايه والغنيه والوسيله و ثر والمهذب والتافع والشرائع والمعتبر ود و عد والتحرير والتبصره ونهايه الاحكام والمنتهى والجامع والايضاح وعه والتتقيح ولك وضه والكفايه والكشف وض ولهم وجوه منها ظهور الاتفاق على ذلك ومنها أنّه صرح في يع بدعوى الاجماع على ذلك قائلا يجب النفقه على الابوين والاولاد اجماعا ويعضد ما ذكره اولاً قوله في المعتبر في كتاب الزكاه يشترط في مستحقّها ان لا يكون ممّن يجب نفقته وهم الوالدان وان علوا والاولاد وان سفلوا والمملوك والزوجه ولا خلاف بين العلماء في وجوب الانفاق و ثانيا قول الايضاح دليل وجوبها الكتاب والسّنه والاجماع وثالثا قول التنقيح اتفق الاصحاب على وجوب الانفاق على الآباء والاولاد لتواتر الأحاديث ودلاله الكتاب على ذلك ورابعا قول لك لا-خلاف بين اصحابنا في وجوب نفقه كلّ من الابوين والاولاد على الاخر وخامسا قول الكفايه النفقه على الابوين والاولاد اتفاقا ويدلّ عليه اخبار متعدده وسادسا قول الكشف يجب الانفاق على الفروع والاصول جميعا اما على الابوين والاولاد فعليه الاجماع وسابعا قول ض النفقه على الابوين والاولاد لازمه بالشروط الآتيه باجماع الامه حكاه جماعه والنصوص بها مستفيضة بل كادت تكون متواتره ومنها ما تمسك به في الايضاح قائلا اما الكتاب فقوله تعالى وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ دلت على نفقه الاولاد على الآباء وقال تعالى فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَارْتُدْنَ عَنْ أَرْضِهِنَّ يُعْنَى المطلقات اذا ارضعن اولادهنّ وجبت لهنّ اجره الرضاع فالنفقه اولى ودلّ على وجوبها على الآباء دون الأمهات مع تمكن الآباء وقال تعالى وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ خَشْيَةَ إِمْلَاقٍ نَحْنُ نَرْزُقُهُمْ وَإِيَّاكُمْ فَلَوْلَا وَجوب النفقه لما قتله خشيه الاملاق من النفقه وقد احتج في المبسوط بالآيه الأخيره على ذلك قائلا المذى يثبت له النفقه بنصّ الكتاب الولد لقوله تعالى وَلَا تَقْتُلُوا الْاِيه فَلَوْلَا ان عليه

ص: ٥٧٤

نفقته ما قتله خشيه الفقر وكذا احتج على ذلك بالآيه الثانيه قائلا- وقال تعالى فَإِنْ أَرْضَعْنَ الْاِيه و اراد به المطلقات دون المزوجات بدلاله انما وجب الاجره بشرط الرضاع وهذه صفة المطلقه لأنّ الزوجه لا تستحق الاجره بشرط الرضاع ولأنّه سماه اجره والنفقه لا تسمى بذلك و صرح في الكشف بان الآيه الأخيره تدل على ذلك على وجه ومنها ما احتج به في المبسوط قال تعالى لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ فَمَنْعَ مِنَ الْاِضْرَارِ بِهِ وَمِنْهَا مَا اسْتَدَلَّ بِهِ فِي الْاِيضَاحِ وَالتَّنْقِيحِ وَالكُفَايَةِ وَالكَشْفِ وَضَ مِنْ الْأَخْبَارِ الَّتِي ادعى تواترها في الأولين منها خبر حريز الذي وصفه في ض بالصّححه وفي الكشف بالحسن قال المصع من المذى اجبر عليه ويلزمني نفقته قال الوالدان والولد والزوجه ومنها ما نبه عليه في المبسوط بقوله روى ان رجلا اتى الى النبي ص فقال له معي دينار فقال انفقته لا- تسمى بذلك نفقه على نفسك قال معي اخر قال انفقته على ولدك فامرته

بالانفاق على الولد و منها ما نبه عليه في ط أيضا بقوله و حديث هند يدل على ذلك لأنه قال لها خذي ما يكفيك و ولدك بالمعروف

## منهل هل يختصّ وجوب الانفاق على الاب و الام و الولد بمن كان ابا و اماً و ابنا بلا واسطه او لا

### اشاره

بل يشمل من علا من الآباء و هم الأجداد من الطرفين و الأمهات و هن الجدات من الطرفين و من سفلى من الاولاد و هم اولاد البنين و اولاد البنات المعتمد هو الثانى وفاقا للوسيله و فع و يع و التبصره و عد و د و التحرير و مع و عه و ضه و لك و الكفايه و ض و هو ظاهر ير و التنقيح و المهذب البارع و لهم وجوه منها أنه نبه الصيّمى فى ح يع على دعوى الاتفاق على المختار قائلاً فتاوى الاصحاب كلّها متطابقه على وجوب الانفاق على الابوين و ان علوا و الاولاد و ان نزلوا و يعضد ما ذكره اولاً قول لك لا نعلم مخالفاً من اصحابنا فى دخولهم هنا و انما تردد المص لضعف الدليل و من اصوله أنه لا يعتقد بحجّيه الاجماع بهذا المعنى لما نبه عليه فى مقدّمه المعتبر و هو الحقّ الذى لا- محيد عنه للمص و ثانياً قول المهذب البارع بعد الاشاره الى المختار هو المشهور بين الاصحاب و لا- اعرف فيه مخالفاً و ثالثاً تصريح الايضاح بأنه المشهور من غير نقل خلاف و رابعاً قول الكفايه المشهور الأصحّ وجوب النّفقه على اباء الابوين و لم يظهر من صرّح بخلافه لكن المحقق تردد فيه ثم رجح بالوجوب و خامساً قول ض اطبق الفقهاء على الدّخول هنا ظاهراً فأنه لم يناقش فيه احد سوى الماتن هنا و فى يع مع تصريحه بمختاره اخيراً و نحوه غيره ممّن شاركه فى ترده هذا مع اشعار بعض العبارات بالاجماع عليه و كفى هو حجّه و سادساً امكان استفاده دعوى الاجماع على ذلك من عباره التنقيح و الكشف المتقدّمه فت و منها ان الاجداد و الجدات و الاسباط ممّن يطلق عليهم اسم الأب و الأم و الولد حقيقه فيندرجون تحت العمومات الدّاله على وجوب الانفاق و الأم و الولد من الكتاب و السنّه و الاجماع المحكيه اماً المقدّمه الأولى فلما نبه عليه فى التنقيح قائلاً منشأ التردد من أنه سمى الأجداد اباء فى قوله تعالى مَلَهُ أَيْبِكُمْ إِبْرَاهِيمَ و قوله تعالى مَلَهُ أَبَائِي إِبْرَاهِيمَ وَ إِسْحَاقَ وَ يَعْقُوبَ و ابناء الأبناء ابناء فى قوله تعالى يٰٓأَيُّهَا بَنِي آدَمَ \* يٰٓأَيُّهَا بَنِي إِسْرَائِيلَ \* و الاصل فى الاطلاق الحقيقه و يعضد ما ذكره اولاً قول ثر و يع لأن الجدّ يتناوله اسم الأب و ثانياً قول الكفايه لعلّ وجه التردد الشكّ فى صدق الآباء عليهم حقيقه و مثله يأتى فى اولاد الاولاد و لعلّ التّرجيح الصّيدق و اماً المقدّمه الثانيه فظاهره و قد يناقش فى كلتا المقدّمين اماً الأولى فيما نبه عليه فى لك قائلاً و المص تردد فى دخول اباء الابوين و امهاتهم لذلك اذ قد يطلق عليهم لفظ الآباء فى قوله تعالى وَ اتَّبَعْتُ مَلَهُ أَبَائِي الْاِيه و قوله تعالى مَلَهُ أَيْبِكُمْ إِبْرَاهِيمَ و الاصل فى الاطلاق الحقيقه و من جواز السلب الدّال على المجاز و مطلق الاستعمال اعم من الحقيقه و ما ذكره فى وجه التردد فى الآباء يأتى مثله فى الاولاد للشكّ و الخلاف فى اطلاق اسم الولد على ولد الولد و قد تقدّم البحث فيه فى الوقف و أنّ المص اختار عدم دخوله فى اطلاق الولد فكان الأولى التعرّض هنا و كيف كان فالمذهب وجوب الانفاق على الجميع و يعضد ما ذكره اولاً قول المهذب البارع التردد من المص منشأه أنه هل يطلق عليه اسم الاب حقيقه أم لا و الثانى هو الأقوى و الأصل عدم النقل و براهه الدّمه من وجوب الانفاق الّا فى موضع اليقين و الأوّل مذهب السيّد و ثانياً قول الصيّمى فى ح يع تردد المص فيما علا من الآباء لعدم صدق ابوه عليه حقيقه و ان صدقت مجازاً و لأصالة براهه الدّمه و هو مذهب مالک و المعتمد هو الأوّل و ثالثاً قول الكشف تردد المحقق فى الجد و الجدّه و ولد الولد من الشكّ فى النصّ لهم بل ظهور التجوز و رابعاً عدم تبادر الجد و الجدّه و السّبط من اطلاق الاب و الام و الولد و الأصل فيه ان يكون علامه المجاز و اماً فى الثانيه فبالمنع من كليه الكبرى و اماً الاطلاق فلا ينفع و ان سلم صدق ذلك حقيقه لانصرافه الى

غير محل البحث قطعاً ومنها ما نبه عليه في ض بقوله و في الخبر في الزكاه يعطى منها الأخ و الأخت و العم و العمه و الخال و الخاله و لا يعطى الجد و الجدّه و قد استفاض النصوص و انعقد الاجماع على حرمتها على واجبي التفقه ففي الصّحيح خمس لا يعطون من الزكاه شيئاً الاب و الام و الولد و

المرأه و ذلك انهم عياله لازمون و سند الخبر و ان قصر الّا أنّه بالشّهرة من جميع الوجوه منجبر فالقول بمقاله الاصحاب اقوى و اظهر و منها ما نبه عليه في التّنتيخ بقوله و الأولى الاحتياط و حصول الحاجه المقتضيه للوجوب مع صدق المعنى المذى لأجله و جب الانفاق و هو كون الاب اصلاً و الولد فرعاً و لذلك اختار المص اللزوم و قد يناقش فيما ذكره من قاعده الاحتياط بأنّه معارض باصالة براءه الذّمّه و قد صرّح بها هنا في التّنتيخ و المهذب البارع و صرّح بها الصّيمرى في ح يع و

### ينبغي التنبيه على امور

### الأول لا فرق في الاولاد الذين يجب الانفاق عليهم بين كونه ذكورا او اناثا

و لا بين كونهم صغاراً او كباراً و لا بين كون أمهاتهم زوجات دائميّات او منقطعات او جواز و سرادى

### الثانى هل الآباء و الأمهات و الاولاد من الرّضاعه يجب الانفاق عليهم

كالصّلبى و البطنى او لا لم اجد هنا مصرحاً باحد الأمرين و لكن الأقرب عندى هو الثانى للأصل و عدم انصراف ما دلّ على وجوب الانفاق الى هؤلاء و عدم ورود نصّ و لو ضعيفاً يقتضى وجوب الانفاق عليهم مع توفر الدّواعى عليه و عدم التزام المسلمين قديماً و حديثاً على الظاهر بالانفاق عليهم

### الثالث هل الاولاد و الآباء و الأمهات من الرّنا يجب الانفاق عليهم او لا

فيه اشكال و لكن الأقرب الثّانى و اما اذا كانوا من وطى الشّبّهه فالظاهر وجوب الانفاق عليهم

### منهل لا يجب الانفاق على غير الابوين

ص: ٥٧٥

و الاولاد من سائر الأقارب كما فى الوسيله و المراسم و فع و يع و د و التّبصره و عد و التّحرير و الايضاح و مع و عه و التّنتيخ و ضه و لك و الكفايه و شرح يع للصّيمرى و الكشف و ض و المحكى عن الخلاف و هو ظاهر ثر و المهذب و نقل فى الايضاح و التّنتيخ كما عن شرح يع عن الشّيخ وجوب الانفاق على كلّ وارث و زاد فى التّنتيخ فحكاه عن الاسكافى أيضاً قائلاً الأقوال فى وجوب الانفاق على القريب ثلاثه لا غير الاوّل قول اكثر الاماميه و الشافعيه أنّها على العمودين لا غير الثّانى قول الشّيخ و ابن الجنيّد و هو كلّ وارث الثالث قول ابى حنيفه كلّ ذى رحم و لم يقل به احد منا و الحقّ الأوّل و هذا القول ضعيف بل المعتمد



ما عليه المعظم من عدم وجوب الانفاق على كل وارث و لا- على كل ذى رحم و اختصاصه بالاصول و هم الآباء و الأمهات بالمعنى الأعمّ الشامل للأجداد و الجدات و الفروع و هم الاولاد و ان نزلوا و لهم وجوه منها أنه نبه على دعوى الاجماع على مختارهم قائلًا اقوال اهل العلم منحصره فى نفقه الأقارب فى اقوال ثلاثة الأوّل البعضيه و مضاييفا و هو قول الاماميه و الشافعيه الثانى كونه وارثا و هو قول الشيخ و احمد بن حنبل الثالث كونه ذا رحم و هو قول ابى حنيفه و لم يقل به احد منّا و يعضد ما ذكره أولا تصريح التنقيح بأنّ القول الثالث الذى نبه عليه فى الايضاح لم يقل به احد من الاماميه و ثانيا تصريح لك بأنّ المختار هو المعروف فى المذهب و ثالثا بان الشيخ فى المبسوط قطع به و بأنّ المحقق لم ينقل فيه خلافا و رابعا تصريح ض بأنّ عليه الاجماع فى الظاهر و خامسا تصريح الكفايه بأنه المشهور و سادسا ما تبّه عليه فى الكشف بقوله و احتمل الشيخ فى ف الوجوب للآيه و الخبر لكنّه قوى المشهور و قال أنه الذى يقتضيه مذهبا و ظاهر المبسوط الاجماع عليه و منها ما تمسك به فى التنقيح و لك و الكفايه و الكشف و ض من اصاله براهه الذمه من وجوب الانفاق على غير الآباء و الأمهات و الأولاد و منها أنه لو وجب الانفاق على ساير الأقارب لاشتهر نصا و فتوى بل و تواتر و التالى بط فالمقدم مثله و منها ان وجوب الانفاق على جميع الورثه مستلزم للضرر و الحرج غالبا و هما منفيتان بالأدله الأربعة و منها الحصر المستفاد من خبر حريز المتقدم و قد تبّه عليه فى ض بقوله يستفاد من خبر حريز مضافا الى الأصل و ظواهر النصوص السابقه الوارده فى بيان واجبي النفقه الظاهر فى الحصر فى المذكورين فيها أنه لا- يجب النفقه على غيرهم من ساير الاقارب مضافا الى الاجماع فى الظاهر لا يقال ليس فى خبر حريز لزوم نفقه المملوك و البهيمة فلا يمكن حمل الحصر على ظاهره و ارتكاب التاويل فيه يمنع من جواز الاعتماد عليه هنا لأننا نقول لأنّ ذلك لما تقرر من أنه اذا تعذر الحمل على الحقيقه فاللازم مراعات اقرب المجازات فت و منها ما تمسك به فى ض من استفاضه النصوص بجواز اعطاء الزكاه للأقارب المنافى لوجوب الانفاق عليهم و فيما ذكره نظر و للقول الثانى وجوه أيضا منها ما نبه عليه فى الايضاح قائلًا- قال الشيخ يجب نفقه الوارث لقوله تعالى وَ عَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَ كِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَ عَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ <sup>□</sup> يعنى مثل ما كان على الأب من النفقه و ليس للمطلقات اجماعا فهو على المولود له و العله الارث فيقتضى وجوب النفقه من الطرفين لتساويهما فى الارث و تبّه فى ضه على هذا الوجه أيضا و اجاب عنه فى الايضاح قائلًا- و الجواب المراد بقوله تعالى وَ عَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ لا تضارّ والده بولدها قاله ابن عباس و قوله فى التفسير حجه و منها ما تبّه عليه فى الايضاح من قوله تعالى وَ أُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ \* ثم اجاب عنه بقوله الجواب عنه أنه لا يدل على وجوب الانفاق بشىء من الدلالات و انه فالارث و لا تلازم و لا قياس و منها ما نبه عليه فى الايضاح أيضا بقوله روى جابر عن النبى ص انه قال اذا كان احدكم فقيرا فليبدأ بنفسه فان فضل شىء فعلى عياله فان فضل فعلى قرابته و القرابه ذو الرحم و قد اجاب عنه بقوله و الجواب عنه بمنع صحه السند و لو سلم صحته فبمنع الدلاله فانّ قوله و ان

كان فضل فعلى قرابته للاستحباب و الّا لكان فى عياله لأنّ العيال من يجب عليه نفقته لكنّه متأخر عن العيال و منها ما تبّه عليه فى الكشف من النبوى المرسل لا صدقه و ذو رحم محتاج و قد يجاب عنه بأنه ضعيف السند و الدلاله و المقاومه لما دل على عدم الوجوب فلا- يلتفت اليه و منها ما تبّه عليه فى الكشف أيضا بقوله و لأنّ امير المؤمنين ع اتى بيتيم فقال خذوا بنفقته اقرب الناس منه فى العشيره كما يأكل ميراثه و قد يجاب عما ذكره بأنه ضعيف السند فلا عبره به و منها ما تبّه عليه فى الكشف أيضا بقوله و لأنّ محمّد بن على الحلبي قال للصادق ع من الذى اجبر على نفقته قال الوالدان و الولد و الزوجه و المملوك و الوارث الصّغير يعنى الأخ و ابن الأخ و غيره و قد يجاب عما ذكره بأنه مع عدم ظهور اعتبار سنده لم نجد به قائلًا فلا بدّ من ارتكاب احد الأمرين اما رفع اليد عن مفهومه الدال فى الجملة على القول الأوّل او حمله على ما يعم الوجوب و تاكد الاستحباب و من الظاهر

ترجيح الأخير سلّمنا و لكن لا أقل من التوقّف و معه لا يجوز الاعتماد عليه سلّمنا اعتبار الرّوايه سندا و صراحتها دلالة و لكنّها كما تقدمها لا- تصلح لمعارضه الأدلّه الدّاله على عدم الوجوب المعتضده بالشّهرة العظيمه الّتي لا يبعد معها دعوى شدوذ المخالف و بآئه لم ينقل عن النّبى ص و لا- عن احد من ائمه المعصومين ع الالتمزام بالانفاق على الاقارب الوارثين مع توفر الدّواعى عليه و مسيس الحاجه اليه و يعضد ما ذكرناه ما تبّه عليه فى ض بقوله بعد الاحتجاج على القول الأوّل بالأصل و الأخبار الدّاله على الحصر فى غير محلّ النزاع فاحتمال الوجوب فاسد بالبديهيّه و ان صار اليه بعض متأخرى الطّائفه جمودا على ظاهر الصّحيحه و ليت شعرى كيف الغى القواعد الممهده و الاصول المقرّره من لزوم مراعات التّكافؤ بين الأدلّه و أنّه لا ينفع مع عدم صحه السّند و لا وضوح الدّلاله مع أنّها باعترافه شاذه و لا قائل بها بالمّرّه و قد ورد النّصوص المعتبره بطرح مثلها و تلقاها هو و ساير علماء الطّائفه و هى ليست من الشّواذ الخلافيه بل من الشّواذ الوفاقيه حيث اطبق الأصحاب بالفتوى على خلافها من دون تزلزل و لا ريبه و بالجمله القول بالوجوب فى غايه الضّعف كما تبّه عليه فى ض فلا يجب الانفاق على الاخوه و لا على الأخوات و لا على الاعمام و لا على العمات و لا على الاخوال و لا على الخالات و لا على اولادهم و قد صرّح بذلك فى عد و الكشف و فى يع و التّحرير و الكفايه التّصريح بالأوّل و الثّالث و زاد فى الاول و الثّالث فصّرّحا بالخامس و فى الثّانى فصّرح بالثّانى و الرّابع نعم يستحبّ الانفاق عليهم بل على مطلق الاقارب غير الأبوين و الأولاد و يتأكد فى الوارث

ص: ٥٧٦

و قد صرّح بجميع ذلك فى فع و يع و د و التّحرير و عد و مع و عه و ضه و الكفايه

**منهل هل يشترط فيمن يجب الانفاق عليه غير الزوجه من الآباء و الأمهات و الأولاد كونه فقيرا**

**اشاره**

فلو كان غنيا لم يجب الانفاق عليه او لا بل يجب الانفاق عليه مط و لو كان غنيا صرّح بالأوّل فى الوسيله و المهذب و فع و يع و التّبصره و د و عد و التّحرير و مع و عه و لك و ضه و الكفايه و الكشف و ض و هو المعتمد و لهم وجوه منها ظهور الاتفاق على ذلك كما تبّه عليه فى ض قائلا يشترط فى وجوب الانفاق على القرابه الفقر فى المنفق عليه و عدم شىء يتقوت به او عدم وفاء ماله بقوته و اشتراطه كاشتراط اليسار فى المنفق موضع وفاق كما يظهر من كلام الجماعه و به صرّح بعض الأجله و منها اصاله براهه الذمّه عن وجوب الانفاق فى صورته فقد الشرط المذكور كما نبّه عليه فى ض بقوله بعد الاشاره الى الاتفاق على ذلك و هو الحجّه فيه بعد الأصل السّالم عمّا يصلح للمعارضه لعدم انصراف اطلاق ادلّه الوجوب الى الصّورتين بالضروره و منها ان وجوب الانفاق مع غناء المنفق عليه و تمكنه من نفقه نفسه ضرر على المنفق و مستلزم لمفاسد عظيمه فيكون منفيا لعموم ما دلّ على نفى الضرر و ما دلّ على لزوم دفع المفاسد و بالجمله لا اشكال فى اشتراط الفقر فى وجوب الانفاق فلو كان المنفق عليه غنيا لم يجب الانفاق عليه سواء كان صغيرا أم كبيرا و سواء كان مجنونا أم عاقلا- و قد صرّح بهذا التعميم فى التّحرير و هو مقتضى اطلاق كلام باقى الأصحاب و هل المراد بالفقر هنا ما يراد به فى مستحقّ الزكاه و الخمس و غيرهما فلا يستحقّ النّفقه من يملك مؤنه سنه فعلا او قوه و يستحقّها من لا يكون كك و ان كان له مال و قوه عشره اشهر او المراد منه من لا مال له اصلا و لا يقدر على تحصيله بكسب الظّاهر من اكثر الكتب هو الأوّل و صرّح بالثّانى فى عد قائلا يشترط فى المنفق عليه الحاجه و هو الذى لا- شىء له يتقوت به و نبّه على ما ذكره فى الكشف بقوله المحتاج هو الّذى لا شىء له يتقوت به اوله ما لا يفي بقوته

فيجب الاكمال و الأقرب عندي هو الاحتمال الأول للعمومات الدّالة على وجوب الانفاق خرج منها بعض الصّور بالدليل و لا دليل على خروج محلّ البحث فيبقى مندرجا تحتها و يؤيّدها استصحاب وجوب الانفاق في بعض الصّور و ان عارضه مثله لزوم ترجيح الأول بظهور الشّهرة العظيمه فيه و موافقته للاحتياط في الجملة و كيف كان فيشترط في استحقاق التّفقه و وجوبها على المنفق كون المنفق عليه عاجزا عن التّكسب المحصل لها و قد صرّح بهذا الشّروط في فع و يع و التّبصره و عد و د و التّحرير و مع و عه و التّقيح و لك و ضه و الكفايه و الكشف و ض و صرّح به الصّيمري أيضا و لهم وجوه منها ظهور الاتّفاق على ذلك و يعضده ما حكيناه عن ض سابقا كما لا يخفى لا يقال لا نم الاتّفاق على ذلك فإنّ القائل بنفى هذا الشّروط موجود كما تبّه عليه في ض بقوله و في اشتراط العجز عن الاكتساب في المنفق عليه قولان اشهرهما ذلك لأننا نقول هذا القول لم نجد قائله و لا حكاه احد غيره من المحقّق و العلامة و فخر المحقّقين و الشّهيدين و السيوري و صاحبي الكفايه و الكشف مع أنّ طريقتهم مستمره جاريه على نقل الأقوال و لو كانت نادره و ليس في قول العلامة في عد الأقرب اشتراط العجز عن الاكتساب دلالة على القول المذكور كما لا- يدلّ عليه عبارته يع هل يشترط العجز عن الاكتساب الأظهر اشتراطه و لذا لم ينقله في الايضاح و لا في التّقيح و لا في لك و بالجملة الظاهر من معظم كتب الاصحاب عدم وجود هذا القول سلّمنا وجوده و لكنّه شاذ شديد الشّدوذ فلا عبره به فلا يكون قادحا في صحه دعوى ظهور الاتّفاق الّذي هو حجّه و منها ما تبّه عليه في الايضاح بقوله و لأنّ الأصل عدم وجوب نفقه الغير خرج عنه ما دلّ النصّ و الاجماع عليه فيبقى الباقي و منها ما تبّه عليه في يع بقوله الا-ظهر اشتراط ذلك لأنّ التّفقه معونه على سد الخلّه و المكتسب قادر كالغنيّ و يعضد ما ذكره أوّلا قول الايضاح لأنّ القدره على التّكسب كالغنيّ لقوله ص و لا لدى مرّه سوى و ثانيا قول التّقيح لأنّ القدره على الاكتساب كالغنيّ لقوله ص لا صدقه لغنيّ و لا لدى مرّه سوى و ثالثا قول لك وجه عدم اشتراط القدره على الاكتساب حصول الحاجه بالفعل و هو

ضعيف جدا لأنّ المكتسب قادر و من ثم منع من الزّكاه و الكفّاره المشروطه بالفقر و قد ساوى النبيّ ص بين الغنيّ و القوي المكتسب فقال للرجلين الّذين اتياه فسألاه من الصّيدقه اعطيكما بعد ان اعلمكما ان لا- حظ فيها لغنيّ و لا قوي و رابعا قول الكشف أنّ القادر على الكسب غنيّ في الشّرع و خامسا قول ض الأشهر اشتراط ذلك لأنّه معونه على سد الخله و المكتسب قادر فهو كالغنيّ و لذا يمنع من الزّكاه و الكفّاره المشروطه بالفقر و حصول الحاجه بالفعل لا يمنع الاستحقاق و بالجملة لا اشكال في اشتراط العجز عن الاكتساب فلو كان قادرا على تحصيل التّفقه لم تجب على المنفق و سقط وجوبها و

**ينبغي التّبيه على امور**

**الأول يعتبر في التّكسب المسقط لوجوب الانفاق عليه ان يكون لائق بحاله عاده**

فلو كان قادرا على تكسب غير لائق بحاله و لا بمروته وجب الانفاق عليه فلا يكلف الزّفيح و العالم بالكنس و الدّباغه و قد صرّح بذلك في الايضاح و التّقيح و لك و ض و صرّح به الصّيمري في ح يع أيضا بل الظاهر أنّه ممّا لا خلاف فيه و يدلّ عليه مضافا الى ما ذكر العمومات الدّالة على وجوب ذلك من الكتاب و السيّنه خرج منها القادر على التّكسب اللائق و لا دليل على خروج القادر على التّكسب الغير اللائق فيبقى مندرجا تحتها و يؤيّد الاستصحاب في بعض الصّور كما لا يخفى و يلحق الباقي به بظهور عدم القائل بالفصل فت

## الثاني صرح في عد و الكشف بأنه لو صار الولد قادرا على التكسب امر الولي به

و سقطت عن الاب نفقته سواء كان الولد ذكرا او انثى و احتج في الثاني على امر الولي بذلك بأنه نوع من التّاييد و على السقوط بأنه غنى ثم صرح بأنه ان هرب الولد عن الكسب في بعض الأيام وجبت عليه نفقته و تبه على جميع ما ذكره من الأحكام في الكفايه أيضا

## الثالث قال في الكفايه لو امكن للمرأة التزويج ممن يليق بها تزويجه عادة

فالظاهر انها قادره على التكسب على ما قطع به بعض الأصحاب و اشار بما ذكره الى قول لك لو امكن المرأة الكسب بالتزويج ممن يليق بها تزويجه عادة فهي قادره بالقوه لأنّ ممّا لا يخرج عن العاده و فيما ذكره اشكال و لكنّه اقرب و اذا قدر المنفق عليه كالأب و الابن على التزويج بامرأه تتكفل بنفقته تبرعا فهل يسقط وجوب الانفاق عليه او لا

ص: ٥٧٧

فيه اشكال فلا ينبغي ترك الاحتياط و ان كان الاحتمال الأوّل في غايه القوه

## الرابع اذا كان للمنفق عليه وظائف و هبات و صلوات مقرره في كلّ سنه من السلاطين

و الأمراء و غيرهم فهل يسقط وجوب الانفاق عليه او لا فيه اشكال فلا ينبغي ترك الاحتياط و ان كان الاحتمال الأوّل في غايه القوه و اذا امكنه تحصيل الأمور المذكوره من غير ترتب ضرر عليه فلا يبعد ان يحكم بسقوط وجوب نفقته و ان كان مراعات الاحتياط اولى و بالجمله اذا امكنه تحصيل نفقته و مؤنته باى نحو كان من غير ترتب ضرر عليه فلا يبعد الحكم بسقوط نفقته و اذا لم يمكنه تحصيلها ألّا بالسؤال و الاستعطاء من الناس بحيث يكون لائقا بحاله ففي الحكم بسقوط وجوب الانفاق عليه ح اشكال و ان كان احتمال السقوط في غايه القوه

## الخامس هل المراد من العجز عن التكسب عدم القدره عقلا

كما لا يقدر على الجمع بين الضدين او الأعم منه و من عدم القدره عليه عادة لكونه مستلزما للخرج العظيم و المشقه الشديده المعتمد هو الثاني

## منهل يشترط في وجوب الانفاق على الآباء و الأمهات و الأولاد ان يكونوا احرارا

إشاره

فلو كانوا مماليك و ارقاء لم يجب الانفاق عليهم على احد الّا من يملكهم و ساداتهم فتجب نفقتهم عليهم و قد صرح بهذا

الشَّرط في بيع و عد و التحرير و الايضاح و لك و ضه و الكفايه و الكشف و ض و لهم وجوه منها أنه تبّه في ض على دعوى الاجماع على ذلك قائلا- امّا الحرّيه فهي شرط بالاجماع و يعضد ما ذكره قول الصّيمري في ح بيع اشترط الحرّيه في وجوب الانفاق مسلم لا نزاع فيه لا يقال ما ادعيه من الاجماع موهون فان مقتضى اطلاق كثير من كتب الأصحاب كالوسيله و المهذب و السيرائر و المراسم و بيع و فع و مع و اللعنه ان الحرّيه ليست بشرط فلا- يجوز الاعتماد عليه لأننا نقول لا نسلم الوهن بذلك فان الاطلاق الضّعيف الدّلاله خصوصا في هذا المقام لا- يصلح لمعارضه التّصريحات بالاشترط المؤيده بعدم ايماء احد من المصرّحين بوجود خلاف في الحكم بالشرطيه فلم يتحقّق هنا موهن معتبر و الأصل في الاجماع المحكى بخبر العدل الحجيّه و منها ما تمسّيك به في الكشف قائلا- يسقط نفقه المملوك عن قريبه بل يجب على مولاه لعموم ما دلّ على وجوب النّفقه على المماليك و منها ما احتج به في الكشف أيضا قائلا- ولأنّها عوض عن منفعه المملوكه و نفقه القريب مواساه فهو كالبنت اذا تزوّجت و منها ما تبّه عليه في ض قائلا- امّا الحرّيه فهي شرط بالاجماع للأصل و فقد ما يدلّ على جوب الانفاق على القريب المملوك للغير لعدم انصراف الاطلاقات اليه و على تقديره فمعارض فيه بما دلّ على وجوب انفاقه على غيره و ليس بعد التّعارض سوى التساقط الموجب لتخليص الأصل عن المعارض و على تقدير عدم التساقط فلا ريب أنّ الرّجحان مع الأخير اذ وجوب الانفاق عليه على من يستوفى منفعه في عوضه اولى ممّن لا يستوفى و يكون الانفاق منه عليه لرفع حاجته و سد خلته و

### ينبغي التّنبه على امور

#### الاول اذا امتنع المولى من الانفاق على مملوكه المفروض

و قصر فيه و لم ينفق من يجبره على بيعه او الانفاق عليه فهل يجب على قريبه الانفاق عليه ح او لا- صرّح بالأوّل في لك و الكفايه متمسّكين بعموم الأدلّه السالم عن المعارض و ربّما يظهر من الكشف الميل الى ما صار اليه و يظهر من اطلاق بيع و عد و د و الايضاح و شرح يع للصيمري اختيار الاحتمال الثّاني و المسأله محلّ اشكال فلا- ينبغي فيها ترك الاحتياط و ان كان الاحتمال الثّاني في غايه القوّه

#### الثّاني يلحق بامتناع المولى عدم تمكنه من الانفاق

#### الثالث اذا امكن اجبار المولى في صورته الامتناع على الانفاق على البيع

او الانفاق عليه فيظهر من التحرير و ضه و الكشف سقوط وجوب الانفاق على القريب و هو جيّد

#### منهل لا يشترط في المنفق عليه العداله و لا الايمان و لا الإسلام فيجب الانفاق على الفاسق و المخالف و الكافر

كما صرّح به في بيع و عد و التحرير و اللعنه و التّنقيح و ضه و لك و الكشف و ض و صرّح به الصّيمري في شرح يع أيضا و هو ظاهر المبسوط و الوسيله و المهذب و المراسم و السيرائر و فع و د و التّبصره و مع و خالف في ذلك في الايضاح فصرّح بعدم وجوب الانفاق على الكافر قائلا- المانع من الارث كالزّق و الكفر و القتل مانع من وجوب الانفاق و ما صار اليه ضعيف بل

المعتمد ما عليه المعظم و لهم وجوه منها أنه تبه في لك على دعوى الاجماع على ما صاروا اليه قائلًا يجب الانفاق على القريب الغصبى و ان كان فاسقا او كافرا و بهذا صرّح الأصحاب و اكثر العلماء من غيرهم و انما شرط الاتفاق في الدين ابو حنيفه مع ايجابه التّفقه لكلّ ذى رحم و قد اغرب الفاضل فخر الدّين في شرحه حيث يجعل المانع من الارث كالرق و الكفر و القتل مانعا من وجوب الانفاق و ربّما نقل عنه أنّ ذلك اجماعى و الأمر بخلافه لتصريح الأصحاب بنحو ما قلنا و لم نقف على مخالف منهم مع ان هذا و ان تمّ في الرق حيث ان نفقه المملوك لا- يجب على قريبه الا أنّ ذلك لا من حيث أنّ الرق مانع من الارث بل من حيث استغنائه بانفاق السيّد عليه المقدم في الوجوب على القريب لاشتغاله بخدمته فكان اولى بالانفاق عليه و يعضد ما ذكره أولا قول الصّيمرى في ح يع بعد الاشاره الى ما فى الايضاح قلت فاما الرق فمسلم لا نزاع فيه و اما الكفر فجميع الأصحاب اوجبوا التّفقه على القريب و ان كان كافرا و به قال العلامة فى عده و يره و اما القتل فانما يتصوّر الانفاق بعده من المتقرّب اليه بالمقتول و لم يتعرّض الاصحاب لإسقاط نفقه القريب بغير الرّق لأنّها على مولاة دون قريبه فاذا حصل القرابه وجب النفقه على القريب الغنى للعموم لم يعلم تخصيصه بغير الرق فت و هو غير معلوم بغير الرّق فيثبت الوجوب و ثانيا قول الكشف لا- يشترط الموافقه فى الدّين بل يجب نفقه المسلم على الكافر و بالعكس عندنا خلافا للعامه فى وجه و ثالثا قول الرّياض و المستند فى اصل عدم اشتراط الأمرين هو اتّفاقهم عليه ظاهرا مع نقل بعضهم الاجماع صريحا و منها ما احتج به فى ضه و لك و الكفايه و الكشف من العموم الدّال على وجوب الانفاق على من تقدّم اليهم الاشاره و قد يناقش فيه بما تبه عليه فى ض قائلًا اثبات الوجوب بالعموم فى نحو الكافر مشكل جدّا كيف لا- و هو معارض بعموم النهى عن الموالاه الى من نصب مع الله سبحانه المحاده و مقتضى تعارض العمومين التّساقط و معه يرجع الى الأصل النّافى للوجوب لكن اعتضاد العموم هنا بالعمل مع عدم خلاف فيه يظهر بل و دعوى بعضهم بل جماعه الاجماع عليه كما مر اوجب ترجيحه و تخصيص ما خالفه و منها ما تمسّك به فى لك و الكفايه و الكشف من قوله تعالى وَ صَاحِبُهُمَا فِي الدُّنْيَا

ص: ٥٧٨

مَعْرُوفاً و تبه فى الأوّل على وجه الدّلاله بقوله من المعروف الانفاق عليهما مع حاجتهما و يساره و المراد كونهما كافرين و اولى منه لو كانا فاسقين و لا يقدر كونهما غير وارثين لعدم الملازمه بينهما و بهذا صرّح الأصحاب و اكثر العلماء من غيرهم قال الشيخ فى ط ان كان سبب يجب به الانفاق من زوجيه و نسب و ملك يمين فانّا نوجبها مع اختلاف الدين كما يوجبها مع اتّفاقه لان وجوبها بالقرابه و الرحم يفارق الميراث لأنّه استحق بالقرابه و الموالاة و اختلاف الدّين تقطع الموالاة و هل الكافر يشمل جميع افراده حتّى الحربى و مباح الدّم او لا بل يختصّ بمحقون الدّم يظهر من اطلاق المبسوط و الوسيله و المهذب و المراسم و الشّرائع و فع و يع و د و التّبصره و عد و التّحرير و مع و اللّمعه الاوّل و صرّح فى لك بالثّانى قائلًا و قيّد بعضهم الكافر بكونه معصوم الدّم فلو كان حربيا لم يجب الانفاق عليه لجواز اتلافه فترك الانفاق عليه لا يزيد عنه و لا باس و ان كان للعموم وجه أيضا لما فيه من المصاحبه المامور بها للأبوين على العموم الا ان يفرّق بينهما و بين الأولاد و اختار فى ضه أيضا ما اختاره هنا قائلًا- يجب تقييد الكافر بكونه محقون الدّم فلو كان حربيا لم يجب لجواز اتلافه فترك الانفاق عليه لا يزيد عنه و صرح فى الكفايه بأنّ التّقييد المذى ذكره محتمل و هو يشعر بالتّوقف فى المسأله و ليس فى محله بل الاقرب عدم صحه هذا التّقييد و شمول الحكم للحربى أيضا لإطلاق الاجماع المحكى فى شرح الصّيمرى على يع المؤيد بما حكاه فى لك عن الأصحاب و بما تبه عليه فى ض دعوى الاتّفاق و باطلاق اكثر الكتب و بالعموم المتقدّم اليه الاشاره و لا يعارض و ما ذكر ما تبه عليه فى ضه و

لك من الوجه المقتضى لصحة التقييد المذكور لعدم استلزام جواز الاتلاف جواز ترك الانفاق لا عقلا ولا عادة ولا شرعا و الّا لجاز ترك الانفاق عليه الحيوان المذموم يجوز اتلافه و ظهور الأولويه التي اشار اليها في الكشف بقوله و ربّما قيل يشترط ان لا يكون المنفق عليه حريثا فانه اذا جاز اتلافه فاولي ان يجوز ترك الانفاق عليه ممنوع و لو سلّم فلا يعارض العمومات فت

### منهل لا يشترط في المنفق عليه ان يكون ناقص الخلقه و ناقص الحكم معا و لا ناقص الخلقه فقط

بل يجب الانفاق على الصّحيح الكامل أيضا و لا ناقص الحكم فقط و قد صرح بذلك في يع و التحرير و عد و التنقيح و لك و الكشف و الكفايه و ض و هو ظاهر اطلاق الوسيله و المراسم و السرائر و فع و التبصره و د و مع و اللغه و ضه و شرح يع للصمري و بالجملة هو مذهب المعظم كما صرح به في ض قائلا و لا يشترط نقصان الخلقه بنحو الزمانه و لا الحكم بنحو الصغر و الجنون على الأشهر الأقوى بل عن ف انه ادعى في الظاهر عليه اجماعنا و هو الحجج فيه بعد اطلاق النصوص و خلاف ط باعتبارهما شاذ و يظهر منه ان الشيخ في ط اشترط الأمرين و صرح به أيضا في لك قائلا الشيخ في ط اشترط فيه الوصفين مع الاعسار نقصان الخلقه و الحكم او هما انه قال في موضع اخر منه الفقر كاف كما قاله غيره قلت قال في موضع من المبسوط اما صفه الولد الذي يستحقّ النفقه فان يكون او لا معسرا ثم يكون ناقص الخلقه او ناقص الاحكام او ناقص الاحكام و الخلقه ثم قال و صفه من يجب له فان يكون فقيرا ناقص الأحكام او الخلقه او هما فمتى حصل على هذه الصّيفه و جبت نفقته على ولده و ان كان كامل الاحكام و الخلقه معا لكنه فقير قيل فيه قولان قال قوم لا ينفق و الثاني يجب عليه ان ينفق و هو الصّحيح عندنا و اما الولد اذا كان كامل الأحكام و الخلقه و كان معسرا فانه يجب عليه نفقته و هو الأقوى عندى و قال الآخرون لا يجب ذلك و قد صار القاضى فى المذهب الى اشتراط الأمرين أيضا قائلا اما صفه الولد الذي يستحقّ النفقه و صفه الوالد الذي يستحقّ عليه ذلك فهى ان يكون الولد معسرا ثم الولد ناقص الخلقه او ناقص الاحكام او ناقص الخلقه و الأحكام و هذا القول ضعيف بل المعتمد ما عليه المعظم و لهم وجوه منها استصحاب وجوب الانفاق عليه و هو و ان اختصّ بصوره سبق اشتغال الذمه بوجوب الانفاق عليه و ذلك فيما اذا حصل النقصان فى المنفق عليه بعد توجه الحكم بوجوب الانفاق عليه الى المنفق الا ان غيرها ممّا لا يجرى فيه الاستصحاب يلحق بالصورة المذكوره بظهور عدم القائل بالفرق بين الصور و باولويه هذا الاصل من اصله البراءه الجاربه فى بعض الصور و ذلك لان مثبت التكليف مقدّم على نفيه خصوصا اذا اعتضد المثبت بالشّهره العظيمه التي لا يبعد معها دعوى شذوذ المخالف و قد صرح به فى ض و منها ما تمسك به فى الكشف و ض من العمومات و منها الاجماع المحكى فى ض عن الخلاف و قد حكاها فى الكشف أيضا قائلا لا يشترط عندنا كما فى ف نقصان الخلقه و لا الحكم و يعضده الشّهره العظيمه التي لا يبعد جعلها حجّه مستقله و عباره المبسوط المتقدمه و منها انّ النقصانين لو كانا شرطا لاشتهر قولنا و فعلا لتوفر الدواعى عليه و التالى بط قطعا و عدّ من ناقص الخلقه فى ط و المذهب و التنقيح و لك و الكفايه و ض الاعمى و زاد فى ط و المذهب و لك و الكفايه فعّد منه المقعد و عدّ منه الأشل فى التنقيح و الظاهر ان كل من يكون فى خلقته نقص يكون منه كما يظهر من الكشف و ض و ربما يظهر خلاف ذلك من قول المبسوط فاما ناقص الخلقه فالصّريح او المعصوب الزّمن و كذا من قول المذهب و لك و الكفايه المراد بناقص الخلقه الاعمى و المقعد و كذا من قول التنقيح ناقص الخلقه اعمى او مقعد او اشلّ و قد يحمل العبارات المذكوره على اراده التمثيل دون التفسير و الحصر اذ لم ينقل احد منها خلافا هنا فت و عدّ من ناقص الحكم الصّيبى فى المبسوط و المذهب و التنقيح و لك و الكفايه و ض و تبه على وجهه فى الأولين قائلين لأنه لا حكم لكلامه و القلم لا يجرى عليه و زاد فى التنقيح و لك و الكفايه و ض فعّدوا منه المجنون أيضا و صرح به فى الكشف أيضا و عدّ فى المبسوط و المذهب و لك من ناقص الأمرين معا الكبير الاعمى المجنون

## إشارة

وقد صرح بهذا الشرط في المبسوط والسراير والمهذب ويع ود و عد و التحرير و اللمعه و التنقيح و ضه و لك و الكفايه و ض و لهم و جوه منها ظهور الاتفاق عليه و منها تصريح الايضاح بدعوى الاجماع على ذلك و يعضدها أولا قول الكشف يشترط في المنفق اليسار اتفاقا و ثانيا قول ض اشتراط اليسار في المنفق موضع وفاق كما يظهر من كلام الجماعة و به صرح بعض الأجله و هو الحجج و منها ما تمسك به في ض قائلا يدل على ذلك الاصل السالم عما يصلح للمعارضه لعدم انصراف اطلاق ادله الوجوب الى صورته عسر المنفق بالضرورة و منها ما احتج به في الكشف قائلا يشترط ذلك لأنه مواساه و تبه على ما ذكره

ص: ٥٧٩

في الايضاح أيضا و منها أنه لو وجب الانفاق في صورته عدم قدره عليه لزم التكليف بما لا يطاق و هو بط بالأدلة الأربعة و قد تبه على هذا الوجه في الايضاح بقوله و إنما شرطنا القدره لاستحاله تكليف ما لا يطاق و انتفائه هنا باجماع الامه و منها ما تبه عليه في التنقيح قائلا- يشترط قدره المنفق على الانفاق و ذلك لأنه مع تساوى المنفق عليه في العجز لو كلف احدهما بالانفاق على الآخر لزم الترجيح بلا مرجح او تكليف ما لا يطاق و

## ينبغي التنبيه على امور

### الأول لا يتحقق قدره على الانفاق إلا بعد قدرته على قوت يومه

فلو لم يكن قادرا عليه لم يجب عليه الانفاق و قد صرح بما ذكر في المبسوط و المهذب و د و عد و التحرير و اللمعه و ضه و لك و الكفايه و الكشف بل الظاهر أنه مما لا خلاف فيه و احتج عليه في المبسوط بقوله ع في روايه ابدء بنفسك ثم لمن يعول

### الثاني هل يشترط في القدره على الانفاق قدرته على كسوته اللائقه بحاله

في الفصل الذي هو فيه و على الالات المضطر اليها للطعام و على الفرش اللائق بحاله فلو كان عاجزا عن جميع ذلك او عن بعضه لم يجب عليه الانفاق او لا- بل لا- يشترط ألما القدره على قوت يومه و ليلته فيه اقوال احدها ما صار اليه في الكفايه قائلا يشترط في المنفق القدره فلو حصل له قدر كفايته اقتصر على نفسه و المعتبر من كفايته قوت يومه و كسوته اللائقه بحاله في الوقت الذي هو فيه شاتيا او قائظا او صايفا و الالات المضطر اليها و الفرش و كذا الخادم و المركوب ان اضطر اليه في تحصيل القوت و قد اختار هذا القول في لك و الكشف و ض و ربما يستفاد من يع بل ربما يستفاد دعوى الاتفاق عليه من قول الرياض قالوا المراد باليسار هو ان يفضل عن قوته و قوت زوجته و خادمها ليوم و ليله شىء و في حكم القوت ما يحتاج اليه في ذلك الفصل و غيرها و ثانيا ما صار اليه في المبسوط قائلا اما من تجب عليه فأنها تجب في الفاضل عن قوت يومه و ليله و ثالثها ما صار اليه في المهذب قائلا الذي يستحق عليه النفقه فهو القادر على النفقه على ولده في الفاضل عن قوت يومه و رابعها ما تبه



عليه في د بقوله يشترط قدره المنفق على فاضل قوت يوم له و لزوجته و خامسها ما تبه عليه في عد قائلا يشترط في المنفق اليسار و هو من فضل عن قوته شىء و سادسها ما صار اليه في اللمعه قائلا يشترط في المنفق ان يفضل ماله عن قوته و قوت زوجته و سابعا ما تبه عليه في ضه بقوله يشترط في المنفق ان يفضل ماله عن قوته و قوت زوجته ليومه و ليلته و قد يقال ان مبنى الاختلاف في العبارات المذكوره او اكثرها على المسامحه لا على الاختلاف في المذهب فت و كيف كان فالتحقيق ان يقال ان المنفق ان احتاج لنفسه الى الاشياء التى تبه عليها في الكفايه احتياجا شديدا بحيث يتضرر بفقدنها و ترتب عليه الحرج فلا اشكال في عدم وجوب صرفها في الانفاق على القريب فيتجه الأول لعموم ادله نفى الضرر و نفى الحرج و الاصل و الاستصحاب و هى اولى من اطلاق ادله وجوب الانفاق على القريب و ان كان التعارض بينه و بين الاوّل من قبيل تعارض العمومين من وجه لأنّ وجوه الترجيح مع الاول كما لا يخفى مع امكان شمول اطلاق دليل وجوب الانفاق على القريب لمحلّ البحث لأنّ المتبادر منه غيره و كك الكلام في كلّما يحتاج اليه بالنحو المذكور من غير الأمور المذكوره و ان لم يكن محتاجا اليها بالنحو المذكور ففي الحكم بعدم وجوب صرفها في الانفاق على القريب المذكور اشكال فلا ينبغي ترك الاحتياط بل احتمال وجوب انفاقها عليه ح في غايه القوه و كك الكلام في غيرها اذا كان مثلها فيما ذكر لا يقال هذا تفصيل في المسأله بما لا يقول به احد فيكون خرقا للإجماع المركب فلا يجوز المصير اليه لأننا نقول لا نسلم ذلك فلا يترك الأصول الشرعيّه بمجرد احتمال ذلك

### **الثالث يشترط في وجوب الانفاق على القريب مع قدرته على نفقه نفسه**

قدرته على انفاق الزوجه الواجب شرعا و زياده على جميع ذلك بحيث يمكنه اخراج نفقه القريب منها كما صرح به في عد و التحرير و د و اللمعه و التقيح و ضه و لك و الكفايه بل الظاهر أنّه ممّا لا خلاف فيه و صرح في لك بعد الاشاره الى ان نفقه نفسه مقدّمه على نفقه الاقارب بأنّه يعتبر نفقه الزوجه ليومها أيضا ثم صرح بأنّ نفقه خادمها تابعه لنفقتها و بأنّ القول في كسوتها و بقيه الالات كالقول في الرجل و بأنّه ان فضل من ماله بالفعل او القوه شىء و وجب صرفه في الأبوين و جميع ما صرح به جيّد

### **الزابع ان لم يكن له زوجه و فضل بعد اخراج مؤنه نفسه المتقدّم اليها الاشاره**

من ماله او كسبه ما يقوم بكفايه قريبه فهل يجوز له التزويج و ترك الانفاق على القريب او لا بل يجب انفاقه على القريب و ترك التزويج صرح بالأوّل في التحرير و لك و الكشف و تبه على وجهه في لك قائلا و ان لم يكن له زوجه و كان يفضل من ماله او كسبه ما يقوم بكفايه قريبه جاز له التزويج و ان ادى الى عدم الانفاق عليهما لأنّ نفقتهما مواساه يجب حيث يمكن و التزويج امر سائغ له بل مأمور به و ما ذكره جيّد حيث يترتب على ترك التزويج ضرر عظيم و مشقه شديده لا يتحملان عاده كما تبه عليه في ض بقوله لو فضل من قوته و قوت زوجته شىء ففى وجوب الاتفاق او جواز التزويج المانع عنه و جهان بل قولان و الأشهر الثّانى و لا ريب فيه ان اضطر اليه و اما اذا كان التزويج محتاجا اليه احتياجا لا يبلغ حد الاضطرار الذى تبه عليه كما هو الغالب ففى ترجيحه على الانفاق اشكال لأنّ عموم ما دلّ على جواز التزويج و رجحانه شرعا معارض بعموم ما دلّ على وجوب الانفاق على القريب و هذا التعارض من قبيل تعارض العمومين من وجه و لا مرجح لأحدهما على الاخر فيجب التوقف ألّا ان يقال لم يبق ح دليل على وجوب الانفاق فيبقى اصاله البراءه عنه سليمه عن المعارض فيجب الاخذ بها خصوصا مع اعتضاها بالأشهرية التى ادعاها في ض و بظهور ما عداه في عدم مخالف لما صاروا اليه و بأنّ فائده التزويج اتم و اعظم فاذن

ترجيحه في هذه الصورة في غاية القوه و ان كان الأحوط مراعاة الانفاق في هذه الصورة و في صورته عدم الحاجه الى الترويج اصلا كما في الخصى المذى لا- شهوه له بل احتمال وجوبه ح في غاية القوه لإمكان دعوى سلامه عموم ما دل على وجوب الانفاق عن المعارض لظهور ان عموم ما دل على حليته الترويج غير منصرف الى هذه الصورة كما لا يخفى و ليس ما ذكرنا احداث قول ثالث لم يذهب اليه احد حتى يضعف بكونه خارقا للإجماع المركب للمنع من تحققه لعدم دليل عليه فت

### الخامس اذا لم يكن له بالفعل ما ينفق به على الاقارب الواجب عليه انفاقهم

و قدر على تحصيله بالتكسب اللائق بحاله فهل يجب فيكون الانفاق عليهم من الواجبات المطلقة التي يجب تحصيل مقدماته كالصلاه بالنسبه الى اكثر مقدماته كالطهاره من الحدث و الخبث و غير ذلك او لا فيكون

ص: ٥٨٠

ذلك من الواجبات المشروطة التي لا يجب تحصيل مقدماته بل انما تتصف بالوجوب بعد وجود المقدمه توقف في عد في المسأله قائلا- يلزم التكسب لنفقه نفسه و زوجته و هل يجب لنفقه الاقارب فيه اشكال و كذا استشكل فيها في التنقيح قائلا لا كلام في وجوب التكسب لنفقه نفسه و زوجته و هل يجب لنفقه الاقارب اذا عدم المال بالفعل أم لا اشكال مبني على انه واجب مشروط او مطلق و كذا توقف في المسأله في الكشف لأنه كالتنقيح و الايضاح ذكر وجوه الاحتمالين من غير اشاره الى الترجيح في البين و صرح بالاحتمال الأول في المبسوط و المهذب و د و حكاة في الكشف عن التحرير و لهم وجوه منها ان الاصل في الواجب ان يكون واجبا مط و ان وجب ثبوته من غير اللفظ كالإجماع و دليل العقل و ذلك لأن الواجب المطلق اكثر من الواجب المشروط فيلزم الحاق المشكوك فيه بالغالب و يؤيده استصحاب الوجوب في صورته سبقه باعتبار وجود اسبابه و لو علم بها اجمالا- و هو و ان كان معارضا باستصحاب عدم الوجوب في بعض الصور كما لا يخفى الا ان هذا ناف و الأول مثبت و المثبت مقدم على التناهي فت و منها ما تبه عليه في الايضاح قائلا بعد الاشاره الى ما حكيناه عن عدم منشأ الاشكال وجهان الأول ان وجوب الانفاق هل هو واجب مشروط بحصول المال او مطلق منوط بالقدرة يحتمل الثاني لقوله تعالى وَ عَلَى الْمُؤَلُّودِ لَهُ الْاِيه فلم يشترط في الوجوب المال و انما شرطنا القدره لاستحاله تكليف ما لا يطاق و انتفائه هنا باجماع الامه و منها ما تبه عليه في الايضاح أيضا قائلا و كذا آيه وجوب اجره الرضاع مطلقه تدل على الوجوب المطلق و شرطه القدره لما ذكرنا و قد تبه على ما ذكره في الكشف أيضا و منها ما تبه عليه في الكشف من اطلاق اخبار الانفاق و منها ما تبه عليه في الكشف أيضا قائلا ان القادر على التكسب غنى في الشرع و قد اتفقوا على وجوب النفقه على الغنى و قد تبه على الوجه المذكور في ط قائلا انما قلنا اذا كان قادرا على الكسب يلزمه ان يكتسب و ينفق عليه لأن القدره على الكسب بمنزله المال في يده لما روى ان رجلين اتيا النبي ص فسألا- من الصيده فاق اعطيكما بعد ان اعلكما ان لا حظ فيها لغنى و لا لقوى مكتسب فاجراه مجرى الغنى في المنع من اخذ الزكاه و منها ما تبه عليه في الكشف أيضا بقوله و نحو قوله ص ملعون من ضيع من يعول و قول الصادق ع اذا عسر احدكم فليضرب في الأرض بيتغى من فضل الله و لا- يغم نفسه و منها ما تبه عليه في التنقيح من قوله تعالى وَ لَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ حَشِيَةً إِمْلَاقٍ لا يقال يعارض الوجوه المذكوره وجوه تدل على الاحتمال الثاني احدها ما تبه عليه في الكشف قائلا ان الوجوب خلاف الأصل و بعد الثبوت فوجوبها مط خلاف الأصل فيقتصر على اليقين و هو الوجوب بشرط الغنى و قد تبه على الاصل المذكور

فى الايضاح و التنقيح أيضا و ثانيها ما تبّه عليه فى الايضاح و يحتمل الأول لقوله تعالى لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ اوجب من السعه و تبّه على هذا الوجه فى التنقيح و الكشف أيضا و ثالثها ما تبّه عليه فى الكشف أيضا قائلا و قوله تعالى وَ مَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ و لم يقل فليكتسب او نحوه و رابعها ما تبّه عليه فى الكشف أيضا قائلا و انّ النّفقه عليهم مواساه و لا مواساه على الفقير لأننا نقول الوجه المذكوره ضعيفه لا- يصح الاعتماد عليها اما الاول فلأنّ اصاله البراءه لا تعارض الاطلاقات الدّاله على الوجوب خصوصا مع اعتضاها هنا بسائر الأدلّه الدّاله على الاحتمال الاول و منها ما بيناه من انّ الأصل فى الواجب ان يكون واجبا مط لا مشروطا و من الاستصحاب و لا ريب فى ان كلّا منهما ارجح من اصاله البراءه و مع هذا فكلّ منهما معتضد بفتوى جماعه بالاحتمال الاول من غير ظهور قائل بالخلاف و توقّف جماعه فى المسأله لا يصلح للمعارضه فت و اما الثانى فلانه لا دلالة فيه على المدعى اذ غايه ما يستفاد منه أنّه يجب الانفاق من السّيعه حيث يكون متحقّقه و لا دلالة فيه على نفى الوجوب فى صورت فقدها الذى هو المدعى لا منطوقا و لا مفهوما بل مقتضى اطلاق الأمر بالانفاق من السّيعه و وجوب تحصيلها لأنّ ما لا يتم الواجب الا به فهو واجب و كون الوجوب هنا مشروطا بتحقيق

السّيعه كوجوب الحجّ بالنسبه الى الاستطاعه خلاف الأصل و القاعده كما حققناه فى محلّه و امّا الثالث فلعدم دلالتها على المدعى كالأيه السّياقه و امّا الرّابع فللمنع من المقدّمين لفقد الدليل عليهما فاذا اقرب هو الاحتمال الأول مع أنّه احوط و يدخل فى الكسب التجاره و الاجاره و الرّاعه و الصّياغه و كلّ حرفه تحصل المال حتى الاحتطاب و الاحتشاش و هل يدخل فيه قبول الهبات و الصّيلات و الصّيدقات من الرّكاه و الكفارات و الأخماس و التّرويج و بالجملة كلّ عمل يترتب عليه اخذ المال او لا- بل يختصّ بالحرف و الصّينائع الأقرب الاول فيجب ذلك اذا توقف الانفاق الواجب عليه لأنّ الواجب المطلق يقتضى وجوب مقدّماته و لا بدّيّتها فاذا تركها عمدا كان آثما لا محاله نعم هل هو باعتبار نفس ترك المقدمه فيكون هنا اثمان او باعتبار ترك ذى المقدمه خاصه فيكون هنا اثم فيه اشكال معروف و الأقرب عندى هو الاحتمال الثانى و هل يدخل فى التكبّ السّؤال من المخلوقين و الاستعطاء منهم بالكف اذا كان لائقا بحاله فيجب اذا انحصر الانفاق فيه او لا الأقرب الأول كما يستفاد من بعض هل ترك الانفاق عمدا فى صوره و جوبه من المعاصى الكبيره فيكون وقوعه مرّه واحده قادحا فى العداله او من الصّينغائر فلا يكون قادحا فيها الا بعد الاصرار عليه الأقرب الثانى لعدم الدليل على كون ذلك من الكبائر الا ان يقال بان كلّ معصيه كبيره كما ذهب اليه جماعه و لكنه ضعيف جدا كما عليه معظم الطائفه و اذا توقف التكبّ على معصيه كبيره او صغيره بالذات او بالغرض سقط وجوبه كما يسقط بتوقفه على الكسب الغير اللائق و هو ممّا يختلف باختلاف الاشخاص و الازمان و الأمكنه و الأحوال فالمناط هو اتصاف الكسب الخاص و ما يريد ايقاعه باللياقه و العدم و اذا كان قادرا على اللائق و غيره و حصل من غير اللائق مال يكفى للإنفاق فالظاهر وجوب الانفاق منه عليه و اذا لم يكن قادرا الا على غير اللائق و اتى به فالظاهر وجوب الانفاق منه عليه أيضا و هل الكسب الذى يتضمن الامتان من الغير الذى هو مرغوب عنه عند صاحب الغيره يكون واجبا اذا انحصر الانفاق فيه او لا- فيه اشكال فلا- ينبغى ترك الاحتياط ألّا اذا كان الامتان يوجب الذلّه و الخفّه و التعبير بحيث لا يتحمّل عادة فالظاهر سقوط التكبّ ح و كما يجب

التكبّ للإنفاق على الأقارب يجب للإنفاق على نفسه و على زوجته كما صرّح به فى عد و التنقيح و تبّه فى الكشف على وجهه قائلا- و يلزمه التكبّ اللائق به ان قدر عليه لنفقه نفسه لوجوب دفع الضرر عن نفسه و حرمة القاء النفس فى التهلكه و

لنفقه زوجته لوجوبها عليه معارضة و لوجوب الانفاق عليها اتفاقا مع انّ الغالب في الناس الكسب و للعامه قول بعدم الوجوب لها لأنها كالدّين

### منهل لا يجب اعفاف من يجب النفقه له

#### اشاره

كما صرّح به في ط و يع و عد و د و التّحرير و اللّمعه و ضه و الكفايه و صرّح فيها بأنّه المشهور و في لك بأنّه الأشهر و لهم وجوه منها ما ذكره في ضه و الكشف من الأصل السّليم عن المعارض و منها ظهور الاتفاق على ذلك في الجملة و منها انّ ذلك لو كان واجبا لاشتهر بل و تواتر للتوفّر الدّواعى عليه و ميسر الحاجه اليه و التّالي بط و منها ان وجوب ذلك قد يكون مستلزما للضرر و الحرج و هما منفيان شرعا فت و

#### ينبغي التّبيه على امور

### الأول قال في لك المراد بالإعفاف ان يصيره ذا عفه

بان يهتّى له مستمتعا بان يزوجه او يعطيه مهر التّزويج هو او يملكه جاريه محلّله او يعطيه ثمن جاريه صالحه له عرفا كالتّفقه و تبه على ما ذكره في ضه بقوله الإعفاف تزويجه لتصير ذا عفه و في الكشف بقوله الإعفاف يكون بتزويج او تمليك

### الثاني لا فرق في ذلك بين كون المنفق عليه ابا مط او غيره

كما هو مقتضى الكتب المتقدّمه و حكى في لك عن بعض القول بوجوب اعفاف الاب قائلا قال بوجوبه بعض الأصحاب و جماعه من العامه للأب لأنّ ذلك من اهمّ المصاحبه بالمعروف و لأنّه من وجوه حاجاته المهمّه فيجب على الابن القيام به كالتّفقه و الكسوه و الأشهر الاستحباب

### الثالث لا فرق في ذلك أيضا بين كون المنفق عليه ناقص الأحكام و الخلقه او لا

و قد صرّح بذلك في المبسوط قائلا فاما اعفاف الولد فلا يجب عندنا سواء كان ناقص الأحكام و الخلقه معسرا كان او موسرا أم لا- و قال بعضهم ان كان معسرا ناقص الاحكام و الخلقه فعليه ان يعفه بعقد نكاح او ملك يمين لقوله تعالى وَ صَاحِبُهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا و ان كان معسرا كامل الاحكام و الخلقه فقال بعضهم يجب عليه اعفاهه و قال آخرون لا يجب اذا كان موسرا و ابواه معسرين

### الرابع لا فرق في ذلك بين ان يظنّ المنفق وقوع المنفق عليه في المعصيه من الزّنا و نحوه

بترك الإعفاف او لا ولا بين ان يكون الإعفاف فى غاية السهوله او لا

### **الخامس هل يستحب اعفاف من يجب النّفقه له او لا**

صرّح فى لك بانّ الأشهر الاستحباب و يعضد ما ذكره قول الكفايه المشهور استحباب اعفاف من يجب النّفقه له و قيل بوجوبه للأب و ما ذكروه لا باس به و صرّح فى الرّوضه بأنّه يستحب تزويج الاب قائلا و عليه يحمل ما ورد من الامر به

### **السادس قال فى لك و الكفايه و لا يتأدى الوظيفه وجوبا و استحبابا بالعجوز**

التي لا تليق بحاله و زاد فى الأوّل قائلا و لا الشوهاء كما ليس له ان يطعمه طعاما فاسدا لا يرغبه

### **السابع قال فى هذين الكتابين و يشترط حاجته الى النّكاح**

و يقبل قوله فى الرّغبه من غير يمين و زاد فى الأوّل قائلا لكن لا يحلّ له طلبه حيث نقول بوجوبه الا اذا صدقت شهوته و شق عليه الصّبر

### **الثامن قال فى لك لو كان قادرا على التزويج مالكا للمهر**

لم يجب على القولين و ان وجبت نفقته بعد ذلك

### **التاسع قال فى الكتابين المذكورين أيضا و نفقه الرّوجه ح تابعه للإعفاف**

فان وجب وجبت و ألما استحبت و كذا القول فى نفقه زوجه الاب التي تزوجها بغير واسطه الابن و اوجب الشّيخ فى ط نفقه زوجته و ان لم يجب اعفافه لأنّها من جمله مؤنّته و ضرورته كنفقه زوجته و خادمه حيث يحتاج اليه و صرّح فى التّحرير بأنّه لا يجب نفقه زوجه الأب

### **العاشر قال فى الكتابين المذكورين أيضا لو ماتت الرّوجه او الأمه**

يجدد حكم الإعفاف بغيرها وجوبا او استحبابا و كذا لو طلقها لنشوز او نحوه او باع الأمه لذلك و زاد فى الأوّل قائلا و لو كان مشتتيا لم يعد الحكم لأنّه المقصر و المفوت على نفسه

### **الحادى عشر قال فى الرّوضه لا يجب اخداه و لا النّفقه على خادمه**

## منهل اذا ترك الانفاق الواجب عليه بالنسبه الى اقاربه المتقدم اليهم الإشاره

### إشاره

فهل تشتغل ذمته بذلك و تستقر في ذمته فيجب عليه قضاؤه او تحصيل براءه الذمه ممن يستحقه كما في سائر الحقوق الماليه او لا-المعتمد الثاني وفاقا للشرائع و فع و د و عد و التّحرير و مع و اللّمعه و التّنيح و ضه و لك و الكفايه و الكشف و ض و لهم وجوه منها ظهور الاتّفاق عليه فأتى لم اجد فيه خلافا لا عينا و لا اثرا و منها أنّه نبه في الكشف على دعوى الاجماع على ذلك و يعصدها قول ض لا يقضى نفقه الاقارب بلا خلاف في ذلك بل حكى جماعه عليه الاجماع و هو الحجّه فيه و منها ما احتج به في يع و التّحرير و التّنيح و ضه و الكشف و ض قائلين و لا تقضى نفقه الاقارب لأنّه مواساه لسدّ الخله فلا يستقر في الذمه و لو قدرها الحاكم و اشاروا بالتعليل الى الفرق بين نفقه القريب و نفقه الزوجه كما نبه عليه في لك قائلا اشار بالتعليل الى الفرق بين نفقه القريب و نفقه الزوجه حيث وجب قضاء نفقتها دون نفقه القريب بأنّ الغرض من نفقه القريب مواساته و سدّ خلته فوجبها لدفع الحاجه لا عوض فاذا اخل بها اثم و لم تستقر في الذمه فلا يجب قضائها كما لو اخل بقضاء حاجه المحتاج الذي يجب عليه اعانته بخلاف نفقه الزوجه فانّها واجبه عوض الاستمتاع فكانت كالمعاوضه الماليه فاذا لم يؤدها استقرت في ذمته و يتفرّع عليه قضائها و يظهر منه صحّه الوجه المذكور الذي احتج الجماعه المتقدم اليهم الإشاره و قد يطالبون بمستنده لو لا الاتّفاق الآ ان يق غايه ما يستفاد من الأدلّه مجرّد وجوب الانفاق و هو اعمّ من استقرار المال في الذمه و من المعلوم أنّ العام لا دلالة له على الخاص بوجه من الوجوه فيبقى اصاله عدم اشتغال الذمه بالمال كما في الدّين سليمه عن المعارض فت و منها اصاله البراءه بناء على كون الانفاق من الواجبات الموقته و أنّ القضاء بفرض جديد فت و منها أنّ القضاء لو كان واجبا لاشتهر بل و تواتر لتوفر الدّواعى عليه و بطلان التّالى واضح و منها أنّ المعهود من السّيره عدم الالتزام بالقضاء و تركه من غير انكار و نكير و منها أنّ في القضاء ضررا و حرجا غالبا و الأصل عدمهما و منها أنّ وجوب القضاء قد يستلزم ترك مندوبات من الأعمال البدئيه و الماليه لتوقفه عليه فيكون منفيّا للعمومات

ص: ٥٨٢

الدّاله على رجحان تلك الأعمال فت و

ينبغي التنبه على امور

**الأول لا فرق في عدم وجوب القضاء بين ان يقدر الحاكم النّفقه او لا**

كما صرّح به في يع و عد و التّحرير و اللّمعه و ضه و لك و الكشف و هو ظاهر اطلاق د و مع و الكفايه بل الظاهر أنّه ممّا لا خلاف فيه و يدلّ عليه مضافا الى ما ذكر ما ذكره في لك قائلا لا فرق عندنا في ذلك بين تقدير الحاكم لها و عدمه لأنّ تقديره لها لم يخرجها عن حالها الاصلى من كونها مواساه و دفع ضروره خلافا لبعض الشافعيّه حيث ذهب الى أنّها مع فرض الحاكم لها

## الثانى اذا امر الحاكم بالاستدانه على قريبه

الواجب عليه الانفاق لغيبته او امتناعه منه و استدان استقرت فى ذمته و وجب عليه قضاؤها كما صرح به فى يع و د و التحرير و عد و عه و التقيح و ضه و لك و الكشف و لهم و جوه منها ظهور الاتفاق عليه كما نبه عليه فى الكفايه قائلا قالوا لو امره الحاكم بالاستدانه على قريبه الواجب عليه الانفاق لغيبته او امتناعه استقرت فى ذمته و وجب عليه قضاؤه و يعضد ما ذكره قول ض ذكر الجماعه و جوب القضاء فيما لو استدانه القريب بامر الحاكم لغيبه المنفق او امتناعه فانه يستقر الدين فى ذمته كسائر ديونه و لذا وجب قضاؤه و منها ما ذكره فى لك و ضه قائلا لأنها صارت بذلك دينا محضا و منها ان الاستدانه صحيحه بلا اشكال فيجب الوفاء بها و لا يتعلق الوجوب بالحاكم للأصل و عموم نفي الضرر و أنه لم يقصد ذمته و لا بمن يستدين لما ذكر فلم يبق الا من يجب عليه الانفاق فيجب عليه القضاء و الحق فى اللمعه و ضه بامر الحاكم اذنه و رخصته و هو جيد و الحق فى التقيح بالحاكم المنفق الذى يجب عليه الانفاق و هو جيد أيضا و هل يجب على الحاكم الامر بالاستدانه و الرخصه فيها ح او لا فيه اشكال من اصاله البراءه و عدم التصريح بالوجوب فى شىء من النصوص و الفتاوى و من ان ذلك نوع من النهى عن المنكر فيجب و ان فيه دفع الظلم و حفظ النفس المحترمه فيجب فت و كيف كان فهو احوط و هل يرتفع الاثم عن الممتنع عن الانفاق بامر الحاكم بالاستدانه او اذنه بها و يخرج من العصيان فيسقط عنه التعزير و النهى عن المنكر او لا الا بعد الاستدانه او لا مط الا بعد التوبه احتمالات و لكن الاحتمال الثانى هو الاقرب لانتفاء متعلق الامر بالانفاق و اذا امر الحاكم بالاستدانه فهل يجب على المامور سواء كان من يجب الانفاق عليه أم اجنبيا اخر الإطاعه فلو لم يستدن كان عاصيا او لا فيه اشكال و لكن الاحتمال الثانى هو الأقرب لأصالة براءة الذمه عن الوجوب السليمه عن المعارض الا ان يقال قوله تعالى هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَ الَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ يقتضى الوجوب و فيه نظر و هل يعتبر امر كل حاكم جامع للشرائط من الاجتهاد و العدالة او اذنه و لو كان مفضولا او لا بل يشترط الأعلميّه و الأورعيه مع التمكن منهما و لو بعد البحث او الفحص كما فى التقليد و الحكم عن المختار الذى عليه المعظم فيه اشكال من الأصل المقتضى للاقتصار على الأعلم و الأورع و من عموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و قولهم عليهم السلام فى عده اخبار معتبره المؤمنون عند شروطهم و عدم التنبيه على اشتراط الأمرين فى النصوص و الفتاوى و لا- ينبغى ترك الاحتياط بمراعات الأعلم و الأورع و ان كان الاحتمال الأول فى غايه القوه و هل يشترط فى امر الحاكم او اذنه علمه بان من يجب عليه الانفاق يمنع من الانفاق و أنه عاص بذلك او يكفى فى ذلك الظن مط و لو كان مستندا الى قول من يجب الانفاق عليه او لا بل يشترط ان يكون مستندا الى شهاده العدلين الاقرب الأول الا اذا شهد العدلان بالامتناع من الانفاق على وجه لا يرجع شهادتهما الى النفى فتقبل مط و لو لم يحصل منها الظن فلا يكون شهاده العدل الواحد و لا شهاده الفاسقين و لا الاستفاضه الظنيه و لا شهاده النساء مط و لو كن عادلات و منضمات الى الرجال و لا- الظنون الحاصله من الأمارات الخارجيه و لا مجرد ادعاء من يجب الانفاق عليه معتبره للأصل و العمومات من الكتاب و السنه الداله على عدم جواز العمل بغير العلم و بالظن و النصوص و الفتاوى الداله على عدم قبول شهاده العدل و شهاده الفساق و النساء و هل يثبت ذلك بقول من يجب عليه الانفاق انى لا انفق عليهم فيما بعد و فى الزمان الآتى او لا فيه اشكال و لكن الأقرب عدم الثبوت لأنه ليس باقرار ملزم و اذا قال ما انفقت عليهم ففى الثبوت به اشكال لأنه ان كان فى الوقت الذى لا يجب فيه الانفاق فلا يعتبر لأن نفقه الأقارب لا يقضى و ان كان فى الوقت الذى يجب فيه الانفاق موسعا فلا- تعتبر أيضا لبقاء وقت الوجوب و بالجمله فرض ثبوت ذلك بالاقرار لم اعلمه فت و لو وكل من

يجب عليه ان ينفق في الانفاق فلم ينفق الوكيل اما لعجز طار منه او لعدم اراده له فهل يجز الحاكم الوكيل بذلك او لا

الاقرب الثاني و لا يشترط في المأمور بالاستدانه ان يكون هو المنفق عليه لا غيره و هل يشترط اذا كان المستدين هو المنفق عليه ان يستدين في ذمته و يكون الوفاء على من يجب عليه ان ينفق واجبا او لا بل لا يجب عليه الوفاء على من يجب عليه الانفاق الا اذا استدان في ذمته الاقرب الثاني و هل يصدق المستدين في النيه مط او مع اليمين او لا الاقرب الأول الا اذا علم من يجب عليه الانفاق بكذب دعواه في النيه فيحتمل ح مطالبه باليمين و هل يجب على من يستحق النفقه اذا استدان باذن الحاكم ان يعلم المدين بان هذا الدين من قبل من يجب عليه ان ينفق او لا الاقرب الثاني و عليه فهل الدين يرجع على المستدين او على من يجب عليه ان ينفق عليه الاقرب انه ان علم عند المطالبه بحقيقه الحال فلا يرجع الا على الثاني و ان لم يعلم بذلك فلا يرجع الا على الأول و هل يشترط في اذن الحاكم بالاستدانه على ذمه من يجب عليه ان ينفق علمه بانه يوفى الدين و انه لا يماطل او لا و على الثاني فهل يشترط الظن بذلك او يكفي مجرد الاحتمال و لو مع عدم الظن بالوفاء فيه اشكال و لكن احتمال كفايه الظن و اشتراطه في غايه القوه و لو استدين باذن الحاكم و لم يتمكن من استيفائه من المذى يجب عليه ان ينفق اما لأعساره او غير ذلك فهل يجب على الحاكم ان يقضى الدين من بيت المال ان كان او من الأوقاف و الصدقات و الأخماس و وجوه البر او من ماله او لا- يجب عليه شىء من ذلك الاقرب الثاني في صورته علم المدين بحقيقه الحال و اما اذا يعلم بذلك ففي ذلك اشكال من الأصل و عموم قوله تعالى

ص: ٥٨٣

مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ و من انه لو لم يجب على غير من يجب عليه ان ينفق قضاء الدين يترتب عليه الضرر و الأصل عدمه و لكنّه معارض بالمثل فيبقى ما سبق سليما عن المعارض فاذا الاحتمال الأول في غايه القوه و هل يشترط في اذن الحاكم بالاستدانه عدم التمكن من بيع مال من يجب عليه ان ينفق و نحوه او لا فيه اشكال و لعل الاحتمال الثاني اقرب و عليه فهل يتخير بين الاستدانه و البيع و ما في معناه او لا الاقرب هو الأول مع انه احوط و هل يشترط في الاستدانه الاشهاد عليه او لا الاقرب هو الثاني و اذا تحمل اجنبى النفقه تبرعا فهل يجوز الاستدانه ح او لا حتى يرفع يده من الانفاق الأحوط الثاني بل هو الاقرب و نبه على ما ذكرناه في عد و الكشف قائلين لو استغنى عن نفقه اليوم بان اضافه انسان سقطت عن قريبه و زاد الثاني قائلا لأنها انما وجبت لسد الخله و اذا استدين للنفقه على الوجه المشروع فمات من يجب عليه ان ينفق فهل هذا الدين كسائر الديون او يبطل هذا و يرجع المال الى مالكة الأول الاقرب هو الأول و هل يشترط في صحه الاستدانه ان يكون على وجه القرض من غير نفع او لا- بل يجوز بجميع المعاملات و لو اشتملت على نفع للمدين فيه اشكال فلا ينبغي ترك الاحتياط بمراعات الاحتمال الاول بل هو في غايه القوه نعم ان لم يتمكن من الاستدانه اما بالنفع فلا- يبعد الحكم بجوازه ح حيث يكون على الوجه المتعارف و لا يترتب عليه ضرر لا يتحمّله من يجب عليه ان ينفق و اذا توقف الاستدانه على رهن فهل يجوز ان يرهن من مال من يجب عليه ان ينفق الذي لا يمكن بيعه و ما في معناه او لا فيه اشكال و لكن احتمال الجواز هو الاقرب

**منهل اذا دفع بالنفقه الواجبه عليه و تعمد ترك اعطائها لمستحقها اجبره الحاكم عليها**

اشاره



كما صرح به في بيع و عد و مع و اللعنه و لك و ضه و الكشف بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه و هل هذا من باب النهى عن المنكر فيلزم الحاكم مراعات مراتبه و شروطه و يشترط غيره معه في هذا لان الامر بالمعروف و النهى عن المنكر لا يختصان بالحاكم بل يعلمان كل مكلف و لا يتوقف ذلك ح على دفع المستحق للنفقة امره الى الحاكم بل يكفي مجرد علمه به او لا بل هو من باب الحكومه فيجب ذلك زياده على النهى عن المنكر و لا يشترك مع الحاكم غيره في ذلك و يتوقف على دفع المستحق للنفقة امره الى الحاكم لم اجد مصرحا باحد الامرين فينبغي ح مراعات الاحتياط بل الاحتمال الاول هو الاقرب و على اى تقدير اذا امتنع من دفع النفقه مع الاجبار و لم يتمكن من اخذ النفقه من ماله بوجه من الوجوه جاز حبسه كما صرح به في بيع و د و عد و التحرير و لك و الكفايه و الكشف بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه و اما مع التمكن من ذلك فهل يتعين الحبس ح او لا بل يتخير بينه و بين اخذ النفقه و استيفائها من ماله صرح بالثاني فى لك و الكفايه قائلين و للحاكم اجبار من يقصر فى دفع الواجب فان امتنع من الدفع مع امره تخير الحاكم بين حبسه و تاديبه لينفق بنفسه و بين ان يدفع من ماله مقدار النفقه ان كان له مال ظاهر جاز ان يأخذ من ماله ما يصرف فى النفقه و ان كان له عروض او عقار او متاع جاز بيعه و فيما ذكره نظر بل عندى ان الأقوى هو الاحتمال الثانى و يظهر من الكشف ان التاديب يقوم مقام الحبس ثم ان استيفاء المنفعه من ماله يكون بوجهين احدهما ان يأخذ من ماله ان كان له مال ظاهر ما يصرف فى النفقه و قد صرح بهذا فى بيع و عد و التحرير و لك و الكفايه و الكشف و ثانيهما ان يبيع ماله من العروض و العقار و المتاع و قد صرح بهذا فى الكتب المذكوره و زاد فى بيع و لك قائلين لأن حق النفقه واجب و كانت كالدین فى ذلك و لا اشكال فى جوازه حيث يتوقف الاستيفاء عليه و الظاهر ان الصلح يلحق بالبيع فى الجواز و يكون مخيرا بينهما و اذا دار الأمر بين احد الأمرين و بين اجاره الأعيان المذكوره او بعضها لذلك او الصلح عن المنافع فهل يتخير بين نقل العين و بين نقل منفعتها او يتعين الأول او يتعين الثانى يظهر من الكتب المذكوره الثانى و فيه نظر بل الاحتمال الثالث فى غايه القوه خصوصا اذا ترتب الضرر على المالك فى نقل العين لأصالة عدم جواز نقل العين و لا يمكن المعارضه باصالة عدم جواز نقل المنفعه لأنها منتقله لا محاله و لأن العين مال مسلم فالأصل ثبوت سلطنه المالك فى المنع من نقلها الى الغير لعموم قوله ص الناس مسلطون على اموالهم و لا يعارض بالمثل فى نقل المنفعه لما تقدم اليه الاشاره و لأن نقل العين قد يوجب ضررا عظيما على المالك فالأصل عدمه لعموم نفي الضرر و لأن نقل المنفعه دون العين احسان غالبا فالأصل جوازه لعموم قوله تعالى **مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ** فت و اذا اريد البيع و ما فى معناه فهل يتعين ان يجعل للمالك خيارا اذا رد مثل الثمن فى مدّه معلومه او يجوز البيع مط و لو من غير خيار مقتضى اطلاق الكتب المذكوره الثانى و هو فى غايه القوه الا ان مراعات الأول لعله احوط خصوصا اذا ترتب الضرر على المالك على البيع من غير خيار بل لا يبعد الحكم بلزومه ح و هل يجب البيع على وجه لا يتمكن المالك من الفسخ فلا يصح البيع بطريق المعاطات او يصح مط الاقرب الأول و اذا توقف الاستيفاء على بيع ما يزيد ثمنه على النفقه فالظاهر الجواز و يردّ الرائد على المالك و اذا دار الأمر بين بيع ما ذكر و بين ما يكون ثمنه موافقا للنفقه فهل يتخير بين الأمرين او يتعين الثانى فيه اشكال و لكن الاحتمال الثانى احوط بل فى غايه القوه و اذا دار الامر بين بيع عين و صرف ثمنها فى النفقه و بين اخذ عين و صرفها فى النفقه فهل يتخير بين الأمرين او يتعين الثانى ربّما يظهر من الكتب المذكوره الأول و هو فى غايه القوه و

**ينبغي التنبه على امور**

**الأول قال فى ضه و فى كفيته ببعه وجهان**

احدهما ان يبيع كل يوم جزءا بقدر الحاجة و الثاني لا- يفعل ذلك لأنه يشق و لكن يقترض عليه الى ان يجتمع ما يسهل بيع العقار له و الأقوى جواز الأمرين و لو تعذرا فلم يوجد راغب في شراء الجزء اليسير و لا مقرض و لا يثبت مال يقترض به جاز بيع أقل ما يمكن بيعه و ان زاد عن قدر نفقه اليوم لتوقف الواجب و ما ذكره جيّد و الظاهر أنه لا يجب على البائع للاستيفاء تحمل الحرج العظيم في مراعات مصلحة المالك

### **الثاني الفاعل للحبس و الأخذ للمال و البيع هو الحاكم يعني المجتهد الجامع للشرائط**

و اذا تعذر الوصول اليه فهل يستقل المنفق عليه بالاقتصاص على المنفق و البيع و ما في معناه او لا- صرح بالأوّل في لك و الكفايه قائلين لو لم يقدر على الوصول

ص: ٥٨٤

الى الحاكم ففي جواز استقلاله بالاقتصاص عليه او البيع من ماله مع امتناعه او غيبته و جهان اجودهما الجواز لأنّ ذلك من ضروب المقاصه حيث يقع اخذ القريب في الوقت و الزوجه مط و صرح بذلك في التحرير و الكشف أيضا و فيما ذكره نظر و لكنّه في غايه القوه فيجوز المصير اليه و اذا لم يتمكن المنفق عليه من ذلك عند تعدد الوصول الى الحاكم فهل يجوز للعدل المؤمن ذلك او لا فيه اشكال بل احتمال المنع هو الاقرب

### **الثالث قال في لك و لو تعذر المنفق و امتنع احدهم**

او غاب دون الباقي انفق الحاكم من مال الممتنع او الغائب بحسب ما يخصه و انفق الباذل ما يخصه و ما ذكره جيّد ثم قال و لو لم يجد الحاكم مالا و لا مقرضا امر الحاضر بالانفاق بعضها بما عليه و بعضها قرضا على شريكه فيه و ما ذكره ضعيف ان اراد بالأمر ايجاب ذلك على الشريك لأصالة عدم وجوب القرض على الشريك مع استلزامه الضرر عليه و خلو النصوص و الفتاوى عن الاشاره الى ذلك فت

### **الرابع قال في الكفايه قالوا و له ان يأذن للمنفق عليه في الاستدانه و الانفاق**

ثم يرجع عليه و ما ذكره جيّد

### **الخامس قال في لك لا فرق في الحكم بين نفقه الزوجه و الاقارب**

لاشتراهما و ان اختلفا بالقوه و الضعف و ما ذكره ضعيف

## السادس هل يجوز للحاكم او غيره بيع المستثنيات فى الدين

اذا اراد بيع شىء من مال من يجب عليه الانفاق او لا بل يختص الحكم بغير المستثنيات مقتضى اطلاق الكتب المتقدمه الاول و هو الاقرب و لعل الاحوط الثانى

منهل المملوك نفقته واجبه على مولاه

اشاره

كما صرح به فى الوسيله و المهذب و فع و يع و التبصره و د و عد و مع و اللمعه و ضه و لك و الكفايه و الكشف و ض و لهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه و منها تصريح الكشف بدعوى الاجماع عليه و منها ان ترك الانفاق عليه ظلم فلا يجوز لعموم ما دل على حرمه الظلم و منها ان ترك الانفاق عليه تضييع للمال و هو محرم على ما صرح به بعضهم و منها ما تمسك به فى الكشف من انه محبوس عليه و لا يقدر عليه و منها ما احتج به فى الكشف من عموم قوله ص للمملوك طعامه و كسوته و قد تمسك فى لك بالزوايه أيضا و صرح بانها مرويه عن النبى ص ع و يؤيدها ما تمسك به فى ض من بعض الأخبار و

ينبغى التنبيه على امور

### الأول لا فرق فى المملوك بين ان يكون ذكرا او انثى

او ختى فيجب الانفاق على الأمه كما صرح به فى الوسيله و فع و يع و عد و مع و ضه و الكشف و ض و قد حكى فيه عن بعض الأجله دعوى اجماع الامه عليه و احتج عليه فى الكشف بعموم الدليل و العله و كذا لا فرق بين ان يكون كبيرا او صغيرا كما صرح به فى عد و لك و الكفايه و الرياض و احتج عليه باطلاق النص و الفتوى و كذا لا فرق بين المنتفع به و غيره كما صرح به فى عد و الكشف و لا فرق فى الثانى بين ان يرفع السيد يده عنه و يخلى بينه و بين نفسه او لا كما صرح به فى الكشف محتجا بانّه محبوس عليه و لا يقدر على شىء و بعموم قوله ص للمملوك طعامه و كسوته بالمعروف و كذا لا فرق بين القنّ و المدبر و أمّ الولد كما صرح به فى يع و د و عد و لك و ضه و الكفايه و الرياض و علله فى لك و ضه باشتراك الجميع فى المملوكيه و ان تشبث الأخيران بالحريه و فى الكشف بعموم الدليل و العله و فى الرياض باطلاق النص و الفتوى و صرح بعموم الحكم بالنسبه الى الأولين فى اللمعه و مع و صرح فى ضه و الرياض بانّ المكاتب نفقته فى كسبه من دون فرق بين كونه مشروطا او مط لم يؤد شيئا و اذا لم يف كسبه بالنفقه فصرح فى الأخير بانّه يتمها المولى

### الثانى ان اتحد المالك فالنفقه كلها عليه

و ان تعدد فالنفقه عليهم موزعه بحسب الحصص كما صرح به فى لك و الكفايه و الرياض الثالث المعبر من هذه النفقه قدر الكفايه و لا يتقدر بقدر كما صرح به فى المهذب و يع و عد و د و لك و الكفايه و الرياض

## الثالث المعترف من هذه النفقة قدر الكفايه

ولا- يتقدّر بقدر كما صرح به في المهذب ويعود لك والكفايه والرياض ولهم ظهور الاتفاق عليه و اطلاق ما دلّ على وجوبها و عدم ورود تقديرها شرعا

## الزابع هل المعترف كفايه مثله في الغالب او كفايه نفسه فيراعى رغبته و زهاده

و كثره اكله بحيث لا يقوم به دون ذلك و قتلته فلو كان اكله زائدا عن امثاله و فقد الزيادة تؤثر قوته و بدنه لزمت السيد و صرح بالثاني في لك و ضه و الكفايه و هو الاقرب

## الخامس يعتبر في جنس النفقة الى عاده ممالك السيد من اهل بلده

كما صرح به في يع و د و عد و اللمعه و مع و لك و ضه و الكفايه و الرياض و الكشف بل الظاهر انه ممّا لا خلاف فيه فيراعى حال السيد في اليسار و الاعسار و الشرف و الضعه فيجب ما يليق بحاله من رفيع الجنس الغالب و خسيسه و قد صرح بذلك في لك و ضه و الكفايه و الرياض و قد صرح بذلك في لك و ضه و الكفايه و الرياض فقد يجب اعطاء الحنطه و الادام الموافق لها و قد يجب اعطاء الشعير و الادام الموافق له و قد يجب اعطاء الدخن و الادام الموافق له و لا فرق في ذلك بين كون نفقه السيد على نفسه دون الغالب في نفقه المملوك عاده تقتيرا او بخلا او رياضه و فوجه فليس للمولى في انفاقه على العبد الاقتصار على نفقه نفسه في الاول و قد صرح بما ذكر في لك و ضه و الكفايه و قد تحقّق ممّا ذكرناه ان الغلبه انما تعتبر بحسب الكيفيه و امّا الكميه فلا- يعتبر بها بل يجب دفع كفايه الرقيق سواء كان زائدا عن الغالب او ناقصا عنه او مساويا و قد صرح بذلك في الرياض قائلا- لا- عبره في الكميه بالغالب في نفقه المملوك بل يجب الكفايه لو قل الغالب عنها كما لا يجب الزائد لو زاد عنها فاذن المعترف فيه الكيفيه خاصه دون المقدار و الكميه فاذا في اطلاق الحكم بالرجوع في القدر المتبادر منه الكميه الى العاده كما في العبارة نوع مناقشه اما ان يخصّ القدر بما يخصّ الجنس و الكيفيه و عن المبسوط اعتبار غالب قوت البلد و كسوته و لعلّ المؤدى واحد و لقد اجاد فيما افاد

## السادس كما يجب دفع النفقه كك يجب دفع الملبوس و المسكن

و قد صرح بوجوب دفعهما في يع و عد و لك و غيرهما و يمكن استفادته من اطلاق وجوب النفقه في الوسيله و المهذب و فع و التبصره و د و اللمعه و ضه و مع لقوه اراده الاعمّ منهما و الا لتبها على وجوبهما بالخصوص و يعتبر في كميتهما الكفايه و في كفيتهما عاده ممالك المولى في البلد و قد صرح بذلك في عد و غيره و لذا صرح في ضه و الرياض بانّه لا يكفي ساتر العوره في اللباس ببلادنا و ان اكتفى به في بلاد الرقيق و صرح في لك بانّه يعتبر في الجنس الكسوه الغالبه من القطن و الكتان و الصوف و لا- يجوز الاقتصار فيها عن ذلك و ان لم يتأذ بحر و لا برد لأن ذلك يعد تحقيرا و اذلالا و لو كان السيد يلبس دون المعتاد بخلا او رياضه لزمته رعايه الغالب للرقيق فليس له الاقتصار له على ما اقتصر عليه و لقد اجاد فيما افاد

## السابع هل يجب على المولى دفع الفراش و اللحف

و كلما يحتاج اليه الرقيق و يضطر اليه صيفا او شتاء او فى جميع الأوقات كالدواء حال المرض و

ص: ٥٨٥

و المركوب حال السيفر او لا- لم اجد فى نصّ و لا فتوى تصريحاً باحد الأمرين و الأصل يقتضى عدم الوجوب إلا ان احتمال وجوب دفع كلما يتوقف عليه بقاءه و كلما يدفع عنه الضرر و الحرج فى غايه القوه

## الثامن اذا رضى الرقيق بالأدنى مما يستحقه من الطعام و الأدام

و اللباس فهل يجوز دفعه او لا- بل يجب دفع ما يستحقه من الأعلى ح فيه اشكال و لكن الاحتمال الأول هو الأقرب و كذا لا يجب دفع الأعلى اذا كان الادون اصلح بحاله لعموم قوله تعالى **مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلِ الْمُؤَيَّدِ** بالأصل و عدم انصراف ما دلّ على وجوب دفع الأعلى الى هذه الصورة

## التاسع صرح فى لك بأنه لو كان له ممالك فالاولى التسويه بينهم

مع اتفاقهم فى الجنس و ان اختلفوا فى التفاسه و له تفصيل ذوات الكمال من الإمام و السرارى مط حملا على الغالب و قد صرح فى الوسيله بأنّ الأمه خادمه و سريه فالخادمه حكمها حكم العبد و السريه يفضلها على حسب العاده و فى مع بانّ الأمه ينفق عليها بالمعروف و ان كانت جميله و ان كانت سيرته فضلها على الخادم و لا باس بما ذكره فى لك

## العاشر صرح فى الوسيله و لك و الكفايه و الكشف بأنه لو كان السيد يتنعم فى الطعام و الأدام

و الكسوه استحب ان يدفع الى المملوك مثله و زاد الثانى قائلا لا يجب ذلك بل يجوز الاقتصار على ما دونه اذا كان هو الغالب و ما روى أنّه ص قال اخوانكم حولكم جعل الله تعالى تحت ايديكم فمن كان اخوه تحت يده فليطعمه ممّا يأكل و يلبسه ممّا يلبس محمول على الاستحباب او على أنّ الخطاب للعرب الذين مطاعمهم و ملابسهم متقاربه او على أنّه جواب مسائل علم حاله فاجاب على ما اقتضاه الحال كما وقع فى كثير من اجوبته ص و لا باس بما ذكره

## الحادى عشر يستحب ان يجلس رقيقه منه على المائده

و يطعمه خصوصا اذا كان هو الذى يعالج طعامه فان لم يفعل فينبغى ان يعطيه منه و لو لقمه كما صرح به فى لك و الكفايه محتجين بروايتين نبويين مرسلتين فى إحداهما اذا جاء احدكم خادمه بطعامه و قد كفاه حرّه و عمله فليقعد و ليأكل معه و ألا

فليتناوله اكله من طعامه و في الأخرى اذا كفا احدكم خادمه طعامه و دخانه فليجلسه معه فان ابى فليروغ له اللقمة او اللقمتين ثم صرّحا بأنّه ذهب بعضهم الى وجوب احد الأمرين تخييرا عملا بظاهر الامر مع كون الإجلال افضل و بأنّ الوجه ان ذلك على وجه الاستحباب ندبا الى التواضع و مكارم الأخلاق و الاستحباب فيمن عالج الطّعام اكد و رعايه هذا الخلق في حقّ الحاضرين اهم و زاد الأوّل قائلا و ليكن ما يتناوله من اللقمة كبيره يسدّ مسدّا دون الصّغيره التي يهيج الشّهوه و لا يقضى النّهمه

### الثاني عشر صرّح في لك و الكفايه بان نفقه المملوك امتاع لا تمليك

فلا يصير ديننا بتأخيرها بل يسقط بمضى الزّمان و ان فعل حراما و لو دفع اليه الطّعام ثمّ اراد ابداله فله ذلك و زاد الأوّل قائلا ما لم يتضمّن تاخير الاكل عن المعتاد و ما ذكره جَيِّد و احتجّ في الأوّل عليه بفحوى ما دلّ على ان نفقه القريب امتاع لا تمليك لعدم قبول الحيوان الملك

### الثالث عشر المملوك ذكرا كان او غيره

أمّا ان يكون عاجزا عن الاكتساب بصغرى و كبرا و زمانه او مرض او نحو ذلك او يكون قادرا عليه فان كان الأوّل كانت نفقته على سيّده و ان كان الثاني كان للسيّد ان يجعلها في كسبه ح كما صرّح به في المهذب و الوسيله و التّبصره و عد و مع و اللّمعه و لك و ضه و الكفايه و الكشف بل الظاهر أنّه ممّا لا خلاف فيه و هل يتعيّن عليه ذلك او يكون مخيرا بينه و بين الانفاق من ماله صرّح بالثاني في المهذب و عد و لك و الكفايه و الكشف و ربما يستفاد من التّبصره و اللّمعه و ضه بل الظاهر أنّه ممّا لا خلاف فيه و ان كان ظاهر عباره الجامع يفيد وجوب ذلك فاذا التّخير هو المعتمد لما ذكر و لإطلاق الأمر بالإنفاق و لذا احتجّ في الكشف على جواز الانفاق من كسبه بأنّه أيضا من ماله قائلا و ان روى عنه ص لا تكلفوا الصّغير الكسب فانكم متى كلفتموه الكسب سرق و لا تكلفوا الأمه غير الصّغيره الكسب فانكم متى كلفتموها الكسب كسبت بفرجها و اذا اختار جعل النّفقه في الكسب فان و في بها اقتصر عليه و ان قصر عنها اتمها المولى من عنده و ان زاد عليها كان الزّائد للمولى و قد صرّح بجميع ما ذكر في الوسيله و المهذب و الجامع و صرّح في الأوّلين بالتّبصره و اللّمعه و ضه و لك و الكفايه و صرّح في الجامع بأنّ الزّوج ان كان عبدا و نكح باذن سيّده و هو مكتسب بالنّفقه في كسبه فان اعوز اتمّه السيّد و ان فضل فله و ان اختار ان ينفق من ماله فله و هو جيّد

### الرابع عشر لو امتنع المولى من الانفاق على مملوكه عبدا كان او جاريه

و كان قادرا عليه و كان المملوك عاجزا عن التّكسب متحدا فصرّح في يع و د و التّبصره و عد و اللّمعه و ضه و لك و الكشف بأنّه يجبر على الانفاق او يبعه بل الظاهر أنّه ممّا لا خلاف فيه فهو جيّد لما ذكر و يعضده عموم ما دلّ على وجوب الأمر بالمعروف و النّهي عن المنكر و عموم قوله تعالى ﴿مَّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ وَقَوْلُهُ تَعَالَى ﴿تَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَ هَلْ يُجْبَرُ عَلَى الْإِعْتِقَادِ أَيْضًا أَوْ لَا بَلْ يَتَخَيَّرُ بَيْنَ الْأَمْرَيْنِ الْمَذْكُورَيْنِ لَا غَيْرَ يَظْهَرُ مِنْ يَع وَ د وَ التّبصره وَ عَد وَ اللّمعه الثّانِي لِاقْتِصَارِهَا فِي الْحُكْمِ بِالتّخَيَّرِ بَيْنَ الْأَمْرَيْنِ الْمَذْكُورَيْنِ وَ لَمْ يَذْكَرْ غَيْرَهُمَا وَ خَيْرٌ فِي مَع بَيْنَ الْبَيْعِ وَ الْإِعْتِقَادِ وَ صرّح في ضه و الكشف بجواز الاجبار

عليه أيضا و المسأله لا تخلو عن اشكال من ان العله المجوزه للإجبار على البيع موجوده فى الإجبار على الإعتاق و من الأصل و عموم قوله ص الناس مسلطون على اموالهم و ظهور كلام الأكثر فى عدم جواز الإجبار على الإعتاق و أنه اتلاف المال من غير عوض فيكون ضررا منفيًا بقوله ع فى المرسل المشهور لا ضرر و لا ضرار فت و كيف كان فالاحوط ترك الاجبار على الإعتاق و هل يلحق بالبيع غيره ممّا يزيل الملك من الصّالح و الهبه او لا بل يختص الحكم بالبيع صرح فى الكشف بالأول و هو فى غايه القوه و ان كان مقتضى اقتصار ما عدا الكشف من الكتب المتقدمه على البيع الثانى و صرح فى الرّوضه بان فى حكم البيع الإجاره مع شرط النّفقه على المستاجر و هو فى غايه القوه و لا فرق فى ذلك بين القن و المدبّر و أمّ الولد كما صرح به فى بيع و اللّمعه و الكفايه و ضه و لك و علله فى الاخيرين باشتراك الجميع فى المملوكيه و صرح فى لك و الكفايه بان أمّ الولد لا تباع بل يجبر على الانفاق عليها خاصه و هو احوط بل فى غايه القوه ان لم نجوز الاجبار على الإعتاق و اخراج أمّ الولد عن الملك بنحو الصّالح و الهبه و الما فلا يتعين الإجبار على الانفاق عليها خاصه و لو لم يقدر على الانفاق عليها لفقره و لم يتمكن من الانفاق عليها من بيت المال و نحوه فصّح فى لك بأنّه لم يجب تعجيل عتقها كما لا يجب عتق غيرها من الرّقيق فصّح فى عد و الكشف بعدم وجوب عتقها ح و احتج عليه فى الأخير بالأصل و بعدم تفريطه و بأنّه لا يفيدها شيئا و ما ذكره جيّد و هل يجوز بيعها ح صرح فى لك بأنّ فيه وجهين قائلا من عموم

ص: ٥٨٦

التّهى عن بيع أمّ الولد المتناول لذلك و من جواز بيعها فيما هو أقلّ ضررا من هذا فإنّ فيه حفظ النفس عن الهلاك ثم صرح بأنّ البيع لعلّه اقوى و نسب الى الشّهد فى اللّمعه القطع به و صرح فى الايضاح بما ذكره من الوجهين و لم يرجح شيئا فى البين فظايره التّوقف كالتّواعد و الكفايه و الكشف و اشار فيه أيضا الى الوجهين قائلا بعد تصريح عد بالاشكال فى ذلك من ان به حفظها عن الهلاك و هو اولى لها من ابقائها على التّمسك بالحرّيه و من عموم التّهى عنه مع احتمال كونها كفقراء المؤمنين يلزمهم الانفاق عليها و فيما ذكره اخيرا نظر و الأقرب عندى جواز البيع ح للأصل و العمومات و عدم شمول اطلاق التّهى عن بيعها الى محلّ البحث و لو سلم فالتّعارض بينهما من قبيل تعارض العمومين من وجه و من الظاهر أنّ التّرجيح مع العمومات و يمكن استفاده المختار ممّا أطلق فيه التّخير فى الاجبار بين البيع و الانفاق كالشرائع و د و التّبصره و اللّمعه و غيرها بل صرح فى الأوّل كما عن التّحرير بأنّه لا فرق فى ذلك بين القن و المدبّر و أمّ الولد و صرح فى عد بانه لو عجز عن الانفاق على أمّ الولد امرت بالتكسب فان عجزت انفق عليها من بيت المال و لو كانت الكفايه وجب و استشكل ما ذكره اخيرا فى الكشف و ان تعدّر بيع المملوك الذى امتنع مولاه عن الانفاق عليه باعتبار عدم الزّاغ له فصّح فى عد و لك بانه يجبر ح على الانفاق و احتج عليه فى الثانى بان الواجب المخير اذا تعذر بعد افراده تعين الباقي فلو لم يبق منه الا فرد صار كالواجب المعين و صرح بما ذكره فى الكفايه أيضا ألاّ أنّه قيده بما اذا لم يوجد متبرّع و لا منفق عليه من الرّكاه و نحوها و كذا صرح بذلك فى الكشف أيضا ألاّ أنّه قيّد بما اذا لم يزل ملكه عنه بعق و غيره قائلا اذا لا مخلص دونه و ما ذكره جيّد مع التّقييد المذكورين و ان لم يكن للمولى الممتنع مال و كان ذا كسب فصّح فى عد و لك بأنّه يجبر ح على التكسب و الانفاق عليه منه او البيع و صرح بذلك فى الكشف أيضا ملحقا بالبيع غيره ممّا يزيل الملك و قائلا ألاّ ان يكون المملوك كسوبا فيؤمر بالكسب و الارتزاق منه و يمكن ادخال ذلك فى كونه ذا كسب فان كسب المملوك لمالكه ثم صرح بان الفرق بين نفقه القريب و نفقه المملوك حيث قطع بالتكسب للتّانيه ان لم يزل ملكه عنه بخلاف الاولى أنّه محبوس عليه و منافعه مملوكه له و هو لا يقدر على شىء فلا بدّ من

الانفاق عليه ما قدر او ازاله الحبس عنه فنفقته كنفقه الزوجه بل اقوى بخلاف نفقه القريب و ما ذكره جيد و صرح فى الزوجه بأنه اذا اجبر الحاكم المولى الممتنع على البيع او الانفاق و لم يفعل باعه الحاكم قائلًا و هل يبيعه شيئًا فشيئًا او يستدين عليه الى ان يجتمع فيبيع ما بقى وجهان و صرح فى مع بأنه ان كان المماليك جماعه لزم بيع البعض و الانفاق على البعض منه او يختار بيع الكل او اعتاقهم

## منهل يجب الإنفاق على البهائم المملوكة

### اشاره

و قد صرح بذلك فى المهذب و الوسيله و فع و يع و التبصره و د و عد و الايضاح و مع و اللمع و ضه و لك و الكفايه و الكشف و الرياض و لهم و جوه منها ظهور الاتفاق عليه كما اشار اليه فى الكشف و الرياض قائلين لا- نعرف فيه خلافا بين اصحابنا و منها ما اشار اليه فى الكشف قائلًا و عنه ص ع أنه قال اطلعت ليله اسرى بى على النار فرأيت امرأه تعذب فسالت عنها فقيل أنها ربطت هره و لم تطعمها و لم تسقها و لم تدعها تأكل من حشاش الأرض حتى ماتت فعدبها الله تعالى بذلك و قال ص و اطلعت على الجثه فرأيت امرأه مريبه يعنى زانيه فسالت عنها فقيل أنها مرت بكلب يلهث من العطش فارسلت ازارها فى بئر فعصرته فى حلقه حتى روى فغفر لها و قد تمسك بصدر الروايه المذكوره على ذلك فى لك و منها ان ترك الانفاق عليها ظلم فلا- يجوز لعموم ما دلّ على حرمة الظلم و منها فحوى ما دلّ على وجوب الانفاق على الزوجه و المماليك فت و منها ان ترك الانفاق عليها تضييع للمال و هو محرم على ما صرح به بعضهم و

### ينبغى التنبيه على امور

## الأول لا فرق فى البهائم المملوكة بين الأنعام الثلاثة

و كلّ ذات اربع و الطيور كما صرح به فى المهذب و الوسيله و هو ظاهر عموم الباقيين و كذا لا فرق فيها بين مأكول اللحم و غيره كما صرح به فى المهذب و الوسيله و يع و عد و الرياض و هو ظاهر غيرها و يلحق بالبهائم فى وجوب الانفاق كلّ حيوان ذى روح مملوك كما صرح به فى عد و لك و الكفايه و الكشف و علله فيه بحرمة الزوج فيجب على الإنسان نفقه ما يملكه من الحيوانات المعجم بهيمه كان او غيرها من غير فرق بين الصّغير و الكبير و الصّحيح و المريض و النّاقص كالأعمى و الزّمن و المرهون و المستاجر و غير ذلك كما صرح به فى لك و الكفايه و لا فرق بين المشفع به و غيره كما صرح به فى ضه بل قال و ان كانت مشرفه على التلف و صرح بعدم الفرق بين المنتفع به و غيره فى الرياض أيضا مدعيا فيه و فى عدم الفرق بين مأكول اللحم و غيره عدم معرفه الخلاف بين الأصحاب

## الثانى لا تقدير للنفقه بل عليه ما احتاجت اليه من الماكول والمشروب

حيث يفتقر اليهما كما صرح به فى يع و الرياض و هو ظاهر اطلاق الكتب المصرحه بأنه يجب النّفقه على البهائم المملوكة



كالمهذب و الوسيله و فع و التبصره و د و عد و اللمعه و الكفايه و غيرها و لا- شبهه فى ان الماكول بالنسبه الى الحيوانات المملوكه يختلف فيجب مراعات هذا الاختلاف فيجب ان ينفق على ما تعود العلف به و على ما تعود الحبوبات بها و هكذا و ان اجترأ الحيوان بالرعى اكتفى به و الّا علف كما صرّح به فى المهذب و الوسيله و يع و عد و الكفايه و غيرها فيقوم مقام السقى و العلف تخليه الدابّه لترعى و ترد الماء ان كانت ممّا ترعى و تجزيه خصب الأرض و لم يكن مانع من ثلج و ان اجذبت الأرض و كانت لا- تجترى بما يرعى فعليه ان يضيف اليه من العلف ما يكفيها و قد صرّح بجميع ما ذكر فى لك بل الظاهر أنّه ممّا لا خلاف فيه و اذا توقف تحصيل العلف على الشراء و جب و ان بلغ الثمن ما بلغ مع الإمكان و هل يجب عليه من النفقه ما يسد به الرمق و يحفظ من التلف او لا بل يجب دفع الجوع و الحاجه الأقرب الثانى و اذا تعدّد المأكول و اختلفت افراده قيمه و لذه فلا يتعيّن الاعلى قيمه و الالذ بل يتخير بينها و صرّح فى الروضه و الرياض بأنّه يجب المكان من مراح و اصطلب يليق بحالها و مثله ما يحتاج اليه البهيمة مط من الالات حيث يستعملها او الجل لدفع البرد و غيره حيث يحتاج اليه و اشار الى ذلك فى الكفايه قائلا يجب دفع الحر و البرد عنها بحسب المتعارف ثم صرّح بأنّه يطرد ذلك فى كلّ حيوان محترم و جميع ما ذكره جيّد و اذا تمرض الحيوان و توقف بقائه على دواء فالظاهر وجوبه و اذا توقف معالجه عضو منه كالعين عليه فالأحوط مراعاتها و لكن الأقرب عدم الوجوب

### **الثالث ان كان للبيمه ولد رضيع وفر عليه من لبنها بقدر كفايته وجوبا**

و حلب ما يفضل عنه خاصّه كما فى الوسيله و يع و د و عد و اللمعه و ضه و لك و الكفايه و الكشف و الرياض لأنّه النّفقه الواجبه عليه كما صرّح به فى الاخيرين و لو اجترأ بغيره من رعى او علف جاز اخذ اللبّن كما فيما عدا الإرشاد من الكتب المتقدّمه بل فى د اشاره اليه أيضا و بالجمله الظاهر ان هذا كما تقدّم

ص: ٥٨٧

ممّا لا خلاف فيه بين الأصحاب و أنّما يجوز الاخذ من اللبّن بقدر ما يجزى بغيره ان كلا فكلا و ان بعضا فبعضا كما صرّح به فى عد و الكشف و لو كان اخذ اللبن و الحلب مضرا بالدابه نفسها بان يكون السنه مجدبه لا تجد لها علف يكفيها لم يجز له الحلب و اخذ اللبّن كما صرّح به فى عد و لك و الكفايه و الكشف و صرّح فيه بأنّه يسقيها اياه و الاولى عدم ترك الحلب اذا لم يكن فى الحلب اضرار بها كما صرّح به فى لك و الكفايه و الكشف و هل الترك ح مكروه او حرام صرّح فى لك و الكفايه بالأوّل و لكنهما احتملا الثانى أيضا و يظهر من الكشف التردّد و هو فى محلّه من أنّ فى ترك الحلب تضييع المال و الاضرار بالبيمه و من الأصل و عدم ظهور الأمرين سلّمنا الأوّل و لكن نمنع كليه الكبرى بحيث يشمل محلّ البحث و اذا حلب فيستحبّ ان لا يستقصى فى الحلب بل يبقى فى الضرع شيئا و صرّح بما ذكر فى لك و الكفايه و الكشف و علله فى الأوّل بأنّها تناذى بذلك و يستحب للحالب ان يقص اظفاره كيلا يؤذيها القرص و قد صرّح به أيضا فى هذه الكتب

### **الزابع لا يجوز تكليف الدابه بما لا نطقه من تقيل الحمل و ادامة السير**

كما صرّح به فى لك و الكفايه و كذا صرّح به فى الكشف قائلا و لهذا نهى عن ارتداد ثلاثه

### الخامس يجب الانفاق على دود القرّ

كما صرّح به فى عد و لك و ضه و الكفايه و الرّياض و صرّح به فى الكشف أيضا محتجا بحرمه الرّوح و هو يعيش بورق التوت كما صرّح به فى لك فيجب عليه القيام بقدر كفايته منه كما صرّح به فيه و فى ضه و الكفايه و الرّياض و لا فرق فى ذلك بين ان يعزّ الورق او لا- كما صرّح به فى لك و الكفايه و صرّح فى الأوّل بأنّه ان عزّ الورق و لم يعتن بالدود باع الحاكم من ماله و اشترى له منه ما يكفيه و لا- يجوز له اتلافه لذلك و صرّح بما ذكره فى الكشف أيضا و ربّما تشعر عباره الكفايه بالتأمّل فى ذلك و صرّح فى ضه و الرّياض بأنّه يجب وضعه فى مكان صالح له بحسب الزّمان و هو جيّد و يجوز تجفيف جوزها فى الشّمس و ان ادى الى هلاك الدّود و قد صرّح بذلك فى لك و الكفايه و يدلّ عليه الأصل و سيره المسلمين و عموم نفى الضّرر و عموم قوله ص النّاس مسلطون على اموالهم

### السادس يجب الانفاق على النحل

كما صرّح به فى عد و لك و الكفايه و الكشف و صرّح فى الأوّلين بأنّه يبقى للنحل شيئا من العسل فى الكواره و بأنّه لو احتاجت اليه لوقت الشّتاء و جب إبقاء ما يكفيها عاده و ظاهرهما و جوب ذلك و هو احوط

### السابع اذا لم يكن عنده علف الدابّة و اراد اتباعه من غيره

و امتنع الغير من البيع فصرح فى عد و لك لأنه يجوز ح غصب العلف و اخذه قهرا اذا لم يجد غيره كما يجوز غصبه لحفظ نفس الانسان و زاد الثانى فصرح بانه يلزم الغاصب المثل او قيمه و مقتضى اطلاق كلامهما عدم الفرق بين كون الممتنع محتاجا اليه لدابته او لغيرها و كذا مقتضاه عدم الفرق بين امكان بيع دابه من الممتنع او من غيره و ظاهره عدم و جوب التوصل الى الحاكم و لكن صرّح فى الكشف بان الأحوط التوصل الى الحاكم مع الامكان و أنّه ان امكن البيع من الممتنع باع ان لم يحتج اليه و لو للشرف و ربّما يظهر من الكفايه التأمّل فى اصل جواز غصب العلف فيما فرض لأنه اقتصر على نسبته الى بعض و هو فى محلّه لعموم ما دلّ على حرمه التصرّف فى مال الغير بدون اذنه من الكتاب و السنّه و عموم قوله ص النّاس مسلطون على اموالهم و استصحاب تحريم الغصب و عدم ثبوت الحكم المخالف للأصل بفتوى قليل من الأصحاب و عموم نفى الضّرر و الضّرار هنا يشمل الممتنع أيضا مع أنّه لا يصلح المعارضه ما ذكر

### الثامن اذا امتنع مالك البهيمة من الانفاق عليها

و لو بالتخليه لترعى اجبر على الانفاق او على البيع او على الذّبح ان كانت مقصوده بالذبح للحم و قد صرّح بجميع ذلك فى المهذّب و الوسيله و النّافع و يع و التّبصره و عد و اللّمعه و ضه و لك و الكفايه و الرّياض بل الظاهر أنّه مما لا خلاف فيه و يدلّ

عليه الاعتبار العقلي أيضا و إنما يتخير مع امكان الأفراد و لا تعين الممكن مخيرا بين افراده فلو انحصر في فرد كان هو المتعين و قد صرح بما ذكر في لك و ضه و الكفايه و الرياض فلو كان البهيمة ممّا لا يؤكل لحمة و كان مخيرا بين علفها و بين بيعها كما صرح به في المهذب و الوسيله و عد و لك و ضه و الكشف و الكفايه و الرياض و هل يجبر على الانفاق خاصه ان امتنع من البيع في غير الماكوله اللحم ممّا يقع عليه الذكاه للجلد و نحوه و يجبر عليه او على التذكيه مخيرا بينهما صرح في عد و الكشف بالأول و علله في الثاني بانّ التذكيه في غير الماكول اللحم كالتذكيه في مأكول اللحم فهي احد طرق التخلص ثم صرح بانّ الأول ظاهر المبسوط قائلا لعل وجهه أنّه غير مقصود بالدّيح في اصل الشرع و اختار هذا القول في الايضاح ناقلا له عن بعض بلفظ قيل و فيه نظر بل الأقرب هو القول الأول و ربّما يظهر من لك و الكفايه و الرياض المصير اليه و يلحق بالبيع هنا مطلق ما يفيد نقل الملك من الصّح و الهبه كما صرح به في الكشف و لا يقدح في ذلك تضمن الكتب المتقدّمه لفظ البيع لقوّه احتمال ذكره على وجه التمثيل و هل يجوز الاجبار على البيع مط و لو ممّن يعلم او يظن بانّه يمتنع من الانفاق أيضا بحيث يؤدي الى التلف او يجبر على البيع ممّن لا يظهر من حاله الامتناع مقتضى اطلاق الكتب المتقدّمه الأول و لكن الاحتمال الثاني احوط بل هو في غايه القوّه خصوصا في صورت العلم بامتناع المشتري من الانفاق بحيث يؤدي الى التلف و صرح في المهذب و لك و الكفايه بانّ المذبي يجبر على الأمور المذكوره هو الحاكم و هو جيّد و لكن يجب على كل مكلف نهى الممتنع العاصي عن المنكر اذا اجتمع شرائطه فان اصر الممتنع على الامتناع عن جميع ما ذكر ناب الحاكم عنه في ذلك على ما يراه و يقتضيه الحال كما صرح به في ضه و لك و الكفايه و الرياض و صرح فيه بانّه ينوب ببيع شيء من ماله في الانفاق و صرح في عد بانه ان لم يفعل باع الحاكم عليه عقاره فيه فان لم يكن له ملك او كان يبيع الدابه انفع له بيعت عليه و صرح في الكشف بانه ان لم يفعل باع الحاكم عليه عقاره و نحوه في العلف ان لم يكن التوصل الى ما يعتلف به من ماله و لم يمكن استقلال العقار في علفها فان لم يكن له ملك او كان يبيع الدابه انفع له بيعت عليه كلّا او بعضا او كلّ يوم بقدر ما يفي بنفقتها ان امكن و لم يكن يبيع الكلّ انفع للمالك و ان امكن اجارتها بما يفي بعلفها او جرت و في جميع ما ذكره نظر و لو قيل ينفق الحاكم من مال الممتنع اما من عينه او من قيمته او من اجره الدابه مخيرا بينهما و مراعيّا للأصلح بحاله و لمّا لا يترتب عليه ضرر به كان قويا و لكنه اعرف بتكليفه

### التاسع هل المملوك الذي لا روح فيه ولكنه ينمو كالنخيل و الأشجار

و الزروع يجب سقيه مع الامكان او لا صرح في عد بالثاني و صرح في لك و الكفايه بانّه اشهر القولين و احتجّ عليه في عد بانّه تنميه للمال فلا يجب كما لا يجب تملكه و اورد عليه في ضه بان ترك التملك لا يقتضى الاضاعه بخلاف التنميه التي توجب تركها فواته راسا و اشار الى هذا الايراد في الكشف أيضا ثم صرح بانّه يمكن القول بانّه لا يجبر عليه لكنه ربّما دخل ذلك في السفهاء فيحجر عليه و حكي في ضه و الكشف عن

ص: ٥٨٨

التحرير أنّه صرح بان ما يتلف بترك العمل فالأقرب الزامه بالعمل من حيث أنّه تضييع للمال فلا يقر عليه و فيه نظر و لم يرجح احد القولين في المسالك و الرّوضه و الكفايه مع الإشاره اليهما و الأقرب عندي هو القول الأول فيما اذا لم يستلزم ترك السقي

محرمًا من تضييع المال والسِّفاهة ان قلنا بحرمتها و هل يكره ذلك ح او لا صرَّح بالأوّل في عد محتجا بأنّه تضييع و لا باس به و اذا ملك ارضا فلا يجب زراعتها كما صرَّح به في عد و المسالك و الكفايه و احتج عليه بالأصل و لكن صرَّح بأنّه اذا كان ترك زراعتها يضر بها فقد يحرم للتضييع فصرَّح في الكفايه بانه يكره تركها اذا ادى الى الخراب

### العاشر لا يجب عماره العقار كما صرح به في لك و الروضه

و الكفايه و صرحت بكرهه تركها اذا ادى الى الخراب و صرح في الكشف بأنّه يكره او يحرم ترك عماره الدار و نحوها حتى يخرّب ان لم يكن الخراب اصلح له

### الحادى عشر يجوز التوكيل فى الانفاق على الذابه

فلا يجب مباشرته

### كتاب الطلاق

### القول فى العده

منهل الحره المنكوحه بالعقد الصحيح على وجه الدوام تعدد بموت زوجها اربعة اشهر و عشره ايام اذا كانت حائلا

### اشاره

كما صرَّح به فى يع و فع و عد و اللّمعه و الرّوضه و الكفايه و الكشف و الرّياض و غيرها و لهم وجوه منها تصريح الكفايه و الرّياض بدعوى الاجماع عليه و يعضدها اولا قول صاحب المدارك فى شرح النّافع هذا الحكم موضع وفاق بين علماء الإسلام و ثانيا تصريح الكشف بأنّه ممّا نطقت به النّصوص و الأصحاب و ثالثا تصريح بعض الأجله بأنّه لا خلاف فيه بين الاصحاب و منها ما تمسّك به فى المدارك قائلًا و الأصل فيه قوله تعالى وَ الَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذُرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَ عَشْرًا اى يعتدون بهذه المدّه و هى اربعة اشهر و عشره ايام و تبّه على ما ذكره فى الكفايه و الرّياض و منها ما تمسّك به فى المدارك من خبر الحلبيّ الذى وصفه بالصّحّحه عن ابي عبد الله ع السّلام أنّه قال المتوفى عنها زوجها اذا لم يدخل بها ان كان فرض لها مهرا فلّمّا مهرها الذى فرض لها و لها الميراث و عدّتها اربعة اشهر و عشرا كعدّه التى دخل بها و منها ما استدلّ به بعض الأجله قائلًا و من اخبار المسأله ما رواه الصّيدوق فى يه فى الصّحيح عن صفوان عن عبد الرّحمن بن الحجاج قال سألت ابا عبد الله ع السّلام عن المرأه يتزوجها الرّجل ثم يتوفى عنها هل عليها العده فقال تعدد اربعة اشهر و عشرا و منها ما استند اليه بعض الأجله أيضا من خبر عمر بن اذينه عن زراره الذى وصفه بالصّحّحه قال سألت ابا جعفر عليه السّلام ما عدّه المتعه اذا مات عنها العدى يتمّتع بها قال اربعة اشهر و عشرا قال ثمّ قال يا زراره كلّ النّكاح اذا مات الرّوج فعلى المرأه حره كانت او أمه و على اى وجه كان النّكاح متعه او تزوّجها او ملك يمين فالعدّه اربعة اشهر و عشرا و عدّه المطلقه ثلاثه اشهر و الأمه المطلقه عليها نصف ما على الحره و كك المتعه عليها ما على الأمه و منها ما عول عليه بعض الأجله أيضا قائلًا و من اخبار المسأله أيضا ما رواه فى

فى عن محمّد بن سليمان عن ابى جعفر الثانى ع قال قلت له جعلت فداك كيف صار عده المطلقه ثلث حيض او ثلث اشهر و صار عده المتوفى عنها زوجها اربعة اشهر و عشا فقال اما عده المطلقه ثلاثه قروء فلاستبراء الرحم من الولد و اما عده المتوفى عنها فان الله عز و جل شرط للنساء شرطا و شرط عليهن فلم يحابهن فيما شرط لهن و لم يجبر فيما شرط عليهن اما ما شرط لهن فى الايلاء اربع اشهر اذ يقول الله عز و جل لِلَّذِينَ يُؤَلُّونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ اَرْبَعَةِ اَشْهُرٍ فلم يجوز لأحد اكثر من اربعة اشهر فى الايلاء لعلمه تبارك و تعالى انه غايه صبر المرأة عن الرجل و اما ما شرط عليهن فانه امرها ان تعتد اذا مات زوجها اربعة اشهر و عشا فاخذ له منها عند موته ما اخذ لها فى حياته عند ايلائه قال الله تبارك و و تعالى فى عدتهن يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ اَرْبَعَةَ اَشْهُرٍ وَ عَشْرًا و لم يذكر العشره الأيام فى العده الا مع الأربعة اشهر فى ترك الجماع فمن ثم اوجبه لها و عليها و

### ينبغى التنبيه على امور

### الأول لا فرق فيما ذكرناه بين ان تكون الزوجه مدخولا بها او لا

كما صرح به فى يع وعد و اللمعه و الروضه و الكفايه و الرياض و غيرها و قد صرح به سبط الشهيد الثانى فى شرح النافع و لهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه و منها انه صرح فى الكفايه بدعوى الاجماع عليه قائلا تعتد الحرة المنكوحه بالعقد الصحيح اربعة اشهر و عشا اذا كانت حائلا صغيره كانت او كبيره بالغاً كان زوجها او لم يكن دخل بها او لم يدخل لآيها و الأخبار و الاجماع و يعضد ما ادعاه اولا قول سبط الشهيد الثانى فى شرح النافع تعتد الحرة اربعة اشهر و عشا اذا كانت حائلا صغيره كانت او كبيره دخل بها او لم يدخل هذا الحكم موضع وفاق بين علماء الإسلام و ثانيا قول الكشف نطقت به النصوص و الأصحاب جميعا بانه تعتد الحرة لو مات زوجها بالعقد ان كانت حائلا باربعة اشهر و عشره ايام صغيره كانت او كبيره مسلمه او ذميه دخل بها الزوج او لا صغيرا كان او كبيرا حرا او عبدا سواء كانت من ذوات الاقراء او لا و لا عمل على ما فى روايه عمار من انه لا عده عليها ان لم يدخل بها و ثالثا قول الرياض اطلاق الأخبار كآيها الشريفة و صريح الاجماع عموم الحكم لكل امرأه صغيره كانت او كبيره دخل بها او لم يدخل بها بالغاً كان الزوج او غيره مضافا الى صريح المستفيضه فى غير المدخوله و رابعا قول بعض الأجله لا خلاف بين الأصحاب و غيرهم فى ان الحرة الحائل المتوفى عنها زوجها تعتد اربعة اشهر و عشره ايام صغيره كانت او كبيره مدخولا بها أم غير مدخول بها دائما او متمتعا بها و منها اطلاق الآيه الشريفة و منها اطلاق خبرى زراره و محمّد بن سليمان المتقدمين و منها عموم خبر عبد الرحمن بن الحجاج المتقدم الناشئ من ترك الاستفصال و منها صريح خبر الحلبي المتقدم و منها الأخبار المصرحة بلزوم العده على من لم يدخل بها زوجها المتوفى عنها احدها ما تمسك به فى المدارك و الرياض و غيرهما من خبر محمد بن مسلم الذى وصفوه بالصيحه عن احدهما عليهما السلام فى الرجل يموت و تحته امرأه لم يدخل بها قال لها نصف المهر و لها الميراث كاملا و عليها العده و ثانيهما خبر عبيد بن زراره الذى وصفه بعض الأجله بالموثقيه قال سالت ابا عبد الله عليه السلام عن رجل تزوج امرأه و لم يدخل بها ان لها نصف الصداق و لها الميراث و عليها العده و ثالثها خبر عبد الرحمن بن الحجاج الذى وصفه بعض الأجله بالصيحه عن رجل عن علي بن الحسين عليهما السلام انه قال المتوفى عنها زوجها و لم يدخل ان لها نصف الصداق و لها الميراث و عليها العده و رابعها ما نبه عليه بعض الأجله قائلا روى فى و يب عن الحلبي فى الصحيح او الحسن عن ابى عبد الله ع قال ان لم يكن دخل بها و قد فرض لها مهرا فلها نصف ما فرض و لها الميراث و عليها العده و بهذا المضمون عده من الأخبار قد اشتركت فى الدلاله على ان المتوفى عنها زوجها قبل الدخول عليها العده لا

التي وصفها في الرياض بالموثقيه قال سالت الرضا عليه السلام عن رجل تزوج امرأه فطلقها قبل ان يدخل بها قال لا عدّه عليها و سألته عن المتوفى عنها زوجها من قبل ان يدخل بها قال لا عدّه عليها هما سواء لأننا نقول هذه الروايه لا تصلح لمعارضه تلك الأخبار كما نبه عليه في ك بقوله بعد الإشاره الى هذه الروايه و ضعفها و شدوذها و مخالفتها لظاهر القران و الأخبار المستفيضه و يؤيد ما ذكره ما نبه عليه بعض قائلنا بعد ذلك أيضا و ردّها المتأخرون كما في لك و شرح النافع للسيد السند بضعف السند و شدوذها و مخالفتها للقرآن اقول و الأظهر عندي أنّها محموله على التقيه كما يشير اليه ما رواه الشيخ في يب عن عبيد بن زراره قال سألت ابا عبد الله عليه السلام عن رجل طلق امرأته قبل ان يدخل بها أ عليها عدّه قال لا قلت المتوفى عنها زوجها قبل ان يدخل بها أ عليها عدّه قال امسك عن هذا و ما رواه في في عن عبيد بن زراره في الموثق عن ابي عبد الله ع في المتوفى عنها زوجها و لم يدخل بها قال هي بمنزله المطلقه التي لم يدخل بها و ان كان سمى لها مهرا فلها نصفه و هي ترثه و ان لم يكن سمى لها مهرا فلا- مهر لها و هي ترثه قلت و العده قال كف عن هذا و لا ريب ان امره عليه السلام بالتأمل بالكف في هذين الخبرين لا- وجه له أما التقيه و قد نبه في الرياض على ما ذكره من الحمل على التقيه مستشهدا عليه بموثقه عبيد بن زراره المتقدمه

### الثاني لا فرق فيما ذكر أيضا بين ان يكون الزوج صغيره او كبيره

كما صرح به في يع و عد و الروضه و شرح النافع و الكشف و الرياض و لهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه و منها ظهور شرح النافع و الكفايه و الكشف و الرياض و غيرها في دعوى الاجماع على ذلك و منها خبر الحلبي و خبر عبد الرحمن بن الحجاج و قد تقدّم اليها الإشاره و لا- فرق في الصيغيره بين الرضيعه و غيرها و لا في الكبيره بين اليائسه و غيرها كما هو مقتضى اطلاق الكتب المتقدمه بل صرح بالأخير في ضه

### الثالث لا فرق في ذلك أيضا بين ان يكون الزوج المتوفى بالغا

كما صرح به في يع و عد و الكفايه و الكشف و الرياض و لهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليها و منها ظهور شرح النافع و الكفايه و الكشف و الرياض في دعوى الاجماع عليه و منها اطلاق الآيه الشريفه و منها اطلاق خبر الحلبي و خبر زراره و خبر محمّد بن سليمان و مرسله عبد الرحمن بن الحجاج

### الرابع لا فرق في ذلك أيضا بين ان يكون الزوج المتوفى حرا او مملوكا

كما صرح به في عد و الروضه و الكشف و لهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه و منها ظهور شرح النافع و الكفايه و الكشف و

الرياض في دعوى الاجماع عليه و منها اطلاق الآيه الشريفه و منها اطلاق اخبار الحلبي و عبد الرحمن بن الحجاج و محمّد بن سليمان و محمد بن مسلم و عبيد بن زراره

### **الخامس لا فرق في ذلك أيضا بين ان يكون الزوجه من ذوات الأقرء او لا**

كما صرّح به في عد و الكشف و لهما اولا ظهور الاتفاق عليه و ثانيا ظهور شرح النافع و الكفايه و الكشف و الرياض في دعوى الاجماع عليه و ثالثا اطلاق الآيه الشريفه و رابعا اطلاق اخبار الحلبي و عبد الرحمن بن الحجاج و محمّد بن مسلم و زراره و محمّد بن سليمان و عبيد بن زراره

### **السادس لا فرق في ذلك أيضا بين ان تحيض حيضه في المدّه او لا**

كما صرّح به في عد و صرّح به في الكشف قائلا لا يشترط عندنا ان تحيض حيضه في المدّه لإطلاق الكتاب و السّنه و للعامه قول به باشرط ان ترى فيها الحيض

### **السابع لا فرق في ذلك أيضا بين ان يكون الزوجه مسلمه او ذميّه**

كما صرّح به في عد و الكشف و لهما اولا ظهور الاتفاق عليه و ثانيا ظهور شرح النافع و الكفايه و الكشف و الرياض في دعوى الاجماع عليه و ثالثا اطلاق الآيه الشريفه و رابعا اطلاق اخبار الحلبي و عبد الرحمن بن الحجاج و زراره و محمّد بن مسلم و عبيد بن زراره

### **الثامن صرّح في ضه و الكفايه و الرياض بأنه لا فرق في ذلك أيضا بين النكاح الدائم و المنقطع**

و هو مقتضى اطلاق غيرها من الكتب المتقدمه على تقدير شمول النكاح و التزويج للأخير و لعلّه لذا ادّعى على ذلك الشّهره في الرياض قائلا لا فرق أيضا بين الدائم و المتمتع بها على الأشهر الأقوى خلافا للمفيد و المرتضى فكألامه و هو ضعيف جدّا و الأقرب عندي ما صار اليه أيضا لإطلاق الكتاب و السّنه المتقدم إليها الاشاره و ظهور جملة من الكتب المتقدمه في دعوى الاجماع عليه

### **منهل اذا مات الزوج و كانت زوجته حره معقوده بعقد صحيح يفيد الدوام لا الانتطاع**

#### **اشاره**

و كانت حاملا منه اعتدت ح بابعد الأجلين من مدّه وضع الحمل و اربعة اشهر و عشره ايام فلو وضعت قبل استكمال اربعة اشهر و عشره ايام صبرت الى انقضائها و اذا مضت و هي حامل صبرت الى وضع الحمل و قد صرّح بما ذكر في يع و فع و اللمعه و

ضه و شرح فع و الكفايه و الرياض و غيرها و لهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه و منها أنه صرح في الرياض بدعوى الاجماع عليه قائلًا- و اطلاق الآيه و المستفيضه المتقدمه و ان شمل المتوفى عنها مط الا ان الإجماع منعقد باعتبارها بابعد من المدّه المزبوره و مدّه وضع الحمل ان كانت حاملًا- خلافا للعامة فجعلوا عدتها الوضع كاطلاق و يعضد ما ادعاه أولا قول ك هذا الحكم موضع وفاق أيضا و ثانيا قول ض و تعتد بابعد الأجلين ان كانت حاملًا عندنا و ثالثا قول بعض الاجله عدّه الحامل هي ابعد الأجلين من وضعها و استكمال اربعة اشهر و عشره ايام و هو موضع وفاق و اجماع كما نقله غير واحد و منها ما تمسك به في ك و الكفايه من خير الحلبي الّذى وصفاه بالحسن عن ابي عبد الله عليه السّلام قال سألته عن المرأة يموت زوجها فتضع و تتزوج قبل ان يمضى لها اربعة اشهر و عشرا فقال اذا كان دخل بها فرق بينهما و لم تحل له ابدا و اعتدت بما بقى عليها من الأوّل و استقبلت عدّه اخرى من الآخر ثلاثه قروء و ان لم يكن دخل بها فرق بينهما و اعتدت بما بقى عليها من الأوّل و هو خاطب من الخطاب و منها ما احتجّ به في الكفايه و غيرها من خبر سماعه الّذى وصفاه بالموثقيه و صرح الثّاني بأنّه رواه في في و يب قال قال المتوفى عنها زوجها الحامل اجلها اخر الأجلين اذا كانت حبلية فتتم لها اربعة اشهر و عشرا و لم تضع فان عدتها الى ان تضع و ان كانت تضع حملها قبل ان يتم لها اربعة اشهر و عشرا تعتد بعد ما تضع تمام اربعة اشهر و عشرا و منها ما عول فيهما أيضا من خبر محمّد بن مسلم الّذى وصفاه بالموثقيه قال قلت لأبي عبد الله عليه السّلام المرأة الحبلية المتوفى عنها زوجها تضع و تتزوج قبل ان يخلو اربعة اشهر و عشرا قال ان كان زوجها التي تزوجها دخل بها فرق بينهما و اعتدت ما بقى من عدتها الاولى و عدّه اخرى من الاخر فان لم يكن دخل بها فرق بينهما و اعتدت ما بقى من عدتها و هو خاطب من الخطاب و منها خبر محمد بن قيس الّذى وصفه بعض الأجله بالصّححه عن ابي جعفر عليه السّلام قال و قضى امير المؤمنين عليه السّلام في امرأه توفى عنها زوجها و هي حبلية فولدت قبل

ص: ٥٩٠

ان تنقضى اربعة اشهر و عشرا فتزوجت فقضى ان يخلى عنها ثم لا يخطبها حتى ينقضى اخر الأجلين فان شاءت المرأة انكحوها و ان شاءوا امسكوها فان امسكوها ردوا عليه ماله و منها خبر عبد الله بن سنان الّذى وصفه بعض الأجله بالموثقيه عن ابي عبد الله ع قال المتوفى عنها زوجها عدتها اخر الأجلين و منها ما ثبه عليه بعض الأجله قائلًا روى الحلبي في الصّحيح او الحسن عن ابي عبد الله عليه السّلام أنّه قال في الحامل المتوفى عنها زوجها تنقضى عدتها اخر الأجلين و منها ما ثبه عليه بعض الأجله أيضا قائلًا و عن زراره عن ابي جعفر عليه السّلام قال عدّه المتوفى عنها زوجها اخر الأجلين لأنّ عليها ان تحدد اربعة اشهر و عشرا و ليس عليها في الطلاق ان تحدد و منها ما ثبه عليه بعض الأجله أيضا قائلًا روى في في و يب في الصّحيح او الحسن عن ابي عبد الله عليه السّلام قال سألته عن المرأة الحبلية يموت زوجها فتضع و تتزوج قبل ان ينقضى لها اربعة اشهر و عشرا فقال ان كان دخل بها فرق بينهما ثم لم تحل له ابدا و اعتدت بما بقى عليها من الأوّل و استقبلت عدّه اخرى من الاخر ثلاثه قروء و ان لم يكن دخل بها فرق بينهما و اعتدت بما بقى عليها من الأوّل و هو خاطب من الخطاب و منها ما حكاه بعض الأجله عن بعض قائلًا بعد دعوى الاجماع على أنّ العدّه هنا ابعد الأجلين قيل و فيه جمع بين الآيتين و هما قوله عزّ و جلّ وَ الَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَ يَدْرُونَ أَرْوَاجًا يُتْرَبْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا و قوله تعالى وَ أُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ وَ التّقريب في ذلك أنّ الحامل داخله تحت عموم الآيتين و شملتا عمومهما و امثال الأمر يقتضى التربص ابعد الأجلين لتحصل كلّ من العدتين و فيه أنّ الظاهر من سياق آيه وضع الحمل ان موردها أنّما هو عدّه الطلاق فلا عموم فيها بحيث يشمل عدّه الوفاة و ثبه على ما



ذكره من الايراد فى الرياض أيضا و

**ينبغى التنبيه على امرين**

**الأول صرح فى يع بأنه لو كان له اكثر من زوجة و كن حوامل**

اعتد دن بابعء الأجلين و هو جيد و يدلّ عليه اطلاق النصوص و الفتاوى

**الثانى صرح فى اللعنه و ضه بان عدّه الحامل وضع الحمل**

و ان كان علقه فى غير الوفاة و فيها بابعء الأجلين من وضعه و من الأشهر الأربعة و العشره الأيام

**كتاب مناهل اليمين**

**منهل لا ينعدق يمين الزّوجه فى غير الواجب مع منع الزّوج منها و لا يمين الولد فيه**

**اشاره**

مع منع الوالد منها و لا يمين المملوك مع منع المولى و المالك منها و قد صرح بجميع ذلك فى السّرائر و فع و يع و عد و د و س و لك و الكفايه و الكشف و الرياض و لهم و جوه منها الأصل و منها ظهور الاتفاق عليه و منها أنّه حكى فى الرياض عن الغنيه دعوى الاجماع قائلا لا ينعدق انعقادا تاما يمين الولد مع الوالد الّا باذنه و لو بادر اليها قبله كان للوالد حلّها ان لم يكن يمينه فى فعل واجب او ترك محرم و كذا الزّوجه مع زوجها و المملوك مع مولاه بلا خلاف فى شىء من ذلك فى الجمله بل عليه الاجماع فى الغنيه و يعضد ما ذكره اولا تصريح لك بأنه لا اشكال فى ذلك و ثانيا قول غايه المراد نصّ الاصحاب على أنّه لا يمين للعبء مع مالكة و هو مستفاد من احاديث صحيحه و منها ما تمسك به فى الرياض من الخبر الذى وصفه بالصّحه و فيه لا يمين لولد مع والده و لا للمرأة مع زوجها و لا للمملوك مع سيّده و منها ما احتج به فى لك و الرياض من خبر منصور بن حازم الذى وصفه فى الأول بالحسن و فيه أنّ الصّادق عليه السّلام قال قال رسول الله ص ع لا يمين لولد مع والده و لا لمملوك مع مولاه و لا- للمرأة مع زوجها و لا- فى الفرق فى المنع بين ان يكون قبل وقوع اليمين او بعده و اذا وقع الولد او الزّوجه او المملوك اليمين مع عدم منع الوالد و الزّوج و المولى و عدم اذنهم بها فهل تكون فاسده و غير منعده فيكون اذن اولئك شرطا فى صحه اليمين كسائر شروط صحتّها او لا بل يكون صحيحه يجب العمل بها نعم لأولئك حلّها و ابطالها فيكون منعهم مانعا من البقاء على الصّحه كالحدث فى اثناء الصّلاه اولا بل تبقى مراعى فان اذنوا بها صحت و ان منعوا منها بطلت و ان سكتوا لم يحكم باحد الأمرين فيكون اذنهم كالأجازة فى المعامله الفضوليّه احتمالات و لكن للأصحاب هنا قولين احدهما أنّها ح تكون فاسده كفساد الصّلاه من غير وضوء و هو المستفاد من د و الكفايه و غيرهما و قواه فى لك قائلا و قيل يقع بدون الإذن باطله حتّى لا ينفعه اجازة للولى فضلا عن توقف ابطالها على ردّه و هذا اقوى و صرح فى الرياض بعد الاشارة الى مصير لك اليه بأنه صار اليه جملة ممّن تبعه و ربّما يظهر من الكفايه و ثانيهما أنّها ح تكون صحيحه و لكن يبطلها المنع من اولئك المذكورين و هو للسّرائر

و فع و يع و عد و التّحرير و المحكى فى الزّياض عن س بل صرّح فى لك بدعوى الشّهرة عليه قالالا لا اشكال فى توقف يمين كلّ واحد من الثلاثة على اذن الوالى المذكور ما لم يكن يمينه على فعل واجب او ترك محرم دائما الكلام فى ان الإذن هل هى شرط فى صحته او التّهى مانع منها فالمشهور و هو الذى جزم به المص هنا هو الثّانى حيث جعل لكلّ واحد من الثلاثة حلّ اليمين لو بادر المولى عليه قبل الإذن و لم يحكم ببطانها بدون الإذن و يعضد ما ذكره اولاً قول الكفايه ذهب المحقّق و من تاخر عنه الى أنّه ينعقد يمين كلّ من الثلاثة اذا بادروا اليها بغير الإذن و ان للوالد و الزّوج حلّها و وجهه غير واضح و ثانيا أنّه صرّح فى الكشف بأنّه ظاهر الاكثر قائلاً حيث ذكروا ان لأوليائهم حل ايمانهم و ثالثاً أنّه حكى فى الزّياض عن المفاتيح التّصريح بدعوى الشّهرة عليه أيضاً و رابعا تصريح الزّياض بأنّه مذهب الاكثر للأولين ووجه منها الأصل و منها ما ذكره فى لك قالالا و قيل يقع بدونه باطلاً لنفيه ص اليمين مع احد الثلاثة المحمول على نفى الصّحّه لأنّه اقرب المجازات الى نفى الحقيقة لان نفيها غير مراد و يعضد ما ذكره اولاً- قوله فى الزّوضه و الأقوى وقوع التّذر بدون الإذن باطلاً لنفى ماهيته فى الخبر المحمول على نفى الصّحّه لأنّه اقرب المجازات الى نفى الحقيقة حيث لا يراد نفيها و ثانياً قول الكفايه و مقتضى الرّوايات عدم انعقاد يمين الولد و الزّوجه و المملوك بدون اذن الأب و الزّوج و المولى لأنّ المتبادر نفى الماهيه لا- نفى الصّحّه و ثالثاً قول الزّياض بعد ذكر الخبرين المتقدّمين و مقتضاهما كصدر العبارة هنا و فى يع عدم الصّحّه لأنّه اقرب المجازات الى نفى الماهيه حيث يكون ارادته على الحقيقة ممتنع و رابعا قول الكشف البطلان هو التبادر

من صحيح منصور بن حازم و حسنته لا يقال يدفع ما ذكر ما تبّه عليه فى الكشف بقوله الثّنى الوارد فى الأخبار أنّما يراد به نفى حكمها فان من المعلوم تحقق حقيقه اليمين اذا حلفوا و الحمل على نفى حقيقتها فى الشرع يوجب النقل الذى يخالف الاصل و الحكم كما يحتمل الانعقاد يحتمل الاستمرار و الحنث و التكفير و كما خصّوها بانتفاء الإذن يجوز تخصيصها بالتّهى لأنّنا نقول ما ذكره ضعيف فإنّ المتبادر من ذلك نفى الصّحّه و التّخصيص بانتفاء الإذن اولى من التّخصيص بالتّهى لقله التّخصيص فى الأوّل دون الثّانى و من الظّاهر أنّ اللفظ اذا تعذر حمله على حقيقته لزم حمله على اقرب المجازات

ص: ٥٩١

و ان كان من العمومات و منها ما ذكره فى لك قائلاً و لأن اليمين ايقاع و هو لا يقع موقوفاً و فيما ذكره نظر و للأخريين و جهان احدهما ما ذكره فى لك قائلاً احتج الاكثر بان البطلان أنّما كان لحقّ احد الثلاثة فاذنه ليس سبباً فى الصّحّه و لا عدم اذنه مانعا و أنّما المانع فى الحقيقة نفيه ص ثمّ اجاب عنه قائلاً- و اما دعوى كون الاذن ليس سبباً فى الصّحّه و لا عدم الاذن مانعا فهو مصادره محضه فان الخصم يقول ارادته شرط او سبب او ان عدم اذنه مانع لا لنهيه و ثانيهما ما ذكره فى لك أيضاً قائلاً احتجوا على ذلك بعموم الآيات الدّاله على وجوب الوفاء باليمين كقوله تعالى وَ لَا تَنْقُضُوا الْأَيْمَانَ و قوله تعالى وَ لَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَدْتُمُ الْأَيْمَانَ الى قوله تعالى ذَلِكَ كَفَّارَةٌ أَيْمَانِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ و قوله تعالى وَ اخْفَظُوا أَيْمَانَكُمْ و هذه الآيات تعم صورته النزاع خرج منها ما اذا حلّ الأب و المولى و الزّوج فيبقى الباقي ثمّ اجاب عنها قائلاً و الجواب عن الآيات المذكوره ان الأمر بامثال مقتضى اليمين و حفظها موقوف على وقوعها صحيحه اجماعاً و هو عين المتنازع و نحن نمنع وقوعها فضلاً عن عقدها و توكيدها فلا يدلّ على مطلوبهم و يعضد ما ذكره ما تبّه عليه فى الزّياض أيضاً قائلاً و احتج لهذا القول كالتفقيح بالعمومات الدّاله على وجوب الوفاء باليمين و يضعف باختصاصها اجماعاً بالايمان الصّحّيحه و كون اليمين فى المسأله منها أوّل الكلام و دعواه مصادره و على تقدير تسليمها تخصصها بالمعتبرين الظّاهرين فى نفى الصّحّه مفهوماً و سياقاً و طرحهما و الاقتصار فى التّخصيص

على المتيقن منه بالإجماع و هو صورته المنع لا- عدم الأذن لا- وجه له اصلا ألما على تقدير عدم العمل باخبار الآحاد او عدم تخصيص العمومات القطعية بها او قصور الخبرين بضعف ثانيهما و وجود ابراهيم بن هاشم في أولهما و لم يصرح بتوثيقه بل حسن و ليس بحجه و يضعف الجميع لحججه الآحاد المعتمده الأسناد و جواز التخصيص للقطعيان بها كما برهن في محلها و وثاقه ابراهيم على الراى الصّحيح مع أنّ الخبر الّذى هو حسن به مروى في الفقيه بطريق صحيح و بالجمله فلا ريب في ضعف هذا القول و ان كان للأكثر و قد يناقش فيما ذكرناه اما أولا فبان مقتضى العمومات المذكوره لغه و عرفا صحه كل يمين حتى ما ثبت فساده شرعا و لكن هذا خرج منها بالدليل القاطع و هو مفقود بالنسبه الى محل البحث فيبقى مندرجا تحتها فيجب العمل بها بالنسبه اليه بناء على المختار الّذى ذهب اليه معظم المحققين من الأصوليين من أنّ العام المخصص حجه في الباقي و على هذا يلزم الحكم بالصّحّه هنا لوجود مقتضيتها و لو لا ما ذكرناه من القاعده لما صحّ التمسك بالعمومات الآمره بالصّلاه و غيرها من سائر العبادات و لا بعموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ على صحه المشكوك فيه من عباده او معاملته و هو باطل جدا و لا يلتزمان به قطعا و بالجمله ما ذكرناه من المناقشه مع فسادها في نفسها كما لا يخفى لو تم للزم سقوط التمسك بكثير من العمومات الشرعيه و ذلك معلوم البطلان اللهم الا ان يقال ان هذه العمومات قد ثبت تخصيصها بالقسم الصّحيح لا ما لم يعلم فسادها فيتجه ما ذكرناه و لكن هذا مجازفه صرفه و تحكّم بارد و امّا ثانيا فللمنع من جواز تخصيص تلك العمومات بالخبرين المذكورين لأنّ التخصيص انما يتجه اذا كان التعارض بينهما من قبيل تعارض العام و الخاص المطلقين و كان ما ذكر من الخبرين اخص عن تلك العمومات مطلقا و هو ممنوع و ان كان المترادف في بادي النظر ذلك و ذلك لأنّ التعارض بينهما بعد تخصيص تلك العمومات بغير صورته المنع و تخصيص الخبرين بغير صورته الأذن يكون من قبيل تعارض العمومين من وجه كما لا يخفى و من الظاهر أنّ الترجيح مع العمومات لاعضادها بالشهره و كونها من كتاب الله تعالى القطعي و كونها اكثر عددا و قد يقال أنّ الترجيح مع الخبرين المذكورين اذ قبل ملاحظه التاويل في كلّ من المتعارضين يكون التعارض بينهما من قبيل تعارض العام و الخاص المطلقين كما لا يخفى فينبغي ان يرجح الخاص المطلق على ما يستفاد من سيره الأصحاب في هذا الباب و مع ذلك فعموم الخبرين من عموم النكره في سياق النفي و هو اقوى من عموم المعارض لهما المستفاد من الاطلاق جدا و القوه منشأ الترجيح و مع ذلك كلّ لا نسلم اعتضاد تلك العمومات بالشهره لعدم ثبوتها و ان ادعيت خصوصا مع ظهور

صدر عبارته يع و فع و السّرائر في القول الأوّل كما اشار اليه في لك قائلا و اعلم أنّ العباده لا تخلو عن تسامح لأنه حكم او لا بعدم انعقاد اليمين من احد الثلاثه بدون الاذن و مقتضاه انه منحل لأنه ضد العقل ثم قال انه لو فعل قبل الأذن فلهم حلها و هو يقتضى انعقادها لأنّ الحل لا يكون الا للعقد و كأنه اراد لا ينعقد انعقادا تاما بل متوقفا على الأذن و من ثم كان الاذن اللاحق بعده مصححا لها فلو كانت منحلّه لم يؤثر فيها الأذن بعدها فاذن يلزم العمل بالخبرين المتقدّمين دون العمومات المتقدّمه خصوصا مع المنع من صلاحيتها لمعارضه دينك الخبرين و ذلك لان ظاهرها من لزوم الوفاء بكلّ يمين في كل حال لا يجوز المصير اليه لما عرفت سابقا فيجب ارتكاب التاويل فيها و هو يمكن بامرین احدهما تخصيص يمين الثلاثه من لفظ الايمان فلا يكون داله على القول الثاني اصلا و ثانيهما تخصيص اطلاق الامر بالوفاء باليمين بغير صورته المنع فيها فيكون داله عليه فيدور الأمر بين التخصيص و التقييد و حيث لا ترجيح يلزم التوقف و معه يبقى عموم الخبرين سليما عن المعارض فيجب العمل به في محلّ البحث اللهم الا- ان يقال ارتكاب التقييد هون من ارتكاب التخصيص لأنه مجاز بناء على أنّ العام المخصص بالمنفصل مجاز بخلاف التقييد فأنّه قد لا يكون مجازا و ذلك فيما اذا اريد الخصوصيه من الخارج لا من نفس اللفظ فيكون هون و فيه نظر اما اولاً فللمنع من الأهونيه و امّا ثانيا فلان ارتكاب التقييد في العمومات يستلزم ارتكاب التقييد في الخبرين أيضا لكن باعتبار

آخر كما لا يخفى و لا نسلم ان التخصيص مرجوح بالنسبه الى التقييد و ان سلمنا مرجوحته بالنسبه الى تقييد واحد بل قد يدعى ان تخصيصا واحدا اولى من تقييدين و لئن سلمنا التساوى فينبغى التوقف و معه تبقى الأصل سليما عن المعارض فتأمل و المسأله محل اشكال فلا ينبغى فيها ترك الاحتياط بمراعات القول الثانى و لكن القول الاول هو الاقرب و

### ينبغى التنبيه على امور

#### الأول لا اشكال فى صحه يمين الولد و الزوج و العبد اذا اذن بها قبلها الوالد

و الزوج و المولى بل الظاهر انه ممّا لا خلاف فيه و قد صرح بدعوى الاجماع عليه فى عد قائلا و لو اذن احدهم فى اليمين انعقدت اجماعا ثم قال و لم يجز لهم بعد الأذن المنع من الإتيان بمقتضاها و هو جيد و تبّه على وجهه فى الكشف بقوله لان حكمها ثبت لها مع الأذن لتحقّق الشرط و انتفاء المانع فيستصحب و لو اذنوا ثم منعوا قبل ايقاعها فالظاهر أنّ المعتبر المنع لا الأذن السابق و اذا تعقّب المنع اذن ثان اعتبر و بالجمله المعتبر ما يقع قبلها من الاذن و المنع اذا لم يتعقبها مناف و هل يشترط فى الأذن اللفظ او لا الاقرب الثانى فيكفى الفعل و لا يشترط فى الاذن

ص: ٥٩٢

اللفظى العربيه و لا الماضويه و لا عدم اللحن بل يكفى مطلق اللفظ الدال عليه و لا يشترط فيه النصّيه بل يكفى الدلاله المعتبره عند اهل اللسان اى دلالة من الدلالات الثلث كان و هل يكفى فى الفعل الظنّ او يشترط فيه العلم الأقرب الثانى و هل يكفى مجرد العلم بالرّضا باطنا و ان لم يقع الأذن لا لفظا و لا فعلا او يشترط وقوع الاذن فيه اشكال و لكن الاحتمال الأوّل هو الاقرب و عليه هل يقوم الظنّ هنا مقام العلم او لا الاقرب الثانى

#### الثانى هل يلحق الوالده بالوالد فيشترط اذنها فى يمين الولد او لا

المعتمد هو الثانى بل الظاهر أنّه ممّا لا خلاف فيه و ممّن صرح بذلك الوالد اعلى الله تعالى مقامه فى الرّياض قائلا ثم ان مقتضى الأصل الدال على لزوم الوفاء باليمين و اختصاص النصّ و الفتوى بعدم الصّحه و التوقف على الأذن بالوالد عدم التعدى الى الوالده

#### الثالث هل يلحق بالوالد الأب الرّضاعى او لا

المعتمد هو الثانى فلا يشترط اذنه

#### الرابع هل يلحق بالوالد الجد و هو اب الأب او لا

صار فى س الى الأوّل قائلا يشترط فى الحالف شروط التّأذّر و رفع الحجر و لا اشكال هنا فى التوقف على اذن الاب و ان علا ما لم يكن فى فعل واجب او ترك محرم و اختار ما صار اليه فى الرّياض قائلا و فى شمول الحكم للجد اشكال من عدم تبادره من

اطلاق الوالد و من اطلاقه عليه كثيرا و اشتراكهما فى الاحكام غالبا و الأحوط الأول و ان كان الثانى لعلّه لا يخلو عن قرب و به جزم شيخنا فى س و فيما ذكره نظر بل الأقرب عدم الإلحاق فلا يشترط اذن الجدّ

### **الخامس لا فرق فى الوالد بين ان يكون عادلا او فاسقا**

بل لو كان كافرا اعتبر اذنه أيضا و كذا لا فرق بين ان يكون عاقلا او مجنونا و ليس اذن المجنون بمعتبر و اما السفية فيعتبر اذنه

### **السادس لا فرق فى الولد بين الحر و المملوك**

و لا بين ان يكون ولد الزوجه الدائميه او المنقطعه او الجاربه و لا بين ان يكون عاقا لوالده او لا و لا بين ان يكون ذكرا او انثى او خنثى و كلّ ذلك لإطلاق النصّ و الفتوى

### **السابع هل يلحق ولد الزنا بمن نسبه صحيح**

فيكون اذن من اولده شرطا فى يمينه او لا فيه اشكال و الأحوط الثانى بل هو فى غايه القوه

### **الثامن هل المراد بالزوجه من يعم المنقطعه او لا**

بل يختصّ بالدائمه الأقرب الثانى و قد صرح به فى الرياض قائلًا و اما الزوجه فينبغى القطع باختصاص الحكم فيها بالدائمه دون المتعه لعدم تبادرها منها عند الإطلاق مضافا الى قوه احتمال كون صدقها على سبيل المجاز دون الحقيقه

### **التاسع لا فرق فى الزوجه بين المدخول بها و غيرها**

و لا بين الناشزه و غيرها و لا بين المعتده و غيرها و لا بين اليائسه و غيرها و لا بين الحره و المملوكه فامر يمينها يرجع الى الزوج و المولى فلا تصحّ الّا باذنها و لو اذن احدهما دون الآخر لم تصحّ و هل يلحق المطلقه المعتده بغير المطلقه او لا الأقرب الثانى مطلقا و لو كانت معتده بالعدّه الرجعيه و هو احوط أيضا

### **العاشره لا فرق فى الزوج بين الكبير و الصّغير**

و لا- بين الحر و المملوك و لا بين القادر على الإنفاق و العاجز عنه و لا بين العادل و الفاسق و لا بين القادر على الوطاء و العاجز عنه و لو اذن الزوج فكما لو اذن الوالد فى جميع ما تقدّم اليه الإشاره

### **الحادى عشر هل يتوقّف صحه يمين الزوجه المزوّجه بالعقد الفضولى على الأذن من الزوج**

الذى لم يحصل اجازته للعقد او لا فيه اشكال و لكنّ الأقرب الثانى و هو احوط و كذا الكلام فى العبد المشترى بالعقد الفضولى

## الثاني عشر لا فرق في المولى بين الكبير والصغير

ولا بين الحر والمملوك ان قلنا بأنه يملك مثله ولا بين المتحد والمتعدد فيتوقف الصيحه على اذنهما معا فلو اذن احدهما خاصه لم يصح ولا بين الذكر والانثى والخنثى ولان بين المنفق وغيره ولا فرق في المملوك بين الذكر والانثى والخنثى ولا بين المدبر وغيره ولا بين المكاتب المذى لم يتحرر شىء منه وغيره وهل يلحق بالمملوك بعضه دون الآخر ولو لأجل الكتابه فيه اشكال فلا ينبغي ترك الاحتياط بل احتمال عدم اللاحاق فى غاية القوه و لو اذن المولى فكما لو اذن الوالد فى جميع ما تقدم اليه الإشاره

## الثالث عشر قال فى لك بعد الإشاره الى النزاع

فى انّ الأذن هل هو شرط فى الصحه او ان المنع مانع و الى القولين المتقدمين و يظهر فائده القولين فيما لو زالت بفراق الزوج و عتق العبد و موت الأب قبل الحل فى المطلق او مع بقاء الوقت فعلى الأول ينعقد اليمين و على الثاني هى باطله بدون الأذن مطلقا و ما ذكره هو جيد و فى عد لو قيل بانعقاد ايمانهم كان وجها نعم لهم الحل فى الوقت مع بقاء الوالد و الزوجه فلو مات الأب او طلقت الزوجه او اعتق المملوك و جب عليهم الوفاء مع بقاء الوقت قال فى الكشف فأنّ و ان لم نشترط فى صدق المشتق بقاء المبدئ لكننا اتفقنا على عدم اشتراط الأذن فى ابتداء اليمين بعد الفراق او العتاق فكذا فى استدامتها

## الرابع عشر قال فى عد و الكشف و كل موضع ثبت لهم الحل لا كفاره معه على الحالف

و زاد فى الثاني قائلا- و لما لم يكن لنيفها معنى ثم صرحا بانه لا كفاره عليهم أيضا و احتج عليه فى الثاني بالأصل و جميع ما ذكره جید

## الخامس عشر هل ينعقد يمين الولد و الزوجه و العبد فى فعل الواجب و ترك الحرام

من دون اذن الوالد و الزوج و المولى و مع منعهم او لا يظهر الأول من السرائر و فع و يع و د و به صرح فى التحرير و كذا فى عد قائلا اما فى فعل الواجب و ترك القبيح فينعقد من دون اذن الوالد و الزوج و المولى و صرح فى الكشف بأنه نص على ذلك الأول- كثر قائلا- و فيه النص مطلق و لا ينافى وجوب الواجب و حرمة القبيح توقف انعقاد اليمين فيهما على الأذن و يعضد ما اورده اول- قول الكفایه استثنوا اليمين على فعل الواجب و ترك المحرم و وجهه أيضا غير واضح لإطلاق النص و فقد ما يدل على التخصيص و تعين الفعل عليه وجودا و عدما لا- يقتضى ترتب آثار انعقاد الحلف عليه حتى ترتب الكفاره على الحنث و ثانيا قول الزياض و نحوه فى الضعف استثناء اليمين على فعل الواجب و ترك المحرم كما هنا و فى يع و د لإطلاق النص و عدم دليل على اخراج هذا الفرد و تعين الفعل عليه وجودا و عدما لا يقتضى ترتب آثار انعقاد الحلف عليه حتى ترتب الكفاره على الحنث و بما ذكرناه صرح السيد فى شرح الكتاب و صاحب الكفایه و يمكن ان يوجه كلام الجماعه بما لا ينافى ما ذكرناه بان يراد من الإحلال جواز الأمر بترك ما حلف على فعله او فعل ما حلف على تركه و نفى جواز الإحلال بهذا المعنى لا ينافى فى عدم انعقاد اليمين اصلا و ربما يشير الى اراده هذا المعنى عباره س الموافقه للعباره فى الاستثناء حيث قال فى كتاب التذير و للزوج حل نذر الزوجه فيما عدا فعل الواجب و ترك المحرم حتى فى الجزاء عليهما و كذا السيد لعبد و الوالد لولده على الظاهر فتدبر

و الذى يستفاد من كلامه كالكفايه و الكشف عدم الانعقاد حينئذ و هو الأقرب

## السادس عشر صرح في الكفايه بأنه لو ظهر الحنث قبل الأذن

فالظاهر أنه لا كفاره عند الجميع

## كتاب مناهل النذر والعهد

### القول في النذر

#### مقدمه صرح في لك بان النذر بفتح الدال في الماضى

و بكسرها او بضمها في المضارع لغه الوعد

ص: ٥٩٣

بخير او شرّ و يعضد ما ذكره اولاً- قول الكشف النذر في الأصل الوعد او الوعيد بشرط قال ابن فارس أنه اصل يدلّ على التخويف و أنه أنما سمي به لما فيه من الايجاب و التخويف من الأحلاف و ثانيا قول الرّياض النذر في اللّغه الوعد بخير او شرّ و تبّه على المعنى الشّرعى في المسالك بقوله بعد ما حكينا عنه سابقا و شرعا التزام قربه لم يتعين او مطلقا و فى س بقوله النذر التزام الكامل المسلم المختار القاصد غير المحجور عليه بفعل او ترك بقوله لله ناويا القره و قد حكى هذا التعريف فى الرّياض عن المهذب و س و غيرهما مصرّحا بأنّه المراد من ذلك شرعا

#### منهل لا ريب فى مشروعيه النذر و لزوم الوفاء به

و يدلّ عليه اولاً الاجماع كما تبّه عليه فى لك قائلا و الأصل فيه قبل الإجماع ايات و يعضد ما ذكره السيره المستمره بين الإماميه و كذا يعضده قول الكفايه و الأصل فى مشروعيته و لزوم الوفاء به بعد الإجماع المحقّق المستفيض النقل فى كلام جماعه الآيات الكريمه و كذا يعضده قول الرّياض لا- اعرف خلافا فى وجوب الوفاء بالنذر و ثانيا ما تمسك به فى لك و الكفايه من قوله تعالى **وَ لِيُؤْفُوا نَذُورَهُمْ** و لعلّه اشار اليه فى الرّياض و الأصل فيه الكتاب و ثالثا ما احتجّ به فى الكفايه من قوله تعالى **وَ أَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدْتُمْ** و فيه نظر و رابعا قوله تعالى **يُوفُونَ بِالنَّذْرِ** الآية و خامسا ما تبّه عليه فى لك بقوله و الأصل فيه اخبار منها قوله ص من نذر ان يطيع الله فليطعه و من نذر ان يعصى الله فلا يعصيه و يعضد ما ذكره اولاً قول الكفايه و السنه المطهره به مع ذلك مستفيضه منها زياده على ما يأتى اليه الإشاره النبوى من نذر ان يطيع الله اه و ثانيا قول الرّياض و الأصل فيه الكتاب و السنه المتواتره

#### منهل يشترط فى الناذر امور

### الأول البلوغ

فلا يصح نذر الصبي ولا الصبيّه وقد صرح بهذا الشرط في يع و فع و عد و التحرير و س و عه و ضه و لك و الكفايه و الكشف و الرياض و لهم اولا ظهور الاتفاق عليه بقوله لا خلاف فيه اجده و ثانيا اصاله عدم مشروعيه نذر غير البالغ و ثالثا كلما دل على اشتراط كل تكليف بالبلوغ من حديث رفع القلم و نحوه و رابعا فحوى ما دل على سقوط التكليف بالصيلاه التي هي اعظم العبادات عن غير البالغ و خامسا غلبه سقوط التكليف الالزامي عند بناء على المختار من حجته الاستقراء و سادسا ما تبّه عليه في لك مما سيأتي اليه الإشارة ان شاء تعالى و لا فرق في غير البالغ بين ان يكون مميزا او لا كما صرح به في لك و الكشف و لا بين ان يكون متعلق النذر قبل البلوغ او بعده و لا بين ان يكون مأذونا فيه من الولي او لا كما هو ظاهر اطلاق الكتب المتقدمه

## الثاني العقل

فلا يصح نذر المجنون حال جنونه و قد صرح بهذا الشرط جميع الكتب المتقدمه المصرحه بالشرط الأول و لهم اولا الأصل و ثانيا بظهور الاتفاق عليه كما تبّه عليه في الرياض بقوله لا خلاف فيه اجده و ثالثا كلما دل على اشتراط العقل في جميع التكليف من حديث رفع القلم و غيره و رابعا نحو الفحوى المتقدم اليه الإشارة و خامسا ما تبّه عليه في لك بقوله ضابط الناذر ان يكون له اهليته العباده لأنه من ضرورها لاشتراطه بالقربه فلا يصح نذر الصبي و ان كان مميزا و لا المجنون مطلقا لأنهما مسلوبا العباده و اعتبار العباده من حيث الشرع و ان قبلها الطفل للتمرين و سادسا نحو الاستقراء المتقدم اليه الإشارة و لا فرق في المجنون بين المطبق و الادوارى نعم يجوز من الأخير حال افاقته مع الوثوق بعقله و قد صرح بجميع ذلك في لك و الرياض

## الثالث الإسلام

فلا يصح نذر الكافر و قد صرح بهذا الشرط في يع و فع و التحرير و عد و د و س و اللمعه و ضه و لك و الكشف و صرح في الكفايه بأنه المشهور و ربما يظهر منها كالمدارك و الكشف و الرياض التامل في اعتبار هذا الشرط و هو ضعيف بل المعتمد اعتباره كما عليه المعظم و لهم اولا الأصل و ثانيا الشهره العظيمه التي لا يبعد معها دعوى شذوذ المخالف بل استظهر في الرياض الإجماع على ذلك و ثالثا ما احتج به في عد و لك و ضه من ان تبّه القربه معتبره في النذر و هي متعدده في حق غير المسلم و اورد عليه في الكفايه قائلا و فيه منع واضح فان اراده التقرب ممكنه من الكافر بالله و قوى هذا الإيراد في الرياض قائلا و لا يخلو عن قوه ان لم يكن انعقد الإجماع على خلافه كما هو الظاهر اذ لم أر مخالفا سواهما و الاحتياط لا يخفى و قد يجاب عن هذا الإيراد بأنه ضعيف جدا اذ ليس الشرط في صحه العبادات التي من جملتها النذر مجرد قصد التقرب الذي يمكن تحقيقه من الكافر بل الشرط انما هو القصد الذي يمكن معه حصول المقصود اذ الذي لا يمكن معه ذلك يكون عبثا و لغوا كقصد الصعود الى الأفلاك و من الظاهر ان قصد التقرب من الكافر من هذا القبيل لاستحاله حصول التقرب المنوى لهم و ان فرض اعتقادهم به لأنّ النيه لا يؤثر في المنوى و لا توجب وجوده كما لا يخفى فتأمل و هل يلحق المخالف به فلا يصح نذره او لا فيه اشكال من العمومات الداله على صحه النذر و لو كان منه و اقتصار الأصحاب على ذكر الإسلام في الشروط دون الايمان و هو ظاهر في عدم كونه شرطا و من عدم امكان قصد القربه منه فيكون شريكا مع الكافر في عله المنع و كيف كان فلا ينبغي ترك الاحتياط و يستحب للكافر اذا نذر حال كفره الوفاء به بعد اختياره الإسلام كما صرح به في عد و التحرير و د و س و لك و ضه و الكشف و الرياض و لهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه و منها قاعده التسامح في ادله السين و منها ما تمسك به في لك و الكشف و الرياض قائلين يستحب ذلك لما روى ان عمر قال لرسول الله ص و كنت نذرت اعتكاف ليله في الجاهليه فقال له النبي ص



أوف بنذر ك قال فى الرّياض و لضعفه حمل على الاستحباب و منها ما تمسك به فى لك و الكشف أيضا من أنه لا يحسن ان يترك بسبب الإسلام ما حرم عليه فى الكفر من خصال الخير و زاد فى الأوّل قائلا و يكفى فى ذلك دليل السنه مثل السنه

## الزابع الاختيار

و قد صرّح بكونه شرطا فى فع و التّحرير و عد و س و عه و ضه و الكشف و الرّياض و المحكى عن المهذب بل الظاهر انه ممّا لا خلاف فيه كما تبه عليه فى الرّياض بقوله لا خلاف فيه اجده و الحجه فيه بعد ذلك عموم النبوى المرسل رفع عن امتى الخطأ و النسيان و ما استكرهوا عليه و عموم التّبوى الآخر لا ضرر و لا ضرار فلا يصح نذر المكره كما صرّح به فى ضه و الكشف و الرّياض

## الخامس القصد الى مدلول الصيغه

فلا يصحّ نذر غير المقاصد كموضّع صيغه النذر عابثا او لاغيا او سكرانا او غيضا او غفله او نوما او غضبا بحيث يرفع قصده و قد صرّح بالشرط المذكور فى فع و التّحرير و د و عد و س و عه و ضه و الكفايه و الكشف و الرّياض و المحكى عن المهذب بل الظاهر انه ممّا لا خلاف فيه كما تبه عليه فى الرّياض بقوله لا خلاف فى ذلك اجده و الحجه فى ذلك اولا ما ذكر و ثانيا عدم صدق النذر حقيقه مع عدم القصد فلا وجه لاعتباره حينئذ و قد اشار الى ما ذكر فى الكشف قائلا لو نذر مكرها مع عدم القصد او غير قاصد لهزل او لسكر او اغماء او نوم او غضب رافع للقصد او غفله لم يقع فأنما الأعمال بالنيات و لانتفاء حقيقته ح و ثالثا ما اشاره

ص: ٥٩٤

اليه فى الرّياض قائلا لا ينعقد النذر فى سكر يرفع القصد الى المدلول و لا فى غضب كذلك لما مر فى اعتبار القصد و للخبر المعبر المنجبر قصور سنده باشتراك راويه بروايه صفوان بن يحيى عنه و فيه جعلت فداك جعلت لله على ان لا- اقبل من بنى عمى الى ان قال فقال ان جعلت ذلك شكرا فف به و ان كنت انما قلت ذلك من غضب فلا شىء عليك

## منهل هل يشترط فى صحه نذر الزوج بالتطوعات

### اشاره

و الأمور المستحبه اذن الزوج او لا اختلف الأصحاب فى ذلك على قولين الأوّل أنّه شرط و هو يع و فع و عد و د و التّحرير و س و عه و حكاه فى الكشف عن التّليخيص و صرّح فى لك و الكفايه بان اشتراط اذن الزوج فى نذر الزوج هو المشهور بين المتأخرين و حكى فى الرّياض عن بعض دعوى الشّهرة المعلقه على ذلك قائلا هو المشهور بين الأصحاب سيّما المتأخرين كما قيل الثّانى أنّه ليس بشرط و هو للمسالك و الكفايه و الكشف و فيه ان الأقوى عدم الاشتراط و عن فخر الإسلام ان المصنف افتى به بعد ان تصفح كتب الأحاديث فلم يظفر بما يدلّ على مساواته لليمين و يظهر من المحكى عن صاحب ك المصير اليه أيضا للأولين وجوه منها أنّ اصل براءه الذمه و عدم الصّححه بدون اذن الزوج و منها ما ذكره فى الكفايه و فى الرّياض من خبر

عبد الله بن سنان عن الصادق ع الذي وصفه بالصحة قال ليس للمراه مع زوجها امر في عتق و لا صدقه و لا تدبير و لا هبه و لا نذر في مالها الا ان يأذن زوجها الا في حج او ركن او بر والدها او صله رحمها و زاد في الأول قائلا و باسناده عن الحسن بن محبوب عن عبد الله بن سنان مثله الا انه قال او صله قرابه و فيما ذكره نظر و منها ان اليمين من الزوجه يتوقف على اذن الزوج فيكون نذرها كذلك امّا المقدمه الأولى فلدهوى الرياض نفى الخلاف فيها و للخبرين الموصوفين في الرياض باعتبار و المحكوم فيه على احدهما بالصحة لا يمين للمراه مع زوجها و اما المقدمه الثانيه فلوجه احدها ان النذر يشارك اليمين في اكثر الأحكام فيلزم الحكم بالمشاركه هنا أيضا عملا بالاستقراء و اشار الى هذا في الرياض قائلا في جملة كلام له هذا مضافا الى التاكيد الاستقراء و التسع التام الكاشف عن اشتراك النذر و اليمين في كثير من الأحكام و لذا يقال انه في المعنى نفسها و بالجملة بملاحظه جميع ما ذكر يظهر الظن المعتمد عليه بصحة ما عليه الأكثر و فيما ذكره نظر اما اولا فللمنع من المشاركه في اكثر الأحكام و ربما يؤيد ذلك تصريح الكفايه بالمشاركه في بعضها دون اكثرها و يعضده قول لك و اتفاقهما في بعض الأحكام لا يقتضى تساويهما في هذا الحكم و اما ثانيا فللمنع من حجته الاستقراء و ذلك اما لأن الأصل في الظن عدم الحجته كما عليه جماعه اذ ليس الظن الحاصل منه من الظنون التي قام القاطع على حجيتها بالخصوص او لمصير المعظم على الظاهر الى عدم حجته فلا يكون حجه و ان قلنا باصالة حجته الظن كما عليه آخرون و في كلا الوجهين نظر و اما ثالثا فلان ذلك معارض بان الغائب في امور الزوجه عدم التوقف على اذن الزوج فكذا في محل البحث عملا بالاستقراء أيضا و ثانيها ان النذر من الأفراد الحقيقيه لليمين فكل حكم يثبت لمطلق اليمين يلزم ان يثبت للنذر اما المقدمه الاولى فلان اليمين أطلق على النذر و استعمل فيه كثيرا كما نبه عليه في الرياض قائلا يشترط في صحة نذر المراه اذن الزوج استنادا الى المعبرين المتقدمين في اليمين بناء على شيوع اطلاقها على النذر في النصوص المستفيضه منها ما وقع الاطلاق فيه في كلام الأئمه عليهم السلام كالمعبرين احدهما الموثق بعثمان بن سماعه لا يمين في معصيه انما اليمين الواجبه التي ينبغي لصاحبها ان يفي بها ما جعل الله عليه في الشكر ان هو عافاه في مرضه او عافاه من امر يخافه او رد عليه ماله او رده من سفره او رزقه رزقا قال لله علي كذا و كذا شكرا فهذا الواجب على صاحبه ان يفي به و الثاني الخبر و ليس في سنده سوى السندي بن محمد و فيه جعلت على نفسى شيئا الى بيت الله تعالى فقال كفر بيمينك فانما جعلت على نفسك يمينا فما جعلت لله فف به و منها ما وقع الاطلاق فيه في كلام الرواه مع تقرير الأئمه عليهم السلام عليه و هو مستفيض منها الخبر ان لي جاريه ليس لها منى مكان و هي تحتل الثمن الا اني كنت حلفت فيها بيمين فقلت لله علي ان لا ابيعها ابدا و لي الى ثمنها حاجه مع تخفيف المئونه فقال ف لله تعالى بقولك و نحوه اخر و في الثالث في الرجل يحلف بالتذور و نيته في يمينه التي حلف عليها درهم او أقل قال اذا لم يجعله لله فليس بشيء و في الرابع اني كنت اتزوج المتعه فكرهتها و تشامت

منها فاعطيت الله تعالى عهدا بين الركن و المقام و جعلت على في ذلك نذرا او صياما ان لا أتزوجها ثم ان ذلك شق علي و ندمت على يميني و لم يكن بيدي من القوه ما اتزوج به في العلانيه فقال عاهدت الله ان لا تطيعه و الله لئن لم تطعه لتعصينه هذا مضافا الى النصوص المتقدمه في اليمين الداله على اشتراطها بالقربه و منها الصيحيحان و لا يمكن حمل اليمين فيها على ما قابل النذر بالإجماع ظاهرا او محكيا كما مضى على عدم اشتراطه بالقربه فيكون محمولا على النذر الذي مشروط بها اتفاقا فتوى و روايه كما سيأتى اليه الإشاره جمعا بين الأدله و اذا ثبت الاستعمال فيه كثيرا كما ادعاه في الرياض فالأصل ان يكون حقيقه في الأعم منه و من المعنى المتعارف لأن الأصل في اللفظ المستعمل في معنيين ان يكون حقيقه في القدر المشترك بينهما و فيه نظر لان الاصل المذكور على تقدير تسليمه مدفوع بوجه منها ان المتبادر من لفظ اليمين عند الإطلاق غير النذر و الأصل في تبادر

الغير ان يكون دليلا على المجاز و منها ان اليمين يصحّ سلبه عن النذر و الأصل في صحه السلب ان يكون دليلا على المجاز و قد اشار الى الوجهين في لك قائلا وجه الإلحاق تسميته يمينا في روايه الوشاء و فيه نظر لأنهما معنيان مختلفان و اطلاق اليمين عليه في الرّوايه مجاز لوجود خواصه فيه من عدم فهمه من اطلاق اللفظ و جواز سلبه عنه و غيرهما و يجوز للإمام ع اقراره على المجاز خصوصا مع تصريحه في السّؤال بكونه نذرا أيضا حيث قال فقلت لله عليّ و عموم الأدلّه على وجوب الوفاء بالنذر من الكتاب و السنّه لا يتخصّص في موضع النزاع بمثل هذه المحتملات و منها ان لفظ يمين لو كان موضوعا للقدر المشترك بين النذر و غيره لحسن الاستفهام بالنسبه الى الأوّل اذا قال صدر مني يمين لأنّ ذلك من لوازم الاشتراك المعنوي اذا وقع في مقام الأخبار عما وقع و التالي باطل قطعاً و منها أنّه لو قال اوجد يمينا لم يحصل الامتثال بايقاع النذر قطعاً و لو كان مشتركا معنويًا لحصل جدا و منها ما ذكره في الكشف قائلاً يشترط في نذر المراه بالتطوعات اذن الرّوج لما ورد من نفى اليمين لأحدهم مع شمولها للنذر فان الماده للقوه سمى بها ما يؤكد به الامر و لما في مضمّر سماعه من قوله أنّما اليمين اه و لخبر الوشاء ان لي جاريه اه و للاشتراك في الموجب و الكلّ ضعيف فان لفظ اليمين حقيقه لغير النذر و ان اخذت من القوه و الخبران مع الضّعف غايتها اطلاقها عليه و هو اعم من

ص: ٥٩٥

الحقيقه مع ان الإطلاق في الثّاني من غير الإمام ع و معارضتهما بالأخبار التّناصه بان كفاره النذر كفّاره اليمين و دلالته على تغيّرهما و الحمل على اليمن قياس فالأقوى عدم الاشتراط و عن فخر الإسلام أنّ المصنف افتى به بعد ان تصفح كتب الأحاديث لا- يقال غايه ما يلزم من الوجوه المذكوره ان اليمين مجاز في العرف و اللّغه في النّذر و حقيقته في غيره و لا يلزم ان لا يكون حقيقته في القدر المشترك بين الأمرين عند المعصومين عليهم السّلام بل يلزم الحكم بكونها حقيقه في ذلك عندهم نظرا الى الأخبار المذكوره لأننا نقول ذلك الحكم باطل اما اولا فلاستلزامه النقل و هو على خلاف الأصل و اصاله عدم النقل ان لم تكن اولى من اصاله الوضع للقدر المشترك بالنسبه الى اللفظ المستعمل في المعنيين فلا- أقلّ من المساوات و معها لا تتم الحجّجّه المزبوره أيضا كما لا يخفى و اما ثانيا فلان الوضع عندهم عليهم السّلام للقدر المشترك بين الأمرين لا يخلو اما ان يختصّ بهم ع و لا- يتعدى الى غيرهم او يتعدى الى غيرهم من المتشرعه فان كان الأوّل فهو بعيد في الغايه اذ ليس مثل ذلك موجود فلا يمكن المصير اليه و ان كان الثّاني فيلزم ان يكون دلائل الوضع للقدر المشترك موجوده عند المتشرعه و ليس كذلك لان جميع الوجوه المتقدّمه متحقّقه بالنسبه الى جميع المتشرّعه كما لا يخفى لا يقال لا يتوقف التمسك بالروايات المتقدّمه الدّاله على استعمال اليمين في النذر على كونها حقيقه في القدر المشترك بينه و بين غيره لا يصح أيضا على تقدير كون استعمالها في النذر مجازا لما ذكره في الرّياض قائلاً بعد الاشاره الى الاخبار المذكوره و حيث ثبت اطلاق اليمين على النذر فاما ان يكون على سبيل الحقيقه او المجاز و الاستعاره و على التقديرين فدلاله المعبرين على المقصود واضحه لكون النذر على الأوّل من جمله افراد الحقيقه المنفيه و على الثّاني مشاركا لها في احكامها الشرعيه و منها انتفائها عند عدم اذن الثلاثه لأننا نقول ما ذكره قدّس سره من اصاله اشتراك المجاز مع الحقيقه في الاستعمال ضعيف اما اولا فلان ذلك يتوقف على كون العلاقه المشابهه لا مطلقا كما لا يخفى و نمنع من كون العلاقه هنا المشابهه فلعلّها غيرها و مجرد امكانها لا يقتضى اعتبارها عند المستعمل الا ان يقال ان جميع علائق المجاز مرجعها الى المشابهه فيتم ما ذكره و لكنّه ضعيف جدا و مخالف لما عليه المحققون من اهل الادب و الأصول كما لا يخفى و اما ثانيا فلان الأصل المذكور لم نجد عليه دليلا لا من عقل و لا نقل و لو كان شيئا يعتمد عليه لنبهوا

عليه محققوا اهل العربيّه و الأصول و الفقه و بطلان التالى فى غايه الوضوح اذ لم نجد فى كلامهم اشاره الى ذلك اصلا مع أنّه ممّا يتوفر الدّواعى و تمسّ الحاجه الشّديده اليه اذ لو تم لكان اصلا عظيما يلزم الرجوع اليه فى معظم الاحكام الفقهيّه و القياس على افاده كاف التشبيه الاشتراك فى جميع الاحكام باطل فتأمل و للآخرين ما ذكره فى لك من العمومات الدّاله على وجوب الوفاء بالنذر و العقد و قد يقال أنّها خطابات يختص بالدّكور فلا تشمل الإناث و ان اشتركن معهم فى بعض الصّور لما بيناه فى المفاتيح الّا ان يقال ان تلك العمومات تدلّ على عدم توقف صحه نذر الولد على اذن والده و يلزم منه عدم التوقف على اذن الزّوج لعدم القائل بالفصل بين الأمرين على الظاهر و فيه نظر و مع ذلك فالعمومات المذكوره مقتضاها وجوب الوفاء بالنذر و هو مندفع بعموم روايه عبد الله بن سنان المتقدّمه و قد يقال النفى فى الروايه لا يمكن حمله على ظاهره لأنّ العتق و الصّدقه و التّديب و الهبه من الزوجه صحيحه و ان لم يأذن بها الزّوج فيكون لها امر فى المذكورات مع الزوج و ان لم يأذن بها فيلزم الحمل على نفى الكمال و هو لا- ينافى وجوب الوفاء و فيه نظر فتأمل و المسأله محل اشكال و لكن القول الثّانى فى غايه القوه مع أنّه احوط كما لا يخفى و

### ينبغى التنبيه على امور

#### الأوّل هل المراد بالزوجه على تقدير القول بالاشتراط الدائم او الاعم منها

و من المنقطع لم اجد احدا نبه على هذا هنا و لكن الظاهر من الإطلاق هو الاول فالمتعه يجب عليها الوفاء بالنذر

#### الثانى هل المطلقه المعتده بالعهده الرجعيّه او البائنه

حكما على تقدير القول بالاشتراط حكم غير المطلقه او لا الاقرب الثّانى

#### الثالث هل يشترط فى الزّوجه على تقدير القول بالاشتراط الدّخول بها و عدم نشوزها

و الانفاق عليها او لا يشترط شىء من ذلك الاقرب الثّانى

#### الرابع لا فرق على القول بالاشتراط بين ان يكون الزّوج كبيرا او صغيرا

حرا او مملوكا

#### الخامس هل يتوقف صحه نذر الزوجه المزوجه بالعقد الحاصل من الفضولى

على الأذن من الزّوج الّذى لم يظهر منه اجازة العقد أيضا على القول بالاشتراط او لا فيه اشكال و لكن الاقرب الثّانى

## السادس الحق في د و س كما عن التلخيص بالزوجه الولد

فجعل نذره متوقفا على اذن الوالد و اليه ذهب الوالد قدس الله روحه قائلا في جملة كلام له و يستفاد منه مشاركة الولد للزوجه و المملوك في توقف نذره على اذن والده كما صرح به العلامة في جملة من كتبه و الشهيد في س فلا وجه لاقتصار العبارة و نحوها من عبائر الجماعه على ذكر الاولين خاصة كما لا وجه لاقتصار السيد في شرح الكتاب على المملوك لتطرق القدرح الى ما زعمه من انحصار ما دل على اطلاق النذر على اليمين في بعض ما مر من الأخبار و ضعفه و قصور دلالته بان الاستعمال اعم من الحقيقة بعدم الحصر لاستفاضه النص كما مر و فيه ما هو معتبر السند بالصحة و الموثقيه مع احتمال الضعيف منها الانجبار بالشهره التي اعترف بها و ان مبنى الاستدلال ليس على دعوى ثبوت كون الإطلاق بعنوان الحقيقة خاصة ليرد ما ذكر بل هي اما على القول بها او ما قدمنا اليه الإشاره من كونه مجاز او استعاره بمقتضى الشركه مع الحقيقة فيما ثبت لها من الأحكام الشرعيه و منها عند عدم اذن احد من الثلاثه و يظهر من يع و فع و التحرير و عد و عه و لك أنه لا يتوقف على اذن الوالد و به صرح في الكفايه و الكشف و المسأله محل اشكال فلا ينبغي فيها ترك الاحتياط بمراعات القول الثاني بل هو في غايه القوه لعموم ما دل على لزوم الوفاء بالنذر و العقد و هو سليم عن المعارض لفقد النص الدال على الحاق النذر باليمين في التوقف على اذن الوالد و الزوج و المولى كما اشار اليه في لك و ضه و يعضده قول الكفايه و ذكر غير واحد منهم انه لا نص على ذلك كله في النذر و إنما يختص باليمين و الإطلاق اعم من الحقيقة

## السابع هل يلحق بالزوجه المملوك

فيتوقف نذره على اذن مولاه او لا صرح بالاول في فع و يع و التحرير و عد و د و س و عه و غايه المراد و ضه و الرياض و ربما يظهر من لك أيضا بل صرح فيه بدعوى اشتهاه بين المتأخرين قائلا اشتراط اذن المولى في نذر المملوك هو المشهور بين المتأخرين و يعضد ما ذكره قول المشهور بين المتأخرين اشتراط اذن المولى في انعقاد نذر المملوك و لهم وجوه منها ظهور دعوى الاتفاق عليه من قول الرياض يشترط في نذر المملوك اذن المالك بلا خلاف فيه بل عليه الاجماع في صريح ك و يعضد

ص: ٥٩٦

ما ذكره الشهره العظيمة بل لم اجد هنا مخالفا الا من الكفايه فانه تردد و هو نادر جدا مع أنه لم يصرح بالمخالفه و منها ان يمين المملوك يتوقف على اذن سيده فكذا نذره لما تقدم اليه الإشاره و منها ما تمسك به في لك و ضه و الرياض من عموم ادله الحجر و من جملتها قوله تعالى عبيدا مملوكا لا يقدر على شئ و منها ما تمسك به في الرياض من الخبر المروى عن المسائل عن قرب الأسناد عن الحسن بن ظريف عن الحسين بن علوان عن جعفر عن ابيه ع ان عليا عليه السلام كان يقول ليس على المملوك نذر الا ان يأذن له سيده و ما صاروا اليه هو المعتمد

## الثامن ان قلنا يتوقف نذر الزوجه و الولد و المملوك على اذن الزوج

و الوالد و المولى فهل يكون إذنهم شرطاً فى الصّححه فلا ينعقد بدونه صحيحاً كما فى اليمين على المختار او لا بل يكون منعهم مانعاً من البقاء على الصّححه ذهب فى ضمه و لك و الرّياض الى الأوّل و ربما يظهر عن موضع من يع و ذهب فى فع و س و عه الى الثّانى و كذا ذهب اليه فى غايه المراد قائلاً ان اكثر الاصحاب قالوا ان له الحل و هو مشعر بالانعقاد و المسأله محل اشكال فلا ينبغى فيها ترك الاحتياط و هو أنّما يحصل بمراعات القول الثّانى و لكن القول الاول هو الأقرب لما ذكرناه فى مسئله توقف يمين الزوجه و الولد و العبد على اذن الزوج و الوالد و المولى و فائده النزاع هنا كفائده النزاع فى المسأله المذكوره

### **التاسع يظهر من يع و التحرير و د و س ان نذر الولد و الزوجه و المملوك**

ان تعلق بفعل واجب او ترك محرم لا يتوقف على اذن الوالد و الزوج و المولى و هو ضعيف لما ذكرناه فى المسأله المذكوره

### **العاشر اذا تحقق الأذن من هؤلاء الثلاثة قبل النذر صح**

بلا اشكال و قد تقدّم فى المسأله المذكوره فروع كثيره تتعلق بالأذن و غيره كلّها جاريه هنا فلا تغفل

### **منهل هل يتوقف صحه النذر على التلفظ و الصيغه**

#### **اشاره**

فلو اعتقد و قصد معناه لم يصح فلا- يجب الوفاء و لا- يترتب على مخالفته حنث و لا كفاره او لا يتوقف على ذلك بل يصح بمجرد القصد الباطنى فيرتب عليه لزوم الوفاء و الحنث و الكفاره على المخالفه اختلف الأصحاب فى ذلك على قولين الأوّل أنّه يتوقف على اللفظ فلا يكفى مجرد بالقصد الباطنى و هو للسّررائر و الغنيه و يع و فع و التحرير و د و عد و عه و لك و الرّوضه و الكفايه و الرّياض و المحكى فى السّررائر عن المبسوط و فى لف و الكشف و لك عن الإسكافى بل زاد فى لك قائلاً ذهب اليه المص و العلامه فى اكثر كتبه و باقى المتأخرين و يعضد ما ذكره او لا قول الكفايه هو قول ابن الجنيد و ابن ادريس و الفاضلين و باقى المتأخرين و ثانيا قول المفاتيح عليه الاكثر و ثالثاً قول الرّياض هو اشهر القولين بين المتأخرين و قال به الاسكافى و الحلى الثّانى أنّه لا- يتوقف على اللفظ بل يكفى مجرد القصد و حكاه فى لف عن جماعه قائلاً قاله فى النهايه و تبعه ابن البراج و ابن حمزه و هو مقتضى كلام المفيد و صرح فى الكشف و لك و الرّياض أيضاً بأنّه قول الشيخ و ابنى حمزه و البراج و زاد فى الرّياض فنسبه الى المفيد أيضاً و صرح بالتوقف فى لف قائلاً و نحن من المتوقفين و هو ظاهر س و الكشف للأولين وجوه منها ما تمسّك به فى الكشف و الرّياض من الأصل و لعلّهما اشارا الى ما اشار اليه فى الغنيه بقوله لان ما اعتبرناه مجمع على انعقاد النذر به و لا دليل على انعقاد من دونه و فى السّررائر بقوله لان هذا مجمع على انعقاد النذر به و ليس على انعقاده بغير ذلك دليل لان النذر حكم شرعى يحتاج فى اثباته الى دليل شرعى و فى الكفايه بقوله يشترط فيه اللفظ لعدم ما يدل على انعقاده بمجرد الضمير فيكون الاصل فيه سالماً عن المعارض و فيما ذكره نظر لاندفاعه بالعمومات الدّاله على صحه النذر فتأمل و قد يفسر الأصل هنا باصالة البراءه و باستصحاب بقاء المنذور على ما كان عليه قبل النذر و هما أيضاً مندفعان بتلك العمومات و منها أنّه نبه على دعوى الاجماع على اشتراط اللفظ فى السّررائر قائلاً قد قلنا ما عندنا فى ذلك من أنّه لا ينعقد الا ان يتلفظ به و ينطق مع

النيه أيضا و لا- يجزى احدهما عن الاخر و لم يحك خلافا فى المسأله الا عن النهايه قائلا الا ان شيخنا ابا جعفر رجع عما ذكره فى نهايته فى طه فى الجزء الرابع فى كتاب الايمان فى فصل كفاره يمين العبد قال و من نذر ان يطبع الله فليطعه و من نذر ان يعصيه فلا يعصيه غير انا نراعى ان يقول ذلك بلفظ على كذا لأن ما عدا ذلك لا ينعقد به نذر و لا يلحقه كفاره و يعصده ما ذكره قول الكفايه يعتبر التلفظ بالجلاله فلو قال على كذا لم يلزم لا اعرف فيه خلافا و قد يناقش فيما ذكر بالمنع من دلالة عباره الكتابين على دعوى الاجماع على المدعى كما لا يخفى و منها ما تمسك به فى السيرائر قائلا بعد ما حكينا عنه سابقا و أيضا فلا يتعلق الاحكام فى معظم الشرعيات الا بما ينطق المكلف به و يتلفظ لسانه حتى يحكم به عليه من بيع او طلاق او هبه او صدقه او اقرار و غير ذلك و فيما ذكره نظر للمنوع من اشتراط اللفظ فى معظم الشرعيات لأن الأقرب عندي صحه الفعل فى معظم العقود كالبيع و الصلح و الإجاره و الوديعه و العاريه و الجعاليه و الشركه و المضاربه و المساقات و الهبه و الصدقه سلمنا و لكن ان اراد الحاق النذر بالمعظم من باب القياس فهو باطل لأن المستنبط العله منه قد اجمع الاصحاب على عدم جواز العمل به و منهم المستدل و امّا منصوص العله و القياس بطريق اولى فمن الظاهر عدم تحققهما هنا و ان اراد اللاحق من باب الاستقراء ففى حجتيه اشكال بل الظاهر انه لا يقول بحجتيه حيث يكون مفيدا للظن دون العلم و امّا الذى يفيد العلم منه فمن المقطوع به عدم تحققه هنا و منها ما ذكره فى الروضه قائلا و الأقرب احتياجه الى اللفظ فلا يكفى النيه فى انعقاد لأنه من قبيل الأسباب و الاصل فيها اللفظ الكاشف عما فى الضمير و فيما ذكره نظر للمنوع من اصاله اعتبار اللفظ فى خصوص الأسباب من حيث هى اسباب اللهم الا ان يكون مراده الاصل المتقدم

و لكته يختص بالأسباب و عليه لا يكون هذا دليلا براسه و قد اشار الى ما ذكرناه فى لك قائلا بعد الاحتجاج على المدعى بان النذر و العهد من الأسباب فلا يكفى فيهما القصد دليل السبب لا يخلو من شىء لان الأسباب لا تنحصر فى اللفظ و منها ما تمسك به فى لك و الكفايه و الكشف من خبر منصور بن حازم و خبر ابي الصباح الكناني الذين وصفا فى هذه الكتب بالصحة ففى الاول اذا قال الرجل على المشى الى بيت الله الحرام او على هدى كذا و كذا ان لم افعل كذا و كذا و فى الثانى ليس النذر بشىء حتى يسمى لله شيئا لا يقال ليس فى هذين الخبرين دلالة على المدعى لما ذكره فى الرياض قائلا الاصل معتضد بظواهر النصوص المتقدمه الداله على اعتبار التلفظ بالجلاله و انما لم يتخذها حجة لاحتمال كون المراد بها اشتراط قصد القرية خاصه لا اشتراط الصيغه و يظهر ذلك من ميثاقها بلا شبهه و انما ذكر التلفظ و التسميه تبعا للنذور الغالبه حيث انها ملفوظه لا منويّه و لعله لذا لم يستدل بها شيخنا فى ضه مع انه استدلل بها فى لك و تبعه عليه من بعده جماعه منهم سبط فى الشرح و صاحب الكفايه لأننا نقول ما ذكره قدس من الاحتمال مخالف لوضع اللفظ و ظاهره المستند الى عد اللغويه و لا قرينه على تعينه من عقل و لا نقل و مجرد اراده بيان اشتراط

ص: ٥٩٧

القرية لا ينافى عقلا و لا عادته اراده بيان اشتراط اللفظ أيضا فلا تصلح دليلا على ذلك الاحتمال كما لا يخفى فلا يصار اليه و امّا ما ادعاه من عليه التلفظ فى النذر فهو ممنوع و على تقدير تسليمه فلا يصلح لذلك أيضا كما لا يخفى و لا يقال لا نسلم دلالة لفظ القول و التسميه على خصوص اللفظ لأنهما موضوعان للأعم منه و من القصد و الاعتقاد الباطنيين لأنه يجوز ان يقال قال به فلان او هو قول فلان حيث يعتقد فلان بذلك الشىء و ان لم يصرح به لفظا و لا يصح السلب و كذا يصح ان يقال سميت ابني او عبدى بكذا حيث يقصد وضع لفظ لهما و ان لم يصرح به لفظا و قد تقرر فى الأصول ان عدم صحه التليب من امارات

الحقيقه فاذن لا دلالة للروايتين على المدعى بوجه من الوجوه بل هما يدلان حينئذ على خلافه كما لا يخفى لأننا نقول لا نسلم وضع لفظ القول و التسميه للأعم من الامرين المذكورين بل هما موضوعان لخصوص اللفظ لتبادره و عدم صحه السلب المشار اليه ممنوع بل الظاهر الصيحه و يؤيدها عدم صحه التقسيم و عدم صحه الاستفهام عن محض القصد الباطنى و حكم الأصحاب بوجود اذكار مخصوصه فى الصلاه و غيرها من سائر العبادات اعتمادا على اخبار متضمنه لقوله عليه السلام قل ذلك فتأمل سلمنا الوضع للأعم و لكن لا شك فى ان المتبادر من الاطلاق اللفظ فيحمل عليه لا يقال اللفظ و ان كان معنى حقيقيا وضع اللفظ بازائه بخصوصه او فردا متبادرا و لكن يجب الحمل على المعنى الاعم هنا و ارتكاب خلاف الظاهر و الا يلزم ارتكاب التخصيص فى العمومات الداله على صحه النذر و الأصل عدمه لأننا نقول ارتكاب التخصيص فى تلك العمومات اهون من ارتكاب التجوز او حمل المطلق على غير الشائع اما الاول فلما بيناه فى كتبنا الأصوليه من ان التخصيص اولى من المجاز حيثما يقع التعارض بينهما و اما الثانى فلان التخصيص اكثر وقوعا من حمل المطلق على غير الشائع فيكون اولى بالترجيح أيضا هذا و يرجح التخصيص مضافا الى اولويته فى حد ذاته الشهره المتقدم اليها الاشاره فتأمل و منها عموم ما ورد فى بعض الأخبار من أنه انما يحلل و يحرم الكلام و فيه نظر و للآخرين أيضا وجوه منها ما ذكره فى لف و لك و غيرها من ان الاصل فى العباده الاعتقاد و الضمير و قد تحقق هنا و اورد عليه فى لك قائلا و فيه نظر لأن العباده ليست منحصره فى الاعتقادات بل منها ما هو لفظى لا يجزى عنه الاعتقاد كالقراءه و الأذكار و منها ما هو بدنى لا يجزى عنه الاعتقاد أيضا كالركوع و السجود و افعال الحج و منها ما هو مالى لا يجزى عنه غيره فكون النذر و العهد عباده لا يدل على الاكتفاء فيهما بالاعتقاد و ان كان معتبرا فيهما من حيث النيه و ذلك امر آخر و منها ما ذكره فى ضه و لك و لف و غيرها من ان الغرض من اللفظ اعلام الغير ما فى الضمير الاستدلال بالقصد و الله تعالى عالم بالسريائر و اورد عليه فى لك قائلا فيه نظر لأننا نمنع من كون الغرض الاعلام بما فى الضمير مطلقا بل هو ما فى العبادات تعبد بدنى ملحوظ بالاعتبار كاليه و ذلك واضح فى العبادات اللفظيه المفتقره الى النيه فان كلا منهما لا يجزى عن الآخر و ان كان الله تعالى هو العالم بكل سريره و يعضد ما ذكره قول الرّياض بعد الإشاره الى الوجه المذكور و هو حسن ان وجد ما يدل على لزوم الوفاء بمطلق العقد بحيث يشمل محلّ البحث و ليس اذ ليس هنا سوى ما يدل على لزوم الوفاء بالنذر و المتيقن منه كما عرفت ليس الا النذر الملفوظ لا المنوى فاعتبار اللفظ ليس للأعلام بما فى الضمير بل لقصر الحكم المخالف للأصل على المتيقن من الدليل و منها ما ذكره فى لك و غيره من قوله تعالى **إِنْ تُبَدُّوا (مَا فِي أَنْفُسِكُمْ) أَوْ تُخْفَوْهُ يُحَاسِبْكُمْ بِهِ اللَّهُ** و اورد عليه فى الاول قائلا- فيه نظر لأن هذه الآيه الشريفه لا- دلالة فيها على انعقاد النذر و العهد بالضّمير كما لا- يخفى و منها ما ذكره فى لف و لك و غيرها من عموم قوله ص انما الأعمال بالنيات و انما للحصر و الباء للسببيه و ذلك يدل على حصر العمل فى النيه فلا يتوقف على غيرها و الا لزم جعل ما ليس بسبب سببا و اورد عليه فى لك قائلا فيه نظر لأن كون الاعمال بالنيات

لا يدل على حصرها فيها أيضا لأن الأعمال توجد بدونها فلا بدّ فيه من اضممار الأعمال المعبره شرعا او التى يترتب عليها اثرها و غايتها و نحو ذلك و هو يدل على مغايره النيه للعمل و ان اعتبرت فيه و كون الباء للسببيه لا يدل على ازيد من ذلك لأنه يدل على ان النيه سبب فى اعتبارها و لا يلزم انحصار السببيه فيه لأن السبب قد يكون ناقصا و قد يكون تاما و مطلقه اعم من التام و الأمر فى الأعمال المعبره شرعا كذلك فان النيه لا يكفى فى اعتبارها من غير انضمام باقى ما يعتبر فيها من الأسباب و الشّروط فالنيه سبب ناقص لا تامّ و يعضد ما ذكره قول الرّياض بعد ذكر الوجه المذكور و هو فرع كون السبب هو وجوب الاعمال لا صحّتها او كمالها و لم يثبت بل الظاهر العكس كما يستفاد من استدلال العلماء على احتياج الاعمال صحه و كمالا الى النيه



بالقول المزبور و لم يستدل احد به لوجوبها و لذا ان بعض من وافق على هذا القول ردّ هذا الدليل فقال بعد التنظر فيه اذ لا كلام في اعتبار النيه و أنّما الكلام في الاكتفاء بها و فيما ذكره نظر و منها ما ذكره في ضمه من قوله ص لكل امرئ ما نوى و فيه نظر اما اولا فلضعف الروايه سندا و اما ثانيا فلان الحمل على العموم غير جائز و الالتزام بالتخصيص يقتضى تخصيص العام الى الأقل من النصف و هو غير جائز فيلزم الحمل على معهود و لعله غير محل البحث فيسقط الاستدلال به سلّمنا و لكن التخصيص بما تقدّم من الخبرين اولى و منها ما ذكره في الروضه من الاصل و اجاب عنه في الرياض بأنّه لا اصل له و منها فحوى ما دلّ على عدم اشتراط اللفظ في اكثر العقود من البيع و نحوه لأن النذر ايقاع و هو اهون من العقد و فيه نظر و منها ان نذر اغلب الناس خال عن اللفظ فلو اشترط اللفظ لزم فساد اغلب اقسام النذر و هو بعيد و فيه نظر و منها العمومات الداله على صحه النذر و قد تبّه عليها في ضمه بقوله و ذهب جماعه منهم الشيخان الى عدم اشتراط اللفظ للأصل و عموم الأدله و يعضد ما ذكره قول الكشف لإطلاق الأدله مع أنّ الاعمال بالنيات و في مقام آخر لإطلاق الامر في الأخبار بما جعل على نفسه لله تعالى و بما عاهد عليه لله تعالى و من جمله ذلك النبوى المرسل من نذر ان يطيع الله فليطعه و من نذر ان يعصيه فلا يعصيه و فيه نظر اما اولا فلما ذكره في الروضه و الكشف و الرياض قائلين بعد الحكم باشتراط اللفظ لأنه في الأصل وعد بشرط او بدونه و الوعد لفظى و الاصل عدم النقل و زاد في الثانی قائلا مضافا الى أنّه المتبادر من النذر في العرف و على تقدير التنزل و تسليم عدم ثبوت اعتبار اللفظ فيه نقول لا أقلّ من الشكّ في كونه بمجرّد النيه نذرا حقيقيا امرنا بالوفاء به شرعا و معه لا يمكن الخروج من الأصل القطعى السليم بحسب الظاهر عما يصلح للمعارضه كما سيأتى اليه الاشاره سيّما

ص: ٥٩٨

مع اعتضاده بطواهر النصوص المتقدمه الداله على اعتبار التللفظ بالجلاله اه و فيما ذكره نظر و اما ثانيا فللزوم تخصيص العموم بما تقدم من الدليل على اشتراط اللفظ فاذا اقرب هو القول الاول و لكن الاحوط مراعات الثانى كما صرح به فى الرياض قائلا القول بعدم الاشتراط ضعيف كالتوقف الظاهر من لف و المهذب و س و ضمه و ان كان الاتيان به افضل حذرا عن شبهه الخلاف و التفاتا الى أنّ المنذور لا بدّ ان يكون طاعه و فعلها حسن مطلقا و

**ينبغى التنبيه على امرين**

**الاول لا اشكال و لا خلاف فى انعقاد النذر بقوله لله على كذا**

ان كان كذا و صرح فى الروضه بان ما ذكر صيغه النذر المتفق عليها بواسطه الشرط و تبّه على ما ذكره فى الكشف قائلا و ينعقد مع حذف الشرط على المختار و هو أيضا عند القائلين به متفق عليه

**الثانى هل ينعقد بغيره من الالفاظ العربيه و غيرها الدالين عليه او لا**

الاحوط الاول و لكن الاقرب الثانى لصحيحه منصور بن حازم و لما تبّه عليه فى الغنيه قائلا اما النذر فهو ان يقول لله على كذا ان كان كذا و متى قال على كذا ان كان كذا و لم يقل لله لم يكن ناذرا و لم يلزمه بالمخالفه كفّاره لأنّ ما اعتبرناه مجمع على

انعقاد النذر به و لا دليل على انعقاده من دونه فظاهر كلامه المصير الى المختار و يلزم عليه امور احدها ذكر اسم الله تعالى في الصيغه كما صرح به في الكفايه قائلا يعتبر التلفظ بالجلاله فلو قال على كذا لم يلزم لا اعرف فيه خلافا و تدل عليه صحيحه منصور بن حازم و صحيحه ابي الصيbach الكنانى و ثانيها كون ذلك بلفظ الجلاله و هى لفظه لله و حكاه في الكفايه عن الأكثر قائلا و مقتضى كلام الأكثر اعتبار خصوص لفظ الجلاله و اكتفى الشهيد فى س باحد الأسماء الخاصه و فيه اشكال و ظاهر ما ذكره التوقف فيما حكاه عن الشهيد و ليس فى محلّه بل الأقرب أنّه ضعيف فلا يجوز احد الاسماء الخاصه لا الاتيان بالمرادف من الألفاظ التى ليست بعربيّه و توقف فى هذا فى الكفايه قائلا و لو ابدل لفظ الجلاله بمرادفه فى الانعقاد اشكال و صار فى الرياض الى الجواز فى المقامين قائلا- و مقتضى العبارة كالمحكى عن الأكثر فى الشرح للسيد و الكفايه اعتبار خصوص لفظ الجلاله و نسباه الى مقتضى النصوص المزبوره و فيه مناقشه فان المراد من الله فيها بحكم التأمل الصادق فى سياقها أنّها هو ذاته المقدسه لا- خصوص هذه اللفظه و لعلّ لذا ان شيخنا فى س اكتفى باحد اسمائه الخاصه و هو فى غايه القوه كاحتمال انعقاد النذر بابدال لفظ الجلاله بمرادفه من الألفاظ الغير العربيّه و ان استشكاه فى الكتابين المقدم الى ذكرهما الإشاره و فيما ذكره نظر

### منهل يشترط فى النذر قصد التقرب الى الله عز و جل بالمنذور

كما صرح به فى السيرائر و يع و فع و التحرير و د و التلخيص و عد و س و لك و الكفايه و الكشف و الرياض و غيرها و لهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه و منها أنّه تبّه فى لك على دعوى الاجماع عليه قائلا لا خلاف بين اصحابنا فى اشتراط تبّه القربه و يعضد ما ذكره اولا قول الكفايه لا اعرف خلافا بين الأصحاب فى اشتراط تبّه القربه مع الصيغه و ثانيا قول الكشف و يشترط فى الصيغه تبّه القربه بالمنذور و ان كان النذر نذر لججاج اتفاقا و ثالثا قول الرياض لو قال على كذا من غير ان يقصد القربه لم يلزم بلا خلاف اجده بل عليه الاجماع فى كلام جماعه و هو الحجّه و منها ما احتج به فى الكشف من الأصل و منها ما استدل به فى لك و الكفايه و الكشف و الرياض من الأخبار الداله على اشتراط ان يقول على كذا كصحيحه منصور بن حازم و صحيحه ابي الصباح الكنانى و قد تقدّم اليهما الاشاره و يعضدهما خبران احدهما ما تمسك به فى لك و الكفايه من خبر اسحاق بن عمّار الذى وصفاه بالموثقيه قال قلت لأبى عبد الله عليه السلام أنّى جعلت على نفسى شكرا لله ركعتين اصليهما فى السفر و الحضرا فاصليهما فى السفر بالنهار فقال نعم ثمّ قال أنّى لأكره الإيجاب ان يوجب الرجل على نفسه فقلت أنّى لم اجعلهما لله على أنّما جعلت ذلك على نفسى اصليهما شكرا لله و لم اوجه لله على نفسى اذا شئت و ثانيهما ما تبّه عليه فى الرياض من الخبر الذى ادعى انجبار ضعف راويه بدعوى الشيخ الاجماع على العمل بروايته و فيه ليس بشىء حتى يسمى النذر فيقول على صوم لله فعلى هذا الشرط لو قصد بالنذر منع نفسه عن فعل او ترك لا لله لم ينقد كما صرح به فى يع و فع و التحرير و عد و الكفايه و الكشف و الرياض و هل يجوز الاكتفاء فى تحصيل تبّه القربه بما يذكره فى قوله لله على الدال على جعل الفعل لله فلا يشترط جعل القربه غايه و لا ان يقول ثانيا لله او قربه الى الله او نحوهما كما فى سائر العبادات بل اللازم ان يقصد بقوله لله على كذا معناه فلا- يكفى قوله لله من دون ان يقصد به معناه اولا- فيشترط ما ذكر و يلزم القول المذكور ثانيا صرح بالأول فى لك و الكفايه و الكشف و الرياض كما عن الشهيدين و ربما حكى عن بعض الأصحاب الثانى و هو ضعيف بل المعتمد ما عليه الأولون للعمومات الداله على وجوب الوفاء بالنذر و يعضد ما ذكرناه اولا قول لك الأصح الاوّل لحصول الغرض على التقديرين و عموم النصوص و ثانيا قول الكشف و لا حاجه الى زياده قوله قربه الى الله تعالى للأصل و اطلاق النصوص و الفتاوى و النطق بالصيغه و ثالثا قول الكفايه و المستفاد من الاخبار أنّه يكفى ذلك من غير اشتراط جعل القربه غايه بعد الصيغه بان يقول بعد

الصِّيغَة ثانياً لله أو قربه الى الله أو نحو ذلك و قرب ذلك الشهيدان و غيرهما خلافاً لبعض الاصحاب و على ما اخترناه فالمراد بنيه القربه ان يقصد بقوله لله معناه و رابعاً قول الرياضي المستفاد من النصوص انه يكفي في القربه لفظ الجلاله مع النيه من غير اشتراط جعل القربه غايه بعد الصِّيغَة فلا يحتاج بعدها الى قوله قربه الى الله و نحوه و به صرح الشهيدان و غيرهما خلافاً لنادر و وجهه مع ندرته غير واضح

### منهل اذا نذر ان يهدى جاريته الى بيت الله عز و جل

و لم يقصد صرفها الى جهه مخصوصه فهل يصح هذا النذر او لا- صرح بالأول في المقنعه و التّهايه و المهذب و يع و فع و التحرير و عد و لف و د و التلخيص و مع و س و غايه المراد و التنقيح و لك و الرياضي و حكاه عن بعض عن ابن الجنيد و ما ذكره هو المعتمد و لهم وجوه منها ظهور الاتفاق على ذلك كما يستفاد من يع و عد و د و التحرير و غايه المراد و التنقيح و لك فإنها صرحت بالاحتمال الاول قاطعين به على ما يظهر من عباراتها بل صرح بالقطع في غايه المراد و لك و لم يتبته شىء منها على وجود الخلاف في ذلك مع أنها تبّهت على وجود الخلاف في نحو المسأله و يعضد ما ذكرناه تصريح الرياضي بان ذلك لا- يوجد فيه مخالف و بظهور يع و غيره في الإجماع نعم ربّما يستفاد من المحكى عن جماعه الاحتمال الثاني و من قول المحدث الكاشاني و لو نذر اهداء غير النعم قيل صرف ثمنه في معونه الحاج او الزّائرين و فيه قول بالبطلان و وجود الخلاف في المسأله و لكن الأمرين

ص: ٥٩٩

المذكورين لا يصلحان لمعارضه ما ذكرناه كما لا يخفى سلّمنا وجود الخلاف و لكن المخالف هنا على تقدير تسليمه شاذ جدا فلا- يعبأ به فيمكن ان يجعل مثل هذه الشهره حجّه مستقله على المختار بل الأقرب عندنا حجّيه الشهره مطلقا اذا افادت الظنّ بالحكم و منها العمومات الدّاله على صحه النذر من الكتاب و السنّه و يعضدها عموم قوله ص الناس مسلّطون على اموالهم و منها خبر عليّ بن جعفر الذي وصفه بالصّحه في لك و الكشف و الرياضي قال سألته عن رجل جعل جاريته هديا للكعبه فقال مر ناديا يقم على الحجر فينادى الا من قصرت به نفقته او قطع به او نفذ طعامه فليأت فلان بن فلان و امره ان يعطى اولا فاو لا حتى يفنى ثمن الجاريه و منها خبر آخر لعليّ بن جعفر عن اخيه موسى عليه السّلام قال كان سألته عن الرّجل يقول هو ينذر الى الكعبه كذا و كذا ما عليه اذا كان لا يقدر على ما يهدى قال ان كان جعله نذرا و لا يملكه فلا شىء عليه و ان كان ممّا يملكه غلام او جاريه او شبهه باعه و اشترى بثمنه طيبا يطيب به الكعبه و ان كان دابّه فليس عليه شىء لا يقال هذه الرّوايه ضعيفه السند كما تبّه عليه في لك بقوله و في طريقها محمّد بن عبد الله بن مهران و هو ضعيف جدا فلا يصح الاعتماد عليها كالروايه السابقه لإضمارها فإنّ المضمّر ليس بحجّه و بالجمله هي ضعيفه السّند أيضا لأننا نقول ضعف السند هنا لا يمنع من جواز الاعتماد على الروايتين لانجاره بالشّهره العظيمه التي لا يبعد معها دعوى شذوذ المخالف كما تقدّم اليه الاشاره كما تبّه عليه في الرياضي قائلا بعد الاشاره الى روايتين داليتين على المدعى و قصورهما بالجهاله مجبور بان في سند كلّ منهما من اجمعت العصابه على تصحيح ما يصحّ عنه و هو ابان في الاول و حماد بن عيسى في الثاني مع أنّهما معتضدان كالصّحيحه بالشّهره العظيمه التي لا توجد لها مخالف بل الظاهر من الماتن في يع و غيره الاجماع هذا و من الظاهر ان الإضمار من عليّ بن جعفر غير قادح لظهور ان مثل هذا الجليل لا يستفتى الا من اخيه فتأمّل و منها خبر ابى الحر عن الصّادق عليه السّلام قال جاء رجل الى ابى جعفر عليه

السِّيَام قال أنى اهديت جاريه الى الكعبه فاعطيت خمس مائه دينار فما ترى قال بعها ثم خذ ثمنها ثم قم على حائط الحجر ثم ناد واعط كل منقطع به وكل محتاج من الحاج ومنها تبه عليه فى الكشف بقوله وفى قرب الإسناد عن علي بن جعفر أنه سال اخاه عليه السِّيَام عن رجل جعل ثمن جاريته هديا للكعبه فقال له مر مناديا يقوم على الحجر فينادى الا من قصرت نفقته او قطع به او نفذ طعامه فليأت فلان بن فلان وامره ان يعطى اولا فاولا حتى ينفذ ثمن الجاريه ثم تبه على مؤيد لهذه الروايه قائلا وقد يتأيد بما فى خير ياسين ان قوما اقبلوا من مصر فمات منهم رجل فاوصى بالف درهم للكعبه فسال الباقر عليه السِّيَام فقال ان الكعبه غنيه عن هذا انظر الى من أم هذا البيت فقطع به او ذهبت نفقته او ضلّت راحلته او عجز ان يرجع الى اهله فادفعها الى هؤلاء الذين سميت ومنها ما تبه عليه فى السِّرائر قائلا أنه روى و لو نذر ان يهدى الى البيت او مشهد من المشاهد عبده او جاريته او دابته بيع ذلك و صرف فى مصالح البيت و المشهد الذى نذر له و فى مؤنه الحاج او الزائر الذين خرجوا الى السفر و يتناولهم اسم الحاج و الزائر و لا يجوز ان يعطى شيئا من ذلك لأحد منهم قبل خروجهم الى السفر

### منهل يلحق بالجاريه العبد و الدابه فيصح نذر اهدائهما لبيت الله عز و جل

كما صرح به فى المقنع و النهايه و المهذب و فع و يع و عد و التلخيص و د و التحرير و لف و الجامع و س و التنقيح و لك و الرياض بل الظاهر ممّا لا خلاف فيه كما تبه عليه فى التنقيح و كذا تبه عليه فى لك قائلا و لا خصوصيه للجاريه فيكون غيرها كذلك لعدم الفارق بل للإجماع على عدمه و يعضد ما ذكره ما تبه عليه فى الرياض بقوله و اختصاص الخبرين الأولين منهما بالجاريه غير ضائر بعد ثبوت التعدى الى اخويها من الاجماع على ذلك و الروايه الثالثه المتضمنه للعلة العامه الموجهه لتلك التعديه و نسب التعديه فى التنقيح الى الاصحاب مشعرا بدعوى الاجماع عليها

### منهل هل يلحق بالثلاثه المذكوره غيرها من الدراهم و الدنانير

و الفلوس و مطلق التقدين و الثياب و الفرش و البسط و الحيوانات المملوكه و الابنيه و الاراضى الملوكه و بالجمله جميع ما يملكه الانسان قليلا كان او كثيرا او لا يختص الصّحّه بالثلاثه المتقدمه اليها الاشاره اختلف الاصحاب فى ذلك على اقوال الأول أنه يلحق جميع ما ذكر فى صحه النذر بالثلاثه المذكوره و هو للتحرير و لف و غايه المراد و التنقيح و لك و الرياض و حكاه فى يع و عد و التحرير و د و التلخيص عن بعض الاصحاب الثانى انه يختص الصّحّه بالثلاثه المتقدمه اليها الاشاره و لا يثبت فى غيرها و هو للمحكى فى غايه المراد و لك و الكشف عن العماني و الاسكافى و القاضى و زاد فى الأول فحكاه عن الفاضل و نجيب الدين أيضا و فى الثالث فحكاه عن السّرائر و مع و الاصباح أيضا الثالث أنه يختص الصّحّه بالثلاثه و بعض غيرها لا جميعه و هو لبعض على ما تبه عليه فى الكشف قائلا بعد الإشاره الى ما حكيناه عن السِّرائر و هو صريح فى الفرق بين الثلاثه و غيرها للنص و لذا فرق المصنف أيضا و قصر الخلاف على غيرها و مثله المحقق فى يع و نحو السّرائر الاصباح و الجامع بزياده العصفور و الدجاج مع الطّعام و كلام القاضى بزياده الثوب على المملوك و الدّابه الّا انهم لم يذكروه روايه و نصّ ابو على على بيع الغلام و الجاريه و شراء طيب للكعبه فقال و لو قال من الحيوان غير الإنسى او الثمانيه الأزواج فلم يلزمه شىء فاخرج الدّابه من الثلاثه كما فى ما مر من الخبر و نصّ المبسوط فان كان ممّا ينقل و يحول كالنعم و الدّراهم و الدنانير و الثياب و غيرها انعقد نذره و لزمه نقله الى الحرم و تفرقت فى مساكين الحرم الّا ان يعين الجبهه التى نذر لها كالثياب لستاره الكعبه و طيبها و نحوهما فيكون على ما نذر و ان كان ممّا لا ينقل و لا يحول مثل ان يقول لله على ان اهدى دارى هذه و ضيعتى هذه و هذه الشجره

لزمته قيمته لمساكين الحرم يباع و يبعث بالثمن الى مساكين الحرم نعم الانعقاد لكل شىء و الصيرف فى المصالح لكنه حصر الصيرف الى المساكين ثم قال و ما فيه من التعميم هو المختار لما عرفت من الاعتبار و الاخبار و هو خيره التحرير و لف للقول الاول وجوه منها ظهور عبارتى التنقيح و لك فى دعوى الاجماع عليه حيث نسباه الى الأصحاب و منها ما ذكره فى غايه المراد من اصاله الصّحه و وجوب الوفاء بالنذر و منها ما تبه عليه فى لف بقوله الاقوى الجواز لنا أنه طاعه و قربه و نفع فقراء تلك البقعه فيصح كالأنعام و منها قوله ع النَّاسِ مَسْلُطُونَ عَلَىٰ أَمْوَالِهِمْ و منها ان النذر المفروض مستلزم لتعظيم شعائر الله تعالى فالاصل فيه الصّحه لعموم قوله تعالى وَ مَنْ يُعْظَمْ شَعَائِرُ اللَّهِ فَإِنَّهَا مِنْ تَقْوَى الْقُلُوبِ فتأمل و منها ان فى النذر المفروض اعانه على البرّ فالأصل فيه الصّحه لعموم قوله تعالى تَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَ التَّقْوَى فتأمل و منها ان نذر اهداء النعم

ص: ٦٠٠

صحيح فكذا المفروض للأولويه و لغلبته اشتراك الامرين فى الاحكام الشرعيّه فتأمل و للقول الثانى وجوه أيضا منها اصاله الفساد و قد يجاب عنها باندفاعها بادلله القول الاول فانها اقوى و منها ما ذكره فى غايه المراد و لك و الكشف قائلين ذهب جماعه الا أنه لا يصحّ لأنه لم يتعبد بالاهداء الا فى النعم فيكون نذر غيرها غير متعبد به فتبطل و تبه على هذا الوجه فى السيرائى على ما حكى و فيه نظر للمنع من اختصاص الأهداء حقيقه بالنعم كما اشار اليه فى الكشف قائلا و ينصرف اطلاق الهدى الى مكه و هى الى النعم للعرف و الاخبار و الاجماع فى ف و قال فى ط يجوزى من غير النعم و لو بيضه و ثمره قال لأن اسم الهدى يقع عليه لغه و شرعا فقال الهدى بيضه قال تعالى ذَوًّا عَدَلٍ مِنْكُمْ هَدِيًّا بِأَلْحِ الْكَعْبَةِ و قد يحكمان بقيمه عصفور او جراده و سميّ التّيبى ص ع و آله البيضه هديا فقال فى التكثر الى الجمعه و من راح فى الساعه الخامسه فكأنما اهدى بيضه و قال فى لف و نمنع من تخصيص اطلاق الهدى الى النعم سلّمنا كون لفظ الهدى حقيقه فى النعم لكن يجوز اراده غيرها منه مجازا بالقرينه كما تبه عليه فى الكشف قائلا بعد نسبه القول الثانى الى ط و لف لأنه قربه و طاعه و لا ينفيه انصراف الإطلاق الى النعم لأنه بعد التسليم لا- شبهه فى جواز التجوز به عن غيره بقرينه سلّمنا كون الاستعمال فى ذلك غلطا لفقد المصحح له من الوضع و العلاقه لكن ذلك لا يمنع من الحكم الشرعى و هو صحه النذر عند معلوميه المراد اذ لم يقم دليل على ان من شرط صحه النذر كون الألفاظ المستعمله فى صيغته صحيحه بل العمومات تدلّ على الصّحه مطلقا فتأمل و منها خبر الحلبيّ الذى وصفه فى الكشف بالصّحه و فيه سئل الصّيدق عليه السّلام عن الرّجل يقول انا اهدى هذا الطّعام ليس بشىء ان الطّعام لا يهدى و منها خبر ابى بصير عن الصّادق عليه السّلام فان قال الرّجل انا اهدى هذا الطّعام فليس هذا بشىء انما يهدى البدن و قد يجاب عن هذه الروايه بضعف السّند كما تبه عليه فى لف بقوله لا اعتبار بهذه الروايه لضعفها و يعضد ما ذكره قول لك روايه ابن بصير فيها ضعف السّند بعلى بن ابى حمزه و ثانيا بقصور دلالتها على المدعى كروايه الحلبيّ المتقدّمه لاحتمال ان يكون المقصود فيهما بيان أنّ الهدى حقيقه فى البدن و لا يعم غيرها ليحمل اطلاقه عليها لا على غيرها لا بيان ان استعمال الهدى فى غير البدن و لو مجازا فى نذر او غيره يقتضى البطلان و قد اشار الى هذا فى الكشف بقوله و ما مر فى الطّعام محمول على ما اذا كان نذر التّاذر الهدى بالمعنى المعروف و كذا صحيح الحلبيّ أنّ الصّادق ع سئل عن من يقول للجور بعد ما ينحر هو هدى لبيت الله فقال انما يهدى البدن و هنّ احياء و ليس يهدى حين صارت لحما و فيما ذكره نظر فتأمل و ثالثا بما ذكره فى لك بعد الاشاره الى هذه الروايه حصره الأهداء فى البدن خلافا لاجماع لان غيرها من النعم يهدى قطعاً و يعضد ما ذكره قول الرّياض و مفهوم الحصر فى اولى الروايين مع مخالفته الاجماع كما صرح به فى لك مردود بضعف الروايه الدّاله عليه سندا و دلالة و مكافاه لما مضى من وجوه

شئى و رابعا بمعارضتها كخبر الحلبي بخبره الأخر العذى وصفه فى الكشف بالصحة أيضا عن الصادق عليه السلام أنما جعل الهدى ما جعل لله هدىا للكعبه فتأمل و خامسا بمعارضتها كخبر الحلبي المتقدم بالعمومات المتقدم إليها الإشارة الداله على صحه النذر المفروض و هى اولى بالترجيح و ان كان المعارض لها أخص مطلقا لاعضادها بالشهره كما لا يخفى و المسأله محل اشكال و لكن الأقرب عندى هو القول الاول و هو مع ذلك احوط غالبا

### منهل هل يلحق بيت الله عز و جل فى صحه النذر العبد و الجاربه و غيرها من سائر الاموال مشهد النبى ص

و مشهد امير المؤمنين ع و مشهد كل واحد من الائمة عليه السلام فيصح نذر المذكورات لها او لا بل يختص الحكم بالبيت الاقرب الاول وفاقا للمقنعه و النهايه و يع و فع و التحرير و عد و د و التنقيح و لك و الرياض و لهم و جوه منها ظهور الاتفاق عليه فتوى و عملا- شايعا بين الشيعه من غير نكير و منها انه نته فى الانتصار على دعوى الإجماع على اللاحاق قائلا- و مما يظن أن الإماميه تنفرد به القول بأن من نذر شيئا الى مشهد من مشاهد النبى ص ع و امير المؤمنين عليه السلام او من الائمة عليهم السلام او صياما او صدقه او ذبيحه لزمه الوفاء و باقى الفقهاء يخالفون الا أنه قد روى عن الليث دليلنا الاجماع العذى تكرر و يعضد ما ذكره أولا قول التنقيح و طرد الاصحاب فيما لو كان المنذور غير الدابه و الجاربه او كان المنذور له غير البيت كالمشهد لاتحاد الطريق و ثانيا ظهور يع و عد و د و التحرير و التلخيص و لك فى دعوى الاجماع على اللاحاق أيضا و منها ما نته عليه فى التنقيح بقوله لاتحاد الطريق و منها ما احتج به فى الانتصار قائلا بعد ما حكينا عنه سابقا أيضا قول الله عزّ و جلّ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و هذا عقد فيه طاعه الله عزّ و جلّ و قربه و ليس لهم ان يقولوا قد اوجب على نفسه حيننا لا يجب عليه مثله فى العبادات لأن السعى قد يجب الى البيت الحرام و فى مواضع الصلاه و الصيام و الذبح لا شبهه فيه و يعارضون بما يروى عنه ع من قوله ص من نذر ان يطيع الله فليطعه و يعضد ما ذكره سائر العمومات المتقدم إليها الإشارة و هل يلحق بالبيت سائر المشاهد غير ما تقدم اليه كمشهد فاطمه عليها السلام و سائر الأنبياء عليهم السلام كذى الكفل و اوصيائهم عليهم السلام و اولاد الائمة عليهم السلام الابرار الاخيار كأبى الفضل العباس بن امير المؤمنين ع و عبد العظيم و فاطمه القميه و الشهداء و العلماء و الصيالحاء من الصيحابه كسلمان و حذيفه و ابى ذر و مقداد و غيرهم و بالجملة كل مشهد شريف يجوز الوقف عليه او لا لم اجد تصريحاً بذلك لأحد من الاصحاب نعم اطلاق كثير من الكتب المتقدمه يعم ما ذكر فيستفاد اللاحاق منها و هو فى غايه القوه نظرا الى العمومات السابقه و السيره المستمره بين الشيعه اثنى عشرية من غير نكير و لا باس أيضا بالحاق المساجد و نحوها من الأمكنه الشريفه و بالجملة كلما يصح الوقف عليه من القناطر و الرباطات و المدارس و نحوها فيصح النذر لجميع ما ذكر سواء كان بلفظ الإهداء او غيره للعمومات المتقدمه

### منهل اذا نذر اهداء العبد او الجاربه او الدابه الى بيت الله تعالى

او الى مشهد من المشاهد و أطلق و لم يعين مصرفا لذلك بالخصوص و لا كان هناك امر معهود ينصرف اليه الاطلاق فصرح المفيد فى المقنعه و الشيخ فى النهايه و القاضى فى المهذب و المحقق فى يع و العلامه فى عد و التلخيص و د و التحرير و ابن سعيد فى مع و الشهيد فى س و غايه المراد و الشهيد الثانى فى لك و والدى العلامه اعلى الله عزّ و جلّ مقامه فى الرياض بأنه يباع ذلك و يصرف ثمنه فى مصالح البيت او المشهد الذى نذر له و فى معونه الحاج و الزائرين و يستفاد مما ذكره

امور منها وجوب بيع المنذور المفروض و قد قطع به في غاية المراد و لك و يدلّ عليه خبر عليّ بن جعفر و خبر ابي الحسين المتقدمين و الروايتان اللتان اشار اليهما في السيراء و التّقيح فهو جيّد و عليه فلا يجوز الصّح و لا غيره من النواقل الشرعيّه و هل يشترط في هذا البيع ان يكون نقدا او لا- بل يجوز و لو كان نسبيته الاقرب الثاني عملا باطلاق النّص و الفتوى و هل يشترط في هذا البيع الصّيغه او يكفى المعاطات الاقرب الثاني عملا بما ذكر و هل يجوز شرط الخيار في هذا البيع او لا الاقرب الأوّل و هل يجب البيع فورا او لا- بل يجوز التراخي فيه الاقرب الثاني عملا- بما ذكر و هل خيار الغبن و خيار المجلس و خيار الحيوان هنا ثابت او لا- الاقرب الأوّل و هل يجوز الاقاله هنا او لا فيه اشكال و لكنّ الاحتمال الأوّل في غاية القوّه و بالجمله الظاهر انّ جميع احكام البيع هنا جار و اما لوقوع التّنبيه عليه في شىء من النصوص و الفتاوى و هل يشترط فيه اذن الحاكم او لا المعتمد الثاني عملا بما ذكر و هل يشترط فيه ان يكون البائع هو الناذر فلا يصح التوكيل او لا بل يصح التوكيل المعتمد هو الثاني و هل يصح بيع الفضولى هنا او لا- فيه اشكال و لكن الاقرب الاول و لو لم يتمكن من البيع و لو بالصبر في مدّه فيحتمل قويا جواز الاتيان بمعامله اخرى ناقله للعين و منها وجوب صرف الثمن و هل هو فوري او على التراخي الاقرب الثاني عملا بما ذكر و هل يشترط فيه قصد القربه او لا- الا-حوط الأوّل و لكنّ الثاني في غاية القوّه و لا فرق في الوكيل بين متولّى المكان المفروض و غيره و هل يشترط في المباشر للصّرف العقل و البلوغ و الحرية و الإسلام و الذّكوره و العداله او لا يشترط شىء من ذلك او يشترط بعضها دون بعض لم اجد احدا تبّه على ذلك و مقتضى اطلاق النّص و الفتوى الثاني و لكنّ الأحوط مراعات العقل و البلوغ و العداله بل احتمال اشتراط الأوّلين في غاية القوّه و لا اشكال في شرطتيهما في البيع و اما الحرية و الذّكوره فليستا شرطا لا في البيع و لا في الصّرف و كذلك الإسلام و العداله هل يعتبر في الثمن ان يكون من النّقدين او لا بل يجوز غيرهما مطلقا الاقرب الثاني عملا باطلاق النّص و الفتوى و هل يتخير بين صرف العين و الثمن او لا- بل يتعين صرف الثمن الأحوط بل الاقرب الثاني و اذا كان صرف العين اصلح كما اذا كان الثمن أقلّ من قيمه العادله فهل يجوز صرف العين حينئذ او لا بل يتعين صرف الثمن أيضا فيه اشكال و لكن احتمال صرف العين اذا كان الثمن خلاف العاده في غاية القوّه و هل يصدق مدعى الصّرف مطلقا او مع اليمين او مع البيّنه الاقرب الاول ان كان و كيلا و منها كون الصرف امورا احدها مصالح المنذور له من البيت او المشهد او غيرهما و يدلّ على هذا الزوايه المرسله التي اشار اليها في السيراء و يؤيّدها خبر عليّ بن جعفر المتقدم و هما و ان كانا ضعيفين سندا الا ان ضعف السند هنا غير قادح لانجباره بالشّهره بل و ظهور عدم الخلاف و ان لم يذكر هذا المصرف في فع و الرياض لا يقال ظاهر جملة من الأخبار المتقدّمه لزوم الصّرف في غير هذا المصرف كما لا يخفى لأننا نقول هذا الظاهر مدفوع بما ذكر فانه اقوى كما لا يخفى و هل يشترط الصّرف في المصالح اللّازمه او لا بل يكفى ما يسمى مصلحه حقيقه المعتمد هو الثاني لعموم النّص و الفتوى فيتخير بين جميع المصالح و لا- يجب التجري و هل يشترط العلم بكونه مصلحه او يكفى الظنّ الحاصل من قول اهل الخبره او يكفى الظنّ مطلقا الأ-حوط هو الاول و لكنّ الاحتمال الثاني هو الاقرب بل الاحتمال الثالث في غاية القوّه و لو صرفه فيما يعتقدّه علما او ظنا أنّه مصلحه ثمّ يتبين الخلاف فهل يلزمه التدارك لما فات بالمثل او لا بل يسقط عنه التكليف فيه اشكال و لكنّ الاحتمال الثاني في غاية القوّه و ثانيها معونه الحاج حيث يكون المنذور له البيت و يدلّ عليه بعد ظهور الاتفاق عليه معظم الاخبار المتقدّمه كصحيحه عليّ بن جعفر و روايه يس و خبر ابي الحسين و هل يجب في صرف الثمن الجاربه اليهم ان يأمر مناديا يقوم على الحجر فينادى الا من قصرت به نفقته او قطع بها

و نفذ طعامه فليأت فلان بن فلان ثمّ يأمر ذلك المنادى بان يعطى اوّلا فاوّلا حتّى ينفذ ثمن الجاربه او لا يجب ذلك فيه اشكال من دلالة جملة من الأخبار و فيها الصّحيح على وجوب ذلك لتضمّنها الأمر به و هو مفيد للوجوب كما بيّناه في كتبنا الاصوليه و

من الأصل و خلو كلمات الأصحاب عن الاشارة الى وجوب ذلك بل ظهورها فى عدمه و استلزام ذلك الضرر و العسر غالبا و ضعف دلالة الامر فى اخبار الاثمه على الوجوب باعتبار غلبه استعماله فى التدب بحيث صار من المجازات الزجاجه المساوى احتمالها لاحتمال الحقيقه كما زعمه جماعه من متأخرى المتأخرين من اصحابنا و فيه نظر و اختلاف تلك الأخبار فى كيفية التبداء فإنه ظاهر فى عدم وجوب ذلك كما لا يخفى و عدم وجود نظير لذلك فى طرف التذور و الصدقات الواجبه و المستحبه فاذن الأقرب عدم وجوب ذلك و عليه فهل يستحب ذلك او لا- الأقرب الأول و مع ذلك فهو احوط و ثالثها معونه الزائرين حيث يكون المنذور المشاهد المشرفه و هو مما صرح به معظم الأصحاب بل لم اجد فيه خلافا صريحا لا عينا و لا اثرا نعم ربما يستفاد من غايه المراد خلاف ذلك حيث اقتصر فى صرف المفروض على مصالح المشهد المنذور له و هو ضعيف لظهور الاتفاق عليه كما ربما يستفاد من جمله من الكتب حيث لم يشيروا الى خلاف فيما ذهب اليه المعظم و للروايه المرسله التى اشار اليها فى السرائر و ضعف سندها لا- يمنع من جواز الاعتماد عليها لانجباره بظهور عدم الخلاف او بالشهره العظيمه القريبه من الإجماع كما لا يخفى و لعموم قوله تعالى **مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ** و لغير ذلك مما سياتى اليه الاشاره ان شاء الله تعالى

### منهل قال فى الزياض من جعل دابته او جاريته او عبده هديا لبيت الله تعالى

فان قصد مصرفا معينًا تعين و ما ذكره جيد و ان أطلق و كان له فرد ظاهر انصرف اليه

### منهل اذا نذر للمشاهد المشرفه التى يصح النذر لها غير النعم و العبد و الجارية و الدابة

من سائر الاموال منقوله كانت او غير منقوله صح ذلك و هل مصرفه مصرف نذر الجارية لها فتصرف فى مصالحهما و فى معونه الزائرين لها او لا- لم اجد فى النصوص التى وصلت الى و لا- فى معظم الفتاوى التعرض لبيان مصرف ذلك نعم صار بعض متأخرى المتأخرين الى الأول كما تبه عليه بعض الأجله قائلًا- قال فى ذلك نعم صرف ما يهدى الى المشهد و ينذر له الى مصالحه و معونه الزائرين حسن و عليه عمل الأصحاب و يبدأ بمصالح المشهد اولا و عمارته ثم يصرف الفاضل الى زواره لينفق فى سفر الزياره لا- غير مع حاجتهم اليه و ظاهر كلام شيخنا المشار اليه هو الفرق بين ما يهدى الى البيت الحرام و الى المشاهد المشرفه و ان ما يهدى الى المشاهد

ص: ٦٠٢

ينبغى صرفه فى مصالحها و معونه زوارها دون ما يهدى الى الكعبه و قال السيد السند فى شرح النافع و لو نذر شىء لأحد المشاهد المشرفه صرف فيه على حسب ما قصده الناذر و مع الإطلاق يصرف فى مصالح المشهد و لو استغنى المشهد عنه فى الحال و المال فالظاهر جواز صرفه فى معونه الزوار و لأن ذلك اولى من بقاءه على حاله معرضا للتلف فيكون صرفه على هذا الوجه احسانا محضا و ما على المحسنين من سبيل ثم صرح بان ما ذكره السيد جيد ان كان متعلق النذر هو المشهد الشريف و التحقيق ان يقال ان عين الناذر جهه مخصوصه و مصرفا خاصا حين النذر فلا اشكال فى لزوم اتباعه الصرف فى تلك الجهه و ان أطلق و لم يعين مصرفا خاصا لفظا حين النذر و لكن يكون لهذا الاطلاق فرد شايع متبادر معهود كما فى معهوديه التقد الزائج و تبادره من اطلاق التقد فالظاهر انصرف الاطلاق الى ذلك الفرد فيصرف المنذور فيه أيضا للزوم حمل اللفظ على ظاهره مطلقا و لو كان من جهه الدلاله الالتزاميه فعلى هذا لا يبعد الحكم فى نذر الشمع بصرفه فى ذلك المشهد بطريق الاسراج و فى نذر



الفرش و البسط بالفرش في ذلك المشهد و ان أطلق و لم يعين مصرفا اصلا و لا كان هناك امر معهود و لا فرد متعارف فالظاهر جواز الصرف في مصلحه ذلك المشهد مطلقا و لو لم يكن لازمه كما صرح به في لك و ك و غيرهما لظهور العبارة في دعوى الاجماع عليه و لقوه احتمال كونه مدلول اللفظ عرفا و لقوه احتمال عدم القائل بالفرق بين نذر الجاربه للمشهد و نذر المفروض له في المصرف فكما يصرف نذر الجاربه في مصلحته فكذا هذا فتأمل و لأن الاصل براه ذمه الصارف فيها عن الضمان فتأمل و لأنه من التعظيم لشعائر الله فيندرج تحت عموم قوله و مَنْ يُعْظَمُ شَعَائِرَ اللَّهِ الْاِيه و لأن ذلك قد يكون احسانا بالنسبه الى الزائرين فيندرج تحت قوله تعالى مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ و لعموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و قوله ص النَّاسِ مَسْلُطُونَ عَلَى اَمْوَالِهِمْ فتأمل و المعتبر حينئذ صدق اسم الصّيرف في مصلحه المشهد عرفا و من جمله ذلك التعمير و الإسراج و الفرش و التزيين الموجب للتعظيم و نحو ذلك و لا يشترط العلم بالمصلحه بل الظاهر كفايه شهادة العدلين بها و قول اهل الخبره المفيد للظن و هل يكفي قول واحد منهم او يشترط التعدد الاحوط الثاني و ان كان الاحتمال الاول في غايه القوه و هل يكفي هنا مطلق الظن او لا- فيه اشكال و لكن الاحتمال الاول في غايه القوه و لكن الاحوط خلاف ذلك و اذا لم يمكن صرف الجميع او البعض في ذلك اما لعدم الحاجه اليه او لعدم قدره عليه اما لخوف عدو او لغير ذلك فهل يلزم الصّيرف في مشهد اخر كما في الوقف او يلزم الصّيرف في زوار الامام المدفون في ذلك المشهد او يتخير بين الأمرين يظهر من لك و ك و غيرهما الثاني و هو الاحوط بل الأقرب و هل يجوز الصّيرف في معونه الزوار و ان امكن الصرف في المصلحه و كانت لازمه او لا بل يشترط في الصرف في الزوار عدم التمكن من الصّيرف في المصلحه مطلقا و لو كانت غير لازمه يظهر من لك و ك الثاني و هو احوط و ان كان في تعيينه نظر للعمومات المتقدم اليها الاشاره المعتضده بظهور مصير المعظم الى الاحتمال الأول و بظهور عبارة التنقيح في دعوى الإجماع على ذلك و بأنه يلزم على الاحتمال الثاني الحرج و الضرر لأن تعيين الصّيرف في المصلحه مع امكانه يلزمه الفحص و التجسس عن المصلحه و ذلك ضرر و حرج و بقوه احتمال شمول اطلاق النذر للصرف في الزوار عرفا فاذن الاحتمال الاول في غايه القوه و عليه فيتخير بين صرف الجميع في المصلحه او في الزوار او التبعض بان يصرف البعض في المصلحه و الاخر في الزوار مطلقا و كذلك الكلام في صرف نذر الجاربه و العبد و الدّابه للبيت و المشاهد في مصلحتها و في معونه الحاج و الزائرين فيتخير كما ذكر و هل يجب هنا بيع المنذور و صرف الثمن في المصلحه او الزائر كما في نذر الجاربه للبيت و المشهد او لا التحقيق ان يقال اذا توقف الصّيرف في المصلحه او الزوار عادة على البيع و نحوه فالظاهر جوازهما بل لزومها و الآففي ذلك اشكال و لكن احتمال الجواز في غايه القوه لظهور عبارة التنقيح في دعوى الاجماع عليه و يؤيده بعض العمومات القرآنيه و

قوه احتمال عدم القول بالفصل بين نذر الجاربه للمشاهد و نذر المفروض لها في ذلك و على هذا فيحتمل قويا و جوب ذلك و كيف كان فلا يبعد ان يقال هو احوط و لكن الاحتياط الذي لا ريب فيه هو الجمع بين صرف العين و البيع ان امكن و الظاهر ان ما ذكر في غير نذر الدراهم و الدنانير فيصرف اعيانها و لا يجب بيعها

### منهل اذا نذر للمساجد و الرباطات و غيرها مما يصح النذر له جاز صرفه في مصلحتها

و هل يتعين ذلك او يجوز الصّيرف في المترددين بقصد الانتفاع منها بالانتفاع الذي وقف هي لها من العباده و غيرها فيه اشكال فالأحوط الاقتصار على الصرف في المصلحه مع التمكن منه و مع عدمه فلا يبعد جواز الصّيرف في المترددين اليها بل يحتمل قويا هذا و لو مع التمكن من الصرف في المصلحه

### منهل اذا نذر جاربه او عبدا او دابه او غيرها من الاموال و الدراهم و الدنانير و الفرش و البسط و نحوها

لمعصوم ميت من النبي ص و سائر الائمه الطاهرين و فاطمه الزهراء ع او لعالم ميت او لرجل صالح او لواحد ميت من اولاد الائمه ع كالعباس ع فالظن صحه هذا النذر عملا بالعموم و بعمل الشيعة قديما و حديثا و على هذا فان قصد النذر مصرفا معنا او كان هناك معهود ينصرف اليه الاطلاق تعين للصيرف فيه و اما فالظاهر جواز الصيرف في جميع الامور التي يعود نفعها الى المنذور له من تعمير القبور و المشاهد و الإسراج فيها و التعزیه و المدح و اعانه زواره و خدام قبره الفقراء و الثيابه في العبادات عنه و بالجمله كلما يتقرب به الى الله تعالى و يكون منتسبا الى المنذور له و صرح بعض الفضلاء بانّ النذر للأئمه ع يصرف في اولادهم المحتاجين ثم في شيعتهم المضطرين قائلًا و ان كان متعلق النذر انما هو الإمام ع المدفون في ذلك المشهد مثل ان ينذر للحسين ع ان يهدى له فينبغي صرف ذلك الى اولادهم المحتاجين اولا ثم شيعتهم المضطرين ثانيا لأن ذلك يصير من قبيل اموالهم التي قد علم ان حكمها في حال الغيبه الحل لشيعتهم الا ان الاحوط تقديم اولادهم الواجبى النفعه لو كانوا احياء و قد ورد في الوقف عليهم حال حياتهم و الاهداء لهم و الوصيه لهم و قبولهم ذلك روايات عديده و الظاهر انه لا فرق بين حال حياتهم و موتهم في صحه كل من الأمرين و فيما ذكره نظر

### منهل اذا نذر للبيت غير النعم و العبد و الجاربه و الدابه من سائر الأموال فقد يتنا صحته

فاذا قصد النذر مصرفا معينا و صرح به تعين كما اذا قصد بنذره الثياب له ستاره الكعبه و بنذر الطيب تطيبها و قد صرح بذلك في ط و ان أطلق و لم يصرح بالتعيين فان كان هناك معهود ينصرف اليه الاطلاق تعين أيضا لان المعهود كالمصرح به و ان أطلق و لم يعين و لا كان هناك معهود ففي مصرفه احتمالات احدها انه يباع و يصرف ثمنه في مصالح البيت لا غير و قد حكي في يع و عد و د

ص: ٦٠٣

و التلخيص و التحرير عن بعض الاصحاب المصير اليه بل ربما يظهر من الكتب المذكوره انّ كل من قال بصحه النذر المذكور قال بان مصرفه ذلك و تبّه في غايه المراد على وجه هذا القول قائلًا القول بالبيع في مصالح البيت منقول عن بعض العلماء و ربما فهم من كلام ط لأصالة الصيحه و وجوب الايفاء بالنذر فلم يلزم من تعذر جهه تعذر غيرها و ثانيها ما صرح به في ط من انّ المنذور ان كان ممّا ينقل كالدراهم و الدنانير و الثياب و غيرها لزمه نقله و تفرقة في مساكين الحرم و ان كان ممّا لا ينقل مثل الدار و الضيعة و الشجره لزمته قيمته في مساكين الحرم تباع و تبعت بالثمن اليهم و صار الى ما ذكره في الكشف قائلًا- بعد الاشاره الى ما في ط و لعله احوط للأخبار و لأنّ الهدى من النعم يصرف اليهم و لم يوجب في ط البيع و صرف الثمن في المساكين فيما ينقل لإمكان صرف نفسه و الأمر ككك لكنّه ان كان صرف الثمن اصلح للمساكين كان اولي و عليه ينزل الاطلاق في الاخبار و كلام الأصحاب و ثالثها ما حكاه بعض الأجله عن بعض قائلًا قال في لك و ذهب الشيخ في ط الى صرف الهدى الى بيت الله الى مساكين الحرم كالهدى من النعم اذا لم يعين له في نذره مصرفا غيرهم و رجحه العلامة في لف و التحرير و ولده و الشهيد و هو الأصح و يدلّ عليه صحيحه على بن جعفر قال سألته ثم ساق الروايه ثم قال و لا خصوصيه للجاريه فيكون غيرها ككك لعدم الفارق بل الاجماع على عدمه ثم قال بعد نقل هذا الكلام عن لك اقول و قد تحصل انّ في المسأله اقوالا ثلاثه احدها البطلان كما تقدّم و ثانيها الصحه و بيعه و صرف ثمنه في مصالح البيت كما هو القول المجهول القائل بينهم و ثالثها الصحه و صرف ذلك الى مساكين الحرم ثم اقول لا- يخفى انّ ما اختاره هؤلاء الفضلاء الاجلاء من صرف ذلك الى

مساكين الحرم تبعاً للشيخ لا اعرف له دليلاً واضحاً بل الأخبار التي قدّمناها واضحة في ردّه و استدلال شيخنا في لكة بروايه على بن جعفر مردود و ان اوهمت ذلك في بادي النظر الا أنّها فيه التامل و ملاحظه ما عداها من اخبار المسأله و المراد بولئك الذين ينادى بهم أنّهم الحجاج المنقطعون من اهل الآفاق لا مساكين الحرم و منها قوله في روايه ياسين انظر الى أنّ من أمّ هذا البيت الحديث و قوله في روايه ابي الحر اعطاه و قوله في روايه المصري و ما هوى اه و نحو ذلك روايه السّمانى و لا ريب ان اطلاق ما عدا هذه الأخبار محمول على هذه الأخبار و قرائن عباراتها ظاهره في ذلك و فيما ذكره نظر فإنّ الأخبار الدّاله على المنع من ذلك ضعيفه السّند فلا تصح الاعتماد عليها مع أنّها ليست بصريحه في المنع من اعطاء مساكين الحرم بل من اعطاء بنى شبيهه و لعلهم لم يكونوا من مساكينه و رابعها ما يظهر من بعض من أنّ مصرفه مصرف نذر الجاريه للبيت عند الأصحاب فيصرف في مصالح البيت و معونه الحاج و ربما يظهر من مقام من التحرير و خامسها ما في خبر على بن جعفر المروى في الفقيه عن محمّد بن عبد الله بن مهران عنه عن اخيه ع قال سألت عن الرّجل يقول هو يهدى الى الكعبه كذا و كذا ما عليه اذا كان لا يقدر على ما يهديه قال ان كان جعله نذراً و لا يملكه فلا شىء عليه و ان كان مما يملكه غلام او جاريه او شبهها باعه و اشترى بثمانه طيباً فيطيب الكعبه و سادسها ما في خبر ابي عبد الله البرقى عن بعض اصحابنا قال دفعت إلى امرأه غزلاً فقالت ادفعه بمكه ليخاط به كسوه الكعبه فكرهت ان ادفعه الى الحجبه و انا اعرفهم فلمّا صرت بالمدينه دخلت على ابي جعفر فقلت جعلت فداك ان امرأه اعطتني غزلاً- و امرتني ان ادفعه بمكه ليخاط به كسوه الكعبه فكرهت ان ادفعه الى الحجبه فقال اشتر به عسلاً و زعفراناً و خذ طين قبر ابي عبد الله ع و اعجنه بماء السّماء و اجعل فيه شيئاً من العسل و الزّعفران و فرقه على الشيعة ليدأوا به مرضاهم و سابعها ما فيما رواه الفقيه على ما حكى قائلاً روى عن الأئمه ع أنّ الكعبه لا تاكل و لا تشرب و ما جعل هدياً فهو لزوّارها و روى أنّه ينادى على الحجر الا ما انقطعت به النفقه

فليحضر و هذا الاحتمال ضعيف و كذا السّادس و الخامس و الثّانى و الثّالث و الاحوط مراعات لاحتمال الأول مع الامكان و ان تعذر او تعسر فلا يبعد جواز الصّرف فى الحاج و مساكين الحرم الفقراء المؤمنين

### منهل هل يجب فى صرف النذر للبيت او المشهد او غير ذلك

#### اشاره

مما تقدّم اليه الإشاره ان يكون المباشر له هو التّأذّر او يجوز التّوكيل فيه الاقرب الثّانى و لا فرق فى الوكيل بين متولى المكان المفروض و غيره و لا- يشترط فى الوكيل العداله و المذكوره و هل يشترط فى الصّيرف فى مصرفه اذن الحاكم كما فى صرف سهم الامام ع من الخمس او لا- الاقرب هو الثّانى و الحجّه فيه و فيما سبق اطلاق النّصوص و الفتاوى و عدم التعرّض للحكم بالاشتراط فى شىء منها مط مع توفر الدواعى عليه و لزوم الحرج فى الحكم بالاشتراط فى شىء منها مط مع توفر الدواعى عليه و لزوم الحرج فى الحكم بالاشتراط غالباً و غلبه عدم اشتراط الإذن فى كثير من الحقوق مع حجّيه الاستقراء و

#### ينبغى التّنبه على امور

#### الأول اذا توقف الصّرف فى مصرفه على النقل من البلد باجره

فهل هي على التآذر او يحسب من المنذور فيتعلق بعينه الاقرب الأول

### الثانى صرح فى السرائر و التحرير بأنه لا يصرف نذر البيت و المشهد الى الحاج و الزائرین

الأ بعد تلبسهم بالسيف الى الحج و الزياره و تناول اسم الحاج و الزائرین لهم و لا يجوز ان يعطى شيئاً من ذلك لأحد منهم قبل خروجهم و ما ذكره جید

### الثالث هل يشترط فى الحاج و الزائر الذين يصرف اليهما نذر البيت و المشهد الايمان او لا

مقتضى عموم النصوص و الفتاوى الثانی و هو الأقرب و عليه فهل يشترط فى غير المؤمن ان لا يكون غالباً و لا ناصبياً و لا خارجياً او لا مقتضى عموم النصوص و الفتاوى الثانی و فيه اشكال فالأحوط الترك و كذا الاحوط ترك اعطاء الكافر بل مطلق المخالف خصوصا فى نذر غير الجارية و العبد و الدابة و هل يشترط فيهما الحريه و الذكوره او لا الأقرب الثانی لعموم النصوص و الفتاوى و هل يشترط البلوغ او لا- فيه اشكال و لكن الاحوط الأول بل هو فى غايه القوه و هل يشترط العدالة على تقدير اشتراط الايمان او لا الأقرب الثانی لعموم النصوص و الفتاوى و هل يشترط الفقر او لا فيه اشكال فالأحوط الأول و المعتبر الفقر حين الاعطاء و ان كان غنياً فى بلده فيعطى ابن السبيل و بالجمله الاحوط الاعطاء لمن يستحق الزكاه و الخمس دون غيرهما من الاغنياء و ان احتمل قويا جواز اعطائهم و عدم اشتراط الفقر و الاحوط ان لا يعطى لكل فقير منهما بل لمن قصر به نفقته او قطع به او نفذ طعامه او ضلت راحلته و عجز ان يرجع الى اهله و ربما يستفاد من جملة من الأخبار لزومه و فيه نظر بل الاقرب العدم و جواز الإعطاء لكل فقير منهما و هل يصدق فى دعوى الفقر الموجب للاستحقاق من غير يمين و لا- بينه تبه على الأول بعض الفضلاء قائلاً ظاهر هذه الاخبار متفق الدلالة على تصديق مدعى الفقر و الحاجة و عدم التوقف على

ص: ٦٠٤

يمين او بينه كما هو المشهور فى كلام الاصحاب خلافاً لمن نازع فى ذلك كصاحب ك و مثله الفاضل الخراسانى فى مسئله دفع الزكاه لمدعى الفقر فانّ هذه الأخبار كلّها ظاهره الدلالة بالامر بأنه ينادى على الحجر لكل محتاج منقطع و أنه يعطى أولاً فاولاً- حتى ينفد المال و اما قوله ص فى روايه الرّجل المصرى فاذا اتوك فسل عنهم و اعطهم فالظاهر ان المراد أنّما هو السؤال عن كونهم من الحجّاج المنقطعين لا من اهل البلد و ما ذكره جید و لكن مراعات الاحتياط اولى و هل يصدق من غير يمين و لا بينه فى دعوى كونه حاجاً او زائراً فيه اشكال من الاصل و من ظواهر جملة من الاخبار و كيف كان فالأحوط الثانی بل هو الأقرب و يثبت ذلك بشهادة العدلین و الاستفاضه المفيده للعلم و بكل مفيد للعلم و اما ثبوته بالظن ففيه اشكال

### الزابع هل يجب البسط فى المستحقين او لا

بل يجوز الاعطاء لواحد كما فى الزكاه الاقرب الثانی و لكن الاحوط البسط على ذوى الحاجات و اعطاء كل بقدر ما تندفع به

حاجته في هذا السفر حيث لم يستلزم الحرج

### الخامس هل يشترط في الاعطاء قصد الإعانة في سفر الحج

و الزياره فلو خلى عن القصد المزبور لم يجز او يجوز مط ربّما يستفاد من يع و فع و عد و لك و الرياض الاوّل لقولهم يصرف في معونه الحاج و الزائرين و هو احوط و ان كان في تعيينه نظر بل الأقرب الثاني في صرف نذر ما عدا الجاربه و الدابته و العبد للمشاهد

### السادس هل يلزم في صرف النذر للمشاهد طلب المستحق بالنداء

و التجسيس عنه او لا الاقرب الثاني

### السابع هل يجوز الصّرف في تعمير اوقاف البيت و المشاهد او لا

الاحوط الثاني

### الثامن هل يجوز صرف نذر البيت في سدنته و خدمته و حفظته

و صرف نذر المشاهد في سدنتها و خدامها و حفاظها مط او اذا كانوا فقراء او لا يجوز مط فيه اشكال فالاحوط الاحتمال الاخير بل هو في غايه القوّه للأصل و ظهور عبارات الاصحاب في أنّ مصرفها معونه الحاج و الزائرين و المصالح و عدم مصرح بجواز الصّيرف في المفروضين و عدم دلالة روايه على ذلك بل دلالة كثير منها على صرف ما ينذر و يهدى للبيت في الحاج و دلالة جملة من الاخبار عن المنع من اعطاء بنى شيبه الحافظين و الخدام للبيت منها خبر حريز عن ياسين قال سمعت ابا جعفر ع يقول ان قوما اقبلوا من مصر فمات رجل فاوصى بالف درهم للكعبه فلما قدم الوصى مكه سال فدلوه على بنى شيبه فاتاهم فاخبرهم الخبر فقالوا برئت ذمتك ادفعه إلينا فقام الرجل فسأل الناس فدلوه على ابي جعفر محمّد بن علي ع قال ابو جعفر فأتاني يسئلني فقلت أنّ الكعبه غتيه عن هذا انظر الى من أمّ هذا البيت فقطع به او ذهبت نفقته او ضلت راحلته و عجز ان يرجع الى اهله فادفعها الى هؤلاء الذين سميت لك فاتي الرجل بنى شيبه فاخبرهم بقول ابي جعفر فقال هذا رجل مبتدع ليس يؤخذ عنه و لا علم له و نحن نسألك بحقّ هذا البيت و بحقّ كذا و كذا لما ابلغته عنّا هذا الكلام قال فأتيت ابا جعفر فقلت لقيت بنى شيبه فاخبرتهم فزعموا أنّك كذا و كذا لا- علم لك و سألوني بالعظيم ألا ابلغتك ما قالوا قال و انا سألك بما سألوك لما اتيتهم فقلت لهم أنّ من علمي لو وليت شيئا من امر المسلمين لقطعت ايديهم ثمّ علقتهما في استار الكعبه ثمّ اقمتهم على المصطبه ثمّ امرت مناديا ينادي ألما ان هؤلاء سراق الله فاعرفوهم قال بعض الـجلّه و رواه في كتاب العلل مثله و الشيخ مثله و منها خبر سعيد بن عمر الجعفي عن رجل من اهل مصر قال اوصى الى اخي بجاريه كانت له مغنيه فارهه و جعلها هديا لبيت الله الحرام فقدمت مكه فسالت فقيل ادفعها آل بنى شيبه و قيل لي غير ذلك من القول فاختلف عليّ فيه فقال لي رجل في المسجد الا ارشدك في هنا

الى الحق قلت بلى قال فاشار الى شيخ جالس فى المسجد فقال هذا جعفر بن محمد ع قال فاتيته و قصصت عليه القصة فقال ان الكعبه لا تأكل و لا تشرب و ما اهدى لها فهو لزوارها بع الجاربه و قم على الحجر فناد هل منقطع به و هل من زوارها فاذا اتوك فسل عنهم و اعطهم و اقسّم فيهم ثمنها قال فقلت له ان بعض من سألته امرنى بدفعها الى بنى شيبه فقال اما ان قائمنا ع لو قد قام لقد اخذهم فقطع ايديهم و طاف بهم و قال هؤلاء سراق الله تعالى و منها ما نبه عليه بعض الاجله قائلا و روى فى العلل و العيون عن عبد السلام بن صالح الهروى عن الرضاع فى حديث قال قلت له باى شىء يبدأ القائم ع منكم اذا قام قال يبدأ ببني شيبه فيقطع ايديهم لأنهم سراق بيت الله و روى السمعانى فى كتاب الغنيه بسنده عن بندار الصيرفى عن رجل من اهل الجزيره عن ابى جعفر ع قال قلت له معى جاربه جعلتها على نذر البيت فى يمين كانت على و قد ذكرت للحجبه فقال جئنا بها فقد و فى الله تعالى بنذرك فقال ابو جعفر ع يا عبد الله ان البيت لا تأكل و لا تشرب بع جاريتك و استقص و انظر اهل بلادك من حج هذا البيت ممن عجز منهم من التفقه فاعطهم حتى يفيئوا الى بلاده و روى فى العلل فى الصحيح عن عبد الله بن المغيره عن السكونى عن جعفر بن محمد عن ابيه عن على ع قال لو كان واديان يسيلان ذهباً و فضه ما اهديت الى الكعبه شيئاً لأنه يصير الى الحجبه دون المساكين فت نعم اذا اندرج المفروضون تحت الحاج و الزائرین المستحقين جاز اعطائهم منه

### **التاسع هل المراد بالحاج و الزائرین الاعم من البعيد النائي المسافر الى البيت**

و المشاهد و القريب المتوطن فيها او لا لم اجد مصرحاً باحد الأمرين و لكن عموم عبارات الاصحاب يقتضى الاول الا انها قد تشعر باراده الثانى كما هو ظاهر معظم النصوص فهو احوط و ان كان الاحتمال الاول فى غايه القوه

### **العاشر هل يشترط فى الاستحقاق العلم بصحة العمل من الحج**

و الزياره او ظهورها او عدم ظهور فساد او لا يشترط شىء من ذلك بل يستحق و يعطى و لو مع العلم بفساد العمل اذا صدق اسمه حقيقه فيه اشكال من عموم النصوص و الفتاوى مع ان الغالب الفساد و لو باعتبار الجهل بالمسأله و من الاصل و امكان دعوى انصراف العموم الى صوره عدم ثبوت الفساد و كيف كان فالاحوط عدم الاعطاء فى صوره العلم بالفساد او ثبوته شرعاً بل لا يخ عن قوه و لا اشكال فى الجواز فى صوره عدم ظهور الفساد و عدم ثبوته شرعاً بل يجوز و ان ظن بالفساد

### **الحادى عشر هل يجب على الحاج و الزائرین القبول او لا**

الاقرب الثانى مط و لو انحصر الامر فى الصّرف فيهم للأمر السليم عن المعارض

### **الثانى عشر هل يجب فى الاعطاء و القبول اللفظ او يكفى الفعل**

الاقرب الثانى لعموم النصوص و الفتاوى

## الثالث عشر هل يجب على الدافع اعلام المدفوع اليه

بأنه من باب النذر او لا الأقرب الثاني لما ذكر

## الرابع عشر اذا لم يتمكن من الصرف في المصالح والحاج والزائرين

فهل يجب الحفظ الى ان يتمكن من احد الامرين او لا بل يصرف في كل بر الاحوط بل الاقرب الثاني

## الخامس عشر هل يجب الاقتصاد في الصرف على ما تدفع به ضروره الحاج

و الزائرين او يجوز الاعطاء و لو حصل منه الغناء فيه اشكال و لعل الاحوط الاول و لكن الاقرب الثاني

## السادس عشر النذر للمشاهد المشرفه

على

ص: ٦٠٥

الوجه المتعارف بين الناس الخالي من الصيغه الموجبه للوفاء لا يجب الوفاء و لكن الاحوط الوفاء به و مصرفه مصرف النذر الذي يجب الوفاء به و لو اراد المالك صرفه في بر آخر جاز

## السابع عشر قال بعض الاجله روى في به من محمد بن عبد الله بن مهران عن علي بن جعفر عن اخيه ع

قال سألت عن الرجل يهدى الى الكعبه كذا و كذا ما عليه اذا كان لا يقدر على ما يهديه قال ان كان جعله نذرا و لا يملكه فلا شىء عليه و ان كان ممّا يملك غلام او جاريه او شبهه باعه و اشترى بثمنه طيبا فيطيب به الكعبه و ان كانت دابّه فليس عليه شىء قال السيد صاحب ك و اما ما دلت عليه روايه علي بن جعفر من الفرق بين الجاريه و بين الدابه و أنّه اذا نذر و الدابه فليس شىء فلا قائل به من الاصحاب بل ظاهرهم الاتفاق على خلافه و بذلك طعن به عليها فى لك مضافا الى ضعف الراوى لها عن علي بن جعفر و هو محمّد بن عبد الله بن مهران فأنّه ضعيف جدا و زاد فى الطعن عليها بتخصيص الحكم فيها بهذه الاشياء المذكوره

## منهل لا يجوز صرف الاموال الموضوعه فى الكعبه و المشاهد المشرفه من القناديل و الاعلام و غير ذلك فى الجهاد

و لا فى الدفاع و لا فى الفقراء و لا فى جميع وجوه البر للأصل و لاجتناب المسلمين قديما و حديثا من ذلك و لحرمة التصرف

فى الأوقاف فان اكثرها موقوفه و لما روى عن محمد بن الحسين الرضى فى كتاب نهج البلاغه قال روى أنه ذكر عند عمر فى ايامه حلى الكعبه و كسوته فقال قوم لو اخذته فجهزت به جيوش المسلمين كان اعظم للأجر و ما تصنع فهم عمر بذلك فسأل عنه امير المؤمنين ع فقال انّ القرآن انزل على رسول الله و الاموال اربعة اموال المسلمين فقسمها بين الورثه فى الفرائض و الفى ء فقسمه على مستحقه و الخمس فوضعه الله حيث وضعه و الصّدقات فجعلها الله حيث جعلها و كان حلى الكعبه فيها يومئذ فتركه على حاله و لم يتركه نسيانا و لم يخف عليه مكانا فاقره حيث اقره الله و رسوله ص فقال عمر لولاك لافتضحنا و ترك الحلى بحاله و هذه الرّوايه و ان اختصت بحلى الكعبه و لكن يلحق به حلى سائر المشاهد كما تبّه عليه بعض الاجلّه قائلا و يمكن ان يستفاد من الخبر المروى فى كتاب نهج البلاغه الدّال على عدم جواز التعرّض لحلى الكعبه ان صح جواز تحليه المشاهد الشريفه و عدم جواز التعرض له ثمّ تبّه على الفرق بينهما قائلا الا أنه يمكن الفرق بينهما أيضا بالنظر الى أنّهم ص فى ايام الحيوه لا- يرون الحليه بيوتهم بل يكرهونه كما هو معلوم من احوالهم ع ثمّ استحسن جواز صرفه فى الذريه و فقراء الشيعة قائلا هذا مصرف اموالهم زمان الغيبه و استغنائهم عن ذلك و ما ذكره ضعيف جدا خصوصا بالنسبه الى ما وقف من ذلك

## القول فى العهد

### منهل هل يشترط فى صحه العهد اللفظ

فلا ينعقد بمجرد التيه و القصد الى معناه باطنا او لا فينعقد و يصح بمجرد القصد اختلف الاصحاب فى ذلك على قولين احدهما أنه يشترط فى صحته اللفظ و لا ينعقد بدونه و هو للسّرائر و الغنيه و يع و فع و التّحرير و التبصره و التلخيص و عد و عه و لك و الكفايه و الرّياض بل صرّح فى الكفايه بأنّه قول ابن الجنيد و ابن ادريس و باقى المتأخرين و يعضد ما ذكره قول لك و ذهب ابن الجنيد و المصنف و العلامه فى اكثر كتبه و باقى المتأخرين الى اشتراط التلطف بهما و توقف فى لف بين القولين و الثّانى منهما اقوى و ثانيهما أنه يصح و ينعقد بمجرد القصد و لا- يتوقف على اللفظ و هو للّهايه و حكاه فى الكفايه عن الشّيخ و القاضى و ابن حمزه للأولين اولا الاصل و قد تقدّم اليه الاشاره فى مسئله توقّف النذر على القول و ثانيا الاستقراء الذى تبّه عليه فى المسأله المذكوره و ثالثا ما تبّه عليه فى ضه فى المسأله المذكوره و رابعا ان صحه النذر يتوقف على القول فكذلك العهد و ذلك لوجهين احدهما انّ الظاهر انه لا- قائل بالفرق بينهما فى هذه المسأله كما يستفاد من قول الدّروس و ضه و الرّياض الخلاف فى انعقاده بالضّمير مثل النذر و من قوله يع النذر و العهد ينعقدان بالنطق و هل ينعقدان بالضّمير و الاعتقاد قال بعض الاصحاب نعم و الوجه انهما لا ينعقدان الا بالنطق و كذا يستفاد مما حكيناه عن لك أيضا كما لا يخفى لا يقال يدفع ما ذكر قول الكشف بعد التصريح بالقوه القول الثّانى و الفرق بينه و بين النذر ظاهر لكون النذر بمعنى الوعد و وجود النصوص على اشتراطه باللفظ لأننا نقول ما ذكره لا يصلح لدفع ما ذكرناه كما لا يخفى و ثانيهما انّ النذر و العهد يشتركان فى اغلب الاحكام فكذا هنا عملا بالاستقراء و للآخرين الوجه المتقدّمه الداله على عدم توقف صحه النذر على اللفظ و قد عرفت أنّهما محل مناقشه و المسأله محل اشكال و لا ريب فى انّ القول الثّانى احوط و لكنّ الأوّل اقوى

### منهل اختلف الاصحاب فى صيغه العهد على اقوال

احدها أنّها على عهد الله فقط و هو للغنيه و ثانيها أنّها عاهدت الله فقط و هو للوسيله و ثالثها أنّها على عهد الله او عاهدت الله فيكون مخيرا بينهما لا غير و هو للسّرائر و التّحرير و د و التبصره و عد و عه و س و ضه و الكشف و رابعها أنّها كلّ لفظ دلّ على



المراد وقد صار اليه في الكفايه قائلاً- صورته العهد ان يقول عاهدت الله او على عهد الله و نحو ذلك و فيما ذكره نظر بل الاقرب عندي هو القول الثالث المذى عليه المعظم و لهم على التخيير بين الصيغتين العمومات التي تضمنتها الروايات منها خبر علي بن جعفر عن اخيه ع قال سألته عن رجل عاهد الله في غير معصيته ما عليه ان لم يف به لله بعهدة قال يعتق رقبه او يتصدق بصدقه او يصوم شهرين متتابعين و منها خبر ابي بصير عن احدهما ع قال من جعل عليه عهد الله و ميثاقه في امر لله فيه طاعه فحنت فعليه عتق رقبه او صيام شهرين متتابعين او اطعام ستين مسكيناً و منها المروى عن تفسير العياشي عن ابن سنان قال سألت ابا عبد الله ع عن قول الله عز وجل يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ قال اليهود و لهم على عدم جواز غير الصيغتين اولا الاصل و ثانيا ظهور اتفاق من عدا صاحب الكفايه عليه و لا عبره بخلافه و لم نجد له مستندا الا العمومات المذكوره و لكنها تقتضى عدم اشتراط اللفظ مط و لا نقول به فيلزمه تخصيصها هنا و من الظاهر ان المخصص هنا ليس الا اتفاق من سبقه على اتحاد العهد مع التذرع في حكم الصيغه و مثل هذا الاتفاق أيضا في مسئلتنا هذه موجود و الفرق بين المسألتين باعتبار فهم الاتفاق هناك و عدم فهمه هنا في غايه الغرابه و لكن الاحوط مراعات قوله

## كتاب مناهل العتق

### منهل اختلف الأصحاب في انعقاد العبد قهرا بتنكيل مولاه آياه و ثبوت حرته بذلك على قولين

#### اشاره

الاول انه ينعقد بذلك و هو للنافع و التبصره و عد و المختلف و عه و الكفايه و الرياض المحكى في لف عن الشيخ في النهايه و القاضى و ابن حمزه و صرح في ضه و لك بأنه المشهور بل في الأخير لم يخالف فيه الا ابن ادريس و يعضد ما ذكره اولا قول الكفايه المعروف من مذهب الاصحاب انه يوجب الانعقاد خلافا لابن ادريس و ثانيا قول الرياض انه الاشهر الثاني انه لا ينعقد بذلك و هو لابن ادريس على ما حكاه في س و ضه و لك و الكفايه و يظهر من يع و ضه و لك التوقف في المسأله و لو نسب هذا الى ابن ادريس لم يكن بعيدا

ص: ٦٠٦

الا- أنه قال و قد روى أنه اذا نكل صاحبه او مثل به انعتق في الحال و لا سبيل لصاحبه عليه اورده شيخنا في يه ايرادا فان هذه العبارة ليست صريحه في القول الثاني بل ظاهره التوقف و المعتمد عندي هو القول الاول لجملة من الاخبار منها ما تمسك به في لف من خبر ابي بصير عن ابي جعفر ع قال قضى امير المؤمنين ع فيمن نكل بمملوكه انه حر لا سبيل له عليه سائبه يذهب فيقول من احب لا- يقال هذه الروايه ضعيفه سنداً فلا- يصح الاعتماد عليها اما الاول فلما اشار اليه في لك قائلاً عبد الحميد مشترك بين الثقة و الضعيف بل الظاهر انه خارج عن القسمين لان طبقتهما اعلى طبقه فيكون مجهولاً و على التقديرين يضعف الطريق و ابو بصير قد عرفت انه مشترك فيكون ضعيفه و اما الثاني فواضح لأننا نقول لا نسلم ضعف الروايه اذا قد وصفها بالصحة في الكفايه و الرياض و قال فيه و هو مروى في يه بطريق حسن و صحيح سلمنا و لكن ينجبر الضعف بالشهره العظيمه و منها خبر ابي جعفر بن محبوب عن ذكره عن ابي عبد الله ع قال كل عبد مثل به فهو حر و منها ما اشار اليه في لف قائلاً و قال ابن الجنيد و عن امير المؤمنين ع من نكل بمملوكه فهو حر لا- سبيل عليه سائبه و منها ما اشار اليه في لك قائلاً روى عمرو بن شعيب عن

ايه عن جده ان زيناعا ابا زوج وجد غلاما مع جاريه فجدع انفه و جبه فاتي النَّبِيَّ ص قال من فعل هذا بك قال زيناع فدعاه النَّبِيَّ ص فقال ما حملك على هذا فقال كان من اسره فقال النَّبِيَّ ص اذهب فانت حرّ و بالإسناد قال رجل اتى النَّبِيَّ ص صارخا فقال له ما لك قال سيدي رآني اقبل جاريه فجب مذاكيرى فقال له النَّبِيَّ ص اذهب فانت حرّ و

## ينبغي التنبه على امور

### الاول كلما يسمّى تنكيلا حقيقه عرفا فهو سبب للانعتاق

و ليس له حدّ كما اشار اليه فى لك و ضه و الكفايه قائلين ليس فى كلام الأصحاب هنا شىء محرزا بل اقتصروا على مجرد اللفظ و زاد فى الثّانى قائلا بعد ما ذكر فيرجع فيه الى العرف فما يعد تنكيلا عرفا يترتب عليه حكمه

### الثانى يتحقّق التنكيل بقطع انفه و لسانه و اذنيه و شفثيه

و نحو ذلك كما صرّح به فى ضه و لك قائلين اصل التنكيل فعل الامر الفضيح بالغير فقال نكل به تنكيلا اذا جعله نكالا و عبره لغيره مثل ان يقطع انفه و لسانه او اذنيه او شفثيه و نحو ذلك و يعضد ما ذكره اولا قول الكفايه الظاهر انه يتحقّق التنكيل بقطع اللسان و الانف و الأذنين من الامور الفضيحه و ثانيا قول الرّياض و اما العتق بالعوارض فمنها تنكيل المولى بعبده انفه او لسانه او اذنيه او شفثيه او نحو ذلك و ثالثا قول مجمع البحرين النكال العقوبه و تنكيل المولى بعبده بان يجدع انفه او يقطع اذنه و نحو ذلك

### الثالث الجبّ و قطع الذّكر تنكيل يوجب الانعتاق

اذ يترتب على هذا أنّ المماليك الخصيان ينعقون على مواليتهم اذا فعلوا بهم ذلك فلا يصحّ شرائهم لمن علم ذلك و مع اشتباه كون الفعل من مولاة بينى على اصاله الملك لعدم ثبوت المقتضى للعتق و قد صرّح بجميع ما ذكرناه فى لك و الكفايه

### الرابع قال فى الكفايه الظّاهر انّ قلع العين تنكيل

و هو جيّد و كذلك قطع الاذن الواحد و الشفه الواحد و تأمل فى ذلك فى لك قائلا و قد يحصل الاشتباه فى بعض العقوبات كقلع العين الواحد و الاذن الواحد و نحو ذلك

### الخامس اذا حصل الشكّ فى كون شىء تنكيلا فينبغى الحكم ببقاء الرقيه

عملا- بالاصل كما صرّح به فى لك قائلا و الواجب فى موضع الاشتباه الرجوع الى حكم الاصل و هو استصحاب الرق الى ان يثبت المزيل و تأمل فى ذلك فى الكفايه قائلا و فى استصحاب حكم الرق فى موضع الاشتباه تأمل و فى ما ذكره ضعف

### السادس ليس الحبس و الضرب و الشتم ظلما من التنكيل

الموجب للاعتاق للأصل مع عدم صدق التَّنكيل عليه بناء على تعريف العَدَى ذكره الجماعة المتقدم إليها الاشارة ولأنه لو كان ذلك موجبا للاعتاق لاشتهر بل و تواتر لتوفّر الدّواعى عليه و التّالى بط و لأنّ الحكم بالاعتاق بذلك ضرر و الأصل عدمه فت

### **السابع اذا فعل المولى بعبده فعلا لم يقصد به التَّنكيل**

و اتفق معه قطع احد الاعضاء السّابقيه كما لو ضربه تاديبا او ظلما او مزاحا او سهوا او فى حال نوم او سكر فهل ينعق بذلك قهرا أيضا او لا- فيه اشكال و لكن الأقرب الثّانى للأصل و عدم معلوميه صدق التَّنكيل على المفروض بل الظاهر عدمه و لو سلم الصّيدق حقيقه فنقول لا- نسلم انصراف اطلاق ما دلّ على ثبوت الاعتاق بالتَّنكيل من النّص و الفتوى الى محلّ البحث لأنّ المتبادر منه غيره كما لا يخفى

### **الثامن اذا كان العبد مشتركا بين اثنين مثلا فنكل احدهما دون الآخر**

فهل ينعق مط او لا كك او ينعق بالنسبه الى حصه المنكل لا غيرها احتمالات و لكنّ الاقرب الثّانى للأصل و عدم انصراف ما دلّ على ثبوت الاعتاق بالتَّنكيل من الفتوى و النّص المعتبر الى محلّ البحث اما الفتوى فلان غايتها الاطلاق و المتبادر منه غيره و اما النّص المعتبر فلأنه قضيه فى واقعه فلا عموم و كذلك الروايتان العاميتان و اما مرسله جعفر بن محبوب و مرسله الاسكافى فهما و ان كانتا عامتين و لكنّهما ضعيفتان سندا و لا جابر لهما فى خصوص المقام كما لا يخفى مع أنّ المتبادر من الثانيه خلاف المفروض كما لا يخفى هذا مضافا الى لزوم الضّرر على الشّريك بالاعتاق بذلك فى الجملة او مط فت

### **التاسع اذا نكل المشتري عبده فى زمان خيار البائع**

فهل ينعق بذلك و يسقط خيار البائع او لا اشكال من اطلاق مرسلتى جعفر بن محبوب و الإسكافى و اطلاق فتاوى الاصحاب و من الاصل و ضعف المرسلتين و عدم معلوميه شمول باقى الاخبار لمحلّ البحث و لزوم الضّرر على البائع بالاعتاق بذلك و امكان دعوى انصراف اطلاق الفتاوى الى غير محلّ البحث و لعلّ الاحتمال الاخير اقوى و لكن مراعات الاحتياط منهما امكن اولى

### **العاشر اذا كان المولى صغيرا او مجنونا و نكل عبده فهل ينعق بذلك او لا**

فيه اشكال و لعلّ الثّانى اقوى للأصل و قوّه دعوى انصراف اطلاق الفتاوى الى غير محلّ البحث و عدم نهوض الاخبار الدّاله على ثبوت الاعتاق بالتَّنكيل لإثبات الاعتاق به هنا لضعف بعضها سندا من غير جابر له و قصور دلاله المعتبر منها سندا و لكن مراعات الاحتياط هنا اولى

### **الحادى عشر اذا نكل المولى بامته فهل ينعق بذلك كما لو نكل عبده او لا**

فيه اشكال من اصاله بقاء الرّقيه و اختصاص النّصوص المتقدمه و جملة من العبارات كالتّهايه و فع و التّبصره و عد و عه و المحكى عن القاضى بالعبد و المملوك الظّاهرين فى غير الجاريه و من غلبه الاشتراك و عدم تنصيب احد من الاصحاب على

عدم حصول الانعتاق بذلك مع أنه صرح ضه بالحصول من غير اشاره الى الخلاف فيه قائلا و الامه فى ذلك كالعبد و ظهور كلام بعض فى اندراج الجاريه تحت النزاع السابق فى اصل المسأله و لعل الاحتمال الاول اقوى و لكن مراعات الاحتياط اولى

### الثانى عشر اذا نكلت المرأه عبدها فهل ينعق بذلك او لا

اشكال من الاصل و اختصاص اكثر العبارات كالتهايه و فع و التبصره و عد و عه و المحكى عن القاضى بالمولى الظاهر فى غير المرأه و عدم وجود عباره مصرحه بالاحتمال الاول و ضعف ما دلّ من الاخبار المتقدمه

ص: ٦٠٧

عليه و عدمه معلوميه شمول المعتبر السيد لمحل البحث و من غلبه الاشتراك و قوه احتمال اراده المعنى الشامل للمراه من لفظ المولى و عدم تنبيه احد على اختصاص الحكم بالذكر و شمول بعض الاخبار المتقدمه للأثنى و ما سيأتى من الاخبار و لعل الاحتمال الاول اقوى و لكن مراعات الاحتياط اولى

### الثالث عشر اذا نكلت المرأه منها فهل تنعق بذلك او لا

اشكال و لعل الاحتمال الاول اقوى و يدلّ عليه المرسل و فيه بعد السؤال عن امرأه قطعت ثدى وليدتها أنّها حره لا سبيل لمولاتها عليها قال فى الرياض و نحوهما خبران آخران منجبران بالشهره العظيمه التى لا مخالف لها عدا الحلّى و تبعه الماتن فى يع لكن على تردد

### منهل لا اشكال فى ان عمى العبد و جذامه يوجبان انعتاقه فهرا

اشاره

أمّا انعتاقه بالعمى فقد صرّح به يع و فع و التبصره و عد و عه و س و ضه و لك و الكفايه و الرياض و حكى عن الشيخ فى التهايه و الصدوق و فى المقنع و القاضى و الحلّى بل الظاهر أنّه مما لا خلاف فيه بين الاصحاب و عزاه فى لك الى الاصحاب و يعضده اولاً- قول الكفايه لا- اعرف فيه خلافا و ثانيا قول الرياض ينعق بذلك بلا- خلاف بل فى ظاهر لك و ضه و غيرهما الاجماع و الحجه فيه مضافا الى ما ذكر جملة من الأخبار منها ما استدل به فى ضه و الكفايه و وصف بالحسن فيهما و بالصّححه فى الرياض و هو خبر الحلبي عن الصادق ع اذا عمى المملوك فقد اعتق و منها خبر السكونى عن الصادق ع قال اذا عمى المملوك فلا رق عليه و العبد اذا جذم فلا رق عليه و صرّح فى الرياض بأنّ ضعفه منجبر بالعمل و يعضد ما ذكره قول الكفايه و الروايه ضعيفه و لا يبعد القول به لكون الخبر معمولاً به و ان كان ضعيفا و منها ما اشار اليه فى لك قائلا و فى حديث اخر طريقه معلّى بن محمّد و هو ضعيف عن ابى جعفر ع قال اذا عمى المملوك اعتقه صاحبه و لم يكن له ان يمسكه فت و منها ما اشار اليه فى لف قائلا- قال ابن الجنيّد و فى حديث اهل البيت ع ان الرسول ص قال اذا عمى المملوك او جذم فلا رق عليه و أمّا انعتاق العبد بالجذام فقد صرّح به فى فع و يع و عد و التبصره و س و ضه لك و الكفايه و الرياض و حكى عن المقنع و التهايه و الحلّى و القاضى بل الظاهر أنّه مما لا خلاف فيه بين الأصحاب كما تبّه عليه فى لك بقوله هو مذهب الاصحاب و فى الروضه

بقوله كأنه اجماع و من ثم لم ينكره ابن ادريس و ألما فالمستند ضعيف و فى الكفايه بقوله هو المعروف بينهم و فى الزياض بقوله يعتق بذلك بلا خلاف فيه بل فى ظ لك و ضه و غيرهما الاجماع و يدل عليه مضافا الى ما ذكر بعض الأخبار المتقدمه و

**ينبغى التنبيه على امور**

### **الأول لا فرق فى حصول الاعتاق بالأمرين**

المذكورين بين ان يكون العبد ملكا لرجل او امرأه او صغير او مجنون او سفیه و لا بين ان يكون ملكا لازما لمولاه او متزلزلا لإطلاق التصوص و الفتاوى

### **الثانى هل الجاربه تنعتق بالأمرين كالعبد او لا**

بل يختص الاعتاق بهما بالعبد فيه اشكال من اصاله بقاء الرقيه و اختصاص الأخبار المتقدمه و جمله من الكتب كالمقنع و النهايه و السيرائر و عد و التبصره و لك و الكفايه بالعبد و المملوك الظاهر فى غير محلّ البحث و من غلبه اشتراك العبد و الجاربه فى الاحكام فيلحق محلّ الشكّ بالغالب و امكان دعوى ظهور جمله من العبارات كالنافع و يع و س فى اللاحاق و عدم تنصيص احد على عدم اللاحاق و قوه احتمال اراده المعنى الاعم من اللفظين و مراعات الاحتياط هنا اولى و ان كان احتمال اللاحاق فى غايه القوه

### **الثالث لا فرق فى ذلك بين ان يكون المرضان مما يرجى زواله و عدمه**

لإطلاق التصوص و الفتاوى

### **الرابع هل يشترط فى العمى ان يكون بحيث لا يبصر**

كما صرح به فى ضه و هو ظاهر التصوص و الفتاوى المصرحه بان العمى يوجب الاعتاق فيشترط عدم ادراك العينين معا او لا بل يكفى فقد ادراك إحدهما الأقرب الأول

### **الخامس لا فرق فى العمى بين حصوله بمرض**

او بفعل ظالم

### **منهل حكى فى س و لف عن ابن حمزه القول بان البرص فى المملوك يوجب اعتاقه قهرا**

و المعتمد عندى أنه لا يوجب ذلك كما هو ظاهر النهايه و فع و يع و لف و التبصره و عد و س و التثنيح و ضه و لك و الكفايه و المحكى عن القاضى للأصل المعتضد بالشهره العظيمة الظاهره و المحكيه فى ظاهر لف مع عدم دليل على مقاله ابن حمزه كما اشار اليه فى التثنيح و ضه و لك

## منهل الحق ان اقعاد العبد و زمانته يوجب انعقاده قهرا

كما فى النّهايه و يع و عد و س و المحكى عن الحلى و ربّما يظهر من التّبصره و لك و الكفايه ان ذلك لا يوجب انعقاده و لهم الاصل و عدم ظهور روايه تدلّ على حصول الانعتاق به و يندفعان بامرّين احدهما بما حكاه فى الرّياض عن الخلاف من دعوى الإجماع على حصول الانعتاق بذلك و يعضدها قول فع اّما ازاله الرق فاسبابها اربعه الملك و المباشره و السّرايه و العوارض الى ان قال اّما العوارض فالعمى و الجذام و تنكيل المولى بعبده و الحق الاصحّاب الإقعاد فتمتّى حصل احد هذه الاسباب فيه انعق لا يقال لا- نسلم أنّ هذه العبارة ظاهره فى دعوى الاجماع بل هى ظاهره فى التوقف كما اشار اليه فى ضه بقوله قد يحصل العتق بالعمى و الجذام و الحق به ابن حمزه البرص و لم يثبت و الإقعاد ذكره الاصحّاب و لم نقف على مستنده و فى فع نسبه الى الاصحّاب مشعرا بتمريضه ان لم يكن اشاره الى أنّه اجماع و كونه المستند و يعضد ما ذكره قول الكفايه و اّما الانعتاق بالاقعاد فلم اقف على مستند له و اسنده المحقق الى الاصحّاب مؤذنا بتوقفه فيه و هو فى محلّه لأنّنا نقول الظاهر ظهور العبارة المذكوره فى ذلك كما اشار اليه فى التّنقيح قائلا- قوله هو الحق اه اقول ظاهره أنّه اجماع منهم مع أنّه لم يوجد فى كلام كلّهم فلو قال بعض الاصحّاب لكان اولى و اّما اسنده الى القائل به لعدم ظفره بالمستند و يعضد ما ذكره قول الرّياض و فى نسبه ذلك الى الاصحّاب ايدان بعدم وقوفه على دليله من نصّ او غيره سوى الاجماع المحكى فى ف و المستفاد من ظاهر عبارته كغيره و لعلّه كاف فى الحجّته سيّما مع اعتضاده بدعوى ظاهر لك عدم الخلاف فيه حيث قال بعد ذكر الحكم فيه لكن لا يظهر منه مخالف حتّى ابن ادريس لشبهه الاجماع و ثانيهما ما اشار اليه فى لف قائلا- قال ابن الجنيد و عن امير المؤمنين ع ان اصابته زمانه فى جوارحه و بدنه فهو حرّ لا سبيل عليه سائبه قال فى الرّياض و هو كما ترى ظاهر الدّلاله على وجود روايه فيه لكنّها مرسله اّلا أنّها لا يقصر عن المراسيل السّابقه فتكون حجّته بعد الانجبار بالشهره العظيمه و على المختار يكون الاقعاد موجبا لانعتاق العبد مط كالعمى و هل تلحق الجاريه بالعبد فيما ذكر فيه اشكال و لعلّ اللاحق قوى

## كتاب مناهل الاقرار

### منهل اذا اقر المريض بمال لغيره فى مرضه الذى توفى به فهل يحسب ذلك الاقرار من ثلثه

#### اشاره

فلو كان المقرّ به زائدا عن الثلث لم يستحقّه المقر له او يحسب من اصل المال و يكون كالدين فيستحق المقر له الزائد فيما ذكرناه من المثال اختلف الاصحّاب فى ذلك على اقوال الاوّل ما ذكره فى المراسم قائلا من كان عاقلا يملك امره فيما يأتى و يذر فاقاره فى مرضه كإقراره فى صحته قال فى لف فلم يفرق بين الدين و العين و لا بين الاجنبىّ و الوارث و لا بين ان يكون المقر مريضا غير متهم فى اقراره و بين المتهم و هو اختيار ابن ادريس قلت و اختار هذا القول فى الغنيه أيضا و لهم وجوه منها أنّه تبّه على دعوى الإجماع على ما صاروا اليه فى الغنيه قائلا- و يصحّ اقرار المريض للوارث و غيره بدليل الاجماع المشار اليه و يعضد

ص: ٦٠٨

ما ذكره ما حكاه فى لف عن الحلى قائلا احتج ابن ادريس بالاجماع على أنّ اقرار العقلاء على انفسهم جائز لا يقال يدفع هذه

الحجّه ما ذكره في لف في مقام الجواب عنها قائلًا- بعد الاشارة اليها و الجواب المنع من انعقاد الاجماع على صورته النزاع فإنّ الخلاف قائم سلّمنا لكن الجواز لا ينافي القبول من الثلث مع التهمة و الشّيخ قال في الخلاف اذا اقر بدين حال صحته ثم مرض فافر بدين اخر حال مرضه نظر فان اتسع المال لهما استوفيا معا و ان عجز المال قسم الموجود منه على قدر الدّينين ثم قال يصحّ الاقرار للوارث في حال المرض و استدللّ بأنّه لا- مانع منه و الاصل جوازه الى ان قال و على المسأله اجماع الفرقه و توهمه ابن ادريس رجوعا عما افتى به في النّهايّه و هو غلط فإنّ الشّيخ قصد بذلك امضاء الاقرار للوارث خلافا للجمهور و الّا فالشّيخ اجل من ان يدعى الاجماع على الموضوع المختلف فيه فليس مراده الّا ما قلناه من الاستدلال باجماع الفرقه على صحه الوصيه للوارث و الاقرار له و امّا كيفيّة الامضاء فعلى ما فصله في نهايته نقلا عن الائمة ع لأننا نقول جميع ما ذكره لا يصلح للدفع اما قوله و الجواب المنع اه فلاين مجرد قيام الخلاف لا- يمنع من حصول الاجماع اذ لا- يشترط فيه عندنا اتفاق الكلّ بل يكفي فيه اتفاق طائفه يحصل منه العلم بقول المعصوم ع او رضاه و لعلّ ذلك قد حصل للمدعى الاجماع فلا وجه لتكذيبه و ابطال دعواه بل اللّازم قبول خبره لأنّه عدل اخبر بشي ء غير مستحيل لا عقلا و لا عادة و لا مظنون الخلاف فيجب قبوله بناء على المختار عندنا من حجّيه الاجماع المنقول بخبر العدل خصوصا اذا تعدّد النقل من العدول نعم اذا كان المخالف في المسأله المعظم امكن منع الاعتماد على الاجماع المنقول ح لوهمه بذلك و ارتفاع الظن بالصدق هنالك و لكن هذا هنا غير متحقّق لى و ان ادعى أنّ الاكثر على خلاف القول المذكور و بالجمله ان اراد من الجواب بيان وجه عدم حصول الاجماع فهو غير قادح في جواز الاعتماد على دعوى المدعى له كما لا- يخفى و ان اراد منع الاعتماد على الدّعوى فضعفه ظاهر بناء على حجّيه الاجماع المنقول بخبر العدل سلّمنا ان وجود الخلاف يمنع من تحقّق الاجماع و لكن نقول لعلّ المدعى له علم برجوع المخالف الى القول المذكور و اما قوله سلّمنا لكن الجواز اه فلاين ذلك أنّما يتجه في صورته كون الثلث وافيًا بتمام ما اقر به المريض و اما اذا لم يف به و كان قاصرا عنه فلا اشكال في أنّ الجواز ينافي القبول من الثلث فتدبّر و اما قوله فان الشّيخ قصد بذلك اه فلاين مقتضى اطلاق دعوى الشّيخ لزوم قبول الاقرار و ان لم يف الثلث به و كان هناك تهمة و لا يتجه هذا الا على هذا القول كما لا يخفى و اما قوله فلاين الشّيخ اجل اه فلاستلزامه القدح في اعيان العلماء المحقّقين الذين يدعون الاجماع في موارد الخلاف و منهم الشّيخ فانه قد تكرر منه دعوى الاجماع مع وجود المخالف و من جملة ذلك أنّه ادعى الاجماع على حجّيه خبر الواحد مع أنّ السيّد المرتضى المعاصر له قد ادعاه على خلاف ذلك بل حكى عن الشّهيد الثّاني أنّه كتب رساله مشتمله على بيان أنّ الشّيخ كثيرا ما ادعى الاجماع على حكم ثم ادعاه على خلافه فكيف لا ينافي هذا لجلالته و ينافيها هنا دعواه الاجماع على القول المذكور و بالجمله ما ذكره في لف من الجواب في غايه الضّعف و لا ينطبق على القواعد المقرّره بين الأصوليين و منها أنّه لو لم يقبل اقرار المريض مط للزم ان لا يكون اقرار العاقل على نفسه جائزا في بعض الصّور التالى بط فالمقدّم مثله اما الملازمه فظاهره و اما بطلان التالى فلعموم النّبوى المرسل اقرار العقلاء على انفسهم جائز قال في التّنتييح و وقع الإجماع على عمومه و لعلّه اراد الاجماع على تلقى عموم الزوايه بالقبول فلا يكون ارسالها قادحا في حجّيتها و هو جيد و منها ما ذكره في لك قائلًا و لأنّه لم يضر بالوارث شيئا في المرض و أنّما هو اقر بما هو حق نفسه في حال الصّحّه لأنّ هذا هو الفرض اذ لو اقر بفعل ما يتوقف على الثلث في المرض فلا اشكال في كونه من الثلث و منها ما ذكره في لك أيضا قائلًا و لأنّ المريض قد يريد ابراء ذمته من حق الوارث و الاجنبى فلا يمكن التوصل اليه الّا بالاقرار فلو لم يقبل منه بقيت

ذمّته مشغوله و بقى المقر له ممنوعا من حقه و كلاهما مفسده فاقترضت الحكمه قبول قوله و اورد عليه في ض قائلًا و فيه نظر لان الاقرار كما يحتمل القصد الى الابراء كذا يحتمل مجرد حرمان الورثه مع عدم كون ذمّته بشي ء مشغوله كما يشير اليه الاخبار

الآتيه المصرحه بنفى التهمه و فيما ذكره نظر و منها ما حكاه فى لف عن الخلاف قائلا استدلل بأنه لا مانع و الاصل جوازه و لقوله تعالى وَ لَوْ عَلَيَّ أَنْفُسِكُمْ أَوْ الْوَالِدِينَ وَ الْأَقْرَبِينَ وَ الشَّهَادَةَ عَلَى النَّفْسِ هُوَ الْاِقْرَارُ وَ ذَلِكَ عَامٌ فِي جَمِيعِ الْأَحْوَالِ لِكُلِّ أَحَدٍ وَ التَّخْصِيسُ يَحْتَاجُ إِلَى دَلَالَةٍ وَ قَوْلُهُ تَعَالَى قَالُوا أَفَرَزْنَا قَالَ فَأَشْهَدُوا وَ هَذِهِ أَيْضًا عَامَةٌ وَ يَعْضُدُ مَا ذَكَرَهُ مَا أُشَارَ إِلَيْهِ فِي الْغَنِيَةِ قَائِلًا بَعْدَ التَّمَسُّكِ بِالْإِجْمَاعِ وَ أَيْضًا قَوْلُهُ تَعَالَى كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ (لِلَّهِ وَ لَوْ) عَلَيَّ أَنْفُسِكُمْ وَ الشَّهَادَةُ عَلَى النَّفْسِ هِيَ الْاِقْرَارُ وَ لَمْ يَفْصَلْ وَ عَلَى مِنْ ادْعَى التَّخْصِيسَ دَلِيلَ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنْ اِقْرَارَهُ يَمْضَى مِنَ الْأَصْلِ أَنْ لَمْ يَكُنْ مَتَّهِمًا وَ أَنْ كَانَ مَتَّهِمًا فَمِنْ الثَّلَاثِ سِوَاءِ كَانَ الْمَقْرُورُ لَهُ وَارِثًا أَوْ اجْنِبِيًّا وَ هُوَ لِلْقَوَاعِدِ وَ لَفٍ وَ التَّحْرِيرِ وَ دُوسٍ وَ عَهٍ وَ مَعَ الْمَقَاصِدِ وَ ضِهِ وَ لَكَ وَ الْمَحْكِيِّ عَنِ النَّهْيَةِ وَ الْقَاضِي بَلْ نَسَبَهُ فِي لَكَ إِلَى الْأَكْثَرِ قَائِلًا ذَهَبَ إِلَيْهِ جَمَاعَةٌ مِنْهُمْ الشَّيْخَانُ وَ الْمَصْنَفُ وَ الْأَكْثَرُ وَ يَعْضُدُ مَا ذَكَرَهُ قَوْلَ الرِّيَاضِ نَسَبَ إِلَى الشَّيْخَيْنِ وَ الْقَاضِي وَ اخْتَارَهُ الْمَاتَنُ فِي يَعْ وَ شَيْخُنَا فِي شَرْحِهِ وَ سَبَطَهُ فِي شَرْحِ الْكِتَابِ كَمَا حَكَاهُ عَنْهُ بَعْضُ الْأَصْحَابِ وَ نَسَبَهُ الشَّهِيدَانِ إِلَى الْإِكْثَرِ وَ لِهِمْ وَجْهَانِ أَحَدُهُمَا جَمَلُهُ مِنَ الْأَخْبَارِ مِنْهَا مَا تَمَسَّكَ بِهِ فِي لَفٍ مِنْ خَيْرِ الْعِلَاءِ بِيَاغِ الشَّابْرِيِّ الْمَذَى وَصَفَ بِالصَّحْحَةِ فِيهِ وَ فِي غَيْرِهِ بِالصَّحْحَةِ قَالَ سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَنْ امْرَأَةٍ اسْتَوْدَعَتْ رَجُلًا مَالًا فَلَمَّا حَضَرَهَا الْمَوْتُ قَالَتْ لَهُ إِنَّ الْمَالَ الْمَذَى دَفَعْتَ إِلَيْكَ لِفُلَانِهِ وَ مَاتَتِ الْمَرْءُ فَاتَى أَوْلِيَائُهَا وَ حَكَى الرَّجُلُ وَ قَالُوا إِنَّهُ كَانَ لِصَاحِبَتِنَا مَالٌ لَا نَرَاهُ إِلَّا عِنْدَكَ فَاحْلِفْ مَا قَبْلَكَ شَيْءٌ فَيَحْلِفُ لَهُمْ فَقَالَ أَنْ كَانَتْ مَأْمُونَةً عِنْدَهُ فَلِيحْلِفَ وَ أَنْ كَانَتْ مَتَّهِمَةً فَلَا يَحْلِفُ وَ تَضَعُ الْأَمْرَ وَ عَلَى مَا كَانَ وَ أَمَّا لَهَا مِنْ مَالِهَا ثَلَاثَةٌ وَ مِنْهَا مَا تَمَسَّكَ بِهِ فِي لَفٍ أَيْضًا مِنْ خَيْرِ إِسْمَاعِيلِ بْنِ جَابِرِ الَّذِي وَصَفَ فِيهِ وَ فِي لَكَ بِالصَّحْحَةِ قَالَ سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَنْ رَجُلٍ أَقْرَبَ لَهُ وَ هُوَ مَرِيضٌ بَدِينِ عَلَيْهِ فَقَالَ يَجُوزُ إِذَا كَانَ الْمَذَى أَقْرَبَ بِهِ دُونَ الثَّلَاثِ وَ مِنْهَا مَا تَمَسَّكَ بِهِ فِي لَفٍ أَيْضًا مِنْ خَيْرِ الْحَلْبِيِّ الَّذِي وَصَفَهُ فِيهِ بِالصَّحْحَةِ عَنْ الصَّادِقِ قَالَ قُلْتُ الرَّجُلُ يَقْرَأُ لُوَارِثَ بَدِينِ فَقَالَ يَجُوزُ إِذَا كَانَ مَلِيًّا وَ مِنْهَا مَا تَمَسَّكَ بِهِ فِي لَفٍ مِنْ خَيْرِ مَنْصُورِ بْنِ حَازِمِ الَّذِي وَصَفَهُ فِيهِ بِالصَّحْحَةِ قَالَ سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَنْ رَجُلٍ أَوْصَى لِبَعْضِ وَرَثَتِهِ بِأَنْ عَلَيْهِ دِينَارٌ فَقَالَ أَنْ كَانَ الْمَيِّتُ مَرِيضًا فَاعْطَاهُ الْمَذَى أَوْصَى لَهُ وَ ثَانِيَهُمَا مَا ذَكَرَهُ فِي مَعَ الْمَقَاصِدِ وَ شَرْحِ السَّيِّدِ عَمِيدِ الدِّينِ عَلَى عَدَمٍ مِنْ أَنَّهُ لَمَّا صَدَرَ حَالُ الْمَرَضِ مَعَ التَّهْمَةِ كَانَ كَالْوَصِيَّةِ وَ هِيَ غَيْرُ لَازِمَةٍ وَ فِي جَمِيعِ مَا ذَكَرَ نَظَرَ أَمَّا الْأَوَّلُ فَلَأَنَّ الرِّوَايَاتِ الْمَذْكُورَةَ لَا تَنْهَضُ بِأَثْبَاتِ الْمَدْعَى أَمَّا الرِّوَايَةُ الْأُولَى فَلَوْجِهَيْنِ أَحَدُهُمَا أَنَّ الرِّوَايَةَ لَيْسَتْ ظَاهِرَةً فِي الْاِقْرَارِ لَجَوَازِ أَنْ يَكُونَ قَوْلُهَا لِفُلَانِهِ وَصِيَّةً وَ لَا يَنَافِيهِ التَّفْصِيلُ الَّذِي فِي آخِرِ الرِّوَايَةِ لَجَوَازِ تَصَدِيقِ الْمَرْءِ فِي عَدَمِ زِيَادَةِ وَصِيَّتِهَا عَلَى الثَّلَاثِ حَيْثُ يَكُونُ مَأْمُونَةً وَ عَدَمِهِ مَعَ الْعَدَمِ فَتَثَانِيَهُمَا مَا ذَكَرَهُ فِي ضِيقِ قَائِلًا- وَ لَيْسَ فِيهِ كَمَا تَرَى جَوَازَ إِخْرَاجِ الْاِقْرَارِ مِنَ الثَّلَاثِ مَعَ التَّهْمَةِ وَ كَكَ

ص: ٦٠٩

الصَّحِيحِ الْمَتَقَدِّمِ فِي الشَّقِّ الْأَوَّلِ بَلْ ظَاهِرُهُ عَدَمُ الْإِخْرَاجِ مَطَّ لِقَوْلِهِ وَ أَنْ كَانَتْ مَتَّهِمَةً فَلَا يَحْلِفُ وَ يَضَعُ الْأَمْرَ كَمَا كَانَ وَ يَضَعُ الْحَقَّ عَلَى مَا كَانَ فَإِنَّهُ ظَاهِرٌ فِي عَدَمِ نَفُوزِ الْاِقْرَارِ مِنْ شَيْءٍ مَطَّ وَ لَا يَنَافِيهِ التَّعْلِيلُ بِقَوْلِهِ فَإِنَّهَا لَهَا مِنْ مَالِهَا ثَلَاثَةٌ لِعَدَمِ تَصْرِيحِهِ فِي بَلْ وَ لَا- ظَهُورِ فِي النَّفُوزِ مِنَ الثَّلَاثِ نَعْمَ رُبَّمَا كَانَ فِيهِ إِشْعَارٌ مَا بِهِ إِلَّا أَنَّهُ لَا يَعْتَرِضُ بِهِ الْقَوْلُ السَّابِقُ أَي قَوْلُهُ وَ يَضَعُ الْأَمْرَ عَلَى مَا كَانَ أَوْ مِمَّا هُوَ فِي غَايَةِ الظُّهُورِ فِي عَدَمِ النَّفُوزِ مَطَّ فَلَمْ أَفْهَمُ وَجْهَ حُكْمِهِمْ بِنَفُوزِهِ مَعَ التَّهْمَةِ مِنَ الثَّلَاثِ إِلَّا أَنْ يُقَالَ بِانْتِقَادِ الْإِجْمَاعِ عَلَى النَّفُوزِ مِنَ الثَّلَاثِ مَطَّ لِأَجْنِبِيٍّ كَانَ الْاِقْرَارُ أَوْ لُوَارِثٍ كَانَ هُنَاكَ تَهْمَةٌ أَمْ لَا كَمَا يَسْتَفَادُ مِنَ الْأَقْوَالِ الْمُحْكِيَةِ فِي الْمَسْأَلَةِ الْبَالِغَةِ سَبْعَةً كَمَا فِي نَكْتِ دُوسٍ وَ غَيْرِهِ وَ شَيْءٌ مِنْهَا لَمْ يَتَضَمَّنِ الْحُكْمَ بِحَرَمَانِ الْمَقْرُورِ عَنْ الْحَقِّ الْمَقْرُورِ بِهِ مَعَ التَّهْمَةِ مَطَّ بَلْ انْفَقَتْ عَلَى اعْطَائِهِ مِنْهُ مِنَ الثَّلَاثِ وَ أَنْ اخْتَلَفَ فِي الزِّيَادَةِ عَلَيْهِ عَلَى اقْوَالِ شَتَّى هَذَا مَعَ أَنَّ الصَّحِيحِ الْمَتَقَدِّمِ سَنَدَ الْمُخْتَارِ الْمَاتَنِ هُنَا فِي الشَّقِّ



الثاني مطلق في اخراج الاقرار للوارث اذا كان دون الثلث و بالجمله العمده في تميم حجه هذا القول هو الاجماع مع امكان ان يقال أيضا بان الاقرار يتضمن الحكم بالاعطاء فهو كالأمر منجزا او وصيّه لا بد من اخراجه من الثلث و اما ما عدا الروايه الاولى من الروايات الثلث الباقيه فلعدم دلالتة على المدعى بوجه و ان تضمن التفصيل اذ هذا التفصيل غير التفصيل المراد كما لا يخفى فالمفهوم المخالف في الاخبار المذكوره لا عبره به فلا يصح الاعتماد عليه فت سلمنا اعتبار المفهوم و لكنّه لا يصلح لمعارضه منطوق قوله ص اقرار العقلاء على انفسهم جائز فت و اما الثاني فلأنه قياس مع الفارق فلا عبره به القول الثالث ما ذهب اليه النافع قائلا- امّا الاقرار للأجنبي فان كان متهما فهو من الثلث و الّا فمن الاصل و الاقرار للوارث من الثلث على التقديرين و له ما ذكره في الرياض قائلا بعد الاشاره اليه استنادا في القسم الاول الى الصّحيح عن امرأه استودعت رجلا مالا اه و في الثاني الى الصّحيح عن رجل اقر لوارث له و هو مريض اه و يعضد ما ذكره ما تبه عليه في التنقيح بقوله لم نعرف له قائلا به غير المصنف كأنه نظر في طرف الوارث الى روايه إسماعيل بن جابر صحيحا و مثله روايه الحلبي و نظر في الاجنبى الى روايه العلاء السّابري صحيحا القول الرابع ما ذكره في التنقيح قائلا الثاني قول المفيد أنّه مع التّهمه لم يقبل اقراره مط و مع عدمها يكون من الأصل سواء كان المقر له وارثا او اجنبيا و تبه في الكفايه على وجود اقوال اخر في المسأله قائلا اقرار المريض فيه اقوال بين الاصحاب منها مضيه من الاصل مع العداله و انتفاء التّهمه مط و من الثلث مع عدم الشّروطين مط و منها الفرق بين المضى من الاصل و الثلث بمجرد التّهمه و انتفائها و منها جعل مناط الفرق المذكور العداله و منها تعميم الحكم للأجنبي بكونه من الاصل و تقييد ذلك في الوارث بعدم التّهمه و منها التفصيل بالتّهمه و عدمها للأجنبي في المضى من الثلث و الاصل و للوارث من الثلث مط و لم يرجح فيها شيئا من الأقوال التي تبه عليها و ظاهرها التوقف في المسأله و هي في غايه الاشكال و لكنّ القول الاول في غايه القوه الّا انّ مراعات القول الثاني مع التمكن لعله اولى و

### ينبغي التنبيه على امور

#### الأول صرح في التنقيح المراد بالتّهمه هنا العلم او الظنّ المتأخر له

بقريته حاله او مقالته باراده تخصيص المقر له دون الوارث و أنّه ليس الاقرار على ما هو في نفس الامر و يعضد ما ذكره قول لك المراد بالتّهمه هنا الظن المستند الى القرائن الحاليه و المقاله الداله على أنّ المقر لم يقصد الأخبار بالحقّ و أنّما قصد تخصيص المقر له او منع الوارث عن حقه او بعضه و التبرّع به للغير فلذلك جرى مجرى الوصيه في نفوذه من الثلث قال في الكفايه و الاقوى أنّ التّهمه بالمعنى المذكور يوجب المضى من الثلث مط و كون المقر ممّن يوجب قوله الظنّ بصدقه لكونه امينا مصدقا يوجب المضى من الاصل في غير ذلك فت

#### الثاني صرح في التنقيح بأنّه لا خلاف في نفوذ الاقرار

المذكور لو وقع في الصّحه ثم عرض المرض و مات فيه و كذا لو برئ ثم مات في غيره و ما ذكره جيد

#### الثالث قال في التنقيح أيضا لو اختلفا في التّهمه فادعاها الوارث

و انكرها المقر له فالاصل عدمها فعلى المدعى البيه و على المنكر اليمين مع عدمها و يكفى يمين المقر له أنّه لا يعلم التّهمه لا

أنها ليست حاصله في نفس الامر لابتناء الاقرار على الظاهر و تجويز حصول السبب المقتضى لثبوت الاستحقاق و يعضد ما ذكره قول لك و لو ادعاها الوارث على المقر مع يمينه و يحلف على عدم العلم بها بعدمها لأنه حلف على نفي فعل الغير و يكفي في الحكم للمقر له بالحق بمجرد الاقرار مع عدم ظهور المانع من صحته و ان لم يعلم صحة السبب

### الزابع قال في لك قوى في كره اعتبار العدالة في المريض

و جعلها هي الدافعه للتهمه و لعله فهمه من روايه منصور بن حازم لقوله ان كان الميت مرضيًا و حمل التهمه على معناها لغه و عرفا و الروايه لا تنافي ذلك لأن التهمه بهذا المعنى قد تجامع العدالة لان مناطها الظن بما ذكر و هو لا يرفع العدالة المثبتة على الظاهر التي لا تزول بالظن و قد ينتفى عن غير العدل و في الاخبار ما يدل صريحا على ان المراد بها ما ذكرناه و حيث كان المعبر فيها ذلك فلا يتوقف الاقرار على التثالث مع ظهورها فيه و مع الشك يرجع الى اصاله عدمها و اصاله صحة اخبار المسلم و عموم جواز اقرار العقلاء و وافق في كره على ذلك مع اشتراط العدالة مستدلا باصاله ثقة المسلم و عدالته و هذا استدلال غريب على اصله

### منهل يقبل اقرار الزوج بأنه طلق زوجته و يحكم بالتفريق بينهما

و بعدم استحقاق الزوج منه شيئا في الجملة و تحقيق الكلام هنا يقع في مقامين الاول اذا اقر الزوج بوقوع الطلاق في زمان لا يمكن للزوجه دعوى حق عليه كان يقول انى طلقتك قبل اقرارى بساعه فانه يسمع منه سواء اقرت الزوجه به او انكرته او ترددت فيه و؟؟؟ لأن الطلاق و هو فسخ علاقته الزوجيه حق للزوج مختص به لا شريكه للزوج فيه بوجه و للزوج دفع هذه علاقته بايقاع الطلاق من غير تعليق على رضا الزوجه فيكون ادعائه حصوله اقرارا منه على نفسه اعترافا باسقاط حقه فيسمع و معنى سماعه الحكم بالبينونه بينهما و بارتفاع علاقته الزوجيه منهما اما ان الطلاق حق للزوج مختص به فللاجماع على كونه منوطا برأيه دائرا مدار ارادته و انه حيثما شاء فعله من غير توقف على رضا الزوجه اصلا و لذا يجوز له ايقاعه من غير اعلامها و لم يجز لها منعه منه و يدل على ذلك بعد الاجماع قوله ع الطلاق بيد من اخذ بالساق و اما كون دعوى ايقاعه و حصوله اقرارا فلأن الاقرار لغه و شرعا عباره عن الدعوى على نفسه باشتغال الذمه او باسقاط الحق الذى له على الغير و دعوى الطلاق في المقام من القسم الاخير لأنها متضمنه لإسقاط حقه المختص به و هي كدعوى الفسخ ممن له الخيار فكما يكون هذه اقرارا لكون الخيار حقا مختصا بصاحبه فكك دعوى الطلاق من الزوج و اميا ان ذلك يسمع فلعوم قوله ص اقرار العقلاء على انفسهم جائز و اما ان معنى سماعه ذلك فلأن معنى سماع الإقرار الحكم بما يدل عليه و معلوم ان الاقرار بالطلاق معناه قطع علاقته الزوجيه و وقوع البينونه و صيروره الزوجه اجنبيه يجوز لغيره نكاحها فيحكم به و لهذا قد استمرت الطريقه على عدم مطالبه الزوج بالبينه على ما يدعيه من الطلاق المقام الثانى اذا اقر بوقوع الطلاق في زمان يمكن للزوج

ص: ٦١٠

دعوى حق عليه كان يقول انى طلقتك في السنه الماضيه فللزوجه ان تطلب منه حقوقها لا يسمع اقراره بالنسبه الى حقوقها الا من حينه اميا الاول فلأن دعواه ح ليس اقرارا على نفسه بل دعوى على الغير و هي الزوجه لإسقاط حقه الثابت الى زمان الاقرار بالاستصحاب فلا تسمع لما ثبت من ان الدعوى على الغير لا تسمع من غير البينه فت لا يقال ان كان دعواه سببا للحكم بوقوع

الطلاق في الصورة الاولى لزم الحكم بكونه سببا مط كما في شهاده العدلين و لا يجوز الفصل بين الصورتين اذ لا وجه له لأننا نقول الدّعى في الصورة الاولى ترجع الى الاقرار على نفسه فتسمع و في الثانيه ترجع الى الدّعى على الغير فلا تسمع فكيف لا يجوز الفصل بين الصورتين و أمّا الثاني فلان الدّعى المزبوره بالنسبه الى الزّمان المستقبل اقرار على نفسه و ليس فيه دعوى على الزوجه بوجه لان حقوقها لم تتحقق الّا في الزّمان الّذى هو قبل زمان الاقرار فيجب ان يسمع فتدبر

## كتاب مناهل الجعالة

### مقدمه الجعالة لغيره على ما صرح به في كرهه ما يجعل للإنسان على شيء يفعل

و تبّه عليه في س بقوله الجعالة لغيره ما يجعل على عمل و في لك بقوله الجعالة هي بثلاث الجيم و كسرهما اشهرها و عليه اقتصر جماعه و آخرون على كسرهما و فتحها و هي كالجعل و الجعيله لغيره اسم ما يجعل للإنسان على شيء ء و ابدال في ضه الموصول في العبارات المتقدمه بالمال قائلا الجعالة لغيره مال يجعل على عمل و في الايضاح الجعالة لغيره ما يجعل على ما يقول و اختلفت عبارات الاصحاب في تعريفها شرعا منها قول التّذكره و أمّا في الشرع فصوره عقد الجعالة ان يقول من ردّ عبدى الآبق او اتانى بالضالّه او من خاط لى يوما او من قضى لى الحاجه المعينه و منها قول الايضاح شرعا الصيغه الدّاله على الاذن فى عمل بعوض الزمه و منها قول عه و ضه الجعالة صيغه ثمرتها تحصيل المنفعه بعوض مع عدم اشتراط العلم فيهما و زاد فى ضه فصّرّح فيها بأنّه شرعا كك و منها قول لك و الكفايه و شرعا التزام عوض معلوم على عمل

### منهل الجعالة مشروعه و جائزه و يترتب عليها الاثر شرعا

و يدلّ على ذلك وجوه منها ظهور الاتفاق عليه و منها أنّه صرّح بدعوى الإجماع عليه فى لك و الكفايه و يعضدها قول كره و هي جائزه و لا- نعلم فيه خلافا و منها ما تمسّك به فى كره و لك و مجمع الفائده و الكفايه من قوله تعالى وَ لِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ و منها ما احتجّ به فى كره قائلا و لأنّ الحاجه تدعو الى ذلك فإنّ العمل قد يكون مجهولا كردّ الآبق و الضالّه و نحو ذلك و لا يمكن عقد الاجاره فيه و الحاجه داعيه الى ردّهم و قل ان يوجد شرع به فدعت الضّروره الى اباحه بذل الجعل فيه مع جهاله العمل فإنّها غير لازمه بخلاف الاجاره فإنّ الاجاره لما كانت لازمه افتقر الى تقدير مدّه معينه مضبوطه لا يتطرق اليها الزّيادة و النقصان و أمّا العقود الجائزه كالشركه و الوكاله فلا يجب لها صرف المدّه و يعضد ما ذكره ما تبّه عليه فى لك بقوله و أيضا الحاجه تدعو اليها فجازت كالمضاربه و الاجاره و منها ما استدلّ به فى كره أيضا من خبر وهب بن وهب عن الصادق ع عن الباقر ع قال سألته عن جعل الآبق و الضالّه فقال لا باس و منها ما عول عليه فى كره أيضا من خبر مسمع بن عبد الملك عن الصادق ع قال انّ التّبى ص جعل فى الآبق دينارا اذا اخذه فى مصر و ان اخذه فى غير مصره فاربعه دنانير و يعضد ما ذكره أوّلا ما تبّه عليه فى كره بقوله و روى العامه عن ابى عمرو الشيبانى قال قلت لعبد الله بن مسعود أتى اصبت عبدا آبقا فقال لك اجره و غنيمه فقلت هذا الأجر فما الغنيمه فقال من راس كلّ اربعين درهما و هذا لا يقوله الّا توقيفا و ثانيا ما تبّه عليه فى لك بقوله و فى خبر الذى رواه الصّحابه بالفتاحه ثلثون راسا

### منهل لا ريب فى توقف صحه الجعالة على الايجاب من الجاعل

و هل يتوقف على القبول فيكون الجعالة من اقسام العقود او لا- فتكون من اقسام الإيقاع فيه قولان احدهما أنّها لا يتوقف على القبول و لو فعلا- و هو مقتضى قول يع و التحرير و عه لا يفتقر الجعالة الى قبول و لذا حكى هذا القول فى لك عن يع قائلا قد اختلف كلام الاصحاب و غيرهم فى الجعالة فالمصنف جعلها من الإيقاع وضعا و حكما حيث صرح بعدم افتقارها الى القبول و هو المطابق لتعريفهم لها حيث جعلوها التزام عوض على عمل و يؤيده عدم اشتراط تعيين العامل و اذا لم يكن معنا لا يتصور للعقد قبول و على تقدير قبول لا ينحصر فيه اجماعا ثم استفاد هذا القول من س و استظهره من جامع المقاصد من القواعد قائلا ظاهر المصنف أنّه لا- قبول اصلا و مفهوم الجعالة يقتضى ذلك لكن ظاهرهم ان الجعالة من العقود الجائزه فيكون القبول فيها فعليا و ثانيهما أنّها تتوقف على القبول كسائر العقود و هو للوسيله و كره و مع المقاصد و تبّه على هذا القول فى لك أيضا قائلا و منهم من جعلها من العقود و جعل القبول الفعلى كافيا فيها كالوكاله و المنفى هو القبول اللفظى و هو ظاهر كلام المصنف فيما سيأتى حيث جعله عقدا جائزا و الظاهر انه تجوز فى ذلك اذ لو كان عنده حقيقه لذكره فى قسم العقود لا فى قسم الإيقاعات و مع ذلك فالجانب الاخر محتمل لأنه ذكر فى قسم الايقاعات ما هو عقد قطعا كالكتاب لكن العذر له فيها أنّه استطردها فى العتق و التدبير و هما ايقاع جزما و العاده ذكر الثلاثه فى محل واحد فجرى على ذلك هو و غيره و ربما يظهر من قول جامع المقاصد فيما حكينا عنه سابقا و لكن ظاهرهم اه دعوى الاتفاق عليه و ان منع منها فلا أقلّ من ظهوره فى دعوى الشّهره العظيمه عليه و كيف كان فالمسأله لا تخلو عن الإشكال و لكن احتمال كونها من العقود فى غايه القوه نظرا الى الاصل و الغالب و ظهور عباره جامع المقاصد فى دعوى الاجماع عليه كما تقدّم اليه الإشاره و يعضده قول العلامة فى كره الجعالة عقد جائز من الطرفين اجماعا و

### ينبغى التنبيه على امور

#### الاول على تقدير توقف الجعالة على القبول لا يشترط فيه اللفظ

بل يكفى فيه القبول الفعلى كما صرح به فى كره و التبصره و ضه

#### الثانى لا ريب فى حصول الايجاب بنحو قوله من ردّ عبدى او ضالتي

او فعل كذا فله كذا كما صرح به فى يع و التبصره و عد و كره و التحرير و عه

#### الثالث هل يشترط فى الايجاب و القبول ان قلنا باعتباره العربيه و عدم اللحن

و الماضويه و الموالاة او لا بل يكفى ما عدا العربيه كالفارسيه و الملحون و غير الماضى المفهم للمعنى و التراخى فيه اشكال و لكن الاحتمال الثانى هو الأقرب

#### الرابع هل يشترط فى الايجاب اللفظ فى الجملة او لا

بل يكفى فيه الفعل هنا أيضا ربما يظهر من جماعه الأول و هو احوط و ان كان فى تعيينه نظر بل الاحتمال الثانى فى غايه القوه

### منهل يشترط فى العمل الذى هو متعلق الجعالة امور

الأول ان يكون مقصودا للعقلاء بمعنى ان يكون غايته غايه مطلوبه عند العقلاء بحيث لا يعدّ بذل المال بازائه و لتحصيله سفاهه فلا يصح الجعالة على ما لا غايه له يعتد بها عقلا كترف البئر حيث لا غرض فيه و كالدّهاب الى موضع خطير لغير غايه و كسائر الافعال التى تعدّ فى العرف و العاده عبثا و قد صرّح بهذا الشرط فى كره و س و لك و ضه و ربّما يمكن استفادته من يع و التبصره و التحرير و د و عد و عه و الكفايه بل الظاهر ممّا لا خلاف فيه بين الأصحاب و يؤيّده الاصل و ان عدم كون ذلك شرطا ربّما ينافى عاده الشرع من مراعات المصلحه و لو اختلفت الازمنه و الامكنه و الاشخاص باعتبار تعلق القصد و عدمه دار المنع و الجواز مدار الامرين و الظاهر انه ممّا لا خلاف فيه بين الاصحاب الثانى ان لا يكون حراما شرعا فلا تصح الجعالة

ص: ٦١١

على المحرم فلو قال من زنى او سرق او قتل او ظلم او شرب خمرا او اكل محرما او غضب فله كذا لم يصح و لو فعل المجعول له ذلك لم يستحق العوض و قد صرّح بهذا الشرط فى كره قائلا و لا نعلم فيه خلافا الثالث ان لا يكون واجبا عينيا نفسيا عليه فلا يصح على الصّيلوات اليوميّه الواجبه عليه اداء او قضاء كما صرح به فى كره و س و لك و ضه و الكفايه بل الظاهر أنّه ممّا لا خلاف فيه بين الاصحاب و هل يشترط عدم الاستحباب و عدم الكراهه فلا يصحّ الجعالة على المستحب و المكروه او لا الاقرب الاخير بل الظاهر ممّا لا خلاف فيه

### منهل هل يشترط فى العمل تعيينه بحيث لم يبق جهالة اصلا

كما يشترط فى الاجاره او لا الاقرب أنّه لا يشترط ذلك كما صرّح به فى يع و كره و التحرير و مع المقاصد و لك و الكفايه و هو ظ التبصره و د و عد و لهم وجوه منها الاصل و العمومات و منها أنّه تبه فى كره على دعوى الاجماع عليه قائلا و لا يشترط فى العمل العلم اجماعا و منها ما ذكره فى كره قائلا و لان الغرض الكلى فى الجعالة بذل العمل على ما لا يمكن التوصل بعقد الاجاره اليه لجهالته فما لا يجوز الاجاره عليه من الاعمال لكونه مجهولا يجوز عقد الجعالة عليه لأنّ مسافه ردّ الأبق قلما تعرف فتدعو الحاجه الى احتمال الجهاله فيه كما تدعو الى احتمالها فى العامل فاذا احتملت الجهاله فى القراض لتحصيل زياده فلئن احتمل فى الجعالة اولى و قد صرّح بما ذكره فى لك و منها ما ذكره فى مع المقاصد قائلا لأنّها عقد جائز لا يمتنع فيها الغرر و تبه على ما ذكره فى يع بقوله لأنّه عقد جائز كالمضاربه و كما لا يشترط التعيين فكذلك لا يشترط الجهل كما صرّح به فى عد و كره و مع المقاصد و لك و لهم الاصل و العمومات و ظهور الاتفاق عليه و ما ذكره فى القواعد و كره و لك قائلين لأنّه اذا جاز مع الجهل فمع العلم اولى لانتفاء الغرر فيه و زاد فى كره قائلا و هو اصح وجهى الشافعيه و لهم وجه اخر أنّه لا يجوز الجعالة على العمل المعلوم و أنّما يصح على المجهول لإمكان التوصل فى المعلوم بالاجاره و هو غير جيّد لعدم المنافاه و لا استبعاد فى التوضيل بامرّين او امور و قد تحقق مما ذكرنا ان كلّ عمل مقصود للعقلاء محلل و غير واجب يصح الجعالة عليه فكلمّا يصح استيجاره يجوز ان يجعل عليه و قد صرّح بذلك فى عد و غيره

### منهل هل يشترط التعيين و رفع الجهاله فى العوض

كما يشترط في البيع و الاجاره او لا اختلف الاصحاب انه لا بد فيه ان يكون معلوما و يعضد ما ذكره ما تبّه عليه في لك بقوله المشهور بين الاصحاب اشتراط ان يكون معلوما في صحه الجعالة كما يشترط ذلك في عوض الاجاره و ثانيهما ان ذلك ليس بشرط فتصح بدونه و هو للقواعد و التحرير و عه و مع المقاصد و ضه و لك و الكفايه للأولين وجوه منها الاصل و قاعده الاحتياط و منها أنه تبّه في الايضاح على دعوى الاتفاق عليه قائلا شرط الاصحاب في الجعل التعيين وجه الدلالة أنه نسب شرطيه تعيين العوض الى الاصحاب بصيغه الجمع المعروف باللام الموضوعه للعموم عند المحققين من العلماء الاعلام و هو مستلزم لتحقق الاجماع بالمعنى المتعارف بين الاماميه و الإجماع المنقول بخبر العدل حجّه عندهم خصوصا اذا تعدّد الناقل و اعتضد بالشّهره المحكيه كما في محلّ البحث و يعضد ما ذكره أوّلا قول جامع المقاصد أطلق الاصحاب عدم جواز كون الجعل مجهولا و ثانيا تصريح لك في مقام آخر باطباق الاصحاب على صحه الجعالة مع عدم تعيين الجعل و ثالثا قول مجمع الفائده اما معلوميته فما نرى عليه دليلا سوى أنه مذکور في كلام الاصحاب و فيما ذكره نظر لا يخفى و منها ما تبّه عليه في الايضاح من التّهي عن الغرر و اورد عليه في لك قائلا بعد الاشاره اليه و فيه نظر لان مبنى الجعالة على الجهاله في احد العوضين فصار امرها مبتيا على احتمال الغرر و فيما ذكره نظر نعم قد يناقش في الروايه أوّلا بضعف السند فت و ثانيا بقصور الدلالة فان غايه التّهي التحريم و هو لا- يستلزم الفساد لا عقلا و لا نقلا الا ان يقال لا قائل بالفرق بينهما هنا و فيه نظر سلمنا و لكن لا ريب في انّ الزوايه ليست على عمومها و التخصيص و ان كان اولى من المجاز و هو هنا حمل التّهي على مطلق المرجوحيه و لكن قد يدعى رجحانه على التخصيص لاعتضاد المجاز بالعمومات الداله على اصاله الصّحّه فت و منها ما تبّه عليه في لك بقوله لأنه لا حاجه الى احتمال الجهاله فيه بخلاف العمل و تبّه على ما ذكره في جامع المقاصد أيضا قائلا- بعد ما حكينا عنه سابقا لما قلنا من انّ الضّروره اختص التسامح في جهاله العمل و لا ضروره الى التسامح في جهاله الجعل و اورد عليه في لك قائلا و كما تمسّ الحاجه الى جهاله العمل قد تمسّ الى جهاله العوض بان لا يريد بذل شىء آخر غير المجهول عليه اذ لا يتفق ذلك بان يريد تحصيل الآبق ببعضه و عمل الزرع ببعضه و نحو ذلك و منها ما ذكره في لك أيضا قائلا و لأنه لا يكاد يرغب احد في العمل اذا لم يعلم فلا يحصل مقصود العقد ثم اورد عليه قائلا- و لا- نسلم ان ذلك ممّا لا يرغب فيه بل العاده مطرده بالرغبه في اعمال كثيره مجهوله بجزء منها مجهول و أنّما التوقف في صحه ذلك و لإطباقهم على صحه الجعل مع عدم تعيين الجعل و لزوم اجره المثل مع ان العمل الذى يثبت عليه اجره مثله غير معلوم عند العقد بل يحتمل الزيادة و التقصان و قد ورد النص بجواز جعل السلب للقاتل من غير تعيين من قوله ص من قتل قتيلا- فله سلبه و هى جعالة على عمل مجهول و لذلك ذهب الاصحاب الى جواز الجهاله في العوض حيث لا يمنع من التسليم كنصف العبد الآبق اذا ردّه و منه سلب المقتول من غير تعيين لان ذلك معين في حدّ ذاته لا يفضى الى التنازع بخلاف جعل العوض ثوبا و دابه و نحو ذلك ممّا يختلف كثيرا او يتفاوت افراده قيمه تفاوتا عظيما تؤدّى الى التنازع و التجاذب بخلاف الأوّل و لا دليل على فساد مثل ذلك و منها ان تعيين العوض شرط في كثير من العقود فكذا هنا عملا بالاستقراء و منها ما ذكره في الايضاح قائلا و أنّما لم يجزم بجواز الجهاله لأنّ بالعوض يحصل الرضا فجاز توهمه كثيرا فرضى به و كان في نفس الامر قليلا و للآخرين وجوه أيضا منها قوله تعالى وَ لِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلٌ بِعِيبٍ آيَةٍ الّذِى اسْتَدَلَّ بِهِ عَلَى صَحِّهِ اَصْلُ الْجَعَالَةِ فَانّه يقتضى الصّحّه هنا لان حمل البعير مجهول و قد يقال لا نسلم ان الحمل كان مجهولا فلعله كان معلوما و بالجملة الآيه تضمنت قضيه في واقعه فتكون مجمله و منها عموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و منها عموم قولهم ع في عده اخبار معتبره المؤمنون عند شروطهم فان الجعالة يصدق عليها لفظ الشّروط عرفا

سلمنا عدم الصِّدق و لكنّها قد تتضمّن الشرط فيجب الوفاء به فيلزم صحتها ح اذ لا معنى لوجوب الوفاء بالشرط المذكور في ضمن العقد الفاسد و اذا صحت ح صحت مط اذا الظاهر انه لا قائل بالفصل بين الصورتين و قد يقال الاستدلال به على المدعى مشكل و ذلك لان حمل ما يدلّ على العموم فيه على معناه الحقيقي غير ممكن و الحكم بالتخصيص مستلزم للحكم بخروج اكثر افراد العام و هو غير جائز فيجب الحمل على العهد و المعهود غير معلوم و معه يسقط الاستدلال به على المدعى على انّ ظاهره الاخبار عن امر واقعى كما في قوله جاء زيد و حملة على الانشاء و طلب الوفاء بالشرط خلاف الاصل و لا قرينه صارفه تدلّ عليه لا يقال القرينه الصارفه موجوده

ص: ٦١٢

و هى انه لو حمل على الاخبار لزم التخصيص فى لفظ المؤمنون و لفظ شروطهم و الاصل عدمه لأننا نقول لا نسلم ان ذلك يصلح لكونه قرينه لان الحمل على الانشاء تجوز و عندنا انّ التخصيص اولى من المجاز حيثما يقع التعارض بينهما و فيه نظر لوجهين الاول انّ المستفاد من طريقه الاصحاب فهم الانشاء من الروايه كما لا يخفى الثانى انّ الحمل على الاخبار مستلزم لارتكاب خلاف الظاهر فى لفظى المؤمنون و شروطهم و لا كك لو حمل على الانشاء كما لا يخفى فكان اولى بالترجيح و الحمل على العهد بعيد و تخصيص الاكثر غير لازم لأنّ عموم الشروط انما ينصرف الى كلّما لم يثبت فساده شرعا كما فى أوْفُوا بِالْعُقُودِ و بالجمله الروايه ظاهره الدلاله على صحه الجعالة مط لا يقال يعارضها عموم التّهى عن الغرر لأننا نقول هذا لا يصلح للمعارضه اما أولا فللمنع من صدق الغرر هنا عرفا و اما ثانيا فلان التّهى هنا لا يقتضى الفساد لأنّ التّهى فى المعاملات لا يقتضى الفساد و امّا ثالثا فلان التعارض بين الروايتين من قبيل تعارض العمومين من وجه كما لا يخفى و من الظاهر ان الترجيح مع الروايه الدّاله على لزوم الوفاء بالشرط لاعتضادها بقوله تعالى أوْفُوا بِالْعُقُودِ لا يقال الشّهره مرجحه للروايه الاخرى و هى من اعظم المرجّحات لأننا نقول لا نسلم ثبوت شهره صالحه للترجيح فى المسأله فت و منها ما ذكره فى لك من قوله ص من قتل قتيلا- فله سلبه و منها ما ذكره فى الايضاح قائلان لأنّ العمل و هو احد العوضين جاز جهالته فليجز فى الاخر و اورد عليه فى كره قائلان لا يجوز ان يكون العوض مجهولا بل يجب ان يكون معلوما بالكيل او الوزن او العدد ان كانت العاده جاريه بعده كالأجره فلو كان مجهولا- فسد العقد و وجب بالعمل اجره المثل لانتفاء الحاجه الى احتمال الجهاله فيه و الفرق بينه و بين العمل حيث جاز ان يكون هنا مجهولا- فانّ الغالب انه لا يعلم موضع الآيق و الضّال فلو شرطنا العلم لزم الحرج و دعوى الحاجه الى كون ذلك مجهولا و أيضا العمل فى الجعالة لا يصير لازما فهذا لم يجب كونه معلوما و ليس كك العوض فانّه يصير بوجود العمل لازما فوجب كونه معلوما و أيضا فانّه لا يكاد يرغب احد فى العمل اذا لم يعلم الجعل فلا يحصل مقصود العقد و منها ما نبه عليه فى كره أيضا بقوله و وجه الحسن انّ الجهل لو منع منه لمنعه او ادائه الى المنازعه و كلاهما منتف هنا و منها انّ التّعيين لو كان شرطاً لورد التّبيه عليه و لو فى روايه ضعيفه و التالى بط فكذا المقدمّ اما الملازمه ظاهره و اما بطلان التالى فلظهور فقد الروايه الداله على لزوم تعيين العوض فى الجعالة بالخصوص فت و المسأله عندى محلّ اشكال فلا ينبغى فيها ترك الاحتياط بمراعات التّعيين المعتر عند اربابه و ان كان القول الثانى من عدم لزوم التّعيين و جواز الجهاله فى غايه القوه و

ينبغى التّبيه على امور

الاول جهاله العوض ان كانت بحيث لا تمنع من تسليمه

و يتمكن منه فالجعله ح صحيحه فلا- يكون هذا الجهل موجبا لفسادها على المختار من عدم لزوم تعيين العوض و الظاهر ان ذلك ممّا لا خلاف فيه بين القائلين بذلك فيجوز على ذلك جعل العوض كلّما نعتبر في بيعه الكيل او الوزن او العداد او الزرع او المشاهده من غير اعتبار الأمور المذكوره فيجوز جعل العوض الصّبره المجهوله المقدار و القبه من الطّعام المجهوله المقدار أيضا حيث تكونان معيتين بمشاهده و نحوها و قد صرّح بالصّحح ح في الرّوضه قائلا و قيل ان كانت الجهاله لا تمنع من التّسليم لزم بالعمل العوض المعين لا اجره المثل كمن ردّ عبدى فله نصفه فردّه من لا يعرفه و لا باس به و على هذا فيصح جعله صبره مشاهده مجهوله المقدار و حصته من نماء شجره على عمله و زرع ككك و نحوها و الفرق بينه و بين الشىء و المال مقولتيهما على القليل و الكثير المفضى الى التنازع و التّجاذب فلم يصحّ على هذا الوجه بخلاف ما لا يمنع من التّسليم فأنه امر واحد لا يقبل الاختلاف و مسماه لتشخيصه لا يقبل التعدّد و قبوله للاختلاف قيمه بالزياده و التّقصان قد قدم عليه العامل كيف كان و يمكن التبرّع به فاذا قدم على العوض الخاص انتفى الغرر لأنّه معين فى ذاته و يعضد ما ذكره ما تبه عليه فى مع المقاصد بقوله اما اذا كانت الجعالة غير مانعه من التّسليم كنصف العبد الآبق اذا رده فأنه لا يقبل الاختلاف و مسماه بشخصه لا يقبل التعدد

### الثانى اذا كانت جهاله العوض بحيث تمنع من تسليمه و تقضى الى التنازع و التجاذب عاده

كثوب و دابه و نحوهما من الكليّات التى تختلف كثيرا و تتفاوت افرادها تفاوتا يفضى الى التنازع و الاختلاف فهل تمنع من الصّححه و توجب الفساد او لا- اختلف الاصحاب فى ذلك على قولين احدهما انّ ذلك يوجب الفساد و هو المستفاد من قول التحرير و عد و الايضاح و مع المقاصد و ضه و لو قيل بجواز الجهاله اذا لم تمنع من التّسليم كان حسنا و تبه على وجهه فى مع المقاصد بقوله و استحسّن المصنّف التفصيل بان الجهاله اذا كانت مانعه من تسليم الجعل لا يصح معها كثوب فأنه لا يدري اى ثوب كان فان قيل الامر الكلى محمول على أقلّ فرد يقع عليه الكلى فاقبلّ ثوب سلم و جب قبوله قلنا لما كان مسمّى الثوب متفاوتا تفاوتا عظيما كان مظنّه التجاذب و التنازع و الخصومه لم يصح الجعل على هذا الوجه و قد يناقش فيما ذكره أولا بالمنع من كون التّجاذب و التنازع موجبا للفساد لفقد الدليل عليه من الادله الاربعه فان قلت الاصل يقتضى ذلك قلنا هو مندفع بالعمومات على اصاله صححه الجعالة و هى اقوى من الاصل المذكور و ثانيا بأنّه لا وجه للتنازع بعد كون المجمعول و هو العوض امرا كليا اذ لا يستحق العامل على هذا الا ما يصدق عليه الاسم و يرجع التعيين الى الجاعل فان قلت قد يعين ما لا قيمه له اصلا كحبه حنطه و نحو ذلك او يعين ما قيمته فى غايه القله و ذلك ضرر على العامل و الاصل ينفيه لعموم قوله ص لا ضرر و لا ضرارا قلت هذا الضّرر قد اقدم عليه العامل عالما عامدا فلا يكون منفيا كما اذا باع ما يبلغ قيمته الف دينار بدرهم عالما عامدا و لا ريب فى انّ هذا البيع صحيح بل ليس للبائع خيار الغبن فيه سلّمنا و لكن قد يقال ينصرف اطلاق المجمعول الى ما يرتفع معه الضّرر و يعضد ما ذكرناه ما تبه عليه فى مجمع الفائده بقوله و ما نجد مانعا اذا رضيا بالمجهول فى الجملة بحيث لا يقع فيه نزاع بان يقول من ردّ عبدى فله هذه الصّبره من الحنطه و هذه الفضه و هذا الذهب و نحو ذلك بل له عندى ثوب فيعطيه ما يصدق عليه الثوب كما فى الكفارات فاشترطها لا دليل عليه خصوصا بالتقييد المذمى ذكره من اشتراط كونه بالليل و الوزن و العدد ان كان من جنسها كما ذكره فى البيع و غيره فلا يبعد الجواز و لا فرق بين العمل و العوض فان امكن فعله و اخذه فيجوز الجهاله فيهما و الا فلا و قد اشار الى مثل ما قال المصنّف الشّيخ على فى بعض حواشى الكتاب قال القول بجواز الجهاله فى الجعل اذا لم يمنع من التّسليم لا- يخ عن قوه مثل من ردّ عبدى فله نصفه بخلاف من ردّه فله ثوب لأنّ جهاله الثوب يمنع من تسليمه و فيه التّأويل و الظاهر انه لا- اجماع لان ما ذكره فى كره مع التزامه مثله و ثالثا بان التجاذب لو كان مقتضيا للفساد للزم الفساد فى



الصورة الاولى أيضا لتحقّقه فيها أيضا الّا ان يدفع بما تبه عليه في مع المقاصد قائلًا بعد ما حكينا عنه من الحكم بالبطلان في محل البحث اما اذا كانت الجعالة غير مانعه من التسليم كنصف العبد الآبق اذا

ص: ٦١٣

ردّه فأنّه لا- يقبل الاختلاف و مسماه بشخصه لا- يقبل المتعدّد فان قيل يمكن التنازع في احتمال الجوده و الزداءه و نحوهما فيكون كالثوب فأمّا ان يصح فيهما او لا فيهما قلت لما كانت الجهالة في الثوب باعتبار عدم تشخّصه و شده تفاوت افراده لم يغتفر جهالته بخلاف العبد المعين فأنّه لتشخّصه يتسامح في صفاته و احتماله للأعلى و الادون فأنّه لا يقبل تعدّد الدّات اذ هي بحسب الواقع شىء واحد غايه ما في الباب أنّه غير معلوم الان لكنه معين في حدّ ذاته و اعلم ان المصنف في كرهه قال في اخر هذا البحث و هو قريب من استيجار المرضعه بجزء من الرّضيع بعد الفطام و في احياء الموات من هذا الكتاب قال و لو قال اعمل و لك نصف الخارج بطل بجهاله العوض اجاره و جعالة و هو يقتضى عدم جواز الجعالة مع جهاله الجعل مط و فيما ذكره من الدّفح نظر فت و ثانيهما ان ذلك لا يوجب الفساد و هو مستفاد من قول عه و العلم بالعوض غير شرط في تحقق الجعالة و أنّما هو شرط في تشخّصه و تعينه فان اراد فليذكر جنسه و قدره و الّا يثبت بالرد اجره المثل و اورد عليه في ضه قائلًا و يشكل بانّ ثبوت اجره المثل لا يقتضى صحه العقد بل هو ظ في فساده و أنّما اوجبها الامر بعمل له اجره عاده كما لو استدعاه و لم يعين عوضا الّا ان يقال ان مثل ذلك يعدّ جعالة أيضا فأنّها لا تنحصر في لفظ و يرشد اليه اتّفاقهم على الحكم من غير تعرّض للبطلان و فيه أنّ الجعالة لجعل شىء فاذا لم يذكره لا يتحقّق مفهومها و ان ترتب عليها العوض و المسأله محلّ اشكال فينبغي مراعات الاحتياط فيها بمراعات القول الأوّل بل هو في غايه القوّه

و

**ينبغي التنبيه على امور**

**الأوّل هل يلزم على القول باعتبار التعيين في العوض الكيل ان كان مكيلا**

و الوزن ان كان موزونا و العد ان كان معدودا و الزرع ان كان مزروعا فلا يكفى مجرد مشاهدتها اولا صرّح بالأوّل في يع و عد و التّحرير و كره و صرّح بالثّاني في لك و الكفايه قائلين الظاهر ان المعتبر من العلم بالعوض على القول به ما يعتبر في عوض الاجاره فيكفى المشاهده عن اعتباره بالكيل او الوزن او العدّ حيث يكتفى بها في الاجاره بطريق اولي و أطلق بعضهم اعتبار الثلاثة

**الثاني قال في لك و الكفايه و حيث كان العوض مجهولا و لم نقل بصحته**

ثبت بالعمل اجره المثل و زاد في الأوّل قائلًا و مثله ما لو قال ان فعلت كذا فانا ارضيك او اعطيك شيئا و نحو ذلك و ربّما قيل بعدم فساد العقد بذلك فان اجره المثل ح هي العوض اللّمازم للعمل بواسطه الجعالة و هو بعيد و تبه في مجمع الفائده على المناقشه في ذلك قائلًا- نعم لو كانت المعلوميه شرطا يلزم بطلان عقد الجعل فيلزم اجره المثل كما في سائر العقود الباطله بناء على ما ثبت عندهم من كئيّه تلك المقدمه و يجيىء هنا أيضا احتمال أقلّ الامرين لأنّنا لا نسلم ان كلّما بطلت الاجاره المعينه

لبطلان العقد و لم يكن العمل تبرّعا يلزم اجره المثل نعم هذه صحيحه اذا لم يكن هناك شىء يمكن تقويمه فى الجملة و اما معه فلا مثل ان خرج مستحقا اذا رضى بكون ذلك المعين فهو بالنسبه الى الزائد على ذلك متبرّع و لما بطل العين يستحق ما هو بمقداره فت فأنه يجوز فى اكثر المواضع التى حكموا فيها باجره المثل و فى كلام ح يع فى بحث المساقاه اشاره اليه و لكن يلزم اعطاء الاكثر من اجره المثل على تقدير كون ذلك اكثر من اجره المثل على تقدير كون ذلك المعين اكثر و الظاهر ان نظر الاصحاب الى انه لما بطلت الاجره المعينه ما بقى للرضا الحاصل به اثر سواء كان من جانب الاجير فلم يكن متبرّعا فى الزائد و لا فى جانب الموجر فلا يكون باذلا للزيادة بل بمنزله عدم وقوع عقد على تعيين امر بعمل ذى اجره المثل و لكن يشكل استثنائهم فيما اذا شرط عدم اجره لهم فانهم يقولون انه ح لا يلزم شىء اصلا لانه متبرّع اذ قد يقال لا اعتبار بهذا الرضا فت و فيما ذكره نظر بل الاقرب ما ذكره

### منهل هل يشترط فى الجاعل اهليته الاستيجار

كما صرح به فى يع و عد و كره و التحرير و مع المقاصد و لك و مجمع الفائده و الكفايه بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه بين الاصحاب فيشترط فيه امور احدها ان يكون بالغا و قد صرح بخصوص هذا الشرط فى الروضه و تبه عليه فى عه بقوله يشترط فى الجاعل الكمال و فى د بقوله يجب كون الجاعل جائر التصرف فلا يجوز من الصبى و ان كان مميزا كما فى كره و مجمع الفائده و ثانيها ان يكون عاقلا و قد صرح بخصوص هذا الشرط فى كره ضه و مجمع الفائده فلا تجوز من المجنون حال جنونه و ثالثها ان لا يكون محجورا عليه و قد صرح بخصوص هذا الشرط فى عه و كذا صرح به فى ضه قائلا لانه باذل فيعتبر رفع الحجر عنه فلا تجوز من السفيه و المفلس المحجور عليهما كما صرح به فى كره و مجمع الفائده و رابعها ان لا يكون مكرها و غير قاصد فلا تصح من المكره و النائم و الهاذل كما صرح به فى مجمع الفائده و كذا صرح به فى كره قائلا يشترط فى العاقد ان يكون من اهليته الاستيجار و مطلق التصرف فلا ينفذ جعل الصبى و المجنون و السفيه و المحجور عليه لفلس و المكره غير القاصد و لا نعلم فيه خلافا

### منهل هل يشترط فى العامل البلوغ كما يشترط فى الجاعل او لا

#### اشاره

صرح بالثانى فى ضه و لك و الكفايه قائلين فيها العامل يستحقّ الجعل و ان كان صبيا مميزا بغير اذن وليه و فى غير المميز و المجنون و جهان و زاد فى الاولين قائلا من وقوع العمل المبذول عليه و حصول الغرض و من عدم القصد الى العوض و تبه على ما صار اليه من عدم اشتراط البلوغ فى العامل فى مجمع الفائده بقوله اما العامل فالظاهر انه لا يشترط فيه الا العمل بقصد الاجره بعد سماع الصيغه التى يشملها و ربما يستفاد ما تبه عليه من جمله من كتب الاصحاب عدا ما تقدم اليه الاشاره و لهم اولا ظهور الاتفاق عليه و ثانيا عموم قوله تعالى وَ لِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَ اَنَا بِهِ رَعِيمٌ وَ ثالثا عموم قوله تعالى اَوْفُوا بِالْعُقُودِ وَ رابعا قولهم ع فى عدّه اخبار معتبره المؤمنون عند شروطهم و خامسا فحوى ما دلّ على جواز استيجار الصبى بعمل فاذن ما صاروا اليه من عدم اشتراط البلوغ فى العامل و انه يستحقّ الجعل حيث يكون قاصدا للعمل و لو كان صبيا مميزا مط و لو بدون اذن وليه فى غايه القوه و امّا غير المميز ففى الحاقه بالمميز فى ذلك اشكال و يظهر من ضه و لك و الكفايه التوقف هنا و عندى ان احتمال اللاحق لا يخ عن قوه ان قلنا بان الجعالة ليست من العقود و اما على تقدير كونها من العقود فاحتمال عدم اللاحق لا يخ عن قوه

و كيف كان فلا ينبغي ترك الاحتياط فيه بل و في المميز أيضا و

## ينبغي التنبيه على امور

### الاول هل يشترط في العامل العقل كما يشترط في الجاعل

فلا- يستحق المجنون اذا عمل او لا- فيستحق به فيه اشكال و لذا توقف هنا في ضه و لك و الكفايه و ربّما يستفاد من مجمع الفائده الاحتمال الثاني فلا ينبغي ترك الاحتياط بل الاحتمال الاول على تقدير كون الجعالة من العقود في غايه القوه و ان قلنا بانها ليست منها فالاحتمال الثاني لا يخ عن قوه

### الثاني هل يشترط في العامل ان لا يكون مكرها و غير قاصد

فلا- يستحق المكره و النائم و الهاذل و الذاهل او لا فيستحق جميع من ذكر بالعمل يظهر التوقف هنا من ضه و لك و يظهر من مجمع الفائده الاحتمال الاول و هو الاقرب على المختار من اشتراط القبول في الجعالة و كونها من العقود و عليه فهل يستحق اجره المثل من تقدم اليهم الاشارة

ص: ٦١٤

اذا عملوا في الحالات المذكوره فيه اشكال فلا- ينبغي ترك الاحتياط بل احتمال لزومها على المكره بكسر الراء سواء كان الجاعل أم غيره في غايه القوه و لكن الاحتمال الثاني بالنسبه الى غير المكره بفتح الراء ممن تقدم اليهم الاشارة في غايه القوه للأصل السليم عن المعارض

### الثالث هل يشترط في العامل ان لا يكون محجورا عليه بسفه او فلس او لا

الاقرب هو الاحتمال الثاني كما يظهر من ضه و لك و مجمع الفائده و الكفايه بل الظاهر انه ممّا لا خلاف فيه

### الرابع لا يشترط في العامل و لا في الجاعل الذكوريه

و الظاهر ان ذلك ممّا لا خلاف فيه

### الخامس صرح في يع و د و عد و التحرير و لك و مجمع الفائده بأنه يشترط في العامل ان يكون متمكنا من العمل

فلو لم يكن متمكنا منه لم يستحق الجعل و هو واضح حيث يكون عدم القدره مانعا من ايجاد العمل عقلا و اما اذا تمكن منه بمعنى انه يقدر على ايجاده عقلا و لكن منعه الشرع من ايجاده كما اذا كان مقتضى العمل المكث في المساجد او المرور في المسجدين و كان العامل جنبا لا يتمكن من الطهاره المائيه و لا الترايبه فالظاهر عدم الاستحقاق فيكون الشرط عدم التمكّن مط و لو من جهة الشرع بل لو قيل ان المراد من الشرط هنا عدم التمكّن شرعا خاصه اذ عدم التمكّن العقلي معلوم شرطيته لم يكن

بعيدا و قد اشار الى ما ذكر فى لك بقوله نعم يشترط فيه امكان تحصيل العمل بنفسه ان شرط عليه المباشرة او مط ان لم يشترط والمراد بالامكان ما يشمل العقلى و الشرعى ليخرج منه الكافر لو كان العمل المجعول عليه استيفاء الدين من المسلم و يعضد ما ذكره ما نبه عليه فى مجمع الفائده قائلا- يمكن ان يريد منه الامكان الشرعى فهو كناية من كون العامل جائز التصرف و هو خلاف الظاهر فانه اذا امر صيبا او عبده بعوض فرده فالظاهر انه يلزمه العوض اى اجره المثل بالعقدت و اما حمله على الامكان العقلى و العرفى فبعيد اذا ما يحتاج الى الشرط فان عين الممكن لا يمكن فعله و لا يستحق به الاجره النادر و يمكن ان يكون المراد الامكان شرعا و صحته فلو قال من زار عالما او اعتق او نحوه مما يشترط فيه و حصوله من المسلم او المؤمن فلا يستحق غيره الأجره بذلك و هذا الشرط قد اهمل فى كره و غيرها

### **السادس لا يشترط فى الجعالة الايمان و لا الإسلام فى العامل**

و لا فى الجاعل حيث لا يتوقف العمل على احدهما و لا يكون هناك سلطنه للكافر على المسلم و قال فى لك و ان كان رد عبد مسلم ففى تناوله الذمى و جهان من اقتضائه اثبات يده عليه الموجب للسبيل المنفى و من ضعف السبيل بمجرد رده و الاقوى الجواز ما لم يكن الجعل ممتنعا فى حقه بان كان العوض بعضه و ما قواه قوى

### **السابع لا يشترط فى العامل و لا فى الجاعل الحرية**

حيث يكون العمل و الجعل باذن المولى

### **الثامن هل يشترط فى العامل ان يكون مباشرا للعمل او لا**

بل يكفى ايجاده له مط و لو من غير مباشره التحقيق ان يقال ان شرط عليه المباشرة كانت لازمه و الا فاللزام الرجوع الى ما تفيدته عباره الجاعل و ان اشبه الامر كان العمل بالاحتياط اولى

### **منهل لا يشترط فى صحه الجعالة تعيين العامل**

فيصح ان يكون مجهولا- كما يصح ان يكون معلوما فلو قال من رد عبدى من هؤلاء الجماعة فله كذا او قال من رد عبدى فله كذا صح كما يصح اذا قال ان رد زيد عبدى فله كذا او قال ان رد عبدى زيد و عمرو و بكر فله كذا فيصح ان يكون العامل واحدا معيناً او جماعة معينين و قد صرح بعدم اشتراط تعيينه فى يع و كره و التحرير و الايضاح و مع المقاصد و لهم اولا ظهور الاتفاق عليه و ثانيا قوله تعالى وَ لِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ آيَةٍ و يعضده سائر العمومات الداله على صحه الجعالة و ثالثا ما نبه عليه فى كره بقوله لا يشترط تعيين العامل لان الغرض رد الآبق و لا تعلق للمالك بخصوصيته الراد فلم يكن شرطا و يعضد ما ذكره قول جامع المقاصد لا- يشترط ذلك بل الاصل و الغالب جهالته لأن المطلوب فى الجعالة تعيين عوض على عمل و رابعا ما نبه عليه فى كره أيضا بقوله و لأين رد الآبق و ما فى معناه قد لا- يتمكن بمعين و من يتمكن منه لا يكون حاضرا و ربما لا يكون حاضرا لا يعرفه المالك فاذا أطلق الاشتراط و ساغ ذلك سارع من تمكن منه الى تحصيله فاقترضت مصلحه العقد احتمال التجهل

كما لو قال لزيد رد عبدى و لك كذا و قال ان ردّه زيد فله كذا فاتى بالعمل غير المعين له كما اذا ردّ فى المثالين عمرو و فصرّح فى بيع و كره و د و عد و التحرير و عه و س و مع المقاصد و ضه بآئه لا شىء للعامل ح و يكون عمله ضائعا و اطلقوا و تبّه على وجه ما ذكروه فى كره قائلا لأنه لم يشترط لغير ذلك المعين فكان متبرعا و يعضد ما ذكره قول لك لأنه متبرّع حيث لم يبذل له اجره و لا لمن يشمله و فصل فى الكفايه هنا قائلا اذا عين العمل لواحد فردّه غيره كان ضائعا اذا شرط على العامل العمل او قصد الراد العمل لنفسه لا- نيابه او أطلق اما لو رده نيابه عن المجعول له حيث يتناول الامر النيابه كان الجعل لمن جعل له و ما ذكره جيد و قد تبّه عليه فى لك أيضا و لا يبعد تنزيل اطلاق الكتب المتقدمه عليه و كما لا يستحق العامل الجعل فى صورتى الشرط و الاطلاق كذا لا يستحقه المعين الذى جعل له لأنه لم يعمل و لا عمله

### منهل صرّح فى بيع و د و مجمع الفائدة بأنه لو تبرّع اجنبى بالجعل بفتح الجيم و جب عليه الجعل بضمّ الجيم مع الرد

فلو قال شخص تبرّعا من رد عبد فلان فله كذا و جب على المتبرّع الجعل و تبّه على ما ذكره فى لك أيضا قائلا كما يصح بذل المال عن العمل للبادل يصح عن غيره لأن ذلك امر مقصود للعقلاء فيتناوله الاذن فى الجعالة بخلاف المعاوضه للغير بما له و ح فيلزم البادل ما جعله مع ردّه الى المالك او اليه حسب ما شرط و لا يلزم المالك شىء للعامل و لا للبادل و ما ذكره جيد و هل يصحّ الجعل عن المالك فضولا مع اجازته كما يصحّ البيع و التّكاح فضولا مع الاجازه او لا يصح مط و لو مع الاجازه فيه اشكال من الاصل و خلّو التّصوص و الفتاوى عن الاشاره الى صحه الجعالة الفضوليّه و من فحوى ما دلّ على صحه التّكاح و البيع من الفضولى بل بعضه بعمومه يشمل محلّ البحث و هو قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و قولهم فى عده اخبار معتبره المؤمنون عند شروطهم فت و كيف كان فمراعات الاحتياط اولى و لكن الاحتمال الاول هو الاقرب و لا اشكال فى صحه الجعالة من الوكيل فيها

### منهل لو قال احد ان فلانا قال من ردّ على عبدى او ضالتى فله الف درهم مثلا فاعتمد على قوله بعض فرد على المالك العبد او الضاله ثم ظهر كذب المخبر على المالك

فهل يستحق الزاد الالف من المالك او من المخبر الكاذب او لا يستحق شيئا منهما صرّح بالخير فى عد و التحرير و كذا صرّح به فى كره قائلا- لو قال فضولى قال فلان من ردّ عبدى فله كذا لم يستحق الراد على الفضولى شيئا لأنه لم يلتزم اقصى ما فى الباب انه كذب و هو لا يوجب الضمان و اما المالك فان كان الفضولى قد كذب عليه لم يكن شىء أيضا و كان من حق الزاد ان يثبت و يتفحص و يسأل فالتفريط وقع منه و ان كان قد صدق فالاقوى وجوب المال عليه خلافا لبعض الشافعيّه حيث قال بذلك ان كان المخبر ممن يعتمد على قوله و الّا فهو كما لو رد غير عالم باذنه و التزامه و تبّه على ما ذكره هنا فى عد و التحرير قائلا لو كذب المخبر الفضولى فقال قال فلان من ردّ ضالتى فله كذا لم يستحق الزاد على المالك و لا على الفضولى المخبر لأنه لم يضمن و فيما ذكره نظر و التحقيق ان يقال

الكاذب المخبر ليس عليه شىء حيث لم يثبت صدقه و لو بينه شرعيه و لم يكن قوله موجبا لتغيير او ضرر على العامل كما اذا كان قوله بتوهم منه او فى مقام مجرّد الحكايه و بالجمله لم يكن قصده اخذاع العامل و ان كان قصده اخذاع العامل و اضراره و كان قوله ممّا يجوز الاعتماد عليه بظاهر الشرع ففى استحقاقه ح من الكاذب اشكال من الاصل و عدم الدليل و قدره العامل على دفع الضرر و الخدعه عن نفسه فى بعض الصور و اقدامه عليهما فيه و من عموم نفي الضرر و ان الاعتماد على الكاذب قد ثبت جوازه شرعا اما باعتبار الاعتقاد بصدقه او باعتبار البيه الشرعيه المجرزه للاعتماد عليه فلا يكون العامل قادرا على دفع الضرر و الخدعه عن نفسه و لا يعد مقدّما عليهما عاده و فيما ذكر نظر و لعلّ الاقرب ان العامل لا يستحقّ ح من الكاذب شيئا أيضا و لكن لا- ينبغي ترك الاحتياط و ان رضى المالك بما كذب عليه و اجازة كالمالك العدى يجيز بيع الفضولى فهل يلزمه ح ما كذب عليه فيكون قول الفضولى هنا معتبر او لا- فلا- يكون قوله معتبرا فيه اشكال و لو على المختار من صحه الجعالة الفضوليه بل الاقرب عدم الصّحّه للأصل و عدم تحقق ايجاب الجعالة الذى هو ركن من اركانها لان ما صدر من المخبر هو خبر كذب لا إنشاء ايجاب كما لا يخفى

### منهل اذا ردّ عبد غيره او ضالته بقصد التبرّع لم يستحق شيئا

سواء قال المالك من ردّ على ذلك فله كذا أم لا- و سواء سمع العامل من المالك ما قاله أم لا و الظاهر جميع ما ذكر ممّا لا خلاف فيه و يعضده أوّلا الاصل و ثانيا ما تبّه عليه فى مع المقاصد قائلا لا شىء لو رد من لم يسمع على قصد التبرّع قطعا لأنّه لو سمع الجعل فردّ متبرّعا لا يستحقّ فهنا اولى و ثالثا انه تبّه على ذلك فى عد من غير اشاره الى خلاف و لا اشكال فى ذلك قائلا و لو ردّ انسان ابتداء فهو متبرّع لا شىء له و ان ردّ لا بقصد التبرّع بعد قول المالك من ردّ على ذلك فله كذا و لكنّه لم يسمعه من المالك و لا ثبت عنده صدوره منه فهل يستحقّ العامل ما جعله المالك ح او لا بل يكون عمله ضائعا فيه احتمالات احدها انّ العامل يستحقّ ح مط و قد اختاره فى الايضاح و و حكاة فى مع المقاصد عن الشّهد أيضا و يدلّ عليه وجوه منها ما تبّه عليه فى مع المقاصد قائلا و ان لم يكن ردّه على قصد التبرّع بل على قصد الاستحقاق فاشكال ينشأ من أنّه قد فعل مستحقّ الجعل على قصد الاستحقاق مطابقا لصدوره من المالك لأنّ الفرض شمول اللفظ له فيستحقّ و قد تبّه على ما ذكره فى الايضاح أيضا قائلا اذا جعل على ردّ ضالته بلفظ عام كمن ردّ عبدى فردّها من لم يسمع الجعل لا على قصد التبرّع بل على قصد اخذ عوض استشكله المصنف و منشأ الاشكال من عدم قصد التبرّع و سبق الجعل من المالك و عموم اللفظ له و لأنّ الاعتبار أنّما هو بصيغته الجاعل و هى قوله من فعل كذا فله كذا لأنه قد فعل ما جعل عليه و قد يناقش فيما ذكره باليمنع من كليه الكبرى الّا ان يحتجّ عليها اولاً- بعموم قوله تعالى وَ لِمَنْ لَّجَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ خَرَجَ مِنْهُ الْمَتَّبِعُ بِالْإِذْنِ و لا دليل على خروج غيره فيبقى مندرجا تحت هذا العموم الّا ان يقال لا نسلم ان ما ثبت فى الآيات السابقيه يكون ثابتا فى ديننا و اصاله الاشتراك غير ثابتة و الاستصحاب غير ناهض لإثباتها فت و قد يجاب عما ذكر بان المستفاد من الاصحاب جواز الاعتماد على الآيه الشريفه فى احكام الجعالة فت و ثانيا عموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ فت و ثالثا بعموم قولهم ع فى عده اخبار معتبره المؤمنون عند شروطهم و منها ما تبّه عليه فى مع المقاصد أيضا بقوله و لأنه عمل محترم لم يقصد به فاعله التبرّع و وقع باذن الجاعل و قد يناقش فيما ذكره المنع من الصّغرى ان اراد من المحترم ان العامل يستحقّ به شيئا بل هو مصادره و باليمنع من كليه الكبرى ان اراد منه غير ذلك فت و منها ما تبّه عليه فى مع المقاصد أيضا قائلا- و لأنّ المقتضى للاستحقاق و هو جعل المالك بصيغته تشمل العامل و عدم تبرعه موجود و المانع ليس الّا عدم علمه بصدور الجعل و هو لا يصلح للمانعيه للشك فى مانعيته فعمل المقتضى عمله و قد يناقش فيما ذكره بالمنع من كون جعل المالك بالصيغته الشامله للعامل و عدم تبرعه مقتضيا مط بحيث يشمل محل البحث لفقد الدليل عليه و

بالجملة لم نجد دليلاً على هذا الاحتمال سوى العمومات المتقدم اليها الاشارة و ثانيها ان العامل لا يستحق شيئا مط و يدل عليه وجوه أيضا منها الاصل و قد يجاب عنه بان دفاعه بالعمومات الدالة على الاحتمال الاول و قد تقدم اليها الاشارة و منها ما احتج به في مع المقاصد قائلًا و أطلق شيخنا الشهيد و الفاضل الشارح الاستحقاق و ليس بجيد لأن هذا تبرع و ان لم يقصد التبرع و تبه على هذا في مقام آخر أيضا بقوله أنه بالنسبة الى اعتقاده متبرع اذ لا عبره بقصده من دون جعل المالك و قد يجاب عما ذكره بالمنع من صدق التبرع ح كما تبه عليه في الايضاح سلمنا و لكن نمنع من ان كل تبرع يمنع الاستحقاق فت و منها ان صحه الجعالة موقوفه على القبول كما تقدم اليه الاشارة و قد يجاب عما ذكر بما تبه عليه في الايضاح قائلًا لو لم يقصد به جوابا لإيجابه و به يستحق و غيره متبرع قلنا ممنوعان بل سبب الاستحقاق صدور الايجاب من الجاعل و الفعل من العامل و الأصح عندى الاول و منها ما تبه عليه في الايضاح قائلًا منشأ الاشكال من عدم قصد التبرع اه و من أنه لم يثبت حكمه في الجاهل به لاستحاله خطاب الغافل و قد يجاب

عما ذكره بان الجاهل لا يتوجه اليه و لا يتعلق به انه الخطاب المتضمن لأحد الاحكام الخمسه التكليفية و اما الخطاب المتضمن لأحد الاحكام الوضعية فيتعلق به قطعًا و قد تعلقت به كثيرا كما لا يخفى و من الظاهر ان الحكم الذى هو محل البحث من الاحكام الوضعية فيصح تعلقه به فت و ثالثها ما تبه عليه في مع المقاصد قائلًا بعد الاشارة الى الاحتمالين المذكورين و وجههما و يمكن ان يقال يفرق بين من رد كك عالما بان العمل بدون التبرع و ان قصد العالم العوض و بين غيره لأن الاول لا يكاد ينفك من التبرع بخلاف الثانى و فيه قوة و فيما ذكره نظر و المسألة محل اشكال و لذا توقف فيها فى عد فلا ينبغى فيها ترك الاحتياط و لكن الاحتمال الاول هو الاقرب خصوصا اذا عمل العامل احتياطا لاحتماله صدور الايجاب من المالك و على المختار أما يستحق العامل المال الذى جعله المالك لا اجره المثل

**منهل اذا جعل على رد شىء يجرى فيه التسليم و التسلم كرد العبد و الضالة فقال من ردّ عبدى او ضالتي فله دينار و أطلق فلا يستحق العامل شيئا اصلا الا بعد التسليم الى المالك**

**اشاره**

فلو جاء به و لكن لم يسلمه لم يستحق شيئا لإتمام ما جعل و لا ما يقابل العمل فاطلاق الردّ محمول على تسليمه للمالك و قد صرح بذلك فى يع و عد و التبصره و التحرير و كره و د و عه و ضه و لك و مجمع الفائده و الكفايه قائلين و يستحق الجعل بالتسليم و تمام العمل و لهم اولا ظهور الاتفاق عليه و ثانيا الاصل و ثالثا تبادل ذلك من الصيغه و

**ينبغى التنبيه على امور**

**الاول صرح فى يع و لك و الكفايه بأنه لو جاء به الى البلد و لم يسلمه لم يستحق الجعل**

و هو جيد

**الثانى لو جاء العامل بالعبد الآبق**

منزل المالك فهرب فلم يسلمه او مات ذلك العبد قبل تسليمه الى مولاه فهل يستحق العامل شيئا او لا فيه احتمالات احدها انه لا يستحق شيئا في الصورتين وقد صار الى هذا الاحتمال في عد قائلا لو جاء به الى باب منزله او مات لم يستحق شيئا ويحتمل الاستحقاق مع الموت ويدل على هذا الاحتمال اولا الاصل و ثانيا ما نبه عليه في الايضاح قائلا و وجه العدم عدم الفائدة لان استحقاق الجعل موقوف على تمام العمل و هو انما يتحقق برده الى الجاعل و تسليمه اليه لانه هو فائدته بخلاف الاجاره و يعضد ما ذكره قول مع المقاصد وجه الاول انه لم يأت بالمجوعول عليه فلم يستحق شيئا و ثانيا انه يستحق ح فيهما و يدل عليه اولا ما نبه عليه في الايضاح بقوله لانه فعل بعض المامور به و فيما ذكره نظر و ثانيا ان عدم الاستحقاق يستلزم ترتب الضرر على العامل و الاصل عدمه و قد يجاب عنه اولا بان الاستحقاق يستلزم ترتب الضرر على المالك و دفع ضرره اولى بالترجيح لموافقته للأصل و عدم ظهور قائل بهذا الاحتمال بل الظاهر عدمه و ثانيا ان عدم الاستحقاق يفضى الى ترك قبول الجعالة غالبا فينتفى الفائدة في شرعيتها فيكون باطلا و قد يجاب عنه اولا بالمنع من الاستلزام و ثانيا بالمعارضه بالمثل و ثالثا بعدم صلاحية ما ذكر لإثبات حكم شرعى مخالف للأصل فت و ثالثها انه يستحق ح في صورته الموت دون صورته الهرب و قد صار اليه في الايضاح قائلا و الاستحقاق مع الموت خاصه اقوى عندى و نبه على وجه ما ذكره في مع المقاصد بقوله و وجه الاستحقاق مع الموت دون الهرب ان المانع ليس من قبله بل من قبل الله تعالى و لأن رد الممكن عادة قد حصل تسليمه من الموت ليس داخلا تحت قدره البشر و فيما ذكره نظر و المسألة محل اشكال و لكن الاحتمال الاول هو الاقرب

### الثالث هل المراد بالتسليم جعله في يد الجاعل او لا

لم اجد احدا تعرض لتفسير التسليم فالظاهر ان مرادهم ما يسمّى لغه و عرفا تسليم حقيقه و هو المعتمد للزوم حمل اللفظ المجرد عن القرينه الصارفة على حقيقته بالاتفاق و الظاهر لا يتوقف على الجعل في اليد في جميع الموارد و لو شك في تحقق المعنى الحقيقي فاذا عدم الاستحقاق

### منهل يجوز فسخ الجعالة لكل من الجاعل و العامل قبل التلبس بالعمل

#### اشاره

فلا يكون من الامور اللازمه كالبيع بل يكون من الامور الجائزه كالوكالة و قد صرح بذلك في الوسيله و يع و د و د و عد و التحرير و كره و مع و عه و جامع المقاصد و ضه و لك و الكفايه و لهم و جوه منها ظهور الاتفاق على ذلك و منها انه صرح في كره بدعوى الاجماع عليه قائلا الجعالة عقد جائز من الطرفين اجماعا لكل منهما فسخه قبل التلبس بالعمل و بعده قبل تمامه و يعضد ما ادعاه اولا قول لك لا خلاف في ان الجعالة من الامور الجائزه من الطرفين بمعنى تسلط كل من المالك و العامل في فسخها قبل التلبس بالعمل و بعده سواء جعلنا عقدا او ايقاعا و ثانيا قول الكفايه لا اعرف خلافا في ان الجعالة من الامور الجائزه من الطرفين فلذلك من الجاعل و العامل التسلط على فسخها قبل التلبس بالعمل و بعده و منها ما ذكره في كره من ان الجعالة تشبه



الوصية من حيث ان بها تعليق استحقاق بشرط و الرجوع عن الوصية جائز فكذا ما يشبهها و فيما ذكره نظر و منها ما ذكره في لك من ان الجعالة من حيث عدم اشتراط القبول فيها بمنزله امر الغير بعمل له اجره فلا يجب المضى فيها من الجانبين و فيما ذكره نظر أيضا و

### ينبغي التنبيه على امور

#### الاول لا فرق في ذلك بين كونها من العقود او لا

كما صرح به في لك و هو ظ غيره بل الظاهر مما لا خلاف فيه

#### الثاني اذا وقع الفسخ من كل منهما ح لم يستحق العامل شيئا

كما صرح به في الكفايه قائلا- فان كان الفسخ قبل التلبس فلا شىء للعامل اذ لا عمل حتى يقابله عوض و لا فرق بين كون الفسخ من قبل العامل او المالك

#### الثالث اذا تلبس العامل بالعمل و لم يتمه

جاز له الفسخ و لا يجب عليه الاتمام و الظاهر مما لا خلاف فيه و هل يجوز للجاعل الفسخ ح فتكون الجعالة من الامور الجائزه مط او لا- يجوز ح فتكون من الامور الجائزه مط بالنسبه الى العامل دون الجاعل فيه قولان احدهما انه يجوز الفسخ ح و هو المستفاد من اطلاق الحكم بجواز الجعالة من الطرفين في الوسيله و عد و التحرير و كره و مع و جامع المقاصد و الكفايه و صرح به في ضه و لك و ثانيهما انه لا يجوز للجاعل الفسخ ح الا ان يدفع اجره ما عمله العامل فتكون ح جائزه بالنسبه الى العمل و اما الماضى فعليه اجرته و هو للشرائع و التبصره و د و ع و س و المسأله لا- تخلو عن اشكال و لكن الأقرب هو القول الاول للاستصحاب و لظهور عبارته كره و لك و الكفايه في دعوى الاجماع عليه و هى غير بعيدة لإمكان تنزيل عبارات الكتب المتقدمه الداله على القول الثانى على ما ينطبق مع هذا القول كما تبه عليه قائلا حكم المصنف بلزومها من طرف الجاعل بعد التلبس من حيث اجره ما مضى من العمل عليه لا تقتضى اللزوم لان المراد من العقد الجائز و الايقاع تسلط كل منهما على فسخه سواء ترتب على ذلك لزوم عوض فى مقابله العمل أم لا و الامر هنا كك و مجرد افتراق الحكم فى فسخه من قبلهما بوجوب العوض اذا كان الفاسخ المالك دون العامل لا يقتضى اللزوم من طرفه كما فى القراض فانه عقد جائز اتفاقا مع ان المالك لو فسح قبل ظهور الربح فعليه اجره المثل للعامل و لا- يخرج القراض بذلك عن الجواز من طرفه فالاولى ان يقال انه جائز من الطرفين لكن الحكم يختلف بما ذكر و تبه على ما ذكره هنا فى ضه أيضا و فيما ذكره نظر فان عبارته يع و هى قول الجعالة جائزه قبل التلبس فان تلبس فالجواز باق فى طرف العامل و لازم من طرف الجاعل الا ان يدفع اجره ما عمل كالصيرحه فى الفرق بين العامل و المالك هنا و فى ان المالك ليس له الفسخ الا بعد دفع اجره عمل العامل فلا يكون له الفسخ مط بخلاف العامل فلا يتجه ما ذكره نعم لم اجد احدا من الاصحاب تبه على ان المسأله محل خلاف فيمكن ارتكاب التاويل فى عبارته المذكوره و نحوها كعبارته التبصره و د و غيرهما بما ينطبق على القول الاول فت و

## الرابع اذا فسخ الجاعل بعد التلبس بالعمل ومضى شرط منه من نصف او ثلث

او نحو ذلك فعليه ان يدفع اجره ما عمل العامل كما صرح به في بيع و د و عد و التحرير و كره و س و عه و جامع المقاصد و ضه و لك و الكفايه و هو ظ التبصره و لهم اولا ظهور الاتفاق على ذلك و ثانيا ما تبّه عليه في كره قائلا و ان فسخ المالك فعليه للعامل اجره مثله لأنه أتما عمل بالعوض فلم يسلم له و لا يليق ان يحيط عمله بفسخ غيره و هو اصحّ وجهى الشافعيّه و الثانى ان العامل لا- يستحق أيضا كما لو كان الفسخ من العامل و ليس بشىء فان الفرق ظ و يعضد ما ذكره اولا قول لك و ان كان الفسخ من المالك فعليه للعامل عوض ما عمل لأنه أتما عمل بعوض لم يسلم له و التقصير من قبله و الاصل فى العمل المحترم الواقع بامر

ص: ٦١٧

المالك ان يقابل العوض و ثانيا قول مجمع الفائده فان كان بعد نصف العمل فله نصف الآخر فان فسّخه ادخال نقص عليه فلا يجوز بغير عوض فأنّه لو فتح هذا الباب يلزم ان لا يقدر الانسان ان يكمل عمله بغير شىء و هو فساد و ضرر و لا فرق فى ذلك بين ان يكون الجعالة على ردّ ضاله او غيره و استشكل فى الاوّل فى جامع المقاصد و ضه و لك قائلين بعد الحكم بلزوم الاجره بعد فسخ المالك فى اثناء العمل و ربّما اشكل فيما لو كانت على ردّ ضاله مثلا ثم فسخ و قد صارت بيده فانه لا يكاد يتحقق للفسخ معنى ح اذ لا يجوز له تركها بل يجب تسليمها الى المالك او من يقوم مقامه فلا يتحقق فائده الفسخ ح و لكن اجاب عنه فى ضه قائلا و يمكن دفعه بانّ فائده البطلان عدم سلامه جميع العوض له على هذا التقدير بل يستحق لما سبق بنسبته و يبقى له فيما بعد ذلك اجره المثل على ما يعمل به الى ان يسلمه المالك و هو حفظه عنده و نحوه اذ لا- يجب ح ردّه الى المالك بل تمكينه منه ان كان قد علم بوصوله الى يده و ان لم يعمل و جب اعلامه و قد تبّه على ما ذكره هنا فى لك أيضا و هل اجره ما عمل العامل التى استحقّها من المالك بعد فسّخه الجعالة عباره عن اجره المثل او لا بل انما يستحق من المالك بعد الفسخ بنسبه ما عمل فيسقط حق الجعالة على اجزاء العمل و يأخذ العامل بالنسبه فيه قولان احدهما أنّه يثبت له الاوّل و هو لصريح التذكرة و س و تبّه على وجهه فى لك قائلا- و هل العوض الواجب له ح اجره مثل ما عمل أم بنسبه ما فعل الى المجموع من العوض المبذول و جهان اظهرهما الثانى و وجه الاوّل أنّه بالفسخ بطل حكم العقد و لما كان العمل محترما جبر باجره المثل كما فسّخ المالك ثم اورد عليه قائلا- و فيه ما مر من ان تراضيها أتما وقع على المعين من العوض للعامل فلا يلزم غيره خصوصا مع زياده المثل عنه لقدمه ح على أنّه لا يستحق سواه و الفرق بينه و بين عامل القراض واضح لان الشروط فى القراض جزء من الزبح فقبل ظهوره لا- وجود له و لا معلوميه حتى ينسب اليه ما فعل بخلاف جعل عامل الجعالة فانه مضبوط على وجه يمكن الاعتماد على نسبته و فيما ذكره نظر و ثانيهما أنّه يثبت له الثانى و قد صار اليه فى ضه قائلا ينبغى ان يقال أنّها جائزه مط لكن ان كان الفسخ من المالك يثبت للعامل بنسبه من سبق من العمل الى المسمى على الاقوى و قيل اجره مثله و قد اختار هذا القول فى لك و مجمع الفائده و الكفايه أيضا و تبّه على وجهه فى لك قائلا- لأنه العوض الذى اتفقا عليه و فيما ذكره نظر و المسأله محل اشكال و لو قيل بانّه يستحق أقلّ الامرين لم يكن بعيدا لأصالة براءه الذمّه من الزائد و عدم ثبوت الاجماع على بطلانه و انحصار الاقوال فى القولين المذكورين و لكن الاحوط دفع اكثر الامرين تحصيلًا للبراءه اليقينيّه

## الخامس اذا فسخ العامل بعد التلبس بالعمل

فلا يستحق شيئا من الاجره لإتمامها و لا ما يقابل العمل كما صرّح به فى كره و عد و س و عه و الروضه بل الظاهر أنّه ممّا لا خلاف فيه و يدل عليه مضافا الى ما ذكر الاصل

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين و الصلاه و السلام على خير خلقه محمّد و آله الطاهرين

## كتاب مناهل الأطمعه و الاشربه

### مقدمه نبّه فى لك على أنّ معرفه احكام الأطمعه من المهمّات

قائلا معرفه احكام الأطمعه من المهمّات فان الله تعالى اجرى العاده بالحاجه اليها قال الله تعالى وَ مَا جَعَلْنَاهُمْ جَسَدًا لَّا يَأْكُلُونَ الطَّعَامَ وَ فى تناول الحرام الوعيد الشديد قال ص اى لحم نبت من حرام فالتار اولى به

### القول فيما يحل و يحرم من الحيوانات

#### منهل يحل اكل لحم الغنم و البقر و الابل الاهليه

كما فى يع و فع و التّحرير و عد و التّبصره و د و الدّروس و عه و ضه و غيرها و لهم اولا ان ذلك ممّا لا خلاف فيه و ثانيا انه ادعى فى مجمع الفائده اجماع المسلمين على ذلك قائلا لا خلاف بين المسلمين فى اباحه الانعام الثّلاثه الابل و البقر و الغنم و يعضد ما ذكره امور احدها قول لك لا خلاف فى ذلك بين المسلم فى تحليل الانعام الثّلاثه و ثانيها قول الرّياض لا خلاف بين المسلمين كافه كما فى لك و غيره بل لعلّه من ضروريات الدّين كما صرّح به جماعه و ثلثها قول الروضه من نسب إلينا تحريم الابل فقد بهت نعم هو مذهب الخطايه و رابعها قول الكفايه لا ريب فى اباحه الانعام الثّلاثه و الادلّه عليه كثيره و ثالثا ما تبّه عليه فى مجمع الفائده بقوله و الادلّه على اباحته من الكتاب و السنّه أيضا كثيره بل و لا يحتاج الى الاستدلال لكونها ضروريه و يعضد ما ذكره قول الرّياض و قد نطق به الكتاب و السنّه المتواتره و ينبغى التنبيه على امرين الاول يدخل فى الغنم المعز و فى البقر الجاموس الثّانى حكى فى س عن الحلبي القول بكراهه الجواميس قائلا قال الحلبي بكراهه الجواميس و روى فى لحم الجاموس لا باس به و لم اجد للحلبى مستندا و لا موافقا

#### منهل يحل اكل لحم الخيل و البغال و الحمير

### اشاره

كما فى الوسيله و يع و فع و التّبصره و التّحرير و عد و د و س و عه

ص: ٦١٨

و ضه و لك و مجمع الفائده و الكفايه و ض بل صرح بدعوى الشّهره عليه فى لك قائلا المشهور بين الاصحاب تحليل الحيوانات الثّلاثه الخيل و البغال و الحمير للأصل و يعضد ما ذكره فيه اولا قوله فى ضه يكره الخيل و البغال و الحمير الاهليه فى الاشهر و ثانيا قول التنقيح المشهور كراهه الثّلاثه المذكوره و ثالثا قول الكفايه المعروف بين الاصحاب حتى كاد ان يكون

اتفاقيا حل لحوم الخيل و البغال و الحمر الاهليه على الكراهه و حكى فى التثقيح و س و لك و الكفايه عن الحلبي القول بتحريم البغال و اشار اليه فى ضه بلفظ قيل و هو ضعيف بل المعتمد هو ما عليه المعظم من اباحتها و لهم وجوه منها أنه قد ادعى فى الانتصار الاجماع على ذلك قائلا- و مما انفردت الاماميه به و ان كان الفقهاء قد رووا عن ابن عباس موافقتها فى ذلك تحليل لحوم الحمر الاهليه و حرمها سائر الفقهاء دليلنا الاجماع المتردد و مما انفردت به الاماميه تحليل لحوم البغال و باقى الفقهاء على حظر ذلك و روى عن الحسن البصرى ذهب الى اباحه لحوم البغال و هذه موافقه للإماميه و يعضد ما ذكره اولاً قول الغنيه و لحوم حمر الاهليه و البغال غير محرّمه بدليل اجماع الطائفة و ثانيا ما نبه عليه فى الرياض بقوله و يكره الخيل و الحمير و البغل بلا- خلاف يظهر فى الاولين و على الاظهر فى الثالث و هو الاشهر بل عليه عامه من تاخر و فى ف الاجماع عليه و على الاولين أيضا مضافا الى الاجماعين المتقدمين و هو الحجه و منها ما احتج به فى الانتصار قائلا دليلنا ان الاصل فيما فيه منفعه و لا مضره الاباحه و لحوم الحمر الاهليه بهذه الصّفه فان ادعوا مضره آجله من حيث الحظر لها و النهى عنه فانما يفهمون عن اخبار الآحاد و ليست حجه فى مثل ذلك فهى معارضه بامثالها و يعضد ما ذكره اولاً قول الغنيه و أيضا الاصل الاباحه و المنع يحتاج الى دليل و لا- دليل يقطع به على ذلك لان ما يتعلّق به المخالف فى تحريم لحم الحمر اخبار آحاد لا يجوز العمل بها فى الشرعيات و ثانيا احتجاج لك على اباحه ما ذكر بالاصل و ثالثا قول مجمع الفائده فدليل الحل العقل و النقل و رابعا قول الرياض و الاجماع هو الحجه مضافا الى اصالتى البراه و الاباحه المستفاد من الادله القطعيه العقليه و النقليه كتابا و اجماعا و سنه مستفيضه بل متواتره و منها ما احتج به فى الانتصار قائلا و يمكن أيضا ان يستدل على ذلك بقوله تعالى قُلْ لَا أَجِدُ الْآيَةَ و يعضد ما ذكره قول مجمع الفائده فدليل الحل حصر المحرمات مع عدم دخولها فيها و منها جمله من الاخبار و قد اشار اليها فى مجمع الفائده قائلا فدليل الحل حسنه محمّد بن مسلم و زراره عن ابى جعفر أنّهما سألاه عن لحم الحمر الاهليه فقال نهى رسول الله ص عن اكلها يوم خيبر و أنّما نهى من اكلها لأنّها كانت حموله الناس أنّما الحرام ما حرّمه الله فى القرآن و فى روايه اخرى عن محمد بن مسلم و ابى الجارود عن ابى جعفر قال سمعته يقول ان المسلمين كانوا اجهدوا فى خيبر و اسرع المسلمون فى دوابهم فامر رسول الله ص باكفاء القدور و لم يقل بأنّها حرام و كان ذلك ابقاء على الدواب و فى الطريق عن رجل و لا يضر و كذلك نقل اكفاء القدر بغير اذن من اصحابها مع عدم التّحريم لأنّ رسول الله ص اولى بالمسلمين من انفسهم و رأى المصلحه فى ذلك فيفعل و فى روايه اخرى عن محمّد بن مسلم عن ابى جعفر قال سألته عن لحوم الخيل و البغال فقال حلال لكن الناس يعافونها و صحيحه محمّد بن مسلم عن ابى جعفر أنّه سئل عن سباع الطير و الوحش حتى ذكر له القنفاذ و الوطواط و الخيل و البغال و الحمير فقال ليس الحرام الا ما حرّم الله تعالى و قد نهى رسول الله ص يوم خيبر عن اكل لحوم الحمير و نهاهم من اجل ظهورها ان يفنوه و ليست الحمير بحرام ثمّ قال اقرا هذه الآيه قُلْ لَا أَجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحْرَمًا عَلَىٰ طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خِنزِيرٍ فَإِنَّهُ رِجْسٌ أَوْ فِشْقًا أَوْ أَهْلًا لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ و صحيحه ابى بصير قال سمعت ابا جعفر يقول انّ الناس اكلوا لحموم دوابهم يوم خيبر فامر رسول الله ص باكفاء قدورهم و نهاهم عن

ذلك و لم يحرمها و قد تمسّك بجمله من الاخبار المذكوره فى لك و ض لا يقال يعارضها جمله من الاخبار منها خبر ابن مسكان العدى وصفه بالصّحّه فى لك و مجمع الفائده قال سألت ابا عبد الله ع عن لحوم الحمر فقال نهى رسول الله ص عن اكلها يوم خيبر قال و سألته عن اكل الخيل و البغال فقال نهى رسول الله ص عنها فلا تاكلها الا ان تضطر اليه و منها خبر ابان عمن اخبره عن ابى عبد الله ع قال سألته عن لحوم الخيل فقال لا- تأكل الا ان تصيبك ضروره و لحوم الحمر الاهليه قال فى كتاب على ع انه منع من اكلها و منها خبر سعد بن سعد الاشعري الذى وصفه بالصّحّه فى مجمع الفائده عن الرّضاع قال سألته

عن لحوم البرازين و الخيل و البغال قال لا تاكلها و منها خبر ابى سعيد الخدرى قال امر رسول الله ص بلالا بان ينادى ان رسول الله ص حرم الجرى و الضب و الحمر الاهليه و منها ما ذكره فى الانتصار قائلا رووا عن ابن عباس انه قال نهى رسول الله ص عن لحوم الحمير و امر بلحوم الخيل ان يؤكل و أيضا روى خالد بن الوليد قال كنا مع رسول الله ص فى خيبر فقال ع لا تحلوا اموال المعاهدين الا- بحقها و حراما عليكم حمر الاهليه و بغالها و رووا عن انس عن النبى ص انه نهى عن لحموم الحمر و قال أنها رجس لأننا نقول هذه الاخبار لا تصلح للمعارضه لوجوه منها ما تبه عليه فى الانتصار قائلا و الجواب عن ذلك ان هذه الاخبار آحاد و العمل بها فى الشريعة عندنا غير جائز و لا يجوز ان يرجع بها عن ظ الكتاب و يعارضها من الاخبار التى يروونها الاماميه ما لا- يحصى و مّا يروونه مخالفينا ما رواه غالب بن الحسن قال قلت يا رسول الله ص لم يبق من مالى الا الحمير فقال ع اطعم اهلك من سمين مالك فانا انما نهيت عن حوالى القرى و هذا لا- محاله معارض لأخبارهم كلها ثم يمكن ان يقال فى تلك الاخبار ان سبب النهى عن لحوم الحمير الاهليه قله الظهر و لكنه فى ذلك الزمان كما انه ع نهى عن لحم الخيل بهذه العله و قد روى عن ابن عباس أنه قال انما نهى عن لحوم الحمر لثلا يقل الظهر فقوى هذا التاويل بهذه الروايه و اشار الى جميع ما ذكره فى الغنيه أيضا ثم قال فى الانتصار و اما الخبر الذى تضمن انها رجس فالرجس و الرجز و النجس واحد فى الشريعة و لا محصل من اهل الشريعة يذهب الى ان الحمار الاهلى نجس العين و منها ما تبه عليه فى لك قائلا و وجه كراهتها ورود روايات كثيره بالنهى عنها و حمل على الكراهه جمعا منها صحيحه ابن مسكان و فى معناها غيرها الا ان هذه اوضح الجميع مستندا و هى اصح سندا من روايات الحلّ الما أنها ظاهره فى الكراهه من جهه قوله ع الا ان يضطر اليها فانه علق الحلّ على مطلق الضروره و مطلقها اعم من ان يبلغ حدّا لأكل المحرم و أيضا فقوله نهى عن اكلها يوم خيبر غير مناف لما ذكر فى روايه الحلّ لأنه اعترف فيها بنهيه عنها ذلك اليوم و لكنّه نهى كراهه أيضا لظهورها و يؤيده صحيحه محمد بن مسلم أيضا عن الباقر ع انه سئل عن سباع الطير اه و هذا تصريح بالاباحه و ذهب ابو الصّلاح الى تحريم البغل استنادا الى النهى

ص: ٦١٩

فى تلك الاخبار و قد عرفت جوابه و كان ينبغى له ان يحرم الباقي و الحمر بطريق اولى لورودهما معه فى النهى و منها ما تبه عليه فى ض بقوله فى جمله كلام له خلافا للحلبى فحرمه للصّحيحين و هما مع تضمنهما النهى عما عدا البغل أيضا و لا يقول به هو و لا- احد منا و هما قاصران عن المكافاه لما مضى من وجوه شتى فليطرحا او يأولا- بالحمل على الكراهه او التقيه لكون التحريم مذهب العامه كافه كما صرح به جماعه و ربّما اشعر به بعض الروايات السابقه و لا يقال يعارض ادله الحلّ قوله تعالى وَ الْخَيْلَ وَ الْبُغَالَ (وَ الْحَمِيرَ) لِتَرْكَبُوهَا وَ زِينَهُ فَانّه ظ فى المنع من اكلها و ان المقصود منها ليس الا الركوب و الزينه لأننا نقول نمنع الظهور فى ذلك كما صرح به فى الانتصار قائلا- قوله تعالى أنها للزينه لا يمنع ان يكون لغير ذلك الا ترى الى قول القائل قد اعطيتك هذا الثوب لتلبسه لا يمنع من جواز بيعه له و هبته و الانتفاع به من وجوه شتى و لان المقصود بالخيل و الحمير الركوب و الزينه و ليس اكل لحومها مقصودا فيها ثم انه لا- يمنع من الحمل على الحمير و الخيل و ان لم يذكر و انما خص الركوب و الزينه بالذكر و اكثر الفقهاء يجيزون اكل لحوم الحمير و لم يمنع تضمّن آيه ذكر الركوب و الزينه خاصه من اكل لحوم الخيل و كك الحمير و اشار الى ما ذكره فى الغنيه أيضا و

**ينبغى التنبيه على امرين**

كما صرح به في يع و فع و التّحرير و التبصره و عد و د و س و عه و لك و ضه و مجمع الفائدة و الكفايه و ض

### الثاني اختلف الاصحاب في انّ البغل هل هو اشدّ كراهه من الحمار او بالعكس

على قولين الأوّل ان البغل اشدّ كراهه و هو للنافع و التحرير و عد و د و س و عه و التنقيح و ض بل صرح في لك بانه المشهور و لهم وجوه منها ما ذكره في التنقيح و ضه من أنّ البغل متولد من الفرس و الحمار و هما مكروهان فجمع الكراهتين فيلزم ان يكون كراهته اشدّ و فيه نظر كما اشار اليه في ض و منها ما اشار اليه في التنقيح من أنّ البغل قيل بحرمة بخلاف الحمار فيكون كراهه الأوّل اشدّ و نبه على ما ذكره في ض بقوله و الأوّل اقوى للشهره المرجحه مع وجود القول في البغل بالحرمة الموجب لتأكد الاحتياط فيه للتقيه فناسبه تاكد الكراهه و فيما ذكره نظر أيضا و منها اشتها هذا القول و فيه نظر أيضا الثاني ان الحمار اشدّ كراهه و حكى هذا القول في س عن القاضي و صرح بأنّه مال اليه ابن ادريس و اشار الي وجهه في لك قائلا و قيل ان الحمار أكد كراهه من البغل لأنّه متولد من مكروهين قوى الكراهه بخلاف البغل فأنّه متولد من ضعيف و قوى و لأنّ النهى عنه في الاخبار اكثر و الاتفاق على أنّ النبيّ ص نهى عنه في الجملة و من ثمّ ذهب جماعه من الجمهور الى تحريمه بخلاف البغل فان من حرمة منهم لم يستند فيه الى نهى خاص بل الى أنّه متولد من محلّل و محرم فغلب جانب التّحريم و هذا اقوى و ربّما يستفاد من بعض الكتب التّساوى و لكن صرح في لك بدعوى الاتفاق على خلافه قائلا قد اشتركت الثلاثة في الكراهه لما ذكر و اتفقوا على أنّها متفاوتة ثمّ اختلفوا في ايها اشدّ فالمصنف اقتصر على اثبات التّفاوت بينهما في الكراهه و لم يبيّن ايها اقوى من الاخر و يستفاد من جملة ممن الكتب أنّ الخيل اخف كراهه منهما و نبه على وجهه في مجمع الفائدة بقوله لعل الكراهه في الخيل أقلّ بالاتفاق و بهذا ما ذهب الى تحريمه احد بخلافهما فان بعض العامه على تحريمهما و لان الطّبع اشدّ نفره عنهما و اما هما فالظاهر ان نفر الطّبع من الحمار اكثر و بالجملة الاجتناب عن الكلّ حسن الا مع الاضطرار فيختار الاخف كراهه في الطّبع

### منهل يحرم الكلب و الخنزير و السنور

امّا حرمة الأوّل فقد صرح بها في الغنيه و يع و التّحرير و عد و د و س و عه و ضه و لك و مجمع الفائدة و الكفايه و لهم اولا ظهور الاتفاق على ذلك و ثانيا أنّه تبّه في الغنيه على دعوى الاجماع على ذلك قائلا يحرم اكل الكلب و الخنزير و السنور بدليل اجماع الطّائفة و طريقه الاحتياط و يعضد ما ذكره امور منها قول لك اكثر اهل الإسلام على تحريم اكل الكلب و خالف فيه مالك و منها قول مجمع الفائدة امّا دليل تحريم الكلب و الخنزير فهو النص و الاجماع و منها قول الكفايه و يحرم الخنزير و الكلب للنص و الاتفاق و ثالثا ما ذكره في لك قائلا و لأنّه نجس العين لوجوب الغسل من ولوغه فلا يحلّ اكله كما لا يحلّ لغيره من النّجاسات و خالف فيه مالك و رابعا ما ذكره في لك أيضا قائلا و الاصل فيه ما روى أنّ النبيّ ص نهى عن اكل ذى ناب من السّباع و مخلب من الطّير و خامسا ما تبّه عليه في مجمع الفائدة بقوله يدلّ على ذلك حسنه الحلبيّ عن ابي عبد الله ع قال انّ رسول الله ص قال كلّ ذى ناب من السّباع و مخلب من الطّير حرام و قال لا تاكل من السّباع شيئا و سادسا ما تبّه عليه في مجمع الفائدة أيضا قائلا و يدلّ على ذلك حسنه داود بن فرقد و هي صحيحه في يب عن ابي عبد الله ع قال كلّ ذى ناب من السّباع و مخلب من الطّير حرام و الثّاب هو الضرس و الظاهر ان المراد بالمخلب هو الظفر و قد يوجدان معا في السّبع كالسنور و

قد يخلو عنه كما يشعر به روايه سماعه و لكن الغالب لا- ينفك عنهما و الناب يكون فى البهائم و المخلب فى الطيور غالبا و المراد بذى الناب الذى يفترس و يعدوا به على الحيوان و يقوى به عليه سواء كان ضعيفا او قويا مثل الاسد و النمر و الفهد و الذئب و الثعلب و ابن آوى و السنور وحشيا كان او انسيا و اما حرمة الخنزير فقد صرح بها فى الغنيه و يع و عد و التحرير و س و عه و ضه و مجمع الفائده و الكفايه بل هو كما تقدمه ضرورى الدين و اما حرمة السينور فقد صرح بها فى الغنيه و يع و عد و التحرير و س و عه و ضه و لك و مجمع الفائده و الكفايه و قد صرح بدعوى الاجماع عليه فى الغنيه و يعصدها قول الكفايه لا اعرف خلافا فى تحريم اكل السنور و احتج عليه فى لك بأنه ذو ناب ثم صرح بان فى بعض الاخبار انه سيع ثم نقل الخلاف فيه عن مالك و بعض الشافعيه و لا فرق فى ذلك بين الانسى و الوحشى كما صرح به فى يع و عه و ضه و تبه عليه فى لك قائلا و الروايه دلت على تحريم الهر أيضا انسيا كان أم وحشيا و آخرون من الشافعيه فرقوا بين الانسيه و الوحشيه فاحلوا الوحشيه دون الانسيه قياسا على حل الحمار الوحشى دون الانسى و هو ممنوع

### منهل صرح فى يع بأنه يكره ان يذبح بيده ما ربه من النعم

#### اشاره

و لا باس بما ذكره اما اولا فلقاعده التسامح فى ادله الكراهه و اما ثانيا فلما تبه عليه فى لك بقوله مستند الكراهه روايه محمد بن الفضيل عن ابى الحسن ع و فيها قال قلت له جعلت فداك كانت عندى كبش سمينه لأضحى به فلما اخذته فاضجعتة نظر إلى فرحمته و رقت عليه ثم انى ذبحته قال فقال لى ما كنت احب لك ان تفعل لا تربين شيئا من هذا ثم تذبحه لا يقال هذه الروايه ضعيفه السند فلا يجوز الاعتماد عليها لأننا نقول ضعف السند هنا غير قادح كما تبه عليه فى مجمع الفائده بقوله و لا يضر عدم صحه السند و اما ثالثا فلما تبه عليه فى مجمع الفائده من روايه ابى الصحرى عن ابى عبد الله ع قال قلت له الرجل يعلف الشاه و الشاتين ليضحين بهما قال لا- احب ذلك قلت و الرجل يشتري الجمال و الشاه فيتساقط علفه من هاهنا و هاهنا فيجىء الوقت فيذبحه فقال لا و لكن اذا كان ذلك الوقت فليدخل سوق

ص: ٦٢٠

المسلمين و يشتر و يذبحه و

### ينبغى التنبيه على امرين

#### الاول هل يكره ذلك مط او للتضحيه

يظهر الاول من يع و الثانى من الكفايه

#### الثانى هل يكره اكل لحم هذا المذبوح او لا

استظهر الاول فى مجمع الفائده من د ثم قال و ذلك غير مستفاد من دليله بل ظ دليله ان ذبح المربى بيده اياه مكروه

## منهل يحل من حيوان البحر السمك الذى له فلس و قشر

### اشاره

كما فى المقنعه و فع و يع و التبصره و د و عد و التحرير و س و عه و ضه و لك و مجمع الفائده و الكفايه و ض و لهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه و منها انه صرح بنفى الخلاف فى ذلك فى لك قائلا حيوان البحر اما ان يكون له فلس كالأنواع الخاصه من السمك و لا خلاف بين المسلمين فى كونه حلالا و يعضد ما ذكره اولاً قول الكفايه لا اعرف خلافا بين المسلمين فى حلّ السّمك الذى له فلس و يدل عليه عموم الآيات و الاخبار و ثانياً قول ض و يحلّ ما له فلس من السّمك بلا خلاف بين المسلمين على الظاهر المصرّح به فى كلام جماعه و النصوص بعد الكتاب مستفيضه بل متواتره و منها قوله تعالى قُلْ لَّا أَجِدُ فِي مِائَةٍ أُوحِيَ إِلَيَّ الْإِيه و منها قوله تعالى أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ الْبَحْرِ وَ طَعَامُهُ مَتَاعاً لَكُمْ وَلِلنَّيَّارِهِ و منها جمله من الاخبار احدها خبر محمّد بن مسلم الذى وصفه فى لك و مجمع الفائده و ض بالصّيححه قال قلت لأبى جعفر انا نؤتى بالسّمك ليس له قشر فقال كل ما له قشر من السّمك و ما كان ليس له قشر فلا تاكله و ثانياً خبر حماد بن عثمان العدى وصفه فى لك و مجمع الفائده بالصّيححه قال قلت لأبى عبد الله جعلت فداك الحيتان ما يؤكل منها فقال ما كان له قشر فقلت جعلت فداك ما تقول فى الكنعده فقال لا باس به قلت فانه ليس له قشر قال بلى و لكنّها حوت سيئه الخلق تحتك بكلّ شىء فاذا نظرت الى اصل اذنها وجدت لها قشرا و ثالثها خبر الحلبي العدى وصفه فى لك و مجمع الفائده بالصّيححه قال ابو عبد الله ع لا يكره من الحيتان الّا الجرى و

### ينبغى التنبيه على امرين

## الاول لا فرق فى السمك الذى ذكرناه بين ان يكون ممّا يبقى عليه الفلس فى جميع الأحوال أو يزول عنه فى بعضها

كما صرح به فى فع و يع و عد و س و عه و ضه و لك و ض بل الظاهر أنّه ممّا لا خلاف فيه و عدّ من الاول فى يع و عد و س و لك الشبوط قال فى لك بفتح الشين و تشديد الباء مضموم و زاد فى يع و لك فعدا منه النباح قال فى لك بكسر الباء الموحده مخففا و ربما فتحت الباء و شدد و عدّ من الثانى فى يع و فع و عد و س و عه و ضه و غيرها الكنعته الذى يقال له كنعده بالدال المهمله قال فى ضه هو ضرب من السّمك له فلس ضعيف يحتك بالرمل فيذهب عنه ثم يعود

## الثانى يتفرّع على ما ذكرناه جواز اكل الرّيشا و الاربيان و الطمر و الابلامى

كما صرح به فى يع و فع و عد و التحرير و س و لك و غيرها و لهم اولاً ما نبّه عليه فى التحرير بقوله لأنّها اسماك ذات فلوس و ثانياً ما نبّه عليه فى لك بقوله و يدلّ على حلّ هذه بخصوصها صحيحه محمّد بن إسماعيل قال كتبت الى ابى الحسن الرضاع اختلف الناس علىّ فى الريشا فما تامرني به فكتب لا باس بها و ثالثاً ما نبّه عليه فى لك أيضاً قائلاً و عن محمّد بن الطبرى قال



كتبت الى ابي الحسن ع اساله عن سمك يقال له الابلامي و عن سمك يقال له الطبراني و سمك يقال له الطمر و أصحابي ينهوني عن اكله فكتب ع كله لا- باس و رابعا ما تبه عليه في ض بقوله و لا خلاف في شىء منها لكون كل من هذه الخمسه ذات فلوس و ورد النص في كل منها بالخصوص كالصحيحين و غيرهما الملحق بهما بابن ابي عمير الذى اجمع على تصحيح ما يصح عنه اصحابنا معللا- فى الاخير بان له فلس و الصحيح فى الثانى و الخبر فى الباقي و فيه بعد سؤال الراوى عن حلها قال و اصحابي ينهوني اه و يستفاد منه وجود القائل بالمنع عنها قديما بل و كونه مشهورا

### منهل يحرم من حيوان البحر الذى لا يكون طيرا كلما لا يندرج تحت مفهوم السمك حقيقه

#### اشاره

كما فى المقنعه و فع و المعتبر و يع و التحرير و عد و د و التبصره و س و ع و حاشيه و جامع المقاصد و ضه و لك و ض و ربما يستفاد من مجمع الفائده و الكفايه خلاف ذلك و هو ضعيف بل المعتمد ما عليه المعظم و لهم اولا ظهور عدم الخلاف فى ذلك ممن قبلهما من الاصحاب و ثانيا انه تبه على دعوى الاجماع عليه فى لك قائلا ما ليس على صورته السمك من انواع الحيوان فلا خلاف بين اصحابنا فى تحريمه و يعضد ما ذكره امور منها قول المعتبر فى كتاب الصيلاه اتفقوا على انه لا يأكل من حيوان البحر الا السمك و لا من السمك الا ما له فلس و منها قول جامع المقاصد فى الكتاب المذكور لا يحل عندنا من حيوان البحر الا ما له فلس من السمك و منها قول بعض الاصحاب للاجماع على المنع من اكل ما ليس بسمك و من السمك ما ليس له فلس و منها ما تبه عليه فى التنقيح قائلا- قال ابن ادريس لاجماع اصحابنا على انه لا يؤكل من حيوان البحر الا السمك و لا يؤكل من السمك الا ما له فلس و منها قول مجمع الفائده ما علم تحريم حيوان البحر غير السمك كما هو ظ كلامهم اذ ما عرفنا له دليلا- سوى ادعاء الاجماع على تحريم ما ليس بصوره السمك فى ح يع فت و منها قول الكفايه المعروف من مذهب الاصحاب تحريم ما ليس على صورته السمك من انواع الحيوان البحرى و لم يظهر لى دليل عليه بل الآيات و الاخبار بعمومها على خلافه و منها ما تبه عليه فى ض قائلا لا يجوز ان يؤكل من حيوان البحر الا السمك و الطير بغير خلاف بيننا و به صرح فى لك بل عليه الاجماع فى الخلاف و الغنيه و السرائر و به صرح الماتن فى المعتبر و الشهيد فى كرى و المحقق الثانى و غيرهم فى كتاب الصيلاه فى بحث جواز الصيلاه فى الخبز الخالص و هو الحججه و ثالثا ما تبه عليه فى ض من العمومات الداله على حرمة الميتة و قد صرح بانها سليمه عما يصلح للمعارضه لا يقال يعارضها العمومات الداله على حليه صيد البحر و لعله اشار اليها فى الكفايه بقوله بل الآيات اه لأننا نقول لا نسلم ان هذه العمومات تصلح لدفع تلك العمومات اما اولا فلما تبه عليه فى ض قائلا الاجماع المنقول التى اشار اليها مؤيده بعمومات ما دل على حل صيد البحر الشامل لما عدا السمك و ما دل على حل الأزواج الثمانية و غيرها من الكتاب و السنه و يضعف الاول بتبادر السمك منه خاصه مع استلزام العموم حل كثير من حيوانات المحرمه بالاجماع و الكتاب و السنه لاشتمالها اميا على ضرر او خيانه او نحوهما من موجبات الحرمة فلا يمكن ان يبقى على عموم الظاهر من اللفظ على تقدير تسليمه لخروج اكثر افراده الموجب على الأصح لخروجه عن الحجته فليحمل على المعهود المتعارف من صيده و ليس الا السمك المخصوص و قد يناقش فيما ذكره بان ما دل على حليه صيد البحر ان كان من الالفاظ المطلقة فلا يقدح فى حجيتها خروج اكثر الافراد كما صرح به قدس سره فى اثناء التدريس و ان كان من الالفاظ العامه كما هو مذهب من يقول بان المصدر المضاف حيث لا عهد يفيد العموم فلا وجه لدعوى تبادر السمك منها لما صرح به فى التدريس مرارا عديده من ان الالفاظ العامه لا تنصرف الى الافراد الشائعه المتبادره و لذا فرق بين قوله بعه بالنقد و قوله بعه باى نقد شئت

مدعيًا أنّ الأوّل ينصرف الى الرائج لتبادره دون الثانى فت و اما ثانيا فلأنّ التعارض بين العمومين المذكورين بعد خروج السمك الذى ليس له فلس من أوّلهما من قبيل تعارض العمومين من وجه كما لا يخفى و من الظاهر ان وجوه الترجيح مع عموم ما دلّ على حرمة الميتة سلّمنا انه اعم مط و لكن لا اعتضاده بالشهره العظيمه التى لا- يبعد معها دعوى شذوذ المخالف لا- يمكن تخصيصه بما دلّ على حل صيد البحر و ان كان اخص منه مط نعم قد يقال لا نسلم شمول ما دلّ على حرمة الميتة لمحلّ البحث لأنّ المفروض هنا الحيوان البحرى الذى يحصل له

ص: ٦٢١

التذكية و من الظاهر ان الحيوان المذكى بزيا كان او بحرّيّا لا يصدق عليه أنّه ميتة اذ الميتة عباره عن حيوان مات حتف انفه و من دون تذكية بزيا كان او بحرّيّا فيجوز الاحتجاج بقوله تعالى حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ الْمَيْتَةُ عَلَىٰ حَرْمَةِ السَّمَكِ اذا مات حتف انفه و كذا كلّ حيوان حلال فى الشريعة فلا- يكون كلّما مات حتف انفه من الحيوانات خارجا عن عموم هذه الايه الشريفه و اما الحيوانات التى ذكيت على الوجه المعتبر شرعا فليست بداخله فيه و الا لما جاز الانتفاع بها فى غير الاكل بناء على أنّ هذه الآيه الشريفه تفيد حرمة الانتفاع من الميتة من كلّ جهه لا خصوص الاكل و البناء على التخصيص بالنسبه على ما عدا الاكل من سائر الانتفاعات يستلزم تخصيص العام الى الاقل من النصف و هو غير جائز عند كثير من المحقّقين و لو سلّمنا جوازه فلا ريب فى مرجوحيته بالنسبه الى اكثر التاويلات ان لم نقل كلّها لا يقال لفظ الميتة مشتق من الموت و هو لغه اعم من حتف الانف و غيره فالايه الشريفه تشمل محلّ البحث لأننا نقول اللفظ المذكور و ان كان لغه يعم المذكى الا أنّه صار فى العرف العام حقيقه فى غير المذكى و العرفيه العامه مقدمه على اللغويه سلّمنا انه لغه و عرفا حقيقه فى الاعم من المذكى و لكن لا اشكال فى ان اطلاقه ينصرف الى غير المذكى فلا تشمل الآيه الشريفه لمحلّ البحث سلّمنا عدم الانصراف و تواطىء الافراد و لكن لا ريب فى أنّ الآيه الشريفه لا يمكن حملها على ظاهرها على هذا التقدير من حرمة جميع الانتفاعات من كل حيوان زهق روحه و لو بالتذكية فلا بدّ من ارتكاب التاويل فيها و من الظاهر تقييد الميتة بغير المذكى اولى من اخراج اكثر الانتفاعات لما بيناه سابقا سلّمنا عدم اولويه ذلك و لكن لا أقلّ من التّساوى و معه لا يمكن الاحتجاج بالآيه الشريفه على المدعى و لعلّه لذا لم يحتج بها عليه فى الرّياض بل أنّما جعلها مؤيده للإجماعات المنقوله المتقدم اليها الاشاره فت لا يقال يعارضها على تقدير دلالتها على المدعى ما دلّ على حلّ الأزواج الثمانيه و غيرها من الكتاب و السنّه و يعضده اصاله الاباحه لأننا نقول لا نسلم ذلك لما تبه عليه فى ض قائلا بعد ما حكينا عنه سابقا و يضعف الثانى بانصرافه بحكم التبادر و غيره الى حيوان البرّ دون غيره و اما اصاله البراءه و الاباحه فيكفى فى تخصيصهما ما قدمناه من الاجماع المنقوله المعترضه بفتاوى الاصحاب كافه التى كادت ان يكون بالإجماع ملحقه بل لعلّها اجماع فى الحقيقه المخالفه للطريقه العامه كما ذكره جماعه و عليها حملوا ما روى فى يب من المرسله يحل ما كان فى البحر ما يؤكل فى البرّ مثله فجائز اكله و كلما كان فى البحر ممّا لا يجوز اكله فى البرّ لم يجز اكله فمناقشه بعض متأخرى متأخرى الطائفه فى المسأله غير جيده و

**ينبغى التنبيه على امور**

**الأوّل لا فرق فى الحيوان المفروض بين ان يكون مثله فى البرّ مأكولا او لا**

كما صرح به في عد و لك و ضه

## الثاني يتفرع على ما ذكرناه حرمه اكل حيوانات منها كلب البحر و خنزيره

وقد صرح بخصوصهما في يع و التحرير و س و لك و منها شاه البحر و قد صرح بخصوصها في س و منها الرقاق و قد صرح بخصوصه في التحرير و عد و منها السلحفاه و الضفادع و السيرطان و قد صرح بحرمتهما بالخصوص في يع و فع و التحرير و التبصره و عد و س عه و ضه و لك و ض و استدلل على ذلك في لك ببعض الاخبار قائلا و يدل على تحريم الثلاثه مع كونها مستخبه صحيحه على بن جعفر عن اخيه موسى ع قال لا يحل اكل الجرى و لا السلحفاه و لا السيرطان قال و سألته عن اللحم الذي يكون في اصداف البحر و الفرات ا يؤكل قال ذاك لحم الضفادع لا يحل اكله

## منهل اختلف الاصحاب في جواز اكل السمك الذي لا فلس له اصلا

كالجرى و الزمار و المارماهى و الزهو على اقوال الاول ان جميع ذلك حرام و لا يجوز اكله و هو للمقنعه و الانتصار و الغنيه و التبصره و د و الايضاح و س و التنقيح و المهذب البارع و مجمع الفائده و الرياض و المحكى عن الخلاف و لف بل صرح في الايضاح و ضه بأنه قول الاكثر و الاشهر و يعضد ما ذكره اولاً قول المهذب البارع قال بالتحريم في ف و باب الحد من النهايه و المفيد و تلميذه و السيد و ابن ادريس و الصيّدوقان و القديمان و ابو على و اكثر اصحابنا و ثانياً قول التنقيح هو قول السيد المرتضى و اكثر الاصحاب و عليه الفتوى و ثالثاً قول لك ذهب اليه الاكثر و منهم الشيخ في اكثر كتبه و رابعاً قول الكفايه هو المشهور بين الاصحاب الثاني ان جميع ذلك حلال و هو للروضه و الكفايه و يظهر من التنقيح انه مذهب الشيخ في موضع من النهايه و القاضى الثالث ان الجرى حرام و ما عداه حلال و هو للنافع و التحرير و ظ يع و المحكى عن يب و صا للقول الاول وجوه منها أنه تبّه على دعوى اجماع عليه في الانتصار قائلاً و ممّا انفردت به الاماميه تحريم السمك الجرى و المارماهى و الزمار و كلما لا فلس له من السمك و الذى يدل على صحه ما ذهب اليه الاجماع المتردد و ان شئت تبني هذه المسأله على مسئله التحريم في صيد البازى و ما اشبهه من جوارح الطير فقلت كل من حرم صيد جوارح الطير حرم ما عداه و التفرقه بين الامرين خلاف الاجماع و يعضد ما ذكره اولاً حكايه دعوى الاجماع على ذلك من السرائر و ثانياً ما تبّه عليه في ض قائلاً و في حرمه الجرى روايتان اشهرهما بين المتقدمين و المتأخرين بل عليه في ظ التنقيح و صريح الانتصار و ف و السرائر اجماع الاماميه و جعلوا متعلقه في الكتب الاخيريه مطلق السمك الذى لا فلس له و بالجملة لا شبهه في المسأله و لو قلت أنه من بديهيات مذهب الاماميه لما كذبت و نحو الكلام في الجرى منعاً و جواز الكلام في الزمار و المارماهى و الزهو فالروايتان المتقدمتان ثمه جاريتان في المسأله و لم يفصل فيهما كما في كلام الجماعه بين المسألتين و ظ الماتن التفصيل بينهما حيث نسب الحرمه في الاولى الى الشهره من دون فتوى فيها بالكراهه و تردداً في التحريم او مختاره و اختار عدمه في المسأله فقال الوجه الكراهه و لا وجه له بالمره لاتحاد الأدله فتوى و روايه على المنع او الكراهه و منها ما اشار اليه في الايضاح قائلاً قال والذى الاولى في الزمار و المارماهى و الزهو التحريم لأنه قول الاكثر و هو الاقوى عندى للاحتياط و يعضد ما ذكره قول المهذب البارع بعد الاشاره الى هذا القول لأنه احوط و لأنه قول اكثر علمائنا و منها جمله من الاخبار احدها صحيحه محمّد بن مسلم قال قرانى ابو جعفر شيئا في كتاب على ع فاذا فيه انهاكم عن الجريث و المارماهى و الطافى و الطحال قال قلت يرحمك الله تعالى انا نوتى بالسمك ليس له قشر فقال ع كل ما له قشر من السمك و ما لا قشر له فلا تاكل و ثانياً صحيحه حماد بن عثمان قال قلت لأبى عبد الله ع

جعلت فداك الحيتان ما يوكل منها قال ما كان له قشر و ثالثها خبر عبد الله بن سنان الذي هو صحيح كما صرح به في مجمع الفائده عن ابي عبد الله ع قال كان علي ع بالكوفه يركب بغله رسول الله ص ثم يمر بسوق الحيتان فيقول لا تاكلوا و لا تبيعوا ما لم يكن له من السمك قشر و رابعها خبر مسعد بن صدقه عن ابي عبد الله ع ان امير المؤمنين ع كان يركب بغله رسول الله ص ثم يمر بسوق الحيتان فيقول الا لا تاكلوا و لا تبيعوا ما لم يكن له قشر و خامسها ما ذكره في الوسائل قائلا محمّد بن الحسين قال قال الصّادق ع كل من السمك ما كان له فلوس و لا- تاكل منه ما ليس له فلوس و سادسها ما ذكره في الوسائل أيضا قائلا الحسن بن الفضل الطبرسي في مكارم الاخلاق عن احمد بن اسحاق قال كتبت الى ابي محمّد ع

ص: ٦٢٢

اسأله عن الإسقنقور يدخل في دواء الباه و له مخاليب و ذنب ا يجوز ان يشرب فقال اذا كان له قشور فلا باس و سابعها خبر ابن فضال عن غير واحد من اصحابنا عن الصادق ع قال الجري و المارماهي و الطافي حرام في كتاب علي ع و ثامنها خبر سماعه عن ابي عبد الله ع قال لا تاكل الجريث و لا المارماهي و لا طافيا و لا طحالا و تاسعها ما ذكره في الوسائل قائلا و قد تقدم حديث حبابه الوالبيه قالت رايت امير المؤمنين ع في شرطه الخميس و معه دره لها سبابتان يضرب بها بياعى الجري و المارماهي و الزمار و يقول لهم يا بياعى مسوخ بنى اسرائيل و جند بنى مروان و عاشرها خبر حنان بن سدير قال سأل العلاء بن كامل ابا عبد الله ع و انا حاضر عن الجري فقال وجدناه في كتاب علي ع اشياء من السمك محرمة فلا تقربه ثم قال ابو عبد الله ع ما لم يكن له قشر من السمك فلا تقربه و الحادى عشر ما ذكره في الوسائل قائلا محمّد بن علي بن الحسين قال قال الصادق ع لا تاكل الجري و لا المارماهي و لا الزمير و لا الطافي و هو الذي يموت في الماء فيطفو على راس و الثاني عشر خبر محمّد بن مسلم عن ابي جعفر ع قال لا- تاكل الجري و لا- الطحال و الثالث عشر خبر حبابه الوالبيه قالت سمعت مولاي امير المؤمنين ع يقول انا اهل بيت لا نشرب المسكر و لا نأكل الجري و لا نمسح على الخفين فمن كان من شيعتنا فليقتد بنا و ليستن بسنتنا و الرابع عشر ما ذكره في الوسائل قائلا و في عيون الاخبار باسانيده الآتية عن الفضل بن شاذان عن الرضا ع في كتابه الى المامون قال محض الإسلام الى ان قال و تحريم الجري من السمك و التميمك الطافي و المارماهي و الزمير و كل سمك لا يكون له فلس و الخامس عشر خبر عبد الله المروى في الوسائل عن كتاب صفات الشيعة عن الصادق ع قال من اقر بسبعة اشياء فهو مؤمن البراءة من الجبت و الطاغوت و الاقرار بالولاية و الايمان بالزجعة و الاستحلال للمتعة و تحريم الجري و المسح على الخفين و السادس عشر ما ذكر في الوسائل أيضا قائلا روى الطبرسي في مكارم الاخلاق عن الاصبغ بن نباته عن علي ع انه قال لا تبيعوا الجري و لا المارماهي و لا الطافي و السابع عشر خبر محمّد بن مسلم قال سئلت ابا عبد الله ع عن الجريث فقال و الله ما رايت قط و لكن وجدناه في كتاب علي ع حراما و الثامن عشر خبر ابي بصير الذي وصفه بالصّححه في مجمع الفائده قال سألت ابا عبد الله ع عما يكره من التميمك فقال اما في كتاب علي ع فانه نهى عن الجريث و التاسع عشر خبر ابي سعيد قال خرج امير المؤمنين ع على بغله رسول الله ص فخرجنا معه يمشى حتى انتهى الى موضع اصحاب السمك فجمعهم ثم قال تدرّون لأى شىء جمعتمكم قالوا لا فقال ص لا تشتروا الجريث و لا المارماهي و لا الطافي على الماء و لا تبيعوه اه و العشرون صحّحه الحلبي قال قال ابو عبد الله ع لا تاكل الجري و لا- الطحال فان رسول الله ص كرهه و قال انّ في كتاب علي ع ينهى عن الجري و عن جماعه من السمك و الواحد و العشرين خبر علي بن جعفر عن اخيه موسى ع قال سألته عن الجري يحلّ اكله فقال انا وجدناه في كتاب امير المؤمنين ع حراما و للقول الثانى وجوه أيضا منها ما تمسك به فى المهذب البارع و مجمع الفائده من اصاله الاباحه و تبه عليها فى الانتصار بقوله و

استدلّ بما لا يزال يستدلّ به على أنّ أصل المنافع التي لا ضرر فيها عاجلا و لا اجلا على اباحته و على من حظر شيئا من ذلك الدليل و قد يجاب عنها بأنّها لا تصلح لمعارضه الأدلّة السابقة و قد تبه على ما ذكرناه في الانتصار بقوله فاما الجواب عن قولهم أنّ الأصل الاباحه فهو ككك الّما انا نرفع عن حكم الاصل بالادلّة القاطعه و قد ذكرناها و منها ما تبه عليه في مجمع الفائده و الكفايه من العمومات و قد تبه على هذا الوجه في الانتصار أيضا بقوله فان استدل المخالف بقوله تعالى أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ الْبَحْرِ وَ طَعَامُهُ مَتَاعًا لَكُمْ وَ لِلسَّيَّارَةِ وَ حُرْمَ عَلَيْكُمْ صَيْدُ الْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرْمًا وَ ظ هذه الآيه يقتضى ان جميع

صيد البحر حلال و كذلك صيد البرّ الا على المحرم خاصه و قد يجاب عما ذكر بأنّه مخصّص بالادلّة السابقة و يعضد ما ذكرناه ما تبه عليه في الانتصار قائلًا و الجواب ان قوله أُحِلَّ لَكُمْ الآيه لا يتناول ظ ما للخلاف في هذه المسأله لأنّ الصيّد مصدر صدت و هو يجرى مجرى الاصطياد الذي هو فعل الصائد و انما يسمى الوحش و ما جرى مجراه صيدا مجازا و على وجه الحذف لأنّه محلّ الاصطياد و يسمى اسمه الصيّد فان قيل قوله تعالى وَ طَعَامُهُ مَتَاعًا لَكُمْ وَ لِلسَّيَّارَةِ يقتضى انه اراد المصيد دون الصيد لان لفظه الطّعام لا يليق الّا بما ذكرناه دون المصدر قلنا لو سلمنا أنّ لفظه ترجع الى لحوم ما يخرج من حيوان البحر لكان لنا ان نقول قوله تعالى وَ طَعَامُهُ يقتضى ان يكون ذلك اللحم مستحقا في الشريعة لاسم الطّعام لأنّ ما هو محرم في الشريعة لا يسمى بالاطلاق فيها طعاما كالميته و الخنزير فمتى ادعى في شىء مما عددنا تحريمه أنّه طعام في عرف الشريعة فيلبد على ذلك فأنّه يتعذر عليه و قد روى الحسن البصرى في طعامه أنّه المراد في قوله تعالى انه اراد به البرّ و الشعير و الحبوب التي يسعى بذلك الماء و حمل اكثر المفسرين لفظ البحر على كل ماء كثير من عذب و ملح و اذا حمل على الحبوب سقطت المسأله و منها خبر زراره الذي وصفه بالصّححه في الايضاح و التنقيح و المهذب البارع و لك و مجمع الفائده قال سألت ابا جعفر عن الجريث فقال و ما الجريث فنعت له فقال لا أجِدُ في ما أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَيَّ طَاعِمٌ يَطْعَمُهُ الآيه قال لم يحرم الله تعالى شيئا من الحيوان في القرآن الّا الخنزير بعينه و يكره كلّ شىء في البحر ليس له قشر مثل الورق و ليس بحرام انما هو مكروه و منها خبر محمّد بن مسلم الذي وصفه بالصّححه في المهذب البارع و لك و مجمع الفائده قال سألت ابا عبد الله ع عن الجرى و المارماهى و الزمير و ما ليس له قشر من السمك حرام هو فقال يا محمّد اقرء هذه الآيه في الانعام قُلْ لا أَجِدُ الآيه فقال أنّما الحرام ما حرّم الله تعالى و رسوله في كتابه و لكنهم قد كانوا يعافون اشياء فنحن نعافيهما و بهذين الخبرين يحمل الاخبار الداله على المنع على الكراهه لأنّهما اصرح دلالة منها بل ذهب جماعه من محققى الاصحاب الى أنّ النهى في اخبار الاثمه ع غير ظ في الحرمة لصيرورته في الكراهه فيها من المجازات الراجحه المساوى احتمالها لاحتمال الحقيقه فيكون مجملا فلا دلالة له على التحريم اصلا و قد تبه على الجمع المذكور في لك بقوله بعد الاشاره الى اخبار الحّل و الحرمة و قد كان يمكن الجمع بينهما بالحلّ على الكراهه لكن الاشهر التحريم و فيما ذكره من الجمع بالكراهه نظر بل اللازم ترجيح الاخبار الداله على المنع اما اولا فلأنّها كثيره بحيث لا يبعد دعوى تواترها و لا- كك المعارض لها و قد تبه على ما ذكرناه في التنقيح بقوله و هاتان الروايتان و ان كانتا صريحتين في الكراهيه لكن الاوليان اشهر روايه و عملا و يعضد ما ذكره قول مجمع الفائده أيضا ان الأدلّة الداله على التّحريم و اما ثانيا فلأنّ جملة من الاخبار الداله على المنع صريحه الداله منها الاخبار المصرحه بلفظ الحرمة فأنّه صريح في المنع عرفا و لقله استعماله في الكراهه ان سلم اصل الاستعمال و ما ذهب اليه جماعه من منع دلالة النهى في اخبار الاثمه ع على الحرمة لا يشمل المفروض قطعا و كذا لا يشمل لفظ النهى على الظاهر بل يختص بصيغه النهى كلا تفعل فالاخبار المتقدّمه المتضمنه

للنهي صريحه أيضا و لئن تنزلنا فلا أقل من اظهريتها من الخبر الثاني من الخبرين الدالين على الاباحه فت و منها الخبر الدال على ضربه لبساع الجريث و المارماهي اذ الضرب لا يستحقه الا فاعل الحرام دون فاعل المكروه و منها ما تضمن الاخبار عن ركوب امير المؤمنين ع بغله رسول الله ص و نهيه ص عن ذلك اذ هو انما يناسب الحرام دون المكروه كما لا يخفى و قد نبه على ما ذكرناه في مجمع الفائده قائلا- يبعد حمل تلك الاخبار الكثيره جدا على الكراهه خصوصا ما يدل فعله ص من ركوب بغله رسول الله ص و الزواح الى السوق و جمع اهله و منعهم عن البيع و الاكل فان مثل هذا لا يعمل للمكروه و يعضد ما ذكره قول الرياض مع ان ركوب علي ع و سيره في الاسواق للنهي عن الجري و نحوه يناسب الحرمة لا الكراهه كما لا يخفى على من له ادنى فطنه و منها ما تضمن عطف النهي عن اكل الجري على شرب المسكر و عطف النهي عن المسح على الخفين على النهي عن اكل الجري و الا لاختل السياق و هو غير مستحسن جدا و يعضد ما ذكرناه اولا قول مجمع الفائده بعد ما حكينا عنه سابقا و أيضا الظاهر تحريم الطحال و الطافي فيلزم حمل النهي فيها على التحريم دون الكراهه و أيضا من اخراج الجري و الجريث من الكراهه و ادخالها في التحريم و ثانيا قول الرياض مع كون المنهى عنه في اكثرها الطافي و نحوه نصا و قد اجمع على كونه بالاضافه اليهما للحرمة فليكن بالاضافه اليه لها أيضا و الا يلزم استعماله في المعنى الحقيقي و المجازي الغير الجائر قطعا فت جدا و مقتضى القاعده ارجاع المشكوك و هو هنا لفظ الكراهه الى الظاهر في الحرمة كما ان مقتضاها ارجاع الظاهر الى النص و منها الخبر المروى عن كتاب صفات الشيعه كما لا يخفى و بالجمله بعد ضم بعض الاخبار المتقدمه الداله على المنع الى بعض لا يبقى ريبه في اراده المعنى الحقيقي و الحرمة دون الكراهه و يعضد ما ذكرناه ما نبه عليه في الرياض قائلا و لا يرتكب الحمل على الكراهه الا حيثما يكون النهي المحمول عليها مرجوحا بالاضافه الى ما قابله و عارضه بحيث يتعين طرحه و لا باس بارتكاب ذلك في هذه الصوره من شاهد و لا قرينه لكون العمل بالزاجح حقيقه فارتكاب الحمل في مقابله طرحا له جدا و اما ارتكابه في صورتى تكافؤ المتعارضين او رجحان ما تضمن النهي من دون شاهد او قرينه كما في مفروض المسأله فهو مملا و وجه له و وجود لفظ الكراهه في بعض الاخبار المتقدمه لم يمكن جعله على الحمل المذكور قرينه بعد وضوح عدم ثبوت المعنى المصطلح عليه له الآن كونه اعم منه و من الحرمة لغه في الازمنه القديم فاراده الاوّل منه دون هذه من دون قرينه فاسده مع انّ القرينه على اراده الحرمة منها زياده على ما مر اليه الاشاره النهي و التصريح بالحرمة في بعض من الاخبار المتقدمه فانهما ظاهران في التحريم غايته و اما ثالثا فلاعتضاد الاخبار الداله على المنع بالشهره العظيمه التي لا يبعد معها دعوى شذوذ المخالف و هي من اقوى المرجحات بل يقتضى الترجيح و ان سلم ضعف دلالتها بالنسبه الى ما دل على الاباحه و يعضد ما ذكرناه ما نبه عليه في الرياض بقوله ما دلّ على الجواز قاصر عن المقاومه لما دلّ على المنع لاعتضاده بالشهره العظيمه التي كادت تكون اجماعا بل اجماع في الحقيقه يلحق بالضرورة من مذهب الاماميه و بالاجتماعات المحكيه المستفيضه و الاستفاضه القريبه من البلوغ حدّ التواتر هذا مع انّ القائل بالجواز شاذ نادر و ليس الا القاضى و اما الشيخ فانه و ان حكى عنه المصير اليه في موضع من النهايه الا انه رجع في موضعين منها و باقى كتبه حتى انه حكم بكفر مستحلّه فما هذا شأنه كيف يمكن المصير اليه و اما رابعا فلان ما دلّ على الجواز موافق لمذهب العامه فاحتمال خروجه مخرج التقيه في غايه القوه مع هذا فقد ورد الامر بطرح ما وافق العامه و الاخذ بما خالفهم و لا يعارضه ما ورد من الامر باخذ ما وافق الكتاب و طرح ما خالفه لانه مرجوح هنا كما لا يخفى و قد نبه على حملة على التقيه في التنقيح و المهذب البارع و مجمع الفائده و الرياض و حكاها في الايضاح عن والده قائلا قال والدى هذه الاخبار خرجت مخرج التقيه و قد صرح في الرياض برجحان هذا الحمل على حمل الاخبار المانعه على الكراهه الذى صرح به

فى لك قائلا و اما حمل الاخبار المانعه على الكراهه كما احتمله من متأخرى المتأخرين جماعه فالمناقشه فيه واضحه من وجوه

سيما مع امكان الجمع بينهما و بين المبيحه بحملها على التقيه لوضوح الماخذ في هذا الحمل مع الاعتبار و السينه المستفيضه بخلاف الحمل على الكراهه اذ لا شاهد عليه من كتاب و لا سنه و اما قول لك و المانعون حملوا اخبار الحل على التقيه و ليس بجيد فضعيف و اما خامسا فلان خير زراره الدال على الاباحه قد تضمن عدم علم الباقرع بالجريث الذي يعلمه كثير من العلماء و هو مما يقطع بعدمه فلا يبقى بهذا الخبر وثوق و يعضد ما ذكرناه قول التنقيح و ض مع ان الاخيرتين يمكن حملهما على التقيه مع مخالفتها لما عليه الاصحاب من تحريم اشياء ليست في القران و للقول الثالث اولا خبر الحلبي الذي وصفه بالصحه في لك و مجمع الفائده و الرياض قال ابو عبد الله ع لا تكره شيئا من الحيتان الا الجري و ثانيا خبر حكم عن ابي عبد الله ع قال لا نكره شيئا من الحيتان الا الجريث و قد يجاب عن هذين الخبرين اولا بضعف السند في احدهما و ثانيا بعدم دلالتها على المدعى ايا على تقدير كون لفظ الكراهه في الاخبار محمولا على المعنى المصطلح عليه الان فواضح و اما على تقدير حمله على المعنى اللغوي فلكونه اعم من الحرمة و يعضد ما ذكرناه ما تبه عليه في ض فيما حكينا عنه سابقا بقوله و وجود لفظ الكراهه في بعض الاخبار المتقدمه اه و ثالثا بشذوذ القائل بهما كما تبه عليه في التنقيح قائلان فرق المص بين هذه و بين الجري مع ان الروايات و الاقوال لم تفصل بينهما و يعضد ما ذكره ما تبه عليه في الرياض قائلان لا وجه لما ذكره المص لاتحاد الادله فتوى و روايه على المنع او الكراهه و التفصيل لم يتضح عليه دليل و لا حجه و قصارى ما يتخيل في توجيهه استفاضه الصيحاء و غيرها في الجري و غيره دون الزمار و نحوه فانه لم يستغن فيها الصيحاء و انما الموجود منها فيها بعضها و هو صالح للتوجه سيما مع استفاضه غير الصيحاء فيها خصوصا و عموما و عدم قائل بالتفصيل اصلا و رابعا بعدم صلاحيه معارضتهما لأدله القول الاول فهو المعتمد

## منهل الطافي من السمك المحلل حرام لا يجوز اكله

### اشاره

كما صرح به في المقنعه و الانتصار و الغنيه و يع و فع و التحرير و التبصره و عد و س و لك و مجمع الفائده و الرياض و لهم وجوه منها ظهور الاتفاق على ذلك و منها ما تبه عليه في الرياض بقوله و لا يؤكل الطافي باجماعنا المحكى في كلام جماعه و منها ما تمسك به في الرياض من عمومات الكتاب و السينه الداله على حرمة الميتة و منها الاخبار الكثيره منها ما تقدم اليه الاشاره و منها صحيحه الحلبي عن ابي عبد الله ع قال سألته يوجد من السمك طافيا على الماء و يلقيه البحر فقال لا تاكل و منها خبر زيد الشحام قال سئل ابو عبد الله ع عما يوجد من الحيتان طافيا على الماء او يلقيه البحر ميتا آكله قال لا و منها خبر محمد بن مسلم عن ابي جعفر ع قال لا تاكل ما نبذه الماء من الحيتان و لا ما نضب الماء عنه و منها خبر مسعده بن صدقه

ص: ٦٢٤

عن ابي عبد الله ع قال و لا- يؤكل الطافي من السمك و منها خبر اخر لمحيّد بن مسلم عن ابي جعفر ع قال لا يؤكل ما نبذه الماء من الحيتان و ما يضب الماء عنه فذلك المتروك و

### ينبغي التنبيه على امور

كما صرح به في المرسل عن الصادق ع المتقدم اليه الاشاره و صرح به أيضا في يع و التحرير و عد و س و ض

### الثاني لا فرق في حرمة الطافي بين ان يموت في الماء بسبب كضرب العلق او حراره الماء او غير سبب

وقد صرح بذلك في يع و عد و التحرير و س و هو ظ اطلاق الاخبار المتقدمه و المقنعه و الغنيه و فع و التبصره و لك بل الظاهر أنه مما لا خلاف فيه

### الثالث صرح في الغنيه و يع و فع و التحرير و عد بحرمة ما يموت في شبكه الصائد في الماء

او في حفيته و صرح في الغنيه بحرمة ما مات بسبب ذهاب الماء عنه و يدلّ عليه ما رواه في الوسائل عن علي بن جعفر عن اخيه ع قال سألت عمّا حسر عنه الماء من صيد البحر و هو ميت ا يحلّ اكله قال لا يؤكل و سألته عن صيد البحر يحسه فيموت في مصيده قال اذا كان محبوسا يحلّ فلا باس

### الرابع قال في س يحرم الطافي اذا علم انه مات في الماء

و لو علم كونه مات خارج الماء حلّ و لو اشتبه فالاقرب التّحريم و ما ذكره جيد

### منهل اذا اختلط الحي من السمك الذي يجوز اكله مع الميت الذي لا يجوز اكله

و اشتبهها بحيث لا- يمكن التّمييز فهل يجوز اكل الجميع او يجب الاجتناب عن الجميع اختلف الاصحاب في ذلك على قولين الاول انه يجوز اكل الجميع و هو للنافع و المحكى عن الشّيخ في التّهاييه و القاضي الثاني انه يحرم اكل الجميع و هو للشّرائع و التّحرير و التّقيح و ض و المحكى عن ابن ادريس للقول الاول وجوه منها ما ذكره في المهذب البارع من انّ الاصل يقتضى الاباحه و فيه نظر فان الشك هنا ليس في نفس الحكم بل في موضوعه فيجب الاحتياط من باب المقدمه و منها ما ذكره في المذهب البارع من عموم قوله تعالى اَحْلَلْ لَكُمْ صَيْدَ الْبَحْرِ وَ طَعَامَهُ و فيه نظر فانه قد خرج من هذا العموم الميت بل لم يكن داخلا فيه لظهور انّ الصّيد لا يطلق على الميت و كل واحد من السّمكتين او السموك لا يعلم كونه من افراد العام او من الخارج منه فلا- يجوز التمسك به ح كما لا- يخفى لا يقال الخارج من العام ما علم كونه ميته لا الاعم منه لأننا نقول هذا بط لان ما دلّ على حرمة الميت و الطافي لا- يختص بما علم كونه ميته بل يشمل المجهول أيضا كما لا يخفى و منها ما ذكره في المهذب البارع و التّقيح من خبر حماد بن عثمان عن الحلبي قال سألته عن الحفيره من القصب يحفر في الماء للحيثان فيدخل فيها الحيثان فيموت فيها بعضها قال لا باس به ان تلك الحفره انما جعلت ليصطاد فيها و فيه نظر و منها ما ذكره في المهذب البارع و التّقيح من خبر مسعده بن صدقه عن ابي عبد الله ع قال سمعت ابي يقول اذا ضرب صاحب الشبكه بالشبكه فما اصاب فيها من حيّ او ميت فهو حلال و فيه نظر و منها ما ذكره في التّقيح من خبر محمّد بن مسلم الذي وصفه بالصّحه عن الصادق ع في رجل نصب



شبكة في الماء ثم يرجع الى بيته و تركها فاتاها بعد ذلك و قد وقع فيها سمك متشابه فقال ما عملت يده فلا باس باكل ما وقع فيها و منها ما ذكره في المهذب البارع أيضا من خير عبد الله بن سنان عن ابي عبد الله قال كل شىء يكون فيه حلال و حرام فهو لك حلال و قوله ع ما اختلط الحلال و الحرام الا و غلب الحلال الحرام ابدأ حتى تعرف الحرام منه بعينه فتدعه و يعضد ما ذكره قول لك يدل عليه الاخبار الصحيحة و للقول الثانى وجوه أيضا منها ما تمسك به فى التنقيح و اشار اليه فى لك و المهذب البارع من ان اجتناب الميت منها واجب و لا يتم الا باجتناب الجميع و ما لا يتم الواجب الا به يكون واجبا و فيه نظر و منها ما ذكره فى المهذب البارع من ان الاصل تحريم الحيوان حتى يعلم ذكاته و العلم مفقود هنا و فيه نظر و منها ما ذكره فى المهذب البارع أيضا من قوله ع ما اجتمع الحلال و الحرام الا و غلب الحرام الحلال و منها ما ذكره فى التنقيح من خير عبد الرحمن قال امرت رجلا يسأل ابا عبد الله ع عن رجل صاد سمكا و هن احياء ثم أخرجهن بعد ما مات بعضهن قال ما مات لا تاكله فانه مات فيما فيه حياته ثم اجاب عن الروايات الدالة على الحل قائلا و يحمل روايات الحل على حصول الموت بعد الاخراج من الماء قبل الجعل فى الشبكة و اما الشيخ فحمل روايات الحل على عدم التمييز و روات الحرمة على تقدير التمييز و فيه ضعف لأن الحرام بالاشتباه لا يصير حلالا خصوصا مع كونه محصورا كما اذا اشتبهت محرم بعدد محصور و فيما ذكره نظر و المسألة محل اشكال فلا- ينبغى فيها ترك الاحتياط بترك الجميع كما صرح به فى فع بل الحكم بلزومه فى غايه القوه حيث يكون المشتبه محصورا و اما مع عدمه فالظاهر ان ارباب القول الثانى يذهبون الى هذا التفصيل و يظهر من لك كونه مشهورا فانه قال و الأشهر تحريم الجميع اذا كان محصورا

### منهل لا اشكال و لا شبهه فى ان بيض السمك المحلل حلال يجوز اكله

#### اشاره

و هل بيض السمك المحرم حرام لا- يجوز اكله او حلال يجوز اكله على قولين الاول انه حرام هو بيع و فع و الغنيه و التبصره و التحرير و عد و د و س و عه و ضه بل صرح فى لك و الكفايه بأنه المشهور و يعضد ما ذكره قول الرضا بيض السمك المحرم حرام مثله كما ان بيض المحلل منه حلال بلا خلاف فيه فى الجملة الا من الحلّى فحكم بالحل مط الثانى انه حلال و هو للكفايه و المحكى عن الحلّى و لف للأولين وجوه منها ما تبّه عليه فى مجمع الفائده بقوله لعل قليله انه كالجزة و الحاصل منه فيكون تابعا فت و يعضد ما ذكره ما تبّه عليه فى ض قائلا- و يعضد ما ذكره الاصحاب من تبعيه البيض و اللبن للحيوان انهما كالجزة منه فى الحلّ و الحرمة و تتبع النصوص فى الموارد الجزئية الحاكمة بالتبعيه مثل ما ورد فى تحريم بيض الغراب و الطاوس و حلّ بيض الدجاج و حرمة لبن الحيوانات الجلاله و حلّ لبن الاتن و نحوه مما لم يكن بهذه الصّفه الى غير ذلك من الموارد الكثيره مضافا الى بعض المؤيدّات الاخر الآتى فى بحث حرمة اكل بيض ما لا يؤكل لحمه فلا شبهه فى المسألة و منها ما ذكره فى مجمع الفائده أيضا قائلا و يدل عليه أيضا روايه ابن فضال عن بعض اصحابنا عن ابن ابي يعفور قال قلت لأبى عبد الله ع انّ الدجاجه تكون فى المنزل و ليس معها الديكه تعتلف من الكناسه و غيره و تبيض بلا ان يركبها الديكه فما تقول فى اكل ذلك قال فقال انّ البيض اذا كان ممّا يؤكل لحمه لا باس باكله فهو حلال لا يقال ما ذكره من الروايه ضعيف السند فلا يجوز الاعتماد عليه فى اثبات حكم مخالف للأصل لأننا نقول ضعف السند هنا غير قادح لانجاره بالشهره العظيمه التى لا يبعد معها دعوى شذوذ المخالف و قد تبّه على ما ذكرناه فى مجمع الفائده بقوله بعد ما حكينا عنه سابقا و لا يضر ضعف السند فت و قد نبّه على ما ذكره فى الرضا قائلا الروايه منجره بالشهره العظيمه التى كادت تكون اجماعا بل لعلها اجماع فى الحقيقه سيما

المدعى لأننا نقول هى تدل عليه بمفهوم الشرط المستفاد من لفظ اذا فإنه هنا متضمن للشرط و ان كان موضوعا لغه للتوقيت و مفهوم الشرط حجه على الأصح و قد حققناه فى كتبنا الاصوليه كالمفاتيح و الوسائل و شرح التهذيب و لا يقال غايه ما يستفاد من المفهوم ثبوت الباس فى مورده و هو اعم من الحرمة لأننا نقول ما ذكر مدفوع بما تبه عليه فى الرياض بقوله و المناقشه فيها باعتميه الباس المفهوم من الحرمة مدفوعه بان الباس و ان كان اعم من الحرمة إلا أنها مراده بقريته ظ سياق السؤال و الجواب فى الروايه سيما بعد ضم قوله و هو حلال فإنه جزاء الشرط أيضا فيكون المفهوم مع عدم الشرط فيه باس و ليس بحلال فهو نص فى المطلوب و منها الخبر الذى احتج به على المدعى فى الرياض كالخبر السابق و صرح فيه بأنهما مرويان فى الكافى فى كتاب الأطمعه فى باب بيض الدجاج و فيه كل شىء لحمه حلال فجميع ما كان منه من لبن او بيض او انفحه فكل ذلك حلال طيب الخبر و صرح فى الرياض بان ضعف سنده منجر بالشهره كالخبر السابق لا يقال هذا الخبر لا دلالة له على المدعى الا على تقدير حجته مفهوم الضيفه و هى خلاف التحقيق لأننا نقول ما ذكر مدفوع بما تبه عليه فى الرياض قائلا و المناقشه فيه يكون المفهوم فيه مفهوم صفه لعله محل مناقشه بل الظاهر كونه مفهوم قيد هو عند الكل حجه و فيما ذكره نظر بل التحقيق ان هذا الخبر لا دلالة له على المدعى كما لا يخفى و للآخرين أولا ما حكاه فى ذلك عن الحلّى قائلا و انكر التحريم ابن ادريس و راسا و قال لا دليل عليه من كتاب و لا سنه و لا اجماع و لا خلاف فى ان جميع ما فى بطن السمكه طاهر و لو كان ذلك صحيحا لما حلت الصحناء و قد يجاب عما ذكره بالمنع من فقد الدليل على التحريم بل هو موجود و قد تقدم اليه الاشاره و كون ما فى بطن السمك طاهرا لا يستلزم كونه حلالا اذ كثير من الاشياء الطاهره لا يحل اكلها و ثانيا ما حكاه فى لك عن لف قائلا بعد ما حكاه عن الحلّى و وافقه فى لف مستدلا بعموم قوله تعالى **أَحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ الْبَحْرِ وَ طَعَامُهُ** قال و لم يبلغنا فى الأحاديث المعول عليها ما ينافى هذا العموم و قد تمسك به فى الكفايه على المدعى أيضا و قد يجاب عن هذا الوجه أولا بما تبه عليه فى الرياض قائلا بعد الاشاره الى العموم المذكور لا عموم فيه ينفع محل البحث و لانصراف القيد و الطعام فيه الى نفس السمك لا ما فى جوفه مع عدم معلوميه اطلاق الصييد عليه بخصوصه حقيقه بل و لا مجازا فت و ثانيا بان العموم المذكور على تقدير شموله لمحل البحث يجب تخصيصه بغيره بادله القول الاول فانها اقوى منه فاذن هو المعتمد و

### ينبغى التنبيه على امور

#### الاول لا فرق فى جواز اكل بيض السمك الحلال و عدم جواز اكل بيض السمك الحرام

بين ان يكون خشنا او املس كما هو ظ اطلاق المعظم و فصل بينهما فى عه قائلا و يؤكل من بيض السمك ما كان خشنا و يجتنب منه الاملس و المنماع و قد ينزل اطلاقها على صورته الاشتباه و إلا فهو ضعيف جدا

#### الثانى اذا اشتبه بيض السمك فلم يعلم كونه من الحلال او من الحرام

صرح في يع و فع و التحرير و التبصره و عد و د و س و عه و ضه بانه يحل منه ما كان خشنا و يحرم ما كان املس و هو جيد و لهم اولا انه تبه في الرياض على دعوى الاتفاق على ذلك قائلا لا خلاف فيه يظهر الا في تخصيص التفصيل بالاشتباه فقد أطلق كثير بحل الاول و حرمه الثاني ثم قال و مستند اصل التفصيل غير واضح عدا الاتفاق بحسب الظاهر و قد يناقش فيما ذكره بما تبه عليه في س و لك و ضه و الكفايه بقولهم كثير من الاصحاب لم يقيدوا التفصيل بحال الاشتباه بل اطلقوا القول بان بيض السمك مط يؤكل منه الخشن و المنماع و فيما ذكروه نظر و ثانيا ما حكاه في الرياض عن بعض قائلا بعد ما حكينا عنه سابقا قيل و لعله يدل عليه تجربه و الروايه و لم اقف عليها و تجربه للقاصر غير حاصله فاذا العمده هو الاتفاق الظاهر و لولاه لكان الاحتياط عنه لازما و لو من باب المقدمه و ان كان الحل محتملا

### **الثالث هل يعتبر الظن في صورته الاشتباه و يدور الحكم مداره المعتمد**

هو الثاني لأصالة عدم حجتيته في موضوعات الاحكام و تبه في مجمع الفائده على اعتبار الظن في الجملة قائلا فان اشتبه المحلل بالمحرم مثل بيض السمك الحلال ذى الفليس بغيره يحل الخشن منه فيؤكل دون اللين و لعله تدل عليه تجربه و الروايه كأنهم ره جربوا حتى حكموا بذلك فان افاد ذلك العلم او الظن المعبر و الا فلا ينبغي اكله و ان دل على الحل الاصل و العمومات و حصر المحرمات و خبر تغليب الحلال و يدل على تغليب الحرام أيضا خبر و قد تقدا و يمكن الجمع بالاباحه و الكراهه او التقيه ان كانت او بالحصر و غيره كما ذكره فت

### **الرابع الاشتباه بشهادة العدلين على الاقرب دون العدل**

و النساء و الاستفاضه الغير المفيده للعلم

### **الخامس قال في مجمع الفائده و نقل في س عن ابن ادريس و المصنف حل ما في جوف السمك مط**

للأصل و حل الصحناء بكسر الصياد و المد كأنهما نظرا الى ما قلنا و لكن الظاهر انه جزء من الحرام فيكون مثله و لا شك انه احوط

### **منهل اذا وجد الانسان سمكه على ساحل بحر او شاطئ نهر و لم يعلم ذكيه هي أم ميته فليلقها في الماء**

#### **اشاره**

فان طفت على ظهرها فهي ميته و ان طفت على وجهها فهي ذكيه كما صرح به في المقنعه و الانتصار و الغنيه و التحرير و قد صرح في الثاني بدعوى الاجماع قائلا و مما انفردت به الاماميه ان وجد سمكه على ساحل البحر او شاطئ نهر و لم يعلم هل هي ميته او ذكيه فيجب ان يلقها في الماء فان طفت على ظهرها فهي ميته و ان طفت على وجهها فهي ذكيه ثم نقل خلافا عن بعض العامه قائلا دليلنا الاجماع المتردد و ان شئت ان تبني هذه المسأله على بعض المسائل المتقدمه لها و ان احدا من المسلمين ما

فرق بين الامرين و ربما يعضد ما ذكره قول الغنيه و يعتبر السمك بطرحه فى الماء فان رسب فهو ذكى و ان طفا فهو ميته بدليل  
الاجماع على الماضى ذكره و

### ينبغى التنبيه على امرين

#### الأول لا فرق فى الماء الذى يلقى فيه هذا المشته بين ان يكون فرانا عذبا او مالحا

و لا- بين ان يكون قليلا- او كثيرا و لا- بين ان يكون جاريا او راكدا و لا- بين ان يكون ماء غيث او ماء حوض او غدیر او بئر و  
بالجملة الماء المطلق يكفى مط

#### الثانى هل يعتبر فى الطافى هذا الاعتبار حيث يحصل فيه الاشتباه المذكور او لا

نبه على الاول فى الانتصار قائلا بعد ما حكينا عنه سابقا و يجب على هذا الاعتبار ان يقول اصحابنا فى السمك الطافى على الماء  
انه ليس بمحرم على الاطلاق بل يعتبر بما ذكرناه فان وجد طافيا على ظهره او وجهه عملوا بحسب ذلك دليلنا الاجماع المتردد  
و ان شئت اه و فيما ذكره نظر و المسأله لا يخ عن الاشكال

ص: ٦٢٦

فلا ينبغى فيها ترك الاحتياط بل الاحتمال الثانى فى غايه القوه لإطلاق التصوص و الفتاوى الداله على لزوم الاجتناب عن الطافى  
فت

#### منهل يحل و يؤكل من الحيوانات البريه الوحشيه البقره و الكباش الجبلية و الحمير و الغزلان و اليحامير

كما صرح به فى يع و فع و التحرير و عد و د و التبصره و س و عه و لك و ضه و مجمع الفائده و الكفايه و الرياض و لهم وجوه  
منها ظهور الاتفاق عليه و منها انه صرح فى لك بنفى الخلاف فى ذلك قائلا لا خلاف بين المسلمين فى حل الخمسه المذكوره  
و انما الكلام فى غيرها و يعضد ما ذكره قول الرياض و يحل من البهيمة الوحشيه البقره و الكباش الجبلية و الحمر و الغزلان و  
اليحامير بلا- خلاف بين المسلمين كما فى صريح لك و ظ غيره من الجماعه و هو الحجّه و منها ما احتج به فى الرياض من  
اصالتي البراءه و الاباحه و منها ما تمسك به فى الرياض أيضا من عمومات الكتاب و السنه و يعضد ما ذكره قول مجمع الفائده  
دليل حلها هو العقل و النقل الذى اشرنا اليه عموما و ما وجدت نصا خاصا دالا على جميع ما ذكر و منها ما استدلل به فى الرياض  
من الخبر الذى وصفه فيه بالموثقيه عن رجل رمى حمار وحش او ظبيا فاصابه ثم كان فى طلبه الى ان قال فقال ع ان علم انه  
اصابه و ان سهمه هو الذى قتله فليأكل و الا فلا يأكل و منها ما نبه عليه فيه أيضا بقوله و فى الخبر نهى رسول الله ص عن لحم  
الحمير الاهليه و ليس بالوحشيه باس

#### منهل هل يكره الحمر الوحشيه كالأهليه او لا

فيه قولان احدهما انه يكره اكلها وقد صرح به في التحرير و و صرح في الرياض بانه محكى عن الحلّى و لهما اولا قاعده التسامح في ادله الكراهه و ثانيا ما تبه عليه في الرياض من اطلاق النهى عن الحمر و ثالثا ما تبه عليه فيه أيضا قائلا بعد الاشاره الى مصير الحلّى و التحرير الى هذا القول و لم اقف على مستندهما نعم في س في مكاتبه ابى الحسن ع في لحم حمر الوحش ان تركه افضل و لعلها مراد صاحب الكفايه بقوله و في بعض الروايات لحم حمير الوحش تركه افضل و دلالتها على الكراهه و ثانيهما انه لا يكره اكلها و هو ظاهر المعظم و صرح به في الرياض قائلا و لا يبعد عدم الكراهه للأصل و اختصاص ما دلّ على النهى عنها بحكم التبادر و تقيدها في كثير مما تضمّنه بالاهليه بها دون الوحشيه و فيما ذكره نظر بل الاقرب هو القول الاول

### منهل الحيوانات المحرمه و التي لا يجوز اكلها غير الطيور كثيره

منها الاسد و قد صرح بتحريمه في يع و فع و عد و يح و د و س و عه و لك و ضه و مجمع الفائده و الكفايه و بالجمله الظاهر انه ممّا لا خلاف فيه و منها الفهد و النمر و قد صرح بتحريمهما فيما عدا النافع من الكتب المتقدمه بل الظاهر مما لا خلاف فيه و منها الذئب و قد صرح بتحريمه في يع و عد و التحرير و د و س و لك و مجمع الفائده و الكفايه بل الظاهر ممّا لا خلاف فيه و منها الثعلب و قد صرح بتحريمه في المقنعه و الانتصار و الغنيه و فع و يع و التحرير و التبصره و د و عد و س و لك و مجمع الفائده و الكفايه و منها الضبع و قد صرح بتحريمه في الغنيه و يع و التحرير و س و عه و لك و ضه و الكفايه بل الظاهر انه ممّا لا خلاف فيه و منها ابن آوى و قد صرح بتحريمه في يع و عد و التحرير و د و عه و لك و ضه و مجمع الفائده بل الظاهر انه ممّا لا خلاف فيه و منها الارنب و قد صرح بتحريمه في المقنعه و الانتصار و الغنيه و يع و فع و التبصره و د و التحرير و عد و س و لك و مجمع الفائده و الرياض و منها الضب و قد صرح بتحريمه في المقنعه و الانتصار و الغنيه و يع و فع و عد و التحرير و التبصره و د و س و عه و ضه و لك و الرياض بل الظاهر انه ممّا لا خلاف فيه و منها القرد و قد صرح بتحريمها في الغنيه و التحرير و لك و منها الفيل و قد صرح بتحريمه في الغنيه و التحرير و منها السنور و قد صرح بتحريمه في مجمع الفائده و الكفايه و منها ابن عرس و قد صرح بتحريمه في عد و س و منها اليربوع و قد صرح بتحريمه في الغنيه و يع و فع و التحرير و التبصره و د و عد و س و عه و ضه و الرياض و منها القنفذ و قد صرح بتحريمه في الغنيه و يع و فع و التحرير و عد و د و عه و س و ضه و الرياض و منها الدبّ و قد صرح بتحريمه في الغنيه و التحرير و منها الفاره و قد صرح بتحريمها في الغنيه و يع و فع و التحرير و عد و د و عه و س و ضه و الرياض و منها الدبّ و قد صرح بتحريمه في الغنيه و التحرير و منها الخنافس و قد صرح بتحريمها في يع و فع و التحرير و عد و د و س و عه و لك و ضه و الرياض و منها الحيه و قد صرح بتحريمها في يع و فع و عد و د و س و عه و لك و ضه و الرياض و منها العقرب و قد صرح بتحريمه في يع و التحرير و عد و د و س و عه و لك و ضه و الرياض و منها الجردان و قد صرح بتحريمها في يع و فع و التحرير و عد و د و س و لك و الرياض و منها الخنافس و قد صرح بتحريمها في يع و فع و التحرير و عد و د و س و عه و لك و ضه و الرياض و منها الصراصير و قد صرح بتحريمها في يع و فع و التحرير و عد و د و س و عه و لك و ضه و الرياض و منها بنات وردان و قد صرح بتحريمها في يع و فع و التحرير و عد و د و س و عه و لك و ضه و الرياض و منها القمل و قد صرح بتحريمه في يع و فع و التحرير و التبصره و عد و د و س و عه و لك و ضه و الرياض و منها الوبر و قد صرح بتحريمه في يع و التحرير و عد و د و س و عه و ضه و الرياض و منها الخزّ و قد صرح بتحريمه في يع و التحرير و د و عه و ضه و الرياض و منها السمور و السنجاب و الغطاء و اللحكه و قد صرح بتحريمها في يع و عد و د و س و الرياض و صرح في التحرير و عه و ضه بتحريم الثلاثه الاول و زاد في الاخيرين فصرحا بتحريم الزّابع و منها النمل و قد صرح

بتحريمه فى عد و س و منها الديدان و الجعلان و قد صرّح بتحريمهما فى التّحرير و منها البق و قد صرّح بتحريمه فى التّبصره و منها النحل و قد صرّح بتحريمه فى س و منها غير ذلك و بالجمله السّباع سواء كان لها ناب او ظفر و المسوخ و الحشار كلّها محرّمه و قد صرّح بالأوّل فى يع و التّحرير و عد و د و س و مجمع الفائده و الكفايه و قد صرّح بالثانى فى التّحرير و الكفايه و قد صرّح بالثالث فى المقنعه و يع و فع و التّحرير و التّبصره و عد و د و س و عه و ضه و لك و الرّياض و لهم على حرّمه جميع ما ذكر و جوه منها ظهور الاتفاق على ذلك و منها ما تبّه عليه فى الانتصار من دعوى الاجماع على تحريم جملة ممّا ذكر قائلًا و ممّا انفردت به الاماميه تحريم اكل الثعلب و الارنب و الضبّ و خالف باقى الفقهاء فى ذلك الّما أنّه روى عن ابى حنيفه و اصحابه موافقتنا فى

ص: ٦٢٧

الثعلب خاصه و الّذى يدلّ على صحه ما ذهبنا اليه الاجماع المتردّد و ان شئت ان تبني هذه المسأله على مسئله تحريم صيد البازى و ما اشبهه من جوارح الطير فقلت كل من حرّم صيد جوارح الطير حرّم ما عداه و التفرقه بين الأمرين خلاف الاجماع و يعضد ما ذكره أوّلا قول الغنيه فى مقام يحرم حشرات الارض بدليل الاجماع المشار اليه و طريقه الاحتياط و قولها أيضا فى مقام اخر يحرم اكل الثعلب و الارنب و الضبع و اليربوع و القنفذ و الفار و القرذ و الدبّ و الفيل و كلّ ذى ناب و مخلب من السّباع كلّ ذلك بدليل اجماع الطائفه و طريقه الاحتياط و ثانيا قول لك بعد قول يع و يحرم الارنب و الضب و الحشار كلّها كالحيه و الفاره و العقرب و الجردان و الخنافس و الصّراصر و بنات وردان و البراغيث و القمل تحريم هذه الاشياء كلّها عندنا موضع وفاق و ثالثا قول مجمع الفائده و امّا دليل تحريم الكلب و الخنزير فهو النصّ و الاجماع و امّا الحشرات و ما ذكرت من البهائم فما نعرف دليلا على تحريمها غير أنّها مذكوره فلعلّه اجماعى و رابعا قول الكفايه لا اعرف خلافا بين الاصحاب فى تحريم كلّ سبع سواء كان له ناب او ظفر كالأسد و النمر و الفهد و الذئب و السّينور و الثعلب و الضبع و ابن آوى و لا اعرف خلافا أيضا فى تحريم المسوخ و المعروف المذكور فى الكتب تحريم الارنب و الضب و الحشار كلّها كالحيه و العقرب و الفاره و الجردان و الخنافس و صراصر و بنات وردان و البراغيث و القمل و اليربوع و القنفذ و الوبر و الفنك و السمور و السنجاب و الغطاءه و اقامه الدليل على الكل لا يخ عن اشكال و خامسا قول الرّياض و يحرم من البهائم كلّما له ناب اى ضررس و ضابطه ما يفترس و يعدو به على الحيوان قويّا كان كالأسد و النمر او ضعيفا كالثعلب و ابن آوى بلا خلاف بل عليه اجماع الاماميه فى الخلاف و الغنيه و غيرهما من كتب الجماعه و هو الحججه المخصّيه لأصالتى البراءه و الاباحه و اطلاق الكتاب و السنه و كذا يحرم الارنب و الضب و الوبر و الخزّ و الفنك و السمور و السنجاب و الغطاءه و اللحكه و الحشار كلّها كالفأره و القنفذ و العقرب و الحيه و الخنافس و الصّراصر و بنات وردان و البراغيث و القمل بلا خلاف فى شىء من ذلك بل عليه اجماع فى الكتب المتقدّمه و هو الحججه و منها ما تبّه عليه فى الغنيه من طريقه الاحتياط و منها ما تبّه عليه فى لك بقوله لأنّ الحشار كلّها مستخبثه و فيها ما نص على تحريمه بخصوصه فعلى ما ذكره يندرج الحشار تحت عموم ما دلّ على حرّمه الخبائث كقوله تعالى وَ يُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثَ و منها ما تبّه عليه فى لك أيضا بقوله و من الحشار ما هى ذات سموم و اثر و يحرم لما فيها من الضرر و منها عموم ما دلّ على تحريم الميته فت و منها ما دلّ على حرّمه اكل النّجس فان بعض ما ذكر من الاعيان النّجسه و منها ما تبّه عليه فى الغنيه و الرّياض من التّبوى المرسل كلّ ذى ناب من السّباع حرام و منها ما تبّه عليه فى الغنيه أيضا من التّبوى الاخر المرسل نهى ص عن اكل كلّ ذى ناب من السّباع و كلّ ذى مخلب من الطير و صرّح فى الرّياض باشتهاره و منها ما تبّه عليه فى الرّياض بقوله و

فى الموثق بانه ص حرم كل ذى مخلب من الطير و كل ذى ناب من الوحش و السبع كله حرام و ان كان سبع لا ناب له و منها ما تبه عليه فى الانتصار و الغنيه من المرسل ان رسول الله ص اتى اصحابه و قد نزلوا بارض كثيره الطباب و هم يطبخون فقال ص ما هذا فقالوا ظبيات اصبناها فقال ص ان امه بنى اسرائيل مسخت دوابا فى هذه الارض و انى اخشى ان يكونوا هذه فاكفوا القدور و منها خبر ابن ابى يعفور قال سألت ابا عبد الله ع عن اكل لحم الخز قال كلب الماء ان كان له ناب فلا تقربه و الا فاقربه و منها خبر زكريا بن آدم قال سألت ابا الحسن ع فقلت ان اصحابنا يصطادون الخز فاكل من لحمه قال ان كان له ناب فلا تاكله قال ثم مكث ساعه فلما هممت بالقيام قال اما انت فانى اكره لك اكله فلا تاكله و منها خبر ابى

حمزه قال سال ابو خالد الكابلى على بن الحسين ع عن اكل لحم السنجاب و الفنك و الصيلاه فيهما فقال ابو خالد السنجاب يأوى الاشجار قال فقال ان كان له سبله كسبله السنور و الفار فلا يؤكل لحمه و لا يجوز الصلاه فيه ثم قال انا فلا اكله و لا احرمه و منها ما تبه عليه فى الرياض بقوله فى الموثق حرم الله و رسوله ص المسوخ جميعا و منها ما تبه عليه فى مجمع الفائده دليل تحريم السبع النص مثل حسنه الحلبي عن ابى عبد الله ع قال ان رسول الله ص قال كل ذى ناب من السباع و مخلب من الطير حرام و قال لا تاكل من السباع شيئا و منها ما تبه عليه فى مجمع الفائده من خبر داود بن فرقد الذى وصفه فيه بالحسن و صرح بانه صحيحه عن ابى عبد الله ع قال كل ذى ناب من السباع و مخلب من الطير حرام و منها ما تبه عليه فى الرياض بقوله فى احد الخبرين ا يحل اكل الفيل فقال لا فقلت لم قال لأنه مثله و قد حرم الله الامساخ و لحم ما مثل به فى صورها و فى الثانى عن لحم الكلب فقال هو مسخ قلت هو حرام قال هو نجس ثم اجاب فيه عن الاخبار المعارضه لما ذكر قائلنا و اما الصحاح الداله على حل ما لم يحرمه القرآن على كراهه فى بعضها فهى شاذه لا عمل عليها مطرحه او محموله فت و ما ذكره شيخ الطائفه من حمل التحريم المنفى فيها على التحريم المغلظ الشديد الخطر و هو ما اقتضاه ظ القران ما يؤكل

## منهل يحرم من الطيور ما كان ذا مخلاب

### اشاره

كما صرح به فى الغنيه و يع و فع و التحرير و عد و د و التبصره و س و عه و ضه و لك و مجمع الفائده و الكفايه و الرياض و لهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه و منها انه تبه فى لك على دعوى الاتفاق عليه قائلنا قد تقدم ما يدل على تحريم ما كان له مخلاب كتحریم ذى الناب و هو عندنا موضع وفاق و يعضد ما ذكره اولاً قول الكفايه لا اعرف خلافا بين الاصحاب فى تحريم ما كان ذا مخلب قوى به على الطائر كالبازى و الصقر و العقاب و الشاهين و الباشق او ضعيفا كالنسر و الرخمه و البغاث و حجتهم ما دل على تحريم ذى الناب و المخلب و ثانيا قول الرياض الحرام ما كان سبعا ذا مخلب اى ظفر يفترس به و يعدو به على الطير قويا كالبازى و الصقر و العقاب و الشاهين و الباشق او ضعيفا كالنسر و البغاث بلا خلاف بل عليه الاجماع فى الخلاف و الغنيه و غيرهما و منها ما تبه عليه فى الرياض قائلنا و فى النبوى المشهور عن اكل كل ذى ناب من السباع و مخلب من الطير و فيه كل ذى ناب من السباع و مخلب من الطير حرام و منها ما تبه عليه فى أيضا قائلنا و فى الموثق أنه ع حرم كل ذى مخلب من الطير و كل ذى ناب من الوحش و السبع كله حرام و ان كان لا ناب له و

### ينبغى التنبيه على امور

قويا على الطائر او ضعيفا كما صرح به في يع و التحرير و عد و الكفايه بل الظاهر أنه ممّا لا خلاف فيه

### التّاني صرح في الرياض بأنّ المخلب الظفر الذي يفترس و يعدو به على الطير

و يعضد ما ذكره قول لك المخلاب بكسر الميم هو الظفر من الطير

### الثالث عدّ من محل البحث اقسام من الطير

منها البازي و قد صرح بهذا في يع و فع و التحرير و التّبصره و عد و د و س و عه و ضه و مجمع الفائده و الكفايه و الرياض و منها الصقر و قد صرح بهذا في يع و التحرير و عد و د و س و عه و ضه و مجمع الفائده و الكفايه و الرياض و منها العقاب و قد صرح بهذا في يع و التحرير و عد و د و س و مجمع الفائده و الكفايه و الرياض و منها الشاهين و قد صرح بهذا في يع و التحرير و عد و د و س و عه و ضه و مجمع الفائده و الكفايه و الرياض و منها الباشق و قد صرح بهذا في يع و التحرير و د و س و عه و ضه و مجمع الفائده و منها النسر و قد صرح بهذا في يع و التحرير و عد و د و س و مجمع الفائده و الرياض و منها الرّخمه و قد صرح بهذا في يع و فع و التحرير و عد و د و التّبصره و س و عه و ضه و مجمع الفائده و الكفايه و منها البغاث و قد صرح بهذا في يع و ع د و التحرير و د و س و عه و مجمع الفائده و الكفايه و الرياض و منها الحداه و قد صرح بهذا في التحرير و قد فصّل في جملة من الكتب المتقدمه بين القوى و الضعيف من ذلك ففي يع و عد و التحرير و س و الكفايه و الرياض الحرام من الطير ما كان ذا مخلب قويا به على الطائر كالبازي و الصقر و العقاب و الشاهين و الباشق او ضعيفا كالنسر و الرّخمه و البغاث

### منهل اختلف الاصحاب في حرمه الغراب و حليته على اقوال

#### اشاره

الأول أنه حرام مط و هو للتّنقيح و ضه و الرياض و المحكى عن الخلاف و ط و لف و فخر المحققين و لهم وجوه منها أنّ الشيخ في الخلاف ادعى الاجماع على حرمه ذلك بقول مطلق و الاجماع المنقول بخبر الواحد حجه و يعضده أوّلا أنه حكى في الرياض عن ظ المبسوط دعوى الاجماع على ذلك أيضا و ثانيا ما نثبه عليه في الرياض بعد الاشارة الى ما في ط و ف و هو حجه اخرى مستقلة معتضده في الجملة بما يظهر من ظ التحرير و قريب منه الارشاد و عه من عدم الخلاف في تحريم الزاغ بل يظهر من الأوّلين كون ما عداه باقسامه من السباع و نحوها الحليّ و منها خبر عليّ بن جعفر الذي وصفه في لف و التّنقيح و غايه المراد و س و المهذب البارع و ضه و لك و مجمع الفائده و الكشف و الرياض عن اخيه موسى ع قال سألته عن الغراب الاسود



و الابقع ا يحل اكله فقال لا يحل اكله فقال لا يحل من الغربان زاع و لا غيره و صرح في لك و مجمع الفائدة بأنه نص في الباب و زاد في الاول قائلا و صحته متفق عليه و منها ان المفروض في محل البحث من جمله الخبائث فيكون حراما اما الاول فلما ذكره في غايه المراد و المهذب البارع قائلا روى عن النبي ص اتى بغراب فسماه فاسقا و قال و الله ما هو الطيبات و اما الثاني فلعموم قوله تعالى وَ يُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثَ الثاني انه حلال مط لكن مع الكراهه و هو للشرائع و فع و التبصره و مجمع الفائدة و الكفايه و المحكى عن الشيخ في النهايه و كتابى الاخبار و القاضى و لهم وجوه منها ما ذكره في مجمع الفائدة و الرياض من اصالتى البراءه و الاباحه و العمومات و حصر المحرمات في الكتاب في غير ما ذكر و فيه نظر لاندفاع الجميع بالحجج المتقدمه فانها اقوى مما ذكره كما اشار اليه في الرياض و منها ما تمسك به في الكفايه من خبر زراره عن احدهما ع قال ان اكل الغراب ليس بحرام انما الحرام ما حرم الله في كتابه و لكن الانفس تتنزه عن كثير من ذلك و قد وصفه بالصيحه كما في مجمع الفائدة قائلا لعلها صحيحه و لا يضر ابان بن عثمان و فيه نظر اما اولاً فللمنع من صحه الروايه بل الظاهر عدمها كما صرح به في التنقيح قائلا و روايه زراره ضعيفه السند خصوصا مع مخالفتها لما عليه الاصحاب من تحريم اشياء ليست في الكتاب و يعضد ما ذكره اولاً قول لك و في طريق الروايه ابان و هو مشترك بين جماعه منهم ابان بن عثمان و الاظهر انه و ان كان ناووسيا الا ان العصابه اجمعت على تصحيح ما يصح عنه و هذا مما صح سنده عنه و ثانيا قول غايه المراد و اجاب المص بمنع صحه سند حديث زراره و قد يناقش فيما ذكره بان الروايه و ان لم تكن صحيحه لكن باعتبار كونها موثقه و الموثق حجه على المختار و قد يجاب بان المقصود من منع صحه الروايه بيان عدم صلاحيتها لمعارضه صحيحه على بن جعفر المتقدمه فت و اما ثانيا فلما ذكره في التنقيح من مخالفتها لما عليه الاصحاب و فيه نظر و اما ثالثا فلمعارضتها بصحيحه على بن جعفر المتقدمه و من الظاهر ان هذه الصحيحه اولى بالترجيح اما اولاً فلصحتها و اما ثانيا فلاعتمادها بالإجماع المنقول و اما ثالثا فلاعتمادها بعموم ما دل على حرمة الخبائث و اما رابعا فلاعتمادها بعموم ما دل على حرمة السباع مط و قد يقال يجب الجمع بين هاتين الروايتين بالكراهه و ذلك لأن الصيحه صريحه في المرجوحه و ظاهره في الحرمة و روايه زراره صريحه في الجواز فيلزم دفع ظاهر الصيحه به هذا فيلزم الكراهه و لذا قال في لك المصنف قال بكراهه الجميع جمعا بين الادله و ربما يشير الى هذا ما اجاب به الشيخ عن الصيحه المذكوره على ما ذكره في لك قائلا- حجه المحرمين مط صحيحه على بن جعفر و اجاب عنه الشيخ في كتابى الحديث بان المراد انه لا- يحل حلالا مط و انما يحل مع ضرب من الكراهه و حاول بذلك الجمع بين الخبرين ثم نقل عن بعض الاصحاب الاعتراض عليه قائلا اعترض باستلزامه الاضمار المخالف للأصل و لا ضروره الى الجمع لأن هذا اصح فيكون مرجحا مع انا نمنع صحه الاول و الاجمال المذكور و يحمل الخبر الاول على نفي التحريم المستند الى كتاب الله كما يظهر فلا ينافى تحريمه بالسنة

و فيما ذكره من الاعتراض نظر و يؤيد ما ذكرناه ما ذكره في مجمع الفائدة قائلا- و بالجمله ترجيح الاصل و ظ القران و العمومات مع تعارض الخصوصات غير بعيد مع الجمع بين الادله و ما تقدم من تقديم الحل مع الاشتباه ما لم يعلم انه حرام في صحيحه عبد الله بن سنان و ان كان الاجتناب احوط و اما ما اشار اليه في الرياض بقوله يلزم الخروج عن الاصلين بالصيحه صحيحه المعتضده بالمعاضدات القويه و فساد الجمع من وجوه عديده لقصور الروايه عن المقاومه للصيحه سنداً و متناً لتضمنه الحكم بحل كل ما لم يحرمه القرآن الفاسد اجماعا فهي شاذه لا- يعول عليها سيما مع احتمالها الحمل على التقيه كما ذكره بعض اصحابنا ضعيف بعد ثبوت حجه الروايه المحلله و ان كانت غير صحيحه و ثبوت اصرحيتها بالنسبه الى الصحيحه كما لا

يخفى و اعتضادها بالاصل و العمومات و منها خبر غياث بن ابراهيم عن الصادق ع أنه مكروه اكل الغراب لأنه فاسق و اورد عليه فى الرياض قائلًا- و الموثقه و ان تضمنت لفظ الكراهه ألما أنه اعم من المعنى المصطلح عليه الاين و الحرمة فهو من الألفاظ المجمله التي يرجع فى معرفه معانيها الى القرينه و الصّححه المصرحه بالحرمة اقوى قرينه سيّما مع اعتضادها بروايات اخرى ما بين صريحه فيها و ظاهره فالاول ما تضمن انّ النبى ص اتى بغراب فسّماه فاسقا قال و الله ما هو من الطّيّبات و منها ما دل على النهى عن اكل بيضه لما مر و لما سيأتى من تبعيته بين الحيوان و لئنه فى حرمة او كراهه فاذا الاقوى القول بالتحريم مط و فيما ذكره نظر فان الظاهر انّ لفظ الكراهه فى زمان الصادقين ع حقيقه فيما هو الان حقيقه فيه فاذا لا يتجه ما ذكره نعم يمكن منع نهوض هذه الروايه حجّه على المدعى لوجوه اخر احدها انّ هذه الروايه مرجوحه بالنسبه الى صحيحه على بن جعفر فانّ هذه الصّححه اصرح دلالة من هذه الروايه كما لا يخفى فيجب تقديم الصّححه عليها و لئن تنزلنا و سلّمنا مساواتهما دلالة فيجب أيضا تقديم الصّححه لان وجوه الترجيح معها و ثانيها انّ هذه الروايه ضعيفه السند عند جماعه فلا يكون حجّه على هذا التقدير و ثالثها انّ هذه الروايه على تقدير صلاحيتها للحجّه لا تصلح لمعارضه الاجماع المنقول المتقدّم فانّ اقوى منها سندا و دلالة بل لا يصلح لمعارضه روايه زراره المتقدّمه مع صراحتها فى نفى الحرمة و الوجه فى ذلك واضح فيكون الحجّه على القول بالحرمة مط اقوى بل الامر كك و ان قطع النظر عن الاجماع المنقول لإمكان منع ارجحيه دلالة روايه زراره بالنسبه الى دلالة صحيحه على بن جعفر لان الظاهر عرفا تساويهما دلالة فيلزم ح ترجيح الصّححه لصحتها و اعتضادها بالاجماع المنقول و بالمخالفه للعامه كما يظهر من بعض و ببعض الاخبار المتقدّمه و بالشّهرة فى الجملة و بعدم اشتهاار الجواز قولًا- و فعلا مع توفر الدّواعى عليه خصوصا بالنسبه الى الفقراء و بالعمومات الحرمة للخبائث و للسّباع من الطّير و بخبر حسين بن يحيى الواسطى عن الرّضاع و قد سئل عن الغراب الايقع فقال انه لا يؤكل و من الظاهر انّ هذه الوجوه اولى من الموافقه للأصل و العمومات فت الثالث ما ذكره فى لك قائلًا بعد الاشاره الى القولين السّابقين و فضّل آخرون منهم الشّيخ فى ط عن الظاهر منه و ابن ادريس و العلامه فى احد قوله فحرّموا الاسود الكبير و الايقع و احلّوا الرّاع و الغداف و هو الاغبر الرّمد و اختار هذا التفصيل العدى حكاه عن هؤلاء الجماعه فى عه أيضا و حكاه فى س عن ط أيضا و تبّه على هذا التفصيل فى لك قائلًا و اما المفصلون فليس لهم عليه روايه بخصوصها و ان كان فى ظ قد ادعى ذلك و لا يتجه ان يكون فيه جمعا بين الاخبار لان كلا من الخبرين مصرح بالتعميم على وجه يدفع الاخر نعم يمكن الاحتجاج له بانّ الغرابين الاولين من الخبائث لأنّهما يأكلان الجيف و الاخرين من الطّيّبات لأنّهما يأكلان الحب و هذا اصحّ من فصل من العامه و ابن ادريس و استدللّ على تحريم الاولين بأنّهما من سباع الطّير بخلاف الاخرين لعدم الدّليل على تحريمهما فانّ الاخبار ليست على هذا الوجه حجه عنده الرّابع ما حكاه فى الرياض عن ابن ادريس قائلًا قال الحلى الغربان على اربعة اضرب ثلاثه منها لا يجوز اكل لحمها و هى الغداف الّذى يأكل الجيف و يفرس و يسكن الخرابات و هو الكبير من الغربان و كك الاغبر الكبير لأنّ يفرس و يصيد الدّراج فهو من جمله سباع الطّير و لذلك لا يجوز اكل لحم الايقع العدى يسمى العققق طويل الدّنب فامّا الرّابع و هو غراب الرّاع الصّغير من الغربان السود العدى يسمى الرّاع فان الاظهر من المذهب انه يؤكل لحمه على كراهه دون ان يكون لحمه محظورا و الى هذا يذهب شيخنا فى نهايته و ان كان ذهب الى خلافه فى مبسوطه و مسائل خلافه فانّه قال بتحريم الجميع و ذهب فى صا الى تحليل الجميع و الصّححه ما اخترناه لأنّ التحريم يحتاج الى دلالة شرعيه لان الاصل فى الاشياء الاباحه و لا اجماع على حظره و لا اخبار متواتره و لا كتاب الله تعالى و صار فى المذهب البارع الى قول ابن ادريس و المسأله قويه الاشكال فلا ينبغى فيها ترك الاحتياط بمراعات القول الاوّل بل هو فى غايه القوه

يستفاد من يع و التحرير و عد و الكفايه و المحكى عن ط و ثر ان الغراب على اربعة اصناف الزاغ و الغداف و الأبقع و الكبير الذى يسكن الجبال و لكن قال فى المهذب البارع حصر اقسام الغراب فى الأربعة هو المشهور فى كتب الفقهاء و قد شاهدناها خمسه الاوّل الزاغ و هو غراب الزرع الاسود الصيغ غير يأتى بلادنا أوّل الشتاء و يقيم حتى الربيع الثانى الاغبر الرمادى المسمى بالغداف فى المشهور و هو مقيم فى بلادنا دائما الثالث الأبقع و هو اكبر من الغداف يسيرا و اخفى بياضا منه و هو المسمى بالابقع و يسميه العامه البقع الزابع الأبقع شديد البياض بقدر الغداف طويل الذنب و هو المسمى بالعقق و هذه الثلاثه الأخيره مقيمه فى بلادنا دائما الخامس الكبير الاسود الذى يسكن الخربان و قد رايتة بارض سرمن رأى مجاورا فى بعض قباب المقابر فهذه خمسه شاهدناها و أطلق الاصحاب أنّها اربعة و لعلهم ارادوا بالابقع الاعم من العقق و مساويه لكن افترقا فى طول الذنب و صغر العقق فأنه بقدر الغداف او اصغر منه و قال أيضا بعد نقل عباره ابن ادريس المتقدمه قد خالف المشهور فى موضعين الاوّل فى تسميه الكبير السّيّاكن الخربان بالغداف مع وفاقه على وصفه بأنّه كبير اسود ساكن الجبال بالاغبر جعله كبيرا أيضا يفرس و يصيد الدراج و المشهور أنّ الاغبر و هو المسمى بالغداف و ليس كبيرا بل هو اصغر من الزاغ و اما الأبقع الذى أطلق الاصحاب فسماه بالعقق و شخصه بطويل الذنب و فى الكشف اما الغراب فيحرم منه الكبير الاسود الشديد الاسود الذى يسكن الجبال و يأكل الجيف و الأبقع لخبر ابى يحيى الواسطى سئل الرضاع عن الغراب الأبقع فقال انه لا يحل و من احل لك الاسود و لأنهما يأكلان الجيف فيستخبثان لأنهما من سباع الطير كما يقال و اما الزاغ و هو غراب الزرع و هو اسود صغير قد يكون محمر المنقار و الرجلين لطيف الشكل حسن المنظر و يقال له غراب الزيتون و فى عجائب المخلوقات أنّه الاسود الكبير و الغداف و هو اصغر منه اغبر اللون كالرماد كذا فى ط و ف و المحيط و المجل و المفصل و شمس العلوم انه الغراب الضخم و فى الصّحاح و الديوان و المغرب و غيرها أنّه غراب الغيظ قال فى المغرب و يكون ضخما و فى الجناحين و فى العين انه غراب الغيظ الضخم الوافى الجناحين و فى الاساس و السامى و المهذب و الخلاص أنّه غراب اسود و فى التحرير و ثر انه الكبير الاسود الذى يأكل الجيف و يفرس و يسكن الخربان و المراد هنا المعنى الاوّل لان فيه الخلاف

**منهل ما كان من الطير صفيه اكثر من دفيه**

**اشاره**

او لا يدف

ص: ٦٣٠

اصلا يكون حراما اما الاوّل فقد صرح به فى المقنعه و فع و يع و التبصره و التحرير و عد و د و س عه و ضه لك و مجمع الفائده و الكفايه و الكشف و الرياض و اما الثانى فقد صرح به فى المقنعه و هو يستفاد من الكتب المتقدمه بقاعده الاولويه و لهم على الامرين وجوه منها ظهور الاتفاق عليها و منها انه تبه على دعوى الاتفاق عليه فى الكفايه قائلا المعروف من مذهب الاصحاب أنّه يحرم من الطير ما كان صفيه اكثر من دفيه و لو تساويا او كان الدّيف اكثر لم يحرم و يعضد ما ذكره أولا قول الرياض يحرم من الطير مط بريّا كان او بحرّيّا ما كان صفيه اكثر من دفيه دون العكس و لا-خلاف فى شىء من ذلك اجده بل عليه الاجماع فى صريح كلام المقدّس الأردبيلى و ظ صاحب الكفايه و ثانيا قول الكشف يحرم كلّما لم يكن له ديف لو كان صفيه اكثر من دفيه و لو تساويا او كان الدّيف اكثر لم يحرم و الحكم قطع به الاصحاب و منها جمله من الاخبار احدها خبر

زراره أَلَدَى وصف بِالصَّيْحَةِ فى لِكْ و الكشف و مجمع الفائده و الرِّياض عن الباقر كل ما دف و لا تاكل ما صف و ثانيها خبر عبد الله بن ابي يعفور عن الصادق ع و هو مثل الصَّحِيْحَةِ السَّابِقَةِ على ما حكاها فى الكشف عن الفقيه و ثالثها ما ذكره فى مجمع الفائده و الكشف قائلين و فى حديث اخر ان كان الطير يصف و يدف و كان دفيغه اكثر من صفيغه اكل و ان كان صفيغه اكثر من دفيغه فلم يؤكل و رابعها خبر سماعه و كل ما صف و هو ذا مخلب فهو حرام و الصفيغ كما يطير البازى و الصقر و الحداه و ما اشبه ذلك و كلما دف فهو حلال و

**ينبغى التنبيه على امور**

**الاول اذا كان الدِّيف اكثر او مساويا للصِّيف**

فهو حلال كما صرح به فى عه و يع و التحرير و د و س و عه و ضه و لك و الكفايه و الكشف و الرِّياض قال فى الكفايه المتساوى غير مذكور فى الروايات لكن يدل على الحل الآيات و الاخبار

**الثانى الصِّيف هو ان يطير الطائر مبسوط الجناحين من غير ان يحركهما**

و الدِّيف ان يطير مبسوط الجناحين مع تحريكهما و قد صرح بذلك فى ضه و الرِّياض

**الثالث قال فى لك اطلاق النص و الفتوى باعتبار الامرين يقتضى كونها ضابطا فى الحد مستقلا**

يعمل به من غير نظر الى كونه مجهولا بخلاف ما سياتى من العلامات التلث فانها اعتبرت فى المجهول

**منهل الطير اذا لم يكن له قانصه و لا حوصله و لا صيصيه يكون حراما**

**اشاره**

و لا يحل اكله و اما اذا كان له احد الامور المذكوره فهو حلال اما الحرمة فى الصوره الاولى فقد صرح بها فى الغنيه و يع و فع و التحرير و التبصره و عد و د و س و عه و ضه و الكشف و الرِّياض و لهم وجوه منها ظهور الاتفاق على ذلك و منها انه نبه على دعوى الاجماع عليه فى الغنيه قائلا تحريم ما لا حوصله له و لا قانصه بدليل اجماع الطائفة و طريقه الاحتياط و يعضد ما ذكره اولا- قول الكشف يحرم بالاتفاق كما يظهر ما ليس له قانصه و لا حوصله و لا صيصيه و لا يحرم ما له احدها اذا لم ينص على تحريمه و ثانيا قول الكفايه المعروف من مذهبهم ان ما ليس له قانصه و لا حوصله و لا صيصيه فهو حرام و ما له احديها فهو حلال و ثالثا قول الرِّياض يحرم ما ليس له قانصه و لا حوصله و لا صيصيه و لا خلاف فى شىء من ذلك اجده بل عليه الاجماع فى صريح كلام المقدس الأردبيلي ره و ظ صاحب الكفايه و ادعاه أيضا فى الغنيه لكن فى القانصه و الحوصله و هو الحجج و منها جمله من الاخبار احدها خبر عبد الله بن سنان الذى وصف بالصَّحَةِ فى ضه و لك قال سئل ابي ابو عبد الله ع و انا

اسمع ما تقول فى الحبارى قال ان كانت له قانصه فكل قال و سألت عن طير الماء فقال مثل ذلك و ثانيها خبر ابن ابى يعفور قال قلت لأبى عبد الله ع انى اكون فى الاجام فيختلف على الطير فما آكل منه قال كل ما دف و لا تاكل ما صف قلت انى اوتى به مذبوحا قال كل ما كانت له قانصه و ثالثها خبر سماعه الأذى وصفه فى لك بالموثقيه عن الرضاع كل من طير البر ما كان له حوصله و من طير الماء ما كان له قانصه كقانصه الحمام لا معدة كمعدده الانسان و كل ما صف و هو ذو مخلب فهو حرام و القانصه و الحوصله يمتحن بهما من الطير ما لا يعرف طيرانه و كل طير مجهول قال فى الكشف لعل التفصيل لكون الغالب ذلك او لكون القانصه فى طير الماء اظهر و الحوصله فى غيرها و لذا نص على التعميم منه و تخصيص القانصه فى بعض الاخبار و النهى عن اكل ما ليست له لعله لتلازم الثلاثه غالبا و رابعها خبر ابن بكير عن ابى عبد الله ع قال كل من الطير ما كانت له قانصه او صيصيه او حوصله قال فى مجمع الفائده و لا يضر عدم صحه سندها بعد الاتفاق عليها و خامسها ما ذكره فى الكشف قائلا و لقول الباقر ع لزراره فى الحسن و قد سأله عمّا يؤكل من الطير كل ما دف و لا تاكل ما صف قال فطير الماء قال ما كانت له قانصه فكل و ما لم يكن له قانصه او صيصيه فلا تاكل و لعل تخصيص طير الماء بالسؤال مع أنه عمم الحكم اولا كما عم السؤال أنه لا يعرف فى الغالب طيران طير الماء و سادسها ما ذكره فى الكشف أيضا قائلا لخبر مسعده بن صدقه كل من الطير ما كانت له قانصه و اما الحليه فى الصوره الثانيه فقد صرح بها فى يع و التحرير و د و عد و س و الكفايه و الكشف بل الظاهر أنه ممّا لا خلاف فيه كما اشار اليه فى الكفايه و يدل عليه مضافا الى ما ذكر الاصل و العمومات و

### ينبغى التنبيه على امور

#### الاول لا فرق فيما ذكر بين طيور البر و طيور الماء

و كذلك لا- فرق بين النوعين فى اعتبار الصّيف و الدّيف فيعتبر فى طير الماء ما يعتبر فى الطير المجهول من غلبه الدّيف او مساواته للصّيف و حصول احد الامور الثلاثه القانصه او الحوصله او الصيصيه فيؤكل مع هذه العلامات و قد صرح بذلك فى يع و التحرير و عد و د و س و عه و ضه و لك و الكفايه و الكشف و لهم اولا- ظهور الاتفاق على ذلك و ثانيا ما تبّه عليه فى لك بقوله قد تقدم فى اطلاق النصوص باعتبار الطير بما ذكر ما يشمل طير الماء و غيره و ثالثا ما تبّه عليه فى لك أيضا بقوله و يدلّ عليه بخصوصه روايه مسعده بن صدقه عن ابى عبد الله ع قال كل من الطير ما كانت له قانصه و لا مخلب له قال و سألته عن طير الماء فقال مثل ذلك و رابعا ما تبّه عليه فى لك من روايه سماعه المتقدمه و خامسا ما تبّه عليه فى لك أيضا من خبر تحيه بن الحرث التى وصفها فيه بالصّحه

#### منهل يحرم الخفاش و الطاوس و الزنابير و الدّباب و البقّ و البرغوث

اما الاول فقد صرح بحرمة فى يع و فع و التبصره و عد و د و التحرير و س و عه و ضه و لك و الكشف و الرياض و لهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه و منها أنه نبه فى الكفايه على دعوى الاتفاق عليه قائلا المعروف المعدود فى الكتب تحريم الخفاش و الطاوس و الزنابير و الدّباب و البق و يعضد ما ذكره اولا قول الرياض

يحرم اخفاش و الطّاوس بلا- خلاف و ثانيا ما تبّه عليه في الكشف بقوله نص على حرمة جماعه منهم الشيخ و القاضي و ابن ادريس و ادعى عليه الاجماع و منها ما ذكره في لك و الكشف و الرّياض من أنّه مسخ كما يدلّ بعض الرّوايات فيشملة عموم ما دلّ على حرمة المسوخ و منها ما ذكره في الكشف من ان صفيفه اكثر من دفيفه فيشملة عموم ما دلّ على حرمة كلّ طائر يكون كك و منها ما ذكره في الكفايه قائلا دليلهم على تحريم الخفاش أنّه من الخبائث مع بعض الرّوايات الدّال على كونه مسخا و قد يطلق على هذا الحيوان تاره الخشاف و اخرى الوطواط كما صرح به بعض الاصحاب قال في لك هو الطائر الذي يطير ليلا و لا يبصر نهارا و اما الثّاني فقد صرح بحرمة أيضا الكتب المتقدّمه و لهم أوّلا ظهور الاتّفاق عليه كما يظهر من الكفايه و الرّياض و ثانيا ما ذكره في الكشف و الرّياض و الكفايه قول الرّضاع في خبر سليم بن جعفر لا يحل اكله و لا بيضه و ثالثا ما ذكره في لك و الاوّل و الاخير من روايه عن الرّضاع أنّ الطاوس مسخ كان رجلا جميلا فكابر امرءه رجل مؤمن فوقع بها ثم راسلته بعد ذلك فمسخهما الله تعالى طاوسين انثى و ذكر فلا يؤكل لحمه و لا بيضه و اما الثالث فقد صرّح بحرمة أيضا الكتب المتقدّمه و لهم أوّلا- ظهور الاتّفاق عليه كما يظهر من الكفايه و الرّياض و ثانيا ما ذكره في لك من أنّه من الخبائث المحرمة بنصّ القران و ثالثا ما ذكره في الكفايه و الرّياض من أنّه من المسوخ ففي روايه كان لحاما يسرق في الميزان و رابعا ما ذكره في الكشف من أنّه من الحشرات فيشملة عموم ما دل على حرمتها و لا فرق في ذلك بين الاحمر و الاصفر كما صرح به في ضه و كك الاسود و اما الرّابع فقد صرّح بحرمة في الكتب المتقدّمه عدا عد و س و الكشف و لهم أوّلا- ظهور الاتّفاق عليه كما يظهر من الكفايه و الرّياض و ثانيا ما ذكره في لك و الرّياض و من كونه من الخبائث و ثالثا ما ذكره في الكشف من كون من الحشرات و اما الخامس فقد صرّح بحرمة الكتب المتقدّمه المصرحه بحرمة الاوّل و لهم اولاه ظهور الاتّفاق عليه كما يظهر من الكفايه و الرّياض و ثانيا ما ذكره في لك و الرّياض من انه من الخبائث و لكن حكى في الكفايه عن بعض انكاره قائلا ادعى في لك كون الرّياض و الدّباب و البق خبائث و انكر ظهور ذلك بعض الاصحاب و رابعا ما ذكره في الكشف من كونه من الحشرات و اما السّادس فقد صرح بحرمة في فع و الرّياض بل الظاهر أنّه ممّا لا خلاف فيه كما يظهر من الاخير و احتج عليه بأنّه من الخبائث

### منهل طيور التي هي حلال و لا كراهه فيها كثيره

منها الحمام بجميع اقسامه و قد صرح بحليته في يع و التحرير و د و عد و س و عه و ضه و لك و الكفايه و الكشف بل ذلك ممّا لا خلاف فيه و لهم ما تبّه عليه في الكشف قائلا لا باس بالحمام كلّه لدخوله في العمومات و قال الصادق ع لداود الرّقى لا باس بركوب البخت و شرب البانها و اكل لحومها و اكل الحمام المتزول و عدّ منه انواع احدها القمارى و قد صرح بهذا في الكتب المتقدّمه قال في ضه و لك هو الحمام الازرق و في الكشف هي جمع قمرى و هو منسوب الى قمر بلده تشبه الجص لبياضها حكاه السمعاني عن المجمل و قال اظن انها من بلاد مصر و لم اره فيه و أنّما رايت في تهذيب المجمل لابن المظفر أنّه منسوب الى طير قمر و هو كما يحتمل توصيف الطير بالقمر جمع اقمير كما قيل و في المحيط و غيره أنّه أنّما سمي به لأنّه اقمير اللون قيل ان الاقمير هو الازرق و ثانيها الدّباسى و قد صرح بهذا أيضا في الكتب المتقدّمه قال في ضه هو منسوب الى طير دبس بضم الدّال و قيل الى دبس الرطب بكسرهما و عن المص انه الحمام الاحمر و ثالثه الورشان و قد صرح به أيضا في المتقدّمه قال في الكشف هو بكسر الواو و اسكان الراء و المعروف أنّه ذكر القمارى و قيل طائر يتولّد بين الفاخته و الحمامه و في ضه و عن المص هو الحمام الابيض و قد صرح به في لك أيضا قائلا قد تقدم في الحج أنّ الحمام يقع على كل ذات طوق من الطيور او ما عبّ اى شرب الماء بلا- مص فيه فيدخل فيه القمرى و هو الازرق و الدّبس و هو الاحمر و الورشان و هو الابيض و التمام و الفواخت و غيرها و لا خلاف في حلّها بين اهل الإسلام و منها الحجل و قد صرّح بحليته و الكتب المتقدّمه أيضا بل الظاهر أنّه

مَمَّا لا- خلاف فيه قال فى الكشف هو بالتحريك و هو القبيح او ذكره او نوع منه و منها الدراج و قد صرح بحليته فى الكتب المتقدمه أيضا بل الظاهر أنه مَمَّا لا- خلاف فيه و منها القطا و قد صرح بحليته فى الكتب المتقدمه أيضا بل الظاهر أنه مَمَّا لا خلاف فيه و منها الطيهوج و قد صرح بحليته فى الكتب المتقدمه أيضا بل الظاهر أنه مَمَّا لا خلاف فيه قال فى ضه هو طائر طويل الرجلين و الرقبه من طيور الماء هو شبيه بالحجل الصيغير غير أن عنقه و منقاره و رجله احمر و ما تحت جناحيه اسود و ابيض و منها الدجاج و قد صرح بحليته فى الكتب المتقدمه أيضا بل هو ضرورى الدين و منها الكروان و قد صرح بحليته فى الكتب المتقدمه أيضا بل الظاهر أنه مَمَّا لا خلاف فيه قال فى الكشف هو بكسر الكاف و اسكان الزاء جمع كروان بالتحريك و هو طائر يشبه البط او الدجاج قيل سمي بصد فعله بأنه لا ينام بالليل و منها الكركى و قد صرح بحليته فى الكتب المتقدمه أيضا بل الظاهر أنه مَمَّا لا خلاف فيه و منها الصيغوه و قد صرح بحليته فى الكتب المتقدمه أيضا بل الظاهر أنه مَمَّا لا خلاف فيه و صرح فى التحرير و عد و س و عه و ضه بان جميع العصافير حلال و هو جيّد و الحق بها فى التحرير و س الزراير و هو جيّد و منها القبيح و قد صرح بحليته فيما عدا اللمعه و ضه من الكتب المتقدمه بل الظاهر أنه مَمَّا لا خلاف فيه و يدلّ على حلّ جميع ما تقدّم مضافا الى ما تقدم اليه الاشاره أولا ما تبّه عليه فى لك بقوله بعد الاشاره الى قول يع و كذا لا باس بالحجل و القبيح و الطيهوج و الدجاج و الكروان و الكركى و الصيغوه هذه المعدودات مع اشتمالها على الصفات الموجبه للحلّ فيما تقدّم من الدّيف و غيره ورد بحلّها نصوص و لذا خصّها بالذكر و ثانيا ما تبّه عليه فى الكشف بقوله لا باس بالحجل و الدراج و القطا و الطيهوج و الكروان و الصّعوه و الكركى و الدّجاج و العصافير لدخول جميع ذلك فى العمومات من غير معارض و ثالثا ما تبّه عليه فى الكشف أيضا قائلا و قال النّبىّ ص فى مرسل السيارى و خير علىّ بن النعمان من سر ان يقل غيظه فليأكل لحم الدراج و عنه ص من اشتكى

فواده و كثره غمه فليأكل الدراج و قال الكاظم ع فى خبر محمّد بن حكيم اطعموا المحموم القبايح فأنه يقوى الساقين و يطرد الحمى طردا و قال على بن مهزيار تغذيت مع ابى جعفر فأتى بقطاه فقال انه مبارك و كان ابى ع

ص: ٦٣٢

يعجبه و كان يقول اطعموه صاحب اليرقان يشوى له

### منهل يكره من الطيور الهدهد و الفاخته و القنبراء و الحبارى و الصرد و الصوام و الشراق

أما كراهه الهدهد فقد صرح بها فى يع و فع و التحرير و عد و د و س و عه و التنقيح و ضه و لك و الكفايه و الكشف و لهم أولا- ظهور الاتفاق على ذلك و ثانيا أنه صرح فى الرياض بأنه لا خلاف فى ذلك و يعضد ما ذكره قول الكفايه المعروف بين الاصحاب كراهيه الهدهد و ثالثا ما ذكره فى لك و ضه و مجمع الفائده قائلين فيها يكره الهدهد للنهى عنه فى الاخبار المحمول على الكراهه ففى صحيحه علىّ بن جعفر قال سألت اخى موسى عن الهدهد و قتله و ذبحه فقال لا يؤذى و لا يذبح فنعم الطير هو و روى سليمان الجعفرى عن الرضاع قال نهى رسول الله ص عن قتل الهدهد و الصرد و الصوام و النحله و روى عنه أيضا ان فى كلّ جناح هدهد مكتوب بالسريانيه آل محمّد ص خير البريه لا يقال النهى فى صحيحه على بن جعفر يفيد التّحريم لأنه موضوع له لغه و عرفا و شرعا فلا- يفيد الكراهه لأننا نقول النهى و ان كان موضوعا للتّحريم مطّأنا أنه يجب حمله هنا على الكراهه كما تبّه عليه فى مجمع الفائده قائلا- و ظ الدليل هو التّحريم حمل على الكراهه كأنه للأصل و العمومات و حصر

المحرمات و لعدم القائل بالتحريم على الظاهر تأمل هذا و يعضد ما ذكره غلبه استعمال النهى فى الكراهه بحيث صار عند جماعه من محققى متأخرى المتأخرين من المجازات الراجحه المساوى احتمالها لاحتمال الحقيقه و على هذا يكون القدر المتيقن من الروايه هو المرجوحه فى الجملة و اذا ضمّ اليها اصاله الاباحه يثبت الكراهه و لا يقال غايه ما يستفاد من هذه الصّحيحه المنع عن القتل و الذّبح و الايذاء دون المنع من الاكل الذى هو المدعى و قد تبه على ما ذكر فى مجمع الفائده قائلا ثم اعلم انّ الكلام فى كراهه اكل اللحم و الدليل ما دلّ عليه بل على النهى عن اذاه و قتله و هو غير مستلزم للنهى عن اكل لحمه و هو ظ فان فى اكله بعد القتل ليس اذاه و أيضا يحتمل ان يكون المراد بالنهى قتله لا للأكل بل لأذاه يؤيده قوله لا يؤذى و العله أيضا فان كونه نعم الطير لا يستلزم عدم قتله للأكل فانّ الغنم أيضا موصوف بأنه نعم المال او مال مبارك و نحو ذلك مع أنه خلق للأكل و لا شك انّ الاجتناب عن الاذى اولى و احوط لأننا نقول الاستلزام هنا و ان كان منفيًا عقلا و لكن قد يدعى ثبوته هنا بظهور عدم القائل بالفرق بين المنع من القتل و الإيذاء و بين المنع من اكل اللحم و لو منع من ظهور ذلك فلا أقلّ من الشك فى ذلك و هو فى هذا المقام ربما يكون كافيا بناء على المختار من جواز التسامح فى ادله السيّن فت و هل يجوز مع كراهه اكل اللحم قتله و اذاه للقتل او لا المعتمد هو الأوّل و اما كراهه الفاخته فقد صرح بها فى يع و فع و التحرير و د و التبصره و عد و س و عه و ضه و لك و الكفايه و الكشف و الرياض و لهم أوّلا ظهور الاتفاق على ذلك و ثانيا بأنه صرح فى الرياض بأنه لا خلاف فى ذلك و يعضد ما ذكره قول الكفايه المعروف كراهيه الفاخته و ثالثا ما تمسك به فى لك و ضه من خبر ابى بصير عن ابى عبد الله ع قال لابنه إسماعيل و قد رأى فى بيته فاخته فى قفص يصيح يا بنى ما يدعوك الى امساک هذه الفاخته ا ما علمت أنها ميسومه و ما تدر ما تقول انما تدعو على اربابها تقول فقدتكم فقدتكم و اعترض عليه فى مجمع الفائده و الكفايه و الكشف و الرياض بعدم الدلاله على المدعى و يستفاد من الروايه المذكوره كراهيه حفظها فى البيت و لا بأس بالعمل بها و اما كراهه القنبراء الذى يقال له القبره أيضا فقد صرح بها فى الكتب المتقدمه بل صرح فى الرياض بنفى الخلاف فيها و احتج عليه فى لك و ضه و مجمع الفائده و الكشف و الرياض بخبر سليمان الجعفرى عن ابى الحسن ع قال لا تاكلوا القبره و لا تسبّوها و لا تعطوها الصبيان يلعبون بها فانها كثيره التسييح لله و تسييحها لعن الله من يعصى آل محمد ص و النهى فيها و ان كان يفيد التّحريم وضعا مط و لكنه هنا محمول على الكراهه لما تبه عليه فى الرياض بقوله و حمل النهى فيه على الكراهه للاتفاق عليها

مضافا الى قصور السيّد و يعضد ما ذكره ما قدّمنا اليه الاشاره من غلبه استعمال النهى فى اخبار الاثمه ع فى الكراهه بحيث صارت من المجازات الراجحه المساوى احتمالها لاحتمال الحقيقه كما صرح به من متأخرى المتأخرين جماعه و هل يختص الحمل على الكراهه بالنهى عن الاكل او لا بل يعم جميع التّواهى المذكوره فى الروايه فيه اشكال و لكن الاقرب عدم تحريم جميع ما فى الروايه من الاكل و السبّ و الاعطاء للصبيان للأصل و عدم ظهور القائل بحرمة جميع ذلك و كون النهى عن الاكل محمولا على الكراهه و هو قرينه على كونه فى غيره لها أيضا كما تبه عليه فى الرياض فت و اما كراهه الحبارى فقد صرح بها فى يع و التحرير و د و عد و عه و ضه بل صرح فى مجمع الفائده بان ذلك فى اكثر الكتب و يعضد ما ذكره قول الكفايه المعروف كراهيه الحبارى و لهم أوّلا الشهره العظيمه التى لا يبعد معها دعوى شذوذ المخالف بل قد يمنع من وجوده و ان اوهم المخالفه قول لك اميا الحبارى بضمّ الهاء المهمله و فتح الرّاء فما وقفت على ما يقتضى كراهتها و كذا قول التحرير ان به روايه شاذه و ثانيا قاعده التسامح فى ادله الكراهه لا يقال يعارضها جمله من الأخبار و قد تبه عليها فى الكفايه قائلا بعد الاشاره الى ما حكينا عنه سابقا و الى عبارتى التحرير و لك و فى صحيحه عبد الله بن سنان قال سئل ابو عبد الله ع و انا اسمع ما تقول فى الحبارى قال ان كانت له قانصه فكل و هو يشعر بتوقف فى امرها و فى صحيحه كردين المسمعى قال سئلت ابا عبد الله ع عن الحبارى



قال لوددت ان عندى منه فاكل منه حتى امتلى [اتملئ] و عن نشيط بن صالح قال سمعت ابا الحسن الاول ع قال لا ارى به باسا و انه جيّد للبواسير و وجع الظهر و هو مما يعين على كثره الجماع و كان نفى الباس يشعر بالكراهه و قد وصف الروايتين الاوليين اللتين اشار اليهما بالصيحه في مجمع الفائده أيضا لأننا نقول الروايات المذكوره لا تصلح لمعارضه القاعده المشار اليها بعد اعتضاها بالشهره العظيمه على ان اكثرها لا دلالة له على نفى الكراهه و اما كراهه الصيرد فقد صرح بها في يع و فع و التحرير و د و عد و س و عه و لك و ضه و الكفايه و الكشف و الرياض و لهم اولا ظهور الاتفاق على ذلك و ثانيا انه صرح في الرياض بنفى الخلاف فيه و يعضده تصريح الكفايه بانه المعروف بين الاصحاب و ثالثا ما احتج به في لك و ضه من النهى عن قتله في الأخبار و اورد عليه في الكفايه بانه لا يدل على كراهه الاكل و نبه في الكشف على تفسير الصيرد قائلا الصيرد مهمل الحروف كرتب طائر فوق العصفور يصيد العصافير قال النضر بن شميل ضخم الراس ضخم المنقار له برثن عظيم البقع نصفه اسود و نصفه ابيض لا يقدر عليه احد

ص: ٦٣٣

و هو شرير النفس شديده النقره غذائه من اللحم و له صفير مختلف يصفر لكل طائر يريد صيده بلغته فيدعوه الى التقرب ليتقرب منه فاذا اجتمعن اليه شد على بعضهن و له منقار شديد فاذا نقر واحدا قده من ساعته و اكله و مأواه الاشجار و رءوس القلاع و اعلى الحصون و قيل يسمى المخوف لبياض بطنه و الاخطب لخضره ظهره و الاخيل لاختلاف لونه و قال الصابي يسمى السميظ مصغرا و اميا كراهه الصوم فقد صرح بها في التنقيح و الكتب المتقدمه المصرحه بكراهه الصيرد بل صرح في الكفايه بان المعروف كراهته و في الرياض بانه لا خلاف فيها و احتج عليها في لك و ضه بالنهى عن قتله في بعض الاخبار و هو على ما حكاه في ضه عن التحرير و في الكشف عن السرائر طائر اغبر اللون طويل الرقبه اكثر ما يثبت في النخل و اما كراهه الشقراق فقد صرح بها في الكتب المصرحه بكراهه الصيرد أيضا بل صرح في الكفايه بان ذلك هو المعروف و في الرياض بانه لا خلاف فيه و يدل عليه مضافا الى ما ذكر ما نبه عليه في ضه و لك و مجمع الفائده بقولهما اما كراهه الشقراق فلروايه عمار بن موسى عن ابي عبد الله ع انه سئل عن الشقراق فقال كره قتله لحال الحيوه و زاد في ضه قائلا و كان رسول الله ص يوما يمشى فاذا شقراق قد انقض فاستخرج من خفه حيه و هو على ما حكاه في ضه عن القاموس طائر مزقط بخضره و حمرة و بياض و نبه على تفسيره في الكشف أيضا قائلا الشقراق بكسر الشين المعجمه و القاف و تشديد الزاء كطرمح و ربما فتح الشين و الكسر اقيس لفقد فعال بالفتح في الاوزان و جاء بتخفيف القاف و تثليث الشين و ربما قيل سرقراق و هو طائر اخضر مليح بقدر الحمام خضرته حسنه مشبعه في اجنحته سواد و يكون مخططه بحمره و خضره و سواد قال الجاحظ انه ضرب من الغربان و اعلم انه صرح في يع و فع و عد و د بان كراهه الشقراق و الصرد و الصوم اشد و زاد في فع الهدهد

**منهل اختلف الأصحاب في حرمة الخطاف على قولين**

**اشاره**

احدهما انه حرام و هو للمحكي في التنقيح و الايضاح و المهذب البارع و لك و الكشف و غيرها عن الشيخ في النهايه و ابن البراج و ابن ادريس و ثانيهما انه حلال و هو للشرائع و فع و التبصره و د و عد و س و عه و لك و ضه و الكفايه و الرياض و هو ظ المهذب البارع و مجمع الفائده و حكي هذا القول فيه و في التنقيح عن المفيد و في الايضاح عن لف و صرح في س بانه

اشهر القولين و اصحهما و فى لك بأنه ذهب المحقق و المتأخرون الى الكراهه دون التحريم و يعضد ما ذكره قول الرّياض قال المفيد فى ضه بعدم الحرمة و تبعه عامه متأخرى اصحابنا و يظهر من التحرير و الايضاح و التنقيح و الكشف التوقف فى المسأله للأولين وجوه منها انه حكى فى الايضاح و س و التنقيح و لك و غيرها عن ابن ادريس أنه ادعى الاجماع على الحرمة و الاجماع المنقول بخير الواحد العدل حجّه و قد يجاب عنه اولا- بانه موهون بالشهره العظيمه المتأخره و ثانيا بما تبّه عليه فى الرّياض قائلا و الاجماع لو سلم هنا فغايبه أنه خبر صحيح و هو ممّا لا يعارض الموثق و غيره الصّريحين المعتضدين بالاصول و العمومات و الشّهره العظيمه بين الاصحاب الّتى كادت تكون لنا الاجماع الان مضافا الى المعاضدات الاخر و منها أنه لو كانت حلالا- لاشتهر اكل لحمه كما اشتهر اكل لحم العصفور و فيه نظر فإنّ الملازمه ممنوعه مط و لو عاده خصوصا مع كراهه لحمه كما سيأتى اليه الاشاره و منها أنه لو كان حلالا لجاز قتله لأجل اكله و التالى بط فالمقدّم مثله اما الملازمه فلان الاكل يتوقف على القتل لعدم جواز اكل الميتة و ما يتوقّف عليه المباح يكون مباحا و لان كلّما حلّ اكله جاز قتله فلو كان هذا حلالا و غير جائز القتل لزم مخالفه المعهود من الشريعه غالبا و هو غير جائز بناء على حجّيه الاستقراء و اما بطلان التالى فلروايتين إحداهما روايه الحسن بن داود الرّقى الّتى صرّح فى الايضاح و المهذب البارع و التنقيح و لك بأنّ الشيخ استدلّ بها على التّحريم قال بيننا نحن قعود عند ابي عبد الله ع اذ مر رجل بيده خطاف مذبوح فوثب اليه ابو عبد الله ع حتى اخذه من يده ثمّ دحى به ثمّ قال ا عالمكم امركم بهذا أم فقيهكم لقد اخبرنى ابي عن جدّى رسول الله ص نهى عن قتل السّيّته النّحله و النّملة و الضفادع و الصّرد و الهدهد و الخطاف و ثانيهما روايه جميل بن دراج الّتى وصفها بالحسن فى التنقيح و مجمع الفائده و لك قال سألت ابا عبد الله ع عن قتل الخطاف او ايذائهنّ فى الحرم فقال لا تقتلنّ فأنّى كنت مع على بن الحسين ع فرآنى او ذيهنّ فقال لى يا بنى لا تقتلنّ و لا تؤذيهنّ فانهنّ لا يؤذين شيئا و فى هذه الحجه نظر اما اولا فللمنع من الملازمه لعدم الدليل عليها لا من عقل و لا من نقل امّا الاوّل فلأنّه لا يمتنع ان يكون القتل حراما و اكل اللحم بعد القتل حلالا و يمنع من ان مقدّمات الحلال لا بدّ ان يكون حلالا و اما الثّانى فلعدم دلالة شىء من الكتاب و السّينه و الاجماع على صحّحه الملازمه و قد اشار الى ما ذكر فى التنقيح قائلا النّهى عن القتل لا يستلزم التّحريم لجواز ان يكون لعلّه اخرى و هى الاستجاره بالانسان كما تضمنته الرّوايه و يعضد ما ذكره اولا قول المهذب البارع الجواب المنع من أنّ القتل امّا على سبيل الكراهه او التّحريم لا يدلّ على تحريم الاكل و ثانيا قول لك و يضعف بمنع دلالتها ثانيا فانّ النّهى اعم من تحريم الاكل بل الظاهر منه الكراهه بقريته ما ذكره معه فان منه ما هو مكروه غير محرم اتفاقا و استعمال المشترك فى معنييه او اللفظ فى حقيقته و مجازه على خلاف الاصل و ثالثا قول الرّياض الخبير مع ضعف سنده من وجوه غير دال اذ غايبته النّهى عن القتل فهو غير ملازم لتّحريم الاكل بوجه و ان وجد فى صدره ما ربّما يتوهم منه مناسبه لكنه غير واضح هذا مضافا الى التأمّل فى افاده النّهى فيه عن القتل حرمة بعد تعلّقه بما لا يحرم قتله اجماعا كالهدهد و نحوه فغايبته افاده المرجوحه الشامله للكراهه و جعله بالإضافه الى الخطاف للتّحريم و الى الهدهد للكراهه غير جائز للزوم استعمال اللفظ الواحد فى المجاز و الحقيقه و اما ثانيا فللمنع من بطلان التالى لوجهين الاوّل ان الروايه

الاولى ضعيفه السّند كما اشار اليه فى لك قائلا و يضعف بمنع سند الروايه اولا بأنّ الحسن بن داود مجهول و فى طريقها جهاله بغيره و فى كا دفعها الى داود الرّقى او غيره و هو يدلّ على اضطراب و تردّد فى حالها و يعضد ما ذكره قول مجمع الفائده فى السّند جهاله بحسن و غيره و اضطراب أيضا حيث نقل فى كا أنه دفع الى داود الرّقى او غيره و اما الثانيه فهى و ان كانت حسنه و لكن صار جماعه كثيره من الاصحاب الى أنّ الحسن ليس بحجّه مع ان فيها ما يبعد او يمتنع صدوره عن الصادق ع المعصوم و هو ايذائه للحيوان المفروض الّذى نهاه والده ع عنه الثّانى انّ النّهى عن القتل فى الروايتين للكراهه و ذلك اما لما ذكره فى لك

لقوله ع فى الزوايه الثانيه انهنّ لا يؤذنين شيئا او لما ذكره فى لك و الرّياض قائلا هو دال على طهاره ذرقهنّ و أا لحصل الايذاء لعموم البلوى بهنّ و عدم الانفكاك غالبا عن ذرقهنّ و هى تدلّ على حلّ اكلهنّ بناء على التلازم بينهما على الاشهر الاقوى و يعضد ما ذكره أوّلا قول لك أيضا قائلا بعد نقل الروايه فحكمه ع بانهنّ لا يؤذنين شيئا دال على طهاره ذرقهنّ و أا لحصل الاذى منهنّ لعموم البلوى بهنّ و عدم الانفكاك عن ذرقهنّ و ثانيا قول التنقيح و لأنّ ذرقه طاهر و أا لكان موزيا لكنه غير موز لروايه جميل و لروايه عمار او لأنّ الادله الداله على الحليه الآتى اليها الاشاره توجب حمل النهى المذكور على الكراهه و ان كانت مجازا لان تلك الادله اقوى من ظ النهى فى الدلاله على الحرمة قال فى الايضاح اجاب والدى عنه بحمله على الكراهه جمعا بين الاخبار لا يقال الروايه الاولى لا تدلّ على الحرمة من غير جهه النهى و التصريح بانّ المعصوم ع دحى بمذبوحه الارض فأنه يدلّ على انه ميته لا يجوز الانتفاع به اذ لو جاز الانتفاع باكل لحمه لما جاز الاعراض عنه لعدم جواز تضييع المال لأننا نقول ان الدّحو على الارض لا يدلّ على كونه ميته و لا على حرمة الاكل لان الفعل الخارجى له وجوه شتى و لا يدلّ على شىء منها بالخصوص فيكون مجملا و من الظاهر ان المجمع لا يصحّ التمسك به و ممّا يدلّ على ان فعله ع لا باعتبار كونه ميته بل باعتبار اخر من كراهه الاكل و نحوها الادله الداله على قبوله للتذكيه و جواز الانتفاع به فى غير الاكل ثم لو سلم ظهور الفعل فى الحرمة فهو ممّا لا يجوز الاعتماد عليه لما تقدّم اليه الاشاره و للآخرين أيضا وجوه منها ما ذكره فى التنقيح و المهذب البارع و لك و الرّياض من اصاله الاباحه و صرح بهذا فى الايضاح أيضا قائلا المصنف على الجواز على كراهه لان الاصل الاباحه لعموم قوله تعالى و خَلَقَ لَكُمْ مَّا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا و لأنّ الاشياء على الاباحه قبل الشّرع أا ان يوجد نص من الشّرع على خلافه و الاصل بقاء ما كان على ما كان و من قال الاشياء على التّحريم قبل الشّرع فالاصل بقاءه الى ان يرد النص على خلافه فقوله بط و منها ما تمسّك به فى الايضاح و التنقيح و المهذب البارع و الرّياض من ان ذرقه ليس بنجس و كلما ذرقه ليس بنجس فهو حلال أمّا الأوّل فلروايه جميل المتقدّمه بناء على ما ذكره فى التنقيح و لك و الرّياض و أمّا الثانى فلان كل حيوان محرم له نفس سائله ذرقه نجس و منها أنّ الخطاف يدف فى طيرانه فيكون حلالا- أمّا الأوّل فقد صرح به فى س و ضه و لك و المهذب البارع و الكشف و حكاه فى الايضاح عن والده و استظهره فى الرّياض قائلا هو الظاهر و أمّا الثانى فلخبر زراره الذى وصف بالصّيحى فى الايضاح و المهذب البارع و لك قال و الله ما رايت مثل ابى جعفر قط قال سألته اصلحك الله ما يؤكل من الطير قال كل ما دف و لا تاكل ما صف قال فى المهذب البارع و مثله روايه سماعه بن مهران عن الرّضاع و قد تمسّك بهذه الحججه فى المهذب البارع و لك و الرّياض كما فى الكشف و منها خبر عمار بن موسى الذى عدّه فى الايضاح و المهذب البارع و لك و الرّياض من الموثق عن الصادق ع الرّجل يصيب خطافا فى الصّحراء و يصيده يأكله فقال هو ممّا يؤكل لحمه و عن الوبر يؤكل قال لا هو حرام و قد تمسّك به فى الرّياض بل صرح فى المهذب البارع بأنّه احتج به الأوّلون و حكى جماعه عن الشيخ أنّه اجاب عنه بحمله على التعجب قائلا هو جار مجرى قول احدنا اذا رأى انسانا يأكل شيئا تعافيه هذا الشىء يؤكل و أنّما يريد به تهجينه لا الاخبار عن جواز ذلك و هذا تاويل بعيد كما صرح به فى لك قائلا بعد الاشاره اليه و هذا تاويل بعيد لا حاجه اليه لان خبره ليس اولى بالعمل من هذا سندا و دلاله كما قررنا و يعضد ما ذكره اوّلا قول مجمع الفائده بعد ذلك أيضا و لا يخفى بعده بل عدم امكانه لقوله و عن الوبر يؤكل قال لا هو حرام و عدم الحاجه و الدّاعى الى ذلك اذ ما ثبت بالاولى تحريم لحمه لما عرفته

و لمقارنته بغير المحرم مثل الهدهد فإنّ الظاهر عدم تحريمه

عنده بل هو عند غيره أيضا و ثانيا قول الرّياض و حملته على التّعجب كما فعله الشّيخ بعيد سيّما مع تضمنه بعد ان سئل بعد ذلك عن الوبر يؤكل انه قال حرام و منها ما ذكره في المهذب البارع قائلا روى عمّار بن موسى في كتابه عن الصادق ع قال خرف الخطاف لا باس به و هو ممّا يحلّ اكله و لكن كره اكله لأنّه استجار بك و روى في منزلك و كل طير استجار بك فاجره و ما ذكره من الروايه و ان كان ضعيف السند الّا أنّ ضعف السند هنا غير قادح لانجباره بالشهره العظيمه فاذن المعتمد في المسأله هو القول الثّاني و ان كان مراعات الاوّل احوط و

**ينبغي التنبه على امرين**

**الاول الظاهر انّ القائلين بالجواز ذاهبون الى كراهته**

و قد صرّح بها في يع و فع و التبصره و عد و الارشاد و الدروس و اللّمعه و ضه و لك و الكفايه و الرّياض كما عن لف و هو جيد

**الثاني قال في المهذب البارع الخطاف طائر صغير اسود في قدر العصفور يأتي العراق من داخل البحر**

في اواخر القر و يقيم به حتّى يبيض ثمّ يقصل و قد استوى اولادها للطيران فيذهبن جميعا في اوّل شياخ الحرّ

**منهل يحرم المحتمه و هي التي تجعل غرضا و ترمى بالنشاب حتى تموت**

و كذلك يحرم المصبوره و هي التي تخرج و تحبس حتى تموت و قد صرّح بحرمه الامرين و بالتفسيرين في يع و التّحرير و عد و د و س و اللّمعه و ضه و مجمع الفائده و الكفايه و لهم وجوه منها ظهور الاتّفاق على ذلك و منها ما تمسّك به في ضه و مجمع الفائده و الكفايه من عدم التذكيه و قد صرّح بهذا في لك أيضا قائلا تحريم هاتين راجع الى تحريم الميته لأنّهما من جملة افرادها لأنّ المراد منها يموت بغير التذكيه سواء استند موته الى الجرح أم لا و اصل الصّبر في هذا الباب ان لا يعجل قتل الحيوان بل يحبسه مجروها او غير مجروح حتى يموت و خصّص المصبوره بزياده الجرح ليكون سببا للموت كالذبح ثمّ يصبر بتركها كك الى ان يموت و في الحديث نهى عن قتل شىء من الدواب صبرا قال ابو عبيد هو ان يحبس من ذوات الرّوح شىء حيا لم يرمى حتى يقتل و منه يقال للرّجل يقدم و يضرب عنقه قتل صبرا اي محبوسا ممسكا عن القتل و كل من حبسه لقتل فهو يقتل صبرا و منها ما ذكره في الكشف قائلا- يحرم ذلك لانّ تفضاء التذكيه و ورود النهى عن الصّبر و جعل ذى الروح غرضا و يعضد ما ذكره قول الروضه تحريمهما واضح لعدم التذكيه مع امكانهما و كلاهما فعل الجاهليه و قد ورد النهى عن الفعلين مع تحريم اللحم و لا فرق في ذلك بين الطيور المحلله و غيرها من سائر الحيوانات المحلله كما صرّح به في التّحرير و س

**منهل البيض تابع للطير في الحلّ و الحرمة**

فكل طائر يحلّ أكله يؤكل

ص: ٦٣٥

بيضه و ما لا يحلّ أكله لا يؤكل بيضه و قد صرّح بما ذكر في بيع و التحرير و عد و د و س و اللمعه و الروضه و الكفايه و مجمع الفائده و الكشف و الرياض و لهم وجوه منها اصاله الاباحه في بعض الصّور و منها ظهور الاتفاق على ذلك و منها دعوى الاجماع على ذلك في الكفايه قائلًا مذهب الاصحاب ان بيض الحيوان تابع في الحل و الحرمة و مع الاشتباه يؤكل ما اختلف طرفاه لا- ما اتفق و يعضد ما ذكره أوّلا ما تبه عليه في الغنيه قائلًا يحرم بيض ما لا يؤكل لحمه و ما اتفق طرفاه كل ذلك بدليل المشار اليه و ثانيا قول الكشف و يحرم بيض ما يحرم أكله لا بيض ما يحلّ فأنه حلال بالاتّفاق فيهما كما هو الظاهر و ثالثا قول الرّياض يحرم بيض ما لا يؤكل لحمه كما أنّه يحل بيض ما يؤكل لحمه بلا خلاف بل عليه الاجماع ظ و في الغنيه صريحا و هو الحجّه و منها ما ذكره في مجمع الفائده قائلًا لعلّ دليله أنّه كالجزة و الحاصل منه فيكون تابعا له فت و فيما ذكره نظر و منها ما ذكره في مجمع الفائده أيضا قائلًا و يدلّ عليه أيضا روايه ابن فضال عن بعض اصحابنا عن ابن ابي يعفور قال قلت لأبي عبد الله ع ان الدّجاجة يكون في المنزل و ليس معها الدّيكه تعتلف من الكناسه و غيره و تبيض بلا ان يركبها الديكه فما تقول في اكل ذلك البيض قال فقال انّ البيض اذا كان ممّا يؤكل لحمه لا باس باكله فهو حلال و لا يضر ضعف السّنند فت و منها ما ذكره في الرّياض قائلًا- الاجماع هو الحجّه مضافا الى الخبرين المتقدّمين في بيض السّمك الدّالين على الكليه نفيا و اثباتا و يعضدهما مضافا الى ما مضى ثمه بعض المعتبره المنجبر ضعفه بروايه ابن ابي عمير عن موجه و لو بواسطه فأنه قد اجمعت على تصحيح ما يصح عنه العصابه عن الرّجل يدخل الاجمه فيجد فيها بيضا مختلفا لا يدرى ما هو ابيض ما يكره من الطّير او يستحب فقال انّ فيه علما لا يخفى انظر كل بيضه تعرف براسها من اسفلها فكلها و ما سوى ذلك فدعه و هو ظ كما ترى في اعتقاد السائل الكليه نفيا و اثباتا و أنّه اشتبه له حكم بيض المشتبه حاله ا من حلال او حرام و قد اقره على معتقده و اجابه عما اشتبه له و التقرير حجّه كما قرر في محلّه و منها ما ذكره في الرّياض أيضا قائلًا- و يعضد ما ذكره الاصحاب من تبعيه البيض و اللبن للحيوان أنّهما كالجزة منه في الحلّ و الحرمة و تتبع النصوص في الموارد الجزئيه الحاكمه بالتبعيه مثل ما ورد في تحريم بيض الغراب و الطاوس و حلّ بيض الدّجاجة و حرمة لبن الحيوانات الجلاله و حلّ لبن الاتن و نحوه ممّا لم يكن بهذه الصّفه الى غير ذلك من الموارد الكثيره مضافا الى بعض المؤيدات الاخر الآتى في بحث حرمة اكل بيض ما لا يؤكل لحمه و

ينبغي التنبيه على امرين

**الأول الظاهر أنّه لا فرق في الحرام هنا بين ما يكون حراما بالاصل كالصقر و ما يكون حراما بالعارض**

كالجلال لإطلاق الفتاوى و الاجماع مضافا الى بعض الاخبار المتقدّمه

**الثاني هل الطائر الذي يكره أكله يكون بيضه مكروها أيضا**

و لا يظهر من التحرير و د و س و اللّمعه و مجمع الفائده الأول و لا باس به

## منهل ان اشتبه البيض و لم يعلم أنه من المأكول او من غيره

### اشاره

فصرّح فى جملة من الكتب كالمقنعه و الشرائع و النافع و التحرير و التبصره و القواعد و الإرشاد و الدروس و لك و ضه و مجمع الفائده و الكشف و الرياض بأنّه يختبر فاذا اختلف طرفاه أكل و ان اتّفقا اجتنب و هو جيد و لهم وجوه منها ظهور الاتّفاق على ذلك كما يظهر من الغنيه و الكفايه و يعضده أوّلا- قول الكشف و لو اشتبه حال البيض ا من حلال أم من حرام اكل منه ما اختلف طرفاه و ترك ما اتّفق و لا خلاف فيه أيضا بل عليه الاجماع فى الغنيه و هو الحجّه و منها ما ذكر فى مجمع الفائده قائلًا و يدلّ على التمييز بين البيض المحلّل و المحرم من الطيور باستواء الطرفين و الاختلاف كأنّه التجربه أيضا و منها ما تمسك به فى لك و مجمع الفائده و الكشف و الرياض من خبر محمّد بن مسلم عن احدهما ع قال اذا دخلت اجمه فوجدت فيها بيضا فلا تاكل منه الا ما اختلف طرفا و قد وصف هذه الروايه بالصّححه فى لك و الكشف و فى مجمع الفائده و هى صحيحه فى يب و منها ما تمسّك به فى لك و مجمع الفائده و الكشف من خبر زراره قال قلت لأبى جعفر ع البيض فى الآجام فقال ما استوى طرفاه فلا تاكل و ما اختلف طرفاه فكل و قد وصف هذه الروايه بالحسن فى لك و فى مجمع الفائده فيها على الزيّات فى يب و كا و الفقيه فان كان ابن الريّان او الزيّات كما هو الظاهر فهى حسنه و منها ما تمسّك به فى مجمع الفائده و الكشف من خبر عبد الله بن سنان عن ابى عبد الله ع و سأله عن بيض طير الماء فقال ما كان منه مثل بيض الدجاج يعنى على هيئته فكل منه و منها ما ذكره فى مجمع الفائده قائلًا- و فى روايه عن ابى عبد الله ع فقال ان فيه علما لا يخفى اه و فى اخرى قال سمعت ابا عبد الله ع يقول كل من البيض ما لم يستو رأساه و قال ما كان من طير الماء مثل الدجاج و على خلقته احد رأسيه مفتح و الا فلا تاكل و فى اخرى قال سمعت ابا عبد الله ع يقول كل منه ما اختلف طرفاه فت و قد تمسّك ببعض الاخبار التى ذكرها فى الرياض أيضا و

### ينبغى التنبيه على امور

## الأول هل يختص المميّز المذكور بصوره الاشتباه او لا

بل يعمّ غيرها فيحرم كلّ بيض يستوى طرفاه و ان علم أنّه ممّا اكل لحمه كالدّجاج و يحلّ كل بيض يختلف طرفاه و ان علم أنّه ممّا حرم اكله كالطاووس الاقرب هو الأوّل فيحل كل بيض ممّا يؤكل و ان استوى طرفاه و يحرم كل بيض ممّا يؤكل و ان اختلف طرفاه فاعتبار الاختلاف و الاتّفاق أنّما هو فى صوره الاشتباه و قد صرّح بذلك فى الرياض قائلًا بعد الاشاره الى جملة من الاخبار المتقدّمه و اطلاقها او عمومها سيّما الاخير و ان شمل البيض الغير المشتبه أيضا الا ان ورود اكثرها فيه مع الاجماع على اختصاص الضابط هنا به اقتضى حل بيض ما يؤكل لحمه مط و لو استوى طرفاه و حرمه بيض ما يؤكل كك و ان اختلف طرفاه عملا- بعموم ما دل على التبعيه هذا مع اعتضاد الحكم فى الأوّل مط بعموم ما دل على الاباحه من الكتاب و السنّه و فى صوره اختلاف الطرفين و الحكم بالحرمة فى الثانى فى صوره تساويهما باتّفاق نصوص الضّابطين على الحل فى الأوّل و على

الحرمة فى الثانى كما لا يخفى هذا على تقدير الضابطين و امكان تعارضهما و على تقدير التلازم بينهما كما ربّما يستفاد من الروايه الاولى فالاشكال مرتفع اصلا

### الثانى هل يقدم المميّز المذكور على شهاده العدلين لو وقع التعارض بينهما

فى صورته الاشتباه او يقدم الشّهاده فيه اشكال فالاحوط الاجتناب مط و لكن احتمال تقديم المميز فى غايه القوّه و ان كان التعارض بين دليل الامرين من قبيل تعارض العمومين من وجه لأنّ ادلّه اعتبار المميّز المذكور اكثر عددا فيكون اولى بالترجيح

### الثالث هل يقدم المميّز

ص: ٦٣٦

المذكور على الظنّ بالخلاف و على قول صاحب اليد المالك او لا الاقرب الاخير و لكن مراعات الاحتياط هنا و فيما سبق اولى

### منهل اذا صار احد الطيور التى هى حلال جلالا فهل يحرم قبل الاستبراء او لا

### اشاره

بل يكون مكروها اختلف الاصحاب فى ذلك على قولين الاول انه حرام و هو للغنيه و يع و فع و التحرير و التبصره و عد و د و الايضاح و اللّمعه و س و ضه و مجمع الفائده و الرّياض و المحكى فى المذهب البارع عن الخمسه و التقى و ابن حمزه و القاضى و ابن ادريس بل صرح فى الايضاح بانّ الاكثر على التحريم و فى المذهب البارع و مجمع الفائده و الكفايه بانّه المشهور و فى عد و لك و الرّياض بانّه الاشهر الثانى انه مكروه و هو للكفايه و المحكى فى كثير من الكتب عن ابن الجنيد عن الشيخ و صرح فى لك بانّه صار اليه فى ط قائلا ذهب الشيخ فى ط و ابن الجنيد الى الكراهه بل قال فى ط انه مذهبا مشعر بالاتّفاق عليه و يعضد ما ذكره قول الكفايه القول بالكراهه مط اقرب و ذهب اليه الشيخ و ابن الجنيد و كلام الشّيح فى ط مشعر باتّفاقنا عليه للأولين وجوه منها خبر هشام بن سالم الموصوف بالصّححه فى مجمع الفائده و الكشف و الرّياض و بالحسن فى ضه عن ابى عبد الله ع قال لا- تاكلوا لحوم الجلاله و هى التى تاكل العذره فان اصابك شىء من عرقها فاغسله و قد استدل بهذه الروايه فى الايضاح و ضه و مجمع الفائده و الكشف و الرّياض و منها ما ذكره فى الايضاح قائلا- الاصل فيه انّ النّبى ص نهى عن اكل الجلاله و عن شرب البانها حتّى تحبس و منها ان الطيور الجلاله لو لم تكن حراما و كانت جلالا لكانت الابل الجلاله كك و التّيالى بط فالمقدّم مثله امّا الملازمه فلعدم القائل بالفرق بين الامرين على الظاهر و اما بطلان التالى فلما تمسك به فى ضه و مجمع الفائده من خبر حفص بن البختري الذى وصفناه بالحسن كما فى الكشف و فى الرّياض وصفه بالصّححه عن ابى عبد الله ع قال لا- تشرب من البان الابل الجلاله و ان اصابك شىء من عرقها فاغسله لا يقال هذه الاخبار لا تنهض لإثبات المدعى فان التّبوى منها ضعيف السند لا يصلح للحجّيه و اما الامامى منها فهو و ان كان حجّبه فى نفسه بناء على المختار من حجّيه الحسن الّا انه لا دلالة له على المدعى فان غايته التّهى و هو فى اخبار الاثمه ع لا يفيد الحرمة لشيوع استعماله فى الكراهه بحيث صارت من

المجازات الرّاجحه المساوى احتمالها لاحتمال الحقيقه فلا يحمل اطلاقه على الحرمة بناء على ما ذهب اليه معظم الاصوليين من لزوم التوقف حيثما يقع التّعارض بين الحقيقه المرجوحه و المجاز الرّاجح لأننا نقول المناقشه فى الدلاله بما ذكر ضعيفه فان المعتمد عندنا ان النهى فى اخبار الاثمه ع محمول عند الاطلاق المجرد عن القرينه كما فى الخبرين المذكورين على الحرمة لما بيناه فى كتبنا الاصوليه و هو مقتضى سيره معظم الطائفه المحقه و لا يقال الامر بالغسل فى صورته اصابه العرق للاستحباب لان عرق الجلال ليس بنجس كما عن المعظم فيكون قرينه على كون النهى فيما تقدم للكراهه ليتحد السياق لأننا نقول لا نسلم عدم نجاسه العرق فلا نسلم كون الامر بالغسل للاستحباب سلّمنا كونه للاستحباب و لكن لا نسلم صلاحيته لكونه قرينه على صرف النهى عن حقيقته الى المجاز و هو الكراهه اذ من شرط القرينه المعانده للمعنى الحقيقى و لو عرفنا و من الظاهر أنّه لا معانده بين استحباب الغسل و حرمة الاكل و الشرب فت و قد اشار الى ما ذكر فى الكشف بعد التمسك بخبرى هشام و حفص بقوله و لا تدعو الى الحمل على الكراهه ما فيهما من قوله ع و ان اصابك شىء اه و ان لم ينجس عرقها و كذا اشار اليه فى مجمع الفائده قائلاً- أيضا بعد الاشاره الى الخبرين المذكورين و هما مع غيرهما عن الاخبار من طرق العامه و الخاصه كما ستسمع فى بحث الاستبراء ظاهره فى التحريم مع اعتبار السند و عدم المعارض و الشهرة و المناسبه العقليه مع التطويل المذكور لكلام القائل بالكراهه نعم فيهما الامر بالغسل فى عرقهما و هو يدلّ على نجاسه عرقهما و هو خلاف المشهور فان كان لهما معارض و مانع من ذلك يحمل الامر فيهما على الاستحباب و الّا فعلى الوجوب الظاهر و ذلك غير مانع من دلاله أوّلها على تحريم لحمها و لبنها فلا- مانع من القول بالتحريم فقول ح يع بعد نقل الروايه عن العامه النبى ص نهى اه و روايه هشام اه و غيرها من الاخبار الدّاله على النهى الأوّل عامى و الثانى غايته ان يكون من الحسان و الباقي ضعيفه

محلّ التامل اذ قد عرفت الصّحيح و الحسن و ما رايت ما ذكره فى الاصول بل التى ذكرها روايه مسمع و هى ضعيفه كما رايت فى الكافى و هو امر و ممّا ذكر يظهر فساد ما ذكر فى الكفايه قائلاً المستند للمنع اخبار لا يستفاد منها اكثر من الرّجحان نعم يتجه ما ذكره على القول المنسوب اليه من عدم دلاله النهى فى اخبار الاثمه ع على الحرمة و لكن حكى عنه انه قال بلزوم الحمل على الحرمة اذا كانت مشهوره بين الاصحاب فيلزم على مختاره أيضا حمل النهى هنا على الحرمة لاشتهارها بين الاصحاب بلا شبهه و قد تبّه على ما ذكرناه فى الرّياض قائلاً و اختيار صاحب الكفايه الكراهه ضعيف غايته كمستنده الّذى ذكره من أنّه لا يستفاد من الاخبار و اكثر من الرّجحان مع ما علم من العمومات الدّاله على الاباحه لا ببناء ما ذكره من عدم استفاده الحرمة من التّواهى المتقدّمه على ما اختاره من عدم افاده نواهى الاثمه ع اياها الّا بالقرينه و هى فى المقام مفقوده و هو فاسد بالضروره كما برهن فى محلّه هذا مع أنّ الشهره على اراده الحرمة متحقّقه و هو يجعلها فيها و فى اوامرهم للحرمة او الوجوب قرينه و به صرح فى مواضع عديده و حيث ظهر دلّاله التّواهى المزبوره على الحرمة امّا حقيقه كما نختاره او القرينه كما لزمه ظهر الجواب عن العمومات الدّاله على الاباحه لأنها بتلك التّواهى مخصّصه و للآخرين وجوه أيضا منها ما ذكره فى الكشف من الاصل و فيه انه لا يصلح لمعارضه الادّله المتقدّمه الدّاله على الحرمة و منها ما ذكره فى الكشف أيضا قائلاً و كرهه ابو على للأصل و الحصر فى الآيه الشريفه و فى بعض الاخبار على وفق الآيه الشريفه و فيما ذكره نظر للمنع من شمول الآيه الشريفه لمحلّ البحث لإمكان دعوى ظهورها فى المحرم بالذات و من الظاهر أنّ التحريم هنا عارضى سلّمنا و لكن يجب تخصيص عمومها بما تقدم من ادّله التحريم فإنّها اخص مط من عموم الآيه و قد ثبت عندنا جواز تخصيص الكتاب باخبار الآحاد سيّما اذا كانت معتضده بالشهره و منها ان المستفاد من تصريح ط بانّ الكراهه مذهبنا دعوى الاجماع عليها كما تبّه عليه فى لك و الكفايه و قد يجاب عن هذا الوجه اولاً- بالمنع من دلاله قوله مذهبنا على دعوى الاجماع على الكراهه و اشعاره بها ممنوع و ان صرح به فى لك و الكفايه



سلمنا و لكن الاشعار غير الدّلاله و أنّما المعتر الثاني دون الأوّل و ثانيا بأنّه لو سلّم

ص: ٦٣٧

دلالته على دعوى الاجماع فهى موهونه بمصير المعظم الى الخلاف و ثالثا بما نبّه عليه فى الرياض فى مقام تضعيف نسبه دعوى الاجماع على الكراهه الى ط و الخلاف قائلًا و فى هذه النسبه مناقشه فان قوله بالكراهه و دعواه الاجماع فيهما انما هو بناء منه على أنّ الجلاله عنده ما يكون العذره اكثر غذاها محضًا كما سيأتى عنه حكايته قريبا و به صرّح فى ف فقال الجلاله عباره عن البهيمة التى تاكل العذره اليابسه او الرطبه الى ان قال فان كان هذا اكثر علفها كره لحمها عندنا ثم قال و روى اصحابنا تحريم ذلك اذا كان غذائه كلّ من ذلك و الكراهه على هذا لا يختصّ به بل هو مذهب اكثر علمائنا كما صرّح به فى لف و لك و غيرهما و محلّ النزاع الّذى نسب اليه القول بالكراهه فيه انما هو الجلاله التى تكون غذائها العذره المحضه لا مطلق الجلاله و هو لم يظهر منه القول بالكراهه بل ظ فى ف كما عرفت القول فيها بالحرمه مدعيا عليها فى الظاهر اجماع الفرقه بعد ان نسبها الى روايه الاصحاب كافه و انحصر القائل بالكراهه فى محلّ المشاجر فى الاسكافى خاصه و هو شاذ و حجته غير واضحه عدا الاصل المخصّص بما مرّ من الادلّه هذا و ربّما حمل كلامه بعض الادلّه على ما يرجع اليه ما ذكره الجماعه فلا خلاف فى المسأله فى مجمع الفائده و لا اشكال و نبّه على ما ذكره من اختصاص كلام ط و ف بغير محلّ البحث فى مجمع الفائده أيضا فاذا اقرب هو القول الأوّل و مع ذلك فهو احوط و

**ينبغى التنبيه على امرين**

**الأوّل لا يختصّ التحريم باعتبار الجلل بالطيور الماكوله**

بل يعم كلّ حيوان يحل اكله كره او لا

**الثانى لا اشكال فى حصول الجلل باكل عذره الانسان**

و الاغتذاء به خاصه و هل يختصّ بذلك او يتحقّق باكل غير العذره من سائر النّجاسات اختلف الاصحاب فى ذلك على قولين احدهما أنّه يختصّ بذلك و لا- يحصل بغيره و قد صار اليه فى يع و فع و التبصره و التحرير و عد و س و اللّمعه و التنقيح و المهذب البارع و لك و ضه و مجمع الفائده و الكفايه و مجمع البحرين قائلين الجلل هو ان يفتدى و يأكل الحيوان عذره الانسان لا غير بل صرّح فى لك و المهذب البارع و مجمع الفائده و الكفايه بأنّه المشهور و ثانيهما ما حكى مستفيضا عن الحلبي من أنّ الجلاله هو الّذى يفتدى بالعذره و غيرها من سائر النّجاسات و هو ضعيف بل المعتمد هو القول الأوّل لصحيحه هشام المتقدّمه المعترضه بالشهره العظيمه الّتى لا يبعد معها دعوى شذوذ المخالف و هى سليمه عن المعارض اذ لم نجد حجه للحلبى سوى ما اشار اليه فى مجمع الفائده من القياس و هو فى غايه الضعف و مع هذا فمراعات الاحتياط اولى

**منهل اختلف الاصحاب فيما يتحقّق به الجلل باكل عذره الانسان على اقوال**

احدها ما حكاه في لك والكفايه عن بعض قائلين و قدره بعضهم بان ينمو ذلك في بدنه و يصير جزءا له و اختاره في التنقيح قائلان الزمان الذي يصير به الحيوان جلالات لم يقدره الاصحاح و الظاهر انه ما يصير جزء عضو له و ثانيها ما حكياه أيضا عن بعض قائلين و قدره بعض بيوم و ليله كالرضاع و استقره في التنقيح أيضا قائلان و قدره بعض المحققين بيوم و ليله و هو قريب كما في الرضاع المحرم و لأنه أقل زمان الاستبراء كما يجي ء فيكون أقل ما يصير به جلالات و ثالثها ما حكياه أيضا عن بعض قائلين و قدره بعض بان يظهر التنن في لحمه و جلده و زاد في لك قائلان و هذا قريب و المعتبر على هذا رائحه النجاسه التي اغتذاها لا مطلق الرائحه الكريهه و صرح بما ذكر في الكفايه أيضا و رابعها ما صار اليه في الروضه قائلان الجلال هو العدى يغتذى بعذره الانسان محضا لا يخلطه غير الى ان ينبت و يشتد عظمه عرفا و خامسها ما يستفاد من كثير من ان المعتبر صدق انه يأكل و يغتذى الغدره عرفا و قد صار اليه في مجمع الفائده قائلان و الظاهر في مثله الرجوع الى صدق الجلل عرفا و في معرفته اشكال و اختاره في الكفايه و الرياض و هو المعتمد لان اللفظ المعلق عليه الحكم الشرعى اذا لم يكن له حقيقه لغويه و لا حقيقه شرعا و لا فسر بشى ء خاص شرعا يجب فيه الرجوع الى العرف و لذا يجب الرجوع فى الارتماس و الفوريه و نحو ذلك الى العرف و ما ذكرناه من القواعد الاصوليه المسلمه المتفق عليها بين الاصحاح بل المسلمين قاطبه و قد التزموا بها من اول الفقه الى اخره و يعضد ما ذكرناه اولاً- قول الرياض بعد الاشاره الى المختار و هذا اقوى لأنه المحكم فيما لم يرد به من الشرع تفسير اصلا و ثانيا خلو الروايات و معظم كتب الاصحاح من الاشاره الى تفسير ذلك و ليس ذلك الا للإشاره الى ما ذكرناه و قد تبه على ما ذكرناه من خلو ما ذكر عن ذلك فى المذهب البارع قائلان قد بينا ان الجلال هو العدى يغتذى العذره محضا و لكن القدر العدى يصير به الحيوان جلالات هل هو ايام متعدده او يوم او اكله واحده فنقول خصوص الروايات خاليه عن هذا التحرير و كذا كتب الاصحاح يعضد ما ذكره قول لك و الكفايه و الرياض النصوص و الفتاوى المعتبره خاليه عن تقدير المده التى يتحقق فيها ذلك لا يقال يعارض ما ذكر ما اشار اليه فى الكفايه من بعض الروايات قائلان مدّه حصوله هى المدّه التى يقال بالاكل فيها انه جلال و لكنّها غير منضبطه شرعا و لا لغه و لا عرفا و فى بعض الروايات دلالة على انه لا بدّ من كون غذائها ذلك و لم يكن له غذاء و انه لا بدّ من الاتّصال فلو اختلط لم يحرم و لم يصير جلالاته و هى مرسله ابن اكييل و مرسله على بن اسباط و فى صحيحه هشام اشاره اليه نعم قد فهم انه لا بدّ من كون غذائها و عدم الفصل بغيرها و لكن ما علم مقدار تلك المدّه فيمكن الحواله الى العرف و صدق ان تلك غذائها فيمكن تحقيقها بيوم و ليله و بالمقدار العدى يشتد به عظم و ينبت لحم كما قيل فى الرضاع و لكن معرفه هذا مشكل و لا شك فى ظهورها بعد مدّه كثيره و نقل عن بعض ظهور التنن و رائحه تلك العذره من اللحم و الظاهر لا شك فى حصوله ح و اما القليل فغير معلوم ثم قال كما فى الرياض يستفاد من بعض الروايات ان المعتبر فى ذلك ان يكون العذره غذائها و من بعضها ان الخلط لا يوجب الجلل لأننا نقول لا نسلم منافات الروايات المذكوره لما اشرفنا اليه من القاعده بل الظاهر انطباقها على هذه القاعده و بالجمله لا اشكال فى ان المعتبر هنا صدق الاسم عرفا حقيقه و من غير صحه السلب فان علم بعدم الصدق حقيقه و كان بحيث يصحّ سلب الاسم لم يحكم بالتحريم بل هو حلال مط و ان صحّ الاطلاق مجازا و الظاهر عدم الصّدق بالاكل مرّه او مرّتين و الظاهر صدق الجلل بالنمو فى البدن و صيروره الغذاء النجس جزءا له و كذا بظهور التنن فى اللحم و الجلد

ص: ٦٣٨

و اما صدقه بالاغتذاء فى يوم و ليله فمحل تأمل فالاحوط الاجتناب فيه و فى جميع الاشتباه فى الصّدق و لكن الاقرب انه ح غير

لازم و هل يشترط تمحيض العذره فى الاغتذاء بها فلو حصل الخلط لم يحرم و لو كان الغالب العذره او لا حكى الثانى عن الشيخ فى المهذب البارع و لك و الكفايه قائلين قال الشيخ فى ف و ط ان الجلاله هى التى يكون اكثر علفها العذره فلم يعتبر تمحيض العذره و زاد فى الاوّل قائلا و هذا يشمل ما لو اغتذت فى اليوم الواحد مرات متعدده و هى يخلط من هذا و هذا او يكون اكثر علفها العذره ثم قال و هذا انما يتمشى على القول بكراهه الجلال اما على القول بالتحريم فلا يتحقق الا اذا كان علفها العذره محضا نص عليه الاصحاب و يظهر الاوّل من يع و فع و عد و التّحرير و س و اللّمعه و التنقيح و المهذب البارع و ضه و لك و الكفايه و مجمع البحرين و الرّياض و بالجملة الظاهر أنّه مذهب المعظم كما يظهر من لك و مجمع الفائده و الكفايه و هو المعتمد و لهم اولا ظهور الاتفاق على ما صاروا اليه اذ لم نجد قائلا مصرحا بتحريم المختلط مط و قد تبّه على ذلك فى المهذب البارع قائلا بعد ما حكينا عنه سابقا و روى عن سعد بن سعد الاشعري عن ابى الحسن الرّضاع قال سألت عن اكل لحوم الدجاج فى الدساكر و هم لا يمنعونها من شىء يمر على العذره مجلّلا عنها فاكل بيضهن فقال لا باس به و حملها الشيخ على الخلط و استشهد على هذا الحمل بما رواه محمّد بن يعقوب بن محمّد بن احمد عن الخشاب عن على بن اسباط عن روى فى الجلالات لا باس باكلهنّ اذا كان يخلط قال المصنف حيث لا تقدير فى ذلك فالذى ينقلب ان يخلو من العلف الطاهر و يصير ما يتناوله من العذره ما ليأثر لآلات الغذائيه بحيث يتحقّق استحاله القدر الذى يتناوله الى شبه الاعضاء و لا يتحقق التمحص فى الغذاء الا على هذا الوجه و يكره لحم المختلط كما صرّح به فى التّحرير

## منهل قد ذكروا انه يحرم من الذبيحه اشياء

### اشاره

منها الطّحال و هو على ما فى المهذب البارع و الرّياض و مجمع الدّم الفاسد و قد صرّح بتحريمه فى المقنعه و الانتصار و يع و فع و التّحرير و التبصره و لف و عد و د و س و اللّمعه و غايه المراد و المهذب البارع و التنقيح و ضه و لك و مجمع الفائده و الرّياض و حكاها فى غايه المراد عن النّهاييه و الخلاف و الصّيدوق و الدّيلمى و الحلبي و بنى زهره و حمزه و البراج و ابن ادريس و ربّما يستفاد خلاف ذلك من قول الاسكافى المحكى عنه فى غايه المراد يكره من الشاه اكل الطّحال و المثانه و الغدد و النخاع و الرحم و القضيب و الأنتيين و ليس كلامه صريحا فى المخالفه لاحتمال ارادته من الكراهه الحرمة فانّها قد تطلق عليها كما صرّح فى به غايه المراد و المهذب البارع و الكفايه و لو سلم مخالفته فلا ريب فى شدوذه و ندرته فالمعتمد ما عليه المعظم و لهم وجوه احدها انه تبّه على دعوى الاجماع على تحريم ذلك فى الانتصار قائلا و ممّا انفردت به الاماميه تحريم اكل الطّحال و القضيب و الخصيتين و الرحم و المثانه و يكرهون الكلّيتين و خالف باقى الفقهاء فى ذلك و الدّليل على صحه ما ذهبوا اليه الإجماع العدى تردّد و ان شئت ان تبني هذه المسأله على بعض المسائل المتقدّمه التى عليها دليل ظ و ان احدا من الامه ما فرق بين المسألتين و يعضد ما ذكره اولا قول غايه المراد قد ظهر من هذه الحكايات الاتفاق على اربع الدم و الطحال و القضيب و الأنتيين و ثانيا قول التنقيح اتفق الكل على تحريم الفرث و الدّم و القضيب و الأنتيين و الطحال نعم كره ابن الجنيّد الطّحال و القضيب و الأنتيين و لا عبره بقوله لحصول الاجماع بعده على تحريمها و ثالثا قول مجمع الفائده و الظاهر انه لا نزاع فى تحريم الاربعه و هى الدم و الطحال و القضيب و الاثنيان للإجماع المنقول و النص المجبور ضعفه و رابعا قول الرّياض ما يحرم من الذبيحه قسمان مجمع عليه و مختلف فيه فالاول خمسّه القضيب و هو الذكر و الاثنيان و هم البيضتان و الطحال و هو مجمع الدم الفاسد و الفرث و هو الروث فى جوفها و الدم و بالإجماع عليه صرّح جمع و منهم الفاضل المقداد فى التنقيح و السيّدان فى

الانتصار والغنيه لكنهما حكياه فيما عدا الفرث و هو ظ المحكى عن ف في الجميع و نفى عنه الخلاف كثير من متأخري الاصحاب و هو الحجه المعتضده بالنصوص الآتية و ثانيهما خبر ابن ابي عمير عن بعض اصحابنا عن الصادق ع لا يؤكل من الشاه عشره اشياء الفرث و الدم و الطحال و النخاع و العلباء و الغدد و القضيب و الأنتيان و الحياء و المراره و ثالثها خبر إسماعيل بن مرازم عنهم ع قال لا يؤكل ما يكون من الابل و البقر و الغنم و غير ذلك من الحمير حلال الفرج بما فيه ظاهره و باطنه و القضيب و البيضتان و المشيمه و هى موضع الولد و الطحال لأنه دم و الغدد مع العروق و النخاع الذى يكون فى الصلب و المراره و الحديق و الخزره التى يكون فى الدماغ و الدم و رابعها خبر ابراهيم بن عبد الحميد عن ابي الحسن ع قال حرم من الشاه سبعة اشياء الدم و الخصى و القضيب و المثانه و الغدد و الطحال و المراره و خامسها ما اشار اليه فى مجمع الفائده قائلا و يدل على تحريم العشره ما رواه فى الفقيه مرسلا قال الصادق ع فى الشاه عشره اشياء لا تؤكل الفرث و الدم و النخاع و الطحال و الغدد و القضيب و الأنتيين و الرحم و الحباء و الاوداج و سادسها ما تبّه عليه فى مجمع الفائده بقوله و يدل على تحريم سبعة اشياء رواه ابي يحيى الواسطى رفعه قال مّر امير المؤمنين ع بالقصايين فنهاهم عن بيع سبعة اشياء من الشاه نهاهم عن بيع الدم و الغدد و اذان الفؤاد و الطحال و الخصى و القضيب و سابعها ما ذكره فى لك من أنه خبيث فيندرج تحت عموم قوله تعالى وَ يُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثَ و منها القضيب و هو الذكر كما صرح به فى ضه و المهذب البارع و قد صرح بتحريمه فى المقنعه و الانتصار و يع و فع و التبصره و عد و لف و د و التحرير و الدروس و اللمعه و غايه المراد و التنقيح و ضه و لك و مجمع الفائده و المهذب

البارع و الرياض و حكاه فى غايه المراد عن الصدوق و المفيد و الشيخ فى يه و ف و ابن البراج و ابن زهره و ابن ادريس و ابي الصيلاح و سلار و هو المعتمد و لهم اولا ظهور الاتفاق عليه و ثانيا عموم الكتاب المتقدم اليه الاشاره لأنه صرح فى لك و ضه بخباته و ثالثا دعوى الاجماع على ذلك فى الانتصار و غايه المراد و التنقيح و مجمع الفائده و الرياض و المحكى فيه عن الغنيه و الخلاف و كثير من المتأخرين و رابعا ان الاخبار المتقدمه باسرها تدل على ذلك و منها الاثنيان و هما البيضتان كما صرح به فى الرياض و قد صرح بتحريمهما جميع الكتب المتقدمه التى صرحت بحرمه القضيب و حكاه فى غايه المراد عن جميع من حكى عنهم القول بتحريم القضيب و قد تقدم اليهم الاشاره و هو المعتمد و لهم اولا ظهور الاتفاق عليه و ثانيا دعوى الاجماع عليه فى الانتصار و غايه المراد و التنقيح و مجمع الفائده و

ص: ٦٣٩

و الرياض و المحكى فيه عن الخلاف و الغنيه و كثير من المتأخرين و ثالثا ان الاخبار المتقدمه باسرها تدل على و رابعا عموم قوله تعالى المتقدم اليه الاشاره فان الظاهر انه خبيث أيضا و منها الفرث و هو الروث فى جوف الدبّيح كما صرح به فى ضه و المهذب البارع و منها الدم و قد صرح بحرمته و حرمه الفرث الكتب المتقدمه المصرحه بحرمه الخبيث عدا الانتصار و حكى فى غايه المراد القول بتحريمهما عن الصدوق و الشيخ فى النهايه و ابن حمزه و ابن ادريس و ما صاروا اليه من حرمه الاير هو المعتمد و لهم اولا تصريح لك و ضه و الرياض بخباته الفرث و تصريح لك و الرياض بخباته الدم فيندرجان معا تحت عموم الكتاب المتقدم اليه الاشاره و ثانيا التصريح بدعوى الاجماع على تحريمهما فى التنقيح و الرياض و بدعوى الاجماع على تحريم الدم فى غايه المراد و مجمع الفائده و قد حكى فى الرياض دعوى الاجماع على تحريمهما معا عن الخلاف و الغنيه و كثير من المتأخرين قائلا- و لم يقدر فيها عدم تعرض المفيد و الديلمى لذكرهما لمعلوميه نسبهما مع احتمال كون الوجه فى عدم تعرضهما لهما اما بعد احتمال اكلهما بخلاف الثلاثة الباقية او كون حرمتها من الضروريات لاستخباتهما و تعاضد الادله من

الكتاب و السنه بحرمة الدّم مضافا الى استلزام حرمة الطّحال المذكوره فى كلامهما المستفاده من الصّيحاح المستفيضه و غيرها من المعتبره حرمة بالأولويه لتعليل حرمة فى بعض تلك النصوص بكونه دما فى الحقيقه و بالجمله لا شبهه فى حرمتها و ثالثا أنّ الاخبار المتقدّمه باسرها تدل على حرمة الدّم و بعضها يدل على حرمة الفرث أيضا و رابعا قوله تعالى حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَ الدَّمُ وَ تَبَهُ عَلَى مَا ذَكَرَ فِي غَايَةِ الْمُرَادِ بِقَوْلِهِ وَ نَقَصَ ابْنَ الْبِرَاجِ الدَّمَ لظهوره بتحريمه بنص القرآن و منها المثانه و قد صرح بحرمتها فى الانتصار و يع و فع و التحرير و التبصره و عد و د و لف و س و اللمه و لك و مجمع الفائدة و المهذب البارع و الرّياض و حكاه فى غايه المراد عن الخلاف و كذا حكاه عن غيره من جماعه المتقدمين قائلا و قال ابو الصّيحاح و تبعه ابن زهره يحرم سبعة الدم و الطحال و القضيب و الاثنيان و الغدد و المشيمه و المثانه ثمّ صرح بان ابن ادريس حرم المثانه و بالجمله الظاهر انه مذهب الاكثر كما صرح به فى الرّياض و حكى فيها عن جماعه من المتقدمين ما يشعر بعدم حرمة المثانه قائلا قال الصّيحاح يدوق عشره لا يؤكل الفرث و الدّم و النخاع و الطّحال و الغدد و القضيب و الاثنيان و الرّحم و الحباء و الاوداج و روى العروق و فى حديث اخر مكان الحباء الجلد و قال المفيد و سلار لا يؤكل الطّحال و القضيب و الاثنيان و لم يذكرها غيرها و قال الشيخ فى التّهايه و تبعه ابن البراج و ابن حمزه و ابن ادريس يحرم اربعة عشر الدّم و الفرث و الطحال و المراره و المشيمه و الفرج ظاهره و باطنه و القضيب و الاثنيان و النخاع و العلباء و الغدد و ذات الاشاجع و الحدق و الخرز و نقص ابن البراج الدّم لظهور تحريمه بنص القرآن و زاد ابن ادريس المثانه فالمحرّمات عنده خمس عشر و يظهر منها المصير الى هذا القول بل يظهر منها حكايه دعوى الشهره عليه عن لف و هو ضعيف بل الاقرب ما عليه المعظم من حرمة المثانه و لهم اولا تصريح الانتصار بدعوى الإجماع عليه كما عن الغنيه و يعضدها الشّهرة العظيمه بل قد يمنع من دلالة عباره الجماعه من المتقدمين المتقدّم اليهم الإشاره فى عباره غايه المراد على المخالفه لأنّ عدم تعرّضهم لتحريم المثانه فى مقام ذكر المحرمات من الذّبيحه لا يدل على مصيرهم الى حلّيتها نعم ربما كان فيه اشعار بذلك و لكن الاشعار ليس بمعتبر نعم ان قلنا بحجّيه مفهوم العدد كان عباره بعضهم داله عليها و لكنّها خلاف التحقيق فت و ثانيا خبر ابراهيم بن عبد الحميد المتقدّم اليه الاشاره لا يقال هو ضعيف السند فلا يجوز الاعتماد عليه فى اثبات حكم مخالف للأصل لأننا نقول ضعف السّند هنا غير قادح لانجباره بما بيّناه من الاجماع المنقول و الشّهرة العظيمه و قد تبّه على ما ذكرناه فى الرّياض و لا يقال يعارض الروايه المذكوره ما عداها من الروايات المتقدّمه فانّها تدلّ على حلّيه المثانه اما على القول بحجّيه مفهوم العدد فظ و اما على القول بعدمها فلاقتضاء المقام ذكر جميع محرمات الذّبيحه فلو كانت المثانه لكانت المذكوره كسائر

المحرمات المذكوره لأننا نقول الروايات المذكوره لا تصلح لمعارضه هذا الخبر اما اولا فلما بيّناه فى مقام منع دلالة عباره جماعه من المتقدمين الذين اشار اليهم فى غايه المراد على القول بحليه المثانه و امّا ثانيا فلما تبّه عليه فى الرّياض قائلا و كيف كان الاشبه تحريم المثانه و المراره و فاقا للأكثر لما عرفت من الاجماع المحكيه المخصّصه لما مر من الاصول و العمومات الجابره مضافا الى الشّهرة العظيمه و غيرها ممّا سيأتى اليه الاشاره لضعف اسانيد الاخبار السّابقه و الوهن الحاصل فيها باعتبار التعارضات المتقدّم اليها الاشاره مع امكان الذب عن هذا الوهن بعد تسليم معارضته مثل هذا المفهوم المنطوق بانّ التعارض بينهما تعارض العموم و الخصوص المط لدلالة المفهوم فى الخبر الأوّل مثلا على حلّ كلّما هو عدا عشره و هو بمنزله العام و دلالة المنطوق فى الخبر الثانى على حرمة المثانه و هو بالنّسبه الى ذلك كالاخص فليكن مقدّما و هكذا الحال فى تعارض مفهومهما لمنطوق الاخر فى المشيمه لدلاله الأوّل على حلّها فى ضمن العموم و دلالة المنطوق بحرمتها على الخصوص و ثالثا ما تبّه عليه فى يع و فع و لك و مجمع الفائدة و المهذب البارع من خباثه المثانه فتندرج تحت عموم قوله تعالى وَ يُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثَ وَ فسر المثانه

في غاية المراد و ضه و مجمع الفائده و المهذب البارع و الرياض بموضع البول و مجمعه و منها المراره و قد صرح بحرمتها في يع و فع و التحرير و التبصره و عد و الارشاد و لف و س و اللمعه و غايه المراد و لك و مجمع الفائده و المهذب البارع و الرياض و حكاها في غايه المراد عن يه و ابن البراج و ابن ادريس و حكي عن لف دعوى الشهره عليه و حكي عنه أيضا أنه حكي عن ابي الصيلاح كراهتها فان اراد منها معناها المصطلح عليه بين الاصوليين صار مخالفا و ربما يستفاد أيضا من الانتصار و المقنعه و المحكي في غايه المراد عن الشيخ في الخلاف و الديلمي و الاسكافي لأنهم لم ينبهوا على حرمتها عند ذكرهم محرمات الذبيحه و المسأله محل اشكال كما تبّه عليه في يع و فع بقوله و في المثانه و المراره تردد اشبهه التحريم لما فيه من الاستخبات و الاقرب عندي ما صار اليه من التحريم لوجوه منها تصريح خبر ابراهيم بن عبد الحميد المتقدم بحرمتها و يعضده النهى عن اكلها في خبر إسماعيل بن عبد مرازم و مرسل ابن ابي عمير المتقدمين و منها ما تبّه عليه في يع و فع و لك و مجمع الفائده و المهذب البارع من خباثتها و منها ما تبّه

ص: ٦٤٠

عليه في ض قائلا و في حرمه المثانه و المراره و المشيمه تردد ينشاء من اصالتى البراءه و الاباحه و عمومات الكتاب و السنه بحلّ ما ذكر عليه اسم الله سبحانه مع ضعف النصوص الداله عليها ثم ساق مرسل بن ابي عمير و خبرى ابراهيم و إسماعيل المتقدم اليه الاشاره قائلا بعده هذا مع عدم ذكر جميع هذه الثلاثه في كلّ من هذه النصوص و الاكتفاء في كلّ منها بذكر بعضها مع تعارض الاولين في المثانه لدلاله الاول على الحلّ بالمفهوم و الثانى على حرمة بالمنطوق و تعارضهما مع الثالث في المشيمه لتصريحه بحرمتها مع دلالتها على حلّها بالمفهوم و من دعوى السّيدّين في الكتابين اجماع الاماميه على حرمة ما عدا المراره يثبت الحكم فيها بالاجماع المركب لاتفاق الكل في الظاهر على حرمتها و عدم ذكر نقله الاجماع اياها لا ينافيه لكثير ممّا مرّ في دعوى الاجماع المتقدمه في حرمه الخمسه و من هنا يمكن دعوى عدم الخلاف في حرمتها و حرمه المشيمه لان الاصحاب ما بين مصرّح بحرمة الاربعه عشر اشياء المذكوره مع المشيمه كما عليه الحلّي في السّرائر و نسبه في ضه الى جماعه ممّن تاخر عن الحلّي و مفت بحرمتها خاصه من دون ذكر المثانه كالشيخ في النهايه و جمله ممّن تبعه كالقاضي و ابن حمزه بل نسبه في لف و التحرير الى المشهور و مفت بحرمة هذه الثلاثه مع الخمسه السّابقه كالماتن هنا فيما عدا المشيمه و في يع فيها أيضا كالمسالك و غيره و مفت بحرمة هذه الثمانيه مع الفرج كالفاضل في د و لف و التحرير نعم في لف عن الحلبي انه كره المراره و لكنه كقول الاسكافي بكراهتها و كراهه الطّحال و المثانه و الرحم و القضيب و الأنتيين مع احتمال الكراهه في كلامهما المترادف للحرمة او الاعم منها و من الكراهه بالمعنى المصطلح فلا يثبت المخالفه هذا مع اشعار العبارة بعدم الخلاف في هذه الثلاثه كما لا خلاف في الخمسه السّابقه لعدم ذكر الخلاف فيها الا فيما عدا الثلاثه ممّا سيأتى اليه الاشاره و كيف كان اشبهه التحريم وفاقا للأكثر كما مرّ لا للاستخبات لعدم القطع في الجميع بل لما عرفت مع الاجماع المحكيه الى اخر ما حكينا عنه في مسئله المثانه و يعضد ما ذكره ظهور التحرير و د في عدم الخلاف في حرمه الثلاثه المذكوره كما لا يخفى و المراد بالمراره على ما صرح به في ضه و المهذب البارع و الرياض مجمع المره الصفراء معلّقه مع الكبد كالكيس و منها المشيمه و قد صرح بحرمتها في يع و التحرير و التبصره و عد و لف و د و س و اللمعه و لك و مجمع الفائده و المهذب البارع و الرياض و حكاها في غايه المراد عن الشيخ في النهايه و ابن زهره و ابن البراج و ابن ادريس و ابي الصيلاح بل حكي عن لف دعوى الشهره على ذلك و ربما يظهر من الانتصار و فع و عد و غايه المراد و المحكي عنها عن المفيد و الصّدوق و الشيخ في الخلاف و سلار عدم

حرمتها حيث لم ينبهوا عليها في مقام ذكر محرمات الذبيحة و المسألة محلّ اشكال كما تبّه عليه في يع بقوله في المشيمه تردّد شبهه التحريم لما فيه من الاستخبات و لكن الاقرب عندى التحريم كما اختاره هو و المعظم و لهم اولا خبر إسماعيل مرآزم المتقدم اليه الاشاره و ثانيا ما تبّه عليه في يع و لك و مجمع الفائده و المهذب البارع من خباثتها و ثالثا ما تبّه عليه في الرياض فيما حكينا عنه سابقا و المراد بالمشيمه على ما صرّح به في غايه المراد و مجمع الفائده موضع الولد و بيته الّذى يخرج معه و يدل على ذلك خبر إسماعيل المتقدم و منها الفرج و قد صرّح بحرمتها في الانتصار و التحرير و عد و د و لف و الدروس و حكاها في غايه المراد عن الصّيدوق و الشيخ في النهايه و الخلاف و ابن البراج و ابن حمزه و ابن ادريس و يظهر من مجمع الفائده و المهذب البارع المصير اليه بل حكى في غايه المراد عن لف دعوى الشهره عليه و يعضدها قول الرياض ان التحريم هو الاشهر بينهم كما صرّح به في لف و التحرير و ذهب في يع و فع الى أنّ ذلك ليس بحرام بل مكروه و اختار حليتها في لك أيضا و ربما يستفاد من المقنعه و اللمعه و غايه المراد و المحكى فيها عن ابن زهره و الحلبي و الديلمي حيث انهم لم ينبهوا على حرمتها في مقام ذكر محرمات الذبيحه للأولين وجوه منها

تصريح الانتصار بدعوى الاجماع على حرمه الرّحم و يعضدها الشهره المحكيه بل المحققه و منها خبر إسماعيل بن مرآزم و مرسل الصدوق المتقدم اليهما الاشاره لا يقال هما ضعيفا السند فلا يصلحان لإثبات حكم مخالف للأصل لأننا نقول ضعف السند هنا غير قادح لانجباره بما قدمنا اليه الاشاره من الاجماع المحكى و الشهره و قد صرّح بما ذكر في الرياض و مع ذلك فقد صرّح أيضا بما يفيد قوته و سيأتى اليه الاشاره إن شاء الله تعالى و لا يقال هما ضعيفا الدلاله لان غايتها النهى عن اكل الفرج و هو في اخبار الائمه ع في الكراهه بحيث صارت من المجازات الرّاجحه المساوى احتمالها لاحتمال الحقيقه كما صرّح به من المتأخرين جماعه لأننا نقول ما صرّح به هؤلاء الجماعه ضعيف جدا كما بيناه في كتبنا الاصوليه على ان هذا النهى كما تعلق باكل الفرج تعلق بما هو محرم جدّا و هو اكل القضيبي و البيضتين و المشيمه و الطحال و لا يمكن حمله بالنسبه الى اكل هذه الاشياء على الحرمة و بالنسبه الى اكل الفرج على الكراهه لاستلزامه استعمال لفظ واحد في حقيقته و مجازه و هو غير جائز عند كثير من المحقّقين و لو سلم جوازه فهو من ابعد وجوه التاويل و لا يصار الا بقريته علميه او ظنيّه تفيد ظنا متاخما للعلم و كلتاهما مفقودتان في المقام جدا و اما حمله على مطلق المرجوحيه الشامل للحرمة و الكراهه حتى يكون المراد منه معنى واحد بالنسبه اليهما فهو مجاز يتوقف على قرينه صارفه و هي في المقام مفقوده و العمومات الدالّه على حليتها على تقدير شمولها لها لا تصلح لذلك لان تخصيصها بغيرها اولى من ارتكاب المجاز المشار اليه لما بيناه في كتبنا الاصولي ه من اولويه التخصيص على المجاز خصوصا هذا المجاز الذى هو في غايه البعد و لا يقال يعارض الروايتين المذكورتين جمله من الاخبار المتقدمه الظاهره من حيث المفهوم في عدم حرمه الفرج مط و يعضدها العمومات من الكتاب و السّينه الداله على اصاله الحليّه لأننا نقول جميع ما ذكر لا يصلح لمعارضه الروايتين المذكورتين اما اولا فلأنهما اخصّ من جميع ما ذكر و من الظاهر لزوم تقديم الخاصّ على ان بعضه انما يدل على الحليه بمفهوم العدد و فى حجّيته اشكال و خلاف بين الاصوليين و اما ثانيا فلان جميع الروايات المتقدمه تدل على حرمه الغدد و مرسله ابن ابى عمير تدل على حرمه العلباء و ذلك مستلزم لحرمه الفرج اما لقاعده الاوليه لان خباثه الفرج اشدّ او لان كلّ من قال بحرمه ما ذكر قال بحرمه الفرج فلا قائل بالفرق بين الامرين كما تبّه عليه في الرياض قائلا بعد الاشاره الى وجه الحليه و هو حسن لو لا- الشهره المحكيه فى الكتابين بل الظاهره الجابره للنصوص فى البين مضافا الى دعوى الاجماع فى ظاهر الخلاف و

و صريح الغنيه و العلباء و خزره الدماغ كما فى الاول و فى الاولين خاصه كما فى الثانى و هما حجّه اخرى مستقله على تحريم هذه الثلاثه موجه لتحريم ما عداها بمعونه عدم القائل بالفرق بين الطائفه هذا من انجبار تلك النصوص بالاتفاق فى الجملة لتضمنها تحريم الامور المجمع عليها فت مع ان اولها مروى فى الخصال بسند صحيح على الظاهر و الثانى مروى فى المحاسن بسند موثق بابراهيم بن عبد الحميد و مع ذلك روى ابن ابى عمير و الثالث ليس فى سنده سوى إسماعيل مرار و قد ذكر له فى الرجال ما يستأنس به للاعتماد عليه هذا مع اعتضادها بنصوص اخر فى الكتب الاربعه و غيرها مرويه قريبا من حدّ الاستفاضه يظهر من مجموعها الحكم بالحرمه فى جميع هذه الخمسه عشر فانّ المختار حرمتها مع انها احوط و بالجملة قد ظهر ممّا ذكره و ممّا ذكرنا ان جميع الأخبار تفيد حرمه محلّ البحث و لا يختصّ ذلك بهذه الروايه نعم هى تدلّ عليها من وجوه عديده منها التصريح فيها بالتهى عن اكل الفرج و هذا الوجه يختصّ بها و بمرسل لا يوجد فى غيرهما و منها التصريح فيها بالتهى عن اكل الغدد بناء على ما تبّه عليه فى الرياض من عدم القائل بالفرق بين حرمتها و حرمه الفرج و يعضد قاعده الاولويه المتقدم اليها الاشاره و هذا الوجه مشترك بين جميع الاخبار المتقدمه و منها التصريح فيها بالتهى عن اكل خزره الدماغ بناء على ما ذكره فى الرياض أيضا من عدم القائل بالفرق بين حرمتها و حرمه الفرج و يعضدها أيضا قاعده الاولويه المتقدم اليها الاشاره و منها فحوى ما دلّ على حرمه القضيب و البيضتين و الطحال و الدّم و المراره و المشيمه و منها ما تبّه عليه فى مجمع الفائده و المهذب البارع من خباثه الفرج و للآخرين الأصل و العمومات الداله على الحليه من الكتاب و السنّه و قد يجاب عنهما بما تقدّم اليه الاشاره فاذن المعتمد هو القول الاول مع أنّه احوط و عليه لا فرق فى حرمه الفرج بين ظاهره و باطنه كما صرح به فى التحرير و عد و س و يدلّ عليه خبر إسماعيل بن مازم المتقدم و منها الغدد و قد صرح بحرمتها فى التبصره و عد و س و غايه المراد و اللّمعه و الرياض و يمكن استفادتها من مجمع الفائده و المهذب البارع و حكاها فى غايه المراد عن الصّيدوق و الشّيوخ فى التّهايّه و الخلاف و ابى الصّيلاح و ابن زهره و ابن البراج و ابن حمزه و ابن ادريس بل صرح بدعوى الشهره عليه فى لف و التحرير و الرياض و ذهب فى يع و فع الى حليتها مع الكراهه و ربّما تستفاد الحليه من المقنعه و الانتصار و لف و التحرير و د و المحكى فى غايه المراد عن الدّيلمى لأنهم لم ينبهوا على تحريمها فى مقام ذكر محرّمات الدّبيحه و هذا القول ضعيف بل المعتمد هو القول الاول الذى عليه الاكثر و لهم اولا أنّه حكى فى الرياض عن ظ الخلاف و صريح الغنيه دعوى الاجماع على حرمه الغدد و يعضده الشّهرة المحقّقه و المحكيه لا يقال يدفع ما ذكره ما تبّه عليه فى التنقيح بقوله لأنّ قول بعض الأصحاب تحريمها معارض بقول الاخرين فيسلم اصاله الإباحه عن معارض لأنّا نقول ما ذكره ضعيف جدا على المختار من حجّيه الاجماع و الشهره اذ مجرد قول الآخريين بعدم الحرمه لا يصلح لمعارض ذلك لأنّ قول الفقيه و ان تعدد لا يكون بنفسه حجّه فلم يقع التعارض هنا بين الدّليلين الشرعيين نعم لو قلنا بعدم حجّيه الأمرين المذكورين اتجه التمسك باصاله الإباحه على الحليه لكن لا من جهه ترجيح احد الدّليلين على الآخر بها كما يستفاد من ظ كلامه و كيف كان فيجاب عن الاصل المذكورح باندفاعه ممّا سيأتى اليه الاشاره إن شاء الله فت و ثانيا ما تبّه عليه فى مجمع الفائده و المهذب البارع من انّ الغدد بخصوصها لا يقال لا يمكن الاستناد الى الاخبار المذكوره فى اثبات الغدد و لا فى اثبات تحريم غيرها ممّا تقدّم اليه الاشاره لما تبّه عليه فى الكفايه قائلًا بعد الاشاره الى الاقوال المختلفه فى محرّمات الدّبيحه و المذى اطلعت عليه من الروايات الوارده فى هذا الباب مع عدم اتفاقها عدم اشتمالها على عدّه من المعدودات و اشتمال بعضها على ما لم يقل احد بتحريمه ضعيف الإسناد غير واضح الدّلاله على التحريم قابل للحمل على الكراهه مع انّ عمومات القران خصوصا قوله تعالى فَكُلُوا مِمَّا ذُكِرَ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ و قوله تعالى وَ مَا لَكُمْ أَلَّا تَأْكُلُوا مِمَّا



قوله تعالى أُحِلَّتْ لَكُمْ بَهِيمَةُ الْأَنْعَامِ وكذا عمومات الأخبار يقتضى الحلّ ألا فيما قام على حرمة دليل فما ثبت الاجماع او ثبت كونه مستخبثا يحكم بتحريمه و الباقي يبقى على حكم عموم الحلّ مع الكراهه و لم اعثر على دعوى الاجماع ألما فى اربعة مر ذكرها و دعوى الاستخبثات فى المختلف منها لا يخ عن اشكال و لا ريب فى رجحان ترك ما ذكر فى النصوص و قد تبّه على ما ذكره فى مجمع الفائدة لأننا نقول جميع ما ذكره ضعيف و مدفوع اما ما نبه عليه من عدم اتفاق تلك الاخبار فى ذكر محرمات الذبيحه فلان ذلك غير قادح قطعاً و ألا لزم سقوط العمل باخبار الآحاد الواردة فى بيان انواع العبادات و بيان كیفياتها و شروطها و اجزائها و اركانها و مبطلاتها و احكامها لعدم اتفاقها فى جميع ذلك و التالى بط باتفاق القائلين بحجّيه الأخبار الآحاد قولاً و فعلاً و تقريراً نعم قد يستلزم عدم الاتفاق هنا و فى غيره وقوع التعارض بينها و لكنه هنا و فى غيره غالباً من قبيل تعارض النصّ و الظاهر كما لا يخفى و من الظاهر ان النصّ يلزم تقديمه و ترجيحه على الظاهر ألا ان يكون النصّ ضعيف السند و لم يكن له جابر فيلزم ح تقديم الظاهر حيث يجتمع فيه شرائط الحجيه و اما ما تبّه عليه من اشتغال بعضها على ما لم يقل احد بتحريمه فلانا لا نسلّمه فان كثيراً ممّا ذكر فيها قال الاكثر بتحريمه و حكى عن الاكثر تحريم اكثر ما فيها و حكى عن بعض الأصحاب تحريم جميعها ألا العروق فاننا لم نجد قائلاً بتحريمها لا عيناً و لا اثراً و لكن يحتمل مصير الصّدوق اليه و بالجمله لم يظهر الاتفاق على اباحته و لو سلم فلا يلزم منه سقوط اعتبار الروايه الدّاله على حرمتها بالنسبه الى ما عداها ممّا دلّت على حرمة كما لا يسقط حجّيه العام بالنسبه الى ما لم يثبت تخصيصه منه سلّمنا و لكن غايه الأمر سقوط حجّيه مرسله الصّدوق المتقدّم اليها الإشاره لان ما عداها ممّا تقدّم اليه الإشاره لم يشتمل على ما لا يقول به احد و اما ما تبّه عليه من ضعف سند الأخبار فلان ضعف السند هنا غير قادح لانجباره بالشهره المحقّقه و المحكيه فى كثير من المحرمات المذكوره فيها فان جعلنا هذه الشهره قرينه على صدق الصّدوق كانت بمنزله الروايات الصّحيحة فى حجّيتها و اثباتها التحريم جميع ما ذكرها و ان منعنا من ذلك لزم الاقتصار فى الحكم بالتحريم على ما اشتهر

ص: ٦٤٢

بين الأصحاب تحريمه ألا ان يلحق الباقي به بعدم القائل بالفصل او بالاستقراء فت و مع هذا فقد صرّح فى الرّياض فيما حكينا عنه سابقاً بان مرسله ابن ابى عمير مرويه فى الخصال بسند صحيح على الظاهر و بان خبر ابراهيم بن عبد الحميد مروى فى المحاسن بسند موثق و بان روايه إسماعيل بن مرار قويه و اما ما تبّه عليه من عدم وضوح دلالة الاخبار المذكوره على التحريم و قبولها للحمل على الكراهه فلانه لا يتجه ألا على ما صار إليه كجماعه من المتأخرين من صيروره الكراهه باعتبار غلبه استعمال النهى فيها فى اخبار الأئمه ع من المجازات الرّاجحه المساوى احتمالها لاحتمال الحقيقه و قد بيّنا فى المفاتيح و غيره من كتبنا الأصوليه ضعف ما صاروا اليه و ان المعتمد حمل النهى المجرد عن القرينه كما فى الأخبار المذكوره على الحرمة دون الكراهه و الاجمال فيلزم حمل النواهي المذكوره فى الروايات المذكوره على الحرمة خصوصاً اذا كانت مشهوره بين الاصحاب و قد حكى عنه فى الرّياض الاعتراف بلزوم حمل النهى فى اخبار الأئمه ع على الحرمة ح و مع هذا فبعض الآثار المتقدّمه قد تضمن التصريح بلفظ التحريم و لا يجرى ما صار اليه من اجمال النهى فى اخبار الأئمه ع فى هذه اللفظه لأنه لم يغلب استعمالها فيها فى الكراهه بل قد يمنع من اصل استعمالها فيها فى الكراهه و لو مره واحده فاذن من الالفاظ الصّريحه فى افاده التحريم على أنّه لا ريب فى اراده التحريم من النهى فى تلك الروايات بالنسبه الى بعض المذكورات فيها فيلزم ارادته بالنسبه الى الباقي و ألا يلزم

استعمال اللفظ في حقيقته و مجازة في آن واحد و هو غير جائز عند كثير من المحققين و اما ما تبه عليه من اقتضاء العمومات من الكتاب و السننه الحل فلان اللّازم بعد ما بيناه من اعتبار الروايات المذكوره سنندا و دلالة تخصيص تلك العمومات بها بناء على المختار من جواز تخصيص الكتاب و كل قطعي السنند باخبار الآحاد الجامعه لشرائط الحجّيه كما ذهب اليه كثير من محققى الاصوليين و من اولويه تخصيص على المجاز كما ذهب اليه كثير من محققى الاصوليين أيضا و منها النّخاع و قد صرّح بحرمته في التبصره و عد و س و اللّمع و غايه المراد و المهذب البارع و الرّياض و حكاها في غايه المراد عن الصّيدوق و الشّيه في النّهاييه و ابن البراج و ابن حمزه و ابن ادريس بل صرّح في التّحرير بأنّها مذهب اكثر علمائنا و حكى في غايه المراد عن لف دعوى الشّهره عليها و ذهب في يع و فع و مجمع الفائده الى حليتها مع الكراهه و هو ظ لف و صرّح في غايه المراد بأنّه نقل في لف عن ابى الصّيلاح كراهيه النّخاع و ربّما تستفاد الحليه من المقنعه و الانتصار و المختلف و التحرير و د و لك و المحكى في غايه المراد عن الخلاف و الدّيلمى و ابن زهره و هذا القول ضعيف بل المعتمد هو القول الاوّل الذى عليه الاكثر و لهم اولاً ما تبه عليه في المهذب البارع من خباثته و لكن منع منها في مجمع الفائده و ثانياً دلالة جمله من الاخبار المتقدمه كمرسله ابن ابى عمير و الصّيدوق و روايه إسماعيل بن مرار على حرمه النّخاع و منها العلباء و قد صرّح بكونه حراماً في التبصره و عد و س و اللّمع و غايه المراد و هو ظ المهذب البارع و الرّياض و حكى ما صاروا اليه في غايه المراد عن الشّيه في الخلاف و النّهاييه و ابن البراج و ابن حمزه و ابن ادريس بل صرّح في التّحرير بأنّه مذهب اكثر علمائنا و حكى فيه غايه المراد دعوى الشّهره عليه و ذهب في يع و فع الى حليته مع الكراهه و هو ظ لف و ربّما يظهر الحليه من الانتصار و المقنعه و التحرير و د و لك و مجمع الفائده و المحكى في غايه المراد عن الصدوق و سلار و ابى الصّيلاح و ابن زهره لعدم تعرّضهم كالكتب السّابقه لحرمته في مقام ذكر محرمات الذّبيحه و هذا القول ضعيف بل الأقرب هو القول الاوّل الذى عليه الأكثر و لهم اولاً ما تبه عليه في المهذب البارع من خباثته ذلك و لكن منع منها في مجمع الفائده و ثانياً أنّه حكى في الرّياض من ظ الخلاف و صريح الغنيه دعوى الاجماع على حرمه ذلك و يعضدها الشهره المحققه و المحكيه و ثالثاً أنّه يدل على حرمته مرسله ابن ابى عمير المتقدمه و منها الخزره الّتى هي في وسط الدّماغ و قد صرّح بحرمتها في

التبصره و عد و س و اللّمع و هو ظ المهذب البارع و الرّياض و حكى في غايه المراد ما صاروا اليه عن الخلاف و النّهاييه و ابن البراج و ابن زهره و ابن ادريس بل صرّح في التّحرير بأنّها مذهب اكثر علمائنا و حكى في غايه المراد عن لف دعوى الشهره عليها و ذهب في يع و فع الى حليتها مع الكراهه و هو ظ لف و مجمع الفائده و ربّما يظهر حليتها من المقنعه و الانتصار و التحرير و د و غايه المراد و لك و من المحكى في غايه المراد عن ف و سلار و ابى الصّيلاح و ابن زهره لعدم تنبيههم على حرمتها في مقام ذكر محرمات الذّبيحه كأكثر الكتب السّابقه و هذا القول ضعيف بل الأقرب هو القول الاوّل الذى عليه الاكثر و لهم اولاً ما تبه عليه في المهذب البارع من خباثتها و لكن منع منها في جمع الفائده و ثانياً أنّه حكى في الرّياض عن ظ الخلاف و صريح الغنيه دعوى الاجماع على الحرمة و يعضدها الشهره المحققه و المحكيه و ثالثاً دلالة خبر إسماعيل بن مرار المتقدّم اليه الإشاره على الحرمة و منها الحدقه و قد صرّح بحرمتها في التبصره و عد و س و اللّمع و هو ظ المهذب البارع و الرّياض و حكى في غايه المراد عن لف دعوى الشهره عليه و ذهب في يع و فع الى حليتها مع الكراهه و هو ظ لف و مجمع الفائده و ربّما يظهر حليتها من المقنعه و الانتصار و التحرير و د و غايه المراد و لك و من المحكى في غايه المراد عن ق و الشّيه في ف و ابى الصّيلاح و ابن زهره و هذا القول ضعيف بل الأقرب هو القول الاوّل الذى عليه الاكثر و لهم اولاً ما تبه عليه في المهذب البارع من خباثتها و لكن منع منها في مجمع الفائده و ثانياً ان روايه إسماعيل بن مرار المتقدمه تدل على حرمتها و منها ذات الاشجع و

قد صرّح بحرمتها في التبصره و عد و س و اللمعه و هو ظ المهذب البارع و الرّياض ما صاروا اليه في غايه المراد عن الشّيخ في النهايه و ابن البراج و ابن حمزه و ابن ادريس بل صرّح في التّحرير بأنّه مذهب اكثر علمائنا و حكى في غايه المراد عن لف دعوى الشهره عليه و ذهب في يع و فع الى حليتها مع الكراهه و هو ظ لف و مجمع الفائده و ربّما يظهر حليتها من المقنعه و الانتصار و التحرير و الارشاد و غايه المراد و لك و من المحكّي في غايه المراد عن الصدوق و الشّيخ في ف و سلار و ابي الصّلاح و ابن زهره و هذا القول ضعيف بل الاقرب هو القول الأوّل الّذي عليه الاكثر و لهم أوّلا ما تبّه عليه في المهذب البارع من خباثتها و لكن منع منها في مجمع الفائده و ثانيا أنّ الظاهر ان كلّ من قال بحرمة الحدقه و غيرها من بعض ما تقدّم الاشاره الى حرمة قال بحرمة ذات الأشاجع فمن الأدلّه على حرمتها ظهور عدم القائل بالفرق و الإجماع المركب و بعض ما ذكر الشهره المحقّقه و المحكيه و ما حكيناه عن الرّياض فيما سبق و منها الحياء و الاوداج و قد حكى تحريمها في غايه المراد عن الصدوق و قد صرّح فيها بتحريم الحباء قائلا بعد نقل الاقوال المختلفه فيما يحرم من الذّبيحه و الّذي ظهرت

ص: ٦٤٣

به الآن من تمسّك المكثرين أنّها خبيثه عرفا عاما او اكثريا و كل خبيث محرم للآيه و عليه اعتمد في طرفي تحريم اشياء الفرث و الدم و الطحال و النخاع و العلباء و الغدد و القضيب و الانثيان و الحباء و المراره و لم اجد حجّجه على ما صاروا اليه فالاقرب عدم تحريمهما و ما صرنا اليه هو الظاهر من المقنعه و الانتصار و فع و يع و عد و التحرير و التبصره و لف و د و س و اللمعه و لك و المهذب البارع و مجمع الفائده و الكفايه و الرّياض و المحكّي في غايه المراد عن الشّيخ في ف و يه و ابن البراج و ابن حمزه و ابن زهره و ابن ادريس و ابي الصّلاح بل ظاهر الكتب التي استظهرنا منها المصير الى المختار عدم الخلاف فيه اذ لم تستر اليه بوجه من الوجوه مع اشاره جمله منها كالشرايع و النافع و التحرير و الارشاد و غيرها الى الخلاف في مواضع لنا مضافا الى ما ذكر العمومات المتقدم اليها الاشاره و لا- يعارضها مرسل الصّيدوق و مرسل ابن ابي عمير الدالين على حرمة الحباء و الاوداج اعتضاها بما قدمنا اليه الاشاره و باكثر الروايات السابقه مضافا الى ضعف السند الاول من غير جابر و قد تحصل مما ذكرناه ان محرّمات الذبيحه خمس عشر و هي الطحال و القضيب و الانثيان و الفرث و الدم و المثانه و المراره و المشيمه و الفرج و الغداد و النخاع و العلباء و الخرز و الحدقه و ذات الاشاجع و

**ينبغي التنبيه على امور**

**الاول لا يحرم من الذبيحه غير ما تقدم اليه الاشاره من الاشياء المحرّمه**

فيكون حالاً-الا- ان يكون خبيثا فيحرم من هذه الجهه و يتفرع على ما ذكرناه منها انه لا يحرم اكل الكليتين كما صرح به في المقنعه و الانتصار و الشرايع و فع و التحرير و التبصره و عد و الارشاد و س و اللمعه و لك و ضه و مجمع الفوائد و الرّياض و حكى عن الحلبي و هو ظاهر لف و غايه المراد و المحكّي فيها عن الصدوق و خ في ف و يه و ابن البراج و ابن حمزه و ابن ادريس و سلار و لهم اوّلا- ظهور الاتفاق على ذلك و ثانيا انه نبه في الانتصار على دعوى الاجماع على ذلك و يعضدها قول الكفايه المعروف بينهم كراهه الكل و كذا يعضدها انه صرّح في الرّياض بنفي الخلاف في الحرمة قائلا لا تحرم بلا خلاف ظاهر مصرح به في كلام جمع و كذا يعضدها قول مجمع الفائده لا قائل بحرمة و ثالثا الاصل و العمومات و رابعا ظواهر الاخبار

المتقدمه و خامسا ما نبه عليه من الخبرين الذين رواهما عن العيون و غيره و فيهما ان رسول الله ص كان لا يأكل الكليتين من غير ان يحرمهما لقربهما من البول لا يق يعارض ما ذكر النهى عن الكليتين فى بعض الاخبار لأننا نقول هو لا يصح للمعارضه كما نبه عليه فى الرياض قائلا بعد التصريح به الخلاف فى عدم الحرمة و به يصرف النهى عنها فى النصوص مع ان الوارد منها فى الكلى فى الكتب المشهوره مقطوع غير متضمن للنهى و بل تضمن لفظ الكراهه الذى هو اعم من الحرمة قابل للحمل على الكراهه سيما بملاحظه الخبرين المرويين و غيره ان رسول الله ص اه و بالجمله لا اشكال فى جواز كل الكلى و هل يكره او لا صرح بالاول الكتب المتقدمه التى صرحت بالجواز و حكى عن الحلبي أيضا و هو المعتمد و لهم اولا ظهور الاتفاق عليها و ثانيا انه تبه فى الانتصار على دعوى الاجماع عليها و يعضدها ما حكيناه عن الكفايه و ثانيا قاعده التسامح فى ادله الكراهه و ثالثا الخبران المتقدمان و رابعا ما نبه عليه فى المقنعه قائلا يكره اكل الكليتين لقربهما من مجرى البول و منها انه لا يحرم اذنا القلب كما صرح به فى يع و فع و ير و عد و التبصره و س اللمعه و الروضه و لك و مجمع الفائده و الرياض و هو ظ المقنعه و الانتصار و لف و د و د و غايه المراد و المحكى فيها عن الصدوق و ح و يه و ابن البراج و ابن حمزه و ابن زهره و بن ادريس و ابى الصلاح و سلار و لهم اولا ظهور الاتفاق على ذلك كما نبه عليه فى مجمع الفائده بقوله لا نعلم القائل بحرمة و فى الرياض بقوله لا يحرم بلا خلاف ظاهر مصرح به فى كلام جمع و ثانيا ما تقدم اليه الاشاره من الاصل و العمومات و هل يكره اكل ذلك او لا صرح بالاول الكتب المتقدمه المصرحه بجوازه و هو المعتمد و لهم اولا ظهور الاتفاق عليها و ثانيا قاعده التسامح فى ادله الكراهه و منها انه لا يحرم اكل العروق كما صرح به يع و فع و ير و عد و س و اللمعه و الروضه و لك و مجمع الفائده و الرياض و حكى عن الحلبي و هو ظاهر المقنعه و الانتصار و د و لف و التبصره و غايه المراد و المحكى فيها عن الصدوق و خ فى ف و يه و ابن البراج و ابن حمزه و ابن زهره و ابن ادريس و سلار و لهم اولا- ظهور الاتفاق على ذلك كما نبه عليه فى الرياض بقوله لا يحرم بلا خلاف ظ مصرح به فى كلام جمع و ثانيا الاصل و العمومات المتقدمه اليها الاشاره و هل يكره اكلها او لا صرح بالأول فى الكتب المتقدمه المصرحه بجوازه كما عن الحلبي و هو المعتمد لظهور الاتفاق عليه و لقاعده التسامح فى ادله الكراهه و منها انه لا يحرم اللحم و لا الشحم و لا القلب و لا الكرش و لا جميع الاحشاء الباطنيه عدا ما تقدم الاشاره الى استثنائه و لا العظم مط و لا- الجلد و لا- الحافر و لا- الصوف و لا- الشعر و لا- الوبر و لا- الريش و لا غير ذلك و بالجمله يحل جميع اجزاء الذبيحه الا ما استثنياه سابقا و ما كان خبيثا او مضرا للبدن

### **الثانى المراد بالذبيحه ما يعم المنحوره كالجمل فيحرم منه**

كلما يحرم من الشاه و قد صرح بذلك فى مجمع الفائده

### **الثالث هل المراد بالذبيحه كل حيوان مذكى بالذبح او النحر للأكل**

فيندرج فيه الانعام الثلاثه التى هى الغنم و الإبل و البقر و اليحامير و الغزلان و الطيور التى هى حلال كالحمام و العصفور و غير ذلك فيحرم فى جميع ذلك الاشياء التى تقدم الاشاره الى تحريمها او لا- بل يختص بالانعام الثلاثه اقوال منها ان المراد من الذبيحه كل حيوان يذكى بالذبح لأكل لحمه كبيرا كان كالإبل و البقر و منه الجاموس و الغنم و منه العنز و الغزال و نحوه من الحيوانات البريه التى هى حلال او صغيرا كالحمام و سائر الطيور و منها العصفور و صرح فى الرياض بأنه مقتضى اطلاق الأكثر

قائلا- بعد الاشارة الى قول النافع و اطلاقه كغيره من عبارات اكثر الاصحاب يشمل كبير الحيوان المذبوح كالجوزور و صغيره كالعصفور و بالتعميم صرح جماعه منهم شيخنا فى ضه و لعلّه اشار الى قولها و يشمل ذلك كبير الحيوان المذبوح كالجوزور و صغيره كالعصفور فيما ذكره نظر لان المذكور فى كثير من الكتب كالشرائع و فع و التحرير و التبصره و عد و د و س و اللّمعه محرّمات الذبيحه و جعلها فى غايه المراد قائلا اختلف فى عدد المحرمات من الذبيحه ثم نقل قول ق و المفيد و المرتضى و الشيخ فى النهايه و الخلاف و سلّار و ابى الصيلاح و ابن زهره و ابن البراج و ابن حمزه و ابن ادريس و غيرهم و لفظ الذبيحه و ان كانت لغه جميع الحيوانات المذكوره التى من جملتها العصفور و لكن المتبادر من اطلاقه الشاه او الانعام الثلاثة و اما نحو الحمام و العصفور فليس بمتبادر منه بل قد يدعى صيرورته فى العرف العام حقيقه فيما ادعينا تبادره لصحه سلب الذبيحه فيه عن نحو الحمام و العصفور و هو من اماراته المجاز و يعضده عدم التبادر او تبادر الغير و عدم حسن الاستفهام و عدم صحه الاستثناء و عدم صحه التقسيم و على هذا لا تشمل اطلاقات الكتب المذكوره لجميع الحيوانات المزبوره نعم اختار القول المذكور فى جامع المقاصد قائلا- الظاهر عدم الفرق فى هذه الأشياء بين الذبائح المحلله التى يوجد فيها ذلك كالعصفور فانّ الظاهر هو العموم و قد يستدل عليه اولا بانّ اطلاقات دعاوى الإجماع على حرمة كثير من المحرمات المذكوره فى الانتصار و غايه المراد و التنقيح و مجمع الفائده تشمل جميع الحيوانات المتقدم اليها الإشاره و قد يجاب عنها بانّها تنصرف الى الشاه و الانعام الثلاثة و ثانيا بانّ ما يدل على حرمة المحرمات المذكوره عموم قوله تعالى وَ يُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثَ بناء على أنّ جميعها من الخبائث كما تبه عليه فى المهذب البارع و هذا العموم شامل لمحلّ البحث اذ لا فرق فى خبائثها بين ان يكون من الأنعام الثلاثة او من غيرها كنحو الحمام و العصفور و قد يجاب عما ذكر بالمنع من خبائثه جميع المحرمات المذكوره و ثالثا ان قوله تعالى حَرَّمَ عَلَيْكُمْ الْمَيْتَةَ\* يفيد حرمة جميع اجزاء الحيوانات التى زهق روحها و لو بالتذكيه خرج من هذا العموم بعض الاجزاء بالدليل و لا دليل على خروج محلّ البحث منه فيبقى مندرجا تحته و قد يجاب عما ذكر بالمنع من صدق الميته على الحيوان المذكى فى العرف العام و العرفيه العامه ان لم يكن مقدمه فلا أقلّ من التوقف مع ان بعض المحرمات المذكوره ليست من اجزاء الميته و منها أنّ الحكم يختص بالنعم و نحوها من الحيوان الوحشى و قد صار اليه فى ضه قائلا بعد ما حكينا عنه سابقا و يشكل الحكم بتحريم جميع ما ذكر مع عدم تمييزه لاستلزامه تحريم جميعه او اكثره للاشتباه و الأ-جود اختصاص الحكم بالنعم و نحوها من الحيوان الوحشى دون العصفور و ما اشبهه و منها ان الخبيث من المحرمات المذكوره حرام مط و لو كان من نحو العصفور و اما غيره فليس بحرام فى غير الانعام و قد صار الى هذا القول فى الرياض قائلا بعد الإشاره الى عبارته ضه و هو جيّد فيما كان مستند تحريمه الإجماع لعدم معلوميته فى العصفور و شبهه مع اختصاص عبارات جماعه من الأصحاب كالصيّدوق و غيره و جمله من النصوص بالشاه و النعم و عدم انصراف اطلاقات باقى الفتاوى اليهما و اما ما كان المستند فى تحريمه الخبائث الى كلّما تحققت فيه اجود و مع ذلك الترك مط احوط و فيما ذكره نظر و التحقيق ان يقال ان الخبيث من المحرمات المذكوره حرام سواء كان من الانعام أم من الحيوانات الوحشيه كالغزال و نحوه أم من الطيور و لو كانت صغيره كالعصفور أم من الحيوان المحلله التى لا يذكى بالذبح بل بغيره كالسمك و الجراد بل كلّ خبيث من الحيوانات المحلله حرام لقوله

تعالى يُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثَ مع ظهور الاتفاق على ذلك و يدور الحكم مدار الوصف فلو زال عنه بعلاج زال عنه التحريم من هذه الجهه و كذلك يحرم ما هو نجس من المحرمات المذكوره كالدم الخارج عند ذبح ما له نفس سائله و ميته سواء كانا من الأنعام أم من الحيوانات الوحشيه من الطيور و لو كانت صغيره كالعصفور و اما ما لا يكون خبيثا و لا نجسا من المحرمات التقدم اليها الإشاره فان كان من الأنعام الثلاثة فهى حرام لظهور الاتفاق عليه و للإجماعات المحكيه المتقدم اليه الإشاره المعتضده با

الشهرة العظيمة لاندراجها تحت مفهوم لفظ الذبيحة الذي هو مذكور في اكثر كتب الاصحاب و لخبر إسماعيل بن مرزم و ان كان ممّا لا يذكى بالذبح للأكل كالسمك و الجراد فالاقرب عدم حرمة لما تبه عليه في الرّياض قائلًا و اعلم انه احترز بقوله من الذبيحة عن نحو السمك و الجراد فلا يحرم منه شىء من المذكورات للأصل و اختصاص النص و الفتوى بحكم التبادر بل و التصريح في جملة منهما بغيرهما و يعضد ما ذكره ما تبه عليه في ضه بقوله احترز بقوله من الذبيحة عن نحو السمك و الجراد فلا يحرم شىء من المذكورات للأصل و ان كان من الطيور كالحمام و العصفور و ما هو اكبر منهما فالاقرب أيضا أنه لا يحرم وفاقا للروضة و الرّياض لما تقدّم اليه الإشاره و ان كان

ص: ٦٤٤

من الحيوانات الوحشية كالغزال و نحوه ففي حرمة اشكال و لكن احتمال عدم الحرمة في غايه القوه لما تقدّم اليه الإشاره و ان كان من الخيل و البغال و الحمير ففي حرمة اشكال أيضا من الأصل و العمومات و عدم شمول الفتاوى لها لأن المتبادر من لفظ الذبيحة غيرها كما لا يخفى و كذلك النصوص لا تشملها و من ان تحريمها اذا كانت من الشاه او من الأنعام الثلاثة يستلزم تحريمها اذا كانت من الحيوانات المذكوره بطريق اولى و كيف كان فالأحوط الترك و كذلك اذا كانت من الحيوانات الوحشية

### منهل اذا شوى الطحال مع اللحم فلا يحرم اللحم حيث يكون فوق الطحال

#### إشاره

سواء كان الطحال مثقوبا أم لا و اما اذا كان تحت الطحال فلا يحرم أيضا اذا لم يكن الطحال مثقوبا و ان كان مثقوبا حرم اللحم ح و قد صرح بهذا التفصيل فى يع و فع و عد و التحرير و د و اللمعه و س و التنقيح و ضه و لك و الرّياض و حكاه فى التنقيح عن جماعه قائلًا هذا حاصل كلام الشيخ فى يه و منعه القاضى و ابن ادريس و لم يعلم فى هذا الحكم مخالفا الا ابن بابويه و صرح فى ضه و لك بان هذا التفصيل مشهور بين الاصحاب و زاد فى الثانى قائلًا ذكره الشيخ و غيره و يعضد ما ذكره قول الرّياض هذا هو الاظهر الأشهر ثم حكى عن بعض القدماء خلاف ذلك قائلًا خلافا للصدوقين فحكما بانّ اللحم اذا كان اسفل لم يؤكل مط و اما الحوادب فيؤكل مع عدم الثقب و لا يؤكل مع الثقب و هذا القول ضعيف كما تبه عليه فيه بقوله و هو شاذ و مستنده غير واضح و للقائلين بالمختار اولا ما تبه عليه فى التنقيح و ضه و لك و الرّياض من خبر عمار الذي وصفه بالموثقيه فى الرّياض عن الصادق ع أنه سئل عن الطحال ا يحلّ اكله قال لا تاكله فهو دم قلت فان كان الطحال فى سفود مع اللحم و تحته خبز و هو الحوادب يؤكل ما تحته قال نعم يؤكل اللحم و الحوادب و يرمى الطحال لان الطحال فى حجاب لا يسيل عنه فان كان الطحال مثقوبا فلا تاكل ممّا يسيل عليه الطحال لا يقال هذه الروايه ضعيفه السند فلا يصح الاعتماد عليها لأننا نقول ضعف السند هنا غير قادح امّا اولا- فلانجباره بالشهرة العظيمة المحققه و المحكيه و امّا ثانيا فلما تبه عليه فى لك قائلًا و هذه الروايه و ان كانت ضعيفه السند الا أنه لا باس بالعمل بمضمونها لموافقتهما الظاهر من أنّ الطحال يسيل دمه من الحراره و يتشرب ما تحته و فيما ذكره نظر و ثانيا ما تبه عليه فى مجمع الفائده قائلًا وجه عدم تحريم اللحم المشوى مع الطحال ان كان اللحم فوقه او كان تحته و لم يكن الطحال مثقوبا هو الاصل و الاستصحاب و سائر الادله مع عدم العلم بامتزاجه بالمحرم من اجزاء الطحال و به روايه أيضا و مفهوم المتن يدلّ على تحريمه مع انتفاء الامرين و يدلّ عليه الرّوايه قال فى الفقيه قال الصادق ع اذا كان اللحم مع

الطحال فى سفود اكل اللحم اذا كان فوق الطحال فان كان اسفل لم يؤكل و يؤكل حوادبه لأن الطحال فى حجاب و لا ينزل منه شىء الا ان يثقب فان ثقب سال منه و لم يؤكل ما تحته من الحوادب و

### ينبغى التنبيه على امور

#### الاول هل يختص حرمة اكل اللحم الذى تحت الطحال حالكونه مثقوبا بصورة العلم

بانصباب شىء من الطحال عليه او لا بل يحرم و لو ظهر علما او ظنا عدم الانصباب ظ اطلاق كلام الاصحاب الثانى و هو احوط بل فى غايه القوه و لو علم بعدم الانصباب فلا تحريم كما تبّه عليه فى الرياض بقوله ينبغى تقييد الحكم بالتحريم بصورة امكان سيلان الرطوبة من الاعلى المحرم الى الاسفل المحلل فلو قطع بعدم السيلان لم يحرم الاسفل للأصل و اختصاص اطلاق الفتاوى و النص بحكم التبادر و الغلبه فى مورد هما بصورة امكان السيلان او مقطوعيته او ظهوره سيما مع التصريح بالحكمه فى كثير من النصوص و الفتاوى و اطلاقهما يقتضى الحرمة مع الشك فى السيلان مع احتمالها التقييد بصورة القطع به او ظهوره فيحل فى غيرها عملا بالأصل و لا ريب ان التجنب مط احوط

#### الثانى الظاهر ان اللحم هنا يشمل جميع اللحوم المحلله شرعا

فيندرج تحت الحكم المذكور لحم السمك و الطيور

#### الثالث هل يلحق بالطحال الجرى و الميتة

و كل ما يحرم من الذبيحه المتقدم اليه الاشاره فيراعى التفصيل المتقدم و الاعلى و الأسفل اذا شوى احد المذكورات مع اللحم او لا- فيه قولان احدهما اللاحق و قد حكاه فى الرياض عن التنقيح قائلًا و هل حكم الجرى او غيره ممّا لا يؤكل لحمة حكم الطحال مع اللحم فى ذلك من اعتبار الاعلى و الأسفل ظ المحكى عن الصّيدوقين و ابن حمزه الاول و اختاره فى التنقيح ثم صرح بحسن هذا القول و لأربابه اولًا ما تبّه عليه فى الرياض بقوله بعد الاشاره الى القول المذكور و هو حسن للموثق عن الجرى يكون فى السّفود مع السّمك فقال يؤكل ما كان فوق الجرى و يرمى ما يسأل عنه و حكى فى الرياض عن لف تضعيف سند هذه الروايه ثم اجاب عنه قائلًا- و لا وجه له بعد القول بحجيه الموثق كما هو الأصحّ الاشهر سيما بعد انجباره و اعتضاده فى الجملة بالشّهرة و لا يقال هذه الزوايه قاصره عن افاده تمام المدعى لاختصاصه بالجرى لأننا نقول الاخصيه غير قادحه هنا لإمكان التميم بظهور عدم القائل بالفرق بين افراد المسأله و فيه نظر و ثانيا ما تبّه عليه فى الرياض أيضا بقوله مع ان الحكمه فى الحرمة فى الطحال و غيره واحد و هى سيلان الرطوبة المحرمة من جنب النجاسه الى ما تحته و تشرب الاسفل بها فيحرم و ثانيهما عدم اللاحق و قد حكاه فى الرياض عن لف قائلًا- بعد التصريح بحسن القول الاول خلافا للمختلف فخص الحكم بالطحال عملا باصالة الاباحه و استضعافا للروايه و لا وجه له اه و المسأله محل اشكال و لكن الأقرب عندى فى غير الجرى عدم الإلحاق و اما الجرى فينبغى فيه الاقتصار على ما فى روايه عمار المتقدمه و صرح بأنّه على التحريم هنا ينبغى تقييده بصورة امكان السيلان كما

## الرابع هل يلحق باللحم غيره من سائر المأكولات

إذا اجتمعت مع الطحال أو غيره مما يحرم أكل لحمه أو لا لم يجد مصرحاً بأحد الأمرين والأصل يقتضى العدم وهو الأقرب

**منهل يحرم العصير العنبي وهو الماء المعتصر من العنب إذا غلا واشتدّ ولم يذهب ثلثاه**

### إشارة

وقد صرح بذلك في التّهايه والوسيله ويع وفع والتبصره وعد ود والتحرير وس واللمعه وضه ولك ومجمع الفائده والكفايه والمهذب البارع والمصاييح ولهم وجوه منها ظهور الاتفاق على ذلك ومنها انه صرح في لك والكفايه بنفى الخلاف في ذلك قائلين لا خلاف بين الاصحاب في تحريم عصير العنب اذا غلا واخبارهم ناطقه بذلك ويعضد ما ذكره اولاً قول الزياض يحرم العصير بلا خلاف كما في لك وعليه الاجماع ظاهراً وحكى في التنقيح وغيره صريحاً وثانياً قول المصاييح اطبق علمائنا رضوان الله تعالى عليهم على تحريم عصير العنب بالغليان وعود الحل اليه اذا ذهب

ص: ٦٤٥

منه الثلثان وقد ورد عن ائمه الهدى ع نصوص مستفيضة كادت تبلغ حدّ التواتر ومنها أنّ هذا العصير نجس فيكون حراماً أما المقدمه الاولى فلما بيّنا في كتاب الطّهارة وأما الثانيه فظاهره ومنها الأخبار الدّاله على حرمه العصير احدها ما تمسّك به في المصاييح من خبر عبد الله ابن سنان الذي وصفه فيه وفي لك ومجمع الفائده والزيّاض بالصّحه عن ابى عبد الله ع كلّ عصير اصابه النار فهو حرام حتّى يذهب ثلثاه ويبقى ثلثه و ثانيها ما استدل به في المصاييح أيضاً من خبر حماد بن عثمان الذي وصف بالحسن في لك ومجمع الفائده والصّحه في المصاييح والزيّاض عن ابى عبد الله ع قال لا يحرم العصير حتى يغلى و ثالثها خبر اخر لحماد المذكور عن الصادق ع قال سألته عن شرب العصير فقال تشرب ما لم يغل فاذا غلا فلا تشربه قلت جعلت فداك اى شىء الغليان قال القلب وضعف سنده هنا غير قادح كما تبّه عليه في مجمع الفائده بقوله وفي الطّريق ابو يحيى واسطى وهو مجهول و رابعها ما احتج به في المصاييح أيضاً من خبر ذريح المحاربي الذي وصف بالصّحه فيه وبالموثقيه في لك ومجمع الفائده والزيّاض قال سمعت ابا عبد الله يقول اذا نش العصير او غلا حرم وقد تمسّك بهذه الروايه وبما تقدّمها على المدعى في لك والزيّاض أيضاً وخامسها ما عول عليه في المصاييح أيضاً من خبر اخر لعبد الله بن سنان وقد وصفه بالحسن في مجمع الفائده أيضاً قال قال ابو عبد الله ع ان العصير اذا طبخ حتى يذهب ثلثاه ويبقى ثلثه فهو حلال و سادسها ما استند اليه في المصاييح أيضاً من خبر زراره الذي وصفه بالصّحه عن ابى جعفر ع قال اذا اخذت عصيراً فاطبخه حتى يذهب الثلثان وكل واشرب فذلك نصيب الشيطان و سابعها روايه محمّد بن الهيثم عن رجل عن ابى عبد الله ع قال سألته عن العصير يطبخ في النّار حتّى يغلى من ساعته فيشربه صاحبه قال اذا تغيّر عن حاله و غلا فلا خير فيه حتّى يذهب ثلثاه ثمّ تبّه فيه على وجه دلالة هذه الروايات على المدعى قائلًا وهذه الروايات وان لم يكن اكثرها نصاً في العصير العنبي الا ان ارادته في ضمن العموم مقطوع بها لكونه اظهر افراد العصير وللإجماع على عدم اراده غيره منها بالخصوص وربما ادعى بعض الأصحاب ان العصير اسم لخصوص



ماء العنب و على هذا فهى نص فى المطلوب لكن التخصيص محل نظر و الأصح عدم الاختصاص و منها الاخبار الواردة فى البختج احدها ما احتج به فى المصاييح أيضا قائلا روى الشيخان فى الصحيح عن معاوية بن وهب قال سألت ابا عبد الله عن عن البختج فقال اذا كان حلوا يخضب الاناء و قال صاحبه قد ذهب ثلثاه وبقى ثلثه فاشربه و ثانيها خبر معاوية بن عمار الذى احتج به فى المصاييح و وصفه بالصحة أيضا قال سألت ابا عبد الله ع عن الرجل من اهل المعرفة يأتينى بالبختج و يقول قد طبخ على الثلث و انا اعلم أنه يشربه على النصف فاشربه بقوله و هو يشربه على النصف فقال لا تشربه قلت فرجل من غير اهل المعرفة ممن لا يعرفه يشربه على الثلث و لا يستحله على النصف يخبرنا ان عنده بختجا قد ذهب ثلثاه وبقى ثلثه يشرب منه قال نعم و ثالثها خبر عمر بن يزيد الذى استدل به فى المصاييح أيضا موصفا له بالصحة قال قلت لأبى عبد الله عن الرجل يهدى الى البختج من غير اصحابنا فقال ان كان ممن يستحل المسكر فلا تشربه و ان كان ممن لا يستحل شربه فاقبله او قال فاشربه ثم تبه فيه على وجه دلالة هذه الاخبار على المدعى قائلا بعد الاشارة اليها و التقريب فى هذه الأخبار نظير ما تقدم آنفا فى اخبار العصير فان البختج على ما صرح به ابن الأثير هو العصير المطبوخ قال و اصله بالفارسيه مى پخته اى عصير مطبوخ و منها روايات الطلاء احدها ما تمسك به فى المصاييح أيضا من خبر ابن ابى يعفور الذى وصفه فيه و فى مجمع الفوائد بالصحة عن ابى عبد الله ع قال اذا زاد الطلاء على الثلث فهو حرام و ثانيها ما احتج به فى المصاييح أيضا الذى صرح فيه بأنه يقرب من الصحيح عن ابن ابى يعفور عن ابى عبد الله ع قال اذا زاد الطلاء على الثلث اوقيه فهو حرام و

ثالثها ما استدل به فى المصاييح أيضا من خبر نصر بن مزاحم المنقرى فى كتاب صفين عن امير المؤمنين ع أنه ع كتب الى الاسود بن قطبه و اطبخ للمسلمين قبلك من الطلاء ما يذهب ثلثاه و يبقى ثلثه و رابعها ما عول فيه فى المصاييح أيضا من خبر ابى بصير قال سمعت ابا عبد الله يقول و قد سئل عن الطلاء فقال ان طبخ حتى يذهب منه اثنان و يبقى واحده فهو حلال و ما كان دون ذلك فليس خير ثم صرح و هذه الروايات نص فى عصير العنب فان الطلاء هو المطبوخ منه كما صرح به الجوهري و ابن الاثير و غيرهما من ائمه اللغة و فى دعائم الإسلام قال و قد روينا عن امير المؤمنين ع انه كان يروق الطلاء و هو ما طبخ من عصير العنب حتى يصير له قوام كقوام العسل و قد تكرر ذكر الطلاء و اتفق علمائنا على تحريمه ما لم يذهب ثلثاه كما اشرنا اليه ثم نقل اقوال اهل اللغة فى معنى الطلاء قائلا و اعلم ان للعلماء اختلافا فى معنى الطلاء و التنبيه عليه حسن فى هذا المقام قال ابن قتيبة فى ادب الكاتب و الطلاء الخمر و منهم من يجعله ما طبخ بالنار حتى يذهب ثلثاه شبه بطلاء الابل و هو القطران فى ثخنه و سواده قال العلماء بلغه العرب يجعلون الطلاء الخمر بعينها و يحتجون بقول عبيد و قال و هى الخمر يكنى الطلاء كالذئب يكنى ابا جعده و قال الجوهري الطلاوه الحسن و القبول يقام عليه طلاوه اى حسن و الطلاء ما طبخ من عصير العنب حتى يذهب ثلثاه و تسميه العجم المبيختج و بعض العرب تسمى الخمر الطلاء يريد بذلك تحسين اسمها لا انها الطلاء بعينها قال و الطلاء أيضا القطران و كلما طليت به و قال الزمخشري فى الاساس و يقرب الطلاء المثلث شبه فى خثورته بالقطران و قال ابن الاثير فى النهاية و فى حديث على ع انه كان يرزقهم الطلاء هو بالكسر و المد المطبوخ من عصير العنب و هو الرب و اصله القطران المتخاثر من الذى يطلى به الابل و ليس هذا من الخمر فى شىء و انما هو الرب الحلال و قال فى القاموس و الطلاء ككساء القطران و كلما يطلى به و الخمر و خاثر؟؟؟ المنصف و الذى يظهر من كلامهم ان الطلاء بمعنى الرب الخاثر عرف طار لم يكن معروفا فى اللغة و لذا انكره بعض اللغويين كما تقدم فى كلام ابن قتيبة و دل عليه بعض الآثار المنقولة عن الصحابة و تخصيصه بالمطبوخ على الثلث فى كلام الاكثرين لظهور المناسبه المعتبره فى النقل هناك و لان بدو الطلاء كان على الثلث هو المذى ذهب اليه جمهور الصحابة و التابعين و الفقهاء و هذا الوضع انما اتى من قبلهم و لم نعرفه من قبلهم و ما فى القاموس مبنى على تحقيق المناسبه فى

النصف و ثبوت اطلاق الاسم عليه ممن اباحه و ممن حرمه و لا يبعد ان يكون الطلاء اسما لما طبخ من عصير العنب مطلقا و ان

ص: ٦٤٦

زاد على النصف اذ يكفي فى النقل وجود المناسبه فى بعض الافراد و هذا هو المناسب للروايات المنقوله من طريق الاصحاب و على ما ذكره يكون اطلاقه على ما لم يبلغ النصف او الثلث مجازا باعتبار ما يؤول اليه كما فى قوله تعالى حكاية عن فتى السجى اِنِّى اَرَانِى اَعْصِرُ خَمْرًا اى عصيرا يؤول الى الخمر و كلام الاصحاب و شراحه ليس نصا فى الخصوص فانه يحتمل اراده بيان النوع المحلل من الطلاء و هو الذى يشربه الناس و ان كان الطلاء اسما لما هو اعم من ذلك و فى الوقايه و غيرها من كتب الحنفية ان الطلاء هو ما طبخ من عصير العنب على اكثر من الثلث و ان تجاوز النصف و قد أخطئوا فى اللغه و الشرع معا فان العلماء اتفقوا على حل الطلاء فى الجملة و على ما ذكره هؤلاء -لا يكون الا حراما و الظاهر من كلام ائمه اللغه كما عرفت ان الطلاء هو المطبوخ على الثلث او النصف خاصه و شتان ما بين هذا و ذلك و لا أقل من ان يكون اسما للمعنى الاعم كما قلناه و كان الحنفية حاولوا رفع الشناعه التى تلحقهم من ظاهر الحديث النبوى المنقول فغيروا الاصطلاح لكن نسلم لهم تحليل الثلث مطلقا و هو تدليس خفى و كيف كان فالاختلاف فى معنى الطلاء لا تأثير له فى حكم المسأله اذ غايه الامر ان يكون اطلاقه على العصير فى بعض احواله مجازا و لا ضير فى ذلك مع وجود القرينه و ظهور المعنى المراد من اللفظ و

**ينبغى التنبيه على امور**

**الاول هل الحكم بتحريم العصير العنبى قبل ذهاب ثلثيه تعبد محض او لا**

الاقرب عندى هو الاول و صار فى المصاييح الى الثانى قائلا هل الحكم بتحريم العصير قبل ذهاب ثلثيه تعبد محض او معلل بالاسكار الخفى المسبب عن غليان ماء العنب او بعروض التغيير له اذا بقى و طال مكثه احتمالات اوسطه الاوسط

**الثانى فسر الغليان فى الوسيله و التحرير و الدروس و لك و ضه و الكفايه و المهذب البارع و الرياض بصيروره الاسفل اعلى**

و زاد فى الكفايه فصّرّح بانه يستفاد ذلك من بعض الاخبار و نبه على ما ذكره فى مجمع الفائده بقوله الغليان هو انقلاب اعلاه اسفل كما فى الروايه و لعله اشار بها الى احدى روايتى حماد المتقدمتين

**الثالث تبّه فى مجمع الفائده على معنى الشده**

بقوله الشده عبارته عن الثخونه و الغلظه و القوام و هى تحصل بعد الغليان و الظاهر انه لا يحصل بمجرد الغليان ما لم يكثر فلا تلازم بينهما كما ادعاه الشهيد و يعضد ما ذكره اولا قول لك الاشتداد ان يصير له قوام و ان قل بان يذهب شىء من مائه و ثانيا قول الكفايه الشده هى الثخونه و الغلظه و القوام و هى امر زائد على مجرد الغليان

## الرابع لا فرق في الغليان بين حصوله بالنار او بالشمس او بغيرهما

كما صرح به في الشرائع و التحرير و عد و لك و ضه و مجمع الفائده و الكفايه و المهذب البارع و تبه على وجهه في الرياض قائلًا- يستفاد من صريح خبر ذريح و اطلاق اكثر البواقي و الفتاوى عدم الفرق في الحكم بتحريمه بالغليان بين وقوعه بالنار او غيرها و به صرح جماعه كالماتن في يع و الفاضل في التحرير و شيخنا في لك و ضه و كثير ممن تبعه و يعضد ما ذكره قوله في مجمع الفائده و اعلم ان ظاهر اكثر الاخبار ان العصير اذا غلا- مطلقا حرم و في صحيحه عبد الله بالنار فكان المراد اعم لعموم الاكثر مع فتوى الاصحاب و عدم المنافات و الخاص مع احتمال اراده التخصيص و ربما يظهر من قول النّهاي و السرائر العصير اذا غلا على النار لم يجز شربه الى ان يذهب ثلثاه خلاف ذلك و هو ضعيف جدا

## الخامس لا يشترط ان يقذف بالزبد

و لا صيرورته مسكرا او يضاف اليه من الحوائج ما يصير فقاعا

## السادس اذا غلا العصير و لم يذهب ثلثاه و لم يحصل له الاشتداد

فهل يحرم ح او لا فيه قولان احدهما انه لا يحرم ح و هو المستفاد من قول الارشاد و س يحرم العصير اذا غلا و اشتد و ثانيهما انه يحرم ح و هو المستفاد من اطلاق الشرائع و النافع و التحرير و التبصره و القواعد و اللمعه و الرّوضه و مجمع الفائده و الكفايه و الرّياض و هو الاقرب و لهم اطلاق الاخبار المتقدمه كما تبه عليه في مجمع الفائده بقوله اشتراط الاشتداد محل التأمل فان الظاهر من الروايات ان الشرط هو الغليان فقط فتأمل و يعضد ما ذكره اول قول الكفايه و اشترط بعضهم في التحريم الشده و لا دليل على اعتباره في التحريم فان الوارد في النصوص مجرد الغليان و ثانيا قول الرياض ثم ان ظاهر النصوص و اكثر الفتاوى المقتصره في سبب التحريم على الغليان خاصه عدم اعتبار شىء اخر غيره خلافا للفاضل في الارشاد فاعتبر الاشتداد أيضا و وجه غير واضح عدا ما يدعى من التلازم بين الامرين و ليس بثابت بل الظاهر العدم كما صرح به جمع و على تقديره فذكره مستدرک و يعضد ما ذكره من عدم التلازم قول لك و اغرب الشهيد في كرى فجعل الاشتداد الذى هو سبب النجاسه سبب عن مجرد الغليان فجعل التحريم و النجاسه متلازمين و فيه عدم الدليل حتى باعترافه و فى ن انه خلاف المفهوم من الاشتداد و لعل ذلك يقرب مع الغليان بالنار لاستلزامه ارتفاع شىء من بخاره الموجب لنقصان مائته اما مع انقلابه بنفسه او بالشمس فلا يتحقق ذلك اصلا خصوصا في الاول و ان طال الزّمان

## السابع اذا غلا ماء العنب و هو فى حبه و لم يذهب ثلثاه

فهل يحرم أيضا او لا يظهر من مجمع الفائده ان الاصحاب قالوا بتحريمه ح و فيه نظر لعدم دلالة العبارات التى عثرت عليها على ذلك بوجه من الوجوه لان المفروض فيها حرمة العصير و من الظاهر ان المفروض ليس منه فلا تدل النصوص و الفتاوى الداله على حرمة العصير على حرمة المفروض فيبقى الاصل و العمومات الداله على الاباحه من الكتاب و السنه سليمه عن المعارض

فيجب العمل بها فاذا المعتمد هو الاحتمال الثاني و على الاول فلا- ينبغي التامل في الحكم بالحليه حيث يحصل الشك في الغليان و كذلك يحل ماء الزبيب و التمر اذا غلا- فيهما و لم يذهب ثلثاه و ان الحقنا العصير الزببى و التمرى بعد الغليان و الاشتداد بالعنبي بعدهما للأصل و العمومات الداله على الاباحه من الكتاب و السننه و هى هنا سليمه عن المعارض أيضا و يعضدهما سيره المسلمين فى جميع الاعصار و الامصار من اكل ذلك و عدم التجنب عنه و لو احتياطا و لو كان ذلك حراما لتظافت الروايات و الفتاوى فى الدلاله على المنع قولا و فعلا و انكارا لتوفر الدواعى على ذلك لشيوع اكل ذلك بين الناس فى جميع الازمان و البلاد و الامكنه كما لا- يخفى و ربما يؤيد ما ذكرناه اطلاق الاخبار الكثيره الداله على رجحان اكل التمر و الزبيب و العنب فعلى هذا لا- باس باكل الزبيب و التمر اذا غليا فى المرق و الدهن و ساير الأطعمه كما يتفق كثيرا و كان بعض فضلاء عصرنا قدس سره يحتاط من الزبيب المفروض

ص: ٦٤٧

و لم اعرف وجهه الا ان يكون ما حكيناه عن مجمع الفائده و قد عرفت ضعفه

### **الثامن العصير العنبي اذا حرم بالغليان فيحل بذهاب ثلثيه**

كما صرح به فى النهايه و الشرائع و التحرير و التبصره و القواعد و الارشاد و اللمعه و ضه و لك و مجمع الفائده و الكفايه و المهذب البارع و الرياض و حكى عن ابن ادريس بل الظاهر انه مما لا- خلاف فيه و يدل عليه صحيحنا عبد الله بن سنان المتقدمتان و هل يحل بذهاب ما دون ذلك او لا- المعتمد هو الثانى و يلحق عصير الزبيب و التمر بالعنبي فى ذلك ان قلنا بحرمة بالغليان

### **التاسع تبّه فى النهايه على ما يعرف به ذهاب الثلثين**

بقوله و حد ذهاب الثلثين ان يراه صار حلوا و يخضب الاناء و يعلق به او يذهب من كل درهم ثلاثه دوانيق و نصف و هو على النار ثم ينزل به و يترك حتى يبرد فاذا فقد ذهب ثلثاه و بقى ثلثه و تبّه على علامه الاولى فى الوسيله و ذكر علامه اخرى قائلا و ان غلا- بالنار حرم شربه حتى يذهب على النار نصفه و نصف سدسه و لم ينجس او يخضب الاناء و تعلق به فيصير دبسا ان صيرورته دبسا عرفا علامه ذهاب الثلثين و فى جميع ما ذكره نظر و التحقيق ان المعتبر فى ذهاب الثلثين العلم به و لو عاده من اى سبب حصل فان كان ما ذكر يفيدته كان معتبرا و الا فلا و ان افاد الظن المتأخم فان الظن هنا لا دليل على حجّيته فلا يكون حجّه مطلقا نعم الاقرب جواز الاعتماد على شهاده العدلين و لو لم يكونا من اهل الخبره و هل يعتبر قول من هو من اهل الخبره او لا فيه احتمالات و لكن الاعتبار قوى خصوصا فى صورته حصول الضرر بترك قبوله

### **العاشر هل يشترط فى ذهاب الثلثين الموجب للحليه ان يكون بالنار او لا**

بل يكفى باى شىء حصل نارا كان او شمسا او هواء فيه قولان احدهما انه يكفى كلما يوجب ذهاب الثلثين و هو لصريح لك و المهذب البارع و الرياض و حكاة فيه عن جماعه و هو مقتضى اطلاق النهايه و الشرائع و التحرير و التبصره و القواعد و الارشاد و اللغه و ضه و الكفايه و ثانيهما انه يعتبر المذهب بالنار و استظهره فى الرياض من التحرير و هو ضعيف بل المعتمد هو القول الاول الذى عليه الاكثر و لهم اولا اطلاق احدى صحيحى عبد الله بن سنان المتقدمين لا يقال اطلاقها و اطلاق الاكثر ينصرفان الى صورته الغليان بالنار كما تبه عليه فى الرياض بقوله فى جملة كلام له نظرا الى تبادل الغليان النارى من مطلق الغليان لأننا نقول التبادر و الانصراف ممنوعان و قد تبه عليه فى المهذب البارع بقوله و لا يشترط ذهاب الثلثين بالغليان بل يكفى ذهاب الثلثين كيف كان سواء كان بالشمس او بالنار او السماء للعموم و ثانيا اطلاق روايه محمد بن الهيثم المتقدمه و ثالثا ان ذهاب الثلثين بالنار يوجب فساد العصير على ما سمعته من بعض الناس فاشترطه يوجب ترك العصير على ما سمعته راسا و هو باطل قطعاً فت و على المختار لا- فرق بين ان يكون الموجب للتحريم حاصلًا من النار او من غيرها فلا يشترط اتحاد موجب التحريم و التحليل بل المعبر صدقهما و يلحق بالعصير العنبى فيما ذكرناه الزببى و التمرى ان حرمانهما بموجب تحريم العنبى

### الحادى عشر كما يحل العصير العنبى بعد صيرورته حراما بذهاب الثلثين

كذلك يحل بانقلابه خلا و ان لم يذهب ثلثاه و قد صرح بما ذكر فى النهايه و الوسيله و التبصره و التحرير و عد و شاد و اللغه و ضه و الكفايه و المهذب البارع و هو ظاهر س و لهم اولا- ظهور الاتفاق على ذلك و ثانيا ما دل على حليه الخمر بالانقلاب فانه بعمومه او بفحواه يفيد المدعى و قد تبه على ما ذكرناه فى مجمع الفائده بقوله و بالجمله بعد وجود حكم شرعى يحتاج رفعه الى دليل كك فقد ظهر المناقشه فى حصول الحل بصيروره العصير دبسا و بانقلابه خلا فان الدليل كان مخصوصا بذهاب الثلثين كما رايت الا ان يدعى الاستلزام او الاجماع او انه انما يصير خمرا و قد ثبت بالدليل ان الخمر يحل اذا صار خلا او يقال ان الدليل الدال على ان الدبس و الخل مطلقا حلال يدل عليه فت و لا فرق فى الانقلاب بين حصوله بنفسه او بامر آخر كما هو ظاهر اطلاق الكتب المتقدمه و كذلك الكلام فى العصير الزببى و التمرى ان قلنا بالحاقهما بالعنبى فى الحكم بالتحريم بالغليان و هل يحل العصير الذى حرم بالغليان بصيرورته دبسا قبل ذهاب الثلثين او لا فيه احتمالات احدها انه يحل بذلك و قد تبه عليه فى لك بقوله و يحتمل الاكتفاء بصيرورته دبسا على تقدير امكانه لانتقاله عن اسم العصير كما يظهر بصيرورته خلا كذلك و ثانيها انه لا يحل بذلك بل يتوقف حليته على ذهاب الثلثين و قد صار اليه فى مجمع الفائده قائلا ينبغى ملاحظه وزن العصير اولا ثم بعد ان صار دبسا فان ذهب ثلثاه و الا صبر عليه حتى يذهب ثلثاه و قد ادعى انه يصير دبسا بعد ان صار خمسا فان كان كذلك فحسن و تبه على وجه هذا الاحتمال فى لك بعد اختياره له قائلا قبل ما حكينا عنه سابقا لا فرق مع عدم ذهاب ثلثيه فى تحريمه بين ان يصير دبسا و عدمه لإطلاق النصوص باشتراط ذهاب الثلثين و فى صحيحه ابن ابي يعفور عن ابي عبد الله ع قال اذا زاد الطلاء عن الثلث فهو حرام مع ان هذا فرض بعيد لأنه لا يصير دبسا حتى يذهب اربعة اخماسه غالبا بالوجدان فضلا عن الثلثين و ربما يؤيد ما ذكره من ان الدبسيه انما يحصل بعد ذهاب الثلثين قول المهذب البارع و لا يحل حتى يذهب ثلثاه فيصير دبسا و ثالثها ان بعد صيروره العصير دبسا ان لم يصح اطلاق لفظ العصير عليه حقيقه كان ذلك حلالا و ان لم يذهب ثلثاه كما اذا صار خلا- قبل ذهاب ثلثيه لاتحاد طريق المسألتين و اشتراكهما فى وجه الحليه و ان صح الاطلاق حقيقه فلا- يحل ذلك الدبس مع ذهاب الثلثين للأصل و اطلاق ما دل على ان عصير العنب اذا غلا لا يحل ما لم يذهب ثلثاه و هذا الاحتمال و ان كان اوفق بالقواعد و لكنى لم اجد به قائلا كالا احتمال الاول فالا احتمال الثانى فى غايه القوه مع انه احوط و ان كان ما ادعاه فى لك

من ان الدبسيه لا تحصل الا بعد ذهاب الثلثين تعين هذا الاحتمال و لم يكن للأولين وجه

### منهل هل يلحق بعصير العنب في الحرمة عصير الزبيب اذا غلا و اشتد و لم يذهب ثلثاه و لم يبلغ حد الاسكار و لم يصر فقاعا او لا

فيكون حالاً مطلقاً و ان غلا و اشتد و لم يذهب ثلثاه اختلف الاصحاب في ذلك على قولين احدهما انه لا يلحق به بل يكون حالاً- مطلقاً كسائر الربوبات و قد صار اليه في الشرائع في كتاب الحدود قائلاً الزبيب اذا نقع في الماء فغلا من نفسه او بالنار فالاشبه انه لا يحرم ما لم يبلغ الشده المسكره و كذا صار اليه في عد في الكتاب المذكور قائلاً الزبيب اذا نقع في الماء فغلا من نفسه او بالنار فالاقرب البقاء على الحل ما لم تبلغ الشده المسكره و كذا صار اليه في التحرير في الكتاب المذكور قائلاً الزبيب اذا نقع بالماء فغلا من نفسه او بالنار و لم يبلغ حد الاسكار فالاقرب بقاءه على التحليل حتى يبلغ الشده المسكره و كذا ذهب اليه في الارشاد في الكتاب المشار اليه قائلاً لو غلا الزبيب و لم يسكر فلا تحريم و كذا اختاره في اللعمه

ص: ٦٤٨

قائلاً يحرم العصير العنبى اذا غلا حتى يذهب ثلثاه او ينقلب خمراً و لا يحرم من الزبيب على الأقوى و كذا افتى به في الدروس قائلاً لا يحرم المعتصر من الزبيب ما لم يحصل فيه نشيش فيحل الزبيب على الأصح و كذا حكم به في التفتيح قائلاً اما عصير الزبيب اذا لم تسكر فالاقرب بقاءه على الحل و ان غلا مع احتمال ان يكون كعصير العنب و العمل على الاوّل و كذا صار اليه في لك قائلاً الحكم يختص بعصير العنب فلا يتعدى الى عصير الزبيب على الأصح و كذا اختاره في الروضه قائلاً لا يحرم العصير من الزبيب على الأقوى و كذا ذهب اليه في الرّوض قائلاً- و الحكم مخصوص بعصير العنب فلا- يلحق به عصير الزبيب على الأصح ما لم يخص خاصيه الفقاع و حكاه في المصايح عنه في كتاب اخر قائلاً قال الشهيد الثاني في شرح الرّساله و لا يلحق بعصير العنب عصير الزبيب على اصح القولين و كذا حكاه عن غيره قائلاً- قال القطيفى في كتابه الهادى الى الرشاد في بيان مجملات الارشاد و فى عصير الزبيب تردّد و عدم لحقوق الحكم اقوى قال الصيّمى فى تلخيص الخلاف و المعتمد تحريم العصير ألما ان يذهب ثلثاه فيحل و كذا اذا انقلب خلّاً اما غير العصير فلا يحرم ألّا اذ حصلت الشده المسكره و الظاهر أنّه اراد بالعصير العصير العنبى فيكون المراد ما عداه ما يعم الزببى و التمرى فيتوقف تحريمهما عنده على المسكر كسائر الاشربه ثم قال و الى القول بالحلّ ذهب ممن تاخر المولى الجليل الأردبيلى فى شرح الارشاد و المحقّق الخراسانى فى الكفايه و الذّخيره و الفاضل القاسانى فى ظاهر النخبه و صريح المفاتيح فى كتاب الحدود و اليه مال خالى العلامة المجلسى فى بحار الأنوار و كذا حكى هذا القول فى الرياض عن كثير من الأصحاب قائلاً اختار حل عصير الزبيب الفاضلان و الشهيدان و فخر الإسلام و الفاضل المقداد و المفلح الصيّمى و المقدّس الأردبيلى و صاحب الكفايه مدعين عليه كالمفلح الصيّمى الشهره و لا ريب فيها ثم صرح بانّ هذه الشهره شهره عظيمه كادت تكون اجماعاً و ما نسبه الى المحقّق الأردبيلى من دعوى الشهره على هذا القول صحيح لأنّه صرح بأنّه المشهور و كذا ما عزا الى صاحب الكفايه لقوله فيها الأشهر الأقرب أنّه لا يحرم عصير الزبيب و استفاد هذا القول فى المصايح عن الشيخ فى النهايه و ابن البرّاج فى المهذب و ابن حمزه فى الوسيله و ابن ادريس فى السرائر و ثانيهما أنّه يلحق بعصير العنب و يشاركه فى التّحريم اذا غلا و اشتد و لم يذهب ثلثاه و قد حكاه فى الدروس عن بعض قائلاً بعد ما حكينا عنه سابقاً و حرمة بعض مشايخنا المعاصرين و هو مذهب بعض فضلائنا و تبّه على ما ذكره فى لك بقوله و ذهب بعض الاصحاب الى تحريمه و فى ضه بقوله و حرمة بعض علماءنا و مال الى هذا القول فى الرياض قائلاً و الانصاف انّ الحكم البات

بالحلّ في الزبيبي لا يخ من نوع اشكال لقوّه دلالة الموثقين على خلافه مع وجود قائل به من الاصحاب كما يظهر من الشهيد وغيرهما وان يصّر حوا به لكنّه ظ الكليني حيث أنّه عنوان الباب الذي ذكر فيه الموثقين وغيرهما بياب صفة الشّراب الحلال واختار هذا القول السيّد الاستاد قدّس سرّه في المصاييح واستفاده من كثير من الاصحاب قائلًا اختلف اصحابنا و ض في العصير الزبيبي اذا غلا- ولم يذهب ثلثاه فاحلّه قوم و حرمة و روى تحريمه الاقدمون من رؤساء اصحاب الحديث و أطلق جماعه من الفقهاء تحريم العصير و لم يقيدوه بشي ء و المرجع في هذين الى القول الثاني و توقف بعضهم فلم يرجح شيئا و مال الى احد القولين ميلا ما و منهم من ساب التّرجيح بالتردد و النّظر و هم اكثر القائلين بالحل ثم قال و اما التّحريم فقد رواه كثير من القدوة الاعاظم من اصحاب الحديث و رواه الاحكام و فقهاء اصحاب الائمة كعلی بن جعفر و موسى بن القاسم و احمد بن محمد بن ابي نصر و يونس بن عبد الرّحمن و محمّد بن احمد بن يحيى بن عمران و محمد بن يحيى العطار و ابي على احمد بن ادريس الاشعري و عليّ بن ابراهيم القمي فانهم قد اوردوا الأحاديث الظاهرة في تحريم العصير الزبيبي في كتبهم المصنفة للاعتماد و العمل و ما ذلك الا لكونها معتبرة عندهم مقبولة لديهم و انّ مضامينها عين مذهبهم و فتاويهم اذ ليس فتوى المحدثين الا نفس المعنى الظاهر من الحديث الذي يروونه ما

لم يطعنوا فيه او يذكروا له معارضا و لو لا ذلك لانسدّ الطّريق الى معرفه مذاهب القدماء من اصحابنا اذ قلما يتفق منهم الافتاء و الحكم الصّريح بالتّحليل و التّحريم على ما هو طريقه الفقهاء في كتب الفتوى و استنباط اقوال القدماء بهذا الوجه ليس ببدع مقابل هو طريق جدد و قد سلّكه متقدموا الفقهاء المصنفين في الفقه في تحصيل تلك المذاهب و البناء عليها في الاجماع و الخلاف كما يعلم بمراجعته كتب المفيد و المرتضى و الشّيخ و غيرهم و ينبه على اشتها التّحريم بين السلف و في الصّدر الأوّل سؤال عليّ بن جعفر اخاه موسى ع عن ماء الزبيب يطبخ حتى يذهب ثلثاه هل يصلح ان يرفع و يشرب طول السّنة حيث انّ الاستفادة منه كون المشتبه حكم المطبوخ على الثلث باعتبار بقائه و طول مكثه لا لاشتراط الحليه فيه بطبخه على الثلث و كذا ما تضمّنته موثقه عمّار السّاباطي من السّؤال عن ماء الزبيب أنّه كيف يطبخ حتّى يحل لدلالته على علم السّائل بانّ الحلّ في المسئول عنه مشروط و ليس بمطلق و ان اشتبه عليه تعيين الشرط و قد اورد ثقه الإسلام الكليني في الكافي في باب اصل تحريم للخمر الاخبار المتضمنه لتّحريم ثمره الكرم بالغليان و أنّها في حكم الخمر ما لم يذهب منها الثلثان و في باب صفة الشّراب الحلال الزوايات الدّالة على تحريم ماء الزبيب بعينه و في باب الطلاء رواه علي بن جعفر الوارده في شرب الزبيب و تطبيق ما اورده من الاخبار على نحو عنوان الباب و كذا طريقته المعروفة التي نبه عليها في مفتتح الكتاب يقتضى كونه عاملا بما دلّت عليه تلك الطّواهر التي لم يذكر لها معارضا و حكى رئيس المحدثين الصّيدوق في كتابي المقنع و الفقيه عن ابيه الشّيخ الجليل علي بن بابويه أنّه قال في رسالته اعلم انّ اصل الخمر من الكرم اذا اصابته النّار و غلا من نفسه من غير ان تصيبه النّار فيصير اعلاه اسفله فهو خمر و لا يحل الى ان يذهب ثلثاه و يبقى ثلثه و هذه العبارة بعينها هي عبارة الفقه المنسوب الى الرّضا و ظاهرها تحريم ثمره الكرم مط و لو بعد جفافها و صيرورتها زبيبا و هذا باطلاقه يدلّ على ان تحريم العصير الزبيبي مذهب عليّ بن بابويه و من طريقه الصّيدوق العمل برسالة ابيه اليه فأنّه سلّكها في كتابه الذي الفه ليكون حجّجه بينه و بين ربّه مسلّك الاخبار التي عليها الحكم و الفتوى و قد ذكر في المقنع انّ ما يورده فيه هو ما كان منسبًا ثابتا من المشايخ الفقهاء الثقات و مقتضى ذلك كونه ما تضمّنته العبارة مذهبا له أيضا و قد اورد في كتاب علل الشّرائع و الاحكام الأحاديث المتضمّنه لتعليل ذهاب

الثلثين من ثمره الكرم بما وقع بين نوح ع و ابليس من النزاع حتى استقر الامر فيه على الثلثين و ظاهرها اعتبار ذهابهما في حاصل الكرم مط رطبا و يابسا و قال في الباب الاوّل من كتاب من لا يحضره الفقيه أنّ النيذ الذي احل شربه و الوضوء به هو الذي ينبذ في الغداه و يشرب بالعشى او ينبذ بالعشى و يشرب بالغداه و يستفاد منه أنّ ما تجاوز الحد المذكور هو النيذ المحرّم و هو خلاف ما عليه المحلّون من تحليل النقيعين مط ما لم يتحقّق فيهما الاسكار و اورده شيخ الطائفه في يب روايه عليّ بن جعفر الظاهره في تحريم ماء الزبيب في جملة روايات العصير و صحيحه المتضمّنه لعدم تصديق من لم يكن مسلما عارفا في الشّراب الذي يأتي به ما لم يعلم أنّه مطبوخ على ثلث و كذا موثقه عمّار الدّاله على ذلك و اطلاق الشّراب فيهما يشمل الزبيبي و يدلّ على تحريمه دلالة ظاهره و قد اورد فيه أيضا روايه خثيمه المتضمنه لإهراق النضوح في البالوعه ثم قال فاما ما رواه سعد بن مسلم عن عليّ الواسطي قال دخلت جويزيه على ابي عبد الله فقالت أنّي اتطيب لزوجي فاجعل في المشطه التي اتمشط بها الخمر و اجعله في رأسى قال لا بأس فلا ينافى الخبر الاوّل لأنّه محمول على المعنى الذي رواه عمّار الساباطي قال سألت ابا عبد الله ع عن النضوح قال يطبخ التمر حتى يذهب ثلثاه و يبقى ثلثه ثم يتمشطن و هذا يدل على أنّ العصير التمرى عند الشيخ حرام نجس لا يطهر و لا يحلّ الا بذهاب ثلثيه و تحريم التمرى يقتضى تحريم الزبيبي لان تحريم الزبيبي اشهر فتوى و اوضح دليلا و ثبوت الاضعف يستلزم ثبوت الاقوى و أيضا فالظاهر ان كل من قال بتحريم التمرى قال بتحريم الزبيبي و من قال بحلّيه الزبيبي قال بحليه التمرى دون الزبيبي فالقول بحرمه التمرى دون الزبيبي خلاف الإجماع و قال القاضي نعمان في دعائم الإسلام و كلّما استخرج من عصير العنب و التمر و الزبيب و طبخ قبل ان ينش حتى يصير له قوام العسل فهو حلال شربه جزما شرابا بالماء ما لم يغل و هذا الكلام ظ الدلاله في التسويه بين انواع العصير في تحريمها في الطبخ ما لم يحصل لها قوام و ثخانه و هو كناية عن ذهاب الثلاثين او ناظر الى الاكتفاء بالدبسيه في حل العصير كما ذهب اليه بعض الأصحاب و على التقديرين فقضيّه العبارة تحريم العصير الزبيبي بالغليان كما قال المحرمون و اما ان غايه التّحريم ذهاب الثلاثين او الدّبسيه فذلك كلام اخر و الغليان في قوله ما لم يغل كناية عن الإسكار فانّ الدّبس متى حلّ لم يحرم الا به اجماعا و فيما تقدّم المنقول من كتابه و ما تأخر عنه دلالة على ذلك أيضا ثمّ اشار الى حال القاضي المذكور ثمّ قال و قد روى الاصحاب تحريم العصير و أطلق جماعه منهم تحريمه في كتب الفتوى من دون تقييد بالعنبى و ظاهرم تحريم العصير بانواعه الثلاثه المشهوره فان اطلاقه على الزبيبي و التمرى في عبارات الفقهاء ظ معروف و قد مضى من كلامهم ما يدل عليه و يأتي ان شاء الله ما يزيده بيانا و وضوحا و من ادعى ان المراد به في كلام الاصحاب خصوص العنبى حيث يطلق فهو مطالب بدليل التقييد و تقييده في بعض عباراتهم لدليل لا يوجب التقييد به مط و من أطلق القول بتحريم العصير الشّيخ و ابن البراج و ابن حمزه في النّهايّه و المهذب و الوسيله الاّ انهم ذكروا بعد ذلك ما نقلناه عنهم في اقوال المحلّين و ليس فيما ذكروه تصريح باراده الحل مط و تقييد كلامهم الاوّل بما يوافق اطلاق الثانى ليس اولى من العكس و قد جرى الفاضلان في كتاب المطاعم و المشارب على منوال من تقدمها من الاصحاب حيث اطلقا فيه تحريم العصير و لم يتعرضا لحكم الزبيبي و التمرى بالخصوص قال المحقّق في يع و يحرم اذا غلا- سواء غلا بنفسه او بالنار و لا يحلّ حتى يذهب ثلثاه او ينقلب خلّا و قال العلامة في التحرير و يحرم العصير اذا غلا بان يصير اسفله أعلاه سواء غلا بنفسه او بالنار فان غلا- بالنار و ذهب ثلثاه حل و يحل لو ذهب أقلّ و قال في القواعد و العصير اذا غلا و اشتد الى ان ينقلب خلّا او يذهب ثلثاه و اطلاق كلامهما في هذا المقام الذى يناسب فيه التفصيل لو ثبت يقتضى كون التّحريم عندهما فيه غير مختصّ بالعصير العنبى و الاّ لكان الحكم فى الزبيبي و التمرى مع عموم البلوى به

و مسيس الحاجه اليه فى موضعه متروك البيان فى محله و الاعتماد على حكم الاصل فى مثل هذا الامر الذى يتوفر اليه الدواعى



بعيد عن طريقه الفقهاء فان من عاداتهم التعرض لمثل ذلك خصوصا مع وجود الخلاف و تطرق الشبهه باعتبار تعارض الأدله و ترجيحها و الاختصاص في كتاب الحدود لا ينافي ذلك فانّ اختلافهما في المسأله الواحده و لو في الكتاب الواحد غير عزيز و التنبيه على المواضع التي اتفق لهما ذلك يفضى الى التّطويل الخارج عن الغرض و بثبوتهما التخصيص في الحدود بالنظر و التردّد ممّا يشهد بارادتهما العموم من اطلاق العصير في كتاب المطاعم مع أنّ المحقق في النّافع قد أطلق تحريم العصير في الحدود أيضا كما في الأطعمه و كذا العلّامه في التبصره و قد حكى فخر المحققين في حواشى الارشاد على ما نقل عنه والده العلّامه أنّه كان يجتنب عصير الزبيب و كلامه في اجوبه مسائل مهنا بن سنان الذى واضح الدّلاله على التّحريم حيث أنّه سئل عن طبخ حبّ الرمان بالمعتر من الزبيب او العنب فاجاب بما هذا لفظه اما ما يسمى عصيرا فالوجه في غليانه اعتبار ذهاب ثلثيه و اما الزبيب فالأقرب اباحتها مع انضمامه الى غيره لأنّ الناس في جميع الأزمان و الأصقاع يستعملونه من غير انكار احد منهم و الظاهر ان الذى استقر رأى العلّامه في المسأله هو التّحريم فانه ذكر في ذيل مسائل ابن سنان اجازته اياه لمصنّفاته و عدّ منها كتابى القواعد و التّحرير و كتاب لف و هو من اخر ما صنّفه و كتاب الخلاصه في الرّجال و قد ذكر فيها من مصنّفاته القواعد و التّحرير و الارشاد و التلخيص و غيرها من كتبه الفقهيّه ثمّ نقل كلاما عن البيان قائلا بعده و ظاهره الميل الى التّحريم فانّ الوجه الذى علّله به لا يعارضه شىء من وجوه الحلّ ان تم و ليس فى كلامه ما يؤذّن بالقدح فيه و قد تقدّم فيما حكيناه عن الشهيد فى الدّروس أنّه عزى القول فيه الى بعض مشايخه المعاصرين و كان المراد به فخر المحققين لأنّه اشهر مشايخه و اعرفهم و التّقل عنه متكرر فى كتب الشهيد و فى بعض حواشى س تصريح بذلك و لعلّه سمع منه الحكم بالتّحريم مذاكره او ثبت عنده قوله بطريق التّقل و الّا فكلامه فى الايضاح ليس فى ذلك و قال ابن فهد فى كتاب الحدود من المهذب اما عصير التّمر او الرطب فلا يحرم بالغليان و ان ازيد ما لم يسكر و كذا لو القى الزبيب فى طيبخ و غلا- لم يحرم حتى يعلم حصول الاسكار فيه و يلوح منه اختصاص

ص: ٦٥٠

الحل بطعام الزبيبه و عصير التّمر و الرّطب دون العصير الزبيبي و قد ذهب الى التّحريم صريحا جماعه من متأخري الأصحاب منهم الشّيخ المحدّث محمّد بن الحسن الحرّ العاملى و الشّيخ الفقيه سليمان بن عبد الله البحرانى و كذا السيّد الفاضل عبد الله بن نور الدّين الجزائري فى شرحه الى النخبه و قد قال فيه بعد اختياره ذلك و قد توافق كثير من المشايخ الذين عاصرناهم و قاربناهم على التصريح بمساوات العصير التّمرى و الزبيبي للعبى فى التّحريم و الى هذا القول ميل الشّيخ الفقيه الشهير بالفاضل الهندى فى شرحه على القواعد حيث قال فى كتاب الطهاره فى مسئله العصير و لعلّ منه اى من العصير الزبيبي لا الحصرمى و هو ظ الفاضل القاسانى فى الوافى و اطعمه المفاتيح و هو اختيار شيخنا المحقّق دام ظلّه و قد يناقش فى جميع ما ذكره اما فيما اشار اليه بقوله قدّس سره اما التّحريم فقد رواه كثير من القدماء اه فاولا بالمنع منه لأنى ما وجدت أنّ الجماعة الذين اشار اليهم رووا الأحاديث الظّاهره فى تحريم العصير الزبيبي و لا نقل الروايات المذكوره عنهم احد من الأصحاب الذين اطلعت على كلماتهم لا اجمالا- و لا- تفصيلا و هو و ان اشار اليها اجمالا و لكنه فى مقام التفصيل باعتبار الاحتجاج على مختاره من التّحريم بالأخبار لم يذكر ما نسبه اليهم تفصيلا نعم احتج عليه تاره بالروايات المتقدّمه المطلقه لحرمة العصير قبل ذهاب الثلثين و اخرى بروايات اخر زعم دلالتها على مختاره بالعموم و اخرى بروايات اخر زعم دلالتها عليه باعتبار اختصاص موردها بالعصير الزبيبي و هذه الروايات مع عدم نهوضها لإثبات مدعاه كما سيأتى اليه الاشاره ليست باجمعها ممّا رواها الجماعة الذين اشار اليهم عن المعصوم

ع بل روى اكثرها غيرهم عنه ع نعم روى بعضها عنه ع و بعضهم هو على بن جعفر الا ان يكون مراده ان اولئك الجماعة روى الروايات المذكوره فى الجمله فلا يكون روايه جمله منهم بالواسطه عن المعصوم قادحا فيما ادعاه بل ربما يقويه لأن من جمله من روى بعضها عنه ع من الاماميه عبد الله بن سنان و ابن ابى يعفور و زراره و محمد بن مسلم و سعيد بن يسار و ابو الربيع و صفوان بن يحيى و حنان بن سدير فيكون هؤلاء من القائلين بالتحريم كالجماعه الذين اشار اليهم الا ان يقال ان هؤلاء ليس لهم كتب للعمل و لا علم من طريقتهم انهم لا يروون الا ما يعتمدون عليه بخلاف الجماعه الذين اشار اليهم فانه علم من طريقتهم ذلك و فيه نظر و ثانيا بان استفاده القول بالتحريم الذى هو مختاره من الجماعه الذين اشار اليهم ان كانت لأجل مجرد الروايه لا لأمر اخر فهو باطل اذ مجرد الروايه و ان كانت الروايه صريحه فى حكم لا يستلزم القول بها و كون فتوى الراوى على طبقها لا عقلا و لا شرعا و لا عاده و ان كانت لأجل انه علم من حالهم انهم لا يروون الا ما يعتقدون به اما بتنصيبهم على ذلك او بغيره مما يفيد العلم او الظن بذلك فذلك غير معلوم لنا بل قوله قدس ره فيما بعد اذ ليس فتوى المحدثين اه و قوله لو لا ذلك اه يدل على خلافه كما لا يخفى و مما يؤيده ان المحققين من اصحابنا ممن دأبه الاشاره الى الأقوال المختلفه و ضبطها و نسبتها الى اربابها و لو كانت شاذه نادره كالسيد المرتضى و الشيخ و ابن زهره و ابن ادريس و المحقق و العلامة و فخر المحققين و الشهيدين و السيورى و المحقق الثانى و صاحبى ك المدارك و الذخيره و الفاضل الهندى و والدى العلامة و غيرهم لم ينسبوا القول بالتحريم الى الجماعه الذين اشار اليهم و لا الى غيرهم من الرواه بل و لم ينقلوا فى جميع المسائل الفقهيّه الخلافيه اقوال الرواه اصلا و لا استفادوا منهم شيئا سوى الروايه بل انما اقتصروا فى المسائل الخلافيه فى مقام نقل الاقوال المختلفه على نقل اقوال العلماء الذين نشأوا بعد زمن الغيبه و الذين يعدون من المجتهدين و من اهل الفن و لو كان ما ذكره صحيحا و اصلا يعتمد عليه لوجب عد روايات الرواه من المذاهب المختلف فيها و جعلهم كسائر العلماء الذين نقلوا عنهم الاقوال و المذاهب و التالى باطل قطعاً اذ من تتبع الكتب الفقهيّه الاستدلاليه و غيرها وجد ان بناء اصحابنا من اول الفقه الى اخره على خلاف ما ذكره و جعله اصلا و على عدم نسبه قول الى الرواه و ان كانوا من الفضلاء و على عدم جعل الروايات المختلفه من قبيل الاقوال المختلفه نعم

قد يتفق من المحقق فى المعتمد و نادر من العلماء نسبه قول الى جمله من افاضل الرواه و لكن يعلم انه من جهه نفس الروايه او من جهه ان طريقتهم انهم لا يروون الا ما يعتمدون عليه و يفتون بمضمونه فيحتمل ان يكون جهه اخرى و بالجمله ان ما ذكره مخالف لطريقه محققى اصحابنا من المتقدمين و المتأخرين و لذا يدعون الإجماع او نفى الخلاف او ظهور عدمه او عدم ظهوره بمجرد اتفاق العلماء الذين نشأوا بعد زمن الغيبه و هم غالبا من اشرت اليهم و لم يفرقوا بين صوره وجود الروايات المخالفه لها التى رواتها من الفضلاء الاماميه و غيرها من الظاهر انه لو كانت رواياتهم مذاهب لهم لما اتجه منهم الدعاوى المذكوره فى الصوره الاولى كما لا يخفى و مما يؤيد ما ذكرناه من ان الروايه بنفسها لا تدل على اعتقاد الراوى بمضمونها انه لو كان الامر ككك لما جاز لغير المجتهد تصنيف كتاب فى الحديث لأنه ليس من اهل الفتوى بل يجب عليه التقليد و أيضا يؤيد ذلك انه قدس سره لم يسلكه ما سلكه هنا من استنباط التحريم من الرواه الذين اشار اليهم فى سائر المسائل الخلافيه التى تعرض فيها لنقل الاقوال المختلفه بل اقتصر على نقل اقوال العلماء الذين هم غير الرواه كسائر الاصحاب و لم يسند قولاً الى الرواه و بالجمله ما ذكر بعيد جداً و الا لئب عليه محققو الاصحاب و تداولوه و اعتمدوا عليه و هو باطل قطعاً و يشهد به التتبع فى كتبهم فى ابواب العبادات و المعاملات و ثالثاً بان استفاده القول بالتحريم هنا من الجماعه الذين اشار اليهم انما يتجه على تقدير تسليم ما ذكره اذ لم يرووا الاخبار الظاهره فى الحليه و اقتصروا على الأخبار الظاهره فى الحرمة و هو غير معلوم بل هو فى غايه البعد و رابعا بان

نسبه القول بالتحريم هنا الى الجماعه المذكورين يتوقف على كونهم من الاجتهاد والاستقلال بالفتوى و هو غير معلوم لنا و خامسا بان ظهور الأخبار التي رووها الجماعه المذكوره في التحريم عنده قد ره لا يستلزم ظهورها فيه عندهم لأن الظهور امر اضافي يختلف بالإضافة الى الأشخاص قطعا باعتبار الاختلاف في اسبابها فقد يكون اللفظ ظاهرا في معنى عند زيد مثلا و غير ظ فيه عند عمرو مثلا- بل يكون ظاهرا في خلافه عنده و كفى شاهدا على ذلك اختلاف الأصوليين و الفقهاء في معنى الامر فان منهم من يجعله حقيقه في الوجوب و ظاهرا في الندب و منهم من يجعله حقيقه في القدر المشترك

ص: ٦٥١

بينه و بين الندب و ظاهرا فيه و منهم من يجعله مشتركا لفظيا بينهما و غير ظ في كل منهما و منهم من يدعى غير ذلك و كك الاختلاف في معنى النهى و الألفاظ العامه و في جواز العمل بها و في غير ذلك من الألفاظ الكثير سلّمنا ان الظاهر عنده ظ عندهم أيضا و لكن الظاهر قد لا يجوز العمل باعتبار أنه يعارضه الاظهر منه من العقل و الإجماع و النصوص و من هذا القبيل تعارض العام و الخاص و المطلق و المقيد فلعل الأخبار الظاهره في التحريم لها معارض اظهر عندهم و لكن لم يتبها عليه أما لغايه ظهوره باعتقادهم او لأمر آخر فانّ وجوه ترك التعرض للشئ ء كثيره و رفعه بالأصل هنا مشكل فت و اما في قوله اذ ليس فتوى المحدثين اه فبالمنع منه و هو مطالب باقامه الدليل عليه و ليس و ربما يؤيد ما ذكرناه ان ابن ادريس في السيراث كثيرا ما يناقش في فتاوى الشيخ في النهايه و يدفعها بان كتاب النهايه ليس كتاب الفتوى بل كتاب الاخبار فاذا كان ما ذكره الشيخ في النهايه مع أنه بصوره الفتوى كما في يع و عد و نحوهما لا- يمكن ان يعدّ مذهبها و قولها له باعتبار أنه ذكر فيها متون الأخبار و حذف اسانيدها فاولى ان لا يجعل الروايات التي نقلها عن الجماعه الذين اشار اليهم مذهبها لهم و لم اجد احدا طعن على ابن ادريس فيما ذكره من المناقشه فت و اما فيما تبه عليه بقوله و لو لا ذلك لانسد الطريق اه فبالمنع من بطلان التالي لعدم الدليل عليه بل الغالب عند الاصحاب عدم الالتزام بالإشاره الى مذاهب القدماء من اصحابنا الذين هم من اصحاب الأئمه ع و عدم معرفتها بالطريق اليها مسند غالبا و لا- ضير فت و امّا فيما تبه عليه بقوله بل هو طريق اه بالمنع منه و ليس في كتب المفيد و المرتضى و الشيخ و غيرهم دلالة على ما ذكره كما لا يخفى على من تتبع المقنعه و الانتصار و الناصريات و الخلاف و الغنيه و السيراث و غيرها بل ربما تدلّ على الخلاف خصوصا ما عدا الأوّل فأنّه متضمن لدعوى الاجماع على اكثر الأحكام مع وجود الروايات الكثيره الداله على الخلاف و من جملة الروايات المعتمده الأسانيد و ما يكون راويه من فضلاء اصحاب الأئمه عليهم السلام فت و اما في قوله قدس سره و يتبه على اشتهار التحريم بين السلف اه فبالمنع من دلالة الروايتين اللتين اشار اليهما على ما ادّعا به شئ ء من الدلالات الثلث و مع هذا لو كان التحريم مشتهرا في الصدر الأوّل لتبه عليه محققوا اصحابنا فيبعد غايه البعد ان يشتهر حكم في الصدر الأوّل و لم يطلع عليه محققوا اصحابنا مع كثره تتبعهم و نهايه ممارستهم و غايه شوقهم في نقل الأقوال المختلفه و قرب زمان كثير منهم و لم اجد احدا منهم تبه على ما ادّعا به بوجه من الوجوه بل كلمات كثيره منهم تدل على الخلاف كما لا- يخفى و امّا فيما اشار اليه بقوله و قد اورد ثقه الإسلام الكليني في باب اصل تحريم الخمر اه فاولا بالمنع من دلالة الأخبار التي اشار اليها على التحريم في محلّ البحث و ثانيا بأنّه لو سلم دلالتها عليه فلا نسلم عمل الكليني بها و مصيره الى التحريم اذ لا- دليل على ذلك لا- من عقل و لا- نقل بل الظاهر من طريقه المحدثين عدم الالتزام بالمطابقه بين الباب المعنون بعنوان و الأخبار الوارده في هذا الباب من كلّ وجه بل الظاهر أنّهم يكتفون بأدنى المناسبه و اما ما ذكره الكليني فقد اجبنا عنه في المفاتيح في مقام رفع احتجاج جماعه من الأخباريين به على كون الأخبار المودّعه فيه قطعيه السند فت و اما فيما تبه عليه

بقوله و حكى رئيس المحدثين الصدوق اه فاو لا بالمنع من دلالة ما حكاه فى المقنع عن والده فى الرسالة على التحريم فى محلّ البحث لأنّ الظاهر من لفظ الكرم الواقع فى الرسالة هو العنب امّا لكونه موضوعا له لغه و عرفا او لأنّ اطلاقه ينصرف اليه و لو سلم عدم تبادره من الاطلاق و وضعه للأعمّ من الزبيب فالاطلاق لا ينصرف الى الزبيب أيضا لوروده فى بيان حكم آخر و قد بينا فى الاصول أنّ الاطلاق اذا ورد فى مقام بيان حكم اخر فلا يفيد العموم فقوله قدس سره و ظاهرها تحريم ثمره الكرم مط و لو بعد جفافها اه بعيد جدا و لو صحّ ما قاله للزم ان ينسب الى والد ق تحريم عصير الحصرم و عصير اوراق هذه الشجرة لأنهما من ثمره الكرم

أيضا و لا اراه يلتزم بذلك و مع هذا لم اجد احدا من الاصحاب نسب الى والد ق تحريم الأمرين و لا الى ولده الصدوق بل و لم ينسبوا اليهما تحريم عصير الزبيب مع أنّ كتاب المقنع كتاب معروف مشهور و لو كان ما ذكره صحيحا لما غفلوا عن نسبه التحريم هنا اليهما لعدم النسبه منهم دليل على ضعف ما ذكره كما لا يخفى و ثانيا بالمنع من كون طريقه الصدوق العمل برسالة ابيه اليه و امّا ما ذكره ق فى اول كتاب من لا يحضره الفقيه فقد اجبنا عنه فى المفاتيح أيضا فى مقام رفع احتجاج جماعه من الأخباريين به على قطعیه سند الاخبار المذكوره فيه فتأمّل و امّا فيما اومى اليه بقوله و قد اورد فى كتاب علل الشرائع اه فاو لا بالمنع من دلالة تلك الأحاديث على التحريم فى محل البحث و ثانيا بالمنع من موافقه مذهب الصّيدوق لمضمون تلك الأحاديث لو سلمنا دلالتها على التحريم هنا لما بيناه سابقا من أنّ مجرد الزوايه لا يدلّ على عمل الراوى بها و كفى فيما ذكرناه شاهدا عدم نسبه احد من الاصحاب التحريم هنا الى الكتاب المذكور و امّا فيما تبّه عليه بقوله و قال فى الباب الاول من كتاب من لا يحضره الفقيه اه فبالمنع من دلالة العبارة على تحريم ما ادّعاه لاحتمال ان يكون الصّيدوق متوقفا فى حكمه او غير متأمل فيه سلّمنا و لكن لعلّ التحريم باعتبار الاسكار لا- غير فت و امّا فيما اشار اليه بقوله و اورد شيخ الطائفة فى يب روايه على بن جعفر اه فبالمنع من دلالة ما ذكره على مصير الشيخ الى تحريم العصير الزببى و ان سلم دلالة كلامه على تحريم العصير التمرى و ما ذكره من الوجهين لا ينهض باثبات مدعاه كما لا يخفى مع أنّه لا دلالة فى كلامه على مصيره الى حرمة العصيرين بوجه من الوجوه و بالجمله ارتكاب هذه التكاليف هنا و فيما سبق و فيما سيأتى إن شاء الله تعالى لاستفاده الاقوال و المذاهب من العلماء بعيد عن طريقتهم فى نقل الاقوال و الآراء فت و امّا فيما اومى اليه بقوله و قال القاضى نعمان فى دعائم الإسلام اه فبالمنع من دلالة عباره دعائم الإسلام على مصير القاضى الى التحريم فى هذا المقام كما لا يخفى و امّا فيما تبّه عليه بقوله و قد روى الاصحاب تحريم العصير و أطلق جماعه منهم تحريمه فى كتب الفتوى من تقييد بالعنبى اه فبانّ تحريم العصير و ان وقع مط فى كلام جماعه من الاصحاب الا أنّ المراد من هذه الاطلاق خصوص العنبى و قد حكى ق ره التصريح به عباره بعض الفضلاء قائلا قال القطيفى فى كتابه المسّمى بالهادى الرّشاد فى بيان مجملات الارشاد عند حكم العلامة بنجاسه العصير المراد

ص: ٦٥٢

بالعصير فى عبارات الاصحاب عصير العنب فلا يدخل عصير التمر و الزبيب قطعاً فلا تحريم و لا نجاسه و يعضد ما حكاه عن هذا الفاضل اولا قول الإيضاح فى مسئلة التمرى أنّه ينشأ من كونه نبيذا و النبيذ حرام و أنّه اذا صار كالعصير لإطلاق اسمه عليه فيحرم و ثانيا قول الرّياض و اعلم ان مقتضى الاصل و العمومات الداله على الاباحه من الكتاب و السّنة مع اختصاص ما دل على حرمة العصير فتوى و روايه بعصير العنب حلّ عصير التمر و الزبيب ما لم يبلغ الشّده المسكره و اختاره الفاضلان اه و ثالثا أنّه لو كان المراد من العصير المفهوم الكلّى الشّامل لجميع افراده للزم نسبه القول بحرمتها اليهم فيكون عصير الحصرم و الرمان و سائر

الفواكه حراما عندهم و هو من المقطوع بفساده فيلزم ان يكون المراد عصير العنب بخصوصه كما صرح به جماعه هذا و سيأتي ما يفيد هذا المدعى أيضا و بالجمله جميع ما ذكره قدس سره في هذا المقام تكلف و محل مناقشه و كلام و لا يمكن ابطال دعاوى جماعه اشتهار القول بالحليه هنا صريحا بالتكلفات البعيده التي اشار اليها خصوصا مع اعتضاد هاتيك الدعوى بعدم تصريح معظم الاصحاب المتقدمين و المتأخرين بالتحريم في محل البحث اذ العاده تقضى بالتنصيص عليه منهم لو كان ثابتا لأنه ميا يتوفر الدواعى عليه و من الظاهر أنه في مثل المقام لا- يكتفى في الحكم بالتحريم بالاشارات البعيده و الايماءات الغير المفهمه و لكنى معترف بالقصور و التقصير في ادراك جميع ما اورده و هو اجل من ان ينسب اليه الخطأ و ضعف الخيال و اما في قوله و قد ذهب الى التحريم صريحا جماعه من متأخري الاصحاب اه فبالمنع من اعتبار فتاوى الجماعه الذين اشار اليهم و الاعتماد على اقوالهم في مقام الاتفاق و الاختلاف اذ لم يعلم بلوغهم درجه الاجتهاد و ان كانوا من اعيان الفضلاء بل الظاهر ان بعضهم من من الأخباريين الذين لا ينبغي الاعتماد على اقوالهم فت و بالجمله لم اجد الى الان من محققى اصحابنا المعروفين بالاجتهاد و مقبوليه القول قائلا بالتحريم هنا و على اى تقدير ففى المسأله قولان احدهما القول بالحليه و هو لجماعه تقدم اليهم الإشاره و ثانيهما القول بالتحريم و هو لجماعه أيضا للأولين وجوه منها ما تبه عليه في المصاييح قائلا في مقام ذكر ادله الحل و جمله ما قيل في الاستدلال عليه و ما يمكن ان يقال وجوه الاوّل اصل الإباحه الثابت بالعقل و النقل فإنّ الاشياء كلّها مخلوقه لمصالح العباد و منافعهم و لا يعمّ النفع الا باباحتها و قد قال الله تعالى خَلَقَ لَكُمْ مَّا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا و في الحديث كل شىء مطلق يرد فيه نهى و مقتضى الاصل ثبوت الحليه في محل النزاع ما لم يعلم الناقل عنه و تبه على ما ذكره في ضه بقوله لا يحرم العصير من الزبيب و ان غلا- على الاقوى لخروجه عن مسمى العنب و لأصالة الحلّ و استصحابه خرج منه عصير العنب اذا غلا بالنص فيبقى غيره على الاصل و قد صرح في مجمع الفائده و الرياض أيضا بدلاله الأصل على الحل و اجاب عن هذا الوجه في المصاييح قائلا و الجواب عن الاوّل بالخروج عن مقتضى الأصل بما سبق عن الأدله و ما ذكره جيد لو كانت تلك الادله ناهضه لإثبات التحريم و هو ممنوع لما سيأتى اليه الإشاره و منها ما تبه عليه في المصاييح أيضا قائلا- في المقام المذكور الثاني استصحاب الحلّ فان المعتصر من الزبيب كان حلالا قبل غليانه اجماعا فيبقى عن الحليه بعده حتى يثبت المزيل فان اليقين لا ينتقض بالشك و تبه على ما ذكره في ضه أيضا و لكن اجاب عنه فيه قائلا و عن الثاني بانّ المعتصر من الزبيب و ان كان حلالا قبل غليانه ألما ان حليته كحليه العصير العنبي مشروطه بعدم الغليان فإنّ الزبيب قد جف و اختصّ بعدم الجفاف بهذا الاسم فيستصحب فيه الحكم الثابت له قبل جفافه و تغيير صفته و هو حليته بالفعل ما لم يغل و تحريمه اذا غلا و بكون حليته مقرونه بتحريمه المعلق على الشرط فلا- يصحّ استصحابها مع تحقّق الشرط كما هو المفروض و قد يجاب عمّا ذكره أولا بالمنع من اشتراط حليته عصير الزبيب بعدم الغليان و ان هو الا عين المتنازع فيه نعم لو غلا حين كونه عنبا لحرم و لكنّه لم يغل حال كونه عنبا و أنّما حصل الغليان بعد صيرورته زبيبا فلم يتحقّق الحكم بالتحريم بالنسبه الى هذا الموجود و الخارجى الذى هو محلّ النزاع فى آن من الآنات و زمان من الأزمان فلا يجوز

التمسك باستصحابه فى حال الزبيبيه اذ الاصل عدم حجّيه الاستصحاب خصوصا اذا استلزم ثبوت حكم مخالف للأصل خرج منه ما اذا ثبت حكم فى زمان بالفعل يقينا و حصل الشك فى ارتفاعه بعد ذلك الزمان بالأدله الداله على حجّيه الاستصحاب من عمومات الاخبار الداله على عدم جواز نقض اليقين بالشك و غيرها لشمولهما لهذه الصوره قطعا و اما صوره عدم تحقّق الحكم بالفعل فى زمان من الازمنه فلا تشملها تلك الأدله و ان امكن تحقّقه على بعض الوجوه لو اتفق كما فى محلّ البحث بالنسبه الى التحريم فإنّه يمكن تحقّقه فى حال العنبيه السابقيه على حال الزبيبيه اذ اتفق الغليان حال العنبيه فلا يكون حجّيه قطعا و بالجمله

يشترط في حجته الاستصحاب ثبوت امر من حكم وضعى او تكليفى او موضوع فى زمان من الأزمنه قطعاً ثم يحصل الشك فى ارتفاعه بسبب من الاسباب فلا يكفى مجرد قابليته الثبوت باعتبار من الاعتبار فالاستصحاب التقديرى باطل و قد صرح بما ذكرناه والدى العلامة قدس سره فى اثناء الدرس فلا- وجه للتمسك باستصحاب التحريم على القول الثانى و ليس كك التمسك باستصحاب الحليته على القول الاول لأن الحكم بالحليته قد تحققت بالنسبه الى هذا الموجود فى زمان من الأزمنه و هو زمان الحصرميه و العنيه و الزبييه و استمر بقاءه قطعاً الى زمان الغليان فى حال الزبييه و به حصل الشك فى ارتفاع هذا الحكم الثابت قبله فالاستصحاب يقتضى بقاءه لوجود شرطه قطعاً و لا كلام عند القائلين بحجته الاستصحاب فى حجته هذا الاستصحاب هذا و قد يناقش فيما ذكره أيضاً بأن من شرط الاستصحاب بقاء الموضوع و من الظاهر ان الحكم الثابت للعنب و فى حال العنيه لم يبق موضوعه بعد صيروره العنب زيباً لأن الزيب حقيقه اخرى غير حقيقه العنب و ان كان هو سابقاً على الزيب و اصلاً له و لذا يصح سلب اسم كل منهما عن الآخر و لا- يندرج احدهما تحت الآخر و لا جعل كل منهما قسماً للآخر و لا التقييد به و لا الاستفهام عنه و لا استثنائه من ذلك فيكون محلّ البحث كما اذا صار الخمر خلافاً على حلّ المسبوق بالخمريه و لم يجز التمسك بالاستصحاب فى اثبات الحكم الثابت يقينا

ص: ٦٥٣

فى حال الخمر فى حال الخليه فكك هنا لاتحاد طريق المسألتين كما لا يخفى سلّمنا جواز التمسك باستصحاب الحرمة فى حال الزبييه كما ادعاه و لكن كذا غاية الامر تعارض الاستصحابين احدهما هذا الاستصحاب الذى ذكره و ثانيهما استصحاب الحلّ و هو الذى اشرنا اليه و من الظاهر انّ هذا اولى بالترجيح اما اولاً فلاعتضاده بالعمومات الداله على الحليته هنا و سائر ما يدلّ عليها و اما ثانياً فلاعتضاده بالشهره بناء على ما صرح به جماعه من اشتهار القول بالحليته الا ان يمنع منها كما تبّه عليه فى المصاييح قائلاً بعد الاشاره الى القول بالحليه و القول بالحرمة و اربابهما هذا ما تيسر لنا نقله من الاقوال فى هذه المسأله ممّا ادى اليه تتبع كلام كتب الاصحاب و رواياتهم الوارده فى هذا الباب و لم اجد لأحد من علمائنا مع تكرّر ذكر الخلاف فى كلامهم نصاً على تعيين المختلفين فيها من المحلّين و المحرّمين و كتاب المختلف الموضوع لبيان الاقوال المختلفه خال عن هذه المسأله و ليس لها فيه ذكر اصلاً و الشهيدان و غيرها قد اکتفوا فيها بالاشاره الى الخلاف و لم يتعرضوا لتفصيل الاقوال و لا لتعيين القائلين بها و قد ادعى بعض من تأخّر عن الشهيد الثانى ان القول بالتحليل هو المشهور بين الاصحاب و لا اعرف له وجهاً سوى ما يوهمه كلام الشهيدين من نسبه القول بالتحريم الى البعض و ليس هذا صريحاً فى كونه خلاف المشهور فان الاسناد الى البعض لا ينحصر وجهه فى المخالفه للشهره اذ قد يكون الوجه فيه تضعيف القول او عدم تعين القائل او ندره المصرح او غير ذلك من الاعتبارات التى يحسن معها الاسناد المذكور و لو كان اشتهار الحلّ امراً ثابتاً محققاً لصرح به الشهيد الثانى فانه قد بالغ فى تقويه الحلّ بما تيسّر له و الشهره من الاسباب المقويه التى قد يختلف لأجلها الحكم و ليس فى كلامه ما يدلّ على ذلك نصّاً بل ظ كلامه المنقول عن الروض ربّما اقتضى خلاف ذلك حيث نسب القول بالتحريم فيه الى جماعه من الاصحاب و هذا ممّا يقال غالباً اذا كان تعدد و كثره و اما الاسناد الى البعض فى عباره الدروس فظاهر ان ليس الغرض منه التنبيه على الاشتهار لأنه عزى فيه القول بتحريم الزبيى و حليه التمرى الى بعض فى مقام واحد فلو كان المراد الاشعار بالشهره لزم التدافع فى كلامه لأنّ اشتهار الحرمة فى التمرى يقتضى اشتهاره فى الزبيى فان التحريم الزبيى اشهر من تحريم التمرى و اعرف منه فى فتاوى الاصحاب حتى ان من القائلين بالحلّ من نفى القول بتحريم التمرى و ادعى انه خلاف الاجماع و منهم من قطع بالحلّ فى التمرى و استقرّب ذلك فى

الزبيبي بعد التردّد والنظر فعلم ان الاسناد الى البعض في كلامه لبعض الاعتبارات التي ذكرناها دون الايدان بالشهره كما يتوهم من ظ العبارة على ان اقصى ما يقتضيه ذلك هو اشتهاار الحلّ في طبخ الزبيب و الذي ادعاه المتأخرون اشتهااره في المعتصر منه مط و هذا لا يلزم ما ذكره قطعاً بل ربما كان اختياره التحريم في مسئلة النقيع انتفاء الشهره فيه لكونها حجّه عنده كما يدلّ عليه كلامه في الذكري فان قيل لعلّ الوجه في ادعاء الشهره كون التحليل هو قول معظم فقهاائنا المعروفين المصنّفين في الفقه كما ظهر ممّا سبق في نقل الاقوال قلنا هذا أيضاً غير ثابت لان مذاهب اكثر المتقدّمين على المفيد من الفقهاء كابن الجنيّد و ابن ابي عقيل و غيرهما لم تعرف ألماً بالنقل عنهم لذهاب اكثر كتبهم و اندراسها و لم ينقل احد من الاصحاب في المسأله عنهم قولاً بالحلّ و مصنّفات المفيد و السيّد المرتضى و سلاّر ليس فيها تعرض لحكم العصير فضلاً عن الزبيبي بخصوصه و كلام الشيخ في المسأله مختلف و هو مع اختلافه ليس نصّاً في شىء من الحلّ و التحريم كما عرفت و كذا كلام ابن البراج و ابن حمزه و غيرهما من اتباع الشيخ و أمّا الفاضلان فالظاهر ان الذي استقر عليه رأيهما هو التحريم كما يقتضيه اطلاق المحقّق تحريم العصير في كتابي المطاعم و الحدود من النافع الذي هو مختصر الشرائع و متأخر التصنيف عنه و كذا ما سبق من العلامه في المسائل المدنيّه المتأخّره عن كتبه الفقهيّه و فتوى الشهيد مختلفه اذ ظ للمعه التحليل مط و الاستفادة من الدروس التفصيل بحلّ الطيخ دون النقيع و هو خلاف ما ذهب اليه القائلون بالحلّ و ظ كلام ابن فهد في حدود المذهب يقتضى رجوعه عن اختياره الحلّ في اطعمه الكتاب فاذن لم يخلص للقول بالحلّ الا آحاد لا يثبت بهم اشتهاار القول المذكور قطعاً

و باقى الاصحاب بين قائل بالتحريم و مختلف في فتواه و ساكت عن المسأله و مسكوت عنه و الامر الثابت المقطوع به هنا حكم الاصحاب بتحريم العصير و روايتهم الاخبار الوارده فيه و في خصوص المعتصر من الزبيب و هو عند التحقيق راجع الى القول بالتحريم ما لم يعلم خلافه و قد علم من ذلك بطلان دعوى الاشتهار في جانب الحلّ و أنّ الظاهر اشتهاار التحريم و خصوصاً عند القدماء من اصحاب الحديث و غايه ما يقال في مقام التسليم هو نفى الشهره من الجانبين او القول بثبوت شهرتين اشتهاار التحريم بين المتقدمين و شهره الحلّ بين المتأخّرين فأمّا اشتهاار الحلّ مط فلا و كيف كان فالمختار في المسأله ان العصير الزبيبي كالعنبى في الحلّ و الحرمة و قد يناقش في جميع ما ذكره اما فيما تبه عليه بقوله لم اجد لأحد من علماءنا مع تكرّر ذكر الخلاف اه فبانّ ذلك لا يوجب مع اشتهاار القول بالحليّه بل و لا هو مشعر بعدمه فضلاً عن الدلاله عليه على أنّ الظاهر من اكثر الكتب التي حكينا عنه القول بالحليّه أنّ هذا القول هو المشهور بين الاصحاب من المتقدمين و المتأخّرين و يعضده اولاً حكاية س القول بالحرمة عن بعض معاصريه و عن بعض فضلائنا لأنّه لو كان عالماً بمصير جماعه من اعيان المتقدمين و المتأخّرين الى القول بالحرمة لما عبّر بالعبارة التي عبّر بها و احتمال انه لم يطلع على ذلك فضعيف اذ كثره تتبع الشهيد و اطلاعه على فتاوى اصحابنا ممّا لا ينبغي انكاره مضافاً الى انه اقرب عهداً اليهم بالنسبه الى من في هذه الاعصار هذا و من الظاهر ان لفظه بعض فضلائنا في كلامه تشعر بانّ هذا القائل ليس من اعيان اصحابنا المعروفين مثل الشيخين و السيّدين و ابن ادريس و الفاضلين و ثانياً نسبة لك و ضه القول بالتحريم الى بعض اصحابنا و بعض علمائنا فانها مشعره بل ظاهره في ندره هذا القائل و ثالثاً تصريح المقدّس الأردبيليّ و صاحب الكفايه و والدى العلامه قدّس سرّه بدعوى اشتهاار القول بالحليّه هنا بل صرّح الاخير بان هذه الشهره شهره عظيمه كادت تكون اجماعاً و كثره تتبع هؤلاء الاعاظم امر ظ لا ينبغي لمصنّف انكاره فاحتمال خطاهم في هذه الدعوى في غايه البعد و رابعاً ان من لاحظ ما حكينا في مقام نقل الاقوال تيقن صحّه ما ادعوه من الشهره و بالجمله لا ريب ان القائل بالحليّه

صريح جماعه كثيره من اصحابنا المحققين المدققين المعروفين الذين عليهم الاعتماد بل هم ائمه الفن و رؤساء الطائفه و اما القائل بالحرمة صريحا ممن يكون كأحد الجماعه المذكورين فلم نعر عليهم و لا حكاة احد و اما الجماعه الذين اشار اليهم فاكثرتهم من الأخباريين الذين لا عبره بفتاويهم بل الظاهر ان كلهم كك فت و اما فيما نبه عليه بقوله و كتاب لف الموضوع لبيان الاقوال اه فبانّ خلو لف عن هذه المسأله لا يشعر بعدم اشتهار القول بالحليه بوجه من الوجوه بل ربما يفيد اعتقاده اشتهاره بل و عدم الخلاف خصوصا مع ملاحظه مصيره في اكثر كتبه المعروفه المشهوره اليه اذ لو علم بوجود جماعه قائلين بالحرمة ممن يعتمد عليهم من اصحابنا لتبّه عليه في الكتاب المذكور كما لا يخفى و اما فيما نبه عليه بقوله و ليس هذا صريحا في كونه خلاف المشهور اه فبانّه و ان لم يكن صريحا في ذلك و لكنه ظاهرا ظهورا تاميا في ذلك و الاحتمالات التي اشار اليها و ان كانت صحيحه في انفسها الا أنّها بعيده و مع ذلك فبعضها يؤيد الاحتمال الذي تبّهنا على ظهوره كما لا يخفى و اما فيما تبّه عليه بقوله و لو كان اشتهار الحلّ امرا ثانيا اه فبالمنع من الملازمه خصوصا مع اشعاره و لك باشتهار الحلّ و مع هذا فالشهرة عند الشهيد الثاني ليست من الأدله على الاحكام الشرعيه و لا يعتنى بها و لا يلتزم بالاشارة اليها غالبا و اما فيما تبّه عليه بقوله بل ظ كلامه المنقول عن الروض اه فبان الذي حكيناه عن الروض ليس فيه ذلك سلمنا و لكن النسبه الى جماعه تشعر بقتلهم و لا دلالة فيها على كثرتهم بوجه من الوجوه فلا يكون المنقول عن الروض مقتضيا لخلاف ذلك كما لا يخفى و اما فيما تبّه عليه بقوله و اما الإسناد الى البعض في عبارته س اه فبانّه لا ريب في أنّ عبارته س ظاهره الدلالة على اشتهار القول بالحليه في الزبيبي لا لمجرد نسبه التحريم الى بعض الاصحاب بل لنسبته الى بعض معاصريه و بعض فضلاءنا و قد اعترف هو بظهور عبارته س في اشتهار القول بالحليه في الزبيبي و على ما ذكرناه يندفع التدافع الذي اشار اليه و مع هذا فقد يقال نسبه س حليه التمرى الى بعض الأصحاب ظاهره في اشتهار القول بالحرمة فيه و لكن هذا الظاهر يجب رفع اليد عنه بما نبه عليه و هو لا يستلزم رفع اليد عن الظاهر الذي ذكره في الزبيبي و بالجمله ما ذكره في منع ظهور عبارته س في اشتهار القول بالحليه في الزبيبي ضعيف جدا خصوصا مع عدم اشارته س الى القول بالتحريم في التمرى و اقتضاه على نسبه الحليه فيه الى بعض الاصحاب و لئن تنزلنا فلا أقل من عدم دلالة عبارته س على دعوى الشهرة في الزبيبي و التمرى و هو لا يضرنا و لا ينفعه فت و اما فيما تبّه عليه بقوله على ان اقصى ما يقتضيه ذلك اه فبالمنع من دلالة عبارته س على ذلك بل تدل على ما حكاة عن المتأخرين سلمنا و لكن دعوى الشهيد اشتهار القول بالحليه في الزبيبي في صورته خاصه أيضا نافعه حيث لا دلالة في كلامه على نفى شهره الحليه في غير تلك الصورة فت و اما فيما نبه عليه بقوله بل ربما كان اختياره التحريم في مسئلة النقيع اه فبانّه لا دلالة لما ذكره على انتفاء الشهرة لأنّ الشهرة عند الشهيد ليست من الأدله القطعيه التي لا يجوز رفع اليد عنها باعتراف وجود المعارض الاقوى بل هي عنده من الأدله الظنيه فيجوز رفع اليد عنها باعتبار ما ذكر فوجودها في مقام لا يمنع من مخالفتها مطلقا و أنّها يمنع منها حيث لم يوجد المعارض الاقوى و لم يتحقق عندنا أنّ الشهيد لم يجد المعارض الاقوى منها فلعله ترك الشهرة في مسئلة النقيع باعتبار أنّه وجد فيها المعارض فاختياره التحريم فيها لا يدل على انتفاء الشهرة في الحكم بالحليه الا ان يدفع احتمال وجود المعارض الاقوى هنا بالاصل و لكنه فيه ظ اشكال فت و اما فيما تبّه عليه بقوله قلنا هذا أيضا غير ثابت لأنّ مذاهب اكثر المتقدمين اه فبان عدم نقل الاصحاب عن اولئك قولاً بالحلّ و عدم تعرّض الجماعه الذين اشار اليهم في مصنفاتهم لحكم العصير مط لا يقتضى عدم اطلاع المدعين لاشتهار القول بالحليه في الزبيبي على قول الجماعه المذكورين بها و قد اشتهر أنّ عدم الوجدان لا يدل على عدم الوجود و مع هذا فقد اعترف هو بظهور كلام الشيخ في النهايه و ابن البراج في المهذب و ابن حمزه

في الوسيله و ابن ادريس في السرائر في القول بالحليه في الزبيبي و الحال ان الاصحاب لم يحكوا عن هؤلاء هذا القول سلمنا أنّ



مذهب هؤلاء فى العصير غير معلوم لكن مصير اكثر من عداهم و هم الذين اشار اليهم فى مقام نقل الاقوال يوجب اشتهاى القول بالحليه كما لا- يخفى و اما فيما تبه عليه بقوله و هو مع اختلافه فيه ليس نصا اه فبان النصيه ليست شرطا بل يكفى الظهور و قد اعترف بظهور كلام هؤلاء الجماعه فى القول بالحليه فى الزيبى و هذا الظهور لا- يقصر عما ادّعا من ظهور كلام الكلينى و الصّيدوقين و جماعه من الرواه فى القول بالحرمه فى الزيبى بل هذا لو سلّم اضعف من الأوّل جدّا و اما فيما تبه عليه بقوله و اما الفاضلان فالظاهر ان الذى استقر عليه رأيهما هو التحريم اه فبالمنع من ذلك اما اولا من انصراف اطلاق تحريم العصير الى العصير الزيبى لما تقدّم و سيأتى إن شاء الله تعالى مع أنّ المحقّق فى كتاب الحدود من يع كالعلامه فى جمله من كتبه نصا على القول بالحليه فى الزيبى و من الظاهر ان النصّ اولى من الاطلاق و ان علم بتاخره عنه و لذا ذهب اكثر المحققين الى أنّ الخاص يخصّص بالعام المتاخر مط و ان احتمال كون العام ناسخا للخاص و مع هذا فيحتمل ان يع كان متأخرا عن فع و ان كان مختصر الشرائع اذ ذلك لا- يستلزم التاخر عن يع حتّى فى هذه المسأله فى الجملة غير كاف هنا على أنّ احتمال تجدد الرّاي فى هذه المسأله للمحقق و العلّامه و ان لهما قولين فيها فى غايه البعد و يؤيّداه عدم اشاره احد من اصحابنا ممّن تاخر عنهما ان لذلك فت و اما فيما تبه عليه بقوله و كذا ما سبق عن العلّامه اه فبانّه لم يثبت كون هذه الرّساله للعلّامه بخلاف القواعد و الإرشاد و التحرير فانه قد ثبت بالتواتر أنّها من مصنفاته سلمنا ان هذه الرّساله له و لكن لم يثبت وقوع هذه المسأله فيها بعد تصنيف تلك الكتب او بعد ذكر هذه المسأله فيها فعلى ذكر الحكم فى هذه الرّساله قبل بلوغه فى الكتب المذكوره الى هذه المسأله و تقدمها على هذه الرّساله فى الجملة لا يفيد تقدّم كلّ مسأله مذكوره فيها على جمع مسائل هذه الرّساله او على هذه المسأله على أنّا نمنع من دلالة عباره هذه الرّساله على اختيار القول بالتحريم هنا و اما فيما تبه عليه بقوله و فتوى الشّهيد مختلفه

ص: ٦٥٥

اه فبانّه فتوى الشّهيد لو سلم اختلافها و لكن الذى استقر عليه رأيه هو التحليل مط لأنّ اللّمعه بعد الدروس كما يظهر من كلام الشّهيد فى ضه و أما فيما تبه عليه بقوله و ظ كلام ابن فهداه فبالمنع من دلالة ما ذكره فى كتاب الحدود على اختياره التحريم فى هذه المسأله و لو سلمت فغايتها الظهور و ما ذكره فى كتاب الأطمعه صريح فى اختياره القول بالحلّ و الصريح ارجح من الظاهر سلّمنا و لكن لم نعلم بتقدّم تصنيف كتاب الأطمعه على تصنيف كتاب الحدود و الترتيب الموجود الآن لا يدلّ على الترتيب حال التصنيف بشىء من الدلالات و مع هذا فاحتمال تجدد الرّاي فى هذه المسأله لابن فهداه فى غايه البعد و اما فيما تبه عليه بقوله و باقى الاصحاب قد عرفت ان القائل بالتحريم هنا من محققى الأصحاب الذين يعتبر فتاويهم غير معلوم و الذين حكى عنهم التصريح بالتحريم هنا ليسوا ممّن ذكرناهم و اما فيما تبه عليه بقوله و الامر الثّابت المقطوع به اه فبان معظم الاصحاب لم يطلقوا تحريم العصير بل قيّدوه بالعنبى و أنّما أطلق شاذّ منهم فى بعض المواضع مع أنّه صرح فى موضع التقييد المذكور و مع هذا فقد عرفت ان الاطلاق يراد به العنبى لا جميع الافراد و كك الكلام فى اطلاق الأخبار و سيأتى اليه الإشارة إن شاء الله تعالى و اما فيما تبه عليه بقوله و قد علم اه فبالمنع منه كما بيناه و كك يمنع من قوله و ان ظ اشتهاى التحريم خصوصا عند القدماء لأنّه لا يتمّ ما ذكره هنا الا بعد صحّحه ما اورده سابقا و قد عرفت ضعفه و بالجملة الظاهر اشتهاى القول بالحلّ مط لما حقّقناه سابقا و منها ما تبه عليه فى المصايح قائلا فى المقام المذكور الثّالث عمومات الكتاب و هى انواع منها ما دل على اباحه الاكل و الشرب بقول مطلق كقوله تعالى كُلوْا وَ اشْرَبُوا\* و منها الآيات الدّاله على حلّ الطيبات كقوله تعالى يَسْتَلُونَكَ مَاذَا أُحِلَّ لَهُمْ قُلْ أُحِلَّ لَكُمْ الطَّيِّبَاتُ و قوله سبحانه الْيَوْمَ أُحِلَّ لَكُمْ الطَّيِّبَاتُ و قوله عزّ و جلّ فى حكاياه نعت النّبى ص وَ يُحِلُّ لَهُمُ الطَّيِّبَاتِ وَ يُحَرِّمُ

عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثُ وَ الْعَصِيرُ الزَّبِيْبِي قَبْلَ ذَهَابِ ثَلَاثِيهِ مِنَ الطَّيِّبَاتِ فَيَكُونُ حَلَالًا- أَمَّا الثَّانِيهِ فَبِالآيَاتِ الْمَتْلُوهِ فَانَ الطَّيِّبَاتِ جَمْعُ مَحَلِي بِاللَّامِ وَ الْجَمْعُ الْحَلِي بِاللَّامِ حَقِيْقَةُ فِي الْعَمُوْمِ عِنْدَ جَمْهُوْرِ الْمُحَقِّقِيْنَ وَ أَمَّا الْاَوَّلِي فَلَانَ الْمُرَادُ مِنَ الطَّيِّبَاتِ مَا يُقَابَلُ الْخَبَائِثُ وَ هِيَ الَّتِي يَسْتَخْبِثُهَا الطَّبَاعُ السَّلِيْمَةُ وَ يَتَنَفَّرُ عَنْهَا وَ لَيْسَ الْعَصِيرُ الزَّبِيْبِي مِنْهَا قِطْعًا وَ لِمَلَائِمَتِهَا الطَّبَاعُ فَتَكُونُ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَ لَيْسَتْ الْحَلِيَّةُ مَا خُوِذَ فِيهَا بِدَلَالَةِ الْعَرَفِ وَ لَزُوْمِ الْاِجْمَالِ عَلٰى تَقْدِيْرِ اِعْتِبَارِهَا وَ هُوَ يَنَافِي الْاِمْتِنَانَ الْمَقْصُوْدَ فِي هَذِهِ الْآيَاتِ وَ مِنْهَا مَا دَلَّ عَلٰى حَصْرِ الْمَحْرَمَاتِ فِي اَعْيَانِ مَخْصُوْصِهِ غَيْرِ مُتَنَاوِلِهِ لِمَحَلِّ التَّنَزَاعِ كَقَوْلِهِ تَعَالٰى قُلْ لَّا اَجِدُ فِي مَا اُوْحِيَ اِلَيَّْ مُحْرَمًا عَلٰى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ اِلَّا اَنْ يَكُوْنَ مَيْتَةً اَوْ دَمًا مَسِيْفُوْحًا اَوْ لَحْمَ خِنْزِيْرٍ فَاِنَّهُ رِجْسٌ اَوْ فِسْقًا اَهْلًا لِعَيْْرِ اللّٰهِ بِهٖ وَ قَوْلِهِ سُبْحٰنَهُ اِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْنَا الْمَيْتَةَ وَ الدَّمَ وَ لَحْمَ الْخِنْزِيْرِ وَ اَهْلًا بِهٖ لِعَيْْرِ اللّٰهِ وَ الْاِيْتَانِ مُحْكَمَتَانِ غَيْرِ مَنْسُوخَتِيْنِ وَ لَا مُوقِفَتِيْنِ وَ لِدَلَالَةِ الْاِخْبَارِ الصَّحِيْحَةِ عَلٰى بَقَاةِ حَكْمِهِمَا وَ صَحِّهِ التَّمَسُّكِ بِهِمَا كَصَحِيْحِهِ زَرٰرُهُ وَ مُحَمَّدُ بْنُ مَسْلَمٍ عَنِ اَبِي جَعْفَرٍ قَالَ اِنَّمَا الْحَرَامُ مَا حَرَّمَ اللّٰهُ تَعَالٰى فِي الْقُرْآنِ وَ صَحِيْحِهِ مُحَمَّدُ بْنُ مَسْلَمٍ عَنْهُ قَالَ لَيْسَ الْحَرَامُ اِلَّا مَا حَرَّمَ اللّٰهُ فِي كِتٰبِهِ ثُمَّ قَالَ اَقْرَأْ هَذِهِ الْآيَةَ الْاَوَّلِي وَ صَحِيْحِهِ الْاُخْرٰى عَنِ اَبِي عَبْدِ اللّٰهِ ع وَ قَدْ سَأَلَهُ عَنْ اَشْيَاءَ مِنَ الْمَطَاعِمِ فَقَالَ لَهُ يَا مُحَمَّدُ اَقْرَأْ هَذِهِ الْآيَةَ الَّتِي فِي الْاِنْعَامِ قُلْ لَا اَجِدُ فِيْمَا اُوْحِيَ اِلَيَّْ مُحْرَمًا عَلٰى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ فَمَا يَتَّخِذُ مِنْهُ مِنَ الْاَطْعَمَةِ وَ الْاَشْرَبِ وَ هُوَ قَوْلُهُ تَعَالٰى وَ مِنْ ثَمَرَاتِ النَّخِيْلِ وَ الْاَعْنَابِ تَتَّخِذُوْنَ مِنْهُ سِكْرًا وَ رِزْقًا حَسِيْنًا فَانَ الْمُرَادُ بِالرِّزْقِ الْحَسَنِ جَمِيْعَ مَا يَتَّخِذُ مِنَ الثَّمَرَتِيْنِ مِنَ التَّمْرِ وَ الزَّبِيْبِ وَ الدَّبَسِ وَ الْعَصِيْرِ وَ الْخَلِّ وَ غَيْرِهَا وَ يَجِبُ اِنْ يَكُوْنَ هَذِهِ كُلُّهَا مَحَلَّةً لِتَسْمِيَّتِهَا رِزْقًا وَ وَصْفِهَا بِالْحَسَنِ وَ وَقُوْعِهَا فِي مَعْرُضِ الْاِمْتِنَانِ وَ قَدْ خَرَجَ عَنْ ذَلِكَ الْعَصِيْرِ الْعِنْبِي قَبْلَ ذَهَابِ ثَلَاثِيهِ فَيَبْقٰى الْبَاقِي وَ يَعْضُدُ مَا ذَكَرَهُ اَوَّلًا قَوْلَ مُجْمَعِ الْفَائِدَةِ وَ مَا تَقَدَّمَ مِنَ الْاَصْلِ وَ الْعَمُوْمَاتِ وَ حَصْرِ الْمَحْرَمَاتِ مُؤَيَّدًا بِالشَّهْرِ دَلِيْلُ الْحَلِّ حَتّٰى يَعْلَمَ كُوْنَ

المراد بالعصير ما يعم فت و ثانيا قول الكفايه الاشهر الاقرب انه لا يحرم عصير الزبيب اذ لا يصدق عليه العنب فيشملة الادله العامه المقتضيه للحل و ثالثا قول الرضا و اعلم ان مقتضى الاصل و العمومات الداله على الاباحه من الكتاب و السنة مع اختصاص ما دل على حرمة العصير فتوى و روايه بعصير العنب حل عصير التمر و الزبيب ما لم يبلغ الشده المسكره و لعله اشار الى ما ذكره في س و لك بقولهما بعد التصريح بحل عصير الزبيب لخروجه عن مسمى العنب و قد يناقش في هذه الوجه بما نبه عليه في المصايح قائلا في المقام المذكور أيضا و عن الثالث بتخصيص الآيات المذكوره بالاخبار الداله على التحريم و كذا بالاستصحاب الحرمة الثابته للعنب فان الحق جواز تخصيص الكتاب بالادله الظنيه المعتبره شرعا لرجوعها الى القطع بل انتهائها الى الكتاب كما حققناه في الاصول و لو لم يجز تخصيص الكتاب باخبار الآحاد لزم سقوط حجيتها بالكلية اذ ما من خبر يتضمن امرا مخالفا للأصل الا- و في مقابله شىء من عمومات الكتاب و اقله ما دل على اصل الاباحه كقوله تعالى خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا وَ قَدْ اثْبَتَ الْاَصْحَابُ فِي كِتَابِ الْمَطَاعِمِ مُحْرَمَاتٍ كَثِيرَةً لَا مُسْتَدَّ لَهَا سِوَى اِخْبَارِ الْاَحَادِ وَ مَا فِي مَعْنَاهَا مِنَ الْاَدْلَةِ الظنِيهِ وَ كَذَا فِي سَائِرِ كُتُبِ الْفِقْهِ وَ ابْوَابِهِ وَ الْعَمْدَةِ فِي حِجَّتِهِ خَيْرُ الْوَاحِدِ عَمَلُ الْاَصْحَابِ وَ اِجْمَاعُهُمْ عَلٰى ذَلِكَ وَ هُوَ حَاصِلٌ فِي الْاِخْبَارِ الْمَخْصُصَةِ لِعَمُوْمَاتِ الْكِتَابِ فَلَا وَجْهَ لِلتَّخْصِيْصِ بِغَيْرِهَا عَلٰى اَنَّ الدَّلِيْلَ فِي الْمَسْأَلَةِ لَيْسَ مَقْصُوْرًا عَلٰى مَا هُوَ ظَنِي السِّنْدِ اِذْ مِنْ جَمَلِهِ الْاَدْلَةُ رَوَايَاتِ الْعَصِيْرِ وَ هِيَ اِخْبَارٌ مُعْتَمَدَةٌ مُقْطُوْعٌ صَحَّتْهَا لِكثْرَتِهَا وَ اِجْمَاعُ الْاَصْحَابِ عَلَيْهَا وَ كَفَى بِهَا مَخْصُصَةً لِلآيَاتِ الْمَذْكُوْرَةِ اِنْ اِشْتَرَطْنَا الْقَطْعَ فِي تَخْصِيْصِ الْكِتَابِ وَ اعْلَمَ اَنَّ فِي دَلَالَتِهِ اَكْثَرَ هَذِهِ الْآيَاتِ نَظْرًا فَانَ قَوْلُهُ تَعَالٰى كُلُوْا وَ اَشْرَبُوْا\* اِنَّمَا دَلَّ عَلٰى اِبَاْحِهِ جِنْسِي الْاَكْلِ وَ الشَّرْبِ وَ هُوَ لَا يَقْتَضِيْ اِبَاْحَهُ جَمِيْعِ الْمَاكُوْلَاتِ وَ الْمَشْرُوْبَاتِ وَ لَيْسَ فِي سُوْقِ الْكَلَامِ مَا يَفِيْدُ الْعَمُوْمَ فَاِنَّهُ مَسُوْقٌ فِي مَوْضِعٍ مِنَ الْكِتَابِ لَطَلْبِ الْاِقْتِصَارِ عَلٰى مَا يَحِلُّ مِنَ الْاَطْعَمَةِ وَ الْمَنْعِ عَنِ التَّعَدُّى عِنْدَ الْاِخْبَارِ وَ فِي

آخر ان عدم منافات الصوم الأكل و الشرب ليله الصيام و لا التفات فى شىء منهما الى بيان حال الانواع و الافراد و اما ما تضمن  
حصر المطاعم المحرمة فى الامور الأربعة ففيه سؤال مشهور و هو ان محرمات المطاعم و المشارب كثيره غير محصوره فى هذه  
الأربعة فما وجه المعصر فيها و اجيب بانّ المراد حصر ما استقر تحريمه فى

ص: ٦٥٦

الشرع الى وقت النزول فلا ينافى ثبوت التحريم بعد ذلك فيما خرج عن الحصر و الاصوب ان يقال انّ المراد حصر ما يحرم من  
الحيوانات المعتاد اكلها فى ذلك الوقت كما يدل عليه سياق الآيه الاولى و كيف كان فلا دلالة فى ذلك على التحليل فى  
موضع النزاع و اما الاخبار فالتمسك بها مشكل جدًا لتضمنها حل الجرى و الزمار و المارماهى و كلّ حيوان عدى الخنزير كما  
ذهب اليه مالك و من وافقه من العامه و هو خلاف اجماع الشيعه مع ان الظاهر منها حصر الحيوانات المحرمة و ما كان منها ممّا  
تضمّنه الآيه دون مطلق المطاعم فلا يكون لها ح تعلق بموضع الخلاف كآيّه و اما قوله سبحانه وَ مِنْ ثَمَرَاتِ النَّخِيلِ وَ الْأَعْنَابِ  
فاقصى ما فيه دلالة على اتخاذ الأَطعمه المحلله من هذه الثمرات و ليس فى ذلك ما تدل على حليه جميع ما يتخذ منها من  
الأطعمه فان ما يصلح للحلال ربما يستعمل فى الحرام و ان لم يخلق له على انّ تحريم العصير بأنواعه انما هو من توابع تحريم  
الخمير و الخمر لم يكن يومئذ ظاهره التحريم فى الشرع فانّ تحريمهما مدنى و هذه الآيه مكيه باتفاق المفسرين و ظاهرها حليه  
الخمير فى ابتداء الشرع بل ربما قيل انّ المراد بالسكر فيها الخمر بعينها فدلاله الآيه على حليه العصير الزببى لو سلمنا لا يثبت بها  
الحلّ بعد نزول تحريم الخمر كما هو المدعى و قد يناقش فى جميع ما ذكره امّا فيما تبه عليه بقوله و عن الثالث بتخصيص  
الآيات المذكوره بالاخبار الداله على التحريم فاولا بانّ التخصيص المذكور انما يتجه على المختار من جواز تخصيص الكتاب  
بخبر الواحد الذى هو حجّه حيث يكون التعارض بين هذين المتعارضين من قبيل تعارض العام و الخاص المطلقين بان يكون  
خبر الواحد اخصّ مطلقا من عام الكتاب و اما اذا كان التعارض بينهما من قبيل تعارض العموم و الخصوص من وجه فلا بد من  
ترجيح عام الكتاب لقطعيه سنده و لإطلاق الاخبار الكثيره الداله على لزوم طرح ما خالف الكتاب من اخبار الآحاد و لظهور  
الاتفاق على ذلك و يعضد ما ذكر اعتضاد عمومات الكتاب المتقدم اليها الاشاره بالاصل و باشتهار القول الاول و لو سلم عدم  
رجحانها هنا فلا أقلّ من التوقف اذ لا وجه لترجيح اخباره الآحاد ح فيبقى اصاله الاباحه سليمه عن المعارض و من الظاهر انّ  
التعارض بين العمومات المذكوره و ما استدل به على مختاره هنا و هو التحريم من الاخبار المطلقه لحرمة العصير من قبيل  
تعارض العمومين من وجه بعد تخصيص تلك العمومات بغير العصير العنبى لما تقدّم من الادله على حرمة فاذن ينبغى ترجيح  
تلك العمومات على هذه الاطلاقات لما قدّمنا اليه الاشاره مضافا الى انّ العام اقوى من المطلق فى الدلالة على العموم فيترجح  
تلك العمومات من هذه الجبهه أيضا فت و اما غير تلك الاخبار المطلقه من سائر الاخبار التى استدل بها على التحريم فلم يثبت  
عندى الى الان أنّها اخصّ مط من تلك العمومات مع انّ فى اصل دلالتها على التحريم و لو خلت عن المعارض اشكالا سيأتى  
اليه الاشاره إن شاء الله تعالى و ثانيها بانّ الأخبار التى جعلها مخصّصه للعمومات المذكوره لا تصلح لتخصيصها و ان سلم أنّها  
اخص مط بالنسبه الى تلك العمومات و أنّها تنهض لإثبات التحريم لو خلت عن المعارض و ذلك لأنّ تلك العمومات  
اعتضدت هنا بالشهره و كل عام معتضد بالشهره لا يصلح الخاص مط من اخبار الآحاد و ان كانت معتبره لتخصيصه اما المقدمه  
الاولى فلما بيناه سابقا من اشتهاار القول الاول و ان انكره قدّس سرّه و اما الثانيه فلما حقّقناه فى الاصول و قد صرح به والدى  
العلّامه قدّس ره فى اثناء الدّرس و اما فى قوله و كذا باستصحاب الحرمة الثابته للعنب فاولا فبالمنع من الاستصحاب المذكور لما

بيناه سابقا و ثانياً فبان الاستصحاب المذكور على تقدير صحته هنا لا يصلح لتخصيص العمومات و لا لتقييد المطلقات من الكتاب و السنّه فانّ العمومات ممّا تفيد الظنّ بالحكم الواقعي فتكون من الادله الاجتهاديه القائمه مقام العلم و لا كك الاستصحاب فانه لا يفيد العلم و لا الظنّ بالحكم الواقعي بل أنّما يجب العمل به تعديداً فهو من الاسباب الشرعيه على الاقرب كيد المسلم و الفراش و اصاله طهاره الاشياء و ما هو كك لا يصلح لتخصيص الادله الاجتهاديه و لا لدفع الظواهر الشرعيه و الا لما جاز العمل بالعمومات و الاطلاقات و سائر الظواهر من الكتاب و السنّه لمعارضتها بالاستصحاب و اصاله البراهه التي مرجعها الى الاستصحاب و قاعده الاحتياط التي مرجعها اليه أيضا في جميع المقامات و

هو باطل قطعاً لما دل على حجّيه العمومات و الإطلاقات و سائر الظواهر الشرعيه و لاتفاق الأصحاب بل علماء الإسلام على العمل بها في جميع الاعصار و الأمصار مع علمهم بمعارضتها بالأصول التعديديه المذكوره و بالجمله يرد عليه ما سيورده على القول بعدم جواز تخصيص الكتاب بخبر الواحد بل الايراد هنا بنحو ما اورده اوضح كما لا يخفى و اما فيما تبه عليه بقوله لرجوعها الى القطع بل انتهائها الى الكتاب فاولاً بانه ما ذكره أنّما يتجه لو كان الدليل على حجّيه خبر الواحد قوله تعالى فَلَوْ لَا نَفَرْنَا مِنْ كُلِّ فِرْقَةٍ مِنْهُمْ طَائِفَةٌ لَأَيُّهُ او مفهوم قوله تعالى إِنَّ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ أَلَيْهِ كَمَا اسْتَدَلَّ بِهِ وَمَا تَقَدَّمَهُ جَمْعٌ كَثِيرٌ مِنَ الْأَصُولِيِّينَ عَلَى حَجِّهِ أَخْبَارٍ وَ لَكِنَّهُ خِلَافَ التَّحْقِيقِ مِنْهُمْ فَانِ الْآيَتَيْنِ الشَّرِيفَتَيْنِ لَا تَنْهَضَانِ لِإثْبَاتِ حَجِّهِ خَيْرِ الْوَاحِدِ مَطَّأً أَوْ لَا فَلَعَدَمَ دَلَالَتِهِمَا عَلَى ذَلِكَ بَوَاحٍ مِنَ الْوَجْهِ كَمَا بَيَّنَّاهُ فِي الْأَصُولِ وَ تَبَّ عَلَيْهِ جَمَاعُهُ مِنْ مُحَقِّقِي أَصْحَابِنَا كَالسَّيِّدِ فِي الذَّرِيعَةِ وَ الشَّيْخِ فِي الْعَدَّةِ وَ ابْنِ زَهْرَةَ فِي الْغَنِيِّهِ وَ الْمُحَقِّقِ فِي الْمَعَارِجِ وَ غَيْرِهِمْ وَ لَوْ سَلِمَتْ فَلَا نَسْلَمُ دَلَالَتَهُمَا عَلَى حَجِّهِ مَطَّأً وَ لَوْ عَارَضَ ظَ الْكِتَابِ مِنْ عَامٍ أَوْ مُطْلَقٍ أَوْ غَيْرِهِمَا وَ أَمَا ثَانِيًا فَلَمْعَارَضَتُهُمَا عَلَى تَقْدِيرِ دَلَالَتِهِمَا عَلَى ذَلِكَ بَعُمُومَاتِ الْكِتَابِ وَ السَّنَّةِ الدَّالَّةِ عَلَى عَدَمِ حَجِّهِ مَا لَا يَفِيدُ الْعِلْمَ وَ عَلَى عَدَمِ حَجِّهِ الظَّنَّ وَ التَّعَارُضَ بَيْنَ هَذَيْنِ الْمُتَعَارِضِينَ مِنْ قَبِيلِ تَعَارُضِ الْعُمُومِينَ مِنْ وَجْهِ كَمَا لَا يَخْفَى وَ لَعَلَّ الْأَخِيرَةَ أَوْلَى بِالْتَّرْجِيحِ لِأَكْثَرِيَّتِهَا وَ اعْتِضَادِهَا بِالْأَصْلِ وَ الْإِعْتِبَارِ وَ فَحْوَى مَا دَلَّ عَلَى عَدَمِ حَجِّهِ ظُنُونٌ هِيَ أَقْوَى مِنَ الظَّنِّ الْحَاصِلِ مِنْ خَيْرِ الْوَاحِدِ مَطَّأً وَ ثَانِيًا بَانَ مَا دَلَّ عَلَى حَجِّهِ خَيْرِ الْوَاحِدِ الْمُخَصِّصِ لِعَامِ الْكِتَابِ وَ انْ كَانَ مِنَ الْكِتَابِ وَ لَكِنْ مَا دَلَّ عَلَى لَزُومِ طَرَحِ كَلْمَا خَالَفَ الْكِتَابَ مِنْ أَخْبَارِ الْآحَادِ مِنَ الْكِتَابِ أَيْضًا وَ مَرْجِعُهُ إِلَى الْقَطْعِ بَلْ قَدْ يَدْعَى تَوَاتُرُهَا مَعْنَى وَ بِالْجَمْلَةِ يَلْزَمُ مِنَ الْإِحْتِجَاجِ بِالْكِتَابِ عَلَى حَجِّهِ أَخْبَارِ الْآحَادِ عَدَمَ حَجِّهِ أَخْبَارِ الْمَعَارِضِ لظَاهِرِ الْكِتَابِ فَيَلْزَمُ ارْتِكَابَ التَّخْصِيسِ فِي عُمُومِ الْكِتَابِ الدَّالِّ عَلَى حَجِّهِ خَيْرِ الْوَاحِدِ لَامْتِنَاعِ الْعَمَلِ بِالْجَمِيعِ وَ التَّخْصِيسِ كَمَا يُمْكِنُ بِإِخْرَاجِ مَا دَلَّ عَلَى لَزُومِ طَرَحِ مَا خَالَفَ الْكِتَابَ عَنْ هَذَا الْعُمُومِ كَك يُمْكِنُ إِخْرَاجِ مَا خَالَفَ عَامَ

ص: ٦٥٧

الكتاب عن هذا العموم و لا دليل على الترجيح الا ان يقال ان اطلاق الأخبار الداله على لزوم طرح ما خالف الكتاب الى مخالفته صريحا لا ظاهرا و من الظاهر ان محل البحث من الثاني لا الاول او يرحح التخصيص الاول باشتهار القول بجواز تخصيص الكتاب بخبر الواحد و بسائر ما يدل عليه فت و اما فيما تبه عليه بقوله و لو لم يجوز تخصيص الكتاب باخبار الآحاد اه فبالمنع من الملازمه امّا اولاً فلان كثيرا من اخبار الآحاد لا يعارضها شيء من عمومات القرآن حتى قوله تعالى خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا كالأخبار الداله على اسباب الضمان و لزوم الوفاء بالشروط و كثير من الاحكام الوضعيه و التكليفيه من جمله من الواجبات و المستحبات و المكروهات و غير ذلك ممّا لا يكاد يحصى فليس كل خبر دال على حكم مخالف للأصل يعارضه ظ من الكتاب من عام او مطلق او ظ غيرهما مع ان جمله من العمومات و الإطلاقات القرآنيه قد يناقش في دلالتها على اصاله حكم و

ثبوتها في جميع أفرادها كما يناقش في دلاله الآيه المذكوره على اصاله حليته جميع الأشياء من المحرمات التي اشأن إليها و غيرها  
و كما يناقش في دلاله قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ على صحته جميع أفرادها و كما يناقش في دلاله قوله تعالى أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ و قوله  
تعالى أَقِيمُوا الصَّلَاةَ\* على صحته كل بيع و كل صلاه و عدم اشتراطهما بكثير من الشّروط الوارده في كثير من الاخبار و يؤيد ما  
ذكرناه ما اورده هنا على عموم جمله من الآيات الشّريفة هذا و لو كان ما ذكره من الملازمه صحيحا لما خفي على كثير من  
محققي اصحابنا المانعين من تخصيص الكتاب باخبار الآحاد على تقدير حجيتها كالسيد المرتضى و المحقق و غيرهما و اما ثانيا  
فلاحتمال ان يكون مراد المانعين من التخصيص المذكور عدم صلاحية خبر الواحد بنفسه و لو كان صحيحا له و اما اذا انضم  
الى ما يفيد الظن كالشهره صحّ هذا التخصيص بهذا المجموع المركب فلا يرد ما ذكره من الملازمه كما لا يخفى و اما ثالثا  
فلاحتمال خروج العمومات التي يلزم من عدم جواز تخصيصها بخبر الواحد سقوط حجته خبر الواحد مط عن محل النزاع في  
مسئله جواز تخصيص الكتاب بخبر الواحد كما نبه عليه بعض المحققين و اما فيما نبه عليه بقوله و العمده في حجته خبر الواحد  
اه فاولا بالمنع من اتفاق الاصحاب على العمل بخبر الواحد و كيف يدعى ذلك مع انه قد منع السيد المرتضى و السيد ابن زهره  
و ابن ادريس و ابن البرّاج من العمل بخبر الواحد بل نسب الى اكثر القدماء الّا ان يمنع من هذه و يدعى اتفاق من عدا  
المذكورين من اصحاب الائمة ع و سائر العلماء الذين نشئوا في زمن الغيبة على العمل به و انّ مخالفه المذكورين لا يقدر في  
الاجماع و ثانيا بالمنع من تحقق الاجماع على جواز تخصيص الكتاب بخبر الواحد و ثبوت حجته في الجملة بالاجماع لا يستلزم  
ثبوت حجته مط و لو في مقام تخصيص الكتاب اذ القضايا المهملة في قوه الجزئية باتفاق المنطقيين و الجزئية تضاد الكليه فليس  
المنع من التخصيص به تخصيصا لما ثبت بالاجماع فت و بالجملة الكلام في هذه المسألة طويل الذيل و هي من المسائل  
الاصوليه المشكله و لا- ينبغي استقصاء البحث فيها و ان لها مقاما اخر و قد استقصينا الكلام في كتاب المفاتيح و انما ذكرناه  
شرذمه مّا تعلق بها تبعا له قدّس سرّه و كيف كان فمختار باقيها مختاره من جواز التخصيص بخبر الواحد و لكن في هذه  
المسألة نمّنه لما قدّمنا اليه الإشاره فلا تغفل و اما فيما نبه عليه بقوله على انّ الدليل في المسألة ليس مقصورا اه فبالمنع من ان  
الاخبار المطلقة لتحريم العصير مقطوع بصحتها باعتبار كثرتها لأنّها لم تبلغ حدّ التواتر عادة فانّها سبع روايات على ما وصل إلينا و  
ذكره في كتابه و عدد السبع ليس عدد التواتر عادة و الّا لكان اكثر الاخبار متواتره لأنّها اما سبع او تزيد عليه و هو باطل قطعاً و  
اما فيما نبه عليه بقوله و اجماع الاصحاب عليها اه فبالمنع من ذلك ان اراد اجماعهم على التلقى بقبولها و ان اراد اجماعهم على  
العمل بها في الجملة بمعنى أنّهم افتوا بحرمة العصير في الجملة فلا يفيد مدّعا قطعاً سلمنا قطعيه سندها و لكن نمّنه من شمول  
اطلاقها لمحلّ البحث بل هو منصرف الى العصير العنبي الذي انعقد الإجماع على حرّمته و سيأتي تحقيق هذا المطلب إن شاء الله  
تعالى و على هذا لا تصلح التخصيص عمومات الكتاب الدّاله على حليه

العصير الزببى و ان سلّم تواترها و امّا فيما نبه عليه بقوله تعالى كُلُوا وَ اشْرَبُوا\* انما دلّ اه فبأنه كما يدلّ على اباحه  
جنسى الاكل و الشّرب كك يدلّ بعمومه على اباحه كل مأكول و مشروب بناء على ما تقرّر في مقام آخر من انّ حذف المتعلّق  
مما يفيد العموم و لا يشترط فيه ان يكون في سوق الكلام ما يفيد العموم الّا هم الّا انّ هذا العموم ليس ممّا وضع اللفظ بازائه بل  
انّما يستفاد من الإطلاق و هو أنّما يفيد العموم اذا لم يرد في بيان حكم آخر و هنا قد ورد في بيان المنع من الإسراف و لعله اراد  
مما ذكره هذا و فيه نظر و اما فيما نبه عليه بقوله و اما ما تضمّن اه فبانّ السؤال المشهور أنّما يتم لو كان ظاهر الآيه الشّريفة باقيا  
على حاله و هو ممنوع بل لا بدّ من ارتكاب التخصيص في عمومها فما ثبت تحريمه يخرج منه و ما لم يثبت و منه محلّ البحث  
يبقى مندرجا تحته و العام المخصّص حجه في غير محلّ التخصيص على الأقرب و فاقا لمعظم الأصوليين و لو لا ذلك لسقط

الاحتجاج باكثر العمومات من الكتاب و السینه ان لم نقل جميعها و يلزم ح حمل الحصر فيها على الإضافي و هو حجّه و شايح فت و امّا فيما تبه عليه بقوله و الا-صوب ان يقال انّ المراد بحصر ما يحرم اه فاو لا بعدم الدليل على ما ذكره و تمنع من دلالة السّياق عليه على المختار من انّ العبره بعموم اللفظ دون خصوص المحلّ مضافا الى انّ ذكر الدّم في الآيه الشّريفه ربما ينافي في ما ذكره فت و ثانيا بانّ ما ذكره على تقدير تسليمه لا يدفع السّؤال المشهور للقطع بعدم انحصار المحرم من الحيوانات المعتاد اكلها في ذلك الوقت فيما ذكر في الآيه الشّريفه فانّ اعتياد الأعراب اكل حيوانات كثيره غير ما ذكر فيها امر ظ لا ينكر على ان لو كان المراد ما تبه عليه لما حسن ذكر الميته و الدّم لأنّ اكلهما غير معتاد عند عامه النّاس ألّا ان يراد من الميته الاعمّ من الحيوان الذي مات حتف انفه و الحيوان الذي لم يذك على الوجه المعتبر شرعا فت و بما ذكر يظهر الجواب عن المناقشه في دلالة الاخبار التي اشار اليها فتدبرّ و امّا فيما تبه عليه بقوله و امّا قوله

ص: ٦٥٨

سبحانه و من ثمرات النّخيل و الأعناب اه فبانّ ظهور الآيه الشّريفه في الدلالة على المدعى ممّا لا ينبغي انكاره و على تقدير التسليم فعدم دلالتها كبعض ما تقدّمها عليه لا يقدرح في دعوى انّ عموم الكتاب يقتضى الحليه هنا لأنّ بعض الآيات الشّريفه تدلّ عليها كما اعترف به و منها ما تبه عليه في المصاييح أيضا قائلًا في المقام المذكور لزوم العسر و الحرج لو قلنا بتوقف الحليه هنا على ذهاب الثلاثين اذ لا يكاد يتحقّق التثليث في العصير الزببى الا بانعقاده و خروجه عن الدبسيه و تغير طعمه الى المراره و ربما اعترف بذلك و لم ينتفع به مع ثبوت الحاجه اليه في كثير من البلدان و وجود الدّاعى الى استعماله بمقتضى العاده المطرده و العسر و الحرج منفيان بالآيه و الروايه قال الله تعالى و ما جعل عليكم في الدين من حرج و قال سبحانه يُريدُ اللهُ بِكُمْ اليُسْرَ و لا يُريدُ بِكُمْ العُسْرَ و قال ص بعثت بالحنيفيه السّيمحه السّهله و قال ع احب دينكم الى الله الحنيفيه اى الطريقه التي لا ضيق فيها ثم اجاب عن هذا الوجه قائلًا و عن الزّابع بمنع العسر و الحرج فانا لا نرى في هذا التكليف حرجا شديدا و لا عسرا زائدا على غيره و في التكاليف ما هو اشقّ من ذلك و اصعب و كثير من الناس يطبخون الزبيب على التلث و لا يضيفون به و لا يلزمهم فيه حرج و لا-عسر قوله اذ لا-يكاد يتحقّق التلث في العصير الزببى الا بانعقاده و خروجه عن الدبسيه قلنا انّما يلزم ذلك مع تقليل الماء و زياده النار و كثره الوقود فأمّا اذا زيد في ماء الزبيب او اوقد تحته بنار لينه فلا يلزم شىء مما ذكر فانّ الزبيب متى اضيف اليه من الماء بمقدار ما نقص منه كان عصيره كالعصير العنبى في القوام فاذا زيد عليه من الماء اكثر من ذلك ازداد رقه و سهل الامر في غليانه جدا و لو طبخ المعتصر من الزبيب برفق اوقد عليه بوقود ضعيف لم يخرج من الدبسيه و لم يحترق و ان قل مائه و اشتد قوامه و قد تضمّنت روايتا الهاشمى و اسحاق بن عمّار المتقدّمتان امكان التثليث مع كون الماء ضعف الزبيب او مساويا له فكيف اذا زاد على ذلك و بالجمله فالأمر في هذه الشبهه سهل و الخطب فيها هين و ان استصعبه جماعه هذا ان اشترطنا في حليه العصير ذهاب ثلثيه مط كما هو المشهور فلو قلنا بالاكتفاء بصيرورته دبسا يخضب الاناء كما ذهب اليه بعض اصحاب القول الأوّل زال الإشكال من اصله و فيما ذكره من الجواب نظر يظهر وجهه بعد الرّجوع الى الجماعه الذين يطبخون العصير الزببى و يكونون من اهل الخبره في هذه الصناعه و قد سمعت من بعضهم انّ ذهاب الثلاثين في هذا العصير يوجب فساده فت و منها انّ عصير الزبيب و لو كان حراما قبل ذهاب ثلثيه و بعد غليانه لاشتهر التنصيص عليه فتوى و روايه لتوفّر الدّواعى عليه و لذا اشتهر حرمه العصير العنبى قبل ذهاب ثلثيه و بعد غليانه و بطلان التالى ظ و منها ان ذلك لو كان حراما لما كان المالك مسلّطا على ماله قبل ذهاب الثلاثين و بعد الغليان سلطنه تامه و لكان منجسا لغيره من المياهم المطلقه و المضافه و غيرها من الاعيان التي تنجس بمجرد

الملاقات اذا لاقاها و لما جاز الصَّلاه في الثياب التي لاقاها و التَّيالي بجميع اقسامه باطل فكذا المقدم مثله امَّا الملازمات المذكوره فلائَّ ثبوت التحريم لذلك يستلزم ثبوت النَّجاسه له لظهور عدم القائل بالفرق بينهما على المختار من نجاسه العصير قبل ذهاب ثلثيه و بعد الغليان و اذا حكم بنجاسته لم يجز بيعه بناء على عدم جواز بيع الأعيان النجسه مط و لو كانت قابله فيرتفع هذه السِّلطنه ح و يلزم على تقدير النَّجاسه ان يكون منجسا للأشياء المذكوره و لعدم جواز الصَّلاه في الثَّياب المذكوره و ذلك واضح و امَّا بطلان التَّيالي بجميع اقسامه فللعومومات الدَّاله على صحَّه البيع من نحو قوله تعالى أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَ أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و للعمومات الدَّاله على طهاره المياه و لاستصحابها و لاستصحاب جواز الصَّلاه في الثياب المذكوره و العمومات الدَّاله على صحَّه الصَّلاه مط فت و منها ان اكثر افراد المطبوعات و اكثر افراد العصير طاهر و حلال فكذا محل البحث عملا بالاستقراء المفيد للظن بل قد يفيد العلم فت و منها ما تبَّه عليه في المصاييح في المقام المذكور قائلًا الخامس ان الاحكام الشرعيه تتبع الاسماء و الزبيب خارج عن مسمّى العنب فلا يثبت له حكم و قد نبه

على ما ذكره في الدروس بقوله لا يحرم المعتصر من الزبيب ما لم يحلَّ فيه نشيش فيحلَّ طبخ الزبيب على الأصحَّ لذهاب ثلثيه بالشمس غالبًا و خروجه عن مسمّى العنب و يعضد ما ذكره قول لك الحكم يختصَّ بعصير العنب فلا يتعدى الى غيره كعصير الزبيب لخروجه عن اسمه و ذهاب ثلثيه و زياده بالشمس و اجاب في المصاييح عن هذا الوجه قائلًا و عن الخامس ان الزبيب و ان زالت عنه تسميه العنب بجفافه و تغيير صفته الا ان حقيقه العنب باقيه عنه معه لم تزل بدلاله العقل و شهاده الوجدان و زوال التسميه لا يطرد معها زوال الحقيقه فانَّ النسبه بين الرُّطب و اليابس في جميع الأجناس نسبه واحده و التسميه في كثير منها مطرده غير مختلفه بالرُّطوبه و الجفاف كالتين و الجوز و غيرهما من الفواكه و الثمار التي يميز بين رطبها و يابسها بالصِّفَات و النعوت دون الاسماء و كما ان الحقيقه باقيه في هذا القسم غير متغيره بتغيير الصِّفه و كذا ما اختلف فيه بالرُّطوبه و اليوسه كثمرتى الكرم و النَّخل فانَّ نسبه الزبيب الى العنب كنسبه التين اليابس الى الرُّطب غايه الامر ان لكلَّ من الرُّطب و اليابس هناك اسما يختصَّ به بحسب الوضع و هاهنا ليس كك و من المعلوم ان الحقيقه لا- يختلف فيه بمحض التسميه و بقائها كاف في ثبوت الحكم و استصحابه و قول الفقهاء الاحكام الشرعيه تتبع الاسماء انما يعنون به تبعيه الحكم للاسم وجودا و عدما مع انحصار العله في المسمّى و كونه سببا تامَّ الاقتضاء ضروره جواز تخلف الحكم عن العله اذا كانت ناقصه و تخلفها عنه مع ثبوته بدليل آخر و يحتمل ان يكون المراد من تبعيه الحكم للاسم انتفاء الحكم الثابت من جهة الاسم بزوال الاسم كما تقدّمت اليه الاشاره في دليل الاستصحاب من ادلّه المختار و كيف كان فخرج الزبيب عن مسمّى العنب لا- يقتضى حليّه العصير الزببى فانا ثبتت تحريم الزبيب بالغليان بكونه عنبا يحرم به و انما اثبتنا ذلك باستصحاب حكم العنب و بالاخبار الداله على تحريم المعتصر من الزبيب عموما و خصوصا و الحكم في الروايات منوط بصدق الزبيب او العصير او غيرها من المفهومات التي لا تعلق لها بتسميه العنب اصلا و اما الاستصحاب فانما يتوقّف على سبق التسميه به دون ثبوته له بالفعل و ثبوت اسم العنب

ص: ٦٥٩

للزبيب قبل جفافه ممّا لا ريب فيه كانتفائه عنه بعد الجفاف و لم يدع احد ثبوت التحريم في الزبيب لكونه عنبا بالفعل حتّى يقال انه خارج عن مسمّى العنب و لو فرض الاحتجاج به فبطلان الدليل المعين لا يستلزم بطلان المدعى حتى يتمسك في اثبات نقيضه فانَّ الدليل ملزوم المدعى و بطلان الملزوم لا يستلزم بطلان اللازم فهذا الوجه في غايه السِّقوط و لو لا ان اكثر القائلين بالحل ذكروه في جمله ما استدلوا به لكان حقيقا بالاعراض عنه و يمكن ان يقال انهم لم يقصدوا بذلك الاستدلال على الحل

بل دفع ما عسى ان يقال من المحرمين من البناء على مسئلة المشتق و ما فى معناه من الجامدات التى يفوح منها رائحه الاشتقاق كالخلّ و الخمر و الحرّ و العبد فانّ لفظ العنب متى كان ككك صحّ اطلاقه على الزبيب حقيقه فى الماضى كما فى الحال و وجه الدّفع أنّ الزبيب لا يطلق عليه اسم العنب لغه و لا عرفا و مرجعه الى منع كون المشتق حقيقه فى الماضى او منع ثبوت الحكم لغير المشتق الصّريح او منع كون لفظ العنب من الجامدات القرينه من الاشتقاق و فى اكثر ما ذكره قدس سرّه نظر خصوصا الذى تبه عليه بقوله أنّ الزّبيب و ان زالت عنه تسميه العنب الى قوله و كيف كان و الذى تبه عليه بقوله و اما الاستصحاب فانّما يتوقّف اه و حيث كان الدّليل غير ناهض باثبات المدعى كما تبه عليه لم يكن فى التعرّض للمناقشات فى كلامه فائده مهمّه و لم اجد احدا من الأصحاب تمسّك بهذا الوجه الّا الشهيديان فانّهما قد احتجا به على القول بالحليّه و لكن لعلهما ارادا به بيان دفع المانع عن الوجوه المقتضيه لا اثبات المقتضى به و لا يتوقّف على هذا البناء على المشتقّ كما ادّعاه فانّه فى غايه البعد و منها تبه عليه فى المصاييح أيضا قائلا السّادس ذهاب ثلثى الزبيب و زياده بالشمس فلا يحتاج الى التّثليث بخلاف العنب و قد احتج بهذا الوجه الشهيديان فى س و لك و اجاب عنه فى المصاييح قائلا و عن السّادس بانّ الجفاف بالشمس ليس من لوازم الزبيب فانّ منه ما يجف بالظل و ما يجفّ بالشمس و لا يطرد فيه ذهاب الثّلاثين اذ من العنب ما يكون قليل الماء و ما هو كثير اللحاء قليل الماء و قلما يذهب ثلثا مثله بالشمس و ما يذهب ثلثاه بها لم يسبق نقصه بالتّحريم حتّى يحلّ به فانّ التّحريم منوط بالنشيش او الغليان و غليان العنب بالشمس غير ظ خصوصا فى البلدان الباردة فكيف بالنشيش و هو صوت الغليان و لو سلم حصول احد الامرين فذلك أنّما يوجب التّحريم فى العصير و ما فى حباب العنب لا يسمى عصيرا لغه و عرفا كما اعترف به كثير من القائلين بالحلّ مع ان المستفاد من بعض الاخبار و من كلام جماعه من الاصحاب أنّ ما يحلّ من العصير بذهاب ثلثيه هو ما غلى منه بالنّار و ان ما سوى ذلك حكمه حكم الخمر لا- يحلّ الّا بالتخليل و ربما ظهر من بعض الروايات حصول الحل لذلك كلّه بالنقص لكن لا مطلقا بل بالغليان على النّار خاصّه و على هاتين الروايتين فيجب القطع بعدم عروض التّحريم للزبيب و الّا لزم بقائه على الحرمة و ان ذهب ثلثاه بالشمس و هو معلوم البطلان على أنّ هذا الوجه لو تمّ اقتضى تحريم العنب المشمس بل نجاسته الى ان يصير زيبا و لم اجد به نصّا و لا تصريحاً فى كلام الفقهاء و لا ارى احدا يلتزم ذلك و لا من يبلغ به حد العصير الموضوع على النّار مع أنّ العلم بذهاب ثلثى كل حبه من حبيبات العنب الملقات فى الشمس بعد تحريمها دونه خرط القتاد و ذهاب ثلثى المجموع لا يجدى نفعا لثبوت الحلّ لكل حبه واحده فيجب ان يحرم الزبيب مط لثبوت التّحريم مع عدم العلم بالمحلّ و عدم كفايه الظنّ فى مثله و بطلان ذلك ضرورى و كيف كان فلا- يصلح الخروج عن مقتضى الاخبار الصّريحه بهذا الوجه و لا ترك الادله المتقدمه لأجله و منها ما تبه عليه فى المصاييح بقوله فى مقام الاشاره الى الاخبار الدّاله على الحل هنا السّابع النّصوص الدّاله على المطلوب بالعموم او الخصوص منها الاخبار المتضمّنه لحلّ التّقيع ما لم يسكر ثمّ اجاب عنها قائلا- و عن السّابع و هو الاستدلال بالاخبار فبانها قاصره عن اثبات هذا الحكم اما روايات التّقيع فلانّها تضمّنت التحديد باليوم و الليله و هو الى التّحريم اقرب منه الى الحل و منها ما تبه عليه فى المصاييح أيضا قائلا فى المقام المذكور و منها

ما رواه الشّيخ فى ييب فى الصّحيح عن يونس بن عبد الرحمن و هو ممّن اجمعت العصابه على تصحيح ما يصح عنه و اقرب له بالفقه و العلم عن مولى حسن بن يزيد قال سألت ابا عبد الله فقلت له ائى اصنع الاشربه من العسل و غيره و انهم يكلفونى صنعها فاصنعها لهم فقال اصنعها و ادفعها اليهم و هى حلال من قبل ان تصير مسكرا ثمّ تبه على وجه الدّلاله قائلا وجه الدّلاله ان ترك الاستفصال عن انواع الاشربه و طريق صنعها يقتضى ثبوت الحليّه لكل نوع منه و ان غلا- و لم يذهب ثلثاه خرج عن ذلك العصير العنبى بالنص و الاجماع و تبقى ما عداه على التحليل و منه شراب الزبيب و ربما يتمسّك فى اثبات العموم بقول السّائل



اصنع الأشربة فان الاشربه جمع محلى باللّام و هو حقيقه فى العموم و يضعف بانّ الظاهر اراده الجنس هنا كما فى قولهم فلان يركب الخيل و يعطى الدرّاهم ثم اجاب عن هذا الوجه قائلًا- و اما روايه مولى حسن بن يزيد فلأنّها مع جهاله راويها اسما و وصفا ظاهرها السّؤال عن عمل الاشربه و صنعها لمن لا يوثق به من النّاس مع احتمال عروض التّغيير لها بالبقاء و المكث و منشأ السّؤال توهم المؤاخذه على العامل من هذه الجبهه لا باعتبار اصل العمل او طريق الصّنع حتى يكون ترك الاستفصال عنه دليل العموم و لذا قال ع فى الجواب عن ذلك ادفعها اليهم من قبل ان تصير مسكرا يعنى ان المحظور من هذه الجبهه ليس الا دفعها اليهم و هى مسكره اما لو دفعها و هى حلال ثمّ عرضها التحريم بالاسكار عندهم فلا اثم فى ذلك على الدافع و لا مؤاخذه عليه و ان كان قصد المدفوع اليه استعمالها يعد التّغيير اذا لم يكن الصّانع قد صنعها لذلك و اما الإذن فى العمل فهو أنّما ينصرف الى الوجه الشّرعى كما فى غيره من الصّينائع و الاعمال و دلالة فيه على المدعى بوجه و قد يناقش فيما ذكره أوّلا بانّ جهاله الزاوى هنا غير قاده بعد كون الزاوى عنه من ادعى فى حقه اجماع العصابه على تصحيح ما يصح عنه بناء على كون روايه من هو كك يفيد توثيق من يروى هو عنه كما ذهب اليه بعض المحققين او يفيد جواز الاعتماد على اصل الرّوايه كما ذهب اليه اخر و لكن فى كليهما نظر نعم قد يدعى جبر ضعف سند الروايه باشتهار القول بالحل كما تقدم اليه الإشاره و ثانيا بان

ص: ٦٦٠

ما ادعاه من المنشأ فى السّؤال ليس فى الرّوايه من حيث السّؤال و الجواب اشعار به اصلا فضلا عن الدلالة و بالجمله المستفاد من عموم الجواب الناشى من ترك الاستفصال حليه جميع افراد ما سأل السائل عن حكمه ما لم يسكر و من جمله الافراد باعترافه و محل البحث و لو كان حليته مشروطه بذهاب الثّلاثين لوجب فى الجواب التّنبيه عليه كما تبّه على شرطيه عدم الاسكار و بالجمله الرّوايه ظاهره الدلالة على المدعى أنّ ان يمنع من دخول محل البحث فى السّؤال المتضمّن للفظ الاشربه لعدم معلوميه صدقه و ان صدق عليه بحسب اللغه فت و منها ما تبّه عليه فى المصاييح فى المقام المذكور أيضا قائلًا و منها ما رواه ثقّه الإسلام الكليني عن محمّد بن يحيى عن عبد الله بن جعفر عن السّيارى عمّن ذكره عن اسحاق بن عمّار قال شكوت الى ابى عبد الله ع بعض الوجع و قلت ان الطيب وصف لى شرابا اخذ الزبيب و اصبّ عليه الماء للواحد اثنين ثم اصبّ عليه العسل ثم اطبخه حتّى يذهب ثلثاه و يبقى الثلث فقال أ ليس حلوا قلت بلى فقال اشربه ثم تبّه على وجه الدّلاله و التّقريب فى هذه الرّوايه أنّ المستفاد من قوله ع ا ليس هو حلوا كون العلّه فى اباحه الشّراب المسئول عنه كونه حلوا غير متغيّر بما يوجب الاسكار فيجب ان يطرد فيما كان كك و ان لم يذهب منه الثّلاثان لأنّ العلّه المنصوصه حجّه فى الاصول قد روى عبد الله و الحسين ابنا بسطام فى طبّ الأئمه ع هذه الروايه باسناد اخر عن اسحاق بن عمّار و فى اخرها فقال ا ليس حلوا قلت بلى يا بن رسول الله قال اشرب الحلو حيث وجدته او حيث اصبته و لم يزدنى على هذا و هذه الزّيادة كالنص فى اطراد و عدم اختصاصها بالمادّه المفروضه فى السّؤال ثمّ اجاب عن هذه الرّوايه قائلًا و اما روايه اسحاق بن عمار فيتوجّه عليها اولًا أنّها ضعيفه السّند بالارسال و اشتماله على احمد بن محمّد بن سنان و هو ضعيف الحديث فاسد المذهب مجفوّ الرّوايه كما نصّ عليه علماء الرّجال و فى طريق الرّوايه على ما فى كتاب طبّ الأئمه ع نصّ عليه عمرو بن خالد و محمّد بن إسماعيل بن حاتم التميمى و هما مجهولان و كك عبد الله بن بسطام و اخوه الحسين مصنّفا الكتاب المذكور و ان وصف النّجاشى كتابهما بكثرة الفوائد و المنافع فانه لا يقتضى توثيقا و لا مدحا يعتد به و ثانيا أنّ المفهوم من الرّوايه ليس الا الحثّ على شربه و الاستشفاء به و اختياره على الادويه المفرده البشعه و قد وردت بذلك روايات كثيره و فى بعضها أنّ الذى جعل الشّفاء فى المرار قادر ان يجعله فى الحلو و فى بعض اخر ما جعل الله فى شىء

من المر شفاء و ليس الغرض منها الدلالة على ان كل حلو حلال و لا ان كل حلال حلو و انما المقصود ترغيب الناس في جنس الحلو و صرفهم عن المر الذى هو ضده و ثالثا ان الاسكار لا يقتضى كونه سببا مستقلا فى حليته شراب الزبيب اذ من الجائر ان يكون السؤال عنه لكونه شرطا يتوقف عليه الحل و ان كان مشروطا بذهاب الثلاثين أيضا اذ لا مانع من تعدد الشروط و انما اقتصر فى الاستفصال على هذا الشرط لكون الشرط الاخر و هو ذهاب الثلاثين مفروضا فى كلام السائل فلم يحتج الى السؤال عنه و هذا الوجه قريب لكن لا- يلائمه الزيادة التى فى طب الأئمة ع و الاولى فى معنى الحديث هو ما ذكرنا أولا و فى بعض ما ذكره قدس سره نظر و منها ما تبّه عليه فى المصايح فى المقام المذكور قائلا و منها ما رواه الكليني فى الكافي عن عدّه من اصحابنا عن احمد بن محمد بن محمد بن خالد عن النظر بن سويد عن ابى بصير قال كان ابو عبد الله ع يعجبه الزبيبه قال بعد نقل هذا الحديث و وصفه بالصّححه فى لك و هذا ظ فى الحل لأنّ طعام الزبيبه لا يذهب فيه ثلثا ماء الزبيب كما لا يخفى و قد يناقش فى هذا الوجه اولا بما تبّه عليه فى المصايح بقوله اما روايه ابى بصير فالجواب عنها من وجهين احدهما الطعن فى سند الروايه و ان وصفها المتأخرون بالصّححه تبعا للشهيد الثانى فانّ الكليني اوردها من طريق احمد بن محمد بن خالد البرقى و قد رواها البرقى فى كتاب المحاسن عن ابيه عن النظر بن سويد عن رجل عن ابى بصير و هذا يقتضى سقوط الواسطه المجهوله بين النظر

و ابى بصير من نسخ الكافي فتكون الروايه ضعيفه بالارسال و يشهد لذلك ما حكاه الكشى عن بعض مشايخه ان محمّد بن خالد لم يلق ابا بصير و انّ الواسطه بينهما القاسم بن حمزه فان ظاهره توسط القاسم بين محمّد بن خالد و ابى بصير فى جميع ما يرويه عنه فلا- يبعد ان يكون ذلك هو الواسطه التى ابهم عنها فى المحاسن و القاسم بن حمزه مجهول الحال بل هو مهمل فى كتب الرجال على انّ هذا السند لو سلّم ممّا ذكرنا فالحكم بصحّته غير واضح اذ الاصل فيه ابو بصير و قد تكرر فى كلام المتأخرين القدح فى الأسنان من جهته لاشرائه بين جماعه منهم يحيى بن القسم الحذاء و هو واقفى و يوسف بن الحرث و هو بترى و عبد الله بن محمّد الاسدى و هو مجهول مع ورود الأخبار فى ذمّ ابى بصير و الطعن فيه مط من دون تعيين على وجه يوجب التباس امره و من العجب انّ الشهيد الثانى طاب ثراه و وصف هذه الروايه بالصّححه مع أنّه قد نصّ فى مسئله ذبائح المخالفين و غيرها على ضعف روايات ابى بصير معلّلا بالاشتراك و هو قائم هنا لانتهاء القرينه المميّزه فى خصوص هذا السند و أيضا فى طريق هذه الروايه احمد بن محمد بن خالد البرقى و ابوه و قد تكلم الاصحاح فيهما لاكثرهما الروايه عن الضّعفاء و اعتمادها المراسيل و لطن القميين فى محمّد بن احمد و قول النجاشى فى محمّد أنّه ضعيف الحديث و القدح بهذين الاعتبارين و ان كان غير متوجّه على التحقيق الا انّ الغرض التنبيه على انّ هذا الحديث غير نقي السند و أنّه ليس من الصّحيح الواضح كما توهمه بعض الأصحاح و قد يناقش فيما ذكره اولا بان نسخه الكافي نسخه مضبوطه باعتبار انّ الكليني فى غايه الضبط و يعضد ذلك تصحيح لك بل المتأخرين على ما صرح به هذه الروايه و خطائهم فى هذا المقام مع كثره تحقيقهم و تدقيقهم و تتبعهم فى غايه البعد كما لا- يخفى و لا يصلح لمعارضه ما ذكر ما حكاه عن المحاسن اذ لا ريب ان نسخه كافي اولى بالترجيح خصوصا مع اعتضاده بما حكاه عن لك و المتأخرين من توصيف هذه الروايه بالصّححه و شهادتهم بها و اما ما تبّه عليه من حكايه الكشى عن بعض مشايخه التصريح بانّ محمّد بن خالد لم يلق ابا بصير فغايتة أنّه شهادته نفي و هى مرجوحه بالنسبه الى شهادته الاثبات المستفاده من تصحيح الجماعه الذين اشار اليهم مع انّ الشيخ الذى انكر الملاقات لم يعلم أنّه ممّن يعتمد عليه فى هذه المطالب سلّمنا صحّه انكاره و لكن محمّد بن خالد لعلّه اخذ من الروايه من كتاب ابى بصير كما يأخذ اصحابنا المعاصرين و نحوه ممّن لم يلق المحمّدين الثلاثة من الكتب الأربعة سلّمنا

ان الواسطه بين الزاوى و المروى عنه هنا القاسم بن حمزه و لكن يمكن دعوى وثاقته باعتبار تصحيح الجماعه الذين اشار اليهم و كونه مجهولا- او مهملا فى الكتب الرجاليه لا يعارض هذا لأنّ شهاده الإثبات مقدّمه على النفى و اما المناقشه من جهه اشتمال السّند على ابى بصير المشترك بين جماعه محكوم بضعف بعضهم فضعيفه لأنّ الأغلب دوران ابى بصير بين الثّقه و الموثق بل الأغلب الثّقه و لذا نرى فى اكثر كتب الاصحاب توصيف روايه ابى بصير فى اغلب الأبواب بالصّححه و يعضد ذلك توصيف الجماعه الذين اشار اليهم هذه الروايه بالصّححه بل قد يجعل مجرد هذا دليلا على أنّ المراد من ابى بصير هنا الثّقه و اما المناقشه من جهه اشتمال السّند على احمد بن محمّد بن خالد البرقى و ابيه فضعيفه أيضا كما اعترف به و ثانيا ما نبّه عليه فى المصايح قائلا- بعد الإشاره الى الوجه الأوّل و ثانيهما أنّ المدعى حلّ العصير الزببى و الروايه قاصره عن افاده ذلك و لذا لم يذكرها الكلينى فى ابواب العصير و لا فى باب الشّراب الحلال الذى عقده لبيان ما يحلّ من شراب الزبيب و القائلون بالحلّ لم يستدلّ احد منهم بهذا الحديث الاّ الشهيد الثّانى و بعض من تأخّر و المحقّق الخراسانى مع مبالغته فى تقويه الحلّ لم يتعرّض له اصلا و الشهيد لم يذكره فى ضه و لا فى ض و شرح الرّساله مع ذكره المسأله فيهما تبعا للطّهاره و أنّما ذكر ذلك فى لك و ظ كلامه فيه الاعتضاد به دون الاعتماد عليه و تفصيل هذا الاجمال يتوقّف على بيان وجه الاستدلال و اتباعه بما يظهر معه حقيقه الحال فى هذا المجال فنقول الاحتجاج بهذه الزوايه قد يتصوّر من وجوه احدها أنّها دلّت على الزبيبه و العصير الزببى من جملتها فإنّ الزبيبه بمقتضى اللغه ليست الاّ المنسوب الى الزبيب و النسبه الى الزبيب فى العصير الزببى ثابتة قطعاً فيجب ان يحلّ بحليتها و الجواب عن ذلك ظ فان الزبيبه طعام الزبيب كما اعترف به الشهيد الثّانى و غيره ممّن احتج بهذه الزوايه و لذا اوردها الكلينى طاب ثراه فى باب الطبخ من كتاب الأّطعمه و لا ريب أنّ طعام الزبيب غير العصير الزببى فلا يلزم من حليته حليّه العصير كما هو المطلوب و لفظ الزبيبه بمقتضى الوضع الاصلى و ان كان بمقتضى المنسوب الى الزبيب الاّ أنّه خصّ فى العرف و الاستعمال الشّائع بهذا النوع من الطّعام الذى يتّخذ من الزبيب و غيره و بناء المحاورات و الخطابات الشّرعيه على المعانى العرفيه الثّابته دون اللغويه الاصليه و لا يرتاب من له ادنى دريه فى كلام العرب و استعمالاتهم ان الزبيبه عندهم اسم لطعام مخصوص يطبخ بالزبيب لا مطلق الشىء المنسوب اليه و من المعلوم أنّ قوله كان يعجبه ناظر الى المعنى الخاصّ و ليس المراد به أنّه كان يعجبه الشىء المنسوب الى الزبيب و هذا كما يقال فلان يعجبه التريد و أنّما يراد بذلك هذا الطعام المعروف و ان كان التريد فى اصل اللّغه اعمّ من ذلك و كذا لو قيل يعجبه الهريسه او المثلثه فإنّنا نعلم قطعاً ان ليس المراد مطلق الشىء الهروس او المؤلّف من ثلاثه اجزاء و ان اقتضى ذلك وضع اللفظ بحسب اللغه و ما الاخذ بمقتضى النسبه فى الزبيبه الاّ كالأخذ بما يعطيه الاشتقاق و مبادئ الصّيفات فى هذه على أنّ ذلك لا يجدى نفعا فى الاستدلال اذ ليس فى الحديث الاّ انه كان يعجبه الزبيبه و هذا لا يفيد العموم فان المفرد المحلّى باللام ليس موضوعاً للاستغراق حتى يكون المعنى فى الروايه أنّه كان يعجبه كل زبيبه و لا- دليل على أنّ الزبيبه الّتى كانت تعجبه هى العصير الزببى لاحتمال كونها شيئاً اخر غير العصير ممّا له نسبه الى الزبيب و لو فرضنا أنّ الزبيبه هى العصير الزببى بعينه فلا- دلالة فى الروايه على حليته مط و ان لم يذهب منه الثلثان اذ يكفى فى صحّحه هذا الكلام وجود الفرد المحلّل و لذا يصح ان يقال يعجبه عصير العنب مع كونه مشروطاً بذهاب الثلثين قطعاً نعم لو ثبت ان المعمول فى تلك الازمه من عصير الزبيب غير مطبوخ على الثلث صح ذلك و انى لهم و ثانيها ان الزبيبه هى طعام الزبيبه و حليته يستلزم حليّه العصير الزببى اذ لو حرم ذلك لحرم طعام الزبيب أيضا فالزبيب متى طبخ فى الماء اكتسب الماء منه حلاوه و صار فى حكم الماء المعتصر من الزبيب كما دل عليه حديث زيد النرسى الّذى هو مستند الحكم بتحريم العصير و متى كان تحريم العصير الزببى

لحلّ العصير الزبيبي لأنّ نفى اللّازم يستلزم نفى الملزوم و يتوجّه عليه منع الملازمه اذ الظاهر أنّ طعام الزبيبه هو الطّيخ المعروف الّذى يطبخ باللحم و الفواكه كالزبيب و التين و السّفرجل و نحوها و المعهود فى اتخاذه القاء شىء من الزّيبب فيه مع غيره كما هو من غير دق و لا- تفتيت و معلوم أنّ الماء الّذى يلقى فيه ذلك أنّما يكتسب من مجموع ما القى فيه حلاوه ضعيفه مركبه و صفه اخرى غير صفه العصير و ربما يضاف اليه من الحموضات ما لا يظهر معه طعم الحلاوه و لا يلزم من حليّه مثل هذا حليّه العصير الزبيبي و لا من تحريم العصير الزبيبي تحريمه و حديث النرسى أنّما دل على تحريم الشّراب الّذى استوفى حلاوه الزبيب حتى صار بمنزله العصير فى الحلاوه و هذا هو العصير الزبيبي بعينه و ليس من الزبيبه فى شىء فان حبات الزبيب الملقاه فى الزبيبه لو فرض انفرادها عن غيرها لم يكدها يظهر لها اثر فى الماء فضلا عن ان يصير بها حلوا كالعصير و لو فرضنا تاثيرها فالتاثير الحاصل منها و من غيرها غير التاثير الحاصل منها وحدها فلا يبعد ان يثبت التحريم بالثانى دون الاول فانّ حكم المجموع قد يفارق حكم الاجزاء ألّا ان يق ان الزبيب هو الجزء الغالب من الزبيبه و ان ما عداه مما يلقى فيها لا تاثير له معه و هذا خلاف المعهود فى الزبيبه فانّ الزبيب الّذى يلقى فى طعام الزبيبه لغيره من الاجزاء و ان زاد على بعضها فلا يزيد على المجموع قطعا و تسميته بالزبيبه لاتخاذه غالبا لا لكون الزبيب هو الجزء الغالب منه و الغالب فى بعض المواضع اتخاذه ذلك من السّفرجل و تسمى هناك بالسّفرجليه و لا- عبره بالنسبه مع ثبوت التسميه و ان كانت ملحوظه فى اصل الوضع و فى روايه غير مشهوره أنّه لا باس بطعام الحصرم و العصير من العنب المطبوخ باللحم و ان لم يذهب ثلثاه و الروايه متروكه الظاهر و الوجه فى تنزيلها مفارقه حكم الكل لأجزاءه كما قلنا فهى تؤيد ما ذكرناه على أنّ طعام الزبيبه لا يتعيّن فيه عدم ذهاب الثلثين فانّ طبخه على الثلث ممكن لا استحاله فيه فتحمل الروايه على هذا الفرد لفقد اللفظ الدال على العموم و ثالثها ان

ص: ٦٦٢

غليان طعام الزبيبه مستلزم لغليان ما فيه من الزبيب و غليان الزبيب يقتضى تحريمه على القول بتحريم العصير الزبيبي و بتحريمه تحريم الزبيبه لان غليانه فيها لا ينفك عن انفصال شىء منه و ان قل فيحرم الجميع بالاختلاط و المزج و لو قيل بالنجاسه فيه تبعا للحرمة لزم نجاسه الزبيبه و حرمة من بين الاجزاء مع بعده فى نفسه غايه البعد خلاف ما دلت عليه الروايه لاقتضاءها حلّ الزبيبه بجميع اجزائها فاما ان يحل الجميع او يحرم الجميع و الثانى خلاف النصّ فتعيّن الاول و فيه أنّ تحريم الزبيب بالغليان فرع تحريم العنب اذا غلا- فى حبه و الحكم فى الاصل ممنوع لمنع لزومه من تحريم العصير كما نص عليه جماعه من الاصحاب و لو سلم تحريمه فذلك لا يستلزم تحريم الزبيب للأصل و فقد الدليل الناقل عنه الا ان يتمسك فيه باستصحاب حكم العنب فيندفع بالنصّ و لا- يلزم منه حليه العصير لخروجه عنه و لو حرم الزبيب بالغليان فانّما يحرم لو انتفع فى الماء حتّى يربو ثم غلا- مائه فى حبه كالعنب و قلّما يحصل العلم بذلك فى طعام الزبيبه فانّ الزبيب يلقى فيها جافا و غليانه فيها تبعا للماء لا يوجب التّحريم قطعا و الا لحرم بمجرد الالتقاء قبل ان يتشرب شيئا من الماء و غليان ماء الزبيب فى حبه يستدعى زمانا و لا يعلم مضيه فى الزبيبه و الاصل عدمه و ربما يوجد حبات الزبيب فى الزبيبه غير رايه بعده و الغليان متأخر عن ربوها و انتعاشها و الامر فى هذا يختلف اختلافا بيّنا باختلاف زمان الالتقاء فلو القى الزبيب قريبا من الصّب لم يلزم المحذور قطعا و بالجمله فالروايه مجمله الدّلاله و هى مع ذلك غير نقيه السيّد بل ضعيفه كما عرفت فلا يصلح التمسك بها فى مقابله ما مضى من الادله و قد يقال أنّ الظاهر ان مبنى استدلال الشهيد قدس سرّه بهذه الروايه على المدعى على ما تبّه عليه فى آخر الوجه الاول بقوله نعم لو ثبت أنّ المعمول فى

تلك الأزمنة من عصير غير مطبوخ على الثلث صحّ ذلك و أنّي لهم بذلك و لعلّه اطلع على ذلك بتواتر او آحاد محفوظه بقرائن تفيد القطع او بغير ذلك و عدم ثبوت ذلك عندنا لا يوجب تضعيف استدلاله اذ ليس لمن لا يعلم حجّته على من يعلم و قد يجعل استدلاله بالروايه هنا بمنزله اخباره بالمتداول في تلك الازمنه و تفسيره للزبيبه فيجب قبوله لأصالة حجّته خبر العدل و هي مستنده الى مفهوم آيه النبأ بناء على ما يستفاد من المعظم من كونه اصلا في حجّته خبر الواحد و امّا على المختار من عدم نهوضها لإثبات ذلك فالمستند اصالة حجّته الظنّ في الاحكام الشرعيه و اصالة حجّته قول اهل الخبره في الموضوعات الصرفه فت و منها ما نبّه عليه في المصاييح في المقام المذكور قائلًا و منها ما رواه القطب الراوندى في الخرائج و الجرائح في الفصل الثامن من الباب الرابع عشر عن صفوان قال كنت عند ابى عبد الله ع فاتاه غلام و قال ماتت أمّى فقال لم تمت قال تركتها مسجى عليها فقام ابو عبد الله ع و دخل عليها فاذا هي قاعده فقال لابنها ادخل الى امك فشهها من الطّعام ما شاء فاطعمها فقال الغلام يا أمّاه ما تشتهين قالت اشتهى زبيبا مطبوخا فقال له انتها بغضاره مملوه زبيبا فاكلت منها حاجتها الحديث و التقريب فى هذه الروايه نظير ما تقدّم فى صحيحه ابى بصير هذا اقصى ما يمكن ان يقال فى الانتصار للقول بالحلّ ثم اجاب و امّا روايه صفوان فهى ضعيفه السند بالارسال قاصره الدلاله على المطلوب لما فيها من الاجمال و اقصى ما دلّت عليه حليّه الزبيب المطبوخ و هو خلاف المدعى اذ محلّ النزاع عصير الزبيب دون الزبيب نفسه و احدهما غير الاخر و لا ملازمه بينهما فى الحكم و قد مضى فى الزبيبه من الكلام ما يناسب المقام و قد ظهر مما ذكرنا ضعف ادله القول بالحلّ و قصورها عن معارضه دلائل التحريم و قد يناقش فيما نبّه عليه بقوله و قد ظهر ممّا ذكرناه ضعف ادله القول بالحلّ بانا قد بينا أنّ جملة من ادله الحل ناهضه باثباته و لو من جهه العموم و ضعف بعض الوجوه المتقدمه الّتي نبّه عليها فى مقام ذكر ادله الحل لا يقتضى ضعف الجميع و بالجملة الدليل على الحلّ هنا الاصل و الاستصحاب و عمومات الكتاب و السنّه و يعضدها اولاً الشهره بين الاصحاب و عدم ظهور قائل صريح منهم بالتحريم صريحا بل و لا ظاهرا الا جماعه نبّه عليهم و لكن فى اعتبار اقوالهم اشكال كما عرفت

و امّا نسبه القول بالتحريم الى قدماء الاصحاب فقد عرفت ضعفها و ثانيا سائر الوجوه المتقدمه اليها الإشاره فإنّها ان لم تصلح للدلاله على المدعى فلا أقلّ من صلاحيتها للتأييد خصوصا بعضها كما لا يخفى نعم لم اجد نصّا يدلّ على الحل هنا بخصوصه و لكن نفى الاخصّ لا يستلزم الأعمّ و قد بينا ما يدلّ عليه من العمومات و قد اجمع المسلمون على اثبات الاحكام الشرعيه الفرعيه بالعمومات من الكتاب و السنّه و ان كانت مخصّصه و امّا القول بعدم جواز العمل بالعام المخصّص فى غير محلّ التخصيص فهو شاذ جدّا و مخالف لسيره علماء الإسلام فى جميع الاعصار و الامصار قطعا و مع هذا يدلّ عليه وجوه اخر مقررّه فى محله و للآخرين وجوه أيضا منها ما تمسّك به فى المصاييح قائلًا لنا عموم ما دلّ على تحريم العصير اذا غلا ما لم يذهب ثلثه من دون تقييد بالعنبى كصحيحه عبد الله بن سنان عن ابى عبد الله ع قال كلّ عصير اصابته النار فهو حرام حتّى يذهب ثلثه و يبقى ثلثه و صحيحه الاخرى قال قال ابو عبد الله ع انّ العصير اذا طبخ حتّى يذهب ثلثه و يبقى ثلثه فهو حلال و صحيحه زراره عن ابى جعفر ع قال اذا اخذت عصيرا فاطبخه حتّى يذهب الثلثان و كل و اشرب ح فذاك نصيب الشيطان و صحيحه زريح المحاربي قال سمعت ابا عبد الله ع يقول اذا نش العصير او غلا حرم و صحيحه حماد بن عثمان عن ابى عبد الله ع قال لا يحرم العصير حتّى يغلى و روايته الاخرى عنه ع قال سألته عن شرب العصير فقال اشربه ما لم يغل فاذا غلا فلا تشربه قال قلت جعلت فداك و اى شىء الغليان قال القلب و روايه محمّد بن الهيثم عن رجل عن ابى عبد الله ع قال سألته عن العصير يطبخ فى النار حتّى من ساعته فيشربه صاحبه قال اذا تغيّر عن حاله و غلا فلا خير فيه حتّى يذهب ثلثه و يبقى ثلثه وجه الاستدلال بهذه الاخبار أنّها دلّت بالعموم او الاطلاق الرّاجع اليه على ان كلّ عصير غلا بالنار او مط فهو حرام و المعتصر من الزبيب بعد نقهه فى الماء او مرسه

عصير فيجب ان يحرم بالغليان اما الثانيه فظاهره و اما الاولى فلأنّ العصير فعيل من العصر و هو استخراج

ص: ٤٤٣

الماء من الشىء مط عنباً كان ذلك الشىء او غيره اصلياً كان المستخرج أم عارضياً ابتداءً كان الاستخراج او مسبوقة بعمل كالتقيع وغيره قال فى القاموس و عصر العنب و نحوه يعصره فهو معصور و عصير و اعتصره عصر له و قد انعصر و تعصر و عصارته و عصاره ما تحلب منه و المعصره موضعه و كثير ما يعصر فيه العنب و المعصار الذى يجعل فيه الشىء فيعصر و العواصر ثلاثه احجار يعصر بها العنب و المعصرات السحاب و فى المصباح المنير عصرت العنب و نحوه عصراً من باب ضرب استخرجت مائه فانعصر و اعتصرته ككك و اسم ذلك الماء العصير فعيل بمعنى مفعول و العصاره بالضّم ما سال عن العصر و منه قيل اعتصرت مال فلان اذا استخرجته منه و عصر الثوب عصراً اذا استخرج من مائه و يشهد لذلك أيضاً شيوع اضافه العصير الى العنب و غيره و استعماله فى المعنى الاعمّ فى كلام ائمه اللغه و الأدب و فى الاخبار و كلام الأصحاب قال الجوهري المسلات ما سال من عصير العنب قبل ان يعصر و قال الطلا ما طبخ من عصير العنب حتى ذهب ثلثاه و فى النهاية فى حديث على ع أنّه كان يرزقهم الطلاء بالسكر و المد الشراب المطبوخ من عصير العنب و فى القاموس الخمر ما اسكر من عصير العنب او عام كالخمره و قد يذكر أنّ العموم اصحّ لأنها حرمت و ما كان بالمدينه خمر عنب و ما كان شرابهم الا البسر و التمر و فى المغرب السكر عصير الرطب اذا اشتدّ و فى المصباح و السكر بفتحيتين يقال هو عصير الرطب اذا اشتدّ و قال الرّمخسرى فى الكشاف فى قوله تعالى وَ مِنْ ثَمَرَاتِ النَّخِيلِ وَ الْأَعْنَابِ تتخذون منه سكراً و رزقاً حسناً و ان قلت بمن تعلق قوله تعالى مِنْ ثَمَرَاتِ النَّخِيلِ وَ الْأَعْنَابِ اى من عصيرها و حذف لدلاله نسقيكم قبله ثم قال و السكر الخمر سميت بالمصدر الى ان قال و قيل السكر النيذ و هو عصير العنب و الزبيب و التمر اذا طبخ حتى يذهب ثلثاه و قال البيضاوى و من ثمرات النخيل و الاعناب متعلق بمحذوف اى نسقيكم من ثمرات النخيل و الاعناب اى من عصيرها ثم قال و تذكير الضمير لأنه للمضاف المحذوف الذى هو العصير و قال الطبرسى فى مجمع البيان فى فاصله الآيه المذكوره و هى قوله تعالى إِنَّ فِي ذَلِكَ لآيَةً لِّقَوْمٍ يَعْقِلُونَ أنّه سبحانه بين بذلك انكم تستخرجون من الثمرات عصيراً يخرج من قشره قد اختلط به فكك يستخلص الله سبحانه الميّت مما هو مختلط به من الشراب و من روايه عقبه بن خالد عن ابي عبد الله ع فى رجل اخذ عشره ارطال من عصير العنب و فى مكاتبه محمد بن على بن عيسى الى ابي الحسن الثالث عليه السلام جعلت فداك عندنا طبيخ يجعل فيه و ربما جعل فيه العصير من العنب و اما الفقهاء فاطلاق العصير فى كلامهم على ما هو اعم من العنبى شايح معروف لا يحتاج الى البيان فانّ من قال منهم بتحريم الزيبى و التمرى سمّاهما عصيراً و من احلّهما لم ينكر التسميه بل قيد العصير بالعنبى احترازاً عنهما و فيه اعتراف بشبوتها و قد تقدّم من كلام الاصحاب ما يدلّ على ذلك و ممّا ينبه على ما قلنا من عموم العصير قول حسان بن ثابت كلتاها صلت؟؟؟ تعاطنى يعنى بهما استحلّت من العنب و المعصرات من السحاب فان قلت اللازم ممّا ذكرتم هو استعمال العصير فى المعنى الاعمّ و ذلك لا يقتضى ذلك حمل العصير الوارد فى الاخبار عليه ما لم يعلم كونه حقيقه فيه و لم يثبت ذلك اذ ليس هاهنا سوى الاستعمال و هو اعمّ من الحقيقه و المجاز و لا دلالة للعام على الخاص قلنا الاصل فى الاستعمال الحقيقه فاذا دار اللفظ بينها و بين المجاز قدمت على المجاز و لا يلزم الاشتراك المرجوح بالنسبه اليه لانه الوضع للمعنى العام الصادق على الانواع المختلفه و ليس الوضع لتلك الانواع انفسها حتى يلزم فان قيل على تقدير الوضع للمعنى الاعمّ و ان لم يلزم الاشتراك الا انّ الاشتراك لازم فيه بالنظر الى الاستعمال فى الانواع المخصوصه التى لم يوضع لها اللفظ فالمخالفه للأصل لازمه على التقديرين و لا ترجيح قلنا ترجيح الوضع

للأعمّ ظ لا- ستره فيه فإنّ التجوز على هذا التقدير أنّما يلزم لو اريد باللفظ الموضوع للعام انواعه المعينه من حيث الخصوص و ليس بلازم لجواز ان يستعمل اللفظ في معناه الحقيقي الذي هو العام و نقصد افهامه الخصوصيه معه بالقرائن اللازمه الذكر فان الغرض من الاستعمال يتأتى بذلك

من غير تجوز و لا ارتكاب امر مخالف للظ و هذا بخلاف ما لو كان موضوعا للأخص فأنه لا يمكن ان يستعمل و يراد به الاعم او نوع آخر من انواعه الامجازا فإنّ التجوز فيه لازم و لا محيص عنه لكونه ممّا اقتضاه الوضع للأخص بالاضطرار بخلاف التجوز في الاعمّ فأنه مما اقدم عليه المستعمل بالاختيار و هو في سعه عنه كما عرفت و أيضا فإنّ قصد المعنى العام في الوضع امر محقق لا- ريب فيه و اعتبار الفصول المسوغه معه غير معلوم فهو منفي بالاصل و تحقيق المقام أنّ البحث عن عموم العصير بحسب الوضع يقع في مقامين احدهما عموم اللفظ باعتبار وضعه للغوى الاصلى و هذا امر بين يجب القطع به و لا يصلح النزاع فيه فإنّ العصير فعيل من العصر فهو كغيره من المشتقات موضوع بالوضع التوعى للذات المبهمه المتصفه بالمبدإ على وجه مخصوص و من المعلوم ان ليس للفظ العصير من بين المشتقات في اصل اللغه وضع يخصه ببعض الذوات كالعنب مثلا فالعصير اذن بمقتضى وضعه الاصلى عام صادق على كل شىء معصور مط عنباً كان او تمراً او زيباً او غير ذلك و لا يختصّ بالعنب بالنظر الى هذا الوضع و هذا ظ و ثانيهما بقاءه على العموم شرعا و عرفا و عدم نقله من معناه الاصلى الى معنى اخر اخصّ منه و الدليل عليه من وجوه الاوّل الأصل اعنى اصاله بقاء الثابت و انتفاء الحادث فإنّ المعنى العام كان ثابتا في اللغه و الخاص منفيها فيها كما عرفت فيجب الحكم ببقاء الاوّل و انتفاء الثانى بمقتضى الاستصحاب حتى يثبت المزيل الثانى تصريح اهل اللغه بالعموم كما سبقت الاشاره اليه و ليس المراد ببيان الاصلى و ان كان مهجورا لائن الضابط فيما يورده اللغويون في كتب اللغه ان يكون لغه باقيه مستمره ما لم ينبهوا على خلافه فإنّ الغرض الاصلى من تدوين اللغه و جمعها ان يكون المدونه فيها مرجعا لمن يأتى من العلماء فهم الكتاب و السّينه و غيرهما من الآثار و الأشعار و مع احتمال النقل و الهجر فيما ذكره لا يتأتى الغرض المذكور قطعا الثالث أنّ لفظ العصير لو كان منقولا من معناه اللغوى العام الى غيره لكان العام المنقول منه مهجورا لأنّ هجر المعنى الاصلى شرط في النقل و التالى باطل لما عرفت من شيوع استعمال العصير في المعنى العام و اضافته الى العنب و غيره في الشرع و العرف و من هذا يعلم ان ثبوت الاستعمال كاف في هذا

ص: ٦٦٤

المقام و ان كان اعمّ من الحقيقيه اذ المقصود منه بيان عدم الهجر لا اثبات الوضع الرابع أنّ من عاده علماء اللغه سيّما المتأخرين منهم ايراد المعانى الحادثه كالحقائق الشرعيه و غيرها في كتبهم المدونه و لم يذكر احد منهم ان للعصير معنى اخر سوى المعنى الوضعى العام و لو كان ثابتا لأثبتوه في مصنفاتهم كما لا يخفى على العارف بطريقتهم الخامس لو كان العصير حقيقه في ماء العنب مجازا في غيرها لتوقف صحّه اطلاقه على الغير على اعتبار علاقته بينه و بين ماء العنب لأنّ المصحح للاستعمال ليس الا الوضع و علاقته فاذا انتفى الاوّل تعيّن الثانى و التالى باطل فإنّ اطلاق العصير على الزيبى و التمرى مثلا لا يتوقف على اعتبار علاقته بينهما و بين العنبى و ان فرض وجودها السادس صحّه استثناء الزيبى و التمرى من العصيرى و صحّه الاستثناء دليل العموم لأنّ الاستثناء هو اخراج ما لولاه لوجب دخوله في المستثنى منه و لا يجب دخوله الآ و اللفظ متناول له بالوضع و هو معنى العموم و أيضا فانا نقطع بصحّه وصف العصير العنبى و غيره و كذا بصحّه اضافته الى العنب و غيره و الاصل في الاطلاق الحقيقيه و فى الوصف و الاضافه هو التخصيص و الاخراج دون البيان و الايضاح كما نص عليه غير واحد من ائمه الاصول و العرييه و ادعى

القائلون بحليته العصير الزيبى و التمرى انّ العصير اسم للمعتصر من العنب خاصّه و انّ المتخذ من الزبيب نقيع و المتخذ من التمر نبيذ و لا يطلق عليهما اسم العصير الا مجازا و على هذا اعتمدوا فى الجواب عن الاستدلال بعموم العصير و فيه أنهم ان ارادوا اختصاص العصير بحسب العصير بحسب وضعه الاصلى بالمتخذ من العنب فذلك معلوم البطلان لأننا نقطع بان واضح اللغه لم يخصّ العصير من بين المشتقات الموضوعه للذوات المبهمه بوضع يخصّه بذات معيّنه كالعنب مثلا و اخراج هذا اللفظ من بابه و وضعه و دعوى اختصاصه فى اللغه بوضع مخصوص خروج عن قواعد الوضع و رفض لقوانين اللغه و فساده ظ و ان ارادوا الاختصاص باعتبار وضع طار من شرع او عرف عام او خاصّ و ان كان فى اللغه اعمّ من ذلك فقد اعترفوا بالعموم اللغوى الذى قلناه و ادعوا النقل المخالف للأصل و للظاهر من الاستعمال و من كلام اهل اللغه كما عرفت و الانتقال عن الاصل و الظاهر لا يجوز الاّ لدليل قاطع يقطع العذر و يوجب الانتقال و هو منتف فى هذا المقام و قد يناقش فيما ادّعه من المقدمه الاولى القائله بان العصير موضوع لما يعمّ العصير الزيبى الذى هو محلّ البحث بالمنع منه و جميع ما احتجّ به عليه ضعيف راقم الحروف أقلّ الحاج ميرزا محمّد بن مرحوم ملا حسيني الخوانسارى فى سنه ١٢٧٤

### منهل اكل الطين حرام الا طين قبر الحسين بن على بن ابي طالب عليهما السلام

فانه يجوز اكله و يحلّ للاستشفاء به اما الاول و هو المستثنى منه فقد صرح به فى النهايه و الغنيه و الوسيله و يع و فع و التحرير و التبصره و عد و الارشاد و لف و س و اللمع و التنقيح و ضه و لك و مجمع الفائده و الكفايه و الرياض و لهم و جوه منها ظهور الاتفاق على ذلك و منها ادعى الاجماع على ذلك فى الغنيه قائلا يحرم الطين الا اليسير من ترابه الحسين ع بدليل اجماع الطائفه و طريقه الاحتياط و يعضد ما ذكره اولاً- قول التنقيح يحرم اكل الطين فى الجمله للإجماع و ثانيا قول الكفايه لا خلاف بين الاصحاب فى تحريم الطين عدا ما استثنى و ثالثا قول مجمع الفائده من المحرمات الجامده الطين و الظاهر انه لا خلاف فى تحريمه و رابعا قول الرياض الطين و هو بجميع اصنافه حرام اجماعا فتوى و نصا مستفيضا بل متواترا و منها ما تبه عليه فى لك قائلا- اكل الطين حرام لما فيه من الإضرار الظاهر بالبدن و يعضد ما ذكره اولاً قول التنقيح يحرم اكل الطين لما قيل بانتهاكه و ايرائه الضعف فى البنيه و الشهوه و ثانيا خبر زياد بن ابي زياد عن ابي جعفر ع قال انّ التمنى عمل الوسوسه و اكثر مكائد الشيطان اكل الطين انّ الطين يورث السقم فى الجسد و يهيج الداء و من اكل الطين يضعف عن قوته التى كانت عليه قبل ان يأكله و ضعف عن العمل الذى كان يعمل قبل ان يأكله حوسب على ما بين ضعفه و قوته و عذب عليه و ثالثا خبر اخر لزياد بن ابي زياد عن ابي جعفر الثانى ع قال من اكل الطين فانه يقع الحكه فى جسده و يورث البواسير و يهيج غلبه السوداء و يذهب بالقوه من ساقيه و قدميه و ما نقص من عمله فيما بينه و بين صحته من قبل ان يأكله حوسب عليه و عذب به و رابعا خبر ابراهيم بن عبد الحميد عن ابي الحسن الاول ع قال اربعة من الوسواس اكل الطين و فت الطين و تقليم الاظفار بالاسنان و اكل اللحيه و خامسا خبر عمرو و انس بن محمّد عن ابيه عن جعفر بن محمّد عن آبائه ع فى وصيه النبى ص لعلّى ع يا على ثلاثه من الوسواس اكل الطين و تقليم الاظفار بالأسنان و اكل اللحيه و سادسا خبر ابراهيم بن مهزم الذى وصفه بالصحة فى لك عن ابي عبد الله ع انّ عليّ ع قال من انهمك فى الطين فقد شرك فى دم نفسه و سابعا ما تبه عليه فى لك و ضه بقوله و فى بعض الاخبار انّ النبى ص قال من اكل الطين فقد اعان على نفسه و روى هذه الروايه فى الوسائل عن الكليني عن عليّ بن ابراهيم عن ابيه عن التوفلى عن السكونى عن الصادق ع عن النبى ص و ثامنا خبر طلحه بن زيد عن ابي عبد الله ع قال اكل الطين يورث النفاق و تاسعا خبر كلثم بنت مسلم قال ذكرت الطين عند ابي الحسن ع فقال اترين انه ليس من مصائد الشيطان انه لمن مصائده الكبائر و ابوابه العظام و منها جمله من الاخبار احدها خبر



ياسر قال سأل بعض القواد ابا الحسن الرضا ع عن اكل الطين و قال ان بعض جواريه يأكلن الطين فغضب ع ثم قال اكل الطين حرام مثل الميتة و الدّم و لحم الخنزير فانهم ممن عن ذلك و ثانيها خبر يحيى بن عبد الله بن الحسن عن ابي عبد الله ع قال من اكل طين الكوفة فقد اكل لحوم الناس لأنّ الكوفة جمه ثم كانت مقبره ما حولها و قد قال ابو عبد الله ع قال رسول الله ص من اكل الطين فهو ملعون و ثالثها خبر ابن القداح عن ابي عبد الله ع قال قيل لأمر المؤمنين ع فى رجل يأكل الطين و قال لا تاكله فان اكلته و مت كنت قد اعنت على نفسك و يعضد هذه الاخبار اولا اكثر الأخبار المتقدمه بل جميعها فأنها تدلّ على التحريم بالدلاله الالتزاميه كما لا يخفى و ثانيا اخبار اخر سياتى اليها الإشاره إن شاء الله تعالى و اما الثانى و هو المستثنى فقد صرح به جميع الكتب المتقدمه التى صرّحت بالمستثنى منه و لهم وجوه أيضا منها ظهور الاتفاق عليه و منها تصريح الغنيه فيما حكينا عنه سابقا بدعوى الاجماع عليه و يعضدها أولا قول الدروس جمع الأصحاب على الاستشفاء بالتربه الحسينيه صلوات الله عليه و ثانيا قول التنقيح استثنى اصحابنا من ذلك طين الحسين ع و ثالثا قول لك و قد استثنى الاصحاب من ذلك تربه الحسين ع و رابعا قول الكفيايه و الأخبار فى اكلها للاستشفاء كثيره و عليه اتفاق الأصحاب و خامسا قول مجمع الفائده لا- خلاف فى تحريم المستثنى منه و تحليل المستثنى و سادسا قول الرضا لا خلاف فى صحّه الاستثناء بل عليه و على حرمة الطين مط الاجماع فى الغنيه و غيرها و هو الحجّه و سابعا ان الإماميه فى جميع الأعصار و الأمصار على الاستشفاء بتربته ع فى جميع الامراض من غير نكير حتى ان المحتاطين منهم الذين يلتزمون بالاحتياط بحيث ينجر احيانا الى الوسواس يستعملونه فى الامراض من غير تردّد و لا تأمل و بالجمله لو انتفى الاجماع قولا لكفى فيه افعالهم المستمره على مر الدهور و الاعصار و كك تقريراتهم فالاجماع على الجواز حاصل هنا قولا و فعلا و تقريراً و قل من حكم يكون كك و منها ما تبه عليه فى التنقيح بقوله و علم أيضا الشفاء بتجربه معتقدى امامته ع تجربه تفيد العلم فيكون تناوله سائغا اذ لا شفاء فى محرّم و منها ما تبه عليه فى التنقيح أيضا بقوله بعد الاشاره الى الاستثناء المذكور لما اشتهر من نقل الشريعه انّ الاثمه ع من ذريته و الاجابه تحت قبتة و الشفاء فى تربته و منها انّ الاستشفاء بالتربه الشريفة باكلها و يوجب رفع المرض فيوجب رفع الضرر فيكون جائزا عقلا و نقلا و منه قوله ص لا ضرر و لا ضرار و منه قوله تعالى وَ لَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ وَ منها فحوى ما دل على جواز شرب الخمر و غيرها من المحرّمات للاستشفاء و منها خبر ابي يحيى الواسطى عن رجل قال قال ابو عبد الله ع الطين حرام اكله كلحم الخنزير و من اكله ثم مات لم اصل عليه الا طين القبر فان فيه شفاء من كلّ داء و من اكله بشهوه لم يكن فيه شفاء و منها مرسله سعد بن سعد قال سألت ابا الحسن عن الطين فقال اكل الطين حرام مثل الميتة و الدّم و لحم الخنزير الا طين الحائر فان فيه شفاء من كل داء و امنا من كلّ خوف و منها خبر ابي حمزه الثمالى عن ابي عبد الله ع فى حديث أنّه سأل عن طين الحائر هل فيه شىء من الشفاء فقال يستشفى ما بينه و ما بين القبر على راس اربعة اميال و كك قبر جدى رسول الله ص و كك طين قبر الحسين ع و على و محمّد عليهما السلام فخذ منها فأنها شفاء من كلّ داء و سقم و جثّه ممّا يخاف و لا يعدلها شىء من الأشياء التى يستشفى بها الا الدعاء و أنّما يفسد ما يخالطها من اوعيتها و قله اليقين لمن يعالج بها و ذكر الحديث الى ان قال و لقد بلغنى ان بعض من يأخذ التربه شيئا يستخفّ به حتى انّ بعضهم يضعها فى محلّاه البغل و الحمار و فى وعاء الطعام فكيف يستشفى به من هذا حاله عنده و منها خبر سماعة بن مهران عن ابي عبد الله ع قال اكل الطين حرام على بنى آدم ما خلا قبر الحسين ع من اكله من وجع شفاه الله و منها ما رواه فى الوسائل

عن الشيخ فى المصباح عن حنان بن سدير عن ابي عبد الله ع أنّه قال من اكل طين قبر الحسين ع غير مستشف به فكأنما اكل

لحومنا و منها ما تبّه عليه في الوسائل أيضا بقوله و روى ان رجلا سأل الصادق ع فقال انى سمعتك تقول انّ لتربه الحسين ع من الادويه المفرده و انها لا- تمر بها بدا الا هضمته فقال قد قلت ذلك فانالك قلت انا تناولها فما انتفعت بها قال اما انّ لها دعاء فمن تناولها و لم يدع به و استعملها لم يكن ينتفع قال فقال له ما تقول اذا تناولها قال يقبلها قبل كل شىء و تضعها على عينك و لا- تناول منها اكثر من حمصه فان من تناول اكثر من ذلك فكأنما تناول من لحومنا و دماءنا فاذا تناولت فقل اللهم انى اسألك بحق الملك الذى قبضها و اسألك بحق النبى العذى خزنها و اسألك بحق الوصى الذى حلّ فيها ان تصلى على محمد و آل محمد و ان تجعلها لى شفاء من كلّ داء و امانا من كلّ خوف و حفظا من كلّ سوء فاذا قلت ذلك فاشددها فى شىء و اقرء عليها انا انزلناه فى ليله القدر فانّ الدعاء الذى تقدم لأخذها هو الاستيذان عليها و قراءه انا انزلناه ختمها و منها خبر الحسن بن فضال عن بعض اصحابه عن احدهما عليهما السلم قال انّ الله خلق آدم ع من الطين فحرم الطين على ولده قال فقلت ما تقول فى طين قبر الحسين ع فقال يحلها على الناس اكل لحومهم و يحلّ لهم اكل لحومنا و لكن اليسير منه مثل الحمصه و منها خبر عمرو بن وafd عن موسى بن جعفر الكاظم ع فى حديث أنّه اخبر بموته و دفنه و قال لا- ترفعوا قبرى فوق اربعة اصابع مفرجات و لا تاخذوا من تربتى شيئا لتبركوا به فان كلّ تربه لنا محرمة الا تربه جدى الحسين بن على عليهما السلم فانّ الله جعلها شفاء لشيعتنا و اوليائنا و منها خبر سعد بن سعد الاشعري عن ابى الحسن الرضا ع قال سألته عن الطين الذى يؤكل فقال كل طين حرام كالميته و الدّم و ما اهل لغير الله به ما خلا طين قبر الحسين ع فأنه شفاء من كلّ داء و منها خبر ابى اليسع قال سئل رجل ابا عبد الله ع قال اخذ من طين قبر الحسين ع يكون اطلب بركته قال لا باس بذلك فت

### منهل هل المراد بالطين فى المستثنى منه معناه المتعارف

#### اشاره

و هو التراب الممزوج بالماء مط على وجه خاصّ فيكون التّحريم مقصورا عليه فيكون المناط فيه ما يسمّى طينا حقيقه لغه و عرفا فلا- يحرم التراب اليابس و لا- المدر و لا- الرمل و لا- الحصى مسحوقا كان او لا و لا الحجر معدنيا كان كالياقوت و الزّمرد و الفيروزج و

ص: ٦٦٦

و العقيق و نحوها او لا كحجر الرّحى و نحوه و لا الخزف و لا الاجر و لا السّبخه و لا الجصّ و لا التّوره و لا الزجاج و بالجمله لا يحرم كل ما خرج عن كونه طينا حقيقه لغه و عرفا و ان كان من وجه الارض و جاز التيمم به و السّجود عليه او لا فيه اقوال احدها أنّه يختصّ التّحريم بما يسمّى طينا حقيقه لغه و عرفا و لا يتعدى الى غيره و لو كان ترابا او مدرا و هو المستفاد من اكثر الكتب المتقدّمه كالنهايه و الغنيه و الوسيله و يع و فع و التّحرير و التبصره و القواعد و الارشاد و لف الدروس و اللّمعه و التّنقيح و ضه و ثانيها ما تبّه عليه فى الكفايه بقوله و لا يبعد ان يكون المدر فى حكم الطين كما يفهم من بعض الاخبار و ثالثها ما تبّه عليه فى لك بقوله المراد بالطين ما يشمل التراب و المدر و رابعها ما تبّه عليه فى الكفايه أيضا بقوله و قال بعض الاصحاب المشهور بين المتفقّه أنّه يحرم التراب و الارض كلها من الرمل و الأحجار و المذكور فى الاخبار الطين ففى تعميم الحكم اشكال و ظاهره التوقّف فيما عدا الطين و المدر و اشار بقوله بعض الأصحاب الى ما تبّه عليه فى مجمع الفائده بقوله و المشهور بين المتفقّه أنّه يحرم التراب و الأرض كلها حتى الرّمل و الاحجار للقول الأوّل اولا الاصل و العمومات الدّاله على اباحه الأشياء

التي ليست بخبيثه ولا مضره و قد تبه على ما ذكر في مجمع الفائده بقوله بعد الاشاره ما دل على حرمة الطين و المدر خاصه و لا يحرم غير ذلك للأصل و العمومات و حصر المحرمات و قد اشرنا الى الامور الثلاثة التي اثار اليها في مسئلة العصير و غيرها و لا يعارضها النصوص و الفتاوى المصرحة بحرمة الطين لما عرفت من اختصاصه لغه و عرفا بالتراب الممزوج بالماء على وجه خاص لأن غيره من التراب اليابس و المدر و جميع الأحجار و الجص و التوره و غير ذلك لا يتبادر من اطلاق الطين قطعاً و عدم التبادر او تبادر الغير من دلائل المجاز مضافا الى أنه يصح سلب اطلاق الطين عن المذكورات و هو من اقوى امارات المجاز يعضده هنا مضافا الى ما تقدم جملة من امارات المجاز كعدم صحه التقسيم و عدم صحه التقييد بالقيود و غير ذلك على انه قد يمنع من صحه استعمال لفظ الطين في التراب اليابس و المدر و سائر الاحجار و غير ذلك و لو مجازا اذ شرط ذلك وجود العلاقه المعبره عند اهل اللغه و هي هنا مفقوده و يعضد ما ذكرنا اولاً قول الكفايه الطين بحسب اللغه التراب الممتزج بالماء و ثانياً قول مجمع الفائده امياً المستثنى منه فظ اللفظ عرفاً و لغه أنه تراب مخلوط بالماء قال في القاموس الطين معروف و الطينه مفرد قطعه منه و تطين تلطخ به و ثالثاً تصريح الرضا بأن التراب الممزوج بالماء هو المعنى الحقيقي للطين لغه و عرفاً و ثانياً أنه لو كان ما عدا الطين حراماً كالطين لاشتهر نصاً و فتوى كما اشتهر حرمة الطين ككك لتوفر الدواعى عليه اذ المعهود و المتداول اكل المدر و ما في معناه دون الطين و بطلان التالى ظ بل المعهود من السيره جواز اكل الجواهر من الياقوت و غيره كما لا يخفى و ثالثاً فحوى ما دل على جواز اكل اشياء من الفواكه و غيرها ممّا لا يوجب نفعا و زياده فى القوه و رفعا للأمراض لان اكل كثير من الاحجار يوجب ما ذكر كما لا يخفى و رابعاً ان التجنب من الغبار الذى هو فرد من افراد التراب و لذا يجوز التيمم به فى الجملة بحيث لا يدخل شىء منه الحلق و لا يصير مبتلعاً فى غايه الاشكال بالنسبه الى كثير من الناس فيكون تحريمه مستلزماً للخرج و هو منفى بالادله الاربعه فلا يكون حراماً و يلحق به غيره من سائر افراد محل البحث بظهور عدم القائل بينها مضافا الى الفحوى فى اكثرها و للقول الثانى اولاً الاستصحاب فان من افراد التراب و المدر ما هو مسبوق بالطيبه و اذا حرم اكلهما حال كونهما من الطين فالاصل بقاء التحريم بعد الصيروره تراباً او مدرّاً و قد يجاب عمّا ذكر بان التحريم يقينا كان موضوعه الطين حقيقه و قد انقلب هذا الموضوع بطرو الترابيه و المدرية فلا يجرى ح استصحاب التحريم اذ من شرط استصحاب الأحكام بقاء موضوعاتها و رجوع الشك الى بقاء انفسها فاذا انقلب الموضوع و تبدل و صار حقيقه

أخرى لم يصح التمسك بالاستصحاب و لذا يحكم بطهاره الخمر بصيرورتها خلا بالانقلاب و لا يحكم ببقاء التحريم الثابت يقينا حال الخمرية بعد الانقلاب و صيرورتها خلا باعتبار الاستصحاب و ليس ذلك الا لتغير موضوع الحكم بالتحريم فت و ثانياً خبر خلاد الذى وصفه بالصحة فى مجمع الفائده عن ابى الحسن ع قال قلت له ما يروى الناس فى الطين و كراهته قال انما ذاك المبلول و المدر و تبه فيه على دلالتة على المدعى قائلًا بعد الاشاره اليه و هذه تدل على أنه بعد اليبوسه انها حرام و لا يشترط بقاء الرطوبة و لكن لا بد ان يكون ممتزجاً و لا يحرم غير ذلك للأصل و العمومات و حصر المحرمات و يستفاد من كلامه حرمة المدر كالطين و قد يجعل هذه الروايه دليلاً على ان المراد بالطين فى جميع الأخبار المتقدمه التي صرحت بحرمتها الاعم من المدر فتكون هى باجمعهما من ادله حرمة المدر و يؤيد الروايه المذكوره امور منها خبر ياسر المتقدم لأن الظاهر ان الجاريه ما كانت تاكل الطين بالمعنى المتعارف بل كانت تاكل المدر كما هو عاده اكل الطين و بالجملة لم نجد احداً يأكل الطين بالمعنى المتعارف بل المعهود انما هو اكل المدر فينبغى حمل جميع الاخبار الداله على حرمة الطين على ما يعم المدر اذ الظاهر ان هذه الروايه وردت للمنع عن المتداول بين كثير من الناس من اكل المدر فت و على ما ذكر يمكن حمل الفتاوى المصرحة بحرمة الطين على المعنى الشامل للمدر مضافا الى انه لو كان المدر حلالاً لتبها عليه جداً لتوفر الدواعى عليه كما بيناه فترك

التنبية على حكمه بالخصوص مع تداوله يدلّ على أنّ المراد بالطين في عباراتهم الاعمّ من المدر و منها خبر سعد بن سعد الاشعري لما بيناه من أنّ الطين الذي يؤكل هو المدر و منها أنّ الظاهر ان المراد بالطين في المستثنى و هو طين قبر الحسين عن الاعمّ من المدر لان المعهود من المستشفين به هو ابتلاع المدر لا الطين بالمعنى المتعارف و للقطع بانه لا يشترط في الاستشفاء بالتربة الشريفة الحسينية جعلها اولاً طينا ثمّ ابتلاعها استشفاء و ينبه على ما ذكرناه بتدليل الطين بلفظ التربة في مقام الاستثناء من الطين المحرم في بعض الاخبار و الفتاوى المتقدمه و ثالثاً ما تبه عليه في الوسائل بقوله و في معانى الاخبار عن محمد بن الحسن عن الصفار عن احمد بن ابي عبد الله رفعه قال أنّ رسول الله ص نهى عن اكل المدر و هذه الرواية و ان كانت ضعيفه السيّد و لكن يمكن دعوى جبره بما بيناه سابقاً فت و للقول الثالث

ص: ٦٦٧

اولاً- ان ما دل على أنّ المراد بالطين في النصوص و الفتاوى ما يعم المدر مما بيناه سابقاً يدلّ أيضاً على أنّ المراد به الاعمّ من التراب أيضاً كما لا يخفى و يؤيد ما ذكرناه ما تبه عليه في الرياض بقوله بعد الاشارة الى خبر ابي يحيى الواسطي المتقدم و يستفاد منه و من غيره ممّا تضمّن الاستثناء المذكور فيه المشار اليه في كلام الاصحاب أنّ المراد بالطين هنا ما يعمّ التراب الخالص و الممزوج بالماء الذي هو معناه الحقيقي لغه و عرفاً و يعضد ما ذكره قول لك المراد بالطين ما يشمل التراب و المدر و ظاهره أنّ ما ذكره تفسير للفظ الطين الوارد في النصوص و الفتاوى و قوله حجّه في مقام تفسير كلام الغير لأصالة حجّيه خبر العدل خصوصاً مثل الشهيد الثاني و لفحوى ما دل على الاعتماد على قرائن ظنيه يكون ظنّها اضعف من الظنّ الحاصل من تفسير هذا و هو خال عن المعارض معتضد بوجوه تقدم اليها الاشارة و ثانياً ما تبه عليه في الرياض بقوله بعد الاشارة الى ما حكينا عنه سابقاً مضافاً الى تعليل التحريم بالاضرار بالبدن الوارد في بعض النصوص و الفتاوى و بناء على حصول الضرر في الخالص أيضاً قطعاً و ثالثاً أنّ المستفاد من بعض النصوص المتقدمه أنّ العله في حرمة اكل الطين رجوعه الى اكل لحوم الناس المحرم و من الظاهر أنّ هذه العله جارية في اكل التراب و المدر كما لا يخفى فيكون محرماً أيضاً فت و رابعاً أنّه لو لم يكن المراد بالطين في النصوص و اكثر الفتاوى الاعمّ من التراب و المدر لكان النهى عن اكله و التشديد و التاكيد فيه خالياً عن الفائده لاتّفاق الناس على الامتناع من اكله و لم نسمع احداً اكل الطين و لو للاستشفاء فيكون المقصود من النهى حاصلًا مع عدمه فيكون وروده في قوه تحصيل الحاصل و هو من الحكيم محالّاً ان يقال ان كل مدر و تراب لا يؤكل الا بعد صيرورته طينا و هي عند المضغ و الازدراد فلذا جعل موضوع التحريم الطين في النصوص و الفتاوى و على هذا لا يتّجه فرض مسئلة اكل الطين و مسئلة اكل المدر و مسئلة اكل التراب بما قبل الوضع في الفم و المضغ و اما بعده فالجميع طين فيحكم بتحريمه و فيما ذكر نظر و ان كان الغالب ذلك ان عمنا الطين بحيث يشمل التراب الممزوج بكل مائع و لو لم يكن ماء مط و كان مضافاً و الا فلا و للقول الرابع اولاً ما تبه عليه في الرياض بقوله بعد الاحتجاج على حرمة التراب باشتراكه مع الطين في ترتب الضرر على الاكل و منه يظهر وجه ما اشتهر بين المتفقه من حرمة التراب و الارض كلّها حتّى الرمل و الأحجار و ضعف ما اورد عليهم من أنّ المذكور في النصوص الطين الذي هو حقيقه في التراب الممزوج بالماء الا ان يخصّ الايراد بصورة القطع بعدم ضرر هذه الاشياء و هو حسن ان قلنا بثبوتها مع أنّ الظاهر عدمها بل الظنّ حاصل بضررها مط فت جدّاً و قد يناقش فيما ذكره بالمنع من حصول القطع او الظنّ بترتب الضرر على اكل المفروض في جميع الأحوال او في اغلبها و الا لما تداول تناول كثير من الاحجار التي هي من جملة الجواهر و من غيرها لان الطباع البشريّه مجبولة على التجنب من المضار و ان لم يثبت التحريم شرعاً فليس اكل الاحجار و الرمال و نحوهما

الا- للانتفاع بها و اصلاحها للقلب و الدماغ و البدن و لو فرض ترتب ضرر على اكلها احيانا حرم ح من هذه الحثيه و هو لا يستلزم التحريم مط و لو في الانتفاع منه لفقد الدليل عليه و عدم القائل بالفرق هنا غير معلوم بل الظاهر عدمه و قد تبيننا على ما ذكرناه في مجمع الفائده قائلًا و الضرر مط غير معلوم و لعله اشار في الرياض الى ما ذكره بقوله بعد ما حكينا عنه سابقا فت جدًا و ثانيا ما نبه عليه في مجمع الفائده بقوله و لعل وجه المشهور انه اذا كان الطين حراما و ليس فيه الماء و التراب و معلوم عدم تحريم الماء و لا معنى لتحريم شىء بسبب انضمام شىء محلل فلو لم يكن التراب حراما لم يكن الطين كك و انما التراب جزء الارض فيكون كلها حراما و قد يجاب عما ذكره بأنه في غايه الضعف كما تبّه عليه بقوله بعد ما ذكره فيه تأمل واضح فت و هذا القول عندى ضعيف كما يظهر عن مجمع الفائده و لك و الكفايه بل هو الظاهر من محققى الاصحاب

لان احتمال شمول لفظ الطين في عباراتهم كالنصوص لمطلق وجه الارض ضعيف جدًا بل قد يمنع من صحه استعماله فيه مجازا لعدم وروده في اللغه على الظاهر و لفقد العلاقه المصححه و اما المتفقّه الذين نسب في مجمع الفائده و الكفايه و الرياض اليهم القول الرابع فالظاهر ان المراد منهم القاصرون عن درجه الاجتهاد و من لا- يصح تقليده فلا- يترتب على مخالفتهم اثر البته و الأقرب عندى هو القول الثالث من حرمة اكل المدر و التراب خصوصا اذا قلنا بأنهما متى وضعا في الفم للأكل صارا من الطين بناء على كون الطين عباره عن التراب الممزوج بالمائع مط و لو كان مضافا و مع ذلك فهذا القول احوط و ربما يستفاد من مجمع الفائده ان ما حكاه عن المتفقّه احوط أيضا و

### ينبغي التنبيه على امور

### الأول اذا امتزج التراب اليابس بغير الماء المطلق من ساير المائعات

كما اذا امتزج بماء الورد و الجلاب و الرمان و النارج و اللبن و المرق و نحوها فهل هو طين فيحرم اكله او لا فلا يحرم اكله لم اجد احدا من الاصحاب تعرض لهذه المسأله و لعلّه لندرتها و قلّه وقوع المفروض في الخارج و كيف كان ففيها احتمالان احدهما انه يجوز اكل ذلك كما يجوز اكل الاحجار و يدلّ عليه الاصل و العمومات المتقدم اليها الاشاره مرارا عديده و لا يعارضها ما دل على حرمة اكل الطين من النصوص و الفتاوى و لا- ما دل على حرمة اكل المدر و لا- ما دل على حرمة اكل التراب اما الأوّل فلما عرفت من تصريح مجمع الفائده و الكفايه و الرياض بأنّ الطين حقيقه لغه و عرفا في التراب الممزوج بالماء و لفظ الماء في كلامهم ينصرف الى الماء المطلق دون المضاف لان الاول حقيقه و الثاني مجاز لما بيناه في أوّل كتاب الطهاره و من القواعد المقرّره المجمع عليها أنّ اللفظ يجب حمله على معناه الحقيقى عند الاطلاق و لا يجوز حمله على المعنى المجازى ألّا بقرينه صارفه عن الحقيقه و هى هنا منتفيه و يعضد ما ذكره من التفسير اولا ما حكاه في مجمع الفائده عن القاموس و قد تقدّم اليه الإشاره و ثانيا أنّ المتبادر من اطلاق الطين ما ذكره و الاصل في التبادر ان يكون علامه الحقيقه سلّمنا أنّ لفظ الطين حقيقه فيما يعم الممزوج بغير الماء المطلق من المياه و لكن لا ريب في أنّ اطلاقه ينصرف الى الممزوج بالماء المطلق لشيوعه و غلبته و ندره غيره في الغايه و اما الثانى و الثالث ففي غايه الوضوح لأنّنا نمنع من صحه استعمال لفظ الطين فيهما مجازا فضلا ان يكونا من الافراد الحقيقه التى تشملها الاطلاق و يعضد ما ذكرناه من الاصل و العمومات أنّه لو كان المفروض حراما لورد التنبيه عليه في النصوص و الفتاوى لثلا يتوهم الناس حليته باعتبار ما ذكرنا سابقا

فت و ثانيهما أنه لا- يجوز اكل ذلك و يدلّ عليه اولا فحوى ما دلّ على حرمه اكل المدر و التراب و ثانيا انا بينا ان لفظ الطين المعلق عليه الحكم بالتحريم فى النصوص و الفتاوى يراد به الأعمّ من المدر و التراب باعتبار القرائن المتقدّم اليه الإشاره و يلزم من ذلك اندراج محلّ البحث تحت اطلاق اللفظ المذكور بل هو اولى بالاندراج لأنه اقرب المجازات الى الحقيقه بل قد يدعى انه من افراد الحقيقه لغه و عرفا لعدم صحّحه سلب الاسم فيه عنه و لصحّحه جعله فيه قسما عند تقسيم الطين و لصحّحه استثنائه عن عمومه فيه و لصحّحه تقييده بالقيدين المختلفين و لغير ذلك من امارات الوضع للمعنى الاعمّ و اما دعوى ان المتبادر من الإطلاق غير محلّ البحث فممنوعه و مجرّد الندره غير كاف فى ذلك بل يشترط فى الندره ان تبلغ حدا يوجب معهوديه غير النادر و هو هنا غير معلوم على ان بعض الافراد النادره داخل تحت الاطلاق و محكوم بحكمه فكذا هذا لبعد ان يكون المراد الأعمّ الذى لا يندرج تحته و قد جعل جدى الاندراج تحت الإطلاق قرينه على ان المراد جميع افرادها و فيه نظر و ثالثا انّ تعليل تحريم الطين بانه يضرّ بالبدن كما فى جملة من الاخبار و الفتاوى المتقدّمه و بانّ اكله اكل اللحوم الأدميين يفيد التّحريم هنا بناء على المختار الذى عليه معظم الأصوليين من انّ مفهوم العله حجّه و المسأله محلّ اشكال فلا ينبغى ترك الاحتياط فيها بل الاحتمال الثانى هو الاجود

### **الثانى هل يشترط فى حرمه اكل الطين على تقدير اختصاص التحريم به**

و شمول الطين للمزوج بكل مائع بصيرورته طينا قبل الوضع فى الفم او لا بل ما يعمّ ما صار طينا بوضعه فى الفم و امتزاجه بلعابه فيه اشكال من اطلاق تحريم الطين فى النصوص و الفتاوى و من امكان دعوى انصرافه الى ما هو طين قبل الوضع فى الفم و فيه نظر و كيف كان فلا ينبغى ترك الاحتياط بل الاحتمال الثانى فى غايه القوه

### **الثالث هل الجصّ او الرمل او التّوره او الاجر او نحو ذلك مما ليس بتراب**

اذا امتزج بالماء المطلق بحيث يصير كالطين فى الصوره يحرم اكله كما يحرم اكل الطين حيث لم يترتب عليه ضرر اصلا و لم يندرج تحت الخبائث او لا- الاقرب الثانى للأصل و العمومات السّليمه عن معارضه ما دلّ على حرمه الطين له من النصوص و الفتاوى لعدم صدق الطين على المفروض حقيقه لصحّحه السلب و عدم التبادر او تبادر الغير و غير ذلك من الأمارات

### **الرابع هل السيان المسمّى بالفارسيّه باللجن كالطين**

فيحرم اكله و لو لم يترتب عليه ضرر اصلا و لم يندرج تحت الخبائث او لا الاقرب الثانى و لكن لا ريب فى انّ الاغلب كونه من الخبائث فيحرم من هذه الجهه

### **الخامس هل اكل الطين المحزّم يعمّ البلع**

كما يبلع الافيون او لا- بل يختص التحريم بالمضغ و الازدراد الأقرب الأوّل لصدق الاكل على البلع لغه و عرفا فيندرج تحت العمومات الداله على حرمه اكل الطين من النصوص و الفتاوى

### **السادس لا فرق فى حرمه اكل الطين بين كثيره و قليله**

كالحمصه و دونها و لا بين الرجال و النساء و الخناثي و لا بين الرقيق و الغليظ

### **السابع المعتبر فى التحريم صدق اكل الطين عرفا حقيقه**

و لو امتزج بغيره و اذا لم يصدق ذلك كما فى الماء الممزوج بالطين كماء الفرات و الدجله خصوصا فى وقت الزيادة فلا يحرم بل يحلّ و يجوز التطهير به من الحدث و الخبث به

### **الثامن اذا امتزج الماء بالطين بحيث لا يصدق على هذا المجموع المركب اسم الماء**

و لا اسم الطين فهل يحرم شربه او لا فيه اشكال فلا ينبغى ترك الاحتياط و لكن الاقرب عدم التحريم

### **التاسع هل يحرم اكل الطين مط و لو لم يترتب عليه ضرر اصلا**

بل كان نافعا او يختص بصوره كونه مضرا او محتمل الضرر فيه اشكال أيضا فلا ينبغى ترك الاحتياط بل الاحتمال الأوّل هو الأقرب

### **العاشر اذا حصل الشك فى صدق الطين على شىء حقيقه**

فهل يحرم ح او لا فيه اشكال أيضا فلا ينبغى ترك الاحتياط و لكن الاقرب هو الاحتمال الثانى للأصل و العمومات السليمه عن معارضه اطلاق النصوص و الفتاوى الداله على حرمه الطين لها لانصرافه الى المعلوم كونه طينا و ان كان اللفظ موضوعا للمعنى الاعمّ من المعلوم و غيره

### **الحادى عشر اذا اكل الطين عمدا او سهوا**

بحيث تعدى الحلق فهل يجب استرجاعه مط و لو بلغ المعده فيجب القىء ح او لا كك و لو كان فى وسط الحلق و تمكن من استرجاعه باصبع و نحوها بسهولة او يجب اذا كان فى وسط الحلق و يمكن من الإخراج بسهولة و لا يجب اذا بلغ المعده او يدور

### الثاني عشر هل يجب على الولي منع المولى عليه الذي ليس بمكلف

كالمجنون الصغير من اكل الطين او لا الاقرب الثاني للأصل السليم عن المعارض لتوجه خطاب التحريم الى المكلفين

### الثالث عشر هل اكل الطين المحرم من المعاصي الكثيره

فيكون قادحا في العدالة و لو وقع مرّه واحده او لا بل هو من الصغائر التي لا تقدر في العدالة الا اذا اصّر عليه فيه اشكال من الاصل و أنّ غايه ما يستفاد من عبارات الاصحاب و جملة من الاخبار المتقدمه هو التحريم و هو اعمّ من الكبيره و الصّغيره و العام لا دلالة فيه على فرد من افراده بالخصوص بشي ء من الدلالات الثلث و لم اجد منهم مصرّحا بكونه كبيره و يعضد ما ذكر أنّ الغالب في المعاصي هو الصّغار كما لا يخفى فيلحق محلّ الشكّ بالغالب عملا بالاستقراء و من ان جملة من الروايات تدل على أنّ ذلك من الكبائر منها الروايات المتقدمه الداله على أنّ اكل الطين كأكل الميتة و الدّم و لحم الخنزير و هذه المعاصي كلها او بعضها من المعاصي الكبيره فكذا اكل الطين لأصالة اشتراك المشبه مع المشبه به في جميع الاحكام و قد يجاب عمّا ذكر بانّ الروايات المذكوره ضعيفه الأسانيد فلا يجوز الاعتماد عليها في اثبات حكم مخالف للأصل و انجبارها بالاتفاق على حرمة الطين لا يقتضى اعتبارها لأنّ الاتفاق المذكور لا يكون قرينه على صدق صدورها كما لا يخفى و ثانيا بالمنع من أنّ افراد المشبه به كلّها او بعضها من المعاصي الكبيره فت و ثالثا بالمنع من انصراف اطلاق التشبيه الى محل البحث و منها الروايات الداله على أنّ اكل الطين يوجب قتل نفس الأكل و قتل النفس من المعاصي الكبيره و بعض هذه الروايات موصوف بالصّحّه و قد يجاب عن هذا الوجه بالقطع بانّ الطين ليس من السموم القتاله كسم الفاره لأنّ كثيرا من الجهال يأكلونه و لا يموتون بل لم نسمع الى الان ان احدا مات لأكله الطين فلعّل المراد من ذلك معنى لا يصح معه الاستدلال بتلك الروايات على المدعى فت و منها خبر يحيى بن عبد الله بن الحسن المصرّح بان آكل الطين ملعون اذ اللعن لا يستحقه الا مرتكب الكبيره و قد يجاب عمّا ذكر اولا بانه ضعيف السند و ثانيا بالمنع من اختصاص اللعن بمرتكب الكبيره بل قد ورد في بعض الأخبار لعن من ارتكب بعض المكروهات و بالجملة استفاده كون اكل الطين عمدا من المعاصي الكبيره في غايه الإشكال

ص: ٦٦٩

فالاقرب أنّه من الصغائر

### الزابع عشر هل يجوز استعمال الطين في غير الاكل

كغسل الرّاس و سائر البدن به و نحو ذلك او لا الاقرب هو الاوّل للأصل السليم عن المعارض و المؤيد بالسّيره



## الخامس عشر اذا كان ترك اكل الطين موجبا للضرر الذي لا يتحمل عادة

و يكون مسقطا لسائر التكاليف فلا يحرم اكله ح و لكن يجب الاقتصار على مقدار الضروره ح لعموم ما دلّ على سقوط التكاليف بالضرر المذكور و كك الكلام فى اكل التراب و المدر مع ترتب الضرر المفروض على الترك

## السادس عشر هل يحرم ابتلاع الغبار مط و لو كان رقيقا او لا مط

و لو كان غليظا او يحرم الغليظ دون الرقيق احتمالات اقربها الاوّل مع أنّه احوط

## السابع عشر اذا مات آكل الطين المحرم من غير توبه

فهل يسقط وجوب الصلاه عليه كما يستفاد من بعض الاخبار المتقدمه او لا المعتمد هو الاخير

## الثامن عشر يترتب على اكل الطين عمدا مضار كثيره

على ما يظهر من جمله من الأخبار المتقدمه منها أنّه يورث الوسوسه و قد دلّ عليه اكثر الاخبار المذكوره و منها أنّه يورث السقم فى الجسد كما فى بعضها و منها أنّه يهيج الداء كما فى بعضها و منها أنّه يضعف القوه كما فى بعضها و فى اخر أنّه يذهب القوه من ساقيه و قدميه و منها أنّه يورث الحكه فى الجسد كما فى بعضها و منها أنّه يورث البواسير كما فى بعضها و منها انه يهيج عليه السوداء و منها أنّه يورث ضعف البنيه و منها أنّه يوجب تلف النفس كما فى اكثرها و منها أنّه يورث ضعف الشهوه كما تبّه عليه بعض الاصحاب و منها أنّه يورث النفاق كما فى بعض تلك الأخبار

## منهل هل يجوز اكل الطين الارمنى لا بقصد التداوى او لا

### اشاره

فيه قولان احدهما أنّه يجوز و هو الظاهر من اطلاق التحرير و الدروس و اللغه و لهم اولا- العمومات الداله على اصاله اباحه الاشياء من الكتاب و السنه و قد يجاب عنها بانّها مخصّصه بادلّه القول الثانى و ثانيا ما تبّه عليه فى يع بقوله و فى الارمنى روايه بالجواز حسنه و قد يجاب عنها بانّها لا تصلح لمعارضه ادله القول الثانى من وجوه عديده و ثانيهما أنّه لا يجوز و هو المستفاد من اطلاق تحريم اكل الطين و تخصيص الاستثناء منه بالتربه الحسينيه على مشرفها آلاف سلام و تحيته فى النهايه و الغنيه و الوسيله و يع و فع و التبصره و عد و الارشاد و لف و التنقيح و ضه و لك و مجمع الفائده و الكفايه و الرياض و لهم اولا اطلاق الاجماع المنقول على حرمة اكل الطين فى الغنيه و التنقيح و مجمع الفائده و الكفايه و الرياض على ما فيه كالصريح فى الدلاله على المدعى كما لا يخفى و ثانيا الاخبار المتقدمه المطلقه لحرمة الطين من غير استثناء شىء منه و ثالثا الاخبار المتقدمه الناهيه عن اكل الطين و المقتصره فى الاستثناء منه على التربه الشريفه و هذه الاخبار كالصريحه فى الدلاله على المدعى كما لا يخفى

فاذن المعتمد هو القول الثاني مع أنه احوط و

## ينبغي التنبيه على امور

### الأول كما يحرم الطين الأرمني كك يحرم الطين المختوم

كما يظهر من اطلاق النصوص و لم اعثر هنا على من يستفاد منه القول بالجواز لا عينا و لا اثرا

### الثاني اذا توقف معالجه مرض على اكل الطين الارمني

بحيث لو ترك المعالجه به حصل الهلاك فك فهل يجوز اكله ح حفظا للنفس عن الهلاك او لا فيجب التجنب عنه و ان اصابه ما اصابه المعتمد هو الاول كما صرح به في يع و التحرير و عد و س و اللمعه و ضه و لك و حكي في الكفايه عن بعض الثاني قائلا- و في جواز الاستشفاء بالطين الأرمني و المختوم و امثالهما قولان مبنيان على جواز الاستشفاء بالحرام و هو ضعيف بل المعتمد هو الاول الذي عليه الاكثر و لهم وجوه منها عموم ما دل على نفى الحرج في الشريعه من الادله الاربعه و منها عموم ما دل على نفى الضرر و منها عموم قوله تعالى وَ لَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ و منها ما نبه عليه في لك بقوله و موضع التحريم في تناول ما اذا لم تدع اليه حاجه فان في بعض الطين خواص و منافع لا تحصل في غيره فاذا اضطر اليه لتلك المنفعه باخبار طبيب عارف يحصل الظن بصدقه جاز تناول ما تدعو اليه الحاجه لعموم قوله تعالى فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَ لَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ و منها خبر ابي حمزه الثمالي عن ابي جعفر ان رجلا- شكى اليه الزحير فقال له خذ من الطين الارمني و اغله بنار لينه و استشف به فانه يسكن عنك و منها المرسل المروي عن الباقر في الزحير يأخذ جزءا من خربق ابيض و جزءا من بزر القطونا و جزءا من صمغ عربي و جزءا من الطين الارمني مغلا بنار لينه و تستشف منه و منها خبر الحسين بن الفضل الطبرسي قال سئل ابو عبد الله ع عن طين الأرمني يؤخذ للكسير و المبطون ا يحل اخذه قال لا باس به اما انه من طين قبر ذي القرنين و طين قبر الحسين ع خير منه قال في الوسائل و رواه الشيخ في المصباح عن محمد بن جمهور القمي عن بعض اصحابه عن ابي عبد الله ع مثله لا- يقال يعارض ما ذكر ما نبه عليه في لك بعد ما حكينا عنه سابقا بقوله و ربما قيل بالمنع لعموم ما دل على تحريم الطين و قوله ص ما جعل شفاؤكم فيما حرّم عليكم و قوله ص لا شفاء في حرام لأننا نقول ما ذكره لا يصلح للمعارضه من وجوه عديده كما نبه عليه فيه أيضا بقوله و جوابه ان انتهى عام مخصوص بما ذكر و قوله ص لا ضرر و لا ضرار و الخبران نقول بموجبهما لأننا نمنع من تحريمه حال الضروره و المراد ما دام محرما و هل يشترط في سقوط التحريم في الصورة المفروضه العلم يتوقف معالجه المرض المهلك على اكل الطين الارمني او لا بل يكفي مط و لو لم يكن متاخما للعلم الأقرب الأخير فيجوز الاعتماد على اخبار طبيب عارف يحصل الظن من قوله كما صرح به في لك و هل يشترط فيه الحداقه او لا الاقرب الاخير و كذا لا يشترط فيه الإسلام و هل يجوز الاعتماد على قول الطبيب الحاذق حيث لا- يكون مفيدا للعلم و لا- الظن او لا فيه اشكال و لكن الاحتمال الأول هو الأقرب حيث لا- يحصل الظن بقوله و اما اذا حصل فلا اشكال في جواز الاعتماد على قوله الثاني هل يلحق بهلاك النفس هنا نقص عضو من الاعضاء او الاذيه التي لا تتحمل عادة الاقرب الأخير و اما اذا لم يترتب على ترك اكل الطين الارمني الا استمرار مرض غير مود فهل يجوز اكله ح لدفع هذا المرض او لا فيه اشكال بل الاحتمال الثاني هو الاقرب

### الثالث هل يجب اكل الطين الارمنى حيث يترتب على ترك اكله الضرر

الذى لا يتحمل عادة او لا بل لا يثبت ح الا جواز الاكل فيه اشكال و لكن الاحتمال الاول فى غايه القوه

### الرابع اذا امكن المعالجه بغير اكل الطين الارمنى

كما يمكن المعالجه به فهل يجوز المعالجه به و اكله ح او لا-ربما يظهر من اطلاق النصوص المتقدمه الاول و هى ظ اطلاق بعض الفتاوى بل فى لك و موضع الخلاف ما اذا لم يخف الهلاك و الا جاز بغير اشكال و ربما يظهر منه اختياره الاحتمال الثانى و هو الاقرب

ص: ٦٧٠

### الخامس تبه فى ضه على معنى الطين الارمنى

قائلا الارمنى طين معروف بحلب من ارمينه يضرب لونه الى الصفرة ينسحق بسهولة يحبس الطبع و الدم و ينفع الثبور و الطواعين شربا و طلاء و ينفع فى الوباء اذا بل فى الخل و استنشق رائحته و غير ذلك من منافعه المعروفه فى كتب الطب و تبه على ما ذكره هنا فى لك بقوله الارمنى طين مخصوص بحلب من ارمينه يترتب عليه منافع خصوصا فى زمان الوباء و الاشتمال و غيره مما هو مذكور فى كتب الطب و مثله الطين المختوم

### السادس يلحق بالطين الارمنى فى جواز الاكل للضرورة

طين المختوم بل كل طين

### منهل قد بينا سابقا جواز اكل طين قبر سيد الشهداء

ابى عبد الله الحسين الشهيد المظلوم ع بقصد الاستشفاء و هل يشترط فى الجواز ح الاستشفاء من مرض مخصوص او لا بل يجوز اكله فى جميع الامراض بقصد الاستشفاء الاقرب الثانى لإطلاق النصوص و الفتاوى فيجوز الاكل لدفع جميع الحميات و لو كانت يومية و لدفع جميع الاوجاع من نحو وجع الزاس و سائر الاعضاء و منه وجع العين و الضرس و لدفع غير ذلك من الأمراض المذكوره فى الكتب الطبيه و غيرها و لا فرق فى المرض بين كونه مخوفا او لا و لا بين كونه عسر العلاج او لا و لا بين كونه عظيما او حقيرا و لا- بين كونه مميا يجوز علاجه بالادويه او لا- و لا بين صورتى حضور الطبيب و بالجمله المعتمد صدق المرض و الاستشفاء حقيقه و ان كان المرض حاصلًا بسبب من المريض و هل يجوز الاكل لمجرد دفع الهمم و الغم و التعب و الكسل و نحو ذلك من الآلام النفسائيه او لا فيه اشكال و الاقرب ان ذلك ان بلغ حدا يصدق معه المرض كالخارج عن العاده جاز الاكل و الا فلا

## منهل هل يجوز اكل التربه الشريفه الحسينيه ع لا بقصد الاستشفاء او لا

بل لا يجوز الا بقصد الاستشفاء فيه قولان احدهما انه يجوز اكلها مط و لو بغير قصد الاستشفاء و هو المستفاد من اطلاق الغنيه و الوسيله و اما اولا اطلاق دعوى الإجماع على جواز اكلها فى الغنيه و قد يجاب عنه بالمنع من شموله لمحلّ البحث لإمكان دعوى انصرافه الى صورته قصد الاستشفاء لأنها الغالبه و قد بينا فى المفاتيح أنّ الاطلاق ينصرف الى الغالب و على هذا لا يمكن نسبه هذا القول الى الغنيه و الوسيله و لذا لم يحك احد من اصحابنا عنهما و ثانيا اطلاق الأخبار المتقدمه الداله على جواز اكلها كخبرى سعد بن سعد و خبر ابى يحيى الواسطى و خبر سماعه بن مهران و خبر عمرو بن واقد و الحسن بن فضال و قد يجاب عنه بنحو ما تقدّم و يعضده هنا تعليل جواز اكلها فى خبرى سعد بن سعد و خبر ابى حمزه الثمالي و خبر عمرو بن واقد بانّ فيه شفاء من كلّ داء لأنّ مفهوم العله حجّه و لو كان المفهوم خلاف حكم المنطوق الا ان يعارض هذا بانّه علل ذلك فى احد خبرى سعد و خبر ابى حمزه الثمالي زياده على التعليل المذكور بانّ فيه امنا من كل خوف فانّ الخوف ليس من الأمراض فلا يتصور فى دفعه باكل ذلك قصد الاستشفاء و اذا جاز الاكل لمجرد دفع الخوف جاز مط فلا يشترط فى جواز الأكل قصد الاستشفاء و قد يجاب عتيا ذكر بضعف الشيند من غير جابر بل قد يجاب بنحو هذا عن جميع الاخبار المطلقة لجواز اكلها و انجبار ضعف اسانيدھا بالنسبه الى الدلاله على الجواز لا يستلزم انجباره بالنسبه الى الاطلاق المشار اليه و فيه نظر فت و ثالثا خبر ابى اليسع قال سئل رجل ابا عبد الله ع قال آخذ من طين قبر الحسين ع يكون اطلب بركه قال لا باس و قد يجاب عنه بضعف الشيند سلمنا و لكنه قاصر الدلاله لان الاخذ للبركه اعم من الاكل بها و ترك الاستفصال و ان كان يفيد العموم و لكنّه هنا لا يفيد لأنّ الظاهر من الأخذ للبركه غير الاكل كما لا يخفى سلمنا و لكنّه يجب تخصيص عموم هذه الروايه و الروايات السابقيه بما يدلّ على القول الثانى و ثانيهما انه لا يجوز اكلها الا بقصد الاستشفاء و هو الظاهر من التّهايه و يع و فع و التبصره و عد و الارشاد و التّحرير و س و اللّمعه و ضه بل صرّح به فى لك و مجمع الفائده و الكفايه بل صرّح فيها بدعوى الشهره عليه قائلا و لا بدّ ان يكون بقصد الاستشفاء و الاشهر انه يحرم لو لم يكن بقصد الاستشفاء و ما صار اليه و ادعى عليه الشّهرة هو الأقرب عندى اميا اولا- فلعوموم الأخبار المتقدمه الداله على حرمة الطين من غير ايماء الى استثناء شىء منه خرج منه صورته قصد الاستشفاء بالدليل و لا دليل على خروج غيرها فيبقى مندرجا تحته و لو سلم انه يعارضه اطلاق الاخبار المتقدمه الداله على جواز اكل التربه الشريفه فمن الظاهر أنّ هذا التعارض بعد ارتكاب العموم فى الاخبار المتقدمه المطلقة لأكل الطين من قبيل تعارض العمومين من وجه و من الظاهر أنّ الترجيح للأخبار المطلقة لتحريم الطين سلمنا أنّ الأخبار المطلقة لجواز اكل التربه الشريفه اخص من الاخبار المطلقة لتحريم الطين و لكن لا يجوز تخصيصها بهذا الخاص لان هذا العام قد اعتضد بالشهره هنا و كلّ عام يعتضد بالشهره لا يصلح الخاص لتخصيصه كما صرّح به والدى العلّامه قدّس ره و اما ثانيا فلخبر حنان بن سدير عن ابى عبد الله ع انه قال من اكل طين قبر الحسين ع غير مستشف به فكأنما اكل لحومنا و ضعف سنده منجبر بالشهره فعلى المختار لا يجوز اكلها لمحض التبرك كما صرّح به فى لك و كك لا يجوز اكلها يوم عاشوراء بعد العصر و لا الافطار بها يوم عيد الفطر كما صرّح به الحلى فيما حكى عنه و العلّامه فى لف و المقدّس الأردبيلى فى مجمع الفائده و الفاضل الخراسانى فى الكفايه و جعله فى التنقيح احوط متمسكا بعموم النهى و كذا تمسك فى لف أيضا و حكى عن الشيخ فى جواز الافطار بها يوم عيد الفطر و عن بعض جواز اكلها يوم عاشوراء بعد العصر و هما ضعيفان

## منهل لا اشكال فى جواز اكل التربه بقصد الاستشفاء من مرض واقع متحقق

و هل يجوز اكله بقصد دفع المرض الذى يتوقع حدوثه علما او ظنا او احتمالا- او لا يجوز مط فيكون الشرط فى جواز اكلها تحقق المرض صرح فى التنقيح بالأول و فيه نظر بل الأقرب الثانى اقتصارا فيما خالف الاصل و العمومات الداله على حرمه اكل الطين و التراب و المدر على القدر المتيقن و هو صورته تحقق المرض و هل يشترط العلم به او ظهوره و لو ظنا او يكفى احتمالاه الاحوط بل الأقرب هو الأول

### منهل هل يشترط فى جواز اكل التربه الشريفه القله او لا

بل يجوز له الاكل منها ما شاء و لو كان كثيرا الظاهر من عبارات الاصحاب الاول بل صرح به فى النهايه قائلا و لا يجوز الاستكثار منه و حكى نحو هذا الكلام عن ابن ادريس و هو المعتمد اما اولا فلظهور الاتفاق عليه و اما ثانيا فلإطلاقات

ص: ٦٧١

المانعه من اكل الطين خرج القليل منه بالدليل و لا- دليل على خروج الكثير منه فيبقى تحت تلك الإطلاقات و اما ثالثا فلقول الصادق ع فى المرسل الذى تبه عليه فى الوسائل و لا- تناول منها اكثر من حمصه فان من تناول اكثر من ذلك فكأنما تناول لحومنا و دماننا و تبه على هذه الروايه فى التنقيح بقوله و هل يجوز الاكثار منه الأصح لا لأنه ورد عنهم ع من اكل زائدا على ذلك فكأنما اكل لحومنا و اما رابعا فلخبر الحسن بن فضال عن بعض اصحابه عن احدهما ع قال ان الله تعالى خلق آدم ع من الطين فحرم الطين على ولده قال فقلت ما تقول فى طين قبر الحسين بن على ع فقال يحرم الناس على اكل لحومهم و يحل لهم اكل لحومنا و لكن اليسير منه مثل الحمصه و ضعف سند هذه الروايه و سابقها منجبر بما بيناه من ظهور الاتفاق على عدم جواز اكل الكثير منها فيهما بقيد اطلاق جمله من الاخبار المتقدمه الدال على جواز اكل الكثير منها أيضا على أنه لم يثبت اعتبار سندها فهى ضعيفه و لو سلم فقد يدعى انصراف اطلاقها الى القليل و كيف كان فيجب الاقتصار على القليل منها و اختلف عبارات الاصحاب فى بيانه فصرح فى النهايه و الغنيه و المراسم و الوسيله و التبصره و لف بأنه لا يجوز اكل الطين الا اليسير من تربه الحسين و على ما ذكره يجوز تناول دون الحمصه و الزائد عليها ما لم يخرج عن اسم اليسير لغه و عرفا فالمناط عندهم هو صدق هذا الاسم و صرح فى فع و يع و التحرير و عد و الارشاد و س و اللمعه و ضه و لك و مجمع الفائده و الكفايه و الرياض للأولين اولا اشتراطه بان لا يتجاوز قدر الحمصه المعهوده المتوسطه اصابه اباحه الزائد عن قدر الحمصه المندرج تحت اليسير و ثانيا اطلاقات جمله من الأخبار المتقدمه خرج منها ما زاد من اليسير و لا دليل على خروج ما اندرج تحته فيكون مندرجا تحته و ثالثا ظهور قول الغنيه يحرم الطين الا اليسير من تربه الحسين ع بدليل اجماع الطائفه فى دعوى الاجماع على جواز مطلق اليسير و اذا جاز الزائد على قدر الحمصه جاز الانقص منهما بطريق اولى و رابعا أنه لو كان الواجب قدر الحمصه لما جاز الزائد عنها و لو كان المجموع يسيرا بل و لا- الانقص منها و الأولويه المتقدمه اليها الإشاره هنا ممنوعه فيلزم على تقدير عدم جواز الأمرين الخصوص الزائد اعتبارها بالوزن عند التناول اذ لا- يعلمان بل و لا يظنان الا بذلك و هو باطل اما أولا فلان سيره الاماميه فى جميع الاعصار و الامصار استمرت على عدم اعتبار الوزن و عدم المداقه فى معرفه المقدار بل يتناولونها من غير ملاحظه المقدار اصلا و اميا ثانيا فلأنه لو وجب اعتبار الوزن لوقع التنبيه عليه فى شىء من الأخبار و فتاوى علماءنا الابرار لأن ذلك مما يتوفر الدواعى عليه و تمس الحاجه اليه كما لا- يخفى و اما بطلان التالى فواضح جدا و خامسا أنه لو وجب اعتبار الوزن لزم الحرج العظيم و المشقه الشديده اذ لا يتيسر ذلك غالبا خصوصا بالنسبه الى من يشتد مرضه و بالنسبه الى المسافرين كما لا يخفى فت

و سادسا أن الظاهر من كلمات الاصحاب أنّ هذه المسألة ليست خلافية و ان اختلاف التعبير بالاتيان بلفظ اليسير او الحمصه ليس لأجل اختلاف المذاهب و الآراء فيجب ان يكون المراد من العبارتين معنى واحد و كما يمكن تقييد اليسير بمقدار الحمصه كك يمكن حمل الحمصه على التمثيل و اراده التنبيه على عدم جواز تناول الكثير منها و مثل هذا الاستعمال شائع فى كلام العرب و منه قوله تعالى **فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أُفٍّ** و قوله تعالى **فَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُ** و **مَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ شَرًّا يَرَهُ** و قول القائل لا- اضع قدمى فى دار فلان و لا- ابيعه مثقالا- من طعامى و هذا الحمل اولى من السابق و ان كان التقييد اولى من المجاز لان خصوص هذا المجاز اشيع من هذا التخصيص مضافا الى اعتضاد هذا الحمل بالوجه المتقدمه و بانه لو كان المراد لزوم قدر الحمصه لنبهوا على ان المراد منها اليابسه او المنقوعه او الكبير او الصغير اذ لا- ريب فى اختلافها اختلافا كثيرا و لو كان هذا الاختلاف غير ملتفت اليه عندهم لكون الحكم معلقا على الماهيه المطلقه لنبهوا عليه أيضا فت و للآخرين وجهان احدهما ان الاصل عدم جواز اكل الطين مطلقا للعمومات الداله عليه خرج منه مقدار الحمصه و لا دليل على

خروج غيره فيبقى مندرجا تحته و قد يجب عما ذكر باندفاعه بما بيناه من ادله القول الاوّل و ثانيا ما تبّه عليه فى التّقييد قائلا قيد الشيخ التناول باليسير و هو حسن و اختاره ابن ادريس و العلّامة لحصول الغرض و هو الشّفاء بذلك فما زاد يكون حراما و لما كان اليسير امرا اضافيا لأنه رب يسير كثير بالاضافه الى ما هو أقلّ منه و رب كثير يسير بالاضافه الى ما هو اكثر منه قيده المص بقدر الحمّصه لينضبط و قد يجب عمّا ذكره بأنّ كون اليسير امرا اضافيا لا يستلزم التقييد الذى ذكره بوجه من الوجوه لان متعلق الحكم هنا اليسير المطلق الذى لم يتقيد بقيد و لا ريب ان المتبادر منه معنى خاص يقرب من الحمصه فيكون هذا المعنى متعلق الحكم و ذلك نحو الاستواء المثبت او المنفى فأنّه امر اضافيّ بلا ريب مع ان المتبادر من اطلاقه معنا خاص فيكون هو موضوع الحكم المعلق عليه و نحو ما ذكر كثير جدّا و لو كان ما ذكره صحيحا لما جاز تعليق حكم على القليل و لا على الكثير و لا على القريب و لا على البعيد و لا على العالم و لا على الجاهل و لا على نحو ذلك من الامور الاضافيه الا بعد التقييد بقسم خاصّ ممّا يندرج تحتها و هو باطل فان تعليق الاحكام الشرعيه و العاديه على المطلقات التى هى من الامور الاضافيه من غير تقييد بقسم خاصّ امر معلوم و لم ينكره احد و ثالثا المرسلان المتقدم اليهما الاشاره و قد يجب عنهما اولا بضعف السّند و لا جابر له هنا و ثانيا بقصور الدلاله لما بيناه سابقا بل مرسله الحسن بالدّلاله على القول الاول اولى كما لا يخفى هذا و المرسله الاولى على تقدير تسليم دلالتها على المدعى فغايتها الإطلاق فإنّ الاكثر من حمصه يعمّ اليسير و الكثير كما لا يخفى فيجب تقييده بالثاني بادلّه القول الاول فهو الأقرب و لكن لا ينبغي ترك الاحتياط و هو انما يحصل بمراعات القول الثانى و عليه فهل يشترط القطع بأنّ ما يتناوله لم يتعد قدر الحمصه فيلزم مراعات الوزن غالبا او الاقتصار على ما يتيقن كونه دون الحمصه او لا يشترط ذلك و لكن يشترط احد الامرين من القطع و الظنّ او لا- يشترط شىء من ذلك بل يكفى الشكّ او عدم العلم بأنّه لم يزد على قدر الحمصه فيه اشكال من الاصل المقتضى لاشتراط العلم و من عدم التفات الاماميه فى جميع الاعصار و الامصار الى الوزن و عدم التزامهم به مع القطع بعدم التمكن من استظهار المقدار علما او ظنّا من غير جهه الوزن و كيف كان فالأحوط هو الاول و هل المراد بالحمصه مطلق ما يسمّى بهذا الاسم حقيقه

ص: ٦٧٢

فلا- فرق بين الكبير و الصّغير و لا بين اليابسه و المنقوعه فيكون هذا التّفاوت الفاحش مغتفرا او لا بل المراد اليابسه المعتدله قد يستفاد الثّانى من قول الروضه و الرّياض يجوز بقدر الحمّصه المعهوده المتوسطه و من قول لك و ليكون قدر الحمصه المعهوده

و هل يجوز تناول ما دون الحمصه على القول بوجوبها او لا فيه اشكال من أنه اذا جاز تناول الحمصه جاز ما دونها بطريق اولى و من العمومات الداله على حرمه اكل الطين مع عدم تسليم الاولويه المشار اليها لأن المقصود من تناول التربه الشريفه حصول الشفاء من المرض فيكون بمنزله الدواء الموجب للعافيه و كما ان للأدويه اوزانا مخصوصه لا ينفع الا بها فيكون الناقص و الزائد غير نافع بل قد يكونا مضرين فكذا هذا و لئن تنزلنا و قلنا بان المماثله غير معلومه فلا أقل من أنها محتمله و معه تترفع الاولويه المذكوره و ربما يؤيد ما ذكرناه عدم جواز الاتيان بالزائد على الركعات الواجبه فى الفرائض اليوميّه اداء و قضاء و لا بالناقص عنها فت و كيف كان فالاحوط الاقتصار على ما يعلم كونه قدر الحمصه المعهوده

## منهل لا ريب فى أنه يجوز تناول التربه الماخوذه من نفس القبر

### اشاره

سواء كان من ظاهره او من باطنه لأنه القدر المتيقن من النصوص و الفتاوى و هل يجوز تناول غيره من الماخوذ من ارض كربلاء المشرفه بقصد الاستشفاء او لا بل يجب الاقتصار على الماخوذ من القبر الشريف فيحرم اكل غيره و ان قرب من القبر الشريف اختلف الاصحاب فى ذلك على قولين احدهما أنه يجب الاقتصار على الماخوذ من القبر الشريف و ان غيره حرام و هو الظاهر من النهايه و الوسيله و الغنيه و يع و فع و التحرير و عد و الارشاد و لف و اللمعه و الكفايه و ثانيهما أنه لا يجب ذلك بل تجوز الاستشفاء أيضا بما يؤخذ من ارض كربلاء مما بعد عن القبر الشريف و هو للدروس و التنقيح و لك و ضه و مجمع الفائده و الرياض للأولين العمومات المانعه من اكل الطين خرج منها ما يؤخذ من قبره الشريف بالنصوص و الفتاوى و المصرحه بأنه يحرم اكل الطين الا طين قبر الحسين ع او الا تربه الحسين ع و من الظاهر ان هذين اللفظين لا يشملان محل البحث لا لغه و لا عرفا و لا شرعا لعدم ثبوت الحقيقه الشرعيه فيه قطعاً و لصحه سلب الاسمين عن كل ما لم يؤخذ من القبر الشريف كالمأخوذ من البعيد عنه بمقدار ذراع و لعدم تبادره او تبادل غيره و لعدم الاطراد و لغير ذلك من الامارات الداله على ما ذكرناه و يؤيدها اولاً ما تبه عليه فى التنقيح بعد الاشاره الى تصريح النافع بان اكل الطين حرام الا طين قبر الحسين ع بقوله هل هى مختصه بمحل القبر أم لا- عباره المص تدل على أنها قبره ع و هو على الافضل و ثانيا قول الروضه المراد بطين القبر الشريف تربه ما جاوره من الارض عرفا و ثالثا قول الكفايه المراد بترتبه ع ما جاور قبره الشريف عرفا و رابعا قول الرياض ثم ان مقتضى الاصل و لزوم الاقتصار فى الاستثناء المخالف على المتيقن هو ما اخذ من قبره ع او ما جاوره عرفا و ثانيهما ان التربه الشريفه التى يستشفى بها يجب تعظيمها و لا يجوز الاستخفاف بها و ما يجوز الاستخفاف به لا يكون من التربه التى يستشفى بها فلا يجوز الاستشفاء بما بعد عن القبر الشريف بمقدار سبعين ذراعا فضلا عن اربعة فراسخ او اربعة اميال اما المقدمه الاولى فلوجوه منها تصريح جماعه من الاصحاب بأنه لا- يجوز الاستنجاء بالتربه الحسينيه و بأنه يكفر فاعله و منها قول الصادق ع فى اخر خبر ابى حمزه الثمالى و لقد بلغنى ان بعض من يأخذ من التربه شيئا يستخف به حتى ان بعضهم يضعها فى محلّاه البغل و الحمار و فى وعاء الطعام فكيف يستشفى به من هذا حاله و منها ما تبه عليه فى الوسائل بقوله و روى ان رجلا سأل الصادق ع فقال انى سمعتك تقول ان لتربه الحسين ع من الأدويه المفرده و أنها لا تمر بداء الا هضمته فقال قد قلت ذلك فما بالك قلت أنا تناولها فما انتفعت بها قال اما ان لها دعاء فمن تناولها و لم يدع به و استعمالها لم يكن ينتفع قال فقلت له ما تقول اذا تناولها قال تقبلها قبل كل شىء و تضعها على عينك الحديث و منها أنه يستبعد عقلا غايه البعد تجويز الشارع الاستشفاء بما يجوز الاستخفاف به و الاستنجاء به و جعله سببا للشفاء و من الظاهر ان التربه الشريفه ليست مثل ساير الادويه التى يجوز التداوى بها مع جواز الاستخفاف بها و اما المقدمه

الثانيه فلان ما بعد عن القبر الشريف بمقدار ذراع و ما زاد يجوز المشى عليه و لذا يمشى عليه الاماميه من العلماء و الصيحاء و غيرهم فى الحرم الشريف و الزواق و الصيحن بل ما خرج عن الصيحن الشريف من الدور و الأسواق و الطرق الاستخفاف به امر ظ فانه يتغوط و يبال فيه و بالجمله التعظيم و عدم الاستخفاف منحصر بما على القبر الشريف فت و للاخرين وجوه منها خبر ابى حمزه الثمالى عن ابى عبد الله ع فى حديث انه سئل عن طين الحائر هل فيه شىء من الشفاء فقال يستشفى ما بينه و بين القبر على راس اربعة اميال و منها مرسله سعد بن سعد قال سألت ابا الحسن ع عن الطين فقال اكل الطين حرام مثل الميتة و الدّم و لحم الخنزير الا طين الحائر فان فيه شفاء من كلّ داء و امنا من كلّ خوف و منها ما تبه عليه فى ضه بعد ما حكينا عنه سابقا قائلا و روى الى اربعة فراسخ و روى ثمانية و كلما قرب منه

كان افضل و ليس كك التربة المحترمه فانه مشروطه باخذها من الضريح المقدس او خارجه كما مرّ مع وضعها عليه و اخذها بالدعاء و تبه فى لك على الروايه الاولى أيضا بقوله و روى الى اربعة فراسخ و منها ما تبه عليه فى مجمع الفوائد قائلا و فى بعض الاخبار عن ابى عبد الله قال يؤخذ طين قبر الحسين ع من عند القبر سبعين ذراعا و فى بعضه عنه ع قال التربه من قبر الحسين ع على عشرة اميال و منها ما تبه عليه فى الرياض قائلا بعد ما حكينا عنه سابقا و يحتمل الى سبعين ذراعا كما فى الروايه لا لها بل لعسر الاقتصار على المتيقن او ما قاربه اذ هو يوجب عدم بقاء شىء من ارض تلك البقعه المباركه لكثره ما يؤخذ منها فى جميع الأزمنه و سيؤخذ إن شاء الله تعالى الى يوم القيمة و ظواهر النصوص بقاء تربته الشريفه بلا-شبهه و بما ذكرنا صرح جماعه كالفاضل المقدار فى التنقيح و شيخنا فى ضه فقال و المراد اه و قد يجاب عن جميع الوجوه المذكوره اما عن الروايات فاولا بانها ضعيفه الأسانيد فلا تصلح لتخصيص العمومات المعبره الداله على حرمة اكل الطين المعتضده بالشهره العظيمه التى لا يبعد معها دعوى شذوذ المخالف و بالوجه الاعتبارى الذى قدّمنا اليه الإشاره و ثانيا بانها متعارضه و ليست متفقه الداله مع أنّ القائل بجمله منها غير معلوم بل الظاهر

ص: ٦٧٣

عدمه فت و امّا عما اشار اليه فى الرياض من الاعتبار بضعفه فى الغايه فانّ ما عدا الإماميه من سائر فرق المسلمين و الكفار لا يأكلون التربه مط و لو بقصد الاستشفاء و امّا الاماميه فاكثرهم كاهل البلاد النائية كالهند و السند لا يطلبونها أيضا كما هو المشاهد فلم يبق الا-قليل شاذ منهم و هؤلاء لا يطلبون منها الا القليل منها فى الامراض التى لا تحصل لهم الا نادرا و من الظاهر أنّ هذا الموجود لو حصل التمكن منه من يكفيهم الى يوم القيمة و لو فرض عدم الكفايه فيمكن الاتيان بتراب طاهر من الخارج و يجعل على القبر الشريف بحيث يصير من تراب القبر الشريف ثم يؤخذ منه للاستشفاء او لغير ذلك من المقاصد المشروعه و قد صرح بجواز ما ذكر بعض الأصحاب و على هذا لا يمكن فرض نفاذ طين القبر الشريف و ترابه اصلا بل هو باق الى يوم القيمة نعم فى امثال هذه الانزمنه لا يتمكن من اخذ التراب من نفس القبر الشريفه لوجود الموانع الكثيره و لكن هذا لا يصلح بنفسه لتحليل ما حرّمته العمومات و الا لجاز جعل المشاهد الشريفه عوضا عن مكّه للحج اذا منع الناس من المسير اليها كما اتفق فى جملة من السنين الماضيه فى ايامنا و لجاز جعل الماء المضاف عوضا عن الماء المطلق للتطهير من الخبث و الحدث حيث يحصل المانع من استعماله فيهما لكثير من الناس او بعضهم على أنّ عدم التمكن من الأخذ من القبر الشريف ممنوع بل هو ممكن و لكن يتوقف غالبا على بذل مال و معه يسهل الاخذ منه غايته ثم أنّ ما ذكره من الاعتبار معارض بما ذكرناه من الاعتبار و من الظاهر أنّه اولى بالترجيح فاذا قرب هو القول الاول مع أنّه احوط و عليه يتفرع امور منها أنّه لا يجوز اكل ما اخذ من



حرمه الشريف و ان صرّح في س بجوازه قائلا و يجوز اخذها من حرمه و ان بعد و كلّما قرب من الضريح كان افضل و منها أنّه لا يجوز اكل ما اخذ ممّا بين قبره الشريف الى سبعين ذراعا و ان صرّح في لك بجوازه قائلا التربه ما جاور قبره الشريف او ما حوله الى سبعين ذراعا و في التنقيح و نقل الشهيد انها تؤخذ من قبره ع الى سبعين ذراعا و قيل من حرمه و ان بعد و كلّما قرب منه كان افضل و منها أنّه لا يجوز اكل ما اخذ ممّا بين قبره الى ثمانية فراسخ و ان دلّ بعض الروايات على جوازه و منها أنّه لا يجوز اكل ما اخذ ممّا بين قبره الشريف الى عشرة اميال و ان دلّ بعض الروايات على جوازه و

### ينبغي التنبيه على امور

### الأول صرّح في الدروس و التنقيح بأنّه لو جىء بتربه ثم وضعت على الضريح كان حسنا

و ما ذكره حسن ان صار بحيث يصدق عليه أنّه طين القبر الشريف او تربته ع كالحبز الواقع في المملحة المستحيل الى الملح و الأ فلا للأصل و العمومات المانعه من اكل الطين

### الثاني صرّح في س بأنّه يجوز لمن جاز التربه بيعها كيلا و وزنا و مشاهده

سواء كانت تربته مجردة او مشتمله على هيئات الانتفاع و ما ذكره جيّد للأصل و العمومات الدّالة على صحه البيع من نحو قوله تعالى أَحْيَلَّ اللَّهُ الْجَبَّعَ و قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و قولهم ع في عده اخبار معتبره المؤمنون عند شروطهم و قوله ص النَّاسُ مَسْلُطُونَ عَلَى أَمْوَالِهِمْ و لكن الاولى ترك البيع لمرفوعه يعقوب بن يزيد عن الصادق ع قال من باع طين قبر الحسين ع فأنه يبيع لحم الحسين ع و يشتريه

### الثالث صرّح في الدروس بأنّه ينبغي للزائر ان يستصحب منها ما امكن ليعم البركه اهله و بلده

فهى شفاء من كلّ داء و خوف و هو جيّد ثم قال و لو طبخت التربه قصدا للحفظ عن التّهافت فلا باس و تركه افضل و ما ذكره جيّد أيضا

### الرابع هل يجوز اكل المطبوخ من التربه و الاستشفاء به فيه اشكال

فلاحوط التّرك و ان كان الأقرب جواز الاكل من غير استشفاء ثم قال في الدروس أيضا و السّيجود عليها من افضل الاعمال إن شاء الله تعالى و هو جيّد و قال أيضا اجمع الاصحاب على الفضيله التسبيح بها و بذلك اخبار متواتره و ما ذكره من الافضليه لا بأس بها

### الخامس قال في التنقيح و حيث ورد متواتره ان الشفاء في تربته ع

و كثره الثواب بالتسبيح بها و السجود عليها ثبت وجوب تعظيمها و كونها دافعه للعذاب عن الميت و امانا من المخاوف و ان الاستنجاء بها حرام

### السادس صرح في في الروضه بأنه لو وجد ترابه منسوبه اليه حكم باحترامها

حملا على المعهود

### السابع لا اشكال في ثبوت كون الطين من تربته ع

بحيث يجوز تناولها للاستشفاء بالعلم به من اى سبب كان و يثبت أيضا بشهادة العدلين و هل يثبت بادعاء صاحب اليد المالك لها أنه من التربه المذكوره او لا- فيه اشكال و لكن الاقرب الاوّل لأنّ الثبوت بطريق يفيد العلم كخبر متواتر او محفوف بقرائن قطعيه او مشاهده او بشهادة العدلين متعسر بل متعذر عادة فيلزم اما ترك الاستشفاء بها بالمره او جواز الاعتماد على قول صاحب اليد و الاوّل باطل قطعاً فيلزم الثاني فت و لأنّ المستفاد من سيره الإماميه عدم انحصار الثبوت في الامرين المتقدم اليهما الإشاره و جواز الاعتماد على قول صاحب اليد كما لا يخفى و لعموم مفهوم قوله تعالى إنّ جاءكم فاسق الايه حيث يكون صاحب اليد عادلا- و لأنّ قول المالك يقبل في دعوى الملكيه و قول المرأه في دعوى الخلو عن الزوج فيلزم جواز قبول قول المالك هنا بطريق اولى و لعموم ما دل على ان كل شىء حلال حتّى يعرف الحرام بعينه و على المختار هل يشترط الظن بصدق قول المالك هنا او لا- فيه اشكال و لكن الاحتمال الثاني في غايه القوه و هل يكفي مطلق الظن هنا او لا اشكال و لكن الاحتمال الاوّل في غايه القوه و هل يشترط في قبول قول المالك هنا عدالته او لا فيه اشكال و لكن الاحتمال الثاني في غايه القوه

### منهل هل يلحق بطين قبر الحسين ع

و تربته الشريفه في جواز الاكل للاستشفاء الطين و التربه الماخوذان من قبر رسول الله ص و امير المؤمنين ع و فاطمه سيده نساء العالمين ع و سائر الائمه المعصومين عليهم السلام او لا بل يختص جواز اكل الطين و التربه بما يؤخذ من قبر سيّد الشهداء ابى عبد الله الحسين بن على ع فيه احتمالان احدهما أنه يختص جواز ذلك بما ذكر و هو المستفاد من الاقتصار في الاستثناء من عموم ما دل على حرمة اكل الطين على طين قبر سيّد الشهداء الحسين بن على ع في التّهايه و الغنيه و الوسيله و يع و فع و التّحرير و التبصره و عد و الإرشاد و لف و س و اللّمع و التّقيح و ضه و لك و مجمع الفائده و الكفايه و الرياض و لهم اولا ظهور الاتفاق على ذلك قولاً و فعلاً اما الاوّل فلما بيناه من اتفاق الكتب المذكوره على ذلك مع عدم وجود مخالف لهم فيه لا عينا و لا اثرا و اما الثاني فلأنّ الاماميه في جميع الاعصار و الأمصار مقتصره في اكل الطين للاستشفاء على طين قبر سيّد الشهداء و لم ينقل عن احد منهم خلاف ذلك و ثانيا العمومات الداله

ص: ٦٧٤

على حرمة اكل الطين خرج منها طين قبره الشريف بالدليل و لا دليل على خروج طين قبر غيره ع من سائر المعصومين ع فيبقى

مندرجا تحت تلك العمومات و ثالثا الأخبار المصرحة بأنه يحرم اكل الطين الأ طين قبر الحسين ع كمرسلى ابى يحيى الواسطى و سعد بن سعد و خبر حنان سدير و مرسله الحسن بن فضال و خبر اخر لسعد بن سعد و رابعا خبر عمرو بن واقد عن موسى بن جعفر الكاظم ع فى حديث أنه ع اخبره بموته و دفنه و قال لا ترفعوا قبرى فوق اربعة اصابع مفرجات و لا تاخذوا من تربتى شيئا لتتبركوا به فان كل ترابه لنا محرمة الأ ترابه جدى الحسين بن على ع فان الله جعلها شفاء لشيعتنا و اولياءنا و ثانيهما أنه لا يختص جواز ذلك بما ذكر بل يجوز اكل طين قبور ساير المعصومين للاستشفاء و لم اجد به قائلا من الاصحاب و لكن يدل عليه امور منها خبر ابى حمزه الثمالى عن ابى عبد الله ع فى حديث أنه سئل عن طين الحائر هل فيه شىء من الشفاء فقال يستشفى ما بينه و ما بين القبر على رأس اربعة اميال و كك قبر جدى رسول الله ص و كك طين قبر الحسين بن على ع و محمّد ع فخذ منها فانها شفاء من كل داء و سقم و جنّه ممّا يخاف و لا يعدلها شىء من الاشياء التى يستشفى بها الا الدعاء و أنّما يفسدها ما يخالطها من اوعيتها و قلّه اليقين لمن يعالج بها و منها أنه اذا جاز اكل طين قبر سيّد الشهداء للاستشفاء جاز اكل طين قبر جدّه رسول الله ص و طين قبر والده امير المؤمنين ع للاستشفاء بطريق اولى و منها أنه لو اختص جواز اكل الطين للاستشفاء بطين قبر سيّد الشهداء ع لكان له فضلا زائدا لم يكن مثله لجدّه رسول الله ص و لا لوالده امير المؤمنين ع فيكون افضل منهما من هذه الجهة و هو باطل بالضرورة و فى جميع الوجوه المذكوره نظرا الى الاوّل فلضعف سنده المانع من جواز التعليل عليه فى اثبات حكم مخالف للأصل و لو سلم صحته فلا يصلح لمعارضه الوجوه الداله على الاحتمال الاوّل من وجوه عديده و اما الثانى فلعدم صلاحيته أيضا لمعارضه الوجوه مع أنه فى نفسه محلّ التامل و اما الثالث فالمنع من كون جواز اكل طين القبر من مراتب فضل المقبور هذا و من المعلوم أنّ والدى سيّد الشهداء ع افضل و اكمل و ارفع درجه من والدى النبي ص و والدى والده و كما أنّ هذا لا يقتضى افضليته من جدّه ص و والده ع فكك جواز اكل طين قبره الشريف فاذن هذا الاحتمال فى غايه الضعف فالمعتمد هو الاحتمال الاوّل و عليه لا يجوز اكل طين قبور سائر الانبياء و اوصيائهم و العلماء و الاتقياء من الصّحابة و غيرهم للاستشفاء بلا اشكال

### منهل هل يجوز اكل طين قبر الحسين ع و تربته الشريفه للاستشفاء مط و لو من غير دعاء و عمل مخصوص او لا

بل يتوقف الجواز على دعاء و عمل مخصوص فيه احتمالان احدهما أنه يجوز ذلك مط و لا يتوقف على ما ذكر و هو المستفاد من النهايه و الوسيله و الغنيه و يع و فع و التحرير و عد و الإرشاد و لف و للمعه و الدروس و التنقيح و مجمع الفائده بل صرح به فى لك قائلا افضلها ما اخذ بالدعاء و ختمها تحت القبه المقدسه بقراءه سوره القدر و كذا صرح به فى ضه أيضا قائلا و لا يشترط فى جواز تناولها اخذها بالدعاء و تناوله به لإطلاق النصوص و ان كان افضل و كذا صرح به فى الكفايه قائلا و الظاهر اخذه بالدعاء و قراءه انا انزلناه لزياده الفضل بل حكى التصريح بذلك فى الرياض عن جماعه قائلا لكن اطلاق بعض النصوص و الفتاوى يقتضى الجواز مط و لم اقف على مشرط لذلك بل صرح جماعه بانّ ذلك لزياده الفضل كالشّرائط الأخر المذكوره فى محلّه و هو الأقوى لضعف الخبر و عدم قابليته لتقييد ما مرّ بل تبّه فى مجمع الفائده على أنّ هذا الاحتمال هو المشهور قائلا بعد الإشاره الى روايات داله على اشتراط امور و يحتمل ان يكون ذلك لزياده الشفاء و شرعيته لا مط فيكون مط جائزا كما هو المشهور و فى كتب الفقه مسطور و لهم اولاً ظهور الاتفاق على ذلك و لو سلم وجود مخالف فهو فى غايه الشذوذ و ثانيا ما تبّه عليه فى ضه و الرياض من اطلاق النصوص و الفتاوى و ثالثا أنّ اشتراط الدعاء و نحوه قد يفضى الى العسر و الحرج الذين لا يليقان بمثل هذا المقام و رابعا أنه لو كان ما ذكر شرطا لورد التنبيه عليه فى معظم النصوص و الفتاوى لتوفّر الدواعى عليه و التالى باطل قطعاً و ثانيهما أنه لا- يجوز ذلك الا بالدعاء و لم اجد به قائلا نعم صرح فى الرياض بأنه يستفاد من المروى فى

المصباح أنه يشترط في الاستشفاء بها اخذها بالدعاء الماثور فيه مع قراءه أنا انزلناه و ختمها بها و يدل على ما ذكر اولاً ما تبه عليه في الوسائل بقوله و روى أن رجلاً سأل الصادق ع فقال انى سمعتك تقول ان لثربه الحسين ع من الأدويه المفردة و انها لا تمر بداء الا- هضمته فقال قد قلت ذلك فما بالك قلت أنا تناولها فما انتفعت بها قال اما ان لها دعاء فمن تناولها و لم يدع به و استعملها لم يكن ينتفع قال فقال له ما يقول اذا تناولها قال تقبلها قبل كل شىء و تضعها على عينك فاذا تناولت فقل اللهم انى أسألك بحق الملك الذى قبضها و أسألك بحق النبى الذى خزنها و أسألك بحق الوصى الذى حل فيها ان تصلى على محمد و آل محمّد و ان تجعلها شفاء من كل داء و اماناً من كل خوف و حفظاً من كل سوء فاذا قلت ذلك فاشددها فى شىء و اقرء عليها انا انزلناه فى ليله القدر فان الدعاء الذى تقدم لأخذها هو الاستيذان عليها و قراءه أنا انزلناه ختمها و قد يجاب عن هذه الروايه بانها ضعيفه السند كما تبه عليه فى الرياض فلا تعارض الادله الداله على الاحتمال الاول بل لو صحّ سندها لما صلحت لذلك أيضاً من وجوه عديده و ثانياً ما تبه عليه فى الرياض قائلاً بعد الاشاره الى الروايه المذكوره و الى جمله من الشروط و الى ضعف هذه الروايه و ان كان مراعاتها احوط اقتصاراً فيما خالف الاصل الدال على حرمة الطين على القدر المتيقن من الاطلاقات و قد يجاب عن الاصل الذى اشار اليه باندفاعه بادله الاحتمال الاول فهو المعتمد و لكن ما فى الروايه المذكوره افضل كما صرح به فى ضه و لك و الكفايه و الرياض و ينبغى ختمها تحت القبه المقدسه بقراءه سوره القدر كما صرح به فى لك و كذا ينبغى مراعات الروايه التى تبه عليها فى مجمع الفائده بقوله و كذا ورد أيضاً ان له غسلاً و صلاه خاصه و الاخذ على وجه خاص و ربطه و ختمه بخاتم يكون نقشه كذا و بالجملة الاولى مراعات جميع ما ذكره بعض الاصحاب كخالى العلامه المجلسى و غيره فى هذا الباب

ص: ٦٧٥

## القول فى جمله من الآداب و اللواحق

### منهل يستحب عند الاكل و الشرب امور

منها غسل اليدين قبل الطعام و بعده و ان كان الاكل باحدهما و قد صرح بذلك فى النهايه و يع و التحرير و التبصره و عد و الإرشاد و س و اللّمعه و ضه و لك و مجمع الفائده و الكفايه و لهم و جوه منها ما ذكره فى مجمع الفائده قائلاً- دليله النظافه المطلوبه عقلاً و شرعاً و منها ما ذكره فى س و لك و ضه و مجمع الفائده من روايه القداح عن ابى عبد الله قال من غسل يده قبل الطعام و بعده عاش فى سعه و عوفى من بلوى فى جسده و منها ما ذكره فى لك و مجمع الفائده من ابى حمزه عن ابى جعفر قال قال يا ابا حمزه الوضوء قبل الطعام و بعده يذهب الفقر قلت بابى و أمى يذهبان و قد وصفه فى الثانى بالحسن قائلاً و الظاهر أنّ المراد بالوضوء غسل اليد و منها ما ذكره فى س و لك و ضه و مجمع الفائده من خبر أبى بصير عن أبى عبد الله ع قال قال أمير المؤمنين ع غسل اليدين قبل الطعام و بعده زياده فى العمر و اماطه للغمر عن الثياب و يجلو البصر و منها ما ذكره فى لك و مجمع الفائده من خبر السكونى عن ابى عبد الله ع من سرّه ان يكثر خير بيته فليتوضأ عند حضور طعامه قال فى لك المراد بالوضوء هنا غسل اليدين و منها ما ذكره فى مجمع الفائده من خبر ابى عوف البجلي قال سمعت ابا عبد الله ع يقول الوضوء قبل الطعام و بعده يزيدان فى الرزق و منها ما ذكره فى ضه و لك و مجمع الفائده قائلين و روى ان رسول الله ص قال اوله ينفى الفقر و اخره ينفى الهمّ و منها ما ذكره فى لك قائلاً روى ان رسول الله ص قال غسل اليدين قبل الطعام ينفى الفقر و

صَرَّحَ فِي لُكِّ وَ الْكُفَايَةِ بِأَنَّ اِتِّطَاقَ النَّصِّ وَ الْفُتُوَى يَقْتَضِي عَدَمَ الْفَرْقِ بَيْنَ كَوْنِ الطَّعَامِ جَامِداً أَوْ مَائِعاً وَ لَا بَيْنَ كَوْنِهِ يَبَاشِرَ بِالْيَدِ وَ بِأَلِهِ كَالْمَلْعَقَةِ وَ زَادَ فِي الْأَوَّلِ قَائِلاً وَ أَنَّ كَانِ الْحَكْمُ مَعَ الْمَبَاشِرَةِ بَلْ هُوَ الْأَصْلُ فِي الشَّرْعِيَّةِ لِأَنَّ الْأَكْلَ مِنْ صَاحِبِ الشَّرْعِ وَ خَلْفَائِهِ كَانِ كُكِّ وَ مَا ذَكَرَاهُ مِنَ التَّعْمِيمِ الْمَذْكُورِ جَيِّدٌ وَ مِنْهَا مَسْحُ الْيَدِ بِالْمَنْدِيلِ بَعْدَ الْغَسْلَةِ الثَّانِيَةِ الْوَاقِعَةِ بَعْدَ الطَّعَامِ وَ قَدْ صَرَّحَ بِاسْتِحْبَابِهِ فِي يَعْ وَ التَّحْرِيرِ وَ عَدَّ وَ اللَّعْمَةَ وَ ضَهَّ وَ لُكِّ وَ لَهُمْ مَا ذَكَرَهُ فِي لُكِّ مِنْ خَبَرِ مِرَازِمٍ قَالِ رَايْتُ أبا الْحَسَنِ عَ إِذَا تَوَضَّأَ قَبْلَ الطَّعَامِ لَمْ يَمْسَحْ بِالْمَنْدِيلِ وَ إِذَا تَوَضَّأَ بَعْدَ الطَّعَامِ مَسَحَ بِالْمَنْدِيلِ وَ لَا يَسْتَحِبُّ ذَلِكَ بَعْدَ الْغَسْلَةِ الْأُولَى الْوَاقِعَةِ قَبْلَ الطَّعَامِ كَمَا نَبَّهَ عَلَيْهِ فِي سِ وَ اللَّعْمَةَ وَ ضَهَّ وَ لُكِّ وَ فِيهِ قَالِ الصَّادِقُ عَ إِذَا غَسَلْتَ يَدَكَ لِلطَّعَامِ فَلَا تَمْسَحْ يَدَكَ بِالْمَنْدِيلِ فَانَّهُ لَا يَزَالُ الْبِرْكَهَ فِي الطَّعَامِ مَا دَامَتِ النَّدَاوَةُ فِي الْيَدِ ثَمَّ قَالِ وَ أَنَّمَا يَسْتَحِبُّ مَسْحَهُمَا بِالْمَنْدِيلِ مِنْ أَثَرِ مَاءِ الْغَسْلِ لَا مِنْ أَثَرِ الطَّعَامِ فَانْ ذَلِكَ مَكْرُوهٌ وَ أَنَّمَا السَّنَةُ فِي لَعْقِ الْأَصَابِعِ رَوَى زَيْدُ الشَّحَامِ عَنِ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَ أَنَّهُ كَرِهَ أَنْ يَمْسَحَ الرَّجُلُ يَدَهُ بِالْمَنْدِيلِ وَ فِيهَا شَيْءٌ مِنَ الطَّعَامِ حَتَّى يَمْصَهَا أَوْ يَكُونَ إِلَى جَانِبِهِ صَبِي يَمْصِيهَا وَ مَا ذَكَرَهُ جَيِّدٌ وَ هَلْ يَقُومُ مَقَامَ الْمَسْحِ بِالْمَنْدِيلِ مَسْحُ كُلِّ يَدٍ بِالْآخَرَى حَتَّى تَجْفَا أَوْ لَا لَمْ أَجِدْ مَصْرُحاً بِأَحَدِ الْأَمْرَيْنِ نَعَمْ كَانِ بَعْضُ عُلَمَاءِنَا مِنَ الْمَعَاصِرِينَ يُوَاطِبُ عَلَى هَذَا عَمَلًا لِأَنَّهُ يَذْهَبُ الْخَشُونَةُ عَنِ الْيَدَيْنِ وَ يَجْعَلُهُمَا نَاعِمَتَيْنِ وَ مَعَ ذَلِكَ فَهُوَ يَمْنَعُ مِنْ حَصُولِ الشَّقَاقِ وَ سِيلَانِ الدَّمِ فِي الْيَدَيْنِ فِي الشِّتَاءِ كَمَا لَا يَخْفَى وَ الْأُولَى الْجَمْعُ بَيْنَ الْأَمْرَيْنِ مَعَ الْإِمْكَانِ وَ الْحَقُّ فِي الرُّوضَةِ بِالْمَنْدِيلِ نَحْوَهُ وَ مِنْهَا مَسْحُ الْوَجْهِ بِالْيَدَيْنِ بَعْدَ الْغَسْلِ وَ قَبْلَ مَسْحِهِمَا بِالْمَنْدِيلِ كَمَا صَرَّحَ بِهِ فِي لُكِّ قَائِلاً يَسْتَحِبُّ مَسْحَ الْوَجْهِ بِالْيَدَيْنِ بَعْدَ الْغَسْلِ قَبْلَ مَسْحِهِمَا بِالْمَنْدِيلِ قَالِ الصَّادِقُ مَسْحَ الْوَجْهِ بَعْدَ الْوَضُوءِ يَذْهَبُ بِالْكَلْفِ وَ يَزِيدُ فِي الرِّزْقِ وَ عَنِ الْمَفْضَلِ قَالِ دَخَلْتُ عَلَى أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَ وَ شَكُوتُ الرَّمْدِ فَقَالِ عَ إِذَا غَسَلْتَ يَدَكَ بَعْدَ الطَّعَامِ فَامْسَحْ حَاجِبِيكَ وَ قَلِّ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ الْحَمْدَ لِلَّهِ الْمَحْسَنِ الْمَجْمَلِ الْمَنْعَمِ الْمَفْضَلِ قَالِ فَقُلْتُ فَمَا رَمَدَتْ عَيْنِي بَعْدَ ذَلِكَ وَ مِنْهَا التَّسْمِيَةُ عِنْدَ الطَّعَامِ كَمَا صَرَّحَ بِهِ فِي النَّهَائِيَةِ وَ الْوَسِيلَةِ وَ يَعْ وَ التَّحْرِيرِ وَ التَّبَصُّرَةِ وَ عَدَّ وَ الْإِرْشَادَ وَ اللَّعْمَةَ وَ الدَّرُوسَ وَ ضَهَّ وَ لُكِّ وَ مَجْمَعِ الْفَائِدَةِ وَ الْكُفَايَةِ وَ لَهُمْ عَلَى ذَلِكَ عَدَّةُ أَخْبَارٍ مِنْهَا مَا ذَكَرَهُ فِي لُكِّ

وَ ضَهَّ وَ مَجْمَعِ الْفَائِدَةِ مِنْ رِوَايَةِ السَّيِّكُونِيِّ عَنِ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَ قَالِ قَالِ رَسُولُ اللَّهِ صَ إِذَا وَضَعْتَ الْمَائِدَةَ حَفَّتْهَا أَرْبَعَةُ أَمْلَاقٍ فَإِذَا قَالِ الْعَبْدُ بِسْمِ اللَّهِ قَالَتْ الْمَلَائِكَةُ بَارَكَ اللَّهُ عَلَيْكُمْ فِي طَعَامِكُمْ ثَمَّ يَقُولُونَ لِلشَّيْطَانِ أَخْرِجْ يَا فَاسِقُ لَا سُلْطَانَ لَكَ عَلَيْهِمْ فَإِذَا فَرَّغُوا فَقَالُوا الْحَمْدُ لِلَّهِ قَالَتْ الْمَلَائِكَةُ قَوْمٌ أَنْعَمَ اللَّهُ عَلَيْهِمْ وَ آدُوا شُكْرَ رَبِّهِمْ وَ إِذَا لَمْ يَسْمُوا قَالَتْ الْمَلَائِكَةُ لِلشَّيْطَانِ امشِ يَا فَاسِقُ فَكُلْ مَعَهُمْ فَإِذَا رَفَعَتْ فَلَمْ يَذْكُرُوا اللَّهَ عَزَّ وَ جَلَّ قَالَتْ الْمَلَائِكَةُ قَوْمٌ أَنْعَمَ اللَّهُ عَلَيْهِمْ فَانْسُوا رَبَّهُمْ وَ مِنْهَا مَا ذَكَرَهُ فِي مَجْمَعِ الْفَائِدَةِ مِنْ خَبَرِ آخِرِ السَّيِّكُونِيِّ عَنِ الصَّادِقِ عَ قَالِ قَالِ رَسُولُ اللَّهِ صَ الطَّعَامُ إِذَا جَمَعَ أَرْبَعَ خِصَالٍ فَقَدْ تَمَّ إِذَا كَانَ مِنْ حَلَالٍ وَ كَثُرَتْ الْإَيْدِي وَ سُمِّيَ فِي أَوَّلِهِ وَ حَمِدَ اللَّهُ تَعَالَى فِي آخِرِهِ وَ مِنْهَا مَا ذَكَرَهُ فِي مَجْمَعِ الْفَائِدَةِ قَائِلاً وَ فِي الصَّيْحِيحِ عَنِ كَلِيبِ الْأَسَدِيِّ الْمَمْدُوحِ فِي الْجَمْلَةِ عَنِ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَ قَالِ أَنَّ الرَّجُلَ الْمُسْلِمَ إِذَا أَرَادَ أَنْ يَطْعَمَ طَعَامًا فَاهْوَى بِيَدِهِ وَ قَالِ بِسْمِ اللَّهِ وَ الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ غَفَرَ اللَّهُ عَزَّ وَ جَلَّ قَبْلَ أَنْ تَصِيرَ اللَّقْمَةُ إِلَى فِيهِ وَ مِنْهَا مَا ذَكَرَهُ فِي الْمَجْمَعِ أَيْضًا مِنْ رِوَايَةِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ الْعِرْزَمِيِّ عَنِ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَ قَالِ قَالِ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ عَ مِنْ ذِكْرِ اسْمِ اللَّهِ عِنْدَ طَعَامٍ أَوْ شَرَابٍ فِي أَوَّلِهِ وَ حَمْدِ اللَّهِ فِي آخِرِهِ لَمْ يَسْأَلْ عَنْ نَعِيمِ ذَلِكَ الطَّعَامِ أَبَدًا وَ مِنْهَا مَا ذَكَرَهُ فِي الْمَجْمَعِ أَيْضًا مِنْ خَبَرِ غِيَاثِ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنِ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَ أَنَّ أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ عَ قَالِ مَنْ ذَكَرَ اسْمَ اللَّهِ عَلَى الطَّعَامِ لَمْ يَسْأَلْ عَنْ نَعِيمِ ذَلِكَ وَ مِنْهَا مَا ذَكَرَهُ فِي لُكِّ قَائِلاً- رَوَى عَنِ النَّبِيِّ صَ مَا مِنْ رَجُلٍ يَجْمَعُ عِيَالَهُ وَ يَضَعُ مَائِدَتَهُ فَيَسْمُونَ فِي أَوَّلِ طَعَامِهِمْ وَ يَحْمَدُونَ فِي آخِرِهِ فَتَرْفَعُ الْمَائِدَةَ حَتَّى يَغْفِرَ لَهُ وَ لَا أَشْكَالَ فِي حَصُولِ التَّسْمِيَةِ بِقَوْلِهِ بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ\* وَ هَلْ تَحْصُلُ بِقَوْلِهِ بِسْمِ اللَّهِ أَوْ لَا الظَّاهِرُ مِنَ النُّصُوصِ وَ الْفُتُوَى الْأُولَى فَلَا بَأْسَ بِهِ وَ هَلْ تَحْصُلُ بغيرِ ذَلِكَ مِمَّا يَصْدُقُ عَلَيْهِ أَنَّهُ سَمِيَ اللَّهُ فِيهِ أَشْكَالًا وَ صَرَّحَ فِي النَّهَائِيَةِ وَ الْوَسِيلَةِ وَ يَعْ وَ التَّحْرِيرِ وَ عَدَّ وَ الْإِرْشَادَ وَ اللَّعْمَةَ وَ سِ وَ ضَهَّ وَ لُكِّ وَ الْكُفَايَةَ

بأنه يستحب ان يسمّى عند كل لون و هو جيّد و ربما يدلّ عليه ما اشار اليه في لك بقوله و عن امير المؤمنين ع أنّه قال ضمنت لمن سمى على طعام ان لا يشتكى منه فقال ابن الكوّاء يا امير المؤمنين لقد اكلت البارحة فاذا انى قال لعلك اكلت الوانا فسميتها على بعضها و لا تسم على بعض قال نعم فقال من هاهنا اتيت يا لكع و زاد فى النّهايّه و يع و التحرير و عد و اللّمعه و س و ضه و لك قائلين لو قال بسم الله على اوله و آخره اجزأه و هو جيّد أيضا و يستحب فى صورته اختلاف الأوانى التسميه على كل اناء لخبر داود بن فرقد الذى وصف بالصّيحّه فى مجمع الفائده قال قلت لأبى عبد الله ع كيف اسمى على الطّعام قال اذا اختلفت الآنيه فسم على كل اناء و قال فى النّهايّه و عد و س و ضه و الكفايه لو سمى واحد كفى عن الجميع و هو جيّد أيضا لخبر عبد الرّحمن الذى وصفه بالصّحه

ص: ٦٧٦

فى مجمع الفائده قال اذا حضرت المائده و سمى رجل منهم اجزأ عنهم اجمعين قال فى مجمع الفائده لعلّ الساقط تاكيده فهو الاستحباب الكفائى لا اصله و قال فى س و اللّمعه و ضه لو نسى التسميه ابتداء تداركها فى الأثناء عند ذكرها و هو جيّد أيضا لخبر داود بن فرقد الذى وصفه بالصّيحّه فى مجمع الفائده عن الصادق ع قلت فان نسيت قال تقول بسم الله اوله و آخره و قال يستحب التسميه لو قطع الاكل بالكلام ثم عاد اليه و لا باس به و هل يستحب التسميه عند شرب الماء او لا ربما يستفاد الأول من النّهايّه و الوسيله و لا بأس به و منها الحمد لله عند الفراغ من الاكل كما صرح به فى النّهايّه و الوسيله و يع و التحرير و التبصره و عد و الارشاد و س و لك و مجمع الفائده و الكفايه و لهم كثير من الاخبار المتقدّمه و قال فى الدروس كما فى لك و يستحب ان يقول اذا فرغ الحمد لله الذى اطعمنا و سقانا و كفانا و ايّدنا و آوانا و انعم علينا و افضل الحمد لله الذى يطعم و لا يطعم و قال فيه أيضا كما فى لك و الكفايه يستحب تكرار الحمد فى الاثناء لا الصمت و هو جيّد و صرح فى الوسيله باستحباب الحمد بعد الشرب و هو جيّد أيضا قال فى لك قال زراره اكلت مع ابى عبد الله ع طعاما فما احصيته كم مرّه قال الحمد لله الذى جعلنى اشتهيه و قال امير المؤمنين ع اذكروا الله على الطّعام و لا تلغظوا فانّه نعمه من نعمه الله و رزق من رزقه يجب عليكم فيه شكره و ذكره و حمده و منها الاكل باليمين مع الاختيار كما صرح به فى النّهايّه و يع و الوسيله و التحرير و التبصره و عد و اللّمعه و ضه و لك قال فيه لقول الصادق ع لا تاكل باليسرى و انت تستطيع ثم قال و لو كان له مانع من الاكل باليمين كوجع و نحوه فلا باس باليسار و فى ضه و لا باس باليسرى مع الاضطرار و هو جيّد و منها ان يبدأ صاحب الطّعام بالاكل اذا كان معه غيره و ان يكون آخر من يمتنع و قد صرح بجميع ذلك فى النّهايّه و الوسيله و يع و التحرير و عد و الارشاد و س و اللّمعه و ضه و لك و مجمع الفائده و قال فيه دليل استحباب ابتداء المالك بالاكل قبل القوم و تاخره عنهم روايه ابى القداح عن ابى عبد الله ع قال كان رسول الله ص اذا اكل مع القوم طعاما كان اول من يضع يده و اخر من يرفعها و يدلّ على الاكل مع الضيف روايه جميل عن ابى عبد الله ع قال سمعته يقول انّ الزائر اذا زار المزور فاكل معه القى عنه الحشمه و اذا لم يأكل معه ينقبض قليلا و يدلّ على استحباب الاكل مع الضيف و تاخره عنه روايه على بن جعفر عن اخيه موسى ع انّ رسول الله ص اذا اتاه الضيف اكل معه و لم يرفع يده من الخوان حتّى يرفع الضيف و منها ان يبدأ صاحب الطعام بغسل يده ثم يبدأ بعده بمن على يمينه ثم يدور عليهم فى الغسل الاوّل و امّا فى الثّانى فيبدء بمن على يساره و يكون هو اخر من يغسل يده كما صرح به فى لك و ضه و الكفايه قال فى الاوّلين روى ذلك عن الصادق ع معلّلا ابتدائه اوّلا لثلاثا يحتشمه و تاخيره آخرا بانه اولى بالصّبر على الغمر و هو بالتّحريك ما على اليد سهك الطعام و زهمته و روى أنّه يبدأ بعد الفراغ بمن على يمين الباب حرا كان او عبدا و لعله اشار

بذلك الى روايه محمّد بن عجلان عن ابي عبد الله ع الوضوء قبل الطّعام يبدأ صاحب البيت لثلا يحتشم احد فاذا فرغ من الطّعام بدء بمن على يمين الباب حرّا كان او عبدا قال في مجمع الفائده بعد الإشاره اليها و لكن فيها ان ابتداء الغسل بعد الطّعام بمن على يمين الباب و لم يذكر الابتداء بمن يكون بعد غسل صاحب المنزل قبل الطّعام و لعل المراد باب الموضع الذي جلسوا فيه و باليمين يمين الداخل فيحتمل في الموضع الذي لا باب له يكون المراد يمين ابتداء المجلس بالنّسبه الى الداخل فيه و يدل على اتمام ما ذكرناه كما هو المشهور حديث اخر قال في كا بعد الرّوايه المتقدمه و في حديث اخر يغسل اولاً رب البيت يده ثم يبدأ بمن على يمينه و

اذا رفع الطّعام بدء بمن على يسار صاحب المنزل و يكون آخر من يغسل يده صاحب المنزل لأنّه اولى بالصّبر على الغمر فيمكن حمل الأولى على أنّه كان صاحب المنزل جالسا عند الباب و يمينها يساره او على عدم كونه في المجلس او على التّخيير و الظاهر أنّ المراد بصاحب المنزل صاحب الطّعام و ان كان المنزل لغيره او لا يكون هناك منزل و بيت و يحتمل الحقيقه اذا كان صاحب الطّعام غريبا و نزىلا في منزل الغير ثم امر بالتأمّل قائلا فت و في التّهايه و الوسيله و يع و التّحرير و عد و الارشاد و س و الكفايه و ان يبدأ في غسل اليد بمن على يمينه ثم يدور عليهم الى الاخر و منها ان يجمع غسله الايدي في اناء واحد كما صرح به في التّهايه و الوسيله و يع و التّحرير و عد و الارشاد و اللّمعه و س و لك و ضه و مجمع الفائده و فيه و امّا دليل جمع الغساله في اناء واحد بمعنى ان يغسل الجميع في اناء واحد حتّى يجتمع جميع الميايه فيه روايه عمرو بن ثابت عن ابي عبد الله ع قال اغسلوا ايديكم في اناء واحد يحسن اخلاقكم و روايه الفضل بن يونس قال لما تغدى عندي ابو الحسن ع و جىء بالطّشت بدئ به ع و كان في صدر المجلس فقال ع ابدء بمن على يمينك فلما ان توضأ واحد اراد الغلام ان يرفع الطّشت فقال له ابو الحسن ع دعها و اغسلوا ايديكم فيها و في الكفايه يستحبّ غسل الايدي في اناء واحد و منها ان يستلقى الأكل بعد الاكل و يجعل رجله اليمنى على رجله اليسرى و قد صرح بجميع ذلك في التّهايه و الوسيله و يع و التّحرير و التبصره و عد و الارشاد و الدروس و اللّمعه و الروضه و الكفايه و مجمع الفائده و فيه دليله روايه احمد بن محمد بن احمد بن ابى نصر عن الرّضاع قال اذا اكلت فاستلق على قفاك و ضع رجلك اليمنى على اليسرى و اشار الى ما ذكره من الرّوايه في لك و ضه أيضا و منها غسل الفم و المضمضه ثلث مرّات ان كان للطّعام كما صرّح به في الوسيله و منها ما نبه عليه في التّحرير قائلا يستحب التملل و لفظ اخبار الخبز و منها ان يضع لقمه على الملح اول كلّ شىء و يضع في فيه كما صرح به في الوسيله و منها الدّعاء لصاحب الطّعام كما صرّح به في الدّروس قائلا و ليختر ما كان يدعو به رسول الله ص طعم عندكم الصائمون و اكل طعامكم الابرار و صلت عليكم الملائكه الاخيار و منها ان يتبدأ بالصّلاه الواجبه اذا حضر الطّعام و الصلاه و امكنه الاقبال على الصلاه و لم يتضيق وقتها و لم يكن هناك من ينتظره و لم يغلبه الجوع كما صرح به في التّهايه و الوسيله و التّحرير و القواعد و الدروس و ان تضيق وقت الصّلاه فلا اشكال في لزوم تقديمها كما صرّح به في التّهايه و القواعد و ان كان من ينتظره فبته في الكتب المذكوره على اولويّه تقديم الطّعام و ان غلبه الجوع فيجوز تاخير الصّلاه كما يظهر من الوسيله

### منهل ذكر جماعه من الأصحاب هنا امورا مكروهه

منها الاكل باليسار من غير ضروره و قد صرّح بكراهه ذلك في التّهايه و الوسيله و يع و التّحرير و الارشاد و عد و اللّمعه و ضه و لك و مجمع الفائده و الكفايه و لهم اولاً ظهور الاتّفاق على ذلك و ثانيا قاعده التّسامح في ادله

الكراهه و ثالثا ما تبّه عليه في مجمع الفائده بقوله و يدلّ عليه عموم ما هو المشهور أنّه ص كان يحب التيامن في اموره لا التياسر و رابعا ما نبّه عليه فيه أيضا من روايه سماعه عن ابي عبد الله ع قال سألته عن الرّجل يأكل بشماله او يشرب بها فقال لا يأكل بشماله و لا يشرب بشماله و لا يتناول بها شيئا و مثلها روايه جراح المدائني و خامسا ما تبّه عليه فيه أيضا من روايه ابي بصير عن ابي عبد الله ع قال لا تاكل باليسار و انت تستطيع ثم تبّه على وجه دلالتها على المدعى بقوله و كأنه لعدم الصّحه و عدم القائل و مفهوم أنّ المقصود هو الكراهه و المبالغه حملت على الكراهه و هل يلحق بالاكل هنا الشرب و سائر الاعمال التي تصدر من اليد كالكتابه و نحوها فتكون مكروهه باليسار او لا صرّح بالاول في الدروس و لك و مجمع الفائده و صرح في النهايه و عد و الكفايه بكراهه الشرب باليسار اختيارا و هو جيّد بل ما في س أيضا جيّد القاعده المشار اليها مضافا الى النبوي المشهور على ما صرح به في مجمع الفائده و لكن ينبغي استثناء الاستنجاء و الاستجمار منه و منه الشرب بنفس واحد و قد صرّح بكراهيته في النهايه و عد و التحرير و الدروس بأنّه ينبغي ان يكون بثلاثة انفاس و زاد في س و روى ذلك ان كان الساقى عبدا و ان كان حرا فبنفس واحد قائلًا- و روى ان الغب يورث الكباد بضم الكاف و هو وجع الكبد و منها الاكل من طعام لم يدع عليه مع الاذن فحوى و قد صرح بكراهته في التحرير و الدروس و احتج فيه بالروايه و ما ذكره جيّد أيضا لما تقدّم اليه الاشاره و منها قطع الخبز بالسّكين و قد صرح بكراهته في التحرير و كذا صرّح به في الدروس قائلًا و نهى الصادق ع عن قطعه بالسّكين و الحق به فيه نحوه و ما ذكره جيد و منها الاكل متكئا و قد صرح بكراهته في النهايه و يع و عد و الارشاد و س و اللّمعه و ضه و لك و مجمع الفائده و الكفايه و هو جيّد و لهم اولا- ظهور الاتفاق على ذلك و ثانيا القاعده المشار اليها و ثالثا ما تبّه عليه في مجمع الفائده بقوله دليل كراهه الاكل متكئا ترك التّادب بحسب ما يدركه العقل و رابعا ما تبّه عليه فيه من خبر ابن ابي شعبه الحلبي الذي وصفه فيه بالحسن و فيه ما اكل رسول الله ص و هو متكئ قط و خامسا ما تبّه عليه فيه أيضا من خبر زيد الشّحام عن ابي عبد الله ع قال ما اكل رسول الله ص منذ بعثه الله متكئا حتّى قبض و كان يأكل اكل العبيد و يجلس جلسه العبيد قلت و لم ذلك قال تواضعا لله عزّ و جلّ لا يقال يعارض ما ذكر روايه ابن ابي شعبه الحلبي المتقدّمه قال اخبرني أنّه رأى ابا عبد الله ع حتى مرتبعا و قال رايت ابا عبد الله يأكل متكئا لأننا نقول ما ذكر لا يصلح للمعارضه كما تبّه عليه في مجمع الفائده قائلًا و كان فعله ع لعذر او لإظهار جوازه و عدم تحريمه و هل يكره ذلك مط و لو كان على اليد او لا- بل يختصّ بغيرها صرّح بعض الاصحاب بالأوّل و هو ظ اطلاق المعظم و بعض الاخبار و هو مع كونه جيّدا احوط و كما يكره الاكل متكئا كك يكره مستلقيا كما صرح به في لك و كذا يكره الاكل متبطحا كما في خبر نبّه عليه في لك بقوله و في خبر عن علي ع لا تاكل متكئا و لا متبطحا و صرح في س بأنّه يكره الاكل ماشيا قائلًا و فعل التّبّي ص ذلك احيانا لبيان جوازه او للضروره و لكن صرّح في النهايه و عد بأنّه لا بأس بالاكل و الشرب ماشيا و اجتنابه افضل و صرّح في الوسيله و س و ضه بأنّه يكره التربع عند الاكل و لا بأس به للقاعده المتقدمه و لما تبّه عليه في لك بقوله و في روايه عن الصادق ع قال قال امير المؤمنين ع اذا جلس احدكم على الطّعام فليجلس جلسه العبيد و لا يضع احدكم احدى رجله على الاخرى و يتربع فأنّها جلسه يبغضها الله و يمقت صاحبها و صرّح في لك بأنّه يجلس متوركا على الأيسر و في س بأنّه يستحب ان يجلس على رجله اليسرى و منها كثره الاكل و التملّي من المأكل و قد صرح بكراهه

ذلك في النهايه و يع و التحرير و عد و س و اللّمعه و لك و ضه و الكفايه و هو جيّد ما لم يؤد الى الافراط المضر و لهم اولا



ظهور الاتفاق على ذلك و ثانيا القاعده المتقدمه و ثالثا ما تبّه عليه في لك بقوله قال النبي ص ما ملأ ابن آدم وعاءا شرا من بطنه فان كان ولا بد فثقل لطعامك و ثلث لشرابك و ثلث لنفسك و رابعا ما تبّه عليه فيه أيضا بقوله و قال الباقر ع ما من شيء ابغض الى الله عزّ و جلّ من بطن مملو و اذا ادى ذلك الى الضرر حرم كما صرح به في النهايه و يع و التح و عد و صره و س و اللّمعه و ضه و صرح فيها بأن امتلاء المعده راس الداء و منها الاكل على الشيع و قد صرح بكراهته في النهايه و يع و تح و عد و شاد و لك و الكفايه و هو جيّد حيث لم يترتب عليه الضرر و لهم اولا القاعده المشار اليها و ثانيا ما تبّه عليه في لك و مجمع الفائده من خبر عبد الله بن سنان عن ابي عبد الله ع قال الاكل على الشيع يورث البرص و زاد في الثاني قائلا و لعل لعدم الصّحه و المبالغه و الحمل على الاحتمال لا على تيقن حصوله كما في استعمال الماء المشمس حملت على الكراهه و ثالثا ما تبّه عليه في مجمع الفائده مما دلّ على كراهه كثره الاكل و رابعا ما تبّه عليه في لك بقوله قال النبي ص المعده بيت الداء و قال الصادق ع كلّ داء من التخمه ما عدا الحمى فانّها ترد و رودا و الوجدان على ذلك اعدل شاهد و اذا كان ذلك مضرا حرم كما صرح به في الارشاد و صرح به في مجمع الفائده أيضا قائلا دليله العقل و الثقل و صرح فيه بالفرق بين الشيع و التملّي قائلا و الفرق بين الشيع و التملّي انّ الشيع هو البلوغ في الاكل الى حدّ لا يشتهيّه سواء امتلّى بطنه أم لا و التملّي على البطن منه و ان يصيب شهوه للطعام كما يتفق ذلك لبعض الناس فيبينهما عموم و خصوص من وجه و منها ما تبّه عليه في الدروس اولا بقوله يكره رفع الحشاء الى السيّماء و ثانيا بقوله و يكره مهك الطعام اي المبالغه في اكل ما عليها فان للجن منه نصيبا و ان فعل ذهب من البيت ما هو خير من ذلك و ثالثا بقوله يكره اللحم في اليومين مرتين و اكله غريضا اي نيا او غير نضيج و في الصّحاح الغريض الطرى و رابعا بقوله يكره ترك العشاء لما روى انّ تركه خراب البدن و قال الصادق ع من ترك العشاء ليله السّبب و ليله الاحد متواليين ذهبت منه قوه لم ترجع اليه اربعين يوما و خامسا بقوله و يكره مسح اليد بالمنديل و منها شيء من الطعام تعظيما له حتى يمصّها و سادسا بقوله و يكره الاكل باصبعين و سابعا بقوله و يكره الورك لقربها من المبال و ثامنا بقوله و يكره الطعام الحار لنهي النبي ص و البركه في البارد و تاسعا بقوله و يكره تقشير التمر و عاشرا بقوله و يكره الاكثار من الماء و عبّه اي شربه بغير مصّ و جميع ما ذكره جيّد للقاعده المتّقدمه

### منهل يحرم الاكل على مائده يشرب عليها الخمر

#### اشاره

كما صرح به في النهايه و الوسيله و يع و التبصره و عد و الارشاد و الدروس و اللّمعه و ضه و لك و مجمع الفائده

ص: ٦٧٨

و لهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه و منها ما تمسّك به في لك و مجمع الفائده قائلين يدلّ على تحريم الاكل على مائده تشرب عليها الخمر و الجلوس عليها صحيحه هاون بن الجهم قال كنّا مع ابي عبد الله ع بالحيره حين قدم على ابي جعفر فختن بعض القواد ابنا له و صنع طعاما و دعا الناس و كان ابو عبد الله ع فيمن دعى فيبينما هو على المائده يأكل و معه عده على المائده فاستسقى رجل منهم ماء فاتي بقدر فيه شراب لهم فلما صار القدر في يد الرجل قام ابو عبد الله ع فسئل عن قيام فقال قال رسول الله ص ملعون من جلس على المائده يشرب عليها الخمر و منها عليه في الكتابين المذكورين أيضا قائلين و في روايه اخرى ملعون من جلس طائعا على مائده يشرب عليها الخمر و زاد في لك قائلا و الروايه الاولى تضمنت تحريم الجلوس عليها

سواء اكل أم لا و الاخرى دلت على تحريم الاكل منها سواء كان جالسا أم لا و الاعتماد على الاولى لصحتها و فيما ذكره نظر و منها ما تبه عليه في مجمع الفائده قائلًا و يدلّ على تحريم الاكل عليها روايه الجراح المدائني عن ابي عبد الله ع قال قال رسول الله ص من كان يؤمن بالله و اليوم الاخر فلا يأكل على مائده يشرب عليها الخمر و منها ان الامتناع من الاكل و ترك الجلوس على المائده المذكوره من مراتب النهي عن المنكر اذ قد يحصل بذلك الارتداع عن المعصيه لفاعلها فيجبان و

### ينبغي التنبه على امور

### الاول نبه في مجمع الفائده على المراد قائلًا تحريم الاكل على مائده يشرب عليها شيء من المسكرات

اي ما يوضع فيه الطعام مثل السفره و غيرها هو المشهور

### الثاني هل يختص الحكم المذكور بالخمر او لا

بل يعم جميع المسكرات صرح بالثاني في النهايه و الوسيله و يع و التبصره و عد الإرشاد و س و اللّمعه و ضه و لك و هو المعتمد و لهم اولا ظهور الاتفاق على ذلك كما يستفاد من الكتب المذكوره لعدم اشارتها الى خلاف و لا اشكال في ذلك و ثانيا ما تبه عليه في مجمع الفائده بقوله هل حكم باقي المسكرات كك كما ذكره المصنف فيمكن ذلك للعله

### الثالث صرح في النهايه و يع و عد و الارشاد اللّمعه و ضه و لك بالحق الفقاع بالخمر في ذلك

و هو الاحوط الاقرب و لهم اولا ظهور الاتفاق على ذلك كما يستفاد من الكتب المذكوره لعدم اشارتها الى خلاف و لا اشكال في ذلك و ثانيا ما تبه عليه في لك قائلًا و اما الحاق الفقاع بالخمر فأنه و ان لم يرد عليه نصّ بخصوصه لكن قد ورد أنه بمنزله الخمر و انه خمر مجهول استصغره الناس فجاز الحاقه في هذا الحكم و يعضد ما ذكره قول مجمع الفائده قائلًا الحق الفقاع بها في اكثر العبادات لعلّ الوجه ما تقدّم أنه خمر في روايات كثيره

### الرابع هل يلحق بالخمر في ذلك الحكم باقي المحرمات من الزنا و اللواط

و السرقة و الغبه و اللهو و القمار و غير ذلك اذا كانت على المائده او لا فيه قولان احدهما أنه يلحق بذلك و قد صار اليه في عد و الايضاح و اللّمعه و حكاه في س عن ابن ادريس و في الوسيله يحرم الجلوس على مائده يؤكل عليها طعام حرام و يشرب مسكر و ثانيهما أنها لا- تلحق بذلك و هو لمجمع الفائده و ربما يستفاد من لك و ضه للأولين و جوه منها ما تمسك به في الايضاح قائلًا و الاقوى الاول لأننا نوجبه من جهة أنه نهى عن المنكر لأنه اعراض عن فاعله و اهانه له فيجب القول بالتحريم و قد يجاب عما ذكره بما تبه عليه في ضه قائلًا و اما النهي بالقيام فأنما يتم مع تجويزه التأثير به و اجتماع باقي الشرائط و وجوبه ح من هذه الحثيه حسن الا- ان اثبات الحكم مط مشكل اذ لا- يتم وجوب الانكار مط و الحاق غير المنصوص به قياس و نبه على ما

ذكره هنا في لك أيضا قائلا و علل بأن القيام يستلزم النهي عن المنكر من حيث أنه اعراض عن فاعله و اهانه له فيجب لذلك و يحرم تركه بالمقام عليها و فيه نظر لأنّ النهي عن المنكر أنّما يجب لشرائطها و من جملتها تجويز التّأثير و مقتضى الروايات تحريم الجلوس و الاكل ح و ان لم ينع عن المنكر و يجوز تأثيره و أيضا فالنهي عن المنكر لا يتقوم بالقيام بل يجب مراتبه المعلومه على التدرّيج فاذا لم يكن المقام من مراتبه لا يجب فعله و منها ما تبّه عليه في ضه قائلا و يمكن الحاق باقي المحرمات حتى غيبه مؤمن على المائدة بها كما ذهب اليه العلماء لمشاركتها في معصيته تعالى و قد يجاب عمّا ذكر بالمنع من كون علّه الحكم المذكور في الخمر هو مجرّد العصيان لفقّد الدليل عليه و القياس باطل عندنا و لذا صرّح في ضه هنا بأنّ الحاق غير المنصوص به قياس و يعضده قول الإيضاح و يحتمل عدم اللاحق لاختصاصه بمائده يشرب عليها الخمر و القياس عندنا باطل و منها أنّ ثبوت الحكم المذكور في الخمر يقتضى ثبوته فيما هو اعظم منها كالزنا و اللواط و قتل النفس بطريق اولى و لا قائل بالفرق بين المذكورات و غيرها من سائر المعاصى و قد يجاب عنه بالمنع من الأولويّه و عدم القائل بالفرق بين المذكورات و غيرها و للأخريّن الاصل و اختصاص النصوص المتقدمه المشبهه للحكم المذكور و جملة من الفتاوى بغير محلّ البحث و عدم جواز القياس مع عدم العلم بالعلّه و ان ظن بها من غير جهه اللفظ و عدم ظهور الأولويّه و عدم كون الامر بالشىء نهيا عن ضده الخاص و عدم التنصيص فى الاخبار على التحريم هنا مع توفر الدواعى عليه و استلزامه الحرج العظيم كثيرا و العمومات المجوزه للأكل عموما و خصوصا من الكتاب و السنّه و استلزام الخروج من المجلس و ترك الاكل مفسد عظيمه غالبا فاذا الاقرب هو القول الثانى الا اذا توقف النهي عن المنكر مع اجتماع شرائط وجوبه على ترك الاكل على المائدة المذكوره فيجب ح كما تبّه عليه فى مجمع الفائده

### **الخامس هل يحرم الاكل من المائده التى يشرب عليها المسكر و الفقاع**

اذا كان جالسا او يحرم مط و لو كان قائما او مضطجعا يمينا او شمالا او مستلقيا او متبطحا فيه اشكال من اطلاق خبر جراح المدائنى و كثير من الفتاوى و من امكان دعوى انصراف الاطلاق الى الغالب و هو صوره الجلوس فيرجع فى غيره الى اصاله الاباحه و لكن لا ريب فى أنّ الاحوط هو الاحتمال الثانى و قد صار الى الثانى فى مجمع الفائده قائلا حكم القيام عليها حكم الجلوس فإنّ الظاهر ان المراد البعد عن ذلك المجلس و تلك المائده فت و فيما ذكره نظر بل الاحتمال الاول فى غايه القوه

### **السادس هل يحرم الجلوس على المائده المفروضه من غير اكل او لا**

الاقرب الاول كما صرح به فى لك

### **السابع هل يصير الطعام الذى يحرم اكله حراما كالتبجس و المنسوب او لا**

بل يكون حلالا كالحذى فى آنيه الذهب و الفضه صرّح بالثانى فى مجمع الفائده قائلا و اما تحريم اصل الطعام فلا نعلم فيكون كالأكل فى آنيه الذهب و الفضه فيكون الاكل حراما لا الماكول و ان اكل فيها فيكون

فرقا بين الماكول و الاكل الحرامين مثل المغصوب و النجس و الاكل الحرام فقط مثل الاكل على المائده المذكوره و الاكل فى انتهما مع احتمال تحريم الماكول أيضا و لكن ما دام فيها فى تلك المده و يحتمل بعيدا مط و المحتمل الذى ذكره بل المعتمد هو الاول

### **الثامن الأقرب ان حرمه الاكل يختص بالاكل من المائده التى يشرب عليها المسكر**

و الفقاع و لا يعم غير ذلك و القدر المتيقن ثبوت الحرمة حين الشرب و لكن الحاق ما بعده به احوط بل فى غايه القوه

### **التاسع هل يلحق بالاكل الشرب او لا**

الاقرب الثانى

### **العاشر هل المراد بحرمه الاكل على المائده المفروضه الاكل المتعارف**

فلا- يعم نحو بلع الافيون او المراد به كل ما كان من شأنه ابطال الصوم فيه اشكال فلا ينبغى ترك الاحتياط بمراعات الاحتمال الثانى و ان كان الاول فى غايه القوه

### **الحادى عشر قال فى ضه لا فرق بين وضع المحرم او فعله على المائده فى ابتدائها او استدامتها**

فتمتى عرض المحرم فى الأثناء و جب القيام ح كما أنه لو كان ابتداء حرم الجلوس عليها و ابتداء الأكل منها و ما ذكره جيد

### **كتاب مناهل الشفعه**

### **منهل لا اشكال فى ثبوت الشفعه بين الشريكين**

و قد صرح بدعوى الإجماع عليه فى التحرير و الرياض و اختلف الاصحاب فى ثبوتها فيما اذا زاد على الشريك الواحد كما اذا كان الشركاء ثلاثه على اقوال الاول انها لا تثبت ح مط و هو للنهائيه و الغنيه و المراسم و النافع و التحرير و الدروس و اللّمعه و جامع المقاصد و المقتصر و الرياض و موضع من لف و هو ظ الايضاح و مجمع الفائده و حكااه فى لف و الايضاح و لك و المقتصر عن الشيخين و السيد المرتضى و زاد فى لف و الايضاح فحكياه أيضا عن على بن بابويه و ابى الصّلاح و ابن البراج و ابن حمزه و ابن زهره و قطب الدّين الكيدرى و زاد فى لف فحكااه أيضا كالمقتصر عن سلّار و ابن ادريس و زاد فى الايضاح فحكااه عن الصّيدوق فى المقنع و الطّبرسى و جده بل صرّح فى س بدعوى الشهره عليه قائلا- هو المشهور و يكاد ان يكون

اجماعا و يعضد ما ادّعاها اولاً قول جامع المقاصد قال به اكثر الاصحاب و كاد ان يكون اجماعا و ثانيا قول التحرير قال به اكثر علماءنا و ثالثا قول لك ذهب اليه الاكثر منهم الشيخان و المرتضى و الأتباع و الصدوق و ابن ادریس و رابعا قول ضه و هو اشهر القولين و خامسا قول مجمع الفائده و هو قول الاكثر و سادسا قول النافع و هو اشهر الروايتين أيضا الثاني أنّها تثبت ح مط و هو للمحكّي في جملة من الكتب عن الإسكافي و في جامع المقاصد و المقتصر عن الصّيدوق و صرّح في لف بأنّه لا يخ عن قوّه الثالث أنّها تثبت ح في غير الحيوان و فيه لا تثبت ح و حكاها في الإيضاح و لك عن الصّيدوق في من لا يحضره الفقيه الزابع ما تبه عليه في التحرير قائلا- و قال آخرون تثبت في الاراضى و لا يثبت في العبد و هذا القول كالقول الثاني و الثالث ضعيف بل المعتمد هو القول الأوّل الذى عليه المعظم و لهم وجوه منها ما تبه عليه في الغنيه قائلا و اشترطنا ان يكون واحدا لأنّ حقّ الشّفعة حكم شرعى يفتقر ثبوته الى دليل و ليس في الشّرع ما يدلّ على ذلك هاهنا و يعضد ما ذكره اولاً ما تبه عليه في لف قائلا لنا الأصل عدم الشّفعة و ثبوت الملك للمشتري خرج منه موضع الاجماع لنفى ضرر الشّركة او طلب القسمه فيبقى الباقي على الاصل و لأنّ ثبوت الشّفعة خارج عن الاصل اذ حكم الاصل تسلط المالك على ملكه و انتفاء ولايه الغير عنه و المالك انما نقل الملك الى المشتري فتسلط الشّفيع عليه خارج عن احكام الاصول فيثبت في موضع و يبقى الباقي على حكم المساوات للأصول و ثانيا قول لك حجه المشهور الاخبار اه و اصاله عدم الشّفعة و ثبوت الملك من غير موضع الوفاق و ثالثا قول مجمع الفائده دليل الاكثر الاصل المقرر عقلا و نقلا عن الكتاب و السنه و الاجماع و هو عدم جواز التصرف في مال احد بوجه الآ بطيب نفس منه و رضاه الآ ما اخرج الدليل و قد ثبت جواز اخراج المشفوع من يد المشتري مع الشريكين فقط بالاجماع و بقى الباقي تحت البيع و منها أنّ تبه في الغنيه على دعوى الإجماع على هذا القول قائلا و اشترطنا ان يكون واحدا لأنّ الشىء اذا كان بين اكثر من اثنين فباع احدهم لم يستحق شريكه الشّفعة بدليل اجماع الطائفه و يعضد ما ادّعاها اولاً انه حكى في لف و س و جامع المقاصد و لك و الرّياض عن ابن ادریس أنّه ادعى الإجماع على ذلك أيضا و ثانيا أنّه حكى في الرّياض عن الانتصار و التنقيح دعوى الاجماع على ذلك أيضا قائلا- قد استفاض نقل الاجماع على ذلك و ثالثا الشهره العظيمه الّتى لا يبعد معها دعوى شذوذ المخالف فتخطئه لف و الايضاح الحلى و ابن زهره في دعواهما الاجماع على ذلك لا وجه لها جدّا و هى منهما في غايه الغرابه و لكنّهما اعرف بما قالاه و منها أنّه لو ثبت الشّفعة مع كون الشّريك ازيد من اثنين لتظافرت الاخبار به بل و تواترت لتوفّر الدواعى عليه و التالى بط جدا

## كتاب مناهل احياء الموات

**منهل من سكن بيتا من مدرسه موقوفه على المشتغلين و المحصلين او من رباط موقوف على الزائرين و كان هو من جملتهم**

### اشاره

و ممّن يجوز له السّكنى في ذلك شرعا كان هو احق من غيره و ان كان ذلك الغير موصوفا بما هو موصوف به و مستحقا للتصرف لولاه فالسّبق الى التصرف هنا يوجب الاولويّه بحيث يصحّ له منع الغير عن المزاحمه له و يدوم هذا الحق له ما دام ساكنا و متصفا بما اوجب له الاستحقاق مط و ان طال زمان السّكنى نعم ان شرط الواقف مدّه مخصوصه لزم اتباع شرطه اما ثبوت الاولويّه بالسّبق الى التصرف فالظاهر أنّه ممّا لا خلاف فيه بين الاصحاب و مع هذا فيدلّ عليه الاعتبار العقلى اذ لو لا ذلك لزم الفساد العظيم لأنه يؤدى الى التشاجر و التنازع بين ارباب الاستحقاق غالبا و ربما ادى ذلك الى تعطيل الوقف و يؤيد ما ذكر ثبوت الاولويه بالسّبق الى التصرف في كثير من الموارد الّتى ثبت الاشتراك بين جماعه في شىء ابتداء و اما دوام الحقّ

بدوام السكني فقد صرح به في عد و يع و الدروس و اللمعه و ضه و لك بل الظاهر أنه ممّا لا خلف فيه فهو الحجّه فيما ذكر مضافا الى اصاله بقاء الاولويّه و اما لزوم اتباع شرط الواقف فقد صرح به أيضا تلك الكتب المذكوره بل الظاهر أنه ممّا لا خلاف فيه و هو الحجّه مضافا الى عموم ما دلّ على لزوم اتباع الشروط من قولهم ع في عدّه اخبار معتبره المؤمنون عند شروطهم و

## ينبغي التنبيه على امور

### الأول لا يبطل حقه مع عدم الشرط المذكور بالخروج لحاجه

كشراء مأكول و ملبوس و قضاء حاجه و زياره مؤمن و نحو ذلك ممّا جرت العاده بالخروج له لسكان المدرسه و الزباط و بالجملة لا يبطل حقه بالخروج المتعارف الذي

ص: ٦٨٠

لا يطول مدته مط و لو لم يكن رحله باقيا و قد صرح بذلك في لك و ضه و هو ظ اطلاق يع و عد و اللمعه لأصاله بقاء الحقّ المعتضده بالاعتبار و ظهور عدم الخلاف فيه و بالسّيره فت و حيث خرج فلا- يلزمه ح ان يخلف احدا مكانه كما في لك و الكفايه و هو ظ غيرهما و يدلّ عليه الاصل

### الثاني اذا خرج مع قصد العود اليهما و عدم الاعراض عن السكنى فيهما

و طال خروجه بحيث لا يصدق معه اسم السكنى فيهما كما اذا سافر و طال سفره سنه فهل يبطل حقه مط و لو كان رحله باقيا او لا- مط و لو لم يكن رحله باقيا او يبطل حقه اذا لم يكن رحله باقيا و لا يبطل اذا كان باقيا اوجه و الاقرب عندي هو الاول كان مقتضى اطلاق عقد الوقف جواز تصرف كل مستحقّ في جميع الاحوال خرج منه بعض الصّور و هو ما اشرنا اليه سابقا و لا دليل على خروج محل البحث فيكون مندرجا تحت الاطلاق فيجوز لبعض المستحقين المتصرفين بما اتّصف به المتصرف في ذلك المحلّ السكني فيه و هو يستلزم بطلان حقّ هذا الغائب و نحوه لا يقال خرج غيره عن الإطلاق بثبوت الاولويّه لهذا الغائب و نحوه فلا- يشمله ح لأننا نقول لا- نسلم أنه خرج مط بل في حاله خاصه و هو غير موجوده في محلّ الفرض و لا يقال اصاله بقاء الحقّ تدفع ما ذكر لأننا نقول الاستصحاب لا يعارض اطلاق اللفظ على أنه قد يق لو كانت الاولويه ثابتة للزم تعطيل الوقف و هو بط لأن الظاهر من تتبع سيره الشرع عدم جواز تعطيله و مع هذا فقد يق أنه ح لا يشمله اطلاق العقد لأنه ينصرف الى غيره فتدبر

### الثالث اذا فارقهما و قصد الاعراض عنهما لغير عذر

فصرح في اللمعه و ضه و لك كما عن الاكثر بأنه يبطل حقه اذا لم يكن رحله باقيا و لو قصرت مدّه المفارقة و هو جيّد لما تقدّم اليه الاشاره من العموم و لأنه اسقط حقه فيسقط لأنّ حق الخيار اذا كان يسقط بالاسقاط فهذا اولي بان يسقط فت و صرح في اللمعه و لك أيضا بأنه يبطل حقه اذا كان رحله باقيا مط و كذا صرح به في ضه أيضا قائلا لصدق المفارقة و خلو المكان لاستحقاق غيره اشتغاله و ما ذكره من الحكم جيّد

## الزباغ اذا فارقهما و قصد الاعراض عنهما لعذر

فحكى فى لك عن ظ الا-كثر انه يبطل حقه بالمفارقة مط و صرح فى كره بائه اذا فارق اياما قليله فهو احق و فى لك بائه اذا فارق اياما قليله و كان رحله باقيا او لم يخرج عن الاقامه كان احق و الا فلا و فى س بان الامر يرجع الى الناظر و الاقرب عندى هو الاوّل نعم يرجع الى الناظر فى بعض الصور كما اذا فوّض اليه ترجيح احد المتخاصمين لا مط و ليس هذا من محلّ الخلاف

## كتاب مناهل الموارث

### منهل اذا ماتت الزوجه الدائمية فى حيوة زوجها الباقي زوجته ورثها زوجها

#### اشاره

من جميع ما تركته مميّا تملكه من ارض و دار و عقار و درهم و دينار و نخيل و اشجار و زروع و ثمار و حلى و اثار و اثاث البيت و الدار و غير ذلك من الاعيان و المنافع و لا يكون محروما من شىء من ذلك بل يأخذ سهمه المقرر له فى الشريعه كسائر الوراثة و قد صرح بذلك فى النافع و عد و التبصره و الايضاح و الجامع و غايه المراد و التنقيح و ضه و الرياض و لهم وجوه منها ظ قوله تعالى فى سوره النساء وَ لَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمْ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَنَّ وَ نَبه على ما ذكر فى الرياض بقوله فى مقام الاحتجاج على الحكم المذكور للعمومات من الكتاب و السننه مع اختصاص الأدله المخصصه لها من النصوص المستفيضة بل المتواتره و الاجماعات المحكيه حد الاستفاضه بالزوجه مضافا الى بعض النصوص و منها خبر الفضل بن عبد الملك و ابن ابى يعفور عن الصادق ع قال سألته عن الرجل هل يرث من دار امراته او ارضها من التربه شيئا او يكون فى ذلك بمنزله المرأه فلا- ترث من ذلك قال يرثها و ترثه من كل شىء تركت و تركت و قد وصف هذه الزوايه بالصيحه فى لك و الكفايه و مجمع الفائده و يؤيدها جمله من الاخبار الوارده فى بيان سهام الزوجين من التركة كصحيحه محمّد بن مسلم و مرسله ابى المغراء و روايه ابى عمر العبدى و منها انه صرح فى الايضاح و التنقيح و بعض شروح الارشاد و الرياض بدعوى الاجماع على ذلك قائلين اجمع المسلمون على ان الزوج يرث من جميع تركه الزوجه مط و

#### ينبغى التنبيه على امرين

### الاوّل لا فرق بين ان يكون الزوجه المتوفاه ذات ولد من الزوج او من غيره

كما صرح به فى التنقيح و كذا صرح به فى الرياض قائلين يرث الزوج من جميع ما تركته المرأه التى توفت و هى فى حبالته مط ذا ولد منها كان أم لا باجماع المسلمين كافة كما فى الايضاح و التنقيح و يعضد ما ذكره ظهور الاتفاق عليه

### الثانى لا فرق فى ذلك أيضا بين ان يكون الزوج دخل بها او لا

كما صرح به فى القواعد و هو ظ غيره من الكتب المتقدمه بل الظاهر انه ممّا لا خلاف فيه

### منهل اذا مات الزوج و كانت الزوجه الدائمية وارثه و غير مطلقه و لم يكن لها منه ولد مط

فهل تستحق سهمها المقرر لها في الشريعة من جميع ما تركه الزوج من الأموال المتقدّمة اليها الإشارة كالزوج او لا بل يكون ممنوعه من بعض تركه الزوج و غير مستحقه له اختلف الاصحاب في ذلك على قولين الاول انها لا تستحق من جميع امواله بل تكون محرومه من بعضها و هو للانتصار و النهايه و السّرائر و فع و يع و عد و الارشاد و التح و التبصره و لف و الايضاح و غايه المراد و اللمعه و الدروس و الجامع و التنقيح و كنز العرفان و ضه و لك و الرياض و المحكى في جمله من الكتب عن المفيد و الشّيخ في صا و الحلبي و في لف عن الصدوق و الشّيخ في يب و ابن البرّاج و ابن حمزه و في لك عن تلميذ المحقق شارح النّافع و في الرّياض عن الكليني و ابن زهره و كثير من الاصحاب و صرّح في عد و التح و غايه المراد و لك و الكفايه بأنّه المشهور بين علماءنا و في الايضاح بأنّه الأشهر قائلًا و الرّوايات عليه اكثر و هو في المذهب اظهر الثّاني أنّها تستحق سهمها من جميع امواله و لا تكون محرومه من شىء و هو للمحكي في لف و التنقيح و لك عن الاسكافي و ربما يظهر من مجمع الفائده و الكفايه المصير اليه للأوليين وجوه منها أنّه تبّه في الانتصار على دعوى الإجماع على ما صاروا اليه قائلًا و ممّا انفردت به الاماميّه أنّ الزوجه لا ترث من رباغ المتوفى شيئًا بل تعطى بقيمته حقّها من البناء و الالات دون قيمه الغراض و خالف باقى الفقهاء في ذلك و لم يفرّقوا بين الرّباغ و غيرها في تعلق حقّ الرّوجات و يعضد ما ذكره أوّلا قول السّرائر و الاجماع على أنّها لا ترث من نفس تربه الرّباغ و المنازل شيئًا سواء كان لها من الزوج ولد او لم يكن و روى ذلك اصحابنا و اجمعوا عليه و لأننا لو خيلنا و ظ القران و رثناها من جميع ذلك و أنّما عدلنا في الرّباغ و المنازل بالادلّه و هو اجماعنا و تواتر اخبارنا و ثانيا قول غايه المراد أنّ اهل البيت ع اجمعوا على حرمان الزوجه من شىء ما و لم يخالف في هذه من علماء الاماميّه ألا ابن الجنيد و قد سبقه

ص: ٦٨١

الاجماع و تاخّر عنه و ثالثا قول لك قد وقع الاتّفاق بين علماءنا ألا ابن الجنيد على حرمان الزوجه في الجملة من شىء من اعيان التّركه و هو المشهور بينهم و رابعا قول الرّياض المرأه ترث الزوج من جميع ما تركه عدا العقار فلا ترث عينا و خلاف الاسكافي بارثها منه أيضا شاذ مسبوق بالاجماع و ملحق به كما في نكت الارشاد و ح يع للصيمرى و غيرهما و في صريح الانتصار و السّرائر و لك و غيرها من كتب الجماعه و ظ الفقيه أنّ الحكم بذلك من متفردات الاماميّه و خامسا الشهره المحكيه في كلام جماعه و هى محققه عندنا بحيث يمكن معها دعوى شذوذ المخالف و منها أنّ الاصل عدم الانتقال اليها من جميع التّركه و هو ان كان معارضا بالمثل و هو اصاله عدم الانتقال الى ساير الورثه ألا أنّه اولى بالترجيح لاعتضاده بما تقدّم اليه الاشاره و بما سيأتى إن شاء الله تعالى و منها خبر زراره و بكير و فضيل و بريد و محمّد بن مسلم عن الباقر و الصادق ع أنّ المرأه لا ترث من تركه زوجها من تربه دار و ارض ألا ان يقوم الطوب و الخشب قيمه فتعطى ربعها او ثمنها ان كان من قيمه الطوب و الجذوع و الخشب و قد وصف هذه الروايه بالصّححه في الايضاح و غايه المراد و الرياض و بالحسن في لف و التنقيح و لك و مجمع الفائده و الكفايه و علّله فيها بوجود ابراهيم بن هاشم في السّيند لا يق لا دلالة لهذه الروايه على المدعى كما تبّه عليه في الكفايه قائلًا قوله ع لا ترث يحتمل ان يكون نهيا تنزيهيا او خبرا في معناه يكون المقصود أنّ الرّاجح و الاولى ان لا تاخذ المرأه الميراث من الدّار لأنّ المرأه ليس لها حقّ و هذا الاحتمال غير بعيد خصوصا في مقام الجمع لأننا نقول هذا الاحتمال فاسد اما أوّلا فلاّنه أنّما يتّجه على تقدير منع دلالة الجملة الخبريه المستعمله في الانشاء على اللزوم كما ذهب اليه بعض اصحابنا و على تقدير منع ظهور النهى في اخبار الأئمّه ع في الحرمة بناء على شيوع استعماله في الكراهه بحيث صارت من المجازات الراجحه المساوى احتمالها لاحتمال الحقيقيه كما ذهب اليه في المعالم وفاقا لبعض الأصحاب لكنّهما خلافا للتّحقيق بل المعتمد أنّ الجملة الخبريه



المستعمله فى الانشاء تفيد اللزوم كصيغه لا تفعل بل ربما كانت هى اظهر دلالة من هذه الصيغه و كك المعتمد ان النهى فى اخبار الائمه ع تفيد الحرمة كالوارد فى الكتاب والسنة و قد حققنا الامرين فى المفاتيح و سائر كتبنا الاصوليه و اما ثانيا فلان الحمل على ما ذكره من اولويه ترك الاخذ و كراهته لا قائل به على الظاهر فلا يجوز المصير اليه فت و اما ثالثا فلان الحمل على الكراهه مستلزم لتخصيص الزوجه بمن يمكن توجهها اليه فيلزم خروج المجنونه و الصيغيره من العموم و هو خلاف الاصل و لا كك لو حمل النهى على الحكم الوضعى و هو عدم الاستحقاق فانه يصح شموله للمجنونه و الصيغيره فان الاحكام الوضعيه لا يلزم اشتراطها بما هو شرط فى الاحكام الخمسه التكليفيه من العقل و العلم و البلوغ و القدره و قد حققنا ذلك فى الاصول و هو مما لا ريب فيه و لا شبهه يعتريه و منها ما ذكره فى الكفايه قائلا روى الشيخ فى الصحيح و الموثق عن ابى جعفر ان المرأه لا تترث مما ترك زوجها من القرى و الدور و السلاح و الدواب و ترث من المال و الفراش و الثياب و متاع البيت و يقوم البعض و الابواب و الجذوع و القصب فيعطى حقها منه و قد صرح أيضا بصحة هذه الروايه فى لف و غايه المراد و س و لك و مجمع الفائده و هى لزاره لا يق هذه الروايه لا يجوز الاستناد اليها فى اثبات المدعى لاشتمالها على ما لا يقول به احد من الاصحاب كما صرح به فى الكفايه قائلا- اما هذا الخبر فيشمل على ما لا اعرف به قائلا من الاصحاب من حرمان الزوجه من السلاح و الدواب فالوجه فى التوفيق بينه و بين ما يعارضه ان يحمل على ان الاولى بالنسبه اليها ذلك و يعضد ما ذكره قول مجمع الفائده هذا مشتمله على ما لا نجد به قائلا من منعها من السلاح و الدواب و حملهما عن كونهما موصا بهما لأحد او من الجبوه بعيد و لا اسقاطهما بالإجماع و بالجملة الاستدلال بها لا يخ عن شىء فت لأننا نقول ذلك باطل لأن الاصل فى الروايه الجامعه لشرائط الحجية كالصحيحه

المذكوره الحجية و مجرد عدم امكان العمل ببعض اجزائها لا- يوجب الخروج عن الحجية بالمره كما ان تخصيص العام لا يوجب خروجه عن الحجية بالمره و قد تبه على ما ذكرناه فى الرياض قائلا و لا يقدر فى حجية الخبر المذكور تضمنه ما لا يقول به احد من السلاح و الدواب لأن طرح بعض الخبر لمعارض اقوى او صدقه لا يوجب طرح ما لا معارض فيه كما مر مرارا و ربما يؤل ذلك بأنهما من الجبوه او موهوبه او نحوهما مما لا تترث الزوجه و لا غيرها نعم ذلك نقص فى مقام التعارض اذا كان المعارض موجودا و لا وجود له هنا سوى العمومات المتفق على تخصيصها و لو فى الجملة كثيرا و هو نقص أيضا فيساوى التقصان و الخاص مقدم و منها خبر محمد بن مسلم عن الباقر قال النساء لا ترثن من الارض و لا من العقار و قد وصف هذه الروايه بالصحة فى لف و لك و لكن ناقش فيه فى مجمع الفائده قائلا و فى سندها فى كا محمد بن عيسى عن يونس عن محمد بن حمران المشترك و فى يب و الاستبصار مقطوع عن يونس بن عبد الرحمن عن محمد بن حمران و لكن قالوا الطريق اليه صحيح و ح لا يكون طريقهما طريق كا الا ان فيه محمد بن حمران المشترك و لهم كلام فى يونس ففى تسميتها بالصحيح كما فعله فى المخ و غيره محل تأمل و منها ما تبه عليه فى الكفايه أيضا بقوله روى الصدوق فى الفقيه عن الاحول فى الصحيح عن ابى عبد الله ع قال سمعته يقول لا يرثن النساء من العقار شيئا و لهن قيمه البناء و الشجر و النخل يعنى بالبناء الدور و أما عنى من النساء الزوجه و قد وصف هذه الروايه فى مجمع الفائده بالصحة أيضا و منها ما اشار اليه فى الكفايه أيضا قائلا روى الكلينى عن زراره و محمد بن مسلم فى الحسن بابراهيم عن ابى عبد الله ع قال لا- تترث النساء من عقار الدور شيئا و لكن يقوم البناء و الطوب و يعطى ثمنها او ربعها قال و أما ذلك لثلا يتزوجن فيفسدن على اهل الموارث و موارثهم و قد وصف هذه الروايه فى مجمع الفائده بالحسن أيضا و منها ما اومى اليه فى الكفايه أيضا بقوله روى الصدوق فى الصحيح الى ابان الاحمر عن ميسر و هو مشترك بين الثقة و غيره عن ابى عبد الله ع قال سألت عن النساء ما لهن فى الميراث فقال لهن قيمه الطوب و البناء و القصب و

الخشب فأمّا الارض و العقارات فلا- ميراث لهن فيه قال قلت فالثياب قال الثياب لهنّ الحديث و تبّه في مجمع الفائده على المناقشه قائلا- و فى السّند على بن الحكم و ان كان الظاهر أنّه الثّقه و حال ميسر غير معلوم فان كان ابن عبد العزيز فالظاهر أنّه ممدوح فى الفقيه فت و منها ما ذكره فى الكفايه أيضا قائلا روى الكليني فى الحسن براهيم عن زراره و محمّد بن مسلم عن ابى جعفر قال لا ترث النساء من عقار الارض شيئا و قد وصف هذه الروايه فى الايضاح بالصّحه و فى مجمع الفائده بالحسن و منها

ص: ٦٨٢

ما تبّه عليه فى الكفايه أيضا بقوله روى الشّيخ عن محمّد بن مسلم فى الضّعيف قال قال ابو عبد الله ع ترث المرأه الطوب و لا ترث من الرباع شيئا قال قلت كيف ترث من الفرع و لا ترث من الرباع شيئا فقال لى ليس فيهم نسب ترث به و أنّما هى دخيل عليهم و ترث من الفرع و لا ترث من الاصل و لا يدخل عليهم داخل بسببها و تبّه على صحّحه هذه الروايه فى مجمع الفائده بقوله هذه الروايه كأنّها صحيحه فى كا و ان لم يكن كك فى يب و صا و منها ما اومى اليه فى الكفايه أيضا قائلا روى الشّيخ فى الضّعيف عن حماد بن عثمان عن ابى عبد الله ع قال أنّما جعل للمرأه قيمه الخشب و الطوب لئلا يتزوجن فيدخل عليهم من يفسد موارثهم و منها ما ذكره فى الكفايه أيضا قائلا روى الشّيخ عن يزيد الصّائغ فى الضّعيف قال سمعت ابا جعفر يقول أنّ النساء لا- يرثن من رباغ الارض شيئا و لكن لهنّ قيمه الطوب و الخشب قال قلت له انّ الناس لا يأخذون بهذا فقال اذا ولينا ضربناهم بالسّوط فان انتهوا و الا ضربناهم بالسّيف و رواه الكليني عن يزيد الصّائغ باسناد آخر ضعيف و عنه باسناد آخر فى الضّعيف و منها ما تبّه عليه فى الكفايه أيضا قائلا روى الشّيخ عن عبد الملك بن اعين فى الضّعيف عن احدهما ع قال ليس للنساء من الدّور و العقار شيئا و منها ما اشار اليه فى الكفايه أيضا بقوله روى الشّيخ عن محمّد بن مسلم و زراره فى الضّعيف عن ابى جعفر انّ النساء لا يرثن من الدّور و لا من الصّباغ شيئا الا ان يكون احدث بناء فيرثن ذلك البناء و منها ما اومى اليه فى الكفايه أيضا قائلا كتب الرضا ع الى محمّد بن سنان فيما كتب فى جواب مسائله عله المرأه أنّها لا ترث من العقار شيئا الا قيمه الطوب و النقض لأنّ العقار لا يمكن تغييره و قلبه و المرأه قد يجوز ان ينقطع بينها و بينه من العصمه و يجوز تغييرها و تبديلها و ليس الولد او الوالد كك لأنّه لا يمكن التفصّى منهما الحديث و منها ما ذكره فى الكفايه أيضا قائلا روى الشّيخ عن موسى بن بكر الواسطى قال قلت لزراره ان بكيرا حدثنى عن ابى جعفر أنّ النساء لا- ترث من ترابه دار و لا- ارض ألما ان يقوم البناء و الجذوع و الخشب فيعطى نصيبها من قيمه البناء و أمّا التربه فلا- يعطى شيئا من الارض و لا ترابه و قال زراره و هذا لا شكّ فيه و منها ما رواه فى الوسائل عن بصائر الدّرجات باسناده عن عبد الملك قال دعا ابو جعفر بكتاب على ع فجاى به جعفر مثل فخذ الرّجل مطويا فاذا فيه أنّ النساء ليس لهن من عقار الرّجل اذا توفى عنهن شىء فقال ابو جعفر هذا و الله خطّ على ع بيده و املاء رسول الله ص و للآخرين العمومات الداله على أنّ الزّوجه تستحقّ سهمها من جميع ما تركه زوجها من الاموال من الكتاب و السّينه و من ذلك قوله تعالى وَ لهنّ الرّبّع ممّا تركتُم إنّ لم يكن لكم و لعدّ فإن كان لكم و لعدّ فلهنّ الثّمّن ممّا تركتُم و من ذلك أيضا خبر الفضل بن عبد الملك المتقدّم اليه الإشاره فى المسأله و قد يجاب عن هذه العمومات بأنّها مخصّصه بادلّه القول الأوّل فهو المعتمد

**منهل اذا مات الزوج و كانت الزوجه وارثه و باقيه غير مطلقه و كان لها من هذا الزوج المتوفى ولد**

فهل ح تستحق سهمها و هو الثمن من جميع ما تركه زوجها المتوفى من الاموال و لا يكون محجوبه من شىء منها كولدها الوارث له او لا بل تكون محجوبه من بعضها كما اذا لم يكن لها منه ولد اصلا اختلف الاصحاب فى ذلك على قولين احدهما انه تكون ح محجوبه عن بعض التركة و لا- تستحق جميعها كما اذا لم يكن لها ولد منه و هو لصريح السيرائر و الرياض و ظ الانتصار و فع و المحكى فى لف و غايه المراد و س و التنقيح عن المفيد و الحلبي و زاد فى الثالثه الاول فاستظهره من الشيخ فى الاستبصار و كذا حكاه فى لك عنه قائلا و ذهب جماعه منهم المفيد و المرتضى و الشيخ فى صا و ابو الصلاح و ابن ادريس و المصنف فى النافع و تلميذه الشارح بل ادعى ابن ادريس عليه الاجماع الى ان هذا المنع فى كل زوجة سواء كان لها ولد من الميت أم لا بل صرح فى الرياض انه مذهب كثير من الاصحاب قائلا عدم الفرق فى الزوجه بين كونها ذات ولد من زوجها أم لا هو الاقوى وفاقا لكثير من اصحابنا كالكلينى و المفيد و الشيخ و الحلبي و ابن زهره ظاهرا و الحلبي و جماعه من المتأخرين صريحا و فى السيرائر و عن الخلاف الاجماع عليه و هو الحجه و يمكن استفاده هذا القول من الكفايه أيضا و ثانيهما انها لا تكون محجوبه عن شىء من التركة بل تستحق سهمها من جميعها كولدها و هو للنهيه و يع و د و القواعد و التحرير و التبصره و لف و للمعه و غايه المراد و التنقيح و كثر العرفان و الجامع و ضه و المحكى فى لف و غايه المراد و التنقيح عن ابن البراج و ابن حمزه و فى الدروس و التنقيح عن الصدوق و صرح فى س بانه قول الشيخ و اتباعه و استظهره فى لف من الفقيه و الشيخ فى يب و هو ظ الايضاح و بعض المعاصرين له من شراح الارشاد و مال اليه فى لك قائلا لا باس بهذا القول و ان كان القول بالتسويه بين الزوجات قويا مثبتا ثم صرح باشتهار ما نفى البأس عنه قائلا المشهور خصوصا بين المتأخرين و به صرح المصنف اختصاص الحرمان بغير ذات الولد من الزوج و يعضد ما ادعاه هنا من الشهره اولا قوله فى ضه الزوجه ان كانت ذات ولد من الزوج ورثت من جميع ما تركه كغيرها على المشهور خصوصا بين المتأخرين و ثانيا قول الكفايه فى مقام لا يخفى ان الفرق بين ذات الولد من الزوج و غيرها فى حرمان الثانيه دون الاولى كما هو المشهور بين المتأخرين ليس له وجه وجيه و فى مقام اخر المشهور خصوصا بين المتأخرين اختصاص الحرمان بغير ذات الولد من الزوج و ثالثا قول مجمع الفائده ذهب الصيّدوق فى يه و اكثر المتأخرين الى ان الزوجه الوارثه الممنوعه التي لا- ترث من كل ما تركه زوجها الزوجه التي لا- ولد لها من الزوج الميت و رابعا قول الرياض ذهب الى ذلك الصيّدوق و اكثر المتأخرين للأولين وجوه منها اصاله عدم استحقاق ذات الولد من جميع تركه زوجها المتوفى فت و منها ان الاستفادة ممّا حكيناه من الانتصار فى المسأله السابقه دعوى الاجماع هنا على ما صاروا اليه و يعضدها أولا انه حكى عن الخلاف دعوى الاجماع عليه أيضا و ثانيا انه حكى فى لك و الكفايه عن ابن ادريس دعوى الاجماع عليه أيضا و لعلهما اشارا الى ما نبه عليه فى السيرائر بقوله اذا كان لها منه ولد اعطيت سهمها من نفس جميع ذلك على قول بعض اصحابنا و هو اختيار محمد بن على بن الحسين بن بابويه تمسكا منه بروايه شاذه و خير واحد لا توجب علما و لا عملا و الى هذا القول يذهب شيخنا ابو جعفر فى نهايته ألما انه رجح عنه فى صا و هو الذى يقوى عندى اعنى ما اختاره فى صا لأن التخصيص يحتاج الى ادله قويه و احكام شرعيه و الاجماع على انها لا ترث من نفس تربه الزباع و المنازل

ص: ٦٨٣

شيئا سواء كان لها من الزوج ولد او لم يكن و هو ظ قول شيخنا المفيد فى المقنعه و السيد فى انتصاره لا- يق هذا الاجماع موهون بمصير معظم المتأخرين الى خلافه لأننا نقول لا نسلم ذلك و ان صرح جماعه باشتهاره خصوصا بين المتأخرين لأننا لم نجد قائلا به من الأصحاب القدماء الا جماعه تقدم اليهم الاشاره و قد عرفت رجوع بعضهم عن ذلك و اما المتأخرون فلم اعثر

على قائل به ألا جماعه تقدّم اليهم الإشاره و بهم لا يتحقق الشهره سلمنا و لكن هذه الشهره معارضه باشتها ما صار اليه الاؤلون بين المتقدمين على الظاهر و هذه الشهره اولى من الشهره المتأخره لبعدها عن زمن اهل العصمه ع و لئن تنزلنا فلا أقل من التساوى فيبقى الاجماع المذكوره سليمه عن الموهن و بالجمله المناقشه فيها بما ذكر في غايه الضعف خصوصا اذا كان مدعى بعضها من لا يعول فى الفروع الا على القطع و اليقين و لا يجوز تخصيص الكتاب بخبر الواحد فت و لا يق يعارضها ما نبه عليه السيورى فى كثر العرفان من دعوى الاجماع على القول الثانى قائلا ان كانت الزوجه ذات ولد من الميت ورثت من جميع ما تركه دون غير ذات الولد و هذا تخصيص انفردت به الاماميه لما دلت رواياتهم عن ائمتهم لأننا نقول ما ذكره لا يصلح للمعارضه اما اولاً فلقوه احتمال كون المراد مما نسبه الى الإماميه حرمان الزوجه فى الجمله دون التفصيل بين ذات الولد و غيرها لأن الاؤل من متفردات الإماميه و ممّا دلّ عليه رواياتهم عن ائمتهم ع دون الثانى كما لا يخفى و امّا ثانياً فلأنّ خبر الواحد لا يصلح لمعارضه اخبار جماعه و امّا ثالثاً فلأنّ عباره السيورى ليس فيها التصريح بدعوى الاجماع بل غايتها الظهور فيها بخلاف المعارض لها كما لا يخفى فيكون اولى بالترجيح و اما رابعاً فلظهور ان نقل السيد او الشيخ او الحلى اولى من نقل السيورى لأنّ الوثوق باولئك اشدّ لقرب عهدهم من المعصومين ص و تمكّنهم ممّا لا يتمكن منه السيورى و براعتهم فى الفن بالنسبه اليه كما لا يخفى و منها انّ ذات الولد و غير ذات الولد من الأزواج يشتركان فى اكثر احكام الزوجيه فيجب الحاق الشك بالغالب عملاً بالاستقراء الا ان يمنع من حجتيه فى الفروع و هو غير وجيه بناء على المختار من اصاله حجيه الظن فيها و منها انّ التفرقه بين ذات الولد و غيرها باستحقاق الاولى من جميع التركه دون الثانى يفضى الى مفسده عظيمه غالباً كالتشاجر و التحاسد و غير ذلك حيث يكون الزوج المتوفى جامعاً بينهما فى حياته و ذلك بعيد من عاده الشرع فت و منها عمومات الأخبار الداله على انّ الزوجه لا تستحقّ من جميع تركه زوجها و تكون محجوبه من بعضها و قد تقدّم اليه الإشاره فى المسأله السابقه و لا يمكن القدح فى سندها لما عرفت من انّ اكثرها معتبر السند بالصيحه و الحسن و الموثقيه مضافاً الى أنّها بلغت فى الكثره الى حدّ يمكن تواترها معنى و لئن تنزلنا فلا أقلّ من الظنّ بصدقها فى الجمله باعتبار هذه الكثره و هى معتضده اولاً بالشهره القديمه و ثانياً بالموافقه لفتاوى جماعه من المتقدمين الذين لا يجوزون العمل بخبر الواحد فى المسائل الفقهيّه و لا يمكن حمل النهى فيها على الكراهه و لا على الرّجحان المطلق و لا على الكراهه بالنسبه الى خصوص ذات الولد و التّحريم بالنسبه الى غيرها و لا تخصيص عمومها بغير ذات الولد اما الاؤل فلأنّ النهى موضوع للتّحريم لغه و عرفاً و شرعاً فالاصل وجوب حمله عليه مط و اما ما ادّعا جماعه من متأخر متأخرى اصحابنا من انّ النهى فى اخبار الأئمّه فى الكراهه بحيث صارت من المجازات الرّاجحه المساوى احتمالها لاحتمال الحقيقه فهو ضعيف جدّاً كما بيّناه فى المفاتيح و سائر كتبنا الاصوليه و قد تقدّم الإشاره الى هذا فيما سبق و فى مواضع عديده من كتابنا هذا مضافاً الى ظهور اتفاق الاصحاب على فهم المنع من التّواهى المذكوره فى الاخبار المسطوره و يعضده اولاً تصريح بعض تلك الاخبار بانّ النساء ليس لهنّ كذا و لا ميراث لهنّ فى الارض و العقار و ثانياً اشتها التّحريم بين قدماء الاصحاب و ثالثاً تعليل جملته من تلك الأخبار المنع من استحقاقهن من بعض التّركه بعله توافق التّحريم و المنع الإلزامى لا الكراهه و المنع على جهه الأولويه كما لا يخفى و بالجمله لو كان المنع فى الاخبار المذكوره على جهه الأولويه لما كان عدم استحقاق الزوجه التّى لا ولد لها من الزوج المتوفى من جميع تركته مستفاداً من الاخبار و لا من

مدلولاتها و هو باطل جدّاً و خلاف ما يستفاد من محقّقى اصحابنا فت و اما الثانى فلما دل على عدم جواز الحمل على الكراهه بل هذا اولى بالمنع لأنه ابعد المجازات بالنسبه اليها كما لا يخفى و اما الثالث فلما دل على عدم جواز استعمال اللفظ الواحد فى اطلاق واحد فى حقيقه و مجازه و قد ذهب كثير من الأصوليين الى عدم جوازه و لو سلم جوازه فلا ريب فى كونه ابعد وجوه

التأويل فلا يصار إليه الا بعد قيام قرينه تفيد العلم به او الظن المتأخّر له به هي منتفیه هنا جدا و اما الزّابع فلاصله عدم التخصيص مضافا الى استلزامه حمل الاطلاقات و عموما تلك الاخبار على الفرد النّادر اذ الأغلب في المتوفى عنها زوجها و وجود اولاد لها منه و ذلك في غايه البعد كما لا- يخفى و للآخرين وجوه أيضا منها ما تمسك به في لف قائلا الوجه ما قاله الصّيدوق لنا عموم القرآن خرج عنه ما ورد من الاشياء المعينه فيبقى الباقي و اشار بما ذكره من عموم القرآن الى قوله تعالى وَ لَهُنَّ الرُّبُوعُ مِمَّا تَرَكَتُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمْنُ مِمَّا تَرَكَتُمْ و يعضد ما ذكره اولا قول التنقيح التخصيص حسن لكونه لتخصيص القرآن و ثانيا قول غايه المراد يمكن ان يقظ الكتاب ارث الزوجه مط فيثبت الّا في موضع الاتفاق و هو الأصحّ و ثالثا قول الروضه أنّ في الفرق تقريبا لتخصيص آيه ارث الزوجه مع وقوع الشبهه بما ذكر في عموم الاخبار فلعله اولى من تخصيص الاخبار مضافا الى ذهاب الاكثر اليه و رابعا قول لك و ربما يرجح التفضيل من حيث أنّ فيه تقريبا لتخصيص الآيه و ظهور الشبهه في عموم هذه الأخبار بواسطة هذه الروايه و روايه ابن ابي يعفور الدّاله على ارثها من كل شىء كالزوج بحملها على ذات الولد جمعا و لا- أقل من انقذاح الشبهه في العموم للزوجات المانع من حمل الآيه على عمومها مضافا الى ذهاب جماعه من اجلاء المتقدّمين كالصّيدوق و الشيخ في يب و جمله من المتأخرين اليه و ذهب جماعه من المتأخرين الى أنّ مثل هذه الاخبار لا تخصّص القرآن مط فلا- أقل من وقوع الشبهه في التخصيص و فيما ذكره نظر و التحقيق أنّ التمسك بالآيه الشريفه أنّما يتجه على تقدير عدم جواز

ص: ٦٨٤

تخصيص عام القرآن بخبر الواحد مط و لو كان معتبر السّند و متعدّدا و اما على تقدير الجواز كما هو التحقيق و عليه المعظم فلا اذ الأخبار المتقدمه الدّاله على حرمان الزوجه و ان كانت عامّه شامله لذات الولد و غيرها و لكنها بالنّسبه الى الآيه الشريفه اخصّ مط فيجب تخصيصها بها و تطرق الشبهه لا يقدر في ذلك على أنّه قد يدعى تواتر الاخبار المذكوره لكثرتها و ربما يؤيد ذلك مصير جماعه ممّن لا يجوز العمل بخبر الواحد و لا تخصيص القرآن به الى عدم الفرق في حرمان الزوجه من بعض التّركه بين ذات الولد و غيرها اذ الظاهر أنّه لا حجه لهم في ذلك سوى الاخبار المتقدمه فيظهر منهم اعتقادهم تواترها او احتفافها بالقرائن القطعيه و على اى تقدير يخرج عن الآحاد و تدخل في القطعيات الّتي تصلح لتخصيص القرآن قطعا و اتّفاقا و احتمال خطاهم في ذلك بعيد جدّا فت و قد نبه في الرّياض على لزوم تخصيص الآيه المذكوره بتلك الاخبار بقوله للزوم التخصيص و ان كثر بعد قيام الدّليل عليه و لو من الاطلاق او العموم فأنّه فرد من افراد الخاصّ و هو بالاضافه الى اصل العمومات خاص فيقدم عليها لا يقال لا نسلم أنّ التعارض بين الآيه الشريفه و الاخبار المذكوره من قبيل تعارض العمومين من وجه لأنّ الآيه الشريفه و ان كانت عامّه من جهه اطلاق لفظى الربع و الثمن الشاملين لما هو من مجموع المال المتروك بعد الوفاه و لما هو ممّا يستحقّه جميع الورّاث حتى الزوجات الّا أنّها مخصوصه بغير ذات الولد لما سيأتى من الادله الدّاله على خروجها من الآيه الشريفه و على حرمانها ممّا تركه زوجها في الجمله بخلاف الاخبار المذكوره فأنّها و ان عمّت ذات الولد و غيرها و لكنّها مخصوصه ببعض التّركه و لا اشكال في ترجيح الآيه الشريفه فيتعيّن المصير الى القول الثّانى الذى هو المشهور بين المتأخرين لأنّنا نقول لا نسلم أنّ الترجيح مع عموم الآيه الشريفه بل ينبغي ترجيح عموم الاخبار المذكوره اما اولا فلأنّها المخصصه لعموم الآيه الشريفه بغير ذات الولد فاذا كانت صالحه لهذا التخصيص كانت صالحه أيضا لتخصيص ذات الولد من غير فرق و عمومها بالنّسبه الى الزوجتين لا- يقدر في ذلك فان العام اذا كان اخصّ مط من العام الذى هو اعتمك كان بمنزله الخاصّ الذى ليس فيه جهه

عموم اصلا فت و اما ثانيا فللدوران الامر في هذا التعارض بين ارتكاب اصل التخصيص و هو تخصيص الاخبار المذكوره بغير ذات الولد و ارتكاب تخصيص ازيد و هو تخصيص الآيه بغير ما دلت الأخبار المذكوره على عدم استحقاق الزوجه منه و من الظاهر ان هذا اهون من الاول فت و اما ثالثا فلأن ارتكاب التخصيص في الاخبار المذكوره مستلزم لارتكاب تخصيصات عديده كثيره بحسب تعدد تلك الاخبار و كثرتها و لا- كك ارتكاب التخصيص في الآيه الشريفه فانه أقل من التخصيص في تلك الاخبار كما لا- يخفى و من الظاهر ان الاولى اختيار ما يكون محذوره أقل فت و اما رابعا فلأن ارتكاب التخصيص في الاخبار المذكوره مستلزم لتخصيص العمومات بافرادها النادره لما عرفت من ان الأغلب كون الأزواج ذات اولاد من زوجهن المتوفى و لا كك ارتكاب التخصيص في الآيه الشريفه فت و اما خمسا فلاعتضاد عموم الأخبار المذكوره بالاصل اولاً و بالشهره القديمه ثانياً و بالعلّه المذكوره في بعضها و بالإجماعات المحكيه المتقدمه اليها الإشاره و بالوجه الاعتبارى الذى بيناه سابقا و اما سادسا فلان ذات الولد و غيرها من الأزواج مشتركان في اكثر احكام الزوجيه فكذا هنا و لا يعارض هذه المرجحات سوى ما تبّه عليه فى ضه و لك و هو لا- يقاومها مع أنا نمنع من مصير الـكـثر الى الفرق بين ذات الولد و غيرها فى المحرمات من بعض تركه الزوج المتوفى و لئن تنزلنا فلا أقل من التوقف و معه لا يمكن الاحتجاج بالآيه الشريفه فيبقى الاصل و الاجماعيات المحكيه على القول الاول سليمه عن المعارض فت و يعضد ما ذكرناه قول مجمع الفائده حمل عموم الآيات على هذا التفصيل بعيد لا يمكن فهمه اذ لو خصصنا بذات الولد يبقى مع بعده جدّا حكم غيرها غير مفهوم و ان حمل على التفصيل فاراده مثل ذلك الغاز و تعميمه فت و منها عموم صحيحه الفضل بن عبد الملك و ابن ابى يعفور المتقدمه اليها الاشاره و قد يجب عنها بانه كما يمكن ارتكاب التخصيص فيها باخراج غير ذات الولد من عمومها كك يمكن تعميمها بالنسبه الى ذات الولد و غيرها و ارتكاب التخصيص فى قوله ع من كل شىء ترك باخراج بعض الاشياء

منه بل هذا اولى لأنه لا يلزم منه التخصيص فى الاخبار المتقدمه الداله على عدم الفرق بين ذات الولد و غيرها فى الحرمان و لا كك التخصيص بذات الولد اذ يلزم معه ارتكاب التخصيص احدهما فى هذه الروايه و ثانيهما فى تلك الروايات الداله على عدم الفرق بين ذات الولد و فاقدته فى الحرمان و من الظاهر ان ارتكاب تخصيص واحد اولى من ارتكاب تخصيصين خصوصا اذا كان احدهما فى اخبار كثيره و بالجمله ان الروايات الداله على عدم الفرق المذكور اخص من عموم هذه الروايه فيلزم تخصيصه بها لا- يق عموم كل شىء لم يخص بالانسبه الى الرجل فينبغى ان يكون كك بالنسبه الى المرأه أيضا لأصاله اشتراك المعطوف و المعطوف عليه فى الاحكام و لأنّ التخصيص بالنسبه الى المرأه دون الرجل مستلزم لاستعمال اللفظ فى حقيقته و مجازته فى اطلاق واحد بالاعتبارين فيتعين التخصيص بذات الولد لأننا نقول نمنع من الوجهين المذكورين مع ان الاخير لازم على اى تقدير اذ الرجل يرث من كلّما تركته زوجته و لا كك الزوجه فانها لا ترث من الحبهه فت على انّ ظ هذه الروايه موافق لمذهب العامه على ما حكى و لذا حملة الشيخ فيما حكى عنه على التقيه و قد ورد اخبار كثيره داله على ترجيح احد المتعارضين من الاخبار اذا خالف مذهب العامه و هو هنا الاخبار الداله على عدم الفرق بين ذات الولد و فاقدته فى الحرمان فت و أيضا الظاهر من كلام الراويين الجليلين عدم الفرق بينهما فى ذلك و كون ذلك معلوما لهما كما لا يخفى و احتمال خطئهما فى ذلك فى غايه البعد كما لا يخفى و يعضد ما ذكرناه ما تبّه عليه فى مجمع الفائده بقوله و لان الروايه صريحه فى التسويه بين الرجل و المرأه مط و عدم الفرق فيبعد تخصيصها بالمرأه الواحده مع بقاء حكم الأخرى مجهولا على انّ السائل سئل عن الكلّ فتخصيصها أيضا بعيد جدّا فت و منها خبر ابن ابى عمير عن ابن اذينه فى النساء اذا كان لهنّ ولد اعطين من الرباع و قد وصفه بالصّحّه فى لك و مجمع الفائده و الكفايه و به يجمع بين الأخبار المتقدمه الداله على عدم استحقاق الزوجه من بعض تركه

ذات ولد منه و ما دلت على استحقاق الزوجه من جميع تركته مط و لو لم يكن لها ولد منه و قد يجاب عن هذه الروايه بوجوه منها ما تبه عليه فى ضه بقوله روايه ابن اذينه مقطوعه تقصر عن تخصيص تلك الاخبار الكثيره و فيها الصّحيح و الحسن و يعضد ما ذكره هنا اولاً- قوله فى لك المفصلون خصوا جميع تلك الاخبار بغير ذات الولد جمعاً بينها و بين هذه مع ما فيه من القطع حيث لم يسند الى الامام ع و لا يخفى ما فيه و ثانياً ما تبه عليه فى الكفايه بقوله مستند القائلين بالفرق بين ذات الولد من الزوج و غيرها فى حرمان الثّانيه دون الأولى هو خبر ابن اذينه و هو منقول من غير اسناد الى امام ع بتصريح او اخبار او نحو ذلك بل الظاهر أنّه كلام ابن اذينه و ليس شانه شأن ساير المرسلات و المقطوعات التى يقال انّ الظاهر ان نقل مثلها انما هو عن الامام ع و ثالثاً ما تبه عليه فى مجمع الفائده قائلاً و انت تعلم انّ العمده فى التفضيل روايه ابن اذينه و هى كما ترى مقطوعه بل ظاهراً أنّه فتواه حيث ما اسند الى احد لا- بظاهر و لا- بمضمّر بل هو قال من عند نفسه كما يقول الإنسان فتواه و ليست هى مثل ساير المقطوعات و المرسلات حتى يقال الظاهر ان نقل مثله عن الامام ع و رابعاً قول الرياض و المقطوع و لا حجّه فيه بعد القطع و ليس مثل الارسال لينجبر ضعفه بالشهره و نحوها كما صرح به جماعه لا يقال الظاهر ان ابن اذينه اعتمد فيما قاله على قول امام كما يقال فى مقطوعه زراره و نحوه من الرواه الاجلّه اذ لا فرق بينهم و بين ابن اذينه فى الجلاله و ما تبه عليه فى لك و غيره من التفرقه بين الامرين ضعيف و ربما يؤيد ما ذكرنا اولاً- روايه ابن ابي عمير ذلك القول عن ابن اذينه و ثانياً استناد معظم المتأخرين فى اختيارهم القول الثّانى الى هذه الروايه كما تبه عليه جماعه تقدّم اليهم الإشاره لأننا نقول لا نسلم ظهور ما ذكر ظهوراً يعتد به و المؤيّدان المذكوران ممنوعان خصوصاً الاخير و لمعارضته باشتهار القول الاول بين المتقدمين فت و منها ما تبه عليه فى الكفايه بقوله بعد ما حكينا عنه سابقاً و فى المتن أيضاً اذ ليس فى الاعطاء من كل المتروكات و لا- من كل ما فيه الخلاف و النزاع و لا فيه انّ الاعطاء على سبيل الاستحقاق او الوجوب او الاستحباب و ليس فيه دلالة على كون الولد من الزوج الميّت و النّساء فيه اعتم من الزوجه فيه اجمال فالتعويل عليه و العدول عن ظ الكتاب و الاخبار الكثيره لا وجه له و يعضد ما ذكره قول مجمع الفائده و انت تعلم انّ العمده فى التفضيل روايه ابن اذينه و هى كما ترى ليست بصحيحه و لا صريحه بل و لا ظاهره فى تمام المطلوب و ليست صريحه فى الزوجات أيضاً و لا فى الاعطاء من كل ما ترك و لا كل ما فيه النزاع و لا حكم فيه غير ذلك الولد من البيت فتخصيص الآيات و الأخبار بمثل هذه بعيد جداً و كأنّه لذلك ما جمع فى صا به بل ظاهراً أنّه تركها و منها انّ هذه الروايه بعد تسليم سندها و ظهور دلالتها على المدعى لا تصلح لمعارضه ادلّه القول الاول من وجوه عديده فهو الأقرب و لكن لا ينبغى ترك الاحتياط فان المسأله لا تخلو عن اشكال

### منهل على المختار من انّ الزوجه التى لا ولد لها من زوجها المتوفى لا تستحق من جميع تركته

بل يكون محجوبه عن بعضها هل تترث و تستحق مما يملكه زوجها المتوفى من الاراضى او لا يختلف الاصحاب فى ذلك على اقوال احدها أنّها لا- تستحق من الأرض شيئاً لا عينا و لا قيمه سواء كانت بياضاً او مشغوله بزراع او شجر او بناء او غيرها و هو للنّهايّه و السّيرائر و فع و يع و عد و الارشاد و التّحرير و التبصره و لف و الايضاح و الجامع و الدّروس و اللّمعه و غايه المراد و كثر العرفان و ضه و لك و الرياض و المحكى فى لف عن ابن البراج و ابي الصّيلاح و ابن حمزه و فى التّقيح عن المفيد و فى

غيرهما عن علي بن الحسين بن علي بن بابويه بل تبه في عد و التحرير و غايه المراد بدعوى الشهره على ذلك بقولهما المشهور انها لا ترث من رقبه الأرض شيئا و يعضد ما ذكره اولاً قول لك المشهور بينهم حرمانها من نفس الارض سواء كانت بياضا او مشغوله بزرع و شجر و بناء و غيرها عينا و قيمه ذهب الى ذلك الشيخ في يه و اتباعه كالقاضي و ابن حمزه و قبلهم ابو الصلاح و هو ظ مذهب المص في هذا الكتاب و العلامه في لف و عد و الشهيد في اللّمعه و س و اكثر المتأخرين و ثانيا قول الرّياض المرأه ترث الزوج من جميع ما تركه عدا نفس الارض مط سواء كانت بياضا أم مشغوله بزرع و شجر و بناء و غيرها عند الشيخ في النّهاييه و القاضي و الحلبي و ابن حمزه بل ادعى عليه الشهره جماعه كالفاضل في التحرير و عد و ولده في الشرح و الشهيد في النكت و المفلح الصّيمري في شرح د و المقدس الأردبيلي و صاحبي المفاتيح و الكفايه و بالجمله اكثر من وقفت على كلماتهم في المسأله و مع ذلك اختاروه الأ نادرا منهم و هو أيضا مذهب الماتن في يع و الشهيد في س و الفاضل في لف و هو الاظهر و ثانيها أنّها لا تستحق من الأرض عينا شيئا و لكن تستحق قيمتها و هو للمحكي في كثير من الكتب عن السّيد المرتضى و ثالثها أنّها تستحق من ارض الدور و المساكن عينا و لا تستحق من ارض البساتين و الضّياع لا عينا و لا قيمه و حكاه في غايه المراد و لك عن طائفه قائلين القول الثّاني عدم حرمانها ارثها من الدّور و المساكن دون البساتين و الضّياع و تعطى قيمه الالات و الابنيه اختاره المفيد و ابن ادريس و شارح المختصر و زاد الثّاني قائلا و مال اليه في لف و هذا القول الذي حكيه ضعيف كالقول الثّاني فالاقرب هو القول الذي عليه المعظم و لهم وجوه منها الاصل و منها أنّه حكي في الرّياض عن الخلاف دعوى الإجماع على ما صاروا اليه و يعضده اولاً قول الانتصار و ممّا انفردت به الاماميه أنّ الزوج لا ترث من رباغ المتوفى شيئا بل و يعطى بقيمته حقّها من البناء و الالات دون قيمه العراض و خالف باقي الفقهاء في ذلك و لم يفرّقوا بين الرّباغ و غيرها في تعلق حقّ الزوجات و ثانيا قول السّيرائر الاجماع على أنّها لا ترث من نفس تربه الرّباغ و المنازل شيئا سواء كان لها من الزوج ولد او لم يكن و هو ظ قول شيخنا المفيد في المقنعه و السّيد المرتضى و ثالثا الشهره العظيمه التي لا يبعد معها دعوى شذوذ المخالف و منها صحيحه الفضلاء الفضلاء هنا هم زراره و بكير و بريد و محمد بن مسلم عن الصادق ع أنّ المرأه لا ترث من تركه زوجها من تربه دار او ارض ألّا ان يقوم الطوب و الخشب قيمه فتعطى ربعها او ثمنها ان كان من قيمه الطوب و الجذوع و الخشب و قد احتج في لف بهذه الروايه على المدّعى و قد يناقش فيه اولاً بما تبه عليه في الكفايه بقوله الروايه غير صريحه في ثبوت الحرمان في الارض مط لأنّ قوله ع تربه دار او ارض يحتمل ان يكون ترديدا من الرّواي في كون العبارة تربه دار او ارض فلم يلزم شمول الحكم في جميع الأراضي و يعضد

ص: ٦٨٦

ما ذكره ما تبه عليه في مجمع الفائده بقوله و يحتمل ان يكون او ارض للشك من الرّواي أنّه ع قال تربه دار او ارض دار و قد يجاب عمّا ذكره من الاحتمال بأنّه في غايه البعد مع أنّه غير قادح في اثبات المدّعى لما سيأتى اليه الإشاره إن شاء الله تعالى و ثانيا بما تبه عليه في الكفايه أيضا بقوله و يحتمل ان يكون الالف زائده سهوا و تكون العبارة دار و ارض كما فيما عندنا من نكت الشهيد فيكون المراد بالارض ارض الدار و يكون ذكره تعميما بعد تخصيص بناء على كون الارض اعتم من التربه او عطفا تفسيريا فلا يدلّ على القول المشهور و تبه على الاحتمال الذي ذكره في مجمع الفائده أيضا بقوله و منعها من ارض دار غير صريحه في منعها عن كل ارض و عقار بل من ارض دار و التّربه بمعنى التراب و هو كناية عن الأرض و يحتمل ان يكون ارض كما هو الظاهر و الالف زياده و يكون عطفا تفسيريا و لهذا بين الارض بالتربه في روايه الفضل و قد يجاب عمّا ذكره من



الاحتمال بأنه ضعيف جدا لأنّ الزيادة و جعل العطف تفسيريا خلاف الاصل فلا يصر اليهما أا بدليل و هو مفقود هنا و ترك الالف في نكت الشهيد لا يصلح للدلاله خصوصا مع عدم ظهور أنه من الشهيد فلعلّه من الناسخ هذا و من الظاهر ان احتمال النقص ارجح من احتمال الزيادة لأكثرية الأول بالنسبه الى الثاني مضافا الى عدم تعرّض المعظم لما ذكره من الاحتمال و ظهور كون مستندهما فيما صارا اليه هذه الروايه المشتمله على هذه الزيادة سلمنا اختصاص الروايه بارض الدار و لكن يلحق بها سائر الاراضى فان كل من منعها من ارض الدار منعها من سائر الأراضى فلا قائل بالفصل من هذه الجبهه كما لا يخفى و ثالثا بما نبه عليه فى الكفايه قائلا- ثم من المحتمل ان يكون المراد أنّ المرأه لا ترث من الارض المذكوره بخصوصها بل ما كان حقّها فى الميراث من الربع او الثمن يأخذه من قيمه الطوب و غيره ان كانت وافيّه به و على هذا يوافق الخبر قول المرتضى بل الانسب بعباره الحديث هذا المعنى لأنّ قوله ان كان لا يمكن ان يكون اسم كان فيه ضميرا راجعا الى احد الامرين لأنّه يصير على هذا التقدير مستدركا لأنه يصير المعنى تعطى ربعا او ثمنا ان كان احد الأمرين فريضةها و ان كان المقصود تعطى ما ذكر ان كان ما يعطيها او ما يقصد اعطائه فريضةها او حقّها ففيها زياده تقدير مع عدم دلالة واضحه و ان جعل ضمير كان راجعا الى الثمن حتّى يصير حاصل المعنى يعطى ثمنها ان كان الثمن حقّا او فريضةها ففيه بعد اذ من المستبعد تقييد الثمن و ترك الربع و الحاجه اليه بحسب المنطوق للثمن بحسب المفهوم و كيف ما كان يصير الاستثناء منقطعا و هو خلاف الظاهر فالوجه ان يق الضمير فى قوله ربعها و ثمنها يرجع الى المرأه لا الى قيمه و يكون المراد الربع او من جميع المتروكات و يكون قوله ان كان قيمه الطوب معناه ان حصل الامر ان من قيمه الطوب بحيث يفي به و يحتمل ارجاع الضمير الى التربه و الارض و يكون المعنى ما ذكر و على الوجهين يصير الاستثناء متصلا و فيما ذكره نظر لبعده مع أنّى لم اجد به قائلا اذ الظاهر ان السيد يعطى المرأه قيمه الارض من نفسها لا من غيرها فت و منها صحيحه محمّد بن مسلم عن الباقر قال النساء لا يرثن من الارض و لا من العقار و منها خبر ميسر عن الصادق قال سألت عن النساء ما لهنّ فى الميراث فقال لهن قيمه الطوب و البناء و القصب و الخشب فاما الارض و العقارات فلا- ميراث لهنّ فيه و منها خبر موسى بن بكير الواسطى قال قلت لزراره ان بكيرا حدثنى عن ابي جعفر انّ النساء لا يرث من دار و لا ارض و منها خبر ميسر عن الصادق ع و قد تقدّم اليه الاشاره و فيه فاما الارض و العقارات فلا ميراث لهنّ فيه و منها خبر يزيد الصائغ عن الباقر ع و قد تقدّم اليه الاشاره أيضا و فيه انّ النساء لا يرثن من رباغ الأرض شيئا و يعضد هذه الاخبار المتقدمه الداله على انّ الزوجه لا ترث من القرى و الدور و العقار و الرباع لتضمّنها الأرض و من الظاهر انّ المراد منها عدم استحقاتها من جميع الأجزاء لا عدم استحقاتها المجموع المركب على انّ عدم استحقات المجموع المركب يستلزم عدم

الاستحقاق من خصوص الارض لظهور عدم القائل بالفصل بين الامرين فت و قد استدللّ فى الرياض بجملة من الاخبار المذكوره على المدعى قائلا و هذه الأخبار مع اعتبار سند جملة منها بالصّحه و الموثقيه و انجبار باقيها بالشهره العظيمه المحقّقه جدّا و المحكيه ظاهره الدلاله على المختار و اما الاخبار السابقه فلا معارضه فيها لهذه الاخبار بوجه اذ غايتها اثبات الحرمان فى العقارات و لا- تنافى بينه و بين اثباته من جملة الاراضى و لو كانت غيرها من هذه الاخبار بوجه اصلا فلا وجه مع ذلك للقول الاول الا مراعات تقليل التخصيص و الاقتصار على المتيقن منه و ليس بوجه لوجوب الالتزام به و لو كثر بعد قيام الدليل عليه و قد قام كما ظهر لك فى المقام و الاقتصار على المتيقن غير لازم بل يكفى المظنون بعد حصول الظنّ به من الاخبار المزبوره و منع حصوله منها او عدم حجّيه مثلها بناء اما على عدم حجّيه اخبار الآحاد او عدم قابليتها لتخصيص نحو عمومات الكتاب ضعيف على الاشهر الاقوى كما حقق فى محلّه مستقصى و اما ما ذكره فى ح د للمقدّس الأردبيلي و الكفايه من المناقشات فى جملة الاخبار الوارده فى المسأله و تاويلها بتاويلات بعيده و تمحلات غير سديده لا ينبغى الالتفات اليه و العروج فى مقام التحقيق عليه

و كفاه فساد مخالفته لفهم الاصحاب كآفه مع عدم تعرّض واحد منهم لشيء منه اصلا و لو جرى امثال هذه التاويلات فى الروايات لا ندرس جملة الأحكام و ما بقى لها اثر فى محلّ و لا مقام و لقد اجاد قدس سرّه فيما افاد و كما لا ترث الزوجه التى لا ولد لها من زوجها المتوفى عنها من الارض مط فكك لا ترث الزوجه التى لها ولد منه منها مط بناء على المختار من اشتراك الزوجتين فى الحرمان فى الجملة

## منهل هل ترث الزوجه المتوفى عنها زوجها التى لا ولد لها منه من عين الدّور و المساكن

### اشاره

فاذا خلّف الزوج دارا مثلا- كانت المرأه المذكوره مشاركه لسائر الورثه فى تلك الدار فيما عدا ارضها من ساير اعيانها بنسبه حقّها او لا ترث من شىء من ذلك لا عينا و لا قيمه كالأرض او لا ترث من ذلك عينا بل تستحق القيمه بنسبه حقّها احتمالات اقربها الاخير و قد صرّح به فى الانتصار و التّهايه و السّرائر و يع و فع و التح و لف و الإرشاد و عد و التبصره و الايضاح و الجامع و اللمعه و الدروس و غايه المراد و التنقيح و كنز العرفان و لك و ضه و الرّياض و حكااه فى لف و غيره عن المفيد و ابى الصّيلاح و ابن البراج و ابن حمزه و صرّح فى لك بأنّه قول تلميذ المحقّق صاحب كشف الرموز و اكثر المتأخرين و فى القواعد و غايه المراد بأنّه المشهور و فى الايضاح بأنّه الأشهر

ص: ٦٨٧

و لهم وجوه منها انّ الاصل عدم استحقاقها لعين ما ذكر و عدم انتقالها اليها و منها ظهور الاتّفاق القائلين بأنّها لا تستحقّ من جميع تركه زوجها المتوفى و تكون محجوبه من بعضها و منها أنّه تبّه فى الانتصار على دعوى الإجماع على ذلك بقوله و ممّا انفردت به الإماميّة انّ الزوجه لا- ترث من رباغ المتوفى شيئا بل تعطى بقيمه حقّها من البناء و الالات دون العراض و يعضد ما ذكره اولاً قول السّرائر فيما رواه اصحابنا و اجمعوا من ان الزوجه لا يكون لها ولد من الميّت لا ترث من الرّباغ و المنازل و الحق بعض اصحابنا جميع الارضين من البساتين و الضّياع و غيرها و هذا اختيار شيخنا ابو جعفر و الأوّل اختيار المفيد و هو الذى يقتضيه اصول مذهبنا لأنّ لو خلينا و ظ القران و ورثناها من جميع ذلك و أنّما عدلنا فى الرّباغ و المنازل بالادلّه و هو اجماعنا و تواتر اخبارنا و لا- اجماع هنا منعقد فى الرّباغ و المنازل فحمله السيد على أنّها لا ترث من نفس ذلك بل قيمته كما يذهب اصحابنا بين الابعاض و الصّحيح أنّها لا ترث من نفس التربه و لا من قيمتها بل يقوم الطوب و الالات و تعطى قيمته و ما ذكره السّيد يخرج منه و افراد و ثانيا قول كنز العرفان ان لم يكن لها ولد فالابنيه و الاخشاب تعطى منهما القيمه ربعا او ثمنا على الأصحّ لأصحابنا و هذا تخصيص انفردت به الاماميه لما دلّت عليه رواياتهم عن ائمّه الهدى ع و ثالثا قول لك لا شبهه فى أنّها لا ترث من العقار شيئا و ترث من قيمه الالات و الابنيه دون عينها بلا خلاف فيها ممّا عدا الاسكافى و خلافه فى ارثها من عينهما أيضا كخلافه السّابق أيضا شاذ لا يلتفت اليه لاستفاضته قبل الإجماع بل تواترها على ردّه فى المقامين و منها الاخبار المتقدّمه المصرّحه بأنّ المرأه لا ترث من الدّور كصحيحه زراره و روايتى محمّد بن مسلم و عبد الملك بن اعين و فى بعضها التصريح بانها ترث قيمه بعض آلات البناء و منها الاخبار المتقدّمه المصرّحه بأنّها لا ترث من الرّباغ كروايتى محمّد بن مسلم و يزيد الصّيافع و قد صرّح فى لك بأنّ الرّباغ هى الدّور و المساكن و قد حكى فى لف هذا التفسير عن المفيد أيضا و منها الاخبار المتقدّمه المصرّحه بأنّها لا ترث من العقار كصحيحه محمّد بن مسلم و صحيحه الأحول و صحيحه ابان الأحمر و حسنه زراره و

محمّد بن مسلم و روايه عبد الملك بن اعين و روايه محمّد بن سنان و روايه بصائر الدرجات و فى جمله منها التصريح بانها ترث قيمه ذلك و منها الاخبار المتقدمه الداله على انها ترث من جمله من آلات البناء كالخشب و الطوب و الجذوع كروايه حماد بن عثمان و روايه موسى بن بكر الواسطى و صحيحه الفضلاء و بالجمله الأخبار المتقدمه الداله على حرمان الزوجه ممّا ترك زوجها فى الجملة تدلّ على المدعى بانحاء من الدلاله و يعضدها ما حكاه فى لف عن المفيد قائلا قال المفيد لا ترث الزوجه شيئا ممّا يخلفه من الرباع و هو يعطى قيمه الخشب و الطوب و البناء و الآلات فيه و هذا منصوص عليه من نبى الهدى عليه و آله السّلام و عن الائمه من عترته ع و

### ينبغى التنبيه على امور

#### الأول صرح فى الانتصار و فع و يع و عد و التبصره و الإرشاد

و س و اللعنه و غايه المراد و كنز العرفان و ضه و لك بانّ الزوجه المفروضه تستحق قيمه الابنيه و الآلات و حكاه فى لف عن الفيد و الظاهر ان مرادهم أنّها تستحق قيمه آلات الابنيه لا أنّها تستحق الابنيه على حده و قيمه آلاتها ككك فالعطف فى كلامهم للتفسير لا للمغايره و يؤيد ما ذكرناه أولا أنّه اقتصر فى النّهايه و السّرائر و التحرير و الجامع و التّشريح على الحكم بانها لا ترث من الآلات و حكاه فى لف عن ابن البراج و ابى الصّيلاح و ثانيا أنّى لم اجد احدا من الاصحاب تبّه على خلاف فى هذا المقام

#### الثانى يندرج فى آلات الابنيه التى لا تستحق الآ قيمتها امور

منها الطوب اذا صار جزءا من البناء و قد صرح بهذا بخصوصه فى صحيحه الفضلاء و خبر ابن ابى يعفور و خبر ابان و خبر محمّد بن مسلم و خبر حماد بن عثمان و خبر يزيد الصّائغ و قد تقدّم اليها الإشاره و كذا صرح به فى النّهايه و السّرائر و التحرير و جامع المقاصد و ضه و الكفايه و الرّياض و حكاه فى لف عن المفيد و الحلبي و المراد بالطوب الآجر كما نصّ عليه فى السّرائر قائلا الطوب بالطاء غير المعجمه و الباء المنقطه من تحتها نقطه واحده هو الاجر و منها اللبن اذا صار جزءا من البناء و قد صرح بهذا بالخصوص فى التّحرير و لا اشكال فيه كما لا اشكال فى السّابق و منها الأحجار اذا صارت جزءا من البناء و قد صرح بالخصوص هذا فى ضه و الرّياض و لا اشكال فيه أيضا و لا فرق فيه بين ان يكون غاليه او رخصه و منها الحيطان و السّقوف و قد صرح بهذا فى الجامع و منها الخشب الدّاخلى فى البناء و قد صرح بخصوص هذا فى صحيحه الفضلاء و خبر ابان و خبر عثمان و خبر يزيد الصّائغ و خبر موسى بن بكر و كذا صرح به فى النّهايه و التّحرير و كنز العرفان و جامع المقاصد و ضه و الكفايه و الرّياض و حكاه فى لف عن المفيد و الحلبي و لا اشكال فى ذلك و لا فرق فى الخشب بين ان يكون مصنوعا بهينه خاصّه كالشبابيك الخشبيه و ما يسمّى فى الفارسي بالارسي او لا و منها الجذوع الداخلة فى البناء و قد صرح بهذا بالخصوص فى صحيحه الفضلاء و خبر زراره و خبر طربال و خبر موسى بن بكر و لا اشكال فيه و منها الابواب المثبتة و قد صرح بالخصوص هذا فى خبر زراره و فى جامع المقاصد و ضه و الكفايه و الرّياض و لا اشكال فيه و منها القصب الدّاخلى فى البناء الذى هو جزء منه و قد صرح بهذا بخصوصه فى خبر زراره و خبر طربال و خبر ابان و فى التّحرير و جامع المقاصد و الكفايه و لا اشكال فيه و منها الألواح الدّاخلة فى البناء الصّائره من اجزائه و قد صرح بالخصوص هذا فى جامع المقاصد و الكفايه و لا اشكال فيه و منها غير

ذلك و بالجمله المناط فى استحقاق القيمه و الاستحقاق من العين كون الشئ من آلات البناء و كونه من الابنيه كما يظهر من اكثر كتب الاصحاب و هل يشترط كونه من الاجزاء الذى يتوقف عليها البناء المحسنه و المكمله له المعتمد هو الاخير لظ الإطلاقات نصا و فتوى الثانى هل يمنع الزوجه من كل ما يدخل فى بيع الدار و نحوها او لا التحقيق ان يق ان كان ذلك من جملة الالات و الابنيه منعت منه و أما فلا و ان شك فى ذلك فلا ينبغى ترك الاحتياط و ان لم يتمكن منه فيحتمل التخيير بين ان يدفع اليها العين او القيمه و يحتمل القرعه فى انه من الالات و الابنيه او لا- و هذا الاحتمال و لعله اقوى و كل ذلك حيث يتعذر او يتعسر الرجوع الى اهل الخبره و لو تمكن منه كان هو المعبر و يتفرع عى ما ذكرناه الحكم بعدم حرمانها من عين الدولاب و البكره و قد صرح به فى مجمع

ص: ٦٨٨

الفائده و كك المسامير المستدخله فى الحائط لا- لأجل البناء و كك الحبال المشدوده بها و كك الحجابات المصنوعه من القطن او الكتان او الابريسم او الصوف او نحو ذلك المقصود بها رفع الحرّ او البرد او الستر او نحو ذلك

### الثالث قال فى لك بان المراد بالآله ما كانت مثبتة فيه كالأحجار و الأخشاب

المستدخله فى البناء اما الالات المنقوله و ان كانت من هذا الصنف فأنها ترث من عينها و تبه على ما ذكره فى مجمع الفائده و كذا تبه عليه فى الكفايه قائلًا- الظاهر ان المراد بالآلات المبنيه خاصه فأنها ترث من عينها اجماعا كما حكاه الصيمرى فى ح يع ثم قال كما فى الكفايه لا فرق بين كونها قابله للتقل بالفعل او بالقوه كالثمره على الشجره و الزرع على الأرض و ان لم يستحصد او كان بذرا دون الشجر

### منهل هل يلحق بالدور و المساكن فى عدم الاستحقاق من العين

اشاره

و انحصار الاستحقاق فى قيمه الالات جميع الابنيه كالحمام و الخان و المدارس الغير الموقوفه و المساجد الغير الموقوفه و بيوت الرحي و معصره الزيت و السمسم و العنب و التمر و الاصطبل و المراح و الآبار المبنيه و الحياض المبنيه و الحيوان المختصيه بالموتوفى و السقوف و سائر اجزاء الدار و المسكن المختصه به و الدكاكين و الدكاك و النائر و القنوات المبنيه و غير ذلك او لا بل يختص الحكمان المذكوران ببعض اقسام الابنيه فيه قولان احدهما انه يختصان ببعض اقسامها كالدّار و المساكن و هو المستفاد من قول الانتصار و السرائر لا ترث من رباغ المتوفى و حكاه فى لف عن المفيد و الحلبي و من قول الشيخ فى النهايه لا ترث من الدّور و المنازل و الرباغ و حكاه فى لف عن ابن حمزه و ابن البراج و من قول الجامع تعطى قيمه حصتها من الحيوان و السقوف و مّا حكاه فى يع و س عن بعض قائلين قيل لا يمنع الا من الدور و المساكن و ثانيهما انهما يعمان جميع افراد الابنيه حقيقه و قد صرح به فى الرّوضه قائلًا الظاهر عدم الفرق فى الابنيه بين ما اتخذ للسكنى و غيرها من المصالح كالرحي و الحمام و معصره الزيت و السمسم و العنب و الاصطبل و المراح و غيرها لشمول الابنيه لذلك كله و ان لم تدخل فى الرباغ المعبر به فى كثير من الاخبار لأنه جمع ربع و هو الدار و صرح بذلك أيضا فى لك قائلًا اعلم انه لا فرق فى الابنيه و المساكن بين ما كان

يسكنه الزوج وغيره ولا بين الصالح للسكنى وغيره مع صدق اسم البناء عليه وكذا صرح بذلك في الكفايه والزياض قائلين الظاهر أنه لا فرق في الابنيه والمساكن على القول باعتبارها بين ما يسكنه الزوج وغيره ولا بين الصالح للسكنى وغيره كالحمامات والارحيه وغيرها اذا صدق عليه اسم البناء وزاد في الاخير فصرح بان ما ذكره صرح به جماعه وبأنه لم نجد فيه خلافا بينهم وقد استفاد هذا القول من النافع ويع والتحرير والإرشاد وعد والتبصره والايضاح والدروس واللمعه والتنجيح وكثر العرفان يقوم الالات والاشباب والقصب والاجر من الابنيه للأولين وجوه منها عموم قوله تعالى وَلَهُنَّ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ مِمَّا تَرَكْتُمْ ومنها عموم قول الصادق ع في صحيحه الفضل بن عبد الملك وابن ابي يعفور يرثها وترثه من كل شىء تركت وتركت خرج منه ومن العموم السابق آلات بناء الدور والمنازل بالدليل ولا دليل على خروج غير ذلك من سائر افراد الابنيه لاختصاص المخرج منها من مجموع فتاوى الأصحاب وجميع الإجماعات والروايات الكثيره المتقدم اليها الاشاره بالدور والعقار والمنازل والمساكن ولا ريب في أنها لا تعم جميع افراد الابنيه فيجب فيها التمسك فيها بالعمومين المذكورين ويكون مندرجه تحتها ومنها أنه لو شمل الحكمان المذكوران لسائر افراد الابنيه لورد التنبيه عليه من اهل العصمه لتوفر الدواعى على ذلك وبطلان الثانى فى غايه الوضوح ومنها انّ تعليل حرمان الزوجه من بعض تركه زوجها المتوفى عنها المذكور فى حسنه زواره وروايتى محمّد بن مسلم وحماد بن عثمان يفيد اختصاص الحرمان ببعض افراد الابنيه كاللّور كما لا يخفى وللآخرين وجوه أيضا منها انّ الاصل عدم الانتقال اليها من الابنيه بمقدار سهمها وقد يجاب عنه اولا بمعارضته بالمثل لأنّ عدم الانتقال اليها يستلزم الانتقال الى غيرها من سائر الورثه وهو أيضا خلاف الاصل الا ان يرجح الاوّل بموافقته لمذهب الاكثر وفيه نظر ومنها ظهور عباره الزياض فى دعوى الاتفاق على هذا القول ويؤيده أنه لم يصرح فى لك و ضه والكفايه بوجود خلاف ولا اشكال فيما صرحا به من شمول الحكمين المذكورين لجميع افراد الابنيه وكك لم ينبه عليهما فى الكتب المتقدمه التى استفدنا منها القول الثانى وقد يجاب عن الوجه المذكور بالمنع من ظهور عباره الزياض فى دعوى الإجماع مضافا الى أنه قد بينا وجود الخلاف فيما ادعى عدم وجدانه الخلاف فيه وعدم تنبيه الكتب المشار اليها على وجود الخلاف والإشكال فيما صارت اليه لا يدلّ على اعتقادهم عدمهما على أنه قد يدعى عدم شمول لفظ الأبنيه فى كلامهم لجميع افرادها واختصاصه بالدار كما استفاد من بعض الاخبار المتقدمه و

سيأتى اليه الإشاره إن شاء الله تعالى وبالجملة لم يتحقّق لى اشتها القول الثانى فضلا عن الاتفاق عليه كيف وقد بينا ظهور جماعه من اصحابنا فى القول الاوّل فت ومنها صحيحه ابان بن حمران عن ميسر عن الصادق ع قال سألته عن النساء ما لهنّ فى الميراث قال لهنّ قيمه الطوب والبناء والقصب والخشب فان الألفاظ المذكوره فيها تعم جميع افرادها ولا يختصّ بما فى اللّور وقد يجاب عمّا ذكر اولا بانّ الروايه المذكوره لم يثبت اعتبار سندها لما تبّه عليه فى الكفايه فيما حكينا عنها سابقا و ثانيها بقوه احتمال انصراف اطلاق الألفاظ المذكوره فيها الى بعض افرادها وهو يستعمل فى الدور لغلته لأنّ اغلب الناس لا يخلفون من الابنيه الا اللّور خصوصا الفقراء الذين هم اغلبهم كما لا يخفى ويعضد ما ذكرناه ما تبّه عليه فى الكفايه قائلا روى الصدوق فى الفقيه عن الاحول فى الصّحيح عن ابي عبد الله ع قال سمعته يقول لا يرثن النساء من العقار شيئا و لهن قيمه البناء الشجر والنخل يعنى بالبناء اللّور و أمّا عنى من النساء الزوجه فت والمسألّه فى غايه الاشكال بل الاقرب عندى ان ما لم يكن من اللّور والرباع والعقار تستحق الزوجه المفروضه سهمها من الاعيان لا قيمتها فيختصّ الحكمان المذكوران بالثلاثه المذكوره ولكن مراعات الاحتياط اولى و

## الأول تستحق الزوجه المفروضه مما تركه زوجها من المياه المملوكة

من العيون كانت

ص: ٦٨٩

او من القناه او من البئر كما صرّح به فى مجمع الفائده و لا فرق فى ذلك بين ان يكون تملكه لها بتبعيه الارض او بالاستقلال و الحجّه فى ذلك عموم ادله الارث من الكتاب و السنه و هو معتضد بظهور الاتفاق على ذلك

## الثانى هل يلحق بالدور ما هو بمنزلتها من الخيام

و بيوت الشعر و بيوت القصب المتعارفه بين اهل البدويين و نحوهم فتستحق الزوجه المفروضه هنا قيمه الالات أيضا او لا بل تستحق من الاعيان بقدر سهمها المعتمد هو الثانى للعموم المتقدم اليه الاشاره و اختصاص النصوص و الفتاوى فى الحكم بالحرمان من العين و الاستحقاق من قيمه بغير محلّ البحث

## الثالث اذا كان للزوج المتوفى آبار محفوره غير مبنيه

او دور او منازل منحوته غير مبنيه تستحق زوجته المفروضه من اعيانها أيضا لما تقدّم اليه الإشاره

## الرابع لا فرق فى الدور بين ان تكون عاليه غالبه او لا

و لا بين ان تكون وسيعه او ضيقه و لا بين ان تكون متحده او متعدده و لا بين ان يكون المتعدده فى بلده او قريه واحده او فى بلاد او قرى مختلفه و لا- بين ان يكون مختصّه او مشتركه و لا- بين ان تكون منتقله من الزوجه اليه كلّ ذلك لعموم النصوص و الفتاوى و عدم تنبيه روايه و لا احد من الاصحاب على التفصيل بوجه من الوجوه

## الخامس هل تستحقّ. الزوجه المفروضه عين تراب الدار حيث لا يكون جزاء منها او لا

بل تستحقّ قيمته كسائر اجزاء الدار او لا تستحق عينه و لا قيمته احتمالات احدها أنّها لا تستحق عينه و لا قيمته و يدلّ عليه اولا قول الباقر فى صحيحه الفضلاء المتقدمه أنّ المرأه لا ترث من تركه زوجها من ترابه دار او ارض الا ان يقوم الطوب و الخشب الحديث و ثانيا روايه موسى بن بكر الواسطى عن مولانا الباقر أنّ النساء لا ترث من ترابه دار و لا ارض الا ان يقوم البناء و الجذوع و الخشب فيعطى نصيبها من قيمه البناء و اما التربه فلا تعطى شيئا من الارض و لا ترابه دار و ثانيا أنّها تستحق من عينه بمقدار سهمها و يدلّ عليه اولا- عموم ادله الارث من الكتاب و السنه و ثانيا ظهور كثير من الاخبار المتقدمه فى ذلك و ثالثا ظهور اتفاق الاصحاب عليه و لا يعارض ما ذكر الروايتان المتقدمتان الدالتان على الاحتمال الاول لضعف دلالتهما عليه كما نبّه عليه فى مجمع الفائده و قد حكينا كلامه سابقا و يعضده ما حكينا عن الكفايه سابقا مضافا الى أنّ الثانيه منهما ضعيف السند و لا جابر له هنا سلمنا صحّه سندها معا و ظهور دلالتهما على المدعى أيضا و لكن نجد بهما عاملا فهما ح شاذان فينبغى طرحهما

او تاويلهما بما يخرجها عن الشذوذ و بالجمله هما غير صالحين لمعارضه الوجوه المذكوره من وجوه عديده فاذن المعتمد هو الاحتمال الثالث

### السادس صرح صحبه زواره و موثقه طربال بن رجا المتقدمان بانّ الزوجه المفروضه لا ترث من القرى

فان كان المراد أرض الزّارع فلا اشكال فيه لما تقدّم اليه الإشاره و ان كان المراد الدّور و المنازل و العقارات الّتي بيّنا أنّها لا تستحق اعيانها بل قيمتها فلا اشكال فيه أيضا لا عينا و لا قيمه و لو ابنيتهما و دورها و نحوها ففيه اشكال من اعتبار الروايتين سندا و من عموم ادله الإرث من الكتاب و السنه و عدم تعرّض احد عن الاصحاب للقرى بالخصوص الا الشّيخ فى التّهاييه و ابن البراج و ابن حمزه و لكن الأوّلين صرّحا بان القرى كالدّور قائلين المرأه لا ترث من زوجها القرى و الرّباع من الدّور و المنازل بل يقوم الطوب و الخشب و غير ذلك و يعطى حصتها فليس فى كلامهما دلالة على الاحتمال الاخير نعم ربما يدلّ عليه كلام الأخير فانه قال و ان لم يكن ذات ولد منه لم يكن لها حقّ فى القرى و المساكن و المنازل و الدّور و الرّباع و لكن قد يؤل الى ما يرجع الى كلام الشّيخ سلّمنا و لكنّه شاذ فالمعتمد ما ذكرناه أولا دون الاحتمال الاخير

### السابع تبّه فى الانتصار على الحكمه فى حرمان الزوجه عن عين الرّباع

قائلا و يمكن ان يكون الوجه فى ضد الزوجه عن الرّباع أنّها ربما تزوّجت فاسكنت هذا الرّباع من كان ينافسه المتوفى او يغبطه او يحسده فينتقل ذلك على اهله و عشيرته فعديل بها عن ذلك على اجمل الوجوه و يعضد ما ذكره اولا قول غايه المراد و قد علّل الأئمّه ع و الاصحاب بأنّها لو ورثت من الرّباع اعنى الدّور و المساكن لأدى الى الاضرار باقرباء الميّت اذ لا حجر عليها فى التزويج فربما تزوّجت بمن كان ينافس المتوفى او يحسده فينتقل ذلك على اهله و عشيرته فعديل بها عن ذلك الى اجمل الوجوه و ثانيا قول لك الثالث فى بيان الحكمه فى هذا الحرمان و به يظهر أيضا عدم الفرق بين الزوجات و ان كان بعضهن اقوى فى ذلك من بعض و محضّل ما دلّت عليه النصوص منها أنّ الزوجه لا نسب بينها و بين الورثه و انما هى دخيل عليهم فربما تزوّجت بعد الميّت لغيره ممّن كان ينافسه يحسده فتسكنه فى مساكنه و تسلّطه على عقاره فيحصل على الورثه بذلك غضاضه عظيمه فاقتضت المصلحه و الحكمه الالهيه منعها من ذلك و اعطائها القيمه جبرا لها و هى من فى قوّه العين و الضرر بها منفى او قليل محتمل و قريب منه ان القول فى اختصاص الولد الاكبر بثياب بدن ابيه و سيفه و خاتمه و مصحفه و هذا بخلاف ارثها من اعيان المنقولات من امواله و اثاثه فانّها اذا انتقلت من منزله لا يلتفت الى مثل ذلك و لا غضاضه بسببه غالبا و قد وردت فى عدّه اخبار

**منهل هل تستحقّ الزوجه الّتى لا ولد لها من زوجها المتوفى عنها من اعيان الأشجار الّتى هى من تركه زوجها او لا**

### اشاره

فيه قولان احدهما أنّها لا ترث منها شيئا و هو للإرشاد و عد و التبصره و الجامع س و كثر العرفان و التنقيح و المحكّي فيه عن المفيد و ابن ادريس بل صرّح فى بعض شروح الارشاد بأنّه الاظهر و الاشهر عند الاصحاب بل حكى فى الرّياض دعوى الشهره عليه عن جماعه قائلا بعد الاشاره الى هذا القول نسب الى عد و س و اكثر المتأخرين و هو مذهب فخر الدّين مدعيا هو و والده

و الصيمرى و غيرهم أنّه المشهور بل الظاهر منهم أنّه لا خلاف فيه و فى لك أنّه ممنوع كما يظهر من تتبع عباراتهم و كيف كان فالأقرب اللاحق جدّاً و قد حكاه فى ضه عن المتأخرين و سيأتى الى كلامه الاشارة إن شاء الله تعالى و ثانيهما أنّها ترث من اعيانها كما ترث من اعيان كثير من الأموال و هو للروضه و قد استفاد من المقتصره فى الحكم بالحرمان من الأعيان على الدّور و الرباع و العقارات و المنازل و المساكن كالانتصار و النّهايه و السّرائر و التّحرير و يع و فع و اللّمع و نحوها المحكى فى لف عن المفيد و ابى الصّلاح

ص: ٦٩٠

و ابن البراج و ابن حمزه و نّبه فى الروضه على وجه الاستفاده قائلاً- يظهر من العبارة أنّها ترث من عين الاشجار المثمره و غيرها لعدم استثنائها فيدخل فى عموم الارث لان كلّما خرج عن المستثنى ترث من عينه كغيرها و هو احد الأقوال فى المسأله الّا أنّ المصنف لم يعهد ذلك من مذهبه و أنّما المعروف منه و من المتأخرين حرمانها من عين الاشجار كالأبنيه دون قيمتها و نّبه على ما ذكره فى الرياض قائلاً- أنّ ظ العبارة و ما ضاهاها من عبارات الجماعه فى الاقتصار فيما يحرم منه على الابنيه و العقار و الآلات عدم حرمانها من نحو الشجر و النخل و هو احد القولين فى المسأله و الثّانى الحاقه بالآلات نسب الى عد و س اه للأولين وجوه منها أنّه نّبه فى كنز العرفان على دعوى الاتّفاق على ما صاروا اليه قائلاً ان لم يكن لها ولد ورثت مما عدا العقار فلا ترث من رقبه الارض شيئاً لا عينا و لا قيمه و اما الابنيه و الاخشاب و الاشجار فيعطى منها قيمه ربعاً او ثمناً على الأصح لأصحابنا و هذا تخصيص انفردت به الاماميه لما دلّت عليه رواياتهم عن ائمّتهم ع و يعضد ما ذكره اولاً ما حكيناه عن الروضه سابقاً عن نسبه هذا القول الى المتأخرين و أنّها ظاهره فى دعوى اجماعهم عليه و ثانياً الشهره المحكيه فى الرياض عن جماعه و المحكيه فى بعض الشروح و ثالثاً ما نّبه عليه فى ضه قائلاً بعد ما حكينا عنها سابقاً و يمكن حمل الآلات على ما يشمل الاشجار كما حمل هو و غيره كلام الشّيخ فى النّهايه على ذلك مع أنّه لم يتعرّض للأشجار و جعلوا كلامه كقول المتأخرين فى حرمانها من عين الاشجار حيث ذكر الآلات و فيما ذكره نظر كما اعترف به قائلاً بعد اشارته الى الحمل المذكور و هو حمل بعيد خلاف الظاهر و هو مع ذلك لا- يبقى فرق بين الآلات هنا و بينها فى عباره س و عباره المتأخرين حيث ضموا اليها ذكر الأشجار فان المراد بالآلات فى كلامهم ما هو الظاهر منها و هى آلات البناء و الدّور و لو حمل كلام المصنف هنا و كلام الشّيخ و من تبعه على ما يظهر من معنى الآلات و يجعل قولاً- برأسه فى حرمانها من الأرض مط و من آلات البناء عينا لا قيمه و ارثها من الشّجر كغيره كان اجود بل النصوص الصّحيحه و غيرها اكثر من دلالتها على القول المشهور بين المتأخرين و نّبه على ضعف الحمل المذكور فى لك أيضاً و منها صحيحه الاحول عن ابى عبد الله ع قال سمعته يقول لا يرثنّ النّساء من العقار شيئاً و لهنّ قيمه البناء و الشّجر و النخل الحديث و قد نّبه على هذه الروايه فى لك قائلاً و فى بعض الروايات لا ترث النّساء من العقار شيئاً و تعطى قيمه البناء و الشّجر و النخل و هى نص فى الباب و لكن يتوقف على تحقيق السّند و ربما يظهر من كلامه المناقشه فى سند هذه الروايه و ليست فى محلها اما اولاً فلما عرفت من توصيفها بالصّحيحه فى مجمع الفائده و اما ثانياً فلان ضعف السّند على تقدير تسليمه هنا منجبر بالشهره المحكيه فى كلام جماعه تقدم اليها الإشاره و منها الاخبار المتقدّمه المصرّحه بأنّها لا ترث من العقار كصحيحه الأحول و صحيحه محمّد بن مسلم او حسنه زراره و محمّد بن مسلم و صحيحه ابان الاحمر عن ميسر و روايه محمّد بن سنان و روايه عبد الملك و روايه بصائر الدّرجات و قد نّبه فى الرياض على هذا الوجه قائلاً و الأقرب الحاق الشجر او النّخل بالدّور للتصريح به فى بعض الصّحاح المتقدّمه مضافاً الى امكان استفادته من جمله من النصوص النافيه لإرثهنّ من العقار شيئاً و النخل



و الشجر منها كما صرح به بعض اهل اللغة و ظ شيخنا في لك الميل الى هذا و في ضه الى الاول قائلا ان النصوص الصحيحه و غيرها داله عليه اه و فيه نظر و يعضد ما ذكره ما تبّه عليه في لك قائلا يدلّ على اضافته الشجر عموم صحيحه محمد بن مسلم و روايه عبد الملك و هو و ان تضمّن نفى الارث منه مط من غير تعرض للقيمه اذ ليس في هاتين الروايتين الا التصريح بحرمانهنّ من العقار و قد يناقش فيما ذكره بما تبّه عليه في مجمع الفائده قائلا و يدلّ على قيمه الشجر و النخل فلا يحتاج الى التعب في اثبات قيمته لأنه مشهور و غير موجود في الاخبار الصحيحه صريحا بان يدخل في العقار كما يفهم من

ح يع مع أنّ الظاهر أنّه ليس يدخل فيه فأنّه فسّر بالمنزل و الضيعه في القاموس نعم قال فيه العقار شجر و منها ما حكاه في لك و الرياض قائلين و ربّما ادعى دخول الشجر في الالات و فيه نظر كما تبّه عليه في لك و الرياض قائلين هو بعيد مع ما فيه من تقابل التخصيص للعمومات و الآيه الداله على ارث الزوجه من كل شىء و للآخرين اولا العمومات الداله على أنّ الزوجه ترث من جميع تركه زوجها المتوفى عنها خرج بعضها بالدليل و لا دليل على خروج الشجر فيبقى مندرجا تحتها و قد يجاب عما ذكر بأنّه قد تقدّم الدليل على خروج الشجر أيضا و اصاله تقليل التخصيص فيها لا تصلح لمعارضته كما لا يخفى و ثانيا الاخبار الكثيره المتقدمه كصحيحه الفضلاء صحيحه زراره و صحيحه محمد بن مسلم و حسنه زراره و محمد بن مسلم و موثقه طربال بن رجاء و صحيحه ابان الأحمر عن ميسر و حسنه اخرى لزراره و محمد بن مسلم و روايه زراره و روايه حماد بن عثمان و روايه يزيد الصّائغ و روايته عبد الملك و روايه اخرى لمحمد بن مسلم و زراره و روايه محمد بن سنان و روايه موسى بن بكر الواسطي فأنّها لم تنبه على حرمانها من الشجر و النخل كما نبهت على حرمانها من الدّور و العقارات و الرباع و المنازل و هو ظ في عدم حرمانها منهما كما هي ظاهره في عدم حرمانها من ساير الأموال مضافا الى أنّ التعليل في جمله منها كحسنة زراره و محمّد بن مسلم و روايه اخرى لهما و روايه حماد بن عثمان و روايه محمد بن سنان يقتضى اختصاص الحرمان بالدّور و المنازل دون نحو الشجر و النخل و قد يجاب عن الأخبار المذكوره اولا بالمنع من دلالتها على المدعى اذ عدم التنبيه على ذلك لا يدلّ على عدمه بشىء من الدلالات اللفظيه و لو سلم الظهور في ذلك لا من جهة اللفظ ففى حجّيته اشكال و ثانيا بأنّها لا تصلح لمعارضه ادله القول الاول و ان سلم دلالتها على القول الثانى على الوجه المعتبر لأنّ تلك الادله اقوى و ارجح كما لا يخفى فهذا القول ضعيف بل المعتمد هو القول الاول و

### ينبغي التنبيه على امور

### الاول هل يلحق بالشجر النخل

فلا تستحق الزوجه المفروضه من عينه شيئا كما لا تستحقّ من عين الشجر كك او لا فيه قولان احدهما أنّه يلحق و هو لصريح الإرشاد و القواعد و التبصره و التفتيح و غيرها و ثانيهما أنّه لا يلحق به و هو مستفاد من الدّروس و كنز العرفان و الكتب المتقدمه الّتى تستفاد منها عدم استحقاق الزوجه من اعيان الأشجار و هذا القول ضعيف بل الأقرب هو القول الاول و قد يدعى اتفاق القائلين بحرمانها من عين الاشجار عليه

### الثانى الزوجه المفروضه و ان كانت محرومه عن اعيان الاشجار و النخيل

على المختار و لكنها تستحقّ قيمتها كالدّور و قد صرح بذلك فى الارشاد و عد و التبصره و الجامع و الدّروس و كنز العرفان و

و ابن ادريس بل صرّح فى بعض شروح الإرشاد بأنّه الأشهر الأظهر بل صرّح فى الرياض بدعوى الاجماع عليه قائلًا و عدم تعرض فى النصوص للقيمه غير ضائر بعد قيام الاجماع على ثبوتها اذ لا قائل بالحرمان منها عينا و قيمه لتردده بين الحرمان منه عينا خاصه او عدمه بالكليه فاذا ثبت الحرمان عينا من هذه الاخبار ثبت القيمه بعدم القائل بالفرق بين الطائفه مع أنّ فى اثبات القيمه مناسبه لإثباتها فى الالات و الأبنيه بل ربما ادعى دخول الشجر و الالات و ان كان بعيدا مع ما فيه من تقليل التخصيص للعمومات و ظ شيخنا فى لك الميل الى هذا

### **الثالث هل يلحق بالشجره و النخل الزرع كالقصيل و الحنطه و الشعير و نحوها من اقسامه**

اذا لم تكن مقطوعه فلا تستحق الزوجه المفروضه من اعيان ما ذكر بل أنّما تستحق قيمتها او لا فتستحق من اعيانها لا من قيمتها المعتمد هو الثانى عملا بطواهر النصوص و الفتاوى مضافا

### **الرابع لا فرق فى الشجر و النخل بين كونهما مثمريّن او لا**

عملا بما ذكر أيضا

### **الخامس اذا كان الشجر و النخل مقلوعين**

فالظاهر أنّها تستحق من عينهما و كك الثمره المنفصله عنهما و اما المتصله بهما و التى عليهما فى الحاقها بمحالها و اصولها فلا تستحق ألّا من قيمتها و عدمه فتستحق اعيانها اشكال فلا ينبغى ترك الاحتياط و لكن احتمال الإلحاق هو الأقرب لأنّها ح جزء منهما فتندرج تحت ما دلّ على حرمانها منهما و من جمله الثمره التى لا تستحق اعيانها بل قيمتها السّيف اليابس و الاخضر و الكرب و الليف و الاوراق و الاغصان يابسه كانت او خضراء حيث يكون الجميع متصله

### **السادس اذا يبس النخل و الشجر حال انتصابهما على الارض و عدم انقلاعهما منها**

فهل تستحق عينهما ح او لا بل يكون محرومه منهما و غير مستحقّهما فيه اشكال فلا ينبغى ترك الاحتياط و ان كان الاحتمال الأوّل فى غايه القوّه لعموم ما دلّ على استحقاق الزوجه من جميع تركه الزوج و لم يثبت الخروج منه ألّا الشجر و النخل الأخضرين لانصراف اطلاق ما دلّ على استثنائهما منه اليهما فيبقى غيره مندرجا تحته فت

### **السابع هل الشوك و الحطب و سائر النباتات التى تنبت من غير زرع فى البساتين**

و الأراضى المملوكه و غيرها و يحكم عليها بالملكيه بالحيازه و غيرها تلحق بالشجر فى حكمه المتقدّم اليه الاشاره او لا الأقرب الثانى فتستحقّ الزوجه المفروضه اعيانها لا قيمتها

## الثامن هل ترث الزوجه المفروضه اعيان الاسلحه من الخنجر و السيف و الرمح

و القوس و نحوها و اعيان الدواب من الخيل و البغال و الحمير و الجمال و الغنم و البقر و غيرها او لا المعتمد هو الاول و قد صرح به فى التحرير و غايه المراد و لك و مجمع الفائده و الكفايه و الرياض و لهم اولا ظهور الاتفاق على ذلك و ثانيا تصريح لك بدعوى الإجماع و ثالثا عموم ادله الارث من الكتاب و السنه و رابعا ظواهر اكثر الاخبار المتقدمه و خامسا أنها لو كانت محرومه مما ذكر و غير مستحقه لاشتهر بل و تواتر لتوفر الدواعى عليه و بطلان التالى فى غايه الوضوح لا يقال يعارض ما ذكر خبر زراره الذى وصفه فى لف و غايه المراد و س و لك و مجمع الفائده بالحسن و فى الكفايه بالموثق ان المرأه لا ترث مما ترك زوجها من القرى و الدور و السلاح و الدواب شيئا و ترث من المال و الفرش و الثياب و متاع البيت الحديث لأننا نقول هذه الروايه لا تصلح للمعارضه من وجوه عديده اقربها ما صرح به فى لك و مجمع الفائده و الكفايه و الرياض من مخالفته الاجماع و كونه مما لا يقول به و قد جمع بينها و بين معارضتها المتقدم اليه الاشاره بوجوه منها ما حكاه فى لك عن بعض قائله و حمله بعضهم على ما يحبى به الولد من السلاح كالسييف و فيه نظر كما تبه عليه فى مجمع الفائده بقوله و حملها على كونها مومنا بهما لأحد او من الحبوه بعيد و منها ما تبه عليه فى الكفايه بقوله الوجه فى التوفيق بينه و بين ما يعارضه ان يحمل على ان الاولى بالنسبه اليها ذلك و ما ذكره و ان كان بعيدا لكنه احسن المحامل و لا باس بالعمل فيستحب لها ان لا يأخذ من الاسلحه و لا من الدواب شيئا و لا من قيمتها

## التاسع ترث الزوجه المفروضه من اعيان جميع ما تركه زوجها المتوفى عنها

غير ما استثنياه مما تقدم اليه الإشاره فترث من اعيان الجواهر و التّقود و الدراهم و الدنانير و الحلّى من الذهب و الفضة و اثاث البيت من الفرش و البسط و العبيد و الجوار و غيرها و المصاحف و الكتب و الثياب و غير ذلك و يستثنى مما ذكر و من الأسلحه ما هو من الحبوه و يدلّ على ما ذكرناه اولا ظهور الاتفاق عليه بل الاجماع بل الضروره من المذهب بل من الدين و ثانيا عموم ادله الارث من الكتاب و السنه و ثالثا صحيحه زراره المتقدمه و صرح فى لك و الكفايه بأنه لا فرق فيما ترث من عينه من المنقولات من كونه قابلا للنقل بالفعل كالحيوان و الاثاث او بالقوه كالثمره على الشجره و الزرع فى الارض و ان لم يستحصد او كان بذرا دون الشجر و ما ذكره جيد و زاد فى الاول قائله و يجب ابقاء الزرع الى اوان حصاده عاده مجانا و ما ذكره احوط

## العاشر الزوجه التى لها ولد من زوجها المتوفى عنها

تشارك الزوجه التى لا لها منه ولد فيما تستحق من تركه الزوج عينا او قيمه و ما لا تستحق منه لا عينا و لا قيمه على المختار فيما سبق فذات الولد لا تستحق من الأرض شيئا لا عينا و لا قيمه و تستحق من آلات الأبنيه فى الدور و الرباع و العقار و من الأشجار و النخيل القيمه لا العين و من غير ذلك العين لا القيمه

## الحادى عشر ان قلنا باختصاص الحرمان من الامور المذكوره بغير ذات الولد

و ان ذات الولد تستحق من اعيان جميع التركة فهل يشترط فى ذلك وجود الولد بعد موت والده فلا يكفى وجوده قبله او لا بل يكفى وجوده فى الجملة الاقرب هو الاول كما هو فى عبارات القائلين فى التفصيل بين الزوجتين و استظهره فى الادله من الروايه

قائلا فالروايه وجود الولد بالفعل فلا يكفى وجوده سابقا

### الثانى عشر هل الولد هنا يختص بالصلبى او يعم ولد الولد

فيه وجهان كما صرح به فى لك قائلا اطلاق الولد محمول على ولد الصلب و فى تعديته الى ولد الولد وجهان مبنيان على كونه ولدا حقيقه أم لا- و على الاول الاجماع على الحاق ولد الولد بابيه و ان توزع فى غيره و موضع الاحتمالين اذا كان ولد الولد وارثا من الميت اما لو كان هناك ولد الصلب فلا حكم له مع احتمال تأثيره مط نظرا الى صدق الاسم و نبه على ما ذكره فى الكفايه أيضا

### الثالث عشر قال فى لك لو تعددت الزوجات و اختلف فى الحكم كذات الولد و غيرها

على القول بالفرق استحقت ذات الولد كمال الثمن من رقبه الأرض و تاخذ الاخرى حصّتها ممّا ترث من عينه و تصرف قيمه ما ترث من قيمته و هل يكون العين للزوجه الاخرى أم لسائر الورثه اوجه اجودها اختصاص الزوجه به لأنّ ذلك نصيبتها بنص و رجوعها الى نصفه لكان الزوجه الأخرى فيقتصر فيه على ما يستحقه عملا بالعموم و لو امتنعت من اداء القيمه فكامتناع الوارث و نبه فى ضه و الكفايه على جميع ما ذكره هنا أنّ ما نبه عليه اخيرا بقوله لو امتنعت اه فصّرّح فى عد بأنّه لو اجتمعن ورثت كمال الثمن فى رقبه الارض و نصفه فى الباقي

### منهل هل دفع القيمه فى المواضع التى تستحق الزوجه مط او غير ذات الولد على وجه التعيين

#### اشاره

بمعنى أنّها لا تستحق الا القيمه و انه لا يجوز للورثه بذل الاعيان لها او لا بل هو رخصه لهم لتسهيل الامر بينهم فيتخيرون بين رفع العين و القيمه و لا- يجوز للزوجه المطالبه بالقيمه ان بذلوا العين و لا المطالبه بالعين ان بذلوا القيمه فيه قولان احدهما انّ ذلك على وجه التعيين و هو للزوجه و ظ لك و حكاه فى الرياض عن المحقق الثانى

ص: ٦٩٢

و الصيمرى و ثانيهما ان ذلك على وجه التخيير و هو للكفايه و الرياض و حكاه فيه عن جماعه للأوّلين اولا الاصل و ثانيا ظهور النصوص و معظم الفتاوى فى ذلك كما نبه عليه فى لك قائلا- ظ النصوص ان القيمه تجب على وجه قهرى و لا- على طريق المعاوضه فلا- تاخذ الزوجه العين و اورد عليه فى الرياض بالمنع من ظهور النصوص فى ذلك لورودها فى مقام توهم العين فلا يفيد سوى الإباحه و سبيلها سبيل الأوامر الواردة مورد توهم الحظر الغير المفيده لذلك سواها كما برهن فى محلّه و قد يناقش فيما ذكره بالمنع منه سلمنا و لكن غايه ما يترتب على ما ذكره هو عدم دلالة تلك النصوص على يقين دفع القيمه دلالتها على جوازها و لكن ليس فيها دلالة على جواز دفع العين فينبغى فيه الرجوع الى الأصل و هو يقتضى المنع منه كما لا يخفى لا يقال يكفى فى الدلالة على جواز ذلك عمومات ادله الارث السليمه عن معارضه النصوص الدّالة على دفع القيمه على ما ذكره قدّس سرّه لأننا نقول العمومات المذكوره تدلّ على لزوم دفع العين و قد عرفت بطلانه فينبغى تخصيصها بغير محلّ البحث فلا يكون

مندرجا تحتها و اما احتمال ان يكون المراد منها لزوم دفع العين بالنسبه الى غير محل البحث و جوازه بالنسبه اليه فضعيف جدًا للزومه استعمال اللفظ في حقيقته و مجازه و هو غير جائز عند كثير من محققى الاصوليين سلمنا جوازه و لكن لا اشكال فى مرجوحيته بالنسبه الى التخصيص المتقدم اليه الإشاره فلا يصار اليه سلمنا عدم اولويته منه و لكن لا أقل من تساويهما و معه لا يمكن التمسك بتلك العمومات على جواز دفع العين أيضا كما لا يخفى و اما حملها على الجواز فى الجمله بالنسبه الى جميع افرادها فضعيف أيضا لأنه مجاز و من الظاهر ان التخصيص اولى منه و لئن تنزلنا فلا أقل من التساوى و معه لا يجوز التمسك بها على ذلك كما تقدم اليه الإشاره و بالجمله لا دليل على جواز دفع العين فلا يمكن الحكم به و للآخرين ما ذكره فى الرياض من اشعار جملته من الروايات بما صاروا اليه و قد يجب عما ذكره باليمنع منه اولاً و بعدم حجتيه و صلاحيته لتخصيص الاصل على تقدير تسليمه ثانياً و المسأله محل اشكال فلا ينبغى فيها ترك الاحتياط حيث يمكن و هو انما يحصل بدفع القيمه دون العين كما اعترف به فى الرياض بل المصير الى لزوم هذا فى غايه القوه و

### ينبغى التنبيه على امور

#### الأول على القول الاول لا تستحق الزوجه اجره الاعيان

و لا يتوقف التصرف على اذنها و لا يجوز التصرف فيها ببيع او هبه او وقف او نحو ذلك و تكون الاعيان بتمامها لسائر الورثه و يعكس الامر فى جميع ما ذكر على القول الثانى

#### الثانى لو تعذر للزوجه اخذ القيمه

على القول الاول فصرح فى ضه و لك بأنه يجوز لها ان تاخذ من الاعيان بقدر حصتها من باب التقاص

#### الثالث تبه فى لك و الكفايه و الرياض على كيفيه التقويم

قائلين كيفيه التقويم للبناء و الالات و الشجر على القول بانسحاب الحكم فيه ان يقوم مستحق البقاء بحسب الارض مجاناً الى ان يفنى فيقدر الدار كأنها مبينه فى ملك الغير على وجه لا يستحق عليها اجره الى ان يفنى و يعطى قيمه ما عدا الارض من ذلك و زاد فى لك قائلاً و قيمه الشجر كك حتى لو فرض على عدم القيمه للأرض فى بعض الأنواع من الشجر كالزيتون لم ينقض عنه شىء بسببها و زاد فى الرياض قائلاً و ذكر الصيمرى وجها آخر لكيفيه التقويم اخصر من الاول و هو ان يقوم الارض على تقدير خلوه من الابنيه و الاشجار ما يسوى فاذا قيل عشره مثلاً قومت اخرى مضافه اليها فاذا قيل عشرون كانت شريكه فى العشره الزائده و جميع ما ذكره جيد كما يستفاد من الرياض و تبه فى ضه على ما ذكره فى لك بقوله يقوم البناء و الدور فى ارض المتوفى خاليه عن الارض باقيه فيها الى ان يفنى بغير عوض على الأظهر و يعطى من القيمه الربع او الثمن

#### منهل هل يجب ان يحبى لمن يستحق الحبوه بالسلاح او لا

ذهب الى الاول بعض الاصحاب فيما حكى عنه و فيه اشكال من الاصل و العمومات و مصير المعظم الى الثانى و من دلالة جملته من الاخبار كمرسله ابن اذينه و خبر فضيل بن يسار و مضمرة سماعه على الاول و لكنها ضعيفه السند الا ان يدعى ان الاضمار

من سماعه غير قادح و لكن فيه نظر و هل يجب ان يحبى له بالكتب و الرحل و الزاحله او لا حكى عن بعض الاصحاب الاول و المستفاد من المعظم الثانى و المسأله فى غايه من الاشكال و مراعات الاحتياط فيها مهما امكن اولى و لكن ما عليه المعظم لا يخ عن قوه للأصل و العمومات و الشهره العظيمه و عدم اشتها ثبوت الحبوه فيها و اما صحيح ربعى الدال على ثبوتها فى الثلاثه فيمكن حملها على ما يوافق مذهب المعظم و كذا يحمل خبر شعيب العرقوفى و موثقه سماعه مضمرة و صحيحه ابى بصير الداله على ثبوتها فى الجمله

### منهل اختلف الأصحاب فى توقف استحقاق الولد الاكبر للحبوه على ان يقضى ما فات من والده من صلاه و صوم

فحكى عن بعض الاصحاب القول بالتوقف و صار فى لف و التنقيح و لك و الكفايه الى عدم التوقف و هو ظ من لم يتعرض لهذا الشرط كالنافع و يع و السرائر و الغنيه و الانتصار و الارشاد و التحرير و عد و اللمه و هو المعتمد لإطلاق النصوص الوارده فى الحبوه المعتضد بالشهره

### منهل اختلف الاصحاب فى توقف استحقاق الحبوه على بلوغ الولد الذى يستحقها

فحكى عن بعض القول بالتوقف و ظ الاكثر خلافه و هو المعتمد لإطلاق النصوص المعتضد بفتوى الاكثر كالتسيورى فى التنقيح و الشهيد الثانى فى لك و ضه و الفاضل الخراسانى و السيد فى الانتصار و الحلّى فى السرائر و ابن زهره فى ظ الغنيه و الفاضلين فى السرائر و فع و الارشاد و التحرير و لف و القواعد

### منهل اذا انحصر الولد الاكبر فى فرد و كان له اولاد غير ذكور

فهل يختص الحبوه بذلك الولد الذكر او لا يستحق احدهم الحبوه فيه اشكال من ان المفروض فى كلام المعظم الولد الاكبر و هو لا يشمل محل الفرض و من دلاله جمله من الأخبار على استحقاق مطلق الولد الذكر و هو شامل للأكبر و الأصغر لكن خرج الثانى حيث يوجد الاول و لا دليل على خروج محلّ الفرض فيبقى مندرجا تحت الاطلاق و لكن هذه الاخبار ضعيفه الأسناد فلا يصح التعويل عليها و لكن يظهر من والدى قدس سرّه دعوى الاتفاق على استحقاق الولد المتحد و لم يظهر لى وجهها تمت

ص: ٦٩٣

## كتاب القضاء

### [القول فى القضاء]

### منهل القضاء من الواجبات الكفائيه

### اشاره

كما صرّح به فى ثر و يع و عد و د و الايضاح و التنقيح و اللمه و ضه و لك و مجمع الفائده و الكشف و الكفايه و ض و لهم على أصل الوجوه وجوه منها ظهور الاتفاق عليه كما أشار إليه فى مجمع الفائده قائلا دليل وجوب قبول الولايه من الإمام ع حال

حضوره ان لم يفهم وجوبه منه ح بخصوصه وجوب الحكم و ارتكابه مع عدم المانع كفايه هو الاجماع و الاعتبار و يعضد ما ذكره قول الرّياض القضاء من فروض الكفايه بلا خلاف فيه بينهم اجده و منها ما تمسك به في لك و مجمع الفائده و ض من توقف نظام النّوع الانساني عليه و منها ما تمسك به في التنقيح و لك و مجمع الفائده و ض من ان الظلم من شيم النفوس فلا بد من حاكم ينتصف من الظالم للمظلوم و منها ما تمسك به في ثر و التنقيح و لك و الكشف و ض من اشتماله على الامر بالمعروف و النهي عن المنكر فيشملة العمومات الدّاله على وجوبها من الكتاب و السنّه و منها ما تمسك به في مجمع الفائده قائلا- دليل وجوب قبول الولايه من الامام ع حال حضوره الاعتبار من وجوب رد الظالم عن ظلمه و انتصاف المظلوم منه و دفع المفسد و غلبه بعضهم على بعض و ايصال حقوق النّاس اليهم و اقرار المحق مقرّه بل انتظام النّوع و المعيشه و ذلك دليل وجوب النّبى ص و الامام ع فت و منها ما اشار اليه في ثر و التنقيح و لك و مجمع الفائده و الكشف من قوله ع ان الله لا يقدر أمّه ليس فيهم من يأخذ للضعيف حقّه و زاد في الاخير قائلا- و نحوه في مرسل ابن ابي عمير و منها عموم قوله تعالى مَنْ لَمْ يَحْكُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ و في آيه اخرى فَأُولَئِكَ هُمُ الظّالمُونَ و في اخرى فَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ فت و لهم على كون الوجوب كفايّا بعد ظهور الاتفاق عليه كما اشار اليه بعض الاصحاب ما اشار اليه في مجمع الفائده بقوله اما كونه كفايّا فلحصول الغرض المطلوب منه كما فهم من دليله لا فرق فيما ذكر بين حالتي حضور الامام ع و عدمه و

### ينبغي التنبيه على امور

#### الاول و الثاني اذا انحصر القاضى الجامع للشرائط فى فرد تعين عليه

و لم يقم غيره مقامه و صار الواجب الكفائى عيّنّيا ح كما صرح به فى د و س و التنقيح و ضه و مجمع الفائده و الكفايه و الرّياض و لهم اولا ظهور الاتفاق عليه و ثانيا ما تبّه عليه فى لك بقوله لان الواجب الكفائى أنّما يسقط عن بعض المكلفين بقيام البعض و أنّا خوطب به الجميع و اثموا بتركه فحيث لا- يوجد أنّا واحد فهو المخاطب على التعيين و لا يجوز له الامتناع ح فان امتنع و جعلناه كبيره او اصّرّ عليه فسق و خرج عن اهليه القضاء لفوات الشرط و مع ذلك لا يسقط عنه الوجوب لأنه قادر على تحصيل الشرط بالتّوبه كما لا يسقط الصّلاه عن المحدث بامتناعه من الطّهارة فاذا تاب تولى و قد صرح بما ذكرنا فى لك و لا فرق فى ذلك بين حالتي حضور الامام ع و غيبته

#### الثالث اذا تعدد القاضى و كان كلّ منهم صالحا له و متمكنا منه

فيجب على جميعهم الاتيان به و اذا قام به بعض سقط عن الباقيين و ان امتنع جميعهم اثموا و كان حكمهم فى الفسق و وجوب الرجوع عنه بالتّوبه كما سبق فى المعين و قد صرح بجميع ذلك فى لك

#### الرابع اذا تعدد القاضى و لكن لم يتمكّن من اقامته الا واحد منهم

او لم يتمكّن من الرجوع الا الى واحد منهم تعين عليه كما صرح به فى لك قائلا لما تقرر من ان الواجب الكفائى اذا لم يقم بها

به احد وجب عينا على القادر عليه و لان الامر بالمعروف واجب عليه و هو متوقف على شرط قادر عليه فيجب عليه تحصيله

### **الخامس اذا تعدد القاضى و ترفع الى احدهم المتخاصمان و علما بوجود مثله**

فهل يتعين على المترافع اليه القضاء او لا المعتمد هو الثانى و اذا اعتقد انحصار القاضى الجامع للشرائط فى احدهم فهل يتعين عليه القضاء و ان وجد غيره او لا فيه اشكال و لكن الاحتمال الاول فى غايه القوه و مع ذلك فهو احوط و عليه فهل يصدقان فى ذلك مط و لو ظن بكذبهما او لا مط و لو ظن بصدقهما او يصدقان لو ظن بصدقهما او شك فيه و الا فلا احتمالات احوطهما الاول و الثالث فى غايه القوه

### **السادس اذا صلح للقضاء واحد لا غير**

و لكن جهل الناس و الخصوم به و لم يعرفوه فهل يجب عليه الاعلام بنفسه و السعى فى تمكنه من ذلك او لا ربما يظهر الاول من يع و عد و س و التنقيح و ضه و لك لتوقف الواجب على الاعلام فيكون واجبا من باب المقدمه و التحقيق ان يق ان علم الناس بفقد الجامع للشرائط و تعطل امرهم لذلك و جب عليه الاعلام و ان اعتقدوا اتصاف غيره بذلك و كونه صالحا له و لكنّه ليس فى الواقع كك ففى وجوب الاعلام ح اشكال و لكنه احوط بل هو الاقرب و اذا شك فى وجود الجامع للشرائط غيره و رأى اعتماد الناس على بعض و احتمال صلاحيته لذلك فالاقرب عدم الوجوب و اذا صلح للقضاء جماعه فهل يجب على جميعهم الاعلام او يكفى اعلام بعضهم بنفسه المعتمد الاخير ان حصل الكفايه به و الا و جب الاعلام بقدر ما يحصل به الكفايه و هل يستحب للجميع الإعلام او لا الاقرب الاول

### **السابع هل القضاء واجب مطلق كالصلاه بالنسبه الى الوضوء**

فيجب تحصيل جميع مقدماته او واجب مشروط كالحج بالنسبه الى الاستطاعه صرح بالأول فى مجمع الفائده قائلا على تقدير الانحصار او الاحتياج الى اكثر يكون الوجوب عيتيا و كذا تحصيل هذه المرتبه على تقدير عدمها يكون عيتيا بالنسبه الى من تمكن منها و ذلك يتفاوت فلا يبعد تعيينه على من يكون قريبا منها لأنه حصل أكثر ما يتوقف عليه و بقى القليل فلا يكون واجبا على من لم يتمكن منه عادة بل على من تمكن أيضا و لكن ما حصل منها شيئا او حصل شيئا يسيرا او حصل كثيرا الا أنه يحتاج الى الاشتغال فيها بزمان كثير حتى يحصّلها بخلاف غيره و هكذا و ذلك بعينه حال الاجتهاد نعم لا يبعد على غير المشتغلين و جب مساعدتهم بكلّما يقدرّون من تحصيل معاشهم و الورق و الدواه و القلم و الكتب و المقابله و بكلّما امكن ممّا يقربه الى المط و لا شكّ فى حسنه و هو ظ و ما ذكره احوط بل لا يخ عن قوه

### **الثامن هل يستحب فى صورته تعدد القاضى و تمكنهم من القضاء ان يتولاه**

كلّ واحد منهم مع وثوقه من نفسه فيكون مستحبّا عيتيا و ان كان واجبا كفاثيا ح او لا حكى فى ضه الثانى عن بعض قائلا و فى



استحبابه مع التعدد قولان اجودهما ذلك مع الوثوق من نفسه بالقيام به و صرح بالأول في ثرو النافع و عدو هي و يرو و دوس و التنقيح و ضه و مجمع الفائده و الكشف و الكفايه و الرياض و هو المعتمد و لهم وجوه منها أنه ادعى الاجماع عليه في ثر قائله عليه اجماع الامه الا ابا قلابه فانه طلب للقضاء فلحق بالشام فاقام زمانا ثم جاء فلقية ابو ايوب السجستاني و قال له لو أنك وليت القضاء و عدلت بين الناس رجوت لك في ذلك فقال يا ابا ايوب السابح اذا وقع في البحر كم عسى ان يسبح الا ان ابا قلابه رجل من التابعين لا يقدح خلافه في اجماع الصحابه و قد بينا انهم اجمعوا و لا يمتنع ان يكون امتناعه كان لأجل أنه احس من نفسه بالعجز لأنه كان من اصحاب الحديث و لم يكن فقيها و يعضد ما ذكره اولاً ما تبّه عليه في الكشف قائله يستحب التولي للقضاء من قبل الامام ع لمن يثق عن نفسه بالقيام بشرائطها على الاعيان الا من وجب عليه لأنه قال في ط و عليه اجماع الامه الا ان ابا قلابه ثم ذكر ان خلافه لا يقدح في الاجماع مع احتمال أنه امتنع لعلمه بعجزه لأنه كان من اصحاب الحديث و لم يكن فقيها و ثانيا قول الرياض قبول القضاء من السلطان العادل مستحب لمن يثق و يعتمد على نفسه بالقيام بشرائطه و استحبابه عيني فلا ينافي ما قدمناه من أنه واجب

ص: ٦٩٤

كفائي و لا خلاف في ذلك عندنا خلافا لبعض العامه فحكم بالكراهه للنصوص المحدّره و منها ما تمسك به في السيرائر من الكتاب قائله القضاء بين المسلمين جائز و ربما كان واجبا فان لم يكن واجبا ربما كان مستحبا قال الله تعالى يا داؤد الايه و قال الله تعالى فدا و ربك الايه و قال تعالى و داؤد و سليمان إذ يحكمان الايه و قد ذم الله تعالى من دعى الى الحكم فاعرض عنه فقال و إذا دعوا الى الله و رسوله ليحكم بينهم إذا فريق منهم معرضون و مدح قوما دعوا اليه فاجابوا فقال إنما كان قول المؤمنين إذا دعوا له و منها ما تبّه عليه في التنقيح قائله في القضاء ثواب جزيل ففي الحديث أنه لما بعث عليا ع قال له لأن يهدي الله بك رجلا واحدا خير من حمر النعم و قال ع اذا جلس القاضى فى مجلسه هبط عليه ملكان يسددانه و يوفقانه فاذا جار عرجا و تركاه و يعضد ما ذكره قول السيرائر و الكشف و عن ابن مسعود أنه قال و الله لان اجلس يوما فاقضى بين الناس احب الى من عباده سنه لا يق يعارض ما ذكره جملة من الروايات منها النبوى المرسل من جعل قاضيا فقد ذبح بغير سكين و منها النبوى الاخر المرسل من ولي القضاء فقد ذبح بغير سكين قيل يا رسول الله و ما الذبح قال نار جهنم و منها النبوى الاخر المرسل يؤتى بالقاضى العدل يوم القيمة فمن شده ما يلقاه من الحساب يود ان لم يكن قاضيا بين اثنين فى تمره و منها الصادقى ع المرسل ان النواويس شكت الى الله عز و جل شده حرها فقال لها عز و جل اسكتى فان مواضع القضاء احز منك لأننا نقول هذه الاخبار لا تصلح لمعارضه الاخبار المتقدمه الداله على الرجحان من وجوه عديده و قد يجمع بينها بما تبّه عليه في ثر قائله الوجه فى الجمع بين هذه الاخبار ان من كان من اهل العلم بالقضاء و يقضى بالحق فهو مثاب و من كان من اهل العلم لكنه لا يقضى بحق او كان جاهلا لم يحل له ان يليه و كان مأثوما و يعضد ما ذكره اولاً قول التنقيح ليس المراد من هذه الأحاديث ذم القضاء مط بل المراد اشتماله على المشقه و الخطر العظيم فى صعوبه شروطه من العلوم و الاعمال فانه لا يجوز له ان يتعرض له الا من كان عالما بالاحكام الشرعيه عن مأخذها التفصيليه ورعا عن المحارم زاهدا فى الدنيا متوفرا على الأعمال الصالحه متجنباً للذنوب كبارها و صغارها شديد الحذر من الهوى حريصا على التقوى و لشده هذه الشروط كان السلف يمتنعون منه و ثانيا قول الكشف و ما ورد من الاخبار الناهيه عنه مخصوص بالاعتبار و النصوص بمن لا يتولى عن عادل و من يجوز فيه اولاً يجنبه و ثالثاً قول الرياض حمل الاصحاب النصوص المحدّره على من لم يستجمع الشرائط و اراده بيان حصره و لا بأس به انتهى

## القول فى شرائط القاضى

### منهل يشترط فى القاضى البلوغ و العقل

#### اشاره

فلو كان غير بالغ او مجنوناً لم ينفذ قضاؤه و لم يصح حال الوصفين و قد صرح بهذين الشرطين فى بيع و دفع و دوير و التبصره و عدوس و اللمع و لك و مجمع الفائده و الكفايه و الكشف و الرياض و لهم وجوه منها الاصل و منها ظهور الاتفاق على اعتبار الشرطين المذكورين و منها تصريح لك بأنهما موضع وفاق و يعضد ما ادعاه اولاً قول مجمع الفائده يشترط فى القاضى البلوغ و العقل و دليله الاجماع و ثانياً قول الكشف يشترط فيه البلوغ و العقل اتفاقاً و ثالثاً قول الرياض يشترط التكليف بالبلوغ بلا خلاف فيه اجده بيننا و منها ما احتج به فى لك و مجمع الفائده و الكشف و الرياض قائلين لان الصبى و المجنون لا ولايه لهما على انفسهما فانتماؤهما على غيرهما اولى و لا ينفذ قولهما على انفسهما فالاولى ان لا ينفذ على غيرهما و منها ما دل على اشتراط الإسلام و الايمان و العدالة فى القاضى لفقداهما فى الصبى و المجنون فتأمل و

#### ينبغى التنبيه عليه امور

### الاول لا يختص الشرطان المذكوران بالقاضى الذى ينصبه النبى ص

او الامام ع بل يعمانه و غيره كما هو ظاهر اطلاق بيع و د و اللمع و لك و مجمع الفائده و الكفايه و اقتصر فى س و ضه على الحكم بكونهما شرطين فى القاضى المنسوب

### الثانى لا فرق فى الصبى بين المميز و غيره

و لا فى المميز بين البالغ رتبه الاجتهاد و غيره و لا بين ان يكون له ولى يسدده او لا

### الثالث لا فرق فى المجنون بين المطبق و الادوارى

كما صرح به فى عد و ير و الكشف و هل ينفذ قضاؤه حال الافاقه اذا حكم فيها او لا المعتمد هو الاول

### منهل يشترط فى القاضى أيضاً طهاره المولد

فلا يصح و لا ينفذ قضاء ولد الزنا و لو كان مجتهداً جامعاً لسائر الشرائط و قد صرح بهذا الشرط فى النافع و بيع و الارشاد و التبصره و ير و عدوس و ضه و مجمع الفائده و الكفايه و الكشف و الرياض و لهم وجوه منها الاصل و منها انه تبه فى مجمع الفائده على دعوى الاجماع على ذلك قائلاً يشترط فى القاضى طهاره المولد فكان دليله الاجماع و يعضد ما ذكره اولاً قول

الكفايه الظاهر أنه لا خلاف في اشتراط طهاره المولد و ثانيا قول الكشف يشترط طهاره المولد اتفاقا و ثالثا قول الرياض يشترط طهاره المولد بلا-خلاف فيه اجده بيننا و منها فحوى ما دلّ على كون طهاره المولد شرط في الشاهد و الامامه و تبّه على ما ذكرناه في لك بقوله اما طهاره المولد فلقصور ولد الزنا عن هذه المرتبه حتى ان امامته و شهادته ممنوعتان فالقضاء اولى و يعضد ما ذكره اولاً قول ير لا ينفذ قضاء ولد الزنا لنقصه و عدم صلاحيته للإمامه و عدم قبول شهادته في الاشياء الجليله و ثانيا قول الكشف لا ينفذ قضاء ولد الزنا اما على القول بكفره فلما مرّ و على الاخر لبعده عن الامامه في الصّلاه و قبول الشّهاده فعن الولايه اولى و ثالثا قول مجمع الفائده كان دليله اشتراطها في الشاهد و فيه اولى و منها ما تبّه عليه في مجمع الفائده بقوله كان دليله تنفر الانفس و عدم الانقياد هل يشترط في القاضى ان لا يكون ولد الحيز او لا لم اجد متعرضا لهذه المسأله و لكن الاقرب الثانى

### منهل يشترط في القاضى المذكوره

فلا ينفذ قضاء المرأه و ان كانت عالمه مجتهده و قد صرّح بهذا الشرط في ف و فع و يع و د و ير و التبصره و عد و س و لك و الكشف و لهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه و منها أنه حكى في الرياض عن العلامه دعوى الاجماع قائلاً يشترط المذكوره بلا خلاف فيه اجده بيننا بل عليه الاجماع في نهج الحقّ و يعضد ما حكاه قول لك هذا الشرط موضع وفاق و منها الاصل و قد تبّه عليه في الخلاف بقوله لا يجوز ان تكون المرأه قاضيه في شىء من الاحكام دليلنا ان جواز ذلك يحتاج الى دليل لان القضاء حكم شرعى فمن قال تصلح له يحتاج الى دليل و منها ما تمسك به في لك قائلاً اما اشتراط المذكوره فلعدم اهليه المرأه هذا المنصب لأنه لا- يلىق بحالها مجالسه الرجال و رفع الصوت بينهم و لا بدّ للقاضى من ذلك و منها ما احتج به في الكشف من عدم صلاحيتها للإمامه في الصّلاه للرجال فالقضاء بينهم اولى بعدم الجواز و منها ما احتج به في الكشف قائلاً لا ينعقد قضاء المرأه و ان جمعت باقى الشرائط لما فى الاخبار من نقصان عقلها و دينها و قيام اثنين منهنّ مقام رجل واحد في الشهاده غالباً و منها ما استدل في الخلاف و الرياض من النبوى المرسل لا يفلح قوم وليهم امرأه و منها ما عول عليه في الخلاف قائلاً و قال ع اخروهنّ من حيث اخرهنّ الله فمن اجاز لها ان تلى القضاء فقدّمها و اخر الرجل و منها ما استند اليه

ص: ٦٩٥

في الخلاف أيضا قائلاً و قال ص من فاته شىء من صلاته فليسبّح فانّ التسبيح للرجال و التصفيق للنساء فالتبى ص منعها عن النطق لثلاً يسمع كلامها للافتتان بها فبان يمنع القضاء الذى يشتمل على الكلام و غيره اولى و منها ما تبّه عليه في الكشف بقوله و لقول الباقر ع فى خبر جابر و لا يول المرأه و لا تولى الاماره و منها ما تبّه عليه في الرياض بقوله و فى خبر اخر فى وصيه النبى ص لعلى ع يا على ليس على المرأه جمعه الى ان قال و لا- تولى القضاء و منها انّ الام لا تصلح ان تكون وليه على ولدها و لا على بنتها فعدم صحّه ولايتها و ولايه غيرها من النساء على سائر الناس فى القضاء و الحكم اولى و لا فرق فى ذلك بين قضائها على الرجال و النساء و الخناثى

### منهل يشترط في القاضى الايمان و كونه من الاثنى عشرية

اشاره

فلا يصح ولا ينفذ قضاء الكفار ولا المخالفين ولا غير الاماميّ من سائر فرق الشيعة وقد صرح بهذا الشرط ابن ادريس في ثر و المحقق في فح و يع و قه في د و ير و التبصره و عد و تهذيب الاصول و السيد عميد الدين في المنيه و هو شرح يب الاصول و الشهيد في س و اللمعه و الشهيد الثاني في ضه و لك و المحقق المقدّس الأردبيلي في مجمع الفائده و الفاضل الخراساني في الكفايه و الفاضل الهندي في الكشف و والدي العلامة في الرياض و لهم وجوه منها الاصل و قد نبه عليه في السرائر بقوله و منعنا من صحّحه الحكم لغير اهل الحق فقد الاذن من ولي الحكم فيما يحكمون به منه و منها ظهور الاتفاق عليه و منها أنّه صرح في ضه بدعوى الاجماع عليه قائلاً- يشترط في القاضي الايمان اجماعاً و يعضد ما ادّعاها اولاً قول مجمع الفائده يشترط اتصاف القاضي بالايمان اي كونه اثني عشرياً و هو أيضاً اجماعى عندنا و ثانياً قول الرّياض يشترط فيه الايمان بالمعنى الاخصّ اي الاعتقاد بالاصول الخمسه بلا- خلاف فيه بيننا اجده بل عليه الاجماع في عبارات جماعه كالمسالك و غيره و منها ما تمسك به السيّد عميد الدين في المنيه قائلاً- يشترط في الحاكم الايمان فلا يقبل فتوى غير المؤمن و لا حكمه لأنّه لم يحكم بما انزل الله فيكون فاسقاً ظالماً و قد ظهر ان الفاسق لا يقبل فتواه و لا يمضى حكمه لوجوب الثبوت عند خبره و لعله اشار الى عموم مفهوم قوله تعالى **إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ فَاَسِقٌ** الآية و لعله اشار العلامة في يب الى ما ذكره بقوله يشترط في الحاكم لان غيره ليس محلاً للأمانه و منها انه لو جاز قبول حكم غير المؤمن لكان بين المؤمن و الفاسق مساواه من هذه الجهة و التالي باطل فالمقدم مثله اما الملازمه فلان غير المؤمن فاسق عندنا و اما بطلان التالي فلاصله عدم المساوات و هي مستنده الى قوله تعالى **أَفَمَنْ كَانَ مُؤْمِنًا كَمَنْ كَانَ فَاسِقًا** لا يَسْتَوُونَ و هو و ان كان وارداً في مورد خاص و لكن العبره بعموم اللفظ لا بخصوص السبب على الاقرب و يعضده قوله تعالى **لَا يَسْتَوِي أَصْحَابُ النَّارِ وَأَصْحَابُ الْجَنَّةِ** لان غير المؤمن من اهل النار و منها أنّه لو جاز ذلك لجاز الركون الى الظالم و التالي باطل فالمقدم مثله اما الملازمه فلان قبول حكم غير المؤمن نوع من الركون اليه و هو ظالم لأنّه فاسق و كل فاسق ظالم اما لنفسه او لغيره و منها ان الاعتماد على حكم غير المؤمن عمل بغير العلم فالاصل عدم جوازه للعمومات المانعه من العمل بغير العلم من الكتاب و السنه و تبّه على ما ذكرناه في السرائر بقوله و منعنا من صحّحه الحكم لغير اهل الحق اضلالهم عنه و تعذر العلم عليهم بشيء منه لأجل نفذهم الباطل و تنفيذه و منها ان غير المؤمن لا يصح امامته و لا شهادته فالقضاء اولى بذلك و قد نبّه على ما ذكر في الكشف قائلاً يشترط فيه الايمان فلا ينفذ قضاء الكافر و لا الفاسق لعدم الثقه و الصّلاحيه للإمامه في الصّلاه و للشّهاده فالقضاء اولى و منها ما تبّه عليه في لك قائلاً اما اشتراط الايمان فان اريد به الإسلام او ما في معناه فواضح لان الكافر ليس من اهل التقليد على المسلم و لا على مثله و ان اريد الخاص المتعارف كما هو الظاهر فلمشاركه غيره للكافر في عدم اهليه التقليد و اختلاف الاصول المعتبره فيه عند الفريقين و منها ما تبّه عليه في الكشف بقوله و نفى السبيل للكافر على المسلم يخرج الكافر و منها ما تبّه عليه في الكشف أيضاً بقوله و الاخبار بالتقاضي الى رجل منكم يخرج غير المؤمن و منها ما تبّه عليه في الرّياض بقوله يشترط فيه الايمان بالمعنى الاخصّ لان الكافر ليس من اهل التقليد و للنصوص المستفيضه بل المتواتره في المنع عن الترافع الى حكام الجور و الظلمه و قضاه العامه في اعتبار الايمان و منها ما تبّه عليه في مجمع الفائده بقوله و يدلّ أيضاً الاخبار الآتيه لان العداله شرط و غيره غير عدل بل فاسق بل ما كان ينبغي ذكره اكتفاء بالعداله عنه ألاّ أنّهم ارادوا التصريح و التنصيص فلا يحتمل ان يكون المراد مجرد الإسلام كما ذكره في ح يع و

**ينبغي التنبيه على امرين**

**الاول لا فرق في عدم صحّحه قضاء غير المؤمن بين ان يكون على المؤمن او له**

او على غيره اوله و لا فرق فى غير المؤمن بين ان يكون موافقا للقاضى فى الدين و المذهب او لا و حكى فى لك و الكشف عن بعض العامه تجويز توليه الكافر على اهل ملته و نحلته و صرح فى الاول بأنه شاذ

## الثانى لا فرق فى ذلك بين القاضى المنسوب

و غيره

### منهل يشترط فى القاضى العدالة

فلا يصح و لا ينفذ قضاء الفاسق و غير العادل و قد صرح بهذا الشرط فى الخلاف و ط و ث و يع و فع و عد و د و ير و تهذيب الاصول و منيه اللبيب و س و اللمعه و جامع المبين شرح التهذيب للشهيد و لك و ضه و مجمع الفائده و الكفايه و الكشف و الرياض و لهم و جوه منها ظهور الاتفاق عليه و منها انه صرح بدعوى الاجماع على ذلك فى ضه قائلا يشترط العدالة اجماعا و يعضد ما ادّعه هنا اولاً قوله فى لك هذا الشرط موضع وفاق و ثانيا قول الغنيه يجب ان يكون عدلا بلا خلاف الا من الاصم و خلافه غير معتد به و ثالثا قول الخلاف يشترط فى القاضى ان يكون عدلا و لا يجوز ان يكون فاسقا دليلنا اجماع الفرقه بل اجماع الامه لان خلاف الاصم قد انقض و رابعا قول الكفايه لا خلاف فيه اجده و منها ما تمسك به فى ير و تهذيب الاصول و الكشف لا يشترط العدالة من ان غير العدل ليس اهلا- للأمانه و منها ما احتج به فى المنيه و جامع المبين من ان من ليس بعدل يكون محطوطا عن رتبته قبول الشهاده فالولى ان ينحط عن رتبته نفوذ الحكم و يعضد ما ذكره اولاً قوله لك شرط العدالة فى قبول الشهاده فبالقضاء اولى لعدم اهليته للشهاده و ثانيا قول بعض لا ينفذ قضاء الفاسق لعدم الصيلاحيه للشهاده فبالقضاء اولى و ثالثا قول الرياض للمنع عن شهادته فبالقضاء اولى و منها ما استدل به فى الكشف و الرياض من ان الفاسق لا يصح امامته فى الصيلاه و القضاء اولى و قد نبه على هذا و ما تقدمه فى مجمع الفائده قائلا و لأنها شرط فى غير القضاء ففیه بالطريق الاولى و منها ما عول فيه فى مجمع الفائده قائلا و لأنها شرط الفتوى فهو شرط فى القضاء و منها ما استند اليه فى مجمع الفائده أيضا قائلا و لكونه واجب الاتباع و وجوب قبول قوله و الفاسق بل غير العدل ليس كك للعقل و النقل فت و منها ما اعتمد

ص: ٦٩٦

عليه فى مجمع الفائده أيضا قائلا اما اشتراط العدالة فلان المامون فى امور الدين و الدنيا للمكلفين و النائب مناب الذى يشترط عصمته لا يمكن غير عدل و هو ظاهر و منها ما نبه فى الرياض بقوله و النصوص المستفيضة بل المتواتره فى المنع عن الترافع الى حكام الجور و الظلمه و قضاء العائنه فى اعتبار الايمان و العدالة صريحه و منها ما تقدم اليه الاشاره من عموم نفي المساوات بين العادل و الفاسق و عموم مفهوم آيه النيا و عموم النهى عن الركون الى الظالم و العمومات المانعه عن العمل بغير العلم و منها ما نبه عليه فى الرياض قائلا- يشترط العدالة للأصل بناء على اختصاص منصب القضاء بالامام اتفاقا فتوى و نصا و منه الصحيح المروى بعده طرق و فيها الصحيح فى الفقيه اتقوا الحكومه فانما هى للإمام العالم بالقضاء العادل فى المسلمين كنبى ص او وصى نبى خرج منه القاضى المستجمع لهذه الشرائط بالاذن من قبله كما يأتى بالنص و الاجماع و ليسا فى فاقدها فالاصل اقوى حجه على العدم مضافا الى الاجماع المحقق و المحكى و فحوى الصحيح المتقدم بالاضافه الى اشتراط العلم و العدالة و يعضد

ما ذكرناه من الاصل ما تبه عليه في الخلاف بقوله من جوزناه مجمع على جواز توليته و ما ذكروه لا دليل عليه و لا فرق في هذا الشرط بين القاضى المنصوب و غيره

### منهل يشترط في القاضى ان يكون عالما بالحكم الشرعى الذى يقضى به

و قد صرح بهذا الشرط فى ف و الغنيه و ث و يع و فع و د و ير و عد و التبصره و تهذيب الاصول و س و اللّمعه و الروضه و لك و مجمع الفائده و الكفايه و الكشف و الرّياض و حكى عن ط و لهم و جوه منها ظهور الاتفاق على ذلك و منها أنه صرح بدعوى الاجماع على ذلك فى الخلاف قائلا لا يجوز ان يتولى القضاء الا من كان عالما بجميع ما و ليه و لا يجوز ان يستدعيه شىء من ذلك و لا- يجوز ان يقلد غيره ثم يقضى به دليلنا اجماع الفرقه و اخبارهم و يعضد ما ادّعاه اولاً قول الغنيه يجب فى متولى القضاء ان يكون عالما بالحق المرود اليه بدليل اجماع الطائفة و ثانياً قول لك عدم جواز الحكم لغير المذكور موضع وفاق بين اصحابنا و ثالثاً قول مجمع الفائده يشترط كون القاضى عالماً بالحكم و القضاء فى حال القضاء مع كونه مجتهداً و هو معلوم فى الاصول لعل دليلهم عليه الاجماع و فيه أيضاً فى مقام اخر عدم جواز الحكم لغير العالم متفق عليه و مدلول الاخبار و رابعاً قول الكفايه يعتبر فيه العلم بلا خلاف و خامساً قول الرّياض يشترط فيه العلم بلا خلاف فيه اجده بيننا بل عليه الاجماع فى لك و الغنيه و نهج الحق و منها اصاله عدم صحه قضاء غير العالم كما تبه عليه فى الخلاف و الرّياض و منها ما تمسك به فى الخلاف و الغنيه قائلين توليه المرء ما لم يعرفه قبيحه عقلاً و لا يجوز فعلها و منها ما احتجّ به فى الغنيه و السرائر قائلين الحاكم مخبر عن الله تعالى و نائب عن رسول الله ص و لا شبهه فى قبح ذلك من دون العلم و منها جوه اخر سيأتى اليها الاشارة إن شاء الله تعالى و بالجملة لا شبهه فى انه لا يجوز و لا يصح و لا ينفذ الحكم و القضاء لغير المجتهد و غير العالم مع عدم علمه و لو تقليداً و المراد بالعلم هنا ما يعم ظنّ المجتهد الجامع لشرائط الفتوى و الحكم لما سيأتى اليه الاشارة من صحه قضائه مط و لو استدل الى الظنّ المعبر شرعاً و هل يجوز و يصح و ينفذ حكمه و قضائه اذا قلد عالماً مجتهداً جامعاً لشرائط الفتوى فى احكام القضاء و حكم بمقتضى تقليده مع التمكن من قضاء العالم المجتهد بما يقضى به فيصح التقليد فى العبادات و المعاملات فيكون التقليد بالنسبه اليه بمنزله ظنّ المجتهد الى نفسه الذى هو بمنزله العلم فكما يجوز للمجتهد الحكم و القضاء بمجرد ظنه المعبر شرعاً و القائم مقام العلم فكك يجوز لغير المجتهد الحكم و القضاء بمجرد التقليد و لو تمكن المجتهد الذى يصح منه الحكم و القضاء من مباشرته او لا يجوز و لا يصح ذلك و لا ينفذ و لا يصح و لا يجوز الا حكم المجتهد المستند الى علمه او ظنه المعبر شرعاً المعتمد هو الاحتمال الاخير و قد صرح به و صار اليه فى الخلاف و الغنيه و ث و يع و فع و التبصره و عد و د و لك و ضه و مجمع الفائده و الكفايه و الكشف و الرّياض و هو ظ المراسم و المنتهى و اللّمعه و لهم و جوه منها ظهور اتفاق اصحابنا على ذلك و منها أنه صرح فى الخلاف بدعوى الاجماع على ذلك و قد تقدّم الاشارة الى عبارته المتضمّنه لذلك و يعضده اولاً قول الخلاف فى مقام اخر لان عدم جواز التقليد فى القضاء اجماع الصّحابه فان الكل اجتهدوا و تركوا التقليد فى مسئلة الوجوب و الحرام و المشتركه و ميراث الجدّ و العول و لم يرجع بعضهم الى بعض فى تقليده فثبت بذلك أنهم اجمعوا على ترك التقليد و ثانياً قول السرائر انّ الحاكم اذا كان مفتقراً الى مسئلة غيره كان جاهلاً بالحكم و قد بينا قبح الحكم بغير علم و جواب من يسأله لا يقضى العلم فلهذا حقّ عليه اللّعنه و لأنه كان عند مخالفتنا ان كان الاجتهاد فهو مستغن عن غيره و لا يحلّ له تقليده و ان كان عامياً لم يحلّ تقليد الحكم بين الناس فقد حقّت لعنته باجماع الّا ان فى المخالفين من يجوز للقاضى ان يستفتى العلماء و يقضى بين الناس و ثالثاً ما حكاه الشهيد الثانى عن العلّامة فى رساله منسوبه اليه مصنّفه فى خصوص مسئلة عدم جواز تقليد الميت قائلًا و ممّن ذكر الاجماع على عدم جواز الحكم لغير المجتهد العلّامة فى لف فى كتاب القضاء فى مسئلة احضار القاضى

اخرها قد اجمعنا على أنّه لا يجوز ان يلى القاضى المقلد بل هذا اجماع المسلمين قاطبه فان العامّه أيضا يشترطون فى الحاكم الاجتهاد و أنّما يجوزون قضاء غيره بشرط ان يولىه ذو الشوكه و هو السلطان المتغلب و جعلوا ذلك ضروره فالقول بجواز القضاء لمن قصر عن الدرجه من غير توليه ذى الشوكه كما هو الواقع مخالف لإجماع المسلمين و رابعا قول الروضه و قد فهم من تجويز ذلك للفقهاء المستدلين عدم جوازه لغيرهم من المقلّدين و بهذا المفهوم صرّح المصنف و غيره من غير نقل خلاف فى ذلك سواء قلّم حيا أم ميتا نعم يجوز لمقلد الفقيه الحى نقل الاحكام الى غيره و ذلك لا يعد افتاء اما الحكم فيمتنع مط للإجماع على اشتراط اهليه الفتوى فى الحاكم حال حضور الامام و غيبته و خامسا قول لك فى مقام و لا ينعقد لغير العالم و لا يكفيه فتوى العلماء و لا- بدّ ان يكون عالما بجميع ما و ليه و المراد بالعالم هنا الفقيه المجتهد فى الاحكام الشرعيه و على اشتراط ذلك فى القاضى اجماع علمائنا و لا فرق بين حاله الاختيار و الاضطرار و قوله أيضا فى مقام اخر ان الاجتهاد شرط فى القاضى مط فى جميع الازمان و الاحوال و هو موضع وفاق و سادسا قول الرّسالة المتقدم اليها الاشاره فى مقام الطعن على جماعه من معاصريه فى تجويز الحكم و القضاء و تحليف المنكر بتقليد الاموات فان ذلك غير جائز و لا هو محلّ الوهم فتصريح الفقهاء بمنعه فى كتبهم بل الاغلب ذكره فى كل كتاب مرتين الاولى فى كتاب الامر بالمعروف و الاخرى فى كتاب القضاء و لا يحتاج ان ننقل عباراتهم المصرحه بذلك فانها فى الموضوعين مشتهره واصله الدلاله جازمه الفتوى بغير خلاف فى ذلك بينهم بل صرّحوا بأنّ ذلك اجماعى بل ذكر الاصحاب فى كتبهم أنّه لا يتصور حكم المقلّد بوجه و لا توليه المجتهد الحى له فى حكم و ذكروا فى باب الوكاله

ص: ٦٩٧

ان مما لا يقبل النيباه القضاء لان النائب ان كان مجتهدا فى حال الغيبه لم يتوقف حكمه على نيابه و الا لم تجز استنابته و سابعا قول مجمع الفائده فيما حكينا عنه سابقا و قوله فى مقام آخر لا بد من العلم و قد عتينا أنّه لا بد من ان يكون مجتهدا مقبولا قوله و قد عرفوه فى الاصول و لا شك فى ذلك مع وجود المجتهد و ثامنا قول الكفايه لا خلاف لمن يعتد بقوله بين الاصحاب فى اعتبار كونه فقيها جامعا للشرائط و الاتفاق عليه منقول فى كلامه و تاسعا قول الكشف و لا يكتفى عندنا بفتوى العلماء و تقليدهم فيها بل لا- بدّ من اجتهاده فيما يقضى به خلافا لبعض العامه و يجب ان يكون عالما بالفعل او بالقوه القريبه بجميع ما و ليه بالاجتهاد دون التقليد و على ما ذكرنا لا- يكفى فى اهليه القضاء العلم بفتاوى العلماء لا اعرف فيه خلافا بينهم و عاشرا قول الرّياض و الاصل فى اعتبار اهليه الفتوى فى صحّه القضاء الاجماع الظاهر و المحكى فى ضه و لك و غيرهما و تبّه على ما ذكره من الاجماع فى المفاتيح أيضا قائل لا فرق فيمن نقص عن مرتبه النظر بين المطلع على فتوى الفقهاء و غيره و لا بين حاله الاختيار و الاضطرار باجماعنا فيهما فيكون قوله هذا معاضد آخر غير ما تقدم اليه الاشاره و ربما يعضده أيضا ما حكيناه عنه عن ابن زهره أيضا و منها ما تمسّك به فى الرّياض من الاصل و منها ما احتج به فى الرّياض أيضا قائل لا و الاصل فى اعتبار اهليّه الفتوى فى صحّه القضاء بعد الاجماع الظاهر الاصول و العمومات من الكتاب و السنه المستفيضه بل المتواتره الناهيه عن العمل بالمظنه و من ليس له الاهليه لا يحصل له سوى المظنه غالبا المنهى عن العمل بها بل من له الاهليه ككك الّا ان حججه ظنّه مقطوع بها مجمع عليها فهو ظنّ مخصوص فى حكم القطع كسائر الظنون المخصوصه من ظواهر الكتاب و السّينه المتواتره اللفظيه و الانساب و السّوق و اليد و غيرها و لا كك ظن من ليس له الاهليه اذ لا دليل على حججه قطعيا و لا ظنيا و لو سلّم الاخير فغايبته

اثبات الظن بمثله و هو غير جائز باطباق العقلاء و منها ما احتج به هنا في الخلاف قائلا و أيضا قوله تعالى فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ وَقَالَ وَ مَا اخْتَلَفْتُمْ فِيهِ مِنْ شَيْءٍ فَحُكْمُهُ إِلَى اللَّهِ ثبت ان الرجوع الى الحجة و منها ما استدل به هنا في الخلاف أيضا قائلا و أيضا قوله تعالى وَ أَنْ احْكُم بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَ مِنْ حُكْمٍ بِالتَّقْلِيدِ فَمَا حُكِمَ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَ مِنْهَا مَا تَمَسَّكَ بِهِ فِي الْغَنِيِّ وَ تَهْذِيبِ الْأَصُولِ مِنْ قَوْلِهِ تَعَالَى وَ مَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ وَ زَادَ فِي الْأَوَّلِ قَائِلًا- وَ مِنْ حُكْمٍ بِالتَّقْلِيدِ لَمْ يَقْطَعْ عَلَى الْحُكْمِ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَ مِنْهَا مَا تَبَّهَ عَلَيْهِ فِي لُكِّ بِقَوْلِهِ وَ أَمَّا الْعِلْمُ فَلْيَنْهَى عَنِ الْقَوْلِ عَلَى اللَّهِ تَعَالَى بِدُونِهِ وَ يَعْضُدُ مَا ذَكَرَهُ أَوْلًا- قَوْلِ التَّحْرِيرِ يَحْرِمُ الْحُكْمَ بِغَيْرِ عِلْمٍ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى وَ أَنْ تَقُولُوا عَلَى اللَّهِ مَا لَا تَعْلَمُونَ\* وَ قَالَ اللَّهُ وَ لَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ وَ ثَانِيًا اِحْتِجَاجِ الْكُشْفِ بِمَا ذَكَرَهُ فِي التَّحْرِيرِ مِنَ الْآيَتَيْنِ الشَّرِيفَتَيْنِ أَيْضًا وَ مِنْهَا مَا تَبَّهَ عَلَيْهِ فِي مَنِهِ اللَّيْبِ قَائِلًا لِأَنَّ الْحُكْمَ مَعَ الْجَهْلِ قَوْلُ فِي الدِّينِ بِمَجْرَدِ التَّشْهِيِ وَ هُوَ مُحْرَمٌ أَجْمَاعًا وَ مِنْهَا مَا اِحْتَجَّ بِهِ فِي ف وَ لُكِّ مِنَ النَّبِيِّ الْمُرْسَلِ الْقَضَاءُ ثَلَاثَةً وَاحِدَةً فِي الْجَنَّةِ وَ اثْنَانِ فِي النَّارِ فَالَّذِي فِي الْجَنَّةِ رَجُلٌ عَرَفَ الْحَقَّ فَقَضَى بِهِ وَ اللَّذَانِ فِي النَّارِ رَجُلٌ عَرَفَ الْحَقَّ وَ جَارٍ فِي الْحُكْمِ وَ رَجُلٌ قَضَى لِلنَّاسِ عَلَى جَهْلٍ وَ مِنْهَا أَنَّهُ لَوْ جَازَ الْحُكْمَ بِالتَّقْلِيدِ لِتَسَاوَى الْعَالَمِ وَ غَيْرِهِ مِنْ هَذِهِ الْجِهَةِ وَ التَّالِي بَاطِلٌ فَالْمَقْدَمُ مِثْلُهُ أَمَّا الْمَلَاذِمَةُ فَظَاهِرَةٌ أَمَّا بَطْلَانُ التَّالِي فَلِعَمُومِ نَفْيِ الْمَسَاوَاتِ فِي قَوْلِهِ تَعَالَى هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَ الَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ وَ مِنْهَا مَا تَمَسَّكَ بِهِ فِي ف قَائِلًا وَ رَوَى أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لَمَّا بَعَثَ مَعَاذًا إِلَى الْيَمَنِ قَالَ ثُمَّ تَقَضَى بَيْنَهُمْ يَا مَعْزَابُ بَكْتَابُ اللَّهِ قَالَ فَإِنْ لَمْ نَجِدْ قَالَ بَسْنَهُ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ فَإِنْ لَمْ نَجِدْ فَاجْتَهِدْ بِرَأْيِي وَ فِي بَعْضِهَا فَاسْتَاذَنَ جُلَسَائِي فَقَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي وَفَّقَ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لَمْ يَقُلْ أَقْلَدُ الْعُلَمَاءَ وَ مِنْهَا مَا تَبَّهَ عَلَيْهِ فِي الْغَنِيِّ بِقَوْلِهِ وَ نَحْتَجُّ عَلَى الْمَخَالَفِ

بما روه في خبر تقسيم القضاء و رجل قضى بين الناس على جهل فهو في النار و من قضى بالتقليد فقد قضى على جهل و منها ما تبه عليه في الكفايه بقوله يعتبر فيه العلم بلا- خلافا و عن ابي عبد الله ع قال القضاء اربعة ثلاثة في النار و واحد في الجنة رجل قضى بجور و هو يعلم فهو في النار و رجل قضى بجور و هو لا يعلم فهو في النار و رجل قضى بالحق و هو لا يعلم فهو في النار و رجل قضى بالحق و هو يعلم فهو في الجنة و منها ما تبه عليه في الكشف قائلا لا ينفذ قضاء الجاهل بالاحكام نظرا و تقليدا و لا المقلد غير المستقل لشروط الفتوى للأمر في الاخبار بالتحاكم الى من عرف الاحكام و نظر في الحلال و الحرام و نحوه قول الباقر ع في صحيحه ابي عبيده من افتى الناس بغير علم و لا هدى من الله لعنته ملائكة الرحمة و ملائكة العذاب و لحقه وزر من عمل بفتياه و نحوه قول الصادق ع في مرفوع البرقي القضاء اربعة اه و منها ما تبه عليه في الكشف أيضا بقوله و في خبر سليمان بن خالد اتقوا الحكومه فان الحكومه ائمة هي للإمام العالم بالقضاء العادل في المسلمين كنبى ص او وصى نبى و قول امير المؤمنين ع في خبر اسحاق بن عمار لشريح يا شريح قد جلست مجلسا لا يجلسه الا نبى او وصى نبى او شقى و فيما ذكره نظر بل قد يناقش في جميع الآيات و الاخبار المتقدمة و غيرها الداله بعمومها على عدم جواز العمل بغير العلم في الحكم و القضاء و منه التقليد فيهما بانها غير باقيه على ظواهرها من العموم اذ لا ريب في جواز الحكم و القضاء للمجتهد العالم بظنه المستفاد من الادله المعتمده شرعا و كذلك لا- ريب في جواز العمل بغير العلم في اكثر المواضع و منها تقليد غير المجتهد للمجتهد في المسائل الفقهيه الغير المعلومه فيجب ح ارتكاب التاويل فيها اما بتخصيصها بغير الموارد التي قام الدليل فيها على اعتبار غير العلم او حمل العلم فيها على ما يعم الظن و غيره المعتمدين شرعا و ح ان قلنا بان العام المخصى ص لا- يكون حجه في الباقي فلا اشكال في سقوط التمسك بالعمومات المذكوره في محل البحث و ان قلنا بان العام المخصى ص حجه في الباقي فكك يسقط التمسك بها هنا للزوم تخصيصها بما دل على جواز تقليد في الشرعيات و منها التقليد في الحكم و القضاء و كك الامر لو حمل العلم على المعنى الاعم المشار اليه و بالجمله التقليد في القضاء و الحكم كالتقليد في سائر الاحكام بالنسبه الى غير المجتهد و كظن



المجتهد في الاعتبار شرعا فيلزم خروج الجميع عن جميع تلك العمومات فلا يجوز الاحتجاج بها في محل البحث مع هذا فقد يدعى انصرافها الى القول و والحكم في الدين بمجرد التشهي و الاقتراح و المصالح المرسله و من الظاهر ان التقليد في الحكم و القضاء ليس من هذا القبيل كما ان ظن المجتهد أيضا ليس من هذا القبيل و يعضد ما ذكرناه ما تبه عليه السيد عميد الدين في حيب و هو منيه اللبيب في مقام المناقشه في الاحتجاج على اشتراط القضاء بالعلم بان الحكم مع الجهل قول في الدين بمجرد التشهي و هو محرم اجماعا قائلا و فيه نظر للمنع من الملازمه لجواز استناد الحكم الى التقليد و ليس ذلك قولاً في الدين بمجرد

ص: ٦٩٨

التشهي و كذا يعضد ذلك ما تبه عليه السيد المشار اليه في الكتاب المذكور في مقام المناقشه في مقام الاحتجاج على الشرط المذكور بان الحكم مع الجهل قول على الله بما لا يعلم و هو محذور لقوله تعالى وَ أَنْ تَقُولُوا (عَلَى اللَّهِ) مَا لَا تَعْلَمُونَ\* و قوله تعالى وَ لَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ قَائِلًا و فيه نظر لان الآيه الاولى غير جاريه على ظاهرها و الا لما جاز بناء الحكم على الادله الظنيه و هو باطل اتفاقا و ح يجب التاويل اما في لفظ القول بان يحمل على القول الجازم او في لفظ العلم بان يحمل على ما هو اعم من مفهومه الحقيقي بحيث يندرج فيه الظن و ح اذا استند الى تقليد لم يكن قولاً على الله بما لا يعلم و الثانيه خطاب الله مع الرسول ص و قد يجاب عما ذكرناه و عن ما ذكره السيد المحقق المشار اليه اولا بان تخصيص التقليد في القضاء و الحكم من تلك العمومات المانعه من العلم بغير العلم الذي من جملته التقليد المذكور انما يصح لو قام دليل يدل على صحه هذا التقليد اما بعمومه او بخصوصه كما قام الدليل على صحه تقليد غير المجتهد له في غير الحكم و القضاء و على جواز عمل المجتهد بالظن فيهما و هو مم لأن ما دل على جواز التقليد في الجملة من الاجماع قولاً و فعلاً و تقريراً و نفى الحرج في الدين و نحو ذلك لا يشمل هذا التقليد و لا يدل عليه لا بخصوصه و لا بعمومه كما لا يخفى و اسباب التعديه عن مورد من الاجماع المركب و تنقيح المناط و اتحاد طريق المسألتين و قاعده الاولويه و التنصيص على العله و الاستقراء كلها منتفيه قطعاً و اما القياس فعلى تقدير تسليمه هنا فليس بحجه شرعيه عندنا معاشر الاماميه و اما قوله تعالى فَسئَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ\* و مفهوم قوله تعالى إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا و بعض الاخبار و هو الدال على جواز التقليد ففي نهوضها لإثبات جواز التقليد في الحكم و القضاء اشكال سلمنا دلالة ما ذكر بعمومه على جواز التقليد في الحكم و لكن التعارض بينه و بين العمومات المانعه من العمل بغير العلم من الكتاب و السنه من قبيل تعارض العمومين من وجه بعد ارتكاب التخصيص في كل منهما و من الظاهر ان هذه العمومات اولى بالترجيح من وجوه عديده سلمنا انها اعم مط من معارضتها المشار اليه و لكن لاعتضادها بفتوى الاصحاب بعدم جواز الحكم و القضاء بالتقليد لا يصح الخاص مط لتخصيصه و قد اشرنا اليه في هذا الكتاب مرارا و ثانيا بان المناقشه في دلاله قوله تعالى و لا تقول ما لا تعلمون و قوله تعالى وَ لَا تَقْفُ الْآيَةَ الِيهِ عَلَى الْمَدْعَى غير قادحه و لو سلم صحتها لأن ما دل على عدم جواز العمل بغير العلم من الكتاب و السنه كثير و ثالثاً بان بعد تعذر حمل قوله تعالى و لا تقولوا ما لا تعلمون! على ظاهره لا ينحصر التاويل فيه فيما ذكره من التاويلين بل ارتكاب التخصيص فيه اولى لان ما ذكره من التاويلين مرجعه الى التجوز و قد بينا في المفاتيح و سائر كتبنا الاصوليه أنه مرجوح بالنسبه الى التخصيص حيث يدور الامر بينهما و عليه تنهض هذه الآيه الشريفه لإثبات المدعى بناء على المختار من ان العام المخصيص حجه في الباقي على ان حمل العلم فيها على المعنى الاعم الشامل لا يقدرح في دلالتها على المدعى أيضا لظهور عمومها في عدم جواز الحكم و القضاء بمجرد التقليد الخالي من الظن و اذا ثبت عدم جوازه ح بعموم الآيه ثبت مط و لو مع الظن اذ لا قائل بالفرق بين الصورتين على الظاهر كما لا يخفى و رابعاً بان قوله تعالى وَ لَا تَقْفُ مَا

لَيْسَ لَمَكِّ بِهِ عِلْمٌ و ان كان بحسب الظاهر خطابا للنبي ص و لكنّه بحسب التحقيق خطاب لامته و لذا قد عوّل عليه كثيرين الاصوليين فى منع حجّيته جملة من الظنون سلّمنا الاختصاص به ص و لكن الاصل اشتراك امته معه فى حكم هذا الخطاب فت

**منهل هل يجوز لمن لم يبلغ رتبة الاجتهاد اصلا ان يقضى بالتقليد للمجتهد الحيّ**

**اشاره**

حيث لم يتمكن من المجتهد الذى يصحّ قضائه لقطع الدّعى او لا فلا يصح قضاء غير المجتهد مط قولان احدهما انه لا يصح القضاء و الحكم بالتقليد مط و لو لم يتمكن من المجتهد كما هو الغالب فى اكثر البلاد و هو لصريح لك و ظ اطلاق الخلاف و الغنيه و ثرويع و فع و التبصره و عد و د و الكفايه و الكشف و الرياض و ثانيهما انه يصح القضاء و الحكم بالتقليد ح و قد مال اليه فى مجمع الفائده و حكاه عن بعض قائلنا فى كتاب القضاء اما مع عدم وجود المجتهد فالمشهور عدمه بل نقل على عدم جواز الحكم ح الاجماع و لكن رأيت حاشيه على الدروس ما هذا لفظه للفقهاء العدل الامامى و ان لم يجمع شرائط الاجتهاد الحكم بين التماس و يجب العمل بما يقول من صحه و ابطال و كذا حكم البيه و اليمين و الزام الحق و عدمه فى حال الغيبه و عدم المجتهد ابن فهد رحمه الله و كتب بعدها منقوله هذه الحاشيه من الشيخ حسين بن الحسام البستام دام فضله فيحتمل ان يكون مراده فى المجمع عليه و فى المختلف فيه أيضا بفتوى الـاعلم الذى لو كان حيا لكان الحكم له او المتجزى الذى اجتهد فى ذلك الحكم فيعلم منه جواز الفتوى عنده بالطريق الاولى و ظاهر الادله اشتراط العلم بالمسأله فيهما و هى العقل و النقل كتابا و سنه و اجماعا و الاحتياط واضح لا يترك ان امكن و تبه فيه على هذا القول أيضا فى كتاب الامر بالمعروف قائلنا قد نقل عدم جواز الحكم لغيره اجماعا لكن نقل عن ابن فهد جواز الحكم و الاحلاف و الاثبات بالبينه و سائر خصائص الحكم أيضا لفقهاء مع عدم اتصافه بشرائط الفتوى عند تعذره و لا يبعد ذلك و حكى هذا القول الشهيد الثانى فى رساله منسوبه اليه قائلنا ان تقليد الميت على تقدير جوازه و تحقق طريقه انما يكون فى آحاد المسائل الجزئيه التى يتعلق بالمكلف فى صلاته و باقى عباداته و معاملاتـته لاـ فى كل شىء مما قد وصل اليه عصرنا حتى جوزوا به الحكم و القضاء و تحليف المنكر و من ماثله و تفريق مال الغائب و نحو ذلك من وظائف المجتهدين للأوّلين وجوه منها الأصل و منها اطلاق دعوى الاجماع على عدم جواز القضاء و الحكم بمجرد التقليد فى الخلاف و الغنيه و ثرويه و لك و الكفايه و الكشف و المفاتيح و الرياض و يعضد الاطلاق المذكور الشهره العظيمه التى لا يبعد معها دعوى شذوذ المخالف بل القائل بالقول الثانى صريحا غير معلوم و النقل عن ابن فهد غير ثابت و نفى البعد عن هذا القول فى مجمع الفائده ليس صريحا فى اختياره و اهل العصر الذين اشار اليهم الشهيد الثانى فى تلك الرساله ليسوا من اهل التحقيق و الفتوى كما يستفاد من هذه الرساله و قد يق ان اطلاقات الاجماع المحكيه و عبارات المعظم منصرفه الى صورته التمكن من المجتهد للحكم و القضاء دون حال الضروره و عدم التمكن منه لهما كما ان اطلاقات النصوص و فتاوى الاصحاب فى ابواب العبادات و المعاملات و غيرها تنصرف الى حال الاختيار دون الضروره و الاضطرار كما لا يخفى و قد يجاب عما ذكر بان صورته عدم التمكن من المجتهد لما ذكره فى الصوره الغالبه فى جميع الاعصار و الامصار فيلزم حمل الاطلاقات المذكوره عليها فتكون صريحه او كالصريحه فى افاده المدعى و يؤيد ذلك ان الحكم بالتقليد لو جاز فى هذه الصوره عند الاصحاب او معظمهم او جماعه منهم لوقع التنبيه عليه فى كلماتهم لتوفر الدواعى عليه و بطلان التالى ظاهر فت و منها العمومات المانع عن العمل و الحكم بغير العلم من الكتاب

و السِّينه و قد تقدم الى جمله منها الاشاره و منها العمومات المانعه عن القضاء لغير النَّبِيِّ ص و الوصِيِّ ع خرج منها المجتهد بما سيأتى اليه الاشاره و لا دليل على خروج المقلد فيبقى مندرجا تحتها و للآخرين وجوه أيضا منها انه لو لم يجز الحكم و القضاء بالتقليد لغير المجتهد لزم الحرج العظيم و المفسد العظيم و الضرر الجسيم و التالى باطل فالمقدم مثله اما الملازمه فلان الدعاوى التى يجب قطعها و الحكم فيها فى النفوس و الاعراض و الاموال و و الحقوق فى جميع الاعصار و الامصار و القرى و غيرها فى غايه الكثره و المجتهد الذى يصلح للحكم و القضاء غير موجود فى اكثر الاماكن من البلاد و القرى و غيرها و ما يوجد فيه من بعض الازمنه يتعذر او يتعسر الوصول اليه و الترافع عنده غالبا لان الشخص الواحد يستحيل عاده تنظيمه لأمر هو فى غايه الكثره فلو انحصر جواز الترافع فى المجتهد لزم الحرج العظيم بالنسبه الى نفس المجتهد و الى سائر الناس فيلزم تعطيل الحقوق و الاموال و بقاء الدعاوى و ذلك موجب لثوران الفتن و حدوث العداوات و البغضاء بين العباد الى ان ينتهى الى تلف النفوس و الاموال و الاعراض و الترافع عند حكام الجور و عند الكفار و كل ذلك مفسده عظيمه و مضره جسيمه و اما بطلان التالى فلأدله الاربعه الداله على نفى الحرج و نفى المفسده و نفى الضرر شرعا و مما يؤيد ذلك ان اكثر الاحكام الشرعيه من الواجبات و المحرمات التى قام عليها الادله القاطعه و البراهين الساطعه من الكتاب و السنه تسقط باستلزامها الحرج و الضرر و من جمله ذلك و جوب سقوط الاجتهاد على من لم يبلغ درجته و جواز التقليد له و من جمله ذلك أيضا سقوط وجوب تقليد الاعلم و الاورع و الحى حيث يتعسر تقليدهم و من جمله ذلك سقوط الاجتهاد عن المجتهد لضروره من ضيق الوقت و نحوه و جواز التقليد له فان العمده فى جميع ذلك القواعد المشار اليها و ان دل على غيرها أيضا و بالجمله هذه القواعد مجمع عليها بين الاصحاب معول عليها عندهم فى جميع ابواب الفقه و أما الخلاف بينهم فى ان قاعده نفى الحرج هل هى كقاعده نفى التكليف بما لا يطاق فلا يجوز تخصيصها بشىء من ظواهر الكتاب و السنه و لو كانت خاصه او لا بل هى كسائر القواعد المستفاده من العمومات التى تجوز تخصيصها بالخاص و الاقوى منها و قد احتج بها على هذا القول فى مجمع الفائده قائلا بعد الاشاره اليه و لا- يبعد ذلك و الا- يلزم الحرج و الضيق المنفيان عقلا- لا- يق يعارض ما ذكره و ما ذكرناه اطلاقات الاجماع و العمومات المانعه من التقليد هنا و هى اولى بالترجيح لكثرتها و اعتضاها بالاصل و بالشهره المحققه و المحكيه لأننا نقول لا نسلم ذلك لان التعارض بين المتعارضين هنا من قبيل تعارض العمومين من وجه كما لا يخفى و من الظاهر ان الترجيح مع القواعد التى اشرنا اليها لكثرتها و اعتضاها بترجيحها فى اكثر المقامات عند الاصحاب على العمومات التى يعارضها تعارض العمومين من وجه و اعتضاها بالاعتبار العقلى بل الاقرب عندى ان قاعده نفى الحرج كقاعده التكليف فيما لا يطاق فى عدم قبول تخصيص و التاويل فاذن ترجيح تلك الاطلاقات و العمومات باعتضاها بالاصل و الشهره فى غايه الضعف على ان هذه الشهره ليست حاصله من تنصيصات المعظم بعدم جواز التقليد هنا بل انما حصلت من اطلاقاتهم و من الظاهر ان دلالة الاطلاق ضعيفه و لا يق الحرج كما يندفع بالحكم و القضاء بالتقليد كك يمكن بالاصلاح بين المتخاصمين و هذا هو الغالب فى قطع الدعاوى و كك يمكن بتاخير النزاع حتى يتمكن من الترافع عند المجتهد فان لم يتمكن من الامرين و كان ابقاء النزاع مستلزما لمفسده عظيمه فيمكن ان يكون المناط قطعه بالظن بحقيه احد الخصمين او الصيالح القهري من باب الحسبه و بالجمله غايه ما يستفاد من عموم دليل نفى الحرج على تقدير تسليم جريانه هنا هو لزوم قطع الدعاوى لا خصوص العمل بما تقرر فى الشريعة لقطعها من الاحلاف و العمل بشهاده الشهود و نحو ذلك لعدم انحصار قطعها فيه فدعوى تعين العمل بما تقرر فى الشريعة لقطعها ح يحتاج الى دليل و ليس و لا يرد مثل هذا بالنسبه الى المجتهد لقيام الادله القاطعه على أنه يتعين بما تقرر فى الشريعة لقطعها فتأمل ثم انا نقول ان

القاعده المذكوره لو دلت على جواز القضاء بالنحو المقرر شرعا للعالم الغير المجتهد لدلت على جوازه للفساق و الجهال حيث لم يتمكن من معرفه المسائل

و تقليد المجتهد و انتم لا- تقولون به فما هو جوابكم هنا فهو جوابنا فى محل البحث لأنا نقول الاندفاع بالامور المذكوره غير ممكن امّا الصّليح الاختيارى فهو حيث يجتمع شرائطه و ان كان صالحا لقطع النزاع شرعا و لا- يشترط فيه الاجتهاد و لا- اذن المجتهد لكنه لا- يتفق المتنازعان غالبا على اختياره و لو ألح المصلحون على الالتماس منهما ذلك و قد اتفق لنا ذلك مرارا عديده و مع ذلك فقد يتفق النزاع بعد الصّليح باعتبارات عديده منها دعوى احدهما او كليهما الغبن فيه و بالجمله هو لا يحسم ماده النزاع فى جمله من الاحوال و اما الصّليح القهرى فهو كالتقليد خلاف الاصل و لا دليل على صحته فترجيحه على التقليد يتوقف على الدليل و ليس بل التقليد اولى بالترجيح اما اولاً فلان القائل بجواز التقليد فى الحكم و القضاء من اصحابنا موجود و قد بيناه سابقا و ربّما يعضده اشتهاه مباشره غير المجتهد لهما فى جميع الاعصار و الامصار مع ان المباشرين لهما الذين لم يبلغوا درجه الاجتهاد من اهل الفضل و الصلاح و التقوى ظاهرا و قل ما نجد من العلماء المجتهدين نهيهم عن هذا الفعل و الاعراض عنهم من هذه الجبهه و ملاحظه مراتب التّهى عن المنكر بالنسبه اليهم و نجد الفرق الواضح بين اشتهاه الكذب و الغيبه و اشتهاه هذا الذى ذكرنا و أيضا لم نجد مصرحا بالمنع عن التقليد فى الحكم و القضاء فى محل البحث من اصحابنا المحققين سوى الشّهد الثانى فى لك و هو نادر جدّا و اما سائر اصحابنا فلم نعثر على كثير منهم فى هذا الباب بنفى و لا باثبات و اما الباقيون فهم اطلقوا المنع من التقليد فى الحكم و القضاء فليس كلامهم صريحا فى المنع من ذلك فى محل البحث اذ دلالة الاطلاق ليست من الدلالات الصّريحه بل من الدلالات الظاهره بل ظهورها اضعف من ظهور العام فى العموم كما لا يخفى و من الظاهر ان الصّليح القهرى ليس ككك اذ لم نجد قائلا بصحته هنا بل الظاهر اتفاق الاصحاب على بطلانه و لا ريب ان المخالف للأصل الذى يكون القائل به موجودا ارجح من الذى لا يكون القائل به ظاهرا حيث يدور الأمر بهما و اما ثانيا فلان الصّليح القهرى فلم نجد له مصداقا فى الشريعه و ان وجد فهو فى غايه الندره بخلاف التقليد فان مصداقه فى الشريعه اكثر من ان يحصى بل قوام فروع الدّين بالنسبه الى معظم المكلفين به كما لا يخفى فيكون هنا اولى بالترجيح و اما ثالثا فلان الصّليح القهرى غالبا موجب للإضرار بالمتنازعين و لمفاسد اخر بخلاف التقليد فانه ليس كك

ص: ٧٠٠

بل من جمله مصالحه حفظ الشريعه و ترويجها بين الامه و انقيادهم الى الطّاعه و تجنبهم عن المعصيه كما انّ التقليد فى العبادات و المعاملات كك كما لا يخفى و اما التاخير الى زمان التمكن من الترافع عند المجتهد الجامع للشرائط فلاستلزامه بقاء الظلم اللانزم شرعا و عقلا- دفعه و لمفاسد كثيره لا- يخفى خصوصا اذا كان غير معلوم المقدار كما هو الغالب او معلوم الطول مع ان المتخاصمين لا يرضيان غالبا بالتاخير الى ذلك الزمان فيترتب عليه ح مفساد عظيمه من اراقه الدّماء و هتك الاعراض و اتلاف الاموال و نحو ذلك من المعاصى فت و منها اصاله بقاء جواز الحكم و القضاء لمن كان مجتهدا ثم وجب عليه التقليد باعتبار زوال وصف الاجتهاد عنه و اذا جاز لهذا المقلّد جاز مط لعدم القائل بالفصل بين افراد المقلّدين فى هذه المسأله و ربما كان فى مجمع الفائده ايماء الى هذا الوجه حيث ان ظاهر كلامه يفيد الاحتجاج بالاستصحاب على جواز الامرين بالتقليد و لا وجه له على الظاهر الا ما نبهنا عليه و قد يجاب عنه اولا بمعارضته باصاله بقاء جواز الدعوى لعدم قطعه و عدم تسلط احد المتنازعين على الاخر و هذا اولى بالترجيح لو سلم صحّه المعارض له لأنه فرض نادر جدّا بل لم يسمع بوقوعه اصلا و من الظاهر ان مبنى

المطالب الشرعيه غالباً على الغالب كما لا يخفى و ثانياً بمعارضته بادلله القول الاول المتقدم اليها الاشاره و هي اولى بالترجيح فت و منها ما احتج به في مجمع الفائده أيضاً قائلًا بعد الاشاره الى القول الثاني و لا يبعد لعموم بعض الاخبار مثل ما في صحيحه ابي بصير عن ابي عبد الله ع انه قال ايما رجل كان بينه و بين اخ له مماراه في حق فدعاه الى رجل من اخوانكم ليحكم بينه و بينه فابى الا- ان يرافعه الى هؤلاء- كان بمنزله الذين قال الله عز و جلّ أَلَمْ تَرَ إِلَى الَّذِينَ يَزْعُمُونَ أَنَّهُمْ كَانُوا بِاللَّهِ عَلَىٰ مَعَاذٍ لِّمَنْ ذَكَرَهُ بِاللَّهِ مِنَ الْمَشْرِقِ أَوْ الْمَغْرِبِ أَنَّهُمْ لَيْسُوا بِإِنْسَانٍ مُّذْمُومٍ كَذِبٌ عَظِيمٌ يَوْمَ يَقُولُ اللَّهُ لِلَّذِينَ نَحْنُ بَيْنَ يَدَيْهِ أَلَمْ نَكْتُبْ لَهُمْ آيَاتِنَا أَنْ يَقُولُوا سِوَىٰ مَا نَحْنُ عَلَيْهِ كَذِبٌ عَظِيمٌ يَوْمَ يَقُولُ اللَّهُ لِلَّذِينَ نَحْنُ بَيْنَ يَدَيْهِ أَلَمْ نَكْتُبْ لَهُمْ آيَاتِنَا أَنْ يَقُولُوا سِوَىٰ مَا نَحْنُ عَلَيْهِ كَذِبٌ عَظِيمٌ

بالمنع من نهوضه لإثبات المدعى اما اولاً فلأنه ليس في كلام الامام ع دلاله على جواز الترافع عند الاخوان بل غايته نقل واقعه و هو لا- يستلزم التجويز و اما ثانياً فلان دلاله الروايه على المدعى لو سلمت فانما هي باعتبار اطلاق اللفظ و الاطلاق انما يفيد العموم حيث لم يرد في بيان حكم اخر و اما على تقدير وروده في بيان حكم اخر كما في هذه الروايه كما لا يخفى فلا يفيد العموم بل يكون مجملاً و لا ريب ان الاجمال يمنع الدلاله و لا يقتضى الاستدلال و اما ثالثاً فلان الروايه على تقدير دلالتها على المدعى معارضه باطلاقات الاجماع المحكيه على عدم جواز الحكم و القضاء بالتقليد المعترضه بعمومات كثيره و قد تقدم الاشاره الى جميع ما ذكر و من الظاهر ان هذه الاطلاقات اخص مط من اطلاق هذه الروايه فيجب تقييده بها فت و منها ما نبه عليه في مجمع الفائده بقوله و في روايه اخرى رجل قضى بالحق و هو يعلم فهو في الجنه و قد يجاب عما ذكره اولاً بعدم ثبوت اعتبار سند الروايه و ثانياً بمعارضتها بالاطلاقات المتقدم اليها الاشاره و هي اخص من اطلاق هذه الروايه فيلزم تقييده بها فت و منها انه لو توقف القضاء على كون القاضى مجتهداً لما جاز القضاء لغير المجتهد و لو كان عالماً بحكم الواقعه بضروره من الدين او المذهب او غيرها من الأدله المفيده للقطع و التالي باطل فالمقدم مثله اما الملازمه فلان العلم ببعض الاحكام لا يستلزم الاجتهاد قطعاً و الا- لكان جميع الامه مجتهدين اذ ليس احد منهم الا و يعلم بعض الاحكام الشرعيه بل كثيراً منها و اما بطلان التالي فلما سيأتى اليه الاشاره و اذا جاز لغير المجتهد القضاء بعلمه جاز له بالتقليد أيضاً اذ لا قائل بالفرق بين الامرين و في هذا الوجه نظر و منها انه لو توقف القضاء على ما ذكر لما جاز للمجتهد ان يوكل من يقضى بالتقليد و التالي باطل فالمقدم مثله اما الملازمه فظاهره و اما بطلان التالي فللعمومات الداله على صحه التوكيل من نحو قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و قولهم ع في عده اخبار معتبره المؤمنون عند شروطهم و منها ان القضاء بالتقليد قد يكون امراً بالمعروف و نهياً عن المنكر كما ان القضاء بالاجتهاد قد يكون كك كما صرح به بعض الاصحاب فيجوز ذلك بل يجب فت و منها انه لو لم يجز القضاء بالتقليد لما وجب على غير المجتهد معرفه احكام قطع الدعاوى في العقود و الايقاعات و التالي باطل فالمقدم مثله اما الملازمه فظاهره و

اما بطلان التالي فللعمومات الداله على وجوب معرفتها نحو عموم قوله تعالى فَسَيُلْوَ أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ\* و قولهم ع في اخبار كثيره طلب العلم فريضه على كل مسلم و مسلمه فتأمل و المسأله في غايه الاشكال و لكن القول الثاني اقرب الا انه لا ينبغي ترك الاحتياط فمهما امكن الاصلاح بين المتخاصمين على الوجه المعتبر شرعاً برضاء منهما فالاحوط ترك القضاء بالتقليد بل عدم جوازه ح في غايه القوه و لا- يشترط في الصّيح هنا وقوعه باذن المجتهد نعم يشترط معرفه احكامه و كك الا- حوط ترك القضاء بالتقليد حيث يتمكن من تاخير النزاع من غير مفسده و لا- ضرر الى زمان التمكن من المجتهد الجامع للشرائط بل المنع منه ح في غايه القوه و

**ينبغي التنبيه على امور**

**الاول لا فرق على القول الاول بين تقليد الحي و الميت**

## **الثانى يشترط فى القضاء بالتقليد حيث يجوز تقليد الاعلم و الاورع مع التمكن منهما**

و الا جاز تقليد مطلق المجتهدين الجامعين للشرائط

## **الثالث لا يشترط فى القضاء بالتقليد حيث يجوز اذن المجتهد به**

و لا توكيله فيه لا خصوصا و لا عموما و لا تنصيحا و لا فحوى

## **الرابع لا يشترط فى ذلك ان يكون القاضى منصوبا من السلطان**

## **الخامس لا يشترط فى ذلك أيضا ان يكون المتنازعان مقلدين**

لمن يقلده القاضى

## **السادس اذا توقف التمكن من المجتهد لقطع النزاع على مسافره**

او بذل مال كثير او توكيل للغير التمكن من المجتهد و لم يكن فى جميع ذلك حرج و لا مفسده و لا ضرر لا يتحمل وجب ذلك و لم يجز القضاء بالتقليد ح

## **السابع هل يكون حكم القاضى بالتقليد نافذا و لا يجوز ابطاله مط**

و ان حصل التمكن من المجتهد كما فى حكم القاضى بالاجتهاد او لا بل يبقى مراعى الى زمان التمكن من المجتهد الصّالح لقطع الدّعوى فيه اشكال و لكن الاحتمال الاول هو الاقرب

## **منهل هل يشترط فى القاضى كونه قادرا على الكتابه**

### **اشاره**

فلو لم يتمكن من ان يكتب شيئا لم يصح قضائه و لو كان مجتهدا عالما او لا يشترط ذلك اختلف الاصحاب فى ذلك على قولين احدهما انه يشترط ذلك و هو لصريح يع و فع و الرياض و اللّمعه و ظ د و ير و غايه المراد و التنقيح و ضه و حكى هذا فى جملة من الكتب عن الشّيخ و فى الكشف عن ابن سعيد و فى التنقيح عن جماعه من المتقدمين قائلا قال قوم هى شرط و اختاره الشّيخ فى ط و اتباعه و ابن ادريس و مه و المصنف و تبه فى لك على دعوى الشهره على ذلك بقوله هذا اختيار الشّيخ و المصنف و اكثر الاصحاب و يعضد ما ذكره قول الرياض و هل يشترط علمه بالكتابه و قدرته على قراءتها و كتبها الاشبه نعم

و ثانيهما انه لا- يشترط ذلك و قد حكاه فى التنقيح عن قوم و فى غايه المراد عن بعض بلفظ قيل قائلًا و هو احتمال المحقق و المصنف و ربما يظهر من مجمع الفائده الميل اليه للأولين وجوه منها ما نبه عليه فى الرياض من ان الاصل يقتضى الاشتراط و لكن صرح فى غايه المراد بان الاصل يقتضى عدم الاشتراط و لعله اشار بذلك الى العمومات الداله على صحه القضاء من العالم بالحكم مط و الا لكان ما ذكره فى الرياض هو الحق و منها العمومات المانعه عن القضاء لغير النبى ص و الوصى ع خرج العالم القادر على الكتابه بالدليل و لا- دليل على خروج من لم يقدر فيبقى مندرجا تحتها و منها أنه استشعر فى الرياض من السرائر دعوى الاجماع على الاشتراط و عزاه فيه الى عامه المتأخرين قائلًا و نسبه فى السرائر الى مقتضى مذهبنا مع عدم نقل خلاف فيه اصلا مشعرا بدعوى الاجماع عليه منّا و عليه عامه متأخرى اصحابنا بحيث كاد ان يكون ذلك اجماعا و ان اشعر عبارته المتن و ما ضاهاها بوقوع خلاف فيه بينهم لكنهم لم يصرحوا بالمخالف نعم فى التنقيح نسبه الى قوم و لم يعرف عنهم اهم منا أم ممن خالفنا و حيث كان الامر بهذه المثابه ينبغى القطع بما عليه الجماعه سيما مع موافقته الاصل المتقدم اليه الاشاره و لا مخصص له و فيما ذكره نظر و منها ما نبه عليه فى يع و غايه المراد و التنقيح و لك و ضه و الرياض من افتقار القاضى الى معرفه الوقائع و الاحكام التى لا تنضب غالبا الا بالكتابه و قد يجاب عما ذكره بعد تسليم الافتقار الى ما ذكر بالمنع من عدم انضباطها الا بكتابه القاضى بنفسه بل تنضب بكتابه غيره غالبا و لذا لا تخلو القضاء المتصدّين للأمر العامه عن الكتاب سلمنا و لكن الافتقار الى كتابته لا يستلزم فساد حكمه من دونها فت و للأخرين وجوه أيضا منها ان الكتابه غير معتبره فى النبوه التى هى اكمل المناصب و منها تنفرح احكام القضاء و لا- فى قضاء النبى ص فيلزم ان لا تكون معتبره فى قضاء سائر القضاء اما المقدمه الاولى فلان النبى ص كان اميا لا- يحسن الكتابه كما يدل عليه قوله تعالى وَ مَا كُنْتَ تَتْلُوا مِنْ قَبْلِهِ مِنْ كِتَابٍ وَ لَأ تَخْطُهُ يَمِينُكَ إِذَا لَارْتَابَ الْمُحْبِطُونَ و اما المقدمه الثانيه فلان الاستلزام المذكور ثابت بطريق الاولى و قد يجاب عن الوجه المذكور اولا بالمنع من المقدمه الاولى كما حكاه فى غايه المراد و لك عن الشيخ قائلين قال فى ط ان النبى ص كان عالما بها أيضا و انما كان فاقدا لها قبل البعثه و ظ الاول قبول قول الشيخ و يعضده وجوه احدها قول التنقيح و لا نسلم ان النبى ص لم يكن عالما بالكتابه بعد البعثه بل كان عالما بها و الآيه غير داله على عدم ذلك لان لفظ كنت يدل على انقطاع خبرها كقوله ما كنت اكتب اى ما كتبت بعد ان لم اكتب و كذا قوله و لا تخطه يمينك اى و ما كنت تخطه ثم انقطع الحكم و خطه بعده و كذا كونه ص أميا لا يدل على عدم كتابته لاحتمال كونه منسوبا الى أم القرى لا بمعنى عدم علمه بالكتابه و عدم كتابته لا يستلزم عدم علمه بالكتابه و ثانيها قول الكشف انتفاء علمه ص بالكتابه مم لأنه انما كان فاقدا لها قبل البعثه و ثالثها ما حكاه فى الرياض عن ابن ادريس قائلًا بعد الاشاره الى قول ط و به صرح الحلّى أيضا فقال و النبى ص عندنا كان يحسن الكتابه بعد النبوه و انما لم يحسنها قبل البعثه و ظاهره الاجماع عليه منّا و لا يقدر فيما استظهره من الحلّى تصريح لك بان الاظهر خلاف فى ما ط لأن شهادته الاثبات مقدمه على شهادته النفى مع أنه ليس فى كلامه شهادته النفى فت و رابعها ما نبه عليه فى الكشف قائلًا بعد ما حكيناها عنه سابقا و يؤيده ما فى العلل من خبر جعفر بن محمّد الصوفى أنه سال الرضا ع لم سمى النبى ص الامى فقال ما يقول الناس قال يزعمون انه انما سمى الامى لأنه لم يحسن ان يكتب فقال كذبوا عليهم لعنه الله انى ذلك و الله يقول فى محكم كتابه هُوَ الَّذِي بَعَثَ فِي الْأُمِّيِّينَ رَسُولًا مِنْهُمْ يَتْلُو عَلَيْهِمْ آيَاتِهِ وَ يُزَكِّيهِمْ وَ يُعَلِّمُهُمُ الْكِتَابَ وَ الْحِكْمَةَ فَكَيْفَ يَعْلَمُهُمْ من لا يحسن و الله لقد كان رسول الله ص

يقرا و يكتب باثنين و ستين او قال بثلاثة و سبعين لسانا

و ائما سمي الامي لانه كان من اهل مكة و مكة من امهات القرى و ذلك قول الله عز و جل لَتُنذِرَ اُمَّ الْقُرَىٰ وَ مَنْ حَوْلَهَا\* و استشهد في الرياض بنحو هذه الرواية على ما حكاه عن ابن ادريس قائلا بعد الاشارة الى كلامه له جملة من اخبارنا ففي مجمع البحرين عن كتاب بصائر الدرجات لمحمد بن الحسن الصيْفَارِفي باب ان رسول الله ص كان يقرا و يكتب بكل لسان باسناده الى ابي جعفر محمد بن علي الرضا ع يا بن رسول الله ص لم سمي النبي الامي قال ما يقول الناس اه و خامسها ما تبه عليه في الكشف أيضا قائلا و يؤيده مرفوع على بن حسان و على بن اسباط و غيره عن الباقر ع قال له ع ان الناس يزعمون ان رسول الله ص لم يكتب و لم يقرء فقال كذبوا لعنهم الله اتى يكون ذلك و قد قال الله عز و جل هُوَ الَّذِي بَعَثَ فِي الْأُمِّيِّينَ الْاِيه فكييف يعلمهم الكتاب و الحكمة و ليس يحسن ان يقرا او يكتب قال فلم سمي النبي الامي قال نسب الى مكة و ذلك قول الله عز و جل لَتُنذِرَ اُمَّ الْقُرَىٰ وَ مَنْ حَوْلَهَا\* فام القرى مكة فقيل امي لذلك و سادسها ما تبه عليه في الرياض قائلا بعد الاشارة الى روايه بصائر الدرجات المتقدمة و في روايه اخرى في الكتاب المشار اليه عن عبد الرحمن بن الحجاج قال قال ابو عبد الله ع ان النبي ص كان يقرا و يكتب ما لم يكتب و ثانيا بالمنع من المقدمه الثانية كما تبه عليه في غايه المراد قائلا بعد الاشارة الى الوجه المذكور و هو ضعيف قال الشيخ لاختصاصه بصحابه لا تخونونه و لأن عدم الكتابه في النبي ص زياده بخلاف غيره فانه نقص و اقول و اختصاصه بالعصمه المانع عن السهو و الغلط الرافعه للاحتياج اليها و يعضد ما ذكرناه اولا قول التنقيح سلمنا دلالة الآيه على عدم كتابته لكن عصمته و قوه تمييزه و ضبطه و قوه الحافظه مغنيات له عن الكتابه و ليس كك غيره من القضاء المذنبين يجوز عليهم الخطاء و النسيان و ضعف التمييز و الحفظ و ثانيا قول لك و النبي محفوظ بالعصمه المانع من السهو و الغلط الرافع للاحتياج و ثالثا ما تبه عليه في الكشف بقوله و في اشتراط علمه بالكتابه اشكال من انتفائه في النبي ص ففيه اولى و كل من الانتفاء و الاولويه مم أم الاول فلانه ص ائما كان فاقدا لها قبل البعثه و اما الثاني فلاختصاصه بالعصمه و الوحي المغنيين عن الكتابه و رابعا قول الرياض بعد الاشارة الى الوجه المذكور ذلك قياس فاسد لا اولويه فيه اصلا بل مع الفارق جدا لأنه ص معصوم فبعصمته و قوه حافظته لا- يحتاج اليها و لأنه يتمتع عليه السهو و النسيان قطعا خصوصا مع نزول الوحي اليه مكررا و لا كك القاضي لاضطاراه بعدم عصمته و امكان سهوه و نسيانه و غفلته الى ما لا يتعين لغير النبي ص المعرفة الا بها و منها ان العالم باحكام قطع الدعاوى و المجتهد فيها اذا لم يجز له الحكم و القضاء حيث

ص: ٧٠٢

يعجز عن الكتابه صار مساويا لغير العالم من هذه الجهة و التالي باطل فالمقدم مثله اما الملازمه فظاهره و اما بطلان التالي فلعوم قوله تعالى هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَظَاهِرُونَ وَ الَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ\* و منها عموم قول الصادق ع في روايه ابي خديجه و لكن انظروا الى رجل منكم يعلم شيئا من قضايانا فاجعلوه بينكم و منها قوله عموم قوله ع في مقبوله عمر بن حنظله ينظران الى من كان منكم ممن قد روى حديثنا و نظر في حلالنا و حرامنا و عرف احكامنا فليرضوا به حكما و منها غير ذلك من العمومات و قد يجاب عن جميعها بلزوم تخصيصها بادله القول الاول فهو المعتمد و

ينبغي التنبيه على امور

الاول لا يخفى ان الفائدة في النزاع في هذه المسألة قليلة جدا



اذ لم نجد مجتهدا يصلح للقضاء لا- عينا و لا اثرا الا و هو قادر على الكتابه و ان كان خط كثير منهم غير جيّد و تبه في مجمع الفائده على الفائده قائلًا- و لا- شك في مضي حكم من جعله المعصوم ع حاكما و أنّما الكلام في أنّه هل يجوز له نصب هذه الاشخاص أم لا و هل يجوز لهم الحكم في زمان الغيبه أم لا ان كان ما ذكر شرط

### الثاني لا فرق في الشرط المذكور بين القاضى المنصوب و غيره

كما هو مقتضى اطلاق كلام الاصحاب

### الثالث لا يشترط جوده الخط

بل يشترط كتابه نافع و هل يجزى انتفاعه بنفسه خاصه او يشترط انتفاع نفسه مع غيره اشكال

### الرابع لا يشترط خط مخصوص قطعا

و هل يشترط معرفه خطّ كل طائفه يحكم بينهم فيجب عليه معرفه خطّ اليهود و النصارى و غيرهم اذا حكم بينهم او لا الاقرب الثانى و الّا لما جاز لمن عدا المعصومين ع من سائر العلماء الحكم بين الناس لعدم معرفتهم خطوط جميع الامم و بطلان التالى فى غايه الوضوح

### منهل اختلاف الاصحاب فى اشتراط البصر و عدم العمى فى القاضى

#### اشاره

على قولين احدهما انه يشترط فلو كان القاضى اعمى لم ينعقد قضاؤه و هو للشرائع و النافع و ير و القواعد و د و غايه المراد و الكشف و الرياض و هو ظاهر التنقيح و لك حكي هذا القول فى غايه المراد عن ابن الجنيد و فى الكشف عن الشيخ و ابن سعيد بل صرح فى لك بدعوى الشهره عليه قائلًا- و الاشهر الاشتراط و تبه على ما ذكره فى الكفايه بقوله الاكثر على عدم الانعقاد و فى الرياض بقوله و الاقرب الاشهر كما فى لك و ضه و شرح يع للصيمرى بل عليه عامه من تاخر ان الاعمى لا ينعقد له القضاء و صرح فى س و ضه بأنّه يشترط البصر فى القاضى المنصوب من الامام ع و اقتصر عليه و ثانيهما أنّه لا يشترط ذلك و قد حكاه فى لك و ضه عن بعض بلفظ قيل و ربما كان فى عبارته يع و فع و عد و الارشاد و ير و الدروس و غايه المراد اشعار بوجود هذا القول و بأنّه ممّا نعى به و اختاره فى الكفايه حيث صرح فيها بان الاقرب انعقاد قضاء الاعمى و مال اليه فى مجمع الفائده قائلًا و كذا النظر فيما يحتاج فيه الى البصر ما نجد له دليلا واضحا للأوليين وجوه منها الاصل و منها تبه عليه فى الرياض بقوله و الاقرب أنّه لا- ينعقد له القضاء لا- لما ذكره فى توجهه لقصوره بجميع اقسامه عن افاده الحكم بل لمثل ما ذكرناه فى

اشترط الكتابه من بلوغ الشهره حد الاجماع لعدم معرفيه القائل بالخلاف من الاصحاب و ان اشعر بوجوه بعض العبارات و قد يناقش فيما ذكره بان اكثر العبارات كالصريحه فى عدم تحقق الاجماع على الاشرط فان المحقق فى نى و فع صرح بان الاشرط محل تردد و بانه الاقرب و الاظهر و مه فى ير صرح بانه يشترط ذلك على اشكال و فى د بانه يشترط ذلك على رأى و الشهيد فى س بانه يشترط ذلك فى القاضى المنصوب على الأصح و فى غايه المراد صرح بان هذا الشرط قول جماعه و الفاضل الهندى صرح فى الكشف بانه الاقرب حاكيا له عن الشيخ و ابنى سعيد و من الظاهر ان هذه العبارات كالصريحه فيما ادعيه مضافا الى القول بالاشرط لم نجده ممن اشرفنا اليهم و هم جماعه قليله لا اظن تحقق الشهره بهم مع عدم ظهور موافقه الباقين من المتقدمين و المتأخرين نعم هم اكثر ممن اطلعنا على مصيره الى القول بالاشرط و لكن مجرد هذا لا يكفى فى دعوى الشهره فضلا عن الاجماع و لعله لما ادعاهما كثير من الاصحاب الذين شأنهم الاشاره اليهما فى ابواب الفقه و مسائله و لذا أيضا عدل فى لك و ضه و الكفايه عن التعبير بلفظ المشهور الى التعبير بلفظ الاشهر و الاكثر فت و منها ما تمسك به فى الشرائع و التنقيح من ان القاضى يفتقر الى التمييز بين الخصوم و يتعذر ذلك دائما او غالبا مع العمى و اورد عليه فى لك و ضه و الكشف بإمكان الضبط بالحفظ و البيئه المعبره شرعا و غيرهما و قد يجاب عما ذكره بان البيئه و نحوها لا يفيدان العلم بالمدعى غالبا بخلاف البصر فانه يفيد دائما فيلزم اناطه الحكم به و التحقيق ان الكلام فى صحه الحكم مع عدم البصر من حيث هو فيلزم فرض تحقق جميع شرائط الحكم له غير البصر و من جمله تلك الشرائط التمييز و مع عدم امكانه غالبا بدون البصر لا يلزم منه عدم صحه الحكم حيث يتمكن منه و لو نادرا نعم لو قيل بتوقف التمييز على البصر فى جميع الاحوال اتجه الحكم بتوقف الحكم على البصر لكن هذا القول باطل لإمكان التمييز من غير جهه البصر بحيث يحصل العلم و لا نسلم انه نادر بل هو الغالب مع ان توقف التمييز على البصر المستلزم لكونه شرطا عقليا غير الحكم بكونه شرطا شرعيا تعبديا و ظاهر الحكم بكونه شرطا هو الثانى لا الاول فت و منها ما تبه عليه فى التنقيح و لك و الكشف من ان الاعمى لا ينعقد شهادته فى بعض القضايا و القاضى ينفذ شهادته فى الكل و فيما ذكره نظر و منها ما تبه عليه فى التنقيح قائلا لأن الكتابه شرط فيلزم كون البصر شرط استدلالا بالملزوم على اللازم و منها العمومات المانعه عن القضاء لغير النبى ص و وصيه و للآخرين وجوه منها ما اشار اليه فى التنقيح و لك و الكشف من الاصل و فيه نظر الا ان يرد منه استصحاب صحه القضاء منه فيما اذا حصل العمى بعد

صحه القضاء منه و يلحق الباقي بعدم القائل بالفصل و لكن فيه نظر من وجه اخر فتأمل و منها ان شعيبا و يعقوبا على نبينا و عليهم السلام كانا يقضيان فى حال عماهما و قد يجاب عنه اولاً بالمنع من عرض العمى لهما فانه عيب عظيم و الانبياء منزهون عن العيوب بدنيه كانت او غيرها و ينبغى ارتكاب التاويل فى الظواهر التى تدل على عماها من الكتاب و السنه و قد تبه على ما ذكر فى التنقيح بقوله بمنع كون شعيب ع اعمى بالكليه و نبه عليه أيضا فى لك و الكشف و الرياض و ثانيا بما نبه عليه فى لك قائلا و عمى شعيب ع على تقدير تسليمه ليس بحجه فى شرعنا و لا على القاضى غير النبى و ثالثا بما صرح به فى التنقيح و لك و الكشف و الرياض من عصمتها و تايدهما بالنبوّه و الوحي فالقياس مع الفارق كما صرح به فى الرياض و منها ما تبه عليه فى الكفايه قائلا و الاقرب الانعقاد لعموم الادله و تبه على ما ذكره فى غايه المراد بقوله و ربما

ص: ٧٠٣

قيل بالجواز للأصل و قد يجاب عما ذكره بان مخصص بعموم ما دل على عدم جواز القضاء لغير المعصوم ع لاعتقاده باشتهار القول الاول و بالاجماع المحكى فى الرياض و ان ناقشا فيهما سابقا فاذن القول الاول هو الاقرب و

## الاول هل يتحقق العمى بفقد احدى العينين او يتوقف على فقدهما معا

المعتمد هو الثانى

و

## الثانى به الظاهر ان شرطيه البصر لا يختص بالقاضى المنصوب

بل يعم جميع الحكام كما هو مقتضى كلام الاكثر

## الثالث اذا انحصر الجامع لشرائط القضاء عدا البصر فى الاعمى

فهل يصح قضائه ح او لا فيه اشكال و لكن الاحتمال الاول فى غايه القوه و اذا دار الامر بين قضاء الاعمى و قضاء البصير بالتقليد للبصر و على تقدير جوازه نفى الترجيح اشكال و لكن احتمال ترجيح الاعمى هو الاقرب بل و احوط و اذا دار الامر بين قضاء الاعمى و البصير المتجرى ففى الترجيح اشكال أيضا و لكن أيضا ترجيح الثانى فى غايه القوه و اذا دار الامر بين قضاء الاعمى و الاعلم الاورع او الأعلم فقط او الأورع فقط و البصر الذى ليس كك فالاقرب ترجيح الثانى بناء على المختار من عدم جواز قضاء الاعمى

## الرابع هل يشترط فى القاضى ان لا يكون اخرس او لا

فيه احتمالان احدهما انه يشترط ذلك صار اليه فى القواعد قائلا- و الاقرب اشتراط السلامه من الخرس و كذا صار اليه فى الدروس قائلا- يشترط فى القاضى المنصوب انتفاء الخرس و نبه على وجه ما صار اليه فى الكشف بقوله بعد الاشاره الى عبارته عد اذ لا طريق الى معرفه حكم الاخرس الا بالإشاره و هى انما تورث الظن فلا يجوز الشهاده بحكمه اذ لا شهادته الا عن علم و يؤدى الى جهل المتخاصمين بالحكم غالبا و قد يجاب عما ذكره اولا بالمنع من ان اشاره الاخرس لا يفيد الا الظن غالبا بل الغالب حصول العلم منها عاده و ثانيا بانه لا يستلزم فساد الحكم حتى يحصل العلم من اشارته و لو؟؟؟؟ قاد و ثانيهما انه لا يشترط ذلك و هو المستفاد من المعظم لأنهم اطلقوا جواز القضاء للمجتهد من غير تنبه على توقفه على انتفاء الخرس عنه و نبه على وجه هذا الاحتمال فى الكشف بقوله و يحتمل العدم للأصل و العموم و امكان الكتابه و فهم الاشاره و ما ذكره فى غايه الجوده هذا الاحتمال هو الاقرب

## الخامس هل يشترط فى القاضى انتفاء الصمم عنه

فلا- ينفذ قضاء المجتهد او لا- فيه قولان احدهما انه لا يشترط ذلك و قد صار اليه في الدروس قائلا اما الصمم فلا يمنع من القضاء مطلقا و كذا صار اليه في الكشف بل ربما يستفاد من المعظم لعدم اشارتهم الى كون ذلك شرطا في القضاء و نبه على وجهه في الكشف قائلا او لا يشترط السلامه من الصمم فانه لعلمه و عدالته لا يحكم الا اذا علم بالحال مع الاصل و العموم و ما ذكره في غايه الجود فهذا الاحتمال هو الاقرب و ثانيهما ما نبه عليه في الايضاح بقوله لو امتنع في الايضاح توليته اجماعا لامتناع سماع البيئات و الاقرارات و الايمان قد يجب عما ذكره من الاجماع موهون بظهور مصير المعظم الى الاحتمال كما تقدم اليه الاشارة و ثانيا بان عدم سماع البيئه و الاقرار و اليمين لا يستلزم عدم العلم بها قد يعلم بها من غير جهة السماع كما يعلم بكثير من الامور التي ترك بالحواس الظاهره من غير جهتها الا ان يدعى اشتراط المذكورات تعبدا لكن و الى الان لم اعثر على دليل عليه

### منهل هل يشترط في القاضى ان يكون ضابطا

فلو عليه النسيان لم ينعقد له القضاء او لا يشترط

ص: ٧٠٤

فيه ذلك اختلف في ذلك على قولين احدهما انه يشترط فيه ذلك و قد صار اليه في النافع و القواعد و الارشاد و الرياض قائلين لا- بد ان يكون ضابطا و زاد في الاول و الرابع قائلين فلو عليه نسيان لم ينعقد له القضاء و لم يجز نصيبه و صرح في الدروس بكون ذلك شرطا في القاضى المنصوب و حكى في الكشف ما في القواعد عن جمله من الكتب قائلا- او يوافق الكتاب في الاشتراط الارشاد و التبصره و التلخيص و الدروس و ثانيهما انه لا يشترط ذلك و قد صار اليه في الكشف و حكاه عن التحرير قائلا- بعد ما حكينا عنه سابقا و يخالفه التحرير و ظاهر غيره و يظهر من مجمع الفائده المصير اليه و نفى عنه الباس في موضع الرياض للأولين وجوه منها ما نبه عليه في الرياض قائلا و الظاهر عدم الخلاف في الاشتراط و يدل عليه عبارته ضه ظاهرا و وجهه واضح و قد يناقش فيما ذكره اولا بان الخلاف صريحا موجود من جماعه تقدم اليهم الاشارة فلا وجه لاستظهار عدمه و ثانيا فان الظاهر من المعظم القول بعدم الاشتراط ينبهون على ثبوته و لا- نقله عنهم ناقله فتأمل و منها ما نبه عليه في الكشف قائلا بعد عبارته عد و يجب ان يكون ضابطا غير نسيان ليكون على ذكر من الاحكام و الاخبار من قضاياه و ما ثبت له به و فيما ذكره نظر لما سيأتى اليه الاشارة ان شاء الله تعالى و منها فحوى ما دلّ على اشتراط الضبط في الراوى و فيه نظر أيضا للعمومات المانعه عن القضاء لغير النبيّ صلى الله عليه و آله و للآخرين وجوه أيضا و منها عموم روايتى ابي خديجه و عمر بن حنظله و منها عموم قوله تعالى هَيْلٌ يَشِيْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَ الَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ و منها ما نبه عليه في الكشف بقوله فان عدالته و علمه من الحكم الا بعد تذکر المنسى و يعضد ما ذكره ما نبه في مجمع الفائده بقوله اما الضبط فهو مما لا بد منه في محله مطلقا اذ ما تجد مانعا لحكم من لا- ضبط له كثيرا مع اتصافه بالشرائط و ضبط حكم هذا الواقعة و صرح في الرياض بان ذكره لا بأس به و المسأله محل اشكال و التحقيق ان يقال اراد شارطو الضبط ان يكون حفظ القاضى اكثر من نسيانه بحيث يمتاز عن معظم الناس في هذه الصفة فالاقرب عدم اشتراط الضبط بهذا المعنى لأصالة بقاء صحه القضاء مما اذا كان متصفا بالصفة المذكوره ثم زالت عنه و يلحق غيره به بظهور عدم القائل بالفصل بين الامرين و لأنها لو كانت لورد التنبيه عليه في خبر لتوفر الدواعى عليه و التالى باطل فالمقدم مثله للعمومات الداله على القول الثانى التي تقدم اليها الاشارة و لأنها لو كانت شرطا للزم الحرج و تعطيل القضاء غالبا كما لا يخفى و مع هذا فالظاهر ان القائلين بالاشتراط لم يقصدوا المعنى المذكور و ان ارادوا انه يشترط في القاضى ان لا يكون

كثير النسيان كما هو ظاهر كلام النافع و الدروس و الكفايه ففيه اشكال بل الاقرب عدم الاشتراط بهذا المعنى لحمله من الوجوه المتقدمه و ان ارادوا انه يشترط ان يكون متذكرا للحكم في الواقعه التي وقعت فيها المنازعه و غير باس له فلا-ريب في كون الضبط هذا المعنى شرطا و لكن اشتراط العلم فيه يغنى عن هذا

### منهل اختلف الاصحاب في توقف القضاء

ص: ٧٠٥

على الحريه على قولين احدهما انه يشترط في القاضى الحرّيه فلا يصح قضاء المملوك و هو للتحريم و د و الكشف و الرياض و المحكى في يع و غايه المراد عن ط و زاد في الثانى فحكاه عن القاضى و الكيدرى و نجيب الدين قائلا و يلوح من كلام ابن حمزه و حكاه في لك عن الشيخ و اتباعه بل صرح بانّه مذهب الاكثر و صرح في الكفايه بانّه اشهر القولين و فى الرياض بانّه مذهب اكثر اصحابنا قائلا و لا شبهه فى شهرته و ندره القائل بخلافه حيث لم يقل احد به عدا الماتن فى يع و هنا مع انه احوط أيضا و صرح فى س باشتراط ذلك و لكن اقتصر فيه على القاضى المنصوب و ثانيهما انه لا يشترط ذلك و هو للشرائع و فع و مجمع الفائده و الكفايه و ظ غايه المراد و لك للأولين وجوه منها الاصل و منها عموم ما دلّ على انه لا يصح القضاء الا للنبي ص و وصيته ع و منها ان القضاء ولايه و العبد ليس محلا لها لاشتغاله عنها باستغراق وقته بحقوق المولى و قد يناقش فيه بما تبه عليه فى غايه المراد و لك و الرياض قائلين نمنع من عدم اهليه الولايه مع اذن السيد و منها ان القضاء من المناصب الجليله التى لا تليق بحال العبد و قد يناقش فيه بما ذكره فى غايه المراد و لك و الرياض من انه مجرد دعوى و مصادره على المدعى و منها ما تبه عليه فى التنقيح و الكشف من ان العبد مأمور و مقهور و مولى عليه و القاضى آمر و والى و قاهر فلا-يكون عبدا و قد يجاب عما ذكره بانّ الحثيه هنا مختلفه كما فى الحرّ فانه عبد لله تعالى و مأمور و مقهور و مولى عليه و آمر و والى و قاهر بالنسبه الى السائر و مع اختلاف الحثيه لا اشكال عقلا و لا شرعا و منها ما تبه عليه فى التنقيح من ان العبد لا تسمع شهادته مط عند بعض الاصحاب فقضائه اولى و فيما ذكره نظر و منها قوله تعالى عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَيَّ شَيْءٌ و قد تبه على هذا الوجه فى الرياض و فيه نظر أيضا و للآخرين وجوه أيضا منها ما تبه عليه فى غايه المراد و التنقيح و لك و الكشف من الاصل الرّجل و اورد عليه فى الرياض قائلا اما الاصل فبعدم دليل عليه ان اريد منه اصاله الجواز بل الاصل يقتضى العدم كما مضى بناء على ان ثمره هذا الاختلاف انما هو بالاضافه الى نصب القاضى او انتصابه فى زمان غيبه الامام ع لا-زمان حضوره فانه اليه ع و لا اختلاف فى فعله و ح فالاصل عدم جواز صرف منصب الى غيره و التصرف فيه بغير اذنه و ان اريد منه عموم الاذن فيما ورد من النص الآتى ففيه انه ح نفس العموم لا مغايره بينهما و قد جعل احدهما للاخر بالعطف مغايرا فيكون مستنبطا لا دليل عليه اصلا فيكون الحكم به قياسا و منها ما تبه عليه فى غايه المراد و لك من ان المناط العلم و هو حاصل فى العبد و قد يجاب عما ذكره بالمنع منه و الا لكان هو الشرط فقط دون غيره و هو باطل لما عرفت سابقا و منها ما تبه عليه فى غايه المراد و لك من عموم قول الصادق ع انظروا الى رجل منكم يعلم شيئا من قضايانا فاجعلوه بينكم قاضيا فاني قد جعلته قاضيا و يعضد ما ذكره لو لا قول الكفايه و الاقرب الانعقاد لعموم الادله و ثانيا تصريح الكشف بدلاله العموم على عدم الاشتراط و قد يجاب عما ذكره اولا بما تبه عليه فى الرياض من المنع من عموم الروايه المذكوره بل غايتها الاطلاق الغير المنصرف بحكم التبادر الى نحو العبد و ثانيا بانّه معارض بعموم قوله تعالى عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَيَّ شَيْءٌ كما تبه عليه فى الرياض و التعارض هنا من قبيل تعارض العمومين من وجه و من الظاهر ان الترجيح مع عموم الآيه الشريفه من وجوه عديده كما لا يخفى و لا يكفى فى ترجيح عموم

الروايه اعتضاده بعموم قوله تعالى هَلْ يَشْتَوِي الَّذِينَ يَظُنُّونَ وَالَّذِينَ لَمْ يُعَلِّمُوا عَلَى تَقْدِيرِ شَمُولِهِ لِمَحَلِّ الْبَحْثِ وَ مِنْهَا مَا نَبَّهَ عَلَيْهِ فِي التَّنْقِيحِ قَائِلًا وَ كَانَ الْعَبْدُ أَنْ لَمْ يَحْصُلْ فِيهِ الشَّرَاطُ فَلَا كَلَامَ فِي الْاِمْتِنَاعِ وَ أَنْ حَصَلَتْ وَ لَمْ يَحْصُلْ اِذْنٌ فَلَا كَلَامَ أَيْضًا فِي الْاِمْتِنَاعِ وَ أَنْ حَصَلَتْ الشَّرَاطُ وَ الْاِذْنَ مَعَ فَلَا كَلَامَ فِي الْجَوَازِ وَ يُؤَيِّدُ قَوْلَهُ

عَ لَوْ أَمَرَ عَلَيْكُمْ عَبْدٌ حَبَشِيٌّ فَاسْتَمَعُوا لَهُ وَ اطِيعُوا وَ قَدْ يَجِبُ عَمَّا ذَكَرَهُ أَوَّلًا بِالْمَنْعِ مِنَ الْاِتِّفَاقِ عَلَى الْجَوَازِ فِي صَوْرِهِ حُصُولُ اِذْنِ السَّيِّدِ وَ تَحْقِيقُ الشَّرَاطِ كَيْفَ وَ قَدْ عَرَفْتَ إِذَا الْاِ-كَثْرَ عَلَى الْمَنْعِ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ الَّتِي هِيَ مَحَلُّ الْخِلَافِ إِذَا غَيْرَهَا لَا يَحْصُلُ لِأَنَّ يَكُونُ مَحَلُّ التَّرَاجُعِ كَمَا لَا يَخْفَى وَ ثَانِيًا بَانَ مَا ذَكَرَهُ مِنَ الرِّوَايَةِ الضَّعِيفِ السَّنَدِ بِالْاِرْسَالِ فَلَا يَصْلِحُ لِإثْبَاتِ حُكْمٍ مُخَالَفٍ لِلْأَصْلِ وَ ثَالِثًا بَانَ الرِّوَايَةِ الَّتِي ذَكَرَهَا عَلَى تَقْدِيرِ اِعْتِبَارِ سَنَدِهَا لَا-دَلَالَةَ فِيهَا عَلَى الْمَدْعَى بِشَيْءٍ مِنَ الدَّلَالَاتِ الثَّلَاثِ لِأَنَّ مَضْمُونَهَا كَمَضْمُونِ قَوْلِهِ تَعَالَى قُلْ إِنْ كَانَ لِلرَّحْمَنِ وَ لَدُنَّا فَأَنَّا أَوَّلُ الْعَابِدِينَ فَكَمَا أَنَّ هَذِهِ الْآيَةَ الشَّرِيفَةَ لَا تَدُلُّ عَلَى ثُبُوتِ الْوَلَدِ لِلرَّحْمَنِ بَلْ تَدُلُّ عَلَى عَدَمِهِ بِقَرِينَةٍ لَفْظَةٍ لَوْ الْمَفِيدَةَ لِمَتْنَاعِ مَدْخُولِهَا فَكَذَلِكَ هَذِهِ الرِّوَايَةُ لَا تَدُلُّ عَلَى الْمَدْعَى بَلْ تَدُلُّ عَلَى خِلَافِهِ بِالسَّبَبِ الْمَذْكُورِ وَ رَابِعًا بَانَ هَذِهِ الرِّوَايَةُ عَلَى تَقْدِيرِ نَهْوِضِهَا سَنَدًا وَ دَلَالَةَ لِإِفَادَةِ الْمَدْعَى مَعَارِضَهُ بِادْلَةِ الْقَوْلِ الْاَوَّلِ وَ هِيَ اَوَّلَى بِالْتَّرْجِيحِ لِاِعْتِضَادِهَا بِالشَّهْرَةِ فَاذْنَ الْاَقْرَبُ هُوَ الْقَوْلُ الْاَوَّلُ مَعَ أَنَّ هَذِهِ الْحَاجَةُ إِلَى هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ قَلِيلَةٌ جَدًّا بَلْ مُنْتَفِيَةٌ عَادَةً

### منهل صرح في ثبانه يشترط في القاضي مط امور

غير ما تقدم اليه الاشارة منها التمكين عن امضاء الحكم و قد تبّه على هذا القول بقوله و اعتبرنا التمكين من امضائه على وجهه من حيث كان تقليد الحكم بين الناس مع تعذر تنفيذ الحق يقتضى الحكم بالجواز فيه مع كونه ككك ينافى الحكم بعد علم و فيما ذكره نظر و التحقيق ان يقى انه ان اراد القدره على الحكم بالحق فلا اشكال فى كون ذلك شرطاً فمن لم يقدر على ذلك اما للجهل بالحكم او لتقيه مثلاً فلا ينفذ حكمه و ان اراد القدره على اجراء حكمه و بسط يده فى تنفيذ الحق فالاقرب انها ليست بشرط للأصل و العمومات و خلوا الاخبار عن بيان كونها شرطاً و مع ذلك فلم اجد احداً غيره قال به و لا نقله عن ناقل نعم ربما يستفاد رجحان ذلك من قول الغنية و ينبغى ان يكون ذا قوه على القيام بما فوض اليه و منها اجتماع العقل و الراى و نبه على هذا بقوله و اعتبرنا اجتماع العقول و الراى لشده حاجه الحكم اليهما و تعذرهما صحيحاً من دونهما و فيما ذكره نظر و التحقيق ان يقال انه اراد كونه عاقلاً فلا اشكال فى كونه شرطاً و قد بيناه و ان اراد الزيادة على ذلك فالمعتمد عدم اشتراطها لما مضى اليه الاشارة و ربما يستفاد من الغنية اولويه ذلك فانه صرح بانّه ينبغى ان يكون كامل العقل حسن الراى و منها سعه الحلم و قد تبّه على هذا بقوله و اعتبرنا سعه الحلم لتعرضه بالحكم بين الناس للبلوى بثقاتهم فيسعهم بحلمه و فيما ذكره نظر بل الاقرب عدم اشتراط ذلك حيث لا يتوقف عليه شىء مما بيناه من الشروط لما تقدم اليه الاشاره و ربما يستفاد اولويه ذلك عن قول الغنية و ينبغى ان يكون ذا حلم و منها البصيره بالوضع و قد نبه على هذا بقوله و اعتبرنا البصيره بالوضع من حيث كان الجهل بلغه المتحاكمين اليه يسد طريق العلم

ص: ٧٠٦

بالحكم عنه و يمنع من وضعه موضعه و ما ذكره حسن حيث لا يتمكن من معرفه مرادهما اصلاً و ان تمكن منها فجزء فمجرد عدم معرفه ذلك لا يقدر لما تقدم اليه الاشاره و منها الورع و الزهد و قد تبّه على هذا بقوله و اعتبرنا الورع حيث كان انتفائه لا يؤمن معه الحيف فى الحكم العاجل رجاء او خوف من غير سجيته و اعتبرنا الزهد لثلاً يطمع نفسه الى ما يوفر الله فيبعثه ذلك

على تناول اموال الناس لقدرته عليها و انبساط يده بالحلم و صرح فى مقام آخر بانه ينبغي ان لا يتعرض للقضاء حتى يثق من نفسه القيام به و ليس يثق احد بذلك من نفسه حتى يكون عاقلا- كاملا- و يكون ورعا عن محارم الله تعالى زاهدا فى الدنيا متوفرا على الاعمال الصالحات مجتنبيا للكبائر و السيئات شديد الحذر من الهوى حريصا على التقوى فان كان بالصيغرات التى ذكرنا جاز له ان يتولى القضاء و الفصل بين الناس و فيما ذكره نظر و التحقيق ان يق انه ان اراد ما لا يتحقق العدالة الا به فهو صحيح و ان اراد الزائد على ذلك فالمعتمد انه ليس بشرط لما تقدم اليه الاشاره و ربما يستفاد من اولويه الورع من قول الغنيه و ينبغي ان يكون ذا ورع و منها التدبر و قد نبه على هذا بقوله و اعتبرنا التدبر من حيث كان تقليد الحكم رئاسه دنيويه او الاستيلاء على النظر او المعيشه لا- يؤمن معه حرزه و لا يبقى ضرره و فيما ذكره نظر و التحقيق ان يق ان اراد ما لا يتحقق الحكم الا به فهو جيد و ان اراد الزيادة فلا و منها القوه على القيام به و قد نبه على هذا بقوله و اعتبرنا القوه و صدق العزيمه فى تنفيذ الاحكام من حيث كان الضعف مانعا من تنفيذ الحكم على موجه و مقصرا بصاحبه عن القيام بالحق لصعوبته و عظم المشقه فى تحمله و فيما ذكره نظر و التحقيق ان يق انه ان اراد ما لا يتحقق الحكم الا به فهو جيد و الا فلا و منها التواتر بالفتيا و قد نبه على هذا بقوله انما اعتبرنا التواتر بالفتيا فانه لا يجوز القضاء لمن كان ليس كك و الاقرب عندي عدم اشتراط ذلك و اعلم انه حكى فى الكشف عن بعض القول باشتراط ان يكون محافظا على فعل الواجبات امينا ثم صرح بانهما داخلان فى العدالة كما نص عليه فى النافع قائلا و ان اراد بهما الزيادة على ما يعتبر فى العدالة لم يكن على اشتراطهما دليلا و ما ذكره من التفصيل جيد

### منهل يجوز فى زمان الغيبه كهذا الزمان للفقيه المجتهد الجامع للشرائط

#### اشاره

المتقدمه للقاضى الحكم و القضاء بين الناس و قطع الدعاوى على النحو المعبر شرعا كالقاضى الذى ينصبه الامام ع بالخصوص لذلك كما فى ثر و سم و نع و فع و عد و د و هى و التبصره و ير و اللمعه و س و لك و ضه و مجمع الفائده و الكفايه و الكشف و الرياض و لهم و جوه منها ظهور الاتفاق على ذلك كما صرح به فى مجمع الفائده قائلا- الظاهر انه لا خلاف فى الحكم للفقيه بل وجوبه عليه و يعضد ما ذكره اولا قول لك و ينفذ عندنا قضاء الفقيه العدل الامامى الجامع لباقي الشرائط و ان لم يتراض الخصمان و ثانيا قول مجمع الفائده بعد الاشاره الى الحكم المذكور دليله كانه الاجماع و قوله فى مقام اخر و وجوب الترافع الى المجتهد متفق عليه و مدلول الاخبار و ثالثا قول الكشف ينفذ قضاء الفقيه الجامع لشرائط الافتاء و ان لم يرضيا بحكمه من رأس اتفاقا و منها ما تمسك به فى يع و هى و لك و ضه و غيرها من روايه ابى خديجه عن الصادق ع و فيها اياكم ان يتحاكم بعضكم الى اهل الجور و لكن انظروا الى رجل منكم يعلم شيئا من قضايانا فاجعلوه حكما بينكم فاني قد جعلته قاضيا فتحاكموا اليه و منها ما احتج به فى هى و لك و مجمع الفائده و الكفايه من خبر عمر بن حنظله قال سالت ابا عبد الله ع عن رجلين من اصحابنا يكون بينهما منازعه فى دين او ميراث فتحاكما الى السيلطان او الى القضاء ا يحل ذلك فقال من تحاكم الى الطاغوت فيحكم له فانما يأخذ سحتا و ان كان حقه ثابتا لأنه اخذ بحكم الطاغوت و قد امر الله تعالى ان يكفر به قلت كيف يصنعان قال انظروا الى من كان قد روى حديثنا و نظر فى حلالنا و حرامنا فارضوا به حكما فاني قد جعلته عليكم فاذا حكم بحكمنا فلم يقبل منه فانما بحكم الله استخف و علينا رد و الزاد علينا راد على الله و هو على حد الشرك لا يق هذه الروايه و ما تقدمها من روايه ابى خديجه ضعيفتان سندا فلا يجوز الاعتماد عليهما فى اثبات الحكم المخالف للأصل و العمومات المانعه من العمل بغير العلم من الكتاب و السنه لأننا نقول ضعف السند هنا غير قادح لانجباره بعمل الاصحاب هنا كما صرح به فى لك قائلا

و فى طريق الخبرين ضعف لكنهما مشتهران بين الاصحاب متفق على العمل بمضمونها بينهم فكان ذلك جابرا للضعف عندهم و يعضد ما ذكره اولا قول مجمع الفائده بعد الاشاره الى الحكم المذكور دليله كانه الاجماع و الاخبار الداله على جعله ع العالم بالاحكام قاضيا و حكما و ان خلافه لا يجوز بل الراد عليه هو الراد على الله و هو على حد الشراك بالله و ان لم يكن سندها معتبرا على ما عرفت الا ان مضمونها موافق للعقل و كلامهم و قواعدهم المقرره و لعل عندهم غير تلك أيضا او علموا صدور تلك عنهم و ان كان الراوى غير ثقة الا انها عامه بل ظاهره فى حال الحضور فلا يحتاج فى حال الحضور الى النصب بالخصوص لعلمهم خصوصا بحال الغيبه و عدم امكان النصب و الاذن للاجماع و نحوه و ثانيا قول السرائر و سم و هى و يرقد فوضواع الى الفقهاء اقامه الاحكام بين الناس فان هذا الكلام يدل بظاهره على ان ما تضمنه الخبران المذكوران ثابت بطريق القطع و اليقين و منها النبوى المرسل الذى نبه عليه فى لك قائلا قال ص القضاء ثلاثه واحد فى الجنه و اثنان فى النار فالذى فى الجنه رجل عرف الحق ففضى به الحديث و نبه على هذه الروايه فى الخلاف أيضا و منها ما نبه عليه فى الكفايه بقوله و عن ابى عبد الله ع القضاء اربعة الى ان قال و رجل قضى بالحق و هو يعلم فهو فى الجنه و منها ان علماء الاماميه و مجتهديه فى جميع الاعصار و الأمصار كانوا يباشرون القضاء و الحكم بين الناس و لم اجد احدا منهم انكر عليهم فكان ذلك اجماعا مستفادا من السيره مفيدا للقطع بالحكم و منها ان الجاهل بالحكم لا يجوز له الحكم فلو كان العالم المجتهد كك لتساويا من هذه الجبهه و الاصل عدمه لعموم قوله تعالى هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ و منها ما احتج به فى الكفايه من قوله تعالى فَلَوْ لَا نَفَرَ مِنْ كُلِّ فِرْقَةٍ مِنْهُمْ طَائِفَةٌ لَآيَهُ و منها ما استدل به فى الكفايه أيضا من قوله تعالى إِنَّ الَّذِينَ يَكْتُمُونَ\* الايه

و منها ما نبه عليه فى مجمع الفائده انه لو لم يجر القضاء و الحكم للفقيه الجامع للشرائط لزم اختلال نظام العالم و به اثبت بعض و جوب ثبوت النبوه و الامامه فتأمل و منها انه لو لم يجر ذلك للفقيه المذكور لما وجب القضاء فى زمن الغيبه و التالى باطل فالمقدم مثله اما الملازمه فلان غير المجتهد لا يصلح للقضاء فى زمن الغيبه

ص: ٧٠٧

قطعا فلو لم يجر للمجتهد أيضا فيه لزم ذلك و اما بطلان التالى فلعوم الادله الداله على وجوب القضاء و قد تقدم اليها الاشاره و منها ان انبياء بنى اسرائيل كان القضاء لهم جائزا قطعا و كك للمجتهد المذكور لعموم قوله ص علماء امتى كأنبياء بنى اسرائيل فان الاصل فى التشبيه اشتراك المشبه مع المشبه به فى جميع الاحكام التى يمكن فيها الاشتراك و من المعلوم ان محل البحث من جملتها و لم يقم دليل على خروجه من العموم المذكور فيكون مندرجا تحته و منها الاخبار الداله على ان العلماء ورثه الانبياء فت و

**ينبغى التنبيه على امور**

**الاول نبه فى المنتهى على ان المراد من الفقيه الذى يجوز له القضاء**

قائلا- قد فوض الائمة عليهم السلام الى فقهاء شيعتهم المامونين المحضيين العارفين بالاحكام و مداركها الباحثين عن الماخذ الشريفه المقيمين منصب الادله و الامارات و بالجمله من استجمع لشرائط الحكم الآتية فيما بعد و فى الشرائع و مع عدم الامام



ينفذ قضاء الفقيه من فقهاء اهل البيت ع الجامع للصفات المشترطه فى الفتوى

### **الثانى لا يجوز لغير المجتهد الحكم والقضاء**

حيث يتمكن من الترفع الى المجتهد بل يجب الترفع اليه كما صرح به فى عد و د و س و للمعه و ضه و مجمع الفائده و الكفايه و قد حققنا الكلام فى هذه المسأله سابقا و لا فرق فى غير المجتهد بين ان يكون جاهلا بالحكم الشرعى او عالما به فى الواقعه التى يرجع فيها اليه اما عدم صحه قضائه فى صوره الجهل فلما بيناه سابقا من اشتراط العلم فى القاضى و اما عدم صحه قضائه فى صوره العلم بحكم الواقعه فلأصل و ظهور اتفاق الاصحاب عليه و اطلاق الاجماع المحكى على اشتراط اجتهاد القاضى فى صحه القضاء و العمومات المانعه من العمل بغير العلم من الكتاب و السنه فان حكم القاضى و لو كان عالما لا يفيد العلم بالنسبه الى المتخاصمين فت

### **الثالث لا فرق فى صحه قضاء المجتهد فى زمن الغيبه بين ان يتراضى به الخصمان او لا**

كما صرح به فى التنقيح و لك بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه

### **الرابع كما تبه عليه فى الكشف بقوله ينفذ قضاء الفقيه الجامع الشرائط الاقناء**

و ان لم يرضيا بحكمه من راس اتفقا

### **الخامس صرح فى ضه بانه يجب قبول قول الفقيه المفروض**

و التزام حكمه و انه يأثم بالرد عليه قائلا لانه كالزاد على نبيهم و ائمتهم ع و على الله عز و جل و هو على حد الكفر على ما ورد فى الخبر و صرح فى اللمهه بالاخير أيضا و لا اشكال فيما ذكره من الحكم و هل يحكم بكفر الزاد عليه و ترتب احكام المشرك و المرتد عليه فيه اشكال من ظهور بعض الاخبار المتقدمه فى ذلك و من الاصل و ضعف الروايه سندا و عدم ثبوت جبره هنا و ان ذلك لو كان موجبا للارتداد لاشتهر فتوى و نصا و لعدّه الاصحاب من اسباب الارتداد و للزم الحكم بارتداد كثير من الناس و للزم الحكم بتخصيص كثير من العمومات و التالى بجميع اقسامه باطل فت فالاحتمال الثانى فى غايه القوه و عليه فهل ذلك من الكبائر او لا فيه اشكال و لكن الاحتمال الاول فى غايه القوه الخامس انما يجوز للفقيه الجامع للشرائط القضاء و الحكم على الوجه المقرر فى الشرائط مع الامن من الضرر كما صرح به فى ثر و عد و هى و ير و للمعه و لك و الكفايه بل هو مما لا خلاف فيه فلو تضرر بحكمه من ظالم مخالفا كان او موافقا لم يجز له الحكم و كك لو تضرر مؤمن بذلك كما صرح به فى ثر و هى و ضه و لا فرق فى الضرر بين تلف النفس و غيره و بالجمله فالمراد به ما لا يتحمل عادة

### **السادس هل يجوز الحكم بمذهب اهل الخلاف تقيه او لا**

صَرَّحَ بالأوَّل في المراسم و ير مع الاضطرار اليه و لم يكن في الدماء و هو جيّد

### **السابع هل الفقيه المفروض في زمن الغيبة نأب عن الامام المعصوم ع في القضاء او لا**

صَرَّحَ بالأوَّل في ثر و سم و ير و ضه و الكفايه و الكشف و موضع من ظ لك لما تمسك به بعضهم من خبر عمر بن حنظله و فيه نظر و ربما يظهر من س و موضع اخر من لك الثاني و الامر هنا سهل

### **منهل اذا تعدد الفقيه الجامع لشرائط الفتوى و الحكم**

#### **اشاره**

فان كان احدهم افضل تعين الترافع اليه في زمن الغيبة كما صرَّح به في عد و س و نبه عليه في الكشف أيضا و قد حققنا المسأله في المفاتيح و لا- فرق ح بين ان يكون غير الاعم ازهد او لا- كما صرَّح به في عد و ان تساوا في العلم و الورع لو لم يظهر الترجيح في الامرين المذكورين بعد الفحص عنه تخير المدعى في الترافع الى من شاء منهم فان اختار احدا منهم فليس للمنكر المخالفه له كما صرَّح به في عد و د و ير و س و لك و الكشف و لهم او لا ظهور الاتفاق عليه و ثانيا ما نبه عليه في الكشف قائلا و لو تعدد الفقيه الجامع للشرائط تخير المدعى فأنه الذي يترافع و لو ترك ترك لا المنكر الترافع الى من شاء ان تساوا في العلم و الزهد و

#### **ينبغي التنبيه على امور**

### **الأوّل اذا اختار المدعى الى الحاكم الذي هو في مكان بعيد**

كما اذا وقع النزاع في اصفهان مثلا و اراد المدعى الذي هو فيه الترافع الى من هو في الحد المشاهد المشرفه مثلا فهل له ذلك او لا بل أنما يتخير بالنسبه الى الموجودين في البلد فيه اشكال من اطلاق ما دلّ على أنّ المدعى له الاختيار في الرجوع الى من شاء و من ان ذلك يستلزم الضرر على المنكر غالبا و هو منفي شرعا و فيه نظر و التحقيق ان يق ان ترتب الضرر على المنكر بالرجوع الى ما اختاره المدعى من الحاكم الغائب اما باستلزامه بذل المال او باعتبار كونه متعسرا لا يتمكن المنكر من ارتكابه الا بمشقه لا- يتحمل عادة فليس للمدعى اجبار المنكر بما اراد و الا فالاحوط بل اللازم اختيار ما اختاره المدعى و بنحو ما ذكر ينبغي التفصيل بالنسبه الى الموجودين في البلد اذا اختار احدهم المدعى

### **الثاني و اذا اختار المدعى الرجوع الى رجل لم يعلم المنكر كونه مجتهدا جامعا لشرائط الحكم**

او علم أنّه ليس كك فلا يلزمه اتباع المدعى بل لا يجوز له حيث يكون هنا من يصح الرجوع اليه باعتقادهما

## الثالث اذا وقع الاختلاف بين المدعى والمنكر

اللذين يعتقدان فاعتقد احدهما ان زيدا افضل والآخر ان عمروا افضل وحصل الاختلاف فى المسأله فهل الترجيح ح لمن اختاره المدعى أيضا او لا لم اجد احدا نبه على هذا والمسأله فى غايه الاشكال ولكن احتمال الرجوع الى القرعه فى غايه القوه وكك يحتمل فى غايه القوه الرجوع اليها حيث يقع الاختلاف فى تعيين الحاكم ولكن لا شبهه فى ان الرجوع الى الصلح فى المقامين اولى منها

### منهل اذا نصب الامام ع قاضيا بين الناس

واختار المتنازعان غيره ممن لم ينصبه الامام ع وتراضيا به حكما جاز لهما العدول عن المنصب الى من اختاره و يسمى هذا بقاضى التحكيم وتبه على صحه حكمه ونفوذ فى يع ود و عد و س و التنقيح ولك و ضه و الكفايه و الكشف و الرياض بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه كما تبه عليه فى يه و المشهور بين الاصحاب جواز التحكيم و هو ان يحكم الخصمان واحدا من الناس جامعا لشرائط الحكم سوى نص من له التولية بل لم يذكروا فيه خلافا فيما اعلم

ص: ٧٠٨

و يعتبر فيه الشرائط المعبره فى القاضى المنصب من الامام ع كما صرح به فى الشرائع و د و عد و س و التنقيح ولك و ضه و الكشف و الكفايه و الرياض و لهم اولا الاصل و ثانيا ظهور الاتفاق عليه و ثالثا انه صرح فى الروضه بدعوى الاجماع على ذلك قائلا استجماعه لشرائط الفتوى شرط اجماعا ثم قال ان الاجتهاد شرط فى القاضى مط فى جميع الازمان و الاحوال و هو موضع وفاق و يعضد ما ذكره امور احدها قوله فى لك و اعلم ان الاتفاق واقع على ان القاضى التحكيم يشترط فيه ما يشترط فى القاضى المنصب من الشرائط التى من جملتها كونه مجتهدا و ثانيها قول الكشف انما يلزم حكمه و لا يجوز نقضه اذا كان بشرائط القاضى المنصب عن الامام ع اتفاقا و ثالثها تصريح الرياض بظهور الاجماع على ذلك فعلى ما ذكرناه يعتبر فى قاضى التحكيم ما تبه عليه فى التنقيح قائلا و يشترط فيه الشرائط المعبره فى القاضى المنصب من البلوغ و العقل و الايمان و العدالة و العلم و غير ذلك من الامور المعبره اذ لو لم يشترط فيه لزم جواز حكم الجاهل و الفاسق ثم تبه على اشتراط الاجتهاد فيه و قد صرح به فى لك و ضه مدعيا فيها الاتفاق على ذلك و قد فرغ فى الاول على هذا الشرط سقوط قضاء التحكيم فى نحو هذا الزمان قائلا بعد ما حكينا عنه سابقا و على هذا فقاضى التحكيم مختص بحال حضور الامام ع ليفرق بينه و بين غيره من القضاء بكون القاضى منصوبا و هذا غير منصوب من الخصمين اما فى حال الغيبه فسيأتى ان المجتهد ينفذ قضائه لعموم الاذن و غيره لا يصح حكمه مط فلا يتصور حالها من قاضى التحكيم و يعضده ما ذكره اولا قوله فى ضه و اعلم ان قاضى التحكيم لا يتصور فى حال الغيبه مط لأنه ان كان مجتهدا نفذ حكمه بغير تحكيم و الا لم ينفذ حكمه مط اجماعا و انما يتحقق حكمه مع جمعه للشرائط حال حضوره و عدم نصبه كما بيناه و قد تحرر من ذلك ان الاجتهاد شرط فى القاضى مط فى جميع الازمان و الاحوال و هو موضع وفاق و ثانيا قول الرياض و ارى البحث فى هذه المسأله قليل الفائدة بناء على اختصاصها بزمان حضوره لا فى غيبته و ذلك لاجماعهم على الظاهر المصرح به فى ضه و لك على اشتراط الحكم فيها باستجماع الواحد الذى تحاكما اليه به و تراضيا بجميع صفات القاضى المنصب من قبله ع و شرائطه التى قدمنا ما سوى نص من له الولاية بالعموم و الخصوص و فى

ضه فى زمان الغيبه غير متصور و ما ذكرناه فى غاية الجوده

## منهل من عدل عن الفقيه المجتهد الذى يصح قضاؤه شرعا

### اشاره

و هو الذى بيّناه سابقا الى قضاء الجور لا لضروره كان عاصيا و مرتكبا للمحرّم كما صرّح به فى ثر و يع و ير و عد و هى و اللّمعه و التنقيح و لك و الكشف و تبه عليه فى د و س و ضه و الكفايه و مجمع الفائده و الرّياض و لهم و جوه منها ظهور الاتفاق على ذلك كما تبه عليه فى لك و ضه و تبه عليه فى مجمع الفائده أيضا بقوله تحريم الترافع الى غيره ظ متفق عليه و مدلول الاخبار و يعضد ما ذكره قول الرّياض و ما يستفاد من الروايتين من حرمة التحاكم الى حكام الجور مجمع عليه بيننا و منها ما تمسّك به فى هى قائلا اذا طلب احد الخصمين المرافعه الى قضاء الجور كان متعدّيا للحق مرتكبا للإثم مخالفا لأنه مساعد للظالم و معاون على الاثم و العدوان و منها قوله تعالى وَ لَّا تَرْكَنُوا إِلَى الَّذِينَ ظَلَمُوا الْاِيه و منها ما احتج فى المنتهى و الكشف من خبر ابى بصير عن ابى عبد الله ع قال ايما رجل كان بينه و بين اخ له مماراه فى حقّ فدعاه الى رجل من اخوانه ليحكم بينه و عليه فابى الا ان يرفعه الى هؤلاء و كان بمنزله الذين قال الله عزّ و جلّ أَلَمْ تَرَ إِلَى الَّذِينَ يَزْعُمُونَ أَنَّهُمْ آمَنُوا بِمَا نُزِّلَ إِلَيْكَ وَ مَا أُنزِلَ مِنْ قَبْلِكَ يُرِيدُونَ أَنْ يَتَحَاكَمُوا إِلَى الطَّاغُوتِ وَ قَدْ أُمِرُوا أَنْ يَكْفُرُوا بِهِ و منها ما استدل به فى الكتابين المله كورين أيضا من خبر اخر لأبى بصير قال له ع قول الله عزّ و جلّ فى كتابه وَ لَّا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَ تَدُلُّوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ فَقَالَ يَا ابا بصير انّ الله عزّ و جلّ قد علم ان فى الامه حكاما يجورون و اما انه لم يعن حكام العدل و لكنه عنى حكام الجور يا ابا محمّد انه لو كان لك على رجل حقّ فدعوته الى حاكم اهل الجور ليقضوا له و كأن ممّن حاكم الى الطاغوت و هو قول الله تعالى أَلَمْ تَرَ إِلَى الَّذِينَ يَزْعُمُونَ الْاِيه و منها ما تمسّك به فى الكشف من خبر محمّد بن مسلم قال مر بى ابو جعفر ص و ابو عبد الله و انا جالس عند قاض بالمدينه فدخلت عليه من الغد قال لى فما مجلس رايتك فيه امس قال قلت جعلت فداك ان هذا القاضى لى مكرم فربما جلست اليه فقال لى و ما يؤمنك ان تنزل اللعنه فتعمّ من فى المجلس و كان ما يأخذه بحكمهم سحتا و منها ما احتج به فى هى و لك من خبر عبد الله بن سنان عن ابى عبد الله ع قال ايما مؤمن قدم مؤمنا فى خصومه الى قاض او سلطان جائر ففضى عليه بغير حكم الله فقد شركه فى الاثم و

### ينبغى التنبيه على امور

## الاول هل الترافع الى قضاء الجور كبيره

فيحكم بسلب العدالة عن المترافع اليهم أم لا بل هو من الصّغائر التى لا تخل بالعداله صرّح بالأول فى الروضه قائلا يعصى مؤثر المخالف و يفسق لان ذلك كبيره عندنا و كك صرّح به فى لك قائلا باختياره المضى الى قاضى الجور يكون مرتكب المنكر فاسقا لان ذلك عندنا كبيره و كذا القول فى المدعى اذا قدم غير خصمه ابتداء اليهم مع امكان تحصيل حقه بدونه و ربما يستفاد ما ذكره من قول السرائر من دعا غيره الى فقيه من فقهاء اهل البيت ع ليفصل بينهم فلم يجبه و اثر المضى الى المتولى من قبل الظالم كان ذلك متعدّيا للحق مرتكبا للإثم مخالفا للاثام مرتكبا للسّيئات العظام و اقتصر فى يع على الحكم بكونه مرتكبا للمنكر

و فى ىر و هى على الحكم بكونه متعدى للحق و مرتكبا للإثم و مخالفا للإمام ع و فى عد على الحكم بكونه عاصيا و مأثوما و فى د على الحكم بكونه ظالما و فى اللمعه و الكشف على الحكم بكونه عاصيا و فى س على الحكم بكونه عاصيا و فاسقا و فى التنقيح و مجمع الفائده و الرياض على الحكم بالتحريم و فى الكفايه على الحكم بالاثم و بالجمله لم يظهر من الكتب المذكوره كون ذلك من الكبائر و الاقرب عندى أنه منها لظهور عباره لك و ضه فى دعوى الاجماع و يؤيده الاخبار المتقدمه الداله على حرمة ذلك

### **الثانى يلحق بقضاه الجور حكام الجور و المتولين من قبل الظالم**

و قد صرح بحرمه الترافع اليهم فى ىر و الكفايه و الرياض بل الظاهر أنه مما لا خلاف فيه و قد صرح بدعوى الاجماع عليه فى الرياض و تبه عليه فى مجمع الفائده و قد يدعى اندراجهم تحت قضاه الجور لصدق اللفظ عليهم حقيقه لغه فتأمل

### **الثالث لا فرق فى الجائر هنا بين المؤمن و المخالف**

و الكافر كما هو ظاهر اطلاق المعظم و قد صرح به فى الكفايه و كذا لا فرق فى الحكم المذكور بين ان يقضى الجائر بالحق او لا كما صرح به فى الكشف و هو ظ اطلاق الباقيين و اطلاق اكثر الاخبار

ص: ٧٠٩

المتقدمه و كذا لا فرق فى ذلك بين صورتى التمكن من الترافع الى الفقيه الجامع للشرايط و عدمه كما صرح به فى الكشف أيضا و هو ظاهر الباقيين و ظاهر اطلاق الاخبار المتقدمه و كذا لا فرق بين ان يترتب الضرر بالترافع الى الجائر عليهما او على احدهما او لا كما هو ظاهر النص و الفتوى

### **الرابع صرح فى هى و التحريم بأنه يجب على كل تمكن منع الطالب لقضاه الجور**

و مساعده تحريمه على المرافعه الى قضاه الحق و زاد فى الاوّل فادعى نفى الخلاف فى ذلك و هو جيد

### **الخامس هل يختص الحكم المذكور بالترافع الى قضاه الجور و حكامهم**

او يعمهم و كل من لا ينفذ حكمه و لا يصح قضاؤه و ان لم يصدق عليه حقيقه انه من قضاه الجور و حكامهم فيحرم الترافع الى غير المجتهد الذى لم يقلّم مط فيه اشكال و لكن الثانى احوط بل صار اليه فى الكشف قائلا فمن عدل عنه الى قضاه الجور لا لضروره كان عاصيا و ان اتفق أنه حكم بحقّ و كذا ان تعذر الفقيه الجامع للشرايط و لم يدع ضروره الى الترافع اليهم لأنهم ليسوا اهلا لذلك

واخذ المدعى ما يدعيه من المنكر بحكمهم وان كان محققا في الواقع وهو يعلم به فهل يستحقه ويملكه ويجوز له التصرف فيه او لا- فيه احتمالات احدها انه لا- يستحقه ولا- يملكه ولا- يجوز له التصرف فيه علانية ولا- سرا سواء كان عينا خارجيه كالسيف والكتاب والدار ونحوها او دينا في الذمه وربما يستفاد المصير الى هذا الاحتمال من قول الكفايه والزياض ويستفاد من الخبرين عدم جواز اخذ بحكمهم وان كان له حقا وهو في الدين فلو في العين لا يخلو عن اشكال لكن مقتضى الخبرين التعميم و اراد من الخبرين خبر عمر بن حنظله و خبر محمد بن مسلم وقد تقدم اليهما الاشاره و ثانيا انه يستحقه ويملكه ويجوز له التصرف فيه مط وربما يستفاد المصير الى هذا الاحتمال من ثر و يع و ير و عد و هي و د و س و التنقيح و لك و ضه و مجمع الفائده و الكشف لأنها اقتصرت على بيان الحكم التكليفي و هو حرمة الترافع الى قضاء الجور و لم يتبته على الحكم الوضعي و هو عدم تملك الماخوذ بحكمهم مع انه اولى بالنتيجه عليه كما لا يخفى هذا و قد صرح بهذا الاحتمال في س قائلا و يستبيح المحقق ما حكم له به مع علمه باصابه الحق و لو جهل و كان الحكم صح على من يعتقد فالاقرب حله له لقولهم ع امضوا في احكامهم و من دان بدين قوم لزمه حكمهم و ثالثها انه يستحق ويملك و يجوز له التصرف حيث يكون الماخوذ بحكمهم عينا و تنتفي الامور المذكوره حيث يكون دينا في الذمه و المسأله محل اشكال و لكن الاقرب عندي هو الاحتمال الثاني لوجوه منها اصاله بقاء الملكيه و الاستحقاق و جواز التصرف حيث يكون الماخوذ عينا و منها عموم النبوي المشهور الناس مسلطون على اموالهم لا- يقال يعارضه الخبران المتقدمان لأننا نقول هما ضعيفان سندنا فلا- يجوز الاعتماد عليهما فضلا عن معارضتهما لما ذكرت و منها انه لو لم يجز للمدعى اخذ عين ماله او دينه ح لزم ترتب الضرر عليه و هو منفي بالنبوي المشهور لا ضرر و لا ضرار و منها ان ترك المالك العين المذكوره في يد الغاصب اهانه له على المحرم و اخذها منه اعانه له على البر و التقوى فلا يجوز الاول لعموم قوله تعالى **تَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَ التَّقْوَىٰ وَ لَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْاِثْمِ وَ الْعُدْوَانِ** و قد يدعى دلالتهما على ان الدين كالعين هنا فت و منها ان الاخذ منه نحو من الامر بالمعروف و النهي عن المنكر فيجوز للداله الاربعه الداله على شرعيتهما و منها ان الاخذ منه احسان اليه لأنه ينقذه من العذاب الالهى و من المفسده الدنيويه فالاصل جوازه لعموم قوله تعالى **مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ** و منها انه لو لم يجز له الاخذ لم يجز له بيعه ولا- المعامله عليه و التالى باطل فالمقدم مثله اما الملازمه فظاهره و اما بطلان التالى فللعمومات الداله عليه نحو قوله تعالى **أَوْفُوا بِالْعُقُودِ** و قوله تعالى **أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ** و قولهم ع فى عده من اخبار معتبره المؤمنون عند شروطهم و لا يعارض ما ذكر عموم ما دل على المنع من الاخذ بحكمهم لان التعارض بينه و بين ما سبق من قبيل تعارض العمومين من وجه لاختصاص ما سبق بصوره العلم يكون الماخوذ ماله التى هى المفروضه و شموله لصورتى الأخذ بحكمهم و بغيره و اختصاص هذا العموم بصوره الاخذ بحكمهم و شموله لصورتى العلم بكون الماخوذ ماله و عدمه و من الظاهر ان وجوه الترجيح ما سبق فيجب المصير اليه و منها انه لم يجز ذلك لما وجب عليه على الجائر فى صورته علمه بحقيه المدعى و كون خصمه عاصيا امره بالمعروف و نهيه عن المنكر و التالى باطل فالمقدم مثله و الملازمه ظاهره و منها ان ترك الاخذ قد يوجب سقوط جمله من التكاليف كحجّه الإسلام و اداء الديون و الاخماس و الزكوات و الكفارات و غيرها من الحقوق الماليه التى تجب اخراجها و دفعها الى مستحقها و ذلك حيث لا يكون له مال غير ذلك يفى باخراجها و الاصل عدم السقوط و مستنده الاستصحاب فى بعض الصور و العمومات الداله على وجوب اخراجها من الكتاب و السنه فت و منها ان

معظم الاصحاب لم ينبهوا على المنع من اخذ العين و التصرف مع توفر الدواعى عليه فظاهرهم تجويز الامرين و منها أنه يجوز لصاحب الدين التقاص من المديون حيث لا

يكون باذلا و يكون ممتنع الاداء و الاخذ بحكمهم نوع منه بل لعله اولى و

### ينبغي التنبيه على امور

#### الاول اذا لم يعلم المدعى بكون ما يأخذ من المنكر بحكمهم ماله

فلا يجوز له اخذه له و لا التصرف فيه مط و ان ظنّ بذلك بل يضمن ح بالاخذ مط و انّ ظنّ بذلك

#### الثانى اذا علم انسان بان ما يأخذه المدعى من المنكر بحكمهم ماله

و يستحقّه و بان دعواه مطابقه للواقع فيجوز لهذا الانسان اخذه من المدعى و التصرف فيه و لا فرق فى ذلك بين العين و الدين على المختار فيما سبق

#### الثالث اذا شك الانسان المذكور فى صحة دعوى المدعى

المبنيه على القطع و اليقين و مطابقتها للواقع و احتمال ان يكون ما اخذه المدعى بحكم من العين او الدين ظلما فهل يجوز له اخذه من المدعى و التصرف فيه ح او لا فيه اشكال فالاحوط الاجتناب بل لزومه فى غايه القوه و هل يجب ح ان يأمر المدعى الاخذ برد ما اخذه الى المنكر الماخوذ منه و نهيه عن التصرف فيه من باب الامر بالمعروف و النهى عن المنكر او لا فيه اشكال و لكن الاحتمال الثانى فى غايه القوه

#### منهل يجوز الترافع الى الجائر سواء كان كافرا او مخالفا او مؤمنا

### اشاره

و سواء كان قاضيا او سلطانا او منصوبا من قبله كالحكام و الولاة فى البلاد و القرى لتحصيل الحقّ دينا كان او عينا اذا لم يتمكن من تحصيله الاّ بذلك و قد صرح بجواز الترافع الى من ذكر ح فى س و لك و الكشف و الرياض و لهم اولا الاصل و ثانيا أنه استظهر فى الرياض دعوى الاتفاق على ذلك من بعض الاصحاب قائلًا و فى لك و غيره استثنى من الحكم بتخطئه التحاكم اليهم ما لو





و كان حكم الواقعة واضحا عنده فلا اشكال في أنه يجوز له القضاء ح مع تحقق شرائطه و هل يجب عليه عينا او لا يظهر الاوّل من يع و عد و د و ضه و مجمع الفائده و الكفايه و الكشف و هو جيّد حيث لم يتمكننا من المرافعه عند غيره و اما مع التمكن منها ففي ذلك اشكال لأصالة بقاء التخيير و عدم دليل على صيروره الواجب عينا بمجرد الترافع و مجرد اطلاق هؤلاء الجماعه و لا ينهض حجه خصوصا مع قوه احتمال ارادتهم الوجوب في الجملة فاحتمال التخيير في غايه القوه و لكن الاحوط مراعات ظ ما ذكره ثم ان لزوم القضاء عليه انما يكون حيث لم يمكن قطع المنازعه الا بالحكم و لم يرضيا الا به و اما اذا امكن بالصّيح فلا يتعين القضاء و لا يلزم و ان جاز و قد صرّح في ثر و يع و ير و د و عد و س و ضه و مجمع الفائده بأنه يستحب له قبل الحكم ترغيبهما في الصّيح و هو جيّد و تبه في الكفايه على دعوى الاتفاق عليه قائلًا و يستحب ترغيبهما في الصّيح و هو غير بعيد فان اياها الا المتاجرهم حكم بينهما و يدل على استحباب ما ذكره اولا قاعده التّسامح في ادله التّين و ثانيا عموم قوله تعالى فَأَصْلِحُوا بَيْنَ أَخَوَيْكُمْ و ثالثا ما تبه عليه في مجمع الفائده بقوله يستحب ان يرغب المتخاصمين في الصّيح بعد ظهوره فان الصّيح خير و نحو ذلك لان الترغيب بالخير خير و يعضد ما ذكره قول بعض و يستحب ترغيبهما في الصّيح فالصّيح خير و الترغيب فيه امر بالمعروف و لا خير في كثير من نجواهم إلا من أمر بصدقه أو معروفاً أو إصلاح بين الناس فان تعذر حكم بمقتضى الشرع و اذا لم يرضيا بالصّيح و وجب القضاء فهل يكون الوجوب فوريا فيأثم القاضي بالتأخير لغير ضروره او لا بل يكون موسعا صرّح في لك بالأوّل حيث يطلب المحكوم بتنفيذ الحكم عاجلا قائلًا الحكم باستحباب ترغيبهما في الصّيح مع الحكم بلزوم القضاء يدل على ان الوجوب ليس فوريا و الا لم يصح الاشتغال عنه بالترغيب بالصّيح و هو حسن حيث لا يطلب المحكوم له بتنفيذ الحكم عاجلا و الا و وجب المبادرة لأنه حق آدمي مطالب و يعضد ما ذكره ان القضاء من الامر بالمعروف و النهي عن المنكر كما صرّح به جماعه و هما واجبان فورا فيجب القضاء فورا و قد يناقش في جميع ما ذكر اولا بالمنع من كون القضاء حقا لآدمي بل يحتمل ان يكون واجبا تعبد ما كوجوب الصّلاه سلمنا و لكن لا- نسلم ان كلّ حق لآدمي يجب دفعه اليه فورا و ثانيا بالمنع من كون القضاء من الامر بالمعروف و النهي عن المنكر بل النسبه بينهما العموم و الخصوص من وجه اذ قد لا يكون كلّ من المدعى المنكر مرتكبا للإثم و المعصيه سلمنا و لكن نمنع من وجوب الامرين فورا خصوصا في محل البحث فيبقى اصالة عدم الفوريه سليمه عن المعارض و ثانيا بان القضاء لو كان واجبا فوريا للزم ترك الواجبات الموسعه و المندوبات مط و المباحات كذلك حيث تكون منافيه للإتيان به فورا و التالي باطل فالمقدم مثله و اما الملازمه فظه و اما بطلان التالي فلاطلاقات الكتاب و السنّه المتواتره و اخبار الآحاد المعتمره و فتاوى الاصحاب الدّاله على التوسعه في الواجبات و على الحث الاكيد على الاتيان ببعضها في اوّل الوقت كالصلوات اليوميه و على استحباب المستحبات المذكوره و اباحه المباحات المسطوره و لان حدا من المعصومين ع و لا احدا من العلماء الابرار و للمجتهدين الاخير اخوا الواجبات الموسعه كالصّلاه و نحوها الى اخر اوقاتها باعتبار منافاتها للقضاء و لا- تركوا المندوبات و المباحات المنافيه له باعتباره بل ثر اهم في جميع الاعصار و الامصار مع شدة ابتلائهم بالقضاء الحكومات و تواترها عليهم يواظبون على الصلوات في الجماعات في اول اوقاتها و على المستحبات من التّوافل و الزّيارات و غيرها مع منافاتها للقضاء و بالجملة لم نجد احدا ممّن يصح منه القضاء اقتصر عليه مده عمره و التزم بترك

ص: ٧١١

جميع ما ينافيه من الواجبات الموسعه و المستحبات فالسيره المستمره من زمن المعصومين ع الى يومنا هذا يشهد بان القضاء ليس واجبا فوريا كما لا- يخفى و ثالثا بان القضاء لو كان واجبا فوريا و لو في صورته طلب المحكوم عليه بتخير الحكم عاجلا لورد

التنبیه علیه فی شیء من الأخبار و لتبه علیه العلماء الابرار لتوفر الدواعی علیه و بطلان التالی فی غایه الوضوح و رابعا بان فوریه القضاء یتلزم الضرر و الحرج العظیمین بالنسبه الی القاضی و هما منفیان بالادله الاربعه فعدم فوریته مط کما یتظهر من اطلاق یع و د و عد و ضه و مجمع الفائده و الکفایه هو الاقرب و لکن لا- ینبغی ترک الاحتیاط بمراعات الفوریه العرفیه و ان لم یکن حکم الواقعه واضحا عند القاضی فصرّح فی یع و یر و د و عد و س و ضه و مجمع الفائده و الکفایه و الکشف بانه یؤخر حکم حتّی یتضح عنده و ما ذکره جیّد و هل یجب علیه تحصیل معرفه حکم فیکون واجبا مط یجب تحصیل مقدّماته الّتی من جملتها معرفته فیکون واجبا کالحج بالنسبه الی الاستطاعه فی احتمالات احدها أنّه یجب تحصیل المعرفه و لو کان هناك قاض آخر یصح الرجوع الیه و لو کان الصّیّح ممکنا و ربما یتستفاد هذا من قول مجمع الفائده علیه ان یتأمل و یجتهد و یطالع و یراجع بالبحث عنه و مشاوره العلماء و من س و ضه و علیه الاجتهاد فی تحصیله و ثانیها أنّه لا یجب مط و لو لم یتمکن من الامرین و ثالثها انه لا یجب فی صورته التمكن من الأمرین و یجب فی صورته عدم التمكن منهما و هذا الاحتمال فی غایه القوه و ان کان لا یخ عن اشکال و کیف کان فالمعتمد عدم الوجوب فی صورته التمكن من احد الامرین المذكورین

**منهل اذا حکم حاکم یصح منه حکم شرعا بشیء و تحقق بطلانه عند حاکم آخر**

**اشاره**

و علم بفساده و أنّه اخطأ فی المسأله جاز له نقض ذلك حکم الفاسد کما صرّح به فی ف و ط و یع و یر و د و عد و نهایه الاصول و تهذیب الاصول و س و منیه اللیب و لک و لهم وجوه منها ظهور الاتفاق علی ذلك و منها أنّه صرّح فی ف بدعوی الاجماع علیه قائلًا اذا قضی الحاکم بحکم فاطأ ثم بان أنّه اخطأ و بان ان حاکما قبله اخطأ فیما حکم به و جب نقضه و لا یجوز الاقرار علیه بحال دلیلنا اجماع الفرقة و اخبارهم و أيضا فقد ثبت عندنا ان الحق واحد و ان القول بالقیاس و الاجتهاد باطل و اذا ثبت فکلّمّن قال بهذا قال بما قلناه و أنّما خالف فیما ذلك من جوز الاجتهاد و یعضد ما ذکره اول قول العلامه فی نهایه الاصول اما قضاء القاضی فان کان قد خالف دلیلا قاطعا کنصّ او اجماع او قیاس جلی و هو ما نصّ فیهِ علی العله فأنّه ینقض اجماعا لظهور خطائه و ثانیاً قول السیّد عمید الدّین فی منیه اللیب شرح یب لا یجوز نقض حکم ما لم یکن منافیا لمقتضی دلیل قطعی کنصّ او اجماع او قیاس جلی و هو ما نصّ فیهِ الشّارع علی حکم و علته نصّیا قاطعا و یثبت تلك العله فی الفرع قطعاً فأنّه ح ینقض اجماعا لظهور خطائه قطعاً و ثالثاً قول الفاضل الهندی فی الکشف اذا حکم الحاکم بحکم خالف فیهِ الكتاب او السنه المتواتره او الاجماع و بالجمله اذا خالف دلیلا- قاطعا و جب علیه و علی غیر ذلك الحاکم نقضه و لا یسوغ امضائه عندنا سواء خفی الدّلیل علی الحاکم به او لا و سواء انفضّه الجاهل به او لا للاجماع و منها ما تمسّک به فی الکشف قائلًا بعد ما حکینا عنه سابقا و للقطع بانه خلاف حکم الله تعالی فامضاؤه ادخال فی الدّین ما لیس منه و منها ما احتج به فی الکشف أيضا من أنّه حکم بغير ما انزل الله تعالی فیدخل فی نصوص من حکم به او لم یحکم بما انزل الله و منها ما استدل به فی الکشف أيضا قائلًا و قد تواتر نقض امیر المؤمنین ع ما اخطات الظلمه فی احکامهم و منها ما احتج به فی الخلاف قائلًا و روى انّ النّبیّ ص أنّه قال من ادخل فی دیننا ما لیس منه فهو ردّ و منها ما تمسّک به فی ف أيضا قائلًا و قال ع ردوا الجهالات الی السنن و هذه جهاله و منها العمومات الدّاله علی وجوب الامر بالمعروف و النّهی عن المنکر من الكتاب و السنه او فحاویها و

**ینبغی التنبیه علی امور**

## الأول لا فرق في ذلك بين ان يكون الحاكم الأول قاطعا او ظانا

ولا- بين ان يكون المسأله اجتهاديه او لا- و بالجمله متى ما علم ببطلان الحكم جاز له نقضه مط و هل يجب عليه او لا المعتمد هو الأول كما صرح به جماعه كالشيخ فى ف و مه فى عد و الشهيد الثانى فى لك و هو ظ الارشاد و ير و نهايه الاصول و س و مجمع الفائده بل لا- يبعد دعوى ظهور الاتفاق عليه و هو الحجه مضافا الى ظهور جمله من العبارات فى دعوى الاجماع عليه و يؤيده النبوى المتقدم اليه الاشاره

## الثانى اذا حكم هو بحكم ثم علم بطلانه وجب عليه نقضه

كما فى ف و يع و ير و د و عد و س و لك و غيرها و يدل عليه كلما دل على وجوب النقض فى الفرض السابق

## الثالث اذا حكم الحاكم بحكم و علم حاكم آخر بأنه قصر فى الاجتهاد فى المسأله سهوا

فهل يجوز نقض حكمه مط او لا يجوز الا اذا علم انه اخطأ فى الحكم احتمالان و المعتمد الاول لأصالة عدم النفوذ لأن من قصر فى الاجتهاد فهو كالعامى و العامى لا ينفذ حكمه فكذا المجتهد المقصر و لان الظاهر اتفاق الاصحاب عليه لا يقال ينبغى الحكم بنفوذ حكمه اذا اصاب و ان قصر فى الاجتهاد لأنه حكم بحكم شرعى فينفذ لأننا نقول كليه الكبرى ممنوعه و اما اذا علم بان الحاكم السابق لم يقصر فى اجتهاده و أنه بذل مجهوده فيما حكم به و ان اجتهاده الذى ترتب عليه حكمه اجتهاد صحيح جامع للشرائط المعتمده شرعا بحيث يجوز لغيره الرجوع اليه فح لا يجوز لهذا الحكم نقض حكم الحاكم السابق اذ اجتهاده معتبر شرعا ما لم يعلم بالبطلان فيجب الحكم بعدم النقض و لا فرق بين ان يكون الحاكم الأول اعلم او لا و لا بين ان يكون الحاكم الثانى ممن تعلق به الحكم السابق كما اذا حكم عليه باشتغال ذمه لعمره او لا و لا بين ان يكون منشأ الخلاف المخالفه فى الاصول فى مقدمات الاجتهاد كما اذا استند الحاكم السابق فى حكمه الى قاعده الاستصحاب او الى كون خبر الواحد حجه او الى كون الشهره حجه او الى ان الامر لا- يفيد الوجوب و كان الحاكم الثانى ينكر ذلك او الاختلاف فى الاستنباط كما اذا فهم الحاكم السابق من انه مفتى و خالفه الحاكم الثانى الفهم و اطلاع الحاكم الثانى على ما لم يطلع عليه السابق و بالجمله حيث فرض العلم بصحة اجتهاد الحاكم السابق بمعنى أنه مما يجوز لغير المجتهد الاعتماد عليه شرعا فلا يجوز للحاكم الثانى نقض حكمه و ان كان مقتضى اجتهاده و ظنه المعتمده شرعا بطلان حكمه وفاقا للعلامه فى نهايه الاصول و يب و عد و السيد عميد الدين فى المنيه و الشهيد الثانى فى لك و صرح به من العامه الحاجبى فى المختصر و العضدى و ربما يظهر من يع و د و ير انه يجوز له نقض حكم السابق ح و حكاه فى الكشف عن جماعه قائلان و قد أطلق النقض جماعه كالشيخ و ابن حمزه و ابنى سعيد و المصنف فى ير و د و نصّ فيهما على التسويه بين استناد الحكم الى دليل قطعى او اجتهادى و فصل بعض قائلان بنقض الحكم اذا علم بطلانه

سواء

كما هو الحاكم او غيره و سواء انفضه الجاهل به أم لا و يحصل ذلك بمخالفه نصّ الكتاب او المتواتر من السنّه او الاجماع او خبر واحد صحيح غير شاذ او مفهوم الموافقه او منصوص العله عند بعض الاصحاب بخلاف ما تعارض فيه الاخبار و ان كان بعضها اقوى بنوع من المرجحات او ما تعارض فيه عمومات الكتاب او المتواتره او دلالة الاصل اذا تمسك الاول بدليل مخرج عن الاصل فانه لا- ينقض و يمكن تنزيل كلامهما على ما يوافق المختار بالحمل اما على صورته التفسير في الاجتهاد او على صورته حصول العلم بفساد الحكم الاوّل و قد اشار الى ما ذكر في مجمع الفائده و لك و الكشف و الحجه على المختار امور الاوّل اصالة بقاء الحكم الاوّل حتى يثبت الصارف عنه و لم يثبت أنّ اجتهاد الحاكم الثاني ان نقضه الحكم السابق عبارته عن عدم قبول و هو غير جائز لروايه عمر بن حنظله قال سألت ابا عبد الله ع عن رجلين من اصحابنا بينهم منازعه في دين او ميراث كيف يصنعان قال ينظران الى من كان منكم ممّن قد روى حديثنا و نظر في حلالنا و حرامنا و عرف احكامنا فليرضوا به حكما فاني قد جعلته عليكم حاكما فاذا حكم بحكمنا فلم يقبل منه فأنما بحكم الله استخف و علينا رد و الراد علينا الزاد على الله تعالى و هو على حد الشرك و قد يقال هذه الروايه ضعيفه سندا و دلالة فلا- يجوز الاعتماد عليها فت الثالث ما اشار اليه جماعه كالعلامه في النهايه و الشهيد في عد و السيّد عميد الدّين في المنيه و الحاجبي في المختصر و العضدى في شرحه قائلين لا ينقض الحكم بالاجتهاد لأنّه لو جاز نقض حكم نفسها او حكم غيره بمجرد تغيير اجتهاده المفيد للظن لجاز نقض النقض عند تغيير الاجتهاد مره اخرى و هكذا الى غير النهايه و يقضى الى عدم الوثوق بحكم و عدم استقراره و هو خلاف المصلحه التي ينصب لها

#### **الرابع اذا حكم المجتهد بحكم على الوجه المعتبر شرعا**

و لم يكن مقصرا فيه ثم تغيير اجتهاده و حصل له الظن المعتبر شرعا بفساد الاول لم ينقض السابق مط كما اذا حكم مجتهد اخر بحكم و خالفه فانه لا يجوز نقض حكمه كما بيناه و الحجه فيه تظهر من المسأله السابقه

#### **الخامس لو شك في التفسير في اجتهاد الحاكم الاوّل او اجتهاده الاوّل**

فهل ينقض ح الحكم السابق من غيره او منه او لا فيه اشكال و لعل الاظهر الثاني لأصالة الحمل على الصّحه

#### **القول في كيفية الحكم**

#### **منهل اذا ترفع الخصمان المؤمنان عند الحاكم لقطع الدعوى بينهما**

#### **اشاره**

فهل يجب عليه من هذه الحيثيه التسويه بينهما في الا- كرام و التعظيم و الآداب التي جرت العاده باعتبارها في المجالس و المعاشرات و بالجمله هل يجب عليه من الجهه المذكور تسويه بينهما في العشره و فيما سيأتى اليه الاشاره او لا- يجب عليه التسويه بينهما من الجهه المذكوره مط فلا- يكون موجه لزياده تكليف باعتبار السيّلوك العشره معهما اختلف الاصحاب في

ذلك على قولين الأول أنه يجب ذلك و هو للشرائع و النافع و د و عد و ير و س و اللمعه و الرياض و يمكن استفادته من النهايه و ثر و سم و حكاة فى لف و الرياض عن الصدوقين بل فى ضه هذا هو المشهور بين الاصحاب و فى لك الاكثرون على وجوب و فى الكشف الوجوب صريح المصنف هنا و فى سائر كتبه و الاكثر و فى الرياض هو الاظهر الاشهر بين متأخري الطائفة الثانية انه لا يجب ذلك و هو لصريح لف و مجمع الفائده و حكاة فيه و فى ضه و الرياض عن الديلمى و زاد فى الاخير تبعا للكشف فحكيناها عن الحلبي فى ثر و يمكن استفاده هذا القول من الغنيه و ضه و لك و الكفايه و الكشف و للأولين وجهان احدهما ما ذكره فى لك من أنه مع فقد التسويه ينكسر به قلب الاخر و يمنع من اقامه حجته و فيه نظر فإنه اخص من المدعى كما لا يخفى و عدم القائل بالفصل غير مسلم على أن التسويه قد توجب ذلك بالنسبه الى بعض الاشخاص فت و ثانيهما جملة من الاخبار احدهما ما ذكره فى لف و لك و مجمع الفائده و الكشف و الرياض من خبر النوفلى عن السكونى العمدى وصفه بالقوه فى الرياض معللا بوجود السكونى فى السند قال امير المؤمنين عليه من ابتلى بالقضاء فليواس بالاشارة و فى النظر و فى المجلس و ثانيهما ما ذكره فى الكشف و الرياض من الخبر المروى من امير المؤمنين ع أنه قال لشريح ثم واس بين المسلمين بوجهك و منطقك و مجلسك حتى لا يطمع قريبك فى حيفك و لا يياس عدوك من عدلك قال فى الرياض هو قريب من الصحيح بالحسن بن محبوب المجمع على تصحيح رواياته فينجبر جهاله روايته و ثالثها و رابعها ما ذكره فى الرياض قائلا بعد الاشارة الى الخبر الاول و الثانى و فى مثله ان النبى ص نهى ان يضاف للخصم الماء و معه خصمه و فى القريب منهما ثلث ان حفظتهن و علمت بهن كفتك ما سواهن و ان تركتهن لم ينفعك شىء اقامه الحدود على القريب و البعيد و الحكم بكتاب الله فى الرضا و السخط و القسم بالعدل بين الاحمر و الاسود و هذه النصوص مع اعتبار اسانيدها جملة و حجته بعضها ظاهره الدلالة على الوجوب كما هو الاظهر الاشهر بين متأخري الطائفة وفاقا للصدوقين بل حكى الشهره المطلقة فى لك و ضه فهى أيضا لقصور النصوص او ضعفها لو كان جابره و قد يق هذه الاخبار لا تنهض لإثبات المدعى اما اولاً فلضعفها سندا و قد اجاب به عن اولها فى لف و الجواب عن الروايه يمنع صحه السند فان فى طريقها النوفلى و السكونى و يعضد ما ذكره اولاً قول مجمع الفائده سند الروايه ضعيف و ثانياً قول الكفايه الروايه عاميه ضعيفه لا يقال لا نسلم ضعف السند لما ذكره فى الرياض من اشتماله على الحسن بن محبوب لأننا نقول ما ذكره مم فان المعتمد عندي ان روايات السكونى ضعيفه وفاقا للمعظم بل هو مذهبه أيضا و كذا المعتمد عندي ان دعوى اجماع العصابة على التصحيح لا يقتضى تعديل غير من ادعى ذلك فى حقه و لا صحه الروايه كما بينه فى المفاتيح و لا يق يجبر ضعف سند الروايات المذكوره شهره القول بالوجوب فتصلح للحجه كما تبه عليه فى الرياض أيضا لأننا نقول لا نسلم شهره القول بالوجوب بحيث تصلح للخبر و يؤيد ذلك اقتصار لف فى مقام ذكر القائل بالوجوب على الصدوقين و كذا يؤيده قول الفاضل الخراسانى فى الكفايه الوجوب هو المنقول عن الاكثر و اما ثانياً فلمنع الدلالة و ذلك فى الاخيرين واضح فاما فى الاولين فلا ين الامر بالمواسات يحتمل النذب لان مقتضى اطلاقه وجوبها فى حال الترافع و عدمها بالنسبه الى المسلم و لا- قائل بذلك فيحتمل على لا يق التقييد بمحل البحث اولى من الحمل على النذب لأنه مجاز و التقييد اولى منه لأننا نقول هذا التقييد مستلزم لإخراج اكثر الافراد و هو مرجوح بالنسبه الى المجاز و يؤيد ما ذكرناه اولاً ما ذكره فى مجمع الفائده قائلا و انت تعلم ان ظ

الروايه الوجوب و لكن للندره و ضعف السند و الاصل و ورود الامر المندوب كثيرا خصوصا فى مقام بيان الآداب حملت على النذب و ثانياً قول لك و الكفايه قيل ذلك يستحب للأصل

و ضعف سند الوجوب و صلاحيته للاستحباب و ثالثا قول الكشف و نصّ على الاستحباب استضعافا لدليل الوجوب سندا و دلالة مع الاصل و رابعا تصريح لف بان الروايه الاولى لا تدلّ و ان سلّم اعتبار سندها و فى جميع ما ذكرناه و ذكره نظر بل قد يدعى ان الاطلاق يتصرف الى صورته الترافع فالمناقشه فى الدلاله ضعيفه ألّا ان يقال وجوب المواساه غير وجوب المساواه فلا تكون الزوايات داله على المدعى و لكن فيه نظر فت و اما ثالثا فلعدم صلاحية الاخبار المذكوره المعارضه ما سيأتى من ادله القول الثانى لأنها اقوى و للآخرين أيضا وجوه منها ما تمسك به فى لف و مجمع الفائده و تبه عليه فى لك و الكفايه و الكشف من اصاله البراءه و منها أنّ التسويه التى يذهب الاؤلون الى وجوبها لو كانت واجبه للزم الحرج العظيم و العسر الشديد خصوصا بالنسبه الى الاشخاص الذين يترافع اليهم معظم الناس و التالى باطل فالمقدم مثله و منها ان وجوب التسويه يورث غالبا العداوه و نقره الطباع عن الترافع و غير ذلك من المفاسد فيكون مناف للحكمه و هو بعيد من منصب الشريعه فت و منها ان ذلك لو كان واجبا لاشتهر روايه بل و تواتر و ورد فيه الحث الاكيد و التحريض الشديد كما هو عاده الشرع فى الامور المهمه و التالى باطل فالمقدم مثله فت و منها ان ذلك لو كان واجبا لالترتم به القضاء و الحكام من السلف و الخلف و التالى باطل اذ لم يحك عن احد ذلك مع ان العاده تقضى به على تقدير الثبوت على ان المشاهد من سيره من الحكام عدم الالتزام بذلك فالمقدم مثله و المسأله محل اشكال فلا ينبغى فيها ترك الاحتياط و لكن القول الثانى هو الاقرب و

### ينبغى التنبيه على امور

#### الاول القائلون بوجوب التسويه صرحوا بوجوبها فى امور منها

السّلام و قد صرّحوا بوجوبها فيه فى يع و النافع و ير و د و الرّياض و صرّح فى النافع بأنّه يجب التسويه فى الجواب أيضا قائلا تجب التسويه بين الخصوم فى جواب السّلام عليهما و رده اذا سلّما عليه و تبه على ما ذكره فى لك بقوله و من وظيفه الحاكم ان يساوى بين الخصمين فى السّلام عليهما و جوابه لهما ثمّ قال و لو لم يمكن التسويه بينهما فى جواب السّلام ابتداء بان يسلم احدهما دون الاخر فليصبر هنيئه و جاء ان يسلم الاخر فيجيبهما معا فان طال الفصل بحيث يخرج عن كونه جوابا للأول فليرد قبله على المسلم و قيل لا باس بان يقول للاخر سلم فاذا سلم اجابهما و تعذر فى الاشتغال بغير الجواب لثلا يبطل مع التسويه و ما ذكره احوط فينبغى مراعاته و منها الجلوس و قد صرّح بوجوبها فيه فى الشرائع و الرّياض يكون مجلسهما بين يديه و تبه فى لك على معنى التسويه هنا قائلا و معنى التسويه بينهما فى المجلس ان يجلسا بين يديه معا لما فيه من التسويه من سهوله النظر اليهما و الاستماع اليهما و فى النافع تجب التسويه بين الخصوم فى المكان لهما و منها النظر فلا يجوز ان يكون نظره الى احدهما اكثر من نظره الى الاخر و قد صرّح بوجوبها فيه فى التّهايه و ثر و فع و يع و ير و عد و د و س و الرّياض و منها الكلام و قد صرّح بوجوبها فيه فى فع و يع و ير و د و اللّمعه و الرّياض و فى التّهايه اذا دخل عليه خصمان فلا يبدأ احدهما بالكلام و فى ثر لا يبدأ احد الخصمين بالكلام منفردا على جهه الكراهيه به و منها الانصات و قد صرّح بوجوبها فيه فى فع و يع و عد و د و اللّمعه و س و الرّياض و منها القيام و قد صرّح بوجوبها فيه فى عد و د و منها ما حكاه فى لك عن الاكثر قائلا وظيفه الحكم ان يستوى بين الخصمين فى السّلام عليهما و جوابه لهما و اجلاسهما و القيام لهما و النظر و الاستماع و طلاقه الوجه و سائر الاكرام و لا يخص

احدهما بشىء من ذلك و منه ممازجه احدهما و مسارته و انتهاره الا- ان يفعل ما يقتضيه و هل التسويه فيما ذكر واجبه أم مستحبه الاكثرون على الوجوب و قد صرح بوجوب التسويه فى انواع الاكرام فى عد و د و س و كذا صرح به فى ضه قائلًا يجب على القاضى التسويه بين الخصمين و الكلام معهما و السلام عليهما و رده اذا سلما و النظر اليهما و غيرها من انواع الاكرام فى الدخول و القيام فى المجلس و طلاقه الوجه و الانصات لكل منهما اذا وقع ما يقتضيه هذا هو المشهور بين الاصحاب و صرح بجميع ما ذكره فى الرّياض أيضا الا دعوى الشهره

### **الثانى هل يستحب التسويه فى الامور المتقدم اليها الاشاره على المختار**

من عدم وجوبها اصلا او لا- الاقرب هو الاول كما ذهب اليه فى لف و حكاه عن الدّيلمى بل يظهر من جمله من الكتب انه مذهب كل من قال بالمختار

### **الثالث لا فرق فى رجحان التسويه بين الخصمين الاثنى عشرين بين ان يكونا عادلين او فاسقين**

او متخالفين و لا بين ان يكون مرتبتهما واحده او يكون احدهما ارفع من الاخر كما فى تنازع الوالد مع ولده و السيّد مع عبده و الاستاد مع تلميذه و السلطان مع رعيته و ذلك لإطلاق النصّ و الفتوى

### **الرابع اذا كان المتخاصمان من اهل الخلاف من غير الشيعه الاثنى عشرية**

فهل حكم التسويه بينهما كحكم التسويه بين المتخاصمين المؤمنين فان كانت هناك واجبه كانت هناك كك أيضا و ان كانت مستحبه هناك كانت هناك مستحبه أيضا او لا المعتمد هو الاول كما هو الظاهر من اطلاق عبارات الاصحاب

### **الخامس هل يلحق فى حكم التسويه من الوجوب و الاستحباب**

المتخاصمين المؤمنين و الكافرين او لا الظاهر من عبارات الاول فهو المعتمد

### **السادس اذا كان احد الخصمين مسلما و الاخر كافرا**

فهل يجب او يستحب التسويه بينهما اذا كانا مسلمين او كافرين او لا المعتمد هو الاخير و قد صرح به فى يع و ير و عد و د و س و ضه و لك و مجمع الفائده و الكفايه فيجوز تفضيل المسلم على الكافر بل صرح فى مجمع الفائده فانه ينبغى ذلك و ربّما يظهر من اطلاق التّهايه و السّيرائر و سم و المحكى فى لف عن الصّيدوقين وجوب التسويه بينهما و من اطلاق الغنيه و لف و المحكى فيه عن الدّيلمى استحبابها و هما ضعيفان جدّا بل قد يمنع من مخالفه هؤلاء و لذا لم يشر احد من نقله الأقوال الى وجود خلاف فى المسأله و لا فرق الكافر بين الدّمي و الحربى فيجوز ان يكون المسلم قاعدا و الدّمي هو خصمه قائما او اعلى

منزله و ارفع درجه كان يجلس قريبا او الى يمينه و قد صرّح بخصوص هذا في يع و فع و ير و عد و د و س و اللمعه و ضه و لك و مجمع الفائده و الكفايه و الرياض و لهم اولا- ظهور الاتفاق على ذلك كما تبّه عليه في الرياض بقوله يجوز ذلك قولاً واحداً و ثانياً ما احتج به في س و ضه و لك و الكشف و الرياض على ذلك من الروايه المرسله أنّ عليّاً جلس بجنب شريح في حكومه له مع يهودى في درع و قال لو كان خصمى مسلماً لجلست معه بين يديك و لكنى سمعت رسول الله ص يقول لا تساوهم في المجلس و ثالثاً ما تبّه عليه في الكشف بقوله يجوز ذلك تعظيماً

ص: ٧١٤

للإسلام و يلحق الحربى بالذمى كما فيما ذكر بالاولويه و مقتضى اطلاق المسلم فى الكتب المتقدمه المصرّحه بجواز ذلك عدم الفرق بين المؤمن مط و لو كان محكوماً بكفر كالناصبى و اعلم أنّه قال فى ضه و الرياض بعد الحكم بجواز ذلك و هل يجب التسويه بينهما فيما عدا ذلك ظ العبارة و غيرها ذلك و يحتمل تعديته الى غيره من وجوه الاكرام و زاد فى الرياض فوصف هذا الاحتمال بالقوه و ادعى موافقته الشهيد الثانى و نبه على وجهه قائلاً للأصل اختصاص النصوص الموجبه للتسويه بحكم التبادر و غيره بغير مفروض المسأله و هل تساوى الخصوم فى الإسلام و الكفر أيضاً على بعد فيه خاصه مع أنّ شرف الإسلام يقتضى ذلك و ما ذكره جيد و ربما يستفاد المصير الى هذا الاحتمال من يع و ير و عد و د و س و لك و مجمع الفائده و الكفايه

### السابع الاشكال فى أنه يجب التسويه بين الخصمين مط

و لو كان احدهما مسلماً و الاخر كافراً فى العدل فى الحكم و قد صرّح بذلك فى يع و فع و ير و عد و د و س و لك و الكفايه و الرياض بل الظاهر أنّه مما لا خلاف فيه كما صرّح به فى لك بقوله التسويه بين الخصمين فى الحكم بغير خلاف و فى الكفايه بقوله التسويه بين المتخاصمين فى العدل فى الحكم واجبه بلا- خلاف فى ذلك و يدل على وجوب ما ذكره مضافاً الى ما تبّه عليه من دعوى الاتفاق قوله تعالى وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ و يعضد ما دلّ على عدم الظلم من العقل و النقل

### الثامن أنه لا يجب التسويه بين الخصمين و لو كانا مؤمنين عادلين فى الميل القلبى

بحيث لا يميل الى احدهما قلباً و قد صرّح بذلك فى يع و عد و د و اللمعه و ضه و مجمع الفائده و الكفايه و الرياض فلو مال الى احدهما قلنا فلا يؤخذ به و لا يحاسب عليه مط و لو قلنا بوجوب التسويه فى غير ذلك و لهم ظهور الاتفاق على ذلك كما تبّه عليه فى الرياض بقوله لا تجب التسويه بينهم مط فى الميل القلبى و لا فى استحبابها بقدر الامكان و ثانياً الاصل و ثالثاً ما تبّه عليه فى مجمع الفائده بقوله لان ذلك غير مقدور غالباً و يعضد ما ذكره امران احدهما تبّه عليه فى الكشف بقوله و لا يجب ذلك للتعذر او التعسر و يرشد اليه قوله تعالى وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ (وَلَوْ حَرَصْتُمْ) فلا تَمِيلُوا كُلَّ الْمَيْلِ فَتَذَرُوهَا كَمَا الْمُعْلَقَهُ و ثانياً ما تبّه عليه فى لك بقوله لان الحكم على القلب غير مستطاع و لذا كان رسول الله ص لما قسم بين نسائه بقول هذا قسمى فيما املك و انت اعلم بما لا املك معنى الميل و رابعاً ما تبّه عليه فى ضه او لإغضاضه فيه على الناقض و لا اذلال للمنصف لعدم اطلاعهما و لا غيرهما عليه و خامساً ان ذلك لو كان واجبا لورد التنبيه عليه فى الاخبار الكثيره لتوفر الدواعى عليه



و التالي باطل بل المستفاد من بعض الاخبار المتقدمه عدم وجوب ذلك كما لا يخفى فالمقدم مثله و هل يستحب ذلك حيث يتمكن منه او لا- الاقرب الاوّل وفاقا للروضه و الزّياض بل صرّح فيه بنفي الخلاف فيه و يدل عليه مضافا الى ما ذكر اولاً قاعده التسامح في ادله السنن و ثانيا ما نبه عليه في الكشف قائلًا بعد ما حكينا عنه سابقا و لكن قال الباقر في حسن الثمالي كان في بني اسرائيل قاض يقضى بالحقّ فيهم فلما حضره الموت قال لامرأته اذا انا مت فاغسليني و كفيني و ضعيني على سريري و غطيني فانك لا- ترين سوء فلما مات فعلت ذلك ثم مكثت بعد ذلك حيناً ثم انها كشفت عن وجهه لتنظر اليه فاذا هي بدوده تقرض منخره ففرغت من ذلك فلما كان اللّيل اتاها في منامها فقال لها افرعك ما رايت قالت اجل لقد فرغت فقال لها اما لئن كنت فرغت ما كان الذي رايت الا في اخيك فلان اتاني و معه خصم له فلما جلسا الى قلت اللهم اجعل الحقّ له درجه القضاء على صاحبه فلما اختصما كان الحق له و رأيت ذلك بينا في القضاء له على صاحبه فاصابني ما رأنتي لوضع هواي كان موافقه الحق

### التاسع صرّح في ير بأنه يستحب للخصمين الجلوس بين يدي الحاكم

و بانه لو كانا قائمين بين يديه جاز و بانه ليس له ان يجلس احدهما دون الاخر مع تساويهما في الإسلام و الكفر و بانه لا يضيف الخصمين الا و معه الاخر و ما ذكره اولاً و ثانيا جيّد و اما ما ذكره بعد ذلك فهو احوط و لكن الاقرب عدم تحريمه

### العاشر هل حكم التسويه من الاستجاب او الوجوب

يثبت عند الشروع في تحرير الدعوى او عند الدخول في مجلس القضاء او عند الدخول في دار القضاء لم اجد احدا تبّه على شىء من ذلك و هل هو باق حتى ينقطع الدّعوى و ان طال سنين او لا لم اجد احدا تبّه على شىء من ذلك و هل هو باق حتى ينقطع الدعوى و ان طال سنين او لا لم اجد احدا نبه عليه أيضا و كيف كان فلا ينبغي تلك الاحتياط هنا

**منهل صرح في يع و ير و عد و د و س و لك و ضه و الكشف و الزّياض بأنه لا يجوز للحاكم ان يلقي احد الخصمين ما فيه ضرر على خصمه**

### اشاره

و زاد في يع و د و عد و س و ضه و الكشف قائلين بعد ذلك و لا ان يهديه لوجوه الحجاج و لهم اولاً انه تبّه في الزّياض على دعوى الاتفاق على ذلك قائلًا- لا- خلاف في ذلك على الظاهر و يعضد ما ذكره قول الكفايه قالوا ذلك فانه يشعر بدعوى الاتفاق على ذلك أيضا و قد يناقش في هذا بالمنع منه فان الظاهر من مجمع الفائده و الكفايه المصير الى جواز ذلك سلمنا عدم مخالفتها و لكن المفتى بالتحريم على ما وجدناه هو الجماعه الذين تقدم اليهم الاشاره و بمجرد ذلك كيف يمكن دعوى نفي الخلاف فتأمل و بالجملة الخروج عن الاصل القطعي المعتضد بعدم ورود روايه و لو كانت ضعيفه تدل على التحريم و بعدم تعرض قدماء الاصحاب لذلك و بعموم قوله تعالى **لَمَّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ** في بعض الصور مشكل و ثانيا ما تمسك به في يع و ير و عد و لك و الكشف قائلين لا يجوز ذلك لأنه يفتح باب المنازعه و قد نصب لسدها فتجوزيه ينافي الحكمه الباعثه

لنصّه و قد يناقش فيما ذكره بما تبه عليه في مجمع الفائدة بقوله و ما ذكر لا يصلح دليلا للتحريم مط اذ فتح باب المنازعه الحقه التي تصير سببا لعدم ابطال حقوق الناس ما يعرف فساده الا ان يكون لهم دليل اخر من اجماع و غيره فت و تبه على ما ذكره في الكفايه بقوله بعد الاشاره الى الوجه المذكور و في التعليل تامل و لا- اعرف على اصل الحكم حجه فالتأمل فيه مجال و ثالثا عموم قوله ص لا ضرر و لا ضرار و فيه نظر و المسأله اشكال فلا ينبغي فيها ترك الاحتياط بمراعات القول الاول و

**ينبغي على امور**

### **الاول عد الجماعه المصرحه بتحريم ذلك**

و غيرهم فيه امور منها ان يعلمه دعوى صحيحه مع عدم اتيانه و قد صرح بهذا في لك و مجمع الفائدة و منها ان يلقنه انكار اصل الحق لثلا- يصير مقرا اذا ادعى عليه خصمه قرضا و اراد حبسه بالايفاء و قد صرح بهذا في ير و لك و مجمع الفائدة و الكشف و منها ان يحثه على الاقامه اذا احس منه التردد و قد صرح بهذا في لك و منها ان يلقنه النكول اذا اراد اليمين و قد صرح بهذا في ير و الكشف و منها ان يجزئه على اليمين اذا اراد النكول و قد صرح بهذا في التحرير و الكشف أيضا و منها ان يحرض الشاهد على الشهاده اذا احس منه بالتوقف و قد صرح بهذا في

ص: ٧١٥

التحرير و منها ان يزهده عن الشهاده اذا كان مقدما عليها و قد صرح بهذا في ير أيضا و منها ان يأمر احد الخصمين بالكلام و قد صرح بهذا في ير أيضا

### **الثاني هل يجوز للحاكم الاستفسار من المدعى**

حيث يجهل تحرير الدعوى و تلقينه له و ح كان يدعى دراهم فيقول ا هي صحاح او مكسوره او لا يجوز ذلك فيه اقوال احدها انه يجوز ذلك و ان ادى الى صحه المدعى و هو للتحرير و لك و مجمع الفائدة و الكفايه و لهم اولا الاصل و ثانيا ما تبه عليه في ير بقوله لو جهل المدعى فهل للقاضي تلقينه ير فيه نظر اقربه الجواز لان ذلك تحقيق للدعوى و هذا القول هو الاقرب عندى و ثانيا أنه لا يجوز ذلك و هو المستفاد من قول ثر ان لم يحزر الدعوى و لم يحسن ذلك فلا يجوز للحاكم ان يلقنه تحريرها و احتمال هذا القول في لك و ثالثها ما تبه عليه في الكشف قائلا- يجوز ذلك اذا علم الحاكم بالحال و اراد احقاق الحق و لم يهتدى صاحبه لتحرير الدعوى او وجه الحجاج و رابعها ما تبه عليه في مجمع الفائدة قائلا نعم لا باس بالاستفسار و التحقيق و ان ادى بالآخره الى صحه دعواه بل لا يبعد جواز الاول أيضا اذا كان المدعى جاهلا لا يعرف ير و القاضي علم بالحال و اورد عليه في الرياض قائلا بعد الاشاره اليه و هو حسن الا ان فرض علم القاضي تحقيقه الحال لا يتصور معه فتح باب المنازعه بناء على ما مر من جواز القضاء بالعلم بل لا يحتاج ح الى تلقين المدعى بل يحكم ابتداء على الخصم يعلمه فت

### **الثالث هل يحرم على غير الحاكم ما له عليه من التلقين او لا**

لم اجد مصرّحا باحد الامرين و الاقرب عندى الجواز

### منهل اذا جلس الخصمان بين يدي الحاكم فله ان يسكت حتى يتكلما

كما صرّح به فى لك و ضه معللا بان الحق لهما و ان طالب سكوتهما فيستحب للحاكم ان يقول لهما كلاما يدل على اذنه فى الترافع كما صرّح به فى ثر و الغنيه و المراسم و يع و فع و ير و عد و س و مجمع الفائده و الكشف و الرياض و ذلك يحصّل عبارات منها ما ذكره فى فع و يع و ير و عد و س و ضه و غيرها من ان يقول لهما تكلما او ليتكلم المدعى منكما و منها ما ذكره فى الغنيه و المراسم و النافع و غيرها من ان يقول ان كنتما حضرتما لشيء فاذكراه و منها غير ذلك من نحو العبارات المذكوره عربيا كان او فارسيا او غير ذلك و قد صرّح بما ذكر فى الرياض و هل يختص استحباب ذلك بصوره طول سكوت الخصمين او لا- يظهر من الغنيه و لك الاول و ممّا عداهما من الكتب المتقدمه الثانى و هو الاقرب و هل يشترط فى ذلك ان يكون الحاكم هو المباشر للإذن او لا بل يتحقق بامر الحاكم غيره بان يقول لهما ذلك يظهر من الشرائع و ير و د و عد و س و مجمع الفائده و الرياض الثانى و هو الاقرب و عليه فهل يختص بصوره ان يحتسم الخصمان الحاكم او لا ربما يظهر من كثير من الكتب الاول و يظهر من اطلاق بعضها الثانى و هو احوط و هل يشترط فيمن امره الحاكم الامانه او لا مقتضى اطلاق اكثر الكتب الثانى و لكن فى لك و لو خاطبهما الامين الواقف على رأسه كان اولى و هل يجوز للحاكم ان يخصّ احدهما بالخطاب كان يقول للمدعى تكلم انت و حرر دعواك او لا- بل يجب عليه ان يتكلم بحيث لا- يختص الخطاب باحدهما يختلف الاصحاب فى ذلك على قولين الاول انه يجوز و هو للشرائع و عد و د و ضه و لهم الاصل السليم عن المعارض مع خلو النصوص عن الحكم بالتحريم الثانى انه لا- يجوز و يحرم و هو للتحريم و الرياض حكاها فى لك و الكشف عن ط و استحسنة فى لك قائلا و ظ مه فى ير و الشيخ فى ط التحريم لأنهما عبرا بصيغه النهى كالسابق و هو حسن لاشتراكهما فى المقتضى له و فى س لم نجعل التسويه فى الكلام من الواجب و ذكر كراهه تخصيص احدهما بالخطاب هنا و هو يدل على كراهته مط و لهم ما تبه عليه فى لك قائلا و يكره تخصيص احدهما لمنافاته التسويه المامور بها و قد تقدّم أنّ التسويه واجبه و هاهنا جعل هذا النوع من الخطاب مكروها فاما انه استثناء من السابق او رجوع عن الحكم و يعضد ما ذكره ما تبه عليه فى الرياض بقوله لا- خلاف فى شىء من ذلك على الظاهر حتى فى النهى عن مواجهه الخطاب لكن اختلفوا فى الاخذ بظاهره كما هو مقتضى وجوب التسويه او الكراهه و الوجه الاول لما عرفته و فيما ذكره نظر اما اولا فللمنع من منافاه ذلك من وجوب التسويه كما تقدّم اليه الاشاره و اما ثانيا فللمنع من منافاه ذلك لوجوب التسويه كما تبه عليه فى الكشف بقوله و القول بكراهه التخصيص مع ايجاب التسويه كما فى الكتاب و ظ يع و التلخيص يعطى انه لا- ينافى التسويه و فيما ذكره نظرت و لكنه مكروه كما صرّح به فى الكتب المصرحه بالجواز و لهم اولا قاعده التسامح فى ادله الكراهه المؤيده بقاعده الاحتياط و ثانيا ما تبه عليه فى يع بقوله لما يتضمن من ايحاش الاخر و يعضد ما ذكره فى الكشف قائلا لايجابه انكسار قلت الاخر و ثالثا ما تبه عليه فى ضه بقوله لما فيه من الترجيح الذى أقل مراتبه الكراهه و يعضد الوجوه قول الكفايه المشهور انه يكره تخصيص احدهما بالخطاب و ظ بعضهم التحريم

### منهل اذا ورد عند القاضى الخصوم المختلفون فى الدعوى كان كل اثنين منهم له دعوى غير دعوى الاخر

اشاره

فلا يخلوا ما يردوا مترتبين بان يرد اثنان لدعوى ثم يرد آخرا لآخرى او لا بان يردوا دفعه واحده فان كان الاول فصرّح فى ثر و

يع و ير و عد و د و س و مجمع الفائده و الكشف و الرياض بأنه يبدأ بالأول و ظاهرهم وجوب ذلك عليه و هو المعتمد و لهم  
اولا- ظهور الاتفاق عليه كما يستفاد من الكتب المذكوره لأنهم افتوا به من غير اشاره الى خلاف في ذلك و ثانيا ما نبه عليه  
بقوله لأنه لا- يمكن الحكم بين الكل دفعه و لا ان يقدم احدا لوضعه في نفسه او لحكومته فلم يبق الا اعتبار السبق كما تقدم  
السابق في مقاعد الطرقات و الاسواق و المياه و المعادن كما قال ص منى مباح من سبق و قد يناقش بان ليس فيما ذكره ابطال  
احتمال التخيير الذي يدل عليه الاصل المؤيد بعدم ورود التنبيه على وجوب ذلك في شىء من النصوص المعتمده بل و غيرها الا  
ان يكون مراد الاشارة الى الاستقرار و حجيتة و فيه نظر فتأمل و ثالثا ان تاخير من تقدم قد يكون منافيا للعدل و مستلزما لضرره  
المنفى بقوله ص لا ضرر و لا ضرار فت و رابعا ان مراعات الترتيب ابعدهم للتهمه و اقرب لانقياد الناس الى الطاعه و افنى للمفاسد  
العاديه من التحاسد و التباغض و غيرهما فت و ان كان الثاني فصّرّح في فع و ير و عد و د و س و مجمع الفائده و الرياض بأنه  
يقرع بأنه يقرع بينهم ح فاذا خرجت القرعه الخصمين معلومين حكم بينهما و يمكن استفادته من النهايه و ثر و سم بل يظهر من  
السراير انه مذهب اصحابنا و هو المعتمد لظهور الاجماع عليه بسيطا و مركبا و يعضد ذلك ما نبه عليه في مجمع الفائده بقوله و  
مع الاتفاق و المعية في الدخول على القاضى يستعمل القرعه لأنها لكل امر مشكل و هنا ككك لاشكال الترجيح بغير مرجح

ص: ٧١٦

و يحتمل جعل الامر الى القاضى و القرعه اولى و فيما ذكره نظر و ان اشتبته الحال فى الورد مرتبا او دفعه فيظهر من الكشف  
لزوم استعمال القرعه هنا أيضا و هو فى غاية القوه و

**ينبغي التنبيه على امور**

**الأول هل يجوز الاقتصار فى القرعه على خصوص اسماء المدّعين**

من غير تعرض لذكر اسماء الخصوم او لا بل يجب ان يذكر مع اسمائهم اسماء خصومهم فيه فلو كان لأحدهم خصمان كتب له  
رقعتان قولان احدهما أنه يجوز الاكتفاء بذكر اسماء المدّعين من غير حاجه الى ذكر اسماء الخصوم و هو تصريح الشرائع و  
موضع من الكشف و ظاهر النافع و الارشاد و موضع من عد و ثانيهما أنه لا بدّ من ذكر اسماء خصومهم أيضا و قد نبه على هذا  
القول فى يع قائلان- فان وردوا جميعا قيل يقرع بينهم و قيل يكتب اسماء المدّعين و لا يحتاج الى ذكر الخصوم و قيل بذكرهم  
أيضا لينحصر الحكمه و ليس معتمدا و كذا نبه على هذا القول فى الكشف أيضا و ربّما يستفاد هذا القول من النهايه و المسأله  
لا تخلو عن الاشكال و لكن القول الاول لا يخ عن قوه و عليه فيجوز تقديم جميع دعاوى المدّعى الاول و اما على القول الثانى  
فلا يقدم الاّ الدّعى التى خرج فيها اسم خصم بعض على ما يظهر من بعض الاصحاب بل افتى به فى ير و عد و الكشف و هو  
احوط

**الثانى للأصحاب فى كيفية القرعه هنا عبارات متخالفه**

منها عبارته النهايه و هى قوله فاذا جلس تقدم الى من يأمن كل من حضر للتحاكم اليه ان يكتب اسمه و اسم ابنيه و ما يعرف به

من الصِّفات الغالبة عليه دون الالقاب المكروهه فاذا فعلوا و كتبوا اسماءهم و اسماء خصومهم فى الرقاع قبض ذلك كله جعلها تحت شىء يسترها به عن بصره ثم يأخذ منها رقعه فينظر فيها و يدعو باسم صاحبها و خصمه فينظر بينهما و منها عباره المراسم و هى قوله ثم يتقدم الى كل من حضر للتحاكم ان يكتب اسمه و اسم ابيه و ما يعرف به من الالقاب الغالبه دون المكروهه و يأخذ واحده فمن خرج اسمه استدعاه و منها عباره ثر و هى قوله فان لم يعلم بالأول او دخلوا عليه دفعه روى اصحابنا انه يتقدم الى من يأمن كل للتحاكم اليه ان يكتب اسمه و اسم ابيه و ما يعرف به من الصفات الغالبه دون الالقاب المكروهه فاذا كتبوا ذلك خلط الرقاع و جعلها تحت شىء ثم يأخذ منها رقعه و يدعو باسم صاحبها و خصمه و منها عباره يع و هى قوله بعد ما حكينا عنه سابقا يخلطها تحت ساتر ثم يخرج رقعه ثم يستدعى صاحبها و قيل انما يثبت اسمائهم مع تعسر القرعه و منها عباره ير و هى قوله و لو كثر الواردون رقعه كتب اسمائهم فى رقاع و وضعها بين يديه برقهه رقعه فينظر فى امر صاحبها و منها عباره الكشف و هى قوله فان تساوا فى الورد و اقرع او اشتبه السابق اقرع بان يكتب اسمائهم فى رقعات و يجعل كل رقعه فى بندقه من طين او شمع او نحوهما و يجعل عند من لم يحضر او لم يعلم و يقال له اخرج باسم اللبيق فكل من خرج اسمه حكم عليه فان اكتروا كتبت اسمائهم فى رقاع و جعلت بين يدي الحاكم مستوره فيأخذ رقعه و لم اجد مستندا لشىء من العبارات المذكوره و الأقرب الاكتفاء بالقرعه و المحصله للمطلب من غير اعتبار كيفيه خاصه تعبدا كما يظهر من كلام جماعه و لكن الأولى ان يكتب اسم المدعى و اسم ابيه و ما تعرف به من الصِّفات الغالبه دون الالقاب المكروهه و ان يكتب اسم خصمه فى الرقاع ثم يجعل كل رقعه فى بندقه من طين او شمع او نحوهما ثم يجعل ساتر ثم يؤمن من لم يحضر بالاخراج فمن خرج اسمه قدم

### **الثالث اذا تقرر احد المدعين التأخير قدم سواء**

وردوا مترتين و كان هو واردا اخيرا او وردوا دفعه واحده و قد صرح بذلك فى الارشاد و مجمع الفائده و كذا صرح به فى الرِّياض قائلا دفعا للضرر

### **الرابع اذا قطع المدعى عليه المدعى بدعوى لم تسمع**

حتى يجيب عن الدعوى و ينتهى الحكومه ثم يستأنف و قد صرح بما ذكر فى يع و فع و ير و عد و لك و الكفايه و الكشف و الرِّياض بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه

### **الخامس لو اتفق مسافر و حاضر فهل يستويان او لا**

بل يقدم المسافر فيه قولان احدهما انهما متساويان و قد صار اليه فى يع و ير و عد و لك و الكفايه و الكشف قائلين لو اتفق مسافر و حاضر فهما سواء ما لم يستضر احدهما فيقدم دفعا للضرر و ما ذكره جريد و تبه على وجه فى ذلك قائلا لما كان المقتضى للحكم بتقديم السابق و القرعه من المجتمعين دفعه مراعاة التسويه بين الخصوم لم تعرف فيه بين شخص و آخر و لا بين المسافر و الحاضر و لا بين الرجل و المرأه الا ان يختص احدهم يتضرر على تقدير كالمسافر الذى قد شد الرجال و يؤدى تخلفه الى فوت المطلوب او فوت الرقعه و كذا المرأه التى تتضرر بالانتظار و ثانيهما انه يقدم المسافر و حكاه فى لك عن بعض

قائلا و بعضهم قدم المسافر على المقيم نظرا الى اغلبه الضروره و لا دليل عليه يقتضى التخصيص فلذا اشرك المصنف بينه و بين الحاضر فى تقديم المستضر منهما و اذا كان احدهما امراه فصّرح فى عد بانها تقدم و علله فى الكشف بانها احقّ بسرعه الى بيتها و فيه نظر و الاقرب عندى ان المناط فى الترجيح هو التضرر بالتاخير و الا فالمساوات

### منهل اذا حضر المتخاصمان عند الحاكم و بدر احدهما الى الدّعى

وجب على الحاكم ان يسمع تلك الدّعى منه دون الاخر اذا قال انا المدّعى كما فى النهايه و ثر و يع و فع و د و ير و عد و اللمعه و س و لك و مجمع الفائده و الكشف و الرّياض و هؤلاء و ان لم يصّرّحوا بالوجوب بل فى النهايه لفظه ينبغى و لكن الظاهر منهم بل المقطوع به اراده الوجوب و قد صرّح بوجوب السّماع من المبادر فى ضه بل الظاهر انه لا نزاع فيه و قد صرّح به فى مجمع الفائده فلا اشكال فى لك و الظاهر عدم الفرق بين سعه الوقت لسّماع الدّعويين و ضيقه عنه لظهور اتفاق الاصحاب على ذلك اذ كل من صرّح بوجوب سماع دعوى المبادر فقد أطلق

### منهل اذا ابتدوا معا بالدعوى على صاحبه و لم يتقدّم احدهما على الاخر فى اظهار الدّعى

#### اشاره

فقد صرّح فى الانتصار و النهايه و سم و يع و فع و ير و عد و لف و د و اللمعه و س و ضه و الرّياض بأنّه يسمع دعوى من على يمين على صاحبه التى بادر بها و لا يلتفت الى دعوى الاخر و هو ظ ثر و التنقيح و المسالك و هو محكى فى لف و التنقيح عن المفيد فى عه و على بن بابويه فى رساله و ادعى عليه الشّهرة فى لف و التنقيح و لك و مجمع الفائده و الكفايه و غيرها بل فى الرّياض عليه عامه متأخرى اصحابنا بل متقدّميهم عدى الشّيخ و حكى فى لك و ضه عن بعض القول بأنّه يقرع بينهما لترجيح سماع احدى الدّعويين و يظهر من التنقيح أنّه قول الشّيخ فى ط فأنّه قال قال فى ط القرعه اولى و يظهر من الخلاف تقويته و الميل اليه فأنّه قال لو قلنا بالقرعه كان قويا و المعتمد عندى هو القول الاول لوجهين الاول ظهور عباره الانتصار فى دعوى الاجماع عليه فأنّه قال مشيرا الى المختار عليه اطباق الطائفه و يعضده اولا تصريح الشّيخ فى الخلاف بدعوى الاجماع عليه و دلالة الاخبار عليه و لا ينافيه قوله

ص: ٧١٧

لو قلنا بالقرعه كان قويا لعدم ظهوره فى اختياره القول بالقرعه خصوصا مع ملاحظه تعبيره بلفظه لو الامتناعيه و استفاده الميل منه أيضا بعيد بل جعل فى لف هذه العبارة دليلا على تردّده فى المسأله و فيه نظر أيضا و لعله اراد بذلك الاشاره الى كون القول بالقرعه قويا لو لا- الاجماع لا- الاشاره الى ميله اليه اذ يبعد فى الغايه دعوى الاجماع و دعوى دلالة الاخبار على القول الاول بفاصله جزئيه و يؤيد ما ذكر عدم تعرض الحلى للإشاره الى خلافه و التكلم عليه مع ملاحظه رغبته الى ذلك غالبا حتى أنّه يتوهم منه أنّه ملتزم بذلك و مما ذكر يمكن منع مخالفته فى ط أيضا و ثانيا الشهره العظيمه القريبه من الاجماع بل جعلها فى لف حجه مستقلة على المختار و اقتصر عليها و لم يذكر دليلا آخر عليه فأنّه قال مشيرا الى المختار لأنّه أشهر فيكون ارجح الثانى جملة من الرّوايات منها ما اشار اليها فى ط و ثر و لف قائلين بعد الاشاره الى المختار رواه اصحابنا اذ يظهر من هذه العبارة كون المختار ممّا ورد عن المعصومين ع التنصيص عليه و كونه متلقى بالقبول عند الاصحاب و منها صحيحه محمّد بن مسلم عن ابى

جعفر ع أنّ رسول الله ص قضى ان تقدم صاحب اليمين فى المجلس لا يق لا دلالة فى هذه الروايه على المطلوب لاحتمال ان يكون المراد من صاحب اليمين المدعى الذى يرد عليه الحلف كما اشار اليه الاسكافى فيما حكاه عنه فى الانتصار لاحتمال ان يكون المراد من ذلك يمين القاضى كما اشار بعض لأننا نقول الظاهر ضعف الاحتمالين المذكورين كما لا يخفى و قد صرح بضعف الاول فى الانتصار و مجمع الفائده و لك و الرياض و يضعف الثانى فى الرياض فالروايه ظاهره الدلاله على المطلوب و مّا يؤيد ذلك اولاً ما تبه عليه فى لك قائلاً بعد الاشاره الى كون الدليل على المختار الروايه المزبوره و هذه الروايه ليست صريحه فى المدعى الا أنّ الاصحاب اتفقوا على اراده ما ذكر منها و ثانياً قول الرياض الاحتمالان المتقدم اليهما الاشاره مخالفان لظاهره لا سيما بعد الاتفاق على كون المراد منها ما ذكرناه على الظاهر من الانتصار و الخلاف ظ و ثر المصرح به فى ذلك و منها ما اشار اليه بعض قائلاً بعد الاشاره الى المختار و يمكن ان يجعل دليلاً له صحيحه عبد الله بن سنان عن الصادق ع قال اذا تقدمت مع خصمين الى وال او قاض فكن عن يمينه يعنى يمين الخصم فان الفائده ذلك و فيما ذكره نظر لا يق يعارض جميع ما ذكر عموم ما دل على أنّ القرعه لكل امر مشكل بناء على ان الترجيح هنا مشكل لأننا نقول هذا لا يصلح للمعارضه من وجوه شتى كما لا يخفى و

### ينبغى التنبيه على امور

### الاول الظاهر ان السماع هنا على الوجوب

كما استفاد من كلام كل من قدم صاحب اليمين

### الثانى الظاهر أنّه لا فرق بين سعه الوقت لسماع الدعويين و ضيقه

عند اطلاق كلام الاصحاب

### الثالث اذا لم يسمع من صاحب اليمين بل سمع من صاحبه سهوا

فهل يصح او لا فيه اشكال من اصاله عدم صحه الحكم و من اطلاق قوله ع فى مقبوله عمر بن حنظله فاذا حكم بحكمنا فلم يقبل عنه فانما بحكم الله استخفّ و علينا رد فت

### الرابع اذا تراحم الطلبة عند مدرس و المستفتون عند مفت

فان لم يمكن التدريس و الافتاء واجبين فيتخير المدرس و المفتى فى تقديم من شاء مط و لو كان احدهما اسبق كما صرح به فى ير و هو ظاهر س و ضه للأصل و عدم الدليل على خلاف ذلك و لعدم اشتهاره مع توافر الدواعى عليه و ان كانا واجبين فان كان الوقت يسع الجميع و لم يكونا واجبين على الفور فمقتضى اطلاق ير و س و ضه أنّه يقدم الاسبق و مع التساوى يقرع بينهم و

الحق في ضمه به صورته الجهل بالسابق قائلًا تبعًا للدروس لو جمعهم على درس واحد فقارب أفهامهم جاز و إلا فلا و عندي في ذلك أشكال بل الحكم بالتخير هنا متجه لأصله البراءة عن وجوب تقديم السابق و عن وجوب القرعه مع إمكان إعطاء كل ذي حق حقه على وجه لا يترتب على أحد منهم ضرر و لعدم اشتها ذلك مع توفر الدواعي عليه لأن معظم الواجبات الموسعة لا تجب تقديم أحدها على الآخر إذا اجتمعت فكذا هنا عملاً بالاستقراء و إن كان الوقت لا يسع الجميع بل إنما يفى بدفع حاجه البعض فحكم الجماعة المتقدم اليهم الاشارة هنا بجميع ما حكموا به فيما سبق من لزوم تقديم السابق و القرعه مع التساوي و غير ذلك و عندي فيه أشكال و لكن الاحوط ما ذكره فيما اذا لم يختلف ارباب الحوائج بالقرابه و الايمان و الفسق و الكفر و الحاجات بالاهميه و الاشدية

### **منهل يكره للحاكم ان يشفع الى المستحق في اسقاط حق بعد ثبوته و الى المدعى في ابطال دعوى قبله**

#### **اشاره**

كما صرح به في يع و فع و د و عد و ير و س و ضه و مجمع الفائده و الكشف و الرياض و لهم اولاً- ظهور الاتفاق عليه كما يشعر به قول الكفايه قالوا يكره للحاكم ان يشفع في اسقاط حق بعد ثبوته او ابطال دعوى قبله و ثانياً قاعده التسامح في ادله الكراهه و ثالثاً ما نبه عليه في مجمع الفائده بقوله اما كراهه الشفاعه في اسقاطه بعد ثبوته فلانه منصوب لاستيفاء حقوق الناس لا لإسقاطها فقد يستحي الخصم او لكونه محتاجاً اليه فيسقط لأجله فيضيع حقه و كذا في ابطال الدعوى فانه منصوب لسماعها نعم يجوز له طلب الصلح بل يستحب ذلك و نبه على ما ذكره في الرياض بقوله يكره ان يشفع الى الغريم و صاحب الحق في اسقاط او ابطال الدعوى خوفاً من ان يستحي الغريم في وجه القاضى فيجيبه سؤاله مع عدم رضائه في الباطن هذا اذا كان بعد ثبوت الحق و إلا فلا يكره بل يستحب الترغيب في الصلح و رابعاً ما نبه عليه في الكشف بقوله يكره ان يشفع في بعض الحق او ابطال كله او اسقاط الحق كلاً- او بعضاً بعد الاثبات او ابطال دعوى قبله فعن النبي ص أنه سال اسامه حاجه لبعض من خصمه اليه فقال له يا اسامه لا تسألني حاجه اذا جلست مجلس القضاء ليس فيها و

#### **ينبغي التنبيه على امور**

#### **الاول لا فرق في ذلك بين بعض الحق او كله**

#### **الثاني لا يكره شفاعه الحاكم الى المستحق في اسقاط حق قبل ثبوته**

كما يستفاد من مجمع الفائده و الكشف و الرياض بل الظاهر أنه ممّا لا خلاف فيه

#### **الثالث لا يكره للحاكم ان يطلب من المدعى الصلح**

لإسقاط الدعوى كما نبه عليه الحلبي في الكافي و المحقق الأردبيلي في مجمع الفائده و والدي العلامه في الرياض و كذا نبه



عليه في السرائر قائلًا و له ان يأمرهما بالصِّلح و يشير بذلك لقوله تعالى وَ الصُّلْحُ خَيْرٌ فلإنسان ان يفعله بغير محصل و يشبهه هذا على كثير من المتفقهه و يظن أنه لا يجوز للحاكم ان يأمر بالصِّلح و لا يشير به و هذا خطأ من قائله و شيخنا ابو جعفر قد انصح عن ذلك فقال اذا ترفع اليه اثنان و كان الحكم واضحًا بينهما بلا اشكال فيه لزمه ان يفتي بينهما و صرّح في مجمع الفائده و و الرياض باستحباب الصِّلح هنا و نبه في لك على وجه الجمع بين كراهه الشفاعة في اسقاط الدّعوى و الصِّلح قائلًا طريق الجمع بين ذلك و بين الترغيب في الصِّلح غالبًا لإسقاط بعض الحق اما يجعله متوسطًا بين الاسقاط و عدمه او جعله مستثنى كما يقتضيه كلام الاصحاب لا ان الصِّلح خير او بعث غيره على ترغيبهما في

ص: ٧١٨

ذلك و الوساطه بينهما بالصِّلح كما صرّح به ابو الصِّلاح و هذا اولي و صرّح الحلبي في الكافي بانه لا يتولى الحاكم الصِّلح بنفسه قائلًا- فان اقام على الانكار اعرض عليهما الصِّلح فان اجابا اليه دفعهما الى من يتوسط بينهما و لا يتولى ذلك بنفسه لان الحاكم نصب للقطع بالحكم فيثبت و الوسيط شافع و يجوز الاصلاح ما يخرج عن الحكم و نحوه ما في الغنيه

#### **الرابع حكى في الكشف عن المفيد انه قال فان اقر المدعى عليه بما ادعاه خصمه**

و قال اريد ان تنظرني حتى اتمحله قال الحاكم لخصمه ا تسمع ما يقول خصمك قال نعم قال له فما عندك فيه فان سكت و لم تعلم شيئًا اقامه و نظر في امر غيره و ان قال انظره فذاك له و ان ابى لم يكن للحاكم ان يشفع فيه و لا يشير عليه بانظاره و لا غيره و لكن يثبت الحكم فيها بينهما و صرّح بما ذكره في النهايه و الكامل و كذا صرّح به في سم لكن لم يذكر غير الانظار و في ثر و ان ابى يعنى الانظار فليس للحاكم ان يشفع اليه عنه و لا يشير اليه بالانظار و لا بأس بمراعات ما ذكره و لكنه غير واجب كما هو ظاهر كلامهم للأصل السليم عن المعارض المعتضد بخلو النص و معظم الفتاوى عن بيان الوجوب

**منهل لا اشكال في صحه الدّعوى و جواز سماعها اذا كان محلها و متعلقها معلوما معينا مشخصًا لا جهاله فيه**

#### **اشاره**

كهذا الفرس و هذا الثوب و هذه الدار و هذه الزوجه و نحو ذلك و قد صرّح بدعوى الاتفاق عليها في الروضه قائلًا اذا ادعى المدعى دعوى ملزمه معلومه جازمه قبلت اتفاقًا و هل تصح اذا كانت محلها و متعلقها مجهولًا- غير معلوم و لا معين في غير الوصيه و الاقرار كفرس ما و ثوب ما و درهم و دينار ما و شىء و جنس و غير ذلك من الاشياء التى يختلف اصنافها و انواعها و اجناسها و افرادها قيمه و رغبه على قولين احدهما انها لا تصح و تكون مردوده فلا يتعلق بها حكم الحاكم فتكون من شرائط صحه الدّعوى تعيين المحل و عدم جهالته كما ان من شرائط صحه البيع تعيين العوضين و عدم جهالتهما و هو للدّروس و المحكى عن الشيخ في ط و الحلبي في ثر و مه في ير و ثانيهما تصح و تكون مقبوله كما في صورته عدم الجهاله و هو للنافع و عدد و د و لك و ضه و مجمع الفائده و الكفايه و الرياض و حكاه فيه عن فخر المحققين في الايضاح للأوليين اولا الاصل و قد يجاب عنه باندفاعه بادلّه القول الثانى و ثانيا العمومات المانع عن العمل بغير العلم من الكتاب و السنه خرج منها صورته التعيين بالدليل و لا دليل على خروج صورته الجهاله التى هى محل البحث فيبقى مندرجه تحتها و قد يجاب عنه بنحو الجواب عن الوجه

الأول و ثالثا ما نبه عليه في التنقيح و لك و المهذب بقولهم قال الشيخ لا تسمع الدعوى المجهوله كفرس و ثوب مطلقين لانتفاء فائدتهم و هو حكم الحاكم بها لو اجاب المدعى عليه بنعم ثم اعترض عليه نفسه بصحة الاقرار بالمجهول و اجاب بالفرق بينهما فانا لو كلفنا بالتفصيل ربما يرجح بخلاف المدعى فأنه لا يرجع عن الدعوى بمطالبه التفصيل و قد يجاب عما حكوه عن الشيخ بالمنع من عدم الفائدة بل هي موجوده كما نبه عليه في الروضه قائلًا- و ما ذكره لا يصلح التقييد ما دل على صحه الدعوى لإمكان الحكم بالمجهول فيحبس حتى يبينه و يعضد ما ذكره هنا اولاً قوله في لك اما فرق الشيخ بين الاقرار بالرجوع و عدمه ففرق ظاهري لا يصلح لتأسيس الحكم و ثانيا قول الكفايه حجه الشيخ على ذلك غير تامه و ثالثا قول ير قال الشيخ لو ادعى شيئا مجهولا- لم تسمع لان الحاكم يسأل المدعى عليه فان اعترف به لزمه و لا يمكنه ان يلزمه بالمجهول و فيه نظر و للآخرين وجوه أيضا منها عموم النبوى المرسل المشهور التنبيه على المدعى و اليمين على من انكر و يعضد ما ذكر قول الروضه و الرياض قائلين السماع هو الاقوى لإطلاق الادله الداله على وجوب الحكم و منها انه لو كان عدم الجهاله و التعيين شرطا لورد التنبيه عليه في شىء من الاخبار لمسيس الحاجه اليه و تؤخر الدواعى عليه و التالى باطل و المقدم مثله و منها ان عدم سماع الدعوى المجهوله مستلزم للفساد العظيم الذى يترتب عليه دعاوى غالبا و هو مناف للحكمه التى شرع القضاء لأجلها و منها ما تبه عليه في التنقيح و لك و الروضه و المهذب البارع و مجمع الفائده و الكشف قائلين تسمع الدعوى المجهوله لان المدعى ربما علم حقه بوجه ما كما لو علم ان له فرسا او ثوبا و لا يعرف شخصه و لا صفته و لا قيمته فلو لم يجعل له الى الدعوى به طريق لأدى الى ابطال حقه من غير دليل فالمقتضى للسمع موجود و المانع منه مفقود فيلزم الحكم به و منا ما تبه عليه في المهذب البارع و الرياض قائلين و لأنه تسمع دعوى الوصيه المجهوله و الاقرار به و يستفسره الحاكم بلا خلاف فكذا يصح الدعوى و يستفسره الحاكم و الا لزم الحرج و الضرر و زاد في الاول قائلًا مع عدم تعقل فرق بين الاقرار و الدعوى الا من حيث ان المقر لو طولب خيف من رجوعه و المدعى لا- يرجع لوجود داعى الحاجه فيه دونه و هو غير كاف في ذلك لما ذكرناه و يعضد ما ذكره ما حكيناه سابقا عن جماعه تقدم اليهم الاشاره و المسأله لا يخ عن اشكال و لكن الاقرب عندي هو القول الثانى و

### ينبغى التنبيه على امور

#### الأول يتفرع على المختار من عدم اشتراط التعيين فى صحه الدعوى

ما ذكره فى لك و المهذب البارع و مجمع الفائده و الكفايه و الكشف و الرياض من انه يلزم الخصم ببيان الحق المقر به او المثبت عليه بالبينه و يقبل تفسيره بمسمى الدعوى و يحلف على نفى الزائد ان ادعى عليه و زاد فى الرياض قائلًا او يحلف على عدم العلم ان ادعى عليه و هو جيد و صرح أيضا بانه يحبس ان لم يدفعه و ان علم الحاكم بان الخصم لا يعلم بما ثبت عليه و لا يقدر على تعيينه فلا خلف هنا بل ينبغى الرجوع الى اصاله البراءه حيث يمكن و لعل الصلح اولى و احوط مط

#### الثانى يتفرع على مختار الخصم امور

منها أنه يلزم حيث يكون متعلق الدعوى اثمانا ذكر القدر و الجنس و النوع و قد صرح بهذا فى ثر و ضه و الرياض و كذا صرح به فى ير قائلًا فيقول عشره دنانير مضربه صحاحا مثلا و فسر الجنس فى الكشف بان يقول ذهابا او فضه و ابدل فى يع و عد النوع

بالنقد و صرّح في الكشف بان يقول من الغالب و غيره ان تعدد ثم حكى عن الشيخ انه صرّح بأنّه ان كان هناك خلاف في صحاح او مكسره فلا- بدّ ان يقول صحاحا او مكسره محتجا بانّ التفاوت كثير في هذا و الظاهر ان مراد الجميع واحد و ان الاختلاف انما هو في العبارة و لذا لم يشر احد الى خلاف هنا و في يع ابدال الجنس بالوصف و الظاهر أيضا ان المراد واحد و هل اطلاق النقد هنا ينصرف الى نقد البلد او لا بل يجب التعيين صار الى الاخير في س و ضه و الرّياض قائلين لا بد من ضبط المثلى بصفاته و القيمي بقيمته و الاثمان بجنسها و نوعها و قدرها و ان كان البيع و شبهه بتصرف اطلاقه

ص: ٧١٩

الى فقد البلد لأنّه ايجاب في الحال و هو غير مختلف و الدّعوى اخبار عن الماضي و هو مختلف و نّبه على التعليل الذي ذكره الشيخ فيما حكاه عنه في الكشف فيه نظر و منها أنّه يلزم اذا كان متعلق الدّعوى مثليا الضبط بصفاته و قد صرّح بهذا في السرائر و س و يع و عد و ضه و الرّياض و صرّح في يع و عد و لك بانه لا يفتقر هنا الى ذكر القيمه و عله في الاخير و الكشف بإمكان ضبطه بدونها و صرّح في يع بان التعرض لها احوط و كذا صرّح به في لك محتجا بأنّه اضبط خصوصا اذا كانت العين متقومه و صرّح فيه أيضا بأنّه لو تلفت العين تعين اشتراط التعرض للقيمه و سقط اعتبار العين محتجا بان القيمه هي الواجبه عند التلف و منها أنّه يلزم اذا كان المتعلق قيميّا و لا مثل له كالجواهر و العبد و الثياب ذكر القيمه و قد صرّح بهذا في ثر و يع و عد و ير و س و ضه و الرّياض و كذا صرّح به في الكشف قائلا بناء على أنّ الجهاله انما يرتفع بذكرها فلو فرض ايقاعها بدونها لم يلزم

### الثالث لا يشترط في دعوى الاقرار

و لا- في دعوى الوصيه التعيين مط و ان شرطناه في دعوى غيرهما فلو ادعى الوصيه بمجهول او الاقرار بمجهول سمعت و قد صرّح بعدم اشتراط ذلك هنا في يع و عد و ير و س و التنقيح و لك و المهذب البارع و مجمع الفائده و الكفايه و الكشف و الرّياض و صرّح في ثر بعدم اشتراط ذلك في الوصيه و لهم وجوه منها ظهور الاتفاق على عدم الاشتراط في المقامين و منها أنّه ادعى الاجماع عليه في التنقيح قائلا- المدّعى به اما ان يصح الحكم به و ان كان مجهولا- او لا فالاول يصح الدّعوى فيه مع الجهاله اجماعا كالوصيه بالمجهول و الاقرار به و يعضده ما ذكره اول قول المهذب البارع اذا ادعى الوصيه بمجهول سمعت قطعا و كذا لو اقر له عند الحاكم او الشهود و كان له المطالبه بتلك الدّعوى بلا خلاف في هاتين الصّورتين و ثانيا قول مجمع الفائده يجوز الاقرار و الوصيه و كذا دعواهما به بالاجماع و ثالثا قول الكفايه لا اعرف خلافا في صحه الوصيه بالمجهول و الاقرار بالمجهول فيقبل دعوى الوصيه به و دعوى الاقرار و رابعا قول لك لا اشكال في صحه سماع دعوى الوصيه بالمجهول و دعوى الاقرار بالمجهول كما يصح الوصيه و الاقرار بهما و الخلاف في غير هاتين الصّورتين و خامسا ظهور الكشف في دعوى الاتفاق على ذلك و ربما يظهر ذلك أيضا من يع و عد و ير و س و الرّياض لعدم اشارتها الى خلاف و لا اشكال في ذلك

منهل فلا اشكال في صحه سماع الدّعوى حيث يكون المدّعى عالما و جازما بما يدعيه

اشاره

و يكون عبارته داله على ذلك أيضا كما اذا قال اعلم و اجزم و اقطع بان لي عليه كذا و ان هذا الشىء لي و هل تسمع اذا لم

تكن عبارته داله على جزمه و قطعه بما يدعيه و لا يكون أيضا جازما قلبا كما قال اظن او اتوهم أنّ لى عليه كذا و ان هذا الشىء لى فلا يشترط فى صحه الدّعى الجزم و لا ايرادها بصيغه الجزم او لا تسمع بل يشترط ايرادها بصيغه الجزم اختلف الاصحاب فى ذلك على اقول احدها انه يشترط ايرادها بصيغه الجزم و هو للغنيه و فع و يع و التنقيح و الرياض و صرّح فى غايه المراد بأنّه جزم به الكندرى بل ادعى فى الكفايه الشهره عليه قائلا المشهور بين الاصحاب أنّه لا بدّ من اعتبار الجزم فى الدّعى قائلا فلو قال اظن او اتوهم لم تسمع و ثانيها أنّه لا يشترط ذلك بل تسمع اذا قال اظنّ او اتوهم و هو لظ لك و مجمع الفائده و الكفايه و الكشف و ثالثها ما صارا اليه فى س و ضه قائلين لو صرّح بالظن او الوهم فثالث الاوجه السّماع فيما يعسر اطلاقه كالقتل و السرقة دون المعاملات و رابعها ما حكاه فى يع عن بعض قائلو و كان بعض من عاصرناه يسمعون فى التهمه و يحلف المنكر و تبه على هذا القول فى غايه المراد و غيره و كان الفقيه الشيخ نجيب الدّين ابو ابراهيم محمد ابن نما الحلّى يسمع الدّعى فى التهمه و يحلف المنكر و لا باس به و فسّر فى الكشف التهمه بما لا يعسر الاطلاع عليه كالقتل و السرقة و تبه فى الرياض على ان محلّ الخلاف فى هذه المسأله هو صورته التهمه قائلا و من الدّليل السّابق يظهر وجه اشتراط ايراد الدّعى بصيغه الجزم فلو قال اظن الحق عليه او اتهمه لم يسمع منه الدّعى بلا خلاف فيه اذا كان فيما لا يخفى و اما فى غيره كالتهمه فقولان ظاهرا اطلاق المتن هنا و صريحه فى يع و صريح الفاضل المقداد فى شرح الكتاب الكندرى و ابن زهره العدم و نسبه فى الكفايه الى المشهور و فخر الدّين و الشهيدان فى نكت الارشاد و لك و ضه و المحقق الثانى كما حكى على الثانى و فاذا لبعض القدماء و تردد فيه الفاضل فى عد و د و ير و هو ظ الصيمرى و غيره للقول الاوّل و جوه منها ما ذكره فى غايه المراد و لك و الرياض من أنّ الدّعى توجب التسليط على الغير بالالتزام بالاقرار او بالانكار او التبريم و هو انزال ضرر منفى بقوله ص لا ضرر و لا ضرار فيما ذكره نظر كما صرّح به فى غايه المراد فان مقتضاه عدم جواز الدّعى فى صورته عدم حصول العلم للمدّعى بما يدعيه و هو باطل و ليس محل كلام لما يأتى اليه الاشاره من تصريح جماعه بانه لا يشترط فى صحه الدّعى قطع المدّعى و أنّما محل الكلام لزوم الاتيان بصيغه داله على الجزم و ليس فى الوجه المذكور دلالة عليه اصلا اللهم الا ان يق ان مقتضى الوجه المذكور عدم جواز الدّعى مع عدم العلم مط خرج صورته الاتيان بالصيغه الداله على الجزم بالدليل و لا دليل على خروج صورته الاتيان بالصيغه الغير الداله على الجزم فيبقى مندرجا تحته و هذا و ان اخص بصورته عدم الجزم قلبا و لفظا و لم يشك صورته الجزم قلبا لا لفظا و لكنه يلحق بالصوره المندرجه تحت الوجه المذكور بعدم القائل بالفصل و فيه نظر و قد يق لا نسلم لزوم الضرر على تقدير صحه الدعوى مع عدم علم المدّعى سلمنا لزومه فى بعض الصور و لكنه معارض بلزوم الضرر على المدّعى اذا لم تسمع دعواه فت و منها ما تبه عليه فى غايه المراد و لك و مجمع الفائده و الكشف من أنّ الدّعى فى معرض ان يتعقبها يمين المدّعى او القضاء بالنكول و هما غير ممكنين مع عدم العلم باصل الحق اما الاول فلامتناع الحلف على الظنّ و اما الثانى فلامتناع ثمره النكول اذ لا يستحل للتبريم ان يأخذه بمجرد انكار المدعى و قد يناقش فى الوجه المذكور بما تبه عليه فى مجمع الفائده بقوله نمنع لزوم اليمين على تقدير الردّ او القضاء بالنكول فيحتمل ان يجوز الدّعى بالظنّ فان سلم الخصم و اقرار شهد به الشهود يأخذ المدعى على الظاهر و الا فلا يأخذه بمجرد النكول عن اليمين و ان قيل بالقضاء بالنكول فى غير هذه الصوره لعدم ثبوت الحق لاحتمال تعظيم اليمين ذكرا هاهنا و لا يحلف ان ردّ عليه و يكون من

لوازم الدّعى الجازمه اليقنيه لا مط و يؤيده أنّه اذا اقر شخص بان لزيد عنده كذا و لم يعرف هو فسادة فالظاهر أنّه يجوز اخذه و مع الظن بالطريق الاولى و كذا

لو شهد الشاهد أنّ على ذلك فح يمكن سماع الدعوى لاحتمال ان يحصل الاقرار و يثبت بالشهود ثم قال على أنّه قد يمنع لزوم اليمين بالرد و القضاء بالنكول فى غير الدعاوى بل انما يكونان فيما اذا كان الدعوى مع العلم و اذا لم يكن العلم و لم يكن الشهود لم تثبت الدعوى سواء حلف المدعى عليه او نكل او رد مع أنّه قد يلتزم بجواز الاخذ مع النكول كما احتمله فى الشرح و لكنه بعيد و يؤيد عدم لزوم بالقضاء او رد اليمين بمطلق الدعوى ما نقل عن نجيب الدين بن نما سماع الدعوى فى التهمة و ان لم تكن جازمه و يحلف المنكر ان ترتب عليها رد اليمين على المدعى لعدم امكانه و هو ظ فت و يعضده ما ذكره قول الكفايه بعد الاشارة الى الوجه المذكور و هذا يحتاج الى اثبات هذه الدعوى و كذا الكلام فى دعوى عموم لزوم الحكم عند النكول على المدعى فيلزم اخذ الشىء منه قهرا بمجرد الظن اذ المانع ان جمع عموم الحكمين و تخصيصهما بغير صوره دعوى الظن و لعله اشار الى ما ذكره فى غايه المراد بقوله بعد الاشارة الى الوجه المذكور و فيه نظر و منها ما اشار اليه فى التنقيح قائلا نقل عن ابن نما أنّه سمع فى التهمة و يحلف المنكر و هو بعيد عن شبه الدعوى بيان ذلك ان الدعوى ملزومه لسماعها المستلزم الحكم بها لكن الحكم و الحال هذه باطل لاحتمالها النقيض و يعضد ما ذكره ما نبه عليه فى غايه المراد و لك و الكفايه و الكشف فى مقام الاحتجاج على هذا القول بقولهم و لأنه بعيد عن شبه الدعوى اذ المعهود القول الجازم فلا يطابقها الظنّ و نحوه و منها أنّه لو سمعت الدعوى المفروضة للزم الحكم بانه يجوز للمدعى التصرف فى عين او جاريه لا يعلم باستحقاقه اياهما حيث لم ينازعه من هما بيده و يخلى بينه و بينهما و لم يكن هناك بنيه للمدعى و لا اقراره من المدعى عليه و ذلك مع كونه خلاف الاصل بعيد جدا فت و منها ان الاصل عدم سماع الدعوى و عدم صحه الحكم و عدم نفوذه بالاسباب الغير المفيدة خرج صوره جزم المدعى و اتيانه بالصيغه الداله على الجزم بالدليل و لا دليل على خروج محل البحث فيبقى مندرجا و قد يجاب عن ما ذكر بما صرح به فى لف و غايه المراد و التنقيح و الكشف من ان الاصل عدم اشتراط الجزم فى الدعوى و ضه و فيه نظر لما نبه عليه فى الرياض قائلا- و التمسك باصالة عدم الاشتراط حسن حيث يكون اطلاق ينفع او عموم وجود كل منهما هنا غير معلوم و عموم الآيه على تقدير تسليمه دليل اخر فلا يتم به الاصل و للقول الثانى وجوه أيضا منها ما نبه عليه فى لف فى غايه المراد و التنقيح و الكفايه و الكشف من عموم قوله تعالى وَ أَنْ أَحْكُمُ بَيْنَهُمْ ﴿١٠٦﴾ بِمَا أَنْزَلَ وَ قَوْلُهُ تَعَالَى فَلَا وَ رَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ﴿١٠٧﴾ وَ قَدْ يَنَاقِشُ فِي هَذَا الْوَجْهِ بِمَا نَبَهَ عَلَيْهِ فِي الرِّيَاضِ قَائِلًا بَعْدَ الْإِشَارَةِ إِلَيْهِ وَ فِيهِ نَظَرٌ لِمَنْعِ الْعُمُومِ فِي الْآيَةِ وَ انما غايتها الاطلاق لغير انصرافه الى محل النزاع و لو سلم فلا دلالة فيها على كون الحكم فيه سماع الدعوى فقد يكون الحكم كسائر ما يرد فيه الدعوى و لم تسمع اجماعا و منها عموم قوله ص فى المرسل المشهور البيّنه على المدعى و اليمين على من انكر فان المدعى يشمل لغه و عرفا من يدعى حقا بمجرد الاحتمال و المنكر يشمل من ينكر الدعوى الظنيه و قد يجاب عن هذا الوجه بان اطلاق المدعى ينصرف الى من يدعى على وجه الجزم و اليقين و ان سلم كونه حقيقه فى القدر المشترك بينه و بين من يدعى على وجه الظن و ذلك لان الغالب فى الدعاوى صدورها على وجه القطع و اليقين و يعضد ما ذكرناه اول قول التنقيح اذ المعهود القول الجازم فلا يطابقها الظنّ و نحوه و ثانيا قول مجمع الفائده فى مقام لان المتبادر من الدعوى على شخص فى شىء كونه جازما بذلك و لكن انكر هذه الدعوى فى مقام آخر قائلا و يمنع المتبادر بحيث يكون حجه و يعضد ما ذكره امران احدهما تصريح الكفايه و الكشف بمنع تبادر ذلك أيضا و ثانيهما تصريح لك بعدم ثبوت التبادر و نبه عليه فى غايه المراد أيضا و فيما ذكره نظر بل الاقرب عندى ثبوت التبادر المذكور فت و منها جملة من العمومات غير ما تقدم اليه الاشارة احدها قوله

تعالى فَإِنْ تَدَّأَزَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ وَثَانِيهَا قَوْلُهُ تَعَالَى وَمَا اخْتَلَفْتُمْ فِيهِ مِنْ شَيْءٍ فَحُكْمُهُ إِلَى اللَّهِ وَثَالِثُهَا  
عموم روايتى ابى خديجه و عمر بن حنظله المتقدمين و قد يجاب عن جميع هذه العمومات بنحو ما اجاب به فى الرياض عن  
الوجه الاوّل فت و منها ما نبه عليه فى غايه المراد بقوله و لأنه لو كان شرطاً لم يكف اللفظ المحتمل بل كان يجب عليه  
الاستفسار فيقول له هل انت جازم أم لا و الثانى باطل فالمقدّم مثله بيان الملازمه ان الجهل بالشرط يستلزم عدم المشروط فلا  
يحصل الجزم بسماع الدعوى و لكنه اخيراً اورد على هذه الوجه قائلاً و فيه نظر لأننا فسرنا الجزم باللفظى لا القلبى و يعضد ما  
ذكره ما تبّه عليه فى الرياض بقوله و اشتراط الجزم انما هو فى الصيغه لا فى نفس الامر و العقيده كما صرّح به الشهيدان فى  
النكت و لك و الصيمرى فى ح يع قالوا و من المعلوم أنّه اما كان للإنسان بينه تشهد له بالحق و هو لا يعلم به له ان يدعى عند  
الحاكم ليشهد البيه له و لعله لهذا نسب الجزم المعتبر فى العبارة و غيرها الى الصيغه خاصه تنبيهها على عدم اعتباره فى العقيده و  
ح فلا- يجب على الحاكم الاستفسار بعد ظهور الصيغه فى الجزم و ان احتمل خلافه حيث لم يصرّح به لما عرفت من رجوع  
الاطلاق اليه هذا و لو سلمت هذه الادله فمعادها سماع الدعوى مط و لو لم يكن هناك تهمة اصلاً و لم يقولوا به بل ظاهرهم  
الاطباق على خلافه و ان حكى القول بالاطلاق شيخنا الشهيد فان قائله غير معروف و لا فى كلام احد عدا شيخنا المذكور و لعله  
من العامه و على تقدير كونه منا يصح النقض أيضاً جدلاً مع هؤلاء الجماعه و لو ذبّ عنه الاجماع على التقييد لم ينفع لإبرائه  
الوهن فى ادلتهم و لو بالاضافه الى ما تقدم من الادله المعارضه و بالجمله فالظاهر ما عليه الماتن و منها انه لو لم تسمع الدعوى  
المفروضه للزم الفساد العظيم المترتب على المنازعه و المشاجره و هو مناف للغرض من شرعيه القضاء و تبّه على ما ذكر فى غايه  
المراد بقوله قال الشيخ نجيب الدين ابو ابراهيم محمد بن نما الحلى تسمع لدعوى فى التهمه و يحلف المنكر و لا باس به لما فيه  
من حسم ماده النزاع و اورد عليه قائلاً ان حلف المنكر او قضينا بالنكول فلا كلام و ان لم يقض الا برد اليمين لم يرد هنا لعدم  
امكانه بل توقف الدعوى و منه يظهر ما فى استدلال الشهيد فى النكت على اختياره له بان فيه قسماً لماده النزاع لعدم انحسامها  
على تقدير النكول عن اليمين و عدم امكان الرد و القضاء نعم يتحسم على القول بالقضاء و هو لا يقول به فلا يوافق دليله مختاره  
الا- ان يلتزم بحبس المنكر ح الى ان يقر او يحلف كما ذكره الصيمرى و لكنه لم يذكر هو و لا- من عداه بل ظاهرهم ايقاف  
الدعوى و به صرّح بعضهم فت جدا مع ان حسم ماده النزاع غير منحصر فى سماع الدعوى لإمكانه بردها أيضاً كسائر ما يرد فيه  
الدعاوى اجماعاً كما مضى و منها انه لو لم تسمع الدعوى المفروضه للزم ان لا يسمع اقرار المدعى عليه بها و لا شهادته الشهود

ص: ٧٢١

بها و التالى باطل لعموم ما دل على قبول الامرين فتأمل و منها انّ الدعوى الظنيّه اذا عبرت بصيغه الجزم كانت مسموعه مط و لو  
علم الحاكم بحقيقه الحال كما سيأتى اليه الاشاره إن شاء الله تعالى فينبغى ان يكون مسموعه اذا عبرت بغير صيغه الجزم لظهور  
عدم تاثير الصيغه فتأمل و اما حجه القول الثالث فلم اعثر عليها و لا وجدت احداً تبّه عليها و المسأله فى غايه الاشكال من انّ  
سماع الدعوى المفروضه مستلزم لترتب الضرر على المدعى عليه من جهات شتى فيكون مندفعاً بعموم ما دلّ على نفى الضرر لا  
يقال عدم سماعها مستلزم لترتب الضرر على المدعى لأننا نقول لا نسلم ذلك نعم ربّما يكون فى ذلك مظنه الضرر لكن لا  
يعارض اليقين فت و من العموم الدال على جواز سماع دعوى المدعى قد يقى لا نسلم وجود هذا العموم سلمنا و لكن التعارض  
بين هذا العموم و العموم الدال على نفى الضرر من قبيل تعارض العمومين من وجه كما لا يخفى و من الظاهر ان الترجيح من  
هذا لان المعهود من الاصحاب ترجيح العمومات المعارضه له حيث يكون التعارض بينهما من قبيل تعارض العمومين من وجه

كما لا يخفى و مع ذلك فهو هنا معتضد بالشهره المحكيه بل المحققه على الظاهر مضافا الى اعتضاها بالوجوه المتقدمه الداله على القول الاول سلمنا عدم الترجيح و لكن لا أقل من التوقف و معه يبقى اصله عدم صحه السماع سليمة عن التعارض فاذن القول بعدم صحه السماع فى غاية القوه و

**ينبغى التنبيه على امور**

### **الاول لا فرق فى عدم صحه سماع الدعوى المفروضه**

بين ان يكون للمدعى المفروض بينه تشهد بصحة دعواه او لا و كذلك اذا اقر المدعى عليه بما يدعىه لأن احدا من المانعين من السماع لم يفرقوا بين الصوره فالبينه و الاقرار لا- يثبتان هنا حقا للمدعى نعم ان قلنا بانه لا يشترط فى جواز الاعتماد على الامر صحه دعوى المدعى بل يجوز الاعتماد عليهما مط يلزم الحكم باثباتهما الحق للمدعى

### **الثانى لا يختص عدم السماع بدعوى دون دعوى**

بل يعم جميع الدعاوى

### **الثالث هل يختص السماع فى صوره عدم العلم على القول به**

بصوره ظن المدعى بصحة الدعوى او لا- بل يعم صوره الظنّ و الشكّ بل يعم صوره الظنّ بعدم الصّحة فيه اشكال و لكن الاحتمال الاول فى غاية القوه

### **الرابع ان قلنا بصحة السماع فى محل البحث فهل يجوز للمنكر رد اليمين على المدعى المفروض او لا**

المعتمد هو الثانى كما صرح به فى عد و ير فى غايه المراد و س و ضه و لك و مجمع الفائده و الكشف و الرياض و علل فى الخمسه الاخير بظهور عدم امكانه

### **الخامس صرح فى ير و س و ضه بانه لا يجوز أيضا الحلف مع اقامه شاهد**

و هو جيد

### **السادس اذا حلف المنكر او قامت عليه البيئه**

فلا- اشكال و اما اذا فقدت البيّنه و نكل المنكر عن الحلف فهل يقضى عليه بالنكول و يحكم به باستحقاق المدعى او تقف الدعوى فيه قولان احدهما انه يقضى بالنكول ح اذ قضينا به فى غيره و قد صرح به فى ضه و الكشف و تبّه على وجهه فى لك قائلا و على القول بسماعها فيما يحتمل كالتهمه ان حلف المنكر فلا كلام و الا فلا فان قضينا بالنكول قضى هنا اجراء له مجرى الاقرار او البيّنه فيستبيح الاخذ و ان قلنا لا يقضى الا برد اليمين و يرد العدم امكانه و تبّه على ما ذكره فى غايه المراد و ان احتمل فى الكشف القضاء بالنكول هنا و ان لم يقض به فى غيره و ثانيهما انه لا يقضى بالنكول هنا و صار اليه فى مجمع الفائده قائلا يحتمل ان يجوز الدعوى بالظنّ فان سلم الخصم و اقر او شهد الشهود يأخذ المدعى على الظاهر و الا فلا يأخذ بمجرد النكول عن اليمين و ان قيل بالقضاء بالنكول فى غير هذه لعدم ثبوت الحق لاحتمال تعظيم اليمين و كراهتها قال فى غايه المراد و لك ان المعبر من الجزم ما كان من اللفظ بان يأتى بصيغه جازمه دون ان يقول اظنّ او اتوهم سواء انضم الى جزمه بالصيغه جزمه بالقلب و اعتقاده لاستحقاق الجزم أم لا فان المدعى لا يشترط جزمه فى نفس الامر لأنه اذا كان للمدعى بينه تشهد له بالحق و هو لا- يعلم به فله ان يدعيه و ان لم يعلم سببه فى نفس الامر و قد صرح بما ذكره فى الرّياض حاكيا له عن الصيمرى و قد يناقش فيما ذكره بان المدعى ان اتى بصيغه تدل على جزمه بالدعوى مع نصب قرينه تدل على عدم جزمه قلبا و أنه متجاوز فى تعبيره فلا- فائده فى ذلك مع أنه لم يرد بخصوصه نص و لا- دليل غيره و ان لم يقيم قرينه على خلاف الظاهر فهو و ان كان يقتضى ان يسمع الحاكم او يحكم بحسب الظاهر و لكن ذلك يكون كذبا محضا و جوازه فى هذا المقام لم يقيم عليه دليل من الادله الاربعه بل مقتضى العمومات الداله على حرمة الكذب من الكتاب و السنّه حرمة الكذب هنا أيضا و عليها ففى الحكم بحسب الواقع و بالنسبه الى المدعى الكاذب اشكال بل الاقرب عدم الصّحه و يعضد ما ذكرناه اولاً ما تبّه عليه فى مجمع الفائده قائلا بعد الاشاره الى ما حكيناه عن لك فيه انه تدليس و كذب بغير ضروره مع أنه ما ذكر التوريه فلا يجوز و لا شك فى بعد كونه مقصود المحقق كيف دليل المنع هو لزوم القضاء بالنكول و رد اليمين و أنه لا بد من العلم ليأخذ و يحلف و العجب من الشارح انه ذكر ذلك و ثانيا ما تبّه عليه فى الكفايه قائلا بعد الاشاره الى عبارته لك المتقدمه و فيه أنّ ما علل به الجزم من اعتبار يمين المدعى عند الرّد و لزوم القضاء عند النكول و هما غير ممكنين مع عدم العلم باصل الحق يقتضى الجزم فى نفس الامر فى جواز الدعوى و الجزم بحسب الصيغه انما ينفع بالنسبه الى حكم القاضى على ان الجزم بحسب الصيغه مع عدم العلم فى الواقع من غير توريه يقتضى الكذب و التدليس و يظهر من كلامه و كلام مجمع الفائده ان الدعوى الظنيه غير مسموعه مط و لو اتى بصيغه تدل على الجزم و هو لا- يخ عن قوه و ما ذكره الشهيدان لم اعثر على دليله و احتمال الاتفاق عليه بعيد فى الغايه و ما تمسكا به غير ناهض باثبات مدعاهما لان سماع البيّنه كالاقرار هنا قد يكون لأجل كونهما سببين مستقلين فى اثبات الحق لا باعتبار صّحه الدعوى و بالجملة لم اجد دليلا يعتد به على الحكم بصّحه الدعوى هنا و فى السّابق فينبغى الحكم بعدمها فلا يترتب عليها ما يترتب على الدّعوى الصّحيحه من جواز الاحلاف نعم لو كان للمدعى بينه تشهد بصّحه دعواه او اقرار من المدعى فيحمل قويا فى الغايه الحكم بثبوت الحق للمدعى و استحقاقه و ان لم يعلم به لعموم ما دل على حجيه الامرين المذكورين مع ان الغالب اعتبارهما شرعا فيلحق محل الشك به و يؤيده ما ذكره الشهيدان و قد صار الى الاحتمال الذى ذكرناه قائلا فح يمكن سماع الدّعوى لاحتمال ان يحصل الاقرار و يثبت بالشهود بل اذا سمع الاقرار من الشهود ذلك صح له الدعوى فيمكن ان يثبت عنه الحاكم فيلزمه و يأخذ و لكن ينبغى ان يأتى بعبارته داله على الظنّ لا الجزم حذرا من الكذب و التدليس

و ليس الاتيان بالجزم ضروره حتى يأتى و يفترى و هو ظاهر



كما صرح به في س قائلًا و اما الجزم فالاطلاق محمول عليه

### الثامن قال في غايه المراد و لك و الكشف على القول بسماع الدّعى الظّنيه

لو عاود بعد ذلك

ص: ٧٢٢

و ادعى العلم فالاقوى السّماع لإمكان تجددده و مقتضى كلامهم عدم الفرق في ذلك بين كونه قبل حكم الحاكم او بعده و قد يستشكل في الاخير

### منهل اذا تمت الدّعى و حررها

#### اشاره

فهل يجوز للحاكم مطالبه المدعى عليه بالجواب من غير التماس المدعى او لا يجوز له ذلك ألبعد التماس المدعى اختلف الاصحاب في ذلك على قولين احدهما ان مطالبه الجواب لا يتوقف على ذلك بل يستقل الحاكم بها و هو لصريح ير و لف و ظ النهايه و الغنيه و موضع من ثر و قواه في ط قائلًا- و قال قوم له مطالبته به من غير مسئلة المدعى و هو قوى أيضا و حكى في لف هذا القول عن الشيخين و ابن ادريس و ابن البراج في الكامل و سلار ثم صرح بأنه الاقوى عنده و صرح في لك بأن هذا القول لا يخ عن قوّه و ثانيهما ان المطالبه تتوقف على التماس المدعى و هو للقواعد و د و س و موضع اخر من ط و ثر و حكاه في ط عن قوم قائلًا قال قوم لا يطالبه بغير مسئلة المدعى و هو الصحيح عندنا و حكاه في لف عن ابن البراج في المهذب عن يع أيضا و يظهر من الكفايه التردد في المسأله و استفاده في لف في ط أيضا قائلًا بعد حكايته ما حكينا عنه و هذا يدل على ترده للأولين وجوه منها ما ذكره في ط و ير و س ذلك من ان شاهد الحال يدل على سؤال المدعى المطالبه بالجواب للعلم العادى بان الانسان لا يحضر خصمه الى مجلس الحكم و ينصرف من غير جواب و قد يناقش فيما ذكره بان غايه ما استفاد منه ان شاهد الحال يفيد العلم برضاء المدعى بسؤال الحاكم من المنكر الجواب و لكن ليس فيه دلالة على عدم التوقف على التماسه صريحا تبعدا فلعل القائلين بالتوقف يوجبون اظهار الالتماس تبعدا شرعيا كما ان الاصحاب يوجبون في صحّه النكاح التصريح بالاجاب و القبول لفظا و ان علم برضاء الطرفین بمعناهما بشاهد الحال و كثير منهم يوجبون في البيع و نحوه اكثر العقود و في الايقاعات التصريح بالمعنى المراد لفظا و ان علم باراده معانيها بشاهد الحال سلمنا و لكن قد يمنع من افاده شاهد الحال العلم بذلك في جميع الصور بل قد لا يفيد الا الظنّ و الاصل عدم حجه في امثال المقام فت و منها اصاله عدم وجوب توقف الحاكم حتى يلتمس المدعى مع عموم ما دل على جواز الحكم مط فت و منها ما تمسك به في لف قائلًا لان الحاكم منصوب لذلك و ربما خفى على المدعى ان ذلك حقّ له او يهاب الحاكم فضاع حقه و فيما ذكره نظر لإمكان ان يبين الحاكم او غيره التوقف على سؤاله الا ان يمنع من جواز هذا للحاكم بناء على كونه تلقينا لأحد الخصمين ما فيه ضرر على خصمه قد تقدم بيان عدم

جوازه و فيه نظر فت و منها خلو الاخبار عن الاشاره الى التوقف على التماس المدعى و للآخرين وجهان احدهما اصاله عدم نفوذ الحكم حيث لم يلتمس المدعى ذلك و قد يجاب عنه بعدم صلاحيتها لمعارضه ادله القول الاوّل و ثانيهما ما ذكره في ط و يرو س و لك عن ان الجواب حق للمدعى فليس للحاكم المطالبه به من غير مسئله لنفس الجواب و قد يجاب عما ذكره بما تبه عليه في مجمع الفائده قائلاً بعد الاشاره اليه على انه قد يبق كون الحق له لا يستلزم توقفه على طلبه او أنه بعد الاحضار كان حق الحاكم و المسأله محل اشكال فلا ينبغي فيها ترك الاحتياط و لكن القول الاوّل لا يخ عن قوه و

### ينبغي التنبيه على امور

### الاوّل هل التماس المدعى على القول الثاني شرط لصحة الحكم او لا

بل لا يترتب على تركه سوى الاثم ان طالب الجواب بدونه لم اجد احدا تبه على ذلك

### الثاني هل يشترط في الالتماس اللفظ

فلو اشار بما يفيد لم يكف او لا المعتمد الثاني و عليه فهل يشترط اظهاره بلفظ او فعل او كتابه او لا بل يكفي مجرد العلم في الباطن فيه اشكال و الاحوط بل الاقرب الاوّل

### الثالث اذا لم يكن المدعى عالماً بتوقف مطالبه الجواب على التماس

فهل يجوز للحاكم ان يقول له ترخصني ان اسال منه الجواب او لا و هل يكفي قول المدعى بعد ذلك نعم او لا الاقرب عندي الجواز و الكفايه

### الرابع اذا اجاب المدعى عليه بنفسه من غير مطالبه الجواب منه

فهل يكفي ذلك او لا بل تجب المطالبه مع ذلك أيضاً الاقرب الاوّل و كك الكلام اذا كان الحاكم و المدعى عالين بجوابه اذا اجاب و اذا علم الحاكم بذلك دون المدعى فهل يكفي او يجب المطالبه فيه اشكال و لكن الاحتمال الاوّل لا يخ عن قوه

### منهل اذا حرر المدعى الدعوى الجواب المدعى عليه

### اشاره

لا يخ اما ان يكون اقرارا او انكارا او سكوتا قد صرح بهذا في الشرائع و فع و اللمع و ضه و لك و مجمع الفائده و الكفايه و الرياض و يه في لك على وجه كون السكوت جواباً قائلاً اذا جعل السكوت جواباً لأنه اذا اصر على السكوت جعل كالمنكر

الناكل و ردت اليمين على المدعى فهو فى الحكم كالإنكار فكان فى معنى الجواب الإنكار و فى الروضه جعل السكوت جوابا مجاز شايح فى الاستعمال فكثيرا ما يق ترك الجواب المقال فان كان الجواب الاقرار و كان جامعا لشرائط اعتباره فيلزم المقر الحق و يثبت باقراره و لا- يتوقف على حكم الحاكم به كما فى يع و فع و د و ير و غايه المراد و س و اللمعه و ضه و لك و مجمع الفائده و الكفايه و بالجمله الظاهره ان ذلك مما لا خلاف فيه و يدلّ عليه مضافا الى ما ذكر قوله ص اقرار العقلاء على انفسهم جائز مع شهاده سيره المسلمين بذلك و أنّه لو لم يعتبر للزم الجرح العظيم و الاصل عدمه و صرّح فى لك و غايه المراد و مجمع الفائده و الرياض بان البيئه ليست كك فان ثبوت الحقّ بها يتوقف على حكم الحاكم بها قالوا و الفرق ان البيئه منوطه باجتهاد الحاكم فى قبولها و هو غير معلوم بخلاف الاقرار و ينبغى على ما ذكر ان لا يكون لحكم الحاكم تاثير هنا لكن الظاهر من الاصحاب أنّه مؤثر هنا و أنّه يصح و لا- يقع لغوا و صرّح بفائدته فى غايه المراد قائلا و الفائده فى حكم الحاكم هنا انفاذ حاكم اخر اياه و فيه تنبيه على فائده و هى ان الاقرار ليس كإقامه البيئه فان الاقرار بمجرده يوجب ثبوت الحق ظاهرا سواء حكم الحاكم به او لا- بخلاف فأنّه لا يثبت الحق بمجرد اقامتها بل لا بد معه من حكم الحاكم و الفرق بينهما ان البيئه منوطه باجتهاد الحاكم فى قبولها و ردها و هو غير معلوم و قد حكى فى الرياض الفائده التى اشار اليها فى غايه المراد عن لك أيضا و قد اختلف الاصحاب فى توقف حكم الحاكم هنا على سؤال المدعى قولين احدهما أنّه يتوقف عليه و هو للسراير و فع و ير و عد و د و اللمعه و س و ضه و المحكى من ط و موضع من غايه المراد و فى لك و الرياض و هو الاشهر و ثانيهما أنّه لا يتوقف على ذلك و هو الظاهر للنهايه و الغنيه و المراسم و موضع من غايه المراد و احتمله فى ير للقول الاوّل ما ذكره فى ير و يع و غايه المراد و لك من أنّه حق للمدعى فلا يستوفيه الحاكم الا بمسأله و امره كنفس الحق و للقول الثانى و جهان اشار اليهما فى لك قائلا و وجهه ما سلف فى توقف مطالبته بالجواب على التماسه من شهاده الحال بكونه طالبا للحكم حيث احضره للحكومه و لأنّه حقّ عليه تعيين للحاكم فوجب عليه اظهاره سواء طلبه مستحقه أم لا- و تبّه فى غايه المراد على الوجه الاوّل الذى ذكره بقوله و الاولى ان يقول ذلك بشاهد الحال و

**ينبغى التنبيه على امور**

**الاول اعلم ان حكم الحاكم الذى يلزم انفاذه و لا يجوز نقضه**

هنا

ص: ٧٢٣

صور كثيره منها ان يقول الزمتك و قد صرّح بخصوص هذا فى يع و ير و عد و الكشف و غايه المراد و ضه و الكفايه و الرياض و عزاه فيه الى الاصحاب و منها ان يقول الزمت و قد صرّح بخصوص هذا فى س و ضه و منها ان يقول الزمت ذلك و قد صرّح بخصوص هذا فى س و منها ان يقول قضيت عليك و قد صرّح بخصوص هذا فى يع و ير و غايه المراد و ضه و مجمع الفائده و الكفايه و الرياض و عزاه فيه الى الاصحاب و منها قضيت و قد صرّح بهذا فى س و ضه و منها قضيت عليك به و قد صرّح بخصوص هذا فى س و منها حكمت و قد صرّح بخصوص هذا فى س و ضه و مجمع الفائده و منها قد حكمت بكذا و قد صرّح بخصوص هذا فى عد و الكشف و منها حكمت بكذا بغيره و قد صرّح بخصوص هذا فى الكشف و منها حكمت عليك بكذا و

قد صرّح بخصوص هذا في غاية المراد و منها امضيت و قد صرّح بخصوص هذا في عد و س و ضه و الكشف و منها انفذت و قد صرّح بخصوص هذا في عد و س و ضه و منها انفذت الحكم بكذا و قد صرح بخصوص هذا في الكشف و منها ادفع اليه و قد صرّح بخصوص هذا في الكفايه و حكاه في الرياض عن الاصحاب قائلا صورته الحكم على ما ذكره الاصحاب الزمتك او قضيت عليك و ادفع اليه ماله او نحو ذلك مما يكون صريحا فيه و تأمل فيه في س قائلا و قيل يكفي ادفع اليه ماله او اخرج اليه من حقه و يأمره باخذ العين او بيعها و ليس في محله بل المعتمد جوازه و منها ادفعه اليه و قد صرّح بخصوص هذا في ير و غاية المراد و منها اخرج اليه من ماله او من حقه او اخرج له و قد صرّح بخصوص ما ذكر في ير و عد و الكشف و غاية المراد موضع من س و تأمل في ضه و يظهر من ضه التأويل في ذلك قائلا- و في اخرج اليه من حقه او امره بالبيع او باخذ العين او او التصرف فيه قول جزم به العلامه و توقف المصنف و ليس في محله بل المعتمد جوازه أيضا و عدّ في عد و الكشف من ذلك الامر بالبيع و غيره من المعاملات و زاد في الثاني الامر بايفاء حقه و الاستيفاء و صرّح في عد و مجمع الفائده و الكفايه و الكشف و الرياض بان كل لفظ صريح في الحكم يكون مجزيا و هو جيّد و هل تجزى الالفاظ الظاهره اشكال و لكن الاحتمال الاجزاء حيث يكون الظهور معتمدا عليه عند اهل اللسان في غاية القوه و هل يشترط العرييه و الماضويه او الامريه و عدم اللحن فلا يجزى الفارسي و المستقبل و الملحون او لا يشترط شيء من ذلك بل يكفي كلما يطلق أنه حكم حقيقه المعتمد هو الثاني للأصل و عموم ما دل على اعتبار الحكم و خلو النصوص و كلام المتقدمين عن بيان صورته الحكم و ظهور كلام المتأخرين في عدم اشتراط ذلك و هل يشترط اللفظ فلا يكفي الفعل او لا فيه اشكال و ربّما يظهر من جمله من العبارات الاوّل و هو احوط و ان كان الاحتمال الثاني لا يخ عن قوه

### **الثاني يلحق بالحكم هنا الحكم فيما عداه من سائر الموارد التي يعتبر فيها الحكم**

فكل صورته تكون هنا مجزیه يكون فيها مجزيا أيضا كما اشار اليه في لك قائلا تبّه على صورته الحكم في اول الباب ليكون مفيدا له حيث يحتاج اليه و ان كانت الحاجه اليه في غير صورته الاقرار كما نبهنا عليه ان ثبوت الحق في الاقرار لا يتوقف عليه و انما فائدته انفاذ حاكم اخر اياه و نحو ذلك بخلاف الحكم المترتب على البيئه فانه تمام السبب في ثبوت الحق

### **الثالث صرح في عد و س و ضه و الكشف و الرياض بانه لا يكفي في الحكم ثبت عندي**

او ان دعواك ثابتة و زاد في عد و الكشف ثبت حقك او انت قمت بالحجه و تبّه على وجهه في الكشف قائلا لأنه ليس حكما بل هو شهاده فيسوغ ابطاله بان يقول لم يثبت بعد و لا بذلك من زياده في البيئه او تركيه للشهود او تفريق لهم و قد صرّح بتسوية الابطال ح به في عد و س أيضا

### **منهل اذا حكم الحاكم للمدعى بعد اقرار المدعى عليه**

فان اقتصر المدعى على ذلك فذاك و ان التمس من الحاكم ان يكتب اقراره لتكون حجّه بيده فهل تجب اجابته أم لا صرّح في الاول في عد و هو ظ ير و د و س و للمعه و ضه و لك و الكفايه بل ادعى في المفاتيح انه اشهر و فصل في مجمع الفائده قائلا و لو طلب المدعى بعد ان اعطى القرطاس بل المداد و القلم أيضا او وجد من بيت المال من الحاكم ان يكتب على المدعى عليه

حجّه للمدعى بثبوت الحقّ عليه عنده سواء حكم لا- اجابه الحاكم على ذلك ظ وجوب الاجابه و القبول فيه خلاف وفيه الوجوب أنّه حجّه له كالحكم و الإشهاد و وجه العدم أنّ الذي يجب عليه الحكم و الإشهاد لا غير لدليلهما و الاصل العدم لعل الاستحباب ارجح الا- ان يكون وصول الحقّ موقوفا على الكتابه و المسأله محلّ اشكال فلا ينبغي ترك الاحتياط فيها و لكن ما صار اليه في مجمع الفائده من التفصيل في غايه القوّه اما عدم الوجوب في صوره عدم توقّف وصول الحقّ الى المدعى على الكتابه فلأصل و عدم التنبيه على الوجوب في شىء من الاخبار و استلزامه الحرج و العسر و الضّرر في اكثر الاحيان و المفروض عدم العلم بل الظنّ بان دفاع الضّرر المتوهم بترك الكتابه بمجرد الاتيان بها و حصول فائدها بإشهاد المدعى و اما الوجوب في صوره التوقّف فلدفع الضّرر عن الغير و كون الكتابه من مراتب النهى عن المنكر الواجب و كونها اعانه على البرّ و امكان دعوى ظهور الاتفاق على الوجوب ح فت و هل يتوقف وجوب الكتابه مط او في الجملة على دفع المدعى مؤنتها من القرطاس و القلم او لا- بل تجب مط و لو لم يدفعا فيها اشكال و لكن الاحوط الثّاني و ان كان الاحتمال الأوّل في غايه القوّه و هل يجب على الحاكم مباشره الكتابه بنفسه او لا فيه اشكال و لكن الاحتمال الثّاني هو الاقرب و لا اشكال و لا شبهه في جواز الكتابه حيث يعرف الحاكم المقر و اسمه و نسبه و قد صرّح به في النّهايه و المراسم و الغنيه و فع و يع و ير و عد و د و س و اللّمعه و ضه و مجمع الفائده و الكفايه و الرّياض و بالجملة هو مما لا- خلاف فيه و تظاهر أنّه لا اشكال في ذلك أيضا اذا لم يعرف اسمه و لكن عرف نسبه و بالجملة اذا عرف المقرّ باى وجه كان بحيث لا- يشتهه غيره جاز ذلك و الظاهر أنّه ممّا لا خلاف فيه و ان كانت جمله من العبارات تشعر بالخلاف و اذا لم يعرفه بوجه من الوجوه و لكن شهد عليه و على اسمه و نسبه عدلان جاز أيضا كتابه اقراره كما صرح به في النّهايه و الغنيه و المراسم و فع و يع و د و عد و س و اللّمعه و ضه و مجمع الفائده و الكفايه و الرّياض و بالجملة الظاهر أنّه ممّا لا خلاف فيه و يلحق بشهادة العدلين هنا الشّيع المفيد للعلم كما صرّح به في الكفايه و اما المفيد للظنّ فلا عبره به كشهادة النّساء مط و لو كنّ منضمات الى الرّجال و كذا شهادة الواحد مع اليمين و كلما يفيد الظنّ و اذا لم يعرفه بوجه من الوجوه المتقدّمه و لا قامت عليه البيّنه فهل يجوز ان يشهد بحليته و صفاته المميزه له عن غيره بحيث لا يحصل اشتباه في محلّ الحاجه اختلف الاصحاب في ذلك احدهما أنّه لا يجوز ذلك و هو لظّ النّهايه و الغنيه و سم و المحكى في الخلاف و ط عن بعض اصحابنا و فى لف عن الشيخين و ابى الصّلاح و ابن البراج و لهم ما حكاه فى الخلاف

ص: ٧٢٤

عن بعض اصحابنا قائلًا اذا حضر خصمان فادعى احدهما على الاخر مالا و اقرّ له بذاك فسأل المقر له القاضى لا يعرفهما ذكر بعض اصحابنا أنّه لا يجوز له ان يكتب لأنّه يجوز له ان يكتب لأنّه يجوز ان يكون استعارا نسبا باطلا و تواطئا على ذلك و به قال ابن جرير الطبرى و يعضد ما ذكره ما حكاه فى لف عن الشّيعين قائلًا قال الشّيحان و لذا اذا اقرّ انسان بعينه و اسمه و نسبه او يأتى المقرّ له بيّنه عادله على أنّ الّذى اقرّ هو فلان بن فلان بعينه و اسمه و نسبه و ذلك ان الحيله تتم فيما هذا سبيله فيحضر نفسان قد تواطئا على انتحال اسم انسان غائب و اسم ابيه و الانتساب الى آبائه ليقرّ احدهما لصاحبه بما ليس له اصل و اذا ثبت ذلك الحاكم على غير بصيره كان مغررا جاهلا و تبعهما سلا و ابو الصّلاح و ابن البراج و ثانيهما أنّه يجوز ذلك و قد صار اليه فى ط قائلًا الاعتماد اذا لم يعرفه على الحليه فيذكر الطول و القعر و يضبط حليه الوجوه من سمره و شفره و صفه الانف و الفم و الحاجبين و الشعر سبطا و جعدا و قال ابن جرير اذا لم يعرفهما الحاكم لم يكتب محضرا لأنّه قد يستعير النسب و به قال بعض اصحابنا و الأوّل قوى لان المعول على الحليه و لا يمكن استعادتها و قد اختار هذا القول فى الخلاف أيضا قائلًا بعد ما حكينا

عنه سابقا و قال جميع الفقهاء انه يكتب و يحلها بحالتهما التامه و يضبط ذلك و لا يمتنع ما قاله الفقهاء فانّ الضبط بالحليّه يمنع استعاره النسب فأنّه لا- يكاد يتفق ذلك و الّذى قال بعض اصحابنا يحمل على أنّه لا يجوز ان يكتب و يقتصر على ذكر نسبهما فان ذلك يمكن استعارته و ليس فى ذلك نصّ مسند عن اصحابنا يرجع اليه و اختار هذا القول فى ثر و فع و يع و ير و د و لف و اللمعه و مجمع الفائده و هو المعتمد حيث يرتفع بذكر الحليّه الاشتباه بالنسبه الى هذا القاضى الحاكم بالاقرار او حاكم اخر و الا فلا و قد نبه على ما ذكرناه فى لف قائلا بعد الاشاره الى جمله من عبارات قدماء الاصحاب و التحقيق أنّه لا مشاحه هنا لان القصد تخصيص الغريم و تمييزه من غيره و ازاله الاشباه فان حصل ذلك بالحليه جاز و اللوازم الّتى ذكرها ابن ادريس غير لازمه للشّيخ لأنّ الخطّ جعل مذكرا و منبها على القضيّه فاذا وقف الانسان على خطه فان ذكر القضيّه اقام الشّهاده و الّا فلا قال فى ضه ثمّ ان كان الحاكم يشهد بالاقرار على عين المقر و لا يعرف نسبه تخير بين ان يكتب بحليته من غير ان يذكر اسمه و بين ان يبحث عن اثبات نسبه بشاهدين عدلين و هذا ظاهر و صرح بما ذكره فى مجمع الفائده أيضا قائلا و يمكن التخيير على تقدير معرفه النسب بنفسه أيضا و ينبغى الجمع بينهما ليعد عن التروير و يحتاط فى تحقق الاسم و النسب و غيره بحيث لا يشتهه و لا يزور و ما ذكره جيد على التحقيق الّذى ذكره فى لف كما لا يخفى

**منهل اذا كان جواب المدعى عليه الإنكار و لم يكن للمدعى على ما يدعيه توجه اليمين الى المنكر**

**اشاره**

فان حلفه الحاكم باذن المدعى و التماسه فلا اشكال فى اعتبار هذا اليمين و تأثيره فى قطع الدعوى و اما اذا حلفه من غير اذن المدعى و التماسه وقع الحلف لغوا و لم يعتد به و كك لم يعتد به اذا تبرع المنكر بالحلف و قد صرح بجميع ما ذكر فى ثر و فع و يع و ير و عد و د و س و اللمعه و ضه و لك و مجمع الفائده و الكفايه و الكشف و الرياض و لهم و جوه منها الاصل و منها ظهور الاتفاق على ذلك و منها أنّه تبّه فى عد على دعوى الاجماع عليه قائلا فان طلب احلافه احلفه الحاكم و لا يتبرع الحاكم باحلافه اتفاقا و كذا الحالف لا يتبدى باليمين من غير ان يحلفه الحاكم و لو تبرع الحالف او الحاكم باليمين وقعت لاغيه و لا يعتدّ بها و يعيد سؤاله و يعضد ما ذكره اولا قول مجمع الفائده فان حلف بغير سؤال المدعى يقع اليمين لاغيه فوجودها كعدمها فله طلبها و ان حلف بحكم الحاكم لأنّه حقه لعلّه اجماعى و ثانيا قول الرياض و لا يجوز احلافه حتى يلتمس المدعى قولاً واحداً و منها ما احتج به فى يع و ير و ضه قائلين لأنّه حقّ له فيتوقف استيفائه على المطالبه و يعضد ما ذكره اولا قول الرياض لأنّه حقّ له و ليس هنا شهاده حال اذ ربما تعلق غرضه بعدم سقوط الدعوى بل بقائها الى وقت اخر ليتذكر او ليتحرى وقتا صالحا و ثانيا قول الكشف لأنّه حقّ المدعى سقط لدعواه و قد لا- يريد الاحلاف فى الحال ليتذكر بينه او يعود الخصم و ثالثا قول لك و الكفايه لان تحليفه المنكر يسقط الدعوى و قد يتعلق غرض المدعى ببقائها فيكون التحليف منوطا بسؤاله و

**ينبغى التنبيه على الامرين**

**الاول صرح فى ثر و يع و ير و عد و مجمع الفائده و الكشف و الكفايه و الرياض بأنه يجوز للحاكم الحلف**

و ثانيا ما بعد سؤال المدعى و هو جيد فليس تحليف الحاكم من دون التماس المدعى من قواعد العدالة

## الثاني صرّح في عد و اللمعه و الروضه و الكشف بأنه لا يستقل الغريم بالحلف من دون اذن الحاكم

و هو جيّد و لهم اولاً- الاصل و ثانيا ظهور الاتفاق عليه كما تبه عليه في الرّياض بقوله بعد الاشاره الى الحكم المذكور ذكره الشّهيديان و غيرهما من غير خلاف بينهم اجده بل ظ المقدّس الأردبيلي نسبته الى الاصحاب و ثالثا ما تبه عليه في ضه و الرّياض بقولهما لان ايقاعه موقوف على اذنه و ان كان حقا لغيره لأنّه وظيفته

### منهل اذا التمس المدعى من الحاكم احلاف المنكر فاحلفه بسؤال المدعى سقطت الدعوى

و لا يحصل براءه الدّمه في نفس الامر بل يجب على الحالف فيما بينه و بين الله تعالى ان يتخلص من حقّ المدعى كما كان عليه ذلك قبل الحلف ان كان كاذبا و لو ظفر بمال الغريم بعد ذلك لم يحل المقاصه و لا اخذ منه شيء و لو عاود المطالبه ثم و لم يسمع دعواه اما سقوط الدعوى بعد الاحلاف فقد صرّح به في فع و يع و ير و عد و د و س و اللمعه و التنقيح و لك و ضه و مجمع الفائده و الكفايه و المهذب البارع و الرّياض و هو ظاهر النّهايّه و ثر و الغنيه و لهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه و منها انه تبه على دعوى الاتفاق على ذلك في المهذب البارع اتفق المسلمون على سقوط الدعوى في مجلس الحلف و يعضد ما ذكره اولاً- قول لك بعد الاشاره الى الحكم المذكور هذا هو المشهور بين الاصحاب لا يظهر فيه مخالف و ثانيا تصريح الكشف بظهور الاتفاق على ذلك و ثالثا تصريح الرّياض بأنه لا خلاف فيه و منها جملة من الاخبار احدها ما تمسّك به في الغنيه و لف و لك من النبوى المرسل من حلف لكم فصدقوه و ثانيها ما تمسّك به في الغنيه و لف و لك أيضا من النبوى المرسل الاخر من حلف له فليرض فليس من الله في شيء و ثالثها ما تمسّك به في لك أيضا من خبر ابن ابي يعفور الذي وصفه بالصّحه في لف و س و ب البارع و ضه و الكفايه و الكشف و الرّياض عن ابي عبد الله ص قال اذا رضى صاحب الحق بيمين المنكر لحقه و استحلفوه فحلف لا- حق له عليه و ذهب اليمين بحق المدعى فلا- حق له قلت له و ان كانت له عليه بينه عادله قال نعم و ان اقام بعد ما استحلفه الله خمسين قسامه ما كان له و كان اليمين قد ابطل كلما ادّعاه قبله بما قد استحلفه عليه و رابعها ما ذكره في لك أيضا قائلا و في روايه اخرى عنه ع في الرّجل يكون له على الرّجل المال فيجحدّه قال ان استحلفه فليس له ان يأخذ منه

ص: ٧٢٥

شيئا و ان تركه و لم يستحلفه فهو على حقه و هذه الروايه لإبراهيم بن عبد الحميد النخعي و قد وصفها بالحسن في لف و خامسها ما ذكره في لف و لك أيضا قائلين روى الشيخ عن عبد الله بن وضّاح قال كانت بيني و بين رجل من اليهود معامله فخانني بالف درهم فقدمته الى الوالي فاحلفته فحلف و قد علمت أنّه حلف يمينا فاجره فوقع له بعد ذلك ارباح دراهم كثيره فاردت ان اقبض الالف درهم التي كانت لي عنده و احلف فكتبت الى ابي الحسن ع فاخبرته بالقضيه فكتب لا تاخذه منه شيئا ان كان ظلمك فلا- تظلمه و لو لا- أنّك رضيت بيمينه فحلفته لأمرتك ان تاخذ من تحت يدك و لكنك رضيت بيمينه فقد مضت اليمين بما فيها و سادسها ما ذكره في الكشف قائلا و قول النّبويّ و ذهب اليمين بدعوى المدعى و لا دعوى له و اما عدم حصول براءه الدّمه في نفس الامر ان كان كاذبا فقد صرّح به في لك و ضه و الكفايه و الكشف و الرّياض و هو ظاهر مجمع الفائده و لهم اولاً- ظهور الاتّفاق على ذلك و ثانيا قول لك هو المشهور بين الاصحاب لا يظهر فيه مخالف و يعضد ما ذكره تصريح الرّياض بأنه لا خلاف فيه و ثالثا ما تبه عليه في الرّياض بقوله يستفاد هذا من المعتبره منها الصحيح و غيره قال رسول الله

ص أنّما اقضى بالبينات والايان و بعضكم الحن بحجته على بعض فأيما رجل قطعت له من مال اخيه شيئا فانما قطعت له قطعه من النار ونحوهما ثالث مروى عن تفسير مولانا العسكري ع بادننى تفاوت و زيد فيه فلا تاخذ به و يستفاد منها ثبوت ذلك فى جانب المدعى لو شهدت له البيئه الكاذبه و بخصوصه وردت اخبار كثيره منها روايه المناهى المرويه فى النهايه المشهوره و فيها أنّه نهى عن اكل مال بشهاده الزور و اما عدم جواز المقاصه من مال المنكرح و ان كان المدعى صادقا فقد صرح به فى يع و عد و ير و د و اللمعه و س و التنقيح و لك و ضه و مجمع الفائده و الكفايه و الكشف و الرياض و لهم اولا ظهور الاتفاق على ذلك كما تبّه عليه فى لك بقوله هذا هو المشهور بين الاصحاب لا- يظهر فيه مخالف و ثانيا ما تمسك به فى الرياض من صحيحه ابن ابى يعفور المتقدمه و ثالثا احتج به فيه أيضا من روايه عبد الله ابن الوضاح المتقدمه و رابعا ما استدل به فيه أيضا عن روايه ابراهيم بن عبد الحميد و خامسا ما عوّل عليه فيه أيضا من روايه وصفها بالصّححه و فيها رجل وقع لى عنده مال و كابرنى عليه و حلف ثم وقع له عندى مالا فأخذه لمكان مالى الذى اخذه و جرده و احلف عليه كما صنع هو فقال ان خانك فلا- تخنه و لا- تدخل فيما غبته عليه ثم صرّح فيه بان قصور سند اكثر هذه الاخبار منجبر بالشهره العظيمه التى كادت تكون اجماعا ثم اجاب عن المعارض لها بقوله و اما الحسن الدال على جواز المقاصه من المنكر بعد حلفه فمع ضعفه عن المكافاه لما مر سندا و اعتبارا فقد حملة الاصحاب و منهم الصدوق و الشيخ على أنّه حلف من غير استحلاف صاحب الحق و هذا كله اجماعى بحسب الظاهر اذا لم يقم بعد حلفه بينه بالحق و اما حرمة معاوده المطالبه ثانيا فقد صرّح بها فى يع و عد و د و ير و مجمع الفائده و هو ظ فع و لك و الكفايه و الرياض و لهم اولا ظهور الاتفاق على ذلك كما تبّه عليه فى لك بقوله هذا هو المشهور بين الاصحاب لا يظهر فيه مخالف و فى الكشف بقوله و لا يحل للمدعى مطالبته بعد ذلك بشىء و ان كان كاذبا فى يمينه بالاتفاق على الظاهر و ثانيا ان المعاوده اضرار و ظلم و ايداء و كلّ ذلك حرام و اما عدم سماع دعواه بعد الحلف فقد تبّه عليه فى الكتب المذكوره أيضا بل الظاهر أنّه لا خلاف فيه و وجهه واضح

### منهل لو اقام المدعى بينه بالحق الذى يدعيه بعد احلافه للمنكر

فهل تسمع هذه البيئه و تثبت بها دعوى المدعى او لا بل تكون لاغيه اختلف الاصحاب فى ذلك على اقوال احدها انها لا تسمع و لا- تثبت بها الدعوى مط و هو للنّهايه و الغنيه و ثرويع و فع و ير و د و عد و س و اللمعه و التنقيح و ضه و مجمع الفائده و الكفايه و الكشف و الرياض و صرح فى موضع من لف بانّه المعتمد و ربّما يظهر من لك المصير اليه و حكاه فى لف و التنقيح و ب البارع عن الخلاف و كك حكى عن موضع من ط و عن الاسكافى بل صرّح فى لك و الكفايه و الرياض بانّه الاشهر بل صرّح فى الاخير بانّ عليه من تاخرّ و لهم وجوه منها الاصل و منها ما تمسك به فى لف و س و التنقيح و المسالك و ضه و الكفايه و المهذب البارع و غيرها من صحيحه ابن ابى يعفور المتقدمه و منها ما احتج به فى لف و الكفايه من روايه ابراهيم بن عبد الحميد النخعي و منها ما تبّه عليه فى لف بقوله و روى الشيخ عن عبد الله بن وضاح و ترك الاستفصال كالعام فى المقال و قد احتج بهذه الروايه فى الكفايه و منها النبويان المرسلان المتقدمان و قد حكى فى لف عن الشيخ فى الخلاف الاحتجاج بهما هنا و قد احتج بهما هنا فى الغنيه فى الكشف أيضا و قد تبين ممّا ذكرناه ان جمله من الاخبار تدل على هذا القول كما تبّه عليه فى لك بقوله لدخوله فى عموم الاخبار و اطلاقها و فى التنقيح بقوله للروايات المتظافره بذلك و فى الرياض بقوله للنصوص المتقدمه فانها ما بين صريحه فى ذلك كالصّحيحه الاولى و ظاهره فيه بالاطلاق او العموم كالأخبار الباقية و منها ما استدل به فى لف و التنقيح و لك و المهذب البارع و الرياض من انّ اليمين حجّه المدعى عليه كما انّ البيئه حجّه المدعى كما لا يسمع يمين المدعى عليه بعد حجّه المدعى كك لا تسمع حجّه المدعى بعد حجّه المدعى عليه و منها أنّه تبّه فى الغنيه على دعوى الاجماع



على ذلك بقوله ولا يحكم بينه المدعى بعد استحلاف المدعى عليه بدليل اجماع الطائفه و يعضد ما ذكره اولا انه حكى فى لف و لك و الكفايه و الرياض عن الشيخ فى الخلاف دعوى الاجماع على ذلك أيضا و ثانيا اشتها هذا القول كما ادعاه جماعه تقدم اليهم الاشاره و منها ان فى قبول البيئه ح ضررا عظيما و حرجا شديدا بالنسبه الى المنكر الحالف لان الغالب من الناس يتجنبون من الاقدام على الحلف من حيث هو و ان عرفوا الصديق من انفسهم لغلبيه الخوف عليه و لأن فيه تعبيراً شديداً و خفه و هجته عظيمه و لذا يجوز كثير من الناس من حقوقهم المحققه عندهم خوفاً من اليمين فاذا اقدم المنكر على هذا الامر العظيم بزعمه و وجب عليه دفع المال بهذه البيئه مع اعتقاده عدم استحقاق المدفوع اليه له لزم ما ذكرناه و هو مدفوع بالادله الداله على نفى الضرر و الحرج فى الشريعه من الادله الاربعه و منها ان قبول البيئه بعد الحلف يستلزم بقاء الدعوى و عدم قطعها اصلاً لإمكان الاطلاع عليها فى كل آن من الآتات و ذلك مفسده عظيمه تخالف الحكمه فى شرعيه القضاء الا ان يقيد جواز قبول البيئه ح بما اذا لم يحكم الحاكم بقطع الدعوى و فيه نظر فت و ثانيا انها تسمع مط و حكاه فى س و لك عن الشيخ قائلين و للشيخ فى ط قول اخر بسماعها مط ذكره فى فصل فيما على القاضى و الشهود و له اطلاق ما دل على لزوم قبول البيئه و خبر العدل الواحد و قد يجاب عنه بأنه لا يصلح لمعارضه

ص: ٧٢٦

ادله القول الاول خصوصاً مع اعتضادها بالشهره العظيمه و بما تبه عليه فى الرياض بقوله و هنا قول رابع للشيخ فى موضع آخر من المبسوط بالسيماع مط لم يتعرض لنقله عدا نادر كالشهيدى فى س و لك و ضه و لم ينقل له دليلاً و لا ريب فى ضعفه سيما مع ندرته و عدم معرفيته و لم يتعرض الاصحاب لنقله و ثالثاً انها تسمع الا ان يشترط الحالف سقوط الدعوى و الحق بيمينه و هو للمفيد فى المقنعه و المحكى فى لف و التنقيح و المهذب البارع و الكشف عن القاضى فى الكامل و ابن حمزه فى الوسيله و زاد فى الرابع فحكاه عن المراسم و لهم اولا ما تبه عليه فى لف بقوله احتج المفيد بان كل حالف يجب الحق باقراره يجب عليه البيئه كما قيل اليمين ثم اجاب عنه قائلان و الجواب الفرق فان الاقرار اقوى من البيئه و يعضد ما ذكره ما تبه عليه فى الرياض بعد الاشاره الى الوجه المذكور بقوله و هو بعد تسليمه اجتهاد فى مقابله النص الصحيح غير مسموع و يكون هو الفارق لو سلم عدم فارق آخر غيره و ثانيا ان فيما صار اليه المفيد جمعاً بين عمومى ادله قبول شهادته العدل و قولهم ع فى عده اخبار معتبره المؤمنون عند شروطهم فيلزم المصير اليه و قد يجاب عن ما ذكره بان غير صالح لمعارضه ادله القول الاول و رابعها انها لا تسمع الا مع عدم علمه بها او نسيانها لها و هو للمحكى عن الشيخ فى موضع آخر من ط و الحلى و الحلبي و مال اليه فى لف قائلان و ما قواه الشيخ فى ط لا يخلو عن وجه حسن و اشار الى هذا القول فى يع و يح بلفظ قيل و نبه على وجهه فى لف قائلان و يحتمل عندى قويا سماع بينه ان خفى عنه ان له بينه بان يتولى الاشهاد و كيله او اتفق انهما شهدا من غير شعور منه بذلك لأنه طلب الاحلاف لظن عجزه عن استخلاص البيئه و قد يجاب عن هذا الوجه بما اجاب به عنه فى الرياض قائلان بعد الاشاره و هو كما ترى عليه ما ورد على سابقه من المناقشه بكونه اجتهادا صرفاً فى مقابله الروايه الصحيحه الصريحه المؤيده بباقي الاخبار المتقدمه مضافاً الى استصحاب الحال السابقه بناء على سقوط الدعوى فى مجلس الحلف اجماعاً من المميز كافه كما ادعاه جماعه كفخر الدين فى الايضاح و ابن فهد فى المهذب فيستصحب فى محل البحث الى ان يتحقق صارف و ليس بمتحقق و لو لم يكن فى المسأله سواه من الادله لكفانا دليلاً لترجيح القول الاول و حجته و لقد اجاد فيما افاد فالمعتمد فى المسأله هو القول الاول و عليه لو اقام المدعى بعد الاحلاف للمنكر شاهداً واحداً و بذل معه اليمين فلا تقبل أيضاً للمختار فيما سبق كما صرح به فى يع و عد

و ير و لك و الكشف و الكفايه و لهم اولا ما صرح به في لك و الكفايه من ان عدم القول اولى و زاد في لك قائلا لان الحكم بالشاهد الواحد و اليمين اضعف من الحكم بالشاهدين و ثانيا ما صرح به في لك من تناول النصوص السابقه له ثم صرح بأنه ان قلنا بسماع البيئه فالاقوى سماع الشاهد الواحد مع اليمين لاشتراكهما في اصل الحجته الموجه للقبول و ان اختلف في القوه و الضعف

**منهل لو اكدب الحالف نفسه جاز للمدعى ان يطالب و ان يقاض ما يجده له مع امتناعه عن التسليم**

**اشاره**

و قد صرح بجميع ما ذكر في يع و فع و عد و د و ير و س و لك و ضه و الكشف و الرياض و صرح في النهايه بالحكم الاول و لهم وجوه منها ظهور الاتفاق على جميع ما ذكر و منها الاجماع المنقول الذى تبه عليه في الرياض بقوله و لو اكدب الحالف نفسه او ادعى سهوه و نسيانه و اعترف بالحق المدعى كلا او بعضا جاز للمدعى مطالبته بما اعترف به بلا خلاف ظاهر مصرح به في كثير من العباثر و منها عباره ير و في المهدب و كلام الصيمرى في شرح يع دعوى الاجماع عليه و هو الحجّه و من جمله تلك قول مجمع الفائده لعلّه لا خلاف فيه أيضا و منها ما تبه عليه في الكشف بقوله فان الاقرار ابطال ما تقدم لعموم ادله الاخذ بالاقرار و يعضد ما ذكر اولا- قول مجمع الفائده لان اقرار العقلاء على انفسهم جائز و ثانيا تصريح الرياض بدلاله العموم المذكوره على المدعى لا يقال يعارضه اطلاقات الاخبار المتقدمه الداله على ذهاب اليمين بالدعوى لانا نقول لا نسلم انصرافها الى محل البحث لندرته كما تبه عليه في الرياض قائلا بعد الاحتجاج بالعموم المذكور على المدعى هو سليم عن المعارض عدا ما مرّ من النصوص الداله على ذهاب اليمين بالدعوى و هو بعد تسليم شموله لمحل البحث مع قوه احتمال عدمه بانصراف الاطلاق بحكم التبادر و غيره الى غيره سلمنا و لكن التعارض هنا من قبيل تعارض العمومين من وجه و من الظاهر ان الترجيح مع العموم المذكور كما تبه عليه في الرياض قائلا عموم النصوص المذكوره مدفوع بان التعارض بينه و بين العموم المذكور من قبيل تعارض العمومين من وجه فيصير الى الترجيح و هو في جانب هذا العموم بلا- ريب بحسب الاعتبار و عمل الكل به في خصوص المضمار و منها ما تبه عليه في لك و الكفايه لتصادقهما على بقاء الحق في ذمه الخصم فلا وجه لسقوط البيئه فظ ط و زاد في الثانى قائلا و لكن ظاهر الروايات على خلافه و منها ما تبه عليه في الرياض قائلا و لخصوص المعترين في احدهما انى كنت استودعت رجلا مالا فجحديني فحلف لى ثم انه جاء بعد ذلك بسنين بالمال الذى كنت استودعته اياه فقال هذا مالك فخذ و هذه اربعة آلاف درهم ربحتها في مالك فهي لك مع مالك و اجعلنى في حل فاخذت المال منه و ابيت ان اخذ الربح منه و اوقفت المال الذى كنت استودعته حتى استطلع رأيك فما ترى فقال خذ نصف الربح و اعطه النصف و حلله ان هذا رجل تائب و الله يحب التوابين و ثانيهما الرضى فاذا اعطيت رجلا مالا فجحذك و حلف عليه ثم اتاك بالمال بعد مده و بما ربح فيه و ندم على ما كان منه فخذ منه رأس مالك و نصف الربح و رد عليه نصف الربح هذا رجل تائب و بالأول استدل الصدوق فى يه على المطلوب هنا فقال بعد نقل الصحيحه الاولى و متى جاء الرجل الذى يحلف على الحق تائبا و حمل ما عليه مع ما ربح فيه فعلى صاحب الحق ان يأخذ منه رأس المال و نصف الربح و يرد عليه نصف الربح لان هذا رجل تائب و روى ذلك مسمع ابو سيار عن ابى عبد الله ع و ما ذكر هذا الحديث بلفظه فى هذا الكتاب فى باب الوديعه انتهى و على هذا فلو انكر المنكر المذكور الحق ثانيا او ماطل فى ادائه حل للمدعى مقاصته مع اجتماع شرائط التقاض المذكوره فى بابيه و بما حررناه يظهر لك ضعف ما يناقش به فى الحكم هنا من عدم نص فيه و لا دليل عليه مع كون مقتضى الروايات المتقدمه سقوط الدعوى باليمين

مط و قريب منه توهم ضعف الاستدلال بالروايتين على تمام المدعى بناء على ان موردهما انما هو بذل المديون و الايتان به خاصه و ذلك لانجبار اخصيه المورد بعدم القائل بالفرق بينه و بين غيره مع امكان استفاده التعميم من سياقها سؤالا و جوابا بنوع من التدبير

ص: ٧٢٧

التام فت جيدا و منها عموم نفى الضرر و منها عموم قوله تعالى **مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ** و

**ينبغي التنبيه على امور**

**الاول هل جواز المطالبه و الاقتصاص بعد الاقرار يختص بصوره اقراره بجميع الحق او لا**

بل يشمل صورته اقراره ببعضه مط مقتضى اطلاق الكتب المتقدمه الثاني و به صرح في الرياض و هو محل اشكال من الاطلاق المذكور و العمومات المتقدمه و من استصحاب عدم جواز المطالبه و عدم جواز المقاصه و عموم الاخبار المتقدمه خرج منه صورته الاقرار بالجميع فيبقى محل البحث مندرجا تحته و هو اولي بالترجيح من العمومات المتقدمه لان وجه ترجيحها فيما سبق و هو فتوى الاصحاب فيه بجواز الامرين غير موجود هنا لامكان دعوى انصراف اطلاق كلامهم الى غير محل البحث و فيه نظر و كيف كان فلا- ينبغي ترك الاحتياط و ان كان الاحتمال الثاني في غايه القوه و عليه هل يختص جواز المطالبه و الاقتصاص في صورته الاقرار بالبعض بالقدر الذي اقر به او لا بل يعمان ما لم يقر به فيه اشكال فلا ينبغي ترك الاحتياط بتركهما بل هو في غايه القوه

**الثاني هل يختص عدم جواز المطالبه و الاقتصاص بعد الحلف مع عدم الاقرار بصوره حكم الحاكم ببراءه ذمه الحالف ظاهرا او لا**

بل يعم صورته عدم حكم الحاكم فيكفي في سقوط الامرين مجرد حلفه ظاهر اطلاق النصوص و الفتاوى الثاني و هو الاقرب

**الثالث صرح في ير بانه لو ادعى صاحب الحق ان الحالف اكدب نفسه فانكر**

كانت دعوى مسموعه يطالب منها بالبينه و المنكر باليمين و صرح بما ذكره في المهذب البارع أيضا و هو جيد

**منهل يجوز للمنكر المتوجه اليه اليمين ان يرد ما توجه اليه من اليمين على المدعى**

**اشاره**

و قد صرح بذلك في المقنعه و النهايه و الغنيه و سم و ثر و يع و فع و د و ير و عد و س و اللمعه و ضه و لك و مجمع الفائده و الكفايه و الكشف و الرياض و لهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه و منها انه تبه على دعوى الاجماع على ذلك في الغنيه قاتلا و

للمدعى عليه رد اليمين على المدعى بدليل اجماع الطائفه و يعضد ما ذكره اولا قول مجمع الفائده جواز رد المدعى عليه على المدعى مشهور بين الاصحاب بل ما نجد فيه خلافا و عليه روايات و ثانيا قول الرضا لو رد المنكر اليمين المتوجه اليه على المدعى صح و لزمه الحلف بلا خلاف فيه في الظاهر مصرح به في جمله من العبائر و عليه الاجماع في الغنيه و غيره و هو الحجّه مضافا الى ظواهر النصوص الآتية و منها ما تبّه عليه في الغنيه بقوله و أيضا قوله تعالى **أَوْ يَخَافُوا أَنْ تُرَدُّ إِلَيْهِمْ أَنْ بَعُدَ إِلَيْهِمُ** الاجماع على ان اليمين لا- يرد بعد حصول يمين اخرى و هذا يبطل قول من لم يجوز رد اليمين على حال و منها ما تبّه عليه في الغنيه أيضا بقوله و أيضا يحتج على المخالف بما ورد من طرقهم من قوله ع المطلوب اولي باليمين لأنه يدل على اشتراكهما في جواز المطالبه باليمين و ان للمطلوب مزيه عليه بالتقديم لان لفظه اولي كلفظه افضل و في اللغه تفيد تفضيل احد الشئيين على الاخر فيما اشتركا فيه و منها خبر محمّد بن مسلم الذي وصفه بالصّححه في لك و مجمع الفائده و الكفايه و الكشف و الرضا عن احدهما ع في الرجل يدعى و لا بينه له قال يستحلف فان رد اليمين على صاحب الحق فلم يحلف فلا حق له و منها خبر ابان عن جميل عن ابي عبد الله ع قال اذا اقام المدعى البيئه فليس له عليه و ان لم يقم البيئه عليه فرد الذي عليه اليمين فابي ان يحلف فلا حق له و قد وصف هذه الروايه بالصّححه في لف و في مجمع الفائده هكذا في الفقيه ابان بن عثمان الذي طريقه اليه صحيح و الظاهر أنّه ثقّه و في الرضا هو موثق كالصحيح و منها خبر عبيد بن زراره عن ابي عبد الله عليه السلام في الرجل يدعى عليه الحق و لا- بينه للمدعى قال يستحلف او يرد اليمين على صاحب الحق فان لم يفعل فلا حق له و منها خبر محمّد بن عيسى عن يونس عن روه قال استخراج الحق باربعه وجوه بشهادة رجلين فان لم يكونا رجلين فرجل واحد و امراتان و ان لم يكن امراتان فرجل و يمين المدعى فان لم يكن شاهد فاليمين على المدعى فهي واجبه عليه ان يحلف و يأخذ حقه و قصور سنده بالجهاله مجبور بعمل الطائفه و

### ينبغي التنبيه على امور

#### الاول اذا حلف المدعى بعد رد اليمين عليه استحق ما يدّعيه

كما صرّح به في النّهايه و الغنيه و ثر و فع و ير و لك و مجمع الفائده و يه و الكشف و الرضا و هو ظيع و عد و د بل الظاهر أنّه مما لا خلاف فيه كما تبّه عليه في مجمع الفائده بقوله و بعد رد اليمين على المدعى فان حلف استحق المدعى من غير نزاع كأنّه للاجماع و يشعر به بعض الاخبار و يؤيده الاعتبار و يعضد ما ذكره قول الكفايه فان حلف استحق المدعى للنص و لا خلاف في ذلك

#### الثاني لا يجوز الرد اذا لم يكن المدعى قاطعا في دعواه

بل كان ظانا و قد صرّح بما ذكر في لك و ضه و الكفايه و الرضا و لهم اولا ما تبّه عليه في الاخير بقوله استثناء الاصحاب بغير خلاف بينهم اجده بل نسبه بعض الاصحاب اليهم مؤذنا باتفاقهم عليه و ثانيا ما تبّه عليه في أيضا بقوله و الوجه فيه واضح بناء على ان اليمين على البت و لا يمكن من المدعى تهمة

### الثالث اذا ادعى وصي اليتيم مالا على آخر فانكر

فهل يصح الرد على الوصي المدعى او لا- ظ اطلاق المقنعه و النهايه و الغنيه و المراسم و فع و يع و عد و د و ير و اللمعه و الكشف الاول و صرح بالثاني في ثر و س و لك و ضه و هو الاقرب و لهم اولاً انه تبه على دعوى الاتفاق عليه في الكفايه بقوله هكذا قالوه و في الرياض بقوله استثناء الاصحاب بغير خلاف بينهم اجده بل نسبه بعض الاصحاب اليهم مؤذنا باتفاقهم عليه و ثانيا ما تبه عليه في لك بقوله فانه لا يتمكن منه لان الوصي لا يتوجه عليه يمين لانه لا يجوز ان يحلف عن غيره و ثالثا الاصل و رابعا ظاهر قوله ص البيئه على المدعى و اليمين على من انكر و على المختار فهل يلزم المنكر بالحلف فان ابي حبس او يقتضى بمجرد نكوله او توقف الحكم هنا الى بلوغ الطفل و يحلف فيه اشكال و لكن الاحتمال الاول في غايه القوه و صار في س الى الاحتمال الاخير قائلا يؤخر حتى يبلغ و يحلف و يمكن القضاء بالنكول هنا و كذا صار اليه في لك و تبه في الروضه على التخيير بين الاولين قائلا يلزم المنكر بالحلف فان ابي حبس الى ان يحلف او يقضى بنكوله و الحق في ضه بالوصي هنا الولي و هو جيد

### الزابع لو ادعى الوصي على الوارث ان الميت اوصى للفقراء بخمس

او زكاه او حج او نحو ذلك مميا لا- مستحق له بخصوصه فانكر الوارث ذلك فهل يصح الردح او لا ظاهر اطلاق المقنعه و النهايه و الغنيه و المراسم و فع و يع و عد و د و ير و اللمعه و الكشف الاول و صرح بالثاني في س و لك و هو الاقرب عندي و نفى عنه البعد في مجمع الفائده مصرحا كالكفايه بانه هكذا قالوه و هو ظاهر في دعوى الاتفاق عليه و قد تبه عليها في الرياض أيضا بقوله استثناء الاصحاب بغير خلاف بينهم بل نسبه بعض الاصحاب اليهم مؤذنا باتفاقهم عليه ثم تبه على وجه ذلك قائلا و الوجه فيه و فيما سبقه الاصل و عموم ما دل على لزوم اليمين على المدعى عليه مع اختصاص النصوص الآتيه التي هي الاصل في اصل

ص: ٧٢٨

المسأله بحكم التبادر بغير الصورتين و بظهور ذلك صرح المقدس الأردبيلي و وافق القوم على الاستثناء لذلك و صرح في س و لك بأنه يلزم المنكر هنا باليمين او الاقرار و قريب منهما مجمع الفائده و الرياض و ما ذكره جيد

### الخامس اذا وكل غيره في دعوى فادعى الوكيل في غيبه الموكل

فانكر المدعى عليه فلا- يصح الرد على الوكيل و هل يلزم الموكل الحضور للرد عليه او يلزم المنكر بالاقرار و الحلف احتمال الاول في مجمع الفائده قائلا و الظاهر انه يكون في موضع ثبوت الحق بذلك للمدعى نفسه و يكون مما جاز له اليمين فلا يمين على المدعى عليه فت و فيما ذكره نظر بل الاحتمال الثاني و هو الالزام بالاقرار و الحلف في غايه القوه خصوصا اذا كان الموكل في سفر او يصعب عليه الحضور و لكن لا ينبغي ترك الاحتياط باحضار الموكل و مباشرته للدعوى ثم الرد عليه

### السادس الظاهر من اطلاق الاصحاب ان الرد يصح في جميع الدعاوى

## منهل هل اليمين المردوده على المدعى بمنزله بينه او بمنزله المنكر فيه قولان

احدهما أنه بمنزله البيئه وقد حكى هذا القول في س و ضه و كذا حكاة في لك قائلًا و هل يمينه بمنزله البيئه نفسها او بمنزله اقرار المدعى عليه فيه قولان احدهما أنه كالبيئه لأن الحجج اليمين و فيما ذكره من الوجه نظر و قد صرح في س بان هذا القول بعيد و ثانيها انها بمنزله اقرار المنكر و قد اختار هذا القول في س و ضه و ربما يظهر من قول مجمع الفائده بعد الاشاره الى النزاع المذكور و لعله بالاقرار و اشبه المصير اليه و تبه على وجهه في لك قائلًا- بعد ما حكينا عنه سابقا و الثاني أنه كإقرار المنكر الموصول الى الحق جاء من قبل ردّه او نكوله و يعضد ما ذكره ما نبه عليه في مجمع الفائده بعد ما حكينا عنه سابقا بقوله فان عدم حلفه يشعر بعلمه بالحق و أنه كاذب في الانكار و لا يحلف و فيما ذكره نظر كما في وجه القول الاوّل و بالجمله لم اجد حججه معتبره على شىء من القولين المذكورين كما تبّه عليه في الكفايه بقوله بعد الاشاره الى القولين المذكورين و حججه الطرفين غير وافية بالدلاله على المطلوبه و ظاهره التوقف هنا كالرياض و مجمع الفائده هو في محلّه و قد فرعوا على القولين المذكورين فروعًا كثيره كما صرح به في الكفايه قائلًا و فرعوا على القولين مسائل كثيره مذكوره في مواضعها و يعضد ما ذكره اولًا- قول لك و يتفرع على القولين فروع كثيره مذكوره في مواضعها و ثانيًا قول مجمع الفائده الفروع كثيره مذكوره في مظانها و الاقرب عندى في جميع الفروع الرجوع الى ما يقتضيه الاصول و القواعد دون التفريع على القولين المذكورين لفقد الدليل عليه و يعضد ما ذكرناه اولًا قولى مجمع الفائده بعد الاشاره الى الفروع هكذا قالوا و لى فيه تامل اذا لا ينبغى الحكم على اطلاقه بانها كالبيئه كالأقرار و التفرع عليه اذا لا دليل على شىء منه بل بعض التفريعات كما رايت بل في الحقيقه قولهم كالبيئه او كالأقرار اجزاء الفروع و استنباطها عنها بمجرد القياس و الاعتبار و المناسبه فينبغى ان يقال انه شىء براسه و ينظر في كل فرع فرع بخصوصه و يتأمل و يحكم على مقتضى الدليل فى ذلك و ثانيًا قول الكفايه بعد ما حكينا عنها سابقا و الحق اعتبار الادله فى هذه الفروع و بناء الاحكام عليها و ثالثًا قول الرياض بعد الاشاره الى بعض الفروع و اختار المقدس الأردبيلي و صاحب الكفايه الرجوع فيها الى الاصول و عد و أنه يعمل عليها فى كل منها من دون ان يجعل احد المقولين اصلاً كلياً يرجع اليها فى جميعها بل لو اقتضت الاصول فى بعضها ما يوافق احدهما و فى الاخر ما يخالف عمل الاصلين معا و هو حسن اذا لم يكن فى المسأله قول ثالث يكون خارجاً للإجماع و من جمله تلك الفروع ما تبّه عليه فى لك بقوله و يتفرع على القولين فروع كثيره مذكوره فى مواضعها و منها ان المدعى عليه لو اقام البيئه على اداء المال او على الابراء عنه بعد ما حلف فان قلنا ان جعلنا يمينه كبيئه المدعى عليه سمعت و ان جعلناها كإقرار المدعى عليه لم تسمع لأنه مكذب لبيئه الاقرار و فيما ذكره نظر بل الاقرب هنا عدم سماع هذه البيئه كما صرح به فى الكفايه اما اولًا فلما تبّه عليه فى مجمع الفائده قائلًا الظاهر فى الفرع الاوّل و اشار به الى هذا الفرع عدم سماع بيئه المدعى عليه مط لان تركه البيئه و اليمين و ردها الى المدعى اما صريح فى أنه يلتزم بالحق بعد ذلك و أنه يخرج من العهده ح من غير نزاع فى ذلك او ظ فى ذلك بحيث يلزم به فان المدعى انما اقدم على ذلك لذلك و هو ظ و فيما ذكره نظر و اما ثانيًا فلما تبّه عليه فيه أيضا بقوله و لان الاخبار الداله على اسقاط الدعوى بعد احلاف المدعى عليه يدل على اسقاط دعواه أيضا بها بل يمكن دعوى الاولويه و اما ثالثًا فلما نبه عليه أيضا قائلًا و لأنه اذا لم يحلف المدعى لسقطت دعواه لما سيجىء فكذا سقوط دعوى المدعى عليه بعد احلافه اياه فت و فيما ذكره نظر و اما رابعًا فلما نبه عليه فيه أيضا قائلًا و لأنه بعد ذلك لم يسمع الى بذل يمينه فكذا بينته و فيما ذكره نظر أيضا و اما خامسًا فلما تبّه عليه فيه أيضا قائلًا و لأنه وقع التعارض بين اليمين و البيئه و اذا كان حكمه حكم يلزم رجحان بيئه المدعى بناء على المشهور من

رجحان بينته فان رجح بينه المدعى كما هو ظاهر كلامهم على تقدير جعلها كاليينه يلزم خلاف ذلك مع كون مذهبه في ترجيح بينات خلاف ذلك و من جمله تلك الفروع ما تبه عليه في لك قائلا بعد ما حكينا عنه سابقا و هل يجب الحق بفراغ المدعى من اليمين المردوده أم لا- بد من حكم الحاكم بالحق بيتنى على القولين أيضا فان جعلناها كاليينه فلا بد من الحكم بالحق و ان جعلناها كإقرار المدعى عليه فلا- حازه اليه كما مر و فيما ذكره نظر أيضا بل الاقرب عدم التوقف هنا على حكم الحاكم كما صرح به في الكفايه بل هو ظاهر معظم الفتاوى و لهم اولا ان عدم التوقف على حكم الحاكم هنا ظ النصوص المتقدمه و لا معارض له و ثانيا ما تبه عليه في مجمع الفائده قائلا الظاهر عدم التوقف على حكم الحاكم مط لبعض ما مر و ثانيا ما تبه عليه فيه أيضا قائلا- و لان توقف ثبوت الحق على حكم الحاكم بخلاف الاصل أيضا فان الظاهر من الحجته ما يثبت به المدعى بل لو لم يكن في اليينه أيضا اجماع لكان هناك أيضا الثبوت بها متجها و فيه تامل و تبه في الرياض على المناقشه في الاصل المذكور أيضا قائلا و اختارا في الفرع المتقدم عدم التوقف على حكم الحاكم زعما منهما كون المتوقف عليه مخالفا للأصل و ان مقتضاه ثبوت الحق من دونه و فيه نظر حيث يتوجه للمنكر ردها على المدعى و ثالثا ما تبه عليه فيه أيضا بقوله و لان سقوط الدعوى بيمينه لا يحتاج الى حكم الحاكم فكذا يمين المدعى فانها ليست باضعف من ذلك بل اقوى فانها مثبتة و موجبه و هى باقيه و مانعه و رابعا ما تبه عليه فيه

ص: ٧٢٩

أيضا قائلا و لأنهم يقولون انه يثبت الحق بالنكول بناء على القول بالقضاء به فكذلك يثبت باليمين المردوده على القول بالقضاء بالطريق الاولى و خامسا ما تبه عليه فيه أيضا قائلا و لأنهم قالوا لو بذل بعد النكول لم يلتفت اليه فكذا لا ينبغي ان لا يلتفت الى بينته بعد رد اليمين و حصولها من المدعى بطلب و هو ظاهر و بالجمله ينبغي التامل و التدبير في حصول الفروع و استخراجها بالدليل و من جمله تلك الفروع ما تبه عليه في س بقوله و حلف المدعى كإقرار الخصم فلا يبعد على غيره و قيل كاليينه و هو بعيد و الفائده في مثل انكار الوكيل العيب و نكوله عن اليمين فيحلف المدعى فان جعلناه كاليينه ملك رده على الموكل و ان جعلناه كالإقرار فلا

**منهل اذا رد المنكر الحلف على المدعى في موضع يصح الرد عليه و امتنع من الحلف المردود اليه**

**اشاره**

و قال لا احلف و لم يذكر لامتناعه سببا فهل هو نكول و يسقط به حقه مط او لا كك او يسقط حقه في هذا المجلس لا غير فيجوز لإعاده الدعوى في مجلس آخر احتمالات يظهر المصير الى اولها من المقنعه و النهايه و الغنيه و ثرو سم و يع و فع و د و ير و اللمه و المحكى عن الحلبي و به صرح في س و لك و مجمع الفائده و الرياض بل فيه هو الاشهر بل عليه عامه من تاخر بل القائل بخلافه غير مذكور و مستنده مع ذلك غير واضح و يعضد ما ذكره اولا تصريح الروضه بان هذا الاحتمال هو المشهور و ثانيا تصريح الكفايه بأنه الاشهر و حكى عن بعض الاحتمال الثالث و هو ضعيف كلاحتمال الثاني فالمعتمد هو الاحتمال الاول الذى عليه المعظم و لهم وجوه منها انه تبه في الرياض على دعوى الاجماع على ذلك في الجمله قائلا- مع ان ذلك اجماعى اذا كان في مجلس الحكم كما صرح به في عد و يظهر من تتبع الفتاوى و يعضد ما ذكره كون هذا الاحتمال مشهورا شهره عظيمه لا- يبعد معها دعوى شذوذ المخالف و منها ما احتج به في لك و مجمع الفائده و الكفايه و الرياض من اطلاق

الاحبار المتقدمه و منها ما تبّه عليه في لك قائلا و لأنه لو لا ذلك لرفع خصمه كل يوم الى القاضى و الخصم يردّ عليه اليمين و هو لا- يحلف و يعظم الخطب و لا- يستفرغ من خصومته الى شغل اخر و اشار الى ما ذكره في مجمع الفائده و الرّياض و منها اصله بقاء السقوط في مجلس آخر و اذا ذكر المدعى سببا لامتناعه من الحلف المردود عليه فقال اريد ان اتى بالبينه او اسال الفقهاء او انظر في الحساب و نحو ذلك فهل يبطل حقه ح مط او لا بل يمهل الاصحاب في ذلك على قولين احدهما أنه بطل حقه فلا يجوز له اعاده الدّعى لا في هذا المجلس و لا في مجلس اخر و هو لإطلاق النّهايه و الغنيه و ثر و سم و يع و فع و د و ير و اللّمعه و المحكى عن الحلبي و ثانيهما أنه لا- يبطل حقه بل يمهل و هو للدّروس و لك و ضه و الرّياض و هو ضعيف بل الاقرب عندي هو القول الأوّل للإطلاق المتقدّم المعتضد بما تقدم اليه الاشاره لا يق هو لا ينهض باثبات المدعى لما صرّح به في الرّياض من اختصاصه بحكم التبادر بالامتناع الخالي عن ذكر السبب فلا يشتمل غيره بل لعله لا يعد مثله امتناعا لأننا نقول لا نسلم ما صرّح به بل الروايات عامه لمحل البحث كما نبه عليه في مجمع الفائده و الكفايه و ان احتمل في الأوّل تخصيص الاطلاق بغير محل البحث بالاصل و الاعتبار فنفي البعد عن بقاء الدّعى و لا يق يدفع ما ذكر ما تبّه عليه في الكشف بقوله و ان نكل سقطت دعواه في هذا المجلس و هل له المطالبه بعد ذلك اشكال من عموم الاخبار النافيه لحقه اذا اتى بالحلف و من الاصل و كونه كالإقرار او البيّنه فيثبت كلّما اتى به كما يثبت كلما اقام البيّنه او اقرّ الخصم و احتمال الاخبار أنه لا حق له ما لم يحلف او في ذلك و هو خيره المبسوط و المصنف لأننا نقول ما ذكره لا- يصلح للدّفع فت و على تقدير الامهال فهل يقدر لإمهاله قدرا او لا- اختار الثاني في لك قائلا فيه وجهان اجودهما أنه لا يقدر له لأنّ اليمين حقه فله تاخيره الى أن يشاء كالبيّنه فيمكن من اقامتها متى شاء و هذا بخلاف المدعى عليه فانه لا يمهل اذا استمهل لأنه لا يقدر له بخلاف تاخير المدعى فانه يؤخر حقه فيقبل اذا كان له عذر مسموع و ربّما يستفاد ما ماله اليه من قول س و ضه و لو استمهل امهل بخلاف المنكر و لكن صرّح في الرّياض بان ما ذكره في لك فيه نظر و تبّه عليه في مجمع الفائده بقوله بعد الاشاره اليه فت و

**ينبغي التنبيه على امرين**

**الأوّل اذا اتى المدعى للممتنع من الحلف المردود بينه**

في صوره عدم ذكره سببا لامتناعه من الحلف هل تسمع بيّنه و لا يسقط حقه بامتناعه من الحلف ح او لا بل يسقط حقه كما فيما سبق يظهر الأوّل من س و لك و ضه فان فيها بعد الحكم بالسقوط في الصّوره المذكوره الا ان يأتي بيّنه و استحسنة في الرّياض قائلا- و استثنى من ذلك الشهيديان و بعض من تبعهما ما اذا اتى بيّنه و اطلاق النّصوص و الفتاوى يدفع ذلك الا ان يذبّ عنه باختصاصه بحكم التبادر بما اذا لم يكن له بينه في نفس الامر و انحصرت الحججه المثبتة لحقه في يمينه و لعله غير بعيد و يظهر الثاني من قول مجمع الفائده بعد الاشاره الى الاستثناء المذكور و فيه تامل اذ الدليل يدل على سقوطه و كذلك من قول الكفايه و في هذا الاستثناء اشكال نظرا الى عموم الدليل و ما يظهر منهما هو مقتضى اطلاق المقنعه و النهايه و الغنيه و ثر و سم و يع و فع و د و ير و اللّمعه و المحكى عن الحلبي و المسأله عندي محل اشكال من وقوع التعارض بين عموم ما دل على قبول البيّنه المعتضد بالاستصحاب و من اطلاقات الاخبار المتقدمه الداله على السّقوط بالامتناع من الحلف المعتضد باطلاق عبار جمع كثير من الاصحاب بحيث لا يبعد معه دعوى شذوذ المخالف و هذا التّعارض من قبيل تعارض العمومين من وجه كما لا يخفى فلا ينبغي ترك الاحتياط في المسأله مع الامكان و ان كان الاحتمال الثاني في غايه القوه



## الثانى هل للمدعى الزام المنكر باحضار المال قبل اثباته باليمين المردوده اليه او لا

فيه قولان احدهما انه له الالتزام بذلك وقد حكاه فى لف عن الحلبي قائلا قال ابو الصيلاح فان قال يحلف و يأخذ ما ادّعاه فان احلف الزم خصمه الخروج اليه مما حلف عليه و ان قال لا احلف حتى احضر حتى الزم الحاكم خصمه بذلك و لم يحضرني قول لأصحابنا يوافقه على ذلك و ثانيهما انه ليس له الالتزام بذلك و قد صار اليه فى ضه قائلا و لو طلب احضار المال قبل حلفه ففي اجابته قولان اجودهما العدم و اختار هذا القول فى لف أيضا و اشار الى وجهه قائلا بعد الاشاره الى عبارته الحلبي و الوجه المنع لان تكليف الاحضار قبل الثبوت تسلط على مال المسلم بغير حق فليس للحاكم مطالبته بذلك و انما يستحق الاحضار بعد الثبوت و يظهر من س التوقف و ليس فى محله بل الاقرب هو القول الثانى

### منهل اذا نكل المنكر و المدعى عليه عن اليمين المتوجه اليه

#### اشاره

و امتنع منها و من ردّها على المدعى و قال له الحاكم

ص: ٧٣٠

ثلاث مرات ان حلفت و الا- جعلتك ناكلا- فان حلف فذاك و ان اصرّ على النكول فهل يقضى عليه بمجرد نكوله او لا بل يرد الحاكم على المدعى فان حلف ثبت حقه و ان امتنع سقط حقه اختلف الاصحاب فى ذلك على قولين الاول انه يقضى عليه بمجرد نكوله و يؤخذ حق المدعى منه و هو للمقنعه و النهايه و الغنيه و سم و يع و فع و الكفايه و المحكى فى جمله من المحكى عن الصدوقين و القاضى و الحلبي و صرح فى لك بانّه ذهب اليه الشيوخ و الاتباع و يظهر منه المصير اليه كما يظهر من ضه و صرح فى الكشف بانّه مذهب المقنع و الكافى و الكامل و الموجز و التلخيص و وافق فى النسبه الى الكامل المختلف و غايه المراد و التنقيح و المسالك و الكفايه و فى النسبه الى الموجز غايه المراد الثانى انه لا يقضى عليه بمجرد النكول بل يرد الحاكم اليمين على المدعى فان حلف ثبت حقه و ان امتنع سقط و هو للشرائر و ير و عد و لف و الايضاح و غايه المراد و اللمعه و الرياض و المحكى فى جمله من الكتب عن الاسكافى و القاضى فى المهذب و ابن حمزه و الشيخ فى ف و ط و فى لك عن العلّامه فى اكثر كتبه و سائر المتأخرين و يعضد ما ذكره اولا قول الكفايه ذهب اليه جماعه من القدماء و اكثر المتأخرين و ثانيا قول الرياض ذهب اليه كثير من القدماء كالاسكافى و الشيخ فى ط و ف و الحلبي و ابن زهره و ابن حمزه و اكثر المتأخرين عدا الماتن هنا و فى يع و شيخنا الشهيد الثانى و بعض من تبعه مع تردد ما للماتن و بالجمله لا- ريب فى شهره هذا القول بين المتأخرين بل عليه عامتهم كما يظهر من لك للأولين و جوه منها ما ذكره فى الكشف من اصاله براءه ذمه المدعى من وجوب اليمين عليه و فيما ذكره نظر فان ذلك معاوض باصاله عدم استحقاقه الحق من غير رد اليمين على المدعى و قد تبه على ما ذكرناه قائلا فى جمله كلام له و يؤيده الاصل عدم الحق و عدم الحكم حتى يثبت الموجب و ما علم من تلك الادله ذلك ان لا يحكم بمجرد النكول و لا خلاف فى الحكم بعد رد اليمين ان حلف و منها ما ذكره فى مجمع الفائده قائلا انه قد يؤل رد اليمين على المدعى الى تضييع حقه من غير رضا المدعى عليه و طلبه بل بمجرد سكوته و امتناعه عن اليمين و رده المشعر بثبوت الحق فى ذمته بان لا يحلف المدعى خوفا او خجلا فيسقط لما تقدم من الروايات الدّاله عليه و منها ما ذكره فى لف و غايه المراد

لك و مجمع الفائدة و الكفايه من خبر هشام و الحلبي و حميد الذي صرح بحسنه في المختلف و غايه المراد عن الصادق ع قال قال رسول الله ص على من ادعى البيه و اليمين على من ادعى عليه و صرح باشتهار هذه الروايه بعض الاصحاب و يعضدها النبوي المرسل الذي صرح باستفاضته في الرياض البيه على المدعى و اليمين على من انكر و تبه على وجه دلالة الروايتين على المدعى في لف و غايه المراد و لك و الكفايه و الرياض قائلين وجه الاستدلال به انه جعل جنس اليمين في جانب المدعى عليه كما جعل البيه في جانب المدعى و التفصيل يقطع الاشتراك و زاد في الثاني و الخامس قائلين و لا ينتقض ذلك برد اليمين على المدعى حيث حكم عليه باليمين لان ثبوت اليمين عليه هنا جاء من قبل الرد لا باصل الشرع المتلقى من الحديث و زاد في لك قائلان و جملة الامر ان مخالفه مقتضى التفصيل يحتاج الى دليل خاص مخرج عن حكمه و هو موجود مع الرد لا مع النكول و يعضد ما ذكره ما تبه عليه في مجمع الفائدة بقوله المتبادر منه كون كل واحده مختصه بصاحبها خرج منه ما ثبت بالدليل مثل اليمين التي ردها المدعى عليه و بقي الباقي و قد يناقش فيما ذكره اولاً بما تبه عليه في الرياض قائلان بعد الاشاره الى الاحتجاج بالروايه على المدعى و فيه نظر بعدم دلالة على الحكم بالنكول صريحاً بل و لا ظاهراً و انما غايته افاده ان حبس اليمين على المنكر و انه وظيفته و نحن لا ننكره و ليس فيه دلالة على ذلك بشيء من الدلالات الثلاث بعد ملاحظه ان المتبادر منه بيان الوظيفه الشرعيه في الاصل و الابتداء لكل من المنكر و المدعى و هو

لا ينافي رد اليمين على المدعى من باب الرد به و لو من الحاكم الذي هو نائب المنكر حيث يستغنى و توقف الامر على حاله لا باصل الشرع المتلقى من الخبر كما اعترف به المستدل في جوابه عن النقض و بالجمله ارتفعت المنافاه بما ذكره في محل النقض و دفعه فليرفع به أيضاً في محل البحث و عدم قيام دليل على ثبوت الرد فيه على تقدير تسليمه لا يوجب المنافاه على تقدير ثبوت الرد و بالجمله المقصود من ذلك دفع المنافاه التي هي الاصل و البناء في صحه الاستدلال و حيث فرض عدمها بالرد في محل البحث أيضاً و لو على تقدير ثبوته لم يصح الاستدلال بالخبر المذكور على الحكم و رد القول بالرد و يعضد ما ذكره امران احدهما ما تبه عليه في لف في مقام الجواب عن الاحتجاج بالروايه المذكوره على المدعى بقوله الجواب انه لا حجه فيه لأنه حكم الابتداء و ثانيهما ما تبه عليه في مجمع الفائدة في المقام المذكور قائلان يمكن منع الحصر و بعد التسليم يحتمل كونه كك بان ذلك الاصل وظيفتهما لا مط فلا ينافي وجوب كل واحده بالعارض مثل الرد و لهذا قد تتعارض البيتان و قيل بتقديم بينه المدعى و قيل بالعكس و ثانياً بان الفريقين متفقان على ان المنكر المفروض في محل البحث لا يمين عليه بعد النكول و ذلك لان القائلين بالرد يحكمون بالقضاء بعد الرد و الحلف فلو كان عليه يمين بعد الامرين لما صح ذلك و هو واضح و اما القائلون بعدم وجوب الرد فلأنهم بمجرد النكول و لو كان عليه يمين لما صح ذلك فالمنكر المفروض خارج عن اطلاق قوله ص اليمين على من انكر و كذا المدعى و هو واضح فالروايه لا تشمل محل البحث و بالجمله المتبادر من الروايه ان لا يمين على المدعى الذي يكون خصمه و هو المنكر ممن ثبت عليه اليمين لا مط فت على ان مقتضى قوله ع و اليمين على من انكر عدم سقوط حق اليمين عنه و عدم حصول قطع الدعوى بغير يمينه مط حتى مع حلف المدعى و لكن خرج هذا بالإجماع و لا دليل على خروج غيره فيبقى مندرجا تحت الاطلاق فتكون الروايه من ادله القول الثاني فتدبر و ثالثاً بان اطلاق الروايه ينصرف الى الغالب و ليس منه محل البحث فت و منها خبر محمد بن مسلم الذي وصفه بالصحة في لف و الايضاح و غايه المراد و لك و ضه و مجمع الفائدة و الكفايه و الكشف و المهذب البارع و ض عن الصادق ع قال سألته عن الاخرس كيف يحلف اذا ادعى عليه دين و لم يكن للمدعى بينه فقال قال امير المؤمنين ع الحمد لله العدي لم يخرجني من الدنيا حتى بينت للامه جميع ما تحتاج اليه ثم قال ايتوني بمصحف فاتى به فقال للأخرس ما هذا فرفع رأسه و اشار انه كتاب الله عز و جل ثم قال ايتوني بولي

فانى باخ له فاقعه على جنبه ثم قال يا قنبر على بدواه و صحيفه فاتاه بهما ثم قال لأخى الاخرس قل لأخيك هذا بينك و بينه فتقدم اليه بذلك ثم كتب امير

ص: ٧٣١

المؤمنين ع و الله الذى لا إله إلا هو عالم الغيب و الشّهادة هو الرحمن الرحيم الطالب الغالب الضّار النافع المهلك المدرك الذى يعلم السرّ و العلانيه ان فلان بن فلان المدعى ليس له قبل فلان بن فلان اعنى الاخرس حق و لا طلبه بوجه من الوجوه و لا سبب من الاسباب ثم غسله و امر الاخرس ان يشربه فامتنع فالزمه الدّين و تبه فى غايه المراد و لك و الرياض على وجه الدّلاله على المدعى قائلين ظاهره أنّه لم يردّ اليمين على خصمه و الا لنقل و لزم تاخير البيان عن وقت الخطاب بل عن وقت الحاجه و زاد فى الاخيرين قائلين و أيضا فقوله فامتنع فالزمه الدّين يدل على تعقيب الالتزام للامتناع بغير مهله لمكان الفاء و هو ينافى تخلل اليمين بينهما ثم قال كالأوّل و فعله ع حجّه كقوله و الفرق بين الاخرس و غيره ملغى بالإجماع و قد يناقش فيما ذكره او لا بما تبه عليه فى الرياض قائلا بعد الاشاره الى الخبر المذكور و فيه نظر اما او لا فبعدم القائل باطلاقه لان الحكم بالنكول على تقدير القول به مشروط اتفاقا بالنكول عن كل من الحلف و ردّه و ليس فيه الاشاره الى النكول عن الحلف خاصّه دون النكول عن ردّه فلا بد من تقديره و ليس باولى من تقدير الردّ على المدعى و قد يجاب عمّا ذكره بأنّه لا نسلم عدم الاولويه لان هذا يستلزم تقدير امرين و لا كك الأوّل و لأنّ هذا يستلزم تقدير امرين وجوديين و هو الردّ على المدعى و حلفه و لا شك فى أنّهما وجوديان و لا كك الأوّل فإنّه يستلزم تقدير امر عدمى و هو عدم الردّ الا ان يق عدم الردّ هنا هو الكف و هو امر وجودى فت و ثانيا بما تبه عليه فى الرياض أيضا قائلا- بعد الاشاره الى ما حكيناه عنه سابقا و اما ثانيا فلان لزوم تاخير البيان عن وقت الحاجه و ان كان مسلما قبحه الا- ان الحاجه فى الخبر كما يظهر من صدره و هو معرفه كيفيه حلف الاخرس لا كيفيه الحكم فى الدّعى معه مع نكوله و لزوم تاخير البيان عن وقت الخطاب لا باس به كما قرر فى محله و يعضد ما ذكره ما تبه عليه فى مجمع الفائده بقوله بعد الاشاره الى الاحتجاج بالروايه المذكوره على المدعى قد يمنع دلالتها فانه ما يفهم أنّه حكم عليه بالحكم و يكون المراد بالزامه الدين عدم التيقوط و يكون الغرض بيان تحليفه كما هو المتبادر من أوّل الخبر و اقتصر على ذلك و ما بين الردّ و قد يكون معلوما عند رد اليمين او ردّ بعد ذلك فلا- يلزم التاخير عن وقت ذلك الحاجه و فيما ذكره نظر و ثالثا بما تبه عليه فى الرياض بقوله بعد ما حكينا عنه سابقا و اما ثالثا فبان الخبر قضيه فى واقعه فلا يكون عامه فت و قد يجاب عمّا ذكره بانا لم نجد جهه توجب سقوط الردّ فى فروض المسأله الا كون الحالف هنا هو الاخرس او حصول العلم للإمام ع باشتغال ذمه الاخرس بالدّين او باعتبار كون المدعى ممّن لا- يجوز الردّ عليه كالوصى و الوكيل و جميع ذلك باطل اما الأوّل فلظهور عدم القائل بالفصل بين الاخرس و غيره فى حكم المسأله و قد صرح بدعوى الاجماع على ذلك فى غايه المراد و لك و الرياض فيما ذكر يندفع ما اورده فى مجمع الفائده بقوله بعد ما حكينا عنه سابقا او يقال قد يكون ذلك مخصوصا بالاخرس فاذا كان لا يشرب هو اليمين تلزم الحقّ من دون الردّ و لا- يلزم منه المطلوب و هو عدم الردّ و الحكم فى جميع الدّعوى بمجرد النكول بلزوم الحق على المدعى عليه و هذا ظاهر و ان كان الأوّل بعيدا إلا ان يثبت الاجماع فى عدم الفرق اما الثانى فلان احتمال علم الامام ع باشتغال ذمه الاخرس بالدّين ان كان قبل الاقدام على احلافه فهو باطل لأنّه يكون ح لغوا بناء على المختار الذى عليه من أنّه يجوز للحاكم ان يحكم بعلمه مضافا الى ان الروايه بنفسها ظاهره فى بطلان هذا الاحتمال كما لا يخفى و ان كان بعد امتناع الاخرس من الحلف و بهذا السبب فهو ضعيف لانه مجرد الامتناع لا- يفيد العلم باشتغال الذمه لا عقلا و لا عاده اذ كثيرا ما يمتنع من

الحلف مع علم الحالف او غيره براءه الذمه و ان كان باعتبار امر خارجي غير نفس الامتناع فهو مدفوع بالاصل الا ان يق بأنه معارض باصالة عدم ثبوت الحق بنفس النكول فتأمل مضافا الى ان الظاهر من الروايه عدم

حدوث امر غير الامتناع فتدبر و اما الثالث فلكونه بعيدا في الغايه مضافا الى ان ترك الاستفصال في صدر الروايه يدفعه و يفيد ثبوت الحكم في جميع صور المسأله فت و رابعا ما تبه عليه في الرياض أيضا قائلًا بعد ما حكينا عنه سابقا و اما رابعا فبانه فرع العمل به في كفيته احلاف الاخرس و لم يقل به المشهور و منهم الماتن و غيره ممن حكم بالنكول فلا يمكنهم الاستناد اليه لإثباته و خلاف منافاته على تقدير تسليم دلالاته لما سيأتي من اطباق الجمهور على نقل خلافه عن علي ع و خامسا ان هذه الروايه لا تخلو عن تهافت فان صدرها يفيد السؤال عن مسئله شرعيه على وجه العموم و هي كفيته حلف الاخرس و عجزها يدل على حكم الامام ع و قطعه الدعوى في قضيه شخصيه خارجيه و مثل هذا التهافت و الاختلاف ربما يمنع من حجته الروايه لحصول الظن ح بسقوط شيء منها و ربما يكون الساقط منها شيئا يمنع من الاستناد اليها في هذه المسأله فتأمل و سادسا بان هذه الروايه على تقدير تسليم دلالتها على المدعى فغايتها الظهور و هو لا يصلح لمعارضه ادله القول الثاني فينبغي طرحها او ارتكاب التاويل و قد نبه عليه في لف و الايضاح و المذهب البارح بقولهم في مقام الجواب فيها الجواب باحتمال الزامه بالدين عقيب احلاف المدعى المدعى جمعا بين الادله و منها ما احتج به في الكفايه و غيرها من خبر عبد الرحمن بن ابي عبد الله قال قلت للشيخ ع اخبرني عن الرجل يدعى قبل الرجل الحق فلا يكون له بينه بما له قال فيمين المدعى عليه فان حلف فلا حق له و ان لم يحلف فعليه و تبه في لك على وجه دلالاته على المدعى بقوله رتب ثبوت الحق عليه على عدم حلفه فلا يعتبر معه امر اخر و هذه الروايه لم يذكرها في الاستدلال مع أنها واضحه الدلاله و قد يمنع من نهوضها لإثبات المدعى اما اولًا فلاقتها ضعيفه السند كما صرح به في الرياض بقوله في مقام الجواب عنها و فيه نظر لضعف السند لا يقال هذه المناقشه مدفوعه بما نبه عليه في المسالك بقوله بعد ما حكينا عنه سابقا و هي من الروايات المتلقات بالقبول للأصحاب لأنها مستند الحكم بثبوت اليمين على المدعى على الميت اذا كان له بينه و قد اعترف بما ذكره في الرياض بعد التصريح بوضوح دلالتها كالمسالك لأننا نقول ما ذكر مدفوع بما تبه عليه في الرياض بقوله بعد التصريح بضعف السند و تلقى الاصحاب اياها بالقبول جائز لخصوص ما تلقوه لا جميعا كما بينت الوجه فيه في رساله الاجماع مستقصى و يعضد ما ذكره ما تبه عليه في مجمع الفائده بقوله فانهم مع كلام في السند بعدم توثيق ياسين الضرير و وجود محمد بن عيسى كأنه العبيدي الذي قد يطعنون فيه و ان كان الظاهر أنه مقبول

ص: ٧٣٢

و لا يدل قبول ما في هذه الروايه من لزوم اليمين على المدعى مع البيئه اذا كان الدعوى على الميت على قبول جميع ما في هذه الروايه و لا- توثيق من في سندها لاحتمال كون الحكم ثابتا بغيرها مثل الاجماع و الشهره و هو ظاهر و كأنه لذلك ما جعلت دليلا- على هذا الحكم فلا- يرد قول شارح يع و هذه الروايه لم يذكرها فتأمل و اما ثانيا فلما تبه عليه في الرياض بقوله بعد الاشاره الى الخبر المذكور و فيه نظر باختلاف النسخه ففي الكافي و التهذيب كما مر و في يه يدل مع الاستدلال و هو قوله و ان لم يحلف فعليه بقوله و ان رد اليمين على المدعى و لم يحلف فلا- حق له و عليه فلا- دلالة فيه على الحكم و اختلاف النسخه موجب لتزلزل الروايه و ان رجحت النسخه الاولى بتعدد الاولى و فيما ذكره نظر و اما ثالثا فلما تبه عليه في الرياض أيضا قائلًا هو ضعيف الدلالة بما ضعفنا به الصحيح المتقدم من عدم القائل باطلاقه فلا- بد من تقييده اما بالنكول عن الرد كما هو مناط الاستدلال او بما اذا رد اليمين على المدعى و حلف و ليس بمرجوح بالاضافه الى الاول كما مر و فيما ذكره نظر للمنع من لزوم

التقييد باحد الامرين بل هما داخلان تحت الاطلاق و اما رابعا فلما نبّه عليه فى الرّياض بقوله بعد ما حكينا عنه سابقا و رابعا باجمال مرجع الضمير فى عليه و المبتدأ المقدر فكما يحتمل المنكر و يكون المبتدأ المقدر الحقّ كذا يحتمل المدعى و يكون المقدر الحلف او المنكر و يكون الحق المقدر غير المال يعنى الدّعى و يكونه كناية عن عدم انقطاع الدّعى بمجرد نكوله فلا يحسبه مقرا عنها بل هى عليه باقيه و ربّما اوجب عليه المدعى بعد اتيان المدعى باليمين المردوده عليه و يعضد ما ذكره ما نبّه عليه فى مجمع الفائده بقوله بعد الاشاره الى الرّوايه المذكوره و يمكن المناقشه فى دلالتها فانّها غير ظاهره فى لزوم الحق بغير رد اليمين و لعلّ المقصود عدم سقوط الحق ان لم يحلف و يؤيده ما ذكره فى آخر هذه الرّوايه بعينها و لو كان اى المدعى عليه حيا لألزم اليمين او الحق او يردّ و هذه مؤيّده للقبح فى روايه الاخرس و فيما ذكره نظر بل الظاهر ان مرجع الضمير فى عليه هو المدعى عليه و ان المبتدأ المقدر هو الحق المالى لان المتبادر ذلك و لأصالة رجوع الضمير الى الاقرب و ليس هنا الا المدعى عليه كما لا يخفى و لان ارجاع الضمير فى فعله الى المدعى يستلزم اضمارا اذ ليس عدم حلفه مط يوجب ثبوت الحقّ عليه بل أنّما يوجب بعد ردّ الحاكم اليمين عليه و الاصل عدم الاضمار فت و اما خامسا فلما نبّه عليه فى الرّياض أيضا بقوله بعد ما حكينا عنه سابقا و خامسا بان فى ذيله ما يؤيد القول الآتى بل و ربما يستدل عليه به و هو قوله و لو كان اى المدعى عليه حيا لألزم باليمين او الحقّ او يردّ اليمين عليه بصيغته المجهول كما هو فى يب المعتبر الصحيح عندى مضبوطة و به صرح بعض الفضلاء أيضا و وجه التأييد ظاهر اذ العدول عن قوله او رد اليمين او يرد بصيغته المعلوم الى المجهول لا وجه له بحسب الظاهر غير التنبيه على عدم انحصار فى المنكر و ان كان كونه غيره و ليس الا الحاكم و اما سادسا فانما نبّه عليه فى الرّياض أيضا بقوله بعد ما حكينا عنه سابقا و سادسا بقوه احتمال كغيره على تقدير تسليمه الحمل على التقيه لكونه مذهب جماعه من العامه و منهم ابو حنيفه و رأيه مشتهر بينهم بل و اكثرهم عليه فى الانزمنه السّابقه و اللاحقه و لعل ما ذكرناه من وجوه النظر فى هذا الخبر عدم الاخير منها هو الوجه فى عدم الاستدلال اكثر الاصحاح به لهذا القول فى محل البحث و للآخرين وجوه أيضا منها انه نبّه فى الخلاف على دعوى الاجماع على ما صاروا اليه قائلا اذا ادعى رجل على رجل حقا و لا يبينه له فعرض اليمين على المدعى عليه فلم يحلف و نكل ردت اليمين على المدعى فيحلف و يحكم له و لا يجوز الحكم على المدعى بنكوله دليلنا على ان اليمين يرد اجماع الفرقه و اخبارهم و يعضد ما ذكره قول الرّياض بعد الاشاره الى هذا القول لا ريب فى شهره هذا القول بين المتأخرين بل عليه عامتهم كما يظهر من المسالك و عن الخلاف و فى الغنيه الاجماع عليه و فى السرائر انه مذهب

اصحابنا عدا الشيخ فى يه و قد رجع عنه فى الخلاف و ظاهره أيضا الاجماع عليه و لا يقال هذا الوجه ضعيف لما نبّه عليه فى لك بقوله بعد الاشاره اليه و فيه نظر اذ دعوى الشيخ الاجماع من غريب الاحتجاج مع مخالفته للحكم فى النهايه و قد سبقه الصّدوقان و شيخه المفيد و ابو الصّيلاح و سلار لو عكس الدّعى كان اولى لان هؤلاء المذكورين هم عمده فقهاء الطائفة فى تلك الاوقات و يعضد ما ذكره قول مجمع الفائده و لكن انت تعلم ما فى هذا الاجماع لأننا نقول ما ذكره فى لك ضعيف لما نبّه عليه فى الرّياض قائلا- الجواب عن الاجماع بوجود المخالف من نحو المفيد و غيره ضعيف اولا لابتناؤه على اصول العامه فى الاجماع حيث جعلوه مجرد الوفاق و لا- يتم على ما عليه الاصحاح من أنّه هو الاتفاق الكاشف عن قول الامام ع و لو كان فى اثنين و خلى عنه مائه مط كائنا من كانوا نعم لو بلغ فى الكثره حد الشهره امكن القدر فيه بالوهن اما الموجب للمرجوحه او الخروج عن الحجّيه و ليس فى المسأله بلا- شبهه و ثانيا بعد صراحه كلامهم فى المخالفه لاحتماله الحمل على ما حمل عليه الحلى كلام النهايه حيث قال ان المراد بقوله لزمه الحق يعنى ان نكوله صيرت اليمين على المدعى بعد ان كانت له و كل من كانت عليه فهو اقوى من صاحبه و القول قوله مع يمينه لأنّه بمجرد النكول يقضى الحاكم عليه بالحقّ من دون يمين خصمه انتهى

على المختار صريحا اجماع الاماميه و مع ذلك قال فيما بعد ذلك بعدمه و ان نكل المدعى عليه عن اليمين الزمه الخروج عن حق عن خصمه مما ادعاه فتدبر هذا مع التأيد كثير مما ذكره الجماعة دليلا لهذا القول و حجه لا فائده لذكرها بعد قوه امكان المناقشه فيها بسبب لا يمكن ان يتخذ حجه لكنها للتأيد صالحه و منها ما احتج به فى الخلاف و لف و غايه المراد و الرياض من ان الاصل براءه الذمه و عدم شغلها بالمال الى ان يثبت المزيل عن حكم الاصل و ايجاب الحكم بالنكول يحتاج الى دليل و زاد فيما عدا الخلاف قائلين و النكول جاز استناده الى تعظيم حال اليمين فلا يثبت بمجرد ما يخالف حكم الاصل المعلوم لأنه غير مظنون المعارضه فكيف يكون معلومها و اجاب فى لك عن هذا الوجه قائلا و اصله البراءه مقطوعه بالادله الداله على ثبوت الحق و دفعه فى الرياض بضعف الادله المذكوره كما تقدم اليه الاشاره فلا تصلح مخصصه للأصل المذكور و منها ما استدل به فى الايضاح قائلا- و لان الحكم مبنى على الاحتياط التام و لا يحصل الا باليمين من المدعى لاحتمال نكوله لا عن ثبوت الحق لحرمة اليمين لتخلفه أنه لا- يحلف او لغير ذلك فهو اعم من ثبوت الحق و لا- دلالة للعام على الخاص و لو دل هنا فدلالته ظنيه ضعيفه

ص: ٧٣٣

و يعضد ما ذكره اولاً قول لف و لان هذا القول احوط و ثانياً قول غايه المراد و لأنه اوفق و ثالثاً قول التنقيح نعم القول برد اليمين [على] مع النكول اولى و احوط فى الحكم و لثلا- يلزم الحكم بغير دليل و رابعا قول ضه و لان الحكم مبنى على الاحتياط التام و لا يحصل الا باليمين من المدعى و خامسا تصريح س و لك و مجمع الفائده بان رد اليمين على المدعى اولى و زاد فى الثانى فنفى الريب فى الاولويه و زاد فى الثالث قائلا رد اليمين اولى و احوط اذ لا دليل عليه الا فعلة فى واقعه الاخرس و هو بمجرد لا يفيد العموم و اورد بعض الاصحاب على هذا الوجه قائلا هذا القول احوط لو بذل المدعى اليمين لثبوت الحق عليه ح اجماعا و اما مع بذله لها و نكوله عنها فتصور الاحتياط فى هذا القول مشكل و ان أطلق جماعه كونها وفق الاحتياط لأن المدعى بنكوله عن اليمين بعد ردها عليه يوجب سقوط حقه و عدم جواز مطالبه المنكر بشىء و هو لا يوافق القول الاول لإثبات الحق فيه على المنكر بنكوله على الاطلاق و الاحتياط عبارته عن الاخذ بالمتفق عليه و الاخذ بهذا القول فيما فرضناه ليس كك قطعاً لاحتمال كون الحق مع القول الاول فلو عمل بهذا القول لذهب حق المدعى لو كان و منها ما تمسك به فى الخلاف قائلا بعد ما حكينا عنه سابقا و أيضا قوله تعالى ذَلِكَ أَدْنَىٰ أَنْ يَأْتُوا بِالشَّهَادَةِ عَلَىٰ وَجْهِهَا أَوْ يَخَافُوا أَنْ تُرَدَّ أَيْمَانٌ بَعْدَ أَيْمَانِهِمْ فَاتَّبَعَ اللَّهُ تَعَالَىٰ يَمِينًا مردوده بعد يمين فافتضى ذلك ان اليمين ترد فى بعض المواضع بعد يمين اخرى فان قيل الآية تقتضى رد اليمين بعد اليمين و الاجماع ان المدعى عليه اذا حلف لم يرد اليمين بعد ذلك على المدعى قيل لما اجمعوا على أنه لا يجوز رد اليمين بعد اليمين عدل بالظاهر عن هذه و علم ان المراد به ان يرد ايمان بعد وجوب ايمان و قد يناقش فيما ذكره بما تبه عليه فى لك بقوله و الاستدلال بالآيه الداله على الخوف من رد اليمين بعيد جداً لأنها مسوقه لحكم الوصيه التى شهد عليها اهل الذمه و احلف الشاهدان استظهارا و خوفا من ان ترد شهادتهم و ايمانهم و ليس فيها ما يشعر بموضع النزاع اصلا و منها ما احتج به فى الخلاف أيضا قائلا و يدل عليه أيضا قوله ع المطلوب باليمين اولى من الطالب و لفظ اولى من وزن افعل و حقيقتها الاشتراك فى الحقيقه و تفضيل احدهما على الاخر فافتضى الخبر ان الطالب و المطلوب يشتركان فى اليمين لكن المطلوب مزيه عليه و قد يناقش فيما ذكره اولاً- بان الروايه التى اشار اليها ضعيفه بالارسال الا ان يدعى جبر الضعف بالاجماع المنقول و الشهره المنقوله المتقدم اليهما الاشاره فت و ثانياً بما تبه عليه فى لك بقوله و قوله ص يمين المطلوب اولى فالتفصيل فيه فى محله لان اليمين على

المنكر و هو اولى به من رده على المدعى و لا تعرض الى يمينه مع النكول لان التفضيل يحصل بدونه و ثالثا بان لفظه اولى قد شاع استعمالها فى غير معناها الحقيقى الذى اشار اليه بحيث صار من المجازات الراجحه المساوى احتمالها لاحتمال الحقيقه فت ومنها ما استدل به فى لف و اشار اليه فى غايه المراد و التنقيح و المهذب البارع و غيرها من انه روى عن النبى ص انه رد اليمين على طالب الحق و قد يناقش فيما ذكره اولا بان الروايه المذكوره ضعيفه بالارسال الا ان يجاب بنحو ما تقدم و ثانيا بما تبه عليه فى لك قائلا الى الوجه المذكور و فيه نظر لانه مع قطع النظر عن سنده من حيث انه عامى لا يدل على المطلوب لانه ظاهر فى حكايه الحال و يحتمل بل ظاهر فى رد اليمين فى تلك الوقعه و جاز كونه بالتماس المنكر يمينه كما هو مقتضى القاعده السابقيه و لا دلالة فيه على رده عليه مطلقا بل لا يصح اراده هذا المعنى لان المنكر اذا بذل اليمين لا يصح ردها على طالب الحق و وقائع اذا تطرق اليها الاحتمال كساها ثوب الاجمال فيسقط بها الاستدلال و يعضد ما ذكره اولا قول غايه المراد بعد الاشاره الى الخبر المذكور فيه نظر لان حكايه الحال لا- يعم و ثانيا قول ضه و الكفايه بعد الاشاره الى ذلك فيه نظر و منها ما تمسك به فى الايضاح و اشار اليه فى التنقيح و المهذب البارع و غيرهما من خبر هشام الذى وصفه بالحسن فى لف و الايضاح

و التنقيح و لك و المهذب البارع عن الصادق ع قال يرد اليمين على المدعى و هو عام و قد يناقش فيه اولا بما تبه عليه فى لك قائلا- فيه نظر لان عموم المدعى المردود عليه اليمين فى روايه هشام مبنى على كون المفرد المحلى باللام الجنسيه للعموم و هو غير مرضى عند الاصوليين و فيما ذكره نظر واضح فان الاصوليين اختلفوا فى افاده المفرد المحلى باللام الجنسيه العموم و ضعا و قد ذهب جماعه منهم كالشيخ و الحنابله الى افادته له و ضعا نعم المشهور بينهم انه لا يفيد و لا هو موضوع له و لكن الظاهر اتفاقهم و اتفاق الفقهاء على افادته له اذا ورد فى مقام تاسيس حكم شرعى خبرى ابتدائى كما فى الروايه و قد نبه عليه المحقق فى المعارج و حكى كلامه فى المعالم على وجه يفيد رضائه و قد استمر عاده اصحابنا من اول الفقه الى اخره على استفاده العموم و منه تاسيس احكام شرعيه كليه بواسطته و لو منع من افادته العموم فيما ذكرناه لم يقيم للفقه عمود و لا يحضر له عود و يعضد ما ذكرناه ما تبه عليه فى مجمع الفائده بقوله لا ينفع لو سلم كون المفرد المحلى باللام الجنسيه للعموم و هو غير مرضى عند الاصوليين محل التامل فانه يدل على صحه الاستدلال بها على تقدير عمومها على انه مختلف فيه عند الاصوليين و اهل العربية و انه لا- ينبغى ان لا- يقول سند الاصوليين و انه هنا ظاهره فى العموم عرفا و ان لم يكن لغه فلم يكن هنا روايه صريحه صحيحه فكأنه لذلك قال يع الاول اظهر و هو المروى حيث حصر الروايه فيه فت و ثانيا ما تبه عليه فى التنقيح قائلا بعد الاشاره الى هذه الروايه ليست تامه فى محل النزاع لان ظاهرها الرد من المنكر على المدعى لا الرد من الحاكم على المدعى بعد نكول المدعى عليه و يؤيد ما قلناه قول لك و هو المروى بلام التعريف فانه يعطى انحصار الروايه فى روايه الحكم بمجرد النكول كما اذا قلت زيد الضارب فانه يفيد انحصار الضرب فى زيد و يعضد ما ذكره امور احدها قول لك بعد ما حكينا عنه سابقا و لو سلم فهو ظاهر فى رد اليمين على المنكر كما فى غيره و ثانيا قد يكون المراد بحسنه هشام رد المدعى عليه اليمين على المدعى فلا يعلم لزوم ردها مع نكوله و عدم جواز ردها أيضا و ثالثها تامل الروضه و الكفايه فى دلالة هذه الروايه عليه و قد يناقش فيما ذكره بان قوله ع يرد اليمين على المدعى بصيغه المعلوم او المجهول يفيد وجوب الرد على المدعى عينا فلا يمكن ان يكون الراد المنكر لعدم وجوب الرد عينا لانه مخير بين ان يحلف او يرد اليمين؟؟؟ عليه و لا- كك الحاكم فانه يجب عليه الرد على المدعى اذا نكل المنكر عن الحلف فيلزم ان يكون هو الراد فى الروايه فيصح الاحتجاج بها على المدعى

ح فتأمل و منها ما تمسك به في لف و الايضاح من خبر عبيد بن زراره عن الصادق ع في الرجل يدعى عليه الحق و لا بينه للمدعى قال يستحلف او يرد اليمين على صاحب الحق فان لم فلا حق و اورد عليه في لك اولا بان سنده غير معتبر قائلا و روايه عبيد بن زراره في طريقها القسم بن سليمان و لم ينص الاصحاب بتوثيق و لا غيره و ثانيا بضعف الدلاله قائلا و مع ذلك فهي ظاهره في كون المراد هو المنكر فلا يدل على المدعى فيكون الحكم فيها كالسابقه في حملها على ابتداء الامر بدون النكول و وجهه ظهور كون الراد هو المنكر ان ضمير يستحلف المستتر يعود الى المنكر و هو المدعى عليه الحق المذكور سابقا و الضمير في الفعل و هو قوله الضمير في يستحلف فيكون دالا على كون المنكر هو الراد و تبه على ما ذكره من كون الراد هنا هو المنكر في التنقيح أيضا و منها ما تبه عليه في لف و التنقيح بقولهما الجمهور نقلوا ما اخترناه عن علي ع و يعضد ما ذكره ما تبه عليه في الرياض بقوله و اطباقهم على النسبه يدفع عنهم توهم الكذب و نحوه سيما مع مخالفه جمع منهم له فيكون ذلك حجه قويه مؤيده بما حكاه شيخنا في حاشيته الروضه على كتاب المسالك من ان هذا القول مذهب الشافعي و مالك و الاوّل قول ابي حنيفه و احمد و موافقه الشافعي للإماميه في الفروع مشهوره غير مستوره و ابو حنيفه بطرف الضد من ذلك و الظن يلحق الشيء بالاغلب الاغلب فتدبر و منها ما احتج به في لف قائلا و لان المدعى مع رد اليمين عليه يجب عليه الحلف فان نكل بطل حقه و اذا جاز ان يبطل على تقدير النكول و جب على الحاكم التماس منه لثلا يثبت المسقط للحق و اورد عليه في غايه المراد و لك قائلين و اما امر الحاكم له باليمين لجواز نكوله فهو فرع عدم القضاء بالنكول و زاد الثاني قائلا و الا لم يجز تحليفه فضلا عن وجوبه ثم قالا و رد اليمين عين المتنازع و منها ما ذكره في التنقيح قائلا و لان الحكم له بمجرد دعواه اعطاء له بمجرد قوله و هو منهي عنه في قوله ع لو يعطى التماس باقوالهم لادعى قوم دماء قوم و اموالهم اما مع اليمين فانه يبعد ذلك و فيما ذكره نظر و المسأله محل اشكال فلا ينبغي فيها ترك الاحتياط بمراعات الرد بل القول الثاني هو الاقرب و

### ينبغي التنبيه على امرين

#### الاول قال في مجمع الفائده ثم انّ المعلوم ان البحث فيما اذا امكن احلاف المدعى

و لم يكن من المستثنيات مثل دعوى الظنّ و التهمه و هو ظاهر و ما ذكره جيد

#### الثاني اذا نكل المنكر من الحلف و الزد على المدعى

فالاولى ان يقول الحاكم له ان حلفت و الا جعلتك ناكلا كما في يع و ير و عد و غايه المراد و لك و ضه و الكشف و الرياض و فيه كذا قالوه و في الكفايه كذا ذكره الاصحاب و هل يجب ان يقول ذلك مره او لا صرح بالأوّل في س و ضه و فيه نظر بل الاقرب عدم الوجوب كما هو ظاهر الشرائع و عد و غيرهما و صرح في يع و عد و ير و غايه المراد و س و لك و ضه و الكفايه و الكشف و غيرها باولويه تكرارها ثلثا و استحبابه و لا- باس به و ربّما يستفاد من د وجوبه و هو ضعيف و صرح في مجمع الفائده بانه ينبغي ان يضم اليه او رددتها الى و الا- جعلتك ناكلا و هل يجوز التعبير عما ذكر باللغه الفارسيه و نحوها او لا بل يلزم الاقتصار على المذكور و جهان و لا ينبغي ترك الاحتياط هنا بمراعات العباره المتقدمه ان فهم معناها المنكر و الاتيان بها ثم الاتيان بما يفيد معناه بحسب ما يفهمه المنكر



ثم بذل اليمين بعد الامرين فان قلنا بالقضاء بالنكول و حكم الحاكم عليه بذلك قبل البذل فلا اشكال في أنّه لا يلتفت الى بذله ح و قد تبه عليه في يع و فع و عد و لك و الكفايه و الكشف و الرياض و لهم اولا ظهور اتفاق القائلين بالقضاء بالنكول على ذلك كما تبه عليه في الكفايه بل صرح به في الرياض قائلا لو بذل المنكر اليمين بعد الحكم عليه لم يلتفت اليه بلا خلاف فيه و ثانيا ما تبه عليه قائلا لان الحق قد ثبت عليه بالنكول بناء على القضاء به فلا يسقط ببذله اليمين في غير وقته كما لو بذله بعد يمين المدعى لو قلنا بتوقف الثبوت عليه او كان قد ردّه عليه و تبه على ما ذكره في مجمع الفائده و الكشف أيضا و يعضد ما ذكره ما تبه عليه في الرياض قائلا- لثبوت الحق عليه فيستصحب الى تيقن المسقط و ما دلّ على السقوط بيمينه مختص بحكم التبادر و غيره بيمينه قبل الحكم بنكوله او احلاف المدعى بردّ الحاكم اليمين عليه او رده في غير صورته نكوله و ان قلنا بالقضاء بمجرد النكول و لكن اتفق بذل اليمين من المنكر التاكل قبل حكم الحاكم بالنكول فهل يعتبر ح بذله او لا فيه قولان احدهما أنّه لا يعتبر بذله ح و هو المستفاد من اطلاق قول يع و عد و لو بذل المنكر بيمينه بعد النكول لم يلتفت بل استفاده في الرياض من معظم عبارات الاصحاب عدا الماتن هنا عدم الالتفات الى اليمين المبذوله بعد لا بعد الحكم و هو مشكل و ثانيهما أنّه يعتبر بذله ح و هو المستفاد من قول النافع لو بذل المنكر اليمين بعد الحكم عليه من الحاكم بالنكول لم يلتفت اليه و ربّما يستفاد هذا القول من مجمع الفائده على وجهه قائلا- و اما بناء على القضاء بالنكول ففيه أيضا انه ليس بمعلوم ثبوت الحق في ذمته بمجرد النكول فوريا مستقرا و لهذا من قال بالقضاء بالنكول أيضا نكوله و امتناعه من الردّ قائلا بان يقول القاضي للمدعى عليه ان حلفت و الا جعلتك ناكلا ثلثا بل الظاهر عدم ثبوته الا مع حكم الحاكم و هو ظاهر ان كان نكوله بمنزله البيئه فت و ظاهر بعض العبارات كالمتن وجوبا و في بعضها صرح مثل يع بالاستحباب و ما وجدت نصّا في الباب و الاصل بقاء استحقاقه اليمين الثابت له بالنص و الاجماع و عدم ثبوت شيء في ذمته حتّى يعلم و لا علم في الفرض لعدم دليل مفيد لذلك من عقل و نقل نعم ذلك ممّا لا يلتفت اليه بعد حكم الحاكم على الوجه الشرعى لثبوت الحق في ذمته و سقوط يمينه بالنص و الاجماع و حمل العبارة عليه بعيد و قليل الجدوى و لان النكول ليس باعظم من البيئه فان الحق بمجرد ما لم يثبت حتى لا يحكم الحاكم على الوجه الشرعى فكيف يثبت بالنكول بل لا يثبت بعد يمين المدعى المردوده أيضا عند من يجعلها كالبيئه كما مر فتأمل و ان لم نقل بالقضاء بمجرد النكول بل اوجبنا بعد امتناع المنكر من الحلف و من ردّه على المدعى ردّ الحاكم كما هو مقتضى القول الثاني الذي هو المختار فيعتبر بذله قبل ردّ الحاكم الحلف و لو ردّ المنكر اليمين على المدعى ثم بذلها فان كان بعد حلف المدعى فلا عبره به و ان كان قبله سواء اقبل الحاكم عليه بوجهه و لم يأمره بالحلف أم امره و لم يفعل أم انتفى الامران فاختلف الاصحاب فيه فليل لا- يعتبر بذله ح أيضا و قيل يعتبر و هو الاقوى لأصالة بقاء حقه لا يق هذا معارض باصالة صحّه حلف المدعى التي تثبت له برد المنكر لأنّ

نقول هذه المعارضه انما تصح لو كان القائل بالقول الثاني يمنع من جواز حلف المدعى بعد بذل المنكر الراد للحلف عليه و هو غير معلوم بل لا يبعد دعوى مصير القائل المذكور الى أنّه يصح ح الحلف من كل منهما او ان الحاكم يتخير في ذلك سلّمنا

التعارض و لكن الترجيح مع اصاله بقاء حق المنكر لان القائل به اكثر و لموافقته لعموم قوله ص اليمين على من انكر فان مقتضاه كون الحلف على المنكر و انما خرج منه صورته الرد مع عدم البذل و لا- دليل على خروج صورته الرد مع البذل التي هي محل البحث فتكون مندرجه تحت العموم الا ان يق انه بعد الرد خرج عن العموم و لا معنى لدخوله ثانيا بل الاصل بقاء عدم الدخول و فيه نظر و تحقيق المسأله فى الاصول و

### ينبغى التنبيه على امور

### الاول يعتبر البذل اذا اتفق قبل حكم الحاكم

و بعد حلف المدعى

### الثانى قال فى س و الرياض لو قضى بنكوله من غير عرض

فادعى الخصم الجهل بحكم النكول فى القضاء اشكال من ظهور عذره و تفریطه و زاد الثانى قائلا و لعل الثانى اظهر و بالاصل اوفق و زاد الاول قائلا و لو سكت بعد العرض له عليه قضى عليه ثم قال و لو رجع قبل حلف المدعى فالاقرب جوازه و زاد الاول قائلا و لو منعناه فرضى المدعى بيمينه فله ذلك

### منهل اذا كان للمدعى بينه غائبه فهل يجوز للحاكم ان يقول له احضرها او لا

اختلف الاصحاب فى ذلك على اقوال احدها انه لا- يجوز له ذلك و هو للسراثر و المحكى فى لف و لك عن القاضى فى المهذب و زاد فى الثانى حكاة عن الشيخ فى ط قائلا القول بان الحاكم لا يقول له احضر بينتك بل يقول له ان شئت اقمها و لا يقول اقمها لانه امر و الحق له فلا يؤمر باستيفائه بل اليه المشيئة و تبعه القاضى فى المهذب و ابن ادريس و يعضد الوجه الذى تبه عليه فى ط اول- قول ابن ادريس فان كانت بينه غائبه لم يقل له الحاكم احضرها لانه لا حق له فله ان يفعل ما يرى و ثانيا قول القاضى فى ب على ما حكاة فى لف فان كانت له بينه غير حاضره لم يقل الحاكم احضرها لانه حق له فله ان يفعل ما يرى و ثالثا قول يع لو كان للمدعى بينه لم يقل الحاكم احضرها لان الحق له و رابعا قول عد اذا سئل الحاكم المدعى بعد الانكار و ذكر ان له بينه لم يأمره لان ذلك حقه و خامسا قول التنقيح لان احضار البينه حق للمدعى فهو موكول اليه لا الى الحاكم و ثانيها انه يجوز ان يقول الحاكم له احضرها و هو للنهائيه و الغنيه و المراسم و يع و فع و ير و حكاة فى لف و الايضاح عن المفيد و ابى الصيلاح و ابن البراج فى الكامل و زاد فى لف فحكاة عن ابن الجنيد أيضا و حكاة فى الكشف عن المقنعه و الكافى و الكامل و الوسيله و الاصباح و بالجمله هو مذهب الا- اكثر كما نصّ عليه فى لك و الكفايه و يعضده قول الرياض و ان قال نعم لى البينه جاز للحاكم امره باحضارها مط كما عليه اكثر اصحابنا على ما صرح به فى لك و غيره و منهم الشيخان و الديلمى و الحلبي و القاضى فى احد قوليه و اكثر المتأخرين و ثالثها ما صار اليه فى لف قائلا و الوجه التفصيل و هو ان يقول ان عرف الحاكم ان المدعى يعلم ذلك لم يأمره و الا قال له ذلك لثلا يضيع حقه و صار اليه فى موضع من س قائلا و ان قال لى بينه فللحاكم امره باحضارها ان كان لا- يفهم انه موضع الامر و كذا صار اليه فى موضع من التوضه قائلا و ان قال المدعى مع انكار غريمه لبينته

عرفه الحاكم ان له احضارها و ليقبل احضرها ان لم يعلم ذلك و ربّما يظهر من الايضاح المصير اليه أيضا و المسأله محل اشكال و التحقيق ان يق ان قصد المانع من الامر بالاحضار مط او فى بعض الصور المانع من ايجاب الاحضار بلفظ احضر او نحوه كما هو مقتضى وضع الامر لغه و عرفا و شرعا فهو المعتمد لنقل الدليل على ذلك و لما تبّه عليه فى ط و ث و المهدّب و يع و عد و التنقيح من أنّ الحق للمدعى فله الابراء و رفع اليد عنه كما أنّ له استيفائه فلا وجه لإيجاب الحاكم عليه اقامه البيّنه عليه و لان الايجاب ان لم يستلزم الوجوب على المدعى فلا فائده فيه و يكون عبثا و هو محال فى الشريعه و ان استلزم الوجوب فهو مدفوع اولا باصالة براهه الدّمه و ثانيا بقاعده نفى الحرج و الضرر اذ الوجوب قد يستلزمهما بل قد يستلزم ثوران الفتنه و كل ذلك منفى فى الشريعه فت و ثالثا بعموم ادله جواز الصّليح من نحو قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و قوله ص الصّليح جائز و قوله ع فى عده اخبار معتبره المؤمنون عند شروطهم لان وجوب اقامه البيّنه يمنع من الصّليح قبلها لا يق المشهور بين الاصحاب تجويز الايجاب للحاكم هو مستلزم للوجوب على المدعى و الشهرة حجه اما الاول فلتنصريح الاكثر بان الحاكم يقول للمدعى احضر بينتك و هو امر بالاتفاق و الامر موضوع للوجوب لغه عرفا و شرعا و يعضد ما ذكره اولا- ظهور كلامه عبارته السّرائر فى أنّ المراد من الامر بالاحضار وجوبه و ثانيا ظهور عبارته ط فى ذلك او يضع ثالثا ظهور عبارته لف فى ذلك أيضا و رابعا ظهور عبارته يع فى لك أيضا و خامسا ظهور عبارته لف فى ذلك أيضا و سادسا ظهور عبارته التنقيح فى ذلك أيضا و ربّما يستفاد ذلك من القواعد و الايضاح أيضا و اما الثانى فلما تقدم اليه الاشاره و اما الثالث فلما تحقق فى الاصول لأننا نقول لا نسلم ان مراد المعظم من الامر بالاحضار الايجاب و ان كان موضوعا له لوروده هنا مورد توهم الحضر و هو لا يفيد سوى

الرّخصه كما بيناه فى الوسائل و سائر كتبنا الاصوليه و يعضد ما ذكرناه اولا قول لك و قال فى النهايه يجوز ان يقول له احضرها و اختاره الا-كثرو استحسنه المصنف لان الامر هنا ليس للوجوب و الاكراه بل مجرد اذن و اعلام خصوصا اذا لم يعرف ان المدعى يعلم ذلك فيكون ارشاده اليه مندوبا اليه و ثانيا قول مجمع الفائده و قيل يجوز لعله اظهر اذ الامر هنا ليس للايجاب و الاكراه بل للأعلام و الارشاد فان لم يقل له يمكن ان يتم ساكتا و يضع الوقت و لا ينفصل فينبغى القول اذا لم يعرف المدعى ذلك او طال الزمان و لا يتكلم احد و كان ظاهر المتن يشعر بالاول حيث قال و احضرها و ثالثا قول الكفايه و قال فى النهايه يجوز له ان يقول احضرها و اختاره الا-كثرو لان الامر هنا ليس للوجوب و الاكراه بل مجرد اذن و اعلام سلّمنا ان مراد المعظم الايجاب و لكن لا-نسلم حجّيه الشّهره خصوصا فى مقابله ما بيّناه من الادله على نفى الايجاب فت و لا فرق فى عدم صحه الايجاب من ان يكون بلفظ احضر او غيره و لا-بين صورتى علم المدعى بانّه له اقامه البيّنه ح او لا و ان قصد المانع من قوله احضرها عدم جواز الرخصه و الاذن فى الاقامه و اظهارها فيجب على الحاكم السّكوت ح فهو ضعيف بل المعتمد أنّه يجوز للحاكم الامور المذكوره سواء كانت بلفظ احضرها او غيره مما يفيدها و يدل عليه اولا الاصل و ثانيا انها لو لم يكن جائزه لورد التنبيه عليه فى شىء من الاخبار لتوفر الدواعى عليه و ثالثا مصير المعظم الى جوازها بل لم نجد فيه مخالفا صريحا بل و لا ظاهرا و رابعا ان اظهار الرخصه فى اقامه المدعى البيّنه و الارشاد اليها احسان محض خصوصا بالنسبه الى من لم يعلم ان له ذلك او لم يلتفت اليه فيكون جائزا و خامسا ان ذلك مصلحه

ص: ٧٣٦

محضه و لا مفسده فيه اصلا غالبا فيكون جائزا عقلا فكذا شرعا لاتفاق الاماميه على التطابق بينهما و سادسا ان ذلك لو لم يكن جائزا لوجب على الحاكم السكوت عنه و ح اما ان لا يجوز له الاشتغال بامر اخر من قطع دعوى اخرى و غيره او يجوز و كلاهما

باطل اما الاول فلاستلزامه الحرج العظيم و التضمر الشديد خصوصا فيما لم يعلم المدعى ان له اقامه البيئه و اما الثاني فلاستلزامه بقاء الدعوى و هو مستلزم لبقاء الظلم و المفسده و قد امر بدفعهما و فيه نظر فت و سابعا انه يجوز للحاكم ان يلتمس منهما الصلح على قطع الدعوى فيجوز له اظهار اقامه البيئه للمدعى فت و قد تبه على التحقيق الذى ذكرناه فى الرياض قائلا بعد الاشاره الى القولين الاول و القول الثالث و التحقيق ان يق ان قصد المانع عن الامر بالاحضار فى الجملة او مط و لو كان المقصود به الارشاد و نحوه دون الوجوب فالحق مع المجوز للأصل مع عدم دليل عليها ككك اى مط و الدليل المتقدم لهم لا يفيد مفاده المنع عن الامر اذا قصد به الوجوب لا مط و ان قصد المنع عنه مع قصد الوجوب منه خاصه لا مط كما افاد دليله فالمنع متوجه ح الا- ان الظاهر ح من المجوز و دليله كما عرفته اختصاص الجواز بما اذا قصد بالامر الارشاد و الاعلام و ح فيعود النزاع لفظيا فى المقام و بالجملة على المختار كل لفظ يدل على تجويز الاحضار و الرخصه به لا يجوز الاتيان به و لو كان من صيغ الامر و كل لفظ يدل على وجوب ذلك من الامر المجرد عن القرينه الحالیه و المقاليه و لفظ الوجوب و نحوهما لا يجوز الاتيان به و لا يجب على المدعى العمل به لو اتى به و ان قصد الحاكم الايجاب من قبل نفسه لا من قبل الشرع ففى جوازه ح اشكال و ان كان الاحوط الترك

### منهل لا يسأل الحاكم الشهاده من الشاهد الحاضر مع حضور المدعى من غير التماسه و طلبه

فلو سأل من غير التماسه لم تكن البيئه معتبره و قد صرح بذلك فى ثر و يع و ير و عد و د و س و ضه و لك و الكشف و ض و لهم وجوه منها ظهور الاتفاق على ذلك كما يستفاد من الكتب المذكوره لعدم اشارتها الى خلاف و لا اشكال فى ذلك بل صرح فى الرياض بنفى وجدانه الخلاف فى ذلك و منها ما تمسك به فى ثر و عد و لك و الكشف و الرياض قائلين لأن الحق للمدعى فلا- يستوفيه ألما باذنه و منها الاصل و هل يتوقف حكم الحاكم على مسئلة المدعى أيضا او لا بل يجوز له الحكم من دون مسئلته صرح الاول فى يع و ير و عد و س و ضه و لك و الكشف و هو ظاهر الارشاد بل الظاهر انه ممّا لا خلاف فيه و يدل عليه مضافا الى ما ذكر الاصل و ما ذكره فى لك من انه حق للمدعى فلا يستوفيه الا باذنه و يعضد ما ذكره ما تبه عليه فى مجمع الفائده بقوله و هنا أيضا اختار المصنف عدم الحكم الا بعد السؤال و يؤيد ما اختاره انه قد يعفو او يحصل له ما يمنعه و قد يحصل للمدعى عليه شىء او للشهود و لا يمكن استدراك ذلك كله و لا شك انه احوط الا ان يؤل الى تضييع الحقوق لأن الحكم صعب جدا كما عرفت من صفات القاضى و المبالغه فيه فالاحتياط يقتضى تركه مهما امكن و كان له المفر المخلص منه ثم احتمال جواز ان يحكم الحاكم من غير التماس المدعى قائلا و يمكن الجواز لما مر من انه انما جاء المدعى لذلك فكان السؤال حاصل على تقدير الاحتياج اليه و مجيئه و طلبه و الدعوى دليل ظاهر على ذلك و فيما ذكره نظر و ربما يظهر من كلامه التوقف فى المسأله بل المصير الى ما احتمله و ليس شىء منهما بمعتمد بل المعتمد ما بيناه من عدم الجواز فحكم الحاكم للمدعى بعد اقامته البيئه على ما يدعيه مشروط بالتماس المدعى فلا يترتب عليه اثر لو صدر من غير التماسه الثانى هل يشترط فى سؤال المدعى هنا و فيما سبق التصريح به بلفظ يدل عليه باحدى الدلالات الثلاثه المعبره عند اهل اللسان فلا يكفى شهاده الحال و قرائن الاحوال و الافعال و الكتابه و الاشاره و نحو ذلك فيه اشكال و لكن الاقرب الاخير مع العلم لا مع الظن و قال فى الكشف و لعله يكفى فى سؤاله ان يقول اذا حضر البيئه انها بيتى او تكلمنا ان شئنا و فيما ذكره نظر الثالث اذا كان المدعى جاهلا بتوقف الامرين على سؤاله فهل يجوز ان بدون ح او لا يظهر من اطلاق المعظم الثانى و هو احوط بل و اقرب و ربما يظهر خلافه من قول الكشف فان اقامه الشهاده لم يحكم الا بمسأله المدعى الا اذا جهل المدعى مطالبته الحاكم بالحكم و قد مر القول بان له الحكم و ان لم يسئل المدعى الزايع لا- فرق فى توقف الامرين على سؤال المدعى بين كونه اصيلا او وكيلا- او وليا

الخامس صرّح في ثر و عد و س و ضه و الكشف و الرّياض بانه لا يقول الحاكم للشّاهدين اشهدا بل يقول من كان عنده شهاده او كلام ذكره بل صرّح في الرّياض بانه لم يجد فيه خلافا و ما ذكره احوط و ان كان في تعينه نظر بل احتمال جواز ذلك مع نصب القرينه على عدم اراده الوجوب و اراده الرّخصه في غايه القوه و يمكن حمل كلام المانعين على صورته اراده الوجوب كما هو ظاهر الامر باقامه الشّهاده لأنه علل في ثر و الكشف و الرّياض المنع بان قوله اشهد امر و هو لا يأمرهما فت

### منهل اذا اقيمت البيّنه على المدّعى عليه باشتغال ذمته بدين و حق او بغير ذلك

و كان حيّا و حاضرا و جامعا لشروط التكليف لم يجب على المدّعى مع اقامه البيّنه الحلف على بقاء الاشتغال و لا على بقاء الاستحقاق و يدل على ذلك اولا- ما تبّه عليه في الرّياض بقوله لا يستحلف المدّعى مع بيّنته المرضيه بغير خلاف اجده و به صرّح في عبارات جماعه و في الخلاف الاجماع و ثانيا ظواهر النصوص الدّاله على قبول شهاده العدلين فت و ثالثها خبر محمّد بن مسلم قال سالت ابا جعفر عن الرّجل يقيم البيّنه على حقّه فليس عليه يمين و رابعا ما تبّه عليه في الرّياض أيضا قائلًا بعد ما حكينا عنه سابقا و المعتبره به مع ذلك مستفيضه منها زياده على ما مرّ اليه الاشاره الصحيح و غيره عن الرّجل يقيم البيّنه على حقه هل عليه ان يستحلف قال لا و نحوهما الموثق القريب منه بفضاله المجمع على تصحيح ما يصحّ عنه و اما الخبر المخالف لذلك فمع قصور سنده و شدوذه محمول اما على ما اذا اشتبّه صدق البيّنه كما قيل و فيه نظر او على الاستحباب ان بذل اليمين او مط و خامسا ما تبّه عليه في غايه المراد و لك و الكفايه قائلين الاصل في المدّعى ان لا يكلف باليمين خصوصا اذا اقام البيّنه للتفصيل القاطع للاشتراك في الحديث المشهور

### منهل اذا ادعى على ميت دين و اقام على ما يدعيه بيّنه مقبوله

#### اشاره

وجب عليه مع بيّنته اليمين على بقائه في ذمه الميّت الى حال الدّعوى استظهارا حيث لا يكون الحاكم عالما باصل الاشتغال و قد تبّه على ما ذكر في يع و فع و ير و د و عد و س و التنقيح و اللمعه و ضه و لك و الكشف و الرّياض بل الظاهر أنّه ممّا لا خلاف فيه بل صرّح بدعوى الاجماع عليه في التنقيح و يدل عليه مضافا الى ما ذكر الاصل و بعض الاخبار و هو خبر عبد الرّحمن و

#### ينبغي التنبيه على امور

### الاول لا فرق في الدّين على الميّت بين القرض و ثمن البيع و غير ذلك

ممّا يشتغل ذمه الميّت به حال حياته لإطلاق النّص و الفتوى

### الثاني صرّح في مجمع الفائده و الكفايه بان اليمين المتوجهه الى المدّعى يمين واحده

كان الوارث واحدا او متعددا فلا يكلف لكل وارث يمينا على حده و هو جَيِّد و لهما اولا ما تبّه في مجمع الفائده بقوله لأنّه دعوى واحده على مال الميّت فالكل بمنزله الميّت و لعدم الدليل على الزيادة و يعضد ما ذكره ما تبّه عليه في الكفايه بقوله بعد الاشاره الى الحكم المذكور قصرا للحكم على القدر المتيقن و ثانيا ان لزوم تعدد اليمين لكل وارث مستلزم لتضييع حقّ المدعى و تعطيله الذي هو ضرر عليه و مستلزم للحرج العظيم حيث يكثر الورثه و ينتشرون في اقطار الارض و جميع ذلك مندفع أيضا بالادله الاربعه الداله على نفى الضرر و الحرج في الشريعة فت و ثالثا العمومات المتقدمه الداله على سقوط الحلف مع البيّنه المرضيّه خرج اليمين الواحده بالدليل و لا دليل على خروج غيرها فيبقى مندرجا تحتها و رابعا خلو النصّ و الفتوى عن الاشاره الى لزوم تعدد اليمين بتعدد الوارث

### الثالث اذا علم ببقاء الاشتغال بعد الموت و حين الدعوى

فلا حاجه الى اليمين كما اشار اليه في مجمع الفائده قائلا لو علم القاضى بالحكم لا يحتاج الى اليمين فأنّه ليس من صورها فأنّها في صوره البيّنه و كذا لو ثبت عنده باقراره به سواء مضى مده يمكنه الوفاء أم لا- لما مرّ و ان كانت العله جاريه على القول بحكمه و علمه و جعل علمه شاملا لما نحن فيه بان يراد منه ما يصح له ان يحكم به في غير هذه مثل ما يحصل عند ما يصح له الحكم بعد البيّنه الشرعيه اى لو كان له علم بما يشهد به البيّنه مثلا من غير البيّنه و يكون هو مثل احدهما يحكم به و ذلك غير بعيد فأنّه المتبادر من دليل حكمه بعلمه و هو اذا صحّ له الحكم ما يعلم غيره فيصح ان يحكم بعلمه فت

### الزابع لو اقر له بدين قبل الموت

و مضت مده لا يمكن فيها الاستيفاء غالبا ففي وجوب ضم اليمين الى البيّنه فيه احتمالان احدهما أنّه يلزم ضمّ اليمين هنا أيضا و يدلّ على ما تبّه عليه في لك قائلا- لو اقر له قبل الموت بمده لا- يمكن فيها الاستيفاء غالبا ففي وجوب ضمّ اليمين الى البيّنه وجهان من اطلاق النصّ الشامل لموضع النزاع و قيام الاحتمال و هو ابرازه منه و قبضه من ماله و لو بعد الموت و من البناء على الاصل و الظاهر من بقاء الحق و هو اقوى و اورد عليه في مجمع الفائده قائلا بعد الاشاره الى ما ذكر فيه تامل يعلم ممّا سبق فأنّه اذا قال بوجوب العمل بالخبر و شموله لا- يبقى للاحتمال الثانى وجه فكيف يكون اقوى و قيد المده أيضا خفى و ان الوجوه المذكوره جاريه فى الحيّ أيضا نعم يمكن كونه اقوى لما قلناه فتذكر و ثانيهما أنّه لا يلزم ضمّ اليمين اليه ح و قد صار اليه فى لك و الكفايه و الكشف و ربما يظهر من مجمع الفائده اختياره أيضا و هو الاقرب لعموم قوله ص اقرار العقلاء على انفسهم جائز و للعمومات المتقدمه الداله على سقوط الحلف مع البيّنه و لعدم ظهور قائل بالاحتمال الاوّل و لا يعارض الوجوه المذكوره التعليل الوارد فى خبر عبد الرحمن المتقدم الدال على ضمّ اليمين الى البيّنه فى دعوى الدين على الميّت كما تبّه عليه فى الكفايه بقوله لعدم جريان المذكور فى الخبر هاهنا و لو اقرّ له قبل بمده يمكن فيها الاستيفاء فهل يلزم اليمين ح او لا صرح بالثانى فى مجمع الفائده

فليس عليه الحلف بل يكفي شهاده العدلين او علم الحاكم بالاشتغال فى الجملة و احتمال الوفاء مدفوع باصالة بقاء الاشتغال فت

**منهل اذا ادعى المدعى على عين فى تركه الميت و فيما هو تحت يده و اقام بينه معتبره شرعا على صحة دعواه**

كما لو اقام بينه بعاريه عند الميت او غضبها فهل له انتزاع ما قامت البينه عليه من غير يمين فلا يكون العين ملحقا بالدعوى على الميت من حيث الحاجه الى ضم اليمين الى البينه او لا بل يتوقف الانتزاع على ضم اليمين الى البينه فيكون حكم العين متحدا مع حكم الدين من هذه الجهه اختلف الاصحاب فى ذلك على قولين احدهما ان الدعوى على العين هنا ليست كالدعوى على الدين فى الافتقار الى ضم اليمين الى البينه بل تكفى البينه هنا بنفسها و هو لصريح عد و التنقيح و لك و الكشف و ظ يع و فع و ير و د و لهم العمومات المتقدمه الداله على سقوط الحلف مع البينه خرج منها الدعوى على الدين بالدليل و لا دليل على خروج محل البحث منها فيبقى مندرجا تحتها و يعضد ما ذكرناه اولا قول التنقيح اما لو اقام بينه بعاريه عين عند الميت او غضبها كان لنا انتزاعها من غير يمين للخروج عن الاجماع و النص للتصريح بالدين فى الباقي و اشعار التوفيه فى الاول و الاصل البراءه و بقاء العين على ملكه و عدم جريان العله و ثانيا قول الكشف لو اقام بينه بعاريه عين او غضبها على الميت و شهد الشهود على عينها انتزعا من غير يمين لان قيام البينه بذلك يستلزم الشهاده بالملك و الاصل بقاءه و عدم انتقاله عنه و ثالثا الاستغراء كما لا يخفى و رابعا مصير الاكثر الى هذا القول و ثانيهما ان الدعوى على العين هنا كالدعوى على الدين فيفتقر الى ضم اليمين الى البينه و هو لصريح الرياض و ظ س و اللعه و ضه و لهم اولا ان خبر عبد الرحمن الدال على لزوم ضم اليمين الى البينه فى دعوى الدين على الميت يدل على كون الدعوى على العين كك و قد تبه على ما ذكر فى مجمع الفائده قائلا فلو كان ما يدعى على الميت عينا سواء كان وديعه او غضبا او غير ذلك لم يحتج الى يمين المدعى مع المشاهدين اذ يفتون فى العين بوجوب دفعها اليه مع البينه بغير يمين صرح به فى عد و شرح يع و ان كان ظ الزوايه اعم لأن المذكور فيها هو الحق و لا يدل على كونها فى الدين قوله و ان لم يحلف فعليه و ان حقه لعليه اذ عليه يستعمل به العين أيضا نعم قوله و فاه يشعر بذلك على أنه هو عله و نكته و ذلك قد يكون فى الاخص عن الظاهر كالبرص فى استعمال الشمس و امثاله كثيره و يمكن اطلاقه فى اليمين ففى قول ح يع و اعلم أنه مع العمل بمضمون الخبر يجب الاقتصار على ما دل عليه من كون الحلف على المدعى مع دعواه الدين على الميت كما يدل عليه قوله و ان حقه لعليه و انا لا ندرى لعله و فاه تامل على أنه لو اختصر على قوله و فاه لكان اخصر و اعم و اظهر و يجب ان يقول بمضمون الخبر و الوفاق كما قال اولا موضع الوفاق و النص فت و يعضد ما ذكره ما تبه عليه فى الرياض قائلا ان مورد خبر عبد الرحمن و ان اختص بالدين الا ان مقتضى التعليل المنصوص و هو الاستظهار يعم العين و قد يجاب عما ذكره بالمنع من شموله روايه عبد الرحمن لمحلّ البحث كما تبه عليه فى التنقيح و لك سلمنا و لكن التعارض بينه و بين العمومات المتقدمه الداله على افتقار البينه الى ضم اليمين اليها مط بعد خروج صوره الدعوى على الميت الدين منها من قبيل تعارض العمومين من وجه كما لا يخفى و من الظاهر ان الترجيح مع تلك العمومات فت سلمنا ان الخبر المذكور اخص منها مط و لكنّه لضعف سندها من غير جابر لا يصلح لمعارضتها و تخصيصها و ان سلم دلالتها مع أنها محل التامل و ثانيا ان الحكمه فى ضم اليمين الى البينه فى دعوى الدين على الميت جاريه أيضا فى دعوى العين عليه و

أنه لا فرق بينهما من هذه الجهة وقد يجاب عن ما ذكر أولا بأنه مصادرته على المدعى و اعاده نفس الدعوى اذ الحكمه فى ضمّ اليمين الى البيئه فى دعوى الدين على الميت غير معلومه و لا هى منقحه لا بالإجماع و لا بالعقل و لا هى منصوص عليها فى شىء من الاخبار الا روايه عبد الرحمن المتقدمه و قد عرفت الجواب عنها و ثانيا بما حكاه فى الرياض عن بعض قائلنا بعد ما حكيناه عنه سابقا و ربما وجه ما فيهما من الفرق و ثبوت اليمين فى الدين باحتمال الابراء منه و غيره من غير علم الشهود بخلاف العين فان ملكها اذا ثبت استصحبت ثم اورد عليه قائلنا و يضعف بان احتمال تجدد نقل الملك ممكن فى الحالىين و الاستظهار و عدم اللسان آت فيهما و الوجود اعتبار اليمين مط وفاقا لإطلاق بعض العباثر و ظاهر شيخنا فى ضه و غايه ما يستفاد مما ذكره ان التعليل المشار اليه فى روايه عبد الرحمن المتقدمه يعم الدين و العين و قد عرفت الجواب عنها فاذا الاقرب هو القول الاول و لكن الثانى احوط غالبا فينبغى مراعاته فان المسأله لا يخلو عن الإشكال

### منهل قال فى المسالك و لو لم يجد العين فى التركة و حكم بضمانها للمالك

ففى الحاقها ح بالدين نظرا الى انتقالها الى الذمه او العين نظرا الى اصلها و جهان اجودهما الثانى و اقتصر فى الكفايه بعد الاشاره الى ما ذكره من الوجهين على الحكم بان ما فرضه فيه اشكال فظاهره التوقف هنا و فصل فى الكشف قائلنا و لا فرق بين بقاء العين حين الدعوى و تلفها حينها بعد الموت اما لو تلف قبلها تلفا يوجب الضمان فى التركة فعليه اليمين لتعلق الدعوى بالذمه فيشملها النص و الاجماع و يجرى فيها العله و قيل لا و التحقيق ان يق ان اشتغل فى ذمه الميت فى حال حياته بالقيمه لا بالعين و لا- بالمثل فيجب اليمين مع البيئه ح و ان اشتغلت بالمثل او العين ففى لزوم اليمين ح اشكال فلا ينبغى ترك الاحتياط بمراعات اليمين و ان كان احتمال عدم لزومه فى غايه القوه

### منهل هل يلحق الغائب و الطفل و المجنون بالميت فى دعوى الدين عليهم

فيجب على المدعى عليهم الدين بعد اقامته البيئه المعتبره على اشتغال ذمتهم به ضمّ اليمين اليها كما فى دعواه الدين على الميت او لا- فلا- يجب ذلك عليه بل يكفى البيئه المعتبره بنفسها هنا كما فى دعواه الدين على المكلف الحاضر فيه قولان احدهما اللاحق و هو لبعض الاصحاب و ثانيهما عدم اللاحق و هو لآخر و له اول ما تبّه عليه فى الرياض بقوله لم يلحق بالميت الصبى و وجهه لزوم الاقتصار فيما خالف النصوص المتقدمه الداله على أنه لا- يمين مع البيئه على المتيقن من الفتوى و الزوايه و ثانيا اطلاق ما رواه جميل بن دراج عن جماعه من اصحابنا عنهما ع قال الغائب يقضى عليه اذا قامت عليه البيئه و يباع ملكه الحديث و نحوه غيره لا يق يعارضه مفهوم التعليل فى خبر عبد الرحمن المتقدم لأننا نقول هو لا يصلح للمعارضه اما اولاً فلضعفه سندا و أما ينجر منه ما عمل به المعظم و اما ثانيا فلان من طرف التعليل لا يشملها و لا نسلم عموم المفهوم بحيث يشمل محل البحث سلمنا و لكن ما دلّ على عدم الافتقار اولى بالترجيح فت و أيضا لو قيل بعموم المفهوم لزم تخصيص اكثر افراد العام فت و المسأله فلا محل اشكال فلا ينبغى فيها ترك الاحتياط و هو أما يحصل بمراعات القول الاول و لكن الثانى لا يخلو عن قوه

### منهل اذا اثبت المدعى عند الحاكم دينا على الغائب فيجوز للحاكم ان يدفع من ماله قدر ذلك الحق و ذلك الدين

اشاره

و هل يجب عليه تكفيل القابض للمال الذى دفع اليه او لا- فيه قولان احدهما أنه يجب على الحاكم ذلك و هو الاقرب و قد



صرّح به في فع و يع و ير و عد و مجمع الفائده و الكفايه و الرّياض و حكاه فيه عن جماعه من المتقدّمين و غيرهم قائلا و اعلم ان ما تضمنه المعتبران من أنّه لا يدفع المال اليه الا بكفلاء مذهب الشيخ في النهايه و القاضى و الحلى و الماتن هنا و في فع و مال اليه شيخنا في كتابيه و اختاره صاحب الكفايه و لهم اولا انّ الاصل عدم جواز التصرف في مال الغير خرج منه هنا صوره التكفيل و لا دليل على خروج صوره عدمه فيبقى مندرجه تحته و يعضده ما ذكرناه قول المسالك و لا شك انّ الكفاله و اليمين احتياط و استظهار الا انّ ثبوتها يحتاج الى دليل و قد يناقش في الاصل المذكور بانّه انما يتجه الاحتياج به هنا اذا كان ارباب هذا القول يجعلون التكفيل شرطا في دفع الحاكم مال الغائب الى صاحب الدين و اما اذا لم يجعله شرطا بل انما اوجبه تعييدا صرفا فلا- كما لا يخفى نعم هذا الاحتمال في غايه البعد و اما الاحتياط الّذى به في لك ففيه نظر انه يمتنع صاحب الدّين من التكفيل فلو لم يدفع اليه حقّه لزم الحلف عليه و هو غير جائز الا ان يكون مراده الاحتياط بالنسبه الى صاحب الدين لا الحاكم فت و ثانيا ما تبّه عليه في لك بقوله انما اعتبر المصنف الكفيل لأنّه لم يوجب عليه اليمين مع البيّنه فجعل الكفيل عوضا عنه لاحتمال براءه الغائب من الحق على وجه لا يعلمه البيّنه و من اوجب عليه اليمين لم يعتبر الكفيل الا على تقدير تعذر اليمين كما لو كان المدّعى على الغائب و كيل المستحق فانه لا يجوز احلافه فيستظهر بالكفيل و تبّه على ما ذكره في الكفايه بقوله و لم يوجب عليه اليمين اعتبر بكفيل القابض و فيما ذكره نظر و ثالثا انّ الحاكم لو دفع مال الغائب الى صاحب الدّين من غير تكفيل لزم ترتب الضّرر على الغائب اذ قد يجىء و يبطل دعوى المدّعى بجرح الشهود و نحوه اذ الحاكم على الغائب و ان جاز الا أنّه على حجه فيترتب عليه الضّرر اذ لم يجد صاحب الدّين او اذا وجده عاجزا عن دفع ما اخذه و التكفيل يدفع هذا الضّرر اذا لم يجد صاحب الدّين او اذا وجده عاجزا عن دفع ما اخذه و التكفيل يدفع هذا الضّرر و فيه نظر و رابعا ما تبّه عليه في الكشف قائلا و يدفع الحاكم من مال الغائب ان قدر عليه المدّعى بعد الاثبات و اليمين و التكفيل فانّ الغائب على حجه اذا حضر فرما اظهر بطلان الدعوى و لقول الصّادقين ع في مرسل جميل بن دراج الغائب يقضى عليه اذا قامت عليه البيّنه و يباع ماله و يقضى عنه دينه و هو غائب و يكون الغائب على حجه اذا قدم و لا يدفع المال الى الّذى اقام البيّنه الا بكفلاء و نحوه قول الباقر ع في خبر محمّد بن مسلم الا انّ فيه الا بكفيل اذا لم يكن مليا و خصّص بعضهم التكفيل بما اذا لم يضم اليمين الى بيّنه المدّعى و يعضد ما ذكره اولا قول الكفايه و يدلّ روايتا جميل على اعتبار التكفيل مط و الوجه العمل بهما و ثانيا قول الرّياض بعد الاشاره الى حجه القول الثّانى أنّه اجتهاد في مقابله الرّوايه المعتبره في نفسها المعترضه بعمل

ص: ٧٣٩

الطّائفه و لو في اصل المسأله و لا- ريب انّ الجمع بين الامرين حيث يرضى به الغريم احوط و الا- فالعمل بالرّوايه متعين و قد يجاب عن الخبرين المذكورين بانّهما ضعيفان سندا فلا يصلحان للحجّيه فت و ثانيهما أنّه لا يجب على الحاكم ذلك و قد حكاه في الرّياض عن طائفه قائلا- ابن حمزه لم يذكر التكفيل بل اوجب على الغريم بذله اليمين و تبعه الفاضل و جمله ممّن تبعه و ادّعى عليه الشهره جماعه كالصّيمرى و صاحبى المفاتيح و الكفايه و قد مرّ في بحث الدعوى على الميّت الى مستندهم الاشاره و قد عرفت جوابه و

**ينبغي التنبيه على امور**

**الاول لا فرق في لزوم التكفيل بين ان يكون القابض مليا او لا**

## الثاني الاحوط ضمّ اليمين مع التكفيل

كما صرح به في الرياض

## الثالث لا يشترط ملاءه الكفيل

كما هو ظاهر كلام القائلين بالتكفيل

## الرابع هل يجب التكفيل مع البيّنه في الدعوى على الصبي والمجنون او لا

فيه اشكال فلا ينبغي ترك الاحتياط و لكن الاقرب الثاني

منهل لو ذكر المدعى ان له بينه غائبه خيره الحاكم بين الصبر الى ان يحضر بيّنته و يثبت الدعوى و بين احلاف الغريم

## اشاره

كما صرح به في يع و ير و عد و د و المسالك و مجمع الفائده و الكشف و الرياض و لهم اولا ظهور الاتفاق على ذلك و ثانيا ما تبّه عليه في لك بقوله اما تخييره فلان الحق له فان شاء عجل و احلف الغريم لعدم البيّنه و يعضد ما ذكره قول مجمع الفائده و الرياض يتخير بين الامرين لان الحق له فله ان يفعل ما يريد منهما و هل يثبت التخيير بين الاحلاف و اقامه البيّنه حيث حضره في المجلس او لا صرح بالأوّل في الروضه و حكاها في الرياض عن جماعه و لا يخلو عن قوه لإطلاق قوله ع اليمين على من انكر اذ لو لم يجر في صورته حضور البيّنه في المجلس ألما اقامه البيّنه لزم التقييد في الاطلاق و الاصل عدمه فت و حيث اختار المدعى الصبر في الصوره الاولى فهل له الزام المدعى عليه بكفيل لإحضاره متى حضرت البيّنه او لا اختلف الاصحاب في ذلك على اقوال احدها ان ذلك له مط و هو للنهايه و الغنيه و المحكى عن المفيد في المقنعه و التقى و ابن حمزه و ابن زهره و القاضي في احدى قوليه و لهم اولا ما تبّه عليه في الرياض من أنّه يظهر من الغنيه عدم الخلاف في ذلك و فيه نظر اذ ليس في عبارته الغنيه ما يدلّ على دعوى نفى الخلاف في ذلك سلّمنا و لكنها موهونه بمصير الاكثر الى الخلاف بل يمكن ان يدعى ندره القائل بوجوب التكفيل كما لا يخفى و ثانيا ما حكاها في لف عن الشيخ قائلنا احتج الشيخ على ما ذكره في النهايه بان الكفاله تصحّ على كلّ من عليه حق مالي او غيره و هذا الغريم يجب عليه الحضور في مجلس الحكم و في هذا الوجه نظر كما تبّه عليه في لف في مقام الجواب عنه بقوله الجواب المنع من صحّه الكفاله على مثل هذا و لو سلّمنا لكن نمنع وجوب الاحضار الان و ثالثا ما تبّه عليه في لك و الكفايه بقولهما و للشيخ قول آخر بجواز الزامه بتكفيله حفظا لحقّ المدعى حذرا من ذهاب الغريم و قد تبّه على ما ذكره في الرياض أيضا قائلنا مع امكان المناقشه في ادلّه المنع بمعارضه الاصل بما دلّ على لزوم مراعات الحق المسلم عن الذهاب في نفس الأمر فيجب التكفيل و لو من باب المقدمه و التكفيل و ان كان ضررا الا ان ذهاب الحق ضرر آخر أيضا و على الحاكم مراعاة الاقل منهما ضررا و يكون التكفيل و قد يجاب عما ذكره بالمنع من تحقق خوف الذهاب في جميع صور المسأله اذ قد يعلم او يظنّ بعدم الذهاب سلّمنا و لكن الذهاب بنفسه لا يكون ضررا لجواز الحكم على الغائب و استيفاء الحقّ

من ماله و ان كان الغائب على حجته و قد تبّه على ما ذكره فى مجمع الفائده بقوله مع أنّه بعد احضارها ان كان حاضرا و الا يحكم عليه و هو غائب و يطلب الحقّ كسائر الغياب سلّمنا و لكن كما يخاف من ذهاب الغريم كك يخاف من ذهاب الكفيل بل قد يكون هذا اشدّ و بالجملة لا فائده فى التكفيل غالبا و النادر كالمعدوم سلّمنا و لكن الالتزام بالتكفيل ضرر على المكفول له و هو واقع بالفعل بخلاف الضرر المتوهم من ذهاب الغريم فأنّه غير واقع بالفعل بل هو ممّا يحتمل وقوعه و من الظاهر أنّه مرجوح بالنسبة الى الاوّل فلا يفيد المدعى كما لا يخفى و بالجملة ارتكاب الضرر المتحقق و هو هنا الالتزام بالتكفيل لأجل عدم الضرر المحتمل بعيد بل قبيح عقلا لا يق يدفع ما ذكر ما تبّه عليه فى الرّياض بقوله و اما أنّه لا فائده فى التكفيل قبل اثبات الحقّ فمسلم ان تحقق عدم امكان فى نفس الامر و لكنّه غير متحقق بعد احتمال حصول البينه و ثبوت الحقّ بها فيلزم الكفيل احضاره او الالتزام بالحقّ ان ثبت و هرب المدعى عليه و لم يكن له مال يقتصّ منه و يظهر الجواب عن الاخير فان الحكم عليه و هو غائب غير كاف فى التخلص عن احتمال ذهاب الحقّ بعد فرض عدم مال له يقتصّ منه و احتمال عدم الوصول اليه ليداعيه و قياس المقام على اثبات الحقّ على الغيب قياس مع الفارق لإمكان التكليف هنا و عدمه ثمه حتى غياب الغائب لأننا نقول ما ذكره لا يصلح للدفع كما لا- يخفى و ثانيها أنّه ليس له ذلك مط و هو للخلاف و ط و ث و ير و عد و د و لك و ضه و مجمع الفائده و المحكى عن

الاسكافى و القاضى فى قوله الاخر بل صرح فى لك بأنّه مذهب المتأخرين و يعضد ما ذكره قول الرّياض و عليه اكثر المتأخرين بل عامتهم كما فى ظاهر لك و لهم اولا ما تمسك به فى الخلاف و لك و مجمع الفائده و الكشف من اصاله براهه الذمه و ثانيا ما تبّه عليه فى لك و ضه و مجمع الفائده و الكشف و الرّياض قائلين و لأنّه تعجيل عقوبه لم يثبت موجبها و ثالثا ما تبّه عليه فى مجمع الفائده و الرّياض بقولهما مع ان الكفل يلزمه الحقّ ان لم يحضر المكفول له و هذا لا معنى له قبل اثباته و لا معنى أيضا لكون ذلك الحقّ هنا هو حضور الدّعى و سماع البينه و رابعا خلو النصوص عن الاشاره الى صحّحه الالتزام بالتكفيل مع توفر الدواعى عليه و خامسا ما احتج به فى الخلاف قائلان روى سماك عن علقمه بن وائل بن حجر عن ابيه ان رجلا من كنده و رجلا من حضرموت اتيا النبى ص فقال الحضرمى هذا غلبنى على ارضى ورثتها من ابى و قال الكندى فى يدى ازرعها لا حق له فيها فقال النبى ص للحضرمى الك بينه قال لا قال لك يمينه قال انه فاجر لا يبالى بالحلف و لا يتورع عن شىء فقال النبى ص ليس لك منه الا- ذاك فمن قال له الملازمه و المطالبه بالكفيل فقد ترك الخبر و قد يناقش فيما ذكره بأنّه لا دلالة فى الرّوايه على المدعى لان موردها فقد البينه مط لا غيبتها هذا و قد صرح فى مجمع الفائده بعد تضعيف

ص: ٧٤٠

دلالتها بأنّها عاميه غير مسنده ثم قال فت و لعل ظ وجهه ان ضعف السند هنا غير قادح لانجباره بالشهره المحقه و المحكيه فت و ثالثها أنّه ان خيف هرب المنكر بحيث لم يتمكن من استيفاء الحقّ بعد ثبوته فللمدعى الزامه بالتكفيل و الّا فليس له ذلك و هو للتقيح و الرّياض و هذا القول ضعيف كالقول الاوّل فالمعتمد هو القول الثانى و قد صرح فى الرّياض بنفى الريب فى انّ الاوّل احوط و هو حسن بالنسبه الى المنكر لا المدعى اذ الاحوط بالنسبه اليه ترك الالتزام بالتكفيل فت و

**ينبغى التنبيه على امور**

**الاوّل كما لا يجوز الالتزام بالكفيل على المختار كك لا يجوز ملازمته**

كما صرّح به فى الخلاف و يع و عد و ير و لك و ضه و مجمع الفائده و الكفايه و حكاه فى لف عن المفيد و ابن البراج فى المهذب

### الثانى كما لا يجوز ملازمته كك لا يجوز حبسه

كما صرّح فى ير و س و حكى عن المفيد

### الثالث قال فى الرياض و على القول بالتكفيل فهل يتعين فى ضرب مدّته ثلاثة ايام

كما عن ابن حمزه او يناط بنظر الحاكم كما هو ظاهر الاكثر قولان

### الرابع ليس للمدعى مطالبه خصمه بالتوكيل

كما تبّه عليه فى مجمع الفائده قائلا دعوى قوه طلب التوكيل لأجل الدّعى كما نقل فى بعض حواشى المحقق الشيخ على محل التامل مع أنّه خلاف المشهور و قليلا ما يخرج عنه

### القول فى اليمين

### منهل لا يستحلف احد الا بالله تعالى و لا يجوز الحلف و لا يصح الا بذات البارى تعالى

### اشاره

كما صرّح فى يع و فع و ير و عد و د و س و اللمعه و ضه و لك و مجمع الفائده و الكفايه و الكشف و الرياض و لهم وجوه منها ظهور الاتفاق على ذلك و قد صرّح بدعوى الاتفاق عليه فى الكشف و الرياض و قد صرّح فيه باستفاضه دعوى الاجماع عليه فى كتاب الايمان و التذور و منها ما تبّه عليه فى لك قائلا الاصل فى اليمين الشرعيه ان لا يكون الا بالله و منها ما تبّه عليه فى المسالك أيضا من قوله تعالى فَيَقْسِمُ بِاللّٰهِ\* - وَ أَقْسَمُوا بِاللّٰهِ جَهْدَ أَيْمَانِهِمْ\* و منها ما تبّه عليه فى المسالك بقوله ص لا تحلفوا الا بالله و من حلف بالله فليصدق و من حلف له بالله فليرض و من حلف له بالله فلم يرض فليس من الله عزّ و جلّ و منها ان جميع الاوامر بالحلف و اليمين انما تنصرف الى الحلف بالله كما صرّح به فى مجمع الفائده قائلا الظاهر أنّه لا يصحّ اليمين فى الدّعى الا بلفظ الله كأنّه لأنه متبادر من اليمين بالله و منها ما تبّه عليه فى مجمع الفائده قائلا و قد دلّت الاخبار على اليمين بالله و الحلف بالله مثل روايه محمّد بن مسلم قال قلت لأبى جعفر قول الله وَ اللَّيْلِ إِذَا يَغْشَىٰ - وَ النَّجْمِ إِذَا هَوَىٰ و ما اشبه ذلك فقال انّ لله عزّ و جلّ ان يقسم من خلقه بما شاء و ليس لخلقه ان يقسموا الا به و هى حسنه فى كا و يب و قد وصف فى الكفايه بالحسن هذه الروايه أيضا مستدلا بها على المدعى و منها ما احتج به فى مجمع الفائده و الكفايه أيضا من خبر على بن

مهزيار الذي وصفاه بالصحة و هو بحق الروايه السابقه كما تبّه عليه في مجمع الفائده قائلًا و في الفقيه مع زياده وَ النَّهَارِ إِذَا تَجَلَّى  
بعد يغشى و منها ما استدللّ به في مجمع الفائده و الكفايه أيضا من خير الحلبي عن ابي عبد الله ع قال لا ارى ان يحلف الرجل  
الا بالله اما قول الرجل شافيك فأنه من قول اهل الجاهليه و لو حلف الرجل بهذا و اشباهه لترك الحلف بالله و اما قول الرجل يا  
هياه يا هناه فأنما ذلك لطلب الاسم و لا ارى به بأسا و اما قوله لعمر الله و قوله لاه فانما ذلك بالله عزّ و جلّ و صرح في الاوّل  
بان هذه الروايه صحيحه و في الثاني بأنّها حسنه و منها ما تبّه عليه في مجمع الفائده أيضا من روايه ابي حمزه عن علي بن  
الحسين ع قال قال ص لا يحلفوا ألّا بالله و من حلف بالله فليصدّق و استظهر فيه كون ابي حمزه هنا هو الثمالي قائلًا و مثلها  
روايه ابي ايوب الخزاز عن ابي عبد الله ع و لا يضر وجود منصور بن يونس في الاولى و عن عثمان بن عيسى في الثانيه مع أنّها  
صحيحه في الفقيه و

### ينبغي التنبيه على امور

### الاول يتفرع على ما ذكرناه امور

منها عدم جواز الحلف بالكتب المنزله التي من جملتها القرآن و قد صرح بعدم جواز ذلك في النهايه و ثر و عد و ير و س و  
ضه و لك و الكفايه و الكشف و الرياض و منها عدم جواز الحلف بالرسول و الانبياء و ان كان نبينا ص و قد صرح بذلك في  
الكتب المذكوره و منها عدم جواز الحلف بالأئمه الطاهرين ع و قد صرح بذلك في النهايه و ثر و عد و س و ضه و الكشف و  
منها عدم جواز الحلف بالاماكن المشرفه و قد صرح بذلك في النهايه و ثر و يع و عد و ير و لك و الكشف و منها جواز عدم  
الحلف بشيء من الكواكب و قد صرح بذلك في ير و منها عدم جواز الحلف بالبراءه من الله عزّ و جلّ و من رسوله ص و من  
احد من الائمه الطاهرين و قد صرح بذلك في ثر و ير و س و منها عدم جواز الحلف بالكفر و بالعتق و بالطلاق و قد صرح  
بذلك في ثر و ير و س و منها عدم جواز الحلف بالابوين و قد صرح بذلك في عد و الكشف و علل عدم جواز الحلف بما  
ذكر في النهايه و ثر و ير بأنّه بدعه في شريعته الإسلام

### الثاني هل الحلف بغير الله عزّ و جل و بجميع المذكورات يكون مع فساده حراما ذاتيا

يترتب عليه الاثم كالربا و شرب الخمر او لا بل يكون مباحا كسائر الافعال المباحه اختلف الاصحاب في ذلك على اقوال الاوّل  
أنّه حرام سواء كان في مقام الدعوى او غيره و هو لظاهر النهايه و ثر و فع و يع و عد و الرياض الثاني أنه ليس بحرام مط و هو  
للكفايه و المحكى في الكشف عن ابن الجنيد و الشيخ في ط

### الثالث أنه ما تبّه عليه في س و ضه بقولهما و في تحريمه في غير الدعوى نظر

من الخبر و الحمل على الكراهه اما الحلف بالعتق بالطلاق و العتق و الكفر و البراءه حرام قطعا

## الرابع ما حكا في الكشف قائلا و قطع الشهيد بالتحريم في الدعوى

و تردد في غيرها من الخبر و الحمل على الكراهه و يظهر من لك التوقف مط و المسأله محل اشكال فلا- ينبغي فيها ترك الاحتياط و لكن القول بالجواز مط في غايه القوه و يدل عليه اولا اصاله الاباحه لا يقى يدفعها امور منها ان الحلف بغير الله عز و جل و بجميع ما تقدم اليه الاشاره بدعه فيكون حراما اما المقدمه الاولى فقد صرح بها في النهايه قائلا لا يجوز ان يحلف بغير الله و بشىء من الموجودات و لا بالكتب المنزله و لا بالمواضع المشرفه و لا بالرسل المعظمه و لا بالائمه المنتجبه فان اليمين بجميع ذلك بدعه في شريعه الإسلام و لا- يحلف بالبراءه من الله و لا- من رسوله و لا من الائمه و لا بالكفر و لا بالعتق و لا بالطلاق فذلك كله غير جائز و يعضد ما ذكره قول ثر و لا ينعقد اليمين عند اهل البيت ع بشىء من المحدثات من الكتب المنزله و لا المواضع المشرفه و لا بالرسل المعظمه و لا الائمه المنتجبه فان اليمين بجميع ذلك بدعه في شريعه الإسلام و لا يحلف بالبراءه من الله

ص: ٧٤١

و لا من رسله و لا من ائمه و لا بالكفر و لا بالعتق و لا بالطلاق فان ذلك غير جائز و منها قول الباقر ع في حسنه محمد بن مسلم المتقدمه و ليس لخلقه ان يقسموا الا به و منها قول الصادق ع في روايه الحلبي المتقدمه لا ارى ان يحلف الرجل الا بالله و منها قول على بن الحسين ع في روايه ابى حمزه المتقدمه و قول الصادق ع في روايه ابى ايوب الخزاز لا- تحلفوا الا بالله و منها ان القول بالتحريم مذهب الاكثر فيكون ارجح لأننا نقول الوجوه المذكوره لا تصلح للمعارضه اما الاول فللمنع من المتقدمه الاولى فان البدعه على ما صرح به بعض المحققين هو ادخال ما ليس من الدين فيه عالما عامدا سلمنا و لكن نمنع من كليه الكبرى بحيث تشمل محل البحث سلمنا و لكن يجب تخصيصها بما دل على القول الثانى فانه اقوى منها و اما الاخبار المذكوره فللمنع من دلالتها على المنع اما على القول بان النهى فى اخبار الائمه ع لا يفيد الحرمة لشيوع استعماله فيها فى الكراهه بحيث صارت من المجازات الراجحه المساوى احتمالها لاحتمال الحقيقه فظاهر و اما على القول بان الاصل فى النهى افاده الحرمة مط و لو كان فى اخبار الائمه ع فلانه يجب حمله هنا على غير الحرمة باعتبار ان ما دل على نفيها هنا مما سيأتى اليه الاشاره اقوى منه فى الدلالة على الحرمة على أنه قد يدعى شيوع استعماله فى امثال المقام فى الحكم الوضعى و هو عدم صحه المنهى عنه و فساده بحيث صار من المجازات الراجحه المساوى احتمالها لاحتمال الحقيقه و يعضد ما ذكرناه اولا قول لك فالمراد بعدم الجواز هنا بالنظر الى الاعتداد به فى اثبات الحق اما عدم جواز الحلف فى نفسه بمعنى عدم الاثم به ففيه وجهان من اطلاق الاخبار النهى عنه و من امكان حمله على الكراهه و ثانيا قول ضه و قد تقدم اليه الاشاره و ثالثا قول مجمع الفائده بعد الاشاره الى الاخبار المتقدمه و اعلم ان امثالها تدل على عدم جواز اليمين و الحلف مط الا بلفظ الله فيمكن ان يحمل على ما اشرنا اليه من عدم الصيحه و عدم حصول الغرض المطلوب منه فى الدعوى من غير حصول الاثم لو حلف بغيره ح او معه فلا يكون جائزا أيضا و يمكن جعلها بمعنى عدم حصول الغرض فى الدعوى و عدم الانعقاد بحيث يترتب عليه الكفارته فى غيرها مع الاثم و غيره و يبعد حملها على الكراهه كما فعله فى ح يع لظ التحريم مع عدم الحاجه و لأنه مط مكروه بالله و غيره و اما الاخير فللمنع من بلوغ هذه الكثره مرتبه الحجية ان قلنا بحجيه الشهره و ثانيا ان الاماميه بل المسلمين قاطبه فى جميع الاعصار و الامصار يحلفون بغير الله عز و جل من الرسول ص و الائمه ع و اولادهم و العلماء و الاخيار و الابوين و الاعزّه و الاكابر و لو كان ما ذكر حراما لما كان الأمر كذلك قطعا و لتواترت الاخبار و تظافرت الفتاوى فى المنع منه و للشارع الانكار على من يرتكبه من باب النهى عن

المنكر و من المعلوم خلاف جميع ذلك و ثالثا ان ذلك لو كان حراما للزم الحرج العظيم لحصول الاعتقاد بالحلف بغيره تعالى باعتبار الحشر مع التماس و الحرج منفي في الشريعة بالادلة الاربعه و رابعا ان في الحلف بالقران و المعصومين ع و العلماء و الاخير تعظيما للدين فيشملة العمومات الداله على جواز ذلك و خامسا ما حكاه في الكشف عن ابن الجنيده قائلا و قال ابو علي لا- باس ان يحلف الانسان بما عظم الله من الحقوق لان ذلك من حقوق الله تعالى كقوله و حق رسول الله و حق القرآن ثم ذكر نهى النبي ص عن الحلف بغير الله بالآباء و احتمل ان يكون لإشراك آبائهم و سادسا انه قد وقع في القرآن المجيد الحلف بغير الله كثيرا فيجوز لجميع المكلفين بطريق اولي فتأمل و سابعا ان الحلف بغير الله عز و جل يترتب عليه مصالح كثيره كلها مطلوبه عند العقلاء و ممدوح من يراغبها فيكون جائزا للعمومات الداله على جواز مراعات تلك المصالح و لفحوى ما دل على جواز امور لا تشتمل على جميع تلك المصالح و لا على اكثرها الثالث لا فرق في عدم صحه الحلف الموجب للبراءه من الدعوى و المثبت للحق بغير الله بين كون الحالف مسلما اماميا كان او غيره او كافرا كتابيا كان او غيره كما في السرائر و يع و فع و عد و د و ي و س و

اللمعه و ضه و لك و مجمع الفائده و الكفايه و الرياض و لهم و جوه منها ظهور الاتفاق على ذلك كما تبه عليه بعض و منها ما احتج به في لك من اطلاق الادله و منها ما تمسك به في الكشف من خبر الحلبي الذي وصفه بالحسن عن الصادق ع عن اهل الملل يستحلفون فقال لا- تحلفهم الا بالله عز و جل و منها ما استدلل به في لك قائلا يدل على ذلك قول ابن عبد الله ع في صحيحه سليمان بن خالد و حسنه الحلبي اهل الملل من اليهود و النصارى و المجوس لا يحلفون الا بالله و قد احتج بهاتين على المدعى في مجمع الفائده أيضا موصفا لهما بنحو ما وصفهما به في لك و كذا استدلل بهما في الكفايه أيضا موصفا لهما بالصحة و منها ما احتج به في مجمع الفائده و الكفايه و الكشف من خبر جراح المدائني اليهود و النصارى و المجوس و زاد في مجمع الفائده فاحتج أيضا بروايه لسماعه و منها ما تبه عليه في الرياض بقوله و في الموثق كالصحيح هل يصلح لأحد ان يحلف احدا من اليهود و النصارى و المجوس بألهتهم فقال لا يصلح لأحد ان يحلف الا بالله لا يق كيف يصح ان يحلف كافر لا يعتقد بالله به لأننا نقول ذلك غير قاذح كما صرح به في لك قائلا و لا يقدر عدم اعتضاده لان العبره بشرف المقسم به في نفسه الموجب لمؤاخذه المجترى بالقسم به كاذبا و يعضد ما ذكره قول مجمع الفائده لا يضر عدم اعتقادهم بالله و التضمر بهذا الحلف لان العبره بشرف و عظم القسم عليه و فصل المحق من الحالف و المحلف لما عرفت من أنه لو لم يقصد الحالف و يورى لا ينفعه بل يترتب عليه الاثر اذا لم يكن محقا كما في غير المورى و المقاصد فاليمين تابع لقصد المحق و بالجملة الامر الى الشارع و الشرع

**منهل لا اشكال و لا خلاف في اجزاء لفظه الجلاله و هي لفظه الله و جواز الاقتصار عليها في الحلف**

**اشاره**

حيث لا يكون الحالف مجوسيا و اما اذا كان مجوسيا فاختلف الاصحاب في جواز الاقتصار على ذلك على قولين احدهما أنه يجوز ذلك و هو للسرائر و فع و عد و ي و د و لك و مجمع الفائده و الكفايه و الرياض بل صرح فيه بأنه ظاهر الفتاوى و ثانيهما أنه لا- يجوز ذلك بل يجب ان يضم المجوسى الذى يجب عليه الحلف الى لفظه الجلاله ما يبين ان مراده البارى تعالى و هو للسرائر و الايضاح و س و المحكى عن ط للأولين ما ذكره في الكفايه و الرياض من ظواهر الاخبار المتقدمه و اطلاقاتها و

يؤيدها الاستقراء و أنه لو لم يكن جائزا لورد التنبيه عليه في شىء من الاخبار و للآخرين ما تبه عليه في عد و الكشف قائلين و قيل يقتصر في احلاف المجوسى مع لفظه الجلاله الى ما يزيل الاحتمال

ص: ٧٤٢

لأنه يسمى النور إلها و زاد الثانى قائلا فيقول و الله الذى خلقنى و رزقنى يعنى انهم لما اثبتوا اصلين احدهما النور و الظلمه و اسندوا خلق الخيرات الى النور و خلق الشرور الى الظلمه جعلوهما الهين فاذا اقتصر على قوله و الله احتمل ان يكون اقسام بالظلمه فان علميه الله ليست معلومه و ان علمناها لم نعلم بعلم المجوسى الحالف فيمكن ان لا يريد به الا معنى الاله و اما اذا ضم اليه نحو خلقنى و رزقنى فيتعين النور للإراداه و قد تبه في الايضاح على هذا الوجه بقوله قول المبسوط لا بأس به لأنه يجب الجزم بأنه حلف و لا يجزم الا بذلك و قد يجاب عنه بما تبه عليه في المسالك و الرياض قائلين بعد الاشاره اليه و يضعف بان الجزم المعبر هو العلم بكونه قد اقسام بالله الذى هو المامور به شرعا اما مطابقه قصده اللفظ فليس بشرط فى صحه اليمين و من ثم كانت البيئه بينته المحلف اذا كان محققا و هو دليل على عدم اعتبار مطابقه القصد و اللفظ و زاد الثانى قائلا و هو مع كونه اجتهادا فى مقابله النص المعبر شاذ كما صرح به بعض الاصحاب و فيما ذكره نظر و التحقيق ان يق ان كان المراد من لفظه الله فيما تضمنه النصوص و الفتاوى المصرحه بأنه لا يستحلف احد الا بالله نفس اللفظ و يكون التقدير لا يستحلف الا بلفظ الله كان القول الاوّل حقا للإتيان بالمامور به و تقييد الاطلاق يحتاج الى دليل كما اشار اليه بعض الاصحاب و لكن على هذا لا يجوز الحلف بغير لفظ الجلاله و ان كان من الاسماء المختصه فيلزم تحقق الخلاف فى المسأله من جهه اخرى لما سيأتى من تصريح بعض الاصحاب بجواز الحلف بالاسماء المختصه و ان كان المراد من لفظه الله معناه كما هو الظاهر لان الظاهر من اطلاق الالفاظ معانيها دون انفسها لأنه الغالب فيكون التقدير أنه لا يجوز الحلف الا بذات البارى تعالى و بمسمى الله لم يبطل القول الثانى على تقدير كون الذى لم يذكر فى القسم مشتركا لفظيا بين ذات البارى تعالى و غيره بل التحقيق معه لعدم معلوميه الاتيان بالمامور به شرعا و لذا لو حلف بالعين لا يجوز ان يق حلف بمعنى معين من معانيه فيجب ح الاتيان بلفظ يختص بالبارى تعالى مط غير لفظ الجلاله و التحقيق ان لفظ الجلاله عند المسلمين غير مشترك بل يختص به تعالى و نحوه غيره من الالفاظ المختصه به تعالى عملا باطلاق النصوص و كثير من الفتاوى لصدق الحلف بالله و هو واضح و اما الكفار فيحلفون بهذه اللفظه و ان لم يعتقدوا بالبارى تعالى او اعتقدوا بتعددده لكن معرفتهم أنّ معناه عند المسلمين ذلك كما هو الغالب لصدق الامثال و كذا فى صوره عدم علمهم بمعنى المسلمين و لو اجمالا- و اما الكفار الذين عندهم هذه اللفظه مشتركه بين ذات البارى تعالى و غيره فالقاعدته تقتضى ان لا يجوز الحلف به الا مع ضم ما يزيل الاشتباه لكن القائل بالاشتراك اللفظى فى لفظ الجلاله غير معهود و قول المجوسى باشتراك لفظ الاله لا يستلزم القول باشتراط لفظه الله و على تقديره فيمكن ان يجوز الحلف بلفظ الله قد يناقش فيما ذكر و الاقرب عندى أنّ لفظه الجلاله تكفى بالنسبه الى من عدا المجوس و اما بالنسبه اليهم فلا يبعد الحكم بجوازها أيضا اذا علم ارادتهم ما يريده المسلمون و اما اذا اشتبه ذلك فلاحوط عدم اجزاء ذلك و ضم ما يزيل الاشتباه فى س من الضميمة خالق النور و الظلمه و فى اللّمعه خالق و فى يع و المحكى فى عد و ير عن بعض يضم ما يزيل الاشتباه و

ينبغى التنبيه على امرين

الأول هل يلحق بلفظ الجلاله سائر اسمائه الغالبه او لا



بل يختص الحكم بلفظ الجلاله صرّح في ير و س و ضه بالحاق جميع اسمائه تعالى الخاصه به و هو جيد و اما غير الخاصه به تعالى فان لم يكن ظاهرا فيه تعالى عند الاطلاق فلا- يجوز مجردا عن القرينه و ان كان ظاهرا فيه تعالى لا نصا فففيه اشكال و الاحوط بل اللازم الترك و هل يجوز الاكتفاء بالقرينه الموجهه للعلم بارادته تعالى او يشترط الدلاله باللفظ الاقرب الاوّل و هل يشترط العربيه فلا- يجوز بالاسماء المختصه به تعالى في غير اللغه العربيّه او لا الاقرب الثاني و ان كان الاحوط مراعات العربيّه و هل يشترط الايتان بواو القسم فيقول و الله او يجوز الايتان باى حرف من حروف القسم الاقرب الثاني و بالجمله الاقرب جواز الايتان بكلمتا يسمّى حقيقه أنّه حلف بالله تعالى و ان كان الاحوط الاقتصار على قوله و الله

### الثاني ذكر جماعه انه لو رأى الحاكم احلاف الذمى بما يقتضيه دينه من التوريه و الانجيل

و نحوهما اردع جاز و خالف فيه بعض فلم يجوز ذلك و هو الاظهر و لو جمع بين الامرين الحلف بالله و الحلف بما يقتضيه دينه كان احوط كما صرّح بعض الاصحاب

### منهل يستحب للحاكم تقديم العظه على اليمين و التخويف من عاقبتها

كما صرح به في النهايه و ثر و يع و فع و د و عد و ير و اللّمعه و ضه و المسالك و مجمع الفائده و الكفايه و الرياض و لهم اولاً ظهور الاتفاق على ذلك كما تبّه عليه في الاخير بقوله أنّه مما لا- خلاف فيه و ثانيا ما تبّه عليه في مجمع الفائده بقوله دليل استحباب الوعظ ان الاجتناب من المكروه مرغوب و مطلوب و كذا الترغيب عليه مع انه يحتمل الحلف على الكذب و هو حرام و مذموم جدا فينبغي الوعظ و ثالثا قاعده التسامح في ادله السّين و تحصل ذلك بامرین احدهما ممّا ذكره في يع و ير و ضه و لك و مجمع الفائده و الكفايه و الكشف و الرياض من أنّه يذكره ما ورد من الآيات و الروايات المتضمّنه لعقوبه من حلف بالله كاذبا و التشديد عليها منها ما ذكره في لك و مجمع الفائده و الكفايه من قوله تعالى إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا أَلَا تَجْعَلُوا اللَّهَ عُرْضَةً لِأَيْمَانِكُمْ وَمِنهَا مَا ذَكَرَ فِي الْكُتُبِ الثَّلَاثَةِ الْمَذْكُورَةِ مِنَ النَّبَوِيَّاتِ الْمُرْسَلَاتِ فِي احدها ان من اكبر الكبائر الاشراك بالله و عقوق الوالدين و اليمين الغموس و ما حلف حالف بالله يمين صبر فادخل فيها مثل جناح بعوضه ألما جعله الله تعالى نكته في قلبه الى يوم القيمه و في ثانيهما من اقطع حق امرء مسلم بيمينه اوجب الله له النار و حرّم عليه الجنّه فقال رجل و ان كان شيئا يسيرا قال و ان كان قضيبا من اراك و في ثالثها اليمين الصبر الكاذبه تورث العقب الفقر و زاد في لك و مجمع الفائده فذكرنا نبويا اخر مرسلا و هو قوله ص اياكم و اليمين الفاجره فانها تدع الديار من اهلها بلاقع و زاد في لك و الكفايه فذكرنا نبويا اخر مرسلا أيضا و هو قوله ص من حلف على يمين و هو يعلم أنّه كاذب فقد بارز الله و يعضد هذه النبويات نبوى اخر مرسل تبّه عليه في الكشف بقوله و روى ان حضر ميا ادعى على كندى في ارض من اليمن أنّه اغتصبها ابو الكندى فتهايا الكندى فقال ع لا يقطع احد باليمين

ص: ٧٤٣

الّا لقي الله اجذم فقال الكندى هي ارضه و منها ما ذكر في الكتب الثلاثه المذكوره كالروضه من قول الصادق ع من حلف بالله كاذبا و من حلف بالله صادقا اثم ان الله عزّ و جلّ يقول وَ لَا تَجْعَلُوا اللَّهَ عُرْضَةً لِأَيْمَانِكُمْ و قول الباقر ع انّ في كتاب على ع ان

اليمين الكاذبه و قطيعه الرحم تذران الديار بلاقع من اهلها و تنقل الرحم يعنى انقطاع النسل و زاد فى مجمع الفائده و الكفايه فذكر ا روايه طلحه بن زيد عن ابي عبد الله ع قال اليمين الفاجره تنقل الرحم قال ما معنى تنقل الرحم قال يعقر و ثانيهما ما ذكره فى لك و ضه و مجمع الفائده و الكشف أيضا من أنه يذكره ما ورد فىمن عظم الله ان يحلف به صادقاً من تعويضه على ذلك فى الدنيا و الآخره فمن ذلك ما ذكره فى لك و ضه و مجمع الفائده و الكفايه من التبوى المرسل من اجل الله ان يحلف به اعطاه خيراً ممّا ذهب منه و منه أيضاً ما تبّه عليه فى ضه بقوله و عن الصادق ع قال حدثنى ابي ع ان اباه كانت عنده امراه من الخوارج فقضى لأبي ع انه طلقها فادعت عليه صداقها فجاءت الى امير المدينة تستعد به فقال له امير المدينة يا على اما ان تحلف او تعطها فقال لى يا بنى اقم فاعطها اربعمائه دينار فقلت يا ابيه جعلت فداك الست محققاً قال بلى و لكنى اجللت الله عزّ و جلّ ان احلف به يمين صبر

### منهل لا اشكال فى أنه يجوز الاكتفاء فى اليمين على نحو قوله ما له قبلى حق

ان كان الدعوى فى الدين و على نحو قوله و الله هذا ليس من ماله ان كان الدعوى العين و بالجملة يجوز الاكتفاء بمجرد اليمين من غير تغليظ فلا يجب التغليظ فى اليمين و قد صرح بذلك فى النهايه و ثر و فع و يع و ير و عد و اللّمعه و لك و ضه و مجمع الفائده و الكفايه و الرّياض و هو ظاهر الارشاد و الدّروس و لهم اولا ظهور الاتفاق على ذلك كما تبّه عليه فى الرّياض بقوله و يجوزى الحالف ان يقول فى يمينه و الله ما له قبلى كذا بلا خلاف و يؤيد ما ذكره قول المسالك لا ريب فى الاكتفاء فى اليمين بقوله و الله ما له قبلى كذا بلا خلاف و يؤيد ما ذكره قول المسالك لا ريب فى الاكتفاء فى اليمين بقوله و الله ما له قبلى الى حقّ و ثانيا اطلاقات ما دلّ على اعتبار اليمين نحو قوله ص و اليمين على من انكر و التبوى الاخر الّذى احتج به هنا فى الرّياض من حلف بالله فليصدق و ما تبّه عليه فى المسالك بقوله بعد ما حكينا عنه سابقاً قال الصادق ع من حلف بالله فليصدق و من حلف له بالله فليرض و من لم يرض فليس من الله و هل يجوز التغليظ فى اليمين او لا صرح بالأوّل فى النهايه و الخلاف و ثر و يع و فع و ير و عد و د و اللّمعه و س و ضه و لك و مجمع الفائده و الكفايه و الكشف و الرّياض و هو المعتمد و لهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه كما تبّه فى الرّياض بقوله لا خلاف فى ذلك و منها أنه صرح فى الخلاف بدعوى الاجماع على ذلك قائلاً الايمان يغلظ عندنا بالمكان و الزمان و به قال الشافعى و قال ابو حنيفه لا يغلظ بالمكان بحال و هو بدعه دليلنا اجماع الفرقه و فيها جماع الصحابه روى ذلك عن على ع و ابي بكر و عمر و عثمان و عبد الرحمن بن عوف لكل واحد قصه معروفه تركنا ذكرها تخفيفاً و لا مخالف لهم و منها ما تبّه عليه فى الخلاف قائلاً و اما الزمان فقوله تعالى تَحْسِبُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ فَيُقَسِّمَانِ بِاللَّهِ قَالَ اهل التفسير يريد بعد العصر و منها ما حكاه فى الرّياض عن بعض قائلاً بعد التصريح بنفى الخلاف فى ذلك قيل لأنّ التغليظ مظنه رجوع الحالف الى الحق خوفاً من عقوبه العظيم و على تقدير جرأته عليه كاذباً مظنه مؤاخذته حيث اقدم على الحلف به مع احضار عظمته و جلالته و انتقامه فى الموضع الشريف و الزمان اللذين هما محل الاحترام و منها ما تبّه عليه فى الرّياض بقوله و فى المروى عن قرب الاسناد أنّ عليّاً ع كان يستحلف اليهود و النصارى فى بيعهم و كنايسهم و المجوس فى بيوت نيرانهم و يقول شدّدوا عليهم احتياطاً للمسلمين و منها جمله من الاخبار و قد تقدم الاشاره الى بعضها و سيأتى التفسير على الباقي و يعضد ما ذكر قول الخلاف دليلنا اجماع الفرقه و اخبارهم فانهم روى أنه لا يحلف عند قبر النّبى ص على أقلّ ممّا يجب فيه القطع تدلّ على ذلك على أنه اذا كان كك او زاد عليه يغلظ و أنه ليس ببدعه و لست اجد خلافاً بينهم فى ذلك و روى جابر أنّ النّبى ص قال من حلف على منبرى هذا اليمين اللائمه فليتبوأ مقعده من النار و لا فرق فى عدم وجوب التغليظ بين صورتى التماس المدعى اياه و عدمه كما صرح به فى يع و لك بل الظاهر أنه ممّا لا خلاف فيه و حكى عن بعض العامه

## منهل يستحب للحاكم التغليظ

كما فى الخلاف و ثرويع و فع و د و ير و عد و س و اللمعه و ضه و لك و مجمع الفائده و الكفايه و الكشف و الرياض و صرح فى يع بانه وجهه الاستظهار قال فى لك وجه الاستظهار بالتغليظ انه مظهر رجوع الحالف الى الحق خوفا من عقوبه العظيم و على تقدير جراته عليه كاذبا مظهره مؤاخذته حيث اقدم على الحلف به مع احضار عظمته و جلالته و انتقامه فى الموضع الشريف و المكان و الزمان الشريفه اللذين هما محل الاحترام و قد روى ان النبى ص قال له يعنى ابن سوريا اذكرم بالله الذى نجاكم من آل فرعون و اقطعكم البحر و ظلل عليكم الغمام و انزل عليكم المن و السيلوى و انزل التوراه على موسى ا تجدون فى كتابكم الرجم قال ابن سوريا ذكر نبى عظيم و لا يسعنى ان اكذبكم و ساق الحديث فكان تغليظه فى اليمين سببا لاعترافه بالحق الثالث هل يستحب للحالف التغليظ او لا صرح بالاخير فى لك و مجمع الفائده و الكفايه و الرياض قائلين اما الحالف فالتخفيف فى اجابته اولى و زاد الاول قائلان لان اليمين مط مرغوب عنها فكلما خفت كان اولى و أطلق فى اكثر الكتب استحباب التغليظ و لكن فى لك اما التغليظ فظاهر النص و الفتاوى انه من وظائف الحاكم و ان استحبابه مختص به و يعضد ما ذكره ما نبه عليه فى مجمع الفائده بقوله ان الاستحباب مخصوص بالحاكم و لا يستحب للحالف لان الاصل مكروه فالمغليظ بالطريق الاولى و يمكن ان يكون مكروها فى الاصل و بعد الاختيار يكون المغليظ مستحبا لانه ادل على حصول غرض المدعى و ذلك بعيد و لا دليل عليه بل غايه ما يمكن اثباته بما مر من قوله و غيره استحبابه للقاضى

## منهل يحصل التغليظ بامور

### اشاره

احدها القول و هو يحصل بالفاظ منها ما ذكره فى النهايه و ثروير و عد و س و ضه و الكشف من قوله تعالى و الله الذى لا اله الا هو الرحمن الرحيم الطالب الغالب الضار النافع المدرك المهلك الذى يعلم من السير ما يعلم من العلانيه و منها ما ذكره فى الارشاد من قوله و الله الطالب الغالب الضار النافع المدرك المهلك الذى يعلم من السير ما يعلم من العلانيه و منها ما ذكره فى الرياض من قوله و الله الذى لا اله الا هو عالم الغيب و الشهاده الرحمن الرحيم

ص: ٧٤٤

الطالب الضار النافع المهلك المدرك الذى يعلم من السير ما يعلم من العلانيه و صرح فيه بانه وارد فى الصحيح المتضمن لإحلاف الاخرس و منها ما ذكره فى مجمع الفائده من قوله و الله الطالب الغالب المدرك المهلك الذى يعلم من السير ما يعلم من العلانيه و هو جيد كالمذكور فيما عداه من الكتب السابقه و هل يختص الحكم بما ذكره من الالفاظ المذكوره او لا بل يعمها و غيرها صرح بالاخير فى التحرير و عد و مجمع الفائده و ثانيها الزمان كما صرح به فى الخلاف و يع و فع و د و ير و عد و س و اللمعه و ضه و لك و مجمع الفائده و الكفايه و الكشف و الرياض و عدوا من ذلك الجمع و العيد و بعد العصر و هو جيد و زاد فى ير فعده من ذلك سائر الاوقات و ثالثها المكان كما صرح به فى الخلاف و النهايه و ثرويع و فع و د و عد و ير و س و اللمعه و لك و مجمع الفائده و الكشف و الرياض و عد من ذلك من امكنه منها المساجد و قد صرح بهذا فى الارشاد و

ير و مجمع الفوائد و صرّح في ضه و الرّياض بخصوص المسجد الحرام و فيهما أيضا كما في س و المساجد في المحراب و جميع ما ذكره جيّد و في الكشف و الاشراف من المساجد الجامع و منها الخمسه او السّته و منها الاربعه و منها الحرمان و المشاهد و الحرم و الاشراف منه المسجد و منه ما بين الركن و المقام ثم حرم المدينه و منه المسجد النبوي و منه عند القبر او المنبر و منها القبله و قد صرّح بهذا في الخلاف و ثر و منها الكعبه المعظمه و قد صرّح بهذا في س و ضه و الرّياض و هو جيّد و منها المقام و قد صرّح بهذا في س و ضه و الرّياض و هو جيّد و منها الاقصى تحت الصخره و قد صرّح بهذا في س و ضه و الرّياض و منها المشهد و قد صرّح بهذا في ير و اطلاقه يشمل كعموم الكشف مشهد النّبى ص و مشاهد الائمة ع و هو جيّد و لا باس بالحاق مشهد العباس بن امير المؤمنين ع و مشاهد سائر اولاد الائمة التي يخاف منها الناس و كك مشاهد العلماء و منها منبر النّبى ص و قد صرّح بهذا في النّهايّه و ثر و كذا صرّح به في الكشف قائلا فعن النّبى ص من حلف على منبري هذا يمينا كاذبه تبوء مقعده من النّار اوجب له و ما جرى احد شقى المنبر على عقر الحوض فمن حلف عنده على يمين فاجره يقطع بها حق امرء مسلم فليتبوأ مقعده من النّار و باخرى من حلف عند منبري هذا على يمين كاذبه استحلب بها مال امرء مسلم فعليه لعنه الله و الملائكه و النّاس اجمعين و لا يقبل الله منه حرفا و لا عدلا و منها الحطيم و قد صرّح بهذا في ضه و الرّياض و زاد فذكر الحرام أيضا و منها جميع المواضع التي تهرب من الجراه على الله تعالى و قد صرّح بهذا في ير و تبّه عليه في مجمع الفوائد بقوله و جميع الامكنه التي يكون لها قرب عند الله تعالى و هو جيّد و

### ينبغي التّنبيه على امور

#### الاول صرح في ير بانه يغلظ على الكافر بالمواضع التي يعتقد شرفها

و الازمنه التي يعظمها و يعتقد حرمتها و الاقوال التي يعتقد شرفها و هو جيّد و تبّه عليه في الرّياض و يغلظ على الكافر بما يعتقد مشرفا من الامكنه كالبيع و الكنائس و في بيوت النار للمجوس و جهان من انه لم يكن لها حرمة عند الله تعالى اصلا بخلاف البيع و الكنائس من ان العبره ارتداع المحالف لما يعتقد معظمها و ربّما قيل انهم يعظمون النار لا بيوتها و لم يعتبروا بيوت الاصنام للوثني و الازمنه من الايام و السّاعات التي يشرفونها و يتبركون بها و الاقوال كما روى انه حلف يهوديا بقوله و الله الّذي انزل التوريه على موسى بن عمران ع و قال لابن صوريا انشدك بالله الّمدى لا- إله الا هو فلق البحر لموسى بن عمران و رفع فوقكم الطور و اغرق آل فرعون و انزل عليكم كتابه و حلاله و حرامه هل في التوريه الرجم على من احصن

#### الثاني هل يستحب التغليظ في جميع الحقوق الماليه و غيرها من غير استثناء او لا

بل يستحب ذلك في الحقوق مط الا المال فيشترط بلوغه نصاب القطع صرّح بالاخير في فع و يع و ير و عد و س و اللّمعه و ضه و الرّياض و هو جيّد و صرّح في لك بانّ هذا التفصيل هو المشهور بين الاصحاب قائلا و ذكروا أنّه مروى و ما وقفت على مستنده و يعضد ما ذكره قول الكفايه اشتهر ذلك بين الاصحاب ذكروا أنّه مروى و لهم اولا ظهور الاتفاق على ذلك اذ لم اجد مخالفا في ذلك مع فتوى كثير من الاصحاب به و اما قول لك و ما وقفت على مستنده ليس بظاهر في المخالفه فتأمل و ثانيا قاعده التسامح في ادله السنن لا يق يعارضها ما تبّه عليه في الكفايه بعد اشارته الى قول المسالك المتقدم اليه الاشاره لان اليمين

مط مرغوب عنه و كلما خفت كان احسن لأننا نقول ما ذكر لا يصلح للمعارضه جدا و ثالثا قول الخلاف لا يغلظ اليمين باقل مما يجب فيه القطع و لا يراعى بلوغ النصاب الذى يجب فيه الزكاه دليلنا اجماع الفرقه و يعضد ما ادعاه قل مجمع الفائده الظاهر ان ذلك ليس بمخصوص بحق من حقوق بل جار فيها كلها و ان قلت الّا المال فأنهم قيدوا التغليظ بنصاب القطع و لعلّ لهم دليلا على ذلك من اجماع و غيره و رابعا الروايه التى حكاها فى لك عن الاكثر و ضعفها منجبر بما بيناه سابقا و لعلّ هذه الروايه ما اشار اليه فى الكفايه بقوله بعد الاشاره الى ما فى لك من نفى اطلاق على المستند و لعلّ مستنده ما رواه محمد بن مسلم و زراره عنهما جميعا قال لا يحلف احد عند قبر النبى ص على أقلّ ممّا يجب فيه القطع لكنه اخص من المدعى و لعلّه لذا قيل على ما صرح به فى مجمع الفائده أنّه روى و قفت عليه و صرح فى ضه و مجمع الفائده بان النصاب المذكور هو ربع الدينار و يتفرع على التفصيل المذكور امور احدها ان كلما لا يثبت بشاهد و يمين و هو الذى ليس مالا و لا مقصودا منه المال يجرى فيه التغليظ عظيما كان او حقيرا و قد صرح بهذا فى عد و الكشف و قال فيه خلافا لبعض العامه فلا يغلظ الا فيما له خطر و ثانيها ان التغليظ يجرى فى عيوب النساء و قد صرح بهذا فى عد و كذا صرح به فى الكشف أيضا قائلًا لعموم الدليل و لعل بعض العامه توهم انها احقر من ان يغلظ فيها اليمين و بهذا نسمع شهاده النساء منفردات و فساد الوهم من وجوه الاول ان سماع شهادتين انما هو لعسر الاطلاع لغيرهن و الثانى ممّا يترتب عليها فساد النكاح و نحوه من الامور العظام و الثالث عدم الدليل على اختصاص التغليظ بما له خطر و ثالثها أنّه لو انكر السيد عتق عبد قيمته دون نصاب القطع لم يغلظ يمينه و قد صرح بهذا فى ير و كذا صرح به فى عد و الكشف قائلين فان نكل السيد على العبد لأنّه يدعى العتق و هو جيد

### الثالث لو امتنع الحالف من الاجابه الى التغليظ المستحب لم يجبر

و لم يتحقق بامتناعه نكول كما صرح فى يع و د و ير و عد و س و ضه و لك و الكفايه و الكشف و الرياض و لهم اولا ظهور الاتفاق على ذلك و ثانيا ما تبه عليه فى لك بقوله يدلّ عليه ما تقدم من قوله ص من حلف له

ص: ٧٤٥

بالله فليرض و من لم يرض فليس من الله و الحالف بالله بدون التغليظ داخل فى ذلك فيجب الرضاء به لو اقتصر عليه و قد تبه على هذا الوجه فى الكشف أيضا و ثالثا ما تبه عليه فى الكشف بقوله لا- يجبر للأصل من غير معارض و رابعا ما تبه عليه فى الكشف أيضا بقوله و لكراهه اصل اليمين بالنسبه اليه فالتغليظ اولى و ظاهر اطلاق اكثر الكتب المذكوره عدم الفرق بين التغليظ القولى و غيره و لكن فى عد و الكشف لو امتنع الحالف من التغليظ قولاً لم يجبر عليه و زاد فى الاخير قائلًا اما بالزمان و المكان فيجبر عليهما فانّ اليمين حق للمدعى لا يحلف الا اذا حلفه و المستحلف هو الحاكم فانما يحلفه و جب عليه الحلف و فيما ذكره نظر بل الاقرب هو القول الاول

### الرابع هل يجوز التغليظ على المخدره بحضور الجامع و نحوه او لا

فيه قولان احدهما أنّه لا- يجوز هو المستفاد من قول الكشف و لا- تغليظ على المخدره بحضور الجامع و نحوه وفاقا للتحرير و

التهايه و ثانيهما أنه يجوز و قد حكاه فى الكشف عن المبسوط قائلا بعد ما حكينا عنه سابقا و فى ط كالبرزه ثم البرزه ان كانت طاهره حضرت المسجد و الافعلى بابه و ربما يستفاد هذا القول من قول التهايه و السرائر المرأه اذا وجبت عليها اليمين استحلفها الحاكم و عظم عليها الايمان

### الخامس صرح فى يع و ير و عد و لك و مجمع الفائده و الكشف بأنه لو حلف الأ بحيث الى التغليظ

فالمتمسه خصمه لم ينحل يمينه و علله فى الاوّل و الثلاثه الاخيريه بان اليمين من طرفه مرجوحه فينعقد يمينه على تركه و لا يصير يطلب الخصم اولى عندنا و زاد فى لك قائلا- و من اوجب اجابته لو طلبه الخصم لزم عليه انحلال اليمين على ترك الواجب لا ينعقد و فى س توقف فى انعقاد يمينه على ترك التغليظ من حيث اطلاقهم أنه مستحب فلا- يكون الحلف على تركه منعقدا كغيره من المستحبات و من احتمال اختصاص الاستحباب بالحاكم دون الخصم فينعقد و قد تقدّم انّ هذا هو الاظهر

### منهل الاصل فى اليمين ان يكون على المنكر دون المدعى

للخبر المستفيض عنه ص المصرح بانّ البيئه على المدعى و اليمين على من انكر و قد صرح بذلك فى لك و يؤيد الخبر المذكور ما تبّه عليه فى يع بقوله المنكر مستند الى البراءه الاصليه فهو اولى باليمين و استثنى من القاعده المذكوره مواضع منها صورته رد اليمين على المدعى و منها صورته انحصار الشاهد فى الواحد حيث تكون الدعوى ماليه و منها صورته كون الدعوى فى الدّم مع اللوث و منها صورته كون الدعوى على الميت او الصبى او المجنون او الغائب و منها غير الصور المذكوره

### منهل الحالف قد يحلف على البت و الجزم و قد يحلف على نفى العلم

#### اشاره

فان كان حلفه على امر نفسه و فعله كان اللازم الحلف على البت سواء كان الحلف على الاثبات او على النفى و ان كان على فعل الغير كان اللازم الحلف على البت أيضا ان كان على الاثبات و ان كان على النفى حلف على أنه لا يعلمه و بعبارة اخرى ان كان الحلف على الاثبات و جب البت سواء اثبت لنفسه او لغيره و ان كان على النفى فان نفى فعل نفسه حلف على البت و ان حلف على نفى فعل غيره حلف على نفى العلم و بالجمله اليمين على البت الا اذا حلف على نفى فعل الغير فانه ح على نفى العلم و قد صرح بذلك فى الشرائع و فع و ير و عد و د و س و اللمعه و ضه و لك و مجمع الفائده و الكفايه و الكشف و الرياض و لهم و جوه منها ظهور الاتفاق على ذلك كما تبّه عليه فى الكفايه بقوله هو المعروف بين الاصحاب و يعضد ما ذكره اولا أنه حكاه فى الرياض عن بعض مستظهِرا له و ثانيا قول مجمع الفائده هو المشهور و منها ما تبّه عليه فى لك و ضه و مجمع الفائده و الكشف قائلين الضابط أنه ان كان يحلف على فعل نفسه فيحلف على البت سواء كان يثبت او ينفيه لأنه يعرف حاله بعينه و يطلع عليها و ان كان عليها يحلف على فعل الغير فان كان فى اثبات فيحلف على البت لأنه يسهل الوقوف عليه كما أنه يشهد به و ان كان على النفى حلف على أنه لا يعلمه لان النفى المطلق يعثر الوقوف على سببه و لهذا لا تجوز شهاده و منها ما ذكره فى مجمع الفائده قائلا انّ الدليل على ما ذكرناه بعد الشهره ان المتبادر من يمين المدعى عليه و المدعى به هو انّ يمين الاوّل على نفى مدّعيه و يمين الثانى على ثبوته و منها ما تبّه عليه فى مجمع الفائده أيضا بقوله و لأنه كما انّ شهود المدعى على اثباته يكون

يمينه أيضا كك و يمين المنكر على نفيه و منها ما تبّه عليه في مجمع الفائده أيضا قائلًا- و لان اللّذى حلف امير المؤمنين ع الاخرس هو عدم ثبوت الحق عليه لا على نفي العلم و كذا ما تقدم في اليمين على المدعى مع البيّنه في الدّعى على الميّت فانّها كانت على الثبوت و الجزم و ما تقدّم في صحيحه ابن ابى يعفور يحلف ان لا- حقّ قبل ذهب اليمين الى اخر على البت بنفى الاستحقاق و

### **ينبغى التّنبيه على امور**

#### **الاول صرّح في يع بانّه لو ادعى عليه ابتياع او قرض**

او خيانه فانكر فعلى الجزم و هو جيّد

#### **التّانى صرّح في لك و الكفايه و الرّياض بانّ من ادعى عليه بمال فانكر**

حلف على البت و زاد في الاخيرين قائلين اما على نفي استحقاق المدعى لما يدعيه او على نفي ما يدعيه ان اراد الخصوص و ما ذكره جيد أيضا

#### **الثالث صرّح في المسالك و الكفايه بانّه لو ادعى ابراء او قضاء**

و انكر المدعى حلف على البت و زاد في الاول قائلًا لانّه يحلف على نفي فعل نفسه و هو جيّد أيضا

#### **الرابع صرّح في يع و فع و الرّياض بانّ المدعى الذى لا شاهد له لا يمين عليه الا مع الرد**

او النكول على قول فان ردّها فوجّهت فيحلف على الجزم و هو جيّد أيضا

#### **الخامس صرّح في يع و فع و ير و عد و س و ضه و الكفايه و الرّياض**

بانّه ان ادعى على مورثه بمال حلف على نفي علمه بذلك و هو جيد أيضا و زاد في يع و فع و ير و عد و الرّياض قائلين و كذا لو قيل قبض و كيلك و هو جيّد أيضا و علله في الكشف بانّه فعل الغير و ان قيل ان يده يده و قبضه و قبضه

#### **السادس صرّح في المسالك و الكفايه بانّه لو ادعى عليه ان الدار الّتى بيده غضبها مورثه**

او بايعه فانكر حلف على نفي العلم بانّهما غضباه ثم صرحا بانّه يشترط في توجه اليمين عليه على نفي العلم تعرض المدعى عليه

لكونه عالما و جميع ما ذكره جید أيضا

### السابع صرح في المسالك و الكفايه بأنه ما ادعى وارث على انسان

ان فلورثي عليك كذا فقال المدعى عليه قد ابرأني او قبضه حلف المدعى على نفى العلم بابراء المورث و قبضه و هو جید أيضا

### الثامن هل يجوز الحلف على البت في الموضوع الذي يجوز فيه الحلف

على نفى العلم اذا كان الحالف عالما بالنفى فان ذلك ممكن كما فيما اذا كانت الدعوى

ص: ٧٤٦

متعلقه بزمان مخصوص او مكان مخصوص او نحو ذلك او لا- يجوز ح الآ الحلف على نفى العلم فيه اشكال و لكن الاحتمال الاول هو الاقرب وفاقا لصريح مجمع الفائده و الكشف و الرياض و ظاهر الكفايه و لهم اولا ظهور الاتفاق على ذلك كما تبه عليه في الرياض و ثانيا ما تبه عليه في الرياض قائلا بعد الاشاره الى جواز ذلك كسائر ما يحلف فيه على البت بعد الاتفاق عليه واضح أيضا من حيث ان المتبادر من الحلف و اليمين على الشئ الوارد في النصوص و الفتاوى هو الحلف عليه بتا و قطعا سيما مع تضمن كثير من النصوص الواردة في بيان كيفية الحلف كالصحيح الوارد في احلاف الاخرس و غيره الحلف على البت بان ليس له حق و نحو ذلك و لا ريب فيه حيثما كان الحالف قطع بما حلف عليه نفيا و اثباتا

### التاسع اذا ادعى عليه

ان بضميته اللف ذرعا او غيره حيث يجب الضمان باتلاف البهيمه فانكر فهل يحلف على البت ح او على نفى العلم صرح بالأول في التحرير و عد و هو ظاهر الكشف و لهما ما ذكره في لك و الكفايه و الكشف من ان البهيمه لا ذمه لها و المالك لا يضمن بعقل البهيمه بل انما يضمن بالتقصير في حفظها و هذا امر يتعلق بنفس الحالف و حكي في الكشف عن بعض الثاني و لم يصرح بترجيح هنا في س و لك و الكفايه و المسألة لا تخلو عن الاشكال فلا ينبغي ترك الاحتياط فيها و ان كان الاحتمال في غايه القوه

### العاشر لو نصب البائع و كيبلا ليقبض الثمن

و يسلم المبيع فقال له المشتري ان موكلك اذن في تسليم المبيع و ابطل حق الحبس و انت تعلم فهل يحلف على نفى العلم او على البت فيه احتمالا لان احدهما انه يحلف على نفى العلم و قد صرح في الكفايه بأنه الاقرب قائلا و يدوم الحبس الى استيفاء



الثنى و تبه على هذا الاحتمال فى المسالك و مجمع الفائده و علاه بانّه حلف على نفى فعل الغير و ثانيهما أنّه يحلف على البت و تبه على الاحتمال فى مجمع الفائده و الكفايه أيضا و علاه بانّه يثبت لنفسه استحقاق اليد على المبيع و زاد فى الأوّل قائلا على ان الاذن بالجواز بالتسليم لا يستلزم وجوب التسليم نعم لو ادعى ان الموكل اوجب عليه التسليم قبل القبض يجىء الاشكال و المسأله عندى محل اشكال و لكن الاحتمال الأوّل هو الاقرب كما صرّح فى الكفايه

### الحادى عشر لو طوبى البائع بتسليم المبيع

فادعى حدوث عجز عنه و قال للمشتري أنّه عالم به فهل يحلف ح على نفى العلم او على البت فيه احتمالا ان أيضا احدهما أنّه يحلف ح على البت و قد اختار فى الكفايه هذا الاحتمال و هو جيّد و قد حكاه فى المسالك عن بعض قائلا قيل يحلف على البت لأنّه يستقى يمينه وجوب تسليم المبيع اليه و اشار الى الوجه الذى ذكره فى مجمع الفائده أيضا و ثانيهما أنّه يحلف على نفى العلم و تبه على هذا الاحتمال أيضا قائلا بعد ما حكينا عنه سابقا و يحتمل الحلف على نفى العلم لان متعلقه فعل الغير و تبه على ما ذكره فى مجمع الفائده و ظاهره التوقف هنا كالمسالك لعدم تنبيههما على ترجيح شىء من القولين

### الثانى عشر لو مات عن ابن فى الظاهر

فجاء اخر فقال انا اخوك فالميراث بيننا فانكر هل يحلف على البت او على نفى العلم فيه احتمالا ان احدهما أنّه يحلف على البت و قد حكاه فى المسالك عن بعض قائلا قيل يحلف على البت أيضا لان الاخوه رابطة جامعه بينهما و ثانيهما أنّه يحتمل على نفى العلم و قد صار اليه فى مجمع الفائده و الكفايه و تبه على وجهه فى الأوّل بقوله انّ كونه مثبتا لنفسه شيئا لا يوجب اليمين على البت بينهما فوجه الاشكال ضعيف فتأمل

### منهل لا يجوز الحلف الامع العلم القطعى و الجزم التحقيقى بما يحلف به

كما صرّح به فى فع و ير و عد و س و مجمع الفائده و الكشف و الرياض و لهم اولا ظهور الاتفاق على ذلك و يعضد ما ذكره قول مجمع الفائده هذا ممّا لا اشكال فيه و ثانيا ما تبه عليه فى الرياض بقوله لان الحلف من شرطه الجزم و هو يتوقف على نفى العلم بكونه حقا له على وجه يتميز من غيره و ان لم يعلمه مفضّلا فلا-يجوز الحلف بالظنّ الحاصل من قول عدل او عدلين او خطّه او خطّ مورثه او نكول الخصم سواء كان الحالف منكرا او مدعيا و قد صرّح بما ذكر فى ير و عد و س و الكشف و الرياض

### منهل اذا علم المنكر بعدم اشتغال ذمته بالحق المدعى عليه بحيث يجوز له الحلف عليه

فهل يجوز له ح النكول تعظيما لليمين و ردّ اليمين على المدعى و الدفع اليه بعد يمينه و ان كان ظالما فى الواقع او لا صرّح بالأوّل فى مجمع الفائده قائلا و فى يمين المنكر لا بدّ من العلم بعدم الحق و الحلف حتى يسقط به فيجوز له ح النكول تعظيما لليمين و ردّ اليمين و اعطاء المدعى و ان كان ظلما و لا يجوز له و فيما ذكره نظر لأنّه قد يستلزمه نكوله حلف المدعى الذى هو

محرم فيكون معينا له على الحرام و هو حرام فالتحقيق ان يق ان لم يكن نكوله موجبا للإعانة على الحرام و لا لحرام اخر كان ما ذكره من الجواز بلا اشكال و ان كان موجبا و مستلزما له ففي جواز ذلك ح اشكال فلا ينبغي ترك الاحتياط

### منهل اذا ادعى عليه بمال في ذمته و لم يكن المدعى عليه عالما بشوته

و لا بنفيه بل كان شاكا فيهما و محتملا لكل منهما ففيه احتمالان احدهما انه يلزم المدعى عليه الحلف على نفى العلم و قد نبه عليه في مجمع الفوائد بقوله و يحتمل الاكتفاء في الاسقاط بيمينه على عدم علمه بذلك للأصل و عدم ثبوت ما تقدم و التأمل فيه تم و اورد عليه في الرياض قائلا- ما احتمله بعض المتأخرين من الاكتفاء ح بالحلف على نفى العلم محل تأمل لعدم الدليل عليه و عدم الدليل على نفيه غير كاف بعد ملاحظه الاصل عدم انقطاع الدعوى المسموعه بمثل هذه اليمين سيما و ان تكون مسقطه للبينه لو اقيمت بعدها فيقتصر فيما خالفه على المتيقن من النص و الفتوى و ليس الا- ما كان اليمين على البت لا مط و ليس في النصوص و الفتاوى الداله على سقوطها بها ما يدل على السقوط هنا لما عرفت من ان المتبادر من اليمين على الشى فيهما على البت خاصه و مقتضى ذلك عدم الاكتفاء باليمين على نفى العلم فينحصر قطع الدعوى و سقوطها في رد اليمين على المدعى ان حلف اخذ و ان نكل سقط الدعوى و ما ذكره في الكفايه من ان الظاهر انه لا يجب على ايفاء ما يدعيه إلا مع العلم فسلم اذا اريد فيما بينه و بين الله تعالى و لكن لا ينفع في اثبات كفايته الحلف على نفى العلم في مقام الدعوى و اسقاطها و ان هو الا- عين النزاع جدا و منه يظهر الوجه في منع قوله و يمكن على هذا اه مضافا الى منع كفايه ذلك في الحلف على نفى الاستحقاق المطلق من حيث ان المتبادر منه نفى الاستحقاق و لو في نفس الامر و لا يمكنه الحلف عليه لإمكانه و عدم علمه به انما يوجه له الحلف على عدم تكليفه في الظاهر بالايفاء لا بالحلف على

ص: ٧٤٧

عدم استحقاقه في الواقع و بينهما فرق واضح و بالجملة الاكتفاء بالحلف على نفى العلم في محل البحث وجهه غير واضح سيما مع مخالفته الاصل و لكن يمكن ان يق ان ثبوت الحق على المنكر بيمين المدعى اذا كانت برد الحاكم خلاف الاصل أيضا فيقتصر فيه على المتيقن من النص و الفتوى و ليس الا- ما اذا اراد المنكر اليمين عليه او ردها الحاكم مع نكوله عن الرد من غير دعواه عدم العلم بالحق بل دعواه العلم بنفيه و ليس ما نحن فيه منه قطعا و المسأله محل اشكال لتعارض الاصلين الا ان الظاهر ترجيح عدم الاكتفاء باليمين على نفى العلم لما ذكره القائل من كونه مقتضى ظاهر كلامهم و هو كذلك من حيث حكمهم بعنوان العموم بكون الحلف على المنكر في فعل نفسه على البت مط على نفى كان او اثبات و لا يمكنه ذلك فيما نحن فيه فلا يحلف و لا- يتصور ح قطع الدعوى ألما برد اليمين على المدعى اما من المنكر او الحاكم بعد نكوله عن الرد و لا يمكن ترجيح الاكتفاء بذلك بما ذكره في تعليل الاكتفاء بالحلف على نفى العلم في الدعوى على الغير من عدم العلم بالاكتفاء؟؟ لتأتى ذلك بعينه هنا و ذلك لان اكتفائهم بذلك ثم انما هو من حيث عدم كون المنكر طرفا لأصل الدعوى على الغير بل هو الطرف الاخر لها و انما المنكر طرف دعوى اخرى معه و هي كونه عالما بالمدعى و ثبوته على الغير في الدعوى الاولى فحلفه على نفى العلم حقيقه حلف على نفى ما ادعى عليه القطع في هذه الدعوى فظهر ان حلف المنكر على القطع ابدا حتى بالنسبه الى فعل الغير مط لان ما يحلف عليه ليس الا- ما هو ينكره حقا كان او غيره و يتحصل من هذا ان متعلق الحلف ليس الا- ما تعلق به الدعوى و هو المتبادر من النصوص أيضا و الحلف على نفى العلم فيما نحن فيه ليس حلفا على ما تعلق به المدعى لأن دعواه

ثبوت الحق في ذمته لا- علمه به و لا- تلازم بينهما لإمكان ان يدعى الحق عليه و لا يدعى العلم عليه معتذرا باحتمال نسيانه فح  
يمينه على نفى العلم لا-غيه لا- ربط لها بما تعلقت به الدّعى بالكّليه فكيف يمكن ان يكون بها ساقطه نعم لو ادعى عليه العلم  
بالحق حال الدّعى أيضا اتجه الاكتفاء بالحلف على نفى العلم و سقوط اصل الدّعى بها كما ذكره ح لتركها في الحلف على  
نفى العلم بفعل الغير و لكن الظاهر أنّ مثله في المقامين لا- يسقط اعتبار البيّنه لو اقيمت بعد الدّعى عملا بعموم ما دلّ على  
اعتبارها مع سلامتها عن المعارض فيهما لاختصاص ما دلّ على سقوط البيّنه باليمين بحكم التبادر و غيره باليمين على نفى الحق  
لا على نفى العلم و بالجملة الظاهر فيما نحن فيه حيث لا يدعى عليه العلم المدّعى عدم الاكتفاء بالحلف على نفى العلم بل لا بد  
من ردّ اليمين الى المدّعى و لا محيص في قطع الدّعى من دونه و ثانياً انه يلزم المدّعى عليه الحلف على البت و قد اشار اليه  
في الكفايه فقال مقتضى ظاهر كلامهم انه اذا ادعى عليه بمال في ذمته و لم يكن المدّعى عليه عالما بثبوت و لا بنفسه لم يكف  
حلف المنكر بنفى العلم و لا- دليل على نفيه اذ الظاهر انه لا- يجب عليه ايفاء ما يدعيه الا مع العلم و يمكن على هذا ان يكون  
عدم العلم بثبوت الحق كافيا في الحلف على عدم الاستحقاق لأنّ وجوب ايفاء حقّه انما يكون عند العلم به لكن ظاهر عباراتهم  
خلاف ذلك و ثالثها انه يلزم المدّعى عليه رد اليمين على المدّعى فان لم يرد قضى عليه بالنكول و ان ردّ و حلف المدّعى اخذ  
و الا حكم عليه بالنكول و هذا هو الّذى صار اليه في الرّياض و المسأله محل اشكال و التحقيق ان يق ان لها صورا منها ان يعلم  
المدّعى و الحاكم مع كون المدّعى عليه صادقا في دعواه من عدم علمه بما يدّعيه المدّعى و يكون صادقا في الواقع أيضا و هنا  
لا وجه لتكليفه بالحلف على نفى العلم لأنّ في الحقيقة تحصيل للحاصل و اما تكليفه بالحلف على البت فهو تكليف له بالحلف  
على الكذب و جعل اصاله براه ذمّته عن الاشتغال سببا لصحة هذا الحلف بحسب ظ الشرع كما جعل اليد المتصرفه سببا لشهاده  
الشاهد بالملكيه و الفراش سببا لشهادته بالنسب مع انّ المعبر في الشهاده العلم القطعي و ان امكن الاّ انه يتوقف على دليل من  
الشّرع و ليس و اما اطلاق الفتاوى الدّاله على

انّ الحلف على فعل نفسه لا بدّ و ان يكون على البت مط و لو كان نفيا ففي شموله لمحلّ البحث اشكال بل الظاهر عدم الشمول  
كما لا يخفى مضافا الى انّ الحلف المفروض لا فائده فيه بحسب الظاهر كما لا يخفى فلم يبق اذا سوى ردّ اليمين الى المدّعى  
فيتعين و لكن قد يمنع من صحّحه هذا الرّد و من افاده حلف المدّعى بعد الرّد عليه حكما مخالفا للأصل لعدم الدّليل عليه أيضا  
لعدم انصراف اطلاق ما دلّ على صحّحه الرّد الى هذه الصّوره مضافا الى كون الرّد المفروض ضررا عظيما و هو منفي بقاعده نفى  
الضرر فلا يبعد ح ان يق بعدم سماع الدّعى ح كما في غير هذه الصوره من الصّور التي لا يسمع فيها دعوى المدّعى عملا  
بالاصول الشّريعه و لا نسلم انه مستلزم للضرر على المدّعى خصوصا اذا اعترف بانّ تركه للاستشهاد على ما يدّعيه من تقصير  
نفسه و كذا لا نسلم اصاله لزوم قطع الدّعاوى لعدم الدّليل عليها و بالجملة الاقرب عندي في هذه المسأله عدم سماع دعوى  
المدّعى و لكن مراعات الاحتياط اولى و اذا ردّ المدّعى عليه الحلف على المدّعى في هذه الصّوره فحلف المدّعى فهل يثبت  
دعواه ح او لا فيه اشكال و لعلّ الاقرب الثاني عملا بالاصول الشّريعه مع المنع من شمول ما دلّ على صحّحه الرّد لهذا الموضع  
على انه قد يمنع من صحّحه اطلاق الرّد هنا حقيقه لأنّ الظاهر منه صوره توجه الحلف على المدّعى عليه كما لا يخفى فتدبر و منها  
ان يعلم المدّعى و الحاكم كذب المدّعى عليه فيما يدّعيه من عدم العلم و يكون كاذبا في الواقع أيضا و هنا لا اشكال في لزوم  
حلفه على البت و مجرّد تصريحه بعدم العلم لا يكون عذرا و ان لم يكن كاذبا عند نفسه فلا يبعد أيضا الحكم بجواز حلفه على  
البت و منها ان لا يعلم المدّعى و لا الحاكم صدقه و لا كذبه و احتملا صدقه و هنا لا يصح الحلف على نفى العلم للأصل و  
عدم كونه ممّا تعلق به الدّعى و هل يصح الحلف على البت فيه اشكال و لكن جوازه لا يخ عن قوّه لأنّ لو لم يحلف على البت

لزم اما الحكم بسقوط الدّعى او الرّد على المدّعى و كلاهما بط اما الأوّل فللزومه الضّرر على المدّعى المحتمل كونه صادقا كما لا يخفى فانحصر الامر فى الحلف على البت و لكن الاحوط ان يورى باطنا ان كان صادقا عند نفسه و منها ان يعلم الحاكم بصدق المدّعى عليه فيما يدّعيه من عدم العلم دون المدّعى و اللازم عمل الحاكم بعلمه فلا يتعرض لهذه الدّعى و منها ان يعلم الحاكم بصدق المدّعى عليه فيما يدّعيه من عدم العلم دون المدّعى و اللازم عمل الحاكم بعلمه فلا يتعرض هذه الدّعى منها ان يعلم المدّعى بصدق المدّعى عليه فيما يدّعيه و لا يعلم الحاكم بذلك و لا يبعد هنا الحكم بسقوط الدّعى أيضا و بالجمله المسأله فى غايه

ص: ٧٤٨

الاشكال لعدم شمول ما دلّ على صحّته الحلف على البت و ما دلّ على صحّته الحلف على نفي العلم و ما دلّ على صحّته الرّد من النّص لجميع صور محلّ البحث فينبغى الرجوع الى ما يقتضيه الاصول و كيف كان فمراعات الاحتياط بالصّيح هو الاولى و الّا حسن

**منهل لو ادّعى المنكر الابراء او الاقباض فقد انقلب مدّعيًا و المدّعى منكرا**

**اشاره**

كما صرح به فى يع و فع و عد و الارشاد و ير و لك و مجمع الفائده و الكفايه و الكشف و الرّياض و لم يشيروا فيه الى خلاف فالظاهر أنّه ممّا لا- خلاف فيه بين الاصحاب و وجهه مع ذلك ظاهر كما صرّح به فى مجمع الفائده قائلًا دليل انقلاب المنكر مدّعيًا اذا سلّم الدّين و ادّعى ابراء ذمّته او اقباضه اياه ظاهر فصار عليه اليّنه و على خصمه اليمين كما فى سائر الدّعاوى و هو ظ و

**ينبغى التنبيه على امور**

**الأوّل يكفى المدّعى الذى صار منكرا هنا الحلف على بقاء الحق**

و لو حلف على نفي ذلك كان آكد لكنه غير لازم كما صرّح به فى يع و عد و ير و الكشف و الرّياض بل الظاهر أنّه ممّا لا خلاف فيه كما صرّح به فى الرّياض قائلًا لو حلف على نفي ذلك كان آكد لكنه غير لازم بلا خلاف ظاهر حتى من الشيخ مصرح به فى بعض العبارات كعباره لك و غيره لكن الاولى ليست بصريحه فى نفي الخلاف نعم ربّما كانت ظاهره فيه حيث لم ينقل الخلاف فيها عن احد و نصّ فيها على أنّ الشيخ المخالف سابقا لم يخالف هنا و لكن جعل الحلف على نفي ما ادّعه بخصوصه احوط

**الثانى صرّح فى ذلك بأنّه لا فرق فى توجه اليمين بهذه الدّعى على المدّعى**

بين ان يكون قد اقام بينه بالحق و عدمه و هو جيد

### الثالث قال فى المسالك و ليس فى هذه الدعوى تكذيب البينه

لأنها يعتمد على الاصل و ظاهر الحال

منهل كل من يتوجه عليه دعوى صحيحه يتجه الجواب عنها بالاقرار او الانكار

### اشاره

لو اقر بمطلوب المدعى الزم به و اذا انكر حلف و يقبل منه و اذا نكل يقضى عليه به اما مط او مع حلف المدعى فكلما يتوجه الجواب عن الدعوى فيه يتوجه مع اليمين على المنكر كما فى بيع و عد و ير و د و ثر و لك و مجمع الفائده و الكفايه و الكشف و لهم اولا ظهور الاتفاق على ذلك و ثانيا ما تبه عليه فى لك من عموم قوله ص و اليمين على من انكر و

### ينبغى التنبيه على امور

### الاول يندرج فى ذلك العتق و النكاح و النسب و الرجعه

و الطلاق و الولاء و حقوق الناس كما فى الكتب المتقدمه و ان اختلفت فى ذكر الامثله و لهم اولا ظهور الاتفاق على ذلك كما يستفاد من الكتب المذكوره لعدم اشارتها الى مخالفه احد من اصحابنا فى ذلك و قد اقتصر فى لك على نقل الخلاف من غيرهم فى ذلك قائلا- و تبه بالامثله على خلاف بعض العامه حيث قال لا- يحلف المدعى عليه فى جميع هذه الابواب التى ذكرناها بناء على ان المطلوب من التحليف الاقرار او النكول ليحكم به و النكول نازل منزله البذل و الاباحه و لا مدخل لهما فى هذه الابواب و آخرون منهم ذهبوا الى ان التحليف انما يجرى فيما يثبت بشاهدين ذكرين الحاقا له بالحدود و ثانيا ما تبه عليه فى لك بقوله بعد ما حكينا عنه سابقا لنا عموم قوله ص و اليمين على من انكر و ثالثا ما نبه عليه فى لك من روايه عاميه داله على ان النبى استحلف فى الطلاق

### الثانى قال فى لك و خرج بقوله يتوجه الجواب فيه حدود الله تعالى

فان الدعوى لا تسمع و لا يطالب الجواب لأنها ليست حقا للمدعى و من له الحق لم يأذن فى الطلب و الاثبات بل اولى امر فيه بالاعراض و الدفع ما امكن

### الثالث قال فى مجمع الفائده اما نفس الظهار و الايلاء

فان ادعتهما المرأه لم يتوجه و لم يلزمه الجواب و انما لها ان تدعى لنفسها ما لها من الحقوق فان ادعاهما الزوج لم يتوجه عليها  
يمين لقبول قوله لإمكان إنشائه لهما كل حين

### منهل اذا ادعى مدع على الوارث بدین علی مورثه المیت و انكره توجه اليه اليمين

#### اشاره

لكن بشروط منها ان يدعى عليه العلم بموت المورث حيث لا يتمكن من اثباته فلو علم المدعى بعدم علم الوارث بالموت و لم  
يمكنه اثباته شرعا لم يصح دعواه معه و لا- حلفه و قد صرح بما فى يع و فع و عد و ير و د و س و لك و مجمع الفائده و  
الكشف و الرياض و لهم اولا- ظهور الاتفاق على ذلك و ثانيا انه مع عدم العلم بالميت يكون المال محكوما بملكته لملكه و  
بعدم جواز تصرف غيره فيه و اذا انكر الوارث ما ادعاه المدعى من عدم علمه بالموت توجه اليه الحلف على انه لا يعلم كما  
صرح به فى يع و عد و س و مجمع الفائده و الكفايه و الكشف و الرياض و لهم اولا ظهور الاتفاق على ذلك و ثانيا ما تبه عليه  
فى لك بقوله فان انكر موت من عليه الذين فمقتضى القاعده انه يحلف على نفي العلم به لأنه شىء يتعلق بفعل غيره كالدين لا  
يق ينبغى هنا الحلف على البت لأن الظاهر اطلاعه عليه و قد حكى فى ذلك التنبيه على ما ذكره عن بعض الشافعيه لأننا نقول ما  
ذكر ضعيف كما نبه عليه فى لك قائلًا بعد الاشاره اليه و يضعف بأنه قد يكون موته فى الغيبه فلا يطلع عليه و اذا تمكن مدعى  
الموت من اثباته شرعا بالاقامه للشهاده المعتبره عليه او بالاقرار فلا يتعين بدعوى اشتراط علم الوارث به بل الشرط ح احدى  
الامرین المذكورين كما صرح به فى فع و الرياض من غير اشاره الى الخلاف اصلا و لعل اطلاق الاكثر اشتراط دعوى العلم  
بالموت محمول على صورته تعذر الاثبات و منها ان يدعى العلم بالحق حيث لا يتمكن من اثباته شرعا فلو اعترف المدعى بعدم  
علم الوارث بالحق لم يصح دعواه معه و قد صرح بذلك فى الكتب المتقدمه بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه بين الاصحاب  
أيضا و وجهه ظاهر و اذا انكر الوارث ما ادعاه توجه اليه الحلف على نفي العلم لما تبه عليه فى لك بقوله لأنه متعلق بموت  
مورثه و اذا نكل عن هذا الحلف فصرح فى لك بأنه يحلف المدعى على البت و صرح بأنه اذا انكر حصول الترتك عنده حلف  
على البت معللا بتعلقه بفعله و هو جيد و منها ان يدعى عليه انه ترك فى يده ما لفلو علم المدعى بعدم ذلك لم يتوجه الدعوى  
معه و قد صرح بما ذكر فى الكتب المتقدمه أيضا بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه بين أيضا اذ الوارث لا يجب عليه وفاء دين  
المورث من ماله بل ان ترك المورث مالا فى يده يفى بالدين و جب عليه الوفاء و الا فلا سواء كان عالما بالدين أم لا كما صرح  
به فى لك بان الظاهر انه مما لا خلاف فيه بين الاصحاب كما صرح به فى الرياض و اذا انكر الوارث ما ادعاه توجه عليه الحلف  
على البت كما صرح به فى يع و عد و س و لك و مجمع الفائده و الكفايه و الرياض لأنه يتعلق بفعل نفسه كما به فى الرياض و  
صرح فى الكشف بأنه احتمال بعض المتأخرين الاكتفاء فيه بنفى العلم و لعل

ص: ٧٤٩

اراد المقدس الأردبيلي فإنه قال فى مجمع الفائده و يمكن أيضا الاكتفاء بنفى العلم فانه فى ثبوت المال تحت يده بما فى نفس  
الامر لم يكلف من غير علمه اذ يحتمل ان يكون فى نفس الامر تحت يده من ماله و لا- يعرفه هو فت و عندى ما ذكره من  
الاحتمال ضعيف و قال فى الرياض لو نكل عن الحلف هنا او فى احد الامرین الذين مضيا رده على المدعى و لو نكل عن الرد  
جعل ناكلا و حكم عليه بمجردة او بعد رد اليمين على المدعى و يؤخذ منه الحق بعد يمينه على اختلاف و انما لم يؤخذ منه

الحق بمجرد ثبوت الأمرين بناء على عدم الخلاف في ان الوارث لا يجب عليه اداء دين المورث من ماله بل ان ترك المورث مالا في يده يفى بالدين او بعضه وجب عليه الاداء و الا فلا سواء كان عالما بالدين أم لا و ما ذكره جيد و

### ينبغي التنبيه على امور

### الأول اذا كان المدعى شاكا في علم الوارث بالموت

او في علمه بالحق او في ثبوت مال تحت يده او في جميع ذلك فهل يصح له الدعوى معه و حلفه ح او لا الظاهر من الكتب المتقدمه

### الثاني و هو المعتمد و اذا ظن بالثلاثة او ببعض منها بنى على سماع الدعوى الظنيه

الثاني قال في المسالك لو ادعى مدع على الوارث بدين على الميت فان وافقه على أنه لا يعلم بالدين او لا يعلم بموت المورث و لم يترك مورثه مالا لم يتوجه عليه الدعوى اصلا و لم يترتب عليها اليمين و كذا لو ادعى بالدين و أطلق و ما ذكره جيد

### الثالث قال في مجمع الفائده على تقدير انكار المتعدد منها

يمكن ان يتجدد الحلف لكل واحد يمين واحده و يمكن الاكتفاء بالواحد بان يجمع مثل ان يقول و الله مالي بموت فلان و ثبوت مالك و ماله عنده و يمكن الاكتفاء بنفى الواحد فقط اذ لو انتفى احدهما يكفي لعدم ثبوت الحق و لزوم شىء فلا اثر لنفى الباقي فإنه لو اقر بهما لا ينفع و جميع ما ذكره عندي حسن

### منهل لا تسمع الدعوى و لا يلزم الجواب عنها في الحدود التي تكون حقا محضا لله عز و جل

كحد الزنى و شرب الخمر اذا كانت مجردة عن البيئه فلا يتوجه اليمين الى المدعى عليه فمن شرط سماع الدعوى ان يكون المدعى مستحقا لموجبها و قد صرح بذلك في ثر و يع و فع و عد و ير و د و س و لك و مجمع الفائده و الكفايه و الكشف و الرياض و لهم و جوه منها ظهور الاتفاق على ذلك كما تبه عليه في الكفايه بقوله لا اعرف خلافا بين الاصحاب في أنه لا تسمع الدعوى في الحدود مجردة عن البيئه فلا يتوجه اليمين الى المدعى عليه اذا كانت حقا لله تعالى كحد الزنا و شرب الخمر و يعضد ما ذكره اولاً- قول الكشف لإطلاق النص و الفتوى أنه لا يمين في حد و ثانيا قول الرياض و اعلم ان من شرط سماع الدعوى ان تكون مستحقا لموجبها فلا تسمع الدعوى في الحدود مجردة عن البيئه و لا يتوجه بها يمين على المنكر بلا خلاف يعرف فيه في الجملة و به صرح في الكفايه و ثالثا قول مجمع الفائده كأنه مجمع عليه و منها ما احتج به في لك و الكفايه و الرياض من ان المستحق للحدود المفروضة و هو الله تعالى لم يأذن في الدعوى بل ظاهره الامر بخلاف ذلك من الستر و الاخفاء و الكف عن تتبع معايب الناس قد ورد تحريم الغيبه و حد المدعى عند عدم الشهود و الامر بدرء الحدود و الشبهات و بالتوبه عن موجب تلك الحدود من غير ان يظهره للحاكم و أنه لا شفاعه و لا كفاله في حد و يعضد ما ذكره قول مجمع

الفائدة فان المدعى هنا هو الله تعالى و هو يحب الستر و العفو و الصفح فأنه السِّتار و العفو و الغفور و يوجد أيضا تعليم الانكار عنه فيمن اقر بالزنا لعلك قبلته و امثاله كثيره و كون كتمان الذنب محبوا لله تعالى واضح فلا ينبغي الدعوى و الاشهاد نعم اذا ظهر شرعا بحيث لا- يمكن انكاره و تاويله يجب الحد و منها ما احتج به في الرّياض من الاصل و اختصاص ما دلّ من النصّ و الفتوى على ان اليمين على من انكر بالمنكر لما عدا الحد من الحقوق الماليه و نحوها ممّا يستحقها المدعى الى الله تعالى قد تبه على الاصل الذي ذكره في مجمع الفائده أيضا و منها ما تمسك به في الرّياض أيضا قائلا يدلّ على ذلك المرسل كالصّحيح بابن ابي عمير المروي في باب الحدود في اواسط باب حد الفريه منه و في الكافي في الكتاب المذكور أيضا لكن بسند فيه سهل بل قيل ثقّه و ارسال و هو مجبور بابن ابي نصر المرسل له مضافا الى انجبار الامرين كالإرسال ان اوجب الضعف بالعمل و فيه اتى رجل امير المؤمنين ع برجل فقال هذا قد زنى و لم يكن له بينه فقال يا امير المؤمنين ع استحلفه فقال على ع لا يمين في حدّ و يعضد ما ذكره ما تبه عليه في مجمع الفائده بقوله بعد الاحتجاج بالخبر المذكور على المدعى و لا يضر ارساله و لا وجود سهل بن زياد الضعيف فلذلك يخصص به الخبر المستفيض و هو ظاهر فيما هو حقّ الله المحض و كأنه المجمع عليه و يعضد ما ذكره ما تبه عليه في مجمع الفائده بقوله بعد الاحتجاج بالخبر المذكور على المدعى و لا يضر ارساله و لا وجود سهل بن زياد الضعيف و بذلك يخصص به الخبر المستفيض و هو ظاهر فيما هو حقّ الله المحض و كأنه مجمع عليه و منها ما تبه عليه في الرّياض بقوله و في خبر اخر لا يستحلف صاحب الحدّ و منها ما تبه عليه في الرّياض أيضا بقوله و في ثالث مروي في اخر باب الزيارات من هذا الكتاب ان رجلا- استعدى عليّ ع على رجل فقال انه افتري على فقال للرجل فعلت ما فعلت فقال لا فقال ع للمستعدى الك بينه قال فقال ما لي بينه فاحلفه لي فقال ع ما يمين هذا و منها النبوى الذي تبه عليه في المسالك لا يمين في حد

**منهل هل تسمع الدعوى في الحد الذي هو حدّ مشترك بين الله عزّ و جلّ و بين عباده مجردا على البيته**

**اشاره**

فيتوجه اليمين على المنكر او لا- فتكون كالحّد المختص به تعالى في عدم توجه اليمين الى المنكر اختلف الاصحاب في ذلك على قولين احدهما أنّها لا تسمع و هو للسّرائر و يع و فع و د و عد و ير و لك و الكفايه و الرّياض و قال فيه هو مذهب الاكثر بل عامه من وقفت على كلامه ممّن تاخر عدا الشّهد في س فقد استحسّن قول الشيخ و ثانيهما أنّها تسمع و هو للمحكي في لك و الكفايه و الرّياض عن الشيخ في ط و يظهر من س المصير اليه للأولين وجوه منها ما تبه عليه في يع و ير و عد و لك و الكفايه و الرّياض هذا من عموم قوله ص لا- يمين في حد فان النكره المنفيه تفيد العموم كما تبه عليه هنا في لك لا- يق الروايتان المتضمنتان للعموم المذكور ضعيفتان سندا بالارسال كما تبه عليه في لك فلا تصلحان للحجّيه لأننا نقول لا نسلم ذلك اما اولا فلما تبه عليه في الرّياض و قد تقدّم اليه الاشاره و لذا صرّح في مقام اخر بأنّه لا ضعف في سند المتضمن للعموم المذكور بارسال و لا- غيره و امّا ثانيا فلانجبار ضعف السّند هنا بالشهره العظيمه التي لا يبعد معها دعوى شذوذ المخالف و لا يق هما ظاهران فيما هو حقّ الله

ص: ٧٥٠

المحض كما صرّح به في مجمع الفائده لأننا نقول ذلك مم كما تبه عليه جماعه و منهم صاحب الكشف و لا يق العموم المذكور



معارض بعموم النبوى المشهور و اليمين على من انكر كما تبّه عليه فى مجمع الفائده بقوله و اما اذا كان فيه حق الناس أيضا مثل القذف فينقل عن المبسوط انه تسمع الدعوى فيمكن القول به مع العمل بقوله ع فلا يمين فى حدّ لكن مع تخصيص الحد بحد الله المحض لعموم اليمين على من انكر و ترجيح جانب حقوق الناس فالعمل به لا يمينع من القول به لأننا نقول يجب هنا ترجيح عموم قوله ع لا- يمين فى حد لا اعتضاده بالشهره العظيمه و غيرها ممّا سيأتى اليه الاشاره مع كون التعارض بين المتعارضين هنا من قبيل تعارض العمومين من وجه بل قد يدعى أنّ قوله ع لا يمين فى حدّ اخصّ مط فلا اشكال فى لزوم ترجيحه ح كما لا يخفى و منها ما صرح به فى مجمع الفائده قائلا اذا ادعى احد على شخص حدّا من حدود الله اى صدر منه ما يوجب ذلك مثل الزنا و الشرب و انكره المدعى عليه لا يتوجه عليه اليمين كما لا يتوجه فى سائر الدعاوى لا تسمع مثل هذه الدعوى الا مع البيّنه بل يحد مدّعيه لو ادعى بحيث يكون موجبا لذلك على ما هو المقرّر و يدل عليه آيه حد القذف و اخباره حيث دلّت على أنّه اذا لم يأت القاذف بالزنا باربع شهداء يجلد ثمانين جلده و كذا الشهود اذا لم يكمل عددهم المعتبر و يشعر به ادرءوا الحدود بالشبهات و الاصل عدم اليمين و اشار بقوله و يدلّ عليه آيه حد القذف الى ما نبه عليه فى الكفايه بعد اشارته الى القول الثانى قائلا و فيه اشكال لعموم قوله تعالى وَ الَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً و قد صرح فى مجمع الفائده بدلاله هذه الآيه الشريفه على المدعى هنا فى مقام اخر قائلا و هو ظاهر قوله وَ الَّذِينَ يَزْمُونَ الْآيَةَ عَلَىٰ مَنكَرِ الزَّانَا بَلْ يَثْبِتُ الْحَدَّ عَلَى الْقَازِفِ و عدم البيّنه و لا يحتاج الى يمين المقذوف و لا يسقط بردها الى القاذف كما قاله الشارح فأنه رتب الحدّ على مجرد القذف و عدم الشهود فافهم و يعضد ما ذكره اولا ما تبّه عليه فى الرّياض قائلا بعد الاشاره الى القول الثانى و استشكله الماتن فى يع و الفاضل فى عد لعدم قوله ع لا يمين فى حدّ و يعضد خصوصا ما مر من النصوص و لا ضعف فيه بارسال و لا غيره كما عرفته مضافا الى عموم ما دلّ على حدّ المفترى من الكتاب و السنّه و الاجماع و سقوطه بحلف القاذف بعد رد اليمين اليه غير معلوم فيستصحب فعدم السّماع هنا و ثانيا ما تبّه عليه فى الكشف بقوله بعد الاشاره الى القول الثانى و فيه نظر من حيث اطلاق النّص و الفتوى انه لا يمين فى حد و من حيث تعلق حد القذف فى الكتاب و السنّه به مع عدم الاتيان بالمشهور و خصوصا مرسل البيزنطى لفهم المسأله بطريق الاولى و للآخرين عموم ما دلّ على ان اليمين على المنكر و لا يعارضه عموم ما دلّ على نفى اليمين فى الحد كما تبّه عليه فى ص بقوله قال الشيخ لو طلب القاذف يمين المقذوف اجيب ليثبت ان حلف و الا فلا و هو حسن لتعلقه بحق الادمى و نفى اليمين فى الحد اذا لم يتعلق به حق آدمى و ما ذكره ضعيف لما تقدم اليه الاشاره فاذن الاقرب هو القول و

**ينبغى التنبيه على امور**

**الاول قال فى لك و الكفايه و الرّياض فرع الشيخ على قوله انه لو ادعى عليه انه زنا**

لزمه الجواب عن دعواه و يستحلف على ذلك فان حلف سقطت الدعوى و لزم القاذف الحدّ و ان لم يحلف ردّت اليمين على القاذف فيحلف و يثبت الزّنا فى حقّه بالنسبه الى سقوط حدّ القذف و لا يحكم عليه الزّنا لأنّ ذلك حق الله تعالى محض

**الثانى اعلم ان موجب السرقة امران**

احدهما حق الادمى و هو المال و الثانى القطع بشرط و هو حق الله تعالى و لا ملازمه بينهما فاذا ادعاها مدّع على آخر مجردة عن البيئه سمعت الدّعوى بالنسبه الى حق الادمى و يترتب عليه موجه من اليمين و القضاء بالنكول او مع ردّه على المدّع على الخلاف و لا تسمع فيما يتعلق بالحدّ الا مع البيئه لان حدود الله تعالى لا تثبت باليمين و قد صرّح بما ذكرناه فى يع و عد و ير و د و س و لك و مجمع الفائده و الكفايه و الكشف بل الظاهر أنّه ممّا لا خلاف فيه

### الثالث لو اقام شاهدا واحدا على السرقة

و حلف ثبت المال دون القطع كما صرّح به فى يع و عد و ير و الكشف بل الظاهر أنّه ممّا لا خلاف أيضا

### الرابع لا شبهه فى سماع الدّعوى فى الحدود مط

مع البيئه

### منهل لو كان للمدّعى بيئه فاعرض عنها

### اشاره

و التمس يمين المنكر او قال اسقطت البيئه و قنعت البيئه جاز و هل يجوز له الرجوع فى اقامه البيئه ح او لا فيه قولان احدهما أنّه لا يجوز ذلك ح و هو للمحكى عن الشيخ و ثانيهما أنّه يجوز ذلك ح و هو للشرائع و د و ير و س و لك و اختاره فى الكفايه أيضا مدّعيا أنّه اشهر و هذا القول هو المعتمد عندى لوجوه منها أنّ الحق له ثابت فالاصل بقائه و عدم سقوطه حتى يثبت لا يقال ما ذكره معارض باصالة جواز الحلف للمنكر المذمى ثبت بمجرد اعراض المدّعى عن البيئه لأنّه لو جاز له الرجوع الى البيئه لما جاز له الحلف لأننا نقول هذا الاصل متفرع على ثبوت حق المدّعى فيكون استصحاب الاصل اولى من استصحاب الفرع كما ان استصحاب الطّهاره يقدم على استصحاب اشتغال الذمه المشروطه بها و لو بنى الامر على ان استصحاب الاصل لا يقدم لما جاز العمل بالاستصحاب الا نادرا و هو باطل نعم اذا وقع التعارض بين استصحاب الاصل و الفرع و امكن العمل بهما كما فى مسئله الصيد الواقع فى الماء القليل لم يقدم استصحاب الاصل و ليس المفروض منه لعدم امكان العمل بهما معا سلّمنا تكافؤهما فى محل البحث من حيث هما كك و لكن الترجيح مع اصاله البقاء لاعتضاده بفتوى الاكثر و غير ذلك ممّا سيأتى اليه الاشاره إن شاء الله تعالى فت و منها أنّ الاصل عدم قطع الدّعوى يحلف المنكر بعد رجوع المدّعى الى البيئه لا يقال الاصل المذكور معارض بمثله و هو اصاله عدم قطع الدّعوى بيئه المدّعى بعد ذلك أيضا لأننا نقول لا بد ترجيح الاصل المذكور بالمرجّحات المتقدمه فت و منها اطلاق قوله ص البيئه على المدّعى و اليمين على من انكر خرج منه صوره الاعراض و الاسقاط و لا دليل على خروج محلّ البحث منه فيبقى مندرجا تحته فت و منها العمومات الدّاله على لزوم قبول شهاده العدلين و العمل بخبر الواحد العدل فت و

### ينبغى التنبيه على امرين

بل يعمها او صوره وقوعه صرح الأول فى ير و س و هو الاقرب و ان كان الظاهر من اطلاق اكثر العبارات الثانى

ص: ٧٥١

### الثانى لو اقام شاهدا فاعرض عنه و فنع بيمين المنكر

جاز و هل يجوز الرجوع قبل الاحلاف او لا حكى عن الشيخ و الحلّى الثانى و صرح بالأول فى يع و عد و ح و س و غيرها و هو الاقرب

### منهل قد ذكروا مواضع و صورا يصدق فيها المدعى من غير يمين و لا يبينه منها

ما لو ادعى صاحب التّصاب ابداله فى اثناء الحول لينتفى عنه الزّكاه و لم يعلم بكذبه و قد صرح بما ذكر فى يع و عد و س و غايه المراد و لك و مجمع الفائده و الكشف و ما ذكره جيّد و لهم اولا ظهور الاتفاق عليه و ثانيا أنّه حكى فى مجمع الفائده عن بعض دعوى الاجماع عليه قائلا- أنّه ممّا ادعى عليه الاجماع و يعضد ما ذكره تصريح غايه المراد و لك أنّه ممّا صرح به الاصحاب و تصريح الثانى فى مقام اخر أنّه ممّا لا خلاف فيه و ثالثا ما تبه عليه فى غايه المراد و لك بقولهما الوجه فى قبول قوله فى هذا الموضوع أنّ الحق بين العبد و بين الله تعالى و لا- تعلم الا من قبله و منها ما لو ادعى دفع الزّكاه الى المستحق و قد صرح بما ذكر فى ير و مجمع الفائده و غيرها و هو جيّد و لهم اولا ظهور الاتفاق عليه و ثانيا تصريح مجمع الفائده أنّه ادعى عليه الاجماع و يعضد ما ذكره تصريح غايه المراد أنّه ذكره الاصحاب و هو مستفاد من لك و ثالثا أنّه احتج عليه فى لك بنحو ما احتج به فى الصّوره السّابقه و منها ما لو خرص عليه الثمره التى يجب فيها الزّكاه فادعى النقصان و قد صرح بهذا فى يع و ير و عد و س و مجمع الفائده و الكشف بل صرح فى غايه المراد و لك أنّه ممّا صرح به الاصحاب و فى موضع آخر من لك أنّه ممّا لا- خلاف فيه و فى مجمع الفائده أنّه ممّا ادعى عليه الاجماع و احتج عليه فى لك بنحو ما تقدّم اليه الاشاره فى الصّوره الاولى فما ذكره جيّد و منها لو ادعى الذّمى الإسلام قبل الحول فيتخلّص من الجزئيه ان اوجبنا بعد الحول و قد صرح بما فى يع و ير و عد و د و س و غايه المراد و لك و مجمع الفائده و هو المعتمد و لهم اولا أنّه ممّا لا خلاف فيه كما صرح به فى لك و صرح فى موضع اخر منه كفايه المراد أنّه ممّا ذكره الاصحاب و يعضد ما ذكره تصريح مجمع الفائده أنّه قد ادعى عليه الاجماع و ثانيا الوجه العذّى احتج به فى لك فى الصوره الاولى و منها ما لو ادعى أنّه من اهل الكتاب ليؤخذ الجزيه منه و قد صرح بهذا فى لك و حكاه فى غايه المراد عن الشيخ و العلامه و منها ما لو ادعى تقديم الإسلام على الزّنا بالمسلمه حذرا من القتل و قد صرح بهذا فى المسالك أيضا و حكاه فى غايه المراد عن الشيخ و العلامه أيضا و هو جيّد و منها ما لو ادعى فعل الصلاه و الصّيام خوفا من التعزير و قد صرح بهذا فى المسالك أيضا و حكاه فى غايه المراد عن الشيخ و العلامه أيضا و هو جيّد و منها ما لو ادعى العمل المستاجر عليه اذا كان من الاعمال المشروطه بالنيه كالاستيجار على الحجّ و قد صرح بهذا فى المسالك أيضا و حكاه فى غايه المراد عن الشيخ و العلامه أيضا و لكن يظهر منها و من المسالك التامل فى ذلك لقولهما و فيه نظر و منها ما لو ادعى الوليّ اخراج ما كلف به من نفقه و غيرها و الوكيل فعل ما وكل فيه و قد صرح بهذا فى المسالك و حكاه

فى غايه المراد عن بعض قائلًا- كالمسالڪ و فيه نظر و يظهر منه تردهما فى ذلك و ليس فى محلّه بل الاقرب هو قبول قولهما من غير بينه و لا- يمين لوجوه احدها عموم قوله تعالى **إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَيْبٍ فَتَبَيَّنُوا** و هو و ان اختص بصوره عداله الشخصين المذكورين و لكن يلحق صورته فسقهما بها بظهور عدم القائل بالفرق فتأمل و ثانيها ان الظاهر من سيره الاماميه قديما و حديثا تصديق الشخصين المذكورين فيما هو مفوض اليهما من غير مطالبتهما بالبينه حيث لا يعلم بصدقهما و لا كذبهما كما لا يخفى و ثالثها ان مطالبتهما باحد الامرين المذكورين يقضى غالبا الى ترك قبول الولايه و الوكاله لامتناع الناس منها غالبا لتوقفهما على مشقّه عظيمه لا تتحمل عاده خصوصا بالنسبه الى اشراف الناس و ذوى المروات منهم و ترك قبول الامرين المذكورين يقضى الى الحرج العظيم المنفى بالادلّه الاربعه و رابعها خلو النصوص و الفتاوى عن الاشاره الى توقف تصديقهما فيما هو مفوض اليهما على احد الامرين المذكورين مع توفر الدّواعى على ذلك و مسيس الحاجه و خامسها انّ الزام الشخصين المذكورين باحد الامرين المتقدمين حيث

لا- يعلم بصدقهما اضرار بهما و هو منفى بعموم قوله ص لا- ضرر و لا ضرار و سادسها فحوى ما دلّ على تصديقهما من غير مطالبتهما باحد الامرين المذكورين و سابعها انّ الولى و الوكيل محسنان فيما هو مفوض اليهما و قد قال الله عزّ و جلّ **مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ** و من الظاهر ان جواز مطالبتهما باحد الامرين المذكورين مستلزم للسبيل عليهما النفى فى قوله تعالى المذكور كما لا يخفى و هل تصديق الشخصين المذكورين من غير مطالبتهما باحد الامرين المذكورين يختص بصوره فقد المعارض لهما من موكل او مولى عليه بعد بلوغه و رشده و مديون مأمور باداء دينه و لم يقع الترافع عند حاكم الشرع او لا بل يجوز التصديق من غير مطالبتهما باحد الامرين المذكورين مط فيه اشكال بل الاحتمال الاول فى غايه القوه و هل يطالبان ح بالبينه او اليمين فيه اشكال و لكن الاحتمال الاخير فى غايه القوه لا- ثانيهما و ان اليمين ليس عليه الا- اليمين و هل يختص تصديقهما من غير توقف على احد الامرين المتقدمين بصوره الظنّ بصدقهما كما هو الغالب او لا بل يصدقان مط و لو ظنّ بكذبهما فيه اشكال بل الاحتمال الاول فى غايه القوه و منها ما لو ادعى المعير و مالك الدار ملكيه الكنز حيث ينازعه المستعير و المستاجر و قد صرّح فى غايه المراد بدعوى الشهره عليه و منها ما حكاه فى المسالك عن الشيخ و العلامه قائلًا اعلم انّ الشيخ المصنف ذكرا من جمله ما يقبل فيه دعوى مدعيه من غير يمين دعوى ذى الطّعام لم يبقه ألّا لقوّته و ان زاد عليه و فى قول المدعى مع نكول خصمه على القول بالقضاء به و مدعى الغلط فى اعطاء الزائد عن الحق لا التبرع و المحلله فى الوطاء و المراه فيما يتعلق بالحيز و قد صرّح بجميع ما ذكر فى غايه المراد أيضا و صرّح فيها بأنّه يقبل دعوى المراه من غير بينه و لا يمين فى الطهر و العده أيضا و منها ما حكاه فى لك عن بعض قائلًا بعد ما حكينا عنه سابقا قيل و الظئر فى أنّه الولد و منكر السرقة بعد اقراره مره لا- فى المال و مدعى هبه المالك فى القطع و منكر موجب الرجم الثابت باقراره و مدعى الاكراه فيه و الجهاله مع امكانها و مدعى الضروره فى الكون مع الاجنبى مجردين و منكر القذف و منكر ردّ الوديعة فى المشهور و لعل القائل الذى اشار اليه بلفظ قيل هو الشّهاده فى غايه المراد فأنّه صرّح بجميع ما ذكره و صرّح فيها بتصديق دعوى مدعى تقدّم العيب مع شهاده الحال قائلًا و

ص: ٧٥٢

؟؟؟ ضبطها بعضهم بانّ كلما كان بين العبد و بين الله او لا يعلم الاّ منه و لا ضرر فيه او ما تعلق بالحدّ و التعزير و اورد على هذا فى مجمع الفائده قائلًا أنّه منقوض بكثير من الصّور التى عدّها منها و منها ما سيأتى اليه الاشاره ان شاء الله تعالى

و علم بانبات شعر عانتة ان انباته كان بعلاج لا بمقتضى الطبع و السنّ ليتخلص من القتل و يلحق بالذرارى فهل يصدق و يقبل قوله من غير بينه و لا- يمين فتكون هذه الصوره من الصور التى يقبل فيها قول المدعى من غير بينه و لا- يمين او لا- اختلف الاصحاب فى ذلك على اقوال احدها انه يقبل قوله و يصدق من غير بينه و لا يمين و هو للمختلف و الارشاد و س و غايه المراد و لك و مجمع الفائده و ربما يستفاد ممّا حكاه فى لف عن المط قائلا قال الشيخ فى ط لو وقع غلام من المشركين فوجدوه قد انبت و انه لم يبلغ فالقول قوله فان حلف حكم له انه لم يبلغ و يكون فى الذرارى و ان نكل حكمنا بنكوله و انه بالغ فتحصل فى المقابله و عندنا ان المدعى يقتضيه مذهبا ان يحكم فيه بالبلوغ بلا- يمين لان عموم الاخبار ان الانبات بلوغ يقتضى ذلك و ما ذكره قوى و هذا يدل على تردده و الوجه عندى ما قواه اخيرا لأنه حق لله تعالى فيبتنى على التخفيف و ثانيهما انه لا يقبل قوله الا باليمين و هو المدعى صرح به فى ط اولا و ربما يستفاد منه انه مذهب جماعه و قد حكى فى المسالك هذا القول عن بعض بلفظ قيل و ثالثها انه لا يقبل قوله الا مع البينه و قد صار اليه فى يع قائلا اما لو ادعى الحربى الانبات لا بالسنّ ليتخلص من القتل و فيه تردد و لعل الاقرب انه لا- يقبل الا مع البينه و توقف فى المسأله فى غايه المراد و حكاه عن ط قائلا توقف الشيخ فى ذلك بين عدم قبوله اصلا و الحكم ببلوغه بلا- يمين على مدعيه و اختاره المصنف فى لف و بين احلافه على ما ادعاه للقول الاول وجوه منها ما تبه عليه فى غايه المراد بقوله يحتمل القبول لأنه مدع للأصل اذ الاصل عدم البلوغ و قد يناقش فيما ذكره اولا بان الاصل لما اقتضى عدم البلوغ كان اللازم الحكم بعدم صحه دعواه كما فى ساير دعاوى الاطفال فلا يتجه الحكم بالقبول هنا و قد يجاب عما ذكر بان الظاهر اتفاق الاصحاب على صحه الدعوى و أما الخلاف فى توقف تصديقها على اليمين او البينه و عدمه فت و ثانيا بان الاصل المذكور قد يكون معارضا للظاهر و فى الترجيح اشكال و قد يجاب عما ذكر بان الاصل قد يسلم عن معارضة الظاهر له بل قد يكون معتصدا به و ح يجب العمل به فيجب الحكم بعدم التوقف على اليمين او البينه هنا و يلحق صورته معارضة الظاهر له بظهور عدم القائل بالفرق بين الصورتين كما لا يخفى و لا يمكن المعارضه بالمثل هنا كما لا يخفى و ثالثا بان كون الدعوى هنا مطابقه للأصل لا يستلزم عدم توقف قبولها على اليمين بل يمكن الحكم بالتوقف معها كما فى انكار المنكر فتأمل و منها ما تبه عليه فى غايه المراد أيضا بقوله و لان القتل موقوف على تحقق استحقاقه اياه و هو مفقود و الاسترقاق ثابت على تقدير عدم العلم ببلوغه و هو موجود فلا يعدل عما تحقق الى ما لا يعلم سببه و فيما ذكره نظر و منها ما تبه عليه فى غايه المراد أيضا قائلا و لان فائت القتل لا يستدرك بالاحتياط فالاختياط التام فيه اولى و منها ما تبه عليه فى غايه المراد أيضا بقوله و على القول بتقديم قوله يحتمل ان يقى يقدم بلا يمين لان مجرد الدعوى شبهه دارئه لحد القتل فيكون كافيه و يعضد ما ذكره قول لك و الدعوى شبهه دارئه للقتل فيكون كافيه و منها ما تبه عليه فى غايه المراد أيضا بقوله و لان فائت القتل لا يستدرك بالاحتياط فالاختياط التام فيه اولى و لك أيضا و منها ما تبه عليه فى غايه المراد أيضا بقوله و لان اليمين هنا متعذره لأنها يمين من صبى و هى غير مسموعه و يعضد ما ذكره قول لك و لان اليمين هنا متعذره لأنها عين يمين من صبى لأصالة عدم البلوغ و عدم استحقاقه القتل و للقول الثانى وجوه اشار اليها فى غايه المراد قائلا و يحتمل الاحتياج الى اليمين لأنها أقل مراتب اثبات الدعوى لأنه مستحق للقتل ظاهرا فلا يزول بمجرد دعواه قال فلا بد له من مزيل و لأنه احوط و اوثق فى الحكم فح يمكن ان يقى يحلف الان لأنه محكوم ببلوغه ظاهرا و يمكن التاخير الى ان يبلغ فيجلس

الى البلوغ اليقيني ثم يحلف و قد صرح بجميع ما ذكره فى لك أيضا و اورد فى مجمع الفائده على بعض الوجوه التى ذكرها قائلًا وجه عدم القبول أنه يدعى خلاف الاصل و الظاهر فعليه الاثبات و أقل مراتبه اليمين فلا يقبل الا بها و هنا يمكن ذلك لأنه حكم عليه بحسب؟؟؟ البنا بالبلوغ للإنبات هكذا قيل و فيه تامل اذ يلزم من قبول قوله بيمينه عدمه اذ يلزم بعد اليمين الحكم بأنه غير بالغ و ما وقع اليمين من البالغ و من شرط صحتها البلوغ و للقول الثالث ما تبّه عليه فى لك قائلًا و الّذى اختاره المصنف عدم قبول قوله الا بالبينه لوضع الشارع الانبات علامه البلوغ و قد وجدت و دعواه المعالجه خلاف الظاهر فيفتقر الى البينه و لأنه لو كان عدم المعالجه شرطًا لما حلّ قتل محتمل المعالجه و ان لم يدعها الا بعد انتفائها و هو باطل اجماعًا و

### ينبغي التنبيه على امور

### الأول هل يختص قبول قول الصبي المفروض من غير يمين

و لا بينه بصوره محل البحث او يتعدى الى غيرها تبّه على الاول فى س قائلًا لو اوقع منبت عقدا فادعى الانبات ليفسده فالاقرب عدم السماع الا ببينه لمخالفه الظاهر و الفرق مراعات الشبهه هناك لمكان الفضل و الاحسان و القصد و يعضد ما ذكره ما تبّه عليه فى المسالك قائلًا و فى تعدى الحكم الى غيرها كما لو اوقع منبت عقدا و ادعى عليه الاستنابات ليفسده و جهان اجودهما العدم لمخالفته الظاهر و وجود الفارق بمراعات الشبهه الدارته للقتل فى الاول دون الثانى فيتوقف فى هذا على البينه و ما صار الىه هو الاقرب

### الثانى قال فى غايه المراد فان قلنا باليمين فى حال الشك

و حلف تخلص و ان نكل قيل يقتل القضاء بالنكول اذ لا قتل بالنكول بل لتوجه القتل بالكفر مع الاثبات و اليمين كانت مانعه و لم توجد و قيل لأنه لو لا النكول لم يقبل فيكون قتلا بالنكول و لأنه شبهه

### الثالث لا فرق فى قبول الصبي المفروض هنا بين وجود المنازع له و عدمه

و لا بين كونه كون المدعى مباشر المعصيه و عدمه فلا يشرط فى قبول الدعوى عداله المدعى

### منهل لو ادعى الصبي أنه بلغ بالاحتلام

### اشاره

فهل يصدق فى هذه الدعوى من غير بينه و لا يمين او لا فيه احتمالات احدها أنه يصدق ح من غير بينه و لا يمين و قد

صار اليه في لك و حكااه في غايه المراد عن الشيخ و العلامه قائلًا و اعلم ان الشيخ و المصنف ذكرا من جمله ما يقبل فيه دعوى يدعيه من غير يمين دعوى الصبي البلوغ و خصه المصنف بدعوى الاحتلام و ثانيهما انه لا يصدق الا مع اليمين و ثالثهما انه لا يصدق الا مع البيئه و هذا الاحتمال ضعيف كالثاني بل الاقرب هو الاول لظهور الاتفاق عليه و لان الاحتلام لا يمكن اقامه البيئه عليه و لا تعرفنه من غير جهه المدعى غالبا و

## ينبغي التنبيه على امور

### الاول لا فرق هنا بين وجود المنازع للمدعى و عدمه

و لا بين كون المدعى مباشر المعصيه و عدمه فلا يشترط في قبول الدعوى عداله المدعى

### الثاني هل يقبل من الصبي دعوى البلوغ بالسن و الانبات من غير بينه

و لا- يمين او لا- فيه احتمالات احدها انه لا يقبل منه ذلك من غير بينه و لا يمين مطلقا و هو ظاهر غايه المراد و لك و المحكى في غايه المراد عن العلامه و هو الاقرب لأصالة عدم القبول لأنه حكم شرعى فيتوقف على الدليل و حيث لم يظهر يكون مدفوعا بالاصل و لاستصحاب الحجر و عدم جواز التصرف و الاحكام السابقه و للعمومات المانعه من العمل بغير العلم من الكتاب و السنه و يعضد ما ذكره ما فيه عليه في لك في مقام ذكر المواضع التي يقبل فيها قول المدعى من غير يمين و لا بينه بقوله احدها دعوى البلوغ و قيده بعضهم بدعوى الاحتلام اما بالسن فيكلف البيئه لإمكان اقامتها عليه و بالانبات يعتبر و محله ليس من العوره على الاشهر و تقديره هو من مواضع الضروره و حيث يقبل قوله فلا يمين و الا لزم الدور لان اعتباره موقوف على البلوغ الموقوف على اعتباره لا يقال قوله ص الناس مسلطون على اموالهم يقتضى جواز تصرف كل مالك في ملكه مطلقا خرج منه صورته العلم بعدم البلوغ بالدليل و لا- دليل على خروج محل البحث فيبقى مندرجا تحته و اذا اثبت قبول الدعوى بالنسبه الى التصرف في المال ثبت مطلقا اذ لا قائل بالفصل لأننا نقول شمول الحديث لمحل البحث اولا فلعدم صدق لفظ الناس على غير البالغ فاذا شك في البلوغ شك في الصدق و معه لا يمكن الحكم بالشمول و اما ثانيا فلانه على تقدير صدق لفظ الناس على غير البالغ قد يثبت خروجه من العموم المذكور فمع الشك في البلوغ يحصل الشك في الشمول كما لا يخفى فتأمل و لا يقال مقتضى قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ- وَ أَحِلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ صَحْه كل عقد و بيع حتى الصادرين من الاطفال خرج من علم بلوغه بالدليل و لا دليل على خروج محل البحث فيبقى مندرجا تحت العمومين المذكورين و اذا صح الامر المذكوران في الآيتين الشريفتين لزم قبول دعواه مطلقا لأننا نقول خطاب الآيتين الشريفتين لا يتوجه الا الى البالغ لان الاحكام التكليفية من الوجوب و الحرمة و الاستحباب و الكراهه و الاباحه لا يتوجه الى غير البالغ فمع الشك في البلوغ لا يمكن الحكم بالشمول فتأمل و ثانيهما انه يقبل منه ذلك مطلقا و قد حكااه في غايه المراد عن بعض الاصحاب قائلًا و اعلم ان الشيخ و المصنف ذكرا من جمله ما يقبل فيه دعوى يدعيه من غير يمين دعوى الصبي البلوغ و خصه المصنف بدعوى الاحتلام و ثالثهما انه يقبل منه ذلك مجردا من الامر المذكورين حيث يتعذر اقامه البيئه على ما تدعيه و الا فلا

منهل لومات و لا وارث له و ظهر له شاهد بدين و بانه يطلب من فلان كذا

و ينكر ذلك المدعى عليه فان سلف لم يلزمه شىء و ان نكل فان قلنا بالقضاء بالنكول فلا اشكال انه يلزم ذلك و ان لم نقل بذلك فلا- اشكال فى انه لا- يرد اليمين على من لا- يستحق و هل يجبس المنكوح حتى يحلف او يقر او يقضى بالنكول فى خصوص هذا الموضوع صرح بالاول فى المبسوط و احتج فيه على عدم امكان رد اليمين باستحاله يحلف المسلمين و الامام و اختيار ما صار اليه فى التحرير و استشكله فى يع و عد و نبه على وجهه فى الايضاح و لك و الكشف قائلين وجهه ان السجن عقوبه لم يثبت سببها لائن الشاهد لا- يوجب الجنس و المال و زاد الثانى قائلا ينزل هذه الدعوى منزله ما لا يتب فيه فان حلف المنكر او او حكمنا بالنكول و الاوقف الحق لعدم تيسر الحكم الاخير و هو حلف المدعى و مال فى لك الى الاحتمال الاخير قائلا- و لو قبل القضاء و ان لم نقل به فى غيره كان وجهان و خير فى الدروس بين الجنس و القضاء بالنكول و هو فى غايه القوه لعقد الدليل على تعيين احد الامرين المذكورين فانهما يختلفان باعتبار المشقه و الصعوبه و بالاعتبارات المختلفه و

### ينبغى التنبيه على امرين

#### الاول قال فى المبسوط اذا ادعى الوصى على الورثه ان اباهم اوصى للفقراء

و المساكين و انكروا ذلك فالقول قولهم فان حلفوا لسقطت الدعوى و لو يكلوا لم يكن يرد المساكين لا يتعينون و لا يتأتى منهم الحلف فقال قوم يحكم بالنكول و يلزم الحق لأنه موضع ضروره و قال آخرون بجنس الورثه حتى يحلفونه و يعترفوا له و استشكل فى القول الثانى فى يع و عد و وجهه ما تقدم اليه الاشاره و يظهر من لك المصير الى القول الاول و صرح فى التحرير و الدروس بالثانى و لعله احوط و ان كان احتمال التخيير بين القولين لا يخ عن قوه

#### الثانى قال فى ط أيضا اذا مات رجل و خلف طفلا و اوصى الى رجل بالنظر فى امره

و ادعى الوصى دينا على رجل فانكر فان حلف سقطت الدعوى و ان لم يحلف فلا يمكن رده على الوصى لأنه لا يجوز ان يحلف عن غيره فيتوقف الى ان يبلغ و يحلف له و يحكم له و هو الذى يقتضيه مذهبنا و صرح بما ذكره فى التحرير و الدروس أيضا و هو فى غايه القوه

#### منهل قال العلامة فى القواعد و الفاضل الهندي فى الكشف لو احاط الدين بالتركة لم يكن للوارث التصرف فى شىء منها

الا بعد الاداء و الاسقاط او اذن الغرماء و هل تكون التركة على حكم مال الميت او ينتقل الى الوارث الانتقال و تعلق الدين لها تعلق الرهن بالماء المتحدد بين الموت و الاسقاط للوارث و ان لم يحط الدين بالتركة كان الفاضل منها طلقا للوارث له التصرف فيه متى شاء و تعلق الدين بما يساويه منها تعلق الرهن و على تقديرين اى الاحاطه و عدمها المحاكمه للوارث على ما يدعيه لمورثه و على ما يدعى عليه و لو اقام شاهدا بدين له حلف هو دون الديان لانتقال التركة اليه خلافا للشافعى فى احد قوليه فان امتنع فلديان احلاف الغريم لتعلق حقهم بالتركة و ربما لا يحلفه الوارث بتضييع حقهم بان حلف لهم فتبرأ منهم لا من الوارث



لأنه من الديان بمنزله ورثه حلف بعضهم دون بعض فان حلف الوارث بعد ذلك يثبت الدين و كان للديان الاخذ من الوارث ان اخذ و هل يأخذون من الغرائم اشكال من انه لما حلف لهم سقط حقهم لقوله ع من حلف له فليرض و من انه من التركة و هو الاقوى و قد تضمن ما ذكره امورا منها عدم جواز تصرف الوارث فى شىء من التركة حيث يكون الدين محيطا بها الا بعد الأداء او الإسقاط او إذن الغريم و هو جيد و قد ادعى عليه الإجماع فى الإيضاح قائلا جمع الكل على انه إذا مات من عليه الدين يحيط بجميع تركته لا يجوز للوارث التصرف

ص: ٧٥٤

الا- بعد قضاء الدين او اذن الغرماء للآيه و يعضده ما ادعاه اولا قول لك و على القولين يمنع من التصرف الى ان يأتى الدين اجماعا و ثانيا صريح الكشف بدعوى الاتفاق على ذلك و منها جواز تصرف الوارث فى التركة حيث يكون الدين محيطا بها بعد الاداء و الاسقاط و اذن الغرماء به و هو جيد أيضا بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه و يدل عليه مضافا الى ما ذكر عموم قوله ص الناس مسلطون على اموالهم و عموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ - وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ و قولهم عليهم السلام فى عدا اخبار معتبره المؤمنون عند شروطهم و منها انتقال التركة فى صورته احاطه الدين بها الى الوارث و صيرورتها بعد موت المورث ملكا له الا انه يتعلق بها حق للديان كما يتعلق بالرهن الذى هو ملك الراهن و حق للديان و المرتهن و هذا احد القولين فى المسألة و قد صار اليه أيضا فى التحرير و لك و حكى عن المبسوط و فى الرياض عليه الفاضل فى جملة من كتبه و شيخنا الشهيد الثانى و حمله ممن تبعه و القول الاخر انها لا- تنتقل الى الوارث بل تكون فى حكم مال الميت و هو للشرائع و المحكى فى الدروس عن المبسوط و الخلاف فى يع بل نسبته فى الرياض الى الاكثر قائلا عليه الماتن فى يع و الفاضل فى بعض كتبه بل الاكثر كما فى لك و غيره و هو الأصح للأولين ان المال لو لم ينتقل بعد موت مالكة الى الوارث لبقى بلا مالك و التالى باطل فالمقدم مثله اما الملازمة فلا- يمكن ان يكون مالكا اما الميت فانه جماد و الجماد لا يصلح ان يكون مالكا و اما سائر الاحياء فبالضرورة من الدين و اما بطلان الثانى فلقضاء العقل به و لأنه لو لم يكن له مالك لجاز لكل احد تملكه بالحياه و هو باطل قطعا و الى هذا الوجه اشار فى س قائلا و قبل تملكها الوارث و الا بقيت بغير مالك و يعضد ما ذكره و نبه عليه فى الرياض قائلا استدلو على انتقال التركة الى الوارث باستحاله بقاء ملك بغير مالك فانه لا تنقل الى الديان اجماعا كما حكاه جماعه و الميت غير مالك فينحصر المالك فى الوارث و عندى فى هذا الوجه نظر اما اولا فللمنع من الملازمة لإمكان كون الميت مالكا لا غيره و لا دليل على امتناعه فح يجب الحكم بكونه مالكا عملا بالاستصحاب قول الميت جماد اه قلنا لا نسلم كليه الكبرى سلمناها و لكن لا نقول المالك الجسد الذى خرج منه الروح بل المالك هو النفس الناطقه و الروح و الخارج من الجسد و اما ثانيا فللمنع من بطلان التالى لعدم الدليل عليه قولك لقضاء العقل به قلنا هو ممنوع و اى عقل يدل عليه قولك و لأنه قلنا الملازمة ممنوعه لعدم الدليل عليها و للآخرين وجوه منها ما نبه عليه فى الخلاف قائلا اذا مات و حلف و تركه و عليه دين فان كان الدين يحيط بالتركة لم ينتقل التركة الى وارثه و كانت مبقاه على حكم ملك الميت فان قضى الدين من غيرها ملكها الوارث الان و ان كان الدين محيطا ببعض التركة ينتقل قدر ما احاط به الدين منها الى الورثة و لا ينتقل اليهم ما عداه دليلنا قوله تعالى وَ لَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ الى قوله تعالى مِنْ بَعْدِ وَصِيَّتِهِ يُوَصِّى بِهَا أَوْ دَيْنٍ فاخبر ان ذلك لهم بعد الدين و كذلك قوله تعالى يُوَصِّىكُمْ اللَّهُ الْاِيه و قد اجاب عن هذا الوجه فى لك قائلا و و الوجه ارادت الارث المستقل جميعا بين الادله و فيما ذكره نظر كما نبه عليه فى الرياض قائلا- يعضد الاشاره الى الادله الداله على انتقال التركة الى الوارث و لا ينافى هذه الادله على ان الارث بعد

الدين و الوصيه من الكتاب و السنه كقوله تعالى مِنْ بَعْدِ وَصِيَّهِ الْآيَةِ و الصحيح قضى امير المؤمنين عليه السلم فى المقول انه يرثها الورثه اذا لم يكن على القول دين لإمكان حملها على الملك المنفرد و لكنه خلاف الظاهر ثم قال فالاصح عليه الاكثر المتقدمه السليمه عما يصلح للمعارضه و منها ما نبه عليه فى الخلاف أيضا قائلا و لان التركة لو انتقلت الى الوارث لوجب اذا كان فى تركته من يعق على وارثه ان يعق عليه مثل ان ورث الرجل اياه او نبه ببابه كان له اخ مملوك و ابن مملوك فمات الرجل و خلف اخا مملوكا فورثه ابن المملوك فانه لا يعق عليه اذا كان على الميت دين بلا خلاف دل

على ان التركة ما انتقلت اليه و كك اذا كان ابواه او ابنه مملوكا لابن عمه فمات السيد فورثه عن ابن عمه كان يجب ان يعق و يبطل حق الغرماء و قد اجمعنا على خلافه و فيما ذكره نظر منها الاستصحاب و يعضد الشهره المحكيه و فيه نظر و المسأله محل اشكال فلا ينبغى فيها ترك الاحتياط و لكن القول الثانى اقرب و منها فائده النزاع فى الانتقال الى الوارث و عدمه و يعضد ما ذكره اولاً- قول الدروس بعد الاشاره الى القولين المتقدمين و الفائده فى بيعها قبل الايفاء و فى التعلق بالنماء بعد الموت و الذكاه لا- فى المحاكمه و التخيير فى جهه القضاء فانهما ثابتان على القولين و ثانيا قول لك و انما تظهر الفائده فى مثل النماء المتحدد بعد الموت فعلى الاول هو من حملة التركة و يتعلق به الدين و على الثانى يختص بالوارث و فى صحه التصرف فيها بالبيع و ان كانت مراعات و ثالثا قول التحرير لو حصل نماء بعد الموت فالاقرب انه للوارث و منها ان الدين اذا لم يحط بالتركة كان الفاضل منها ملكا طلقا للوارث التصرف فيه متى شاء و قد صرح بهذا فى بيع و التحرير و س و غيرها بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه فهو جيد و منها ان الدين فى صوره عدم الاستغراق يتعلق بما يساويه من التركة كتعلق الرهن و ظاهره ان هذا القدر لا ينتقل الى الوارث و يجبر على القول الاول الانتقال هنا أيضا فهذا محل الخلاف السابق و المختار هنا هو المختار هنا أيضا و منها انه على تقدير الاحاطه و عدمها تكون للوارث لا للغرماء المحاكمه على ما يدعيه لمورثه و على ما يدعى عليه و قد صرح بهذا فى الشرائع و النافع و التحرير و الدروس و لك و الرياض و هو جيد و لهم على ذلك اولا ظهور الاتفاق عليه كما نبه عليه فى الرياض قائلا- لو ادعى الوارث على غيره سمعت دعواه مطلقا سواء كانت على المورث دين يحيط بالتركة او لم يكن بلا خلاف ظاهر و لا محكى

ص: ٧٥٥

من القائل بعدم انتقال التركة الى الوارث و انها باقيه على حكم مال الميت مع احاطه الدين بها و ثانيا ما نبه عليه فى الشرائع و التحرير بقولهما لأنه قائم مقام مورثه و زاد الثانى قائلا فاذا ثبت له حق تعلق به حق الديان و يعضد ما ذكره قول لك لأنه اما مالك او قائم مقامه و من ثم لو ابرأ الغرائم من الدين صارت التركة ملك الوارث فهو مالك لها بالقوه او بالفعل و صرح فى الرياض بان فى هذا الوجه اشكالا و ثالثا ما نبه عليه فى الرياض قائلا بعد الاشاره الى الحكم المذكور و لا اشكال فيه على القول بالانتقال لأنها على هذا التقدير ماله فيسمع منه الدعوى على اثباته و ان منع من التصرف فيها الى ان الدين اجماعا كما فى الايضاح عملا بالعمومات او الاطلاقات على سماع الدعوى من كل من يستحق المدعى و حجره عن التصرف الى الرفاء غير واقع كما ان حجره فى امواله المرهونه او المحجور عليه فيها غير مانع من سماع الدعوى فيها و اما على القول الاخر الذى عليه الشيخ فى ط و ف فوجهه بعد الاتفاق عليه على الظاهر ما ذكره من ان الوارث قائم مقام المورث و من ثم لو ابرأ الغريم من الدين صارت التركة ملك الوارث فهو مالك بالقوه و فى هذا الوجه اشكال و العمده هو الوفاق و منها انه لو اقام الوارث شاهدا بدين له لحلف هو دون غيره و قد صرح بهذا أيضا فى لك و الرياض و هو جيد و صرحا أيضا بانه لو رد الغريم الحلف كان هو

الحالف أيضا و هو جيد أيضا و منها انه لو امتنع الوارث من الحلف ح فللديان احلاف الايضاح أيضا و هو جيد حيث يعلم الغريم باشتغال ذمه المدعى عليه للميت و صرح فى الايضاح بانه اذا حلف الوارث بعد ذلك اخذ الدين فيكون ح لمن له دين اخذه من الوارث اذا لم يكن له مال اخر غيره لأنه تركه الميت و كل تركته يتعلق بها الدين التى عليه و هو جيد أيضا ثم قال ان لم يأخذ الوارث فهل الغريم اعنى الذى له الدين على الميت الاخذ من الغريم أم لا استشكله شيخنا و منشأ الاشكال من انه تركه فيتعلق به حق الغرماء و من حيث ان اليمين قاطعه للدعوى على الحلف لقوله ع و من حلف له فليرض الحديث و ثبوت الدين بالشاهد و يمين الوارث ظاهر لا يستلزم ثبوته فى نفس الامر و انما استلزم استحقاق الوارث اخذه ظاهرا و الاقوى عندى جواز استعائهم من الغرائم لثبوت استحقاق الوارث شرعا و هو مقر بانه تركه للميت فالأخذ من الوارث لا منه و هو جيد أيضا

### منهل هل يجوز و يصح الحكم و القضاء على الغائب عن البلد المسافر سفرا شرعا يجب فيه القصر

#### اشاره

فاذا ادعى المدعى دينا مثلا على هذا الغائب و اقامه بينه مقبوله شرعا على صحه دعواه حكم الحاكم على ذلك باشتغال ذمته بذلك الدين او لا يجوز و لا يصح ذلك بل يجب الصبر حتى يحضر الغائب المدعى عليه مجلس القضاء المعتمد هو الاول و قد صار اليه فى الخلاف و الشرائع و النافع و عد و التحرير و الارشاد و الايضاح و الدروس و اللمعه و غايه المراد و ضه و الكفايه و الرياض و لهم وجوه منها ظهور الاتفاق على جواز ذلك و صحته و منها انه صرح فى الخلاف بدعوى الاجماع على ذلك قائلا ان القضاء جائز بلا خلاف و لكن هل يصح مطلقا من غير ان يتعلق بحكم حاضر أم لا عندنا يجوز مطلقا و عندهم لا يجوز دليلنا اجماع الفرقه و اخبارهم و يعضد ما ذكره اول قول غايه المراد و لك و الكفايه مذهب اصحابنا جواز القضاء على الغائب فى الجملة و ثانيا قول مجمع الفائده و الذى يظهر عدم الخلاف فيه من الغائب مسافه عدوى و من يتعذر حضوره لا غير فان ثبت عليه اجماع فهو كك و الا- فلا- ينبغى الحكم فيه أيضا و ثالثا قول الرياض يجوز ان يقتضى على الغائب عن مجلس الحكم مع قيام البيئه عليه بالحق و بيع ماله و يقضى دينه و يكون الغائب على حجه اذا قدم بلا خلاف عندنا فيه بل ظاهر الشهيدين فى الكك و لك و غيرهما ان عليه اجماع الاماميه و هو الحجج و منها ما تمسك به فى غايه المراد و لك من ان النبى ص قضى على الغائب فعليه فيكون جائزا اما الاول فللخبرين احدهما ما ذكره فى ف متمسكا به على المدعى و قال كان اذا حضر عند النبى ص خصمان فتواعد الموعد فوفى احدهم و لم يف الاخر قضى للذى و فى على الذى لم يف و نبه فى الخلاف و لك على وجه الدلاله قائلين المراد به مع البيئه لاستحاله الحكم بمجرد دعواه و ثانيهما ما ذكره فى غايه المراد و لك و الرياض و ادعى فى الشافى انه مستفيض المرسل ان النبى ص قال لهند زوجه ابى سفيان و قد قالت ان ابا سفيان رجل صحيح لا يعطينى ما يكفينى و ولدى خذى ما يكفيك و ولدك بالمعروف قال فى لك و كان ابو سفيان غائبا عن المجلس و فيه حجه لنا عليهم فى عدم اشتراط؟؟؟ غبه بمسافه العدوى و لا غيرها لان ابا سفيان كان حاضرا بمكه و اما الثانى فلانه لا اشكال و لا شبهه فى ان فعله ص حجه ناهضه باثبات الاحكام الشرعيه حيث يدل عليها كقوله ص لا يقال يمنع المقدمه الاولى فان الخبرين المذكورين ضعيفان سندا فلا يصلحان للحججه و لا لإثبات مخالف للأصل كما اشار اليه فى مجمع الفائده قائلا دليل الجواز الخبر المشهور بينهم ان هذا زوجه ابى سفيان اه و نقل ان ابا سفيان كان حاضرا فى البلد و فيه احكام كثيره فافهم أيضا دلالتة على الظاهر و سنده بعد تسليم دلالتة غير واضح لأننا نقول ضعف السند هنا غير قادح لانجباره بفتوى الاصحاب و لا يقال لا نسلم دلالة الخبرين على المدعى لان غايتهم ان النبى كان يحكم على الغائب و هو اعم من المسافر المفروض و الخاص فى البلد و العام لا دلالة له على

الخاص بشيء من الدلالات و لا- يمكن ان يقال ان الخبرين يدلان على ثبوت الحكم في جميع افراد الغائب لان غايتهما نقل فعل وقع في الخارج و هو لا يكون الا واحدا فلا عموم لها و لذا ذهب المحققون ان الفعل مجمل و لا عموم له لأننا نقول الغائب المفروض في الخبرين اما ان يكون هو الغائب المفروض في محل البحث او غيره فان كان الاول فدلالتهما على المدعى في غايه الوضوح و ان كان الثاني فيلزم منه ثبوت الحكم في محل البحث اما لعدم العامل بالفصل بين الامرين او لان ثبوته في غيره يستلزم ثبوته منه بطريق اولي مع ان الروايه الاولى ربما تدل على العموم بالالتزام العرفي لان الظاهر منها الاشاره الى السجيه و الطريقه

ص: ٧٥٦

لا مجرد نقل الفعل و حكاية القضية و ذلك يفيد العموم عرفا بالدلاله الالتزاميه فتدبر و لا يقال لعل ذلك من خواص النبي ص فلا يتعدى الى غيره لأننا نقول هذا الاحتمال ضعيف اما اولاً فلان الظاهر بل المقطوع به انه لا قائل بالقرينيه و بين في غير ذلك و اما ثانياً فلان الاصل الاشتراك لأنه الغالب و اما ثالثاً فلعموم ادله جواز الناس من نحو قوله تعالى في رَسُولِ اللَّهِ أُسْوَةٌ حَسَنَةٌ و منها ما تمسك به في غايه المراد و لك و الكفايه و الرياض من خبر جميل بن دراج عن جماعه من اصحابنا عنهما عليهما السلام قال الغائب يقضى عليه اذا قامت عليه البيه و يباع ملكه و يقضى عنه دينه و هو غائب و يكون الغائب على حجه اذا قدم لا يقال هذه الروايه ضعيفه السند فلا تصلح للحجيه كما اشار اليه في مجمع الفائده قائل سند غير واضح للإرسال و غيره من الجهل بحال جعفر بن محمد بن ابراهيم و محمد بن نهيك مع عدم العموم المدعى و هو ظ و ان كان منقولاً بسند واضح الى جمل مثله و لكن لم يفهم الاستناد اليه فانه يحتمل الارسال و الاستناد اليهما لأننا نقول الضعف هنا غير قادح كما تقدم اليه الاشاره وقع هذا فقد قال في الكفايه و الحججه على جواز ذلك غير واحد من الاخبار من طريق العامه و الخاصه منها ما رواه الشيخ عن جميل بن دراج عن جماعه من اصحابنا و في الحسن عن جميل مثله هنا و في الرياض احتمل صحه سند الروايه بعد الحكم باعتباره و منها ما تمسك به في غايه المراد و لك قائلين و لأنه كسماع البيه و منها ما تمسك به في الايضاح قائلان يجوز ان يقضى على من غاب عن مجلس القضاء مطلقاً اي سواء كان في البلد او لا و ان كان في البلد سواء امكن ظاهر احضاره او لا و اذا كان غائباً سواء كان مسافه او أقل من مسافه لأنه اما منكر او مقر فان كان منكراً فالبيه قد قامت عليه و ان كان مقراً فالبيه مؤكده لإقراره فعلى كل تقدير يحكم عليه و

**ينبغي التنبيه على امور**

**الاول هل يلحق بالغائب المفروض كل غائب عن البلد**

سواء كان مسافراً لا- يجب عليه القصر او لم يكن مسافراً كمن كان في القرى المتباعده عن البلد بمقدار ثلث فراسخ او دون ذلك او لا المعتمد هو الاول فالغائب عن البلد يجوز القضاء عليه مطلقاً و ربما يستفاد من المحكى في الكشف عن ابن سعيد خلافه و هو ضعيف

**الثاني يلحق بالغائب عن البلد حاضر فيه اذا تعذر عليه الحضور**

او تعذر احضاره بامتناعه فيقتضى عليه مع عدم حضوره كما في الشرائع و النافع و التحرير و الارشاد و القواعد و الدروس و اللمعه و ضه و لك و الكفايه و الرياض بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه كما اشار اليه في لك قائلا ان كان غائبا عن البلد قضى عليه باتفاق اصحابنا سواء كان بعيدا أم قريبا و كذا لو كان حاضرا في البلد و تعذر حضوره مجلس الحكم اما فاصلا او لتعارض و يعضد ما ذكره اولا- قول الكفايه ثم ان الغائب عن البلد قضى عليه سواء كان قريبا او بعيدا لا اعلم خلافا بينهم و نقل بعضهم الاتفاق عليه و يدل عليه الخبر المذكور و كذا لو كان حاضرا في البلد و تعذر عليه الحضور في مجلس الحكم و ثانيا قول الرياض و اطلاق العبارة و نحوها من عبارات الجماعه يقتضى عدم الفرق في الغائب بين كونه غائبا عن البلد او حاضرا فيه متعدرا عليه حضور المجلس أم لا و لا خلاف فيه في الاول مطلقا سواء كان بعيدا او قريبا و كذا في الثاني اذا كان الحضور عليه متعدرا بل عليه الوفاق و الاجماع في غير

### **الثالث هل الحاضر في البلد الغير الممتنع من الحضور المتمكن منه يلحق به أيضا**

فقضى عليه من غير اعلامه و مع حضوره او لا فلا يقضى عليه مع عدم حضوره اختلف الاصحاب في ذلك على قولين احدهما انه يجوز القضاء عليه و هو للشرائع و النافع و الارشاد و التحرير و القواعد و الايضاح و الدروس و اللمعه و لك و ضه و الكفايه و الكشف بل صرح في لك و الكفايه بانه المشهور و يعضد ما ذكره قول الرياض ذهب اليه الفاضلان و الشهيدان و فخر الدين و غيرهم من متأخري اصحابنا بحيث كان ان يكون ذلك اجماعا بينهم و ثانيهما انه لا يجوز القضاء عليه و هو المحكى في جملة من الكتب من المبسوط و ربما يستفاد من مجمع الفائده المصير اليه و قد صار اليه الكاشاني في المفاتيح للأولين وجوه منها ما صرح به في غايه المراد و لك و الكفايه من عموم الادله الداله على القضاء من غير تفصيل و قد نبه على ما ذكره في الكشف قوله دليل المختار عموم النص و انتفاء الضرر و قد يناقش فيما ذكره بانه ان اريد من ذلك عموم ما دل على جواز القضاء على الغائب فلا يسلم شمول شيء مما دل عليه لمحل البحث اما الاجماع المحقق فلان غايه ما علمناه من الاجماع بحسب الظاهر هو جواز القضاء على الغائب في الجملة و اما المنقول منه فلان غايه ما ثبت من العبارات الحاكيه له الجواز في الجملة لا مطلقا أيضا و مما يثبت على ذلك قولهم في الجملة و اما الخبران المتضمنان لفعل النبي صلى الله عليه و آله فلان الفعل لا عموم له كما نبه عليه في الرياض قائلا قالوا لعموم الادله و لم اقف عليه عند الروايات المتقدمه و لا عموم في الاخيريه منها بعد تسليم سندها اعلى اصل الحكم في المسأله لأنها قضيه في واقعه و فيما ذكره نظر فتأمل و اما خبر جميل فلما نبه عليه في الرياض بقوله و لفظ الغائب فيما عداها و ان كان مطلقا الا ان المتبادر منه الغائب عن البلد خاصه و قد صرح بما ذكره في المفاتيح أيضا و ان اريد من ذلك العمومات الداله على صحه القضاء مطلقا فهو ممنوع أيضا كما نبه عليه في الرياض أيضا قائلا بعد ما حكينا عنه سابقا اللهم الا ان المراد من الادله المستدل بعمومها ما دل على لزوم الحكم بالبينه مع عدم مانع لها بالكلية لان الغائب ان كان منكرا فالبينه قامت عليه و ان كان مقرا فالبينه مؤكده لإقرار فعلى كل تقدير لا مانع من الحكم و هذا أيضا لا يخ عن نظر و فيما ذكره نظر فتأمل و منها نبه عليه في غايه المراد بقوله و لان المقتضى في القضاء على الغائب موجود فيه

و قد يناقش فيما ذكره بالمنع من الاشتراك في العله بل الفرق بين الغيبه و الحضور في غايه الوضوح غالبا فلا يمكن الاحتجاج

على اتحاد الحكم فى الموضوعين بشىء من افراد القياس و لا يتضح المناط فتأمل و منها الشهره العظيمه التى لا يبعد معها دعوى شذوذ المخالف بل مخالفه المقدس الأردبىلى غير محققه و الكاشانى لا عبره بقوله وافق او خالف و للآخرين وجوه أيضا منها ما نبه عليه فى المبسوط قائلا فاما اذا كان فى البلد غير ممتنع من الحضور فهل له ان يقضى و هو غائب عن مجلس الحكم أم لا قال قوم له ذلك لأنه غائب عن مجلس الحكم و الصحيح انه لا يقتضى عليه لأنه مقدور على احضاره و القضاء على الغائب انما جاز لموضع الحاجه و تعذر احضاره و فيما ذكره نظر و منها ما حكاه فى غايه المراد و لك قائلين و قال الشيخ فى ط لا يحكم عليه لأنه ربما وجد مطعنا و مدفعا و جاز فى الغائب للمشقه تطول انتظاره و قد يجاب عما ذكر اولاً بان مدفع بما سيأتى اليه الاشاره من ان الغائب المحكوم عليه على حجه اذا قدم فاذا وجد مطعنا و مدفعا جاز له الاظهار و ثانياً بعدم صلاحيته لمعارضه ادله الجواز كما لا يخفى و المسأله محل اشكال فلا ينبغى فيها ترك الاحتياط و هو انما يحصل بمراعات القول الثانى اذا يتعين القضاء كما صرح به فى الرياض نافيا عنه الريب و لكن القول الاول فى غايه القوه نظرا الى اطلاق خبر جميل بعد ظهور فهم الاكثر منه العموم مع امكان منع التبادر المتقدم اليه الاشاره فتأمل مضافا الى امكان دعوى ظهور الروايتين المتضمنتين لفعل النبى ص فى صورته حضور البلد الاعم فتأمل ثم لو سلمنا عدم نهوض جميع ما ذكر لإثبات المدعى فنقول يكفى فى اثبات الشهره العظيمه التى لا يبعد معها دعوى شذوذ المخالف بناء على المختار من اصاله حجه الظن السليمه عما يصلح للمعارضه كما بيناه فى الاصول و بما ذكر يدفع اصاله عدم صحه القضاء على الغائب و اما قاعده نفى الضرر فلا تصلح لإفاده المنع و ان توهمه فى مجمع الفائده و ذلك لما سيأتى اليه الاشاره ان شاء الله تعالى من ان الغائب على حجه اذا حضر لان ذلك يمنع من ترتب الضرر على المدعى كما لا يخفى

#### **الرابع صرح فى النافع و الدروس و ضه و الرياض بان الغائب يقتضى عليه**

ثم هو على حجه اذا حضر و أطلق فى الشرائع و التحرير و عد و الارشاد و الايضاح و اللمعه و لك و الكفايه و الكشف جواز القضاء على الغائب و لم يصرحوا بما صرح به الاولون و الاقرب عندي ما هم عليه من ان الغائب على حجه اذا حضر لعموم ما دل على نفى الضرر و الحرج و لان لزوم القضاء مطلقا موجب للمفاسد العظيمه و هى منتفيه شرعا و لخبر جميل المتقدم و لا يقدح فيه ضعف سنده اما اولاً فلانه وصفه فى الكفايه بالحسن و الحسن حجه عندي و اما ثانياً فلما كان دعوى جبره بالشهره بل بالاتفاق لان الجماعه الذين افتوا بان الغائب على حجه لم ينقلوا فيه خلافاً و مع ذلك ما وجدنا احداً من الاصحاب و يقول بخلاف ذلك صريحا بل و لا ظاهرا و اما اطلاق حمله من الكتب جواز القضاء على الغائب من غير تصريح بانه على حجه اذا حضر فليس فيه ظهور فى المخالفه كما لا يخفى فعلى المختار للغائب اذا قدم جرح الشهود و اظهار ما يفيد العلم بصدقه و هل يلزمه اقامه حجه عند الحاكم الذى حكم او يجوز اقامتها عند كل حاكم يجوز الترافع اليه لم اجد مصرحا باحد الامرين و الاحوط مراعات الاول بل لا يخفى عن قوه نعم اذا مات الحاكم الذى حكم او تعذر اقامه الحجه عنده او ترتب عليه الضرر و تعسر فلا يبعد اقامه الحجه عندي عند غير ذلك الحاكم

#### **الخامس صرح فى الخلاف و التحرير و الدروس و لك بانه لا يشترط فى القضاء على الغائب تعلق الحكم بحاضر**

كوكيل او شريك و هو جيد و يظهر من الخلاف و الدروس دعوى الاتفاق عليه فان منهما لا يشترط تعلق الحكم بحاضر عندنا

## السادس صرح في الدروس و ضه بانه لو كان في المجلس لم يقض عليه الا بعد علمه

و هو جيد

## السابع انما يقتضى على الغائب في حقوق الناس

سواء كانت مالا كالديون و غيرها من عقود المعاوضات أم غيرها كالنكاح و الطلاق و العتق و الجنايات و القصاص و لا يقتضى عليه في حقوق الله عز و جل كالزنا و اللواط و شرب المسكر اما الاول فقد صرح به في الشرائع و التحرير و الارشاد و القواعد و الدروس و الرياض و ضه و لك و الكفايه و الكشف و الرياض بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه و علله في الكشف بان حقوق الناس مبنيه على الاحتياط و اما الثانى فقد صرحت الكتب المذكوره أيضا و لهم اولا ظهور الاتفاق على ذلك كما من لك و الكفايه و الرياض و ثانيا ما احتج به في الشرائع و الدروس و ضه و لك من ان حقوق الله عز و جل مبنيه على التخفيف و من ثم درئت الحدود بالشبهات

## الثامن لو اشتمل على الحقين حق الله تعالى و حق الناس

كالسرقه فلا اشكال في جواز القضاء على الغائب فيه و اما حقه تعالى فلا يجوز القضاء عليه فيه كما في التحرير و الارشاد و القواعد و الدروس و لك و الكفايه و يظهر من الشرائع التردد فيه و نبه على وجهه في لك قائلا- من حيث انه حق الله تعالى فينبغي ان لا يثبت و من انهما معلولا عله واحده فلا يثبت احدهما دون الاخر و باقى الاصحاب قطعوا بالفرق و انتفاء القطع نظرا الى وجود المانع من الحكم في احدهما دون الاخر و يحلف في دعوى السرقه احد المعلولين لمانع واقع كثيرا و منه في هذا المثال ما لو اقر بالسرقه مره فانه يثبت عليه المال دون القطع و لو كان المقر محجورا عليه في المال ثبت الحكم في القطع دون المال فليكن هنا كذا لك و الاصل فيه ان هذه ليست عليه حقيقه و انما معرفات للأحكام و استحسن ما ذكره في الرياض و لكن اورد عليه في مجمع الفائده قائلا بعد الاشاره الى ما ذكره و فيه تأمل و ينبغى ان يقال ليس ثبوت السرقه عليه نافع لها بل ثبوتها مع حضور المدعى عليه عله تامه مع باقى الشرائط فلا تحلف و كذا فبالامثله فان ثبوتها بالبينه او الاقرار مرتين عليه لها لا مره واحده و كذا ثبوتها من غير المحجور عليه لهما لا مطلقا و التخلف عن العله التامه لمانع غير معقول و لا فرق في ذلك بين العله الحقيقه و المعرفه لان

ص: ٧٥٨

التخلف عن الحقيقه لا يجوز و عن المعرفه يجوز كيف علل الشرع معرفات و معنى المعرفه العلامه التى نصبها الشارع دليلا على الحكم بمعنى كل من له اهليه معرفه الحكم اذا عرفها يعرف ثبوت الحكم من الله تعالى في تلك الواقعه فلا ينبغى التخلف اصلا و لأنه لو جاز فيهما لما امكن القياس لجواز التخلف فلا يتعدى الحكم الى الفرع فالمنشأ ما ذكرناه من عدم كونه عله تامه فيجوز التخلف عنهما و مع كونها تامه لا يجوز التخلف عنهما و هو ظاهر و يعضد ما ذكره ما نبه عليه في الكفايه بعد الاشاره الا ما

ذكره في لك بقوله و فيه منع كون السرقة عله للأمرين مطلقا بل يشترط خاص و لهذا قد يتخلف احدهما كما لو اقر بالسرقة مره  
بعلى بن موسى

## تعريف مركز

بسم الله الرحمن الرحيم  
هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعلَمُونَ  
الزمر: ٩

المقدمة:

تأسس مركز القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان بإشراف آية الله الحاج السيد حسن فقيه الإمامي عام ١٤٢٦ الهجرى في المجالات الدينية والثقافية والعلمية معتمداً على النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائيين والمثقفين في الجامعات والحوزات العلمية.

إجراءات المؤسسة:

نظراً لقلّة المراكز القائمية بتوفير المصادر في العلوم الإسلامية وتبعثها في أنحاء البلاد وصعوبة الحصول على مصادرها أحياناً، تهدف مؤسسة القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان إلى التوفير الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلى الباحثين في العلوم الإسلامية وتقديم المؤسسة مجاناً مجموعةً إلكترونيةً من الكتب والمقالات العلمية والدراسات المفيدة وهي منظمة في برامج إلكترونية وجاهزة في مختلف اللغات عرضاً للباحثين والمثقفين والراغبين فيها. وتحاول المؤسسة تقديم الخدمة معتمدة 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 والكتاب على تقديم آثارهم لتنظيمها في ملفات إلكترونية

السياسات:

مراعاة القوانين والعمل حسب المعايير القانونية  
إنشاء العلاقات المترابطة مع المراكز المرتبطة



الاجتناب عن الروتينيه وتكرار المحاولات السابقه  
العرض العلمى البحت للمصادر والمعلومات  
الالتزام بذكر المصادر والمآخذ فى نشر المعلومات  
من الواضح أن يتحمل المؤلف مسؤوليه العمل.

نشاطات المؤسسة:

طبع الكتب والملزمات والدوريات

إقامة المسابقات فى مطالعة الكتب

إقامة المعارض الالكترونيه: المعارض الثلاثيه الأبعاد، أفلام بانوراما فى الأمكنة الدينيه والسياحية

إنتاج الأفلام الكرتونيه والألعاب الكمبيوترية

افتتاح موقع القائمية الانترنتى بعنوان : [www.ghaemiyeh.com](http://www.ghaemiyeh.com)

إنتاج الأفلام الثقافيه وأقراص المحاضرات و...

الإطلاق والدعم العلمى لنظام استلام الأسئلة والاستفسارات الدينيه والأخلاقية والاعتقادية والردّ عليها

تصميم الأجهزة الخاصه بالمحاسبه، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ويب كiosk، الرسالة القصيره ( sms)

إقامة الدورات التعليميه الالكترونيه لعموم الناس

إقامة الدورات الالكترونيه 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 الإللكترونيه للكتاب على موقع القائمية ويمكن تحميلها على الأنظمة التاليه

ANDROID.١

IOS.٢

WINDOWS PHONE.٣

WINDOWS.٤

وتقدّم مجاناً فى الموقع بثلاث اللغات منها العربيه والانجليزية والفارسيه

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 آباده اي، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلي، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : [www.ghbook.ir](http://www.ghbook.ir)

البريد الإلكتروني : [Info@ghbook.ir](mailto:Info@ghbook.ir)

هاتف المكتب المركزي ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩

هاتف المكتب في طهران ٠٢١ - ٨٨٣١٨٧٢٢

قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩ شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.

مركز  
للبحوث والتحريات الكمبيوترية  
اصبحان  
الغمامة



للحصول على المكتبات الخاصة الاخرى  
ارجعوا الى عنوان المركز من فضلكم  
**www.Ghaemiyeh.com**

[www.Ghaemiyeh.net](http://www.Ghaemiyeh.net)

[www.Ghaemiyeh.org](http://www.Ghaemiyeh.org)

[www.Ghaemiyeh.ir](http://www.Ghaemiyeh.ir)

و للايحاء من فضلكم

٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٥٩

