



مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

للغات



اشرافيية
عليه صلوات الله
عليه وآله

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

تذكرة الفقهاء

تأليف

الشيخ الامير الخليل

الحسين بن سعيد بن الحسين

الطبرستانى سنة ٧٢٦ هـ

الجلد ١٦

مطبع

مكتبة دار الكتب العلمية بيروت لبنان

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

تذكره الفقهاء

كاتب:

حسن بن يوسف بن مطهر علامه حلي

نشرت في الطباعة:

مؤسسه آل البيت (عليهم السلام) لآحياء التراث

رقمي الناشر:

مركز القائمة باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

5	الفهرس
26	تذكره الفقهاء المجلد 16
26	اشارة
26	اشارة
30	تتمة كتاب الدينون و توابعها
30	المقصد الثامن: في الصلح
30	اشارة
30	الفصل الأول: في ماهيته و أركانه
30	اشارة
30	البحث الأول: في ماهيته
30	اشارة
31	مسألة 1022: الصلح عند علماتنا أجمع عقد قائم بنفسه ليس فرعاً علي غيره،
34	مسألة 1023: الصلح إما أن يجري بين المتداعين، أو بين المدعي و بين أجنبي.
34	القسم الأول من الصلح ما يجري بين المتداعين
34	اشارة
34	ما يجري علي الإقرار عند الشافعية
34	اشارة
34	النوع الأول: الصلح عن العين.
38	النوع الثاني: الصلح عن الدين.
40	مسألة 1027: يصح الصلح علي الأعيان المتمثلة جنساً ووصفاً.
40	اشارة
42	فروع:
43	البحث الثاني: في الأركان.

- 43 مسألة 1028: أركان الصلح أربعة: المتصالحن، و المصالح عليه، و المصالح عنه.
- 43 مسألة 1029: لا يشترط العلم بما يقع الصلح عنه لا قدرأً ولا جنساً.....
- 45 مسألة 1030: يشترط في صحّة الصلح الرضا من المتصالحن،
- 46 القسم الثاني من الصلح، وهو الواقع بين المدّعي والأجنبيّ:.....
- 46 مسألة 1031: الصلح الواقع بين المدّعي والأجنبيّ إمّا أن يقع مع إقرار المدّعي عليه ظاهراً أو مع إنكاره.
- 51 الفصل الثاني: في الأحكام.....
- 51 مسألة 1032: يصحّ الصلح علي الإقرار و الإنكار معاً،
- 52 مسألة 1033: إذا ادّعي عليه حقّاً دَيناً أو عيناً، فقال المدّعي عليه:
- 54 مسألة 1034: لو ادّعي العين في يد الغير فأنكر الغير دعواه،
- 55 مسألة 1035: لو ادّعي عليه دَيناً و تصالحا علي بعضه بعد الإنكار، صحّ عندنا،
- 55 مسألة 1036: لو تصالحا ثمّ اختلفا في أنّهما تصالحا علي الإنكار أو علي الإقرار، لم يكن لذلك الاختلاف عندنا فائدة؛
- 56 مسألة 1037: لو قال أحد الوارثين لصاحبه: تركتُ نصيبي من التركة إليك، فقال: قبلتُ، لم يصح ذلك؛
- 57 مسألة 1038: لا يشترط في الصلح عن الأثمان ما يشترط في بيع الأثمان عندنا؛
- 57 مسألة 1039: قد بيّنّا أنّه إذا قال المدّعي عليه المنكر: صالحتني علي كذا، لم يكن إقراراً منه؛
- 58 مسألة 1040: لو ادّعي داراً في يده، فأنكر المتشبّث دعواه، فتصالحا علي أن يسكنها المدّعي سنّةً، صحّ،
- 58 مسألة 1041: قد بيّنّا أنّ الصلح عقد قائم بنفسه،
- 59 مسألة 1042: لو ادّعي علي ورثة الميّت داراً من تركته وزعم أنّ الميّت غضبها منه، فصالحهم عنها، جاز الصلح،
- 60 مسألة 1043: إذا أسلم الكافر عن أكثر من أربع نسوة، خيّر أربعاً منهنّ،
- 62 مسألة 1044: لو كان بين رجلين زرع فادّعاه آخَر فصالحه أحدهما علي نصف الزرع بعد أن أقرّ له بنصفه، صحّ،
- 63 مسألة 1045: لو أتلف رجل علي آخَر عيناً - حيواناً أو ثوباً أو شبيههما
- 64 مسألة 1046: لو اتّجر الشريكان و حصل ربح و كان بعض المال دَيناً و بعضه عيناً
- 65 مسألة 1047: لا تصحّ قسمة الديون،
- 65 مسألة 1048: لو ماطل المديون صاحب الدَّين عن دَينه حتي مات فصالح ورثته علي بعضه، فعَل حراماً،
- 66 مسألة 1049: يصحّ الصلح علي الأعيان بمثلها و بالمنافع و بأعضاء الأعيان،
- 67 الفصل الثالث: في تراحم الحقوق

- 67 اشارة
- 67 البحث الأول: في الطرق.
- 67 مسألة 1050: الطرق نوعان: نافذة وغير نافذة.
- 67 الأول: النافذة،
- 67 اشارة
- 68 فروع:
- 68 أ - شرط أحمد في جواز إشراق الجناح إذن الإمام فيه،
- 69 ب - الضابط في التضرر وعدمه العرف، و يختلف بحال الطرق.
- 69 ج - إذا وضع الجناح أو الروشن أو الساباط في الدرب السلوك علي وجه يضرّ بالمارة، تجب عليه إزالته،
- 70 د - لو أظلم الطريق بوضع الجناح أو الروشن أو الساباط، فإن أذهب الضياء بالكلية مُنع إجماعاً؛
- 70 مسألة 1051: لو أخرج روشناً في شارعٍ أو دربٍ نافذ، لم يكن لمقابله الاعتراضُ عليه،
- 71 مسألة 1052: إذا أخرج جناحاً أو روشناً في الشارع النافذ، فقد يبيّن أنّه ليس لأحدٍ منعه مع عدم التضرر به،
- 71 مسألة 1053: لو وضع جناحاً لا ضرر فيه أو روشناً كذلك فانهدم.
- 72 مسألة 1054: لا يجوز لأحدٍ بناء دكّةٍ ولا غرس شجرةٍ في الطريق السلوك إن ضيق الطريق وضرّ بالمارة إجماعاً؛
- 73 مسألة 1055: حدّ الطريق المتخذ في الأرض المباحة إذا تشاح أهله في وضعه وسعته وضيقه سبع أذرع؛
- 73 مسألة 1056: الشوارع لا يجري عليها ملك أحدٍ، ولا يختصّ بها شخص من الأشخاص،
- 74 الثاني: الطرق التي لا تنفذ،
- 74 اشارة
- 75 مسألة 1057: لو صالح واضع الروشن أو الجناح أو الساباط أرباب الدرب وأصحاب السكّة علي وضعه،
- 75 مسألة 1058: نعي بأرباب الدرب المقطوع وأصحاب السكّة كلّ مَنْ له بابٌ نافذ إلي تلك السكّة،
- 76 مسألة 1059: قد يبيّن أنّ الدرب المقطوع لأربابه المحصورين، دون الشوارع السلوكية،
- 77 مسألة 1060: قد يبيّن أنّ الدرب إما نافذ وإما مقطوع.
- 77 اشارة
- 79 فروع:
- 80 مسألة 1061: لو كان له داران ينفذ باب إحداهما إلي الشارع وباب الأخرى إلي سكّة منسدة فأراد مالهما فتح بابٍ

- 81 مسألة 1062: لو صالح الممنوع من فتح الباب في الدرب المقطوع أربابه علي مالٍ ليفتح الباب، جاز عندنا،
- 82 مسألة 1063: يجوز فتح الأبواب ونصب الميازيب في الشوارع النافذة؛
- 83 مسألة 1064: إذا كان له باب في شارعٍ وظَّهر داره إلي دربٍ غير نافذٍ، فأراد أن يُخرج روشناً فيه، لم يكن له ذلك؛
- 83 مسألة 1065: يجوز فتح الروازن والشبابيك في الحيطان التي في الدروب المسدودة،
- 84 مسألة 1066: يجوز لكلٍ أحدٍ الاستطراق في الطرق النافذة علي أيِّ حالٍ شاء
- 85 البحث الثاني: الجدران.
- 85 إشارة
- 85 الأمر الأول: التصرف.
- 85 إشارة
- 87 مسألة 1067: قد بيّنّا أنّه ليس للجدار وضع جذعٍ ولا غيره علي حائطه الغير
- 88 مسألة 1068: لو أذن للجدار في وضع الجذوع علي جداره فوّضَها، لم يستعقب ذلك المطالبة بالأجرة
- 89 مسألة 1069: إذا كان الجدار مشتركاً بين اثنين وأكثر، لم يكن لأحدٍ من الشركاء التصرف فيه بشيءٍ.
- 90 الأمر
- 90 إشارة
- 90 مسألة 1070: لكلّ جسمٍ أبعاد ثلاثة: طولٌ وعرضٌ وعمقٌ.
- 92 مسألة 1071: لو انهدم الجدار أو هدماه أو لم يرسماه في الأوّل
- 93 الأمر الثالث: العمارة.
- 93 مسألة 1072: إذا استهدم الحائط، أُجبر صاحبه علي نقضه
- 95 مسألة 1073: لو هدم أحد الشريكين الجدار المشترك من غير إذن صاحبه،
- 95 مسألة 1074: قد بيّنّا أنّه لا يجب علي الشريك في الجدار بناؤه لو انهدم
- 96 مسألة 1075: لو كان بين الشريكين نهر مشترك أو قناة أو دولاّب أو ناعورة أو بئر فاحتاج شيء من ذلك في الانتفاع به إلي العمارة،
- 97 مسألة 1076: لو كان علو الجدار لواحدٍ وسُفلها لغيره فانهدمت،
- 98 مسألة 1077: إذا انهدم الحائط المشترك فطلب أحدهما بناءه، لم يُجبر الآخر علي ذلك،
- 101 مسألة 1078: لو كان بينهما دولاّب أو ناعورة، كان حكمهما حكم الحائط علي ما ذكرناه.
- 102 مسألة 1079: قد ظهر بما مرّ: إنّ الجدار المشترك بين اثنين لو انفرد أحدهما بإعادته بالنقض المشترك فإنه يعود مشتركاً كما كان،

- 104 مسألة 1080: لو كان لشخصين مَلِكَان متجاوران و لا حائط - يحجز بينهما - قديم،
- 104 مسألة 1081: لو كان له حقّ إجراء الماء في ملك الغير أو علي سطحه فأنهدم ذلك الملك، لم يجب علي مستحقّ الإجراء مشاركته في العمارة؛
- 105 البحث الثالث: في السقف.
- 105 مسألة 1082: السقف الحائل بين العلوّ و السُّقُل المختلفي المالكين قد يكون مشتركاً بين المالكين،
- 106 مسألة 1083: تصوير اشتراك السقف سهل،
- 108 مسألة 1084: إذا جرت هذه المعاملة علي ما اخترناه نحن، أو علي ما اختاره الشافعيّة و بني المشتري،
- 109 مسألة 1085: إذا جري الإذن في البناء بعوضٍ، وجب معرفة قدر الموضع المبنيّ عليه طولاً و عرضاً.
- 110 مسألة 1086: لو ادّعي بيتاً في يد غيره فصالحه عليه
- 111 مسألة 1087: لا يجب علي الجار إجراء ماء المطر من سطح جاره علي سطحه
- 112 مسألة 1088: لو ادّعي عليه مالاً فصالحه منه علي مسيل ماءٍ في أرضه، جاز إذا بيّنا موضعه و عيّناه و عرفنا عرضه و طولَه.
- 112 اشارة
- 114 فروع:
- 114 أ - ليس لمستحقّ إجراء الماء بإجارةٍ أو صلحٍ أو بيعٍ الدخولُ إلي أرض الغير الذي تجري فيه الساقية
- 115 ب - إذا نقيّ النهرَ أو الساقيةَ،
- 115 ج - المأذون له في إجراء ماء المطر علي سطح الأذن أو أرضه أو ساقيته ليس له إلقاء الثلج،
- 115 د - المأذون له في إلقاء الثلج ليس له إجراء الماء؛
- 115 ه - تجوز المصالحة علي قضاء الحاجة
- 115 و - تجوز المصالحة علي البيوتة علي سطح الجار.
- 117 ز - لا يجب علي مستحقّ إجراء الماء في ملك غيره مشاركة المالك في عمارة سقف المجري
- 117 ح - لو استحقّ وضع حُشْبِه علي حائط الغير فسقطت أو وقع الحائط، استحقّ بعد عوده الوضع، بخلاف الإعارة.
- 117 ط - لو وجد بناءه أو حُشْبِه أو مجري مائه في ملك غيره أو سطحه و لم يعلم السبب، احتُمل تقديم قول مالك الأرض و الحائط في عدم الاستحقاق.
- 117 ي - لا يجوز بيع حقّ الهواء و لا مسيل الماء و لا الاستطراق،
- 118 مسألة 1089: لو خرجت أغصان شجرة الجار إلي هواء داره المختصّة به أو المشتركة بينهما،
- 118 اشارة
- 119 تذييلان:

- أ: لوسرت عروق الشجرة إلي أرض الجار، كان حكمها حكم سريان الأغصان من جواز عطفها، 119
- ب: لو مالّ جداره إلي هواء الجار، كان له الإزالة، 119
- مسألة 1090: يجوز للرجل التصرف في ملكه بأيّ أنواع التصرفات شاء، 119
- الفصل الرابع: في التنازع 122
- مسألة 1091: إذا تنازعا عيناً في يد أحدهما، حُكِمَ بها لصاحب اليد مع اليمين و عدم البيّنة؛ 122
- مسألة 1092: لو ادّعى اثنان داراً في يد رجلٍ، فأقرّ لأحدهما بنصفها و كذّب الآخر، 123
- مسألة 1093: كلّ موضع قلنا بالشركة في هذه الصُّور لو صدّق المدّعي عليه أحدهما 125
- مسألة 1094: لو ادّعى داراً في يد الغير فأقرّ لأحدهما بجمعها، 125
- مسألة 1095: لو تداعى اثنان حائطاً بين ملكيهما، 126
- اشارة 126
- تذنيب: 128
- مسألة 1096: إذا لم يكن الحائط متصلاً ببناء أحدهما أو كان متصلاً بهما معاً و كان لأحدهما عليه بناء 128
- مسألة 1097: لو كان لأحدهما علي هذا الجدار المحلول عنهما أو المتّصل بهما جذوعٌ دون صاحبه، 128
- اشارة 128
- تذنيب: لا فرق بين الجذع الواحد في ذلك و ما زاد عليه 130
- مسألة 1098: و لا يُحكَم بالحائط المحلول عنهما أو المتّصل بهما بالخارج 131
- مسألة 1099: لو كان الحاجز بين الدارين أو السطحين خُصّاً فتنازعا فيه، 132
- اشارة 132
- تذنيبان: 133
- الأوّل: لو كان الأُزج مبنياً علي رأس الجدار، رُجِحَ به؛ 133
- الثاني: قد يبيّن أنّه يُرَجِحُ بالجذوع الموضوعه عليه. 134
- مسألة 1100: لو تنازع صاحب العلوّ و السُّفل في السقف المتوسط بين علوّ أحدهما و سُفل الآخر، 134
- مسألة 1101: لو تنازع صاحب البيت و الغرفة في جدران البيت، حُكِمَ بها لصاحب البيت مع يمينه؛ 136
- مسألة 1102: لو تنازع صاحب علوّ النخان و صاحب سُفله، أو صاحب علوّ الدار و صاحب سُفلها في العرصة أو الدهليز، 136
- مسألة 1103: إذا تنازع صاحب العلوّ و صاحب السُّفل في الدَرَج 137

- الفصل الخامس: في اللواحق 140
- 140 مسألة 1104: قد بيّنّا أنّ الصلح يصحّ عن الإنكار كما يصحّ عن الإقرار.
- 142 مسألة 1105: إذا ادّعي علي غيره مالّ الأمانة، فأنكر أو اعترف،
- 143 مسألة 1106: قد ذكرنا أنّه يصحّ الصلح من الأجنبيّ عن المنكر أو المعترف،
- 144 مسألة 1107: إذا صالحه علي سكني دارٍ أو خدمة عبدٍ ونحوه من المنافع المتعلّقة بالأعيان، صحّ
- 145 مسألة 1108: قد بيّنّا أنّه يصحّ الصلح عن الدّين ببعضه مع الرضا الباطن؛
- 148 مسألة 1109: إذا ادّعي زرعاً في يد رجلٍ، فأقرّ له به، ثمّ صالحه منه
- 149 مسألة 1110: لو ادّعي رجل علي غيره زرعاً في أرضه فأقرّ له بنصفه أو أنكر
- 150 مسألة 1111: قد بيّنّا أنّه إذا خرجت أغصان الشجرة إلي ملك الجار، كان للجار عطفها وإزالتها عن ملكه.
- 151 مسألة 1112: قد بيّنّا أنّه يصحّ أن يصالحه عن المؤجّل ببعضه حالاً
- 152 مسألة 1113: قد بيّنّا أنّه يصحّ الصلح عن المجهول دُنياً كان أو عيناً.
- 153 مسألة 1114: يجوز الصلح عن كلّ ما يجوز أخذ العوض عنه،
- 154 مسألة 1115: قد بيّنّا أنّه إذا ظهر استحقاق أحد العوضين، بطل الصلح،
- 155 مسألة 1116: قد بيّنّا أنّه يجوز أن يصالحه علي إجراء ماء المطر علي سطحه مع العلم بالمشاهدة للسطح أو بالمساحة؛
- 156 مسألة 1117: لا يجوز للإنسان أن يجري الماء في أرض غيره،
- 157 مسألة 1118: يصحّ الصلح عن كلّ ما يجوز أخذ العوض عنه، عيناً كان كالدار والعبد،
- 158 مسألة 1119: لو ادّعي علي غيره أنّه عبده فأنكره، فصالحه علي مالٍ ليقرّ له بالعبودية، لم يجز؛
- 158 مسألة 1120: لو صالح شاهداً علي أن لا يشهد عليه، لم يصح؛
- 159 مسألة 1121: لا يجوز أن يحفر في الطرق النافذة بئراً لنفسه،
- 160 مسألة 1122: قد بيّنّا أنّه يجوز إخراج الميازيب في الطرق النافذة
- 161 مسألة 1123: قد بيّنّا أنّه لا يجوز وضع الجذوع علي حائط الجار إلّا بإذنه، وبيّنّا الخلاف.
- 161 إشارة
- 161 فرغ: علي قول أحمد إذا كان له وضع خشبٍ علي جدار غيره، لم يملك إعارته ولا إجارتها؛
- 162 مسألة 1124: لو كان الشُّغل لرجلٍ وعلوّ لآخر، فانهدم السقف الذي بينهما، لم يُجبر أحدهما علي عمارته لو امتنع
- 162 مسألة 1125: لو كان الحائط بينهما نصفين فاتّفقا علي بنائه أثلاثاً أو بالعكس، جاز،

- 163 مسألة 1126: لو كان سطح أحدهما أعلي من سطح الآخر، لم يُمنع صاحب الأعلى من الصعود علي سطحه،
- 163 مسألة 1127: لو تنازع اثنان جملاً، فإن كان لأحدهما عليه حُمْلٌ كان صاحب الحمل أولي،
- 164 مسألة 1128: لو كان في يد شخصين درهمان فادّعاهما أحدهما وادّعي الآخر واحداً منهما، أُعطي مدّعيهما معاً درهماً،
- 164 مسألة 1129: لو أودع رجل عند آخر دينارين و أودعه آخر ديناراً و امتزجا ثم ضاع دينار منهما،
- 165 مسألة 1130: لو اشترى العامل في البضاعة ثوباً بثلاثين درهماً،
- 166 مسألة 1131: لو تنازع في دابّة فادّعاها كلّ واحدٍ منهما وكان أحدهما راكبها و الآخر قابض لجامها و لا بيّنة،
- 166 اشارة
- 167 تذييب: لو بني مسجداً في أرضٍ اشتراها من غيره، فادّعاها ثالثٌ،
- 167 تذييبٌ آخر: لو تداعي ذو البابين في المنقطع الدريّة، حُكم بينهما لهما من رأس الدريّة إلي الأوّل،
- 168 كتاب الأمانات و توابعها
- 168 اشارة
- 168 المقصد الأوّل: الوديعة
- 168 اشارة
- 168 الفصل الأوّل: الماهية
- 168 اشارة
- 171 مسألة 1: إذا عرفت الوديعة في عرف اللغة، فهي في عرف الفقهاء عبارة عن عقدٍ يفيد الاستتابة في الحفظ،
- 171 مسألة 2: إذا دفع الإنسان إلي غيره وديعةً و كان المدفوع إليه عاجزاً عن حفظها،
- 172 مسألة 3: الألفاظ المتداولة بين الناس من الإيجاب الذي يتضمّنه عقد الوديعة: استودعتك هذا المال،
- 173 مسألة 4: لا بدّ من التنجيز،
- 174 مسألة 5: قد ذكرنا أنّ الوديعة من العقود الجائزة من الطرفين لكلّ منهما فسخها إجماعاً،
- 176 الفصل الثاني: في المتعاقدين
- 176 مسألة 6: يشترط في المستودع و المودع التكليف،
- 176 مسألة 7: كما أنّ التكليف شرط في المودع كذا هو شرط في المستودع،
- 178 مسألة 8: ولا بدّ في المتعاقدين من جواز التصرف،
- 178 مسألة 9: إن قلنا: إنّ الوديعة عقدٌ برأسه، لم يضمنه الصبي،

- 180 الفصل الثالث: في موجبات الضمان
- 180 اشارة
- 181 البحث الأول: في الانتفاع
- 181 مسألة 10: من الأسباب الموجبة للضمان الانتفاع بالوديعة،
- 183 مسألة 11: قد بيتاً أن ركوب الدابة خيانة لا مطلقاً،
- 183 مسألة 12: لو أخذ المستودع الدراهم المودعة عنده ليصرفها إلي حاجته،
- 183 اشارة
- 184 فروع:
- 184 أ - لو أخذ الوديعة علي قصد الخيانة، فالأقوي: الضمان؛
- 184 ب - قياس ابن سريج في الضمان إذا نوي المستودع الأخذ والتصرف ولم يفعل علي ما إذا أخذ الوديعة من مالكها علي قصد الخيانة
- 185 ج - لو نوي أن لا يردّ الوديعة بعد طلب المالك، ففي الضمان للشافعية الوجهان
- 185 مسألة 13: لو كان الثوب المودع في صندوق مالك الوديعة فرفع المستودع رأسه ليأخذ الثوب
- 185 اشارة
- 186 فروع:
- 186 أ - لو أودعه شيئاً مدفوناً فنبشه، فهو بمنزلة فضّ الختم،
- 186 ب - لو حلّ الخيط الذي شدّ به رأس الكيس أو رزمة الثياب
- 186 ج - لو كان عنده دراهم وديعة أو ثياب فوزن الدراهم أو عدّها أو عدّ الثياب أو ذرعها ليعرف طولها وعرضها، ففي الضمان إشكال
- 188 مسألة 14: إذا صارت الوديعة مضمونةً علي المستودع
- 188 اشارة
- 188 فروع:
- 188 أ - لو ردّ الوديعة - بعد أن تعلق ضمانها به إما بالإخراج من الحرز أو بالتصرف أو بغيرهما من الأسباب
- 189 ب - لو لم يسلمها إلي المالك و لكن أحدث المالك له استئماناً،
- 189 ج - لو قال المالك: أودعك كذا - ابتداءً - فإن خنت ثم تركت الخيانة عدت أميناً لي،
- 189 د: لو قال: خذ هذا وديعة يوماً وغير وديعة يوماً، فهو وديعة أبداً.
- 190 مسألة 15: إذا مزج المستودع الوديعة بماله مزجاً لا يتميّز أحدهما عن صاحبه،

- 191 مسألة 16: لو أودعه عشرة دراهم - مثلاً - في كيس،
- 191 مسألة 17: لو أتلف بعضَ الوديعة، فإن كان ذلك البعض منفصلاً عن الباقي
- 192 البحث الثاني: في الإيداع.
- 192 مسألة 18: إذا أودع المستودع الوديعةَ غيره، فإن كان ياذن المالك فلا ضمان عليه إجماعاً؛ لانتفاء العدوان.
- 193 مسألة 19: إذا أودع من غير إذن المالك ولا عذر، ضمن،
- 194 مسألة 20: ولا فرق عندنا بين أن يودع المستودع الوديعةَ عند القاضي أو عند غيره.
- 194 إشارة
- 196 فروع:
- 196 أ - لو كانت له خزانة مشتركة بينه وبين أبيه
- 196 ب - لا يجوز أن يضع الوديعة في مكانٍ مشترك بينه وبين غيره،
- 196 ج - لو كان المحرز خارجاً عن داره التي يأوي إليها وكان لا يلاحظه،
- 196 مسألة 21: لو جعل الوديعة في دار جاره، فإن كان الموضع محرزاً لا يدخله المالك وكان عاريةً أو مأذوناً فيه فلا ضمان،
- 197 مسألة 22: إذا أراد المستودع ردَّ الوديعة علي صاحبها، كان له ردّها عليه أو علي وكيله في قبضها؛
- 197 مسألة 23: لو عزم المستودع علي السفر، كان له ذلك،
- 199 مسألة 24: ولا يجوز للمستودع إذا عزم علي السفر أن يسافر بالوديعة،
- 200 مسألة 25: لو اضطرَّ المستودع إلي السفر بالوديعة بأن يضطرَّ إلي السفر وليس في البلد حاكم
- 201 مسألة 26: لو عزم المستودع علي السفر فدفن الوديعة ثم سافر، ضمنها إن كان قد دفن في غير حرزٍ.
- 201 إشارة
- 202 فروع:
- 202 أ - لو راقبها من الجوانب أو من فوق مراقبة الحارس،
- 202 ب - قال بعض الشافعية: الإعلام كالإيداع
- 203 ج - هل سبيل هذا الإعلام الإشهاد أو الائتمان ؟ إشكال.
- 203 د - كما يجوز إيداع الغير لعذر السفر كذا يجوز لسائر الأعداء،
- 203 ه - لو أودعه حالة السفر فسافر بها أو كان المستودع منتجعاً
- 203 مسألة 27: إذا مرض المستودع مرضاً مخوفاً أو حُبس ليقتل، وجب عليه الإيصاء بالوديعة،

- 203 اشارة
- 204 فروع:
- 204 أ - التقصير هنا إنّما يتحقق بترك الوصاية إلى الموت،
- 204 ب - قد توهم بعض الناس أنّ المراد من الوصية بها تسليمها إلى الوصي
- 204 ج - الأقرب: الاكتفاء بالوصية وإن أمكنه الردّ إلى المالك؛
- 205 د - يجب الإيصال إلى الأمين،
- 205 مسألة 28: إذا أوصي بالوديعة، وجب عليه أن يبسطها ويميزها عن غيرها
- 206 مسألة 29: لو مات ولم يذكر عنده وديعة ولكن وُجد في تركته كيس
- 206 اشارة
- 207 تذييب: لو لم يوص المستودع بالوديعة فادّعي ربّ الوديعة أنّه قصّر،
- 207 تذييب آخر: جميع ما قلناه ثابت فيما إذا وجد فرصة للإيداع أو الوصية،
- 207 مسألة 30: قد بيّنّا الخلاف فيما إذا كان عنده وديعة ثمّ مات ولم توجد في تركته، وأنّ الذي يقتضيه النظر عدم الضمان.
- 207 اشارة
- 208 فروع:
- 208 أ - إذا تبرّم
- 208 ب - لا يلحق بالمرض علوّ السنّ و الشيخوخة؛
- 208 ج - لو أقرّ المريض بالوديعة ولا نهمّة ثمّ مات في الحال، فالأقرب هنا علي قول مَنْ مَنَعَ من المحاصّة: المحاصّة هنا؛
- 209 البحث الثالث: في نقل الوديعة.
- 209 مسألة 31: إذا أودعه في قرية فنقلها المستودع إلى قرية أخرى،
- 210 مسألة 32: إذا قلنا بالتفصيل - وهو عدم الضمان مع كون القرية المنقول إليها أحرز - وجب معرفة سبب كونها أحرز، وهو متعدّد:
- 210 مسألة 33: إذا أراد الانتقال ولا ضرورة إليه، فالحكم فيه كما سبق فيما إذا أراد السفر.
- 210 اشارة
- 211 الأوّل: أن يودعه ولا يعيّن له موضعاً لحفظها،
- 211 الثاني: إذا عيّن له موضعاً، فقال: احفظها في هذا البيت،
- 212 الثالث: إذا عيّن له موضعاً، فقال: احفظها في هذا البيت،

- 213 مسألة 34: قد بيّنا أنه إذا نهاه عن النقل عن الموضوع الذي عيّنه، لم يجز له نقلها عنه إلا لضرورة؛
- 214 مسألة 35: لو نقلها المستودع عن الموضوع المعين المنهي عن نقلها عنه، ..
- 215 البحث الرابع: في التقصير في دفع المهلكات.
- 215 مسألة 36: يجب علي المستودع دفع مهلكات الوديعة وما يوجب نقص ماليتها؛ إذ الحفظ واجب، ولا يتم إلا بذلك.
- 216 مسألة 37: إذا كانت الوديعة دابةً أو آدمياً، وجب علي المستودع القيام بحراستها و مراعاتها و علفها و سقيها.
- 218 مسألة 38: لا خلاف في أنه لا يجب علي المستودع الإنفاق علي الدابة و الآدمي من ماله؛
- 220 مسألة 39: إذا احتاج المستودع إلي إخراج الدابة لعلفها أو سقيها، جاز له ذلك؛ لأنّ الحفظ يتوقّف عليه، و لا ضمان.
- 221 مسألة 40: إذا تولّى المستودع السقي و العلف بنفسه أو أمر به صاحبه أو غلامه و كان حاضراً لم تزل يده، فذاك.
- 221 اشارة
- 222 فروع:
- 222 أ - لو نهاه عن العلف لعلّة تقتضي النهي ..
- 222 ب - العبد المودع و الأمة كالدابة ..
- 222 ج - لو أودعه نخلًا، فالأقرب: إنّ سقيه واجب ..
- 222 البحث الخامس: في المخالفة في كيفية الحفظ.
- 222 مسألة 41: يجب علي المستودع اعتماد ما أمره المالك في كيفية الحفظ،
- 222 مسألة 42: إذا أودعه مالاً في صندوقٍ و قال له: لا ترقد عليه، ..
- 222 اشارة
- 225 تذييب: لو نقل المستودع الوديعة عند الخوف إلي مكانٍ ..
- 225 مسألة 43: إذا استودع دراهم أو دنانير أو شبهها و أمره المالك بأن يربطها في كُمّته فأمسكها في يده، ضمن؛
- 225 اشارة
- 226 فروع:
- 226 أ - لو أمره بالربط في كُمّته فامتثل، لم يحتج في ذلك إلي الإمساك ..
- 227 ب - لو أمره يربطها في كُمّته فجعلها في جيبه، لم يضمن؛ ..
- 227 ج - إذا ربطها في كُمّته بأمر المالك، فإن جعل الخيط الرابط خارج الكُمّ فأخذها الطراز ضمن؛
- 227 مسألة 44: إذا أودعه دراهم في طريقٍ أو سوقٍ و لم يقل له: اربطها ..

- 228 مسألة 45: إذا أودعه شيئاً وهو في السوق أو الطريق أو غيره، وقال:
- 229 مسألة 46: إذا نقل المستودع الوديعة من صندوقٍ إلي صندوقٍ غيره
- 230 مسألة 47: لو أمره بالحفظ في بيتٍ معيّن ونهاه عن أن يُدخل إليها أحداً وعن الاستعانة بالحارسين،
- 231 مسألة 48: لو أودعه خاتماً وأمره بجعله في خُصْرِهِ، فجعله في البُصْر، لم يضمن؛
- 232 مسألة 49: إذا عين المالك له موضعاً للحفظ، لم يجز للمستودع التجاوز عنه،
- 233 البحث السادس: في التضييع.
- 233 مسألة 50: من الأسباب المقتضية للتقصير التضييع،
- 233 مسألة 51: لو سعي المستودع بالوديعة إلي مَنْ يصادر المالك ويأخذ أمواله، كان ضامناً؛
- 234 مسألة 52: إذا خاف المستودع من الظالم إذا منعه من الوديعة وأمكنه مدافعتة بالإنكار والاختفاء عنه والامتناع منه، وجب عليه ذلك
- 235 البحث السابع: في الجحود.
- 235 مسألة 53: إذا طلب المالك الوديعة من المستودع فجحدها، كان ضامناً؛ لخيانته بالإنكار.
- 236 مسألة 54: لو قال المستودع ابتداءً من غير سؤال المالك: لا وديعة عندي،
- 236 مسألة 55: لو ادّعي عليه وديعةً فأنكر قَدَمَ قوله مع اليمين،
- 238 الفصل الرابع: في وجوب الردّ عند البقاء
- 238 مسألة 56: إذا كانت الوديعة باقيةً وطلبها مالِكها، وجب علي المستودع ردّها عليه في أوّل أوقات الإمكان،
- 239 مسألة 57: لو طلب المالك الوديعة، فقال: لا أردّ إليك حتي تُشهد عليك بالقبض،
- 239 مسألة 58: وإنما يجب عليه الردّ عند الطلب لو كان المردود عليه أهلاً للقبض،
- 240 مسألة 59: لو أمره المالك بدفع الوديعة إلي وكيله وردّها عليه، فطلبها الوكيل، لم يكن للمستودع الامتناع ولا التأخير مع المكنة،
- 240 مسألة 60: لو قال له المالك: ردّ الوديعة علي فلان وكيلي، فلم يطلب الوكيل الردّ،
- 241 مسألة 61: لو أمره المالك بالدفع إلي وكيله، أو أمره بالإيداع لمّا دفعه إليه ابتداءً،
- 241 مسألة 62: إذا طلب المالك من المستودع الردّ فادّعي التلف، فالقول قوله مع اليمين
- 242 مسألة 63: إذا ادّعي المستودع ردّ الوديعة، فإمّا أن يدّعي ردّها علي مَنْ اتّمنه أو علي غيره.
- 243 مسألة 64: لو طلب المالك الوديعة، فقال المستودع: أودعْتُها عند وكيلك فلان بإذنك،
- 245 مسألة 65: إذا أراد المستودع سفراً فأودعها أميناً، فادّعي ذلك الأمين التلف، فُبل قوله مع اليمين.
- 245 مسألة 66: إذا مات المالك، وجب علي المستودع ردّ الوديعة إلي ورثته؛ لانتقال ملكها إليهم، فإن أحرّر مع التمكّن من الردّ إليهم كان ضامناً،

- 246 مسألة 67: لو مات المستودع، وجب علي وارثه ردّ الوديعة إلي مالكيها،
- 247 مسألة 68: لو كان في يد رجل مالٌ، فادّعي رجلان الإيداع،
- 248 مسألة 69: لو قال: المال لأحدكما وقد نسيته عينه، فإن قلنا: إنّ المستودع يضمن بالنسيان، فهو ضامن.
- 252 مسألة 70: لو قال المستودع في الجواب: هذا المال وديعة عندي ولا أدري أهو لكما أو لأحدكما أو لغيركما،
- 252 مسألة 71: تشتمل علي فروع متعدّدة:
- 254 مسألة 72: لو دخل الحمام فنزع ثيابه وسلّمها إلي الحمامي، وجب عليه حفظها، فإن فرّط ضمن، وإن لم يفرّط لم يضمن.
- 255 مسألة 73: لو ادّعي صاحب اليد أنّ المال وديعة عنده، وادّعي المالك الإقراض
- 255 مسألة 74: ولا فرق بين الذهب والفضّة وبين غيرهما من الأموال في هذا الحكم.
- 256 مسألة 75: إذا استودع مالاً وتجر به بغير إذن صاحبه،
- 257 مسألة 76: من استودع من اللصّ مال السرقة، لم يجز له ردّها عليه،
- 257 مسألة 77: يجب ردّ الوديعة إلي مالكيها وإن كان كافراً؛
- 260 المقصد الثاني: في العارية
- 260 اشارة
- 260 الفصل الأوّل: الماهية والأركان
- 260 اشارة
- 260 البحث الأوّل: الماهية.
- 260 اشارة
- 261 مسألة 78: العارية سانعة بالنصّ والإجماع.
- 263 مسألة 79: العارية مستحبة مندوب إليها مرغّب فيها؛
- 264 البحث الثاني: في الأركان.
- 264 اشارة
- 264 الركن الأوّل: المُعير.
- 264 اشارة
- 265 مسألة 80: وليس للمُستعير أن يعير.
- 266 مسألة 81: وشرطنا في المُعير جواز التصرف، فلا بدّ وأن يكون بالغاً عاقلاً جائز التصرف.

- 266 الركن الثاني: المُستعير.
- 266 اشارة
- 267 مسألة 82: شرطنا أن يكون أهلاً للتبرع عليه؛
- 267 مسألة 83: لا يحلّ للمُخرم استعارة الصيد من المُحرم.
- 268 مسألة 84: المُستعير هو المنتفع قوةً أو فعلاً بالعين المستحقّة للغير بإذنٍ منه بغير عوضٍ.
- 269 الركن الثالث: المستعار.
- 269 اشارة
- 270 مسألة 85: تجوز إعارة الغنم للانتفاع بلبنها وصوفها، وهي المُنحة،
- 271 مسألة 86: تجوز إعارة الدراهم والدنانير.
- 272 مسألة 87: إذا استعار الدراهم والدنانير، كانت مضمونةً عليه،
- 273 مسألة 88: ولا بدّ وأن تكون المنفعة مباحةً؛
- 274 مسألة 89: لا تجوز استعارة الجوّاري للاستمتاع علي الأشهر؛
- 275 مسألة 90: لا يشترط تعيين العين المُستعارة عند الإعارة.
- 275 الركن الرابع: الصيغة.
- 275 مسألة 91: لما كان الأصل في الأموال العصمة، لم يُبحّ شيءٌ منها علي غير مالِها،
- 275 مسألة 92: والأقرب عندي: إنّه لا تقتقر العارية إلي لفظٍ،
- 276 مسألة 93: لو قال: أعرتك حماري لتعبرني فرسك، فهي إجارة فاسدة.
- 278 مسألة 94: إذا قال: أعرتك فرسي لتعبرني حمارك، فقد بيّنا أنّها عارية للفرس
- 280 الفصل الثاني: في الأحكام
- 280 اشارة
- 280 المبحث الأوّل: في التسلّط والرجوع.
- 280 مسألة 95: العارية عقد جائز من الطرفين بالإجماع
- 280 مسألة 96: لو نبتت في القبر شجرة، كان لمالك الأرض سقيها،
- 281 مسألة 97: لا تخلو العين التي تعلّقت بها العارية إما أن تكون جهة الانتفاع فيها واحدةً أو أكثر.
- 282 مسألة 98: وحكم جزئيات المأذون فيه بالخصوصية حكم جزئيات مطلق الانتفاع.

- 283 مسألة 99: إذا أذن له في الزرع، فإمّا أن يطلق أو يعتمّ أو يخصّص،
- 283 اشارة
- 284 تذييب: إذا عيّن المزرورع فزرع غيره، كان لصاحب الأرض قلعه
- 285 مسألة 100: تنقسم العارية باعتبار الزمان إلى ثلاثة،
- 285 مسألة 101: إذا أطلق العارية، كان له الرجوع فيها متى شاء،
- 286 مسألة 102: إذا أعاره أرضاً للبناء أو الغراس
- 290 مسألة 103: لو لم يختر المُستعير قلع غرسه و لا قلع بنائه مع الإذن المطلق فيهما، لم يُجبر علي القلع،
- 291 مسألة 104: يجوز للمُعير دخول الأرض و الانتفاع بها و الاستئطال بالبناء و الشجر؛
- 291 مسألة 105: إذا بني أو غرس في أرض المُعير بإذنه أو بغير إذنه، جاز لكلّ منهما أن يبيع ملكه من الآخر،
- 293 مسألة 106: إذا أعاره أرضاً للبناء أو الغرس عاريةً مؤقتةً،
- 295 مسألة 107: لو كانت الأرض مشتركةً فبني أحدهما بإذن الآخر أو غرس كذلك، ثمّ رجع صاحبه،
- 295 مسألة 108: يجوز أن يعير الأرض للزراعة؛
- 297 مسألة 109: إذا أعار للزراعة مطلقاً، انصرف الإطلاق إلى الواحدة،
- 297 مسألة 110: لو حمل السيل حَبّ الغير أو نواه أو جوزة أو لوزة إلى أرض آخر، كان علي صاحب الأرض ردّه إلى مالكة إن عرفه، وإلاّ كان لقطعةً.
- 297 اشارة
- 299 تذييب: لو كان المحمول بالسيل ما لا قيمة له كقوة واحدة و حَبّة واحدة فنبتت،
- 300 المبحث الثاني: في الضمان.
- 300 اشارة
- 300 مسألة 111: العارية أمانة مأذون في الانتفاع بها بغير عوضٍ،
- 303 مسألة 112: لو شرط المُعير الضمانَ علي المُستعير، لزمه الضمان مع التلف بغير تفريطٍ.
- 304 مسألة 113: لو شرط في العارية سقوط الضمان سقط؛ لأنّ العارية لا تستعقب الضمان عندنا، فوجود الشرط كالعدم.
- 304 اشارة
- 305 تذييب: لو شرط سقوط الضمان في العارية المضمونة، كالذهب و الفضة و غيرها
- 305 مسألة 114: إذا استعار العين من غير مالكةا، ضمن بالقبض،
- 306 مسألة 115: العارية تُضمن في مواضع:

- 306 أ: إذا كانت العارية الدراهم و الدنانير و إن لم يشترط الضمان، و قد سلف
- 306 ب: العارية من غير المالك.
- 306 ج: عارية المُحرم الصيد مضمونة عليه؛
- 306 د: إذا تعلّي المُستعير أو فرط في العارية ضمن،
- 306 اشارة
- 307 تذييب: لو استعار من غير المالك عالماً كان أو جاهلاً بالملكيّة، ضمن،
- 307 مسألة 116: إذا تلفت العين و وجب الضمان، فإن كانت مثليّةً كانت مضمونةً بالمثل، و إن لم تكن مثليّةً وجبت القيمة.
- 308 مسألة 117: إذا استعمل العارية المضمونة فنقص بعض أجزائها ..
- 309 مسألة 118: لو تلفت العين المستعارة المضمونة بالاستعمال،
- 310 مسألة 119: قد مضى البحث في ضمان العين،
- 311 مسألة 120: المستأجر يملك المنفعة ملكاً تاماً،
- 311 مسألة 121: إذا استعار من الغاصب العين المغصوبة و كان عالماً أو جاهلاً ثم قامت البيّة بالغصب، لم يجز له ردّها علي المُعير؛
- 313 مسألة 122: لو أنفذ وكيله إلي موضعٍ و سلّم إليه دابةً ليركبها إليه في شغله
- 315 مسألة 123: تجوز استعارة الدابة للركوب و الحمل،
- 316 مسألة 124: إذا دفع إليه ثوباً و قال: إن شئت أن تلبسه فالبسه،
- 317 مسألة 125: قد بيّنّا أنّه لا يجوز للمُحرم أن يستعير الصيد،
- 317 مسألة 126: إذا ردّ المُستعير العارية إلي مالِكها أو إلي وكيله، برئ من ضمانها.
- 318 المبحث الثالث: في التنازع.
- 318 مسألة 127: إذا اختلف المالك و المُستعير، فقال المالك: آجرتك هذه العين مدّة كذا بكذا،
- 323 مسألة 128: لو وقع هذا الاختلاف عقب العقد قبل انقضاء مدّة لمثلها أجر،
- 323 مسألة 129: لو حصل هذا الاختلاف بعد تلف العين،
- 324 مسألة 130: لو انعكس هذا الاختلاف، فادّعي المالك الإعارة، و المتصرّف الإجارة.
- 325 مسألة 131: لو ادّعي المالك الغصب، و المتصرّف الإعارة و العين باقية قائمة، و لم تمض مدّة لمثلها أجر، فلا معني لهذا الاختلاف؛
- 327 مسألة 132: لو وقع هذا الاختلاف و قد تلفت العين،
- 328 مسألة 133: لو انعكس الفرض، فقال المالك: أعرنكها، و قال المتصرّف: بل غضبْتُها، فلا فائدة في هذا الخلاف؛

330 مسألة 134: لو ادّعى المُستعير تلفَ العين وأنكر المالك، قُدِّم قول المُستعير مع اليمين؛

330 اشارة

330 فروع:

330 أ - قد بيّن أنّه ليس للمُستعير أن يعير، فإن فَعَلَ فللمالك الرجوعُ بأجرة المثل علي مَنْ شاء منهما،

330 ب - لو انتفع المُستعير باستعمال العين بعد رجوع المالك في العارية، فإن كان عالمًا برجوعه كان ضامنًا للعين و المنفعة معاً.

330 ج - لو مات المُستعير، وجب علي ورثته ردّ العين وإن لم يطالب المُعير؛

331 مسألة 135: تجوز الإعارة للإرهان؛

332 مسألة 136: إذا أعاره للرهن فرهنه، كان للمالك مطالبة المُستعير بفكّ الرهن في الحال،

333 مسألة 137: لو استعار الدراهم للانفاق بلفظ العارية، فالأقرب: إنّها عارية فاسدة؛

334 مسألة 138: لا يجوز للمُعير الرجوعُ في العارية إذا حصل بالرجوع ضرر بالمُستعير لا يُستدرك،

335 مسألة 139: لو أنفذ رسولاً إلي شخصٍ ليستعير منه دابةً يمضي عليها إلي قريةٍ معيّنة،

336 المقصد الثالث: في الشركة

336 اشارة

336 الفصل الأول: الماهية

336 اشارة

337 مسألة 140: الشركة جائزة بالنصّ والإجماع.

339 مسألة 141: الشركة علي أربعة أنواع: شركة العنان، و شركة الأبدان، و شركة المفاوضة، و شركة الوجوه.

339 فأمّا شركة العنان:

340 و أمّا شركة الأبدان:

340 و أمّا شركة المفاوضة:

341 و أمّا شركة الوجوه:

341 مسألة 142: لا يصحّ شيءٌ من أنواع الشركة،

346 مسألة 143: و شركة المفاوضة عندنا باطلة،

349 مسألة 144: شركة الوجوه عندنا باطلة

352 الفصل الثاني: في أركان الشركة

- 352 اشارة
- 352 الركن الأول: المتعاقدان.
- 352 اشارة
- 352 مسألة 145: يكره مشاركة المسلم لأهل الذمة من اليهود والنصارى والمجوس وغير أهل الذمة من سائر أصناف الكفار
- 354 مسألة 146: لو شاركه المسلم فَعَلَ مكرهاً، فإذا اشترى شيئاً بمال الشركة كان علي أصل الإباحة مع جهالة المسلم بالحال أو علمه بالحلال،
- 355 الركن الثاني: الصيغة.
- 355 اشارة
- 355 مسألة 147: الشركة قد تقع بالاختيار، وقد تقع بالإجبار،
- 355 اشارة
- 356 تذييب: لو استعمالاً لفظ المفاوضات وقصد شركة العنان، جاز
- 356 الركن الثالث: المال.
- 356 مسألة 148: يشترط في المال المعقود عليه الشركة أن يكون متساويي الجنس
- 359 مسألة 149: وتجاوز الشركة في العروض التي هي من ذوات الأمثال،
- 359 اشارة
- 359 تذييب: إذا اشتركا فيما لا مثل له كالثياب، وحصل المزج الرافع للامتياز، تحققت الشركة،
- 360 مسألة 150: لا تصح الشركة إلا بمزج المالكين وعدم الامتياز بينهما،
- 361 مسألة 151: قد يبيّن أنه لا تصح الشركة إلا مع المزج الرافع للامتياز،
- 362 مسألة 152: ولا بدّ مع اتفاق الجنس من اتفاق الأوصاف
- 363 مسألة 153: لا يشترط تقدّم
- 364 مسألة 154: إذا أراد الشريكان الشركة في الأعيان المختلفة الجنس، باع كلٌّ منهما نصف العين التي له بنصف العين التي لصاحبه،
- 365 مسألة 155: لا يشترط في الشركة تساوي المالكين في القدر،
- 366 مسألة 156: لا يشترط العلم حالة العقد بمقدار النصيبين
- 366 مسألة 157: لو أخرج أحد الشريكين دراهم وأخرج الآخر دنانير، لم تصح الشركة
- 367 مسألة 158: يجوز أن يكون المال سبائك وتبراً وحلياً وغير ذلك من المصوغات من النقيدين،
- 367 اشارة

- 368 تذييب: المثليات قد تتفاوت قيمتها، فيقسط الثمن والربح علي القيمتين،
- 368 مسألة 159: قد بيتا أن شركة الوجوه عندنا باطلة
- 369 مسألة 160: قد بيتا توقف تحقق الشركة علي مزج المالمين،
- 369 مسألة 161: قد بيتا أن الشركة لا تصح إلا بالمالم الممتزج من الشركين، ولا تصح بالأعمال.
- 370 مسألة 162: و لو استأجر دابة ليحمل عليها بنصف ما يرزقه الله تعالى، لم يصح
- 372 مسألة 163: لو كان لواحد دابة و لآخر راوية فتشاركوا مع ثالث ليستقي الماء ويكون الحاصل بينهم، فلا شركة هنا عندنا؛
- 373 مسألة 164: لو استأجر رجل الدابة من صاحبها و الراوية من صاحبها و السقاء لحمل الماء و هو مباح، فإن أفرد كل واحد منهم بعقد صح،
- 374 مسألة 165: لو اشترك أربعة لأحدهم بيت الرحي،
- 376 مسألة 166: لو دفع إلي شخص عينا علي أن يؤجرها المدفوع إليه و تكون الأجرة بينهما، لم يصح،
- 376 مسألة 167: لو كان لواحد البند و لآخر دواب الحرت و لثالث الأرض، فاشتركوا مع رابع ليعمل و يكون الحاصل بينهم، فالشركة باطلة،
- 378 الفصل الثالث: في الأحكام
- 378 مسألة 168: الشركة عقد جائز من الطرفين،
- 378 مسألة 169: إذا عقدا الشركة و مزجا المالمين،
- 379 مسألة 170: ليس لواحد من الشركين التصرف في المالم الممتزج إلا بإذن صاحبه،
- 380 مسألة 171: قد بيتا أن الشركة من العقود الجائزة لكل منهما فسخها، فتفسخ حينئذ.
- 381 مسألة 172: إطلاق الشركة يقتضي بسط الربح و الخسران علي قدر رءوس الأموال؛
- 383 مسألة 173: لو اخص أحدهما بمزيد عمل، و شرط مزيد ربح له، صح عندنا،
- 383 مسألة 174: قد بيتا أنه يجوز التساوي في الربح مع تفاوت المالمين،
- 386 مسألة 175: لو تفاوتوا في المالم و لم يشترطا التساوي و لا التفاوت و التوزيع علي قدر المالمين،
- 387 مسألة 176: كل واحد من الشركين أمين يده يد أمانة علي ما تحت يده.
- 387 مسألة 177: لو كان في يد أحد الشركين مال و اختلفا فيه،
- 388 مسألة 178: لو كان بينهما عبد مشترك فباعه أحدهما بإذن الثاني و أذن له في قبض الثمن،
- 391 مسألة 179: لو باع الشريك - المأذون له في البيع - العبد، ثم اختلف الشريكان،
- 394 مسألة 180: لو غضب واحد نصيب أحد الشركين بأن نزل نفسه منزله،
- 395 مسألة 181: قد بيتا

- 396 مسألة 182: الربح في شركة الأبدان علي نسبة العملين، لا علي الشرط الذي شرطاه.
- 397 مسألة 183: إذا كانت الشركة باطلة، قسّمَا الربح علي قدر رءوس أموالهما،
- 398 مسألة 184: ليس لأحد الشريكين أن يكاتب الرقيق، ولا يعتق علي مالٍ ولا غيره، ولا يزوّج الرقيق؛
- 399 مسألة 185: قد بيّنّا أنّ الشركة تتضمن نوع وكالةٍ، ولا يتعدّي الشريك حدّ الوكالة، فليس له أن يبيع نَساً.
- 401 مسألة 186: قد بيّنّا أنّ الشركة من العقود الجائزة لكلّ منهما فسخها و الرجوع في الإذن و المطالبة بالقسمة؛
- 402 مسألة 187: لو كان لرجلين ذَيْنُ بسببٍ واحدٍ إمّا عقد أو ميراث أو استهلاك أو غيره، فقبض أحدهما منه شيئاً، فللاّخر مشاركته فيه .
- 405 مسألة 188: قد بيّنّا أنّه إذا تساوي المالان تساوي الشريكان في الربح،
- 407 مسألة 189: لو اشتريا عبداً و قبضاه فأصابا به عيباً فأراد أحدهما الإمساك و الآخر الردّ، لم يجز،
- 408 مسألة 190: إذا كان لكلّ من الرجلين عبد بانفراده، صحّ بيعهما معاً صفقةً واحدة و متعدّدة،
- 410 تعريف مركز .

سرشناسه : علامه حلي حسن بن يوسف ق 726 - 648

عنوان و نام پديدآور : تذکره الفقهاء/ تالیف العلامة الحلي الحسن بن يوسف بن المطهر؛ تحقيق مؤسسه آل البيت عليهم السلام لآحياء التراث مشخصات نشر : قم مؤسسه آل البيت عليهم السلام لآحياء التراث 1400 ق = 1300.

مشخصات ظاهري : ج 22

فروست : (مؤسسه آل البيت عليهم السلام لآحياء التراث 127؛ 129؛ 130134)

شابك : 964-33-5503-7 (دوره ؛ 964-44-5503-2 2900 ريال (ج 4) ؛ 964-46-5503-9 (ج 6) ؛ 964-007-319-2 (ج 7) ؛ 964-224-319-5 8000 ريال (ج 11)

يادداشت : عربي يادداشت : فهرست نويسي براساس جلد چهارم 1414 ق = 1372

يادداشت : ج 1 (چاپ اول 1420 ق = 1378)؛ 8000 ريال ج 1) ISBN 964-319-197-4

يادداشت : ج 8 (چاپ اول 1417 ق = 1376)؛ 6500 ريال ج 8) ISBN 964-319-051-x

يادداشت : ج 9 (چاپ اول 1419 ق = 1377)؛ 8000 ريال ج 9) ISBN 964-319-008-0

يادداشت : ج 13 (چاپ اول 1423 ق = 1381)؛ 9500 ريال ISBN 964-319-389-6

يادداشت : کتابنامه مندرجات : (ج 7) ISBN 964-319-007-2 (ج 12) 1422 ق = 8500 : 1380 ريال موضوع : فقه جعفري -- قرن 8 ق

شناسه افزوده : مؤسسه آل البيت عليهم السلام لآحياء التراث رده بندي کنگره : BP182/3 / 8ت 4 1300 ي

رده بندي ديويي : 297/342

شماره کتابشناسي ملي : م 73-2721

ص : 1

تمة كتاب الديون و توابعها

المقصد الثامن: في الصلح

إشارة

وفيه فصول:

الفصل الأول: في ماهيته و أركانه

إشارة

وفيه بحثان:

البحث الأول: في ماهيته.

إشارة

الصلح عقد شرع لقطع التنازع بين المتخاصمين.

و هو عقد سانع بالنص و الإجماع.

قال الله تعالى: «وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ» (1) وقال تعالى:

«وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا» (2).

و من طريق العامة: عن أبي هريرة أنّ النبيّ صلي الله عليه و آله قال: «الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحلّ حراماً أو حرّم حلالاً» (3).

و عن عبد الله بن كعب بن مالك أنّ كعب بن مالك أخبره أنّه تقاضي ابن أبي حذردٍ ديناراً كان له - علي عهد رسول الله صلي الله عليه و آله - في المسجد،

ص: 5

1- النساء: 128.

2- الحجرات: 9.

3- سنن أبي داود 3: 3594/304، الإحسان بترتيب صحيح ابن حبان 7: 5069/275، موارد الظمان: 1199/291.

فارتفعت أصواتهما حتي سمعها رسول الله صلى الله عليه وآله وهو في بيته، فخرج رسول الله صلى الله عليه وآله إليهما حتي كشف سجف (1) حجرته و نادى: «يا كعب» قال:

لبيك يا رسول الله، فأشار بيده أن صَع الشطرَ من دَيْنِكَ، قال كعب: قد فعلتُ يا رسول الله، قال: «قُمْ فاقْبِضْهُ» (2).

و من طريق الخاصة: ما رواه حفص بن البختری - في الحسن - عن الصادق عليه السلام قال: «الصلح جائز بين الناس» (3).

وفي الصحيح عن الباقر و الصادق عليهما السلام أنّهما قالَا في رجلين كان لكل واحدٍ منهما طعام عند صاحبه لا يدري كل واحدٍ منهما كم له عند صاحبه، فقال كل واحدٍ منهما لصاحبه: لك ما عندك ولي ما عندي، فقال:

«لا بأس بذلك» (4).

وقد أجمعت الأمة علي جواز الصلح في الجملة، و لم يقع بين العلماء فيه خلاف.

مسألة 1022: الصلح عند علمائنا أجمع عقد قائم بنفسه ليس فرعاً علي غيره،

بل هو أصل في نفسه منفرد بحكمه، و لا يتبع غيره في الأحكام؛ لعدم الدليل علي تبعيته علي الغير، و الأصل في العقود الأصالة.

و قال الشافعي: إنّه ليس بأصلٍ ينفرد بحكمه، و إنّما هو فرع علي غيره. و قسّمه علي خمسة أضرب:

ضرب هو فرع البيع، و هو أن يكون في يده عينٌ أو في ذمته دينٌ

ص: 6

1- السجف: الستر. النهاية - لابن الأثير - 343:2 «سجف».

2- صحيح البخاري 3:246، صحيح مسلم 3:1192/1558، سنن البيهقي 6:63-64، المعجم الكبير - للطبراني - 19:67-68/128.

3- الكافي 5:259/5، التهذيب 6:208/479.

4- التهذيب 6:206/470.

فيدّعيها إنسان فيقرّ له بها ثمّ يصلحه علي ما يتفقان عليه، و هو جائز فرع علي البيع، بل هو بيع عنده تتعلق به أحكامه.

و ضرب هو فرع الإبراء و الحطيطة، و هو أن يكون له في ذمته دينٌ فيقرّ له به ثمّ يصلحه علي أن يسقط بعضه و يدفع إليه بعضه، و هو جائز، و هو فرع الإبراء.

و ضرب هو فرع الإجارة، و هو أن يكون له عنده دينٌ أو عينٌ فيصلحه من ذلك علي خدمة عبدٍ أو سكني دارٍ مدّةً، فيجوز ذلك، و يكون فرع الإجارة.

و ضرب هو فرع الهبة، و هو أن يدّعي عليه دارين أو عبيدين و شبههما في يده، فيقرّ له بهما، و يصلحه من ذلك علي إحداهما، فيكون هبةً للأخري.

و ضرب هو فرع العارية، و هو أن تكون في يده دار فيقرّ له بها، فيصلحه علي سكنها شهراً، و هو جائز، و يكون ذلك عاريةً (1).

و قال بعض الشافعية: الصلح فرعٌ للبيع و الإبراء و الهبة خاصّةً. ثمّ فسّر الإبراء و الهبة بما ليس بصلح، فقال: إذا كان له في ذمته ألف درهم فقال: قد أبرأتك من خمسمائة، و يدفع إليه خمسمائة، فإن كان بلفظ الصلح، لم يصح. و كذا إذا قال: أبرأتك من خمسمائة علي أن تعطيني خمسمائة، فإنّه لا يجوز (2).

و قال بعضهم: يجوز بلفظ الصلح (3).

ثمّ قال القائل الأوّل: لو ادّعي عليه عينين فأقرّ له بهما فوهب له.

ص: 7

1- البيان 6: 221-224. (2 و 3) لم نعر عليه في مظانّه.

إحدهما وأخذ الأخرى جاز، ولا يجوز بلفظ الصلح أو بالشرط؛ لأنّ لفظ الصلح يقتضي المعاوضة، فأما إذا صالحه علي بعض الدّين، كان كأنه قد باع ألفاً بخمسمائة، وهو حرام(1).

وأما في الهبة فإذا كان بلفظ الصلح، فكأنه قد باع ماله بماله، فلهذا لم يجوز.

والمشهور عندهم: الجواز(2)؛ لأنّ لفظ الصلح إذا ذكر فيما كان معاوضةً اقتضى ذلك أن يكون معاوضةً، فأما أن يكون لفظه يقتضيه فليس بصحيح؛ لأنّ الصلح إنّما معناه الاتّفاق والرضا، والاتّفاق قد يحصل علي المعاوضة وعلي غيرها، كما أنّ لفظ التملك إذا كان فيما طريقه المعاوضة - مثل: أن يقول: ملكتك هذا بهذا - فإنه يكون بيعاً، فإذا قال: ملكتك هذا، كان هبةً حيث تجرّد عن العوض، كذا هنا أيضاً.

وعلي القول الثاني يخرج قائله من أن يكون صلحاً، ولا يبقى له ثمّ تعلّق؛ لأنّه إذا ادّعى عليه شيئاً فأقرّ به وأبرأه من بعضه وأخذ بعضه بغير لفظ الصلح، فذلك براءة وقبض دينه، ولو أبرأه من جميعه لم يُسم صلحاً، ولو قبض جميعه فكذلك، فأما إذا كان بلفظ الصلح سُمّي بذلك؛ لوجود لفظه وإن لم يوجد معناه، كما تُسمّي الهبة المشروطة بالشواب هبةً؛ لوجود لفظها وإن لم يوجد في ذلك معناها، وهذا خلاف ما تقدّم؛ لأنّه معاوضة إجماعاً.

فأما إذا قال: أبرأتك من خمسمائة علي أن تعطيني خمسمائة فإنّ الشافعيّة منعوا منه؛ لأنّ هذا الاشرط يجعله بحكم العوض عن المتنازع(6).

ص: 8

1- لم نعر عليه في مظانّه.

2- راجع الحاوي الكبير 6:368، و التهذيب - للبغوي - 4:143، و البيان 6:224.

وذلك لا يجوز(1).

وإذا ورث رجلان من أبيهما أو أخيهما فصالح أحدهما الآخر علي نصيبه، كان ذلك صحيحاً عندنا مستقلاً بنفسه.

وعندهم أنه فرع البيع، فإذا شهدا التركة و عرفا المعوض، صح الصلح(2).

مسألة 1023: الصلح إما أن يجري بين المتداعيين، أو بين المدعي و بين أجنبٍ.

القسم الأول من الصلح ما يجري بين المتداعيين

إشارة

و الأول قسمان: أحدهما:

ما يجري علي الإقرار عند الشافعية

إشارة

ما يجري علي الإقرار عند الشافعية(3)، و هو نوعان:

أحدهما: الصلح عن العين.

و الثاني: الصلح عن الدّين.

النوع الأول: الصلح عن العين.

و هو قسمان: صلح معاوضة، و صلح حطيطة.

أمّا صلح المعاوضة فهو الذي يجري علي العين المدّعاة، كما لو ادّعي داراً فأقرّ له المتشبهت بها، و صالحه منها علي عبدٍ أو ثوبٍ. و حكمه حكم البيع عند الشافعي(4) و إن عقد بلفظ الصلح، و تتعلّق به جميع أحكام البيع، كالردّ بالعيب، و الشفعة، و المنع من التصرف قبل القبض، و اشتراط

ص: 9

2- البيان 6:224.

3- العزيز شرح الوجيز 5:85، روضة الطالبين 3:427.

4- مختصر المزني: 105، الحاوي الكبير 6:367، المهذب - للشيرازي - 1:340، التهذيب - للبغوي - 4:141، البيان 6:221، العزيز شرح الوجيز 5:85، روضة الطالبين 3:428، منهاج الطالبين: 125.

القبض إن كان المصالح عنه و المصالح عليه متوافقين في علة الربا، واشتراط التساوي في الكيل و الوزن إن اتحد جنسهما من أموال الربا، و جريان التحالف عند الاختلاف، و فساد العقد بالغرر و الجهل.

هذا إذا صالح منها علي عينٍ أُخري، و إن صالح منها علي منفعة دارٍ أُخري أو خدمة عبدٍ سنةً جاز، و كان إجارةً، فتثبت فيه أحكامها.

و أما صلح الحطيطة، و هو الجاري علي بعض العين المدّعة، كما لو صالح من الدار المدّعة علي نصفها أو ثلثها، فإنّه هبة بعض المدّعي ممّن هو في يده، فيشترط القبول و مضي إمكان القبض، و يصحّ بلفظ الهبة - إجماعاً - و ما في معناها.

و في صحّتها بلفظ الصلح و جهان عندهم:

أحدهما: المنع؛ لأنّ الصلح يتضمّن المعاوضة، و لا يقابل الإنسان ملك نفسه ببعضه.

و أظهرهما عندهم: الصحّة؛ لأنّ الخاصيّة التي يفترق إليها لفظ الصلح - و هو سبق الخصومة - قد حصلت (1).

مسألة 1024: لو صالحه من أرش الموضحة - مثلاً - علي شيءٍ معلوم، جاز إذا علما قدر أرشها،

و به قال الشافعي (2).

و لو باعه، لم يجز عند بعض الشافعية (3).

و خالفه معظم الشافعية في افتراق اللفظين.

وقالوا: إن كان الأرش مجهولاً - كالحكومة التي لم تُقدّر و لم تُضبط - لم يجز الصلح عنه و لا بيعه.

ص: 10

1- العزيز شرح الوجيز 86:5، روضة الطالبين 3:428.

2- العزيز شرح الوجيز 86:5، روضة الطالبين 3:428.

3- العزيز شرح الوجيز 86:5، روضة الطالبين 3:428.

وإن كان معلومَ القدر و الصفة - كالدراهم و الدنانير إذا ضُبِطت في الحكومة - جاز الصلح عنها، و جاز بيعها ممّن عليه.

وإن كان معلومَ القدر دون الصفة علي الحدّ المعتبر في السّلم كالإبل الواجبة في الدية، ففي جواز الاعتياض عنها بلفظ الصلح و بلفظ البيع جميعاً للشافعية قولان:

أحدهما: الصّحة، كما لو اشترى عيناً و لا يعرف صفاتها.

و أظهرهما عندهم: المنع، كما لو أسلم في شيء غير موصوفٍ (1).

هذا حكم الجراح الذي لا يوجب القود، و إن أوجهه إمّا في النفس أو فيما دونها، فالصلح عنها مبنيّ عندهم علي الخلاف في أنّ مُوجِبَ العمد القصاصُ أو أحد الأمرين؟ و سيأتي إن شاء الله تعالي (2).

مسألة 1025: لا يشترط عندنا سبق الخصومة في الصلح؛

لأصالة الصّحة، فلو كان لواحدٍ ملكٌ فقال له غيره: بعني ملكك بكذا، فباعه، صحّ البيع إجماعاً.

و لو قال له: صالحني عنه بألف، ففعل، صحّ عندنا؛ لأنّ الصلح عقد مستقلّ بنفسه.

و هو أحد وجهي الشافعية؛ لأنّ مثل هذا الصلح معاوضة، و لا فرق بين أن يعقده بلفظ الصلح أو بلفظ البيع.

و أظهرهما عندهم: المنع؛ لأنّ لفظ الصلح إنّما يُستعمل و يُطلق إذا سبقت الخصومة (3).3.

ص: 11

1- العزيز شرح الوجيز 5:86، روضة الطالبين 3:429-430.

2- العزيز شرح الوجيز 5:86، روضة الطالبين 3:430.

3- العزيز شرح الوجيز 5:87، روضة الطالبين 3:429.

و هو ممنوع، ولا عبرة باللفظ.

هذا إذا أطلقا لفظ الصلح ولم ينويا شيئاً، أما إذا استعملا ونويا البيع، فإنه يكون كنايةً قطعاً، ويكون عند الشافعية مبيئاً علي الخلاف المشهور في انعقاد البيع بالكنايات(1).

وعندنا الأصل عصمة مال الغير، وعدم الانتقال عنه بالكناية.

مسألة 1026: لو صلح الإمام أهل الحرب من أموالهم علي شيء يأخذه منهم، جاز،

ولا يقوم البيع مقامه، وبه قال بعض الشافعية(2).

و اعترض بعضهم: بأن هذا الصلح ليس عن أموالهم، وإنما يصلحهم ويأخذه منهم للكف عن دمانهم وأموالهم(1).

و هذا الكلام ساقط عندنا؛ لأن الصلح عقد مستقل بنفسه علي ما تقدم(2).

النوع الثاني: الصلح عن الدين.

و هو قسمان:

[القسم الأول] صلح معاوضة،

و هو الجاري علي ما يغير الدين المدعي، كما لو صلحه علي الدين الذي له عليه بعبدي أو ثوب أو شبهه.

و هو صحيح عندنا مطلقاً، سواء وقع الصلح علي بعض أموال الربا الموافق في العلة أو المخالف، أو علي غيره.

ص: 12

1- العزيز شرح الوجيز 5: 87-88، روضة الطالبين 3: 429.

2- في ص 6، المسألة 1022.

ولا يشترط التقابض في المجلس. ولا يشترط تعيينه في عقد الصلح علي أصح الوجهين عندهم(1).

وإن لم يكن العوضان كذلك، فإن كان العوض عيناً صح الصلح.

ولا يشترط قبضه في المجلس في أصح الوجهين عندهم(2)، لكن يشترط التعيين في المجلس، ولا يشترط القبض بعد التعيين في أصح الوجهين(3).

وكل ذلك آتٍ في بيع الدّين ممّن عليه الدّين.

القسم الثاني: صلح الحطيطة،

وهو الجاري علي بعض الدّين المدّعي، وهو إبراء عن بعض الدّين.

ثمّ لا يخلو إمّا أن يأتي بلفظ الإبراء أو ما يشبهه، مثل أن يقول:

أبرأتك عن خمسمائة من الألف الذي لي عليك وصالحتك علي الباقي، فإنّه يصحّ قطعاً، ويكون إبراءً، وتبرأ ذمّة المديون عمّا أبرأه منه.

وهل يشترط القبول؟ الأقرب عندي: عدم الاشتراط، وهو أظهر وجهي الشافعيّة(4).

ولهم وجه آخر بعيد مطّرد في كلّ إبراء(5).

ولا يشترط قبض الباقي في المجلس.

وإمّا أن لا يأتي بلفظ الإبراء، ويقتصر علي لفظ الصلح، فيقول:

صالحتك عن الألف التي لي في ذمتك علي خمسمائة، صحّ عندنا أيضاً.

وللشافعيّة وجهان كما تقدّم في صلح الحطيطة في العين.

والأصحّ عندهم: الصحّة(6).

ص: 13

1- العزيز شرح الوجيز 5:88، روضة الطالبين 3:430.

2- العزيز شرح الوجيز 5:88، روضة الطالبين 3:430.

3- العزيز شرح الوجيز 5:88، روضة الطالبين 3:430.

4- العزيز شرح الوجيز 5:89، روضة الطالبين 3:430.

5- العزيز شرح الوجيز 5:89، روضة الطالبين 3:430.

6- العزيز شرح الوجيز 5:89، روضة الطالبين 3:430.

و هل يشترط القبول؟ إشكال ينشأ: من كونه عقداً مستقلاً، و من كونه في معني الإبراء.

و للشافعية وجهان كالوجهين فيما إذا قال لمن له عليه الدين: وهبته منك.

و الأظهر عندهم: الاشتراط؛ لاقتضاء وضع اللفظ ذلك(1).

و لو صالح منه علي خمسمائة معينة، فللشافعية الوجهان(2).

و اختار الجويني هنا الفساد؛ لأنّ تعين الخمسمائة يقتضي كونها عوضاً و كون العقد معاوضةً، فيصير كأنه قد باع الألف بنصفها، و هو ربا(3).

و هو ممنوع؛ لأنّ الصلح علي البعض المعين إبراءً للبعض و استيفاءً للباقي، و لا يصحّ هذا الضرب بلفظ البيع، كما في نظيره من الصلح علي العين؛ لأنّه ربا محقق.

مسألة 1027: يصح الصلح علي الأعيان المتماثلة جنساً و وصفاً،

إشارة

سواء كانت ربويّةً أو لا، و سواء تفاوتت في المقدار أو الحلول أو التأجيل، أو لا، عندنا؛ لما تقدّم(2) من كون الصلح عقداً مستقلاً بنفسه ليس يجب أن تتبعه لواحق البيع.

فلو كان له ألف مؤجلة علي غيره، فصالحه منها علي ألفٍ حالّ، أو بالعكس، صحّ؛ لما مهّدناه من القاعدة.

وقالت الشافعية: لو صالح عن ألفٍ حالّ علي ألفٍ مؤجلّ، أو من ألفٍ مؤجلّ علي ألفٍ حالّ، كان لغواً؛ لأنّ الأوّل وُعِدَّ من صاحب الدين

ص: 14

1- العزیز شرح الوجیز 5:89، روضة الطالبین 3:430. (2 و 3) العزیز شرح الوجیز 5:89، روضة الطالبین 3:431.

2- في ص 6، المسألة 1022.

بالحاق الأجل، و الثاني وَعَدُّ من المديون بإسقاط الأجل، و الأجل لا يلحق ولا يسقط(1).

و هو ممنوع؛ لأنه مبني علي عدم استقلال عقد الصلح بنفسه.

أمّا لو عَجَّل المديون الدَّيْنَ المؤجَّل و دفعه إلي صاحبه، لم يجب علي المالك القبول، فإن قَبِل و رضي بالدفع سقط الأجل إجماعاً؛ لحصول الإيفاء و الاستيفاء.

و كذا البحث في الصحيحة و المكسرة.

و لو صالح عن ألفٍ مؤجَّل علي خمسمائة حالة، صحَّ عندنا؛ عملاً بالأصل.

و بما رواه أبان بن عثمان عن حدِّثه عن الصادق عليه السلام، قال: سألته عن الرجل يكون له علي الرجل الدَّيْن، فيقول له قبل أن يحلَّ الأجل:

عَجَّل لي النصفَ من حَقِّي علي أن أضع عنك النصفَ، أي حلَّ ذلك لواحدٍ منهما؟ قال: «نعم»(2).

و في الصحيح عن محمَّد بن مسلم عن الباقر عليه السلام، و عن الحلبي عن الصادق عليه السلام أنَّهما قالا في الرجل يكون عليه الدَّيْن إلي أجل مسمي، فيأتيه غريمه فيقول: أنقذني من الذي لي عليك كذا و أضع عنك بقيته، أو يقول:

أنقذني بعضاً و أمُدَّ لك في الأجل فيما بقي، قال: «لا أري به بأساً ما لم يزد علي رأس ماله شيئاً، يقول الله [عزَّ و جلَّ]: «فَلَكُمْ رُؤُسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَ لَا تُظْلَمُونَ»(3)»(4).6.

ص: 15

1- الوسيط 4:50، العزيز شرح الوجيز 5:89، روضة الطالبين 3:431.

2- الكافي 5:258-3/259، التهذيب 6:474/206.

3- البقرة: 279.

4- التهذيب 6:475/207.

وقال الشافعي: لا يصحّ الصلح عن ألفٍ مؤجَّلٍ بخمسمائة حالّة؛ لأنّه نزل عن بعض المقدار لتحصيل الحلول في الباقي، والصفة بانفرادها لا تُقَابَلُ بالعوض، ثمّ صفة الحلول لا تلتحق بالمال المؤجَّل، فإذا لم يحصل ما نزل عن القدر لتحصيله لم يصحّ النزول(1).

ونحن نمنع ذلك؛ لعدم اتّحاد المالين بالشخص. ونمنع عدم التحاق صفة الحلول بالمال المؤجَّل في صورة النزاع؛ لأنّ الصلح عقد أثره ذلك.

فروع:

أ- لو صالحه عن ألفٍ حالٍّ بألفين مؤجَّلة، أو عن ألفٍ مؤجَّلة إليّ سنةً بألفين مؤجَّلة إليّ سنتين، لم يجز؛

عملاً بحديث الباقر والصادق عليهما السلام، وقد سبق(2).

ب- لو صالح عن ألفٍ حالٍّ عليّ خمسمائة مؤجَّلة، جاز؛

لأنّه يتضمّن الإبراء، ولزم الصلح والأجل؛ عملاً بالشرط.

وقالت الشافعيّة: إنّ هذا الصلح ليس فيه [شائبة](3) المعاوضة، وإمّا هو مسامحة من وجهين: حطّ بعض القدر، وهو سائغ، فيبرأ عن خمسمائة، ووعده بالأجل، وهو غير لازم، فله أن يطالبه بالباقي الحال(4).

وقد بيّنا فساده.

ج- لو صالحه عن الدراهم بالدنانير أو بالدراهم، لم يكن ذلك صرفاً

ص: 16

1- الوجيز 1:178، الوسيط 4:51، التهذيب - للبخاري - 4:144، العزيز شرح الوجيز 5:89، روضة الطالبين 3:431.

2- في ص 15.

3- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطيّة والحجريّة: «سابقة». و الصحيح ما أثبتناه من «العزيز شرح الوجيز».

4- العزيز شرح الوجيز 5:89، روضة الطالبين 3:431.

عندنا، فلا يشترط فيه ما يشترط في الصَّرف، خلافاً للشافعي(1).

البحث الثاني: في الأركان.

مسألة 1028: أركان الصلح أربعة: المتصالحان، و المصالح عليه، و المصالح عنه.

أما المتصالحان فيشترط فيهما الكمالية بأن يكون كل واحدٍ منهما بالغاً عاقلاً رشيداً جائزاً التصرف فيما وقع الصلح عليه إجماعاً.

وأما المصالح عليه و المصالح عنه فيشترط فيهما التملك، فلو تصالحا علي خمر أو خنزير أو استرقاق حُرٍّ أو استباحة بُضْعٍ لم يقع، و لم يفد العقد شيئاً، بل يقع باطلاً بلا خلافٍ.

و كذا يبطل لو صالحه علي مال غيره؛ لعدم الملكية بالنسبة إليهما.

مسألة 1029: لا يشترط العلم بما يقع الصلح عنه لا قدرأ و لا جنساً،

بل يصح الصلح، سواء علما قدر ما تنازعا عليه و جنسه أو جهلاه، دَيْناً كان أو عيناً، و سواء كان أرشاً أو غيره، عند علمائنا أجمع - و به قال أبو حنيفة و أحمد(2) - لعموم قوله تعالي: «وَ الصُّلْحُ خَيْرٌ»(3).

و عموم قوله عليه السلام: «الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحلَّ حراماً»

ص: 17

1- الأم 3:227، الحاوي الكبير 6:367، التهذيب - للبخاري - 4:143، البيان 6:224.

2- التهذيب - للبخاري - 4:143، البيان 6:225، العزيز شرح الوجيز 5:88، المغني 5:25، الشرح الكبير 5:9.

3- النساء: 128.

أو حرّم حلالاً»(1) تقدّم تخريجه في ص 6، الهامش (3). (2).

ولأنّ النبيّ صلي الله عليه وآله قال في رجلين اختصما في مواريث درست بينهما:

«و توخّيا، و ليحلّل أحدكما صاحبه» رواه العامة(3).

و من طريق الخاصّة: ما رواه حفص بن البخري - في الحسن - عن الصادق عليه السلام قال: «الصلح جائز بين الناس»(3).

وقول الباقر و الصادق عليهما السلام في رجلين كان لكلّ واحدٍ منهما طعام عند صاحبه لا يدري كلّ واحدٍ منهما كم له عند صاحبه، فقال كلّ [واحدٍ] منهما لصاحبه: لك ما عندك ولي ما عندي: «لا بأس بذلك إذا تراضيا» وقد تقدّم(4).

ولأنّ مَنْ عليه حقٌّ يجهل قدره هو و مالكه و يريد إبراء ذمّته و الخلاص من ذلك الحقّ الذي هو أمر مطلوب للعقلاء، و جب أن يكون له طريق إلي ذلك، و لا طريق إلّا الصلح، فوجب أن يكون سائغاً، و إلّا لزم الحرج و الضيق في الأحكام، و هو منفيّ شرعاً.

و لأنّ الصلح إسقاط، فيصحّ في المجهول، كالطلاق.

و لأنّه إذا صحّ الصلح مع العلم و إمكان أداء الحقّ بعينه فلاّن يصحّ مع الجهل أولي.

و لأنّه إذا كان معلوماً، فلهما طريق إلي التخلّص و براءة ذمّة أحدهما دون صاحبه بدون الصلح، و مع الجهل لا يمكن ذلك، فلو لم يجز الصلح).

ص: 18

1- تقدّم تخريجه في الهامش

2- من ص 5.

3- سنن البيهقي 6:66، المغني 5:26، الشرح الكبير 5:9.

4- في ص 6 مع تخريجه في الهامش (4).

أفضني إلي ضياع المال علي تقدير أن يكون بينهما مال لا يعرف كل واحدٍ منهما قدر حقه.

وقال الشافعي: لا يصح الصلح عن المجهول، فلو ادّعي مالا مجهولاً فأقر المدعي عليه به وصالحه عليه، لم يصح الصلح؛ لأن ذلك نوع معاوضة، ولهذا تثبت في الشقص الشفعة فيه، فلم يصح في المجهول، كالبيع، ولأن المصالح عليه يجب أن يكون معلوماً، فكذا المصالح عنه قياساً(1).

وهو ممنوع.

مسألة 1030: يشترط في صحة الصلح الرضا من المتصلحين،

فلا يقع مع الإكراه، عند علمائنا كافة، كغيره من العقود؛ لقوله تعالى: «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ»(2).

ومن صور الإكراه ما لو كان علي غيره حقه مالي، فأنكره المديون ظاهراً، فصالحه علي بعضه أو علي غيره توّصّلاً إلي أخذ بعض حقه، لم يصح الصلح، ولم يتم إبراء ذمة المديون من الحق الذي عليه، سواء عرف المالك قدر حقه أو لا، و سواء ابتداء المالك بطلب الصلح عن حقه المعلوم أو المجهول أو لا.

ولا يفيد مثل هذا الصلح ملكاً للآخر، إلا أن يحصل الرضا الباطن.

وكذا لو كان عليه حقه غير معلوم القدر للمالك، فصالح المديون مالكة علي شيء، لم يكن إبراءً للمديون، إلا أن يعلمه بقدره ويرضي

ص: 19

1- الحاوي الكبير 6:368-369، التنبيه: 103-104، البيان 6:225، المغني 5:26، الشرح الكبير 5:9.

2- النساء: 29.

باطناً، أو يرضي باطناً بالصلح عن أيِّ مقدارٍ كان أوقع عليه عقد الصلح؛ لما رواه عليُّ بن أبي حمزة عن أبي الحسن عليه السلام، قلت له: رجل يهوديٌّ أو نصرانيٌّ كانت له عندي وديعة أربعة آلاف درهم فمات أيجوز لي أن أصالح ورثته ولا أعلمهم كم كان؟ قال: «لا يجوز حتى تُخبرهم»⁽¹⁾.

ولأنَّ ذلك أكل مال الغير بالباطل، فيدخل تحت النهي، ومع الرضا بأيِّ مقدارٍ كان يكون سائغاً.

القسم الثاني من الصلح، وهو الواقع بين المدعي والأجنبي.

مسألة 1031: الصلح الواقع بين المدعي والأجنبي. إما أن يقع مع إقرار المدعي عليه ظاهراً أو مع إنكاره.

أما الأول فإمّا أن يكون المدعي به عيناً أو ديناً.

فإن كان عيناً بأن ادّعي داراً أو عبداً أو ثوباً أو غير ذلك من الأعيان في يد غيره، فصدّقه المتشبّث، فجاء الأجنبيّ وقال: إنّ المدعي عليه قد وكنني في مصالحتك له علي نصف المدعي أو علي هذه العين الأخرى من مال المدعي عليه، فصالحه علي ذلك، جاز؛ لعموم قوله تعالى: «وَالصُّلْحُ خَيْرٌ»⁽²⁾.

وقوله عليه السلام: «الصلح جائز بين المسلمين»⁽³⁾.

وكذا لو قال الأجنبيّ: إنّه وكنني علي مصالحتك عنه علي عشرة دنانير في ذمّته.

ص: 20

1- الكافي 5/259:6، الفقيه 3/21:54، التهذيب 6/206:472 بتفاوت.

2- النساء: 128.

3- سنن ابن ماجه 2/2353:788، سنن أبي داود 3/304:3594، سنن الترمذي 3/634-635:1352، سنن الدارقطني 3/27:97، سنن البيهقي 6:65، مسند أحمد 3/54:8566، المستدرک - للحاكم - 4:101.

ثم إن كان صادقاً في الوكالة، انتقل المدعي به إلي المدعي عليه، وإلا كان حكمه حكم شراء الفضولي.

وإن قال: أمرني بالمصالحة له علي هذا العبد من ملكي، فصالحه عليه، فهو بمنزلة ما لو اشترى لغيره بمال نفسه بإذن ذلك الغير، وقد سبق (1) الخلاف فيه، فإن قلنا بالصحة فالذي يدفعه قرض أو هبة.

أما لو صالح الأجنبي لنفسه بمال له إما عن دين في ذمته أو عين لنفسه، صحّ، كما لو [اشتراه] (2) وهو الأظهر عند الشافعية (3).

وعند بعضهم وجهان، كما لو قال ابتداءً لغيره من غير سبق دعوي وجواب: صالحني من دارك هذه علي ألف؛ لأنه لم يجر مع الأجنبي خصومة فيه، وهذه الصورة أولي بالصحة حيث ترتب اللفظ علي دعوي وجواب، فيكتفي به في استعمال لفظ الصلح (4).

وإن كان المدعي به ديناً وقال: وكّلتني المدعي عليه بمصالحتك علي نصفه أو علي هذا الثوب وهو ملكه أو ملكي، صحّ عندنا، ويسقط الدين، كما لو ضمن ديناً وأدى عنه عوضاً، وهو أحد وجهي الشافعية. والثاني:

لا يصحّ؛ لأنه يبيع شيئاً بدين الغير (5).

ولو صالح لنفسه علي عين أو دين في ذمته، فهو بمنزلة ابتياع دين في ذمة الغير، وقد سبق.

وأما الثاني - وهو أن يقع الصلح مع إنكار المدعي عليه ظاهراً - فإذا 3.

ص: 21

1- في ج 10، ص 218، الفرع «ج» من المسألة 110.

2- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطية والحجيرية: «أبراه». والظاهر ما أثبتناه كما في «العزیز شرح الوجيز» و«روضۃ الطالبین». (3-

5) العزیز شرح الوجيز 93:5، روضة الطالبین 3:435.

جاء الأجنبيّ وقال: أقرّ المدّعي عليه عندي ووكّلتني في مصالحتك له إلا أنّه لا يُظهر إقراره خيفة أن تنتزعه منه، فصالحه، صحّ؛ لأنّ قول الإنسان في دعوي الوكالة مقبول في البيع والشراء و سائر المعاملات.

وإن قال الأجنبيّ: هو منكر، لكنّه مبطل في الإنكار، فصالحني له علي عدي هذا لتقطع الخصومة بينكما، صحّ عندنا؛ لأنّ الأصل الصّحة، والصلح علي الإنكار عندنا جائز.

و للشافعيّة وجهان:

أظهرهما علي ما قاله الجويني: البطلان؛ لأنّه صلح واقع لمنكر، والصلح علي الإنكار عندهم باطل.

و الثاني: الصّحة؛ لأنّ العقد منوط بالمتعاقدين، وهما متوافقان، والاعتبار في شرائط العقد بمنّ يباشره(1).

هذا إذا كان المدّعي عيناً، فإن كان ديناً صحّ عندنا أيضاً.

و للشافعيّة طريقان:

أحدهما: إنّه علي الوجهين.

وأصحّهما عندهم: القطع بالصّحة، والفرق: إنّه لا يمكن تمليك الغير عين مالٍ بغير إذنه، ويمكن قضاء الدّين عن الغير بغير إذنه(2).

وإن قال الأجنبيّ: إنّه منكر وأنا لا أعلم أيضاً صدقك، و صالحه مع ذلك، صحّ عندنا، خلافاً للشافعيّة؛ فإنّهم قالوا: لا يصحّ الصلح، سواء كان المصالح عليه له أو للمدّعي عليه، كما لو جري الصلح مع المدّعي عليه وهو منكر(3).

ص: 22

1- العزيز شرح الوجيز 93:5، روضة الطالبين 436:3.

2- العزيز شرح الوجيز 93:5، روضة الطالبين 436:3.

3- العزيز شرح الوجيز 93:5، روضة الطالبين 436:3.

وإن قال: هو منكر و لكنّه مبطل في إنكاره فصالحني لنفسي بعبدى هذا أو بعشرة في ذمتي لأخذ منه، فإن كان المدّعي دِيناً صحّ عندنا، و كذا إن كان عيناً.

وقالت الشافعية: إن كان المدّعي دِيناً فهو ابتياع دَيْنٍ في ذمة الغير، وإن كان عيناً فهو شراء غير الغاصب المغصوب، فيُنظر في قدرته علي الانتزاع وعجزه، وقد سبق حكمهما في أول البيع(1).

فلو صالح وقال: أنا قادر علي الانتزاع، فلهم وجهان:

أظهرهما: إنّه يصحّ العقد؛ اكتفاءً بقوله.

والثاني: لا يصحّ؛ لأنّ الملك في الظاهر للمدّعي عليه، وهو عاجز عن انتزاعه(2).

وقيل بالتفصيل فيقال: إن كان الأجنبيّ كاذباً، فالعقد باطل باطناً، وفي مؤاخذته في الظاهر لالتزامه الوجهان. وإن كان صادقاً، حُكم بصحة العقد باطناً، وقُطع بمؤاخذته، لكن لا تُزال يد المدّعي عليه إلا بحجة(3).

ص: 23

1- العزيز شرح الوجيز 94:5، روضة الطالبين 3:436.

2- العزيز شرح الوجيز 94:5، روضة الطالبين 3:436.

3- العزيز شرح الوجيز 94:5، روضة الطالبين 3:436.

مسألة 1032: يصح الصلح علي الإقرار و الإنكار معاً،

سواء كان المدّعي به دَيِّناً أو عيناً، عند علمائنا أجمع - و به قال أبو حنيفة و مالك و أحمد(1) - لعموم قوله تعالى: «و الصُّلْحُ خَيْرٌ» (2) و عموم ما رواه العامة عن النبيّ صلي الله عليه و آله أنّه قال: «الصلح جائز بين المسلمين»(3).

و من طريق الخاصّة: ما رواه حفص بن البخري - في الصحيح - عن الصادق عليه السلام أنّه قال: «الصلح جائز بين الناس»(4).

و لأنّه سبب لإسقاط الخصومة، فجاز مع الإنكار، كالإبراء و الصلح مع الأجنبيّ.

و لأنّ الصلح وُضع لقطع التنازع، و هو إنّما يتحقّق مع المخالفة بين المتداعيين بأن يُنكر أحدهما ما ادّعاه الآخر، فلو لم يسمع صلح الإنكار

ص: 25

1- المبسوط - للسرخسي - 139:20، تحفة الفقهاء 249:3، بدائع الصنائع 40:6، الهداية - للمرغيناني - 192:3، الاختيار لتعليل المختار 6:3، التنف 1:504، مختصر اختلاف العلماء 4:1887/195، الفقه النافع 3:1014/1265، المدونة الكبرى 4:374، الإشراف علي نكت مسائل الخلاف 2:1001/596، عيون المجالس 4:1651-1652/1165، بداية المجتهد 2:293-294، التلقين: 430، المعونة 2:1191، الذخيرة 5:351، المغني و الشرح الكبير 5:10، الحاوي الكبير 6:369، حلية العلماء 5:10، التهذيب - للبيهقي - 4:145، البيان 6:226، العزيز شرح الوجيز 5:90.

2- النساء: 128.

3- تقدّم تخريجه في ص 20، الهامش (3).

4- تقدّم تخريجه في ص 6، الهامش (3).

وقال الشافعي: لا يصح الصلح علي الإنكار، وإنما يصح الصلح علي الإقرار خاصةً - و صورة الإنكار أن يدعي رجل علي رجل آخر ديناً أو عيناً، فينكر المدعي عليه فيصالحه علي ثوبٍ أو ديينٍ أو بعض المدعي أو غير ذلك - لأنه عاوض علي ما لم يثبت له، فلم تصح المعاوضة، كما لو باع مال غيره، وبالقياس علي ما إذا أنكر الخلع أو الكتابة ثم تصالحا علي شيء (1).

ونمنع بطلان المعاوضة علي ما لم يثبت بالصلح؛ فإنه المتنازع، بخلاف ما لو باع مال غيره؛ لأن ذلك تصرف في مال الغير بغير إذنه، حتي إنه لو أجاز الغير صح البيع، و الرضا بالصلح رضا بالتصرف. و القياس عندنا باطل، فلا يكون حجةً علينا، علي أننا نمنع الحكم في الأصل.

مسألة 1033: إذا ادعي عليه حقاً ديناً أو عيناً، فقال المدعي عليه:

صالحني علي كذا إما بعضه أو غيره، لم يكن ذلك إقراراً منه،

و هو ظاهر عندنا؛ لأننا قد بيننا أن الصلح يصح مع الإنكار، كما يصح مع الإقرار.

و أما الشافعي فإنه قال: إذا قال المدعي عليه: صالحني مطلقاً، أو

ص: 26

1- الأم 221:3، مختصر المزني: 105-106، الحاوي الكبير 6:369-370، المهذب - للشيرازي - 1:340، الوجيز 1:178، الوسيط 4:51، حلية العلماء 5:9، التهذيب - للبخاري - 4:145، البيان 6:225 و 226، العزيز شرح الوجيز 5:90-91، روضة الطالبين 3:432-433، المبسوط - للسرخسي - 20:139، تحفة الفقهاء 3:249، بدائع الصنائع 6:40، الهداية - للمرغيناني - 3:192، التنف 1:504، مختصر اختلاف العلماء 4:1887/195، الفقه النافع 3:1014/1265، الإشراف علي نكت مسائل الخلاف 2:1001/596، عيون المجالس 4:1165/1652، بداية المجتهد 2:294، المعونة 2:1191، الذخيرة 5:351، المغني و الشرح الكبير 5:10.

صالحني عن دعواك الكاذبة، أو صالحني عن دعواك، فإنه لا يكون إقراراً؛ لأنه ربما يريد قطع الخصومة، بل الصلح عن الدعوي لا يصحّ مع الإقرار أيضاً؛ لأنّ مجرد الدعوي لا يعتاض عنه(1).

ولو قال بعد الإنكار: صالحني عن الدار التي ادّعتها، فوجهان للشافعية:

أحدهما: إنه إقرار؛ لأنه طلب منه التملك، وذلك يتضمّن الاعتراف بالملك، فصار كما لو قال: ملّكني.

وأصحّهما عندهم: إنه ليس بإقرار؛ لأنّ الصلح في الوضع هو الرجوع إلي الموافقة و قطع الخصومة، فيجوز أن يكون المراد قطع الخصومة في المدّعي لا غير، فعلي هذا يكون الصلح بعد هذا الالتماس صلحاً علي الإنكار(2).

وإن قال: بعنيها، أو هبها مني، فالمشهور: إنه إقرار؛ لأنه صريح في التماس التملك.

وقال بعض الشافعية: إنه كقوله: صالحني(3).

و الوجه: الفرق.

وفي معناه إذا كان التنازع في جاريةٍ وقال: زوّجنيها.

ولو قال: أجرني أو أعزني، فأولي أن لا يكون إقراراً.

ولو كان التنازع في دينٍ وقال: أبرئني، فهو إقرار.

ولو أبرأ المدّعي المدّعي عليه وهو منكر وقلنا: لا يفتقر الإبراء إلي3.

ص: 27

1- الحاوي الكبير 6:372، المهذب - للشيرازي - 1:341، التهذيب - للبغوي - 4:145، البيان 6:230، العزيز شرح الوجيز 5:91، روضة الطالبين 3:433. (2 و 3) العزيز شرح الوجيز 5:91، روضة الطالبين 3:433.

القبول، صحَّ الإبراء، بخلاف الصلح؛ لأنَّه مستقلٌّ بالإبراء(1)، فلا حاجة فيه إلى تصديق الغير، ولهذا لو أبرأه بعد التحليف صحَّ، ولو تصالحا بعد التحليف لم يصح عندهم(2).

مسألة 1034: لو ادَّعي العين في يد الغير فأنكر الغير دعواه،

فصالحه علي بعض تلك العين المدَّعاة - وهو صلح الحطيطة في العين - صحَّ عندنا؛ لما بيَّنا من صحَّة الصلح علي الإنكار. وللشافعيَّة وجهان:

أحدهما: إنَّه صحيح - وبه قال القفال - لاتِّفاق المتصالحين علي أنَّ النصف مستحقٌّ للمدَّعي، أمَّا المدَّعي فإنَّه يزعم استحقاق الجميع، و أمَّا المدَّعي عليه فإنَّه يسلم النصف له بحكم هبته منه و تسليمه إليه، فأذنَّ الخلاف بينهما في جهة الاستحقاق.

و الثاني - وبه قال أكثر الشافعيَّة -: إنَّه باطل، كما كان علي غير المدَّعي، قالوا: ومهما اختلف القابض و الدافع في الجهة، فالقول قول الدافع، كما لو دفع المديون دراهم إلي صاحب الدَّين و قال: دفعْتُها عن دَين الرهن، و قال القابض: بل دفعْتُها عن دَين غيره، قُدِّم قول الدافع مع اليمين(3).

و لو دفع إلي زوجته دراهم ثمَّ اختلفا، فادَّعي الزوج أنَّه دفعها عن الصداق، و قالت: بل دفعْتُها عن دَين أو هبةٍ، قُدِّم قول الدافع، و إذا كان كذلك فالدافع يقول: إنَّما بذلتُ النصف لدفع الأذي حتي لا ترفعني إلي القاضي و لا تقيم عليَّ بيَّنة زورٍ.

ص: 28

1- في «ج، ر» و الطبعة الحجرية: «في نفسه» بدل «بالإبراء». (2 و 3) العزيز شرح الوجيز 91:5، روضة الطالبين 3:434.

مسألة 1035: لو ادّعي عليه ديناً و تصالحا علي بعضه بعد الإنكار، صحّ عندنا،

ولزمه ما وقع الصلح عليه خاصّةً، وسقط عنه الباقي؛ للأصل.

ولما رواه عمر بن يزيد أنّه سأله الصادق عليه السلام عن رجل ضمن ضماناً ثمّ صالح علي بعض ما صالح عليه، قال: «ليس له إلاّ الذي صالح عليه»⁽¹⁾.

وقال الشافعي: يُنظر إن صالحه من ألف علي خمسمائة - مثلاً - في الذمّة، لم يصح؛ لأنّ التصحيح بتقدير الهبة، وإيراد الهبة علي ما في الذمّة ممتنع، وإن أحضر خمسمائة و تصالحا من المدّعي عليها، فهو مرتّب علي صلح الحطيطة في العين، إن لم يصح ذلك فهذا أولي، وإن صحّ ففيه وجهان. والفرق أنّ ما في الذمّة ليس ذلك المعين المُحصّر، ففي الصلح عليه [معني]⁽²⁾ المعاوضة، ولا يمكن تصحيحه معاوضةً مع الإنكار عندهم⁽³⁾.

واتفق القائلون علي أنّ وجه البطلان هنا أرجح⁽⁴⁾.

وكلّ هذا عندنا باطل؛ لما بيّنا من جواز الصلح علي الإنكار، وجوازه علي الإقرار.

مسألة 1036: لو تصالحا ثمّ اختلفا في أنّهما تصالحا علي الإنكار أو علي الإقرار، لم يكن لذلك الاختلاف عندنا فائدة؛

لصحة الصلح في الموضوعين.

أمّا الشافعيّة القائلون بصحّته علي الإقرار و بطلانه علي الإنكار، فقال

ص: 29

1- التهذيب 6: 473/206.

2- ما بين المعقوفين أضفناه من المصدر.

3- العزيز شرح الوجيز 5: 92، روضة الطالبين 3: 434.

4- العزيز شرح الوجيز 5: 92.

القاضي ابن كج منهم: إن القول قول مَنْ يدعي الإنكار؛ لأن الأصل عدم العقد(1).

والمعتمد بناء ذلك علي الخلاف السابق في نزاع المتعاقدين في أن العقد الواقع بينهما هل كان صحيحاً أو فاسداً؟

مسألة 1037: لو قال أحد الوارثين لصاحبه: تركت نصيبي من التركة إليك، فقال: قبلت، لم يصح ذلك؛

لأن ذلك ليس من ألفاظ العقود الناقلة، ويبقى حقه كما كان؛ لأنها إن كانت أعياناً فلا بدّ فيها من إيجابٍ وقبولٍ مقتضيان للتمليك، وإن كان فيها دينٌ فلا بدّ من إبراءٍ.

ولو قال: صالحتك من نصيبي علي هذا الثوب، فقال: قبلت، صحّ العقد و لزم.

وقالت الشافعية: إن كانت التركة أعياناً فهو صلح عن العين، وإن كانت ديوناً عليه فهو صلح عن الدين، وإن كانت علي سائر الناس فهو بيع الدين من غير مَنْ عليه الدين، وقد سبق حكم ذلك. وهو بناء منهم علي أن الصلح فرع علي غيره.

ولو كان في التركة عينٌ و دينٌ، فإن كانت ديوناً عليه فصلح عن الدين، وإن كانت علي سائر الناس فهو بيع الدين من غير مَنْ عليه الدين.

وإن كان فيها عينٌ و دينٌ علي الغير ولم يجوزوا بيع الدين من غير مَنْ عليه الدين، فالصلح عندهم باطل في الدين، وأما في العين فقولان عندهم مبنيان علي قولي تفريق الصفقة(2).

وعندنا أن ذلك غير جائز، وأن الصلح ليس فرع غيره.

ص: 30

1- العزيز شرح الوجيز 5:92، روضة الطالبين 3:434.

2- العزيز شرح الوجيز 5:89-90، روضة الطالبين 3:431.

مسألة 1038: لا يشترط في الصلح عن الأثمان ما يشترط في بيع الأثمان عندنا؛

لأنّ الصلح قد بيّنا أنّه عقد مستقلٌّ بنفسه، فلو كان في يد غيره ألف درهم و خمسون ديناراً فصالحه منه علي ألف درهم، صحّ عندنا.

وقال الشافعي: لا يجوز(1).

وكذا لو مات عن ابنين و التركة ألفا درهم و مائة دينار و هي في يد أحدهما، فصالحه الآخر من نصيبه علي ألفي درهم.

و لو كان المبلغ ديناً في ذمّة غيره فصالحه علي ألفي درهم، يجوز عنده أيضاً.

و الفرق: إنّهُ إذا كان الحقّ في الذمّة فلا ضرورة إلي تقدير المعاوضة فيه، فيجعل مستوفياً لأحد الألفين معتماً بالآخر عن الدينير، و إذا كان معيّناً كان الصلح عنه اعتياضاً، فكأنّه باع ألف درهم و خمسين ديناراً بألفي درهم، و هو من صور مُدَّ عَجْوَة(2).

و هذه التفريعات عندنا باطلة؛ لأنّ صورة مُدَّ عَجْوَة عندنا جائزة، و الصلح علي الإنكار جائز، و ليس الصلح عندنا فرع البيع.

مسألة 1039: قد بيّنا أنّه إذا قال المدعي عليه المنكر: صالحني علي كذا، لم يكن إقراراً منه؛

لأنّ الصلح قد يراد به تارة المعاوضة، و تارة قطع الدعوي و الخصومة، و إذا احتملها لم يُحمل علي الإقرار.

و لو قال: ملّكني هذا بكذا، كان إقراراً؛ لأنّ في ذلك اعترافاً بأنّه ملكه.

و لو قال: بعني، قال بعض الشافعيّة: لا يكون إقراراً، و يكون بمنزلة

ص: 31

1- العزيز شرح الوجيز 90:5، روضة الطالبين 3:431.

2- روضة الطالبين 3:431-432، وانظر العزيز شرح الوجيز 5:90.

قوله: صالحني؛ لأنّ الصلح و البيع عند الشافعية واحد(1).

وقال الباقر: إنّه يكون إقراراً بمنزلة قوله: ملكني(2). و هو المعتمد عندنا، و به قال أبو حنيفة(1)؛ لأنّ البيع لا يصحّ إلا فيما يصحّ تمليكه، فهو بمنزلة قوله: ملكني.

مسألة 1040: لو ادّعي داراً في يده، فأنكر المتشبهت دعواه، فتمالحا علي أن يسكنها المدّعي سنة، صحّ،

و كان صلحاً قائماً بنفسه، و ليس فرعاً علي غيره.

وقال الشافعي: إنّه فرع العارية، بل هو عين العارية للدار منه يرجع فيها متي شاء، و ليس بمعاوضة؛ لأنّ الرقبة و المنافع ملكه، و محالّ أن يعتاض بملكه عن ملكه(4).

و هذا علي تقدير أن يقع الصلح مع الاعتراف.

إذا ثبت هذا، فإن رجوع عن العارية لم يستحقّ أجره المدّة التي مضت، كما هو قضيّة العارية عند أكثر الشافعية(5).

و نقل بعضهم وجهاً: إنّه يستحقّ؛ لأنّه جعل سكني الدار في مقابلة رفع اليد عنها، و أنّه عوضٌ فاسدٌ، فيرجع إلي أجره المثل(6).

و لو صالحه علي أن يسكنها سنةً بمنفعة عبدٍ سنةً، فهو كما لو آجر داره سنةً بمنفعة عبدٍ سنةً.

مسألة 1041: قد بينّا أنّ الصلح عقد قائم بنفسه،

فلو صالحه عن الزرع

ص: 32

1- حلية العلماء 5:10، البيان 6:231. (4-6) العزيز شرح الوجيز 5:90، روضة الطالبين 3:432.

الأخضر بشيءٍ صحَّ، سواء شرط القطع أم لا.

وقال الشافعي: يصح بشرط القطع، ولو لم يشترطه لم يجز (1).

ولو كان الصلح عن الزرع مع الأرض جاز، ولم يحتج إلي شرط القطع عنده في أصح الوجهين (2).

ولو وجد المتنازع ثم أقر المدعي عليه وصالحا عنه علي شيء، جاز عندنا، سواء شرطاً القطع أو لا.

وقال الشافعي: لا يجوز، سواء شرطاً القطع أو لا، كما لو باع نصف الزرع مشاعاً، لا يجوز، شرطاً القطع أو لم يشترطه (3).

والحكم في الأصل ممنوع.

مسألة 1042: لو ادعى علي ورثة الميت داراً من تركته و زعم أن الميت غصبها منه، فصالحهم عنها، جاز الصلح،

سواء أقرّوا له أو لا؛ لما تقدّم من جواز الصلح عندنا مع الإقرار والإنكار.

و شرط الشافعية في جواز الصلح اعترافهم له بدعواه، فإذا اعترفوا ودفعوا إلي واحدٍ منهم ثوباً مشتركاً بينهم ليصالح عليه جاز، وكان عاقداً لنفسه، ووكيلاً عن باقي الورثة (4).

ولو قالوا لواحدٍ صالحه عنّا علي ثوبك، فصالح عنهم، فإن لم يُسمّمهم في الصلح وقع الصلح عنه، وإن سمّاهم وقع عنهم.

ص: 33

1- بحر المذهب 47:8، البيان 251:6، العزيز شرح الوجيز 90:5، روضة الطالبين 3:432.

2- بحر المذهب 47:8، البيان 251-252:6، العزيز شرح الوجيز 90:5، روضة الطالبين 3:432.

3- العزيز شرح الوجيز 90:5، روضة الطالبين 3:432.

4- العزيز شرح الوجيز 94:5، روضة الطالبين 3:436.

و للشافعية وجهان في أن التسمية هل تلغي أم لا؟ فإن لم تلغ، فالصلح يقع عنهم(1).

و هل يكون الثوب هبةً لهم أو قرصاً عليهم؟ للشافعية وجهان(2).

و الأقرب عندي: التفصيل.

فإن ألغيت التسمية، فالصلح كله للعاقِد أو يبطل في نصيب الشركاء و يخرج حصته علي قولِي تفريق الصنفقة؟ للشافعية وجهان(1).

و إن صالحه أحدهم علي مالٍ له بدون إذن الباقيين لِيتملك جميع الدار، جاز. و إن صالح ليكون جميع الدار له و لهم جميعاً، ألغى ذكرهم، و عاد الوجهان في أن الكلّ يقع له أو يبطل في نصيبهم و يخرج في نصيبه علي الخلاف في تفريق الصنفقة(2).

و المعتمد: إنهم إن أجازوا ما صالح عنهم شاركوا، و إلا فلا، و كان الباقي للغريم.

مسألة 1043: إذا أسلم الكافر عن أكثر من أربع نسوة، خير أربعاً منهنّ،

فإن مات قبل الاختيار و التعيين، وقف الميراث بينهنّ، فإن اصطلحن علي الاقسام علي تفاوتٍ أو تساوي، مكنّ منه و أُجبن إليه.

و وافق الشافعية(3) علي ذلك.

و قال بعضهم: هذه المسألة تدلّ علي جواز الصلح علي الإنكار؛ لأنّ كلّ واحدةٍ منهنّ تُنكر نكاح مَنْ عداها سوي ثلاثٍ معها، فالصلح الجاري

ص: 34

1- العزيز شرح الوجيز 5:94، روضة الطالبين 3:436-437.

2- العزيز شرح الوجيز 5:94، روضة الطالبين 3:437.

3- العزيز شرح الوجيز 5:95، روضة الطالبين 3:437.

بينهنّ صلح علي الإنكار(1).

قال بعض الشافعية: إنهنّ بين أمرين: إن اعترفن بشمول الإشكال، فليست واحدة منهنّ بمنكرة لغيرها ولا مدعية لنفسها في الحقيقة، وإنما تصحّ القسمة والحالة هذه مع الجهل بالاستحقاق للضرورة وتعدّر التوفيف لا إلي نهاية. وإن زعمت كلّ واحدة منهنّ الوقوف علي اختيار الزوج إياها، فكلّ من أخذت شيئاً تقول: الذي أخذته [بعض] (2) حقّي، وسامحت الباقيات بالباقي متبرّعةً، والمالك غير ممنوعٍ ممّا يتبرّع به (3).

وقد سبق الخلاف بينهم في صلح الحطيطة في العين، فمن صحّحه احتجّ بهذه المسألة، وقال: الاقتسام الجاري بينهنّ صلح حطيطة، ومن أبطله فرّق بأنّ المال هناك في يد المدعي عليه، وفصل الأمر ممكن بتحليفه، وهنا استوت الأقدام، ولا طريق إلي فصل الأمر سوي اصطلاحهنّ (4).

ولو اصطلحن علي أن تأخذ ثلاث منهنّ أو أربع المال الموقوف وبيذن للباقيات عوضاً من خالص أموالهنّ، جاز عندنا؛ للعموم.

وقال الشافعي: لا يجوز؛ لأنّ الصلح هكذا بذل عوض مملوك في مقابلة ما لم يثبت ملكه، ومن أخذ عوضاً في معاوضة لا بدّ وأن يكون مستحقاً للمعوض، فإذا لم يكن الاستحقاق معلوماً لم يجز أخذ العوض (3).

وكذا من طلق إحدي زوجته و مات قبل البيان وقفنا لهما الرُّبع أو3.

ص: 35

1- العزيز شرح الوجيز 95:5.

2- ما بين المعقوفين أضفناه من المصدر. (3 و 4) العزيز شرح الوجيز 95:5.

3- العزيز شرح الوجيز 95:5، روضة الطالبين 3:437.

الثَّمَن، و اصطلاحتا.

و كذا لو ادّعي اثنان وديعةً في يد الغير و قال الودعي: لا أعلم لأيكما هي.

و كذا لو تداعيا داراً في يدهما و أقام كلُّ منهما بيّنةً ثم اصطالحا، أو كانت في يد ثالثٍ و قلنا: لا تتساقط البيّتان بالتعارض، فاصطالحا.

مسألة 1044: لو كان بين رجلين زرع فادّعاه آخر فصالحه أحدهما علي نصف الزرع بعد أن أقرّ له بنصفه، صحّ،

و كذا لو أنكر، عندنا، خلافاً للشافعي(1).

ثم إن كان مطلقاً و كانت الأرض لغير المُقرّ المشتري، فالصالح فاسد عنده(2)، و إن كانت الأرض له فوجهان(3).

و إن شرط القطع، لم يصح عنده؛ لأنّ قسمته لا تصحّ، و قطع جميعه لا يجوز؛ لتعليق حقّ الشريك به(2).

و لو ادّعي رجل علي رجلٍ زرعاً في أرضه فأقرّ له بنصفه ثم صالحه عن نصفه علي نصف الأرض، جاز عندنا.

و قال الشافعي: لا يجوز؛ لأنّ من شرط بيع الزرع قطعه، و لا يمكن ذلك في المشاع(3).

و الاشتراط عندنا ممنوع، و كذا القياس علي البيع.

و إن صالحه منه علي جميع الأرض بشرط القطع علي أن يسلم إليه

ص: 36

1- مختصر المزني: 107، الحاوي الكبير 416:6، البيان 252:6. (2 و 3) الحاوي الكبير 416:6، بحر المذهب 48:8، البيان 252:6.

2- البيان 252:6.

3- بحر المذهب 48:8، البيان 252:6.

الأرض فارغة، صحّ عنده أيضاً؛ لأنّ قطع جميع الزرع واجب، نصفه بحكم الصلح، والباقي لتفريغ الأرض وأمكن القطع، وجرى ذلك مجري من اشترى أرضاً فيها زرعٌ وشرط تفريغ الأرض، فإنّه يجوز، كذا هنا(1).

ولو كان قد أقرّ له بجميع الزرع فصالحه من نصفه علي نصف الأرض لتكون الأرض والزرع بينهما نصفين وشرط القطع، نُظر فإن كان الزرع في الأرض بغير حقّ جاز الشرط؛ لأنّ الزرع يجب قطع جميعه، وإن كان في الأرض بحقّ لم يجز عند الشافعي؛ لأنّه لا يمكن قطع الجميع(2).

وقال بعض الشافعية: إنّه يجوز إذا شرط علي بائع الزرع قطع الباقي(3).

وضعفه آخرون؛ لأنّ باقي الزرع ليس بمبيع، فلا يصحّ شرط قطعه في العقد عنده، بخلاف ما إذا أقرّ بنصف الزرع وصالحه علي جميع الأرض؛ لأنّه شرط تفريغ المبيع(2).

مسألة 1045: لو أتلّف رجل علي آخر عيناً - حيواناً أو ثوباً أو شبههما

- قيمتها دينار فادّعاه عليه فأقرّ له به ثمّ صالحه منه علي أكثر من ذلك، صحّ عندنا، وكذا لو أنكره ثمّ صالحه - وبه قال أبو حنيفة(3) - للأصل، ولأنّ الثوب والحيوان يثبت في الذمّة مثلهما في الإتلاف، فكان الصلح علي مثلهما.

ص: 37

1- بحر المذهب 48:8، البيان 252:6. (2 و 3) بحر المذهب 48:8، البيان 253:6.

2- البيان 253:6.

3- الهداية - للمرغيناني - 195:3، بحر المذهب 49:8، حلية العلماء 29:5، البيان 225:6، المغني 28:5، الشرح الكبير 5:5.

وقال الشافعي وأحمد: لا يصحّ الصلح؛ لأنّ الواجب في الذمّة قيمة المتلف، دون مثله، ولهذا لا يطالبه بمثله، وإذا كان الواجب القيمة فإذا صالحه عليها بأكثر من قيمتها أو أقلّ فقد عاوض عليه متفاضلاً، وذلك ربا في النقود(1).

والكلّ ممنوع.

ولو كانت قيمة العبد ألفاً فصالحه علي ألف مؤجّلة، صحّ، ولزم الأجل عندنا - وبه قال أبو حنيفة وأحمد(2) - للأصل، وللعموم، ولأنّهما نقلتا الحقّ إلي القيمة، فكان ما سمّياه تقديراً للقيمة، فكان جائزاً، كما لو قدر الصداق للمفوضة مؤجّلاً.

وقال الشافعي: لا يتأجّل ولا يصحّ الصلح؛ لأنّ الواجب هو دينٌ في ذمّته، فإن كان العوض مؤجّلاً، كان بيع الدين بالدين، وهو باطل، ونقل الحقّ من العبد إلي قيمته إنّما يكون علي سبيل المعاوضة والبدل، ويكون بيع الدين بالدين، وقد عرفت أنّ الواجب القيمة وهي حالة، فلا تتأجّل، والصداق غير واجب، وإنّما يجب بالفرض عند إيجابه، فاختلفا(3).

ونحن نمنع كون الصلح بيعاً.

مسألة 1046: لو اتّجر الشريكان وحصل ربح و كان بعض المال ديناً و بعضه عيناً

فاصطلحا وقال أحدهما لصاحبه: أعطني رأس المال، والربح

ص: 38

- 1- بحر المذهب 49:8، حلية العلماء 29:5، البيان 224:6-225، روضة الطالبين 438:3، المغني 27:5-28، الشرح الكبير 5:5-6.
- 2- بحر المذهب 49:8، حلية العلماء 29:5، البيان 225:6، المغني 28:5، الشرح الكبير 6:5.
- 3- بحر المذهب 49:8، حلية العلماء 29:5، البيان 225:6، روضة الطالبين 438:3، المغني 28:5، الشرح الكبير 6:5.

و الخسران لك، جاز ذلك؛ للعموم.

ولما رواه أبو الصباح - في الصحيح - عن الصادق عليه السلام في رجلين اشتركا في مالٍ فربحا فيه ربحاً و كان من المال دَيْنٌ و عينٌ، فقال أحدهما لصاحبه: أعطني رأس المال و الربح لك و ما توي(1) فعليك، فقال: «لا بأس به إذا شرط، و إن كان شرطاً يخالف كتاب الله ردّ إلي كتاب الله عزّ و جلّ»(2).

مسألة 1047: لا تصحّ قسمة الديون،

فلو اقتسم الشريكان الدَّين الذي لهما علي الناس و قبض أحدهما و تلف نصيب الآخر، و جب علي القابض دفع نصيب الشريك ممّا قبضه إليه؛ لبطلان القسمة؛ لأنّها تميّز أحد الحقّين من الآخر، و لا تميّز في الديون؛ لأنّها مطلقة لا تتعيّن إلاّ بالقبض.

ولما رواه سليمان بن خالد - في الحسن - أنّه سأل الصادق عليه السلام عن رجلين كان لهما مال بأيديهما و منه متفرّق عنهما فاقتهما بالسويّة ما كان في أيديهما و ما كان غائباً عنهما فهلك نصيب أحدهما ممّا كان غائباً و استوفي الآخر فعليه أن يرّد علي صاحبه؟ قال: «نعم، ما يذهب بماله»(3).

مسألة 1048: لو ماطل المديون صاحب الدَّين عن دَيْنه حتي مات فصالح و رثته علي بعضه، فعَل حراماً،

و لم يكن للورثة المطالبة في الظاهر، و لا تبرأ ذمّة المصالح فيما بينه و بين الله تعالى؛ لما تقدّم أنّ ذلك من صور الإكراه.

ولما رواه عمر بن يزيد - في الصحيح - عن الصادق عليه السلام قال: «إذا كان للرجل علي الرجل دَيْنٌ فمطله حتي مات ثمّ صالح و رثته علي شيءٍ»

ص: 39

1- التوي: الهلاك. لسان العرب 14:106 «توا».

2- التهذيب 6:207/476.

3- التهذيب 6:207/477.

فالذي أخذ الورثة لهم، وما بقي فهو للميت يستوفيه منه في الآخرة، وإن هو لم يصلحهم علي شيءٍ حتى مات ولم يقض عنه، فهو للميت يأخذه به»(1).

و كذا لو ادّعي كاذباً علي غيره فصالحه الغير، لم يستبح الكاذب بذلك الصلح مال الصلح إلا مع الرضا الباطن.

مسألة 1049: يصح الصلح علي الأعيان بمثلها و بالمنافع و بأبعض الأعيان،

و علي المنافع بمثلها و أعضائها، و لا يشترط ما يشترط في البيع، فلو صالحه عن الدينانير بدرهم أو بالعكس صحّ، و لم يكن صرفاً.

و لو صالح علي عينٍ بأخري من الربويّات، ففي إلحاقه بالبيع نظر.

و كذا في الدّين بمثله، فإن أحقناه فسد لو صالح من ألفٍ مؤجلٍ بخمسائة حالّة.

و لو صالح من ألفٍ حالٍ بخمسائة مؤجلّة، ففي كونه إبراءً إشكال، و يلزم الأجل.

و لو ظهر استحقاق أحد العوضين، بطل الصلح؛ لوقوع التراضي علي تلك العين.

و لو صالح علي ثوبٍ أتلفه بدرهمٍ علي درهمين، صحّ الصلح، و قد سبق(2).

ص: 40

1- التهذيب 6: 480/208.

2- في ص 37، المسألة 1045.

إشارة

وفيه مباحث:

البحث الأول: في الطرق.

مسألة 1050: الطرق نوعان: نافذة وغير نافذة.

الأول: النافذة،

إشارة

و الناس كلهم في السلوك فيها شرع سواء مستحقون للممرّ فيها (1)، و ليس لأحدٍ أن يتصرّف فيها (2) بما يبطل المرور فيها (3) أو ينقصه أو يضرب بالمازّة من بناء حائطٍ فيها (4) أو دكّة أو وضع جناح أو ساباط (5) علي جداره إذا أضرب بالمازّة إجماعاً.

و لو لم يضرب بالمازّة بأن كان عالياً لا يظلم به الدرب، جاز وضع الجناح و الساباط من غير منع عند بعض علمائنا (6) - و به قال مالك و الشافعي و الأوزاعي و أحمد و إسحاق و أبو يوسف و محمد (7) - لأنه ارتفق بما لم يتعيّن ملك أحدٍ عليه، فكان جائزاً، و ليس لأحدٍ منعه، كالأستغلال بحائط الغير و الاستطراق في الدرب.

ص: 41

- 1- بدل كلمة «فيها» في المواضع الأربعة في النسخ الخطيّة و الحجرية: «فيه». و المثبت يقتضيه السياق.
- 2- بدل كلمة «فيها» في المواضع الأربعة في النسخ الخطيّة و الحجرية: «فيه». و المثبت يقتضيه السياق.
- 3- بدل كلمة «فيها» في المواضع الأربعة في النسخ الخطيّة و الحجرية: «فيه». و المثبت يقتضيه السياق.
- 4- بدل كلمة «فيها» في المواضع الأربعة في النسخ الخطيّة و الحجرية: «فيه». و المثبت يقتضيه السياق.
- 5- الساباط: سقيفة بين دارين من تحتها طريق نافذ. العين 218:7 «سبط».

6- كالمحقق الحلّي في شرائع الإسلام 2:123.

- 7- المغني 5:34، الشرح الكبير 5:28، الأم 3:221-222، الحاوي الكبير 6:375، المهذّب - للشيرازي - 1:341، حلية العلماء 5:11-12، التهذيب - للبغوي - 4:148، البيان 6:231، العزيز شرح الوجيز 5:96، روضة الطالبين 3:439، المبسوط - للسرخسي - 20:144.

و لأنّ الناس اتفقوا علي إشراع الأجنحة و الساباطات في الطرق النافذة و الشوارع المسلوكة في جميع الأعصار و في سائر البقاع من غير إنكار، فكان سائغاً.

و لأنّ النبي صلي الله عليه و آله نصب بيده ميزاباً في دار العباس (1)، و الجناح مثله؛ لاشتراكهما في المنفعة الخالية عن الضرر.

و قال الشيخ رحمه الله و أبو حنيفة: لا عبرة بالضرر و عدمه، بل إن عارضه فيه رجل من المسلمين، نزع، و وجب قلعه و إن لم يكن مضرّاً به و لا- بغيره، و إلاّ ترك؛ لأنّه بني في حقّ غيره بغير إذنه، فكان له مطالبته بقلعه، كما لو بني دكّة في المسلك، أو وضع الجناح في سلك غيره (2).

و القياس ممنوع؛ فإنّ الضرر يحصل مع بناء الدكّة، بخلاف الجناح و الساباط و الروشن (3)؛ لأنّ الأعمى يتعثر بها، و كذا في الليل المظلم يحصل تعثر البصير بها، و يضيق الطريق بها، بخلاف الشارع. و ملك الغير لا يجوز الممرّ فيه إلاّ بإذنه، بخلاف الطرق، فافترقا.

فروع:

أ - شرط أحمد في جواز إشراع الجناح إذن الإمام فيه،

فإن أذن فيه جاز، و إلاّ فلا (4).

و هو ممنوع؛ لاتفاق الناس علي عمله.

ص: 42

1- الطبقات الكبرى - لابن سعد - 20:4، تاريخ مدينة دمشق 366:26-367، سنن البيهقي 6:66، المستدرک - للحاكم - 3:331-332.

2- المبسوط - للطوسي - 2:291، الخلاف 3:294، المسألة 2 من كتاب الصلح، المبسوط - للسرخسي - 2:144، المغني 5:34، الشرح الكبير 5:28، الحاوي الكبير 6:376، حلية العلماء 5:12، البيان 6:231، العزيز شرح الوجيز 5:96.

3- الروشن: الرفّ و الكوّة. لسان العرب 13:181 «رشن».

4- العزيز شرح الوجيز 5:96.

ب - الضابط في التضرر و عدمه العرف، و يختلف بحال الطرق.

فإن كان ضيقاً لا يمرّ فيه الفُرسان و القوافل، و جب رفعه بحيث يمرّ المارّ تحته منتصباً، و المحمل مع الكنيسة المنصوبة علي رأسه علي البعير؛ لأنّه يتفق ذلك و إن كان نادراً، و لا تشترط الزيادة عليه.

و قال بعض الشافعيّة: يجب أن يكون بحيث يمرّ الراكب تحته منصوبَ الرمح (1).

و إن كان متسعاً تمرّ فيه الجيوش و الأحمال، و جب أن لا- يضرّ بالعماريّات و الكنائس، و أن يتمكّن الفارس من الممرّ تحته و رمحه منتصب لا يبلغه؛ لأنّه قد يزدحم الفُرسان فيحتاج إلي أن ينصب الرماح.

و قال بعض الشافعيّة: لا يقدر بذلك؛ لأنّه يمكنه وضع الرمح علي عنقه بحيث لا ينال رمحه أحداً (2).

و ليس بجيّد؛ لأنّ ذلك قد يعسر.

ج - إذا وضع الجناح أو الروشن أو الساباط في الدرب المسلوك علي وجه يضرّ بالمارّة، تجب عليه إزالته،

و علي السلطان إلزامه بذلك.

و لو صالحه الإمام علي وضعه - أو بعض الرعيّة - علي شيء، لم يجوز؛ لأنّ ذلك بيع الهواء منفرداً، و هو باطل، و الهواء لا يفرد بالعقد، بل يتبع الدار، كالحمل مع الأم.

و لأنّه إن كان مضرّاً لم يجوز أخذ العوض عنه، كبناء الدكّة في

ص: 43

1- الحاوي الكبير 376:6، المهذب - للشيرازي - 341:1، الوسيط 54:4، حلية العلماء 13:5، التهذيب - للبخاري - 148:4، البيان 233:6، العزيز شرح الوجيز 97:5، روضة الطالبين 439:3.

2- المهذب - للشيرازي - 341:1، التهذيب - للبخاري - 148:4، البيان 233:6، العزيز شرح الوجيز 97:5، روضة الطالبين 439:3.

الطريق، وإن لم يكن مضرًا كان جائزًا، وما يجوز للإنسان فعله في الطريق لا يجوز أن يؤخذ منه عوض عنه كالسلوك، وأحد من الرعية ليس هو المستحق ولا نائب المستحقين.

د - لو أظلم الطريق بوضع الجناح أو الروشن أو السباط، فإن أذهب الضياء بالكثيرة منع إجماعاً؛

لأنه يمنع السلوك فيه.

وإن لم يذهب الضياء (1) جملةً بل بعضه، فالوجه: المنع إن تضرّر به المارة، وإلا فلا.

و للشافعية قولان:

أحدهما: المنع مطلقاً.

والثاني: الجواز مطلقاً (2).

مسألة 1051: لو أخرج روشناً في شارعٍ أو دربٍ نافذ، لم يكن لمقابله الاعتراض عليه،

ولا منعه منه، سواء استوعب عرض الدرب أو لا إذا لم يحصل ضرر لأحدٍ به.

وليس له وضع أطراف خشبه علي حائط جاره وإن لم يتضرّر به الجار.

ولو أخرج روشنه إلي بعض الدرب، كان لمحاذيه إخراج روشنٍ فيما بقي من الهواء، وليس لصاحب الروشن الأول منعه ما لم يضع علي خشبه شيئاً.

وإن أراد محاذيه بأن يُخرج روشناً تحت روشنٍ محاذيه، جاز ذلك.

وإن أراد أن يُخرج روشناً فوق روشنٍ محاذيه، جاز إذا لم يتضرّر به

ص: 44

1- في الطبعة الحجرية: «الضوء».

2- البيان 6:233، وانظر العزيز شرح الوجيز 5:99، وروضة الطالبين 3:440.

بأن يكون عالياً لا يضرب بالمار في الروشن السفلائي.

ولو أظلم الدرب بوضع الروشن الثاني، أزيل خاصّةً دون الأول؛ لأنّ الضرر إنّما حصل بالثاني وإن كان لو لا الأول لم يحصل.

مسألة 1052: إذا أخرج جناحاً أو روشناً في الشارع النافذ، فقد بيتاً أنه ليس لأحدٍ منعه مع عدم التضرر به،

فلو تضرر جاره بالإشراف عليه، فالأقرب: إنّ له المنع؛ لأنّه قد حصل به الضرر، بخلاف ما لو كان الوضع في ملكه أو ما له محلّ علي جاره، فإنّه لا يُمنع وإن حصل معه الإشراف؛ لأنّ للإنسان التصرف في ملكه كيف شاء، بخلاف الروشن الموضوع علي شرط عدم تضرر الغير به، فإذا فرض تضرر شخص ما به، لم يجز وضعه، ويُمنع في الملك من الإشراف علي الجار، لا من التعلية المقتضية لإمكانه.

ولستُ أعرف في هذه المسألة بالخصوصيّة نصّاً من الخاصّة ولا من العامّة، وإنّما صرّحتُ إلي ما قلتُ عن اجتهادٍ، ولعلّ غيري يقف عليه أو يجتهد فيؤدّيه اجتهاده إلي خلاف ذلك.

مسألة 1053: لو وضع جناحاً لا ضرر فيه أو روشناً كذلك فانهدم

أو هدمه المالك أو جاره قهراً أو تعدياً ثمّ وضع الجار روشناً أو جناحاً في محاذاته ومدّه إلي مكان روشن الأول، جاز، و صار أحقّ به؛ لأنّ الأول كان يستحقّ ذلك بسببه إليه، فإذا زال وسبقه الثاني إلي مكانه، كان أولي، كرجلٍ جلس في مكانٍ مباح - كمسجدٍ أو دربٍ نافذ - ثمّ قام عنه أو أقيم، فإنّه يزول حقّه من الجلوس، ويكون لغيره الجلوس في مكانه، وليس للأول إزعاجه وإن أزعج الأول، فكذا هنا.

وَمَنَع منه بعض الشافعيّة؛ لأنّ الجالس في الطريق المسلوك الواسع إذا ارتقق بالقعود لمعاملة الناس لا يبطل حقّه بمجرد الزوال عن ذلك

الموضع، وإثما يبطل بالسفر والإعراض عن الحرفة علي ما يأتي، فقياسه أن لا يبطل بمجرد الانهدام و الهدم، بل يعتبر إعراضه عن ذلك الجناح ورغبته عن إعادته(1).

ونحن نمنع الحكم في الأصل، ونمنع أولويته علي ما يأتي إن شاء الله تعالى.

مسألة 1054: لا يجوز لأحد بناء دكة ولا غرس شجرة في الطريق المسلوك إن ضيق الطريق و ضرر بالمارة إجماعاً؛

لقوله عليه السلام: «لا ضرر ولا ضرار(2)»(3).

وإن كان متسعاً لا يضر بالمارة وضده، فالأولي المنع أيضاً، إلا فيما زاد علي حد الطريق النافذ؛ لأن ذلك يوجب اختصاصاً له فيما هو مشترك و شرع بين الناس، ولأن المكان المشغول بالبناء و الشجر لا يتأتى فيه السلوك و الاستطراق، وقد يزدحم المارة و يعسر عليهم السلوك فيه، فيتعثر بها، ولأنه ربما طالت المدّة، فأشبهه مكان البناء و الغراس بالأماكن، فانقطع أثر استحقاق السلوك فيه، بخلاف الأجنحة و الرواشن، و هو أحد قولَي الشافعية.

و الثاني: إنه يجوز ذلك، كوضع الجناح أو الروشن اللذين لا يضران

ص: 46

1- العزيز شرح الوجيز 5:97-98، روضة الطالبين 3:440.

2- في «ج، ر»: «إضرار».

3- الكافي 5:280/4، و 292-294/2 و 8، الفقيه 3:154/45، و 648/147، التهذيب 7:146-147/651، و 727/164، سنن ابن ماجة 2:2340/784 و 2341، سنن الدارقطني 3:288/77، سنن البيهقي 6:69 و 70، المستدرک - للحاكم - 2:57-58، مسند أحمد 6:22272/447.

وقد عرفت الفرق.

مسألة 1055: حدّ الطريق المتخذ في الأرض المباحة إذا تشاح أهله في وضعه وسعته وضيقة سبغ أذرع؛

لأنّ ذلك قدر ما تدعو الحاجة إليه، ولا يزيد عليه؛ لما رواه مسمع بن عبد الملك عن الصادق عليه السلام قال:

«و الطريق إذا تشاح عليه أهله فحدّه سبع أذرع» (2) و مثله روي السكوني عن الصادق عليه السلام (3)، و الخبران موثقان.

إذا تقرّر هذا، فهذا الحدّ حدّ مع تشاح أهل ذلك الدرب، المتقابلة دُورهم فيه، و لا عبرة بغيرهم.

و لو اتفقوا علي وضع أضيق منه في الابتداء جاز، و لم يكن لأحد الاعتراض و طلب التوسعة فيه.

و إذا وضعوه علي حدّ السبع، لم يكن لهم بعد ذلك تضيقه.

و لو وضعوه أوسع من السبع، فالأقرب: إنّ لهم و لغيرهم الاختصاص ببعضه إلي حيث يبلغ هذا الحدّ، فلا يجوز بعد ذلك النقص عنه.

مسألة 1056: الشوارع لا يجري عليها ملك أحد، و لا يختصّ بها شخص من الأشخاص،

بل هي بين الناس كافة شرع سواء بلا خلاف.

و لا فرق في ذلك بين الجوادّ الممتدّة في الصحاري و البلاد.

و إنّما يصير الموضع شارعاً بأمر: أن يجعل الإنسان ملكه شارعاً و سبيلاً مسبلاً، و يسلك فيه شخص ما، أو يحيي جماعة أرض قرية أو بلدة

ص: 47

1- الوسيط 4:55، العزيز شرح الوجيز 5:97، روضة الطالبين 3:439.

2- الكافي 5:2/295، التهذيب 7:642/145.

3- الكافي 5:8/296، التهذيب 7:643/145.

و يتركوا مسلكاً نافذاً بين الدور و المساكن، و يفتحوا إليه الأبواب، أو يصير موضع من الموات جادةً يسلكه الناس، فلا يجوز تغييره، و كلّ مواتٍ يجوز استطرافه، لكن لا يُمنع أحد من إحيائه و صرف الممرّ عليه، فليس له حكم الشوارع.

الثاني: الطرق التي لا تنفذ،

إشارة

كالسكّة المسدودة المنتهية إلى ملك الغير، و لا منفذ لها إلى المباح، و تلك ملكٌ لأرباب الأبواب فيها.

و هذه الطرق لا يجوز لأحدٍ إشراع جناحٍ فيها و لا روشن و لا ساباط، إلّا بإذن أرباب الدرب بأسرهم، سواء كانوا من أهل الدرب أو من غيرهم، و سواء أضرّ بالباقيين أو لا؛ لأنّ أربابه محصورون و مُلاّكه معدودون، فإذا تخصّص به أحد منع الباقيين منه، فلم يجز، و هو أحد قولَي الشافعيّة.

و الثاني: إنّه لا يجوز لغير أهل السكّة مطلقاً، و أمّا أهل السكّة فيجوز لكلّ واحدٍ منهم إشراع الجناح و الروشن و غيرهما إذا لم يضرّ بالمازّة؛ لأنّ لكلّ واحدٍ منهم الارتفاق بقرارها، فليكن الارتفاق بهوائها كذلك، كالشوارع(1).

و هو ممنوع؛ لأنّ السكّة مخصوصة بهم، فلا يتصرّف فيها أحد دون رضاهم، كما أنّه لا يجوز إشراع الجناح إلى دار الغير بغير رضاه، سواء تضرّر أو لا؛ إذ لا اعتبار بالتضرّر مع إذن المتضرّر.

و بمثل ما قلناه قال أبو حنيفة(2).

ص: 48

1- المهذب - للشيرازي - 1:341، حلية العلماء 5:13، البيان 6:234، العزيز شرح الوجيز 5:99، روضة الطالبين 3:441-442، المغني 5:35، الشرح الكبير 5:31.

2- العزيز شرح الوجيز 5:99.

مسألة 1057: لو صالح واضع الروشن أو الجناح أو الساباط أرباب الدرب و أصحاب السكّة علي وضعه،

جاز علي الأظهر عندنا، لكنّ الأولي اشتراط زمانٍ معيّن؛ لأنّه حقّ ماليّ متعيّن المالك، فجاز الصلح عليه و أخذ العوض عنه، كما في القرار.

و مَنع منه الشافعيّة؛ بناءً منهم علي أنّ الهواء تابع، فلا يُفرد بالمال صلحاً، كما لا يُفرد به بيعاً(1).

و يُمنع مانعيّة التبعية من الافراد بالصلح، بخلاف البيع؛ لأنّه يتناول الأعيان، و الصلح هنا وقع عن الوضع مدّة.

و كذا الحكم في صلح مالك الدار عن الجناح المشرع إليها من الجواز عندنا، و المنع عندهم(2).

مسألة 1058: نعني بأرباب الدرب المقطوع و أصحاب السكّة كلّ من له باب نافذ إلي تلك السكّة،

دون من يلاصق حدّ داره السكّة و يكون حائطه إليها من غير نفوذ باب له فيها.

و هل يشترك جميعهم في جميع السكّة فيكون الاستحقاق في جميعها لجميعهم، أم شركة كلّ واحدٍ تختصّ بما بين رأس السكّة و باب داره، و لا تتخطي عنه؟ المشهور عندنا: اختصاص كلّ واحدٍ بما بين رأس السكّة و باب داره؛ لأنّ محلّ تردده هو ذلك المكان خاصّةً و مروره فيه، دون باقي السكّة، فحكم ما عدا ذلك حكم غير أهل السكّة، و هو أظهر وجهي الشافعيّة.

ص: 49

1- المهذب - للشيرازي - 341:1، البيان 234:6، العزيز شرح الوجيز 99:5، روضة الطالبين 442:3.

2- العزيز شرح الوجيز 99:5، روضة الطالبين 442:3.

و الثاني لهم: الأول، وهو أن الاستحقاق في جميعها لجميعهم؛ لأنهم ربما احتاجوا إلي التردد و الارتفاق بجميع الصحن لطح الأثقال و وضع الأحمال عند الإخراج و الإدخال(1).

و تظهر الفائدة - علي أصح قولي الشافعي - في منع إشراع الجناح إلا برضاهم، فعلي القول باشتراك الكل في الكل يجوز لكل واحد من أهل السكّة المنع، و علي الثاني إنما يجوز المنع لمن موضع الجناح بين بابه و رأس السكّة، دون من بابه بين موضع الجناح و رأس السكّة(2).

إذا تقرّر هذا، فعلي المشهور عندنا: إن الأذخل ينفرد بما بين البابين، و يتشارك في الطرفين، و لكل منهما الخروج بابه مع سدّ الأول و عدمه، فإن سدّه فله العود إليه مع الثاني، و ليس لأحدهما الدخول بابه.

و يحتمله؛ لأنه قد كان له ذلك في ابتداء الوضع فيستصحب، و له رفع جميع الحائط فالباب أولي.

مسألة 1059: قد بيتنا أن الدرب المقطوع لأربابه المحصورين، دون الشوارع المسلوكة،

فلهم التصرف فيه كيف شاءوا؛ لأن للإنسان التصرف في ملكه بسائر أنواع التصرفات، و لهم سدّ باب السكّة، و هو قول أكثر الشافعية(3).

و منع بعضهم من ذلك؛ لأن أهل الشارع يفرعون إليها إذا عرض لهم سبب من زحمة و شبهها(4).

و لو امتنع بعضهم من سدّها، لم يكن للباقيين سدّها إجماعاً. و لو اتفقوا علي السدّ، لم ينفرد بعضهم بالفتح. و لو اتفقوا علي قسمة صحن

ص: 50

1- العزيز شرح الوجيز 5:100، روضة الطالبين 3:442.

2- العزيز شرح الوجيز 5:100، روضة الطالبين 3:442.

3- العزيز شرح الوجيز 5:100، روضة الطالبين 3:442.

4- العزيز شرح الوجيز 5:100، روضة الطالبين 3:442.

السكّة بينهم، جاز.

ولو أراد أهل رأس السكّة قسمة رأس السكّة بينهم، مُنعوا؛ لحقّ مَنْ يليهم.

أمّا لو أراد أهل الأسفل قسمة الأسفل، فإن قلنا باختصاصهم به، كان لهم ذلك. وإن قلنا باشتراك الجميع في الأسفل، لم يكن لهم ذلك، إلا بإذن الباقيين.

هذا كلّه - أعني سدّ الباب وقسمة الصحن - إمّا هو إذا لم يكن في السكّة مسجد، فإن كان فيها مسجد قديم أو حديث، فالمسلمون كلّهم يستحقّون الطروق إليه، ولا يُمنعون منه.

وكذا لو جعل بعضهم داره رباطاً أو مسجداً أو مدرسةً أو مستراحاً، لم يكن لأحدٍ منعه، ولا منع مَنْ له الممرّ فيه، وحينئذٍ لا يجوز لأحدٍ أن يشرع جناحاً ولا ساباطاً ولا روشناً عند التضرّر به وإن رضي أهل السكّة؛ لحقّ سائر الناس.

مسألة 1060: قد بيّنا أنّ الدرب إمّا نافذ وإمّا مقطوع.

إشارة

أمّا النافذ: فلكلّ أحدٍ فتح بابٍ فيه، سواء كان له ذلك بحقّ قديم أو لا.

وأمّا المقطوع: فليس لمن لا باب له فيه إحداث بابٍ إلا برضا أهل السكّة بأسرهم؛ لتضرّرهم إمّا بمرور الفاتح عليهم، أو بمرورهم علي الفاتح.

ولو فتح باباً للاستضاءة دون الاستطراق، أو قال: أفتحه وأسمره بمسمارٍ لا يفتح بابه معه، فالأقرب: منعه من ذلك؛ لأنّ الباب يشعر بثبوت حقّ الاستطراق، وربما استدلّ به علي الاستحقاق، وهو أحد قولَي

ص: 51

ويمكن أن يُمكن منه؛ لأنه لو رفع جميع الجدار لم يكن لأحدٍ منعه، فلأن يُمكن من رفع بعضه [كان] أولي.

وأما مَنْ له بابٌ في تلك السكّة لو أراد أن يفتح غيره، نُظر إن كان [ما] يريد به الفتح أقرب من بابه إلي رأس السكّة، كان له ذلك؛ لأنّ له الاستطراق فيه وهو شريك، فإذا فتح باباً كان ذلك بعض حقه.

وإن كان [ما] يريد [به] الفتح أقرب من بابه إلي صدر السكّة، لم يكن له ذلك، وهو أظهر قولِي الشافعية. والثاني: له ذلك؛ لأنّ له يداً في الدرب، فكانّ الجميع في أيديهما (2).

إذا عرفت هذا، فإن أراد أن يتقدّم ببابه إلي رأس السكّة، فإن سدّ بابه الأول، كان له ذلك قطعاً؛ لأنّه ينقص حقه.

وإن لم يسدّ بابه، فكذلك عندنا.

وللشافعية فيه قولٌ بالمنع؛ لأنّ الباب الثاني إذا انضمّ إلي الأول أورث زيادة زحمة الناس ووقوف الدوابّ في السكّة فيتضرّرون به (3).

وإن أراد أن يتأخّر ببابه عن رأس السكّة ويقرب من صدرها، فلصاحب الباب المفتوح بين رأس السكّة وداره المنع.

وهل لمنّ داؤه بين الباب ورأس السكّة المنع؟ وجهان بناءً علي كيفية الشركة.

ولههم طريقةٌ أخرى جازمة بأنّه لا منع للذين يقع الباب المفتوح بين 3.

ص: 52

1- بحر المذهب 51:8، البيان 243:6، العزيز شرح الوجيز 101:5، روضة الطالبين 443:3.

2- العزيز شرح الوجيز 101:5، روضة الطالبين 443:3.

3- العزيز شرح الوجيز 101:5، روضة الطالبين 443:3.

دارهم ورأس السكّة؛ لأنّ الفاتح لا يمرّ عليهم(1).

وتحويل الميزاب من موضعٍ إلي موضعٍ كفتح بابٍ وسدّ بابٍ.

فروع:

أ - لو كان لرجلين بابان في سدّةٍ أحدهما قريب من باب الزقاق، و باب الآخر في وسطه،

فأراد كلّ واحدٍ منهما أن يقدّم بابه إلي أوّل الزقاق، كان له ذلك، علي ما تقدّم؛ لأنّ له استطرأ ذلك، فقد نقص من استطرأه.

وإن أراد أن يؤخّر بابه إلي صدر الزقاق، لم يكن له ذلك، علي ما سبق - وهو أظهر وجهي الشافعيّة (2) - لأنّه يقدّم بابه إلي موضعٍ لا استطرأ له فيه.

ب - لو كان لأحدهما بابٌ يلي باب الزقاق وللآخر بابٌ في الصدر،

فأراد الثاني أن يقدّم بابه إلي حدّ باب الأوّل، فالأقرب: أنّ له ذلك، علي ما سبق.

وعند الشافعيّة يُبني علي الوجهين، فإن قلنا: لصاحب الباب الذي يلي باب الزقاق أن يؤخّر بابه، لم يكن له ذلك. وإن قلنا: ليس له ذلك، كان لصاحب باب الصدر أن يقدّمه إلي باب الثاني. وينبغي أن يكون له أن يقدّمه في فناءه إلي فناء الثاني؛ لأنّه إنّما يفتح الباب في فناء نفسه، ولا حقّ له فيما جاوز ذلك(3).

ج - لو كان له دار في دربٍ مقطوع فجعلها حجرتين وجعل لها بابين، جاز ذلك إذا وضع البابين في موضع استطرأه.

وإن أخّرهما أو

ص: 53

1- العزيز شرح الوجيز 5:101، روضة الطالبين 3:443. (2 و 3) بحر المذهب 8:52، البيان 6:244.

أحدهما لم يجز.

و للشافعية فيه الوجهان(1).

مسألة 1061: لو كان له داران ينفذ باب إحداهما إلي الشارع و باب الأخرى إلي سكة منسدة فأراد مالهما فتح باب

في إحداهما إلي الأخرى، لم يكن لأهل السكة منعه؛ لأنه يستحق المرور في السكة، ورفع الجدار الحائل بين الدارين تصرف منه مصادف للملك، فلا يُمنع منه، وهو أظهر وجهي الشافعية.

و الثاني: إن لهم المنع؛ لأنه يُثبت للدار الملاصقة للشارع ممراً في السكة و يزيد فيما استحقه من الانتفاع(2).

و ليس بشيء.

و لو كان له دار لها باب في زقاق غير نافذٍ و لها حدٌ في شارعٍ أو زقاقٍ نافذٍ و أراد أن يفتح في حدّه باباً إلي الشارع، جاز له؛ لأنه يرتفق بما لم يتعين ملك أحدٍ عليه.

لا يقال: إن في ذلك إضراراً بأهل الدرب؛ لأنه كان منقطعاً و بفتح الباب يصير الدرب نافذاً مستطراً إليه من الشارع.

لأننا نقول: إنه بفتح الباب صير داره نافذةً، و أمّا الدرب فإنه علي حاله غير نافذٍ؛ إذ ليس لأحدٍ غيره استطراق داره.

و لو انعكس الحال فكانت بابه إلي الشارع و له حائط في المنقطع، فأراد فتح بابٍ للاستطراق، فقد بينّا أنه ليس له ذلك؛ إذ لا حق له في دربٍ قد تعين عليه ملك أربابه، فلم يكن له الانتفاع به بغير إذنه.

ص: 54

1- لم نعر عليه في المصادر التي بأيدينا، وانظر بحر المذهب 52:8.

2- العزيز شرح الوجيز 101:5، روضة الطالبين 444:3.

و لو كان له داران متلاصقتان باب كل واحدة منهما في زقاق غير نافذ، فأراد صاحبهما رفع الحاجز بينهما بالكلية و جعلهما داراً واحدة، جاز قولاً واحداً.

وإن أراد فتح باب من إحداهما إلي الأخرى، جاز عندنا أيضاً.

و للشافعية قولان:

أحدهما: المنع؛ لأن ذلك يُثبت له حق الاستطراق من الدرب الذي لا ينفذ إلي دارٍ لم يكن لها طريقٌ منه، و لأن ذلك ربما أدّى إلي إثبات الشفعة في قول مَنْ يُثبتها بالطريق لكل واحدة من الدارين في زقاق الأخرى. و هذا قول أكثرهم (1).

و هو غلط؛ لأن له رفع الحاجز بالكلية، فرفع بعضه أولي، و المحذور لازم فيما لورفع الحائط، مع أنه لا يبطل به حق الشفعة.

و الثاني: إن له ذلك - كما اخترناه - لأن له رفع الحاجز بالكلية، ففتح الباب أولي (2).

و قال بعضهم: موضع القولين ما إذا سدّ باب إحدى الدارين و فتح الباب بينهما لغرض الاستطراق، أمّا إذا قصد اتّساع ملكه أو نحوه، فلا منع (1).

مسألة 1062: لو صالح الممنوع من فتح الباب في الدرب المقطوع أربابه علي مال ليفتح الباب، جاز عندنا،

و به قال الشافعي (2)، بخلاف

ص: 55

1- العزيز شرح الوجيز 5:101، روضة الطالبين 3:444.

2- العزيز شرح الوجيز 5:102، روضة الطالبين 3:444.

الصلح عن إشراع الأجنحة و الساباطات و الرواشن، فإنهم خالفوا فيه، و عللوا بأنه بَدَل مالٍ في مقابلة الهواء المجرد(1).

قال بعضهم: إن قدروا مدّة معيّنة، كان الصلح إجارةً. و إن أطلقوا أو شرطوا التأيد، فهو بيع جزء مشاع من السكّة، و تنزيل له منزلة أحدهم، و كان ذلك بمنزلة ما لو صالح غيره عن إجراء نهرٍ في أرضه علي مالٍ، فإنّه يكون ذلك تملكاً للنهر(2).

و لو أراد فتح بابٍ من داره في دار غيره، فصالحه عنه مالك الدار علي مالٍ صحّ، و يكون ذلك كالصلح عن إجراء الماء علي السطح، و لا يملك شيئاً من الدار و السطح؛ لأنّ السكّة لا تراد إلاّ للاستطراق، فإنّبات الاستطراق فيها يكون نقلاً للملك، و الدار و السطح ليس القصد منهما الاستطراق و إجراء الماء.

مسألة 1063: يجوز فتح الأبواب و نصب الميازيب في الشوارع النافذة؛

لأنّ الناس بأسرهم اتفقوا علي وضع الميازيب و نصبها علي سطوحهم قديماً و حديثاً من غير إنكار أحدٍ منهم، فكان إجماعاً.

هذا إذا لم يتضرّر بوضعها أحدٌ، فإنّ تضرّر أحد بوضع ميازيبٍ في الدرب المسلوك و جب قلعه.

و أمّا الطرق الخاصّة الغير النافذة فليس لأحدٍ من أربابها(1) وضع ميازيبٍ يقذف فيها إلاّ بإذن كلّ من له حقٌّ فيها.

و ليس للمتقدّم بابه في رأس الدرب المسدود منع المتأخّر بابه إلي صدر الدرب من وضع ميازيبٍ إذا لم نقل بشركته أو لم يصل ضرره إليه.

ص: 56

1- في النسخ الخطيّة و الحجرية: «أربابه». و المثبت يقتضيه السياق.

و كذا لا يجوز حفر بالوعةٍ فيها إلا بإذن أربابها وإن كانت أنفع لهم.

أمّا الطرق المسلوكة فكذلك لا يجوز إحداث بالوعةٍ فيها، بل كلّ بالوعةٍ وُضعت في أصل وضع الدرب فإنّها تستمرّ ليس لأحدٍ إزالتها، وكلّ بالوعةٍ استُحدثت فإنّ لكلّ أحدٍ من المسلمين إزالتها.

مسألة 1064: إذا كان له باب في شارعٍ و ظهر داره إلي دربٍ غير نافذٍ، فأراد أن يخرج روشناً فيه، لم يكن له ذلك؛

لأنّ الدرب مملوكٌ لقومٍ بأعيانهم، وليس له حقٌّ معهم فيه.

ولو كان له فيه باب، فكذلك عندنا لا يجوز له الإحداث إلا بإذن باقي أربابه.

و للشافعية قولان تقدّما (1).

وإذا أذن أرباب الدرب المختصّ بهم في وضع بابٍ أو نصب ميزابٍ أو إشراع جناحٍ أو روشنٍ أو ساباطٍ، كان هذا الإذن عاريةً يجوز له الرجوع فيه متى شاء، لكن مع الأرش؛ لأنّه سبب في إتلاف مال الغير، علي إشكالٍ.

مسألة 1065: يجوز فتح الروازن و الشبايك في الحيطان التي في الدروب المسدودة،

وليس لأحدٍ منع ذلك، سواء كان لصاحب الحائط في ذلك الدرب بابٌ أو لم يكن؛ لأنّ له رفع جميع الحائط و أن يضع مكانه شُباكاً فبعضه أولى، و إنّما منع في الباب لمعني غير موجودٍ هنا.

و كذا له فتح روزنةٍ و شُباكٍ في حائطه الفاصل بينه و بين جاره و إن حرم عليه الاطلاع إلي دار الغير، بل ليستفيد الإضاءة في بيته. و للجار أن

ص: 57

1- في ص 48، «الثاني: الطرق غير النافذة».

يبني حائطاً في وجه شُباته وروزنته وأن يمنع الضوء بذلك، لا سدّ الروزنة والشُّباك.

مسألة 1066: يجوز لكل أحد الاستطراق في الطرق النافذة علي أي حال شاء

من سرعةٍ وبطءٍ وركوبٍ وترجلٍ، ولا فرق في ذلك بين المسلم والكافر؛ لأنها موضوعة لذلك.

وأما الطرق المقطوعة: فكذلك مع إذن أربابها.

ولو منع واحد أو منعوا بأسرهم، فالأقرب: عدم المنع؛ لأن لكل أحد دخول هذا الزقاق، كدخول الدرب النافذ.

وفيه إشكال أقرب: إن جواز دخولها من قبيل الإباحات المستندة إلي قرائن الأحوال، فإذا عارضه نص المنع عمل به.

وأما الجلوس بها وإدخال الدواب إليها فالأقوي: المنع، إلا مع إذن الجميع فيه.

ولو كان بين داريه طريق نافذ فحفر تحته سرداباً من إحداهما إلي الأخرى وأحكم الأزج، قال بعض الشافعية: لم يُمنع (1).

وهو جيّد إن لم يتضرّر به أحد من المارة.

وليس له أن يحفر علي وجه الأرض ثم يعمل الأزج.

وكذا لا يجوز عمل السرداب في الطريق المسدود - إلا بإذن أربابه - وإن أحكم الأزج وحفر تحت الأرض؛ لأن أربابه محصورون، و

سواء حصل لهم ضرر بذلك أو لا، خلافاً لبعض الشافعية (2).

ولا يجوز وضع ساقية مبتكرة في دربٍ مسلوک، سواء تضرّر بها

ص: 58

1- العزيز شرح الوجيز 5:103، روضة الطالبين 3:445.

2- العزيز شرح الوجيز 5:103، روضة الطالبين 3:445.

السائرون فيها، أو لا، ولو حفرها كان لكلّ إزالتها.

ولو وضع عليها أزجاً محكماً، فالأقرب: جواز إزالته لكلّ أحدٍ.

ولو سدّ الطريق النافذ، كان لكلّ أحدٍ إنفاذه كما كان، وإزالة السدّ وإعادته كما كان.

ولو جعل الطريق المقطوع مسلوفاً بأن جعل الاستطراق في ملكه ورفع الحاجز، فإن كان سبّله مؤبداً وسلك فيه أحد لم يكن له بعد ذلك قطعه، ولو لم يرد تسييله كان كالعارية يجوز له الرجوع فيه.

ولو غضب ملك غيره فجعله طريقاً، كان للمالك الرجوعُ إلي عين ملكه وقطع السلوك منه.

البحث الثاني: الجدران.

إشارة

و النظر في أمور ثلاثة:

الأمر الأول: التصرف.

إشارة

الجدار بين الملكين إما أن يكون مختصاً بملك واحد، أو يكون مشتركاً بين صاحبي الملكين.

فإن كان مختصاً بملك واحد، كان له التصرف فيه كيف شاء بهدمٍ وبناءٍ وغير ذلك، وليس للآخر وضع خشبةٍ ولا جذعٍ عليه إلا بإذن مالكة، عند علمائنا أجمع - وبه قال أبو حنيفة و الشافعي في الجديد (1) - لقوله عليه السلام:

ص: 59

1- الحاوي الكبير 6:391، المهذب - للشيرازي - 1:342، الوسيط 4:56، الوجيز 1:179، حلية العلماء 5:16، التهذيب - للبغوي - 4:151، البيان 6:239، العزيز شرح الوجيز 5:104، روضة الطالبين 3:446، المغني 5:38، الشرح الكبير 5:37، عيون المجالس 4:1653-1167/1654.

«لا يحلّ مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسٍ منه»⁽¹⁾ ولأنّ العقل قاضٍ بقبح تصرف الغير في مال الغير بغير إذنه.

وقال مالك وأحمد: إنّ للجار أن يضع الجذوع علي جدار جاره، فإن امتنع المالك أُجبر علي ذلك، وهو قول الشافعي في القديم⁽²⁾؛ لما رواه أبو هريرة أنّ النبيّ صلي الله عليه وآله قال: «لا يمنع أحدكم جاره أن يضع خُشبه علي جداره» قال: فنكّس القوم رءوسهم، فقال أبو هريرة: مالي أراكم عنها معرضين والله لأرميتها - أي لأضعنّ هذه السنّة - بين أظهركم⁽³⁾.

ولو سلّم الحديث لحُمل علي الاستحباب؛ لما تقدّم من الحديث الأوّل.

إذا عرفت هذا، فقد شرط الشافعي في قوله القديم أموراً ثلاثة:

أ: أن لا يحتاج مالك الجدار إلي وضع الجذوع عليه.

ب: أن لا يزيد الجار في ارتفاع الجدار، ولا يبني عليه أزجاً، ولا يضع عليه ما لا يحتمله الجدار، ويضرب به.

ج: أن لا يملك شيئاً من جدران البقعة التي يريد تسقيفها، أو3.

ص: 60

1- سنن الدارقطني 3:26/91، مسند أحمد 6:69/20172 بتفاوت يسير.

2- المنتقي - للباجي - 6:43، الإشراف علي نكت مسائل الخلاف 2:597-1005/598، عيون المجالس 4:1654/1167، الحاوي الكبير 6:391، المهذب - للشيرازي - 1:342، الوسيط 4:56، حلية العلماء 5:15، التهذيب - للبغوي - 4:151، البيان 6:238-239، العزيز شرح الوجيز 5:104، روضة الطالبين 3:446، المغني 5:38، الشرح الكبير 5:37.

3- صحيح البخاري 3:173، صحيح مسلم 3:1230/1609، سنن ابن ماجة 2:783/2335، سنن أبي داؤد 3:314-3634/315، سنن الترمذي 3:635/1353، سنن البيهقي 6:68، الموطأ 2:745/32، مسند أحمد 3:107/8900.

لا يملك إلا جداراً واحداً، فإن مَلَكَ جدارين فليسقف عليهما، ولا يُجبر - والحال هذه - صاحب الجدار(1).

وَجَعَلَ بعض الشافعية عوض الشرط الثالث أن تكون الجوانب الثلاثة من البيت لصاحب البيت وهو يحتاج إلى جانبٍ رابع، فأما إذا كان الكل للغير، فإنه لا يضع الجذوع عليها قولاً واحداً(2).

مسألة 1067: قد بينا أنه ليس للجار وضع جذعٍ ولا غيره علي حائط الغير

وإن كان محتاجاً إلى الوضع و كان الجار مستغنياً عن الحائط، إلا بإذنه، فإن أذن في الوضع بغير عوضٍ فهو إعارَةٌ له الرجوع فيها متى شاء قبل الوضع مجاناً قطعاً.

وأما بعد الوضع للجذوع والبناء عليها: فالأقرب: إن له الرجوع أيضاً، كما في سائر العواري، لكن ليس له القلع مجاناً، بل مع الأرش وإن كان القلع يؤدي إلى خراب ملك الجار، وإن شاء أبقاه بالأجرة، فيثبت له الخيار بين القلع بالأرش وبين التبقية بالأجرة، كما لو أعار أرضاً للبناء، وهو أظهر قولي الشافعية(3).

قالوا: إلا أن في إعاره الأرض أمراً ثالثاً يتخير فيه، وهو تملك البناء بالقيمة، وليس لمالك الجدار ذلك؛ لأن الأرض أصلٌ، فجاز أن تستتبع البناء، والجدار تابع فلا يستتبع(4).

وعندي أن لا ثالث هنا ولا في الأرض.

ص: 61

1- العزيز شرح الوجيز 104:5، روضة الطالبين 3:446.

2- العزيز شرح الوجيز 104:5، روضة الطالبين 3:446.

3- التهذيب - للبغوي - 153:4، العزيز شرح الوجيز 105:5، روضة الطالبين 3:447.

4- التهذيب - للبغوي - 153:4، العزيز شرح الوجيز 105:5، روضة الطالبين 3:447.

وقال بعض الشافعية: إنه ليس له القلع؛ لأن ضرر القلع يتداعي إلي ما هو خالص ملك المستعير؛ لأن الجذوع إذا رُفعت أطرافها من جدارٍ لم تستمسك علي الجدار الثاني، بل تثبت له الأجرة خاصةً (1).

وقال بعضهم: إنه ليس له الرجوع أصلاً، ولا يستفيد به القلع ولا طلب الأجرة للمستقبل (2)؛ لأن مثل هذه الإعارة يراد بها التأييد، فكان بمنزلة ما لو أعار أرضاً للدفن فدفن، لم يتمكن المعير من قلعه ولا من طلب الأجرة (3).

ولعلّ بينهما فرقاً.

مسألة 1068: لو أذن للجار في وضع الجذوع علي جداره فوضّعهما، لم يستعقب ذلك المطالبة بالأجرة

عمّا قبل الرجوع، فإن رفع صاحب الجذوع جذوعه لم يكن له إعادتها إلا بإذنٍ جديد؛ لأن الإذن الأول زال بزواله.

وكذا لو أذن في وضع روشنٍ علي حائطه أو جناحٍ أو ساباطٍ.

وهو أحد قولَي الشافعية. والثاني: إن له الوضع؛ عملاً باستصحاب الإذن الأول (4).

وكذا لو سقطت الجذوع أو الروشن أو الساباط أو الجناح بنفسه.

ولو سقط الجدار فبناه صاحبه بتلك الآلة فكذلك؛ لأن الإذن لا يتناول إلا مرةً.

ص: 62

1- العزيز شرح الوجيز 5:105، روضة الطالبين 3:447.

2- في «ث، ر» والطبعة الحجرية: «في المستقبل» بدل «للمستقبل».

3- الحاوي الكبير 6:392، التهذيب - للبغوي - 4:153، العزيز شرح الوجيز 5:105، روضة الطالبين 3:447.

4- البيان 6:240، العزيز شرح الوجيز 5:105، روضة الطالبين 3:447.

و للشافعية وجهان(1).

و لو بناه بغير تلك الآلة، لم يُعدّ الوضع إلا باذنٍ جديد عندنا و عند الشافعية قولاً واحداً(2).

و لو صالحه علي وضع الجذوع أو الجناح أو الروشن أو السباط علي حائطه، جاز، و به قال الشافعي(1)، بخلاف ما لو صالحه عن إشراع الجناح؛ لأنّه صلح عن الهواء المجرد، فلا يجوز عنده(2).

و قد سبق(3) كلامنا فيه.

و لو رضي مالك الجدار بوضع الجذوع بعوضٍ، فذلك إمّا بيع أو إجارة، و سيأتي.

و علي قول الشافعي - بأنّ له الإجماع علي وضع الخشب(4) - لا تصحّ المعاوضة و لا الصلح عليه بمالٍ؛ لأنّ من ثبت له حقٌّ لا يؤخذ منه عوضٌ عليه(5).

لكنّا قد بيّنا بطلان هذا القول من رأسٍ.

مسألة 1069: إذا كان الجدار مشتركاً بين اثنين و أكثر، لم يكن لأحدٍ من الشركاء التصرف فيه بشيءٍ

من وجوه الانتفاعات حتي ضرب الوتد فيه و فتح الكوة بل و أخذ أقلّ ما يكون من ترابه ليترب به الكتاب بدون إذن

ص: 63

1- التهذيب - للبغوي - 153:4، العزيز شرح الوجيز 105:5، روضة الطالبين 3:448.

2- العزيز شرح الوجيز 105:5-106، روضة الطالبين 3:448.

3- في ص 55-56، المسألة 1062.

4- راجع الهامش (2) من ص 60.

5- التهذيب - للبغوي - 152:4، العزيز شرح الوجيز 105:5، روضة الطالبين 3:448.

جميع الشركاء فيه كغيره من الأموال المشتركة مطلقاً، سواء كان وضع جذوعٍ عليه أو لا.

و للشافعي في الإجماع علي وضع الجذوع قولان؛ لأنَّ له أن يُجبر جاره علي وضع جذوعه علي جداره، فشريكه أولي(1).

و الأصل قد بيّنا بطلانه.

نعم، يجوز الانتفاع منه بل و من جدار الغير بما لا تقع المضايقة فيه، كالاستناد إليه و إسناد المتاع إليه إذا لم يتضرر الجدار به؛ لأنَّه بمنزلة الاستئصال بجدار الغير و الاستئناء بسراجه.

و لو منع مالك الجدار من الاستناد، فالوجه: التحريم؛ لأنَّه نوع تصرّفٍ بإيجاد الاعتماد عليه.

و لو بني في ملكه جداراً متصلاً بالجدار المشترك أو المختصّ بالجدار بحيث لا يقع ثقله عليه، جاز، و لم يكن للاّخر الاعتراض.

الأمر

إشارة

الأمر(2) الثاني: القسمة.

مسألة 1070: لكلّ جسمٍ أبعاد ثلاثة: طولٌ و عرضٌ و عمقٌ.

و نعني بطول الحائط امتداده من زاويةٍ من البيت إلي الزاوية الأخرى أو من حدٍّ من أرض البيت إلي حدٍّ آخر من أرضه، و لا نريد به ارتفاعه عن الأرض؛ فإنّ ذلك هو العمق و السّمك باعتبار أخذ المساحة، أو الاعتبار من تحتٍ و من فوقٍ.

ص: 64

1- العزيز شرح الوجيز 5:106، روضة الطالبين 3:448.

2- بدل ما بين المعقوفين هنا و فيما يأتي في ص 67 في النسخ الخطيّة و الحجرية: «النظر». و الظاهر ما أثبتناه.

وأما العرض: فهو البُعد الثالث منه.

فإذا كان طوله عشرةً و عرضه ذراعاً، جاز قسمته في الطول و العرض إن أرادها، فإذا طلب أحدهما قسمته في كلّ الطول و نصف العرض ليصير لكلّ واحدٍ نصف ذراعٍ في طول عشرةٍ، و أجابه الآخر، جاز.

و كذا يجوز أن يقسماه في كلّ العرض و نصف الطول، فيصير لكلّ واحدٍ خمسة أذرعٍ في عرض ذراعٍ.

فإن طلبا قسمته علي الوجه الثاني، كان للحاكم أن يُعلم بينهما بعلامةٍ و يخطّ رسماً للتصنيف، أو يشقّ الجدار و ينشره بالمنشار.

و إن طلبا قسمته علي الوجه الأوّل، قسّمه بالعلامة، دون الشقّ و النشر؛ لأنّ شقّ الجدار في الطول إتلافٌ له و تضييعٌ.

و لو باشر الشريكان قسمته بالمنشار، لم يمنعهما أحد، كما لو نقضاه و اقتسما الانتقاض.

و لو طلب أحد الشريكين قسمة الجدار و امتنع الآخر، نُظر إن طلب القسمة علي الوجه الأوّل، لم تجب الإجابة؛ لأنّ لو أوجبنا القسمة علي هذا النحو لأُقرع في التخصيص، و القرعة ربما تُعيّن الشقّ الذي يلي أحدهما للآخر، و الذي يلي الآخر للأوّل، فلا يتمكّن أحدهما من الانتفاع بما وقع له بالقسمة، و لأنّه لا- يتمكّن من إفعال أحدهما من الآخر بفصلٍ محقّق؛ لأنّ غايته رسم خطّ بين الشقّين، فإذا بني أحدهما علي ما صار إليه، تعدّي الثقل و التحامل إلي الشقّ الآخر.

نعم، لو تراضيا علي هذه القسمة، جاز، و كان رسم الخطّ كافياً في القسمة.

و عن بعض الشافعية أنّه يُجبر الممتنع عن القسمة، و لا قرعة، بل

يُخَصَّصُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِمَا يَلِيهِ لِيَقَعَ النِّفْعُ لِهَـمَا مَعاً (1).

وَأَمَّا إِنْ طَلَبَ أَحَدُهُمَا الْقِسْمَةَ عَلَيِ الْوَجْهِ الثَّانِي - وَهُوَ قِسْمَةُ نِصْفِ الطُّوْلِ فِي كُلِّ الْعَرْضِ - فَإِنْ رَضِيَ الْآخَرُ وَأَجَابَهُ إِلَيْهَا، جَازَ.

وَإِنْ أَمْتَنَعَ فَإِنْ أَنْتَفَى الضَّرْرُ عَنْهُمَا أَوْ عَنِ الْمَمْتَنِعِ، أُجْبِرُ عَلَيْهَا، وَإِنْ تَضَرَّرَ الْمَمْتَنِعُ لَمْ يُجْبَرَ عَلَيْهَا.

وَاللِّشَافِعِيَّةُ وَجِهَانُ فِي الْإِجْبَارِ، فَمَنْ أَعْتَبَرَ فِي الْقِسْمَةِ الشَّقَّ وَالْقَطْعَ مَنَعَ مِنَ الْقِسْمَةِ؛ لِأَنَّ الْقَطْعَ يُوجِبُ إِتْلَافَ بَعْضِ الْجِدَارِ، وَلا إِجْبَارَ مَعَ الْإِضْرَارِ (2).

وَقَالَ بَعْضُ هَؤُلَاءِ: إِنَّ التَّضَرُّرَ وَالنَّقْصَانَ هُنَا هَيِّنٌ فِي هَذَا النَّوْعِ، فَكَانَ بِمَنْزِلَةِ قِسْمَةِ الثُّوبِ الصَّفِيْقِ (1).

وَ مَنْ أكَتَفَى فِي الْقِسْمَةِ بِرِسْمِ الْعَلَامَةِ وَالخَطِّ اخْتَلَفُوا أَيْضًا:

فَبَعْضُهُمْ جَوَّزَ الْإِجْبَارَ؛ لِأَنَّهُ يُمْكِنُ تَأْتِي الْإِنْتِفَاعَ بِمَا يَصِيرُ إِلَيْهِ (4).

وَبَعْضُهُمْ مَنَعَ؛ لِتَعَدُّرِ الْفَاصِلَةِ الْمَحَقَّقَةِ (5).

مسألة 1071: لو انهدم الجدار أو هدماه أو لم يرسماه في الأول

فَإِذَا قَسَمَ عَرَصَتَهُ فِي كُلِّ الطُّوْلِ وَنِصْفِ الْعَرْضِ وَلا ضَرْرَ مَطْلَقًا أَوْ لا ضَرْرَ عَلَيِ الْمَمْتَنِعِ، فَإِنْ قَلْنَا بِتَخْصِيصِ كُلِّ وَاحِدٍ بِالشَّقِّ الَّذِي يَلِيهِ مِنْ غَيْرِ قَرْعَةٍ، أُجِيبُ طَالِبَهَا إِلَيْهَا.

وَإِنْ مَنَعْنَا مِنْ قِسْمَةِ الْحَائِطِ فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى، فَلِلشَافِعِيَّةِ هُنَا وَجِهَانُ مَبْنِيَّانِ عَلَيِ أَنَّ الْمَنَعَ فِي الْحَائِطِ حَذْرًا مِنَ الْقَرْعَةِ أَوْ مِنْ عَدَمِ تَأْتِي الْفَصْلِ

ص: 66

1- العزیز شرح الوجیز 5:107. (4 و 5) العزیز شرح الوجیز 5:107، روضة الطالبین 3:449.

المحقق؟ فإن قالوا بالأول استمرّ المنع من القسمة هنا؛ لأنّ المانع هناك موجود هنا، وإن قالوا بالثاني أُجبر الممتنع عليها؛ لزوال المانع، لإمكان الفصل هنا(1).

ولو طلب قسمتها في نصف الطول و كلّ العرض، أُجيب؛ لفقد الموانع المذكورة في الجدار هنا.

وإذا بني الجدار وأراد أن يكون عريضاً، زاد في عرضه من عرصة بيته.

الأمر الثالث: العمارة.

مسألة 1072: إذا استهدم الحائط، أُجبر صاحبه علي نقضه

لئلا يتأذي به أحد، سواء كان المالك واحداً أو أكثر.

ولو كان لاثنين فنقضاه لاستهدامه أو لغير استهدامه أو انهدم الجدار بنفسه، لم يُجبر علي بنائه، ولا يُجبر أحدهما لو امتنع، عند علمائنا - و به قال أبو حنيفة والشافعي في أحد القولين - وهو الجديد له - و مالك و أحمد في إحدَي الروایتين عنهما(2) - لأنه ملكه، فإذا لم يكن له حرمة في نفسه

ص: 67

1- العزيز شرح الوجيز 108:5، روضة الطالبين 449:3.

2- المبسوط - للسرخسي - 92:17-93، الحاوي الكبير 401:6، المهذب - للشيرازي - 343:1، الوسيط 58:4، حلية العلماء 18:5، التهذيب - للبغوي - 156:4، البيان 245:6، الإفصاح عن معاني الصحاح 318:1-319، العزيز شرح الوجيز 109:5، روضة الطالبين 450:3، الإشراف علي نكت مسائل الخلاف 1007/598:2، التفريع 293:2، عيون المجالس 1168/1655:4، المعونة 1201:2، الكافي في فقه أهل المدينة: 493، المغني 46:5، الشرح الكبير 43:5.

لم يُجبر علي الإنفاق عليه، كما لو انفرد به، بخلاف الحيوان ذي الحرمة، فإنه يجب عليه الإنفاق عليه؛ لحرمة، وتعلّق غرض الشارع بالانتفاع به، ولأنّه ملكه، فلا يُجبر علي عمارته، كما لا يُجبر علي زراعة الأرض المشتركة، ولأنّه بناء حائطٍ، فلا يُجبر عليه، كالاتداء، ولأنّه لو أُجبر علي البناء فإمّا لحقّ نفسه، وهو باطل بما لو انفرد به، أو لحقّ غيره، ولا يجوز أن يُجبر الإنسان علي عمارة ملك الغير، كما لو انفرد به الغير.

و القول القديم للشافعي: إنهما يُجبران علي عمارته، ويُجبر الممتنع عليها - وهو الرواية الأخرى عن مالك وعن أحمد - دفعاً للضرر عن الشركاء، وصيانةً للأموال المشتركة عن التعطيل، وقد قال النبيّ صلي الله عليه وآله:

«لا ضرر ولا إضرار»⁽¹⁾ وفي ترك بنائه إضرار، فأجبر الممتنع عليه، كما يُجبر علي القسمة بينهما لو طلب أحدهما، والملك وإن لم يكن له حرمة يلزمه بسببها الإنفاق عليه فإنّ شريكه له حرمة⁽²⁾.

ولا نسلم أنّ في ترك بنائه ضرراً؛ فإنّ الضرر إمّا حصل بانهدامه، وإمّا ترك البناء ترك لما يحصل النفع به، وفي ترك بنائه إضرار به، ولا يُزال الضرر بالضرر.5.

ص: 68

1- الفقيه 3:154/45، سنن الدارقطني 4:84/228 و 85، مسند أحمد 1:2862/515.

2- الحاوي الكبير 6:400، المهذب - للشيرازي - 1:343، الوسيط 4:58، حلية العلماء 5:18، التهذيب - للبخاري - 4:156، البيان 6:245، الإفصاح عن معاني الصحاح 1:319، العزيز شرح الوجيز 5:109، روضة الطالبين 3:450، الإشراف علي نكت مسائل الخلاف 2:1007/598، التفریح 2:293، عيون المجالس 4:1168/1655، المعونة 2:1201، الكافي في فقه أهل المدينة: 493، المغني 5:46، الشرح الكبير 5:43.

و الخبر مشترك الدلالة؛ لأنّ في تكليف الشريك العمارة إضراراً عظيماً به، فلم يُجبر عليها.

و الفرق بينه وبين القسمة ظاهر؛ فإنّ للإنسان الاختصاص بالتصرّف في ملكه، وإنّما يتمّ بالقسمة، و الإيجابار علي العمارة يقتضي إيجابار الغير علي عمارة ملكه لينتفع الآخر به، و القسمة دفع الضرر عنهما بما لا ضرر فيه، و البناء مضرّ؛ لما فيه من الغرْم، و لا يلزم من إيجاباره علي إزالة الضرر بما لا ضرر فيه إيجاباره علي إزالته بما فيه ضرر.

مسألة 1073: لو هدم أحد الشريكين الجدار المشترك من غير إذن صاحبه،

فإن كان لاستخدامه وفي موضع وجوب الهدم، لم يكن عليه شيء.

و إن كان ممّا لا يجب هدمه أو هدمه و هو معمور لا يخشي عليه السقوط، فقد اختلف قول علمائنا:

قال بعضهم: يُجبر الهادم علي عمارته و إعادته إلي ما كان عليه أولاً (1).

و الأقوي: لزوم الأرش علي الهادم؛ لأنّ الجدار ليس بمثلّي.

مسألة 1074: قد يتنا أنه لا يجب علي الشريك في الجدار بناؤه لو انهدم

و لا مساعدة شريكه فيه لإزالة الضرر عن شريكه؛ لأنّ الممتنع قد لا يكون له نفع في الحائط، بل وقد يكون عليه ضرر فيه أكثر من نفعه به، وقد يكون معسراً لا مال له ينفق علي البناء، فحينئذٍ لا يُجبر لو امتنع عن الإنفاق و إن كان موسراً و كان يتضرّر بترك البناء.

و علي القديم للشافعي يُجبر (2).

ص: 69

1- شرائع الإسلام 2:125.

2- راجع الهامش (2) من ص 68.

فإن أصرّ علي الامتناع، أنفق الحاكم عليه ليرجع علي الممتنع إذا وُجد له مالٌ، فإن استقلّ و بذل أن يبنيه و يرجع عليه، ففي الرجوع عليه قولان للشافعي، ولأصحابه طرق:

أصحّها عند أكثرهم: القطع بعدم الرجوع، و حمل قول الرجوع علي ما إذا أنفق بالإذن.

و الثاني: إنّ القول بعدم الرجوع تفريع علي الجديد، و القول بالرجوع تفريع علي القديم.

و الثالث: إن قلنا بالقديم رجع قطعاً، و إن قلنا بالجديد فقولان.

و الرابع: إن أمكنه عند البناء مراجعة الحاكم فلا يرجع [و إن لم يمكنه] (1) فيرجع، أمّا إن أذن له الحاكم في البناء ليرجع أو بذل عن الشريك إقراضه، فإنّ له الرجوع إن قلنا به (2).

مسألة 1075: لو كان بين الشريكين نهر مشترك أو قناة أو دولاب أو ناعورة أو بئر فاحتاج شيء من ذلك في الانتفاع به إلي العمارة،

لم يُجبر أحد الشريكين الآخر علي العمارة كما قلنا في الجدار، و هو الجديد للشافعي، كما تقدّم.

و في القديم: إنّه يُجبر، و به قال أبو حنيفة (3)، و فرّق بين هذه و بين الجدار، فأوجب علي الشريك في هذه العمارة و الإصلاح و تنقية البئر،

ص: 70

1- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطيّة و الحجرية: «أو لا يمكنه». و الأنسب بالعبارة ما أثبتناه.

2- العزيز شرح الوجيز 5:110، روضة الطالبين 3:451.

3- حلية العلماء 5:19، التهذيب - للبخاري - 4:157، البيان 6:245، الإفصاح عن معاني الصحاح 1:318-319، العزيز شرح الوجيز

5:109، المغني 5:50، الشرح الكبير 5:49.

ولم يوجب بناء الجدار؛ لأنَّ الشريك لا يتمكّن من مقاسمته، فيضرب به، بخلاف الحائط، فإنّه يمكنه قسمته مع شريكه وقسمة عرصته(1).

وليس بجيّد؛ لأنَّ في قسمة العرصه إضراراً بهما، وفي قسمة الحائط أكثر إضراراً و الإنفاق أرفق، فكانا سواءً.

مسألة 1076: لو كان علو الجدار لواحدٍ و سفلها لغيره فأنهدمت،

لم يكن لصاحب السفل إجبار صاحب العلو علي مساعدته في إعادة السفل؛ لأصالة البراءة.

وكذا ليس لصاحب العلو إجبار صاحب السفل علي إعادة السفل لبني عليه علوه، عند علمائنا - وبه قال أبو حنيفة و الشافعي في الجديد، و أحمد في إحدَي الروايتين، و أبو الدرداء(2) - لما تقدّم من أنّ الإنسان لا يُجبر علي عمارة ملكه و لا عمارة ملك غيره، و الحقّ لا يعدوهم.

وقال الشافعي - في القديم - و مالك و أحمد - في الرواية الأخرى - و أبو ثور: إنّهُ يُجبر صاحب السفل علي الإعادة، و إذا قلنا بالإجبار و جب عليه وحده الإنفاق عليه؛ لأنّه خاصّ ملكه(3).

ص: 71

-
- 1- الحاوي الكبير 404:6، حلية العلماء 19:5، التهذيب - للبخاري - 157:4، البيان 245:6، الإفصاح عن معاني الصحاح 319:1، العزيز شرح الوجيز 109:5، روضة الطالبين 450:3.
 - 2- تحفة الفقهاء 191:3، بدائع الصنائع 264:6، المبسوط - للسرخسي - 92:17، روضة القضاة 5209/773:2، الحاوي الكبير 401:6، التنبيه: 104، المهذب - للشيرازي - 344:1، الوسيط 58:4، حلية العلماء 19:5، التهذيب - للبخاري - 157:4، البيان 248:6، العزيز شرح الوجيز 109:5، روضة الطالبين 450:3، الإفصاح عن معاني الصحاح 319-318:1، المغني 49-48:5، الشرح الكبير 47:5، عيون المجالس 1170/1657:4.
 - 3- الحاوي الكبير 400:6، التنبيه: 104، المهذب - للشيرازي - 344:1، الوسيط 58:4، حلية العلماء 19:5، التهذيب - للبخاري - 157-156:4، البيان 248:6، العزيز شرح الوجيز 109:5، روضة الطالبين 450:3، التفريع 294:2، التلقين: 433، عيون المجالس 1170/1656:4، المغني 48:5، الشرح الكبير 47:5، الإفصاح عن معاني الصحاح 319:1، روضة القضاة 5210/773:2.

و كذا لو كان له سباط استحقَّ وضعه علي حائط غيره فانهدم، لم يُجبر أحدهما علي العمارة.

و للشافعية قولان(1).

و هذا الخلاف فيما إذا انهدم الحائط أو هدمه صاحب السُّفل و العلوُّ معاً من غير شرطٍ، أمّا إذا استهدم فهدمه صاحب السُّفل بشرط أن يعيده، أُجبر عليه قولاً واحداً.

و يجري الخلاف فيما إذا طلب أحدهما اتّخاذ سترةٍ بين سطحيهما، هل يُجبر الآخر علي مساعدته؟ و مذهبننا أنّه لا يُجبر؛ لأصالة البراءة.

مسألة 1077: إذا انهدم الحائط المشترك فطلب أحدهما بناءه، لم يُجبر الآخر علي ذلك،

كما تقدّم(2)، و هو الجديد للشافعي.

و في القديم - و به قال مالك و أحمد في روايةٍ عنهما - : إنّه يُجبر(3).

فإن كان له مالٌ و امتنع، أنفق الحاكم منه، و إن لم يكن له مالٌ فبذل شريكه أن يبنيه و يرجع عليه، أذن له الحاكم.

و كذا إن بذل غيره إقراضه.

فإذا بناه بإذن الحاكم، استحقَّ ما أنفقه علي شريكه عنده(4)، و كان

ص: 72

1- لم نعثر عليهما في مظانّه.

2- في ص 67، المسألة 1072.

3- راجع الهامش (2) من ص 68.

4- البيان 6:246، العزيز شرح الوجيز 5:110، روضة الطالبين 3:451.

الحائط بينهما يعيد كل واحدٍ منهما رسومه عليه.

ولو بناه بغير إذن شريكه في الإنفاق ولا إذن الحاكم عند امتناع شريكه، كان متطوعاً، ولا يرجع به علي شريكه.

ثم يُنظر فإن بناه وأعاد الحائط بالآلة المشتركة القديمة، فالجدار بينهما كما كان؛ لأنّ المنفق إنّما أنفق علي التأليف، وذلك أثر لا عين يملكها ويختصّ بها.

ولو أراد الباني نقضه، لم يكن له ذلك؛ لأنّه ملكهما، فليس له التصرف بما فيه ضرر عليهما. وكون التأليف منه لا يقتضي جواز نقضه.

وكذا لو بني صاحب السُّفل جدران السُّفل بانقاضه القديمة، فهو لصاحب السُّفل كما كان، وليس لصاحب العلوّ نقضه ولا منعه من الانتفاع بملكه.

وإن بناه بالآلة من عنده مستجدّة، فالحائط له ينفرد بملكه، وله أن يمنع شريكه من وضع خشبه عليه، ويُمكن من نقضه؛ لأنّه ملكه خاصّةً، فله التبقية والإزالة، وبه قال الشافعي وأحمد(1).

ويشكل فيما إذا كانت العرصة مشتركةً.

ولو قال الشريك: أنا أدفع إليك نصف النفقة ولا- تنقض، فعلي القديم للشافعي: لا يجوز له النقص، ويجب عليه القبول؛ لأنّ لأحد الشريكين إيجاب الآخر علي البناء، فلا يُجبره علي الاستدامة أولي، فإن لم يبذل دَفْعَ قيمة نصف البناء كان للباني نقضه(2).3.

ص: 73

-
- 1- المهذب - للشيرازي - 343:1، التهذيب - للبخاري - 157:4، البيان 246:6، العزيز شرح الوجيز 110:5، روضة الطالبين 451:3، المغني 47:5، الشرح الكبير 45:5.
- 2- العزيز شرح الوجيز 110:5، روضة الطالبين 451:3.

و علي الجديد لو أراد الشريك الطالب للعمارة الانفرادَ بها، فإن أراد عمارة الجدران بالنقض المشترك أو أراد صاحب العلو إعادة السُّفل بنقض صاحب السُّفل أو بألةٍ مشتركة بينهما، فللاَخر منعه منها.

وإن أراد بناء بألةٍ من عنده، فله ذلك، و جاز أن يبني علي عرصةٍ مشتركةٍ بينه وبين غيره بغير إذنه ليصل إلي حقه من الحمل عليه و الرسم، كما لو سقطت جذوعه الموضوعه علي الجدار المشترك، ينفرد بإعادتها(1).

ثم إن أعاده بآلته، كان لشريكه وضع خشبه عليه؛ لأنه ملكٌ لهما، فكان له ردّ رسومه عليه.

وإن بناه بألةٍ من عنده مختصةً به، انفرد بملكه، و كان له أن يمنع الذي كان لشريكه من وضع رسومه، و كان المعاد ملكاً للبانّي يضع عليه ما شاء، و ينقضه إذا شاء.

و لو قال الشريك: لا تنقض لأغرم لك نصف القيمة، أو قال صاحب السُّفل: لا تنقض لأغرم لك القيمة، لم تلزمه إجابته علي هذا القول - و هو عدم الإجبار علي البناء - فلا يُجبره علي التبقية، كابتداء العمارة.

و لو طالبه شريكه بنقضه، لم يكن له ذلك، إلا أن يكون له رسم خشبٍ عليه، فيقول: إمّا أن تأخذ منّي نصف قيمته و تمكّني من وضع خشبي عليه، أو تقلع حائطك لبننيه جميعاً، كان له ذلك؛ لأنه لا يجوز للبانّي إبطال رسومه ببناؤه.

و لو قال صاحب السُّفل: انقض ما أعدته لأبنيه بألة نفسي، فإن كان قد طالبه بالبناء [فلم يُجب] (2) لم يُجب الآن إلي ما يقوله، و إن لم يطالبه3.

ص: 74

1- العزيز شرح الوجيز 110:5، روضة الطالبين 3:451.

2- ما بين المعقوفين أضفناه من العزيز شرح الوجيز 110:5، و كما هو المستفاد من روضة الطالبين 3:451.

وقد بني علوه عليه فكذلك لا يُجاب.

وهل له أن يتملك السُّفل بالقيمة؟ قال بعض الشافعية: نعم (1).

وليس بجيّد.

وإن لم يئن عليه صاحب العلو بعد، أُجيب صاحب السُّفل.

ومهما بني الباني بألة نفسه، فله منع صاحبه من الانتفاع بالمعاد بفتح كوة و غرز وتَدٍ ووضع خشبة وغير ذلك، وليس له منع صاحب السُّفل من السكن؛ فإنَّ العرصة ملكه.

وقال بعض الشافعية: له المنع من السكن أيضاً (2). وهو غلط.

ولو أنفق أحد الشريكين علي البئر والنهر، لم يكن له منع الشريك من [سقي] (3) الزرع والانتفاع بالماء، وله منعه من الانتفاع بالدولاب والبكرة المحدثين.

ولو كان للممتنع علي الجدار الذي أنهدم جذوع فأراد إعادتها بعد ما بناه الطالب بألة نفسه، كان علي الباني تمكينه، أو نقض ما أعاده ليبيني معه الممتنع ويعيد جذوعه.

مسألة 1078: لو كان بينهما دولاب أو ناعورة، كان حكمهما حكم الحائظ علي ما ذكرناه.

ولو كان بينهما بئر أو نهر، فإن قلنا: ليس لأحدهما إجبار الآخر علي الإنفاق، كان لكل واحدٍ منهما أن يُنفق علي ذلك، فإن أنفق أحدهما عليه،

ص: 75

1- العزيز شرح الوجيز 5:110، روضة الطالبين 3:451.

2- العزيز شرح الوجيز 5:111، روضة الطالبين 3:452.

3- ما بين المعقوفين أضفناه من «العزيز شرح الوجيز» و«روضة الطالبين». راجع الهامش السابق.

لم يكن له أن يمنع الآخر من نصيبه من الماء؛ لأنّ الماء ينبع من ملكهما المشترك بينهما، وإنّما أثر أحدهما نقل الطين عنه، وليس له فيه عين ملك، بخلاف الحائظ إذا بناه بغير آلتته.

وإن قلنا: يُجبر الممتنع منهما - كما هو قول الشافعي في القديم(1) - أجبره الحاكم. فإن امتنع وله مالٌ ظاهر، أنفق منه، وإن لم يكن له، أذن لشريكه، ويُنفق عليه، ويرجع بقدر نصيب شريكه عليه. فإن أنفق شريكه بغير إذنه ولا إذن الحاكم، كان متبرعاً لا يرجع عليه قولاً واحداً، وليس له منعه من حقّه من الماء علي ما تقدّم.

وقد عرفت مذهبنا فيه، وأنّ الشريك ليس له الإجماع علي الإنفاق.

مسألة 1079: قد ظهر بما مرّ: إنّ الجدار المشترك بين اثنين لو انفرد أحدهما بإعادته بالنقض المشترك فإنّه يعود مشتركاً كما كان،

فلو عمراه معاً وأعاداه بالنقض المشترك بينهما، كان الاشتراك بينهما أولي.

إذا عرفت هذا، فلو شرطاً مع التعاون علي الإعادة والشركة في بنائه زيادةً لأحدهما، قالت الشافعيّة: لا يجوز؛ لأنّه شرط عوضٍ من غير معوضٍ، فإنّهما متساويان في العمل وفي الجدار والعرضة والأنقاض(2).

و الأقوي عندي: الجواز؛ عملاً بالشرط، وقد قال عليه السلام: «المؤمنون عند شروطهم»(3) وبه قال بعض الشافعيّة(4).

وكذا لو باع أحد الشريكين في دارٍ أو متاعٍ نصفه من المشترك بثلث

ص: 76

1- راجع الهامش (1) من ص 71.

2- البيان 6:248، العزيز شرح الوجيز 5:111، روضة الطالبين 3:452.

3- التهذيب 7:1503/371، الاستبصار 3:835/232، الجامع لأحكام القرآن 6:33.

4- العزيز شرح الوجيز 5:111، روضة الطالبين 3:452.

المشترك من نصف صاحبه، صحّ، و يصير المشترك بينهما أثلاثاً بعد أن كان نصفين، فلو باع أحدهما نصفه المشاع بنصف صاحبه، فالأقوي:

الجواز.

و لم يقدر الشافعية ذلك بيعاً، و لا تترتب عليه أحكام البيع عندهم (1).

و الأقرب: ما قدّمناه من صحّة بيع أحدهما نصفه بالثلث من نصف الآخر و بنصفه.

و بعض الشافعية جوّز البيع هنا، و منّع من صحّة الشرط في البناء؛ لأنّ الموجود في البناء هو البناء بشرط الزيادة لأحدهما، و مجرد الشرط و الرضا بالتفاوت لا يغيّر كفيّة الشركة القديمة، إلّا أنّ البناء بالإذن و الشرط قائم مقام البيع (2).

أمّا لو انفرد أحد الشريكين بالبناء بالنقض المشترك بإذن صاحبه بشرط أن يكون له الثلثان، جاز، و يكون السدس الزائد له في مقابلة عمله في نصيب الآخر.

و قال بعض الشافعية: هذا إنّما يتصوّر لو شرط سدس النقص له في الحال لتكون الأجرة عتيده (1)، فأما إذا شرط السدس الزائد له بعد البناء، لم يصح؛ فإنّ الأعيان لا تؤجّل (2).

قيل عليه: التصوير و إن وقع فيما ذكره لكن و جب أن يكون الحكم فيه كالحكم فيما إذا شرط للمرضع جزءاً من الرقيق المرتضع في الحال و لقاطف الثمار جزءاً من الثمار المقطوفة في الحال؛ لأنّ عمله يقع علي ما3.

ص: 77

1- أي: حاضرة: لسان العرب 3: 279 «عتد».

2- العزيز شرح الوجيز 5: 111، روضة الطالبين 3: 452.

هو مشترك بينه وبين غيره. وسيأتي(1).

ولو بناه أحدهما بآلة نفسه بإذن الآخر بشرط أن يكون ثلثا الجدار له، فقد قابل ثلث الآلة المملوكة وعمله بسدس العرصة المبني عليها.

وفي صحّة هذه المعاملة للشافعيّة قولان؛ لأنّه قد جمع فيها بين أمرين مختلفي الحكم، وهما البيع والإجارة(2).

وهذا عندنا صحيح، والجمع بين الأمور المختلفة الأحكام جائز عندنا.

ويشترط في صحّة ذلك العلم بالآلات و بصفات الجدار.

مسألة 1080: لو كان لشخصين ملكان متجاوران و لا حائط - يحجز بينهما - قديم،

فطلب أحدهما من الآخر المساعدة علي بناء حائطٍ يحجز بينهما، فامتنع الآخر، لم يُجبر علي مساعدته، و به قال أحمد روايةً واحدة(3).

ولو أراد البناء وحده، لم يكن له البناء إلا في ملكه خاصّة؛ لأنّه لا يملك التصرف في ملك جاره المختصّ و لا في الملك المشترك، فإن بناه في ملك جاره أو بعضه في ملكه و بعضه في ملك جاره، كان للجار هدمه؛ لأنّه وضع بغير حقّ، و لا نعلم فيه خلافاً.

مسألة 1081: لو كان له حقّ إجراء الماء في ملك الغير أو علي سطحه فانهدم ذلك الملك، لم يجب علي مستحقّ الإجراء مشاركته في العمارة؛

لأنّ العمارة تتعلّق بتلك الأعيان و هي لمالكها، و ليس لمستحقّ الإجراء فيها

ص: 78

1- العزيز شرح الوجيز 5:111.

2- العزيز شرح الوجيز 5:112، روضة الطالبين 3:452.

3- المغني 5:48، الشرح الكبير 5:46-47.

شركة، ولا يجب أيضاً علي صاحب الملك العمارة لو طلبها صاحب الإجراء.

ولو كان الانهدام بسبب الماء، فكذلك علي الأقوي.

وليس علي صاحب الإجراء عمارة أيضاً؛ لأنه ليس بملكٍ و الانهدام حصل بسببٍ مستحقٍّ، وهو أقوي وجهي الشافعية (1).

ولو حصل تفريط من أحد الشريكين أو من أحد المستحقين في ذلك كله، كان عليه الضمان.

البحث الثالث: في السقف.

مسألة 1082: السقف الحائل بين العلوّ و السُّفل المختلفي المالكين قد يكون مشتركاً بين المالكين،

و تارةً يكون خالصاً لأحدهما، كما تقدّم في الجدار بين الدارين لمالكين، لكن حكم القسمين في الانتفاع يخالف حكمهما في الجدار؛ فإنه يجوز لصاحب العلوّ الجلوس و وضع الأتقال عليه علي الاعتياد، و لصاحب السُّفل الاستغلال و الاستئجار به؛ لأنّ لو لم نُجوّز له ذلك لعظم الضرر و تعطلت المنافع.

و الأقرب: إنه ليس لصاحب السُّفل تعليق الأمتعة فيه، سواء كان لها ثقلٌ يتأثر به السقف أو لا، كالثوب و نحوه.

و للشافعية قولان فيما ليس له ثقل:

أحدهما: إنه غير جائز؛ إذ لا ضرورة فيه، بخلاف الاستغلال.

و الثاني: الجواز؛ بناءً علي الاعتياد تسويةً بين صاحب العلوّ و صاحب

ص: 79

السُّفْلُ فِي تَجْوِيزِ تَثْقِيلِ السَّقْفِ.

فَعَلِي هَذَا فَهَلْهُمْ وَجْهَانُ:

أَحَدُهُمَا: إِنَّ التَّعْلِيقَ الْجَائِزَ هُوَ الَّذِي لَا يَحْتَاجُ إِلَى إِثْبَاتٍ وَتَدْرِ فِي السَّقْفِ.

وَأُظْهِرُهُمَا: إِنَّهُ لَا فَرْقَ.

فَإِنْ قُلْنَا: لَيْسَ لَهُ إِثْبَاتُ الْوَتْدِ وَالتَّعْلِيقُ فِيهِ، فَلَيْسَ لِصَاحِبِ الْعَلْوِ غَرَزُ الْوَتْدِ فِي الْوَجْهِ الَّذِي يَلِيهِ؛ إِذْ لَا ضَرُورَةَ إِلَيْهِ.

وَإِنْ جَوَّزْنَا ذَلِكَ لِصَاحِبِ السُّفْلِ، فَفِي جَوَازِهِ لِصَاحِبِ الْعَلْوِ وَجْهَانُ؛ لِنُدُورِ الْحَاجَةِ إِلَيْهِ، بِخِلَافِ التَّعْلِيقِ (1).

وَأَمَّا مَا لَا ثِقْلَ لَهُ يَتَأَثَّرُ بِهِ السَّقْفُ فَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ قَوْلًا وَاحِدًا أَنَّهُ لَا مَنَعَ مِنْهُ (2).

مَسْأَلَةٌ 1083: تَصْوِيرُ اشْتِرَاكِ السَّقْفِ سَهْلًا،

وَأَمَّا خُلُوصُهُ لِأَحَدِهِمَا:

فَأَمَّا لِصَاحِبِ الْعَلْوِ فَبِأَنَّ يَبِيعُهُ صَاحِبُ السُّفْلِ السَّقْفَ وَ الْغُرْفَةَ عِنْدَنَا، أَوْ يَكُونُ لِصَاحِبِ السُّفْلِ جِدَارَانِ مُتَقَابِلَانِ فَيَأْذُنُ لِغَيْرِهِ فِي وَضْعِ الْجَذُوعِ عَلَيْهِمَا وَ الْبِنَاءِ عَلَيَّ تِلْكَ الْجَذُوعِ بَعُوضٍ أَوْ بَغَيْرِ عَوْضٍ عِنْدَنَا وَ عِنْدَ الشَّافِعِيِّ (3).

وَأَمَّا لِصَاحِبِ السُّفْلِ فَبِأَنَّ يَبِيعُهُ جِدَارَانَ الْغُرْفَةِ دُونَ سَقْفِهَا، عِنْدَنَا، أَوْ يَأْذُنُ لِغَيْرِهِ فِي الْبِنَاءِ عَلَيَّ سَقْفَ مَلِكِهِ فَيَبْنِي عَلَيْهِ، عِنْدَنَا وَ عِنْدَ الشَّافِعِيِّ (4).

فَإِذَا أذُنَ الْمَالِكِ لِغَيْرِهِ فِي الْبِنَاءِ عَلَيَّ مَلِكِهِ بَغَيْرِ عَوْضٍ، كَانَ عَارِيَةً.

وَإِنْ كَانَ بَعُوضٍ، فَهُوَ إِمَّا إِجَارَةٌ بِأَنَّ يُكْرَى أَرْضُهُ أَوْ رَأْسُ جِدَارِهِ أَوْ

ص: 80

1- العزیز شرح الوجیز 5:113، روضة الطالبین 3:453.

2- العزیز شرح الوجیز 5:113، روضة الطالبین 3:453.

3- العزیز شرح الوجیز 5:114، روضة الطالبین 3:453.

4- العزیز شرح الوجیز 5:114، روضة الطالبین 3:453.

سقفه مدّة معلومة بأجرة معيّنة، و هو جائز، و به قال الشافعي (1)، و سبيل ذلك سبيل سائر الإجازات، و إمّا بيع بأن يأذن له فيه بصيغة البيع و يبيّن الثمن، و هو صحيح عندنا و عند الشافعي (2)؛ للأصل، و لعموم قوله تعالى:

«وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» (3).

و قال أبو حنيفة: لا يجوز. و به قال المزني (4).

و طريق ذلك أن يبيعه سطح البيت للبناء عليه أو علوه بثمن معيّن.

و ليس له أن يبيع حقّ البناء علي ملكه - خلافاً لبعض الشافعية (5) - لأنّ البيع إنّما يتناول الأعيان، و حقّ البناء ليس منها.

قال بعض الشافعية: بيع سطح البيت أو علوه للبناء بثمن معلوم هو بعينه بيع حقّ البناء علي ملكه، فإنّ المراد منهما شيء واحد و إن كان ظاهر اللفظ مشعراً بالمغايرة؛ لأنّ بيع العلو للبناء إمّا أن يراد به جملة السقف، أو الطبقة العليا منها، و علي التقديرين فهو بيع جزء معيّن من البناء أو السقف.

و أيضاً فإنّهم صوّروا فيما إذا اشتراه ليني عليه، و من اشترى شيئاً انتفع به بحسب الإمكان، و لم يحتج إليّ التعرّض للانتفاع به.

و أيضاً ما حقيقة هذا العقد؟ إن كان بيعاً فليقد ملك عين، كسائر البيوع، و إن كان إجارة فليشترط التأقيت، كسائر الإجازات.

و اختلفت الشافعية فيه.

فقال بعضهم: يملك المشتري به مواضع رءوس الجدوع. و هو مشكل عند الباقيين.

ص: 81

1- العزيز شرح الوجيز 5:114، روضة الطالبين 3:453.

2- العزيز شرح الوجيز 5:114، روضة الطالبين 3:453.

3- البقرة: 275.

4- العزيز شرح الوجيز 5:114، روضة الطالبين 3:453.

5- العزيز شرح الوجيز 5:114، روضة الطالبين 3:453.

و الأصحّ عندهم: إنّه لا تُملك به عينٌ، و حينئذٍ فوجهان:

أحدهما: إنّه إجارة، وإنّما لم يشترط تقدير المدّة؛ لأنّ العقد الوارد علي المنفعة يتبع فيها الحاجة، فإذا اقتضت الحاجة التأييد، أُبد علي خلاف سائر الإجازات، و الحقّ بالنكاح.

و أظهرهما: إنّه ليس بإجارةٍ محضة، بل فيه شائبة الإجارة، و هي أنّ المستحقّ به منفعة، و شائبة البيع، و هي أنّ الاستحقاق فيه علي التأييد، و كأنّ الشرع نظر إلي أنّ الحاجة تمسّ إلي ثبوت الاستحقاق المؤبّد في مرافق الأملاك و حقوقها، كما تمسّ إلي ثبوت الاستحقاق المؤبّد في الأعيان، فجوّز هذا العقد، و أثبت فيه شبهاً من البيع و شبهاً من الإجارة.

و إذا قلنا: إنّه لا تُملك به عينٌ، فلو عقد بلفظ الإجارة و لم يتعرّض للمدّة، فوجهان عندهم، أشبههما: إنّه ينعقد أيضاً؛ لأنّه يخالف البيع في قضيةٍ كما يخالف الإجارة في قضيةٍ أُخري(1).

و هذا كلّ عندنا ليس بشيءٍ، بل الواجب إن أراد نقل السقف أن يبيعه إياه، أو يؤجره و يعيّن المدّة.

مسألة 1084: إذا جرت هذه المعاملة علي ما اخترناه نحن، أو علي ما اختاره الشافعية و بني المشتري،

لم يكن للبائع أن يكلفه النقص ليغرم له أرش النقصان.

و لو انهدم الجدار أو السقف بعد بناء المشتري عليه فأعاده مالكة، فللمشتري إعادة البناء بتلك الآلات أو بمثلها.

و لو انهدم قبل البناء، فللمشتري البناء إذا أعاده.

ص: 82

1- العزيز شرح الوجيز 5:114-115، روضة الطالبين 3:453.

و هل يُجبر علي إعادته ؟ فيه خلافٌ تقدّم (1).

و لو هدم صاحب السُّفّل أو غيره السُّفّل قبل بناء المشتري، فعلي الهادم قيمة حقّ البناء؛ لأنّه حالّ بينه وبين حقّه بالهدم، فإذا أعاد مالك السُّفّل السُّفّل، استرجع الهادم القيمة؛ لارتفاع الحيلولة، و لا يغرم أجره البناء لمُدّة الحيلولة.

و لو كان الهدم بعد البناء، فعلي قول مَنْ يوجب إعادة المهذوم يكون عليه إعادة السُّفّل و العلوّ، و علي قول مَنْ يوجب الأرش يكون عليه أرش نقص الآلات، و قيمة حقّ البناء؛ للحيلولة.

و لا تنسخ هذه المعاملة بما يعرض من هدمٍ و انهدامٍ؛ لأنّها ملتحقة بالبيع.

مسألة 1085: إذا جري الإذن في البناء بعوضٍ، وجب معرفة قدر الموضع المبني عليه طولاً و عرضاً.

و كذا إن كان بغير عوضٍ عند الشافعيّة (2).

و عندي فيه إشكال؛ لأنّ ذلك عارية، فلا يجب فيها ما شرط في البيع.

و لو كان البناء علي الجدار أو السطح، و جب مع ذلك بيان سمك البناء و طوله و عرضه، و كون الجدران منضّدةً أو خالية الأجواف، و كيفيّة السقف المحمول عليها؛ لاختلاف الأغراض في ذلك كلّها، و اختلاف حمل الجدران، فإنّ الجدار لا يحمل كلّ شيءٍ، و كذا السقف، فوجب البيان.

و قال بعض الشافعيّة: إذا أطلق ذكر البناء كفي، و حُمّل الإطلاق علي

ص: 83

1- في ص 67، المسألة 1072.

2- العزيز شرح الوجيز 5: 115، روضة الطالبين 3: 454.

العادة، فما يحتمله المبني عليه في العادة انصرف الإطلاق إليه، وما لا فلا(1).

وهل يشترط التعرض لوزن ما بينه عليه؟ إشكال ينشأ من أن الإعلام في كل شيء علي ما يليق به ويعتاد فيه من اختلاف المبني بالثقل و الخفة اختلافاً يختلف بسببه الأغراض و حمل الجدران و السقوف.

و الأقرب في الخشب ذلك، دون الآجر و اللبن؛ للعادة.

و لو كانت الآلات حاضرة، استغني بمشاهدتها عن كل وصف و تعريف.

و لو كان الإذن في البناء علي أرضه، لم يجب ذكر سمك البناء و كفيته؛ لأن الأرض تحتمل كل شيء.

و بعض الشافعية شَرَطه؛ لأن الإذن إن كان علي وجه الإعارة أو الإجارة فإن عند الرجوع عن الإعارة أو انقضاء مدّة الإجارة تطول مدّة التفريغ و تقصر بحسب كثرة النقص و قلته، و يختلف الغرض بذلك(2).

و ليس بشيء.

مسألة 1086: لو ادّعي بيتاً في يد غيره فصالحه عليه

- إما مع إقراره، عند الشافعي(3)، أو مطلقاً عندنا - علي أن يبني المُقَرَّر أو المنكر علي سطحه، جاز، و لم يكن ذلك فرع العارية، خلافاً للشافعية، و عندهم أنه يكون قد أعاره المُقَرَّر له سطح بيته للبناء(4).

ص: 84

1- العزيز شرح الوجيز 5:115، روضة الطالبين 3:454.

2- العزيز شرح الوجيز 5:115-116، روضة الطالبين 3:454.

3- العزيز شرح الوجيز 5:116، روضة الطالبين 3:454، وراجع: الهامش (1) من ص 26.

4- بحر المذهب 8:44، البيان 6:249، العزيز شرح الوجيز 5:116، روضة الطالبين 3:454.

فلو كان التنازع في سفله و العلوّ للمدّعي عليه فأقرّ للمدّعي بما ادّعه فتصالحا علي أن يبني المدّعي علي السطح ويكون السُّفل للمدّعي عليه جاز، و كان عند الشافعي بيع السُّفل بحقّ البناء علي العلوّ (1).

مسألة 1087: لا يجب علي الجار إجراء ماء المطر من سطح جاره علي سطحه

و لا إجراء الماء في أرضه عند علمائنا؛ لأصالة البراءة، و لتخصيص المالك التام ملكه بالانتفاع بملكه، و هو قول أكثر الشافعيّة، و الجديد للشافعي.

و في القديم له قول: إنّه يُجبر صاحب السطح و الأرض علي إجراء الماء من سطح الجار علي سطحه و أرضه (2).
و الحقّ خلافه.

و لو أذن له فيه جاز.

و لو باعه الإجراء لم يصح.

و لو آجره السطح للإجراء أو باعه إيّاه صحّ، لكن إذا باعه السطح ملكه ملكاً مطلقاً يتصرّف فيه كيف شاء بما لا يتضرّر به.

و إن أعاره أو آجره، جاز.

و يشترط بيان معرفة الموضع الذي يجري عليه الماء في الإعارة و الإجارة و البيع، و السطوح التي ينحدر منها الماء إليه في الإعارة و الإجارة خاصّةً، و لا يضرّ الجهل بقدر ماء المطر في ذلك كلّّه؛ إذ لا يمكن معرفته و ضبطه، و هذا عقدٌ جُوزَ للحاجة.

ص: 85

1- بحر المذهب 44:8، البيان 249:6، العزيز شرح الوجيز 116:5، روضة الطالبين 454:3.

2- البيان 236:6، العزيز شرح الوجيز 116:5، روضة الطالبين 454:3.

ولو صالحه علي إجراء مائه علي سطحه جاز، ولم يكن هذا الصلح فرعَ غيره عندنا، خلافاً للشافعي (1).

ويشترط العلم بالسطح الذي يجري ماؤه؛ لاختلاف الماء قلّةً وكثرةً باختلاف السطوح كبيراً وصغراً.

وعند الشافعي أنّ هذا يكون فرعَ الإجارة، ومع ذلك لا يحتاج إلي ذكر المدّة (2).

وإذا أذن له في إجراء الماء علي سطحه ثمّ بني علي سطحه بما يمنع الماء من الجريان عليه، فإن كان عاريةً كان ما فعله رجوعاً فيها، وإن كان بيعاً أو إجارةً كان للمشتري أو المستأجر نقب البناء وإجراء الماء فيه.

مسألة 1088: لو ادّعي عليه مالاً فصالحه منه علي مسيل ماءٍ في أرضه، جاز إذا بيّنا موضعه وعتناه و عرفا عرضه و طوله.

إشارة

ولا يحتاجان إلي أن يُبيّنَا عمقه إن كان قد عقد بلفظ البيع لذلك الموضع؛ لأنّ مَنْ مَلَكَ الموضع كان له النزول فيه إلي تخومه، وهو أحد وجهي الشافعية. والثاني: يجب بيانه؛ بناءً علي أنّ المشتري يملك موضع الجريان، أو لا يملك إلا حقّ الإجراء (1).

والحقّ: التفصيل، فإن باعه مسيل الماء أو مكان إجراء الماء مَلَكَ موضع الجريان، وإن باع حقّ مسيل الماء بطل عندنا إن كان بلفظ البيع، وصحّ إن كان بلفظ الصلح.

و يصحّ عند الشافعية علي الوجهين؛ لأنّه كبيع حقّ البناء (2).

ص: 86

-
- 1- التهذيب - للبغوي - 154:4، العزيز شرح الوجيز 116:5، روضة الطالبين 3:455.
 - 2- التهذيب - للبغوي - 154:4-155، العزيز شرح الوجيز 116:5، روضة الطالبين 3:455.

و كذا إن عقد بلفظ الصلح علي تلك الأرض، أما لو كان علي إجراء الماء فإن الأرض باقية لمالكها، و افتقر حينئذٍ إلي تعيين العمق و تقدير المدّة.

و إذا صالحه علي أن يجري الماء في ساقية في أرض المصالح، صحّ و لم يكن إجارةً.

و عند الشافعي أنّه يكون إجارةً (1)، قال في الأمّ: و يجب تقدير المدّة (2). و هو جيّد علي مذهبننا.

و إنّما يصحّ إذا كانت الساقية محفورةً، و إن لم تكن محفورةً لم يجز؛ لأنّ المستأجر لا يتمكّن من إجراء الماء إلّا بالحفر، و المستأجر لا يملك الحفر في ملك غيره، و لأنّه إجارة لساقية غير موجودة، قاله بعض الشافعية (3).

و فيه نظر؛ إذ التصرف في مال الغير بإذنه جائز، و لما صالحه علي الإجراء فقد أذن له فيه، فيستلزم الإذن فيما هو من ضروراته، و الإجارة وقعت علي إجراء الماء، مع أنّا نمنع كونه إجارةً.

و لو حفر الساقية و صالحه، جاز قطعاً.

و لو كانت الأرض في يد المدعي عليه بإجارة، جاز أن يصلحه علي إجراء الماء في ساقية فيها محفورة مدّة معلومة لا تجاوز مدّة إجارته.

و إن لم تكن الساقية محفورةً، لم يجز أن يصلحه علي ذلك؛ لأنّه 6.

ص: 87

1- بحر المذهب 49:8، البيان 237:6، المغني 29:5، الشرح الكبير 20:5.

2- الأمّ 227:3، و عنه أيضاً في بحر المذهب 49:8-50، و البيان 237:6.

3- بحر المذهب 50:8، البيان 237:6.

لا يجوز له إحداث ساقية في أرضٍ في يده بإجارةٍ.

ولو كانت الأرض وقفاً عليه، جاز أن يصلح علي إجراء الماء في ساقيةٍ محفورةٍ مدّةً معلومةً.

وإن أراد أن يحفر ساقيةً، فالأقرب: الجواز.

وَمَنَعَهُ بعض الشافعية؛ لأنّه لا يملكها، وإنّما له أن يستوفي منفعتها، كالأرض المستأجرة(1).

والأولي أنّه يجوز له حفر الساقية؛ لأنّ الأرض له، وله التصرف فيها كيف شاء ما لم ينتقل الملك فيها إلي غيره، بخلاف المستأجر، فإنّه إنّما يتصرّف فيها بالإذن له فيه.

فإن مات الموقوف عليه في أثناء المدّة، فهل لمن انتقل إليه الفسخُ فيما بقي من المدّة؟ مبني علي ما إذا أجره مدّةً فمات في الأثناء.

ولو صالحه علي أن يسقي أرضه من نهريه أو عينه، جاز مع التعيين.

وَمَنَعَهُ الشافعي؛ لأنّ المعقود عليه هو الماء، وهو مجهول(2).

وليس بجيّد؛ لانضباطه بالوقت.

ولو صالحه علي سهمٍ من العين أو النهر - كالثلث أو الربع أو غير ذلك - وبيّنه، جاز، ولا يكون بيعاً وإن أفاد فائدته، خلافاً للشافعي(3).

فروع:

أ - ليس لمستحقّ إجراء الماء بإجارةٍ أو صلحٍ أو بيعٍ الدخولِ إلي أرض الغير الذي تجري فيه الساقية

وإن ملك الساقية، إلّا أن يأذن له المالك؛ لأنّه يستلزم التصرف في مال الغير، وهو قبيح عقلاً، إلّا أن يريد

ص: 88

1- البيان 237:6.

2- الأمّ 227:3، البيان 238:6.

3- الأمّ 221:3 و 227، التنبيه: 103، الوسيط 49:4، البيان 238:6.

تنقية النهر أو الساقية، فإنه يجوز؛ لموضع الضرورة.

ب - إذا نقي النهر أو الساقية،

وجب عليه أن يُخرج ما يخرج من النهر أو الساقية عن أرض المالك.

ج - المأذون له في إجراء ماء المطر علي سطح الآذن أو أرضه أو ساقيته ليس له إلقاء الثلج،

ولا أن يترك الثلج حتي يذوب فيسيل إليه، ولا أن يجري فيه ما يغسل به ثيابه وأوانيهِ، بل لو صالح علي ترك الثلوج علي السطح أو إجراء الغسالات علي مالٍ، فالأقرب عندي: الجواز.

ومنع منه بعض الشافعية؛ لأن الحاجة لا تدعو إلي مثله (1).

وهو ممنوع.

د - المأذون له في إلقاء الثلج ليس له إجراء الماء؛

لتغاير المنفعتين، ولا يلزم من المصالحة علي إحدي المنفعتين المصالحة علي الأخرى، ولأنه لا يجوز العكس فكذا هنا.

ه - تجوز المصالحة علي قضاء الحاجة

ه - تجوز المصالحة علي قضاء الحاجة (2) في حش غير علي مالٍ،

وكذا علي جمع الزبل والقمامة في ملكه، ولا يكون ذلك إجارة - خلافاً للشافعية - بل هو عقد مستقل برأسه.

وعندهم أنه إجارة، فيراعي فيه شرائطها (3).

و - تجوز المصالحة علي البيوتة علي سطح الجار.

ثم لو باع مستحق البيوتة منزله، فليس للمشتري أن يبيت عليه، بخلاف ما لو باع مستحق إجراء الماء علي سطح الغير مدّة داره، فإن المشتري يستحق الإجراء بقيّة المدّة؛ لأن إجراء الماء من مرافق الدار، دون

- 1- العزیز شرح الوجیز 5:116، روضة الطالبین 3:455.
- 2- ما بین المعقوفین أضفناه من العزیز شرح الوجیز 5:116، وروضة الطالبین 3:455.
- 3- العزیز شرح الوجیز 5:116-117، روضة الطالبین 3:455.

ز - لا يجب علي مستحقّ إجراء الماء في ملك غيره مشاركة المالك في عمارة سقف المجري

وإن خرب من الماء، ولا علي المالك إصلاح القناة لو خرب بغير سببه.

ح - لو استحقّ وضع خُشبه علي حائط الغير فسقطت أو وقع الحائط، استحقّ بعد عوده الوضع، بخلاف الإعارة.

ولو خيف علي الحائط السقوط، فالأقوي: تحريم الإبقاء؛ لما فيه من الضرر العظيم.

ط - لو وجد بناءه أو خُشبه به أو مجري مائه في ملك غيره أو سطحه و لم يعلم السبب، احتمل تقديم قول مالك الأرض و الحائط في عدم الاستحقاق.

وقال بعض العامة: يُقدّم قول صاحب البناء و الخشبة و المسيل؛ لأنّ الظاهر أنّه حقّ له، فجري مجري اليد الثابتة. و لو اختلفا في ذلك هل هو بحقّ أو عدوان؟ فالقول قول صاحب البناء و الخشبة و المسيل؛ لأنّ الظاهر معه، و لو زال الحائط أو السطح ثم عاد فله إعادته؛ لأنّ الظاهر أنّ هذا الوضع بحقّ من صلح أو غيره(1).

وفيه نظر.

ي - لا يجوز بيع حقّ الهواء و لا مسيل الماء و لا الاستطراق،

خلافاً للشافعية في الأخيرين(2).

وفرق بعضهم بين بيع حقّ الهواء و حقّ البناء بأنّ بيع حقّ الهواء اعتياض عن مجردّ الهواء، و حقّ البناء يتعلّق بعين الموضع المبني عليه،

ص: 90

1- المغني 41:5، الشرح الكبير 41:5-42.

2- الوجيز 1:180.

حتى لو صالحه عن وضع الجذوع المشرعة علي جداره يصحّ، ولهذا تجوز إجارة الملك للبناء إجماعاً، ولا تجوز إجارة الهواء، وكلّ حقّ يتعلّق بعينٍ - كمجري الماء والممرّ - فهو كحقّ البناء.

وبالجمله، الحقوق المتعلّقة بالأعيان لمّا كانت عندهم مقصورةً علي التأييد، ألحقت بالأعيان حتي استغني العقد الوارد عليها عن التأقيت(1).

و هو عندنا باطل.

مسألة 1089: لو خرجت أغصان شجرة الجار إلي هواء داره المختصّة به أو المشتركة بينهما،

إشارة

أو علي هواء جدارٍ له أو بينهما، أو علي بناءٍ أو علي نفس الجدار، كان له المطالبة بإزالة الأغصان عن هواء الدار.

فإن لم يفعل مالك الشجرة من الإزالة لم يُجبر؛ لأنّه من غير فعله، فلم يُجبر علي إزالته، كما إذا لم يكن ملكاً له، وإن تلف بها شيء لم يضمّنه؛ لذلك.

ويحتمل إلزامه، كما إذا مالّ حائطه.

وعلي التقديرين إذا امتنع فله تحويلها عن ملكه، فإن لم يمكن عطفها عنه كان له قطعها.

ولا يحتاج فيه إلي إذن القاضي؛ لأنّه عدوان عليه، فكان له إزالته عنه وإن لم يأذن القاضي، وهو أقوى وجهي الشافعيّة(2).

فإن صالحه مالك الشجرة علي الإبقاء علي الجدار بعوضٍ، صحّ مع تقدير الزيادة أو انتهائها وتعيين المدّة.

وكذا له أن يصلحه علي الإبقاء في الهواء، عندنا.

خلافاً للشافعيّة؛ فإنّهم قالوا: إن صالحه علي الإبقاء من غير أن يستند

ص: 91

1- العزيز شرح الوجيز 5:117.

2- العزيز شرح الوجيز 5:117، روضة الطالبين 3:456.

الغصن إلي شيءٍ لم يجر؛ لأنه اعتياض عن مجرّد الهواء، وإن استند إلي جدارٍ فإن كان بعد الجفاف جاز، وإن كان رطباً لم يجر؛ لأنه يزيد ولا يعرف قدر ثقله وضرره(1).

و جوزه بعضهم؛ لأن ما ينمو يكون تابعاً(2).

تذنيان:

أ: لو سرت عروق الشجرة إلي أرض الجار، كان حكمها حكم سريان الأغصان من جواز عطفها،

فإن تعذر قطعها؛ لأنه ليس له التصرف في ملك غيره إلا بإذنه، ولأنه عرق ظالمٍ فله الإزالة؛ لقوله عليه السلام: «ليس لعرق ظالمٍ حقٌّ»(1).

ب: لو مال جداره إلي هواء الجار، كان له الإزالة،

كالأغصان والعروق؛ لأنه شغل ملك الغير و منعه من التصرف فيه بغير حقّ.

مسألة 1090: يجوز للرجل التصرف في ملكه بأي أنواع التصرفات شاء،

سواء حصل به تضررٌ للجار أو لا، فله أن يبني ملكه حتماً بين الدور، وأن يفتح خبازاً بين العطارين، أو يجعله دكاناً قصارة بين المساكن و إن أضرت الحيطان بالدقّ وأخربها، وأن يحفر بئراً إلي جانب بئر جاره يجذب ماءها، أو يحفر بالوعة أو مرتقفاً يجري ماؤه إلي بئر جاره - و به قال الشافعي وبعض أصحاب أبي حنيفة، وأحمد في إحدَي الروايتين(2) - لقوله عليه السلام: «الناس مسلطون علي أموالهم»(3).

ص: 92

1- سنن أبي داؤد 3:178/3073، سنن الترمذي 3:662/1378، سنن الدارقطني 4:217/50، سنن البيهقي 6:99، المعجم الكبير - للطبراني - 17:13-14/4 و 5، الموطأ 2:743/26.

2- بحر المذهب 8:50، البيان 6:242، المغني 5:52، الشرح الكبير 5:51.

3- أورده الطوسي في الخلاف 3:176-177، المسألة 290 من كتاب البيوع.

ولأنه تصرف في ملكه المختص ولم يتعلّق به حقّ غيره، فلم يُمنع منه، كما لو طبخ في داره أو خبز فيها، فإنّه لا يُمنع منهما تحرّزاً من وصول دخانه إليّ جاره وإن تأدّي به، كذا هنا.

وقال أحمد في الرواية الأخرى: إنّه يُمنع من ذلك كلّ - وهو قول بعض الحنفيّة - لقوله عليه السلام: «لا ضرر ولا إضرار»⁽¹⁾ وهذا الفعل يضرب بجيرانه، ولأنّ هذا إضرار بالجيران فمُنع منه، كما يُمنع من إرسال الماء في ملكه بحيث يضرب بجاره ويتعدّي إليّ هدم حيّطانه، و من إشعال نارٍ تتعدّي إليّ احتراق الجيران⁽²⁾.

والجواب: الحديث مشترك؛ لأنّ منع المالك عن عمل مصلحة له في ملكه يعود نفعها إليه إضرار غير مستحقّ، فالضرر مشترك، وليس مراعاة أحدهما أولي من مراعاة الآخر، بل مراعاة المالك أولي، والنار التي أضرمها والماء الذي أرسله تعدّي فكان مرسلًا لذلك في ملك غيره، فأشبهه ما لو أرسلها إليه قصداً، ولأنّ ذلك غير عامٍّ؛ إذ الممنوع منه الإضرار عند هبوب الرياح بحيث يعلم التعدّي، وليس ذلك دائماً، فلهذا مُنع. وكذا إرسال الماء علي وجه الكثرة⁶.

ص: 93

1- تقدّم تخريجه في ص 68، الهامش (1).

2- المغني 5:52، الشرح الكبير 5:51، بحر المذهب 8:50، البيان 6:242.

مسألة 1091: إذا تنازعا عيناً في يد أحدهما، حُكِمَ بها لصاحب اليد مع اليمين و عدم البيّنة؛

لأنّه منكر.

فإن صالحه عنها علي شيء منها أو من غيرها جاز، سواء كان عقيب إقرار أو إنكار، عند علمائنا، خلافاً للشافعي (1)، وقد سبق (2).

ولو كانت العين في يد اثنين [فادّعاها ثالث] (3) فصدّقه أحدهما وكذّبه الآخر، ثبت له النصف بإقرار المصدّق، وكان علي المكذّب اليمين مع عدم البيّنة؛ لأنّه منكر.

فلو صالح المدّعي [المُقرّر] (4) علي مالٍ فأراد المكذّب أخذه بالشفعة، لم يكن له ذلك عندنا؛ لأنّ الشفعة تتبع البيع خاصّةً، والصلح عندنا ليس بيعاً وإن كان علي مالٍ، بل هو عقد مستقلّ برأسه.

أمّا مَنْ يعتقدُه بيعاً كالشافعي (3) فقد اختلف طرق الناقلين عنه في الجواب.

قال بعضهم: إن ملكاها في الظاهر بسببين مختلفين فله ذلك؛ لأنّه لا تعلق لأحد المِلْكين بالآخر، وإن ملكاها بسببٍ واحد من إرثٍ أو شراءٍ فوجهان:

أحدهما: المنع؛ لأنّ الدار بزعم المكذّب ليست للمدّعي، فإنّ في

ص: 95

1- راجع الهامش (1) من ص 26.

2- في ص 26، ضمن المسألة 1032. (3 و 4) ما بين المعقوفين يقتضيه السياق.

3- راجع الهامش (3) من ص 88.

ضمن إنكاره تكذيب المدعي في نصيب المُقرّ أيضاً، وحينئذٍ يبطل الصلح.

وأظهرهما عندهم: إنَّ له الأخذ؛ لحُكْمنا في الظاهر بصحة الصلح، وانتقال الملك إلي المُقرّ، ولا استبعاد في انتقال نصيب أحدهما إلي المدعي دون الآخر وإن ملكاها بسبب واحد(1).

وأشكل علي بعضهم هذه الطريقة: بأنَّ لا نحكم بالملك إلا بظاهر اليد، ولا دلالة لليد علي اختلاف السبب واتّحاده، فأَيّ طريقٍ يعرف به الحاكم الاختلاف والاتّحاد؟ وإلي قول مَنْ يرجع؟ و مَنْ الذي يُقيم البيّنة عليه؟(2).

وقال بعضهم: إن ادّعي عليهما عن جهتين فللمكذّب الأخذ بالشفعة، وإن ادّعي عن جهةٍ واحدة ففيه الوجهان، ولا يخلو من إشكالٍ؛ لأنّه ليس من شرط المدعي التعرّض لسبب الملك، وبتقدير تعرّضه له فليس من شرط الإنكار نفي السبب، بل يكفي نفي الملك، وبتقدير تعرّضه له فلا يلزم من تكذيبه المدعي في قوله: «ورثت هذه الدار» زعم أنّه لم يرث نصفها(3).

وقال بعضهم: إن اقتصر المكذّب علي أنّه لا شيء لك في يدي، أو:

لا يلزمني تسليم شيء إليك، أخذ بالشفعة، وإن قال مع ذلك: وهذه الدار ورثناها، ففيه الوجهان(4).

وقد عرفت أنّ هذا كلّه لا يتأتّي علي مذهبنا من الاقتصار في طلب الشفعة علي الانتقال بالبيع خاصّةً.

مسألة 1092: لو ادّعي اثنان داراً في يد رجل، فأقرّ لأحدهما بنصفها وكذب الآخر،

نُظر فإن كانا قد ادّعيها بسببٍ يوجب الشركة - كالإرث،

ص: 96

1- العزيز شرح الوجيز 5:118، روضة الطالبين 3:456.

2- العزيز شرح الوجيز 5:118.

3- العزيز شرح الوجيز 5:118.

4- العزيز شرح الوجيز 5:118، روضة الطالبين 3:456.

و شراء و كيلهما في عقد واحد - تشاركاً في النصف الذي دفعه المدعي عليه إلى المقر له؛ لأن الإرث يقتضي إشاعة التركة بين الورثة، فكل ما يخلص يكون بينهما، و ذلك كما لو تلف بعض التركة و حصل البعض، فإن التالف يكون منهما، و الحاصل لهما، و كذا لو تلف بعض المال المشترك.

هذا إذا لم يتعرضا لقبض الدار، أما لو قالوا: ورثناها و قبضناها ثم غصبنا منها، فالأقرب: إنه كذلك أيضاً يشتركان فيما يقبضه المقر له منه؛ لأن إيجاب الإرث الشيعي (1) لا يختلف، و هو أحد قولي الشافعية، و محكي عن أبي حنيفة و مالك.

و القول الآخر لهم: إنه لا يشاركه؛ لأن التركة إذا حصلت في يد الورثة صار كل واحدٍ منهما قابضاً لحقه، و انقطع حقه عما في يد الآخرين، و لهذا يجوز أن يطراً الغصب علي نصيب أحدهما خاصةً بأن تزال يده، فإن المغصوب لا يكون مشتركاً بينهما (2).

و إن ادعىها بجهة غير الإرث من شراءٍ و غيره، فإن لم يقلوا: اشترينا معاً، أو: اتهبنا و قبضنا معاً، فالأقرب عندي: عدم الشركة في المقبوض حيث لم تثبت الشركة في السبب و لم يدعىها.

و إن قالوا: اشتريناها معاً، أو اتهبناها و قبضنا معاً، فالأقرب: إنه كالإرث؛ لاشتراك السبب، و هو أحد قولي الشافعية. و الثاني: إنهما لا يشتركان فيما أقر به؛ لأن البيع بين اثنين بمنزلة الصفقتين، فإن تعدد المشتري يقتضي تعدد العقد، فكان بمنزلة ما لو ملكا بعقدين (3).

و لو لم يتعرضا لسبب الاستحقاق، فلا شركة بحال. 3.

ص: 97

1- في النسخ الخطية و الحجرية زيادة: «و هو». و الظاهر أن المناسب للعبارة عدمها.

2- العزيز شرح الوجيز 5: 118-119، روضة الطالبين 3: 457.

3- العزيز شرح الوجيز 5: 119، روضة الطالبين 3: 457.

مسألة 1093: كل موضع قلنا بالشركة في هذه الصور لو صدق المدعي عليه أحدهما

و كذب الآخر و صالح المصدق [المدعي] (1) عليه عن المقر به علي مال، فإن كان بإذن الشريك صح، و شارك المدعيان في مال الصلح، سواء كان بعين النصف أو غيره، و إن كان بغير إذنه بطل الصلح في نصيب الشريك، و صح في نصيبه.

و للشافعية في صحته في نصيبه قولاً تفريق الصفقة (2).

و قال بعض الشافعية: يصح الصلح في جميع المقر به؛ لتوافق المتعاقدين و تقاربهما (3).

و ليس بجيد.

مسألة 1094: لو ادعى داراً في يد الغير فأقر لأحدهما بجمعها،

فإن كان قد وجد من المقر له في الدعوي ما يتضمّن إقراراً لصاحبه بأن قال:

هذه الدار بيننا، و ما أشبه ذلك، شاركه صاحبه فيها.

و كذا إن كان المقر له قد تقدّم إقراره بالنصف لصاحبه.

و إن لم يتلفظ بما يتضمّن الإقرار، بل اقتصر علي دعوي النصف، نُظر فإن قال بعد إقرار المدعي عليه بالكلّ: إنّ الكلّ لي، سلّم الجميع إليه، و كان هو و الآخر خصمين في النصف الذي ادّعه الآخر، و يكون القول قول مدعي الكلّ مع اليمين، و علي الآخر البيّنة.

و لا يلزم من ادّعائه النصف أن ينتفي ملكه عن الباقي؛ لجواز أن تكون معه بيّنة بالنصف و لا تساعده البيّنة علي الجميع في الحال، بل علي النصف، و (2) يخاف الجحود الكلي لو ادّعي الجميع.

ص: 98

1- ما بين المعقوفين يقتضيه السياق. (2 و 3) العزيز شرح الوجيز 5:119، روضة الطالبين 3:457.

2- الظاهر: «أو» بدل «و».

ولو قال: النصف الآخر لصاحبي، سلم إليه.

وإن لم يقل شيئاً ولا أثبت النصف الآخر لنفسه ولا لصاحبه ولا نفاه، فالأقرب: إنه يُترك في يد المدعي عليه؛ لأن الآخر ادعى خلاف الظاهر ولا بينة له، وهو أصح وجوه الشافعية.

والثاني: إنه ينتزع من يد المدعي عليه، ويحفظه الحاكم لمن يثبت له.

والثالث: إنه يُسلم إلي المدعي؛ لأنه يدعي ما لا يدعيه أحد (1).

ويضعف الثاني: بأنه يؤدي إلي إسقاط دعوي هذا المدعي عن المُقرّ بغير حجة، والثالث: بأنه يُثبت حقاً للمدعي بغير بينة ولا إقرار.

وإذا قلنا: ينتزعه الحاكم، فإنه يؤجره ويحفظ الأجرة، كالأصل.

وقال بعض الشافعية: يصرفه في مصالح المسلمين (2).

وليس بصحيح؛ لأن الأصل إذا كان موقوفاً فالنماء كذلك.

مسألة 1095: لو تداعي اثنان حائطاً بين ملكيهما،

إشارة

فإن كان متصلاً ببناء أحدهما خاصةً دون الآخر اتصالاً لا يمكن إحداثه بعد بنائه - بأن يكون لأحدهما عليه أزج أو قبة لا يتصور إحداثهما بعد تمام الجدار، وذلك بأن أميل البناء من مبدأ ارتفاعه عن الأرض قليلاً قليلاً، أو كان متصلاً ببناء أحدهما في تريعه وعلوه وسمكه دون الآخر، أو دخل رصيف من لبنات فيه في جداره الخاص، ورصيف من جداره الخاص في المتنازع فيه، ويظهر ذلك في الزوايا - كان القول قوله مع يمينه؛ لأن ذلك ظاهر يشهد له.

ويحتمل أن يكون بناء القبة والأزج ورصيف اللبِن برضا الآخر أو إجازته، فلهذا أوجبتنا اليمين، وحكم له بها، إلا أن تقوم البيّنة علي خلافه.

ولو كان رصيف اللبِن في مواضع معدودة من طرف الجدار،

ص: 99

1- العزیز شرح الوجیز 5:119، روضة الطالبین 3:457.

2- حلیة العلماء 5:27.

لم يُحکم له به؛ لإمكان إحدائه بعد بناء الجدار بنزع لَبْنَةٍ وإدراج أُخري.

ولو كان الحائط مبنياً علي خشبةٍ طويلة طرفها تحت الحائط المتنازع فيه و طرفها الآخر تحت حائطٍ آخر ينفرد به أحدهما، كان ذلك ظاهراً أنه لمن بعض الخشب في ملكه و الجدار المبني عليها تحت يده، فيحلف، و يُحکم له به.

وإن كان الحائط غير متصلٍ ببناء أحدهما، بل كان منفصلاً عنهما معاً حائلاً بين ملكيهما لا غير، أو متصلًا بيناهما معاً، فهو في أيديهما، فإن أقام أحدهما بيّنةً أنه له فُضي له به، و إن لم يكن لأحدهما بيّنةٌ حلف كل واحدٍ منهما للآخر علي النصف الذي في يده، و حُکم به لهما، و كذا إن نكلا معاً؛ عملاً بظاهر اليد.

وإن حلف أحدهما و نكل الآخر، أعدنا اليمين علي الحالف في النصف الذي في يد صاحبه، فإن حلف فُضي له بالجميع، و إن نكل و نكل الآخر فهو لهما.

هذا إن حلفنا كل واحدٍ منهما علي النصف الذي في يده.

و للشافعي في الحلف وجهان:

أحدهما: إن كل واحدٍ منهما يحلف علي النصف الذي يسلم له، و هو أظهر وجهيه.

و الثاني: إنه يحلف كل واحدٍ منهما علي الجميع؛ لأنه ادّعي الجميع (1).

فإن قلنا بالثاني فإذا حلف الحاكم أحدهما علي الجميع، لم يمنع ذلك حلف الآخر عليه، بل يحلفه الحاكم علي الجميع أيضاً، فإن حلف الآخر أيضاً علي الجميع فسم الجدار بينهما؛ لأنه لا أولوية في الحكم به لأحدهما دون الآخر، و إن نكل الآخر بعد أن حلف الأول علي الجميع 3.

ص: 100

1- العزيز شرح الوجيز 5:120، روضة الطالبين 3:458.

حُكْمٌ لِلْحَالِفِ بِهِ مِنْ غَيْرِ يَمِينٍ أُخْرَى.

و لو حلف الثاني علي النصف بعد أن حلف الأول علي الجميع و التماس الحاكم من الثاني الحلف علي الجميع أيضاً، احتُمل عدم الاعتراف بهذه اليمين؛ حيث إنّه حلف علي ما لم يحلفه الحاكم عليه. و الاعتراف؛ حيث إن طلب الحلف علي الجميع يستلزم طلب الحلف علي أبعاضه، فإن قلنا: يُعتدّ بها، كان النصف بينهما، مع احتمال أنّه للثاني خاصّةً.

و إن التمس الحاكم من الثاني الحلفَ علي الجميع، فقال: أنا لا أحلف إلا علي النصف، كان في الحقيقة مدّعياً للنصف.

تذنيب:

كلّ مَنْ قُضِيَ له بالحائط إمّا بالبيّنة أو باليمين أو بشاهد الحال فإنّه يُحكم له بالأساس الذي تحته.

مسألة 1096: إذا لم يكن الحائط متصلاً ببناء أحدهما أو كان متصلاً بهما معاً و كان لأحدهما عليه بناء

كحائطٍ مبنيّ عليه و يعتمد عليه و تداعياه، حُكْمٌ به لصاحب البناء - و به قال الشافعي (1) - لأنّ وضع البناء عليه بمنزلة اليد الثابتة عليه، و هو نوعٌ من التصرفّ فيه، فأشبهه الحمل علي الدابة و الزرع في الأرض، و لأنّ الظاهر أنّ الإنسان لا يُمكن غيره من البناء علي حائطه، و كذا لو كانت له سترة علي الحائط؛ قضاءً للتصرفّ الدالّ بالظاهر علي الملك.

مسألة 1097: لو كان لأحدهما علي هذا الجدار المحلول عنهما أو المتصل بهما جذوعٌ دون صاحبه،

إشارة

قال الشيخ رحمه الله في الخلاف: لا يُحكم بالحائط لصاحب الجذوع؛ لأنّه لا دلالة عليه (2)، و به قال الشافعي (3)، و لأنّ

ص: 101

1- المغني 43:5، الشرح الكبير 168:12.

2- الخلاف 3:295-296، المسألة 4 من كتاب الصلح.

3- الأمّ 3:225، مختصر المزني: 106، الحاوي الكبير 6:389، المهذب - للشيرازي - 2:317، الوسيط 4:64، حلية العلماء 5:26، و 8:210، البيان 13:193، العزيز شرح الوجيز 5:121، روضة الطالبين 3:458، مختصر الخلافيات 3:215، الإشراف علي نكت مسائل الخلاف 2:1004/597، الإفصاح عن معاني الصحاح 1:318، عيون المجالس 4:1166/1653، المغني 5:43، الشرح الكبير 168:12.

العادة السماح بذلك للجار، وقد ورد النهي عن المنع منه(1).

وعند مالك(2) وأحمد آتاه حَقُّ علي مالك الجدار، ويجب التمكين منه، فلم تترجَّح به الدعوي كإسناد متاعه إليه و تجسيصه و تزويقه(3).

و الوجه عندي: الحكم به لصاحب الجذوع - وبه قال أبو حنيفة(4) - لما تقدّم من دلالة الاختصاص بالتصرّف علي الاختصاص بالملكيّة، ولأنّهما لو تنازعا في العرصّة و الجدار لأحدهما، حُكِمَ بها لصاحبه.

و النهي لو ثبت صحّته عن النبيّ صلي الله عليه و آله لكان محمولاً علي الكراهة؛8.

ص: 102

-
- 1- صحيح البخاري 3:173، صحيح مسلم 3:1230/136، الموطأ 2:745/32، سنن أبي داؤد 3:314-315/3634، سنن الترمذي 3:635/1353، سنن البيهقي 6:68، المصنّف - لابن أبي شيبة - 14:222/18157، مسند أحمد 3:107/8900.
 - 2- في المصادر التي تأتي الإشارة إليها ذيلاً: إنّ رأي مالك هو أنّه تترجّح الدعوي بوضع الجذوع و يُحكّم بالجدار لصاحب الجذوع، راجع: الإشراف علي نكت مسائل الخلاف 2:597/1004، و عيون المجالس 4:1652-1653/1166، و العزيز شرح الوجيز 5:121، و الإفصاح عن معاني الصحاح 1:318، و المغني 5:43، و الشرح الكبير 12:168.
 - 3- المغني 5:43، الشرح الكبير 12:168، العزيز شرح الوجيز 5:121، الإفصاح عن معاني الصحاح 1:318.
 - 4- الهداية - للمرغيناني - 3:174، تحفة الفقهاء 3:190، الحاوي الكبير 6:389، الوسيط 4:64، الإفصاح عن معاني الصحاح 1:318، عيون المجالس 4:1652-1653/1166، مختصر الخلافات 3:215، الإشراف علي نكت مسائل الخلاف 2:597/1004، حلية العلماء 8:210.

لأصالة البراءة، علي أنّ النهي عن المنع منه لا يمنع كونه دليلاً علي الاستحقاق؛ لأننا نستدلّ بوضعه علي كون الوضع مستحقاً علي الدوام حتي لو زالت جازت إعادتها.

و لأنّ كونه مستحقاً مشروطاً له الحاجة إلي وضعه، ففيما لا حاجة إليه له منعه من وضعه، و أكثر الناس لا يتسامحون به، و لهذا لما روي أبو هريرة الحديث عن النبيّ صلي الله عليه و آله طأطأوا رءوسهم كراهةً لذلك، فقال: مالي أراكم عنها معرضين، و الله لأرمنّ بها بين أكتافكم(1)، و أكثر العلماء منعوا من التمكن من هذا(2).

و لأنّ الأزج يرجح به فكذا هذا؛ لجامع الاشتراك في التصرف.

و لأنّهما لو تنازعا في الحائط و ثبت بالبيّنة لأحدهما، حكم بالأساس [له(3)؛ لأنّه صار صاحب يدٍ فيه، فإذا [اقتضي(4) الجدار علي الأساس الترجيح في الأساس، و جب أن [تقتضي(5) الجذوع علي الجدار الترجيح في الجدار.

تذنيب: لا فرق بين الجذع الواحد في ذلك و ما زاد عليه

عند عامّة أهل العلم في الدلالة علي الاختصاص و المنع منها.

و رجّح مالك بالجذع الواحد(4)، كقولنا.

و فرّق أبو حنيفة بين الجذع الواحد و الجذعين فما زاد، فرجّح بما زاد علي الواحد؛ لأنّ الحائط يبني لوضع الجذوع عليه، فرجّح به الدعوي،

ص: 103

1- راجع الهامش (1) من ص 102.

2- راجع المغني 44:5، و الشرح الكبير 169:12.

3- ما بين المعقوفين يقتضيه السياق. (4 و 5) بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطيّة و الحجرية: «قضي... يقضي».

4- حلية العلماء 26:5، البيان 193:13، و راجع أيضاً الهامش (2) من ص 102.

كبناء الأزج، بخلاف الجذع الواحد؛ لأنّ الحائط لا يبني له في العادة(1).

وهو ممنوع؛ لأنّ الوضع يتبع الحاجة، وقد تدعو إلي وضع الواحد، وإثما استدللنا باختصاص التصرف، وهو ثابت في الواحد كثبوته في الأزيد.

مسألة 1098: و لا يُحكم بالحائط المحلول عنهما أو الممتل بهما بالخارج

(2) وهي الصُور والكتابات المتخذة في ظاهر الجدار بلبناتٍ تخرج أو بجصٍّ أو آجرٍ أو خشبٍ، ولا- بالدواخل، وهي الطاقات و المحاريب في باطن الجدار، و لا بأنصاف اللّبن، وذلك لأنّ الجدار من لبناتٍ مقطعة، فتُجعل الأطراف الصّحاح إلي جانبٍ، و مواضع الكسر إلي جانبٍ، أو أنصاف اللّبن من أحد الجانبين و من الآخر الشكيك(3) و المدر - و به قال الشافعي و أبو حنيفة(4) - لأنّه لا بدّ و أن يكون وجه الحائط إلي أحدهما و إن كانا [شريكين](5) فيه، و لا يمكن أن يكون إليهما، فبطلت دلالته، و جري مجري تزويق الحائط.

و قال مالك و أبو يوسف: يُحكم به لمن إليه وجه الحائط؛ لأنّ العرف

ص: 104

-
- 1- حلية العلماء 5:26، البيان 13:193، العزيز شرح الوجيز 5:122، المغني 5:44، الشرح الكبير 12:169، و راجع أيضاً الهامش (4) من ص 102.
 - 2- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطيّة و الحجرية: «الدواخل». و المثبت هو الصحيح.
 - 3- لم نجده في اللغة.
 - 4- الأم 3:225، مختصر المزني: 106، الحاوي الكبير 6:388، حلية العلماء 5:26، التهذيب - للبخاري - 4:156، البيان 13:192، العزيز شرح الوجيز 5:120-121، روضة الطالبين 3:458، روضة القضاة 2:5206/773، الإشراف علي نكت مسائل الخلاف 2:1003/597، المعونة 2:1200، الإفصاح عن معاني الصّحاح 1:318، المغني 5:44، الشرح الكبير 12:169.
 - 5- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطيّة و الحجرية: «شركاء».

و العادة قاضيان بأنَّ مَنْ بني حائطاً فإنه يجعل وجه الحائط إليه(1).

و هو ممنوع؛ فإنَّ العادة جارية بأنَّ وجه الحائط يُجعل إلي خارج الدار ليشاهده الناس، فلا يكون في كون وجهه إلي أحدهما دليلٌ.

مسألة 1099: لو كان الحاجز بين الدارين أو السطحين خُصاً فتازعا فيه،

إشارة

فعند علمائنا أنه يُحكم به لمن إليه معاهد القمط التي تكون في الجدران المتخذة من القصب و شبيهه، و أغلب ما يكون ذلك في السور بين السطوح، فتشدد بحبال أو بخيوط، وربما جعل عليها خشبة معترضة، و يكون العقد من جانبٍ و الوجه المستوي من جانبٍ - قال ابن بابويه رحمه الله:

الخُصَّ الطَّنَّ (2) الذي يكون في السواد بين الدور، و القمط هو شدَّ الحبل (3) - و به قال مالك و أبو يوسف (4).

و اختلف النقل عن الشافعي.

فقال بعض أصحابه عنه: إنَّ معاهد القمط مرجحة، يُحكم بالخُصَّ لمن المعاهد إليه - كما قلناه - لأنه إذا كانت المعاهد إليه فالظاهر أنه وقف في ملكه و عقد (5).

و لما رواه العامة عن جارية التميمي أنَّ قوماً اختصموا إلي رسول الله صلي الله عليه و آله في خُصٍّ، فبعث حذيفة بن اليمان ليحكم بينهم، فحكم به لمن تليه معاهد

ص: 105

-
- 1- الإشراف علي نكت مسائل الخلاف 2:1003/597، التلقين: 433، المعونة 2:1200، الحاوي الكبير 6:388، حلية العلماء 5:26-27، التهذيب - للبخاري - 4:156، البيان 13:193، العزيز شرح الوجيز 5:121، روضة القضاة 2:5206/773، الإفصاح عن معاني الصحاح 1:318، المغني 5:44، الشرح الكبير 12:169.
 - 2- الطَّنَّ - بالضم - : الحزمة من الحطب و القصب. لسان العرب 13:269 «طنن».
 - 3- الفقيه 3:57، ذيل ح 197.
 - 4- البيان 13:193، الحاوي الكبير 6:388، المغني 5:44، الشرح الكبير 12:169.
 - 5- العزيز شرح الوجيز 5:121.

القِمَط، ثم رجع إلي النبي صلي الله عليه وآله فأخبره، فقال: «أصبت وأحسن»(1).

و من طريق الخاصّة: ما رواه جابر عن الباقر عليه السلام عن أبيه عن جدّه عن أمير المؤمنين عليهم السلام أنّه قضى في رجلين اختصما [إليه] في حُصٍّ، فقال: «إنَّ الحُصَّ للَّذي إليه القِمَط»(2).

و سأل منصور بن حازم الصادق عليه السلام عن حظيرة بين دارين، فذكر أنّ عليّاً عليه السلام قضى [بها] لصاحب الدار الذي من قبّله القماط(3).

و القول الثاني للشافعي: إنّه يرجّح من الوجه المستوي من المعاهد تليه، لا منّ إليه المعاهد(4).

و ليس بمشهورٍ، و القول المشهور عنه - و به قال أبو حنيفة - أنّه لا ترجيح لأحدهما علي الآخر؛ لأنّ كونه حائلاً بين الملكين علامةٌ قويّة في الاشتراك(5).

و هو ممنوع.

تذنيبان:

الأوّل: لو كان الأزج مبنياً علي رأس الجدار، رجّح به؛

لأنّه تصرفٌ من صاحبه في الجدار، فيقضي له بملكّيته.

و قال الشافعي: لا يقضي له بذلك؛ لاحتمال بناء الأزج بعد تمام الجدار(6).

ص: 106

1- سنن ابن ماجه 2:2343/785.

2- الفقيه 3:197/57، و ما بين المعقوفين أضفناه من المصدر.

3- الفقيه 3:196/56، و ما بين المعقوفين أضفناه من المصدر.

4- العزيز شرح الوجيز 5:121.

5- الأئمّ 3:225، مختصر المزني: 106، حلية العلماء 5:25، البيان 13:192، العزيز شرح الوجيز 5:120-121، روضة الطالبين 458:3.

6- الحاوي الكبير 6:386، العزيز شرح الوجيز 5:122.

الثاني: قد بينا أنه يُرجح بالجدوع الموضوعة عليه.

وقال الشافعي: لا يُرجح بذلك، و الجدار في أيديهما معاً، فيحلفان و يكون الجدار بينهما، و لا تُرفع الجدوع عنه، بل تُترك بحالها؛ لاحتمال أنّها وُضعت بحق⁽¹⁾.

مسألة 1100: لو تنازع صاحب العلوّ و السُّفل في السقف المتوسط بين علوّ أحدهما و سُفل الآخر،

فإن لم يمكن إحداثه بعد بناء العلوّ - كالأزج الذي لا يمكن عقده علي وسط الجدار بعد امتداده في العلوّ - جُعل لصاحب السُّفل؛ لاتّصاله ببنائه علي سبيل الترصيف.

و إن أمكن إحداثه بعد بناء العلوّ بأن يكون السقف عالياً فيتقب وسط الجدار و توضع رءوس الجدوع في الثقب فيصير السقف بينهما، قال الشيخ رحمه الله في الخلاف: يُفرع بين صاحب العلوّ و صاحب السُّفل فيه إذا لم تكن هناك بيّنة، فمن خرج اسمه حلف لصاحبه، و حُكم له به؛ لإجماع الفرقة علي أنّ كلّ مجهولٍ تُستعمل فيه القرعة. ثم قال: و إن قلنا: يُقسم بين صاحب البيت و صاحب الغرفة، كان جائزاً⁽²⁾.

وقال الشافعي: يُحكم به بينهما؛ لأنّه في يدهما معاً، فالقول قول صاحب البيت في نصفه مع يمينه، و قول صاحب الغرفة مع يمينه في نصفه؛ لأنّه حاجز بين ملكيهما غير متّصلٍ ببناء أحدهما اتّصال البنيان، فكان بينهما، كالحائط بين الملكين، و كلّ واحدٍ منهما ينتفع به، فإنّه سماء لصاحب السُّفل يظله، و أرض لصاحب الغرفة تُقلّه، فاستويا فيه. و به قال

ص: 107

1- العزيز شرح الوجيز 5:122، روضة الطالبين 3:459، وراجع أيضاً الهامش (3) من ص 101.

2- الخلاف 3:298، المسألة 8 من كتاب الصلح.

وقال أبو حنيفة: يُحكّم به لصاحب السُّفل؛ لأنّ السقف علي ملك صاحب السُّفل، فكان القولُ قولَه فيه، كما لو تنازعا سرجاً علي دابةً أحدهما، فإنّ القولُ قولُ صاحب الدابة(2).

ويطل بحيطان الغرفة، ولا يشبه السرج؛ لأنّه لا ينتفع به غير صاحب الدابة، فكان في يده، وهنا السقف ينتفع به كلاهما علي ما تقدّم.

وهذا القول حكاه أصحاب مالك مذهباً له عنه(3).

و حكي الشافعيّة عن مالك أنّه لصاحب العلوّ(4).

و لا بأس به عندي؛ لأنّه ينتفع به، دون صاحب السُّفل، و ينفرد بالتصرّف فيه، فإنّه أرض غرفته و يجلس عليه و يضع عليه متاعه، و يمكن 2.

ص: 108

1- الأمّ 3:226، مختصر المزني: 106، الحاوي الكبير 6:398-399، المهذب - للشيرازي - 2:317، الوسيط 4:64، حلية العلماء 5:22، التهذيب - للبخاري - 4:158، البيان 13:194، العزيز شرح الوجيز 5:122-123، روضة الطالبين 3:459، المغني 5:45، الشرح الكبير 12:171، الإفصاح عن معاني الصحاح 1:318، الإشراف علي نكت مسائل الخلاف 2:1006/598، عيون المجالس 4:1169/1655، المعونة 2:1199، روضة القضاة 2:5208/773.

2- روضة القضاة 2:5207/773، الحاوي الكبير 6:398، حلية العلماء 5:22، التهذيب - للبخاري - 4:159، البيان 13:194، العزيز شرح الوجيز 5:123، المغني 5:45، الشرح الكبير 12:171، الإفصاح عن معاني الصحاح 1:318.

3- الإشراف علي نكت مسائل الخلاف 2:1006/598، التلقين: 433، عيون المجالس 4:1169/1655، المعونة 2:1199، حلية العلماء 5:22، البيان 13:194، الإفصاح عن معاني الصحاح 1:318، العزيز شرح الوجيز 5:123، المغني 5:45، الشرح الكبير 12:171.

4- الحاوي الكبير 6:398، حلية العلماء 5:22، التهذيب - للبخاري - 4:159، البيان 13:194، العزيز شرح الوجيز 5:123، وأيضاً في المغني 5:45، و الشرح الكبير 12:171.

وجود بيتٍ لا سقف له، ولا يمكن وجود ملكٍ لا أرض له.

مسألة 1101: لو تنازع صاحب البيت و الغرفة في جدران البيت، حكم بها لصاحب البيت مع يمينه؛

لأنَّ الحيطان في يده، وهو المنتفع بها.

وإن تنازعا في جدران الغرفة، فهي لمن الغرفة في يده.

و الأول لا يخلو من إشكال؛ لمشاركة صاحب الغرفة له في الانتفاع والتصرف معاً، بل تصرفه و انتفاعه أكثر.

مسألة 1102: لو تنازع صاحب علو الخان و صاحب سفله، أو صاحب علو الدار و صاحب سفلهما في العرصة أو الدهليز،

فإن كانت الدرجة وشبهها في صدر الخان أو الدار أو في الدهليز، جعلت العرصة و الدهليز بينهما؛ لأنَّ لكل واحدٍ منهما فيهما يداً و تصرفاً من الممرِّ و وضع الأمتعة و غيرها.

قال الجويني: و لا يبعد أن يقال: ليس لصاحب العلو إلا حق الممرِّ، و تجعل الرقبة لصاحب السفل (1).

ولكن لم يصر إليه أحد من الشافعية (2).

وإن كانت الدرجة في دهليز الخان أو في الوسط، فمن أول الباب إلي المرفي بينهما؛ لأنَّه في تصرفهما.

وفيما وراء ذلك للشافعية وجهان:

أصحهما: إنَّه لصاحب السفل؛ لانقطاع الآخر عنه، و اختصاص صاحب السفل باليد و التصرف.

و الثاني: إنَّه يجعل بينهما؛ لأنَّه قد ينتفع به صاحب العلو بالقاء الأمتعة فيه و طرح القمامات (3).

ص: 109

1- العزيز شرح الوجيز 5:123، روضة الطالبين 3:459.

2- كما في المصدرين في الهامش السابق.

3- الحاوي الكبير 6:414، بحر المذهب 8:46، حلية العلماء 8:211، التهذيب - للبخاري - 4:159، البيان 13:195، العزيز شرح الوجيز 5:123، روضة الطالبين 3:459-460.

والمعتمد عندي: الأول.

وإن كانت الدرجة خارجةً عن خطة الخان والدار، فالعرضة بأجمعها لصاحب السفل، ولا تعلق [لصاحب العلو] (1) بها بحالٍ.

قالت الشافعية: ومثال ما إذا كانت الدرجة في وسط الخان لا في صدره ولا خارجة عنه الزقاق المنقطع إذا كان فيه بابان لرجلين، أحدهما في وسطه والآخر في صدره، فمن أوله إلى الباب الأول بينهما، وما جاوزه إذا تداعياه فعلي الوجهين (2).

وقد عرفت مذهبنا فيه فيما تقدم (3).

مسألة 1103: إذا تنازع صاحب العلو و صاحب السفل في الدرَج

(4) فادّعاها كلٌّ منهما، فإن كانت دكة غير معقودة أو كانت سلماً، حُكم بها لصاحب العلو؛ لأنها في انتفاعه خاصةً.

وإن كانت معقودةً تحتها موضع ينتفع به صاحب السفل، فالأقرب:

إنها لصاحب العلو أيضاً؛ لأنّ الدرجة إنّما تُبنى للارتقاء بها إلى العلو، ولا تُبنى لما تحتها بالعادة، بل القصد بها السلوك إلى فوق، وهو أحد وجهي الشافعية.

والثاني: إنها بينهما؛ لأنّ صاحب السفل ينتفع بها [بظلمها] (5) وصاحب العلو ينتفع بها ويرتقي عليها، فهي كالسقف يتنازعه صاحب العلو

ص: 110

- 1- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطية والحجيرية: «للعلو». والظاهر ما أثبتناه.
- 2- بحر المذهب 46:8، البيان 13:194.
- 3- راجع ص 51 وما بعدها.
- 4- الدرَج: مصطلح يطلق على الآلة التي يستعان بها للصعود.
- 5- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطية والحجيرية: «بظلمة». والصحيح ما أثبتناه.

وقد سبق (2) كلامنا في السقف، وأنَّ الأولي الحكم به لصاحب العلوّ، مع قيام الفرق بينهما؛ لأنَّ السقف يُبنى للبيت وإن لم يكن له غرفة، بخلاف الدرجة.

وبعضهم فصل فقال: إن كان تحتها بيت يقصد بنيانها عليه كانت بينهما، وإن كان تحتها عقد صغير يوضع فيه الحُبّ أو شبهه فوجهان (3). ولو تنازعا في السُّلّم وهو غير خارج عن الخان، فإن كان منقولاً - كالسلاليم التي تُوضع وتُرفع - فإن كان في بيتٍ لصاحب السُّفْل فهو في يده، وإن كان في غرفةٍ لصاحب العلوّ فهو في يده، فيُحكم به في الحالين لكلِّ مَنْ هو في يده.

وإن كان منصوباً في المرقى، فهو لصاحب العلوّ؛ لعود منفعته إليه وظهور تصرفه فيه، دون الآخر، وهو قول أكثر الشافعيّة (4).

وقال بعضهم: إنّه لصاحب السُّفْل، كسائر المنقولات (5).

وهو المعتمد عندي، ولهذا لا يندرج السُّلّم الذي لم يُسمر تحت بيع الدار.

ولو كان السُّلّم مسمراً في موضع المرقى، فهو لصاحب العلوّ؛ لعود3.

ص: 111

1- الحاوي الكبير 415:6، بحر المذهب 47:8، البيان 195:13.

2- في ص 107 وما بعدها، المسألة 1100.

3- الحاوي الكبير 415:6، المهذب - للشيرازي - 317:2-318، بحر المذهب 47:8، حلية العلماء 211:8، التهذيب - للبخاري - 159:4، البيان 194:13، العزيز شرح الوجيز 124:5، روضة الطالبين 460:3.

4- المهذب - للشيرازي - 318:2، البيان 194:13، العزيز شرح الوجيز 124-123:5، روضة الطالبين 460:3.

5- العزيز شرح الوجيز 124:5، روضة الطالبين 460:3.

فأئذته إليه، وكذا الأخشاب المعقودة في المرقى، وكذا إن كان مبنياً من لبن أو آجر أو شبههما إذا لم يكن تحته بيت.

ولو تنازعا في البيت الذي تحت الدرجة، احتُمل اختصاص صاحب السُّفل به كسائر البيوت، وصاحب العلو؛ لأنَّ ملك الهواء يستتبع ملك القرار والشركة فيه.

ولو تنازعا في السقف الأعلى للغرفة، فهو لصاحب الغرفة؛ لاختصاصه بالانتفاع به، دون صاحب السُّفل.

ص: 112

مسألة 1104: قد بيّنا أنّ الصلح يصحّ عن الإنكار كما يصحّ عن الإقرار.

و خالف فيه الشافعي و منَع من صحّة الصلح عن الإنكار(1). و قد سلف(2) دليله و ضعفه.

و ربما احتجّ بعضهم: بقوله عليه السلام: «الصلح بين المسلمين جائز إلا صلحاً أحلّ حراماً أو حرّم حلالاً»(3) و هذا الصلح قد أحلّ الحرام؛ لأنّه لم يكن له أن يأخذ من مال المدّعي عليه و قد حلّ بالصلح(4).

و هو ضعيف؛ لأنّ المعني الذي ذكره آتٍ في الصلح بمعني البيع؛ لأنّه يحلّ لكلّ واحدٍ منهما ما كان محرّماً عليه، و كذا الصلح بمعني الهبة، فإنّه يحلّ للموهوب له ما كان محرّماً عليه، و الإسقاط يحلّ له ترك أداء ما كان واجباً عليه.

و لأنّ الصلح الصحيح هو الذي يحلّل ما كان حراماً لولاه، كغيره من العقود، و الصلح الفاسد لا يحلّ به الحرام، و المراد المنع من صلح يتوصّل به إلي تناول المحرّم مع بقائه بعد الصلح علي تحريمه، كما لو صالحه علي استرقاق حرٍّ أو شرب خمير، أو إذا كان المدّعي كاذباً في دعواه أو المنكر في إنكاره، و يتوصّل الكاذب إلي أخذ المال بالصلح من غير رضا الآخر باطناً، فإنّه صلحٌ باطل.

ص: 113

1- راجع الهامش (1) من ص 26.

2- في ص 26.

3- تقدّم تخريجه في الهامش (3) من ص 5.

4- راجع المغني و الشرح الكبير 10:5، و البيان 6:226.

ولأنه يباح لمن له حقٌ يجحده غريمه أن يأخذ من ماله بقدره أو دونه، وإذا حلَّ له ذلك من غير اختياره ولا علمه، فلأن يحلَّ برضاه وبذله أولي.

ولأنه يحلَّ مع اعتراف الغريم، فلأن يحلَّ به مع جحده وعجزه عن الوصول إلي حقه إلا بذلك أولي.

ولأن المدعي هنا يأخذ عوض حقه الثابت له، والمدعي عليه يدفع الشرع عنه وقطع الخصومة، وليس في الشرع ما يدلُّ علي تحريم ذلك في موضع.

ولأن الصلح مع الإنكار يصحَّ مع الأجنبي، فصحَّ مع الغريم، كالصلح مع الإقرار، بل هو أولي؛ لأنه إذا صحَّ مع الأجنبي مع غناه، فلأن يصحَّ مع الخصم مع حاجته إليه أولي.

واحتجاجهم بأنه معاوضة (1)، قلنا: إن أردتم أنه معاوضة في حقهما فهو ممنوع، وإن أردتم أنه معاوضة في حق أحدهما فمسلم؛ لأن المدعي يأخذ عوض حقه من المنكر؛ لعلمه بثبوت حقه عنده، فهو معاوضة في حقه، والمنكر يعتقد أنه يدفع المال المدفوع لدفع الخصومة والمنازعة وتخليصه من شر المدعي، فهو إبراء في حقه، وغير ممتنع ثبوت المعاوضة في حق أحد المتعاقدين دون الآخر، كما لو اشترى عبداً شهد بحريته، فإنه يصح، ويكون معاوضة في حق البائع، واستنفاذاً في حق المشتري.

إذا ثبت هذا، فإنما يصح الصلح لو اعتقد المدعي حقيته دعواه، والمدعي عليه يعتقد براءة ذمته، وأنه لا شيء عليه للمدعي، فيدفع إلي المدعي شيئاً ليدفع عنه اليمين ويقطع الخصومة ويصون نفسه عن التبذل وحضور مجلس الحكم، فإن أرباب النفوس الشريفة والمروات6.

ص: 114

1- راجع المغني والشرح الكبير 10:5، والبيان 6:226.

و المناصب الجليلة يترقّعون عن ذلك، و يصعب عليهم الحضور للمنازعة، و يرون دفع ذلك عنهم من أعظم مصالحهم، و الشرع لا يمنع من وقاية النفس و صيانتها و دفع الشر عنها ببذل الأموال، و المدّعي يأخذ ذلك عوضاً عن حقّه الثابت له في زعمه، و لا يمنعه الشرع من ذلك أيضاً.

و لا- فرق بين أن يكون المأخوذ من جنس حقّه أو من غير جنسه، و لا- بين أن يكون بقدر حقّه أو أقلّ، فإن أخذ من جنس حقّه بقدره فهو مستوفٍ لحقّه، و إن أخذ دونه فقد استوفي بعض حقّه و ترك البعض.

و إن أخذ من غير جنس حقّه، فقد أخذ عوضه، فيجوز أن يأخذ أزيد حينئذٍ.

و إن أخذ من جنس حقّه أزيد، فالأقرب: الجواز.

و مَنَع منه بعض الجمهور؛ بناءً علي أنّ الزائد لا عوض له، فيكون ظالماً(1).

و هو غلط إذا رضي الدافع باطناً و ظاهراً، و قد سبق(2).

مسألة 1105: إذا ادّعي علي غيره مال الأمانة، فأنكر أو اعترف،

ثمّ صالح عنه إمّا بجنسه أو بغير جنسه، جاز، كالمضمون؛ عملاً بعموم قوله تعالى: «و الصُّلْحُ خَيْرٌ»(3).

و قوله عليه السلام: «الصلح جائز بين المسلمين»(4).

فلو ادّعي علي رجلٍ وديعةً أو قراضاً أو لقطهً أو غيرها من الأمانات، أو ادّعي تقريضاً في وديعةٍ أو في قراضٍ أو غير ذلك فصالح، جاز؛ لما

ص: 115

1- المغني 5:11-12، الشرح الكبير 5:12.

2- في ص 37-38، المسألة 1045.

3- النساء: 128.

4- تقدّم تخريجه في الهامش (3) من ص 20.

مسألة 1106: قد ذكرنا أنّه يصحّ الصلح من الأجنبي عن المنكر أو المعترف،

سواء اعترف الأجنبيّ للمدّعي بصحّة دعواه أو لم يعترف، و سواء كان بإذنه أو بغير إذنه.

وقال أصحاب الشافعي: إنّما يصحّ إذا اعترف للمدّعي بصحّة دعواه (1).

وهو بناءً علي أنّ الصلح عن الإنكار باطل، وقد بيّنا بطلانه.

ثمّ إن كان الصلح عن دَيْنٍ، صحّ، سواء كان بإذن المنكر أو بغير إذنه؛ لأنّ قضاء الدّين عن غيره جائز بإذنه و بغير إذنه؛ فإنّ عليّاً عليه السلام و أبا قتادة قضيا عن الميّت، فأجازاه النبيّ صلي الله عليه و آله (2).

وإن كان الصلح عن عينٍ بإذن المنكر فهو كالصلح منه؛ لأنّ الوكيل يقوم مقام الموكل، و إن كان بغير إذنه فهو افتداء للمنكر من الخصومة و اعتياض للمدّعي (3)، و هو جائز في الموضوعين.

وإذا صالح عنه بغير إذنه، لم يرجع عليه بشيء؛ لأنّه أدّى عنه ما لا يلزمه أدائه، و لأنّه لم يثبت وجوبه علي المنكر و لا يلزمه أدائه إلي المدّعي، فكيف يلزمه أدائه إلي غيره؟! و لأنّه متبرّع بأدائه غير ما يجب عليه.

وقال بعض الحنابلة: يرجع. و يجعله كالمدّعي (4).

ص: 116

-
- 1- الحاوي الكبير 6:373، المهذب - للشيرازي - 1:340، الوجيز 1:178، الوسيط 4:52، التهذيب - للبغوي - 4:145، البيان 6:228، العزيز شرح الوجيز 5:93، روضة الطالبين 3:435-436، المغني و الشرح الكبير 5:13.
 - 2- مرّ تخريجه في ج 14، ص 281، الهامش (5 و 6) و ص 282، الهامش (1).
 - 3- في النسخ الخطيّة: «من المدّعي» بدل «للمدّعي».
 - 4- المغني و الشرح الكبير 5:14.

و هو غلط؛ لأنه يجعله كالمدعي في الدعوي علي المنكر، أمّا أنه يجب له الرجوع بما آذاه فلا وجه له أصلاً، و أكثر ما يجب لمن قضى دَيْن غيره أن يقوم مقام صاحب الدَيْن، و صاحب الدَيْن هنا لم يجب له حقٌّ، و لا يلزم الأداء إليه، و لا يثبت له أكثر من جواز الدعوي، فكذلك هنا.

و يشترط في جواز الدعوي أن يعلم صدق المدعي، فإن لم يعلم لم يجز له دعوي شيء لا يعلم ثبوته.

و إذا صالح عنه بإذنه، فهو وكيله، و التوكيل في ذلك جائز.

ثم إن أدّى عنه بإذنه رجوع عليه، و هذا قول الشافعي (1)، و إن أدّى عنه بغير إذنه متبرعاً لم يرجع بشيء.

و إن قضاه محتسباً بالرجوع، احتُمل الرجوع؛ لأنه قد وجب عليه أدائه بعقد الصلح، بخلاف ما إذا صالح و قضى بغير إذنه، فإنه قضى ما لا يجب علي المنكر قضاؤه.

مسألة 1107: إذا صالحه علي سكني دارٍ أو خدمة عبدٍ و نحوه من المنافع المتعلقة بالأعيان، صحّ

بشرط ضبط المدّة، و لا يكون ذلك إجارةً، بل عقداً مستقلاً بنفسه، خلافاً للشافعي (2).

فإن تلفت الدار أو العبد قبل استيفاء شيءٍ من المنفعة، انفسخ الصلح، و رجع بما صالح عنه.

و إن تلف بعد استيفاء بعض المنفعة، انفسخ فيما بقي من المدّة، و رجع بقسط ما بقي.

و لو صالحه علي أن يزوجه جاريته، لم يصح؛ لأنّ البضع لا يقع في

ص: 117

1- الحاوي الكبير 6:373، البيان 6:228، المغني 5:14.

2- التهذيب - للبغوي - 4:143، البيان 6:222، العزيز شرح الوجيز 5:85، روضة الطالبين 3:428.

مقابله شيء.

وقال بعض الجمهور: يصح، ويكون المصالح عنه صداقها(1).

وليس بشيء.

فإن انفسخ النكاح قبل الدخول بأمرٍ يسقط الصداق، رجع الزوج بما صالح عنه. فإن [طلّقها](2) قبل الدخول، رجع بنصفه.

وإن كان المعترف امرأةً فصالحته المدعي علي أن تزوجه نفسها علي أن يكون بضعها عوضاً، لم يصح، خلافاً لبعض الحنابلة(3).

وكذا لو كان الصلح عن عيبٍ في مبيعها فصالحته علي نكاحها، قال:

فإن زال العيب رجعت بأرشه؛ لأنّ ذلك صداقها، فرجعت به، لا بمهر مثلها، وإن لم يزل العيب لكن انفسخ نكاحها بما يسقط صداقها، رجع عليها بأرشه(4).

وهو مبنّي علي جواز جعل البضع عوضاً في الصلح.

مسألة 1108: قد بينّا أنّه يصحّ الصلح عن الدّين ببعضه مع الرضا الباطن؛

لأنّ كعباً تقاضي ابن أبي حذرد دينا - كان له عليه - في المسجد، فارتفعت أصواتهما حتي سمعها رسول الله صلي الله عليه وآله، فخرج إليهما ثمّ نادى:

«يا كعب» قال: لبيك، فأشار إليه أن ضع الشطر من دينك، قال: قد فعلت يا رسول الله(5).

ص: 118

1- المغني 5:18.

2- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطيّة و الحجرية: «طالب». والمثبت هو الصحيح.

3- المغني 5:18، الشرح الكبير 5:7.

4- المغني 5:18، الشرح الكبير 5:7-8.

5- صحيح البخاري 3:246، صحيح مسلم 3:1192/1558، سنن البيهقي 6:64، المعجم الكبير - للطبراني - 19:67-68/128.

وفي الذي أصيب في حديقته فمرّ به النبيّ صلي الله عليه وآله وهو ملزوم، فأشار إليّ غرمائه بالنصف، فأخذوا منه (1).

وهذا يدلّ عليّ تسويغه مع الرضا الباطن.

ولو قال: عليّ أن توفيّني ما بقي، صحّ أيضاً عندنا.

ومَنعه الحنابلة؛ لأنّه ما أبرأه عن بعض الحقّ إلّا ليوفيه بقيّته، فكأنّه عاوض بعض حقّه ببعض (2). وهو ممنوع.

ولو كان له في يد غيره عيناً، فقال: قد وهبتك نصفها فأعطني نصفها، صحّ، واعتُبر في ذلك شروط الهبة.

ولو أخرجه مخرج الشرط، صحّ عندنا.

خلافاً للشافعي وأحمد؛ لأنّه إذا شرط الهبة في الوفاء، جعل الهبة عوضاً عن الوفاء، فكأنّه عاوض بعض حقّه ببعض (3).

وهذا ليس بشيء.

ولو قال: صالحني بنصف دينك عليّ أو بنصف دارك هذه، فيقول:

صالحتك بذلك، صحّ عندنا، وهو قول أكثر الشافعيّة (4) - ومنع منه بعض الشافعيّة والحنابلة (5) - لأنّه إذا لم يجز بلفظ الصلح خرج عن أن يكون صلحاً، ولا يبقى له تعلق به، فلا يُسمّى صلحاً، وأمّا إذا كان بلفظ الصلح سُمّي صلحاً؛ لوجود اللفظ و [إن تخلف] (1) المعني، كالهبة بشرط الثواب، وإنّما يقتضي لفظ الصلح المعاوضة إذا كان هناك عوض، أمّا مع عدمه فلا، وإنّما معني الصلح الرضا والاتّفاق، وقد يحصل من غير عوض، كالتمليك.

ص: 119

1- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطيّة والحجريّة: «لم يختلف». والمثبت هو الصحيح.

إذا كان بعوضٌ سُمِّيَ ببيعاً، وإن خلا عن العوضِ سُمِّيَ هبةً.

ولو ادَّعى علي رجلٌ بيتاً، فصالحه علي بعضه أو علي بناء غرفةٍ فوقه أو علي أن يسكنه سنةً، صحَّ عندنا - خلافاً للحنابلة(1) - للأصل.

احتجوا بأنه يصالحه عن ملكه ببعضه أو منفعته(2).

و نمنع عدم جوازه.

ولو صالحه بخدمة عبده سنةً، صحَّ عندنا و عندهم(3).

فإن باع العبد في السنة، صحَّ البيع، ويكون للمشتري مسلوب المنفعة بقيّة السنة، و للمُصالح منفعته إلي انقضاء السنة.

ولو لم يعلم المشتري بذلك، كان له الفسخ؛ لأنه عيبٌ.

وإن أعتق العبد في أثناء المدّة، صحَّ العتق؛ لأنه مملوكه يصحّ بيعه فيصحّ عتقه، و للمُصالح استيفاء منفعته في المدّة؛ لأنه أعتقه بعد أن ملكَ منفعته، فأشبهه ما لو أعتق الأمة المزوجة بحراً.

ولا يرجع العبد علي سيّده بشيءٍ؛ لأنه ما زال ملكه بالعتق إلا عن الرقبة، فالمنافع حينئذٍ مملوكة لغيره فلم تتلف منافعه بالعتق فلا يرجع بشيءٍ.

ولو أعتق مسلوب المنفعة - كمقطوع اليدين، أو الأمة المزوجة - لم يرجع عليه بشيءٍ.

وقال الشافعي: يرجع علي سيّده بأجرة مثله؛ لأنّ العتق اقتضي إزالة ملكه عن الرقبة و المنفعة جميعاً، فلمّا لم تحصل المنفعة للعبد هنا فكأنّه حال بينه وبين منفعته(4).

و نمنع اقتضاء العتق زوال الملك عن المنفعة؛ لأنّ اقتضاءه إنّما يكون5.

ص: 120

1- المغني 5:19-20، الشرح الكبير 5:6.

2- المغني 5:20، الشرح الكبير 5:6. (3 و 4) المغني 5:20، الشرح الكبير 5:8.

لو كانت المنفعة مملوكةً له، أمّا إذا كانت مملوكةً لغيره فلا يقتضي إعتاقه إزالة ما ليس بموجودٍ.
ولو ظهر أنّ العبد مستحقُّ، تبين بطلان الصلح؛ لفساد العوض، ويرجع المدعي فيما أقر له به.
ولو ظهر عيب في العبد تنقص به المنفعة، فله ردّه وفسخ الصلح.

مسألة 1109: إذا ادعى زرعاً في يد رجلٍ، فأقر له به، ثمّ صالحه منه

علي الوجه الذي يجوز بيع الزرع فيه، صحّ، وكذا لو صالحه علي غير الوجه الذي يصحّ بيعه؛ لأنّ الصلح عقدٌ مستقلٌّ بنفسه غير فرعٍ علي البيع.

ولو كان الزرع في يد رجلين فأقرّ له أحدهما ثمّ صالحه عليه قبل اشتداد الحَبِّ، صحّ عندنا.

خلافاً للشافعي؛ لأنّه إن صالحه عليه بشرط التبقية أو من غير شرط القطع لم يجز، لأنّه لا يجوز بيعه كذلك - وقد قلنا: إنّ الصلح عقد قائم برأسه، فلا يشترط فيه ما يشترط في البيع وغيره - ولو شرط القطع لم يجز؛ لأنّه لا يمكنه قطع زرع الآخر، وقسمته لا تصحّ (1).

ولو كان الزرع لواحدٍ فأقرّ به للمدعي وصالحه عليه، فإن شرط القطع صحّ الصلح عندنا وعند الشافعي (2).

وإن شرط التبقية، صحّ الصلح عندنا، خلافاً له (3).

ولو كانت الأرض للمُصالح، كان له تبقية الزرع في أرضه.

ولو أطلق صحّ عندنا.

وقال الشافعي: إن كان المشتري (2) لا يملك الأرض لم يصح، وإن

ص: 121

1- الأم 3:227، مختصر المزنّي: 107، الحاوي الكبير 6:416. (2 و 3) الحاوي الكبير 6:415-416، البيان 6:251.

2- كذا قوله: «المشتري». و الظاهر: «المُصالح».

كان يملك الأرض فوجهان، كما إذا باع الثمرة من صاحب النخل بغير شرط القطع(1).

مسألة 1110: لو ادّعي رجل علي غيره زرعاً في أرضه فأقرّ له بنصفه أو أنكر

- عندنا - ثمّ صالحه عن نصفه علي نصف الأرض، جاز عندنا؛ عملاً بالأصل.

وقال الشافعي: لا يجوز؛ لأنّ من شرط بيع الزرع قطعه، ولا يمكن ذلك في المشاع(2).

ونحن نمنع من الاشتراط الذي ذكره، وقد سبق(3).

ولو صالحه منه علي جميع الأرض بشرط القطع علي أن يسلم إليه الأرض فارغاً، صحّ؛ لأنّ قطع جميع الزرع ثابت نصفه بحكم الصلح و الباقي لتفريغ الأرض، فأمكن القطع، وأشبه من اشترى أرضاً وفيها زرع وشرط تفريغ الأرض فإنه يجوز، كذا هنا.

وإن كان أقرّ له بجميع الزرع وصالحه من نصفه علي نصف الأرض ليكون الأرض و الزرع بينهما نصفين، وشرط القطع، فإن كان الزرع في الأرض بغير حقّ جاز الشرط؛ لأنّ الزرع يجب قطعه بأجمعه، وإن كان في الأرض بحقّ جاز أيضاً؛ عملاً بالشرط، وقد قال عليه السلام: «المؤمنون عند شروطهم»(4) ولأتهما قد شرطاً قطع كلّ الزرع و تسليم الأرض فارغاً، وهو أحد قولَي الشافعيّة.

و الثاني: لا يجوز الشرط؛ لأنّه لا يمكن قطع الجميع، بخلاف ما إذا

ص: 122

1- الحاوي الكبير 6:416، البيان 6:251-252، و 5:237.

2- بحر المذهب 8:48، البيان 6:252.

3- في ص 36، ضمن المسألة 1044.

4- تقدّم تخريجه في ص 76، الهامش (3).

شرط علي بائع الزرع قطع الباقي؛ لأنّ باقي الزرع ليس بمبيع، فلا يصحّ شرط قطعه في العقد، ويخالف ما إذا أقرّ بنصف الزرع وصالحه علي جميع الأرض؛ لأنّه شرط تفريغ المبيع(1).

والحقّ: الجواز؛ لما تقدّم، ولا يختصّ شرط القطع بالمبيع.

مسألة 1111: قد بينّا أنّه إذا خرجت أغصان الشجرة إلي ملك الجار، كان للجار عطفها وإزالتها عن ملكه.

فإن أمكن ذلك بغير إتلافٍ ولا قطعٍ من غير مشقّةٍ تلزمه ولا غرامة، لم يجز إتلافها، كما إذا أمكنه إخراج دابّة الغير من ملكه بغير إتلافٍ، فإن أتلفها والحال هذه ضمنها.

وإن لم يمكن إزالتها إلاّ بالإتلاف، كان له ذلك، ولا شيء عليه؛ لأنّه لا يلزمه إقرار مال غيره في ملكه.

فإن صالحه علي إقرارها بعوضٍ معلوم، صحّ.

و للشافعيّة والحنابلة قولان(2).

ولا فرق بين أن يكون الغصن رطباً أو يابساً؛ لأنّ الجهالة في المصالح عنه لا تمنع الصحّة؛ لكونها لا تمنع التسليم، بخلاف العوض، فإنّه يفتقر إلي العلم لوجوب تسليمه، ولأنّ الحاجة تدعو إلي الصلح عنه لكون ذلك [يكثّر] (3) في الأملاك المتجاورة، وفي القطع إتلاف و ضرر، والزيادة المتجدّدة يعفي عنها، كالسمن الحادث في المستأجر للركوب، والمستأجر للغرفة يتجدّد له الأولاد.

ص: 123

1- بحر المذهب 48:8، البيان 252:6-253.

2- الحاوي الكبير 406:6، حلية العلماء 15:5، العزيز شرح الوجيز 117:5، روضة الطالبين 456:3، المغني 22:5-23، الشرح الكبير 24:5-25.

3- ما بين المعقوفين أضفناه من المغني 22:5، والشرح الكبير 25:5.

وعند أحمد يصحّ الصلح في الرطب وإن زاد أو نقص؛ لأنّ الجهالة في المصالح عنه لا تمنع الصحة إذا لم يكن إلى العلم به سبيل؛ لدعاء الحاجة إليه، وكونه لا يحتاج إلى تسليمه (1).

ولو صالحه علي إقرارها بجزءٍ معلوم من ثمرها أو كلّها، لم يجز، وبه قال الشافعي وأكثر العامة (1) - وعن أحمد روايتان (3) - لأنّ العوض مجهول، والثمرة مجهولة، وجزؤها مجهول، ومن شرط الصلح العلم بالعوض، والمصالح عليه أيضاً مجهول؛ لتغيّره بالزيادة والنقصان، كما تقدّم.

واحتجّ أحمد: بأنّه قد تدعو الحاجة إليه (2).

وقد عرفت بطلان التعليل بالحاجة.

نعم، لو أباح كلّ منهما لصاحبه حقّه، جاز من غير لزوم، بل لكلّ منهما الرجوع، فيستبيح صاحب الشجرة إباحة الوضع علي الجدار أو الهواء، ويستبيح صاحب الدار ثمرة الشجرة، كما لو قال كلّ منهما لصاحبه:

أُسكن داري وأسكن دارك، من غير تقدير مدّة ولا ذكر شروط الإجارة.

وكذا حكم العروق إذا سرت إلي أرض الجار، سواء أثرت ضرراً، كما في المصانع وطيّ الآبار وأساسات الحيطان، أو [منعت] (3) من نبات شجرٍ لصاحب الأرض أو الزرع، أو لم تؤثر ضرراً، فإنّ الحكم في قطعه و الصلح عليه كالحكم في الزرع، إلا أنّ العروق لا ثمر لها.

وكذا لو زلق من أخشابه إلي ملك غيره، فالحكم كما سبق.

مسألة 1112: قد بينّا أنّه يصحّ أن يصالحه عن المؤجلّ ببعضه حالاً

ص: 124

1- المغني 5:23، الشرح الكبير 5:25-26.

2- المغني 5:23، الشرح الكبير 5:26.

3- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطيّة والحجريّة: «منع». و الظاهر ما أثبتناه.

- وبه قال ابن عباس و النخعي و ابن سيرين و الحسن البصري(1) - لأنَّ التعجيل جائز، و الإسقاط وحده جائز، فجاز الجمع بينهما، كما لو فعل ذلك من غير مواطأة عليه.

و كرهه زيد بن ثابت و ابن عمر و سعيد بن المسيّب و القاسم و سالم و الشعبي، و منعه أيضاً مالك و أحمد و الشافعي و الثوري و ابن عيينة و هيثم و أبو حنيفة و إسحاق(2)، و قد تقدّم(3).

مسألة 1113: قد بيّنّا أنّه يصحّ الصلح عن المجهول ديناً كان أو عيناً.

خلافاً للشافعي؛ حيث قال: لا يصحّ؛ لأنّه بيع، فلا يصحّ علي المجهول(4).

و نمنع كونه بيعاً و كونه فرع بيع، و إنّما هو إبراء.

و لو سلّمنا كونه بيعاً، فإنّه يصحّ في المجهول عند الحاجة، كأساسات الحيطان و طيّ الآبار.

و لو أتلف رجل صبرة طعام لا يعلم قدرها، فقال صاحب الطعام لمُتلفها: بعتك الطعام الذي في ذمتك بهذا الدرهم أو بهذا الثوب، لم يصح

ص: 125

1- المغني 5:24-25، الشرح الكبير 5:5.

2- المغني 5:24، الشرح الكبير 5:5، المعونة 2:1193، الكافي في فقه أهل المدينة: 452، الوجيز 1:178، الوسيط 4:51، التهذيب - للبغوي - 4:144، البيان 6:223، العزيز شرح الوجيز 5:89، روضة الطالبين 3:431، منهاج الطالبين: 125، تحفة الفقهاء 3:252، بدائع الصنائع 6:45، المبسوط - للسرخسي - 21:31، الفقه النافع 3:1019/1268، الاختيار لتعليل المختار 3:12، الهداية - للمرغيناني - 3:197.

3- في ص 15-16، ذيل المسألة 1027.

4- الحاوي الكبير 6:368-369، التنبيه: 103-104، البيان 6:225، المغني 5:26، الشرح الكبير 5:9، الإفصاح عن معاني الصحاح 1:317، و قد تقدّم في ص 19، ذيل المسألة 1029.

عندنا؛ لأنَّ شرط البيع معلوميّة العوضين.

وقال أحمد: يصحّ (1).

وعلي قولنا وقوله لو صالحه به عليه صحّ؛ لأنَّ الجهل لا ينافي الصلح.

وإذا كان العوض في الصلح ممّا لا يحتاج إلي تسليمه ولا سبيل إلي معرفته، كالموارث الدارسة، و الحقوق التالفة، و الأراضي و الأموال التي لا يعلمها أحد من المتخاصمين و لا يعرف قدر حقّه منها، فإنّ الصلح فيها جائز عندنا و عند أحمد (2) مع الجهالة من الجانبين، و قد سبق (3).

و أمّا ما يمكنه معرفته - كتركةٍ موجودةٍ يعلمها الذي هي في يده و يجهلها الآخر - فإنه لا يصحّ الصلح عليه مع الجهل.

و كذا كلّ من له نصيب في ميراثٍ أو غيره يظنّ قلّته إذا صلح عليه، لا يصحّ مع علم الخصم الآخر؛ لأنّ الصلح إنّما جاز مع جهالتهما؛ للحاجة إليه، فإنّ إبراء الذمّة أمر مطلوب، و لا طريق إليه إلا الصلح.

مسألة 1114: يجوز الصلح عن كلّ ما يجوز أخذ العوض عنه،

سواء كان ممّا يجوز بيعه أو لا يجوز، فيصحّ عن دم العمدة و سكني الدار و عيب المبيع.

و من صالح عمّا يوجب القصاص بأكثر من ديتة أو أقلّ، جاز؛ لأنّ الحسن و الحسين عليهما السلام و سعيد بن العاص بذلوا للذي وجب له القصاص علي هدية بن خشرم سبع ديات فأبي أن يقبلها (4).

ص: 126

1- المغني 26:5-27، الشرح الكبير 9:5.

2- المغني 27:5، الشرح الكبير 9:5.

3- في ص 17، المسألة 1029.

4- المغني 27:5، و 478:9، الشرح الكبير 17:5.

وإن صالح عن قتل الخطأ بأكثر من ديته من جنسها، جاز عندنا، خلافاً لأحمد(1).

وكذا لو أتلّف عبداً أو غيره فصالح علي أكثر من قيمته أو أقلّ، سواء كان من جنس القيمة أو من غير جنسها، جاز عندنا، وبه قال أبو حنيفة(2)، خلافاً للشافعي وأحمد(3).

مسألة 1115: قد بينّا أنّه إذا ظهر استحقاق أحد العوضين، بطل الصلح،

فلو صالحه علي دارٍ أو عبداً بعوضٍ فوجد العوض مستحقاً أو كان العبد حُرّاً، فإنّه يرجع في الدار و ما صالح عن العبد إن كان موجوداً، وإن كان تالفاً رجع بمثله إن كان مثلياً، وإلا رجع بالقيمة.

ولو اشترى شيئاً فوجده معيباً فصالحه عن عيبه بعبداً فإنّ مستحقاً أو حُرّاً، رجع بأرش العيب.

ولو ظهر استحقاق المعيب، رجع بالثمن و العبد معاً.

ولو كان البائع امرأةً فزوّجته نفسه عوضاً عن أرش العيب فزال العيب، لم يصحّ الصلح عندنا.

و يجوز عند أحمد، فيرجع بأرشه، لا بمهر المثل؛ لأنّها رضيت بذلك مهراً لها(4).

ولو صالحه عن القصاص بحُرٍّ يعلمان حُرّيّته أو عبداً يعلمان أنّه مستحقّ، أو تصالحا بذلك عن [غير(5)] القصاص، رجع بالدية و الأقرب بالقصاص أو بما تصالح عنه؛ لأنّ الصلح هنا باطل يعلمان بطلانه، فكان

ص: 127

1- المغني 27:5، الشرح الكبير 5:5.

2- روضة القضاة 2:5195/771، المغني 28:5، الشرح الكبير 5:5.

3- المغني 27:5-28، الشرح الكبير 5:5، روضة القضاة 2:5196/771 و 5197.

4- المغني 29:5.

5- ما بين المعقوفين أضفناه من المغني 29:5.

وجوده كالعدم.

ولو صالح عن القصاص بعد فخرج مستحقاً، رجع بقيمة العبد، وكذا إن خرج حُرّاً - ويحتمل قوياً الرجوع إلي القصاص فيهما - وبه قال الشافعي وأحمد وأبو يوسف ومحمد (1).

وقال أبو حنيفة: إن خرج مستحقاً رجع بقيمته، وإن خرج حُرّاً رجع بما صالح عنه، وهو الدية (2).

مسألة 1116: قد بينّا أنّه يجوز أن يصلحه علي إجراء ماء المطر علي سطحه مع العلم بالمشاهدة للسطح أو بالمساحة؛

لاختلاف الماء بكبر السطح وصغره.

وهل يفتقر إلي ذكر المدة؟ مَنَع منه الحنابلة؛ لأنّ الحاجة تدعو إليه (1).

ويجوز العقد علي المنفعة في موضع الحاجة من غير تقدير كما في النكاح.

ولا يملك صاحب الماء مجراه؛ لأنّ هذا لا يستوفي به منافع المجري دائماً ولا في أكثر المدة، بخلاف الساقية. وفيه نظر.

ولا يحتاج في إجراء الماء في الساقية إلي ما يُقدّر به؛ لأنّ تقدير ذلك حصل بتقدير الساقية، فإنّه لا يملك أن يجري فيها أكثر من مائها، و الماء الذي يجري علي السطح يحتاج إلي معرفة مقدار السطح؛ لأنّه يجري فيه القليل والكثير.

ولو كان السطح الذي يجري عليه الماء مستأجراً أو عاريةً مع إنسانٍ، لم يجز له أن يصلح علي إجراء الماء عليه؛ لأنّه يتضرّر بذلك ولم يؤذن له

ص: 128

فيه، فلم يكن له أن يتصرف (1) فيه.

وأما الساقية المحصورة فإن مَنع المالك أو لم يعلم بالعرف إباحته، فكذلك، وإلا جاز؛ لأن الأرض لا تتضرر به.

ولو كان ماء السطح يجري علي الأرض، جاز الصلح أيضاً علي ذلك، سواء احتاج إلي حفرٍ أو لا؛ لأنه بمنزلة إجراء الماء إلي ساقيةٍ.

و يشترط المدة المعيّنة.

و مَنع أحمد - في إحدَي الروایتين - منه (2).

مسألة 1117: لا يجوز للإنسان أن يجري الماء في أرض غيره،

سواء اضطرَّ إلي ذلك أو لا، إلا ياذنه - وهو إحدَي الروایتين عن أحمد (3) - لأنه تصرف في أرض غيره بغير إذنه فلم يجز، كما لو لم تدع إليه ضرورة، ولأن مثل هذه الحاجة لا تبيح مال غيره، كما أنه لا يباح له الزرع في أرض الغير ولا البناء ولا الانتفاع بسائر وجوه الانتفاعات وإن احتاج إليها.

وفي الرواية الأخرى عن أحمد: إنه يجوز له إجراء الماء في أرض الغير عند الحاجة بأن تكون له أرض للزراعة لها ماء لا طريق له إلا أرض جاره، فإنه يجوز له إجراء الماء فيها وإن كره المالك؛ لما روي أن الضحّاك ابن خليفة ساق خليجاً من العريض، فأراد أن يجريه في أرض محمّد بن مسلمة فأبي، فقال له الضحّاك: لِمَ تمنعني وهو منفعة لك تشربه أولاً و آخراً ولا يضرك؟ فأبي محمّد، فكلم فيه الضحّاك عمر، فدعا عمر محمّد بن مسلمة فأمره أن يخلي سبيله، فقال محمّد: لا والله، فقال له عمر: لِمَ تمنع أخاك ما ينفعه وهو لك نافع تشربه أولاً و آخراً؟ فقال محمّد: لا والله، فقال

ص: 129

1- في «ث، خ، ر» والطبعة الحجرية: «له التصرف» بدل «أن يتصرف».

2- المغني 30:5، الشرح الكبير 22:5.

3- المغني 30:5-31، الشرح الكبير 22:5.

عمر: ليَمْرَن به و لو علي بطنك، فأمره عمر أن يَمْرَ به، ففعل. رواه مالك في موطنه، و سعيد في سننه(1).

و هو خطأ؛ لتطابق العقل و النقل علي قبح التصرف في مال الغير بغير إذنه. و قول عمر و فعله ليس حجّة فيما لا يخالف العقل و النقل، فكيف فيما يخالفهما.

مسألة 1118: يصحّ الصلح عن كلّ ما يجوز أخذ العوض عنه، عينا كان كالدّار و العبد،

أو ديناً، أو حقّاً كالشفعة و القصاص، و لا يجوز علي ما ليس بمالٍ ممّا لا يصحّ أخذ العوض عنه.

فلو صالحته المرأة علي أن تقرّ له بالزوجيّة، لم يصح؛ لأنّها لو أرادت بذل نفسها بعوضٍ لم يجوز.

و لو دفعت إليه عوضاً عن دعوي الزوجيّة ليكفّ عنها، فالأقرب:

الجواز - و للحنابلة و جهان(2) - لأنّ المدّعي يأخذ عوضاً عن حقّه من النكاح فجاز، كعوض الخلع، و المرأة تبذله لقطع خصومته و إزالة شرّه فجاز.

فإن صالحته ثمّ ثبتت الزوجيّة بإقرارها أو بالبيّنة، فإن قلنا: الصلح باطل، فالنكاح باقٍ بحاله؛ لأنّه لم يوجد من الزوج سبب الفرقة من طلاقٍ و لا خلع.

و إن قلنا: يصحّ الصلح، فكذلك أيضاً.

و عند الحنابلة أنّها تبين منه بأخذ العوض؛ لأنّه أخذه عمّا يستحقّه من نكاحها، فكان خلعاً، كما لو أقرّت له بالزوجيّة فخالعها(3).

و ليس بشيءٍ.

ص: 130

1- المغني 31:5، الشرح الكبير 22:5، و انظر: الموطأ 2:33/746.

2- المغني 32:5، الشرح الكبير 5:6-7.

3- المغني 32:5، الشرح الكبير 5:7.

ولو ادّعت أنّ زوجها طلقها ثلاثاً فصالحها علي مالٍ لترك دعواها، لم يجز؛ لأنّه لا يجوز لها بذل نفسها لمطلقها بعوضٍ ولا بغيره.

ولو دفعت إليه مالاً ليقرّ بطلاقها، لم يجز.

وللحنابلة وجهان، أحدهما: الجواز، كما لو بذلت له مالاً ليطلقها(1).

مسألة 1119: لو ادّعي علي غيره أنّه عبده فأنكره، فصالحه علي مالٍ ليقرّ له بالعبودية، لم يجز؛

لأنّه يحلّ حراماً، فإنّ إرقاق الحرّ نفسه لا يحلّ بعوضٍ ولا بغيره.

ولو دفع المدّعي عليه مالاً صلحاً عن دعواه جاز؛ لأنّه يجوز أن يعتق عبده بمالٍ، ولأنّه يقصد بالدفع إليه دفع اليمين الواجبة عليه و الخصومة المتوجّهة إليه.

ولو ادّعي علي غيره ألفاً فأنكره فدفع إليه شيئاً ليقرّ له بالألف، لم يصح، فإنّ أقرّ لزمه ما أقرّ به، ويردّ ما أخذه؛ لأنّا نتبيّن بإقراره كذبه في إنكاره، وأنّ الألف عليه، فيلزمه أدائه بغير عوضٍ، ولا يحلّ له [أخذ] العوض عن أداء الواجب عليه، فإنّ دفع إليه المنكر مالاً صلحاً عن دعواه جاز.

مسألة 1120: لو صالح شاهداً علي أن لا يشهد عليه، لم يصح؛

لأنّ المشهود به إن كان حقاً لآدميٍّ - كالدّين - أو لله تعالى - كالزكاة - فإنّ كان الشاهد يعرف ذلك، لم يجز له أخذ العوض علي تركه، كما لا يجوز له أخذ العوض علي ترك الصلاة، وإن كان كذباً لم يجز له أخذ العوض علي تركه، كما لا يجوز أخذ العوض علي ترك شرب الخمر.

وإن صالحه علي أن لا يشهد عليه بالزور، لم يصح؛ لأنّ ترك ذلك واجب عليه، ويحرم عليه فعله، فلا يجوز أخذ العوض عنه، كما لا يجوز

ص: 131

1- المغني 5:32، الشرح الكبير 5:7.

أن يصلحه علي أن لا يقتله ولا يغصب ماله.

وإن صلحه علي أن لا يشهد عليه بما يوجب الحد كالزنا والسرقه، لم يجز أخذ العوض عنه؛ لأن ذلك ليس بحق له، فلا يجوز له أخذ عوضه، كسائر ما ليس بحق له.

ولو صالح السارق والزاني والشارب بمالٍ علي أن لا يرفعه إلي السلطان، لم يصح كذلك، ولم يجز له أخذ العوض.

ولو صلحه عن حد القذف، لم يصح؛ لأنه إن كان لله تعالى لم يجز (1) له أن يأخذ عوضه؛ لكونه ليس بحق له، فأشبه حد الزنا، وإن كان حقاً له لم يصح الصلح؛ لأنه لا يجوز الاعتياض عنه؛ لأنه ليس من الحقوق الماليّة، ولهذا لا يسقط إلي بدلٍ بخلاف القصاص، ولأنه شرع لتتزيه العرّض، فلا يجوز أن يعاوض عن عرّضه بمالٍ.

والأقرب: عدم سقوط الحد بالصلح.

وللحنابلة وجهان مبنيان علي كونه حقاً لله تعالى فلا يصح الصلح عنه، كحد الزنا، وكونه حقاً للآدمي فيسقط، كالقصاص (2).

ولو صالح عن حق الشفعة، جاز عندنا؛ لأنه حقّ تعلق بالمال، فجاز الاعتياض عنه به، كغيره من الحقوق الماليّة.

وَمَنَعَ منه الحنابلة؛ لأنّ الشفعة حقّ شرع علي خلاف الأصل لدفع ضرر الشركة، فإذا رضي بالتزام الضرر سقط الحق من غير بدلٍ (3).

وهو ممنوع.

مسألة 1121: لا يجوز أن يحفر في الطرق النافذة بئراً لنفسه،

سواء

ص: 132

1- في الطبعة الحجرية: «لم يكن» بدل «لم يجز».

2- المغني 33:5، الشرح الكبير 19:5.

3- المغني 34:5، الشرح الكبير 19:5.

جعلها لماء المطر أو يستخرج منها ماء ينتفع به، و لا غير ذلك.

ولو أراد حفرها للمسلمين و نفعهم أو لينتفع بها الطريق بأن يحفرها ليستقي الناس من مائها و يشرب منه المائّة أو لينزل فيها ماء المطر عن الطريق، فإن تضرّر بها المسلمون أو كان الدرب ضيقاً أو يحفرها في ممرّ الناس بحيث يخاف سقوط إنسانٍ فيها أو دابةٌ أو يضيق عليهم ممرّهم، لم يجز ذلك؛ لأنّ ضررها أكثر من نفعها.

وإن حفرها في زاويةٍ من طريقٍ واسع و جعل عليها ما يمنع الوقوع فيها، فالأقرب: الجواز؛ لأنّه نفع لا ضرر فيه، لكن مع الضمان.

وإن كان الدرب غير نافذٍ، لم يجز شيء من ذلك مطلقاً إلا بإذن أربابه؛ لأنّه ملكٌ لقومٍ معيّنين، فلا يجوز فعله إلا بإذنهم، كما لو فعله في بستان غيره.

ولو صالح أهل الدرب علي ذلك جاز، سواء حفرها لنفسه أو لينزل فيها ماء المطر عن داره أو ليستقي منها ماءً لنفسه، أو حفرها للسبيل و نفع الطريق.

و كذا إن فعل ذلك في ملك إنسانٍ معيّن.

مسألة 1122: قد بينّا أنّه يجوز إخراج الميازيب في الطرق النافذة

إذا لم يمنع منه أحد يتضرّر به - و به قال أبو حنيفة و مالك و الشافعي (1) - لأنّ عمر بن الخطّاب اجتاز علي دار العبّاس و قد نصب ميازباً إلي الطريق، فقلعه، فقال العبّاس: قلعه و قد نصبه رسول الله صلي الله عليه و آله بيده (2)، و ما فعله النبي صلي الله عليه و آله جاز لغيره فعله؛ عملاً بالتأسي ما لم يقدّم دليل علي اختصاصه، و لأنّ الحاجة تدعو إلي ذلك، و لا يمكنه ردّ مائه إلي داره.

ص: 133

1- المغني 5:36، الشرح الكبير 5:29.

2- تقدّم تخريجه في ص 42، الهامش (1).

وقال أحمد: لا يجوز؛ لأنه تصرف في هواءٍ مشتركٍ بينه وبين غيره بغير إذنه فلم يجوز، كغير النافذ(1).

وعدم الإذن ممنوع بوضع عامّة الناس في الأمصار بأسرها علي استمرار الدهور.

مسألة 1123: قد بينّا أنّه لا يجوز وضع الجدوع علي حائط الجار إلّا بإذنه، و بينّا الخلاف.

إشارة

وكذا في جدار المسجد.

وعن أحمد روايتان، إحداهما: الجواز؛ لأنّه إذا جاز في ملك الجار مع أنّ [حقّه] (2) مبنيّ علي الشحّ والتصديق، ففي حقّ الله تعالى المبنيّ علي المسامحة والمساهلة أولي (3).

وكلتا المقدمتين ممنوعة.

فرع: علي قول أحمد إذا كان له وضع خشبٍ علي جدار غيره، لم يملك إعارته ولا إجارتها؛

لأنّه إنّما كان له ذلك لحاجته الماسّة إلي وضع خشبه، ولا حاجة له إلي وضع خشبة غيره، فلم يملكه.

وكذلك لا يملك بيع حقّه من وضع خشبه ولا المصالحة عنه للمالك ولا لغيره؛ لأنّه أبيع له لحاجته إليه، فلا يجوز [التخطي] (4) كطعام غيره إذا أبيع له للضرورة لم يملك إباحتها غيره (5).

ولو تنازعا مستأً بين نهر أحدهما وأرض الآخر أو بين أرضيهما أو

ص: 134

1- المغني 5:36-37، الشرح الكبير 5:30.

2- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطيّة والحجريّة: «حائطه». والمثبت كما في المصدر.

3- المغني والشرح الكبير 5:38.

4- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطيّة والحجريّة: «التخطئة». والظاهر ما أثبتناه.

5- المغني 5:39، الشرح الكبير 5:39-40.

نهر بهما، تحالفا، و كانت بينهما؛ لأنّها حاجز بين ملكيهما، كالحائط بين الملكين.

مسألة 1124: لو كان السُّفْلُ لرجلٍ و العلوّ لآخر، فانهدم السقف الذي بينهما، لم يُجبر أحدهما علي عمارته لو امتنع

- و للشافعي قولان، و عن أحمد روايتان(1) - للأصل.

و لو انهدمت حيطان السُّفْل و أراد صاحب العلوّ بناءه، لم يُمنع من ذلك؛ توصلاً إليّ تحصيل ملكه.

فإن بناه بآلته، فهو علي ما كان.

و إن بناه بآلة من عنده، لم يكن له منع صاحب السُّفْل من السكني - و به قال الشافعي (2) - لأنّ ملكه لم يخرج عن السُّفْل، و السكني إنّما هي إقامته في فناء الحيطان من غير تصرّف فيها، فأشبهه الاستظلال بها من خارج.

و مَنع أبو حنيفة من السكني؛ لأنّ البيت إنّما يُبنى للسكني فلم يملكه، كغيره (3).

و ليس بشيء؛ إذ لا يمنع من التصرف في ملكه المختصّ به.

و عن أحمد روايتان(4).

مسألة 1125: لو كان الحائط بينهما نصفين فاتقفا علي بناءه أثلاثاً أو بالعكس، جاز،

كما لو تبرّع أحدهما ببنائه.

و مَنع الحنابلة من تساويهما في البناء لو اختلفا في الاستحقاق؛ لأنّه يصلح علي بعض ملكه ببعض فلم يصحّ، كما لو أقرّ له مدارٍ فصالحه علي

ص: 135

1- المغني 48:5، الشرح الكبير 47:5. (2-4) المغني 49:5، الشرح الكبير 47:5.

والملازمة ممنوعة، وكذا الحكم في الأصل ممنوع.

ولو اتفقا علي أن يحمله كل واحدٍ منهما ما شاء، لم يجز؛ لجهالة الحمل، وإته يحمله من الأثقال ما لا طاقة له بحمله.

مسألة 1126: لو كان سطح أحدهما أعلي من سطح الآخر، لم يُمنع صاحب الأعلى من الصعود علي سطحه،

و لا يحلّ له الإشراف علي سطح جاره.

وقال أحمد: ليس لصاحب العلوّ الصعودُ علي سطحه علي وجهٍ يشرف علي سطح جاره إلا أن يبني سترةً تستره(2).

ومذهبنا أنه لا يجب بناء السترة - وبه قال الشافعي(3) - لأنه حاجز بين ملكيهما فلا يُجبر عليه، كالأسفل.

احتجّ أحمد بأنه يحرم عليه الاطلاع والإشراف علي جاره؛ لأنّ النبيّ صلي الله عليه وآله قال: «لو أنّ رجلاً اطّلع عليك فخذفته بحصاة ففقت عينه لم يكن عليك جناح»(4)(5).

ونحن نقول بموجبه، فإنّ الاطلاع حرام عندنا، أمّا العلوّ بالسطح فلا.

مسألة 1127: لو تنازع اثنان جملاً، فإن كان لأحدهما عليه حملٌ كان صاحب الحمل أولي،

وبه قال الشافعي وإن لم يحكم بالجدار لصاحب الجذوع التي عليه، وفرّق بأنّ الحائط ينتفع به كل واحدٍ منهما وإن كان

ص: 136

1- المغني 50:5، الشرح الكبير 49:5.

2- بحر المذهب 41:8، المغني 52:5، الشرح الكبير 52:5-53.

3- بحر المذهب 41:8، المغني 52:5، الشرح الكبير 53:5.

4- صحيح البخاري 9-8-9، صحيح مسلم 3/44/1699.

5- المغني 53-52:5، الشرح الكبير 53:5.

صاحب الجدوع أكثر منفعةً، وأمّا الجمل فالانتفاع لصاحب الحمل، دون الآخر(1).

وهذا الفرق ليس بشيء، بل انتفاع صاحب الجدوع بالجدار أدوم.

ولو تنازعا عبداً ولأحدهما عليه ثوبٌ لابس، تساويا فيه، بخلاف الحمل؛ لأنّ صاحب الثوب لا ينتفع بلبّس العبد له، بخلاف الحمل، ولأنّ الحمل لا يجوز أن يحمله عليّ الجمل إلاّ بحقّ، ويجوز أن يجبر العبد عليّ لبّس قميص غير مالكة إذا كان عرياناً وبذله، فافترقا.

مسألة 1128: لو كان في يد شخصين درهمان فأدعاهما أحدهما وادّعى الآخر واحداً منهما، أُعطي مدّعيهما معاً درهماً،

وكان الدرهم الآخر بينهما نصفين؛ لأنّ مدّعي أحدهما غير منازع في الدرهم الآخر، فتحكم به لمدّعيهما، وقد تساويا في دعوي أحدهما يداً ودعوي، فيحكم به لهما.

هذا إذا لم توجد بيّنة.

والأقرب: إنّه لا بدّ من اليمين، فيحلف كلّ واحدٍ منهما عليّ استحقاق نصف الآخر الذي تصادمت دعواهما فيه، فمنّ نكل منهما قُضي به للآخر.

ولو نكلا معاً أو حلفا معاً، قُسم بينهما نصفين؛ لما رواه عبد الله بن المغيرة عن غير واحدٍ من أصحابنا عن الصادق عليه السلام: في رجلين كان معهما درهمان، فقال أحدهما: الدرهمان لي، وقال الآخر: هما بيني وبينك، قال: فقال الصادق عليه السلام: «أمّا أحد الدرهمين ليس له فيه شيء، وإنّه لصاحبه، ويُقسم الدرهم الباقي بينهما نصفين»(2).

مسألة 1129: لو أودع رجل عند آخر دينارين وأدعه آخر ديناراً وامتزجا ثمّ ضاع دينار منهما،

فإن كان بغير تفریط منه في الحفظ ولا في

ص: 137

1- البيان 13:196، المغني 12:228، وراجع الهامش (3) من ص 583.

2- التهذيب 6:481/208.

المزج بأن أذنا له في المزج أو حصل المزج بغير فعله ولا اختياره، فلا ضمان عليه؛ لأصالة البراءة، ولو قرط ضمن التالف.

هذا بالنظر إلي المستودع، وأما المال الباقي فإنه يعطي صاحب الدينارين ديناراً؛ لأن خصمه يسلم له أنه لا يستحق منه شيئاً، ويبقى الدينار الآخر تتصادم دعواهما فيه، فيقسم بينهما نصفين؛ لما رواه السكوني عن الصادق عن آبائه عليهم السلام: في رجل استودع رجلاً دينارين و استودعه آخر ديناراً فضاع دينار منهما، فقال: «يعطي صاحب الدينارين ديناراً، و يقتسمان الدينار الباقي بينهما نصفين» (1).

ولو كان ذلك في متساوي الأجزاء الممتزج مزجاً يرفع الامتياز، كما لو استودعه أحدهما قفيزين من حنطة أو شعير أو دخن و شبيهه، و استودعه الآخر قفيزاً مثلهما ثم امتزج المالان و تلف قفيز من الممتزج، فإن الأقوي هنا أن يقسم المال التالف بينهما علي نسبة المالين، فيكون لصاحب القفيزين قفيز و ثلث قفيز، و لصاحب القفيز ثلثا قفيز.

و الفرق ظاهر؛ لأن عين أحد الدينارين غير مستحق لصاحب الدينار.

مسألة 1130: لو اشترى العامل في البضاعة ثوباً بثلاثين درهماً،

و اشترى من مال المباح الآخر ثوباً بعشرين درهماً، ثم امتزج الثوبان، فإن خيّر أحدهما صاحبه فقد أنصفه، و إن تعاسرا بيعاً معاً، و بسط الثمن علي القيمتين، فيأخذ صاحب الثلاثين ثلاثة أخماس الثمن، و يأخذ صاحب العشرين خُمسي الثمن؛ إذ الظاهر عدم التغابن، و أنّ كلّ واحدٍ منهما اشترى بقيمته و باع بالنسبة.

ص: 138

ولما رواه إسحاق بن عمار عن الصادق عليه السلام أنه قال في الرجل يبضعه الرجل ثلاثين درهماً في ثوبٍ و آخر عشرين درهماً في ثوبٍ، فبعث الثوبين فلم يعرف هذا ثوبه ولا هذا ثوبه، قال: «يُباع الثوبان فيعطي صاحب الثلاثين ثلاثة أخماس الثمن، والآخر خُمسي الثمن» قال: قلت: فإنَّ صاحب العشرين قال لصاحب الثلاثين: اختر أيهما شئت، قال: «قد أنصفه» (1).

ولو بيعا منفردين، فإن تساويا في الثمن فلكلِّ مثل صاحبه؛ ليميّز حقَّ كلِّ واحدٍ منهما عن حقِّ الآخر، وإن تفاوتتا كان أقلُّ الثمنين لصاحب العشرين وأكثرهما لصاحب الثلاثين؛ قضاءً بالظاهر من عدم الغبن.

مسألة 1131: لو تنازعا في دابّةٍ فادّعاها كلُّ واحدٍ منهما و كان أحدهما راكبها و الآخر قابض لجامها و لا بينة،

إشارة

قال الشيخ رحمه الله: يُحكم بها لهما، و تُجعل بينهما نصفين (2)، و به قال أبو إسحاق المروزي (3)؛ لأنَّ لكلِّ واحدٍ منهما يداً عليها.

وقال باقي العامة: يُحكم بها للراكب؛ لبُعد تمكين صاحب الدابّة غيره من ركوبها، وإمكان أخذ اللجام من صاحب الدابّة (4). وهو الأقوي عندي.

ولو تنازعا ثوباً في يدهما، قضى لهما معاً بالسوية وإن كان في يد أحدهما أكثر؛ لتساويهما في اليد والدعوى، وكلّ ذلك مع عدم البينة

ص: 139

1- الكافي 7: 421-422/2، الفقيه 3: 62/23، التهذيب 4: 482/208.

2- الخلاف 3: 296، المسألة 5 من كتاب الصلح.

3- المهذب - للشيرازي - 2: 318، حلية العلماء 8: 212، العزيز شرح الوجيز 5: 122.

4- المهذب - للشيرازي - 2: 318، الوجيز 1: 180-181، الوسيط 4: 64، حلية العلماء 8: 211، البيان 13: 196، العزيز شرح الوجيز 5: 122.

و اليمين.

ولو كان باب غرفة البيت مفتوحاً إلي الجار فادّعاها كلُّ من صاحب الأسفل و الجار، حُكم بالغرفة لصاحب الأسفل؛ لأنَّ مَنْ مَلَكَ القرار مَلَكَ الهواء، وفتح الباب يحتمل الإعارة.

أمّا لو كانت الغرفة تحت تصرّف الجار، فالأقرب: الحكم له بها؛ قضاءً باليد الدالّة علي الملكيّة.

تذنيب: لو بني مسجداً في أرضٍ اشتراها من غيره، فادّعاها ثالثٌ،

فإن صدّقه المشتري أو البائع كان علي المصدّق القيمة، و لو كذّباه فصالحه بعض جيران المسجد صحّ الصلح؛ لأنّه بذل مالٍ علي طريق البرّ.

تذنيبٌ آخر: لو تداعي ذو البابين في المنقطع الدرّيّة، حُكم بينهما لهما من رأس الدرّيّة إلي الأوّل،

و ما بين البابين للثاني، و الفاصل إلي صدر الدرب يحتمل قوياً الشركة، و اختصاص الأخير.

تمّ الجزء العاشر (1) من كتاب تذكرة الفقهاء بحمد الله تعالى و منه، و يتلوه في الجزء الحادي عشر (2) - بتوفيق الله تعالى - كتاب الأمانات و توابعها، و فيه مقاصد.

فرغْتُ من تسويده ثامن عشري صفر - حُتم بالخير و الظفر - من سنة خمس عشرة و سبعمائة بالسلطانيّة.

و كتب العبد الفقير إلي الله تعالى حسن بن يوسف بن المطهرّ، و الحمد لله وحده، و صلّي الله علي سيّدنا و مولانا محمّد النبي و آله الطاهرين.

ص: 140

1- حسب تجزئة المصنّف رحمه الله.

2- حسب تجزئة المصنّف رحمه الله.

كتاب الأمانات و توابعها

إشارة

و فيه مقاصد:

المقصد الأول: الوديعة

إشارة

و فيه فصول:

الفصل الأول: الماهية

إشارة

الوديعة مشتقة من «ودع، يدع» إذا استقرّ وسكن، من قولهم: «يدع كذا» أي يتركه، و الوديعة متروكة مستقرّة عند المستودع.

وقيل: إنها مشتقة من الدعة، وهي الخفض والراحة، يقال: ودع الرجل فهو وديع و وادع، لأنها في دعة عند المودع لا تتبدّل ولا تستعمل (1).

و الوديعة تُطلق في العرف علي المال الموضوع عند الغير ليحفظه، و الجمع: الودائع. و استودعه الوديعة، أي: استحفظه إيّاها.

و عن الكسائي: يقال: أودعته كذا: إذا دفعت إليه الوديعة. و أودعته كذا: إذا دفع إليك الوديعة فقبلتها، و هو من الأضداد (2).

و المشهور في الاستعمال المعني الأول.

و هي جائزة بالكتاب و السنة و الإجماع.

قال الله تعالى: «إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا» (3)

ص: 141

1- البيان 6:421، العزيز شرح الوجيز 7:286-287.

2- كما في العزيز شرح الوجيز 7:286.

3- النساء: 58.

وقال تعالى: «فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِمِنَ أَمَانَتَهُ وَ لِيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ» (1).

وما رواه العامة عن أبي بن كعب أن النبي صلى الله عليه وآله قال: «أدّ الأمانة إلي من ائتمنك، ولا تخن من خانك» (2).

وروي أنه عليه السلام كان عنده ودائع، فلما أراد الهجرة أودعها عند أم أيمن، وأمر علياً عليه السلام بردها علي أهلها (3).

ومن طريق الخاصة: ما رواه ابن أخي الفضيل بن يسار قال: كنت عند الصادق عليه السلام ودخلت امرأة و كنت أقرب القوم إليها، فقالت لي: اسأله، فقلت: عمّا ذا؟ فقالت: إن أبي مات وترك مالا كان في يد أخي فأتلفه ثم أفاد مالا فأودعنيه، فلي أن آخذ منه بقدر ما أتلف من شيء؟ فأخبرته بذلك، فقال: «لا، قال رسول الله صلى الله عليه وآله: أدّ الأمانة إلي من ائتمنك، ولا تخن من خانك» (4).

وعن حسين بن مصعب قال: سمعت الصادق عليه السلام يقول: «ثلاثة لا عذر فيها لأحد: أداء الأمانة إلي البرّ والفاجر، وبرّ الوالدين برّين كانا أو فاجرّين، والوفاء بالعهد للبرّ والفاجر» (5).

وعن محمد بن علي الحلبي قال: استودعني رجل من مواليك.

ص: 142

1- البقرة: 283.

2- سنن أبي داود 3: 3534/290، سنن الدارقطني 3: 141/35، سنن البيهقي 10: 270، مسند أحمد 4: 14998/423.

3- الحاوي الكبير 8: 355-356، البيان 6: 422، المغني 7: 280، سنن البيهقي 6: 289.

4- التهذيب 6: 981/348، الاستبصار 3: 52-172/53.

5- التهذيب 6: 988/350، وفي الكافي 5: 1/132 بتقديم وتأخير في بعض الجملات.

بني مروان ألف دينار فغاب فلم أدر ما أصنع بالدنانير، فأتيت أبا عبد الله الصادق عليه السلام فذكرت ذلك له وقلت: أنت أحقّ بها، فقال: «لا، لأنّ أبي كان يقول: إنّما نحن فيهم بمنزلة هدنة نؤدّي أمانتهم ونردّ ضالّتهم و نقيم الشهادة لهم وعليهم، فإذا تفرّقت الأهواء لم يسع أحدٌ المقام»⁽¹⁾.

وقال الصادق عليه السلام: «كان أبي يقول: أربع من كُنّ فيه كمل إيمانه، ولو كان ما بين قرنه إليّ قدمه ذنوب لم ينتقصه ذلك» قال: «وهي الصدق و أداء الأمانة و الحياء و حسن الخلق»⁽²⁾.

وقال الكاظم عليه السلام: «أهل الأرض مرحومون ما يخافون و أدّوا الأمانة و عملوا بالحقّ»⁽³⁾.

وقال الحسين الشيباني للصادق عليه السلام: إنّ رجلاً من مواليك يستحلّ مال بني أمية و دماءهم، وإنّه وقع لهم عنده ودعة، فقال عليه السلام: «أدّوا الأمانات إليّ أهلها و إن كانوا مجوساً»⁽⁴⁾، فإنّ ذلك لا يكون حتى يقوم قائمنا فيحلّ و يحرم»⁽⁵⁾.

وقال الصادق عليه السلام: «اتّقوا الله و عليكم بأداء الأمانة إليّ من اتّمنكم، فلو أنّ قاتل عليّ اتّمنني عليّ أداء الأمانة لأدّيتها إليه»⁽⁶⁾.

وقد أجمع المسلمون كافّةً عليّ جوازها، و تواترت الأخبار بذلك.

ولأنّ الحكمة تقتضي تسويغها، فإنّ الحاجة قد تدعو إليها لاحتياج⁶.

ص: 143

1- التهذيب 6:350/989.

2- التهذيب 6:350/990.

3- التهذيب 6:350/991.

4- في «خ» و الكافي: «مجوسياً».

5- الكافي 5:132-133/2، التهذيب 6:351/993.

6- الكافي 5:133/4، التهذيب 6:351/995.

الناس إلي حفظ أموالهم، وربما تعدّر ذلك عليهم بأنفسهم إمّا لخوفٍ أو سفرٍ أو عدم حرزٍ، فلو لم يشرع الاستيداع لزم الحرج المنفي بقوله تعالى:

«ما جعلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ» (1) ولأنه نفعٌ لا ضرر فيه، فكان مشروعاً.

مسألة 1: إذا عرفت الوديعة في عرف اللغة، فهي في عرف الفقهاء عبارة عن عقد يفيد الاستنابة في الحفظ،

لكن قد عرفت أنّ العرف اللغوي يقتضي أن تكون هي المال، وكذا العرف العامي، والإيداع هو العقد.

وهي جائزة من الطرفين بالإجماع، لكلّ منهما فسخه.

ولا بدّ فيها من إيجابٍ وقبولٍ.

فالإيجاب هو كلّ لفظٍ دالّ علي الاستنابة بأيّ عبارة كان، ولا- ينحصر في لغةٍ دون أُخري، ولا في عبارةٍ دون عبارةٍ، ولا يفتقر إلي التصريح، بل يكفي التلويح والإشارة والاستعطاء.

والقبول قد يكون بالقول، وهو كلّ لفظٍ يدلّ علي الرضا بالنيابة في الحفظ بأيّ عبارة كان، وقد يكون بالفعل.

وهل الوديعة عقد برأسه، أو إذن مجرد؟ الأقرب: الأوّل.

مسألة 2: إذا دفع الإنسان إلي غيره وديعةً وكان المدفوع إليه عاجزاً عن حفظها،

لم يجز له قبولها؛ لما فيه من إضاعة مال الغير، وقد نهى النبيّ صلي الله عليه وآله عنه (2).

وإن كان قادراً لكنّه غير واثقٍ من نفسه بالأمانة، لم يجز له القبول؛

ص: 144

1- الحجّ: 78.

2- صحيح البخاري 2: 139، و 9: 118، سنن البيهقي 6: 63، سنن الدارمي 2: 311، مسند أحمد 5: 305 و 17727/312 و 17768.

لما فيه من التعريض للتفريط في مال الغير، وهو محرّم، وهو أحد قولَي الشافعيّة. والثاني لهم: إنّه يكره(1).

ولو كان قادراً عليّ الحفظ واثقاً بأمانة نفسه، استحَبّ له القبول؛ لما فيه من المعاونة عليّ البرّ وقضاء حوائج الإخوان.

ولو لم يكن هناك غيره، فالأقوي: إنّه يجب عليه القبول؛ لأنّه من المصالح العامّة. وبالجملة، فالقبول واجب عليّ الكفاية.

ولو تضمّن القبول ضرراً في نفسه أو ماله أو خاف عليّ بعض المؤمنين أو تضمّن إتلاف منفعة نفسه أو حرزه في الحفظ من غير عوضٍ، لم يجب القبول.

مسألة 3: الألفاظ المتداولة بين الناس من الإيجاب الذي يتضمّنه عقد الوديعة: استودعتك هذا المال،

أو: أودعتك، أو: استحفطتك، أو:

أثبتك في حفظه، أو: استبتك فيه، أو: احفظه، أو: هو وديعة عندك، و ما في معناه من الصيغ الصادرة من جهة المودع، الدالّة عليّ الاستحفاظ.

ولا يعتبر القبول لفظاً كما تقدّم(2)، بل يكفي القبض [بكفيّته](3) في العقار والمنقول، وهو قول بعض الشافعيّة(4).

وقال بعضهم: لا يكفي القبض، بل لا بدّ من لفظٍ دالّ عليّ القبول(5).

ص: 145

1- العزيز شرح الوجيز 287:7، روضة الطالبين 286:5.

2- في ص 144، ذيل المسألة 1.

3- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطيّة والحجريّة: «يكفيه». والمثبت هو الصحيح.

4- العزيز شرح الوجيز 288:7، روضة الطالبين 286:5.

5- التهذيب - للبعوي - 116:5، العزيز شرح الوجيز 288:7، روضة الطالبين 286:5.

وقال بعضهم: إن كان المودع قد قال: أودعتك، وشبهه ممّا هو علي صيغ العقود، وجب القبول لفظاً، وإن قال: احفظه، أو: هو وديعة عندك، لم يفتقر إلي لفظ يدلّ علي القبول، كما تقدّم في الوكالة(1).

مسألة 4: لا بدّ من التنجيز،

فلو قال: إذا جاء رأس الشهر فقد أودعتك مالي معه(2)، لم يصح الإيداع - وهو قول بعض الشافعية(3) - لأصالة العدم. وقال بعضهم: يصحّ(4).

وقال آخرون منهم: القياس تخريجه علي الخلاف في تعليق الوكالة(5).

وقيل: الإيداع عبارة عن الاستنابة في الحفظ، وهو توكيل خاصّ، و [الوكيل و الموكل] يُسمّيان في هذا التوكيل المودع و المودع(4).

ولو جاء بماله و وضعه بين يدي غيره و لم يتلفظ بشيءٍ لم يحصل الإيداع، فإن قبضه الموضوع عنده ضمنه.

وكذا لو كان قد قال من قبل: إنّي أريد أن أودعك، ثمّ جاء بالمال.

ولو قال: هذه وديعتي عندك فاحفظه، و وضعه بين يديه، فإن أخذه الموضوع عنده تمّت الوديعة؛ لأنّها لا تعتبر القبول اللفظي، وإن لم يأخذه فإن لم يتلفظ بشيءٍ لم يكن وديعةً، حتى لو ذهب و تركه فلا ضمان عليه، لكن يأنم إن كان ذهابه بعد ما غاب المالك.

ص: 146

1- العزيز شرح الوجيز 288:7، روضة الطالبين 286:5.

2- في النسخ الخطيّة: «بعد» بدل «معه».

3- العزيز شرح الوجيز 288:7، روضة الطالبين 286:5. (4 و 5) العزيز شرح الوجيز 288:7، روضة الطالبين 286:5.

4- العزيز شرح الوجيز 288:7، و ما بين المعقوفين أضفناه من المصدر.

وإن قال: قبلت، أو: ضَع، فوضعه، كان إيداعاً، كما لو أخذه بيده، وبه قال بعض الشافعية (1).

وقال بعضهم: لا يكون إيداعاً ما لم يقبض (2).

وقال آخرون بالتفصيل، فإن كان الموضع في يده، فقال: ضَعه، دخل المال في يده؛ لحصوله في الموضع الذي هو في يده. وإن لم يكن كما لو قال: انظر إلي متاعي في دكانِي، فقال: نعم، لم يكن وديعة (3).

وعلي ما اخترناه من أنه وديعة مطلقاً لو ذهب الموضوع عنده وتركه، فإن كان المالك حاضراً بعدُ فهو ردُّ للوديعة، وإن غاب المالك ضمنه.

مسألة 5: قد ذكرنا أن الوديعة من العقود الجائزة من الطرفين لكل منهما فسخها إجماعاً،

وقد تقدم (2) أنه توكيلٌ خاصٌ، والوكالة جائزة من الطرفين، فإذا أراد المالك الاسترداد لم يكن للمستودع المنع، ووجب عليه الدفع، ولو أراد المستودع الرد لم يكن للمودع أن يمتنع من القبول؛ لأنه متبرع بالحفظ.

ولو عزل المستودع نفسه، ارتفعت الوديعة، وبقي المال أمانةً مطلقة شرعية في يده، كالثوب الطائر بالهواء إلي داره، وكاللقطة في يد الملتقط بعد ما عرف المالك، وهو أحد قولِي الشافعية. والثاني: إن العزل لغو.

والأصل في هذا الخلاف مبني علي أن الوديعة مجرد إذن، أم عقد؟ إن قلنا: إنها مجرد إذن، فالعزل لغو، كما لو أذن في تناول طعامه للضيفان،

ص: 147

1- التهذيب - للبخاري - 116:5، العزيز شرح الوجيز 288:7، روضة الطالبين 287:5. (2 و 3) العزيز شرح الوجيز 288:7، روضة الطالبين 287:5.

2- في ص 146، ضمن المسألة 4.

فقال بعضهم: عزلت نفسي، يلغو قوله، ويكون له الأكل بالإذن السابق، فعلي هذا تبقي الوديعة بحالها. وإن قلنا: إنَّها عقد، ارتفعت الوديعة، وبقي المال أمانةً مجردة، وعليه الردّ عند التمكّن وإن لم يطالب المالك - وهو أظهر وجهي الشافعيّة - ولو لم يفعل ضمن(1).5.

ص: 148

1- العزيز شرح الوجيز 7:291، روضة الطالبين 5:289.

مسألة 6: يشترط في المستودع والمودع التكليف،

فلا يصح الإيداع إلا من مكلفٍ، فلو أودع الصبي أو المجنون غيره شيئاً، لم يجز له قبوله منهما، فإن قبله وأخذه من أحدهما ضمن. ولا يزول الضمان إلا بالردّ إلي الناظر في أمرهما، ولورده إليهما لم يبرأ من الضمان؛ لأنّهما محجور عليهما.

ولو خاف هلاكه فأخذه منهما إرفاقاً لهما ونظراً في مصلحتهما علي وجه الحسبة صوتاً له، فالأقرب: عدم الضمان؛ لأنّه محسن إليهما، وقد قال تعالي: «ما عَلَي الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ» (1) وهو أحد وجهي الشافعية، والثاني: إنّه [ضامن] (2) كالوجهين - عندهم - فيما إذا أخذ المُحرّم صيداً من جارحةٍ [ليتعهده] (3). و الظاهر عندهم: عدم الضمان (4).

مسألة 7: كما أنّ التكليف شرط في المودع كذا هو شرط في المستودع،

فلا يصح الإيداع إلا عند مكلفٍ؛ لأنّه استحفاظ، والصبي

ص: 149

1- التوبة: 91.

2- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطيّة والحجريّة: «لا ضمان عليه». والمثبت يقتضيه السياق.

3- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطيّة والحجريّة: «ليتعهدها». والمثبت هو الصحيح.

4- الحاوي الكبير 8: 384، المهذب - للشيرازي - 1: 366، الوجيز 1: 284، حلية العلماء 5: 167، التهذيب - للبخاري - 5: 116، البيان

6: 423، العزيز شرح الوجيز 7: 289، روضة الطالبين 5: 287.

والمجنون ليسا من أهل الحفظ، فلو أودع مالاً عند صبيٍّ أو مجنونٍ فتلف فلا ضمان عليهما؛ إذ ليس علي أحدهما حفظه، فأشبهه ما لو تركه عند بالغٍ من غير استحفاظٍ فتلف.

ولو أتلفه الصبي أو المجنون، فالأقرب عندي: إنَّ عليهما الضمان؛ لأنَّهما أتلفا مال الغير بالأكل أو غيره فضمنناه، كغير الوديعة، وبه قال أحمد و الشافعي في أظهر القولين.

و الثاني: إنَّهما لا يضمنان؛ لأنَّ المالك سلَّطهما عليه، فصار كما لو أقرضه أو باعه منه وأقبضه فأتلفه، لم يكن عليه ضمان، ألا ترى أنه لو دفع إلي صغيرٍ سكيناً فوقع عليها فتلف، كان ضمانه علي عاقلة الدافع، وبه قال أبو حنيفة(1).

وهو ممنوع؛ للفرق بين الإيداع، والبيع والإقراض؛ لأنَّ ذلك تمليك وتسليط علي التصرف، والإيداع تسليط علي الحفظ دون الإتلاف و التصرف، ويخالف دفع السكين؛ لأنه سبب في الإتلاف، ودفع الوديعة ليس سبباً في إتلافها.

ولو أودع ماله عند عبدٍ، فإن تلف عنده من غير تفريطٍ فلا ضمان عليه، وإن تلف بتفريطه أو أتلفه ضمن، وكان المال متعلقاً بدمته لا بربقته، كما لو أتلف ابتداءً.

ولا فرق بين أن يأذن له سيده في الاستيداع أو يمنعه، ويتبع ذلك 3.

ص: 150

1- المغني 7:296، الشرح الكبير 7:312، المهذب - للشيرازي - 1:366، الوجيز 1:284، حلية العلماء 5:167-168، التهذيب - للبخاري - 5:116، البيان 6:424، العزيز شرح الوجيز 7:289-290، روضة الطالبين 5:287، المبسوط - للسرخسي - 11:118، طريقة الخلاف بين الأسلاف: 303.

بعد العتق، فإن مات عبداً سقط المال، ولم يتعلّق بالسيد شيء منه وإن أذن له؛ لأنّه إنّما أذن له في الاحتفاظ لا في الإتلاف.

و للشافعية قولان:

أحدهما: إنّ الضمان يتعلّق برقبته، كما لو أتلّف ابتداءً (1).

و الأصل عندنا ممنوع.

و الثاني: إنّ يتعلّق بذمّته دون رقبته - كما قلناه - كما لو باع منه، فيه الخلاف المذكور في الصبي (2).

و إيداع السفينة و الإيداع عنده كإيداع الصبي و الإيداع عنده.

مسألة 8: و لا بُدّ في المتعاقدين من جواز التصرف،

فلا يصحّ من المحجور عليه للسفه و للفلس الإيداع و الاستيداع، علي إشكالٍ في استيداع المفلس، و الأقرب عندي: جوازه.

و لو جنّ المودع أو المستودع أو مات أحدهما أو أغمي عليه، ارتفعت الوديعة؛ لأنّها إن كانت مجردةً إذن في الحفظ فالمودع بعرضة التغيير، و هذه الأحوال تُبطل إذنه، و المستودع يخرج عن أهلية الحفظ، و إن كانت عقداً فقد سبق (1) أنّها توكيلٌ خاصّ، و الوكالة جائزة فلا تبقي بعد هذه العوارض.

و لو حُجر علي المودع لسفه، كان علي المودع ردّ الوديعة إلي وليّه و هو الحاكم؛ لأنّ إذنه في الإيداع بطل بذلك، و الناظر عليه الحاكم، فوجب دفعها إليه.

مسألة 9: إن قلنا: إنّ الوديعة عقدٌ برأسه، لم يضمنه الصبي،

ص: 151

1- في ص 146، ضمن المسألة 4.

ولم يتعلّق برقبة العبد، وهو قول بعض الشافعية (1).

وإن قلنا: إنّها إذن مجرّد، ضمنه الصبي، وتعلّق برقبة العبد، وهو قول باقي الشافعية (2).

لكنّا بيّنا أنّ الحقّ الأوّل، وأنّ الصبي لا يضمن إلاّ بالإتلاف عليّ إشكال، وأمّا العبد فإنّ الوديعة مع التفريط تتعلّق بذمّته.

إذا عرفت هذا، فولد الجارية المؤدّعة ونتاج الدابة المؤدّعة وديعة كالأمّ.

وقال الشافعية: إن جعلنا الوديعة عقداً فالولد كالأمّ يكون وديعةً، وإلاّ لم يكن وديعةً، بل أمانة شرعيّة مردودة في الحال، حتى لو لم يردّ مع التمكن ضمن عليّ أظهر الوجهين عندهم (3).

وقال بعض الشافعية: إن جعلنا الوديعة عقداً، لم يكن الولد وديعةً، بل أمانة؛ اعتباراً بعقد الرهن والإجارة، وإلاّ فيتعدّي حكم الأمّ إليّ الولد كما في الوصية (1)، أو لا يتعدّي كما في العارية؟ للشافعية وجهان (2).

وعليّ الأصل المذكور خرج بعض الشافعية اعتباراً القبول لفظاً، إن جعلناها عقداً اعتبرناها، وإلاّ اكتفينا بالفعل (3).

والموافق لإطلاق العامة كون الوديعة عقداً، وذكرها من العقود الجائزة (4).5.

ص: 152

1- في المصدر: «الضحية» بدل «الوصية».

2- العزيز شرح الوجيز 7:290، روضة الطالبين 5:288.

3- العزيز شرح الوجيز 7:290.

4- العزيز شرح الوجيز 7:290، روضة الطالبين 5:288.

إشارة

اعلم أنّ الوديعة تستتبع أمرين: الضمان عند التلف، والرّد عند البقاء، لكنّ الضمان لا يجب علي الإطلاق، بل إنّما يجب عند وجود أحد أسبابه، وينظمها شيء واحد هو: التقصير، ولو انتفي التقصير فلا ضمان؛ لأنّ الأصل في الوديعة أنّها أمانة محضّة لا تُضمن بدون التعدي أو التفريط؛ لما رواه العامّة عن النبيّ صلي الله عليه وآله أنّه قال: «ليس علي المستودع ضمان»⁽¹⁾.

وقال عليه السلام: «مَنْ أودع وديعة فلا ضمان عليه»⁽²⁾.

ومن طريق الخاصّة: ما رواه إسحاق بن عمّار أنّه سأل الكاظم عليه السلام عن رجلٍ استودع رجلاً ألف درهم فضاعت، فقال الرجل: كانت عندي وديعة، وقال الآخر: إنّما كانت عليك قرضاً، قال: «المال لازم له إلّا أن يقيم البيّنة أنّها كانت وديعة»⁽³⁾ والاستثناء يقتضي التناقض بين المستثني والمستثني منه، ولما حكم في الأوّل بالضمان ثبت في الاستثناء عدمه.

وعن زرارة - في الحسن - أنّه سأل الصادق عليه السلام عن وديعة الذهب والفضّة، قال: فقال: «كلّما كان من وديعةٍ ولم تكن مضمونةً فلا تلزم»⁽⁴⁾.

وفي الحسن عن الحلبي عن الصادق عليه السلام قال: «صاحب الوديعة والبضاعة مؤتمنان»⁽⁵⁾.

ص: 153

1- سنن البيهقي 6:91، سنن الدارقطني 3:168/41، المغني 7:281.

2- سنن ابن ماجة 2:2401/802.

3- الكافي 5:239/8، التهذيب 7:179/788.

4- الكافي 5:239/7، التهذيب 7:179/789.

5- الكافي 5:238/1، التهذيب 7:179/790.

ولأنَّ اللهَ تعالى سمَّاهَا أمانةً (1)، و الضمان ينافي الأمانة.

و هذا الحكم منقول عن عليٍّ عليه السلام و عن أبي بكر و عمر و ابن مسعود و جابر (2)، و لم يظهر لهم مخالف، فكان إجماعاً.

لا يقال: قد روي أنَّه كان عند أنس وديعة فذهبت فرفع إلي عمر، فقال: هل ذهب معها شيء من مالك؟ قال: لا، قال: اغرمها (3).

لأنَّنا نقول: قول عمر ليس حجَّةً، وربما قال ذلك عند تفریط المستودع في حفظها.

و لأنَّ المستودع إنَّما يحفظها لصاحبها متبرِّعاً بذلك، فلو ألزماه الضمان أدَّى إلي الامتناع عن قبولها، و في ذلك ضرر عظيم؛ لما بيَّناه من الحاجة إليها، و لأنَّ يد المستودع يد المالك.

و إذا عرفت أنَّ السبب الجامع لموجبات الضمان هو التقصير، فلا بُدَّ من الإشارة إلي ما به يصير المستودع مقصراً، و هي سبعة تنظّمها مباحث نذكر لكلِّ سببٍ بحثاً.

البحث الأوّل: في الانتفاع.

مسألة 10: من الأسباب الموجبة للضمان الانتفاع بالوديعة،

فلو استودع ثوباً فلبسه، أو دابةً فركبها، أو جاريةً فاستخدمها، أو كتاباً فنظر فيه

ص: 154

1- النساء: 85.

2- المهذب - للشيرازي - 366:1، البيان 426-425:6، العزيز شرح الوجيز 292:7، المغني 280:7، الشرح الكبير 282:7، الإشراف علي مذاهب أهل العلم 405/252-251:1.

3- الحاوي الكبير 356:8، و في المصنّف - لعبد الرزّاق - 14799/182:8، و سنن البيهقي 289:6 و 290 باختصارٍ.

أو نسخ منه، أو خاتماً فوضعه في إصبعه للترزين به لا للحفظ، فكل ذلك و ما أشبهه خيانة توجب التضمين عند فقهاء الإسلام لا نعلم فيه خلافاً.

هذا إذا انتفي السبب المبيح للاستعمال، أما إذا وُجد السبب المبيح للاستعمال لم يجب الضمان، وذلك بأن يلبس الثوب الصوف - الذي يفسده الدود - للحفظ، فإن مثل هذه الثياب يجب علي المستودع نشرها و تعريضها للريح، بل يجب لبسها إن لم يندفع إلا بأن يلبسها و تعبق(1) بها رائحة الأدمي.

و لو لم يفعل ففسدت، كان عليه الضمان، سواء أذن المالك أو سكت؛ لأنّ الحفظ واجب عليه، و لا يتمّ الحفظ إلا بالاستعمال، فيكون الاستعمال واجباً؛ لأنّ ما لا يتمّ الواجب المطلق إلا به و كان مقدوراً للمكلف فإنه يكون واجباً.

أما لو نهى المالك عن الاستعمال للحفظ فامتنع حتي فسدت، لم يكن ضامناً، و هو أظهر قولّي الشافعيّة(2).

و لهم قولٌ آخر: إنه يكون ضامناً(3).

و المعتمد: الأوّل.

و هل يكون قد فعّل حراماً؟ إشكال، أقرب ذلك؛ لأنّ إضاعة المال منهيّ عنها(2).

و عند الشافعيّة يكره(5).

و لو كان الثوب في صندوقٍ مقفلٍ ففتح القفل ليخرجه و ينشره).

ص: 155

1- أي: تبقي. لسان العرب 10:234 «عبق». (2 و 3 و 5) العزيز شرح الوجيز 7:303، روضة الطالبين 5:296.

2- تقدّم تخريجه في ص 144، الهامش (2).

فالوجه: إنه لا يضمن؛ لأنه لم يقصد إلا الحفظ المأمور به، و ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب، و هو أصح وجهي الشافعية (1).

و لهم وجه آخر: إنه يضمن (2).

هذا إذا علم المستودع، أمّا لو لم يعلم بأن كان في صندوقٍ أو كيسٍ مشدود و لم يُعلمه المالك به، فلا ضمان علي المستودع إجماعاً.

مسألة 11: قد بيتنا أنّ ركوب الدابة خيانة لا مطلقاً،

ولكن مع عدم احتياج الحفظ إليه، فلو احتاج حفظ الدابة المودعة إلي أن يركبها المستودع إمّا أن يخرج بها إلي السقي أو الرعي و كانت لا تنقاد إلا بالركوب، فلا ضمان؛ لعدم التعدي و التفريط حينئذٍ.

و لو كانت الدابة تنقاد بغير ركوبٍ فركب ضمن، إلا مع عجزه عن سقيها أو رعيها بدون ركوبها فإنه يجوز، و لا ضمان.

مسألة 12: لو أخذ المستودع الدراهم المودعة عنده ليصرفها إلي حاجته،

إشارة

أو أخذ الثوب ليلبسه، أو أخرج الدابة من مكانها ليركبها ثم لم يستعمل، ضمن - و به قال الشافعي (3) - لأن الإخراج علي هذا القصد خيانة.

و قال أبو حنيفة: لا يضمن حتي يستعمل (4).

و لو نوي الأخذ و لم يأخذ أو نوي الاستعمال و لم يستعمل، ففي

ص: 156

1- التهذيب - للبغوي - 125:5، العزيز شرح الوجيز 303:7، روضة الطالبين 297:5.

2- التهذيب - للبغوي - 125:5، العزيز شرح الوجيز 303:7، روضة الطالبين 297:5.

3- المهذب - للشيرازي - 368:1، البيان 442:6، العزيز شرح الوجيز 304:7، روضة الطالبين 297:5، المغني 291:7، الشرح الكبير 320:7، بدائع الصنائع 213:6.

4- بدائع الصنائع 213:6، البيان 442:6، العزيز شرح الوجيز 304:7، المغني 291:7، الشرح الكبير 320:7.

الضمان إشكال ينشأ: من أنه لم يحدث في الوديعة قولاً ولا فعلاً، فلم يضمن، كما لو لم ينو، وهو قول أكثر الشافعية (1)، ومن أنه ممسك لها بحكم نيته، كما أن الملتقط إذا نوي إمساك اللقطة لصاحبها، كانت أمانة، وإن نوي الإمساك لنفسه، كانت مضمونة، وهو قول ابن سريج من الشافعية (2).

وفرق المذكورون بين الوديعة و اللقطة بأنه في الوديعة لم يحدث فعلاً مع قصد الخيانة، وفي اللقطة أحدث الأخذ مع قصد الخيانة، ولأن سبب أمانته في اللقطة مجرد نيته، فضمن بمجرد النية، بخلاف الوديعة (1).

فروع:

أ - لو أخذ الوديعة علي قصد الخيانة، فالأقوي: الضمان؛

لأنه (2) لم يقبضها علي سبيل الأمانة، بل علي سبيل الخيانة.

وللشافعية وجهان (3).

ب - قياس ابن سريج في الضمان إذا نوي المستودع الأخذ و التصرف و لم يفعل علي ما إذا أخذ الوديعة من مالكها علي قصد الخيانة

ب - قياس ابن سريج في الضمان إذا نوي المستودع الأخذ و التصرف و لم يفعل علي ما إذا أخذ الوديعة من مالكها علي قصد الخيانة (4) (5) غير تام.

ص: 157

1- الوجيز 1:285، العزيز شرح الوجيز 7:304.

2- في النسخ الخطية و الحجرية: «لأنها».

3- العزيز شرح الوجيز 7:304.

4- في النسخ الخطية و الحجرية زيادة: «في الضمان». وهي متكررة.

5- العزيز شرح الوجيز 7:304.

أما أولاً: فلأن جماعةً من الشافعية⁽¹⁾ لم يوافقوه علي هذا الأصل.

وأما ثانياً: فللفرق، وهو أن الأخذ فعلٌ أحدثه مع قصد الخيانة.

ج - لو نوي أن لا يردّ الوديعة بعد طلب المالك، ففي الضمان للشافعية الوجهان

(2).

وعندي فيه التردد السابق مع أولوية عدم الضمان هنا إذا لم يطلب المالك، وثبوته إذا طلب.

وبعض الشافعية قال: إذا نوي الأخذ ولم يأخذ لم يضمن، وإذا نوي عدم الردّ ضمن قطعاً؛ لأنه إذا نوي أن لا يردّ صار ممسكاً لنفسه، وبنية الأخذ لا يصير ممسكاً لنفسه⁽³⁾.

مسألة 13: لو كان الثوب المودع في صندوق مالك الوديعة فرغ المستودع رأسه ليأخذ الثوب

إشارة

ويتصرف فيه ثمّ بدا له، فلا يخلو الصندوق إما أن يكون مفتوحاً لا قفل عليه ولا ختم له، أو يكون عليه شيء من ذلك، فإن كان لا ختم عليه ولا قفل، فالأقرب: عدم الضمان؛ لأنه لم يحدث في الثوب فعلاً، وهو أحد وجهي الشافعية، والثاني لهم: إنه يضمن⁽⁴⁾.

وإن كان الصندوق مقفلاً أو الكيس مختوماً ففتح القفل وفضّ الختم ولم يأخذ ما فيه، فالأقوي: الضمان لما فيه من الثياب والدراهم - وهو

ص: 158

1- العزيز شرح الوجيز 304:7.

2- العزيز شرح الوجيز 304:7، روضة الطالبين 297:5.

3- العزيز شرح الوجيز 304:7، روضة الطالبين 297:5.

4- التهذيب - للبعوي - 117:5، العزيز شرح الوجيز 304:7، روضة الطالبين 297:5.

أصح وجهي الشافعية (1) - لأنه هتك الحرز.

و الثاني للشافعية: إنه لا يضمن ما في الصندوق و الكيس، بل يضمن الختم الذي تصرف فيه، و به قال أبو حنيفة (2).

و علي الوجه الأول فهل يضمن الصندوق و الكيس؟ الأقرب: العدم؛ لأنه لم يقصد الخيانة في الظرف.

و للشافعية وجهان (3).

و لو خرق الكيس فإن كان الخرق تحت موضع الختم فهو كفض الختم، و إن كان فوقه لم يضمن إلا نقصان الخرق.

فروع:

أ - لو أودعه شيئاً مدفوناً فنبشه، فهو بمنزلة فض الختم،

إن قلنا:

يضمن هناك، ضمن هنا، و إلا فلا.

ب - لو حل الخيط الذي شد به رأس الكيس أو رزمة الثياب

ب - لو حل الخيط الذي شد به رأس الكيس أو رزمة الثياب (4) لم يضمن ما في الكيس و الرزمة

و إن فعل ذلك للأخذ، بخلاف فض الختم و فتح القفل؛ لأن القصد منه المنع من الانتشار، و لم يقصد به الكتمان عنه.

ج - لو كان عنده دراهم وديعة أو ثياب فوزن الدراهم أو عدّها أو عدّ الثياب أو ذرعها ليعرف طولها و عرضها، ففي الضمان إشكال

ينشأ: من أنه تصرف في الوديعة، و من أنه لم يقصد الخيانة.

و للشافعية وجهان (5)، و كذا الوجهان فيما لو حل الشد (6).

ص: 159

1- العزيز شرح الوجيز 304:7-305، روضة الطالبين 297:5.

2- العزيز شرح الوجيز 304:7، روضة الطالبين 297:5.

3- العزيز شرح الوجيز 305:7، روضة الطالبين 297:5.

4- الرزمة من الثياب: ما شد في ثوب واحد. لسان العرب 239:12 «رزم».

5- الحاوي الكبير 8:362، العزيز شرح الوجيز 7:305، روضة الطالبين 5:297.

6- العزيز شرح الوجيز 7:305، روضة الطالبين 5:297.

إشارة

إمّا بنقل الوديعة أو إخراجها من الحرز أو باستعمالها كركوب الدابة ولبس الثوب أو غيرها من أسباب الضمان ثم إنّه ترك الخيانة و ردّ الوديعة إلي مكانها و خلع الثوب، لم يبرأ بذلك عند علمائنا أجمع، و لم يزل عنه الضمان، و لم تعدّ أمانته - و به قال الشافعي (1) - لأنّه ضمن الوديعة بعدوان، فوجب أن يبطل الاستئمان، كما لو جحد الوديعة ثمّ أقرّ بها.

وقال أبو حنيفة: يزول عنه الضمان؛ لأنّه إذا ردّها فهو ماسك لها بأمر صاحبها، فلم يكن عليه ضمانها، كما لو لم يخرجها (2).

و الفرق ظاهر؛ فإنّه إذا لم يخرجها لم يضمنها بعدوان، بخلاف صورة النزاع.

ثمّ يُنقض علي أبي حنيفة بما سلّمه من أنّه إذا جحد الوديعة و ضمنها بالجحد ثمّ أقرّ بها، فإنّه لا يبرأ، و بالقياس علي السارق، فإنّه لو ردّ المسروق إلي موضعه، لم يبرأ (3)، فكذا هنا.

فروع:

أ - لو ردّ الوديعة - بعد أن تعلّق ضمانها به إمّا بالإخراج من الحرز أو بالتصرّف أو بغيرهما من الأسباب

- إلي المالك و أعادها عليه ثمّ إنّ المالك

ص: 160

1- الحاوي الكبير 363:8، التهذيب - للبعوي - 125:5، العزيز شرح الوجيز 305:7، روضة الطالبين 298:5، المغني 296:7، الشرح الكبير 305:7، الهداية - للمرغيناني - 216:3.

2- الهداية - للمرغيناني - 216:3، الحاوي الكبير 363:8، التهذيب - للبعوي - 125:5، العزيز شرح الوجيز 305:7، المغني 296:7، الشرح الكبير 305:7.

3- العزيز شرح الوجيز 305:7.

أودعه إياها ثانياً، فإنه يعود أميناً إجماعاً، ويرأ من الضمان.

ب - لو لم يسلمها إلي المالك و لكن أحدث المالك له استئماناً،

فقال: أذنتُ لك في حفظها، أو أودعتُكها، أو استأمنتُك، أو أبرأتُك عن الضمان، فالأقرب: سقوط الضمان عنه، وعوده أميناً؛ لأنَّ التضمين لحقَّ المالك، وقد رضي بسقوطه، وهو أصحُّ قولِي الشافعية.

و الثاني: إنه لا يزول الضمان ولا يعود أميناً - وهو قول ابن سريج - لظاهر قوله عليه السلام: «علي اليد ما أخذت حتي تؤدي» (1)(2).

وكذا الخلاف فيما لو حفر بئراً في ملك غيره عدواناً ثم أبراه المالك عن ضمان الحفر (3).

ج - لو قال المالك: أودعتك كذا - ابتداءً - فإن خنت ثم تركت الخيانة عدت أميناً لي،

فخان وضمن ثم ترك الخيانة، لم تزل الخيانة، ولم يعد أميناً - وبه قال الشافعي (4) - لأنه لا ضمان حينئذٍ حتي يسقط، وهناك الضمان ثابت فيصح إسقاطه، ولأنَّ الاستئمان الثاني معلق.

د: لو قال: خذ هذا وديعةً يوماً و غير وديعةً يوماً، فهو وديعةً أبداً.

ولو قال: خذهُ وديعةً يوماً و عاريةً يوماً، فهو وديعة في اليوم الأول، و عارية في اليوم الثاني.

و هل يعود وديعةً؟ منع الشافعية منه، وقالوا: لا يعود وديعةً أبداً (5).

ص: 161

1- سنن أبي داود 3:296/3561، سنن الترمذي 3:566/1266، مسند أحمد 5:638/19620، المعجم الكبير - للطبراني - 7:252/6862.

2- العزيز شرح الوجيز 7:305، روضة الطالبين 5:298.

3- العزيز شرح الوجيز 7:305.

4- العزيز شرح الوجيز 7:305-306، روضة الطالبين 5:298.

5- العزيز شرح الوجيز 7:306، روضة الطالبين 5:298.

مسألة 15: إذا مزج المستودع الوديعة بماله مزجاً لا يتميز أحدهما عن صاحبه،

كدراهم مزجها بمثلها، أو دنانير مزجها بمثلها بحيث لا مانز بين الوديعة وبين مال المستودع، أو مزج الحنطة بمثلها، كان ضامناً، سواء كان المخلوطة بها دونها أو مثلها أو أزيد منها - وبه قال الشافعي (1) - لأنه قد تصرف في الوديعة تصرفاً غير مشروع، وعيبها بالمزج، فإن الشركة عيب، فكان عليه الضمان، ولأنه خلطها بماله خلطاً لا يتميز، فوجب أن يضمها، كما لو خلطها بدونه.

وقال مالك: إن خلطها بمثلها أو الأجود منها لم يضم، وإن خلطها بدونها ضمن؛ لأنه لا يمكنه ردّها إلا ناقصةً (2).

وهو آت في المساوي والأزيد؛ فإن الشركة عيب، والوقوف علي عين الوديعة غير ممكن، فاشتمل ذلك علي المعاوضة، وإنما تصحّ برضا المالك.

ولو مزجها بمال مالكةا بأن كان له عنده كيسان وديعة، فمزج أحدهما بالآخر بحيث لا يتميز، ضمن أيضاً؛ لأنه تصرف تصرفاً غير مشروع في الوديعة، وربما ميّز بينهما لغرض دعا إليه، فالخلط خيانة.

وكذا لو أودعه كيساً وكان في يده له كيس آخر أمانة مجردة بأن وقع عليه اتفاقاً فمزج أحدهما بالآخر، كان ضامناً أيضاً.

وكذا لو كان الكيس الآخر في يده علي سبيل الغصب من مالك

ص: 162

1- البيان 437:6، العزيز شرح الوجيز 306:7، روضة الطالبين 298:5، المغني 281:7، الشرح الكبير 306:7-307.

2- البيان 437:6، العزيز شرح الوجيز 306:7، المغني 281:7، الشرح الكبير 307:7.

الوديعة، وبالجملة علي أي وجه كان.

مسألة 16: لو أودعه عشرة دراهم - مثلاً - في كيس،

فإن كان مشدوداً مختوماً فكسر الختم و حلّ الشدّ أو فعل واحداً منهما، ضمن؛ لأنّه هتك الحرز علي ما تقدّم.

وإن لم يكن الكيس مشدوداً ولا مختوماً فأخرج منه درهماً لنفقته، ضمنه خاصّة؛ لأنّه لم يتعدّ في غيره، فإن ردّه لم يزل عنه الضمان، فإن لم يختلط بالباقي لم يضمن الباقي؛ لأنّه لم يتصرّف فيه.

وكذا إن اختلط وكان متميّزاً لم يلتبس بغيره.

وإن امتزج بالباقي مزجاً ارتفع معه الامتياز، فالوجه: إنّه كذلك لا يضمن الباقي، بل الدرهم خاصّة؛ لأنّ هذا الاختلاط كان حاصلًا قبل الأخذ، وهو أصحّ قولي الشافعيّة، والثاني: إنّ عليه ضمان الباقي؛ لخلطه المضمون بغير المضمون (1).

فعلي ما اخترناه لو تلفت العشرة لم يلزمه إلا درهم واحد، ولو تلفت منها خمسة لم يلزمه إلا نصف درهم.

ولو أنفق الدرهم الذي أخذه ثمّ ردّ مثله إلي موضعه، لم يبرأ من الضمان، ولا يملكه صاحب الوديعة إلا بالقبض والدفع إليه.

ثمّ إن كان المردود لا يتميّز عن الباقي، صار الكلّ مضموناً عليه؛ لخلطه الوديعة بمال نفسه، وإن كان يتميّز فالباقي غير مضمون عليه.

مسألة 17: لو أئلف بعض الوديعة، فإن كان ذلك البعض منفصلاً عن الباقي

- كالثوبين إذا أئلف أحدهما - لم يضمن إلا المُئلف؛ لأنّ العدوان

ص: 163

1- البيان 438:6، العزيز شرح الوجيز 306:7، روضة الطالبين 298:5.

إنّما وقع فيه، فلا يتعدّي الضمان إلي غيره وإن كان الإيداع واحداً.

وإن كان متصلاً، كالثوب الواحد يخرقه، أو يقطع طرف العبد أو البهيمة، فإن كان عامداً في الإتلاف فهو جانٍ علي الجميع، فيضمن الكلّ.

وإن كان مخطئاً، ضمن ما أتلّفه خاصّةً، ولم يضمن الباقي - وهو أصحّ وجهي الشافعيّة (1) - لأنّه لم يتعدّ في الوديعة، ولا خان فيها، و إنّما ضمن المثلّف؛ لفواته و صدور الهلاك منه فيه مخطئاً.

وفي الثاني لهم: إنّّه يضمنه أيضاً، ويستوي العمد و الخطأ فيه، كما استويا في القدر التالف (2).

البحث الثاني: في الإيداع.

مسألة 18: إذا أودع المستودع الوديعة غيره، فإن كان بإذن المالك فلا ضمان عليه إجماعاً؛ لانتفاء العدوان.

وإن لم يكن بإذن المالك، فلا يخلو إمّا أن يودع من غير عذرٍ أو لعذرٍ، فإن أودع من غير عذرٍ ضمن إجماعاً؛ لأنّ المالك لم يرض بيد غيره و أمانته.

و لا فرق بين أن يكون ذلك الغير عبده أو جاريته (3) أو زوجته أو ولده أو أجنبياً عند علمائنا أجمع - و به قال الشافعي (4) - و ذلك لعموم الدليل

ص: 164

1- العزيز شرح الوجيز 7:306-307، روضة الطالبين 5:299.

2- العزيز شرح الوجيز 7:307، روضة الطالبين 5:299.

3- «أو جاريته» لم ترد في النسخ الخطيّة المعتمدة لدينا.

4- المهذب - للشيرازي - 1:368، الوجيز 1:284، الوسيط 4:500، حلية العلماء 5:173 و 176، التهذيب - للبخاري - 5:117، البيان 6:435، العزيز شرح الوجيز 7:292، روضة الطالبين 5:289، المغني 7:282 و 283، الشرح الكبير 7:299، الإفصاح عن معاني الصحاح 2:19، روضة القضاة 2:618/35604.

في الجميع.

وقال مالك: إنَّ له أن يودع زوجته(1).

وقال أبو العباس ابن سريج من الشافعية: إذا استعان بزوجه أو خادمه في خباء الوديعة ولم تغب عن نظره جاز، ولا ضمان عليه(2).

وقال أبو حنيفة وأحمد: له أن يودع مَنْ عليه نفقته من ولدٍ ووالدٍ وزوجةٍ وعبدٍ، ولا ضمان عليه بكلِّ حال؛ لأنَّه حفظ الوديعة بمن يحفظ به ماله، فلم يلزمه الضمان، كما لو حفظها بنفسه(3).

وهو غلط؛ لأنَّه سلَّم الوديعةَ إلي مَنْ لم يرض به صاحبها مع قدرته علي صاحبها، فضمنها، كما لو سلَّمها إلي الأجنبيِّ.

و القياس عليه باطل؛ لأنَّه إذا حفظ ماله بخادمه أو زوجته فقد رضي المالك بذلك، بخلاف صورة النزاع.

مسألة 19: إذا أودع من غير إذن المالك ولا عذر، ضمن،

و كان لصاحبها أن يرجع علي مَنْ شاء منهما إذا تلفت، فإن رجع علي المستودع

ص: 165

1- بداية المجتهد 2:312، الذخيرة 9:162، البيان 6:436، العزيز شرح الوجيز 7:292، الإفصاح عن معاني الصحاح 2:19.

2- البيان 6:435-436، حلية العلماء 5:176.

3- تحفة الفقهاء 3:171، بدائع الصنائع 6:207-208، روضة القضاة 2:618/35603، المبسوط - للسرخسي - 11:109، الهداية - للمرغيناني - 3:218، الفقه النافع 3:661/939، المحيط البرهاني 5:528، المغني 7:283، الشرح الكبير 7:299، الإشراف علي نكت مسائل الخلاف 2:1068/625، بداية المجتهد 2:312، الذخيرة 9:162، حلية العلماء 5:176، التهذيب - للبعوي - 5:117، البيان 6:436، العزيز شرح الوجيز 7:292، الإفصاح عن معاني الصحاح 2:19.

الأول فلا رجوع له علي الثاني، وإن رجع علي المستودع الثاني كان للمستودع الثاني أن يرجع علي المستودع الأول؛ لأنه دخل معه علي أن لا يضمن، و به قال الشافعي(1).

وقال أبو حنيفة: ليس للمالك أن يضمن الثاني؛ لأن قبض الثاني تعلّق به الضمان علي الأول، فلا يتعلّق به ضمان علي الآخر(2).

وهو ممنوع؛ لأنه قبض مال غيره، ولم يكن له قبضه، فإذا كان من أهل الضمان في حقّه ضمنه، كما استودعه إياه الغاصب.

ودليله ضعيف؛ لأنّ المستودع الأول ضمن بالتسليم، و الثاني بالتسلّم.

مسألة 20: و لا فرق عندنا بين أن يودع المستودع الوديعة عند القاضي أو عند غيره.

إشارة

و للشافعية وجهان - حكاهما [أبو(3)] حامد فيما إذا وجد المالك و قدر علي الردّ عليه، و فيما إذا لم يجد - أحدهما: إنّه لا يضمن.

أمّا إذا كان المالك حاضراً: فلأنّ أمانة القاضي أظهر من أمانة المستودع، فكأنّه جعل الوديعة في مكانٍ أحرز.

و أمّا إذا كان غائباً: فلائّه لو كان حاضراً لألزمه المودع الردّ، فإذا كان غائباً ناب عنه القاضي.

و الأظهر عند أكثر الشافعية: إنّه يضمن.

ص: 166

1- المهذب - للشيرازي - 368:1، حلية العلماء 173:5، البيان 436:6، الإفصاح عن معاني الصحاح 21:2، المغني 282:7، الشرح الكبير 301:7.

2- تحفة الفقهاء 3:171-172، بدائع الصنائع 6:208، الهداية - للمرغيناني - 3:218، المغني 282:7، الشرح الكبير 301:7، الإفصاح عن معاني الصحاح 21:2.

3- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطيّة و الحجرية: «ابن». و الصحيح ما أثبتناه.

أما إذا كان المالك حاضراً: فلائته لا ولاية للقاضي علي الحاضر الرشيد، فأشبهه سائر الناس.

و أما إذا كان غائباً: فلائته لا ضرورة بالمودع إلي إخراجها من يده، و لم يرض المالك بيد غيره، فليحفظه إلي أن يجد المالك أو يتجدد له عذر(1).

و علي تقدير تجويز الدفع إلي القاضي هل يجب علي القاضي القبول إذا عرضها المستودع عليه؟

أما إذا كان المالك حاضراً و التسليم إليه متيسراً، فلا وجه لوجوبه عليه.

و أما إذا لم يكن كذلك، ففي إيجاب القبول للشافعية وجهان:

أحدهما: المنع؛ لأنه التزم حفظه، فيؤمر بالوفاء به.

و أظهرهما: الإيجاب؛ لأنه نائب عن الغائب، و لو كان المالك حاضراً لألزم القبول(2).

و لو دفع الغاصب الغصب إلي القاضي، ففي وجوب القبول عليه الوجهان(3).

لكن هذه الصورة أولي بعدم الوجوب، ليبقي مضموناً للمالك.

و المديون إذا حمل الدين إلي القاضي، فكل موضع لا يجب علي رب الدين القبول لو كان حاضراً ففي القاضي أولي، و كل موضع يجب علي المالك قبوله ففي القاضي الوجهان(4).

و هذه الصورة أولي بعدم الوجوب - و هو الأظهر عندهم(5) - لأن الدين 5.

ص: 167

1- العزيز شرح الوجيز 292:7-293، روضة الطالبين 289:5-290.

2- العزيز شرح الوجيز 293:7، روضة الطالبين 290:5.

3- العزيز شرح الوجيز 293:7، روضة الطالبين 290:5.

4- العزيز شرح الوجيز 293:7، روضة الطالبين 290:5.

5- العزيز شرح الوجيز 293:7، روضة الطالبين 290:5.

ثابت في الذمة لا يتعرض للتلف، وإذا تعيّن تعرّض له، ولأنّ مَنْ في يده العين يتقل عليه حفظها.

و جميع ما ذكرناه فيما إذا استحفظ الغير و أزال يده و نظره علي الوديعة، أمّا إذا استعان به في حملها إلي الحرز فلا بأس، كما لو استعان في سقي البهيمة و علفها.

فروع:

أ - لو كانت له خزانة مشتركة بينه و بين أبيه

فدفع الوديعة إلي أبيه ليضعها في الخزانة المشتركة، فالأقرب: الضمان، إلا إذا علم المالك بالحال.

ب - لا يجوز أن يضع الوديعة في مكانٍ مشتركٍ بينه و بين غيره،

كذلكانٍ مشتركٍ و دارٍ مشتركة، فلو وضعها فيه ثمّ أراد الخروج لحاجاته فاستحفظ مَنْ يثق به من متّصليه و كان يلاحظ المحرز في عوداته، فلا بأس؛ لأنّه في الحقيقة إيداع مع الحاجة.

و لو فوّض الحفظ إلي بعضهم و لم يلاحظ الوديعة أصلاً، فالأقرب:

الضمان.

ج - لو كان المحرز خارجاً عن داره التي يأوي إليها و كان لا يلاحظه،

فإن كان يشاركه غيره ضمن، وإلا فلا.

مسألة 21: لو جعل الوديعة في دار جاره، فإن كان الموضع محرزاً لا يدخله المالك و كان عاريةً أو مأذوناً فيه فلا ضمان،

و إن لم يكن كذلك ضمن؛ لأنّه فرّط حيث وضع الوديعة في غير حرزٍ أو في حرزٍ ممنوع منه شرعاً.

و لما رواه محمّد بن الحسن الصفّار قال: كتبت إلي أبي محمّد

العسكري عليه السلام: رجل دفع إلي رجلٍ ودِيعَةً فوضعتها في منزل جاره فضاعت هل تجب عليه إذا خالف أمره وأخرجها من ملكه؟
فوقع عليه السلام: «هو ضامن لها إن شاء الله»(1).

مسألة 22: إذا أراد المستودع ردّ الوديعة علي صاحبها، كان له ردّها عليه أو علي وكيله في قبضها؛

لأنّ المستودع لا يلزمه إمساكها.

فإن دفعها إلي الحاكم أو إلي ثقةٍ مع وجود صاحبها أو وكيله، ضمنها علي ما قدّمناه؛ لأنّ الحاكم والأمين لا ولاية له علي الحاضر الرشيد.
وإن لم يقدر علي صاحبها ولا وكيله فدفعها إلي الحاكم أو أمينٍ، فإن كان لغير عذرٍ ضمن؛ لأنّه لا حاجة به إلي ذلك، ولا ينوب الحاكم في غير حال الحاجة.

وإن كان به حاجة إلي الإيداع - كأن يخاف حريقاً أو نهباً أو غير ذلك - فدفعها إلي الحاكم أو إلي ثقةٍ ليخلصها من ذلك جاز، وإن تلفت لا ضمان عليه؛ لأنّه موضع حاجةٍ، وقد تقدّم.

مسألة 23: لو عزم المستودع علي السفر، كان له ذلك،

ولم يلزمه المقام لحفظ الوديعة؛ لأنّه متبرّع بإمساكها، ويلزمه ردّها إلي صاحبها أو وكيله في استردادها أو في عامّة أشغاله، فإن لم يظفر بالمالك؛ لغيبته، أو تواريه، أو حبسه وتعذّر الوصول إليه، ولا يظفر بوكيله، فإنّه يدفعها إلي الحاكم، ويجب عليه قبولها؛ لأنّه موضوع للمصالح، فإن لم يجد دفعها إلي أمينٍ، ولا يكلف تأخير السفر؛ لأنّ النبيّ صلي الله عليه وآله كانت عنده ودائع، فلما أراد الهجرة سلّمها إلي أمّ أيمن، وأمر عليّاً عليه السلام بردّها(2).

ص: 169

1- التهذيب 7: 180/791.

2- تقدّم تخريجه في ص 142، الهامش (3).

فإن ترك هذا الترتيب فدفعها إلي الحاكم أو إلي الأمين مع إمكان الدفع إلي المالك أو وكيله، ضمن.

و للشافعية خلاف في الحاكم (1) سبق (2).

وإن دفع إلي أمينٍ وهو يجد الحاكم، فللشافعي قولان:

أحدهما - وبه قال علماؤنا، وأحمد بن حنبل وابن خيران من الشافعية والاصطخري منهم - : إنه يضمنه؛ لأن أمانة الحاكم ظاهرة متفق عليها، فلا يُعدل عنها، كما لا يُعدل عن النص إلي الاجتهاد، ولأنَّ الحاكم نائب الغائبين، فكان كالوكيل، ولأنَّ له ولايةً، فهو يمسكها بالولاية والعدالة، بخلاف غيره، فإنه ليس له الولاية.

و الثاني: إنه لا يضمن - وبه قال مالك - لأنه أودع بالعدر أميناً، فأشبهه الحاكم، ولأنَّ مَنْ جاز له دفعها إليه مع عدم الحاكم جاز دفعها إليه مع وجوده، كوكيل صاحبها (3).

وقد نقل أصحاب الشافعي عنه اضطراباً في القول، فقالوا: هذان القولان للشافعي.

قال في باب الرهن فيما إذا أراد العَدْل ردَّ الرهن أو الوديعة - يعني إلي عَدْلٍ - بغير أمر الحاكم: ضمن.0.

ص: 170

1- العزيز شرح الوجيز 294:7، روضة الطالبين 290:5.

2- في ص 166، المسألة 20.

3- الحاوي الكبير 8:359، المهذب - للشيرازي - 1:367، حلية العلماء 5:173، التهذيب - للبخاري - 5:118، البيان 6:431، العزيز شرح الوجيز 7:294، روضة الطالبين 5:290، المغني 7:283، الشرح الكبير 7:304، الإشراف علي نكت مسائل الخلاف 2:1069/625، بداية المجتهد 2:312، الإفصاح عن معاني الصحاح 2:19-20.

وقال هنا في ردّ الودیعة: و لو لم یکن حاضراً - یعنی ربّ الودیعة - فأودعها أميناً یودعه ماله، لم یضمن. فلم یفرّق بین أن یجد الحاکم أو لا یجد(1).

و نقل عنه طريقة قاطعة بأنه یضمن(2).

و نقل عنه أيضاً طريقة قاطعة أنه لا یضمن(3).

و حکي بعض الشافعیة وجهاً: إنه یشرط أن یكون الأمين الذي یودعه بحيث یأتمنه و یودع ماله عنده(1).

لکنّ الظاهر عندهم خلافه، و قول الشافعی: «یودعه ماله» علی سبیل التأكيد و الإیضاح(2).

مسألة 24: و لا یجوز للمستودع إذا عزم علی السفر أن یسافر بالودیعة،

بل یجب علیه دفعها إلی صاحبها أو وکیله الخاصّ فی الاسترداد أو العامّ فی الجميع، فإن لم یوجد أحدهما دفعها إلی الحاکم، فإن تعدّر الحاکم دفعها إلی أمينٍ، و لا یسافر بها، فإن سافر بها مع القدرة علی صاحبها أو وکیله أو الحاکم أو الأمين، ضمن عند علمائنا أجمع، سواء كان السفر مخوفاً أو غیر مخوفٍ - و به قال الشافعی(3) - لأنه سافر بالودیعة من غیر ضرورةٍ بغير إذن مالکها فضمن، كما لو كان الطريق مخوفاً، و لأنّ حرز

ص: 171

1- العزیز شرح الوجیز 294:7-295.

2- العزیز شرح الوجیز 295:7.

3- الحاوي الكبير 8:357، المهذب - للشيرازي - 1:368، الوسيط 4:501، حلية العلماء 5:171، التهذيب - للبغوي - 5:118، البيان 6:432، العزیز شرح الوجیز 7:295، روضة الطالبين 5:291، المغني 7:284، الشرح الكبير 7:302، الإفصاح عن معاني الصحاح 2:20.

السفر دون حرز الحضر، وفي الحديث: «إِنَّ الْمَسَافِرَ وَمَتَاعَهُ لَعَلِي قَلَّتِ (1) إِلَّا مَا وَقِيَ اللَّهُ» (2).

وقال أبو حنيفة: إذا كان السفر آمناً، لم يضمن؛ لأنه نقل الوديعة إلى موضعٍ مأمون فلم يضمن، كما لو نقلها في البلد من موضعٍ إلى موضعٍ (3).

وهو وجهٌ للشافعية، وكذا إذا كان السفر في البحر إذا كان الغالب فيه السلامة (4).

والفرق ظاهر؛ فإنَّ البلد يؤمن أن يطرأ عليه الخوف، والسفر لا يؤمن فيه مثل ذلك، ولأنَّ البلد في حكم المنزل الواحد وقد رضي مالك الوديعة به، بخلاف السفر.

مسألة 25: لو اضطرَّ المستودع إلى السفر بالوديعة بأن يضطرَّ إلى السفر و ليس في البلد حاكم

ولا ثقة ولم يجد المالك ولا وكيله، أو اتفق جلاءً لأهل البلد، أو وقع حريق أو غارة ونهب ولم يجد المالك ولا وكيله ولا الحاكم ولا العدل، سافر بها، ولا ضمان عليه إجماعاً؛ لأنَّ حفظها حينئذٍ في السفر بها، والحفظ واجب، وإذا لم يتمَّ إلا بالسفر بها كان السفر بها واجباً، ولا نعلم فيه خلافاً.

ص: 172

1- القلت: الهلاك. راجع الهامش التالي.

2- غريب الحديث - لابن قتيبة - 564:2.

3- المبسوط - للسرخسي - 122:11، الهداية - للمرغيناني - 217:3، المحيط البرهاني 531:5، الحاوي الكبير 357:8، الوسيط 502:4، حلية العلماء 171:5، البيان 432:6، العزيز شرح الوجيز 296-295:7، المغني 284:7، الشرح الكبير 302:7، الإفصاح عن معاني الصحاح 20:2.

4- حلية العلماء 171:5، البيان 432:6، العزيز شرح الوجيز 295:7، روضة الطالبين 291:5.

أما لو عزم علي السفر من غير ضرورة في وقت السلامة وأمن البلد وعجز عن المالك ووكيله وعن الحاكم والأمين فسافر بها، فالأقرب:

الضمان؛ لأنه التزم الحفظ في الحضر، فليؤخر السفر، أو ليلتزم خطر الضمان، وهو أحد وجهي الشافعية.

والثاني: إنه لا ضمان عليه، وإلا لزم أن ينقطع عن السفر، وتتعلل مصالحه، وفيه تنفير عن قبول الودائع (1).

و شرطوا لجواز السفر بها أمن الطريق، وإلا فيضمن (2).

أما عند وقوع الحريق ونحوه فإننا نقول: إذا كان احتمال الهلاك في الحضر أقرب منه في السفر، فله أن يسافر بها، ولو كان الطريق آمناً فحدث خوف أقام.

و لو هجم القطع فألقي المال في مضيعة إخفاء له فضع، فعليه الضمان.

مسألة 26: لو عزم المستودع علي السفر فدفن الوديعة ثم سافر، ضمنها إن كان قد دفن في غير حرز.

إشارة

وإن دفنها في منزله في حرز ولم يعلم بها أحداً، ضمنها أيضاً؛ لأنه غرر بها، لأنه ربما هلك في سفره فلا يصل صاحبها إليها، ولأنه ربما يخرب المكان أو يغرق فلا يعلم أحد بمكانها لينقلها فتتلف.

وإن أعلم بها غيره، فإن كان غير أمين ضمن؛ لأنه قد زادها تضييعاً، لأنه قد يخون فيها ويطمع.

وإن كان أميناً فإن لم يكن ساكناً في الموضع، ضمنها؛ لأنه لم يودعها

ص: 173

1- العزيز شرح الوجيز 296:7، روضة الطالبين 292:5.

2- العزيز شرح الوجيز 296:7، روضة الطالبين 292:5.

وإن كان ساكناً في الموضع، فإن كان ذلك مع عدم صاحبها و الحاكم جاز؛ لأنّ الموضع و ما فيه في يد الأمين، فالإعلام كالإيداع، و هو أظهر وجهي الشافعية، و الثاني: إنّه يضمن؛ لأنّه إعلام لا إيداع(1).

وإن كان مع القدرة علي صاحبها أو وكيله ضمن.

وإن كان مع القدرة علي الحاكم، فعلي الوجهين السابقين.

و لو جعلها في بيت المال، ضمن، قاله الشافعي في الأم(2).

و اختلف أصحابه في معناه.

فمنهم من قال: أراد بذلك إذا تركها في بيت المال مع القدرة علي صاحبها.

و منهم من قال: أراد إذا جعلها في بيت المال بنفسه و لم يسلمها إلي الحاكم(3).

و لو خاف المعالجة عليها فدفنها فلا ضمان.

فروع:

أ - لو راقبها من الجوانب أو من فوق مراقبة الحارس،

فهو كالسكني في الموضع الذي دُفنت فيه.

ب - قال بعض الشافعية: الإعلام كالإيداع

من غير فرقٍ بين أن يسكن الموضع أو لا يسكنه(4).

ص: 174

1- البيان 433:6، العزيز شرح الوجيز 295:7، روضة الطالبين 291:5.

2- الأم 135:4، و عنه في البيان 434:6.

3- البيان 434:6.

4- العزيز شرح الوجيز 295:7، روضة الطالبين 291:5.

وإذا دفن الوديعه في غير حرزٍ عند إرادة السفر، ضمن علي ما تقدّم، إلا أن يخاف عليها المعاجلة.
وكذا يضمن لو دفنها في حرزٍ ولم يُعلّم بها أميناً، أو أعلم أميناً حيث لا يجوز الإيداع عند الأمين.

ج - هل سبيل هذا الإعلام الإشهاد أو الائتمان ؟ إشكال.

و للشافعيّة وجهان(1).

فعلي الأوّل لا بدّ من إعلام رجلين أو رجل وامرأتين. والظاهر الثاني.

د - كما يجوز إيداع الغير لعذر السفر كذا يجوز لسائر الأعذار،

كما لو وقع في البقعة حريق أو غارة أو خاف الغرق.

وفي معناها ما إذا أشرف الحرز علي الخراب و لم يجد حرزاً ينقلها إليه.

ه - لو أودعه حالة السفر فسافر بها أو كان المستودع منتجعاً

ه - لو أودعه حالة السفر فسافر بها أو كان المستودع منتجعاً(2) فانتجع بها، فلا ضمان،

لأنّ المالك رضي به حيث أودعه، فكان له إدامة السفر و السير بالوديعه.

مسألة 27: إذا مرض المستودع مرضاً مخوفاً أو حُبس ليقتل، وجب عليه الإيضاء بالوديعه،

إشارة

وإن تمكّن من صاحبها أو وكيله، وجب عليه ردّها إليه، وإن لم يقدر علي صاحبها و لا علي وكيله، ردّها إلي الحاكم.

ص: 175

1- الحاوي الكبير 8:361، العزيز شرح الوجيز 7:295، روضة الطالبين 5:291.

2- النجعة: طلب الكلافي موضعه. الصحاح 3:1288 «نجع».

ولو أودعها عند ثقةٍ مع عدم الحاكم جاز، وإن كان مع القدرة عليه ضمن.

و للشافعية وجهان(1).

ولو لم يوص بها لكن سكت عنها وتركها بحالها حتي مات، ضمن؛ لأنه غرر بها وعرضها للفوات، فإنّ الورثة يقتسمونها ويعتمدون علي ظاهر اليد ولا يحسبونها وديعةً، ويدعونها لأنفسهم، فكان ذلك تقصيراً منه يوجب التضمن.

فروع:

أ - التقصير هنا إنّما يتحقّق بترك الوصاية إلي الموت،

فلا يحصل التقصير إلا إذا مات، لكن تتبيّن عند الموت أنّه كان مقصّراً من أوّل ما مرض، فضمّناه، أو يلحق التلف إذا حصل بعد الموت بالتردي بعد الموت في بئر حفرها متعدّ.

ب - قد توهم بعض الناس أنّ المراد من الوصية بها تسليمها إلي الوصي

ليدفعها إلي المالك، وهو الإيداع بعينه(2).

وليس كذلك، بل المراد الأمر بالردّ من غير أن يخرجها من يده، فإنّه والحالة هذه مخيّر بين أن يودع للحاجة، وبين أن يقتصر علي الإعلام والأمر بالردّ؛ لأنّ وقت الموت غير معلوم، ويده مستمرّة علي الوديعة ما دام حيّاً.

ج - الأقرب: الاكتفاء بالوصية وإن أمكنه الردّ إلي المالك؛

لأنّه

ص: 176

1- البيان 6:434.

2- العزيز شرح الوجيز 7:296.

مستودع لا يدري متي يموت، فيستصحب الحكم.

و يحتمل أنه يجب عليه الردّ إلي المالك أو وكيله عند المرض، فإن تعذّر أودع عند الحاكم أو أوصي إليه، كما إذا عزم علي السفر، و هو قول أكثر الشافعية(1).

د - يجب الإيصال إلي الأمين،

فإن أوصي إلي غير ثقة، فهو كما لو لم يوص، و يجب عليه الضمان؛ لأنه غرّر بالوديعة.

و لا يجب أن يكون أجنبيّاً، بل يجوز أن يوصي بها إلي وارثه، و يُشهد عليه؛ صوتاً لها عن الإنكار.

و كذا الإيداع حيث يجوز أن يودع أميناً.

مسألة 28: إذا أوصي بالوديعة، وجب عليه أن يبينها و يميّزها عن غيرها

بالإشارة إلي عينها أو بيان جنسها و وصفها، فلو لم يبيّن الجنس و لا أشار إليها بل قال: عندي وديعة، فهو كما لو لم يوص.

و لو ذكر الجنس فقال: عندي ثوب لفلان، و لم يصفه، فإن لم يوجد في تركته جنس الثوب، فأكثر علمائنا علي أنّ المالك يضارب، فيضارب ربّ الوديعة الغرماء بقيمة الوديعة؛ لتقصيره بترك البيان، و هو قول بعض الشافعية، و هو ظاهر مذهبهم(2) أيضاً.

و قال بعضهم: لا يضمن؛ لأنّها ربما تلفت قبل الموت، و الوديعة أمانة، فلا تُضمن بالشكّ(3).

و إن وُجد في تركته جنس الثوب، فإمّا أن يوجد أثواب أو ثوب واحد، فإن وُجد أثواب ضمن؛ لأنه إذا لم يميّز كان بمنزلة ما لو خلط الوديعة

ص: 177

1- العزيز شرح الوجيز 297:7، روضة الطالبين 292:5. (2 و 3) العزيز شرح الوجيز 297:7، روضة الطالبين 293:5.

بغيرها، وذلك سبب موجب للضمان، فكذا ما ساواه، وهو عدم تنصيبه علي التخصيص.

وإن وُجد ثوبٌ واحد، ففي تنزيل كلامه عليه إشكال.

قال بعض الشافعية: إنه ينزل عليه، ويدفع إليه(1).

و منهم مَنْ أطلق القول بأنه إذا وجد جنس الثوب ضمن، ولا يدفع إليه عين الموجود.

أما الضمان: فللتقصير بترك البيان.

و أما أنه لا يدفع إليه عين الموجود: فلاحتمال أن تكون الوديعة قد تلفت، و الموجود غيرها(2). و هو جيد.

و لهم وجهٌ آخر: إنه إنما يضمن إذا قال: عندي ثوب لفلان، و ذكر معه ما يقتضي الضمان، أما إذا اقتصر عليه فلا ضمان(3).

مسألة 29: لو مات و لم يذكر عنده وديعة و لكن وُجد في تركته كيس

إشارة

مختوم أو غير مختوم مكتوب عليه: إنه وديعة فلان، أو وُجد في جريدته:

إن فلان عندي كذا و كذا وديعة، لم يجب علي الوارث التسليم بهذا القدر؛ لأنه ربما كتبه عبثاً و لهواً أو تلقناً(4) أو ربما اشترى الكيس بعد تلك الكتابة فلم يمحمها، أو ردّ الوديعة بعد ما أثبت في الجريدة و لم يمحمه.

و بالجملة، إنما يثبت كونها وديعةً بأن يُقرَّ أنّ هذه وديعة، ثم يموت، و لا يكون متّهماً في إقراره عندنا و مطلقاً عند جماعةٍ من علمائنا، أو يُقرَّ الورثة بأنها وديعة، أو تقوم البيّنة بذلك، فإذا ثبتت الوديعة بأحد

ص: 178

1- العزيز شرح الوجيز 297:7، روضة الطالبين 293:5.

2- العزيز شرح الوجيز 297:7، روضة الطالبين 293:5.

3- العزيز شرح الوجيز 297:7، روضة الطالبين 293:5.

4- كذا قوله: «تلقناً»، و بدله في العزيز شرح الوجيز 298:7، و روضة الطالبين 294:5: «تليسياً».

هذه الوجوه وجب علي الورثة دفعها إلي مالكةا، فإن أخوا الدفع مع الإمكان ضمنوا.

ولو لم يعلم صاحبها بموت المستودع، وجب علي الورثة إعلامه ذلك، ولم يكن لهم إمسك الوديعة إلي أن يطلبها المالك منهم؛ لأنّ المالك لم يأمنهم عليها، وذلك كما لو أطارت الريح ثوباً إلي دار إنسانٍ وعلم صاحبها فإنّ عليه إعلامه، فإن أخوا ذلك مع إمكانه ضمن.

تذنيب: لو لم يوص المستودع بالوديعة فادعي رب الوديعة أنه قصر،

وقال الورثة: لعلها تلفت قبل أن ينسب إلي التقصير، فالظاهر براءة الذمة.

ويحتمل الضمان.

تذنيب آخر: جميع ما قلناه ثابت فيما إذا وجد فرصة للإيداع أو الوصية،

أما إذا لم يجد بأن مات فجأةً أو قُتل غيلةً، فلا ضمان؛ لأنه لم يقصر.

مسألة 30: قد يتنا الخلاف فيما إذا كان عنده وديعة ثم مات ولم توجد في تركته، وأن الذي يقتضيه النظر عدم الضمان.

إشارة

والذي عليه فتوي أكثر العلماء ممّا ومن الشافعية (1) الأم 4:138، الحاوي الكبير 8:380، حلية العلماء 5:176-177 (2). وجوب الضمان.

وقد قال الشافعي: إذا لم توجد بعينها حاص المالك الغرماء (2).

واختلف أصحابه في هذه المسألة علي ثلاث طرق:

منهم من قال: إنّما يحاص الغرماء بها إذا كان الميت قد أقر قبل موته، فقال: عندي أو عليّ وديعة لفلان، فإذا لم تُوجد، كان الظاهر أنّه أقر

ص: 179

1- راجع الهامش

2- من ص 177.

ببدلها، وأنها تلفت علي وجه مضمون، وأما إذا قامت بالوديعة بيّنة أو أقرّ بها الورثة ولم توجد، لم يجب ضمانها؛ لأنّ الوديعة أمانة، و الأصل أنّها تلفت علي الأمانة، فلم يجب ضمانها.

و منهم مَنْ قال: صورة المسألة أن يثبت أنّ عنده وديعة فتُطلب فلا توجد بعينها ولكن يكون في تركته من جنسها، فيحتمل أن تكون تلفت، و يحتمل أن تكون قد اختلطت بماله، فلمّا احتمل الأمران أُجري مجري الغرماء، و خاصّ بهم، فأما إذا لم يكن في تركته من جنسها فلا ضمان؛ لأنّه لا يحتمل إلا تلفها.

و منهم مَنْ قال بظاهر قوله، و أنّه يحاصّ الغرماء بكلّ حال؛ لأنّ الوديعة يجب عليه ردها، إلا أن يثبت سقوط الردّ بالتلف من غير تقييد، و لم يثبت ذلك، و لأنّ الجهل بعينها كالجهل [بها](1) و ذلك لا يسقط عنه وجوب الردّ، كذا هنا(2).

فروع:

أ - إذا تبرّم

أ - إذا تبرّم(3) المستودع بالوديعة فسلمّها إلي القاضي ضمن،

إلا مع الحاجة.

ب - لا يلحق بالمرض علو السنّ و الشيخوخة؛

لأصالة براءة الذمّة.

ج - لو أقرّ المريض بالوديعة و لا تهمة ثمّ مات في الحال، فالأقرب هنا علي قول مَنْ مَنَعَ من المحاصّة: المحاصّة هنا؛

إذ إقراره بأنّ عنده أو عليه وديعة يقتضي حصوله في الحال، فإذا مات عقيبه لم يمكن فرض التلف قبل الإيضاء.

ص: 180

1- ما بين المعقوفين يقتضيه السياق.

2- الحاوي الكبير 8:380، حلية العلماء 5:177.

3- تبرّم: تضجّر. لسان العرب 12:43 «برم».

مسألة 31: إذا أودعه في قرية فنقلها المستودع إلي قرية أُخري،

فإن اتّصلت القريرتان وكانت المنقول إليها أحرز أو ساوت الأولي في الأمن ولا خوف بينهما، فالأقرب: عدم الضمان، مع احتمال؛ لأنّ الظاهر من الإيداع في قريةٍ عدم رضا المالك بنقلها عنها.

وإن لم تتّصل القريرتان، فالأقرب: الضمان، سواء كان الطريق آمناً أو مخوفاً - وهو أحد وجهي الشافعية (1) - لأنّ حدوث الخوف في الصحراء غير بعيدٍ.

وأظهرهما عندهم: عدم الضمان مع الأمن، وثبوته لا معه، كما لو لم تكن بينهما مسافة، بل اتّصلت العمارتان (2).

وقال أكثر الشافعية: إن كان بين القريرتين مسافة سُمي المشي فيها سفراً، ضمن بالسفر بها (3).

وبعضهم لا يقيّد، بل يقول: إن كان بينهما مسافة ضمن. ولم يجعل مطلق المسافة مصححاً اسم السفر (4).

وقال آخرون منهم: إن كانت المسافة بينهما دون مسافة التقصير وكانت آمنةً والقرية المنقول إليها أحرز، لم يضمن (1):

وهو يقتضي أنّ السفر بالوديعة إنّما يوجب الضمان بشرط طول السفر. وهو بعيد عندهم؛ فإنّ خطر السفر لا يتعلّق بالطول والقصر (2).

ص: 181

1- العزيز شرح الوجيز 300:7.

2- العزيز شرح الوجيز 300:7، روضة الطالبين 294:5.

وإن كانت المسافة بحيث لا تصحّح اسم السفر، فإن كان فيها خوفٌ ضمن، وإلا فوجهان:

أحدهما: إنَّ الحكم كذلك؛ لأنَّ الخوف في الصحراء متوقّع.

وأظهرهما عندهم: إنّه كما لو لم تكن مسافة(1).

وإن كانت القرية المنقول عنها أحرز من المنقول إليها، ضمن المستودع بالنقل، فإنَّ المالك حيث أودعه فيها اعتمد حفظه فيها، ولو كانت المنقول إليها أحرز أو تساوى، فلا ضمان، وبه قال الشافعي(2).

وقد بيّنا احتمال الضمان.

مسألة 32: إذا قلنا بالتفصيل - وهو عدم الضمان مع كون القرية المنقول إليها أحرز - وجب معرفة سبب كونها أحرز، وهو متعدّد:

منها: حصانتها في نفسها أو انضباط أهلها أو امتناع الأيدي الفاسدة عنها.

ومنها: كونها عامرةً لكثرة القطن بها.

ومنها: أن يكون مسكنه و مسكن أقاربه و أصدقائه بها، فلا يقدم عليها اللصوص، و لا يقوي طمعهم فيها؛ لأنَّ قرية أهله و أقاربه أحرز في حقّه.

و اعلم أنّا حيث منعنا النقل فذلك إذا لم تدعُ ضرورة إليه، فإن اضطرَّ إليّ نقلها جاز، كما جوّزنا له السفر بها مع الحاجة إليه.

مسألة 33: إذا أراد الانتقال و لا ضرورة إليه، فالحكم فيه كما سبق فيما إذا أراد السفر.

إشارة

و النقل من محلّة إليّ محلّة أو من دارٍ إليّ دارٍ كالنقل من قريةٍ إليّ قريةٍ متّصّلتي العمارة.

و أمّا إذا نقل من بيتٍ إليّ بيتٍ في دارٍ واحدة أو خانٍ واحد،

ص: 182

1- العزيز شرح الوجيز 300:7، روضة الطالبين 294:5.

2- العزيز شرح الوجيز 300:7، روضة الطالبين 294:5.

لم يضمن وإن كان الأول أحرز إذا كان الثاني حرزاً أيضاً.

هذا إذا أطلق الإيداع.

والتحقيق أن نقول: إذا أودعه شيئاً، ففيه ثلاثة أقسام.

الأول: أن يودعه و لا يعين له موضعاً لحفظها،

فإن المودع يحفظ الوديعة في حرز مثلها أي موضع شاء، فإن وضعها في حرز ثم نقلها إلي حرز مثلها، جاز، سواء كان مثل الأول أو دونه - وبه قال الشافعي (1) - لأن المودع رد ذلك إلي حفظه واجتهاده، فكل موضع هو حرز مثلها وهي محفوظة فيه فكان وضعها فيه داخلياً تحت مطلق الإذن بالموضع فيه حيث جعل ذلك منوطاً باختياره.

الثاني: إذا عين له موضعاً، فقال: احفظها في هذا البيت،

أو في هذه الدار، واقتصر علي ذلك و لم ينهه عن غيره، فإن كان الموضع ملكاً لصاحب الوديعة، لم يجز للمستودع نقلها عنه، فإن نقلها ضمن؛ لأنه ليس بمستودع في الحقيقة، وإنما هو وكيل في حفظها، وليس له إخراجها من ملك صاحبها.

و كذا إن كانت في موضع استأجره لها.

وإن كان الموضع ملكاً للمستودع، فإن نقلها إلي ما دونه في الحرز أو وضعها فيه ابتداءً، ضمن؛ لأنه خالف أمره في شيء مطلوب فيه مرغوب إليه، فكان ضامناً، كما لو وضعها في غير حرز.

وإن كان الثاني مثل الأول أو أحرز منه، فلا ضمان عليه؛ لأن تعيينه البيت إنما أفاد تقدير الحرزية، وليس الغرض عينه، كما لو استأجر أرضاً لزراعة الحنطة، فإنه يجوز أن يزرعها ما يساويها في الضرر أو يقصر ضرره عنها؛ لأن الغرض بتعيينها تقدير المنفعة لا عينها، كذا هنا، و حمل التعيين

ص: 183

علي تقدير الحرزية دون التخصيص الذي لا غرض فيه، وبه قال الشافعي (1).

نعم، لو كان التلف بسبب النقل، كما إذا انهدم عليه البيت المنقول إليه، فإنه يضمن؛ لأنّ التلف هنا جاء من المخالفة.

وكذا مكثري الدابة للركوب إذا ربطها في الاصطبل فماتت، لم يضمن، وإن انهدم عليها ضمن.

وكذا لو سُرقت من البيت المنقول إليه أو غُصبت فيه، علي إشكالٍ.

الثالث: إذا عيّن له موضعاً، فقال: أحرزها في هذا البيت،

أو هذه الدار ولا تخرجها منه ولا تنقلها عنه، فأخرجها، فإن كان لحاجةٍ بأن يخاف عليها في الموضع الذي عيّنه الحريق أو النهب أو اللصّ فنقلها عنه إلي أحرزها، لم يضمن؛ لأنّ الضرورة سوّغت له النقل.

وإن نقلها لغير عذرٍ، ضمن مطلقاً عندنا - وهو اختيار أبي إسحاق الشيرازي (2) - سواء نقلها إلي حرزٍ هو دون الأوّل أو كان مساوياً أو أحرز منه؛ لأنّه خالف صريح الإذن لغير حاجةٍ فضمن، كما لو نقلها إلي حرزٍ هو دون الأوّل وهو حرز مثلاً.

وقال أبو سعيد الاضطخري: إن كان الحرز الثاني مثل الأوّل أو أحرز منه، لم يضمن بالنقل إليه؛ لأنه نقلها عنه إلي مثله، فأشبهه ما إذا عيّن له موضعاً فنقلها عنه إلي مثله من غير نهي (3).

ص: 184

1- المهذب - للشيرازي - 366:1، التهذيب - للبخاري - 119:5، البيان 427:6، العزيز شرح الوجيز 310:7، روضة الطالبين 301:5.

2- راجع المهذب - للشيرازي - 366:1-367، و حلية العلماء 169:5، و البيان 427:6.

3- المهذب - للشيرازي - 367:1، حلية العلماء 169:5، البيان 427:6، العزيز شرح الوجيز 310:7، روضة الطالبين 301:5.

ثم تأول كلام الشافعي بأنه أراد بذلك إذا كان الموضع الذي هي فيه ملكاً لصاحب الوديعة (1).

وقال أبو حنيفة: إذا نهاه عن نقلها عن دارٍ فنقلها إلى دارٍ أخرى ضمن، وإن نهاه عن نقلها عن بيتٍ فنقلها إلى بيتٍ آخر في الدار لم يضمن؛ لأن البيتين في دارٍ واحدة حرزٌ واحد، والطريق إلى أحدهما طريق إلى الآخر، فأشبه ما لو نقلها من زاويةٍ إلى زاويةٍ (2).

وهو غلط؛ لأنه قد يكون بيت في الدار يلي الطريق والآخر لا يليه، فالذي لا يليه أحرز.

والحق ما قلناه؛ لأنه خالف لفظ المودع فيما لا مصلحة له فيه، فوجب أن يضمن، كما لو نقلها إلى موضع هو دونه في الحرز.

مسألة 34: قد بينا أنه إذا نهاه عن النقل عن الموضع الذي عيّنه، لم يجز له نقلها عنه إلا لضرورة،

كحريقٍ أو غرقٍ أو نهبٍ أو خوف اللصّ وشبهه، فإن حصلت إحدى هذه الأعذار نقلها، ولا ضمان، سواء نقلها إلى حرزٍ مثل الأول أو أدون منه إذا كان حرزٍ مثلها إذا لم يجد أحرز منه.

فإن وجد أحرز منه واقتصر على الأدون، احتُمل الضمان؛ لأننا قد بينا أنّ التعيين لا يفيد الاختصاص، بل تقدير الحرز، فإذا تعدّر الشخص وجب الانتقال إلى المساوي أو الأحرز، وعدمه ضعيفاً؛ لأنّ التعيين قد زال، فساغ النقل للخوف، فيتخبر المستودع حينئذٍ، ولو لم يعين له الحرز ابتداءً جاز له الوضع في الأدون، فكذا إذا عيّنه.

ص: 185

1- لم نعثر عليه في مظاته.

2- تحفة الفقهاء 173:3، بدائع الصنائع 210:6، الحاوي الكبير 369:8، حلية العلماء 169:5، العزيز شرح الوجيز 311:7، المغني 285:7، الشرح الكبير 287:7.

و الأول أقوى.

ولو أمكن النقل عن المعين مع عروض إحدى هذه الحالات، ضمن؛ لأنه مفترط حينئذ في الحفظ، إذ الظاهر أنه قصد بالنهاي عن النقل نوعاً من الاحتياط، فإذا عرضت هذه الأحوال فالاحتياط النقل، وهو أصح وجهي الشافعية (1).

ولو قال: لا- تنقلها وإن حدثت ضرورة، فحدثت ضرورة، فإن لم ينقل لم يضمن، كما لو قال: أتلف مالي، فأتلفه، وهو أظهر وجهي الشافعية (2).

ولهم وجه آخر (3).

وإن نقل، لم يضمن؛ لأنه قصد الحفظ والصيانة والإصلاح، فكان محسناً، فيندرج تحت عموم قوله تعالى: «ما عليّ المؤمنون من سبيل» (2) وهو أصح وجهي الشافعية (3).

مسألة 35: لو نقلها المستودع عن الموضع المعين المنهي عن نقلها عنه،

فادعي المستودع الخوف من الحريق أو الغرق أو اللص أو شبهه من الضرورات، وأنكر المالك، فإن عرف هناك ما يدعيه المستودع، كان القول قوله مع اليمين؛ لأنه ادعي الظاهر، فصدق بيمينه، وإلا طُوب بالبيّنة، فإن لم تكن هناك بيّنة، صدق المالك بيمينه؛ لأنه منكر، وهو قول أكثر الشافعية (4).

ص: 186

1- العزيز شرح الوجيز 310:7، روضة الطالبين 301:5. (2 و 3) المهذب - للشيرازي - 367:1، العزيز شرح الوجيز 310:7، روضة الطالبين 301:5.

2- التوبة: 91.

3- العزيز شرح الوجيز 310:7، روضة الطالبين 301:5.

4- العزيز شرح الوجيز 310:7-311، روضة الطالبين 301:5-302.

ولهم وجهٌ آخر: إنَّ ظاهر الحال يغنيه عن اليمين(1).

ولهم وجهٌ آخر غريب فيما إذا لم ينهه عن النقل، فنقل إلي ما دونه:

إنَّه لا يضمن(2).

وهذا كلُّه فيما إذا كان البيت المعين أو الدار المعينة ملكاً للمستودع، أمَّا إذا كان ملكاً للمالك، فليس للمستودع إخراجها عن ملكه بحالٍ، إلا أن تعرض ضرورة إلي ذلك.

البحث الرابع: في التقصير في دفع المهلكات.

مسألة 36: يجب علي المستودع دفع مهلكات الوديعة وما يوجب نقص ماليتها؛ إذ الحفظ واجب، ولا يتم إلا بذلك.

فلو استودع ثياب صوفٍ، وجب علي المستودع نشرها و تعريضها للريح بمجري العادة؛ لئلا يفسدها الدود.

ولو لم يندفع الفساد إلا بأن يلبس و تعبق(3) بها رائحة الأدمي، وجب علي المستودع لبسها.

فإن لم يفعل ففسدت بترك اللبس و تعريض الثوب للريح، كان ضامناً، سواء أمره المالك أو سكت عنه.

أمَّا لو نهاه عن النشر و فعل ما يحتاج إليه الحفظ فامتنع من ذلك حتي فسدت، فعَل مكرهاً، و لا ضمان عليه، و به قال أكثر الشافعية(4).

ص: 187

1- العزيز شرح الوجيز 311:7، روضة الطالبين 302:5.

2- العزيز شرح الوجيز 311:7.

3- راجع الهامش (1) من ص 155.

4- التهذيب - للبغوي - 125:5، العزيز شرح الوجيز 303:7، روضة الطالبين 296:5.

ولهم وجه آخر: إن عليه الضمان(1).

هذا إذا علم المستودع ذلك، أمّا لو لم يعلم المستودع ذلك بأن أودعه صندوقاً مقفلاً لا يعلم ما فيه، أو كيساً مشدوداً و لم يُعلمه المالك، لم يضمن؛ لعدم التفريط، و انتفاء التقصير منه.

مسألة 37: إذا كانت الوديعة دابةً أو آدمياً، وجب علي المستودع القيام بحراستها و مراعاتها و علفها و سقيها.

ثمّ لا يخلو إمّا أن يأمره المالك بالعلف و السقي، أو ينهاه عنهما، أو يُطلق الإيداع.

فإن أمره بالعلف و السقي، وجب عليه فعلهما و رعاية المأمور به.

فإن امتنع المستودع من ذلك حتي مضت مدة تموت مثل الدابة في مثل تلك المدة، نُظر إن ماتت ضمنها، و إن لم تمت دخلت في ضمانه، و إن نقصت ضمن النقصان.

و تختلف المدة باختلاف الحيوان قوّة و ضعفاً.

فإن ماتت قبل مضيّ تلك المدة، لم يضمنها إن لم يكن بها جوع و عطش سابق، و إن كان و هو عالمٌ ضمن، و كذا لو كان جاهلاً.

و للشافعية في الجاهل و جهان كالوجهين فيما إذا حبس من به بعض الجوع و هو لا يعلم حتي مات(2).

و أظهرهما عندهم: عدم الضمان(3).

و علي تقدير الضمان لهم و جهان: هل يضمن الجميع أو بالقسط؟

ص: 188

1- العزيز شرح الوجيز 303:7، روضة الطالبين 296:5.

2- التهذيب - للبغوي - 124-123:5، العزيز شرح الوجيز 302:7، روضة الطالبين 295:5.

3- العزيز شرح الوجيز 302:7، روضة الطالبين 295:5.

كما لو استأجر دابةً لحمل قدرٍ فزاد عليه(1).

وإن نهى المالك عن العلف والسقي فتركهما، كان عاصياً؛ لما فيه من تضييع المال المنهي عنه شرعاً و هتك حرمة الروح؛ لأنّ للحيوان حرمةً في نفسه يجب إحياءه لحقّ الله تعالى.

وفي الضمان إشكال أقرب: العدم - وهو قول أكثر الشافعية(2) - كما لو قال: اقتل دابتي، فقتلها، أو أمره برمي قماشه في البحر، فرماه، أو أمره بقتل عبده، فقتله، فإنه يَأْتُم، ولا ضمان عليه، كذا هنا.

وقال بعضهم: يجب عليه الضمان؛ لحصول التعدي في الوديعة، وهو مقتضى للضمان، فأشبه ما لو لم ينهه(3).

ولو علفها وسقاها مع نهي عنهما، كان الحكم كما تقدّم في القسم الأوّل.

وقال بعض الشافعية: الخلاف هنا مخرّجٌ ممّا إذا قال: اقتلني، فقتله هل تجب الدية؟(4).

ولم يرتضه باقي الشافعية؛ لأنّ إذا أوجبنا الدية أوجبناها للوارث، ولم يوجد منه إذن في الإتلاف، و هنا بخلافه(5).

وإن أطلق الإيداع، فلا يأمره بالعلف والسقي ولا ينهاه عنهما، فيجب7.

ص: 189

1- العزيز شرح الوجيز 302:7، روضة الطالبين 295:5.

2- الحاوي الكبير 365:8، المهذب - للشيرازي - 368:1، حلية العلماء 182:5، التهذيب - للبغوي - 124:5، البيان 441:6، العزيز شرح الوجيز 302:7، روضة الطالبين 295:5، المغني 294:7، الشرح الكبير 293:7.

3- الحاوي الكبير 366:8، المهذب - للشيرازي - 368:1، حلية العلماء 182:5، البيان 441:6، العزيز شرح الوجيز 302:7، روضة الطالبين 295:5، المغني 294:7، الشرح الكبير 293:7. (4 و 5) العزيز شرح الوجيز 302:7.

علي المستودع العلف و السقي؛ لأنه التزم بحفظها، ولأنه ممنوع من إتلافها جوعاً، فإذا التزم حفظها تضمّن ذلك علفها و سقيها، و به قال الشافعي(1).

وقال أبو حنيفة: لا يجب عليه العلف و السقي؛ لأنه استحفظه إياها و لم يأمره بعلفها(2).

وقد بيّنّا الأمر الضمني.

مسألة 38: لا خلاف في أنه لا يجب علي المستودع الإنفاق علي الدابة و الأدمي من ماله؛

لأصالة البراءة، و التضرّر المنفي شرعاً، لكن إن دفع إليه المالك النفقة فذاك، و إن لم يدفع إليه، فإن كان المالك قد أمره بعلفها و سقيها رجع به عليه؛ لأنه أمره بإتلاف ماله فيما عاد نفعه إليه، فكان كما لو ضمن عنه مالاً بأمره و أداه عنه.

و إن أطلق الإيداع و لم يأمره بالعلف و السقي و لا نهاه عنهما، فإن كان المالك حاضراً أو وكيله طالبه بالإنفاق عليها أو ردّها عليه، أو أذن له المالك في الإنفاق فينفق، و يرجع به إن لم يتطوّع بذلك.

و إن لم يكن المالك حاضراً و لا وكيله، رفع الأمر إلي الحاكم، فإن وجد الحاكم لصاحبها مالاً أنفق عليها منه، و إن لم يجد مالاً رأي الحاكم المصلحة للمالك إمّا في بيعها، أو بيع بعضها و إنفاقه عليها، أو إجارتها، أو الاستدانة علي صاحبها من بيت المال أو من المستودع أو من غيره، فيفعل ما هو الأصلح.

فإن استدان عليه من بيت المال أو من غير المستودع، دَفَعَه إلي

ص: 190

1- الحاوي الكبير 8:366، المهذب - للشيرازي - 1:368، حلية العلماء 5:181، البيان 6:439، العزيز شرح الوجيز 7:302، روضة الطالبين 5:295، المغني 7:292، الشرح الكبير 7:290.

2- الحاوي الكبير 8:366، حلية العلماء 5:181، البيان 6:439، العزيز شرح الوجيز 7:302، المغني 7:292، الشرح الكبير 7:290.

المستودع لينفقه عليها إن رأي ذلك مصلحةً.

وإن استدان من المستودع، فالأقرب: إنَّ الحاكم يتخيّر بين أن يأذن للمستودع في الإنفاق عليها، وبين أن يأذن لغيره من الأمانة يقبض من المستودع وينفق؛ لأنَّ المستودع أمين عليها، فجاز للحاكم الإخلاء [إليه] (1) في إنفاق ما يستدينه منه عليها، كما أنَّ للمالك أمره بالإنفاق، وهو أحد وجهي الشافعية.

و الثاني لهم: إنَّه ليس للحاكم أن يأذن للمستودع في الإنفاق ممَّا يستدينه منه علي المالك، بل يقيم الحاكم أميناً يقبض منه وينفق؛ لأنَّه لا يجوز أن يكون أميناً في حق نفسه (2).

و الوجه: ما تقدّم.

وعلي ما اخترناه من جواز إخلاء الحاكم إلي المستودع فالأقرب: إنَّه لا يقدرها، بل يكل الأمر إلي اجتهاد المستودع، وهو أحد قولي الشافعية، و الثاني لهم: إنَّ الحاكم يقدرها ولا يكلها إلي المستودع (3).

[فإن اختلفا في قدر النفقة] (4) فالقول قوله فيما أنفق إذا ادّعي الإنفاق بالمعروف، ولو ادّعي أكثر لم يقبل قوله إلا بالبيّنة.

و كذا لو قدر له الحاكم النفقة، فادّعي أنّه أنفق أكثر.

و لو اختلف المستودع و المالك في قدر المدّة التي أنفق فيها، قدّم قول صاحبها؛ لأنَّ الأصل عدم ذلك، و براءة ذمّته.

و لو اختلفا في قدر النفقة، قدّم قول المستودع؛ لأنَّه أمين فيها. 7.

ص: 191

1- إضافة يقتضيها السياق.

2- حلية العلماء 5: 182.

3- حلية العلماء 5: 182، البيان 6: 440.

4- ما بين المعقوفين أضفناه من المغني 7: 293، و الشرح الكبير 7: 292.

ولو أنفق عليها من غير إذن الحاكم، فإن قدر علي إذن الحاكم ولم يُحصّله، لم يكن له الرجوع؛ لأنّه متطوّع.

وإن لم يقدر علي الحاكم فأنفق، فليُشهد علي الإنفاق و الرجوع، فإن ترك الإشهاد مع قدرته عليه، فالأقرب: إنّه متبرّع، وإن تعدّر عليه الإشهاد، فالأقرب: إنّه يرجع مع قصده الرجوع، ويقدم قوله في ذلك؛ لأنّه أعرف بقصده.

وإذا قلنا: ينفق ويرجع، صار كالحاكم في بيعها أو بيع بعضها أو إيجارها أو الاقتراض علي مالها.

ولو ترك المستودع الإنفاق مع إطلاق الإيداع ولم يرفعه إلي الحاكم ولا أنفق عليها حتي تلفت، ضمن إن كانت تلفت من ترك ذلك؛ لأنّه تعدّي بتركه.

وإن تلفت في زمانٍ لا تتلف في مثله؛ لعدم العلف، لم يضمن؛ لأنّها لم تتلف بذلك.

ولو نهاه عن السقي و العلف، لم يضمن بترك ذلك علي ما تقدم (1) من الخلاف.

و هل يرجع علي المالك؟ إشكال ينشأ: من تبرّعه بالإنفاق، وعدمه.

مسألة 39: إذا احتاج المستودع إلي إخراج الدابة لعلفها أو سقيها، جاز له ذلك؛ لأنّ الحفظ يتوقّف عليه، و لا ضمان.

و لا فرق بين أن يكون الطريق آمناً أو مخوفاً إذا خاف التلف بترك السقي و اضطرّ إلي إخراجها.

ولو أخرجها من غير ضرورة للعلف و السقي، فإن كان الطريق آمناً لا خوف فيه و أمكنه سقيها في موضعها، فالأقرب: عدم الضمان؛ لأطراد

ص: 192

1- في ص 189.

العادة بذلك، وهو أظهر قولِي الشافعية(1).

ولو علفها وسقاها في داره أو اصطبله حيث يعلف دوابّه ويسقيها، فقد بالغ في الحفظ.

وإن أخرجها من موضعها وكان يفعل ذلك في دوابّ نفسه لضيق الموضع أو لغيره، فلا ضمان عليه.

وإن كان يسقي دوابّه فيه، قال الشافعي: ضمن(2).

وختلف أصحابه، فأطلق بعضهم وجوب الضمان؛ لأنّه أخرج الوديعة عن الحرز لغير ضرورة(3).

وقيده بعضهم بما إذا كان ذلك الموضع أحرز، فأما إذا كان الموضع المُخرج إليه أحرز أو مساوياً، فلا ضمان(4).

وقال آخرون: إنّه محمول علي ما إذا كان في الإخراج خوف، فإن لم يكن فلا ضمان(5).

مسألة 40: إذا تولّى المستودع السقي و العلف بنفسه أو أمر به صاحبه أو غلامه و كان حاضراً لم تزل يده، فذاك.

إشارة

وإن بعثها علي يده للسقي أو أمره بعلفها أو أخرج الدابة من يده، فإن لم يكن صاحبه أو غلامه أميناً ضمن، وإن كان أميناً فالأقرب: عدم الضمان؛ لقضاء العادة بالاستتابة في ذلك، وهو أظهر وجهي الشافعية(6).

و الوجهان عند بعضهم مخصوصان بمن يتولّى ذلك بنفسه، فأما في

ص: 193

1- العزيز شرح الوجيز 302:7-303، روضة الطالبين 296:5.

2- العزيز شرح الوجيز 302:7، روضة الطالبين 295:5.

3- العزيز شرح الوجيز 302:7، روضة الطالبين 295:5-296.

4- العزيز شرح الوجيز 302:7، روضة الطالبين 296:5.

5- العزيز شرح الوجيز 302:7، روضة الطالبين 296:5.

6- العزيز شرح الوجيز 303:7، روضة الطالبين 296:5.

حقّ غيره فلا ضمان قطعاً(1).

فروع:

أ - لو ناه عن العلف لعلّة تقتضي النهي

- كالقولنج وشبهه - فعلفها قبل زوال العلة فماتت، ضمن؛ لأنّه مفرط.

ب - العبد المودع و الأمة كالدابة

في جميع ما تقدّم.

ج - لو أودعه نخلًا، فالأقرب: إنّ سقيه واجب

كما قلنا في الدابة، وهو أحد وجهي الشافعية. وفي الثاني: إنّه لا يضمن بترك السقي إذا لم يأمره بالسقي(2).

البحث الخامس: في المخالفة في كيفية الحفظ.

مسألة 41: يجب علي المستودع اعتماد ما أمره المالك في كيفية الحفظ،

فإذا أمره بالحفظ علي وجهٍ مخصوص فعدل عنه إلي وجهٍ آخر و تلفت الوديعة، فإن كان التلف بسبب الجهة المعدول إليها ضمن و كانت المخالفة تصغيراً؛ لأنّه لوراعي الوجه المأمور به لم يتحقّق التلف، و لو حصل التلف بسببٍ آخر فلا ضمان.

هذا إذا لم يتحقّق المستودع التلف لو امتثل الأمر، أمّا إذا تحقّق التلف بالامتثال فخالف للاحتياط في الحفظ فاتّفق التلف فلا ضمان، لأنّه محسن فلا سبيل عليه؛ للآية(3).

مسألة 42: إذا أودعه مالاً في صندوق و قال له: لا ترقد عليه،

إشارة

ص: 194

1- الوسيط 4:506، العزيز شرح الوجيز 7:303، روضة الطالبين 5:296.

2- العزيز شرح الوجيز 7:303، روضة الطالبين 5:296.

فخالف و رقد عليه، فإن تلفت الوديعة بالرقود بأن انكسر رأس الصندوق بثقله و تلف ما فيه، ضمن؛ لأنه خالف، و تلفت الوديعة بالمخالفة، فكان ضامناً.

و إن تلفت بغير الرقود، فإن كان في بيتٍ محرز فأخذه اللصّ، أو كان في برية فأخذه اللصّ من رأس الصندوق، فالأقرب: عدم الضمان - وبه قال الشافعي(1) - لأنه زاده احتياطاً و حفظاً، و التلف ما جاء منه.

و للشافعية وجهٌ آخر: إنه يضمن - وبه قال مالك - لأنّ رقوده علي الصندوق تنبيه عليه و تعظيم لما فيه، و موهم للسارق نفاسة ما فيه فيقصده(2).

و هو غلط؛ لأنه زاده احتياطاً و خيراً(3)، كما لو قال له: صنع المال في صحن الدار، فوضعه في البيت، لم يضمن، و لا يقال: إن هذا يتضمّن التنبيه عليه، كذا هنا.

و كذا الخلاف فيما لو قال: لا تقفل عليها، فقفّل، أو قال: لا تقفل عليها إلا قفلاً واحداً، فقفّل قفلين، أو قال: لا تغلق باب البيت، فأغلق(4).

و إن كان في البرية فأخذه اللصّ من جنب الصندوق، احتُمل عدم الضمان؛ لأنه إذا كان فوق الصندوق أطّلع علي الجوانب كلّها، فيكون أبلغ في الحفظ، و ثبوته؛ لأنه إذا رقد عليه أخلي جنب الصندوق، و ربما لا يتمكّن السارق من الأخذ لو كان [بجنبه](5).هـ.

ص: 195

1- الحاوي الكبير 8:377، التهذيب - للبعوي - 5:121، العزيز شرح الوجيز 7:307، روضة الطالبين 5:299.

2- الحاوي الكبير 8:377، التهذيب - للبعوي - 5:121، العزيز شرح الوجيز 7:307، روضة الطالبين 5:299.

3- في الطبعة الحجرية: «حرزاً» بدل «خيراً».

4- الحاوي الكبير 8:377، العزيز شرح الوجيز 7:307، روضة الطالبين 5:299.

5- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطية و الحجرية: «تحتة». و الظاهر ما أثبتناه.

و هذا إنّما يظهر إذا فرض الأخذ من الجانب الذي لو لم يرقد عليه لكان يرقد هناك، و ذلك بأن كان يرقد أمام الصندوق فتركه فانتبه السارق الفرصة، أو قال المالك: ارقد قدامه، فرقد فوقه، فأخذ السارق المال من قدامه.

و للشافعية وجهان (1) كالاتماليين.

و الأوّل أقوى؛ لأنّه زاده خيراً (2).

و كذا لو قال: ضَعُها في هذا البيت و لا تنقلها، فخاف عليها فنقلها، فلا ضمان؛ لأنّه زاده خيراً (3).

و لو أمره بدفن الوديعة في بيته و قال: لا تبني عليه، فبني، فهو كما لو قال: لا ترقد عليه، فرقد.

تذويب: لو نقل المستودع الوديعة عند الخوف إلى مكانٍ

غير ما عيّنه المالك بأجرة، لم يرجع بها علي المالك؛ لأنّه متطوع متبرّع.

مسألة 43: إذا استودع دراهم أو دنانير أو شبهها وأمره المالك بأن يربطها في كُمّه فأمسكها في يده، ضمن؛

إشارة

لأنّه خالف المالك في تعيين الحرز، و لأنّ الكُمّ أحرز؛ لأنّ الإنسان في معرض السهو و الغفلة و النسيان فيرسل يده فتسقط الوديعة ببسط اليد و الإرسال، فإذا خالف المستودع في الإحراز عن الأعلى إلى الأدنى لا لضرورة كان ضامناً.

و اختلفت الرواية عن الشافعي، فروي المزملي أنّه لا يضمن (4)، و نقل

ص: 196

1- العزيز شرح الوجيز 7: 307-308، روضة الطالبين 5: 299.

2- في الطبعة الحجرية: «حرزاً» بدل «خيراً».

3- في الطبعة الحجرية: «حرزاً» بدل «خيراً».

4- مختصر المزملي: 147، الحاوي الكبير 8: 378، المهذب - للشيرازي - 1: 367، حلية العلماء 5: 170، البيان 6: 429، العزيز شرح

الوجيز 7: 308، روضة الطالبين 5: 299.

الربيع عنه الضمان(1).

و اختلف أصحابه علي طريقتين:

منهم مَنْ قال: ليست علي قولين، وإنما هي علي اختلاف حالين، وفيها طريقتان:

أحدهما: إنّه إن لم يربطها في الكُمّ واقتصر علي الإمساك باليد، ضمن، كما نقله الربيع، ورواية المزني محمولة علي ما إذا أمسك باليد بعد الربط في الكُمّ.

وأصحّهما عندهم: إنّ رواية المزني محمولة علي ما إذا تلفت بأخذ غاصبٍ، فلا يضمن؛ لأنّ اليد أحرز بالإضافة، وإن سقطت بنوم أو نسيان ضمن؛ لأنّها لو كانت مربوطّة في الكُمّ ما ضاعت بهذا السبب، فالتلف حصل بسبب المخالفة(2).

و منهم مَنْ قال: إنّ المسألة علي قولين:

أحدهما: الضمان؛ لأنّ ما في اليد يضيع بالنسيان وبسط اليد، و ما في الكُمّ لا يضيع بهما.

و هذا القول يقتضي الضمان بالوضع في اليد مطلقاً؛ لأنّها ليست حرزاً علي هذا القول.

و الثاني: عدمه؛ لأنّ اليد أحرز من الكُمّ؛ لأنّ الطرّار يأخذ من الكُمّ، و لا يتمكّن من الأخذ من اليد(3).

فروع:

أ - لو أمره بالربط في كُمّه فامتثل، لم يحتج في ذلك إلي الإمساك

ص: 197

1- الأمّ 4:137، مضافاً إلي المصادر المزبورة في الهامش السابق ما عدا مختصر المزني.

2- البيان 6:430، العزيز شرح الوجيز 7:308، روضة الطالبين 5:299-300.

3- المهذب - للشيرازي - 1:367، البيان 6:429-430، العزيز شرح الوجيز 7:308.

باليد؛ لأنّه جعلها في حرزِ أمره المالك به، فلا يفتقر إليّ الزيادة.

ب - لو أمره بربطها في كُثمّه فجعلها في جيبه، لم يضمن؛

لأنّ الجيب أحرز، فإنّه ربما نسي فسقط الشيء من كُثمّه، إلّا إذا كان واسعاً غير مزور، وهو أحد قولَي الشافعيّة(1).

ولهم وجهٌ ضعيف: إنّه يضمن(2).

ولو انعكس فقال: ضَعُها في جيبك، فربطها في كُثمّه، ضمن لا محالة.

ج - إذا ربطها في كُثمّه بأمر المالك، فإن جعل الخيط الرابط خارج الكُثمّ فأخذها الطّار ضمن؛

لأنّ فيه إظهارَ الوديعة، وهو يتضمّن تنبيه الطّار وإغراءه، ولأنّ قطعه وحلّه عليّ الطّار أسهل، وإن ضاع بالاسترسال وانهلال العقدة لم يضمن إذا احتاط في الربط وقوة الشدّ؛ لأنّها إذا انحلت بقيت الدراهم في الكُثمّ.

وإن جعل الخيط الرابط داخل الكُثمّ، انعكس الحكم، فإن أخذه الطّار لم يضمن، وإن سقط بالاسترسال ضمن؛ لأنّ العقد إذا انحلت تآثرت الدراهم.

واستشكل بعضُ الشافعيّة هذا التفصيل؛ لأنّ المأمور به مطلق الربط، فإذا أتى به وجب أن لا ينظر إليّ جهات التلف، بخلاف ما إذا عدل عن المأمور به إليّ غيره فأفضى إليّ التلف، وقضيّة هذا أن يقال: إذا قال: احفظ الوديعة في هذا البيت، فوضعها في زاويةٍ منه فانهدمت عليها، يضمن؛ لأنّها لو كانت في زاويةٍ أُخري لسلمت، ومعلومٌ أنّه بعيد(3).

مسألة 44: إذا أودعه دراهم في طريقٍ أو سوقٍ ولم يقل له: اربطها

ص: 198

1- المهذّب - للشيرازي - 367:1، البيان 430:6، العزيز شرح الوجيز 309:7، روضة الطالبين 300:5. (2 و 3) العزيز شرح الوجيز 309:7، روضة الطالبين 300:5.

في كُفِّه، أو: أمسكها في يدك، فربطها في كُفِّه و أمسكها بيده، فقد بالغ في الحفظ.

و كذا لو جعلها في جيبه و هو ضيق أو واسع مزور، و لو كان واسعاً غير مزورٍ ضمن؛ لسهولة أخذها باليد.

و لو أمسكها بيده و لم يربطها في كُفِّه، لم يضمن إن قلنا: اليد حرز، و إلا ضمن.

و قال الشافعي: إن تلفت بأخذ غاصبٍ لم يضمن، و إن تلفت بغفلةٍ أو نومٍ أو بسط يدٍ ضمن(1).

و لو ربطها و لم يمسكها بيده، فالحكم النظر إلي كيفية الربط و جهة التلف عندهم(2).

و لو وضعها في الكُفِّ و لم يربط فسقطت، ضمن.

و فصل بعضُ الشافعية فقال: إن كانت خفيفةً لا يشعر بها ضمن؛ لتفريطه في الإحراز، و إن كانت ثقيلةً يشعر بها لم يضمن(3).

و قياس هذا يلزم طرده فيما سبق من صور الاسترسال كلها.

و لو وضعها في كور عمامته من غير شدٍّ، ضمن.

مسألة 45: إذا أودعه شيئاً و هو في السوق أو الطريق أو غيره، و قال:

احفظ هذه الوديعة في بيتك،

و جب علي المستودع المبادرة إلي بيته و الإحراز فيه، فإن أحر من غير عذرٍ ضمن، و لو كان لعذرٍ فلا ضمان.

و كذا لو بادر إلي المضي إلي بيته فتلفت، لم يضمن.

ص: 199

1- التهذيب - للبغوي - 121:5، العزيز شرح الوجيز 309:7، روضة الطالبين 300:5.

2- العزيز شرح الوجيز 309:7، روضة الطالبين 300:5.

3- المهذب - للشيرازي - 367:1، التهذيب - للبغوي - 121:5، البيان 429:6، العزيز شرح الوجيز 309:7، روضة الطالبين 300:5.

ولو تركها في دكانه ولم يحملها إلي بيته مع إمكانه، ضمنها؛ لأنَّ بيته أحرز لها.

ولو أودعه في بيته وقال له: احفظ هذه الوديعة في بيتك، فجعلها في ثيابه وخرج بها، ضمن، سواء ربطها وأحكم شدّها أو لا.

ولو ربطها في كُمّه ولم يخرج بها مع إمكان وضعها في الصندوق ونحوه، ضمن.

ولو كان ذلك لتعدّر فتح قفل الصندوق وشبهه، فلا ضمان؛ لأنّه أحرز من البيت.

ولو أودعه في البيت ولم يقل له شيئاً، فخرج بها مربوطةً في ثيابه، احتُمل عدم الضمان؛ لأنّه أحرز عليها بالشدّ والربط، وذلك حرز مثلها، ولم ينصّ المودع علي حرز بعينه.

مسألة 46: إذا نقل المستودع الوديعة من صندوقٍ إلي صندوقٍ غيره

أو من خريطةٍ (1) إلي أُخري أو من ظرفٍ إلي آخر، فإن كانت الظروف والصناديق للمالك ضمن؛ لأنّ المالك بوضعه قد عيّن الحرز، فإذا خالف المستودع ضمن، إلّا مع الخوف والحاجة إلي النقل، وإن كانت للمستودع لم يضمن؛ لأنّ له تفرّغ ملكه، ولا يتعيّن الحفظ فيما وضعه فيه، فجاز له النقل.

واضطرب قول الشافعيّة هنا.

فقال بعضهم: إن كانت الخريطة للمالك، ضمن المستودع بذلك؛ لأنّه نقلها عن ملك صاحبها إلي غيره، فأشبه ما لو أخرجها من صندوقه، وإن كانت الخريطة للمستودع وقد عيّن المالك، فإن نقلها إلي مثلها أو

ص: 200

1- الخريطة: وعاءٌ من آدمٍ وغيره. الصحاح 3: 1123 «خرط».

أحرز منها فلا ضمان، وإن كان دونها في الحرز ضمن(1).

وأطلق بعضهم: إنه إذا كانت الظروف للمالك لا يضمن(2).

وأطلق آخرون منهم والحالة هذه: إنه يضمن، كما لو نقلها من بيته(3).

وفصل آخرون: إنه إن لم يجرفتح قفلٍ ولا فصّ ختمٍ ولا خلطٍ ولم يعين المالك طرفاً، فلا يضمن بمجرد النقل، سواء كانت الصناديق للمستودع أو للمالك، وإذا كانت للمالك فحصولها في يد المودع قد يكون بجهة كونها ودیعةً أيضاً إما فارغة أو مشغولة بالوديعة، وقد يكون بجهة العارية، وإن جري شيء من ذلك فأما الفصّ والفتح والخلط فإنها مضمّنة.

وأما إذا عيّن طرفاً، فإن كانت الظروف للمالك فوجهان:

أحدهما: إنه يضمن؛ لأنّ التفتيش عن المتاع الموضوع في الصندوق والتصرّف فيه بالنقل لا يليق بحال المستودع.

وأصحهما: عدم المنع؛ لأنّ الظرف والمظروف كلاهما ودیعتان، وليس فيه إلا حفظ أحدهما في حرزٍ والآخر في غيره، فعلي هذا إن نقل إلي المثل أو الأحرز فلا بأس، وإن نقل إلي الأدون ضمن.

وإن كانت الظروف للمستودع، فهي كالبيوت إجماعاً(4).

مسألة 47: لو أمره بالحفظ في بيتٍ معيّن ونهاه عن أن يدخل إليها أحداً وعن الاستعانة بالحارسين،

فخالف، فإن حصل التلف بسبب المخالفة بأن سرق الذين أدخلهم أو الحارسون، ضمن قطعاً.

ص: 201

1- راجع: البيان 437:6.

2- الوجيز 1:286، العزيز شرح الوجيز 7:311.

3- العزيز شرح الوجيز 7:311.

4- العزيز شرح الوجيز 7:311، روضة الطالبين 5:302.

وإن حصل بغير ذلك السبب إما بحريقٍ أو بسرقةٍ غير الداخلين أو نهب غير الحارسين و أشباه ذلك، ففي الضمان إشكال ينشأ: من حصول التفريط بالمخالفة، ولولاه لم يضمن لو تلف بذلك السبب، و من حصول التلف بغير سبب المخالفة. و الأول أقوى.

و عند الشافعية أنه لا يضمن علي التقدير الثاني(1).

ولو قال: لا تُخبر بوديعتي أحداً، فخالف و أخبر غيره فسرقها المُخْبِر أو مَنْ أخبره، ضمن؛ لإفضاء الإخبار إلي السرقة.

وإن تلفت بسببٍ آخر، قال بعض الشافعية: لا يضمن(2).

وفيه إشكال أقرب: الضمان؛ لحصول التفريط بالإخبار، وإلا لم يضمن لو سرقة المُخْبِر.

قال بعض الشافعية: لو أن رجلاً من عرض الناس سأل المستودع:

هل لفلان عندك وديعة؟ فأخبره بها، ضمن؛ لأن كتمانها من حفظها، فإذا أخبره فقد ترك الحفظ(3).

مسألة 48: لو أودعه خاتماً و أمره بجعله في خنصره، فجعله في البصير، لم يضمن؛

لأنه زاده حفظاً و حراسةً، فإن البصير أغلظ من الخنصر، و الحفظ فيه أكثر.

ولو انكسر لغلظها، ضمن.

و كذا يضمن لو ضاق عنها فوضعه في أناملته العليا من البصير؛ لأنه في أصل الخنصر أحرز.

ولو قال: اجعله في البصير، فجعله في الخنصر، فإن كان ضيقاً لا ينتهي إلي أصل البصير لم يضمن؛ لأن الذي فعله أحرز، وإن كان ينتهي

ص: 202

1- البيان 428:6، العزيز شرح الوجيز 311-312:7، روضة الطالبين 302:5. (2 و 3) العزيز شرح الوجيز 312:7، روضة الطالبين 303:5.

إليه ضمن؛ لأن ما يثبت في البُنْصِر إذا جُعِل في الخِنْصِر كان في معرض السقوط.

ولو لم يعين المالك شيئاً، فإن جَعَله في الخِنْصِر لم يضمن إن قصد الحفظ؛ لأن الخِنْصِر حرز في مثل الخاتم، وإن قصد الاستعمال و التزيين به ضمن، وهو أحد الاحتمالين عند الشافعية.

والثاني: إنه يضمن - وبه قال أبو حنيفة - لأنه استعمال (1).

وقال بعض الشافعية: إن جعل فَصَّهُ إلي ظهر الكف ضمن، وإلا فلا؛ لأنه بجَعَله إلي ظهر الكف يكون قد قصد الاستعمال (2).

لكن من آداب التختّم جَعْل النَّصِّ إلي بطن الكف، وهو يقدح في هذا التعليل.

ولو جعله في البُنْصِر أو غيره غير الخِنْصِر، لم يضمن إذا انتهى إلي آخر الإصبع، إلا أنّ المرأة قد تتختّم في غير الخِنْصِر، فيكون غير الخِنْصِر في حقها كالخِنْصِر.

مسألة 49: إذا عين المالك له موضعاً للحفظ، لم يجز للمستودع التجاوز عنه،

ويضمن لو نقل علي ما تقدّم (3).

ولو كان الحرز الذي عينه بعيداً عنه، وجبت المبادرة إليه بما جرت العادة، فإن أحرر متمكناً ضمن.

ولو لم يعين موضعاً للحفظ، وجب علي المستودع حفظها في حرز مثلها، ولا يضمن بالنقل عنه وإن كان إلي حرز أدون.

ص: 203

1- الوسيط 4:510، التهذيب - للبخاري - 5:122، العزيز شرح الوجيز 7:312، روضة الطالبين 5:303، المبسوط - للسرخسي - 14:11.

2- العزيز شرح الوجيز 7:312، روضة الطالبين 5:303.

3- في ص 183، القسم الثاني من أقسام نقل الوديعة، ضمن المسألة 33.

مسألة 50: من الأسباب المقتضية للتقصير التضييع،

فإنّ المستودع مأمور بحفظ الوديعة في حرز مثلها بالتحرز عن أسباب التلف، فلو أحرزها مع الإمكان ضمن.

و لو جعلها في مضبعةٍ أو في غير حرز مثلها، فكذلك.

و لو جعلها في حرزٍ أكبر من حرز مثلها ثم نقلها إلى حرز مثلها، لم يضمن؛ لأنّ الواجب هو الثاني، والأول تبرّع منه.

و لا فرق بين أن يكون التضييع بالنسيان أو غيره، فلو استودع فضيعة الوديعة بالنسيان ضمن؛ لأنّه فرط في حفظها، ولأنّ التضييع سبب التقصير، فيستوي فيه الناسي وغيره، كالإتلاف، وهو أحد وجهي الشافعية.

و الثاني: إنّه لا يضمن؛ لأنّ الناسي غير متعدّ، والمستودع إنّما يضمن بالتعدّي (1).

و الصغري ممنوعة، و حكم الخطأ حكم النسيان، فلو استودع أنيةً فكسرها مخطئاً ضمن، ولأنّ الناسي مفرط، و لهذا لونسي الماء في رَحله فتيمّم فصلّي ثم ذكر، و جب عليه القضاء، و لأنّه لو انتفع بالوديعة ثم ادّعي الغلط و قال: ظننته ملكي، لم يصدّق، مع أنّ هذا الاحتمال قريب، فعلم أنّ الغلط غير دافع للضمان.

مسألة 51: لو سعي المستودع بالوديعة إلى من يصادر المالك و يأخذ أمواله، كان ضامناً؛

لأنّه فرط في الحفظ، بخلاف ما لو كانت السعاية من غير المستودع، فإنّه لا يضمن؛ لأنّه لم يلتزم بالحفظ.

ص: 204

ولو أخبر المستودع اللَّصَّ بالوديعة فسرقها، فإن عيّن له الموضع ضمن؛ لأنّه فرّط في حفظها، ولو لم يُعيّن المكان لم يضمن.

أمّا لو علم الظالم بالوديعة من غير إعلام المستودع فأخذها منه قهراً، فإنّه لا يضمن، كما لو سُرقت منه.

وإن أكرهه الظالم حتى دفعها بنفسه، فكذلك لا ضمان عليه؛ لانتفاء التفريط منه، بل يُطالب المالكُ الظالم بالضمان، ولا رجوع له إذا غرم.

وهل للمالك مطالبة المستودع بالعين أو البدل؟ الأقرب ذلك؛ لأنّه مباشر لتسليم مال الغير إلي غير مالكة، فإذا رجع المالك عليه رجع هو علي الظالم، وهو أحد وجهي الشافعية، وفي الثاني: ليس له ذلك (1).

وهذان الوجهان كالوجهين في أنّ المُكره علي إتلاف مال الغير هل يطالب أم لا؟ (2).

وعلي كلّ تقديرٍ فقرار الضمان علي الظالم.

ومعني القرار أن لا يرجع الشخص إذا غرم، ويرجع عليه غيره إذا غرم.

مسألة 52: إذا خاف المستودع من الظالم إذا منعه من الوديعة وأمكنه مدافعتة بالإنكار و الاختفاء عنه و الامتناع منه، وجب عليه ذلك

علي حسب ما يقدر عليه، فإن ترك الدفع مع القدرة ضمن.

وإن أنكر المستودع الوديعة فطلب الظالم إحلافه، جاز له أن يحلف لمصلحة حفظ الوديعة، ويؤري إذا كان يُحسنها وجوباً.

ولا كفارة عليه عندنا، خلافاً للجمهور، فإنهم أوجبوا الكفارة؛ لأنّه

ص: 205

1- العزيز شرح الوجيز 7: 313-314، روضة الطالبين 5: 304.

2- العزيز شرح الوجيز 7: 314، روضة الطالبين 5: 304.

كاذب(1).

قال بعض الشافعية: وجوب الكفارة مبني على أن مَنْ أكره ليطلق إحدي امرأته فطلّقها، هل يقع أم لا؟ إن قلنا: لا يقع، لم تنعقد يمينه(2).

ولو أكره علي أن يحلف بالطلاق أو العتاق، حلف، ولا يقع أحدهما وإن كان كاذباً؛ لبطان اليمين بأحدهما عندنا، ولا يسلم الوديعة إلي الظالم.

وقالت العامة: حاصل هذا الإكراه التخيير بين الحلف وبين الاعتراف والتسليم، فإن اعترف و سلم ضمن؛ لأنه قد فدي زوجته بالوديعة، وإن حلف بالطلاق طلقت زوجته؛ لأنه قدر علي الخلاص بتسليم الوديعة فدي الوديعة بالطلاق(3).

وقال بعض الشافعية: إن قلنا: إن مَنْ أكره علي طلاق إحدي امرأته فطلّق لا يقع، فهذا إن حلف بالطلاق لم يقع، وإن اعترف بالوديعة و سلمها كان كما لو سلمها مكرهاً(4).

البحث السابع: في الجحود.

مسألة 53: إذا طلب المالك الوديعة من المستودع فجحدها، كان ضامناً لخيانته بالإنكار.

ولو كان الجحود لمصلحة الوديعة، لم يضمن؛ لأنه محسن.

ولو لم يطلبها المالك لكن قال: لي عندك وديعة، فإن سكت لم يضمن؛ إذ لم يوجد منه تقريط ولا خيانة.

ص: 206

1- الوسيط 4:512، العزيز شرح الوجيز 7:314، روضة الطالبين 5:304.

2- العزيز شرح الوجيز 7:314.

3- العزيز شرح الوجيز 7:314، روضة الطالبين 5:304.

4- العزيز شرح الوجيز 7:314.

وان أنكر فالأقرب: عدم الضمان؛ لأنه لم يمسكها لنفسه، بخلاف ما لو أنكر بعد الطلب، وقد يعرض له في الإخفاء والإنكار غرض صحيح.

ويحتمل الضمان، كما لو أنكر بعد الطلب.

وكلاهما للشافعية (1).

ولو قال بعد الجحود: كنتُ غلطتُ أو نسيتُ الوديعة، فإن صدقه المالك لم يضمن، وإلا فالأقرب: الضمان.

مسألة 54: لو قال المستودع ابتداءً من غير سؤال المالك: لا وديعة عندي،

أوقال ذلك في جواب سؤال غير المالك، لم يضمن بمجرد الجحود والإنكار؛ لأنه لغير المالك، والوديعة يُسعى في إخفائها، فإنه أقرب للحفظ، سواء كان المالك حاضراً أو غائباً، ولا نعلم فيه خلافاً.

مسألة 55: لو ادّعي عليه وديعة فأنكر فقدم قوله مع اليمين،

فإن أقر بعد ذلك بها أو قامت عليه بيّنة بها طُوب بها.

فإن ادّعي ردها أو تلفها قبل الجحود، فإن كانت صورة جحوده إنكار أصل الإيداع لم يُصدّق في دعوي الرد؛ لاشتغال كلامه علي التناقض، وثبوت خيانتة، وأما في دعوي التلف فيُصدّق أيضاً باليمين، لكنّه يكون ضامناً، كالغاصب.

والأقوي: إنّ له تحليف المالك علي عدم دعواه؛ لإمكان أن يكون قد نسي الوديعة فجحدها ثم ذكر فادّعي التلف لوقوعه، أو كذب في جحوده، ولأنّه لو صدّقه المالك في التالف بغير تقييدٍ أو في دعوي الرد سقط حقه، وكان متمكناً من إحلافه و من إقامة البيّنة علي دعوي الرد أو التلف، وهذا كما لو ادّعي حقاً وقال: لا بيّنة لي، ثم جاء بالبيّنة فإنّها تُسمع منه، كذا هنا.

ص: 207

و هو أحد وجهي الشافعية، والثاني: المنع؛ لأنه لما أنكر أصل الإيداع كان مكذباً لدعوي التلف ولبينة الرد؛ لتوقفهما علي الإيداع(1).

إذا تقرّر هذا، فإن قامت البينة علي الردّ أو علي الهلاك قبل الجحود برئ المستودع من الضمان، وإن قامت البينة علي التلف بعد الجحود ضمن؛ لخيانته بالجحود، و منع المالك عنها، إلا إذا كان له عذر من خوفٍ عليه أو عليها لو اعترف.

هذا كله إذا كانت صورة الجحود إنكار أصل الإيداع، وإن كانت صورة جحوده: إنّه لا يلزمني تسليم شيءٍ إليك، أو: ما لك عندي ودیعة، أو: ليس لك عندي شيء، فقامت البينة بالودیعة، فادّعي الردّ أو التلف قبل الجحود، سُمعت دعواه؛ لانتفاء التناقض بين كلاميه.

ولو اعترف أنه كان باقياً يوم الجحود، لم يُصدّق في دعوي الردّ، إلا ببينة.

وإن ادّعي الهلاك، فهو كالغاصب إذا ادّعه، وهو مصدّق بيمينه في دعواه، و ضامن؛ لخيانته، وهو ظاهر مذهب الشافعي(2).

ص: 208

1- العزیز شرح الوجیز 315:7، روضة الطالبین 305:5.

2- العزیز شرح الوجیز 315:7، روضة الطالبین 305:5.

مسألة 56: إذا كانت الوديعة باقيةً و طلبها مالكها، وجب علي المستودع ردّها عليه في أوّل أوقات الإمكان،

ولا- تجب عليه مباشرة الردّ ولا- تحمّل مئونه، بل ذلك علي المالك، وإنّما يجب علي المستودع رفع يده عنها و التخلية بين المالك و الوديعة، فإن أّخر المستودع ذلك مع إمكانه و طلب الردّ، كان ضامناً، و كان ذلك من أسباب التقصير، السالفة.

و لو تعدّر الردّ، لم يضمن، و تجب عليه المبادرة في أوّل أوقات زوال العذر، فلو طالبه بالردّ ليلاً و الوديعة في صندوقٍ أو خزانةٍ لا يمكن فتحها في تلك الحال، لم يكن مفترطاً.

و كذا لو طالبه و هو مشغول بالصلاة أو بقضاء حاجةٍ أو طهارةٍ أو في حمّامٍ أو علي طعامٍ فأّخر حتي يفرغ، أو كان ملازماً لغريمٍ يخاف فوته، أو كان يجيء المطر و الوديعة في البيت و أّخر حتي ينقطع و يرجع إلي البيت و ما أشبه ذلك، فهو جائز.

و لا يُعدّ ذلك تقصيراً و لا يؤثّر ضمناً لو تلفت الوديعة في تلك الحال، علي إشكالٍ أقربه: التفصيل، و هو: إنّ التأخير إن كان لتعدّر الوصول إلي الوديعة فلا ضمان، و كذا لو كان في صلاةٍ فرّض.

و إن كان لعُسْرٍ يلحقه و غرض يفوته أو كان في صلاةٍ نُفّل، فالأقرب:

إنّه يضمن؛ لأنّ دفع الوديعة إلي المالك مع المطالبة واجب مضيّق، و هذه الأشياء ليست أّعذاراً فيه.

و بعض الشافعيّة جوّز له التأخير في هذه الأشياء بشرط التزام خطر

مسألة 57: لو طلب المالك الوديعة، فقال: لا أرد إليك حتي تشهد عليك بالقبض،

فالأقرب: إنَّ المالك إن كان وقت الدفع أشهد عليه بالإيداع فللمستودع ذلك؛ ليدفع عن نفسه التهمة، وإن لم يكن المالك أشهد عليه عند الإيداع لم يكن له ذلك، و يكون ضامناً، وهو أحد وجوه الشافعية.

و الثاني: إنَّه ليس للمستودع ذلك مطلقاً؛ لأنَّ قوله في الردِّ مقبول، فلا حاجة به إلي البيّنة.

و الثالث: إنَّ له الامتناع مطلقاً؛ لأنَّه يحتاج إلي اليمين، فإنَّ الأمانة يحترزون عنها ما أمكنهم.

و الرابع: إنَّه إن كان التوقّف إلي الإشهاد يورث تأخيراً و تعويقاً في التسليم، لم يكن له الامتناع، وإلا فله ذلك(2).

مسألة 58: و إنّما يجب عليه الردّ عند الطلب لو كان المردود عليه أهلاً للقبض،

فلو أودع ثمّ حجر الحاكم عليه للسفه لم يجب الدفع إليه، بل يرفع أمره إلي الحاكم.

و كذا لو كان الحجر للفلس؛ لتعلّق حقّ الغرماء بعين الوديعة.

و لو كان المالك نائماً فوضع المستودع الوديعة في يده، كان ضامناً؛ لعدم التكليف علي النائم.

و لو كان المؤدع جماعةً و ذكروا أنّ المال مشترك بينهم، ثمّ جاء بعضهم يطلبه، لم يكن للمستودع دفعه إليه و لا قسمته معه، بل يرفع

ص: 210

1- الغزالي في الوسيط 4:514، و الوجيز 1:287.

2- العزيز شرح الوجيز 5:268-269، و 7:316، روضة الطالبين 3:570، و 5:306.

الأمر(1) إلي الحاكم، فيقسمه و يدفع إليه نصيبه، و يجعل الباقي في يد المستودع.

مسألة 59: لو أمره المالك بدفع الوديعة إلي وكيله و ردّها عليه، فطلبها الوكيل، لم يكن للمستودع الامتناع و لا التأخير مع المكنة،

فإن فعّل أحدهما كان ضامناً، و حكمه حكم ما لو طلب المالك فلم يردّ، إلا أنّهما يفترقان في أنّ المستودع له التأخير هنا إلي أن يُشهد المدفوع إليه علي القبض؛ لأنّ المدفوع إليه - و هو الوكيل - لو أنكر الدفع صدّق بيمينه، و ذلك يستلزم ضرر المستودع بالغرم.

مسألة 60: لو قال له المالك: ردّ الوديعة علي فلان وكيلى، فلم يطلب الوكيل الردّ،

فإن لم يتمكّن المستودع من الردّ فلا ضمان عليه قطعاً؛ لعدم تقصيره.

و إن تمكّن من الردّ، احتُمل الضمان؛ لأنّه لمّا أمره بالدفع إلي وكيله فكأنّه عزله، فيصير ما في يده كالأمانات الشرعيّة.

و للشافعيّة فيه وجهان جاريان في كلّ الأمانات الشرعيّة، كالثوب تطيّره الريح إلي داره، و فيه للشافعيّة وجهان:

أحدهما: إنّها تمتدّ إلي المطالبة، كالودائع.

و أظهرهما: إنّها تنتهي بالتمكّن من الردّ(2).

و يجري الوجهان في مَنْ وجد ضالّةً و هو يعرف مالكيها(3).

و لو قال المالك للمستودع: ردّ الوديعة علي مَنْ قدرت عليه من

ص: 211

1- في «ث، ج»: «أمره» بدل «الأمر».

2- الوجيز 1:287، العزيز شرح الوجيز 7:317، روضة الطالبين 5:306.

3- العزيز شرح الوجيز 7:317، روضة الطالبين 5:306.

وكلائي و لا تؤخّر، فقدرد علي الردّ علي بعضهم وأخر ليرده علي غيره، فهو ضامن عاصٍ بالتأخير.

ولو لم يقل: و لا تؤخّر، فأخر ضمن بالتأخير.

وفي العصيان للشافعية وجهان(1).

مسألة 61: لو أمره المالك بالدفع إلي وكيله، أو أمره بالإيداع لما دفعه إليه ابتداءً،

فالأقرب: إنّه لا يجب علي المدفوع إليه الإشهاد علي الإيداع، بخلاف قضاء الدّين؛ لأنّ الوديعة أمانة، وقول المستودع مقبول في الردّ و التلف، فلا معني للإشهاد، ولأنّ الودائع حقّها الإخفاء، بخلاف قضاء الدّين، وهو أظهر وجهي الشافعية.

و الثاني لهم: إنّه يلزمه الإشهاد، كقضاء الدّين(2).

وقد بيّنا الفرق.

وعلي القول الثاني الحكم فيه كما في الوكالة من أنّه إن دفع في غيبة المالك من غير إشهادٍ ضمن، وإن دفع وهو حاضر لم يضمن.

مسألة 62: إذا طلب المالك من المستودع الردّ فادّعي التلف، فالقول قوله مع اليمين

عند علمائنا، سواء ادّعي التلف بسبب ظاهرٍ أو خفيٍّ؛ لأنّه أمين في كلّ حال، فكان القول قوله في كلّ حال، هو أمين فيها.

وقال الشافعي: إمّا أن يذكر المستودع سبب التلف، أو لا، فإن ذكر السبب فإن كان خفيّاً كالسرقة، قبل قوله مع اليمين؛ لأنّه قد ائتمنه، فليصدّقه.

وإن كان سبباً ظاهراً - كالحريق و الغارة و السيل - فإن لم يعرف ما يدّعيه بتلك البقعة لم يقبل قوله، بل يطالب بالبيّنة علي ما يدّعيه، ثم يقبل قوله مع يمينه في حصول الهلاك به.

ص: 212

1- العزيز شرح الوجيز 317:7، روضة الطالبين 306:5.

2- العزيز شرح الوجيز 317:7، روضة الطالبين 307:5.

وإن عرف ما يدّعيه بالمشاهدة أو الاستفاضة، فإن عرف عمومه صدق بغير يمين، وإن لم يعرف عمومه واحتمل أنه لم يصب الوديعة صدق باليمين.

وإن لم يذكر سبب التلف صدق بيمينه، ولا يكلف بيان سبب التلف، وإن نكل المستودع عن اليمين حلف المالك علي نفي العلم بالتلف واستحق(1).

ولا بأس بهذا القول عندي.

وهل يلحق موت الحيوان والغصب بالأسباب الظاهرة أو الخفية؟ إشكال.

مسألة 63: إذا ادّعي المستودع ردّ الوديعة، فإنما أن يدّعي ردّها علي من ائتمنه أو علي غيره.

فإن ادّعي ردّها علي من ائتمنه - وهو المالك - قدّم قوله باليمين علي إشكالٍ ينشأ: من أنه أمين يُقبل قوله مع اليمين كالتلف، ومن كونه مدّعياً فافتقر إلي البيّنة، فإن قدّمنا قوله باليمين فإن مات قبل أن يحلف، ناب عنه وارثه، وانقطع الطلب عنه بحلفه.

وقال الشافعي: إنه يُقدّم قول المستودع مع اليمين كالتلف، ولأنه أمين له لا منفعة له في قبضه، وبهذا خالف المرتهن، فإنه أمين مع أنه لا يُقبل قوله؛ لأنه قبضه لمنفعته(2).

ص: 213

1- العزيز شرح الوجيز 318:7، روضة الطالبين 307:5.

2- الأمّ 136:4، مختصر المزني: 147، الإشراف علي مذاهب أهل العلم 411/254:1، الحاوي الكبير 371:8، المهذب - للشيرازي - 369:1، الوجيز 287:1، الوسيط 515:4، حلية العلماء 175:5، التهذيب - للبخاري - 127:5، البيان 445:6، العزيز شرح الوجيز 318:7، روضة الطالبين 307:5، الإشراف علي نكت مسائل الخلاف 1065/624:2، بداية المجتهد 310:2، عيون المجالس 1214/1727:4، المعونة 1204:2.

وقال مالك: إنّه إن لم يُشهد عليه بالإيداع صدّق في دعوي الردّ، وإن أشهد عليه لم يُصدّق (1).

وإن ادّعي [الردّ] (2) علي غير من اتّمنه، طُلب بالبيّنة؛ لأنّ الأصل عدم الردّ، وهو لم يأتّمه، فلا يكلف تصديقه.

مسألة 64: لو طلب المالك الوديعة، فقال المستودع: أودعتها عند وكيلك فلان بإذنك،

فإن أنكر المالك الإذن والوكالة صدّق باليمين إذا لم تكن بيّنة؛ لأنّه منكر.

فإذا حلف نظر إن كان فلان مُقرّاً بالقبض والوديعة باقية، رُدّت علي المالك، فإن غاب المدفوع إليه كان للمالك أن يغرّم المستودع، فإذا قدم الغائب أخذها المستودع وردها علي المالك واستردّ البدل الذي دفعه.

وإن كانت تالفَةً، فللمالك أن يغرّم من شاء منهما، وليس للغارم منهما أن يرجع علي صاحبه؛ لزعمه أنّ المالك ظالم بما أخذ.

وإن أنكر فلان القبض الذي ادّعه المستودع، فُدّم قوله مع اليمين وعدم البيّنة، فحينئذٍ يختصّ الغرم بالمستودع.

وإن اعترف المالك بالإذن وأنكر الدفع إلي فلان، احتُمل تصديق المستودع، وكان دعوي الردّ علي وكيل المالك كدعوي الردّ علي المالك

ص: 214

1- الإشراف علي نكت مسائل الخلاف 2: 1065/624، بداية المجتهد 2: 310، التفریع 2: 270، التلقين: 434-435، الذخيرة 9: 145، عيون المجالس 4: 1214/1727، المعونة 2: 1204، الإشراف علي مذاهب أهل العلم 1: 411/254، الحاوي الكبير 8: 371، حلية العلماء 5: 175، العزيز شرح الوجيز 7: 318-319.

2- إضافة يقتضيها السياق.

- وهو وجهٌ للشافعية وقول أبي حنيفة(1) - وتصديقُ المالك في عدم الدفع؛ لأنَّ المستودع يدعي [الردَّ](2) علي مَنْ لم يأتَمنه، وهو أصحُّ وجهي الشافعية(3).

ولو وافق فلان المدفوع إليه المستودع في الدفع وقال: إنَّها تلفت في يدي، لم يقبل قوله علي المالك، بل يحلف ويضمن المستودع.

ولو اعترف المالك بالإذن والدفع معاً، لكنَّه قال: إنَّك لم تُشهد عليه، والمدفوع إليه ينكر، كان مبنياً علي الخلاف السابق في وجوب الإشهاد علي الإيداع، إن أوجبناه ضمن، وإلا فلا.

ولو اتفقوا جميعاً علي الدفع إلي الأمين الثاني وادَّعي الأمين الثاني الردَّ علي المالك أو التلف في يده، كان حكمه حكم المستودع الأوَّل من أنه يُصدَّق باليمين في دعوي التلف، وأما في الردِّ فأشكال.

هذا فيما إذا عيَّن المالك الثاني، فأما إذا أمره بأن يودع أميناً ولم يعيَّن، فادَّعي الثاني التلف، صدَّق باليمين.

وإن ادَّعي الردَّ علي المالك وأنكر المالك، قُدِّم قول المالك باليمين؛ لأنَّه يدَّعي الردَّ هنا علي غير مَنْ ائتمنه.

ويحتمل مساواته للمعيَّن؛ لأنَّ أمينَ أمينه أمينه، كما يقال عند بعض الشافعية: وكيلٌ وكيله وكيله(4).5.

ص: 215

1- الحاوي الكبير 8:372، التهذيب - للبخاري - 5:128، البيان 6:446، العزيز شرح الوجيز 7:320، روضة الطالبين 7:309.

2- إضافة يقتضيها السياق.

3- الإشراف علي مذاهب أهل العلم 1:412/254، الحاوي الكبير 8:372، التهذيب - للبخاري - 5:128، البيان 6:446، العزيز شرح الوجيز 7:320، روضة الطالبين 7:309.

4- العزيز شرح الوجيز 7:320، روضة الطالبين 5:310.

مسألة 65: إذا أراد المستودع سراً فأودعها أميناً، فادّعي ذلك الأمين التلف، قبل قوله مع اليمين.

ولو ادّعي الردّ علي المالك، لم يُصدّق إلا بالبيّنة؛ لأنّه لم يأتّمه.

وإن ادّعي الردّ علي المستودع، قبل قوله مع اليمين؛ لأنّه ادّعي الردّ علي من اتّمنه إن قلنا بتقديم قول المستودع في الردّ.

ولو عاد المستودع الأوّل من سفره، فهل له استعادتها من الثاني؟ فيه إشكال ينشأ: من أنّه المستودع بالأصالة، و من أنّه بريء من الحفظ المأمور به.

ولا ريب في أنّ للمستودع الاسترداد من الغاصب.

ولو كان المالك قد عين أميناً، فقال للمستودع: إذا سافرت فاجعل الوديعة عند فلان، ففعل ثم ادّعي فلان الردّ علي المالك، صدّق باليمين إن قدّمنا قول المستودع فيه؛ لأنّه ادّعي [الردّ] علي من اتّمنه.

وإن ادّعي الردّ علي المستودع الأوّل، لم يُقبل إلا بالبيّنة.

مسألة 66: إذا مات المالك، وجب علي المستودع ردّ الوديعة إلي ورثته؛ لانتقال ملكها إليهم، فإن أحر مع التمكن من الردّ إليهم كان ضامناً،

و هو أصحّ وجهي الشافعية (1).

ولو لم يجد الوارث، دَفَعها إلي الحاكم؛ لأنّه وليّ الغائب.

ولا فرق بين أن يعلم الورثة بالوديعة أو لا.

وقال بعض الشافعية: إنّما يجب عليه الدفع إلي الورثة أو إلي الحاكم لو لم يعلموا بالوديعة، أمّا إذا علموا بها فلا يجب الدفع إلا بعد الطلب (2).

ص: 216

1- التهذيب - للبغوي - 126:5، العزيز شرح الوجيز 319:7، روضة الطالبين 307:5-308.

2- العزيز شرح الوجيز 319:7، روضة الطالبين 308:5.

و لا بأس به.

و لو طالبه الوارث، فقال: رددت الوديعة إلي المالك، أو تلفت في يدي حال حياته، قُدِّم قوله مع اليمين.
أمَّا لو قال: رددتها عليك، فأنكر الوارث، قُدِّم قول الوارث مع اليمين قطعاً؛ لأنه ادَّعي الردَّ علي مَنْ لم يَأتمنه.
و للشافعية وجهان، هذا أحدهما، و الثاني: إنَّ القول قول المستودع؛ لأصالة براءة ذمته (1).

مسألة 67: لو مات المستودع، وجب علي وارثه ردّ الوديعة إلي مالكها،

فلو أحرّ الدفع بعد التمكن من الردّ فتلفت في يده ضمن، و هو أصحّ وجهي الشافعية، و الثاني: لا يضمن؛ لأنه لم يطلب منه (2).
و لو كان المالك غائباً، سلّمها الوارث إلي الحاكم.

فإن اختلفا فادّعي وارث المستودع ردّ مورثه علي المالك، أو قال:

تلفت في يده، فالأقرب: تقديم قوله مع اليمين؛ لأصالة براءة ذمته، و عدم حصولها في يده.

و للشافعية وجهان، هذا أصحهما، و الثاني: إنّه يُطالب بالبيّنة؛ لأنّ المالك لم يَأتمنه حتي يصدّقه (3).

و هو غلط؛ لأنّ الضمان يترتب علي الاستيلاء و لم يثبت.

أمَّا لو قال: أنا رددت عليك، و أنكر المالك؛ فإنّ القول قول المالك.

ص: 217

1- التهذيب - للبغوي - 127:5، العزيز شرح الوجيز 319:7، روضة الطالبين 308:5، و فيها أنّ الوجهين فيما لو ادّعي المستودع تلف

الوديعة في يده قبل تمكّنه من الردّ، لا فيما إذا ادّعي الردّ علي الوارث.

2- التهذيب - للبغوي - 126:5، العزيز شرح الوجيز 319:7، روضة الطالبين 308:5.

3- العزيز شرح الوجيز 319:7، روضة الطالبين 308:5.

ولو قال: تلفت في يدي قبل التمكن، احتُمل تقديمُ قوله؛ لأنه أمين، و جري مجري الثوب تطيره الريح إلي داره، و تقديم قول المالك؛ لقوله عليه السلام: «علي اليد ما أخذت حتي تؤدي»(1).

ولو قال مَنْ طيّر الريح الثوبَ إلي داره: رددت علي المالك، أو قال الملتقط: رددت علي المالك، لم يُصدّقاً إلا بالبيّنة.

مسألة 68: لو كان في يد رجل مالٌ، فادّعي رجلاً بالإيداع،

فقال كل واحدٍ منهما: إنّ هذا المال لي وديعة عندك، فإن كدّبهما معاً فالقول قوله مع اليمين، فيحلف لكل واحدٍ منهما، و تسقط دعواهما، و يحلف لكل واحدٍ منهما أنّها له و ملكه، أو أنّه لا يلزمه تسليمه إليه.

ولو أقرّ به لأحدهما بعينه، حُكم بها للمقرّر له، و دفع إليه، و يحلف للآخر، فإذا حلف سقطت دعوي الآخر، و إن نكل حلف الآخر، و كان له إلزامه بالمثل إن كان مثلياً، و إلا فالقيمة وقت الحلف أو الإقرار؟ إشكال.

وللشافعية في إحلاف الآخر قولان مبنيان علي أنّ مَنْ أقرّ بعينٍ في يده لزيدٍ ثمّ أقرّ بها لعمر و هل يغرم لعمر و أو لا؟ فإن قلنا: يغرم، حلف، و إن قلنا: لا يغرم، فلا وجه لإحلافه؛ لعدم الفائدة(2).

و علي القول بالإحلاف للآخر للشافعية قولان في يمين المدّعي مع نكول المدّعي عليه.

أحدهما: إنّ ذلك يجري مجري البيّنة.

و الثاني: إنّّه يجري مجري الإقرار.

فخرّج أبو العباس ابن سريج من الشافعية في هذا الموضوع ثلاثة أوجه:

ص: 218

1- تقدّم تخريجه في الهامش (1) من ص 161.

2- البيان 6:447-448، العزيز شرح الوجيز 7:321، روضة الطالبين 5:310.

أحدها: إنه يوقف المدعي بينهما إلي أن يصطلحا؛ لأن الإقرار للأول قد تقدّم، وقد حصل هنا ما هو أقوى من الإقرار، فاستويا.

والثاني: إنه يقسم بينهما، كما لو أقرّ لهما.

والثالث - وهو المذهب المشهور عندهم - : إنه يغرم للثاني، كما لو اعترف له بعد الإقرار الأول(1)(2).

وقال بعض الشافعية بعبارةٍ أخرى: إذا أقرّ لأحدهما، فهل للأخر دعوي القيمة؟ بيني علي الخلاف في الغرم لو أقرّ للثاني، إن قلنا: يغرم، فنعم، وإن قلنا: لا، فيبني علي أنّ اليمين بعد النكول كالإقرار أو كالبيّنة؟ إن قلنا: كالإقرار، لم يدع القيمة، وإن قلنا: كالبيّنة، فله دعواها، فإن حلف برئ، وإن نكل حلف المدعي وأخذها، ولا- تنزع العين من الأول؛ لأنها وإن كانت كالبيّنة فليست كالبيّنة في حقّ غير المتداعيين(3).

وإن قال: هو لكما، دُفع إليهما معاً، ويكون بمنزلة مالٍ في يد شخصين يتداعيانه، فإن حلف أحدهما قضى له بها، ولا خصومة للأخر مع المستودع؛ لنكوله، وإن نكلا جُعل بينهما، وكذا لو حلفا، ويكون حكم كل واحدٍ منهما في النصف كالحكم في الكلّ في حقّ غير المُقرّ له، وقد تقدّم.

مسألة 69: لو قال: المال لأحدكما وقد نسيته عينه، فإن قلنا: إنّ المستودع يضمن بالنسيان، فهو ضامن.

وإن لم نضمّنه بالنسيان نُظر، فإن صدّقه في النسيان فلا خصومة لهما معه، بل الخصومة بينهما، فإن اصطلحا علي شيءٍ فذاك، وإلا جُعل المال كأنه في أيديهما يتداعيانه؛ لأنّ صاحب اليد يقول: إنّ اليد لأحدهما، وليس

ص: 219

1- الظاهر: «للاول».

2- البيان 448:6، العزيز شرح الوجيز 321:7، روضة الطالبين 310:5.

3- العزيز شرح الوجيز 321:7.

أحدهما أولي من الآخر.

ولبعض الشافعية وجه آخر: إنه كمال في يد ثالث يتداعاه اثنان؛ لأنه لم يثبت لأحدهما يد عليه(1).

فإن قلنا بالأول فإن أقام كلُّ منهما بيّنةً أو حلفاً أو نكلاً فهو بينهما، وإن أقام أحدهما البيّنةً أو حلفاً و نكل صاحبه قُضي له.

وإن قلنا بالثاني لو أقام كلُّ منهما بيّنةً، فعلي الخلاف في تعارض البيّنتين، وإن نكلاً أو حلفاً وُقف المال بينهما.

وسواء قلنا بالوجه الأول أو الثاني فإنّ المال يُترك في يد المدعي عليه إلى أن تنفصل الحكومة بينهما علي أحد قولي الشافعية؛ لأنه لا بدّ من وضعه عند أمين، وهذا أمين لم تظهر منه خيانة، والثاني: إنه يُنزع منه؛ لأنّ مطالبتهما بالردّ تتضمّن عزله(2).

وهذان القولان للشافعية فيما إذا طلب أحدهما الانتزاع والآخر الترك، فأما إن اتّقا علي أحد الأمرين فإنّ الحاكم يتبع رأيهما(3).

ويمكن أن يكون هذا مبنياً علي أنه يجعل المال كأنه في يدهما، وإلا فيتبع الحاكم رأيه.

هذا إذا صدّقه في النسيان، وإن كذّبه فيه و ادّعي كل واحدٍ منهما علمه بأنّه المالك، وقالوا: إنك تعلم لمنّ الوديعة منّا، فالقول قول المستودع مع يمينه، ويحلف؛ لأنه لو أقرّ بها لأحدهما كانت له، فإذا ادّعي عليه العلم سُمعت دعواه، ويحلف.5.

ص: 220

1- الوسيط 4:517، العزيز شرح الوجيز 7:322، روضة الطالبين 5:311.

2- حلية العلماء 5:188، البيان 6:448-449، العزيز شرح الوجيز 7:322، روضة الطالبين 5:311.

3- العزيز شرح الوجيز 7:322، روضة الطالبين 5:311.

فإن حلف، كفاه يمين واحدة علي نفي العلم - وبه قال الشافعي(1) - لأن المدعي شيء واحد، وهو علمه بعين المال، فكفاه يمين واحدة.

وقال أبو حنيفة: يحلف يمينين لكل واحدٍ منهما يميناً، كما لو أنكر أنّها لهما(2).

والفرق: إنّه إذا أنكرهما فقد أنكر دعويين؛ لأنّ كلّ واحدٍ منهما يدعي عليه أنّها له، فهنا دعويان، فإذا حلف كان كأنّهما صدّقا.

و هل للحاكم تحليفه علي نفي العلم إذا لم يدّعه الخصمان ؟ للشافعية وجهان(3).

ثمّ إذا حلف المدعي عليه، فالحكم كما لو صدّقا في النسيان من أنّه يُقرّ في يده؛ لأنّه لا فائدة في نقله، فإنّه مستودع، ولم تظهر منه خيانة، أو يُنقل عنه؛ لأنّه قد اعترف بأنّه لا حقّ له فيها(4) فيُنقل عنه.

وقال بعضهم: إنّه يُنزَع المال منه هنا وإن لم يُنزَع هناك؛ لأنّه خائن عندهما بدعوي النسيان(5).

وإن نكل عن اليمين، رُدّت اليمين عليهما، فإن نكلا فإنّما أن نقول:

يُقسم المال بينهما، أو يُوقف حتى يصطلحا علي الخلاف، وإن حلف أحدهما ونكل الآخر فُضي بها للحالف.5.

ص: 221

1- الوسيط 4:517، حلية العلماء 5:188، التهذيب - للبعوي - 5:129، البيان 6:449، العزيز شرح الوجيز 7:322، روضة الطالبين 5:311.

2- مختصر اختلاف العلماء 4:1884/192، الوسيط 4:517، حلية العلماء 5:188، البيان 6:449، العزيز شرح الوجيز 7:322، المغني 7:294، الشرح الكبير 7:327.

3- العزيز شرح الوجيز 7:322، روضة الطالبين 5:311.

4- أي: في الوديعة. و الظاهر بحسب السياق: «فيه».

5- العزيز شرح الوجيز 7:322، روضة الطالبين 5:311.

وإن حلفا، فللشافعية قولان:

أحدهما: إنه يُقسم بينهما؛ لأنه في أيديهما - وهو الأصح عند الشافعية - كما لو أقرّ بها لهما.

والثاني: يُوقف حتى يصطلحا - وبه قال ابن أبي ليلى - لأنه لا يعلم المالك منهما (1).

وعلي القول بالقسمة فإنّ المستودع يغرم القيمة، وتُقسم بينهما أيضاً؛ لأنّ كلّ واحدٍ منهما أثبت بيمين الرّدّ جميع العين ولم يحصل له سوي نصفها (2).

هذا أشهر ما قاله الشافعية فيما إذا نكل المستودع (3).

ولهم وجه آخر: إنه لا يغرم القيمة مع العين إذا حلفا (4).

ولهم وجه آخر: إنّ المستودع إذا نكل لا- تُردّ اليمين عليهما، بل يوقف؛ بناءً على أنّهما لو حلفا يوقف المال بينهما، فلا معني لعرض اليمين (5).

وإن قلنا بردّ اليمين، فالأقرب: إنّ الحاكم يُقدّم مَنْ رأي تقديمه منهما في الحلف.

ويحتمل القرعة بينهما.

وإذا حلفا وقُسمت العين بينهما والقيمة، فإن لم ينازع أحدهما الآخر فلا بحث، وإن نازع وأقام البيّنة علي أنّ جميع العين له سلّمت إليه، وزدّت 5.

ص: 222

1- الحاوي الكبير 383:8، حلية العلماء 188:5، البيان 449:6، العزيز شرح الوجيز 322:7، روضة الطالبين 311:5، المغني 295:7، الشرح الكبير 328:7.

2- العزيز شرح الوجيز 322:7، روضة الطالبين 311:5.

3- العزيز شرح الوجيز 322-323:7، روضة الطالبين 311:5. (4 و 5) العزيز شرح الوجيز 323:7، روضة الطالبين 311:5.

وإن لم تكن بينة و نكل صاحبه عن اليمين فحلف و استحقّ العين، فیردّ نصف القيمة الذي أخذه؛ لأنّه عاد إليه المُبدل، و الناكل لا یردّ ما أخذ؛ لأنّه استحقّه بيمينه علي المستودع، و لم يعد إليه المُبدل، و نكوله كان مع صاحبه، لا مع المستودع.

مسألة 70: لو قال المستودع في الجواب: هذا المال وديعة عندي و لا أدري أ هو لكما أو لأحدكما أو لغيركما،

و ادّعى عليه العلم، كان القول قولَه مع اليمين، فإذا حلف علي نفي العلم ترك في يده إلي أن تقوم بينة، و ليس لأحدهما تحليف الآخر؛ لأنّه لم يثبت لواحدٍ منهما فيه يدٌ و لا استحقاق، بخلاف الصورة الأولى.

و لو ادّعى عليه اثنان غصبَ مالٍ في يده، كلّ واحدٍ منهما يقول:

غصبته منّي، فقال: غصبته من أحدكما و لا أعرف عينه، فالقول قوله مع اليمين أيضاً، فعليه أن يحلف لكلّ واحدٍ منهما علي البتّ علي أنّه لم يغصب (1)، فإذا حلف لأحدهما تعيّن المغصوب للثاني، فلا يحلف له.

مسألة 71: تشتمل علي فروع متبدّدة:

لو تعدّي في الوديعة ثمّ بقيت في يده مدّة، لزمه أجره مثلها عن تلك المدّة؛ لأنّه خرج عن الأمانة، و دخل في الخيانة من حين التعدّي، فكان كالغاصب عليه عوض المنافع و إن لم ينتفع.

و لو دخل خاناً فجعل حماره في صحن الخان، و قال للخاني: احفظه كي لا يخرج، و كان الخاني ينظر إليه، فخرج في بعض غفلاته، فالأقرب:

الضمان؛ لأنّه قصر في الحفظ بالغفلة.

و قال القفال من الشافعيّة: لا يضمن؛ لأنّه لم يقصر في الحفظ

ص: 223

1- الظاهر: «لم يغصب منه» أو «لم يغصبه».

و هو ممنوع.

و لو وقع في خزانة المستودع حريق، فبادر إلي نقل الأمتعة وقدم أمتعته علي الوديعة، فاحترقت الوديعة، لم يضمن، كما لو لم يكن فيها إلا ودائع فأخذ في نقلها كلها فاحترق ما تأخر نقله.

و لو ادّعي ابن مالك الوديعة أنّ أباه قد مات وأنّ المستودع علم بذلك، و طلب الوديعة، فأنكر المستودع، فللولد تحليفه علي نفي العلم، فإن نكل حلف المدّعي.

و لو مات المالك و طلب الوارث الوديعة، فامتنع المستودع من الدفع إليه ليتفحص و يبحث هل في التركة وصيّة؟ ففي كونه متعدّياً ضامناً إشكال أقربه ذلك.

و لو وجد لقطعة و عرف مالکها و لم يُخبره حتي تلفت، ضمن.

و كذا قيّم الصبي و المسجد إذا كان في يده مال فعزل نفسه و لم يُخبر الحاكم حتي تلف المال، كان ضامناً.

و مَنْ كان قيماً لصبيّ أو مجنونٍ أو سفیهٍ و لم يبع أوراق شجره التي تُقصد بالبيع حتي يمضي وقتها، كان ضامناً، أمّا لو أخر البيع لتوقع زيادة لم يضمن.

و كذا قيّم المسجد في أشجاره.

و لو دفع إلي رسوله خاتماً علامةً ليمضي إلي وكيله(2) و يقبض منه شيئاً، و قال: إذا قبضته تردّ الخاتم عليّ، فقبض المأمور بقبضه و لم يردّ الخاتم بل وضعه في حرزه، فالأقرب: الضمان؛ لأنّه قبضه علي أنّه يرده، ه.

ص: 224

1- العزيز شرح الوجيز 323:7، روضة الطالبين 312:5.

2- في النسخ الخطيّة و الحجرية: «خاتماً ليمضي إلي وكيله علامةً». و الظاهر ما أثبتناه.

فإذا لم يردّه كان ضامناً.

ويحتمل عدمه؛ لأنه ليس عليه الردّ ولا مؤنّته، بل عليه التخلية.

ولو دفع قبالةً إلي غيره وديعةً ففَرَطَ فيها، ضمن قيمة الكاغذ مكتوباً، ولا شيء عليه ممّا في القبالة.

وكذا لو أودع إنساناً وثيقةً وقال: لا تردّها إلي زيدٍ حتي يدفع ديناراً، فردّها قبله، فعليه قيمة القبالة مكتوبة الكاغذ وأجرة الوراق.

مسألة 72: لو دخل الحمّام فزرع ثيابه وسلمها إلي الحمّامي، وجب عليه حفظها، فإن فرط ضمن، وإن لم يفرط لم يضمن.

وإن لم يسلم إلي الثياب، لم يضمن، سواء احتفظها أو غفل عنها ولم يراعها وكان مستيقظاً، عند علمائنا؛ لأنه إنّما أخذ الجُعل علي الحمّام، ولم يأخذه علي حفظ الثياب، ولم يستودع شيئاً، وصاحبها لم يودعه ثيابه، وخلّعه في المسلخ والحمّامي جالس في مكانه مستيقظاً ليس استيداعاً.

وقد روي من طريق الخاصّة غياث بن إبراهيم عن الصادق عليه السلام عن أبيه عليه السلام: «إنّ عليّاً عليه السلام أتى بصاحب حمّام وُضعت عنده الثياب فضاعت، فلم يُضمّنه، وقال: إنّما هو أمين»(1).

وقال بعض الشافعيّة: إذا سرقت الثياب والحمّامي جالس في مكانه مستيقظ، فلا ضمان عليه، فإن نام أو قام من مكانه ولا نائب هناك ضمن وإن لم يستحفظه المالك عليها؛ قضاءً للعادة(2).

وهو خطأ؛ لما تقدّم.

ولما رواه إسحاق بن عمّار عن الصادق عليه السلام عن أبيه عليه السلام: «إنّ عليّاً عليه السلام كان يقول: لا ضمان علي صاحب الحمّام فيما ذهب من الثياب،

ص: 225

1- التهذيب 7: 218-219/954.

2- العزيز شرح الوجيز 7: 324، روضة الطالبين 5: 313.

لأنه إنما أخذ الجُعَل علي الحمّام ولم يأخذه علي الثياب»(1).

مسألة 73: لو ادّعي صاحب اليد أنّ المال وديعة عنده، و ادّعي المالك الإقراض

مسألة 73: لو ادّعي صاحب اليد أنّ المال وديعة عنده، و ادّعي المالك الإقراض(2)، قدّم قول المالك مع اليمين؛

لأنّ المتشبّث يزيل بدعواه ما ثبت عليه من وجوب الضمان بالاستيلاء علي مال الغير، فكان القول قول المالك.

ولما رواه إسحاق بن عمّار عن الكاظم عليه السلام، قال: سألته عن رجل استودع رجلاً ألف درهم فضاعت، فقال الرجل: كانت عندي وديعة، وقال الآخر: إنّما كانت عليك قرضاً، قال: «المال لازم له، إلّا أن يقيم البيّنة أنّها كانت وديعة»(3).

إذا عرفت هذا، فهذا التنازع إنّما تظهر فائدته لو تلف المال، أو كان غائباً لا يعرفان خبره، أو لا يتمكّن من دفعه إلي مالكه، ولو كان باقياً يتمكّن منّ هو في يده من تسليمه فلا فائدة فيه.

و لو انعكس الفرض، فادّعي المالك الإيداع و القابض الإقراض، قدّم قول المالك؛ لأنّ المال إن كان باقياً فالأصل استصحاب ملكيّة المالك، وإن كان تالفاً فالأصل براءة ذمّة القابض، وقد وافق المالك الأصل.

مسألة 74: و لا فرق بين الذهب و الفضة و بين غيرهما من الأموال في هذا الحكم،

و هو عدم الضمان مع عدم التفريط، و ثبوته معه، بخلاف العارية علي ما سيأتي؛ لأنّ الاستئمان لا يستعقب الضمان.

ولما رواه زرارة - في الحسن - عن الصادق عليه السلام، قال: سألته عن وديعة الذهب و الفضة، قال: فقال: «كلّ ما كان من وديعةٍ و لم تكن

ص: 226

1- التهذيب 6:314/869.

2- في الطبعة الحجرية: «الاقترض».

3- الكافي 5:239/8، التهذيب 7:179/788.

إذا عرفت هذا، فالبضاعة أمانة في يد العامل؛ لأصالة البراءة، و حكمها في عدم الضمان مع عدم التفريط حكم الوديعة؛ للأصل.

ولما رواه الحلبي - في الحسن - عن الصادق عليه السلام قال: «صاحب الوديعة و البضاعة مؤتمنان»(2).

مسألة 75: إذا استودع مالاً و اتجر به بغير إذن صاحبه،

فإن كانت التجارة بعين المال فالربح للمالك إن أجاز المعاوضات، و إلا بطلت بأسرها، و إن كانت في الذمة و نقد مال الوديعة عن دينٍ عليه فالربح للعامل، و عليه ردّ المال.

وقد روي أبو سيار مسمع عن الصادق عليه السلام، قال: قلت له: إنني كنت استودعت رجلاً مالاً فجحديني و حلف لي عليه، ثم إنّه جاءني بعد ذلك بسنين بالمال الذي كنت استودعته إياه، فقال لي: إن هذا مالك فخذْه و هذه أربعة آلاف درهم ربحتها في مالك، فهي لك مع مالك و اجعلني في حلٍّ، فأخذتُ منه المال و أبيتُ أن آخذ الربح منه و أوقفته المال الذي كنت استودعته و أتيت أستطلع رأيك فما تري؟ قال: فقال: «خذْ نصف الربح، و أعطه النصف، و حلّه، إن هذا رجل تائب، و الله يُحبُّ التَّوَّابِينَ»(3).

و هذه الرواية محمولة علي الإرشاد علي فعل الأولي بقريظة قوله: «فما تري؟» و الإمام عليه السلام أرشده إلي المعتاد بين الناس من قسمة ربح التجارة نصفين.

ص: 227

1- الكافي 5: 7/239، التهذيب 7: 789/179.

2- الكافي 5: 1/238، الفقيه 3: 878/193، التهذيب 7: 790/179.

3- التهذيب 7: 793/180.

مسألة 76: مَنْ استودع من اللّصِّ مال السرقة، لم يجز له ردّها عليه،

بل يردها علي مالکها إن عرفه بعينه، فإن كان قد مات ردّها علي ورثته، و لو لم يعرف مالکها أبقاها في يده أمانةً إلي أن يظهر المالك، فإن لم يمكن معرفته كان بمنزلة اللقطة يُعرفها سنةً، فإن تعدّر المالك تصدّق بها عنه، و كان عليه ضمانها، و إن شاء حفظها لمالکها؛ لما رواه حفص بن غياث عن الصادق عليه السلام، قال: سألته عن رجلٍ من المسلمين أودعه رجلٌ من اللصوص دراهم أو متاعاً و اللّصّ مسلّم هل يرده عليه؟ قال: «لا يرده، فإن أمكنه أن يرده علي صاحبه فعَل، و إلا كان في يده بمنزلة اللقطة يصيبها فيعرفها حولاً، فإن أصاب صاحبها ردّها عليه، و إلا تصدّق بها، فإن جاء بعد ذلك خيره بين الأجر و الغرم، فإن اختار الأجر فله، و إن اختار الغرم غرم له، و كان الأجر له» (1).

إذا عرفت هذا، فإن كان الظالم قد مزج الوديعة بماله مزجاً لا يتميّز، لم يجز للمستودع حبسها، و وجب عليه ردّ الجميع إليه.

و يحتمل عندي ردّ قدر ما يملكه اللّصّ، و احتفاظ الباقي لمالکة.

و القسمة هنا ضرورية.

و لو خاف من الظالم لو منعها عنه، جاز له ردّها عليه.

مسألة 77: يجب ردّ الوديعة إلي مالکها و إن كان كافراً؛

لقوله تعالى:

«إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا» (2).

و قد روي الفضيل عن الرضا عليه السلام، قال: سألته عن رجلٍ استودع رجلاً من مواليك مالا له قيمة، و الرجل الذي عليه المال رجل من العرب يقدر علي أن لا يعطيه شيئاً، و المستودع رجل خبيث خارجي شيطان، فلم أَدع شيئاً، فقال: «قل له: يرده علي، فإنه أتمنه عليه بأمانة الله» قلت: فرجل

ص: 228

1- التهذيب 7: 180-181/794، الاستبصار 3: 440/124.

2- النساء: 58.

اشترى من امرأةٍ من بعض العباسيين بعض قطائعهم وكتب عليها كتاباً: قد قبضت المال، ولم تقبضه، فيعطيها المال أم يمنعها؟ قال:
«يمنعها أشد المنع، فإنما باعتها ما لم تملكه» (1).7.

ص: 229

1- التهذيب 7:181/795.

إشارة

وفيه فصلان:

الفصل الأول: الماهية والأركان

إشارة

فهنا بحثان:

البحث الأول: الماهية.

إشارة

العارية - بتشديد الياء - عقد شَرَّع لإباحة الانتفاع بعينٍ من أعيان المال علي جهة التبرع. وشدت الياء كأنها منسوبة إلي العار؛ لأن طلبها عار، قاله صاحب الصحاح(1).

وقال غيره: منسوبة إلي العارة، وهي مصدر، يقال: أعار يعير إعارَةً وعارةً، كما يقال: أجاب إجابةً وجابةً، وأطاق إطاقَةً وطاقةً(2).

وقيل: إنَّها مأخوذة من «عار يعير» إذا جاء وذهب، ومنه قيل للبطال:

العيار؛ لتردده في بطالته، فسُميت عاريةً؛ لتحوّلها من يدٍ إلي يدٍ(3).

وقيل: إنَّها مأخوذة من التعاور والاعتوار، وهو أن يتداول القوم الشيء بينهم(4).

وقال الخطّابي في غريبه: إنَّ اللغة العالية: العارية، وقد تُخَفَّف(5).

ص: 231

1- الصحاح 2:761 «عور».

2- كما في «الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي» المطبوع في مقدّمة «الحاوي الكبير»: 300.

3- قاله الأزهري في الزاهر: 300، وراجع العزيز شرح الوجيز 5:368، والمغني والشرح الكبير 5:354.

4- كما في العزيز شرح الوجيز 5:368.

5- إصلاح الغلط - للخطّابي -: 46-47/34، وحكاه عن غريبه الرافعي في العزيز شرح الوجيز 5:368، والنووي في روضة الطالبين

أما النصّ: فالكتاب و السنّة.

أما الكتاب: فقولته تعالى: «وَتَعَاوَنُوا عَلَيَّ الْبِرَّ وَ التَّقْوَى» (1) و العارية من جملة البرّ.

و قال تعالى: «وَيَمْنَعُونَ الْمَاعُونَ» (2) قال أبو عبيدة(3): الماعون اسم لكلّ منفعةٍ و عطيةٍ و أنشد فيه:

بأجود منه بماعونها إذا ما سماؤهم لا تغم (4)

و روي عن ابن عباس و ابن مسعود أنّهما قالا: الماعون العواري (5).

و فسّر ذلك ابن مسعود فقال: ذلك القدر و الدلو و الميزان (6).

و روي عن عليّ عليه السلام و [ابن (7) عمر أنّهما قالا: الماعون: الزكاة (8).

و أما السنّة: فما رواه العامّة عن أبي أمامة أنّ النبيّ صلي الله عليه و آله قال في

ص: 232

1- المائة: 2.

2- الماعون: 7.

3- في النسخ الخطيّة و الحجرية: «أبو عبيد». و ما أثبتناه من المصدر.

4- مجاز القرآن 2: 313، و البيت للأعشي، راجع ديوانه: 39/89.

5- جامع البيان 30: 204-206، الإشراف علي مذاهب أهل العلم 1: 437/269، المغني و الشرح الكبير 5: 354.

6- المحلّي 9: 168، الإشراف علي مذاهب أهل العلم 1: 437/269، البيان 6: 450، المغني و الشرح الكبير 5: 354.

7- ما بين المعقوفين أضفناه من المصدر.

8- النكت و العيون 6: 352، المحرّر الوجيز 16: 371، معالم التنزيل 5: 633، زاد المسير 9: 246، جامع البيان 30: 203، التفسير الكبير

115: 32، تفسير السمرقندي (بحر العلوم) 3: 518، الجامع لأحكام القرآن 20: 213، أحكام القرآن - للجصاص - 3: 475، الحاوي

الكبير 7: 116، الإشراف علي مذاهب أهل العلم 1: 437/269، البيان 6: 450.

خطبته عام حجة الوداع: «العارية مؤداة، والمنحة مردودة، والدّين مقضّي، والزعيم غارم»(1).

وعن أمية بن صفوان(2) أنّ النبيّ صلي الله عليه وآله استعار منه يوم خيبر(3) أدراعاً(4)، فقال: أغصباً يا محمّد؟ قال: «بل عارية مضمونة مؤداة»(5).

ومن طريق الخاصّة: ما رواه أبو بصير عن الصادق عليه السلام، قال:

سمعتّه يقول: «بعث رسول الله صلي الله عليه وآله إلي صفوان بن أمية، فاستعار منه سبعين درعاً بأطراقها(6)، قال: فقال: غصباً يا محمّد؟ فقال رسول الله صلي الله عليه وآله:

بل عارية مضمونة»(7).

وعن سلمة عن الصادق عن الباقر عليهما السلام قال: «جاء رسول الله صلي الله عليه وآله إلي صفوان بن أمية فسأله سلاحاً ثمانين درعاً، فقال له صفوان: عارية مضمونة أو غصباً؟ فقال له رسول الله صلي الله عليه وآله: بل عارية مضمونة، فقال:

نعم»(8).7.

ص: 233

1- سنن أبي داؤد 3:296-3565/297، سنن الترمذي 4:2120/433، سنن الدارقطني 3:166/41، سنن سعيد بن منصور 1:125-427/126، مسند أحمد 6:21791/358، المصنّف - لعبد الرزّاق - 8:14796/181، و 9:16308/49-48، المعجم الكبير - للطبراني - 8:159-7615/160.

2- في المصادر زيادة: «عن أبيه».

3- فيما عدا مسند أحمد من المصادر: «حنين» بدل «خير».

4- في «ث، خ، ر»: «أدرعاً» وكذا في بعض المصادر.

5- البيان 6:451، وفي مسند أحمد 4:14878/400، و سنن أبي داؤد 3:3562/296، و سنن البيهقي 6:89، و المستدرک - للحاكم - 2:47 بدون كلمة «مؤداة».

6- واحدتها: الطراق، وهي البيضة التي توضع علي الرأس. القاموس المحيط 3:257 «طرق».

7- الكافي 5:10/240، التهذيب 7:803/183.

8- التهذيب 7:802/182.

وأما الإجماع: فلا- خلاف بين علماء الأمصار في جميع الأعصار في جوازها و الترغيب فيها، و لأنه لَمَّا جازت هبة الأعيان جازت هبة المنافع، و لذلك صحّت الوصية بالأعيان و المنافع جميعاً.

مسألة 79: العارية مستحبة مندوب إليها مرغّب فيها؛

لأنّ اقتران المنافع منها في الآية مع المراني في صلاته(1) يدلّ علي شدة الحثّ عليها و التزهيد في منعها و الترغيب في فعلها، و لأنّها من البرّ و قد أمر الله تعالى بالمعاونة فيه(2).

و ليست واجبةً في قول أكثر أهل العلم(3)؛ للأصل.

و لقول النبيّ صلي الله عليه و آله: «إذا أديت زكاة مالك فقد قضيت ما عليك»(4).

و قال عليه السلام: «ليس في المال حقّ سوي الزكاة»(5).

و سأله الأعرابي فقال له: ما ذا افترض الله عليّ من الصدقة؟ قال:

«الزكاة» قال: هل عليّ غيرها؟ قال: «لا، إلا أن تتطوّع»(6).

و قيل: إنّها واجبة؛ للآية(7)، و لما رواه أبو هريرة عن النبيّ صلي الله عليه و آله أنّه قال: «ما من صاحب إبلٍ لا يؤدّي حقّها» الحديث، قيل: يا رسول الله و ما حقّها؟ قال: «إعارة دلوها، و إطراق فحلها، و منحة لبنها يوم و ردها»(8).

ص: 234

1- الماعون: 6 و 7.

2- المائدة: 2.

3- المغني و الشرح الكبير 5: 354.

4- سنن ابن ماجة 1: 1788/570، سنن الترمذي 3: 618/14.

5- سنن ابن ماجة 1: 1789/570.

6- صحيح البخاري 1: 18، و 3: 235، صحيح مسلم 1: 11/41، سنن أبي داؤد 1: 391/106، سنن النسائي 1: 227-228، سنن البيهقي

1: 361، المغني و الشرح الكبير 5: 355.

7- الماعون: 7.

8- المغني و الشرح الكبير 5: 354.

فَدَمَّ اللَّهُ تَعَالَى مَانِعَ الْعَارِيَةِ، وَتَوَعَّدَهُ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ بِمَا ذَكَرَهُ فِي خَبْرِهِ (1).

وَالْجَوَابُ: الْمُرَادُ زِيَادَةُ التَّرْغِيبِ، عَلِيٌّ أَنْ قَوْلَ عَلِيِّ عَلَيْهِ السَّلَامُ حُجَّةٌ فِي تَفْسِيرِهِ الْمَاعُونَ بِالزَّكَاةِ (2)، وَلَا رَيْبَ فِي وَجُوبِهَا.

وَلَوْ حَمَلْنَاهَا عَلَيَّ الْعَارِيَةِ، فَالتَّوَعُّدُ إِتْمَا وَقَعَ عَلَيَّ الثَّلَاثِ، قَالَ عِكْرَمَةُ: إِذَا جُمِعَ ثَلَاثُهَا فَلَهُ الْوَيْلُ: إِذَا سَهَا عَنِ الصَّلَاةِ، وَرَأَى، وَنَمَعَ الْمَاعُونَ (3).

البحث الثاني: في الأركان.

إشارة

وهي أربعة:

الركن الأول: المُعِير.

إشارة

وَلَهُ شَرْطَانِ: مَلَكَيَّةُ الْمَنْفَعَةِ، وَأَهْلِيَّةُ التَّصَرُّفِ التَّبَرُّعِيَّةِ، فَلَا تَصَحُّ إِعَارَةُ الْغَاصِبِ لِلْعَيْنِ؛ لِأَنَّهُ مَنَهِيٌّ عَنِ التَّصَرُّفِ فِي الْغَضَبِ، وَالْإِعَارَةُ تَصَرُّفٌ.

وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ غَاصِباً لِلْعَيْنِ أَوْ لِلْمَنْفَعَةِ فِي أَنَّهُ يَحْرَمُ عَلَيْهِ إِعَارَتُهَا، وَلَا يَبَاحُ لِلْمُسْتَعِيرِ التَّصَرُّفَ، فَإِنْ عَلِمَ وَتَصَرَّفَ كَانَ مَأْثُوماً ضَامِناً لِلْعَيْنِ وَالْمَنْفَعَةِ بِلَا خِلَافٍ.

وَلَا يَشْتَرِطُ مَلَكَيَّةُ الْعَيْنِ فِي الْمُعِيرِ، بَلْ مَلَكَيَّةُ الْمَنْفَعَةِ، فَلَوْ اسْتَأْجَرَ عِيناً جَازَ لَهُ أَنْ يَعِيرَهَا لِغَيْرِهِ، إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ الْمَالِكُ مَبَاشَرَةَ الْإِنْتِفَاعِ بِنَفْسِهِ، فَيَحْرَمُ عَلَيْهِ حِينَئِذٍ الْإِعَارَةَ، وَلَوْ لَمْ يَشْرُطْ جَازَ؛ لِأَنَّهُ مَالِكٌ لِلْمَنْفَعَةِ، وَهَذَا يَجُوزُ أَخْذُ الْعَوْضِ عَنْهَا بِعَقْدِ الْإِجَارَةِ.

ص: 235

1- كما في المغني والشرح الكبير 5:354.

2- راجع الهامش (8) من ص 232.

3- الإشراف علي مذاهب أهل العلم 1:437/269، الوسيط - للواحدي - 4:559، المغني والشرح الكبير 5:355.

و كذا الموصي له بخدمة العبد و سكني الدار يجوز لهما أن يعيراهما.

مسألة 80: و ليس للمُستعير أن يعير

- و به قال أحمد بن حنبل و الشافعية في أصح الوجهين (1) - لأن الأصل عصمة مال الغير و صيانته عن التصرف، فلا يباح للمُستعير الثاني إلا بدليل و لم يثبت، ولأنه غير مالك للمنفعة، و لهذا لا يجوز له أن يؤجر، و إنما أبيع له الانتفاع، و المستبيع لا يملك نقل الإباحة إلي غيره، كالضيف الذي أبيع له الطعام ليس له أن يبيحه لغيره.

و قال أبو حنيفة: يجوز للمُستعير أن يعير - و هو الوجه الآخر للشافعية - لأنه تجوز إجارة المستأجر للعين، فكذا يجوز للمُستعير أن يعير؛ لأنه تمليك علي حسب ما مَلَكَ (2).

و الفرق: إنَّ المستأجر مَلَكَ بعقد الإجارة الانتفاع علي كل وجه، فلهذا مَلَكَ أن يملكها، و أمّا في العارية فإنه مَلَكَ المنفعة علي وجه ما أذن له، فلا يستوفيه بغيره، فافترقا.

ص: 236

-
- 1- الكافي في فقه الإمام أحمد 2:214، المغني 5:361-362، الشرح الكبير 5:368، الحاوي الكبير 7:127، التنبيه: 113، المهذب - للشيرازي - 1:371، بحر المذهب 9:12، الوجيز 1:203، الوسيط 3:367، حلية العلماء 5:195، التهذيب - للبخاري - 4:281، البيان 6:461، الإفصاح عن معاني الصحاح 2:18، العزيز شرح الوجيز 5:370، روضة الطالبين 4:71، الهداية - للمرغيناني - 3:221.
 - 2- بدائع الصنائع 6:215، الهداية - للمرغيناني - 3:221، الاختيار لتعليل المختار 3:80، الحاوي الكبير 7:127، التنبيه: 113، المهذب - للشيرازي - 1:371، بحر المذهب 9:12، الوجيز 1:203، الوسيط 3:367، حلية العلماء 5:195، التهذيب - للبخاري - 4:281، البيان 6:461، الإفصاح عن معاني الصحاح 2:18، العزيز شرح الوجيز 5:370، روضة الطالبين 4:71، المغني 5:362، الشرح الكبير 5:368-369.

إذا ثبت هذا، فإنه يجوز للمستعير أن يستوفي المنفعة بنفسه وبوكيله، ولا يكون ذلك إعارَةً للوكيل إذا لم تعد المنفعة إليه.

مسألة 81: و شرطنا في المعير جواز التصرف، فلا بدّ و أن يكون بالغاً عاقلاً جائز التصرف،

فلا تصحّ عارية الصبي؛ لأنه ممنوع من التصرفات التي من جملتها الإعارة، و لا عارية المجنون، و لا المحجور عليه للسفه أو الفلاس؛ لأنّ هؤلاء بأسرهم ممنوعون من التبرّعات، و الإعارة تبرّع.

و كذا ليس للمُحرم إعارة الصيد؛ لأنه ممنوع من التصرف فيه، بل و ليس مالكاً له عند الأكثر.

و لو أسلم عبد الكافر تحت يده، و جب بيعه من المسلمين، فيجوز للكافر إعارته للمسلم مدّة المساومة.

و كذا لو ورث أو ملك - إن قلنا بصحة البيع - مصحفاً.

الركن الثاني: المُستعير.

إشارة

و شرطه أن يكون معيّناً أهلاً للتبرّع عليه بعقدٍ يشتمل علي إيجابٍ و قبولٍ، فلو أعار أحد هذين، أو أحد هؤلاء، لم يصح؛ لعدم التعيين، و كلّ واحدٍ لا يتعيّن للإعارة؛ لصلاحيّة الآخر لها، و استباحة منافع الغير لا تكون إلّا بوجهٍ شرعيّ؛ لأنّ الأصل تحريم منافع الغير علي غيره إلّا بإذنه، و لم يثبت.

و لو عمّم المُستعير، جاز، سواء كان التعميم في عددٍ محصور، كقوله: أعرتُ هذا الكتاب لهؤلاء العشرة، أو في عددٍ غير محصور، كقوله:

لكلّ الناس، و لأيّ أحدٍ من أشخاص الناس، أو: لمن دخل الدار.

و بالجملة، الكلّيّ معيّن و إن لم يكن عامّاً كـ «أيّ رجل» و «أيّ داخل».

و «أحد الشخصين» مجهول.

مسألة 82: شرطنا أن يكون أهلاً للتبرع عليه؛

لأن من الأعيان ما لا يجوز لبعض الأشخاص الانتفاع بها، فلا تجوز إعارتها لهم، وذلك مثل الكافر يستعير عبداً مسلماً، أو أمةً مسلمةً علي إشكالٍ ينشأ: من جواز إعارتهم، و من السلطنة عليهم و التسلّط و إثبات السبيل، و قد نفاه الله تعالى بقوله: «وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً» (1) بخلاف استئجاره الذي هو في مقابلة عوضٍ.

و الأقرب: الكراهة.

و كذا لا يجوز للكافر استعارة المصحف من المسلم وغيره؛ تكرمةً للكتاب العزيز، و صيانةً عمّن لا يري له حرمةً.

و أمّا استعارة أحاديث النبيّ صلي الله عليه و آله و أحاديث أهل بيته الأئمة المعصومين عليهم السلام فإنّها مبنية علي جواز شرائهم لها، فإن منعناه منعنا من الإعارة، و إلا فلا.

مسألة 83: لا يحلّ للمُحرم استعارة الصيد من المُحرم،

و لا- من المُحلّ؛ لأنّه يحرم عليه إمساكه، فلو استعاره و جب عليه إرساله، و ضمن للمالك قيمته. و لو تلف في يده ضمنه أيضاً بالقيمة لصاحبه المُحلّ، و بالجزاء لله تعالى، بل يضمّنه بمجرد الإمساك و إن لم يشترط صاحبه الضمان عليه، فلو دفعه إلي صاحبه برئ منه، و ضمن لله تعالى.

و لو استعار المُحرم صيداً من مُحرم، و جب علي كلّ واحدٍ منهما الفداء لو تلف.

و لو كان الصيد في يد مُحرمٍ فاستعاره المُحلّ، فإن قلنا: المُحرم يزول ملكه عن الصيد، فلا قيمة له علي المُحلّ؛ لأنّه أعاره ما ليس ملكاً

ص: 238

له، وعلي المٌحرم الجزاء لو تلف في يد المٌحلّ؛ لتعدّيه بالإعارة، فإنّه كان يجب عليه الإرسال.

وإن قلنا: لا يزول، صحّت الإعارة، وعلي المٌحلّ القيمة لو تلف الصيد عنده.

ولو تلف الصيد عند المٌحلّ المُستعير من المٌحرم، لم يضمّنه المٌحلّ؛ لزوال ملك المٌحرم عنه بالإحرام، وعلي المٌحرم الضمان؛ لأنّه تعدّي بالإعارة لما يجب إرساله.

مسألة 84: المُستعير هو المنتفع قوّةً أو فعلاً بالعين المستحقّة للغير بإذن منه بغير عوض.

وقال بعض الشافعيّة: المُستعير كلّ طالبٍ أخذ المال لغرض نفسه من غير استحقاقٍ (1).

وزاد بعضهم، فقال: من غير استحقاقٍ و تملكٍ (2).

وقصد بهذه الزيادة الاحتراز عن المستقرض، وقصد بنفي الاستحقاق الاحتراز عن المستأجر.

واعترض عليه بوجهين:

الأول: ينتقض بالمستام والغاصب.

الثاني: التعرّض لكونه طالباً غير جيّدٍ؛ للاستغناء عنه، إذ لا فرق بين أن يلتمس المُستعير العارية، وبين أن يبتدئ المُعير بها، ولا تجوز الزيادة في الحدود (3).

ص: 239

1- الغزالي في الوجيز 1:204، والوسيط 3:371.

2- كما في العزيز شرح الوجيز 5:379.

3- العزيز شرح الوجيز 5:379.

إشارة

وله شرطان: كونه منتفعاً به مع بقاء عينه، وإباحة المنفعة، فكلّ ما ينتفع به انتفاعاً محلّلاً مع بقاء عينه تصحّ إعارته، كالعقارات والدوابّ و العبيد والثياب والأقمشة والأمتعة والصُّفّر والحُلّيّ والفحل للضراب والكلب للصيد والحفظ وأشباه ذلك بلا خلاف؛ لأنّ النبيّ صلي الله عليه وآله استعار أدرعاً(1).

أمّا ما لا ينتفع به إلاّ بإتلافه كالأطعمة والأشربة فلا تجوز إعارتها؛ لأنّ المنفعة المطلوبة منها إنّما تحصل في إتلافها، والإباحة لم تقع عليّ الإتلاف.

وتجوز إعاره جميع أصناف الحيوان المنتفع بها، كالآدمي والبهائم عليّ ما تقدّم؛ لأنّ منفعة الحيوان تجوز إيجارتهما فجاز إعارتهما، والإعارة أوسع من الإجارة؛ لأنّه تجوز إعاره الفحل للضراب، ومنع كثيرٍ من إيجارته لذلك(2).

والكلب تجوز إعارته، ولا تجوز إيجارته عليّ أحد وجهي الشافعيّة(3).

ص: 240

1- راجع الهوامش (5 و 7 و 8) من ص 233.

2- الحاوي الكبير 117:7، المهذب - للشيرازي - 401:1، بحر المذهب 12:9، الوجيز 231:1، الوسيط 158:4، حلية العلماء 385:5، البيان 250:7، العزيز شرح الوجيز 101:4، و 92:6، روضة الطالبين 62:3، و 254:4، مختصر اختلاف العلماء 1782/102:4، بدائع الصنائع 175:4، المغني 148:6، الشرح الكبير 44:6.

3- الحاوي الكبير 117:7 و 411، المهذب - للشيرازي - 401:1، بحر المذهب 12:9، الوجيز 230:1، الوسيط 157:4، حلية العلماء 384:5، التهذيب - للبخاري - 425:4، البيان 249:7، العزيز شرح الوجيز 90:6، روضة الطالبين 253:4، المغني 325:4.

مسألة 85: تجوز إعارة الغنم للانتفاع بلبنها و صوفها، و هي المِنحة،

و ذلك لاقْتضاء الحكمة إباحته؛ لأنَّ الحاجة قد تدعو إلي ذلك، و الضرورة تبيح مثل هذه الأعيان، كما في استتجار الظئر.

وقد روي العامة عن النبي صلي الله عليه و آله أنه قال: «المِنحة مردودة»⁽¹⁾ و المِنحة هي: الشاة.

و من طريق الخاصة: ما رواه الحلبي - في الحسن - عن الصادق عليه السلام في الرجل يكون له الغنم يعطيها بضريبة سمناً شيئاً معلوماً أو دراهم معلومة من كل شاة كذا و كذا، قال: «لا بأس بالدراهم، و لست أحب أن يكون بالسمن»⁽²⁾.

و في الصحيح عن عبد الله بن سنان أنه سأل الصادق عليه السلام عن رجلٍ دفع إلي رجلٍ غنمه للسمن و دراهم معلومة لكل شاة كذا و كذا في كل شهرٍ، قال: «لا بأس بالدراهم، فأما السمن فلا أحب ذلك، إلا أن تكون حوالب فلا بأس»⁽³⁾ و إذا جاز ذلك مع العوض فبدونه أولى.

و اختلفت الشافعية علي قولين:

أحدهما كما قلناه.

و الثاني: المنع، كما لا تجوز إيجارها⁽⁴⁾.

و الفرق: إنَّ الإجارة لا تستباح بها الأعيان.

ص: 241

1- تقدّم تخريجه في ص 233، الهامش (1).

2- الكافي 5: 1/223، التهذيب 7: 554/127، الاستبصار 3: 359/103.

3- الكافي 5: 4/224، التهذيب 7: 556/127، الاستبصار 3: 362/103.

4- حلية العلماء 5: 207، البيان 6: 452.

و كذا في الشجر.

قال بعض الشافعية: إذا دفع شاةً إلي رجلٍ وقال: ملكتك دَرَّها ونسلها، فهي هبة فاسدة، و ما حصل في يده من الدَّرِّ و النسل كالمقبوض بالهبة الفاسدة، و الشاة مضمونة عليه بالعارية الفاسدة.

و لو قال: أبحثُ لك دَرَّها و نسلها، فهو كما لو قال: ملكتك، علي أحد الوجهين. و الثاني: إنه (1) إباحة صحيحة، و الشاة عارية صحيحة. و علي هذا فقد تكون العارية لاستفادة عينٍ، و ليس من شرطها أن يكون المقصود مجرد المنفعة، بخلاف الإجارة.

و لو قال: ملكتك دَرَّها، أو: أبحثك علي أن تعلفها، فقد جعل العلف أجرة الشاة و ثمن الدَّرِّ و النسل، فالشاة غير مضمونة؛ لأنَّها مقبوضة بإجارة فاسدة، و الدَّرِّ و النسل مضمون عليه بالشراء الفاسد.

و كذا لو دفع فلساً إلي سقاءٍ و أخذ الكوز ليشرب فسقط من يده و انكسر، ضمن الماء؛ لأنَّه مأخوذ بالشراء الفاسد، و لا يضمن الكوز؛ لأنَّه في يده بإجارة فاسدة، و إن أخذه مجاناً فالكوز عارية، و الماء كالمقبوض بالهبة الفاسدة (2).

مسألة 86: تجوز إعارة الدراهم و الدينار

- و هو أحد وجهي الشافعية (3) - لأنَّ لها منفعةً حكيميةً تُفرض مطلوبةً للعقلاء، فجاز التوصل إليها بالإعارة و الاستعارة، من التزيين بها، و جذب قلوب الراغبين إلي معاملته و إقراضه، و ذلك فائدة عظيمة.

ص: 242

1- الظاهر: «إنَّها».

2- التهذيب - للبخاري - 286:4-287، العزيز شرح الوجيز 373:5، روضة الطالبين 74:4-75.

3- الوجيز 1:203، التهذيب - للبخاري - 280:4، البيان 6:451، العزيز شرح الوجيز 371:5، روضة الطالبين 4:72.

وأيضاً فقد يرغب إلي أن يطبع مثلها، ويجوز رهنها، والإجارة للارتهان سائغة، فوجب أن تشرع إعارتها.

وأصح الوجهين عند الشافعية: المنع؛ لأن هذه منفعة ضعيفة قلما تُقصد، ومعظم منفعتها في الإنفاق والإخراج (1).

قال الجويني: وما ذكر من المنفعة في الدراهم والدنانير يجري في استعارة الحنطة والشعير وما في معناهما (2).

ويطل ما ذكره بما إذا صرح في الإعارة بالمنفعة الضعيفة بأن استعارها للترتين بها، فقد جعل هذه المنفعة مقصداً وإن ضعفت.

مسألة 87: إذا استعار الدراهم والدنانير، كانت مضمونة عليه،

سواء شرط المالك ضمانها عليه أو لا، وإن كانت العارية في غيرهما غير مضمونة علي ما سيأتي.

والعامة أوجبوا الضمان في جميع العواري (3).

وللشافعية وجه في أن عارية الدراهم والدنانير خاصة غير مضمونة وإن قالوا بالضمان في البواقي (4).

لما رواه ابن مسكان - في الصحيح - عن الصادق عليه السلام قال:

ص: 243

1- الوجيز 203:1، التهذيب - للبخاري - 280:4، البيان 451:6، العزيز شرح الوجيز 371:5، روضة الطالبين 72:4.

2- العزيز شرح الوجيز 371:5، روضة الطالبين 72:4.

3- الأم 244:3، الإشراف علي مذاهب أهل العلم 441/271:1، الحاوي الكبير 118:7، المهذب - للشيرازي - 370:1، بحر المذهب

6:9، الوجيز 204:1، الوسيط 370-369:3، حلية العلماء 189:5، التهذيب - للبخاري - 280:4، البيان 454:6، العزيز شرح الوجيز

376:5، روضة الطالبين 76:4، بداية المجتهد 313:2، مختصر اختلاف العلماء 1876/185:4، المغني 355:5.

4- العزيز شرح الوجيز 372:5، روضة الطالبين 72:4.

«لا تُضمن العارية إلا أن يكون اشترط فيها ضمناً، إلا الدنانير فإنّها مضمونة وإن لم يشترط فيها ضمان»(1).

وفي الحسن عن زرارة عن الصادق عليه السلام، قال: قلت له: العارية مضمونة؟ قال: فقال: «جميع ما استعرتَه فتوي(2) فلا يلزمك تَوَاهِ إِلَّا الذهب و الفضة فإنّهما يلزمان، إِلَّا أن يشترط أنّه متي توي لم يلزمك تَوَاهِ، وكذلك جميع ما استعرت واشترط عليك لزمك، و الذهب و الفضة لازمان لك و إن لم يشترط عليك»(3).

و لأنّ المنفعة فيهما ضعيفة لا يعتد بها في نظر الشرع، و النفع المقصود بالذات فيهما الإنفاق، فكانت مضمونة؛ عملاً بالغاية الذاتية.

احتجّ القائل بعدم ضمانها: بأنّ العارية - سواء صحّت أو فسدت - تعتمد منفعة معتبرة، فإذا لم توجد فما جري بينهما ليس بعارية، لا أنّه عارية فاسدة، و مَنْ قبض مال الغير بإذنه لا لمنفعة كان أمانة(4).

احتجّ الآخرون: بأنّ العارية الصحيحة مضمونة، فكذا الفاسدة؛ لأنّ كلّ عقدٍ يُضمن صحيحه يُضمن فاسده، و عارية الدراهم و الدنانير فاسدة(5).

مسألة 88: و لا بدّ و أن تكون المنفعة مباحة؛

لتحريم الإعانة علي المحرّم، فلو استعار آنية الذهب و الفضة للأكل و الشرب، لم يجز.

و لو استعار كلباً للصيد لهواً و بطراً لم يجز، و إن كان للقوت أو التجارة جاز.

و كذا تجوز إعارة كلب الماشية و الحائط و الزرع؛ لإباحة هذه المنافع

ص: 244

1- التهذيب 7: 804/183.

2- راجع الهامش (1) من ص 39.

3- الكافي 5: 238 (باب ضمان العارية و الوديعة) ح 3، التهذيب 7: 806/183.

4- العزيز شرح الوجيز 5: 372، روضة الطالبين 4: 72.

5- العزيز شرح الوجيز 5: 371، روضة الطالبين 4: 72.

منها.

وكلّ عينٍ يفرض لها منفعة مباحة و محرّمة فإنّه تجوز إعارتها لاستيفاء المنفعة المباحة دون المحرّمة، فإن استعارها لاستيفاء المحرّمة، لم تصح الإعارة، ولا يستباح بها المنفعة المحلّلة، والإطلاق ينصرف إلي المباح منها.

ولو لم يفرض لها منفعة مباحة محلّلة البتّة، حرم استعارتها.

مسألة 89: لا تجوز استعارة الجوّاري للاستمتاع علي الأشهر؛

لعموم قوله تعالى: «وَالَّذِينَ هُمْ لِأُزْوَاجِهِمْ حَافِظُونَ * إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ» (1) والبُضع لا يستباح إلا بأحد الأسباب الآتية: الزوجية، والملك، والإباحة بلفظها أو بلفظ التحليل، دون العارية والتملك وشبهه.

وتجوز استعارتها للخدمة، سواء كان المُستعير رجلاً أو امرأة، وسواء كانت الجارية شابةً أو عجوزاً، وسواء كانت قبيحة المنظر أو حسنة، لكن تشتدّ كراهية إعارة الشابة لمن لا يوثق به.

ومنعه الشافعية؛ خوف الفتنة (2).

ولو أعارها من المحرم أو كانت صغيرة لا تُشتهي أو قبيحة المنظر كذلك أو كبيرة كذلك، فلا كراهية.

وللشافعية وجهان: أحدهما: التحريم، والثاني: الكراهية (3).

وتكره استعارة أحد الأبوين للخدمة؛ لأنّ استخدامهما مكروه؛ لمنافاة التعظيم لهما والتوقير.

وتستحبّ استعارتهما للترفة.

ص: 245

1- المعارج: 29 و 30.

2- المهذب - للشيرازي - 370:1، الوسيط 3:368، التهذيب - للبعوي - 280:4، البيان 6:452، العزيز شرح الوجيز 5:372، روضة الطالبين 4:73.

3- التهذيب - للبعوي - 280:4، العزيز شرح الوجيز 5:372، روضة الطالبين 4:73.

مسألة 90: لا يشترط تعيين العين المستعارة عند الإعارة،

فلو قال:

أعزني دابّتك أو دابّةً، فقال: ادخل الاصطبل فخذ ما شئت، صحّت العارية، بخلاف الإجارة؛ لأنّ فيها عوضاً، فلا يدخلها الغرر الذي لا يحتمل في المعاوضة.

الركن الرابع: الصيغة.

مسألة 91: لما كان الأصل في الأموال العصمة، لم يُبح شيء منها علي غير مالكها،

إلا بالرضا منه، ولما كان الرضا من الأمور الباطنة الخفية تعذر التوصل إليه قطعاً، فاكفينا فيه بالظنّ المستفاد من العبارات والألفاظ وما يقوم مقامها.

ولا يختصّ لفظ بعينه، بل المعتد به في هذا الباب كلّ لفظ يدلّ علي الإذن في الانتفاع بالعين مع بقائها مطلقاً أو مدّة معيّنة، كقوله: أعزتك، أو أذنّت لك في الانتفاع به، أو انتفع به، أو خذّه لتنتفع به، وما أشبه ذلك.

ولا يشترط القبول نطقاً، فلو قال: أعزتك، جاز له الانتفاع به وإن لم يتلفظ بالقبول؛ لأنّه عقد ضعيف، لأنّه يثمر إباحة الانتفاع، وهي قد تحصل بغير عقد، كما لو حسن ظنّه بصديقه، كفي في الانتفاع عن العقد، وكما في الضيف، بخلاف العقود اللازمة، فإنّها موقوفة علي ألفاظٍ خاصّة اعتبرها الشرع.

مسألة 92: و الأقرب عندي: إنّه لا تقتصر العارية إلي لفظ،

بل تكفي قرينة الإذن بالانتفاع من غير لفظٍ دالّ علي الإعارة أو الاستعارة، لا من طرف المُعير ولا من طرف المُستعير، كما لو رآه عارياً فدفع إليه قميصاً فلبسه، تمّت العارية.

ص: 246

وكذا لو فرش لضيفه فراشاً أو بساطاً أو مصلياً أو حصيراً أو ألقى إليه وسادة فجلس عليها أو مخدّة فاتكأ عليها، كان ذلك إعارَةً، بخلاف ما لو دخل فجلس علي الفرش المبسوطة؛ لأنّه لم يقصد بها انتفاع شخص بعينه - وهو قول بعض الشافعية (1) - قضاءً بالظاهر، وقد قال عليه السلام: «نحن نقضي بالظاهر» (2).

وقال بعضهم: يعتبر اللفظ من جهة المُعير، ولا يعتبر من جهة المُستعير، وإنّما يعتبر منه القبول إمّا باللفظ أو بالفعل (3).

وقال بعضهم: لا بدّ من اللفظ من أحد الطرفين، ولا يشترط أحدهما عيناً، بل إمّا لفظ المُعير أو المُستعير، وفعل الآخر، فلو قال المالك:

أعرتك، أو: انتفع به، إلي غير ذلك من الألفاظ، فأخذه المُستعير، تمتّ العارية. ولو قال المُستعير: أعرتني، فسلمه المالك إليه، صحّت العارية، وكان كما لو قال: خُذْهُ لنتنفع به، وأخذه؛ تشبيهاً للإعارة بإباحة الطعام (4).

والأقرب: ما تقدّم.

وقد جرت العادة بالانتفاع بظرف الهدية المبعوثة إليه واستعماله، كأكل الطعام من القصعة المبعوث فيها، فإنّه يكون عارية؛ لأنّه منتفع بملك الغير بإذنه وإن لم يوجد لفظ يدلّ عليها، بل شاهد الحال.

مسألة 93: لو قال: أعرتك حماري لتعيرني فرسك، فهي إجارة فاسدة،

وعلي كلّ واحدٍ منهما أجره مثل دابة الآخر، وكذا لو أعاره شيئاً

ص: 247

1- العزيز شرح الوجيز 5:374، روضة الطالبين 4:75.

2- المحصول 2:447، الإحكام في أصول الأحكام 2:306.

3- الوسيط 3:369، العزيز شرح الوجيز 5:374، روضة الطالبين 4:75.

4- المهذب - للشيرازي - 1:370، التهذيب - للبخاري - 4:280، البيان 6:454، العزيز شرح الوجيز 5:374، روضة الطالبين 4:75.

بعوضٍ مجهول، كما لو أعاره دابّته ليعلفها، أو داره ليطين سطحها، وكذا لو كان العوض معلوماً ولكن مدّة [الإعارة] (1) مجهولة، كما لو قال: أعرّتك داري بعشرة دراهم، أو لتعيرني ثوبك شهراً، هكذا قاله بعض الشافعية (2).

وليس بجيّد، بل هي عارية مشروط فيها استعارة أو نفع مجهول، فتكون الأولى صحيحةً له الانتفاع إذا فعل الشرط، والثانية له الانتفاع بالإذن، ولا تضرّ الجهالة في العوض ولا في المدّة؛ لكونها من العقود الجائزة.

وقال بعض الشافعية: إنّها عارية فاسدة، فتكون مضمونةً عليه؛ بناءً منهم علي أنّ العارية الصحيحة مضمونة؛ نظراً إلى اللفظ، وعلي القول بأنّها إجارة فاسدة لا تكون مضمونةً (3).

ولو بيّن مدّة الإعارة وذكر عوضاً معلوماً، فقال: أعرّتك هذه الدار شهراً من اليوم بعشرة دراهم، أو لتعيرني ثوبك شهراً من اليوم، ففي كونه إجارةً صحيحةً أو إعارةً فاسدةً للشافعية وجهان مبنيان علي أنّ النظر إلى اللفظ أو المعني؟ (4).

ولو دفع دراهم إلي رجلٍ وقال: اجلس علي هذا الحانوت و اتّجر عليها لنفسك، أو دفع إليه بذراً وقال: ازرع به هذه الأرض، فهو مُعير للحنوت والأرض.

وأما الدراهم والبذر فإن كان قد قبلهما علي سبيل الهبة حُكم بها، وإلا فهو قرض.4.

ص: 248

1- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطيّة والحجريّة: «الإجارة». والمثبت يقتضيه السياق وكما في المصدر.

2- العزيز شرح الوجيز 374:5-375، روضة الطالبين 76:4. (3 و 4) العزيز شرح الوجيز 375:5، روضة الطالبين 76:4.

و للشافعية قولان، أحدهما: إنه قرض، والثاني: إنه هبة(1).

مسألة 94: إذا قال: أعرنتك فرسي لتعيرني حمارك، فقد بيتنا عارية للفرس

بشرط أن يعيره المُستعير، لكن لا يجب علي المُستعير للفرس إعاره حماره؛ لأصالة عدم الوجوب، فإن أعاره إياه استباح منفعة الفرس، وإن لم يُعِره لم يُبَحْ له الانتفاع، فإن انتفع به كان عليه الأجرة؛ إذ الإذن في الانتفاع لم يقع مطلقاً، بل مع سلامة نفع الحمار، فإذا لم يسلم كان له المطالبة بالعرض.

ص: 249

1- العزيز شرح الوجيز 5:375، روضة الطالبين 4:76.

إشارة

و مباحثه ثلاثة:

المبحث الأول: في التسلط و الرجوع.

مسألة 95: العارية عقد جائز من الطرفين بالإجماع

لكلّ منهما فسخه، فللمالك الرجوع فيه متى شاء، وكذا للمستعير الرّد متى أراد؛ لأنّ العارية تبرّع و تفضّل بالمنفعة، فلا يناسب الإلزام فيما يتعلّق بالمستقبل.

و ليس للمالك المطالبة بعوضٍ عن المنفعة التي استوفّاها المُستعير قبل علم الرجوع.

و لو رجع قبل أن يعلم المُستعير، فالأقرب: إنّه كذلك لا عوض له.

و لو رجع و علم المُستعير برجوعه ثمّ استعمل، فهو غاصب عليه الأجرة، إلّا إذا أعار لدفن ميّتٍ مسلمٍ ثمّ رجع بعد الدفن، لم يصح رجوعه، و لا قلع الميّت و لا نبش القبر، إلّا أن يندرس أثر الميّت؛ لما فيه من هتك حرمة الميّت، و لا نعلم فيه خلافاً.

أمّا لو رجع قبل الحفر أو بعده قبل وضع الميّت، فإنّه يصحّ رجوعه، و يحرم دفنه فيه.

و لو رجع بعد وضع الميّت في القبر و قبل أن يواريه في التراب، فالأقرب: إنّ له الرجوع أيضاً، و متونة الحفر إذا رجع بعد الحفر و قبل الدفن لازمة لوليّ الميّت، و لا يلزم وليّ الميّت الطمّ؛ لأنّ الحفر مأذون فيه.

مسألة 96: لو نبتت في القبر شجرة، كان لمالك الأرض سقيها،

إلّا أن يفضي السقي إلي ظهور شيءٍ من الميّت فيحرم؛ لأنّه نبشٌ في الحقيقة.

و اعلم أنّ الدفن من جملة منافع الأرض، كالبناء و الغراس، فإذا أطلق

إعارة الأرض لم يكن له الدفن فيها؛ لأنّ مثل هذه المنفعة لا يكفي فيها إطلاق الإعارة، بل يجب ذكرها بالنصوصيّة، بخلاف سائر المنافع؛ لأنّ هذه المنفعة تقتضي تسلّط المُستعير علي المُعير بما فيه ضرر لازم، ولو قدّر تسليطه عليه كان ذلك ذريعةً إليّ إزام إعارة الأرضين.

مسألة 97: لا تخلو العين التي تعلّقت بها العارية إنا أن تكون جهة الانتفاع فيها واحدة أو أكثر.

فإن كانت واحدة لا ينتفع بالمُستعار به إلاّ بجهةٍ واحدة، كالدرهم والدنانير التي لا ينتفع بها إلاّ بالتزيّن، والبساط الذي لا ينتفع به إلاّ في فرشته، والخيمة التي لا منفعة لها إلاّ الاككتان، والدار التي لا منفعة فيها إلاّ السكني، ومثل هذا لا يجب التعرّض للمنفعة، ولا ذكر وجه الانتفاع بها؛ لعدم الاحتياج إليه؛ إذ المقتضي للتعين في اللفظ حصر أسباب الانتفاع، وهو في نفسه محصور، فلا حاجة له إليّ مائزٍ لفظي.

وإن تعدّدت الجهات التي يحصل بها الانتفاع - كالأرض التي تصلح للزراعة والغرس والبناء، والدابّة التي تصلح للحمل والركوب - فلا يخلو إمّا أن يعمّم الإذن، أو يخصّصه بوجهٍ واحد أو أزيد، أو يطلق.

فإن عمّم، جاز له الانتفاع بسائر وجوه الانتفاعات المباحة المتعلقة بتلك العين - كما لو أعاره الأرض لينتفع بها في الزرع والغرس والبناء وغير ذلك - بلا خلاف.

وإن خصّص الوجه كأن يعيره الأرض للزرع أو البناء أو الغرس، اختصّ التحليل بما خصّصه المُعير، وبما ساواه أو قصر عنه في الضرر ما لم ينصّ عليّ التخصيص، ويُمنع من التخطّي إليّ غيره، فلا يجوز له التجاوز قطعاً.

وإن أطلق، فالأقوي: إنَّ حكمه حكم التعميم؛ لأنَّ إطلاق الإذن في الانتفاع يُشعر بعمومه و الرضا بجميع وجوهه؛ إذ لا وجه من الوجوه أولي بجواز التصرف من الآخر، وهو أحد وجهي الشافية.

و الثاني: إنَّ تبطل العارية؛ لأنَّهم اختلفوا في أنَّه هل يشترط في العارية التعرض لجهة الانتفاع؟ فشرطه بعضهم؛ لأنَّ الإعارة معونة شرعية جُوزت للحاجة، فلتكن علي حسب الحاجة، و لا حاجة إلي الإعارة المرسلة.

وبعضهم لم يشترط، بخلاف الإجارة؛ لأنَّ الجهالة في الإعارة غير مُضرة، بخلاف الإجارة؛ لأنَّه يحتمل في العارية ما لا يحتمل في الإجارة، و لأنَّ الجهالة إنما تؤثر في العقود اللازمة، و الإعارة إباحة، فجاز فيها الإطلاق، كإباحة الطعام(1).

فإذا أعاره أرضاً مطلقاً، كان له أن ينتفع بها بسائر وجوه الانتفاعات، و جميع ما العين معدة له في الانتفاع مع بقاء العين، كالزراع و الغرس و البناء، و يفعل فيها كل ما هي مستعدة له من الانتفاع.

و ليس للمُستعير أن يُعير و لا أن يُؤجر؛ لأنَّها رخصة وُضعت للحاجة، و هي منقبة هنا.

و كذا ليس له أن يبيع؛ لأنَّه غير داخل في مفهوم الإعارة.

و الأقرب: إنَّ له أن يرهن مع التعميم، دون الإطلاق.

مسألة 98: و حكم جزئيات المأذون فيه بالخصوصية حكم جزئيات مطلق الانتفاع،

فلو أذن له في الزرع و أطلق، استباح المُستعير زرع ما شاء

ص: 253

1- المهذب - للشيرازي - 371:1، الوجيز 204:1، الوسيط 372:3، التهذيب - للبغوي - 282:4، العزيز شرح الوجيز 381-382، روضة الطالبين 81:4.

من أصناف الزرع، كالحنطة والشعير والدخن والذرة والقطن والفوه (1) وما يبقى زمناً طويلاً وقصيراً و سائر أصناف الخضر و جميع ما يطلق عليه اسم الزرع.

وليس له البناء ولا الغراس؛ لأنّ ضررهما أكثر من ضرر الزرع، والقصد منهما الدوام، والإذن في القليل لا يستلزم الإذن في الكثير، بخلاف العكس، إلا مع التنصيص، فلو استعارها للبناء أو الغراس كان له أن يزرع؛ لقصور ضرره عنهما، فكأنه استوفي بعض المنفعة التي أذن فيها، ولو منعه لم يسع له الزرع.

ولو أعارها للغراس، لم يكن له البناء، وبالعكس؛ لأنّ ضررهما مختلف؛ فإنّ ضرر الغراس في باطن الأرض؛ لانتشار العروق فيها، و ضرر البناء في ظاهرها، ولأنّ البناء يكون علي موضع واحد، والغرس تنتشر عروقه في الأرض، فلم يكن الإذن في أحدهما إذناً في الآخر، وهو أصحّ وجهي الشافعية.

و الثاني: إنه إذا أذن له في أحدهما، استباح به الآخر؛ لتقارب ضررهما، فإنّ كلّاً منهما للدوام، والأرض تُتخذ للبناء وللغراس (2).

وليس بجيدٍ؛ للاختلاف، كما قلناه.

مسألة 99: إذا أذن له في الزرع، فإنما أن يطلق أو يعتم أو يخصص،

إشارة

ولا بحث في الأخيرين، وأما الأول فإنه يصحّ عندنا، ويستبيح المستعير جميع أصناف الزرع، اختلف ضررها أو اتفق - وهو أصحّ وجهي الشافعية -

ص: 254

1- الفوه: عروق يُصبغ بها. لسان العرب 13:530 «فوه».

2- المهذب - للشيرازي - 1:371، الوسيط 3:373، حلية العلماء 5:196، البيان 6:462، العزيز شرح الوجيز 5:381، روضة الطالبين 4:81.

عملاً بإطلاق اللفظ.

و الثاني: إنه لا يستبيح شيئاً بهذه العارية، و تكون عاريةً باطلة (1).

و قال بعضهم: تصحّ الإعارة، و لا يزرع إلا أقلّ الأنواع ضرراً؛ لأصالة عصمة مال الغير (2). و لا بأس به.

و لو قال: أعرتكَ كذا لتفعل به ما بدا لك، أو لتنتفع به كيف شئت، صحّ عندنا، و كان له أن ينتفع به كيف شاء؛ لإطلاق الإذن، و هو أحد وجهي الشافعية، و الثاني: البطلان (3).

و قال بعضهم: ينتفع به بما هو العادة (4).

و هو حسن، فلو أعاره الأرض، كان له البناء و الغرس و الزرع، دون الرهن و الوقف و الإجارة و البيع.

و لو قال: أعرتكَها لزرع الحنطة، و لم ينع عن غيرها، كان له زرع ما هو أقلّ ضرراً من الحنطة؛ عملاً بشاهد الحال، كالشعير و الباقلاء. و كذا له زرع ما ساوي ضرره ضرر الحنطة، و ليس له زرع ما ضرره أكثر من ضرر الحنطة، كالذرة و القطن.

و لو نهاه عن زرع غير الحنطة، لم يكن له زراعة غيرها؛ اقتصاراً علي المأذون فيه.

تذنيب: إذا عين المزرع فزرع غيره، كان لصاحب الأرض قلعه

ص: 255

1- الوسيط 3:372، التهذيب - للبعوي - 4:282، العزيز شرح الوجيز 5:381، روضة الطالبين 4:81.

2- العزيز شرح الوجيز 5:381، روضة الطالبين 4:81.

3- العزيز شرح الوجيز 5:382، روضة الطالبين 4:82.

4- الحاوي الكبير 7:127، العزيز شرح الوجيز 5:382، روضة الطالبين 4:82.

مجاناً؛ لأنه ظالم، وقال عليه السلام: «ليس لعرق ظالم حق» (1).

مسألة 100: تنقسم العارية باعتبار الزمان إلى ثلاثة،

كما انقسمت باعتبار المنافع إليها؛ لأنَّ المُعير قد يُطلق العارية من غير تقييدٍ بزمانٍ، وقد يوقَّت بمُدَّةٍ، وقد يُعمَّم الزمانَ، كقوله: أعرتُك هذه الأرض، ولا يقرن لفظه بوقَّتٍ وزمانٍ، أو: أعرتُك هذه الأرض سنةً أو شهراً، أو: أعرتُك هذه الأرض دائماً.

وإنَّما جاز الإطلاق فيها بخلاف الإجارة؛ لأنَّ العارية جائزة، وله الرجوع فيها متى شاء، فتقديرها لا يفيد شيئاً، وإنَّما جاز تقييدها؛ لأنَّ إطلاقها جائز، فتقييدها أولي.

مسألة 101: إذا أُطلق العارية، كان له الرجوع فيها متى شاء،

ولا يجوز للمُستعير التصرّف بعد الرجوع، فإنَّ تصرّف ضمن العين والأجرة، إلّا في إعارة الدفن، فلا يجوز الرجوع بعده، ولا مع دفع شيءٍ، ولا في إعارة الحائط للتسقيف وشبهه، فلا- يجوز الرجوع قبل الخراب إلّا مع دفع (2) الأرش، وما عداهما يجوز الرجوع قبل التصرّف بعده، سواء كانت العارية موقّتةً أو لا - وفائدة الرجوع بعد التصرّف المطالبةُ بالأجرة فيما يستقبل، لا فيما مضى - عند علمائنا - وبه قال أبو حنيفة والشافعي وأحمد (3) - لأنَّ

ص: 256

- 1- تقدّم تخريجه في ص 92، الهامش (3).
- 2- في الطبعة الحجرية: «بدفع» بدل «مع الدفع».
- 3- تحفة الفقهاء 3: 179، بدائع الصنائع 6: 216، مختصر اختلاف العلماء 4: 187-188/1877، روضة القضاة 2: 3169/535، الفقه النافع 3: 671/947، الإشراف علي مذاهب أهل العلم 1: 446/274، الحاوي الكبير 7: 128، المهذب - للشيرازي - 1: 370، بحر المهذب 9: 6، الوجيز 1: 204، الوسيط 3: 373، حلية العلماء 5: 194، البيان 6: 459، العزيز شرح الوجيز 5: 382، روضة الطالبين 4: 83، المغني 5: 364، الشرح الكبير 5: 357، الإشراف علي نكت مسائل الخلاف 2: 1062/623.

المُستعير استباح المنافع بالإذن، فإذا رجع عن الإذن لم يجز له فعله؛ لأنّه تصرف في مال الغير بغير إذنه، فكان غصباً، ولأنّ المنافع المستقبلية لم تحصل في يد المُستعير فلا يملكها بالإعارة، كما لو لم تحصل العين في يده.

وقال مالك: إذا كانت العارية مؤقتة لم يكن للمُعير الرجوع فيها، وإن لم يكن مؤقتة لزمه تركه مدة ينتفع [بها](1) في مثلها؛ لأنّ المُعير قد ملكه المنفعة مدة معلومة، وصارت العين في يده بعقدٍ مباح، فلم يكن له الرجوع فيها بغير اختيار المالك، كالعبد الموصي بخدمته(2).

والفرق: إنّ العبد الموصي بخدمته ليس للورثة الرجوع فيه؛ لأنّ المتبرّع غيرهم، وأمّا الموصي المتبرّع فله أن يرجع متى شاء.

مسألة 102: إذا أعاره أرضاً للبناء أو الغراس

مسألة 102: إذا أعاره أرضاً للبناء أو الغراس(3) أو الزرع، أو أطلق له الانتفاع، كان للمُستعير الانتفاع فيما أذن له فيه ما لم يمنعه.

فإن قدر له المدة، كان له أن يبني ويغرس وينتفع بهما حسبما أذن ما لم يرجع عن إذنه أو تنقضي المدة، فإن رجع عن إذنه قبل انقضاء المدة أو لم يرجع ولكن انقضت المدة المأذون فيها، لم يكن له استحداث شيءٍ

ص: 257

1- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطيّة والحجريّة: «به». و الظاهر ما أثبتناه.

2- الإشراف علي نكت مسائل الخلاف 2: 1062/623، بداية المجتهد 2: 313، الإشراف علي مذاهب أهل العلم 1: 446/274. بحر المذهب 9: 6، حلية العلماء 5: 195، البيان 6: 459، العزيز شرح الوجيز 5: 382، مختصر اختلاف العلماء 4: 188/1877، المغني 5: 364، الشرح الكبير 5: 357.

3- في الطبعة الحجريّة: «الغرس».

من ذلك، فإن استحدث شيئاً من ذلك بعد علمه بالرجوع، وجب عليه قلعه مجاناً؛ لقوله عليه السلام: «ليس لعِرْقٍ ظالمٍ حقٌّ» (1) في «ث، ر»: «المؤمنون» (2). وتجب عليه أجرة ما استوفاه من منفعة الأرض علي وجه التعدي وطم الحفر التي حدثت لقلع ما غرسه، كالغاصب.

وإن كان جاهلاً بالرجوع، فالأقوي: إن له القلع مع الأرش، كما لو لم يرجع؛ لأنه غير مفترط ولا غاصب.

وللسافعية وجهان، كالوجهين فيما لو حمل السيل نواةً إلي أرضه فنبتت، وقد يشبه بالخلاف في تصرف الوكيل جاهلاً بالعزل (3).

وأما ما بناه وغرسه قبل الرجوع: إن أمكن رفعه من غير نقصٍ يدخله، رفع.

وإن لم يمكن إلا مع نقصٍ وغيبٍ يدخل علي المُستعير، نُظر إن كان قد شرط عليه القلع مجاناً عند رجوعه و تسوية الحفر، أُلزم ذلك؛ عملاً بمقتضي الشرط وقد قال عليه السلام: «المسلمون (3) عند شروطهم» (4) فإن امتنع، قلّعه المُعير مجاناً.

وإن كان قد شرط القلع دون التسوية، لم يكن علي المُستعير.

ص: 258

1- تقدّم تخريجه في الهامش

2- من ص 92.

3- العزيز شرح الوجيز 5:385، روضة الطالبين 4:83.

4- صحيح البخاري 3:120، سنن الدارقطني 3:98/27 و 99، سنن البيهقي 7:249، المستدرک - للحاكم - 2:49 و 50، المصنّف - لابن أبي شيبة - 6:2064/568، المعجم الكبير - للطبراني - 4:4404/275، وفي التهذيب 7:1503/371، والاستبصار 3:835/232، و الجامع لأحكام القرآن 6:33: «المؤمنون...».

التسوية؛ لأنَّ شرط القلع رضا بالحفر.

وإن لم يشرط القلع أصلاً، نُظِر إن أراد المُستعير القلع مُكَّن منه؛ لأنَّه ملكه، فله نقله عنه.

وإذا قلع فهل عليه التسوية؟ الأقوي: ذلك؛ لأنَّه قلع باختياره لتخليص ماله، فكان عليه أرش ما نقصه الحفر، كما لو أراد إخراج دابَّته من دار الغير ولا يمكن إلا بحفر الباب(1)، وهو أظهر وجهي الشافعيَّة، والثاني:

إنَّه ليس عليه التسوية؛ لأنَّ الإعارة مع العلم بأنَّ للمُستعير أن يقلع رضا بما يحدث من القلع(2).

وإن لم يختَر المُستعير القلع، لم يكن للمُعير قلعه مجاناً؛ لأنَّه بناء محترم صدر بالإذن، ولكنَّه يتخيَّر بين أن يقلعه ويضمن الأرش - وهو قدر التفاوت بين قيمته مثبتاً ومقلوعاً - وبين إبقائه بأجرة المثل يأخذها، وبين أن يتملكه بقيمته.

فإن اختار القلع وبذل أرش النقص، فله ذلك، ويُجبر المُستعير عليه، وليس له الامتناع عنه.

وإن اختار أحد الأمرين الآخريْن، افتقر إلي رضا المُستعير فيه؛ لأنَّ أحدهما بيع، والآخَر إجارة، وكلاهما يتوقَّفان(3) علي رضا المتعاقدين معاً،».

ص: 259

1- كذا قوله: «بحفر الباب» في النسخ الخطيَّة والحجريَّة، والظاهر: «بهدم الباب» أو «بنقض الباب».

2- الحاوي الكبير 7:128، المهذَّب - للشيرازي - 1:371، الوسيط 3:375، الوجيز 1:205، حلية العلماء 5:197، التهذيب - للبيهقي - 4:282-283، البيان 6:463، العزيز شرح الوجيز 5:385، روضة الطالبين 4:84، المغني 5:366-367.

3- في «ث، ج، ر»: «موقوفان».

و هو أحد قولَي الشافعي، و الثاني: إنّه لا يعتبر رضا المُستعير فيه، بل يُجبر علي ما يختاره المُعير منهما(1).

وله قولان آخران:

أحدهما: إنَّ المُعير إن طلب التملّك بالقيمة أُجبر المُستعير عليه، كتملّك الشفيع الشقص قهراً، وإن طلب الإبقاء بالأجرة اعتبر رضا المُستعير فيه.

و الثاني: إنَّ المُعير يتخيّر بين أمرين خاصّة، أحدهما: القلع مع ضمان الأرش، و الثاني: التملّك بالقيمة(2).

و الأصل فيه: إنَّ العارية مكرومة و مبرّة، فلا يليق بها منع المُعير من الرجوع و لا تضييع مال المُستعير، فأثبتنا الرجوع علي وجه لا يتضرّر به المُستعير، و جعلنا الأمر منوطاً باختيار المُعير؛ لأنّه الذي صدرت منه هذه المكرومة، و لأنّ ملكه الأرض و هي أصل، و أمّا البناء و الغراس فإنّهما تابعان لها، و لذلك(3) يتبعانها في البيع(4).

و لو طلب المُستعير تملّك الأرض و قال: أنا أدفع قيمة الأرض إلي المُعير ليبقي البناء و الغراس، لم يُجبر المُعير علي ذلك، و الفرق بينه و بين المُستعير ما تقدّم من كون البناء و الغراس تابعين(5)، و كون الأرض متبوعاً، فلهذا أُجيب المالك إلي ما طلبه من تملّك البناء و الغراس بالقيمة و ما طلبه.

ص: 260

1- العزيز شرح الوجيز 5:385-386، روضة الطالبين 4:84.

2- العزيز شرح الوجيز 5:386.

3- في الطبعة الحجرية و «العزيز شرح الوجيز»: «كذلك».

4- راجع: العزيز شرح الوجيز 5:386.

5- في النسخ الخطيّة و الحجرية: «تابعان». و المثبت هو الصحيح.

مسألة 103: لو لم يختَر المُستعير قلع غرسه و لا قلع بنائه مع الإذن المطلق فيهما، لم يُجبر علي القلع،

إلا أن يضمن المُعير أَرش النقص، فحينئذٍ يلزمه تفريغ الأرض من بنائه و غرسه و ردها إلي ما كانت عليه.

واعلم أنّ مَنْ جعل الأمر موكولاً إلي اختيار المُعير في القلع بالأرث و الإبقاء بالأجرة و التملك بالقيمة قال: منه الاختيار و من المُستعير الرضا و أتباع مراده، فإن لم يفعل و امتنع من إبلاغه مراده ألزمناه بتفريغ أرضه.

و مَنْ اعتبر رضا المُستعير في التملك بالقيمة و الإبقاء بالأجرة فلا يكلف التفريغ، بل يكون الحكم عنده كالحكم فيما إذا لم يختَر المُعير شيئاً ممّا خيّرناه فيه.

و مَنْ قصر خيرة المُعير علي أمرين: القلع بشرط الضمان؛ لنقص الأرض، و التملك بالقيمة قال: لو امتنع من بذل الأرش و القيمة و بذل المُستعير الأجرة لم يكن للمُعير القلع مجاناً، و إن لم يبذلها فوجهان، أظهرهما عندهم: إنه ليس له ذلك أيضاً(1).

و به أجب مَنْ خيّر بين الخصال الثلاث إذا امتنع منها جميعاً(1).

و ما الذي يفعل؟ اختلفت الشافعية علي قولين:

أحدهما: إنّ الحاكم يبيع الأرض مع البناء و الغراس لتفاصيل الأمر.

و الثاني - و هو قول الأكثر -: إنه يعرض الحاكم عنهما إلي أن يختار شيئاً(3).

و التحقيق عندي هنا أن نقول: إذا أعاره للبناء أو الغرس أو لهما ففعل ثم رجع عن الإذن بعد وقوع الفعل، فإما أن يطلب المُعير القلع أو

المُستعير، فإن طلبه المُستعير لم يكن للمُعير ردّه عن ذلك، وإن طلبه المُعير لم يكن للمُستعير ردّه عن ذلك، ويضمن كلُّ منهما نقص ما دخل علي الآخر.

مسألة 104: يجوز للمُعير دخول الأرض و الانتفاع بها و الاستغلال بالبناء و الشجر؛

لأنّه جالس علي ملكه، وليس له الانتفاع بشيءٍ من الشجر بثمر و لا غصن و لا ورق و لا غير ذلك، و لا بضرب و تدفٍ في الحائط، و لا التسقيف عليه.

و ليس للمُستعير دخول الأرض للتفرّج، إلّا بإذن المُعير؛ لأنّه تصرف غير مأذون فيه.

نعم، يجوز له الدخول لسقي الشجر و مرمة الجدار؛ حراسةً لملكه عن التلف و الضياع، و هو أصحّ وجهي الشافعيّة. و الثاني: المنع؛ لأنّه يشغل ملك الغير إلي أن ينتهي إلي ملكه(1).

و علي ما اخترناه من الجواز لو تعطلت المنفعة علي صاحب الأرض بدخوله، لم يُمكنّ منه إلّا بالأجرة؛ جمعاً بين حفظ المالكين.

مسألة 105: إذا بني أو غرس في أرض المُعير بإذنه أو بغير إذنه، جاز لكلُّ منهما أن يبيع ملكه من الآخر،

و يجوز للمُعير أن يبيع الأرض من ثالثٍ، ثم يتخيّر المشتري كالمُعير.

و كذا للمُستعير أن يبيع من ثالثٍ أيضاً - و هو أصحّ وجهي

ص: 262

1- الحاوي الكبير 7:129، المهذب - للشيرازي - 1:372، حلية العلماء 5:199، التهذيب - للبغوي - 4:284، البيان 6:464-465، العزيز شرح الوجيز 5:387، روضة الطالبين 4:85.

الشافعية(1) - لأنه مملوك له في حال بيعه غير ممنوع من التصرف فيه.

والثاني: المنع؛ لأنه في معرض النقض والهدم، ولأن ملكه عليه غير مستقر؛ لأن المعير بسبيل من تملكه(1)(3).

وليس بجيد؛ لأن كونه متزلزلاً لا يمنع من جواز بيعه؛ فإن الحيوان المشرف علي التلف في معرض الهلاك، ويجوز بيعه، ومستحق القتل قصاصاً يجوز بيعه علي الأقوي، وتمكن المعير من تملكه لا يوجب منع بيعه، كالشفيع المتمكن من تملك الشقص.

إذا ثبت هذا، فإن المشتري إن كان جاهلاً بالحال كان له خيار الفسخ؛ لأن ذلك عيب، وإن كان عالماً فلا خيار له، ثم يُنزل المشتري منزلة المُستعير، وللمُعير الخيار علي ما تقدم.

ولو اتفق المُعير و المُستعير علي بيع الأرض مع البناء أو الغراس بثمن واحد، صحّ - وهو أظهر وجهي الشافعية(4) - للحاجة.

والثاني: المنع، كما لو كان لكل واحدٍ منهما عبد فباعهما معاً صفقةً واحدة(5).

ونحن نقول بالجواز هنا أيضاً.

إذا تقرّر هذا، فإن الثمن يوزع عليهما، فيوزع علي أرضٍ مشغولة بالغراس أو البناء علي وجه الإعارة مستحقّ القلع مع الأرش، أو الإبقاء مع 4.

ص: 263

1- في «ث، ر، خ»: «لأنّ للمُعير تسبيل ملكه». وفي «ج» والطبعة الحجرية: «لأنّ المُعير بسبيلٍ من ملكه». والمثبت كما في «العزير شرح الوجيز». (4 و 5) العزير شرح الوجيز 387:5، روضة الطالبين 85:4.

الأجرة، أو التملك بالقيمة إن كان بالإذن، وعلي ما فيها من بناءٍ أو غرسٍ مستحقٍ للقلع علي أحد الأنحاء، فحصة الأرض للمُعير، وحصّة ما فيها للمُستعير.

مسألة 106: إذا أعاره أرضاً للبناء أو الغرس عاريةً مؤقتة،

أو أطلق الإعارة مقيّدةً بالمدّة، كان للمُستعير البناء و الغرس في المدّة، إلّا أن يرجع المُعير، و له أن يجدد كلّ يومٍ غرساً، فإذا انقضت المدّة لم يجز له إحداث البناء و لا الغرس إلّا بإذنٍ مستأنف.

ثمّ للمالك الرجوع في العارية قبل انقضاء المدّة بالأرض، و بعدها مجّاناً إن شرط المُعير القلع أو نقض البناء بعد المدّة، أو شرط عليه القلع متي طالبه بالقلع؛ عملاً بالشرط، فإنّ فائدته سقوط الغُرم، فلا يجب علي صاحب الأرض ضمان ما نقص الغرس بالقلع، و لا يجب علي المُستعير طمّ الحُفر؛ لأنّه أذن له في القلع بالشرط.

فإن لم يكن قد شرط عليه القلع فإن اختار المُستعير قلعه (1)، كان له ذلك؛ لأنّه ملكه (2).

و هل عليه تسوية الأرض؟ الأقوي ذلك؛ لأنّه يقلعه باختياره من غير إذن المُعير، و هو أحد وجهي الشافعيّة، و الثاني: ليس عليه؛ لأنّ إذنه في الإعارة رضا بقلع ذلك؛ لأنّه ملك لغيره، فقلعه إلي اختياره (3).

و إن لم يختَر صاحب الغرس القلع و طالبه المُعير بقلعه، لم يكن له ذلك، إلّا بأن يضمن ما ينقص بالقلع.

ص: 264

1- في النسخ الخطيّة و الحجرية: «قلعها». و الظاهر ما أثبتناه.

2- في النسخ الخطيّة و الحجرية: «ملكها». و الصحيح ما أثبتناه.

3- راجع الهامش (2) من ص 259.

و ليس للمستعير دفع قيمة الأرض إلا باختيار المالك، و للمالك دفع قيمة الغرس علي إشكالٍ أقربه ذلك مع رضا المُستعير لا مع سخطه، و بهذا قال الشافعي، إلا أنه قال: للمالك دفع قيمة الغرس وإن لم يرض المُستعير.

و روي مثل ذلك عن أحمد(1).

و قال أبو حنيفة و مالك: له مطالبته بقلعه من غير ضمانٍ عند انقضاء المدّة، و به قال المزني - قال أبو حنيفة: إلا أن يكون أعاره مدّة معلومة و رجع [قبل] (2) انقضائها - لأنّ المُعير لم يغرّه، فإذا طالبه بالقلع كان له، كما لو شرط عليه القلع (3).

و قالت الشافعيّة: ليس له ذلك إلا بأرّش نقص الغرس؛ لأنّه بني و غرس في ملك غيره، فلم يكن له المطالبة من غير ضمانٍ، كما لو طالبه قبل انقضاء المدّة.

ثمّ منعوا من قول أبي حنيفة: «إنّ المالك لم يغرّه» لأنّ الغراس و البناء يراد للتبقيّة، و تقدير المدّة ينصرف إلي ابتدائه، كأنّه قال: لا تغرس فيما جاوز هذه المدّة، أو لطلب الأجرة (4).

و الأوّل عندي أقرب. 5.

ص: 265

1- التهذيب - للبغوي - 283:4، العزيز شرح الوجيز 5:385 و 388، روضة الطالبين 4:84 و 86، المغني 5:366-367، الشرح الكبير 5:360.

2- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطيّة و الحجرية: «مع». و المثبت من المصدر.

3- الهداية - للمرغيناني - 3:222، بدائع الصنائع 6:217، حلية العلماء 5:198، التهذيب - للبغوي - 4:283، البيان 6:464، العزيز شرح الوجيز 5:388، المغني 5:367، الشرح الكبير 5:360.

4- العزيز شرح الوجيز 5:385 و 388، روضة الطالبين 4:84 و 86، المغني 5:367، الشرح الكبير 5:360.

مسألة 107: لو كانت الأرض مشتركة فبني أحدهما بإذن الآخر أو غرس كذلك، ثم رجع صاحبه،

فالأقرب عندي: أن يكون حكمه حكم الأجنبي من جواز القلع بالأرث.

وقالت الشافعية: ليس له ذلك ولا أن يتملك بالقيمة.

أمّا الأول: فلأنّ قلعه يتضمّن قلع غرس المالك في (1) ملكه و نقض بنائه عن ملكه؛ إذ له في الملك نصيب كما للمُعير.

وأمّا الثاني: فلأنّ المُستعير يستحقّ في الأرض مثل حقّ المُعير، فلا يمكننا أن نقول: الأصل للمُعير، و البناء تابع، بل له التقرير بالأجرة خاصّة، فإن امتنع من بذلها فإمّا أن يباع أو يعرض عنهما الحاكم (2).

وليس بشيء؛ لأنّ للمُعير تخلص ملكه و تفريره، وإمّا يحصل بنقض مال الغير، فوجب أن يكون جائزاً له، كما في الفصيل (3) لو لم يمكن إخراجه إلاّ بهدم الباب.

مسألة 108: يجوز أن يعير الأرض للزراعة؛

لأنّها منفعة مباحة مطلوبة للعقلاء، فصحّ في مقابلتها العوض بالإجارة فجازت الإعارة.

فإذا استعار للزرع فزرع ثمّ رجع المُعير في العارية قبل أن يدرك الزرع، فإن كان ممّا يعتاد قطعه كالتفصيل قطع، فإن امتنع المُستعير من قطعه أُجبر عليه إن لم ينقص بالفصل، ولا شيء؛ إذ لا نقص، وإن نقص فله القطع أيضاً لكن مع دفع الأرث.

وإن كان ممّا لا يعتاد قطعه، فالأقرب: إنّ حكمه حكم الرجوع في

ص: 266

1- في «ث، خ، ر»: «من» بدل «في».

2- العزيز شرح الوجيز 5: 388-389، روضة الطالبين 4: 86.

3- الفصيل: ولد الناقة إذا فصل عن أمّه. القاموس المحيط 4: 30 «فصل».

الغرس في القلع والتبقيّة.

و اختلفت الشافعيّة:

فقال بعضهم: إنّ له أن يقطع، ويغرم أرش القطع؛ تخريجاً ممّا إذا رجع في العارية الموقّعة للبناء قبل مضيّ المدّة(1).

وقال بعضهم: إنّ يملكه بالقيمة(2).

وقال الباقر - وهو الظاهر من مذهبهم -: إنّ ليس كالبناء في هاتين الخصلتين؛ لأنّ للزرع أمداً يُنتظر، و البناء و الغرس للتأييد، فعلي المُعير إبقاؤه للمُستعير إلى أوان الحصاد(3).

ثمّ فيه وجهان:

أحدهما: إنّ يُبقيه بلا أجر؛ لأنّ منفعة الأرض إلى الحصاد كالمستوفاة بالزرع.

وأصحّهما عندهم: التبقيّة بالأجر؛ لأنّه إنّما أباح المنفعة إلى وقت الرجوع، و صار كما إذا أعاره دابةً إلى بلدٍ ثمّ رجع في الطريق، عليه نقل متاعه إلى مأمنٍ بأجرة المثل(1).

ولو قيّد المُعير للزرع مدّةً فانقضت و لمّا يدرك، فإن كان ذلك لتقصير المُستعير، كالتأخير في الزرع، قلع مجّاناً، و إن كان لهبوب الرياح و قصور الماء و غير ذلك ممّا لا يُعدّ تقصيراً للمُستعير، كان بمنزلة ما لو أعاره مطلقاً.

ولو أعار لزرع الفسيل(2)، فإن كان ممّا يُنقل عادةً فهو كالزرع، و إلاّ.

ص: 267

1- العزيز شرح الوجيز 5:389، روضة الطالبين 4:86-87.

2- الفسيل جمع فسيلة، وهي النخلة الصغيرة. القاموس المحيط 4:29، لسان العرب 11:519 «فسل».

مسألة 109: إذا أعار للزراعة مطلقاً، انصرف الإطلاق إلي الواحدة،

فإذا زرع ثم أخذ زرعه لم يكن له أن يزرع ثانياً إلا بإذنٍ مستأنف؛ لأصالة عصمة مال الغير. وكذا لو أعار للغرس فغرس ثم ماتت الشجرة أو انقلعت، لم يكن له غرسٍ أُخري غيرها إلا بإذنٍ جديد. وكذا في البناء لو أذن له فيه فبني ثم انهدم، أو أذن له في وضع جذعٍ علي حائطه فانكسر - وهو أحد وجهي الشافعية (1) - لأن الإذن اختص بالأولة.

و الثاني: إن له ذلك؛ لأن الإذن قائم ما لم يرجع فيه (2).

أما لو انقلع الفسيل المأذون له في زرعه في غير وقته المعتاد، أو سقط الجذع كذلك وقصر الزمان جدّاً، فالأولي أن له أن يعيده بغير تجديد الإذن.

مسألة 110: لو حمل السيل حبّ الغير أو نواه أو جوزه أو لوزه إلي أرضٍ آخر، كان علي صاحب الأرض ردّه إلي مالكه إن عرفه، وإلا كان لقطه.

إشارة

فإن نبت في أرضه وصار زرعاً أو شجراً، فإنه يكون لصاحب الحبّ والنوي والجوز واللوز؛ لأنه نماء أصله، كما أن الفرخ لصاحب البيض، ولا نعلم فيه خلافاً.

ثم إن طلب صاحب الحبّ والنوي والجوز واللوز قلعه عن أرض غيره، كان له ذلك؛ لأنه ملكه، وعليه تسوية الحُفر؛ لأنها حدثت بفعله

ص: 268

1- التهذيب - للبغوي - 284:4، العزيز شرح الوجيز 389:5، روضة الطالبين 87:4.

2- العزيز شرح الوجيز 389:5، روضة الطالبين 87:4.

لتخليص ملكه منها، فأشبهه فصيلاً دخل دار إنسانٍ ثم كبر فاحتاج صاحبه إلي نقض باب الدار لإخراجه، فإنّ عليه ردّه، وإصلاحه؛ لأنّه فعله لتخليص ملكه.

وإن طلب صاحب الأرض القلع، كان له ذلك؛ لأنّ العزق نبت في أرضه بغير إذنه، فأشبهه الغاصب.

فإن امتنع صاحب الزرع، أُجبر عليه، كما لو سرت أغصان شجرته في دار جاره، فإنّها تُقطع، وهو أحد وجهي الشافعية.

والثاني: لا يُجبر إن كان زرعاً؛ لأنّ قلعه إتلاف المال علي مالكة، ولم يوجد منه تقريط ولا عدوان، ولا يدوم ضرره، فلم يُجبر علي ذلك، كما لو حصلت دابته في دار غيره علي وجهٍ لا يمكن خروجها إلّا بقلع الباب أو قتلها، فإنّنا لا نجبره علي قتلها، بخلاف أغصان الشجر، فإنّه يدوم ضرره، ولا يعرف قدر ما يشغل من الهواء حتي يؤدّي أجره، فحينئذٍ يُقرّ في الأرض إلي حين حصاده بأجرة المثل(1).

وقال بعض العامة: ليس عليه أجر؛ لأنّه حصل في أرض غيره بغير تقريطه، فأشبهه ما لو ماتت(2) دابته في أرض إنسانٍ بغير تقريطه(3).

وليس بجيّد؛ لأنّ منع المالك من أرضه وإبقاء ما لم يأذن فيه لمصلحة الغير إضرار به، وليس اعتبار مصلحة صاحب الزرع أولي من 5.

ص: 269

1- الحاوي الكبير 7:129، المهذب - للشيرازي - 1:372، بحر المذهب 9:9، الوسيط 3:376، حلية العلماء 5:199-200، التهذيب - للبخاري - 4:284، البيان 6:465-466، العزيز شرح الوجيز 5:390، روضة الطالبين 4:87، المغني 5:369-370، الشرح الكبير 5:363.

2- في المصدر: «بات».

3- المغني 5:370، الشرح الكبير 5:363.

اعتبار مصلحة صاحب الملك.

ثمّ لو سلّمنا وجوب التّبقيّة، لكن حرمان صاحب الأرض من الأجره إضرار به و شغل لملكه بغير اختياره من غير عوضٍ، فلم يجز، كما لو أراد بقاء(1) بهيمته في دار غيره عاماً.

وأما إن كان النبات شجراً، كالنخل و الزيتون و الجوز و اللوز و غير ذلك، فإنّه لملك النوي؛ لأنه نماء ملكه، فهو كالزرع، و يُجبر علي قلعه هنا؛ لأنّ ضرره يدوم، فأجبر علي إزالته، كأغصان الشجرة السارية في هواء أرض غيره.

و لو حمل السيل أرضاً بشجرها فنبتت في أرض غيره كما كانت، فهي لملكها، و يُجبر علي إزالتها كما تقدّم.

و في كلّ ذلك إذا ترك صاحب البذر و النوي ذلك لصاحب الأرض التي انتقل إليها، لم يلزمه نقله و لا أجره و لا غير ذلك؛ لأنّه حصل بغير تقريظه و لا عدوانه، و كان الخيار لصاحب الأرض المشغولة به، إن شاء أخذه لنفسه، و إن شاء قلعه.

تذنيب: لو كان المحمول بالسيل ما لا قيمة له كنواة واحدة و حبة واحدة فنبتت،

احتمل أن يكون لملك الأرض إن قلنا: لا يجب عليه ردّها إلي مالكةا لو لم تنبت؛ لانتفاء حقيقة المايّة فيها، و التقويم إنّما حصل في أرضه، و هو أحد وجهي الشافعيّة(2)، و أن يكون لملكها إن قلنا بتحريم

ص: 270

1- الظاهر: «إبقاء».

2- التهذيب - للبخوي - 285:4، العزيز شرح الوجيز 390:5، روضة الطالبين 87:4.

أخذها ووجوب ردّها قبل نباتها، فعلي هذا في قلع النبات وجهان(1).

ولو قلع صاحب الشجرة الشجرة، فعليه تسوية الحُفَر؛ لأنّه قصد تخليص ملكه.

المبحث الثاني: في الضمان.

إشارة

وأقسامه ثلاثة: ضمانُ الرّدِّ، وهو واجب علي المُستعير، فمئونه عليه؛ لقوله عليه السلام: «علي اليد ما أخذت حتي تؤدّيه»(2)، ولأنّ الإعارة نوع من معروف، فلو كُلف المالك مئونة الرّدِّ امتنع الناس من الإعارة، وفي ذلك ضرر عظيم. وضمنُ العين، وضمنُ الأجزاء.

مسألة 111: العارية أمانة مأذون في الانتفاع بها بغير عوض،

لا تستعقب الضمان - إلا في مواضع تأتي إن شاء الله تعالى - عند علمائنا أجمع، فإذا تلفت في يد المُستعير بغير تقريطٍ منه ولا عدوان، لم يكن عليه ضمان، سواء تلفت بأفّة سماوية أو أرضية - وبه قال النخعي والشعبي والحسن البصري وعمر بن عبد العزيز والثوري وأبو حنيفة ومالك والأوزاعي وابن شبرمة، وهو قول الشافعي في الأمالي(3) - لما رواه العامة

ص: 271

1- نفس المصادر.

2- سنن ابن ماجة 2: 2400/802، سنن البيهقي 6: 90، سنن الدارمي 2: 264، المصنّف - لابن أبي شيبة - 6: 604/146، المستدرک - للحاكم - 2: 47، مسند أحمد 5: 19582/632، و 19643/641.

3- المغني 5: 355، الشرح الكبير 5: 365، الإشراف علي مذاهب أهل العلم 1: 270-441/271، الحاوي الكبير 7: 118، بحر المذهب 9: 6-7، الوسيط 3: 369-370، حلية العلماء 5: 192، التهذيب - للبغوي - 4: 280، البيان 6: 454-455، تحفة الفقهاء 3: 177، بدائع الصنائع 6: 217، الاختيار لتعليل المختار 3: 79، المبسوط - للسرخسي - 11: 134، التنف 2: 583، الهداية - للمرغيناني - 3: 220، مختصر اختلاف العلماء 4: 185/187، عيون المجالس 4: 1720 و 1211/1721، المعونة 2: 1209، الإفصاح عن معاني الصحاح 2: 17، الإشراف علي نكت مسائل الخلاف 2: 1061/622، العزيز شرح الوجيز 5: 376، روضة الطالبين 4: 77.

عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدّه أنّ النبيّ صلي الله عليه وآله قال: «ليس عليّ المُستعير غير المُغلّ (1) ضمان» (2).

ومن طريق الخاصّة: ما رواه الحلبي - في الصحيح - عن الصادق عليه السلام قال: «ليس عليّ مُستعير عاريةٍ ضمان، وصاحب العارية و الوديعة مؤتمن» (3).

وعن محمّد بن مسلم - في الصحيح - أنّه سأل الباقر عليه السلام: عن العارية يستعيرها [الإنسان] فتهلك أو تُسرق، فقال: «إذا كان أميناً فلا عُزم عليه» (4).

ولأنّه قبضها بإذن مالِكها، فكانت أمانةً، كالوديعة.

ولأنّ قول النبيّ صلي الله عليه وآله: «العارية مؤدّاة» (5) يدلّ عليّ أنّها أمانة؛ لقوله تعالى: «إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا» (6). 8.

ص: 272

1- أي: غير خائنٍ في العارية، والإغلال: الخيانة. النهاية - لابن الأثير - 381:3 «غلل».

2- سنن الدارقطني 3:168/41، سنن البيهقي 6:91، المغني 5:355، الشرح الكبير 5:365.

3- التهذيب 7:798/182، الاستبصار 3:441/124.

4- الفقيه 3:192-193/875، التهذيب 7:799/182، الاستبصار 3:442/124، وما بين المعقوفين أضفناه من المصادر.

5- تقدّم تخريجه في الهامش (1) من ص 233.

6- النساء: 58.

وقال الشافعي: العارية مضمونة بكلّ حال - وإليه ذهب عطاء و أحمد وإسحاق، ورواه العامة عن ابن عباس وأبي هريرة - لما روي في حديث صفوان بن أمية: أنّ النبيّ صلي الله عليه وآله استعار منه يوم خيبر(1) تقدّم تخريجه في ص 271، الهامش (2). (2) أدرعاً، فقال: أ غصباً يا محمّد؟ قال: «بل عارية مضمونة مؤدّاة»(3).

و عن سمرة عن النبي صلي الله عليه وآله أنه قال: «علي اليد ما أخذت حتي تؤدّيه»(3).

ولأنّه أخذ ملك غيره لنتف نفسه منفرداً بنتفه من غير استحقاقٍ ولا- إذن في الإتلاف، فكان مضموناً، كالغاصب، والمأخوذ علي وجه السوم(4).

و الجواب: إنا نقول بموجب الحديث، فإنّ المُعير إذا شرط علي المُستعير الضمانَ لزمه.

و كذا نقول بموجب الثاني، فإنّه يجب علي المُستعير أداء العين إلي 2.

ص: 273

1- راجع التعليقة

2- من ص 233.

3- تقدّم تخريجه في ص 233، الهامش (5).

4- الأم 3:244، مختصر المزني: 116، الإشراف علي مذاهب أهل العلم 1:441/271، الحاوي الكبير 7:118، المهذب - للشيرازي - 1:370، بحر المذهب 9:6، الوسيط 3:369-370، حلية العلماء 5:189، التهذيب - للبغوي - 4:280، البيان 6:454، الإفصاح عن معاني الصحاح 2:18، العزيز شرح الوجيز 5:376، روضة الطالبين 4:76-77، المغني 5:355-356، الشرح الكبير 5:365، الكافي في فقه الإمام أحمد 2:213-214، المصنّف - لعبد الرزّاق - 8:14792/180، مختصر اختلاف العلماء 4:185 و 186/1876، الإشراف علي نكت مسائل الخلاف 2:1061/622، عيون المجالس 4:1211/1722، المعونة 2:1209، تحفة الفقهاء 3:177، بدائع الصنائع 6:217، الهداية - للمرغيناني - 3:220، الننف 2:583.

مالكها، والضمير عائد إلي المأخوذ، لا إلي القيمة مع التلف.
و القياس علي الغاصب غلط؛ لأنه ظالم، فلا يناسب الاستئمان.
و المأخوذ بالسوم إنما دفعه المالك طالباً للعرض، بخلاف العارية.

مسألة 112: لو شرط المُعير الضمانَ علي المُستعير، لزمه الضمان مع التلف بغير تقييدٍ.

وإن لم يشترط ضمانها، كانت أمانةً، عند علمائنا، و به قال قتادة و عبيد الله بن الحسن العنبري(1) - وهذا أحد المواضع المستثناة - لما رواه العامة عن النبي صلي الله عليه و آله أنه شرط لصفوان بن أمية الضمان(2) التهذيب 7: 805/183.(3).

و من طريق الخاصة: رواية صفوان، و قد سلفت(4).

و في الصحيح عن ابن مسكان عن الصادق عليه السلام، قال: قال:

«لا تُضمن العارية إلا أن يكون اشترط فيها ضماناً، إلا الدنانير فإنها مضمونة و إن لم يشترط فيها ضمان»(5).

و في الحسن عن الحلبي عن الصادق عليه السلام قال: «إذا هلكت العارية عند المُستعير لم يضممه إلا أن يكون قد اشترط عليه»(5).

و لأن الحاجة تدعو إلي العارية و إلي الاحتياط في الأموال، فلو

ص: 274

1- الإشراف علي مذاهب أهل العلم 1: 441/271، الحاوي الكبير 7: 118، بحر المذهب 9: 7، حلية العلماء 5: 192، المحلّي 9: 170،

المصنّف - لعبد الرزّاق - 8: 14790/180، عيون المجالس 4: 1211/1722، المغني 5: 356، الشرح الكبير 5: 366.

2- راجع الهامش

3- من ص 233.

4- في ص 233.

5- تقدّم تخريجه في ص 244، الهامش (1).

لم يشترع الشرط لزوم امتناع ذوي الأموال من إعارتها، وذلك فساد و ضرر و حرج و ضيق.

و لقوله عليه السلام: «المسلمون عند شروطهم»⁽¹⁾ و مَنْ أوجب الضمانَ من غير شرطٍ كان إيجابه معه أولي.

وقال أبو حنيفة: لا يضمن بالشرط كالوديعة⁽²⁾.

و الفرق: إنّ الوديعة أمانة لا تستعقب انتفاع الأمين بها، فلا يليق فيها الضمان وإن شرطه، بخلاف العارية.

وقال ربيعة: كلّ العواريّ مضمونة إلا موت الحيوان، و هو منقول، عن مالك⁽³⁾.

مسألة 113: لو شرطاً في العارية سقوط الضمان سقط؛ لأنّ العارية لا تستعقب الضمان عندنا، فوجود الشرط كالعدم.

إشارة

وروي عن أحمد - مع قوله بأنّ العارية مضمونة⁽⁴⁾ - سقوطه هنا، و به قال قتادة و العنبري؛ لأنّه لو أذن له في إتلافها لم يجب ضمانها، فكذا إذا أسقط عنه ضمانها⁽⁵⁾.

وقال الشافعي و أحمد: لا يصحّ هذا الشرط، و لا يسقط الضمان؛ لأنّ

ص: 275

1- تقدّم تخريجه في ص 258، الهامش (4).

2- فتاوي قاضيخان - بهامش الفتاوي الهندية - 384:3-385.

3- الإشراف علي مذاهب أهل العلم 1:441/271، الحاوي الكبير 7:118، بحر المذهب 9:7، البيان 6:454، العزيز شرح الوجيز 5:377، الإشراف علي نكت مسائل الخلاف 2:1061/622، عيون المجالس 4:1211/1720.

4- راجع الهامش (4) من ص 273.

5- المغني 5:356، الشرح الكبير 5:366، الإشراف علي مذاهب أهل العلم 1:441/271، الحاوي الكبير 7:118، بحر المذهب 9:7، البيان 6:454، عيون المجالس 4:1211/1722.

كلّ عقدٍ اقتضى الضمان لم يغيّره الشرط، كالمقبوض بالبيع الفاسد أو الصحيح، و ما اقتضى الأمانة فكذلك، كالوديعة و الشركة و المضاربة، و فارق إذن الإتلاف؛ فإنّ الإتلاف فعل يصحّ الإذن فيه، و يسقط حكمه؛ إذ لا ينعقد موجباً للضمان مع الإذن فيه، و إسقاط الضمان هنا نفي الحكم مع وجود سببه، و ليس ذلك للمالك، و لا يملك الإذن فيه(1).

و الجواب: المنع من قولهم: «كلّ عقدٍ اقتضى الضمان لم يغيّره الشرط» لأنّها قضية كليّة يكذبها قول النبيّ صلي الله عليه و آله: «المسلمون عند شروطهم»(2) و إسقاط الحكم بعد وجود سببه ممكن؛ لأنّه لو أسقطه بعد وجوده أمكن، كإسقاط الدّين الثابت في الذمّة، فإسقاطه بعد سببه أولى.

تذنيب: لو شرط سقوط الضمان في العارية المضمونة، كالذهب و الفضة و غيرهما

مما يجب فيه الضمان علي مذهبنا، فالأولي السقوط؛ عملاً بالشرط، و قد سبق.

و كذا لو شرط الضمان في العارية صحّ، فإذا أسقطه بعد ذلك سقط.

مسألة 114: إذا استعار العين من غير مالكةا، ضمن بالقبض،

سواء قرط فيها و تعدّي أو لا، و سواء شرط المُعير الضمانَ أو لا، و سواء كانت يد المُعير يدَ أمانةٍ أو يد ضمانٍ؛ لأنّه استولي باليد علي مال الغير بغير إذنه، فكان عليه الضمان.

و لما رواه إسحاق بن عمّار عن الصادق و الكاظم عليهما السلام أنّهما قالوا: «إذا

ص: 276

1- العزيز شرح الوجيز 377:5، روضة الطالبين 77:4، المغني 356:5، الشرح الكبير 366:5.

2- راجع الهامش (4) من ص 258.

استُعيّرت عارية بغير إذن صاحبها فهلكت فالمُستعير ضامن»(1).

مسألة 115: العارية تُضمن في مواضع:

أ: إذا كانت العارية الدراهم و الدنانير و إن لم يشترط الضمان، و قد سلف

أ: إذا كانت العارية الدراهم و الدنانير و إن لم يشترط الضمان، و قد سلف(2).

و هل يدخل المصوغ منهما؟ فيه إشكال ينشأ: من التنصيص علي الدراهم و الدنانير في بعض الروايات(3)، و من ورود الذهب و الفضة في بعض الروايات، ففي رواية زرارة عن الصادق عليه السلام قال: «جميع ما استعرتَه فتوي فلا يلزمك تَوَاه إِلَّا الذهب و الفضة فَإِنَّهُمَا يلزمان»(4).

ب: العارية من غير المالك.

ج: عارية المُحرّم الصيد مضمونة عليه؛

لأنّ إمساكه عليه حرام، فيكون متعدّياً فيكون ضامناً.

و لا فرق بين أن يكون المُستعير المُحرّم في الحلّ أو في الحرم.

و كذا لو استعار المُحلّ صيداً في الحرم ضمنه؛ لأنّه ممنوع منه، فكان متعدّياً باستيلاء يده عليه.

د: إذا تعدّي المُستعير أو فرط في العارية ضمن،

إشارة

و هو ظاهرٌ، و من جملته ما لو منعها عن المالك بعد طلبه لها متمكناً من ردّها إليه.

و أمّا ولد العارية - التي اشترط فيها الضمان عندنا، و مطلقاً عند

ص: 277

1- التهذيب 7:183-707/184، الاستبصار 3:446/125.

2- في ص 243، المسألة 87.

3- الكافي 5:2/238، التهذيب 7:183 و 804/184 و 808، الاستبصار 3:448/126.

4- تقدّم تخريجها في ص 244، الهامش (3).

القائلين بالتضمنين - إذا تجدد بعد الإعارة، فإنه أمانة لا يجب ضمانه علي المُستعير؛ لأنه لم يدخل في الإعارة، فلم يدخل في الضمان، و لا فائدة للمُستعير فيه، فأشبهه الوديعة، و أمّا إن كان عند المالك فكذلك عندنا، و هو إحدَي الروایتين عن أحمد.

و الرواية الأخرى: إنها تكون مضمونة؛ لأنه ولد عين مضمونة، فيضمن، كولد المغصوبة (1).

و الحكم في الأصل ممنوع؛ فإن ولد المغصوبة لا يُضمن إذا لم يكن مغصوباً، فكذا ولد العارية إذا لم يوجد مع أمه، وإنما يُضمن ولد المغصوبة إذا كان مغصوباً، و لا أثر لكونه ولداً لها.

تذنيب: لو استعار من غير المالك عالماً كان أو جاهلاً بالملكية، ضمن،

و استقرّ الضمان عليه؛ لأنّ التلف حصل في يده، و لا يرجع علي المُعير، و لورجع المالك علي المُعير كان للمُعير الرجوع علي المُستعير.

مسألة 116: إذا تلفت العين و وجب الضمان، فإن كانت مثلية كانت مضمونة بالمثل، و إن لم تكن مثليةً وجبت القيمة.

ثمّ لا يخلو إمّا أن يكون قد استعملها المُستعير، أو لا، فإن كان قد استعملها و تلف بالاستعمال بعض أجزائها، وجب عليه قيمة العين الناقصة؛ لأنّ تلك الأجزاء مأذون في إتلافها، فلا تكون مضمونة، إلا أن يتعدّي فيتلف بعض الأجزاء بالتعدّي فيضمن، بخلاف ما إذا لم يتعدّد؛ لأنّ الإذن في الاستعمال تضمّنه، و لو تلفت قبل الاستعمال و هي مضمونة أو أتلفها وجب عليه قيمة العين تامّةً.

لا يقال: إنّه مأذون له في إتلاف الأجزاء، و إلا سقط عنه ضمانها.

ص: 278

لأننا نقول: الأجزاء إنما يسقط ضمانها إذا أتلّفها مفردةً عن العين علي وجه الاستعمال، فأما إذا أتلّفها بتلف العين فإنه يضمنها؛ لأنه لا يمكن تميّزها من العين في الضمان.

مسألة 117: إذا استعمل العارية المضمونة فنقص بعض أجزائها

ثمّ تلفت وهي من ذوات القِيم، وجبت القيمة يوم التلف؛ لأنها لو كانت باقيةً في تلك الحال وردّها لم يجب عليه شيء، فإذا تلفت وجب مساويها في تلك الحال، ولأنّ الأجزاء التي تلفت بالاستعمال تلفت غير مضمونة؛ لأنه أذن في إتلافها بالاستعمال، فلا يجوز تقويمها عليه، وهو أحد أقوال الشافعي.

و الثاني: إنّ عليه أقصى القِيم من يوم القبض إلي حين التلف؛ لأنه لو تلف في حال زيادة القيمة لوجبّت القيمة الزائدة، فأشبهه المغصوب.

وليس بجيّد؛ لأنه يقتضي إيجاب ضمان الأجزاء النالفة بالاستعمال، وهي غير مضمونة.

و الثالث: إنّه يجب عليه قيمتها يوم القبض؛ تشبيهاً بالقرض (1).

و القائل بالثاني يمنع من كون الأجزاء غير مضمونة علي الإطلاق، ويقول: إنّما لا يضمن إذا ردّ العين (2).

واعلم أنّه فرق بين المغصوب والمستعار؛ لأنّ المغصوب يجب ردّه في كلّ حال، منهّي عن الإمساك في كلّ وقت، فلهذا ضمن بأعلي القِيم، وأما المُستعير فإنّ الردّ لا يجب عليه حالة الزيادة، فافترقا.

ويُبنى علي هذا الخلاف أنّ الجارية المستعارة مع الضمان إذا ولدت

ص: 279

1- الوسيط 3:370، العزيز شرح الوجيز 5:377، روضة الطالبين 4:77.

2- العزيز شرح الوجيز 5:377.

في يد المُستعير هل يكون الولد مضموناً في يده؟ إن قلنا: إنَّ العارية مضمونة ضمان الغاصب(1)، كان مضموناً عليه، وإلا فلا. وليس له استعماله إجماعاً.

و هذا الخلاف الجاري في العارية أنَّها كيف تُضمن آتٍ في المأخوذ علي وجه السوم.

لكنَّ الأصحَّ عند بعض الشافعية: إنَّ الاعتبار في المستام بقيمته يوم القبض؛ لأنَّ تضمين أجزائه غير ممتنع(2).

وقال غيره: الأصحَّ كهو في العارية(3).

و هذا كلُّه فيما إذا تلفت العين بغير الاستعمال.

مسألة 118: لو تلفت العين المستعارة المضمونة بالاستعمال،

مثل أن ينمحق الثوب باللُّبس، فالوجه: ضمان العين وقت التلف؛ لأنَّ حقَّ العارية أن تُردَّ، والإذن في الانتفاع إنَّما ينصرف غالباً إلي استعمالٍ غير مُتلفٍ، فإذا تعذّر الردُّ لزم الضمان، وهو أحد قولَي الشافعية.

و الأصحَّ عندهم: إنَّ العين لا تُضمن كالأجزاء؛ لأنَّه إتلاف استند إلي فعلٍ مأذونٍ فيه(2).

و علي الأول لهم وجهان:

أحدهما: كما قلناه من أنَّه تُضمن العين وقت التلف، وهو آخر حالات التقويم.

ص: 280

1- الظاهر: «ضمان الغصب». (2 و 3) العزيز شرح الوجيز 5:377، روضة الطالبين 4:77.

2- التهذيب - للبغوي - 4:280، البيان 6:456، العزيز شرح الوجيز 5:377، روضة الطالبين 4:77.

و الثاني: إنه تُضمن العين بجميع أجزائها(1).

مسألة 119: قد مضي البحث في ضمان العين،

وأما ضمان الأجزاء فإن تلف منها شيء بسبب الاستعمال المأذون فيه كانهقاق الثوب باللئس المأذون فيه، لم يلزم المُستعير ضمانه؛ لحدوثه عن سببٍ مأذونٍ فيه، وهو قول الشافعية(2).

ولهم وجه آخر ضعيف: إنه يلزمه الضمان؛ لأن العارية مؤدّاة، فإذا تلف بعضها فقد فات رده، فيضمن بدله(3).

والمعتمد: الأول.

وأما إن تلف من الأجزاء شيء بغير الاستعمال، فإن كانت العين مضمونةً كان المُستعير ضامناً للأجزاء، وإلا كانت أمانةً كالعين، كما لو تلفت العين بأسرها، وهو أصح قولي الشافعي.

و الثاني: إنه لا يجب ضمانها علي المُستعير، كما لو تلفت بالاستعمال، و يكتفي برد الباقي(2).

واعلم أنّ تلف الدابة بسبب الركوب و الحمل المعتاد كانهقاق الثوب، و تعييبها بالركوب أو الحمل و شبهه كالانسحاق.

و لو قرّح ظهرها بالحمل و تلفت منه، قال بعض الشافعية: يضمن، سواء كان متعدّياً بما حمل أو لا؛ لأنه إنّما أذن له في الحمل، لا في الجراحة، و ردّها إلي المالك لا يُخرجه عن الضمان؛ لأنّ السراية تولدت من مضمونٍ، فصار كما لو قرّح دابةً الغير في يده(3).

ص: 281

1- العزيز شرح الوجيز 5:377، روضة الطالبين 4:78. (2 و 3) العزيز شرح الوجيز 5:378، روضة الطالبين 4:78.

2- التهذيب - للبيهقي - 4:280-281، العزيز شرح الوجيز 5:378، روضة الطالبين 4:78.

3- العزيز شرح الوجيز 5:378، روضة الطالبين 4:78.

مسألة 120: المستأجر يملك المنفعة ملكاً تاماً،

ولهذا جاز له أن يؤجر العين مدّة إجارته، والمنفعة قابلة للنقل، فجاز أن يعيرها، فإذا استعار من المستأجر أو الموصي له بالمنفعة، كان حكمها حكم العارية من المالك في الضمان وعدمه.

والشافعي القائل بالضمان في مطلق العارية له هنا قولان:

أحدهما: إنه يضمن المُستعير هنا، كما لو استعار من المالك.

والثاني - وهو الأصح عنده -: إنه لا يضمن؛ لأنّ المستأجر لا يضمن، وهو نائب المستأجر، ألا ترى أنّه إذا انقضت مدّة الإجارة ارتفعت العارية واستقرّت الإجارة عليّ المستأجر بانتفاع المُستعير.

ومثونة الردّ في هذه الاستعارة عليّ المُستعير إن ردّ عليّ المستأجر، وعليّ المالك إن ردّ عليه، كما لو ردّ عليه المستأجر (1).

مسألة 121: إذا استعار من الغاصب العين المغصوبة و كان عالماً أو جاهلاً ثمّ قامت البيّنة بالغصب، لم يجز له ردّها عليّ المُعير؛

لأنّ ظالم، ووجب عليه ردّها إليّ مالِكها، فإن كان قد استعملها المُستعير مدّةً لمثلها أُجرة كان للمغصوب منه الرجوعُ بأجرة مثلها عليّ أيّهما شاء.

وكذا إن نقص شيء من أجزائها، فله الرجوع بقيمة ذلك؛ لأنّ الغاصب ضمنها باليد المتعدّية، والمُستعير أتلف منافع الغير بغير إذنه، و أتلف أجزاء عينه.

فإن رجع عليّ المُستعير، فالأقرب: إنه لا يرجع عليّ المُعير؛ لأنّ

ص: 282

التلف وقع في يده، ولأنه ضمن ما أتلّفه، ولا يرجع به علي غيره، وهو القول الجديد للشافعي.

وقال في القديم: يرجع عليه - وبه قال أحمد - لأنه غرّه بأنه دخل في العارية علي أنه لا يضمن المنفعة والأجزاء(1).

وإن رجع علي المُعير، فهل يرجع المُعير علي المُستعير؟ يني علي القولين، إن قلنا: لو رجع علي المُستعير رجع به علي المُعير، فإنّ المُعير لا يرجع به، وإن قلنا: لو رجع علي المُستعير لم يرجع به، فإنّ المُعير يرجع به.

فأمّا إن تلفت العين في يد المُستعير، فإنّ لصاحبها أن يرجع علي مَنْ شاء منهما بقيمتها، و [قرار(2) الضمان علي المُستعير؛ لأنّ المال حصل في يده بجهةٍ مضمونة.

ثمّ إن تساوت القيمة في يده ويد الغاصب فلا بحث، وإن تفاوتت فإن كانت قيمتها في يد المُستعير يوم التلف أكثر، فإن رجع المالك بها علي المُستعير لم يرجع المُستعير بها علي المُعير قولاً واحداً؛ لأنّ العارية مضمونة علي المُستعير.

وإن كانت قيمتها في يد المُعير أكثر، لم يطالب المالك المُستعير بالزيادة؛ لأنّها تلفت في يد المُعير ولم يحصل في يده، وإنّما يطالب بالزيادة المُعير؛ لأنّها تلفت في يده.4.

ص: 283

1- حلية العلماء 5:194، البيان 6:457-458، وانظر: المغني 5:414-415، والشرح الكبير 5:423.

2- بدل ما بين المعقوفين في «ث»: «من». وفي «ج» والطبعة الحجرية: «من أن». وكلاهما ساقط في «خ، ر». والمثبت من العزيز شرح الوجيز 5:378، وروضة الطالبين 4:78.

وإذا طالب المالك بغرامة المنافع، فإن طالب المُستعير عُزِمها، فالمنفعة التي تلتفت تحت يده قرار ضمانها علي المُعير؛ لأنَّ يد المُستعير الجاهل في المنافع ليست يد ضمانٍ، والتي استوفاهَا بنفسه الأَقوي: إنَّ الضمان يستقرُّ عليه؛ لأنَّه مباشر للإتلاف، وهو أظهر قولِي الشافعي.

و الثاني: إنَّ الضمان علي المُعير؛ لأنَّه غَرَه (1).

و المُستعير من المُستأجر من الغاصب حكمه حكم المُستعير من الغاصب إن قلنا بأنَّ المُستعير من المُستأجر ضامن، وإلا فيرجع بالقيمة التي غرَمها علي المُستأجر، ويرجع المُستأجر علي الغاصب.

مسألة 122: لو أنفذ وكيله إلي موضع و سلم إليه دابةً ليركبها إليه في شغله

فتلفت الدابة في يد الوكيل من غير تعدُّ، لم يكن عليه ضمان، وهو ظاهرٌ عندنا؛ فإنَّ لا نوجب الضمان علي المُستعير.

و أمَّا الشافعي القائل بالضمان فإنَّه نفاه هنا أيضاً؛ لأنَّ الوكيل لم يأخذ الدابة لغرض نفسه، بل لنفع الموكَّل، فالمُستعير في الحقيقة المالك (2).

و كذا لو سلم الدابة إلي الرائض ليروضها (3) فتلفت، لم يضمن؛ لأنَّه في مصلحة المالك.

و كذا لو كان له عليها متاع فأركب إنساناً غيره فوق ذلك المتاع ليحفظه و يحترز عليه، فتلفت الدابة، لم يكن علي الراكب ضمان؛ لأنَّه في شغل المالك.

ص: 284

1- العزيز شرح الوجيز 379:5، روضة الطالبين 79:4.

2- الوسيط 371:3، الوجيز 204:1، التهذيب - للبغوي - 287:4، العزيز شرح الوجيز 379:5، روضة الطالبين 79:4.

3- راض الدابة يروضها: وطأها و ذلَّها أو علَّمها السير. لسان العرب 164:7 «روض».

ولو وجد ماشياً في الطريق قد تعب من المشي فأركبه دابته، فعندنا لا ضمان إذا لم يتعدّ؛ بناءً على أصلنا من عدم تضمين العارية.

وأما عند الشافعي فالمشهور أنّ الراكب يضمن، سواء التمس الراكب الركوب للاستراحة، أو ابتداء المالك بإركابه؛ لأنّها عارية محضّة، و العارية على أصله مضمونة(1).

وقال الجويني من الشافعية: إنّ لا يضمن الراكب؛ لأنّ القصد من هذه العارية التصدّق والقربة، و الصدقات في الأعيان تفارق الهبات، ألا تري أنّه يرجع في الهبة ولا يرجع في الصدقة، فلذلك يجوز أن تفارق العارية التي هي صدقة سائر العواريّ في الضمان(2).

ولو أركبه مع نفسه، فلا ضمان عندنا على الرديف. و علي قول الشافعي إنّ يضمن النصف(3).

وقال الجويني: لا يلزمه شيء؛ تشبيهاً له بالضيف(4).

وعلي الأول لو وضع متاعه على دابة غيره وأمره أن يسير بالدابة ففعل، كان صاحب المتاع مستعيراً من الدابة بقسط متاعه ممّا عليها، حتي لو كان عليها مثل متاعه و تلفت ضمن نصف الدابة(5).

ولو لم يقل صاحب المتاع: سيّرها، ولكن سيّرها المالك، لم يكن صاحب المتاع مستعيراً، وضمن صاحب الدابة المتاع؛ لأنّه كان من حقّه أن.

ص: 285

1- الوسيط 3:371، الوجيز 1:204، التهذيب - للبخاري - 4:287، العزيز شرح الوجيز 5:379-380، روضة الطالبين 4:79.

2- العزيز شرح الوجيز 5:380، روضة الطالبين 4:79.

3- الوسيط 3:372، التهذيب - للبخاري - 4:287، العزيز شرح الوجيز 5:380، روضة الطالبين 4:79. (4 و 5) العزيز شرح الوجيز 5:380، روضة الطالبين 4:79.

يطرح المتاع.

ولو كان لأحد الرفيقين في السفر متاع وللآخر دابة، فقال صاحب المتاع للآخر: احمل متاعي علي دابّتك، ففعل، فصاحب المتاع مستعير لها.

ولو قال صاحب الدابة: أعطني متاعك لأضعه علي الدابة، فهو مستودع للمتع.

ولا تدخل الدابة في ضمان صاحب المتاع في الصورتين عندنا، وفي الثانية عند الشافعي(1).

مسألة 123: تجوز استعارة الدابة للركوب و الحمل،

سواء أطلق أو قيّد بالزمان أو المنفعة، وأن يستعيرها ليركبها؛ لأنه تجوز إجارتها لذلك، والإعارة أوسع؛ لجوازها فيما لا تجوز إجارتها، فإن استعارها إلي موضع فتجاوزه فقد تعدّي في العارية من وقت المجاوزة، وكان ضامناً من حين العدوان، و مطلقاً عند الشافعي(2)، فإذا استعارها من بغداد إلي الحلة فتجاوزها إلي الكوفة، فعليه أجرة ما بين الحلة و الكوفة ذهاباً و عوداً.

و هل تلزمه الأجرة من ذلك الموضع الذي وقع فيه العدوان - و هو الحلة - إلي أن يرجع إلي البلد الذي استعار منه، و هو بغداد؟ الأقرب:

العدم؛ لأنه مأذون فيه من جهة المالك، و هو أحد وجهي الشافعيّة، و الثاني: اللزوم؛ لأنّ ذلك الإذن قد انقطع بالمجاوزة(3). و هو ممنوع.

ص: 286

1- التهذيب - للبخاري - 287:4، العزيز شرح الوجيز 380:5، روضة الطالبين 80:4.

2- راجع الهامش (4) من ص 273.

3- العزيز شرح الوجيز 380:5، روضة الطالبين 80:4.

إذا عرفت هذا، فلو شرط الضمان في العارية أو أطلق وقلنا بضمان العواري، فإن الدابة تكون مضمونةً عليه إلى الحلة ضمان العارية، ولا أجره عليه؛ لأنه مأذون له في ركوبها، فإذا جاوز ضمنها ضمان الغصب، ووجب عليه أجره منافعها، فإذا ردّها إلى الحلة لم يزل عنه الضمان، وبه قال الشافعي(1).

و أبو حنيفة يقول: إنّها أمانة إلى الحلة، فإذا جاوزها كانت مغصوبةً، فإذا ردّها إلى الحلة لم يزل ضمان الغصب، بخلاف قوله في الوديعة إذا أخرجها من حرزها ثم ردّها إليه(2).

إذا ثبت هذا، فعلي قول الشافعي بانقطاع الإذن من حين التعدي ليس له الركوب من الحلة إلى بغداد، بل يسلم الدابة إلى حاكم الحلة الذي استعار إليه(3).

مسألة 124: إذا دفع إليه ثوباً وقال: إن شئت أن تلبسه فالبسه،

فهو قبل اللبس وديعة، وبعده عارية، وهو المشهور عند الشافعية(4).

ولهم وجه آخر مخرّج من السوم؛ لأنه مقبوض علي توقع الانتفاع، فكما أنّ المأخوذ علي سبيل السوم مقبوض علي توقع عقد ضمان، كذا هنا.

ص: 287

1- الإشراف علي مذاهب أهل العلم 1: 444/273، البيان 6: 460.

2- بدائع الصنائع 6: 216، فتاوي قاضيخان - بهامش الفتاوي الهندية - 3: 384، المسبوط - للسرخسي - 11: 145، الهداية - للمرغيناني - 3: 237، الإشراف علي مذاهب أهل العلم 1: 444/273، بحر المذهب 9: 14، وراجع أيضاً الهامش (2) من ص 160.

3- التهذيب - للبغوي - 4: 288، العزيز شرح الوجيز 5: 380، روضة الطالبين 4: 80.

4- العزيز شرح الوجيز 5: 380، روضة الطالبين 4: 80.

قال هذا القائل: لو قيل: لا ضمان في السوم أيضاً تخريباً ممّا نحن فيه، لم يبعد(1).

ولو استعار صندوقاً فوجد فيه شيئاً، فهو أمانة عنده، كما لو طير الريح الثوب في داره، فلا ضمان فيه وإن كانت العارية مضمونة، إلا مع التفريط أو التعدي.

مسألة 125: قد بينّا أنّه لا يجوز للمُحرم أن يستعير الصيد،

فإن استعاره من المُحلّ لم يجز، فإن قبضه ضمنه لله تعالى بالجزاء، ولصاحبه ضمان العارية.

فإن استعار مُحلّ من مُحرم صيداً كان يملكه قبل أن يُحرم، كان ذلك مبنياً على القولين في زوال ملكه عنه بالإحرام.

فإن قلنا: لما أحرم زال ملكه عنه بالإحرام، فقد وجب عليه إرساله، فإذا دفعه إلي المُحلّ لم يجز له، إلا أنّ المُحلّ لا يضمنه له؛ لأنّه ليس يملكه، ولا يضمنه لله تعالى؛ لأنّه مأذون له في إتلاف الصيد، إلا أنّه إذا تلف ضمنه المُحرم؛ لأنّه تلف بسبب من جهته، وهو تسليمه إلي المُحلّ.

وإن قلنا ببقاء ملك المُحرم فيه، جاز له إعارته، ويكون مضموناً على المُحلّ ضمان العارية لصاحبه.

ولو كان المُحرم في الحرم والصيد فيه، لم يجز له إعارته، ولا للمُحلّ استعارته.

مسألة 126: إذا ردّ المُستعير العارية إلي مالكها أو إلي وكيله، برئ من ضمانها.

ص: 288

1- العزيز شرح الوجيز 5:380، روضة الطالبين 4:80.

وإن ردها إلي ملك مالكةا بأن حمل الدابة إلي اصطلب المالك وأرسلها فيه، أو ردّ آلة الدار إليها، لم يزل عنه الضمان، وبه قال الشافعي(1)، بل عندنا إن لم تكن العارية مضمونةً فإنها تصير بهذا الردّ مضمونةً؛ لأنّه لم يدفعها إلي مالكةا، بل فرط بوضعها في موضع لم يأذن له المالك بالردّ إليه، كما لو ترك الوديعة في دار صاحبها فتلفت قبل أن يتسلمها المالك؛ لأنّه لم يردها إلي صاحبها ولا إلي من ينوب عنه، فلم يحصل به الردّ، كما لو ردها إلي أجنبيّ.

وقال أبو حنيفة: إذا ردها إلي ملك المالك، صارت كأنها مقبوضة؛ لأنّ ردّ العواري في العادة يكون إلي أملاك أصحابها، فيكون ذلك مأذوناً فيه من طريق العادة(2).

وهو غلط؛ لأنّه يبطل بالسارق إذا ردّ المسروق إلي الحرز، ولا نعرف العادة التي ذكرها، فبطل ما قاله.

المبحث الثالث: في التنازع.

مسألة 127: إذا اختلف المالك والمستعير، فقال المالك: آجرتك هذه العين مدّة كذا بكذا،

وقال المستعير: بل أعرتنيها، والعين باقية بعد انقضاء المدّة بأسرها أو بعضها ممّا له أجرة في العادة، قال الشيخ رحمه الله في الخلاف:

ص: 289

-
- 1- الإشراف علي مذاهب أهل العلم 1:272-273/443، الحاوي الكبير 7:131، المهذب - للشيرازي - 1:371، حلية العلماء 5:193، البيان 6:460، روضة الطالبين 4:91، روضة القضاة 2:535/3173.
 - 2- الاختيار لتعليل المختار 3:83، روضة القضاة 2:535/3172، الفقه النافع 3:675/949، المبسوط - للسرخسي - 11:144، الهداية - للمرغيناني - 3:223، الحاوي الكبير 7:131، البيان 6:460.

القول قول المُستعير - وبه قال أبو حنيفة(1) - لأنَّهما اتَّفقا علي أن تلف المنافع كان علي ملك المُستعير؛ لأنَّ المالك يزعم أنَّه ملكها بالإجارة، و المُستعير يزعم أنَّه ملكها بالاستيفاء؛ لأنَّ المُستعير يملك بذلك، وقد ادَّعي عليه عوض ما تلف علي ملكه، والأصل عدم وجوبه، فكان القولُ قولَه، ولأنَّ الأصل براءة الذمَّة، و المالك يدَّعي شغلها، فيحتاج إلي البيّنة(2).

وقال مالك: القول قول المالك مع اليمين؛ لأنَّ المنافع جارية مجري الأعيان، وقد ثبت أنَّه لو كان أتلف عليه عيناً كما لو أكل طعامه وقال: كنتُ أبحتُّه لي، وأنكر المالك، فإنَّ القول قول المالك، أو كانت في يده و ادَّعي أنَّه وهبها منه وأنكر صاحبها ذلك و ادَّعي أنَّه باعها منه: إنَّ القول قول صاحبها، كذا هنا، ولأنَّ المنافع تابعة للأعيان في الملك، فهي بالأصالة لمالك العين، فادَّعاء المُستعير التفرّد بالملكيَّة لها علي خلاف الأصل، فيحتاج إلي البيّنة(3).

و أمَّا الشافعي فقد قال في كتاب العارية: إنَّه إذا اختلف مالك الدابَّة و راكبها، فقال صاحبها: آجرتكها بكذا، وقال الراكب: أعرتنيها و لا أُجرة لك عليّ، فالقول قول الراكب(4).2.

ص: 290

1- روضة القضاة 2:3198/539، المبسوط - للسرخسي - 11:149، فتاوي قاضيخان - بهامش الفتاوي الهنديَّة - 3:385، بحر المذهب 9:16، البيان 6:474، العزيز شرح الوجيز 5:391، المغني و الشرح الكبير 5:371، الإشراف علي مذاهب أهل العلم 1:454/276.

2- الخلاف 3:388، المسألة 3 من كتاب العارية.

3- النوادر و الزيادات 10:462، بحر المذهب 9:15، حلية العلماء 5:204، البيان 6:473، العزيز شرح الوجيز 5:391، المغني و الشرح الكبير 5:371.

4- الأُم 3:245، مختصر المزني: 116 و 130، الحاوي الكبير 7:121 و 472، الإشراف علي مذاهب أهل العلم 1:454/276، المهذَّب - للشيرازي - 1:373، بحر المذهب 9:15، الوسيط 3:377، الوجيز 1:205، حلية العلماء 5:204، التهذيب - للبعوي - 4:288، البيان 6:473، العزيز شرح الوجيز 5:390، روضة الطالبين 4:88، المغني و الشرح الكبير 5:371، روضة القضاة 2:3199/539.

وقال في كتاب المزارعة: ولو اختلف الزارع وصاحب الأرض، وادّعي صاحب الأرض أنه أجره إيّاها، وادّعي الزارع أنه أعاره إيّاها: إنّ القول قول صاحب الأرض(1).

و اختلف أصحابه في ذلك:

فقال أبو إسحاق و جماعة: إنّه لا فرق بين المسألتين، وإنّ فيها قولين، ونقلوا جوابه من كلّ واحدةٍ منهما إلى أُخري(2).

ومنهم مَنْ قال: إنّ المسألتين مختلفتان، وفرّق بينهما بأنّ العادة جارية بأنّ الدوابّ تُعار، فكان الظاهر مع الراكب، ولم تُجر العادة بإعارة الأرضين، فكان الظاهر مع صاحبها(3).

قال الأوتون: هذا ليس بصحيح؛ لأنّ مثل هذه العادة لا اعتبار بها في التداعي، ولهذا لو اختلف العطار والدبّاغ في آلة العطر لا يُرجح قول العطار5.

ص: 291

1- مختصر المزملي: 130، الحاوي الكبير 121:7 و 472، المهذب - للشيرازي - 373:1، بحر المذهب 15:9، الوجيز 205:1، الوسيط 377:3، حلية العلماء 204:5، التهذيب - للبغوي - 288:4، البيان 473:6، العزيز شرح الوجيز 390:5، روضة الطالبين 88:4، روضة القضاة 3200/539:2.

2- الحاوي الكبير 121:7 و 472-473، المهذب - للشيرازي - 373:1، بحر المذهب 15:9، حلية العلماء 204:5، البيان 473:6، العزيز شرح الوجيز 391:5.

3- الحاوي الكبير 122:7 و 473، المهذب - للشيرازي - 373:1، بحر المذهب 15:9، حلية العلماء 204:5، البيان 473:6، العزيز شرح الوجيز 390:5.

وإن كانت العادة جاريةً بأن آلة العطار لا تكون للدبّاع.

وفرقوا بين هذه المسألة وبين ما إذا غسل ثوبه غسل أو خاطه خياط ثم قال: فعلته بالأجرة، وقال المالك: بل فعلت ذلك مجاناً، فإنّ القول قول المالك مع يمينه قولاً واحداً؛ لأنّ الغسل فوّت منفعة نفسه ثم ادّعى لها عوضاً عليّ الغير، وهناك المتصرّف فوّت منفعة مال الغير وأراد إسقاط الضمان عن نفسه، فلم يُقبل (1).

إذا عرفت هذا، فإن قلنا: القول قول المُستعير، فحلف عليّ نفي الإجارة، كفاه، وسقط عنه المطالبة، وردّ العين، وإن نكل حلف المالك، واستحقّ بيمينه المسمّي؛ لأنّ اليمين مع النكول إما أن تكون بمنزلة البيّنة أو الإقرار، وإيهما كان يثبت به المسمّي، وهو قول أكثر الشافعيّة (2).

ولهم وجه آخر ضعيف: إنّه يستحقّ أجره المثل؛ لأنّ الناكل ينفي أصل الإجارة، فتقع يمين المدّعي عليّ إثباته (3).

وليس هذا الوجه عندي بعيداً من الصواب.

وإن قلنا: القول قول المالك مع يمينه، فإنّه يحلف عليّ نفي الإجارة التي تدّعي عليه، ولا يتعرّض لإثبات الإجارة؛ لأنّه مدّعٍ فيها، وهو قول بعض الشافعيّة (4).

فحينئذٍ إذا حلف عليّ نفي الإجارة، فالأقوي عندي: إنّ المُستعير يحلف عليّ نفي الإجارة، فإذا حلف ثبت للمالك أقلّ الأمرين من أجره (4).

ص: 292

1- التهذيب - للبغوي - 289:4، العزيز شرح الوجيز 391:5.

2- الحاوي الكبير 122:7، بحر المذهب 16:9، التهذيب - للبغوي - 289:4، البيان 475:6، العزيز شرح الوجيز 392:5.

3- البيان 475:6، العزيز شرح الوجيز 392:5، روضة الطالبين 88:4.

4- الوسيط 377:3، العزيز شرح الوجيز 391:5، روضة الطالبين 88:4.

المثل و المسمي؛ لأنه إن كانت أجرة المثل أقل فهو لم يتم حجة علي الزيادة، وإن كان المسمي أقل فقد أقر بأنه لا يستحق الزيادة.

وقال بعض الشافعية: إذا حلف المالك علي نفي الإعارة، استحق أقل الأمرين من أجرة المثل و المسمي إن لم يحلف المُستعير.

قال: وإن قلنا: إن المالك يحلف علي إثبات الإجارة و نفي الإعارة و يجمع بينهما في يمينه، فبيما يستحقه وجهان:

أحدهما: المسمي إتماماً لتصديقه.

و أظهرهما - وهو مقتضي منصوص الشافعي في الأم(1) - أجرة المثل؛ لأنهما لو اتفقا علي الإجارة و اختلفا في الأجرة كان الواجب أجرة المثل، فإذا اختلفا في أصل الإجارة كان أولي(2).

و الجويني حكى الوجه الثاني علي غير ما ذكر، بل حكى بدله: إنه يستحق أقل الأمرين؛ لما(3) تقدم.

قال: و التعرض للإجارة علي هذا ليس لإثبات المال الذي يدعيه، لكن لينتظم كلامه من حيث إنه اعترف بأصل الإذن، فحصل فيما يستحقه ثلاثة أوجه(4).

و لو نكل المالك عن اليمين المعروضة عليه، لم تُرد اليمين علي الراكب و الزارع؛ لأنهما لا يدعيان حقاً علي المالك حتي يُثبتاه باليمين، و إنما يدعيان الإعارة، و ليست حقاً لازماً علي المُعير.5.

ص: 293

1- الأم 3:245.

2- العزيز شرح الوجيز 5:391، روضة الطالبين 4:88.

3- الظاهر: «كما» بدل «لما».

4- العزيز شرح الوجيز 5:391.

وقال بعض الشافعية: إنها تُردّ؛ ليتخلّص من الغرم(1).

مسألة 128: لو وقع هذا الاختلاف عقيب العقد قبل انقضاء مدّة لمثلها أجر،

فالقول هنا قول المُستعير مع اليمين، فإذا حلف علي نفي الإجارة سقط عنه دعوي الأجرة، واستردّ المالك العين، وإن نكل حلف المالك اليمينَ المردودة، واستحقّ الأجرة.

وهذا قول الشافعي أيضاً، ولا قول له سواه؛ لأنّ الراكب هنا لا يدّعي لنفسه حقّاً ولا أتلف المنافع علي المالك، والمدّعي في الحقيقة هنا هو المالك، وإذا تمحّضت الدعوي له لم يتعدّد قوله كما يتعدّد في الصورة الأولى؛ لأنّ المنافع هناك تلفت تحت يد الراكب، وكان القول بسقوطها مجّاناً بعيداً، فلهذا كان له في الصورة الأولى قولان(2).

مسألة 129: لو حصل هذا الاختلاف بعد تلف العين،

فإن تلفت عقيب الأخذ قبل أن يثبت لمثلها أجرة و شرط في العارية الضمان أو قلنا به علي مذهب القائلين بضمان العارية، فلا معني للاختلاف؛ لأنّ صاحبها يدّعي الإجارة وقد انفسخت بتلفها، والمُستعير يُقرّ بالقيمة ويعترف باستحقاقها في ذمّته، والمالك ينكرها، فليس للمالك حينئذٍ المطالبة بها.

ولو لم نقل بالضمان في العارية ولا شرطه المالك، فلا بحث هنا؛ لأنّ كلّ واحدٍ منهما يعترف ببراءة ذمّة المُستعير.

وإن تلفت بعد مضيّ مدّة لمثلها أجرة مع شرط الضمان أو القول به، فالمُستعير يُقرّ بالقيمة، والمالك ينكرها ويدّعي الأجرة، فيبني علي الخلاف بين العامة في أنّ اختلاف الجهة هل يمنع الأخذ؟

ص: 294

1- العزيز شرح الوجيز 5:391، روضة الطالبين 4:88.

2- البيان 6:473، العزيز شرح الوجيز 5:392، روضة الطالبين 4:88.

إن قلنا: نعم، سقطت القيمة برده، والقول في الأجرة قول المالك أو المُستعير علي الخلاف الذي تقدّم في الحالة الأولى.

وإن قلنا: إنّ اختلاف الجهة لا يمنع الأخذ، فإن كانت الأجرة مثل القيمة أو أقلّ أخذها بغير يمين، وإن كانت أكثر أخذ قدر القيمة، وفي المصدّق في الزيادة الخلاف المتقدّم (1).

مسألة 130: لو انعكس هذا الاختلاف، فادّعي المالك الإجارة، والمتصرّف الإجارة،

فإن كانت العين باقيةً وكان الاختلاف عقيب التسليم قبل مضيّ مدّةٍ لمثلها أجرة، كان القول قول المالك؛ لأنّ المتصرّف يدّعي عليه عقداً واستحقاق منفعةٍ، والمالك ينكره، وإذا لم تكن بيّنة كان القول قول المنكر مع اليمين، ثمّ تُستردّ العين.

وإن نكل حلف المتصرّف، واستحقّ المنفعة المدّة والإمساك طولها.

وإن كان بعد مضيّ مدّة الإجارة، فلا معنى للاختلاف؛ لأنّهما اتّفقا علي وجوب ردّها، والمتصرّف يقرّ للمالك بالأجرة، والمالك ينكرها.

وإن كان بعد مضيّ بعض المدّة، فالقول قول المالك؛ لأنّ الأصل عدم استحقاق الغير منفعة مال الغير، فإذا حلف علي نفي الإجارة أخذ العين، وليس له مطالبته بالأجرة عمّا مضي من المدّة؛ لأنّه ينكرها والمتصرّف معترف له بها.

هذا إذا كان الاختلاف واليمين باقية، وأمّا إن اختلفا واليمين تالفة، فإن كان الاختلاف عقيب القبض قبل انقضاء مدّةٍ لمثلها أجرة، فالمالك هنا يدّعي قيمتها علي المتصرّف مع شرط الضمان عندنا، ومطلقاً عند

ص: 295

1- التهذيب - للبغوي - 289:4، العزيز شرح الوجيز 392:5، روضة الطالبين 89:4.

الشافعي(1)، و المتصرف ينكرها، فيقدم هنا قول المالك مع اليمين؛ لأنهما اختلفا في صفة القبض، و الأصل فيما يقبضه الإنسان من مال غيره الضمان؛ لقوله عليه السلام: «علي اليد ما أخذت حتي تؤديه»(2).

وإن كان الاختلاف بعد مضي المدّة، فالمتصرف يُقرّ بالأجرة، و المالك يدّعي عليه القيمة في المضمونة، فإن كانت القيمة بقدر الأجرة دفع إليه من غير(3) يمين؛ لاتفاقهما علي استحقاق ذلك المقدار، و هو قول بعض الشافعية(4).

و قال بعضهم: لا تثبت الأجرة؛ لأنه لا يدّعيها، و يكون القول قوله في وجوب القيمة(5).

وإن كانت أقل، كان في قدرها الوجهان.

وإن كانت أكثر، كان قدر الأجرة منهما علي الوجهين، و الباقي يستحقّه بيمينه.

وإن كان التلف في أثناء المدّة، فقد أقرّ له ببعض الأجرة، و هو يدّعي القيمة، و الحكم في ذلك علي ما ذكر.

مسألة 131: لو ادّعي المالك الغصب، و المتصرف الإعارّة و العين باقية قائمة، و لم تمض مدّة لمثلها أجرة، فلا معني لهذا الاختلاف؛

إذ لم تفت العين و لا المنفعة، و يردّ المتصرف العين إلي المالك.

وإن مضت مدّة لمثلها أجرة، فالأقوي: إنّ القول قول المالك مع

ص: 296

1- راجع الهامش (4) من ص 273.

2- تقدّم تخريجه في ص 271، الهامش (2).

3- في «ج»: «بغير» بدل «من غير». (4 و 5) البيان 6:476.

يمينه؛ لما تقدّم (1) من أصالة تبعية المنافع للأعيان في التملك، فالقول قول مَنْ يدعيها مع اليمين وعدم البيّنة؛ لأنّ المتصرّف يدعي انتقال المنفعة إليه بالإعارة وبراءة ذمته من التصرف في مال الغير، فعليه البيّنة.

وقال الشيخ رحمه الله في الخلاف: القول قول المتصرّف - وهو أحد أقوال الشافعي نقله المزني عنه (2) - لأنّ المالك يدعي عليه عوضاً، والأصل براءة ذمته منه، ولأنّ الظاهر من اليد أنّها بحقّ، فكان القول قول صاحبها (3).

وليس بجيّد؛ لما بيّنا من أصالة تبعية المنافع للأعيان، ولأصالة عدم الإذن، وكما أنّ الظاهر أنّ اليد بحقّ، كذا الظاهر التبعية. ولأصحاب الشافعي هنا ثلاثة طرق:

أظهرها: إنّ الحكم هنا علي ما تقدّم في المسألة السالفة، فيُفرّق بين الدابّة والأرض علي طريق، ويُجعلان علي قولين في طريق؛ لأنّ المالك ادّعي أجرة المثل هنا، كما ادّعي المسمّي في الإجارة هناك، والأصل براءة الذمة.

والثاني: القطع بأنّ القول قول المالك، بخلاف تلك المسألة؛ لأنّهما متفقان علي الإذن هناك، وهنا المالك منكر له، والأصل عدمه. ومنّ قال بهذا خطأ المزني في النقل.

قال أبو حامد: لكنّه ضعيف؛ لأنّ الشافعي نصّ في الأمّ علي ما رواه.

ص: 297

1- في ص 290.

2- مختصر المزني: 116، الحاوي الكبير 123:7، المهذّب - للشيرازي - 373:1، التهذيب - للبعوي - 290:4، البيان 477:6، العزيز شرح الوجيز 392:5، روضة الطالبين 89:4، المغني 373:5، الشرح الكبير 374:5.

3- الخلاف 389:3، المسألة 5 من كتاب العارية.

و الثالث: القطع بأنّ القول قول المتصرّف؛ لأنّ الظاهر من حال المسلم أنّه لا يتصرّف إلاّ علي وجه جائز(2).

هذا إذا تنازعا والعين باقية.

مسألة 132: لو وقع هذا الاختلاف و قد تلف العين،

فإن هلكت بعد انقضاء مدّة لمثلها أجره، فالمالك يدعي أجره المثل و القيمة بجهة الغصب، و المتصرّف يُنكر الأجره و يُقرّ بالقيمة بجهة العارية إن كانت مضمونةً، فالحكم في الأجره علي ما تقدّم عند بقاء العين.

و أمّا القيمة فإنّه يُحكم فيها بقول المتصرّف؛ لأصالة براءة ذمّته من الزائد عن القيمة وقت التلف إن أوجبنا علي الغاصب أعلي القيم.

وقال بعض الشافعيّة: إن قلنا: إنّ اختلاف الجهة يمنع الأخذ، فلا يأخذ المالك إلاّ باليمين. و إن قلنا: لا يمنع فإن قلنا: العارية تُضمن ضمان الغصب، أو لم نقل به لكن كانت قيمته يوم التلف أكثر، أخذها باليمين، و إن كانت قيمته يوم التلف أقلّ، أخذها بغير يمين، و في الزيادة يحتاج إلي اليمين(3).

و إن هلكت عقيب القبض قبل مضيّ وقتٍ يثبت لمثله أجره، لزمه القيمة.

ص: 298

1- البيان 6:477، العزيز شرح الوجيز 5:392، روضة الطالبين 4:89، وراجع الأم 3:245، و مختصر المزني: 116.

2- البيان 6:477، العزيز شرح الوجيز 5:392، روضة الطالبين 4:89.

3- العزيز شرح الوجيز 5:393، روضة الطالبين 4:89.

ثمّ قياس القول الأوّل أن يقال: إن جعلنا اختلاف الجهة مانعاً من الأخذ، حلف، وإلا أخذ بغير يمين.

وقضيّة ما قاله الجويني في مسألة التنازع بين الإجارة والعارية: إنّه لا يُخرَج علي ذلك الخلاف لا هذه الصورة ولا ما إذا كان الاختلاف بعد مضيّ مدّةٍ يثبت لمثلها أجرة.

قال: لأنّ العين متّحدة، ولا وَقَع للاختلاف في الجهة مع اتّحاد العين(1).

والظاهر: الأوّل عندهم(2).

وإن كانت العارية غير مضمونة، فإنّ القول قول المالك في عدم الإعارة، وقول المتصرّف في عدم الغصب لتلاّ يضمن ضمان الغصب، ثمّ يثبت علي المتصرّف بعد حلف المالك علي نفي الإعارة قيمتها وقت التلف.

مسألة 133: لو انعكس الفرض، فقال المالك: أعرتكها، و قال المتصرّف: بل غصبتها، فلا فائدة في هذا الخلاف؛

لأنّ المتصرّف يُعزّ بالضمان، والمالك يُنكره إن كانت العارية غير مضمونة، وإن كانت مضمونةً فإنّه يُنكر ضمان الغصب.

وإن مضت مدّة لمثلها أجرة، فالمالك ينفي استحقاق العوض عنها، والمتصرّف يعترف له بها.

ولو قال المالك: غصبتها، وقال المتصرّف: بل آجرتني، فإن كانت العين باقيةً ولم تمض مدّة لمثلها أجرة، فالأقوي: التحالف.

أمّا حلف المتصرّف علي نفي الغصب: فلنفي زيادة الضمان إن

ص: 299

1- العزيز شرح الوجيز 393:5، روضة الطالبين 89:4.

2- العزيز شرح الوجيز 393:5، روضة الطالبين 89:4.

وأما حلف المالك: فلنفي استحقاق المتصرف المنافع المدّة التي ادّعاها المتصرف.

وقالت الشافعيّة - تفريراً علي أصحّ الأقوال عندهم - : إنّه إن كانت العين باقيةً ولم تمض مدّة لمثلها أجره، فُدم قول المالك، فإذا حلف استردّ المال، فإن مضت مدّة لمثلها أجره فالمالك يدّعي أجره المثل، و المتصرف يُقرّ له بالمسمّي، فإن استويا أو كانت أجره المثل أقلّ أخذه بغير يمين، وإن كانت أجره المثل أكثر أخذ قدر المسمّي بغير يمين، و الزيادة باليمين(1).

قال بعض الشافعيّة: ولا يجيء هنا خلاف اختلاف الجهة، كما لو ادّعي المالك فساد الإجارة و المتصرف صحّتها، يحلف المالك، و يأخذ أجره المثل(2).

وإن كان الاختلاف بعد بقاء العين مدّة في يد المتصرف و تلفها، فالمالك يدّعي أجره المثل و القيمة، و المتصرف يُقرّ بالمسمّي و ينكر القيمة، فللمالك أخذ ما يُقرّ به بغير يمين و أخذ ما ينكره باليمين.

و لو قال المالك: غصبتني، و قال المتصرف: بل أودعتني، فالقول قول المالك مع اليمين إن لم نوجب أعلي القِيم، و إن أوجبناه حلف كلّ منهما علي نفي ما ادّعه الآخر، و يثبت الضمان علي المتصرف، فإن تلفت 4.

ص: 300

1- الحاوي الكبير 124:7، المهذب - للشيرازي - 1:374، التهذيب - للبخوي - 4:290، العزيز شرح الوجيز 5:393، روضة الطالبين 4:89-90.

2- التهذيب - للبخوي - 4:290، العزيز شرح الوجيز 5:393، روضة الطالبين 4:90.

العين أخذ المالك المثل إن كان مثلياً، و القيمة إن كانت من ذوات القِيم، و أجره المثل إن مضت مدّة لمثلها أجره.

مسألة 134: لو ادّعي المُستعير تلف العين و أنكر المالك، قُدّم قول المُستعير مع اليمين؛

إشارة

لأنّه مؤتمن، و ربما تعذّرت البيّنة عليه.

و لو ادّعي المُستعير الرّدّ و أنكر المالك، قُدّم قول المالك مع اليمين؛ لأصالة عدم الرّدّ، و عدم براءة الذمّة بعد شغلها، فإنّ المُستعير يدّعي إسقاط ما ثبت في ذمّته.

و لو تنازعا في القيمة بعد و جوب الضمان بالتفريط أو التضمنين، قُدّم قول المُستعير مع اليمين؛ لأنّه منكر لما يدّعيه المالك من الزيادة.

و لو تنازعا في التفريط و عدمه، قُدّم قول المُستعير؛ لأصالة براءة ذمّته و عدم الضمان.

فروع:

أ - قد بينّا أنّه ليس للمُستعير أن يعير، فإنّ فَعَلَ فللمالك الرجوعُ بأجره المثل علي مَنْ شاء منهما،

فإن رجع علي المُستعير لم يرجع المُستعير علي المُعير و إن كان جاهلاً علي إشكالٍ، و إن رجع علي المُعير كان له الرجوعُ علي المُستعير العالم، و في الجاهل إشكال، و كذا العين.

ب - لو انتفع المُستعير باستعمال العين بعد رجوع المالك في العارية، فإن كان عالماً برجوعه كان ضامناً للعين و المنفعة معاً.

و لو كان جاهلاً، احتُمِل ذلك أيضاً؛ لأنّ الاستعمال منوط بالإذن و قد زال، و عدمُ الضمان.

ج - لو مات المُستعير، و جب علي ورثته ردّ العين و إن لم يطالب المُعير؛

لأنّه مالٌ حصل في يدهم لغيرهم، فيجب عليهم دفعه إليه.

لأنها منفعة مباحة مطلوبة للعقلاء، فوجب تسويغها توسعةً علي المحاويج بالمباح.

قال ابن المنذر: أجمعوا علي أن الرجل إذا استعار من الرجل شيئاً ليرهنه عند الرجل علي شيء معلوم إلي وقت معلوم فرهن ذلك علي ما أذن له فيه أن ذلك جائز؛ لأنه استعاره ليقضي به حاجته، فصحّ كغيره من العواري(1).

و لا يعتبر العلم بقدر الدّين و جنسه؛ لأنّ العارية لا يعتبر فيها العلم، و به قال أبو ثور و أحمد و أصحاب الرأي؛ لأنّها عامّة لجنسٍ من النفع، فلم يعتبر معرفة قدره، كعارية الأرض للزرع(2).

وقال الشافعي: يعتبر ذلك؛ لاختلاف الضرر به(3).

و هو ممنوع؛ فإنّ الزرع كذلك.

إذا ثبت هذا، فإنّ المُعير لا يصير ضامناً للدّين - و به قال أحمد و الشافعي في أحد القولين(4) - لأنه [أعاره] ليقضي [منها](2) حاجته، فلم يكن ضامناً كسائر العواري.

وقال في الآخر: إنّه يصير ضامناً له في رقة عبده؛ لأنّ العارية ما يستحقّ به منفعة العين، و المنفعة هنا للمالك، فدلّ علي أنّه ضامن به(6).

إذا عرفت هذا، فإنّ المُعير إذا عيّن قدر الدّين الذي يرهنه به و جنسه، أو عيّن محلاً، تعيّن؛ لأنّ العارية تتعيّن بالتعيين، فإنّ خالفه في

ص: 302

1- المغني 5:362-363. (2 و 3) المغني 5:363. (4 و 6) المغني 5:363، حلية العلماء 5:201-202، العزيز شرح الوجيز 4:453، روضة الطالبين 3:393.

2- في النسخ الخطيّة و الحجرية: «لأنّه استعاره ليقضي منه». و الظاهر ما أثبتناه.

الجنس لم يصح؛ لأنه عقد لم يأذن المالك له فيه، فلم يصح، كما لو لم يأذن له في رهنه.

وَأَمَّا إِنْ أُذِنَ لَهُ فِي أَجَلٍ فَرَهْنُهُ إِلَى أَقَلِّ مِنْ ذَلِكَ الْأَجَلِ، فَقَدْ خَالَفَهُ أَيْضاً؛ لِأَنَّهُ قَدْ لَا يَجِدُ مَا يَفْكَهُ بِهِ فِي ذَلِكَ الْأَمَدِ الْقَلِيلِ، فَيَتَضَرَّرُ الْمَالِكُ بِالْبَيْعِ.

وَكَذَا لَوْ أُذِنَ لَهُ فِي الْمُؤَجَّلِ فَرَهْنُهُ حَالاً؛ لِأَنَّهُ قَدْ لَا يَجِدُ مَا يَفْكَهُ بِهِ فِي الْحَالِ، فَيَتَسَلَّطُ الْمُرْتَهِنُ عَلَيَّ الْعَيْنِ بِالْبَيْعِ.

وَلَوْ أُذِنَ لَهُ فِي رَهْنِهِ حَالاً فَرَهْنُهُ مُؤَجَّلاً، لَمْ يَصَحْ؛ لِأَنَّهُ قَدْ خَالَفَ أَيْضاً، لِأَنَّهُ لَمْ يَرْضَ أَنْ يَحَالَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ عَيْنِهِ إِلَى أَجَلٍ، فَلَمْ يَصَحْ.

وَلَوْ خَالَفَهُ فِي الْقَدْرِ بِأَنْ أُذِنَ لَهُ فِي رَهْنِهِ عَلَيَّ مَائَةٍ، فَرَهْنُهُ عَلَيَّ مَائَتَيْنِ، لَمْ يَصَحْ؛ لِأَنَّ مَنْ رَضِيَ بِقَدْرِ مِنَ الدَّيْنِ لَمْ يَلْزَمْ أَنْ يَرْضِيَ بِأَكْثَرِ مِنْهُ.

وَهَلْ يَبْطُلُ مِنَ الرَّأْسِ، أَوْ يَصَحُّ فِي الْقَدْرِ الْمَأْذُونِ فِيهِ وَيَبْطُلُ فِي الزَّائِدِ بَحَيْثُ لَوْ رَضِيَ الْمُرْتَهِنُ عَلَيَّ رَهْنَهُ بِالْمَعْيَنِ لَزَمَهُ؟ إِشْكَالٌ، أَقْرَبُهُ ذَلِكَ.

أَمَّا لَوْ رَهْنُهُ عَلَيَّ خَمْسِينَ، فَإِنَّهُ يَجُوزُ قِطْعاً؛ لِأَنَّ مَنْ رَضِيَ بِمَائَةٍ رَضِيَ بِخَمْسِينَ الَّتِي هِيَ أَقَلُّ عَرَفاً، فَأُشْبِهَ مَا إِذَا أَمَرَهُ بِالشَّرَاءِ بِعَشْرَةِ فَاشْتَرَى بِخَمْسَةِ.

مسألة 136: إذا أعاره للرهن فرهنه، كان للمالك مطالبة المُستعير بفك الرهن في الحال،

سواء كان بدين حال أو مؤجل؛ لأنَّ العارية عقد جائز من الطرفين، للمالك الرجوع فيها متى شاء.

وإذا حلَّ الدين أو كان حالاً فلم يفكَّه الراهن، جاز بيعه في الدين؛

لأن ذلك مقتضى الرهن، فإنه وثيقة علي الدين.

وإنما يتحقق هذا المعنى بإمكان حصول الدين من العين عند الامتناع من الأداء، وإنما يثبت ذلك ببيعه، فكان البيع سائغاً.

فإذا بيع في الدين، رجع المالك بأكثر الأمرين من القيمة و من الثمن الذي بيعت به؛ لأن القيمة إن كانت أكثر فهو المستحق للمالك؛ لأنها عوض عينه، وإن كان الثمن أكثر فهو عوض العين أيضاً.

ولو تلفت العين في يد المرتهن بغير تقريط، فلا ضمان عليه؛ لأن الرهن لا يُضمن من غير تعدد.

و الأقرب عندي: إن المستعير يضمن؛ لأنه استعار عاريةً هي في معرض الإتلاف.

و لو استعار عبداً من اثنين للرهن فرهنه بمائة ثم قضى خمسين علي أن تخرج حصّة أحدهما من الرهن، لم تخرج؛ لأنه رهنه بجميع الدين في صفقة، فلا ينفك بعضه بقضاء بعض الدين، كما لو كان العبد لواحد.

هذا إذا كان الرهن علي جميع الدين و علي كلّ جزءٍ منه.

مسألة 137: لو استعار الدراهم للإنفاق بلفظ العارية، فالأقرب: إنها عارية فاسدة؛

لأن مقتضى العارية الانتفاع بالعين مع بقائها لمالكها، فحينئذٍ ليس له أن يشتري بها شيئاً؛ لأن العارية قد فسدت، ولم يحصل هناك قرض.

ويحتمل استباحة التصرف؛ عملاً بالإذن.

وقال أصحاب الرأي: إنه يكون قرضاً (1).

ص: 304

1- تحفة الفقهاء 3:177-178، بدائع الصنائع 6:215، الاختيار لتعليل المختار 3:79، المبسوط - للسرخسي - 11:144-145، روضة القضاة 2:3154/533، الفقه النافع 3:673/948، الهداية - للمرغيناني - 3:222.

فعلي ما قلناه يكون أمانةً محضة، كالعارية الصحيحة.

وعند القائلين بضمان العارية الصحيحة تكون الفاسدة مضمونةً أيضاً.

ولو استعار شيئاً و أذن المالك له في إجارته مدّة معلومة، أو في عاريته، جاز مطلقاً و مدّة معيّنة؛ لأنّ الحقّ لمالكه، فاستباح ما أذن له فيه.

و ليس للمُعير الرجوعُ في العارية بعد عقد الإجارة حتي تنقضي المدّة؛ لتعلّق حقّ المستأجر بها، و عقد الإجارة لازم.

و تكون العين غير مضمونةٍ علي المُستأجر و لا علي المُستعير عندنا، و عند العامة تكون مضمونةً؛ بناءً علي ضمان العواري(1).

و لو أجز المُستعير بغير إذنٍ، بطلت الإجارة، و كان للمالك الرجوعُ بالأجرة علي مَنْ شاء منهما، فإن أجاز الإجارة كان له المسمّي، و إن لم يُجز كان له أجرة المثل.

مسألة 138: لا يجوز للمُعير الرجوعُ في العارية إذا حصل بالرجوع ضرر بالمُستعير لا يُستدرك،

كما لو أعاره لوحاً يرفع به السفينة، فرقعها به ثمّ لجّج في البحر، لم يجوز للمُعير هنا الرجوع ما دامت السفينة في البحر؛ لما فيه من خوف الغرق الموجب لذهاب المال أو تلف النفس.

و يحتمل أنّ له الرجوع، و يثبت له المثل أو القيمة مع تعذّر المثل؛ لما فيه من الجمع بين المصالح.

و له الرجوع لو لم تدخل السفينة في البحر أو خرجت منه؛ لعدم التضرّر فيه.

ص: 305

1- راجع الهامش (4) من ص 273.

ولو أعاره حائطاً ليضع عليه أطراف خشبه، جاز له الرجوع قبل الوضع - إجماعاً - مجاناً، وبعده مع الأرض ما لم تكن الأطراف الأخر مثبتة في ملك المُستعير و يؤدي إلي خراب ما بناه المُستعير عليه، ففيه خلاف.

ولو قال المُعير: أنا أدفع إليه أرض ما نقص بالقلع، لم يجب علي المُستعير إجابته إن منعنا الرجوع هنا؛ لأنَّه إذا قلعه انقلع ما في ملك المُستعير منه، ولا يجب علي المُستعير قلع شيء من ملكه بضمان القيمة، وقد سبق.

مسألة 139: لو أنفذ رسولاً إلي شخصٍ ليستعير منه دابةً يمضي عليها إلي قريةٍ معيّنة،

فمضى الرسول وكذب في تعيين القرية وأخبر المالك بأنَّ المُستعير يطلب الدابة إلي قريةٍ أُخري، فدفع المالك دابته إليه، فإن خرج بها المُستعير إلي ما عيّنه الرسول وكذب فيه فتلفت، لم يكن علي أحدٍ ضماناً؛ لأنَّ صاحبها أعار الدابة إلي ذلك الموضع.

ولو خرج بها المُستعير إلي ما طلبه المُستعير وقاله لرسوله فتلفت، ضمن المُستعير؛ لأنَّ المالك إنَّما أذن فيما أخبره الرسول، لا فيما طلبه المُستعير، فيكون المُستعير قد تجاوز الإذن، فكان ضامناً، سواء عرف المُستعير بالحال أو لا.

وأما الرسول فلا ضمان عليه؛ لأنَّ التلف حصل في يد المُستعير، فاستقرّ الضمان عليه.

إشارة

وفيه فصول:

الفصل الأول: الماهية

إشارة

الشركة هي اجتماع حقوق الملاك في الشيء الواحد علي سبيل الشيع، أو استحقاق شخصين فصاعداً علي سبيل الشيع أمراً من الأمور. وسبب الشركة قد يكون إرثاً أو عقداً أو مزجاً أو حيازةً بأن يقتلعا شجرةً أو يغترفا ماءً دفعةً بآنية، فكل ما هو ثابت بين اثنين فصاعداً مشاع بينهما يقال: إنه مشترك بينهما(1).

وهو ينقسم إلي عينٍ و منفعةٍ و حقّ.

وبالجملة، فهو ينقسم إلي ما لا يتعلّق بالمال، كالقصاص و حدّ القذف و منفعة كلب الصيد الباقي من مورثهم، و إلي ما يتعلّق بالمال، و هو إما أن يكون عيناً و منفعةً، كما لو ورث اثنان أو جماعة مالاً أو غنموه أو اشتروه في عقدٍ واحد أو متعدّد، أو اتّهبوه أو قبلوا الوصية به أو الصدقة، و إما أن يكون مجرد منفعةٍ، كما لو استأجروا عبداً أو أوصي لهم بسكني دارٍ، و إما أن يكون مجرد عينٍ خالية عن المنفعة، كما لو ورثوا عبداً موصي بخدمته و جميع منافعه علي التأييد، و إما حقّ يتوصّل به إلي مالٍ، كالشفعة التي تثبت لجماعةٍ و خيار الشرط، و خيار الردّ بالعيب، و الرهن، و مرافق الطرق.

و علي كلّ تقديرٍ فالشركة قد تحدث بغير اختيار الشريك، كما لو

ص: 307

1- في النسخ الخطيّة: «بينهم».

ورثوا مالاً أو امتزج مالاهما بغير اختيارهما، أو باختيارهما، كما لو مزجا المالين أو اشتركا في الشراء.
والمقصود في هذا المقصد البحث عن الشركة الاختيارية المتعلقة بالتجارة و تحصيل الربح و الفائدة.

مسألة 140: الشركة جائزة بالنص و الإجماع.

أما النص: فمن الكتاب و السنة.

أما الكتاب: فقوله تعالى: «وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَ لِلرَّسُولِ وَ لِإِذِي الْقُرْبَى وَ الْيَتَامَى وَ الْمَسْكِينِ وَ ابْنِ السَّبِيلِ» (1)

أضاف الغنيمة إليهم، و جعل الخمس مشتركاً بين الأصناف المذكورين.

وقوله تعالى: «فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ» (2).

وقال تعالى: «وَإِنْ كَثُرَ مِنَ الْخُلَطَاءِ لَيَبْغِي بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ إِلَّا الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ» (3) و الخلطاء هم الشركاء في أمثال ذلك.

و أما السنة: فما رواه العامة عن جابر بن عبد الله الأنصاري أنّ النبي صلي الله عليه و آله قال: «مَنْ كَانَ لَهُ شَرِيكَ فِي رِبْعٍ أَوْ حَائِطٍ فَلَا يَبِيعُهُ حَتَّى يُوْذَنَ شَرِيكَه» (4).

ص: 308

1- الأنفال: 41.

2- النساء: 12.

3- «ص»: 24.

4- ورد نصّه في البيان 224:6، و نحوه في صحيح مسلم 1608/1229:3، و سنن النسائي 301:7، و سنن الدارمي 274:2، و سنن البيهقي 104:6، و مسند أحمد 13929/250:4.

و عن أبي هريرة: أنّ النبيّ صلي الله عليه وآله قال: «[يقول الله عزّ وجلّ: (1)] أنا ثالث الشريكين ما لم يَخُنْ أحدهما صاحبه، فإذا خانه خرجتُ من بينهما» (2) يعني أنّ البركة تُنزع من مالهما.

و كان ابن [أبي] (3) السائب شريكاً للنبيّ صلي الله عليه وآله قبل المبعث، و افتخر بشركته بعد المبعث، فلم ينكر عليه (4).

و كان البراء بن عازب و زيد بن أرقم شريكين، فاشترى فضةً بنقدٍ و نسيئةً، فبلغ رسول الله صلي الله عليه وآله ذلك، فأمرهما أنّ ما كان بنقدٍ فأجيزوه، و ما كان نسيئةً فردّوه (5).

و من طريق الخاصّة: ما رواه هشام بن سالم - في الصحيح - عن الصادق عليه السلام، قال: سألته عن رجلٍ يشاركه الرجل في السلعة، قال: «إن ربح فله، و إن وضع فعليه» (6).

و عن الحسين بن المختار أنّه سأل الصادق عليه السلام: عن الرجل يكون له الشريك فيظهر عليه قد اختان منه شيئاً، أله أن يأخذ منه مثل الذي أخذ من 7.

ص: 309

1- ما بين المعقوفين أضفناه من المصادر.

2- سنن أبي داؤد 3: 3383/256، سنن الدارقطني 3: 139/35، سنن البيهقي 6: 78، المستدرک - للحاكم - 2: 52، المغني و الشرح الكبير 5: 109.

3- ما بين المعقوفين أضفناه من بعض المصادر.

4- المصنّف - لابن أبي شيبة - 14: 18794/505، المعجم الكبير - للطبراني - 7: 6618/165 و 6619، سنن ابن ماجه 2: 2287/786، سنن البيهقي 6: 78، المستدرک - للحاكم - 2: 61، مسند أحمد 4: 15079/441، العزيز شرح الوجيز 5: 185.

5- صحيح البخاري 3: 184، المغني و الشرح الكبير 5: 109.

6- التهذيب 7: 817/185.

غير أن يبين ذلك؟ فقال: «شَوْه (1) لهما اشتراكاً بأمانة الله، وإنِّي لأحبُّ له إن رأي [منه] (2) شيئاً من ذلك أن يستر عليه، و ما أحبُّ له أن يأخذ منه شيئاً بغير علمه» (3).

و الأخبار في ذلك كثيرة من طُرق العامة و طُرق الخاصة.

و أما الإجماع: فإنه لا خلاف بين المسلمين في جوازها علي الجملة و إن اختلفوا في أنواع منها.

مسألة 141: الشركة علي أربعة أنواع: شركة العنان، و شركة الأبدان، و شركة المفاوضة، و شركة الوجوه.

فأما شركة العنان:

فإن يُخرج كلُّ مالاً و يمزجاه و يشترطا العمل فيه بأبدانهما.

و اختلفوا في أخذها من أيِّ شيء؟

فقيل: أُخذت من عنان الدابة إما لاستواء الشريكين في ولاية الفسخ و التصرف و استحقاق الربح علي قدر رأس المال، كاستواء طرفي العنان، أو تساوي الفارسين إذا سويًا بين فرسيهما و تساويا في السير (4) يكونان سواءً، و إما لأنَّ كل واحدٍ منهما يمنع الآخر من التصرف كما يشتهي و يريد، كما يمنع العنان الدابة، و إما لأنَّ الآخذ بعنان الدابة حبس إحدي يديه علي

ص: 310

1- الشَّوْه: قبح الوجه و الخلقه. لسان العرب 13: 508 «شوه».

2- ما بين المعقوفين أضفناه من المصدر.

3- التهذيب 7: 849/192.

4- في المغني 5: 124، و الشرح الكبير 5: 111 إضافة: «فإنَّ عنانيهما».

العنان، ويده الأخرى مطلقة يستعملها كيف شاء، كذلك الشريك بالشركة مَنَعَ نفسه عن التصرف في المشترك كما يشتهي وهو مطلق اليد والتصرف في سائر أمواله(1).

وقيل: هي مأخوذة من الظهور، يقال: عن الشيء إذا ظهر، إمّا لأنّه ظهر لكل واحدٍ منهما مال صاحبه، وإمّا لأنّه أظهر وجوه الشركة، ولذلك وقع الإجماع من العلماء علي صحّتها و اختلفوا في غيرها(2).

وقيل: إنّها مأخوذة من المعاظة، وهي المعارضة؛ لأنّ كلّ واحدٍ منهما يُخرج ماله في معارضة إخراج الآخر، فكلّ واحدٍ من الشريكين معارض لصاحبه بماله وفعاله(1).

وقال الفراء: إنّها مأخوذة من عن الشيء إذا عرض، يقال: عنّت لي حاجة إذا عرضت، فسُمّيت بذلك؛ لأنّ كلّ واحدٍ منهما عنّ له أن يشارك صاحبه(2).

وأما شركة الأبدان:

فإن يشارك اثنان أو أكثر فيما يكتسبون بأيديهم كالصُّنَاع يشتركون علي أن يعملوا في صناعتهم، فما رزق الله تعالى فهو بينهم علي التساوي أو التفاوت.

وأما شركة المفاوضة:

فهو أن يشاركا ليكون بينهما ما يكتسبان ويربحان ويلتزمان من عُرْمٍ ويحصل لهما من عُنْمٍ، فيلزم كلّ واحدٍ منهما ما يلزم الآخر من أرش جنائية و ضمان غصبٍ وقيمة متلفٍ و غرامةٍ ل ضمانٍ أو كفالةٍ، ويقاسمه فيما يحصل له من ميراثٍ أو يجده من ركازٍ أو لقطهٍ أو يكتسبه في تجارته بماله المختصّ به.

ص: 311

1- العزيز شرح الوجيز 5:186، المغني 5:124، الشرح الكبير 5:111.

2- حكاة عنه ابن هبيرة في الإفصاح عن معاني الصحاح 2:3، و ابناقدامة في المغني 5:124، و الشرح الكبير 5:111.

قال صاحب إصلاح المنطق: شركة المفوضة أن يكون مالهما من كل شيء يملكانه بينهما(1).

وأما شركة الوجوه:

فقد فسرت بمعانٍ أشهرها: إن صورتها أن يشترك اثنان وجهان عند الناس لا مال لهما لبيتاعا في الذمة إلي أجلٍ علي أن ما يبتاعه كل واحدٍ منهما يكون بينهما، فيبيعه ويؤدي الأثمان، فما فضل فهو بينهما(2).

وقيل: أن يبتاع وجهه في الذمة ويفوض بيعه إلي حاملٍ، ويشترط أن يكون الربح بينهما(3).

وقيل: أن يشترك وجهه لا مال له وخاملٌ ذو مالٍ ليكون العمل من الوجيه و المال من الخامل، ويكون المال في يده لا يسلمه إلي الوجيه، والربح بينهما(2).

وقيل: أن يبيع الوجيه مال الخامل بزيادة ربحٍ ليكون بعض الربح له(3).

مسألة 142: لا يصح شيء من أنواع الشركة،

سوي شركة العنان، وقد بيّنا أنّ شركة العنان جائزة، وعليه إجماع العلماء في جميع الأعصار.

وأما شركة الأبدان: فعندنا أنّها باطلة، سواء اتفق عملهما أو اختلف

ص: 312

1- تهذيب إصلاح المنطق 2:352، و حكاه عنه الطوسي في الخلاف 3:329، المسألة 5 من كتاب الشركة. (2 و 3) كما في العزيز شرح الوجيز 5:192، وروضة الطالبين 3:513.

2- هذا التفسير من القاضي ابن كج و الجويني كما في العزيز شرح الوجيز 5:192، وروضة الطالبين 3:513.

3- قاله الغزالي في الوجيز 1:187، و الوسيط 3:262، و عنه في العزيز شرح الوجيز 5:192، وروضة الطالبين 3:513.

بأن يكون كل واحدٍ منهما خياطاً ويشتركان في فعل الخياطة، أو يكون أحدهما خياطاً والآخر نجّاراً، ويعمل كل واحدٍ منهما في صنّعه، ويكون الحاصل بينهما، وسواء كانت الصنّعة البدئية في مالٍ مملوكٍ أو في تحصيل مالٍ مباح، كالاصطياد والاحتطاب والاحتشاش - و به قال الشافعي (1) - لأن كل واحدٍ منهما متميّزٌ ببدنه و منافعه، فيختص بفوائده، وهذا كما لو اشتركا في ماشيتهما وهي متميّزة ليكون الدرّ والنسل بينهما، فإنّه لا يصحّ.

ولأنّها شركة علي غير مالٍ، فلا يصحّ، كما لو اشتركا في الاحتطاب والاحتشاش، فإنّه لا يصحّ عند أبي حنيفة (2)، وكما لو اختلفت الصنعتان، 5.

ص: 313

-
- 1- الإشراف علي مذاهب أهل العلم 1:45/64، الإقناع: 128، الحاوي الكبير 6:479، المهذّب - للشيرازي - 1:353، بحر المذهب 8:127، الوجيز 1:187، الوسيط 3:262، حلية العلماء 5:97، التهذيب - للبغوي - 4:195-196 و 199، البيان 6:229 و 335، الإفصاح عن معاني الصحاح 2:4، العزيز شرح الوجيز 5:191، روضة الطالبين 3:509 و 512، منهاج الطالبين: 132، بداية المجتهد 2:255، الإشراف علي نكت مسائل الخلاف 2:604/1022، عيون المجالس 4:1184/1681، تحفة الفقهاء 3:11، بدائع الصنائع 6:57، الهداية - للمرغيناني - 3:10، روضة القضاة 2:3374/571، التنف 1:537، المغني 5:111، الشرح الكبير 5:186.
 - 2- الاختيار لتعليل المختار 3:23، تحفة الفقهاء 3:15، بدائع الصنائع 6:63، روضة القضاة 2:3384/573، الفقه النافع 3:720/995، فتاوي قاضيخان - بهامش الفتاوي الهندية - 3:624، مختصر اختلاف العلماء 4:1672/10، المبسوط - للسرخسي - 11:216، التنف 1:536، الهداية - للمرغيناني - 3:11، الإفصاح عن معاني الصحاح 2:5-6، الإشراف علي نكت مسائل الخلاف 2:604-1023/605، الحاوي الكبير 6:479، بحر المذهب 8:127، حلية العلماء 5:98، البيان 6:335، العزيز شرح الوجيز 5:191، المغني 5:111، الشرح الكبير 5:185.

ولأنّ الأصل استحقاق كلّ واحدٍ منهما أجره عمله واختصاصه بها، ونقله عنه يحتاج إلي دليلٍ ولم يتم.

وقال أبو حنيفة: شركة الأبدان صحيحة، إلا في الاحتطاب والاحتشاش والاعتنام والاصطياد. وبالجملة، فإنه سوغ الشركة في الصناعة، و منعها في اكتساب المباح؛ لأنّ مقتضى الشركة: الوكالة، ولا تصحّ الوكالة في هذه الأشياء؛ لأنّ مَنْ أخذها ملكها، ولأنّ أكثر ما في هذه الشركة أنّ كلّ واحدٍ منهما يتقبّل العمل لصاحبه ثمّ يشارك كلّ واحدٍ منهما صاحبه في المال الذي اكتسبه وإن لم يكن شاركه في نفس العمل، ومثل ذلك جائز، ألا ترى أنّ الرجل إذا استأجر قصاراً ليقصر له فسلم الثوب إليه، كان له أن يقصره بنفسه وبغيره، ويستحقّ هو الأجرة (2).6.

ص: 314

-
- 1- المدوّنة الكبرى 42:5، الإشراف علي نكت مسائل الخلاف 1024/605:2، بداية المجتهد 255:2، التفريع 206:2، التلقين: 414، عيون المجالس 4:1184/1680، الكافي في فقه أهل المدينة: 393، المعونة 2:1144، الحاوي الكبير 6:479، بحر المذهب 8:127، حلية العلماء 5:99، البيان 6:335، العزيز شرح الوجيز 5:191، مختصر اختلاف العلماء 4:1672/10، الإفصاح عن معاني الصحاح 2:4 و 5، المغني 5:113، الشرح الكبير 5:187.
 - 2- تحفة الفقهاء 3:11 و 15، بدائع الصنائع 6:57 و 63، الاختيار لتعليل المختار 3:17 و 23 و 25، روضة القضاة 2:571 و 3371/573 و 3372 و 3384، فتاوي قاضيخان - بهامش الفتاوي الهندية - 3:623-624، الفقه النافع 3:994 و 718/995 و 720، المبسوط - للسرخسي - 11:154-155 و 216، المحيط البرهاني 6:9-11، مختصر اختلاف العلماء 4:1672/10، الهداية - للمرغيناني - 3:10 و 11، التنف 1:535 و 536، الحاوي الكبير 6:479، بحر المذهب 8:127، حلية العلماء 5:98، البيان 6:335، العزيز شرح الوجيز 5:191، الإفصاح عن معاني الصحاح 2:4 و 5-6، المغني 5:111، الشرح الكبير 5:185-186.

و الأول ممنوع، إلا أنا لا نمنع (1) الشركة في هذه الأشياء وفي غيرها، و نمنع مساواتها للوكالة.

وقال مالك: تصح شركة الأبدان بشرط اتفاق الصنعتين؛ لأنه قال: إذا اتفقت الصنعتان تقارب الكسبان، و تدعو الحاجة إلي ذلك في الصنعة الواحدة دون الصنعتين؛ لأنّ التعاون في الصنعة أمر واقع غالباً (2).

و هو ممنوع؛ فإنّ الصانعين قد تختلف صنعتهما و تتفاوت و تتقارب في الجنسيتين، و أمّا الحاجة فالإجارة تكفي للاستعانة، فلا حاجة إلي الشركة.

وقال أحمد بن حنبل: تجوز شركة الأبدان في جميع الأشياء، سواء اختلفت الصنعتان أو اتفقت، و سواء كان في مالٍ أو في تحصيل مباح، كالاحتطاب و شبهه؛ لأنّ سعد بن أبي وقاص و عبد الله بن مسعود و عمّار بن ياسر اشتركوا فيما يگتتمونه، فأتى سعد بأسيرين و لم يأتيا بشيء، فأقرهم النبيّ صلي الله عليه و آله (3). قال أحمد: أشرك النبيّ صلي الله عليه و آله بينهم (4). 4.

ص: 315

-
- 1- في «ج» و الطبعة الحجرية: «و الأول مسلم إلا أنا نمنع». و الظاهر ما أثبتناه من «ث، خ، ر».
 - 2- المدونة الكبرى 42:5، الإشراف علي نكت مسائل الخلاف 604:2 و 1022/605 و 1024، بداية المجتهد 2:255، التفریع 2:206، التلقين: 414، المعونة 2:1144، عيون المجالس 4:1184/168، الكافي في فقه أهل المدينة: 392، الحاوي الكبير 6:479، بحر المذهب 8:127، حلية العلماء 5:99، البيان 6:335، العزيز شرح الوجيز 5:191، مختصر اختلاف العلماء 4:1672/10، الإفصاح عن معاني الصحاح 2:4 و 5.
 - 3- سنن ابن ماجة 2:2288/768، سنن أبي داؤد 3:3388/257، سنن النسائي 7:57 و 319، سنن الدارقطني 3:138/34.
 - 4- المغني 5:111-112، الشرح الكبير 5:185-187، الإشراف علي مذاهب أهل العلم 1:64-65/45، الحاوي الكبير 6:479، بحر المذهب 8:127، حلية العلماء 5:99، البيان 6:335، العزيز شرح الوجيز 5:191، الإفصاح عن معاني الصحاح 2:4-6، عيون المجالس 4:1184/1680.

و هو غلط؛ لأنّ غنائم بدر كانت لرسول الله صلي الله عليه وآله، فكان له أن يدفعها إلي من شاء، فيحتمل أن يكون فعل ذلك لهذا.

و أيضاً فالغنائم مشتركة بين الغانمين بحكم الله تعالى، فكيف يصح اختصاص هؤلاء بالشركة فيها؟

و أيضاً فلا نسلم أن سعاداً أعطاهم علي سبيل الوجوب، بل أراد التبرّع و الوفاء بالوعد الذي لا يجب إنجازه، أمّا علي سبيل اللزوم فلا.

و اعلم أنّ المذهب المشهور للشافعي ما نقلناه عنه أولاً من موافقة مذهبنا في بطلان شركة الأبدان(1).

و قال بعض الشافعيّة: إنّ للشافعي في هذه المسألة قولاً آخر: إنّها جائزة؛ لأنّ الشافعي قال في كتاب الإقرار: و لو أقرّ أحد الشريكين علي صاحبه بمالٍ قبيل إقراره، سواء كانا شريكين في المال أو العمل(2).

و قال غيره: هذا ليس بقولٍ آخر؛ لأنّه لا يتضمّن صحّة الشركة(3).

و عن أحمد رواية أخرى كمذهب مالك من صحّة شركة الأبدان مع اتّفاق الصنعة، و بطلانها مع الاختلاف؛ لأنّ مقتضي الشركة هنا أنّ ما تقبّل كلّ واحدٍ منهما من العمل لزمه و لزم صاحبه، و يطالب به كلّ واحدٍ منهما، فإذا تقبّل أحدهما شيئاً مع اختلاف صنائعهما، لم [يمكن] (4) للاّخر أن يقوم.

ص: 316

1- راجع ص 313، و كذا الهامش (1) منها.

2- بحر المذهب 127:8، حلية العلماء 98:5، البيان 335:6.

3- بحر المذهب 128:8، البيان 335:6.

4- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطيّة و الحجرية: «يكن». و المثبت من المصدر.

به، وكيف يلزمه عمله أم كيف يطالب بما لا قدرة له عليه؟! (1).

مسألة 143: و شركة المفاوضة عندنا باطلة،

وليس لها أصل في الشرع - وبه قال الشافعي و مالك (2) و إسحاق و أبو ثور (3) - لأنه عقد قد اشتمل علي غررٍ عظيم؛ لأن ما يلزم أحدهما من غرامة يلزم الآخر، و العقد يفسد بأقل من هذا غرراً، كبيع الثمرة قبل خروجها أو قبل بدو صلاحها عند جماعة (4)، و استئجار الأرض ببعض ما يخرج منها، و لهذا لا يصح بين المسلم و الكافر عندهم (5)، و لا بين الحرّ و المكاتب.

و قال أبو حنيفة و الثوري و الأوزاعي: إنها صحيحة (6). و رواه أصحاب

ص: 317

-
- 1- المغني 5:113، الشرح الكبير 5:187.
 - 2- لم نقف علي قول مالك فيما بين أيدينا من المصادر للعامة. نعم، حكاه عنه الطوسي في الخلاف 3:329، المسألة 5 من كتاب الشركة.
 - 3- الأم 3:231، الإشراف علي مذاهب أهل العلم 1:44/64، الحاوي الكبير 6:475، المهذب - للشيرازي - 1:353، بحر المذهب 8:126، الوجيز 1:187، الوسيط 3:262، حلية العلماء 5:99، التهذيب - للبعوي - 4:195-196، البيان 6:335، العزيز شرح الوجيز 5:191-192، روضة الطالبين 3:512، الإفصاح عن معاني الصحاح 2:4، المغني 5:139، الشرح الكبير 5:198، بداية المجتهد 2:254، المبسوط - للسرخسي - 11:153، مختصر اختلاف العلماء 4:1678/16، الهداية - للمرغيناني - 3:4.
 - 4- بحر المذهب 6:191، البيان 5:237، وراجع أيضاً ج 10، ص 350، الهامش (1 و 2).
 - 5- المغني 5:139، الشرح الكبير 5:199، بحر المذهب 8:127.
 - 6- تحفة الفقهاء 3:9، بدائع الصنائع 6:57، الاختيار لتعليل المختار 3:18، فتاوي قاضيخان - بهامش الفتاوي الهندية - 3:618، الفقه النافع 3:180/989، المبسوط - للسرخسي - 11:153، المحيط البرهاني 6:5، مختصر اختلاف العلماء 4:1678/15، الهداية - للمرغيناني - 3:4، الإشراف علي مذاهب أهل العلم 1:44/64، الحاوي الكبير 6:475، بحر المذهب 8:126، الوجيز 1:187، الوسيط 3:262، حلية العلماء 5:100، التهذيب - للبعوي - 4:199، البيان 6:336، العزيز شرح الوجيز 5:192، بداية المجتهد 2:254، عيون المجالس 4:1181/1673، الإفصاح عن معاني الصحاح 2:4، المغني 5:139، الشرح الكبير 5:198.

مالك عن مالك(1) أيضاً.

و شرط أبو حنيفةُ أموراً:

الأول: أن يكون الشريكان مسلمين حُرَّين، فلا تصحَّ شركة المفاوضة بين المسلم والكافر، ولا بين الكافرين، ولا بين الحُرِّ والعبد.

الثاني: أن يكون مالهما في الشركة سواءً.

الثالث: أن يستعملا لفظ المفاوضة، فيقولوا: تفاوضنا، أو: اشتركنا شركة المفاوضة.

الرابع: أن يستويا في قدر رأس المال.

الخامس: أن لا يملك واحد منهما من جنس رأس المال إلا ثلاثة أشياء: قوت يومه، و ثياب بدنه، و جارية يتسرِّي بها.

السادس: أن يُخرجا جميع ما يملكانه من جنس مال الشركة، وهو الدراهم و الدنانير؛ لأنَّ النبيَّ صلى الله عليه و آله قال: «إذا تفاوضتم فأحسنوا المفاوضة»(2) ولأنَّ هذه نوع شركةٍ يختصَّ باسمٍ، فكان فيها صحيح، كشركة العنان(3).2.

ص: 318

1- كما في بحر المذهب 8:126، و حلية العلماء 5:101، و راجع: المدونة الكبرى 5:68، و الإشراف علي نكت مسائل الخلاف 2:1025/605، و بداية المجتهد 2:254، و التلقين: 414، و عيون المجالس 4:1181/1673، و المعونة 2:1143، و الحاوي الكبير 6:475، و الوجيز 1:187، و الإفصاح عن معاني الصحاح 2:4 و 5، و المغني 5:139، و الشرح الكبير 5:198.

2- بحر المذهب 8:127، المغني 5:139، الشرح الكبير 5:199.

3- تحفة الفقهاء 3:9، بدائع الصنائع 6:60-62، الاختيار لتعليل المختار 3:18-19، روضة القضاة 2:562-563/3323، فتاوي قاضيخان - بهامش الفتاوي الهندية - 3:618-619، الفقه النافع 3:989-990/710-712، المبسوط - للسرخسي - 11:153 و ما بعدها، المحيط البرهاني 6:7-8، التنف 1:531، الهداية - للمرغيناني - 3:3-5، بحر المذهب 8:126، حلية العلماء 5:100، التهذيب - للبغوي - 4:200، البيان 6:336، العزيز شرح الوجيز 5:192، المغني 5:139، الشرح الكبير 5:198، الإفصاح عن معاني الصحاح 2:5.

و الحديث ممنوع؛ لأنه لم يروه [أصحاب] (1) السنن، ثم ليس فيه ما يدلّ علي أنه أراد هذا العقد، فيحتمل أنه أراد المفاوضة في الحديث، و لهذا روي فيه: «و لا تجادلوا فإنّ المجادلة من الشيطان» (2).

و القياس منقوض ببيع الحصاة، فإنّه لا يصحّ، و كذا بيع المنابذة، و غيرهما من البيوع الباطلة، فإنّها تختصّ باسم، و هي فاسدة، و لا يقتضي اختصاصها بالاسم الصحّة، مع قيام الفرق بين الأصل و الفرع، فإنّ شركة العنان تصحّ بين الكافرين، و الكافر و المسلم، بخلاف هذه الشركة.

و اعلم أنّ عند أبي حنيفة لشركة المفاوضة موجبات، فمنها: أن يشارك أحدهما صاحبه في جميع ما يكتسبه، و يشاركه فيما يلزمه من الغرامة، كالغصب و الكفالة، و إذا ثبت لأحدهما شفعةً شاركه صاحبه، و ما ملكه أحدهما يارثُ أو هبة لا يشاركه الآخر فيه، فإن كان فيه من جنس رأس المال شيءٌ فسدت شركة المفاوضة، و انقلبت إلي شركة العنان، و ما لزم أحدهما بغصبٍ أو بيعٍ فاسدٍ أو إتلافٍ كان مشتركاً، إلّا الجناية علي الحرّ، و بدل الخلع، و الصداق إذا لزم أحدهما لم يؤاخذ به الآخر (3).2.

ص: 319

1- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطيّة و الحجرية: «صاحب». و المثبت هو الصحيح.

2- بحر المذهب 127:8، المغني 139:5، الشرح الكبير 200:5.

3- تحفة الفقهاء 9:3، الاختيار لتعليل المختار 19:3-20، روضة القضاة 2:3327/564 و 3328 و 3331، الفقه النافع 3:712/990، التنف 1:532-533، الهداية - للمرغيناني - 3:5، بحر المذهب 8:126، حلية العلماء 5:100، التهذيب - للبخاري - 4:200، البيان 6:336، العزيز شرح الوجيز 5:192، الإفصاح عن معاني الصحاح 2:5.

قال الشافعي في اختلاف أبي حنيفة و ابن أبي ليلى: لا أعلم شيئاً في الدنيا يكون باطلاً إن لم تكن شركة المفاوضة باطلة (1) ، يعني لما فيها من أنواع الغرر و الجهالات الكثيرة.

مسألة 144: شركة الوجوه عندنا باطلة

- و به قال الشافعي و مالك (2) - لما تقدّم في شركة الأبدان.

و قال أبو حنيفة: إنها صحيحة؛ لما تقدّم من أنّها نوع شركةٍ اختصّت باسم (3) ، و قد سبق (4).

ص: 320

-
- 1- الأم 134:7، الحاوي الكبير 475:6، التهذيب - للبخاري - 200:4، البيان 336:6.
- 2- الإشراف علي مذاهب أهل العلم 46/66:1، الحاوي الكبير 477:6، المهذب - للشيرازي - 353:1، بحر المذهب 128:8، الوسيط 262:3، حلية العلماء 102:5، التهذيب - للبخاري - 199:4، البيان 337:6، العزيز شرح الوجيز 192:5، روضة الطالبين 513:3، الإفصاح عن معاني الصحاح 4:2 و 6، الإشراف علي نكت مسائل الخلاف 1027/605:2، بداية المجتهد 255:2، الذخيرة 48:8، عيون المجالس 1185/1681:4، المعونة 1144:2، تحفة الفقهاء 10:3، بدائع الصنائع 57:6، روضة القضاة 3379/572:2، الهداية - للمرغيناني - 11:3، المبسوط - للسخسي - 154:11.
- 3- تحفة الفقهاء 10:3، بدائع الصنائع 57:6، الاختيار لتعليل المختار 25:3، روضة القضاة 571:2-3378/572، فتاوي قاضيخان - بهامش الفتاوي الهندية - 623:3، الفقه النافع 719/994:3، مختصر اختلاف العلماء 1671/9:4، المبسوط - للسخسي - 154:11، المحيط البرهاني 9:6، الهداية - للمرغيناني - 11:3، الحاوي الكبير 477:6، بحر المذهب 128:8، حلية العلماء 102:5، التهذيب - للبخاري - 199:4، البيان 337:6، الإشراف علي نكت مسائل الخلاف 1027/606:2، بداية المجتهد 255:2، الذخيرة 48:8، عيون المجالس 1185/1681:4، الإفصاح عن معاني الصحاح 4:2 و 6.
- 4- في ص 318.

إذا عرفت هذا، فإن أذن أحدهما للآخر في الشراء، فاشترى لهما، وقع الشراء عنهما، و كانا شريكين؛ لأنه وكيل له اشترى له بإذنه، ويشترط فيه اعتبار شرائط الوكالة؛ لما رواه داود الأزراري عن الصادق عليه السلام، قال:

سألته عن رجل اشترى بيعاً ولم يكن عنده نقد فأتي صاحِباً له، فقال: انقد عني و الربح بيني و بينك، فقال: «إن كان ربح فهو بينهما، و إن كان نقصان فعليهما»(1).

و عن إسحاق بن عمّار عن العبد الصالح الكاظم عليه السلام، أنه قال:

الرجل يدلّ (2) الرجل علي السلعة فيقول: اشتراها ولي نصفها، فيشترىها الرجل و ينقد من ماله، قال: «له نصف الربح» قلت: فإن وضع يلحقه من الوضيعة شيء؟ قال: «عليه من الوضيعة كما أخذ من الربح»(3).7.

ص: 321

1- التهذيب 7: 822/186.

2- في النسخ الخطيّة و الحجرية: «يدخل» بدل «يدلّ». و المثبت كما في المصدر.

3- الفقيه 3: 139-140/612، التهذيب 7: 824/187.

إشارة

وهي ثلاثة:

الركن الأول: المتعاقدان.

إشارة

ويشترط في كلٍّ منهما البلوغ والعقل والاختيار والقصد وجواز التصرف. والضابط: أهلية التوكّل والتوكيل؛ لأنّ كلّ واحدٍ من الشريكين متصرف في جميع المال، أمّا فيما يخصّه: فبحقّ الملك، وأمّا في مال غيره: فبحقّ الإذن من ذلك الغير، فهو وكيل عن صاحبه و موكّل لصاحبه بالتصرف في ماله، فلا تصحّ وكالة الصبي؛ لعدم اعتبار عبارته في نظر الشرع، ولا المجنون؛ لذلك، ولا السفية ولا المكره ولا الساهي والغافل والنائم، ولا المفلس المحجور عليه؛ لأنّه ممنوع من جهة الشرع من التصرف في أمواله.

ولا فرق بين أن يأذن مَنْ له الولاية عليهم في ذلك أو لا، إلّا المفلس، فإنّه إذا أذن له الحاكم في التوكيل أو التوكّل جاز، وكذا السفية.

مسألة 145: يكره مشاركة المسلم لأهل الذمة من اليهود والنصارى والمجوس وغير أهل الذمة من سائر أصناف الكفار

عند علمائنا - وبه قال الشافعي (1) - لما رواه العامّة عن عبد الله بن عباس أنّه قال: أكره أن يشارك المسلم اليهودي (2)، ولم يُعرف له مخالف في الصحابة.

ومن طريق الخاصّة: ما رواه ابن رثاب - في الصحيح - عن

ص: 323

1- الإشراف علي مذاهب أهل العلم 1: 49/67، بحر المذهب 8: 120، المهذب - للشيرازي - 1: 352، الوسيط 3: 265، حلية العلماء 5: 92، البيان 6: 327، العزيز شرح الوجيز 5: 186، روضة الطالبين 3: 510، المغني والشرح الكبير 5: 110.

2- بحر المذهب 8: 120، البيان 6: 327، المغني والشرح الكبير 5: 110.

الصادق عليه السلام قال: «لا ينبغي للرجل المسلم أن يشارك الذمي ولا يبضعه بضاعة ولا يودعه وديعة ولا يضافيه المودة»(1).

ولأن أموال اليهود والنصارى ليست بطيبة؛ فإنهم يبيعون الخمر ويتعاملون بالربا، فكرهت معاملتهم.

وقال الحسن البصري والثوري وأحمد بن حنبل: لا بأس بمشاركة اليهودي والنصراني، ولكن لا يخلو اليهودي والنصراني بالمال دونه [و] يكون هو الذي يليه؛ لما رواه العامة عن عطاء قال: نهى رسول الله صلى الله عليه وآله عن مشاركة اليهودي والنصراني، إلا أن يكون الشراء والبيع بيد المسلم(2).

ومن طريق الخاصة: ما رواه السكوني عن الصادق عليه السلام: إن أمير المؤمنين عليه السلام كره مشاركة اليهودي والنصراني والمجوسي إلا أن تكون تجارة حاضرة لا يغيب عنها(3).

ولأن العلة في كراهة ما خلوا به معاملتهم بالربا وبيع الخمر والخنزير، وهذا منتفٍ فيما حضره المسلمون أو تولّوه بأنفسهم(4).

والخبران ممنوعان بضعف السند، مع أنّا نقول بموجبهما، وهو أن يكون المال أصله من المسلم بأن يبيعه في ذمته ويعامل به بالوكالة من غير أن يباشر الكافر التصرف، أمّا إذا كان للكافر مال، فإن المعنى الذي استخرجوه في المنع ثابت فيه؛ لأن أصل أموالهم من التصرفات المحرّمة.

والذي احتجوا به - من كون النبي صلى الله عليه وآله قد عاملهم، ورهن درعه عند5.

ص: 324

1- الكافي 5:286 (باب مشاركة الذمي) ح 1، الفقيه 3:638/145، التهذيب 7:815/185.

2- المغني والشرح الكبير 5:110.

3- الكافي 5:286 (باب مشاركة الذمي) ح 2، التهذيب 7:816/185.

4- بحر المذهب 8:120، حلية العلماء 5:93، البيان 6:327، المغني 5:109-110، الشرح الكبير 5:110.

يهوديّ علي شعيرٍ أخذه لأهله(1)، وأرسل إلي آخر يطلب منه قرصاً إلي الميسرة(2)، وأضافه يهوديّ(3)، و النبيّ صلي الله عليه وآله لا يأكل ما ليس بطيب(4) - لا حجّة فيه؛ لجواز أن يكون عليه السلام علم الطيب في ذلك خاصّةً، وهذا المعني غير ثابتٍ في حقّ غيره.

مسألة 146: لو شاركه المسلم فعلً مكروهاً، فإذا اشترى شيئاً بمال الشركة كان علي أصل الإباحة مع جهالة المسلم بالحال أو علمه بالحال،

أمّا لو علم أنه اشترى به أو عامل في الحرام كالربا وبيع المحرّمات، فإنّه يقع فاسداً، وعلي الذمّي الضمان؛ لأنّ عقد الوكيل يقع عندنا للموكل، والمسلم لا يثبت ملكه علي الخمر والخنزير، فأشبه ما لو اشتراه المسلم نفسه، وأمّا ما خفي أمره ولم يعلم حاله فالأصل إباحته وحلّه.

وأمّا المجوس فحكمهم حكم أهل الذمّة في كراهة مشاركتهم.

وقال أحمد: يكره معاملة المجوس و مشاركتهم - وإن نفي كراهة مشاركة أهل الذمّة - لأنّ المجوس يستحلّون ما لا يستحلّه الذمّي(5).

ولا خلاف في أنّه لو عامل المسلم أحد هؤلاء أو شاركهم فإنّه يكون تصرّفاً صحيحاً؛ للأصل.

إذا عرفت هذا، فليس بعيداً من الصواب كراهة مشاركة مَنْ لا يتوقّي المحرّمات - كالربا و شراء الخمر - من المسلمين أيضاً؛ لوجود المقتضي

ص: 325

1- صحيح البخاري 3:186، سنن ابن ماجة 2:2437/815، سنن البيهقي 6:36، مسند أحمد 1:3399/596، و 3:11952/591.

2- سنن الترمذي 3:1213/518، سنن النسائي 7:294، سنن البيهقي 6:25، مسند أحمد 4:13147/130.

3- مسند أحمد 4:12789/75.

4- المغني والشرح الكبير 5:110.

5- المغني 5:109 و 110-111، الشرح الكبير 5:110 و 111.

في أهل الذمة فيهم.

الركن الثاني: الصيغة.

إشارة

قد بيّنا أنّ الأصل عصمة الأموال علي أربابها و حفظها لهم، فلا يصحّ التصرّف فيها إلا بإذنهم، وإثما يُعلم الرضا و الإذن باللفظ الدالّ عليه، فاشترط اللفظ الدالّ علي الإذن في التصرّف و التجارة، فإن أذن كلّ واحدٍ منهما لصاحبه صريحاً فلا خلاف في صحّته.

و لو قال كلّ منهما: اشتركتنا، و اقتصرنا عليه مع قصدهما الشركة بذلك، فالأقرب: الاكتفاء به في تسلّطهما علي التصرّف به من الجانبين؛ لفهم المقصود عرفاً، و هو أظهر وجهي الشافعيّة، و به قال أبو حنيفة.

و الثاني: إنّه لا يكفي؛ لقصور اللفظ عن الإذن، و احتمال قصد الإخبار عن حصول الشركة في المال عن غير الاختيار بأن يمتزج المالان بغير رضاهما، و لا- يلزم من حصول الشركة جواز التصرّف، فإنّهما لو ورثا مالاً أو اشترياه صفقةً واحدةً فإنّهما يملكانه بالشركة، و ليس لأحدهما أن يتصرّف فيه إلا بإذن صاحبه، و به قال أكثر الشافعيّة (1).

و لو أذن أحدهما لصاحبه في التصرّف في جميع المال و لم يأذن الآخر، تصرّف المأذون في الجميع، و ليس للآخر أن يتصرّف إلا في نصيبه مشاعاً.

و كذا لو أذن لصاحبه في التصرّف في الجميع و قال: أنا لا أتصرّف إلا في نصيبي.

مسألة 147: الشركة قد تقع بالاختيار، و قد تقع بالإيجاب،

إشارة

كما تقدّم، و كلامنا في الشركة المستندة إلي الاختيار، و هي قد تحصل بمزج المالين

ص: 326

1- الوسيط 3:265، العزيز شرح الوجيز 5:187، روضة الطالبين 3:510.

بالاختيار من غير لفظ، فلو امتزج المالان برضاهما حصلت الشركة الاختيارية وإن لم يكن هناك لفظ، وأما التصرف والإذن فيه والمنع منه فذاك حكم زائد علي مفهوم الشركة.

ولو شرط أحدهما علي الآخر أن لا يتصرف إلا في نصيبه، لم يصح العقد؛ لما فيه من الحجر علي المالك في ملكه.

ثم الإذن قد يكون عاماً بينهما بأن يأذن كلُّ منهما لصاحبه في التصرف في جميع المال و التجارة به في جميع الأجناس أو فيما شاء منهما.

وقد يكون خاصاً، كما لو أذن كلُّ منهما لصاحبه في التجارة في جنسٍ واحد أو في بلدٍ واحد بعينه، فلا يجوز لأحدهما التخطي إلي غيره، إلا إذا استلزمه عرفاً.

وقد يكون عاماً لأحدهما و خاصاً للآخر، فلن عمم الإذن له التصرف فيما شاء، وأما الآخر فلا يجوز له أن يتعدّي المأذون.

ولا خلاف في ذلك كله، إلا في صورة التعميم منهما أو من أحدهما، فإن للشافعية وجهاً ضعيفاً فيه: إنه لا يجوز الإطلاق، بل لا بد من التعيين(1).

تذنب: لو استعمال لفظ المفاوضة و قصدا شركة العنان، جاز

- و به قال الشافعي(2) - لأن الكناية هنا معتبرة كالصريح.

الركن الثالث: المال.

مسألة 148: يشترط في المال المعقود عليه الشركة أن يكون متساوي الجنس

بحيث لو مزجا ارتفع الامتياز بينهما و حصل الاشتباه بينهما، سواء

ص: 327

1- العزيز شرح الوجيز 5:187، روضة الطالبين 3:510.

2- العزيز شرح الوجيز 5:192، روضة الطالبين 3:512-513.

كان المال من الأثمان أو العروض، كما لو مزجا ذهباً بذهبٍ مثله أو فضةً بفضةً يمثلها أو حنطةً بمثلها أو دخناً بمثلته، إلى غير ذلك ممّا يرتفع فيه المائز بينهما.

ولا - خلافاً في أنّه يجوز جعل رأس المال الدراهم والدنانير؛ لأنّهما أثمان الأموال والبياعات، ولم يزل الناس يشتركون فيهما من زمن النبيّ صلي الله عليه وآله إلي وقتنا هذا من غير أن يُنكره أحد في صُفْعٍ من الأصقاع أو عصرٍ من الأعصار، فكان إجماعاً.

وأما العروض فعندنا تجوز الشركة فيها مع الشرط المذكور، سواء كانت من ذوات الأمثال أو من ذوات القِيم - وبه قال مالك(1) - لأنّ الغرض من الشركة أن يملك أحدهما نصفَ مال الآخر، وتكون أيديهما عليه، وهذا موجود في العروض، فصحت الشركة فيها.

وكره ابن سيرين ويحيى بن أبي كثير والثوري والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي الشركة في العروض، ومنع الشافعي وأبو حنيفة من الشركة في العروض التي ليست من ذوات الأمثال؛ لأنّ الشركة لا تخلو إمّا أن تكون واقعةً علي الأعيان أو أثمانها أو قيمتها.

والأول باطل؛ لأنّ الشركة توجب أن لا يتميّز مال أحدهما عن الآخر، وأن يرجع عند المفاصلة(2) إلي رأس المال ولا [مثل](3) لهما فيرجع.

ص: 328

1- المدوّنة الكبرى 5:54، الإشراف علي نكت مسائل الخلاف 2:1019/603، بداية المجتهد 2:252، التفرّيع 2:205، الذخيرة 8:43، عيون المجالس 4:1181/1675، المعونة 2:1144، بحر المذهب 8:122، حلية العلماء 5:93، البيان 6:328، المغني 5:125، الشرح الكبير 5:112، تحفة الفقهاء 3:6، بدائع الصنائع 6:59، مختصر اختلاف العلماء 4:1664/5، المبسوط - للسرخسي - 11:160، الهداية - للمرغيناني - 3:6.

2- أي: عند فصل الشركة.

3- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطيّة والحجريّة: «مال». وما أثبتناه من بعض المصادر.

إليه، وقد تزيد قيمة جنس أحدهما دون الآخر فيستوعب بذلك جميع الربح، أو تنقص قيمته فيؤدّي ذلك إلي أن [يشاركه] (1) الآخر في ثمن ملكه الذي ليس بربحٍ [وأنّ ما يتلف] (2) من مال الشركة يختصّ به أحدهما، وهو مالك العين، فيبطل الرجوع إلي أعيانها.

و الثاني - وهو أن تكون الشركة واقعةً علي أثمانها - فهو باطل أيضاً؛ لأنّ الأثمان معدومة حال العقد ولا يملكها، ولأنّ إن أراد ثمنها الذي اشتراها به فقد خرج عن ملكه، وإن أراد ثمنها الذي يبيعها به فهو باطل أيضاً؛ لأنّ ذلك يكون مضاربةً معلقةً بشرطٍ، وهو بيع الأعيان، ويكون أيضاً عقد الشركة علي ما لا يملكه حال العقد، ويكون أيضاً عقد الشركة قد وقع علي مالٍ مجهول.

و الثالث - وهو أن تكون الشركة واقعةً علي القيمة - فإنّه باطل أيضاً؛ لأنّ القيمة ليست ملكهما، وهي مجهولة أيضاً، ولأنّ القيمة قد تزيد في أحدهما قبل بيعه، فيشاركه الآخر في ثمن العين التي هي ملكه (3).

و هو غلط؛ فإنّا نقول: الشركة تقع في الأعيان، و الرجوع في 1.

ص: 329

- 1- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطيّة و الحجرية: «يشارك». و الظاهر ما أثبتناه كما في بعض المصادر.
- 2- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطيّة و الحجرية: «و إن تلف». و الظاهر ما أثبتناه من بحر المذهب.
- 3- الإشراف علي مذاهب أهل العلم 1: 43/63، الحاوي الكبير 6: 473-474، المهذب - للشيرازي - 1: 352، بحر المذهب 8: 122، حلية العلماء 5: 93، التهذيب - للبغوي - 4: 197، البيان 6: 327-328، العزيز شرح الوجيز 5: 88 و 190، روضة الطالبين 3: 511، الإشراف علي نكت مسائل الخلاف 2: 1019/603، المغني 5: 124-125، الشرح الكبير 5: 112 و 113، روضة القضاة 2: 3350/567، المبسوط - للسرخسي - 11: 160.

المفاصلة كالرجوع عند الامتزاج بغير الاختيار.

مسألة 149: و تجوز الشركة في العروض التي هي من ذوات الأمثال،

إشارة

عند علمائنا، وبه قال مالك(1).

وللشافعي قولان - وعن أحمد روايتان(2) :-

أحدهما مثل ما قلناه؛ لما تقدّم(3).

والثاني: المنع؛ فإنه لا تصحّ الشركة إلا علي أحد النقدين، كالمضاربة(4).

وهو غلط؛ لأنّ هذا مالّ له مثل، فصحّ عقد الشركة عليه إذا لم يتميّز، كالنقود، ولأنّ هذا يؤمن فيه المعاني السابقة المانعة من الشركة فيما لا مثل له؛ لأنّه متي تغيّرت قيمة أحدهما تغيّرت قيمة الآخر، بخلاف المضاربة؛ لأنّه ربما زادت قيمة جنس رأس المال، فانفرد ربّ المال بجميع الربح، ولأنّ حقّ العامل محصور في الربح، فلا بدّ من تحصيل رأس المال ليوزّع الربح، وفي الشركة لا حاجة إليه، بل كلّ المال يُوزّع عليهما علي قدر ماليهما.

تذنيب: إذا اشتركا فيما لا مثل له كالثياب، وحصل المزج الرافع للامتياز، تحققت الشركة،

و كان المال بينهما، فإن علّمت قيمة كلّ واحدٍ منهما، كان الرجوع إلي نسبة تلك القيمة، وإلا تساويا؛ عملاً بأصالة التساوي.

ص: 330

-
- 1- راجع الهامش (1) من ص 328.
 - 2- المغني 5:124 و 125، الشرح الكبير 5:112.
 - 3- في المسألة السابقة.
 - 4- المهذّب - للشيرازي - 1:352، بحر المذهب 8:124-125، حلية العلماء 5:93-94، التهذيب - للبعوي - 4:197-198، البيان 6:328، العزيز شرح الوجيز 5:188، روضة الطالبين 3:511، روضة القضاة 2:3349/566.

وقال مالك: يكون رأس المال ثمنهما(1).

وليس بمعتدٍ.

مسألة 150: لا نصح الشركة إلا بمزج المالين و عدم الامتياز بينهما،

عند علمائنا، و به قال زفر(2)، فالخلطة شرط في صحّة الشركة، و متي لم يخلطاه لم تصحّ، و به قال الشافعي(3)، حتي لو تلف مال أحدهما لم يكن له نصيب في ربح مال الآخر؛ لأنّ مال كلّ واحدٍ منهما يتلف منه دون صاحبه، فلم تتعد الشركة عليه، كما لو كان من المكيل.

وقال أبو حنيفة: ليس من شرط الشركة خلطُ المالين، بل متي أخرجنا المالين وإن لم يمزجاه و قالوا: قد اشتركتنا، انعقدت الشركة؛ لأنّ الشركة إنّما هي عقد علي التصرف، فلا يكون من شرطها الخلطة، كالوكالة(4).

ص: 331

- 1- الإشراف علي نكت مسائل الخلاف 2:1019/603، بحر المذهب 8:122، حلية العلماء 5:93، البيان 6:328.
- 2- تحفة الفقهاء 3:6، بدائع الصنائع 6:60، الاختيار لتعليل المختار 3:21، المبسوط - للسرخسي - 11:152، المحيط البرهاني 6:7، مختصر اختلاف العلماء 4:1665/6، الهداية - للمرغيناني - 3:9.
- 3- الإشراف علي مذاهب أهل العلم 1:37/61، الحاوي الكبير 6:473 و 481-482، المهذب - للشيرازي - 1:352، بحر المذهب 8:130، الوسيط 3:261، حلية العلماء 5:94، التهذيب - للبعوي - 4:196، البيان 6:331، العزيز شرح الوجيز 5:188، روضة الطالبين 3:511، الإشراف علي نكت مسائل الخلاف 2:1020/604، بداية المجتهد 2:253، عيون المجالس 4:1182/1678، بدائع الصنائع 6:60، روضة القضاة 2:3352/567، المبسوط - للسرخسي - 11:152، مختصر اختلاف العلماء 4:1665/7، الهداية - للمرغيناني - 3:9، المغني 5:128، الشرح الكبير 5:117.
- 4- تحفة الفقهاء 3:6، بدائع الصنائع 6:60، الاختيار لتعليل المختار 3:20-21، روضة القضاة 2:3351/567، فتاوي قاضيخان - بهامش الفتاوي الهنديّة - 3:613، الفقه النافع 3:716/993، المبسوط - للسرخسي - 11:152، المحيط البرهاني 6:7، مختصر اختلاف العلماء 4:1665/6، الهداية - للمرغيناني - 3:9، الحاوي الكبير 6:482، بحر المذهب 8:130، حلية العلماء 5:94، التهذيب - للبعوي - 4:197، البيان 6:331، الإشراف علي نكت مسائل الخلاف 2:1020/603، بداية المجتهد 2:253، عيون المجالس 4:1182/1678، المغني 5:128، الشرح الكبير 5:117.

و الفرق ظاهر؛ فإنّ الوكالة ليس من شرطها أن يكون من جهة الوكيل مال، بخلاف الشركة.

وقال مالك: ليس من شرط الشركة الخلطة و المزج، بل من شرطها أن تكون يدهما علي المالين أو يد وكيلهما بأن يجعل في حانوتٍ لهما أو في يد وكيلهما دون الخلط؛ لأنّ أيديهما علي المال، فصحت الشركة، كما لو خلطاه(1).

و الفرق: إنّ المال بالخلط يصير مشتركاً، فيوجد فيه الاشتراك، بخلاف ما إذا لم يمتزجا.

مسألة 151: قد يتنا أنه لا تصح الشركة إلا مع المزج الرافع للامتياز،

فلو أخرج أحد الشريكين دنانير و الآخر دراهم لم تعتقد الشركة و إن خلطاهما؛ للامتياز بينهما حالة المزج، و لو تلف أحدهما قبل التصرف تلف من صاحبه، و تعدّر إثبات الشركة في الباقي، و به قال الشافعي(2)، و قد سبق

ص: 332

-
- 1- الإشراف علي نكت مسائل الخلاف 2:1020/603، بداية المجتهد 2:253، عيون المجالس 4:1182/1678، مختصر اختلاف العلماء 4:1665/6، بحر المذهب 8:130، حلية العلماء 5:95، البيان 6:331، المغني 5:128، الشرح الكبير 5:117.
 - 2- الإشراف علي مذاهب أهل العلم 1:42/63، الحاوي الكبير 6:481، المهذب - للشيرازي - 1:352، بحر المذهب 8:123 و 130، التهذيب - للبخاري - 4:196-197، البيان 6:330، العزيز شرح الوجيز 5:188-189، روضة الطالبين 3:511، روضة القضاة 2:3353/567، المبسوط - للسرخسي - 11:152-153، المحيط البرهاني 6:7، المغني 5:127، الشرح الكبير 5:118، الإفصاح عن معاني الصحاح 2:3-4.

دليله.

وقال أبو حنيفة: تنعقد الشركة؛ لأنهما يجريان مجري الجنس الواحد؛ لأنهما قيم المتلفات وأروش الجنایات، ولأنه لا يوجب المزج، بل تقول: تنعقد الشركة بالقول وإن لم يخلط المالين بأن يُعَيَّنَا المال ويُحضراه ويقولوا: قد تشاركنا في ذلك(1).

وهو غلط؛ لأنهما مالان لا يختلطان، وهما متميزان، فلا يصح عقد الشركة عليهما كالعروض.

وما ذكره فليس بصحيح؛ لأنهما يجريان في حكم الربا مجري الجنسين عند جماعة، ولأن الاعتبار بما ذكرناه، دون الجنس الواحد.

وأحمد وافق أبا حنيفة في عدم اشتراط اتفاق الجنسين، بل يجوز أن يُخرج أحدهما دنانير والآخر دراهم، وهو منقول عن الحسن وابن سيرين(2).

مسألة 152: ولا بد مع اتفاق الجنس من اتفاق الأوصاف

بحيث لا يتمييز أحدهما عن الآخر، فلو تمييز مال أحدهما من مال الآخر وأمكن تخليصه منه بعينه بعد المزج، لم تصح الشركة، بأن تختلف السكّة أو يُخرج أحدهما صحاحاً والآخر مكسرةً، أو أحدهما مستويةً والآخر معوجةً، أو أُخرج أحدهما دراهم عتيقة أو سوداً والآخر حديثةً أو بيضاء؛

ص: 333

1- الفقه النافع 3:715/993، الحاوي الكبير 6:481، بحر المذهب 8:123، البيان 6:330، الإفصاح عن معاني الصحاح 2:3، وراجع الهامش (4) من ص 331.

2- المغني 5:127، الشرح الكبير 5:118، الإشراف علي مذاهب أهل العلم 1:62-63/42.

لعدم حصول شرط الصحّة، و هو الاشتباه بعد المزج.

وقد وافقنا الشافعي في الصحاح و المكسرة(1).

و لأصحابه في السوداء و البيضاء قول بالجواز مع اختلافهما بالأمرين(2).

وقد بيّنّا جواز الشركة في العروض.

و للشافعي في ذوات الأمثال قولان(3) الوسيط 3:261، العزيز شرح الوجيز 5:189، روضة الطالبين 3:508.(4).

فعلي الجواز يشترط اتفاق المالكين في الجنس و الوصف، فلو مزج الحنطة الحمراء بالبيضاء، لم تصح الشركة؛ لإمكان التمييز و إن شقّ و عسر التخليص.

وقال بعض الشافعية: تصحّ الشركة هنا؛ لأنّ الناس يعدّون ذلك خلطاً(4).

و هو ممنوع إن أراد المزج الرافع للتمييز و عدم اعتباره غيره.

مسألة 153: لا يشترط تقدّم

مسألة 153: لا يشترط تقدّم(5) العقد علي الخلط،

بل لو مزجا المالكين ثمّ أذن كلّ منهما في التصرف و عقدا الشركة صحّت المشاركة بينهما، سواء وقع الإذن في مجلس المزج أو في غيره - و هو أحد وجوه الشافعي - لأنّ الشركة في الحقيقة توكيل و توكل، و لو حصل ذلك بعد المزج صحّ فكذا هنا.

ص: 334

-
- 1- الحاوي الكبير 6:481، المهذب - للشيرازي - 1:352، بحر المذهب 8:130، التهذيب - للبخاري - 4:196-197، البيان 6:330، العزيز شرح الوجيز 5:189، روضة الطالبين 3:511، منهاج الطالبين: 132، روضة القضاة 2:3353/567.
 - 2- العزيز شرح الوجيز 5:189.
 - 3- راجع الهامش
 - 4- من ص 330.
 - 5- في «ث، ر، خ»: «تقديم».

ولو وجد التوكيل والمِلْكان متميَّزان ثم فُرض الاختلاط، لم تنقطع الوكالة.

نعم، لو قيّد الإذن بالتصرّف في المال الفردي (1)، فلا بدّ من تجديد الإذن.

و الوجه الثاني له: المنع - وهو الأظهر عندهم - إذ لا اشتراك عند العقد.

و الثالث: إنّه يجوز إن وقع المزج في مجلس العقد؛ لأنّ المجلس كنفس العقد، فإن تأخّر لم يجز (2).

و لو ورثا عروضاً أو اشتريها، فقد ملكاها شائعةً، وذلك أبلغ من الخلط، بل الخلط إنّما اكتفي به لإفادته الشيوخ، فإذا انضمّ إليه الإذن في التصرف صحّ وتمّ العقد.

مسألة 154: إذا أراد الشريكان الشركة في الأعيان المختلفة الجنس، باع كلُّ منهما نصفَ العين التي له بنصف العين التي لصاحبه،

أو نقلها إليه بوجهٍ آخر شرعيّ، ثم يأذن كلُّ منهما لصاحبه في التصرف، فيصيرا شريكين.

و إنّما احتاج إلي الإذن؛ لأنّ عقد البيع الذي حصل بينهما لا يفيد الإذن في التصرف.

و كذا تتحقّق الشركة بينهما لو اشتريا معاً سلعةً من ثالثٍ بثمنٍ عليهما، فيدفع كلّ واحدٍ منهما العين التي في يده عوضاً عمّا يخصّه من الثمن، فيكون كلّ واحدٍ منهما شريكاً في العين، ثم يأذن كلّ واحدٍ منهما لصاحبه في التصرف.

ص: 335

1- الظاهر: «المفرد».

2- العزيز شرح الوجيز 5:189، روضة الطالبين 3:508.

وقال بعض الشافعية: إنه يصير العرضان مشتركين ويملكان التصرف بحكم الإذن، إلا أنه لا تثبت أحكام الشركة في الثمن حتى يستأنفا عقداً وهو ناص (1).

وجمهور الشافعية قائلون بثبوت الشركة وأحكامها علي الإطلاق (2).

ولو لم يتبايعا العرضين ولكن باعاهما بعرضٍ أو نقدٍ، ففي صحة البيع للشافعية قولان (3).

ونحن اخترنا الصحة علي ما تقدم، فيكون الثمن مشتركاً بينهما إما علي التساوي أو التفاوت بحسب قيمة العرضين، فيأذن كل واحد منهما للآخر في التصرف.

مسألة 155: لا يشترط في الشركة تساوي المالين في القدر،

بل يجوز أن يكون مال أحدهما أكثر من مال الآخر - وبه قال الحسن والشعبي وأحمد وإسحاق وأصحاب الرأي، وهو أحد قولَي الشافعية (1) - لأنهما مالان إذا خلطا اختلطاً، فجاز عقد الشركة عليهما، كما لو كانا سواءً.

وقال بعض الشافعية: لا تجوز الشركة حتي يستوي المالان في القدر؛ لأن الشافعي شرط أن يُخرج أحدهما مثل ما يُخرج الآخر، ولأن الربح يحصل بالمال والعمل، ولا يجوز أن يختلف الربح بينهما مع استوائهما في المال، فكذا أيضاً لا يجوز أن يختلفا في الربح مع استوائهما

ص: 336

1- المغني 5:127، الشرح الكبير 5:118، الاختيار لتعليل المختار 3:22، بدائع الصنائع 6:62، فتاوي قاضيخان - بهامش الفتاوي الهندية - 3:613، الفقه النافع 3:714/992، المبسوط - للسرخسي - 11:151-152، المحيط البرهاني 6:32، الهداية - للمرغيناني - 3:7، الإفصاح عن معاني الصحاح 2:3 و 4، الحاوي الكبير 6:477، المهذب - للشيرازي - 1:353، بحر المذهب 8:130، الوسيط 3:264، حلية العلماء 5:95، التهذيب - للبعوي - 4:197، البيان 6:331، العزيز شرح الوجيز 5:189-190، روضة الطالبين 3:508-509.

في العمل، فإذا اختلف المالان اختلف الربحان مع التساوي في العمل(1).

ونمنع وجوب تساوي الربح مع تساويهما في المال إذا شرط الاختلاف علي ما يأتي، ولأن العمل لا يشبه المال، والأصل في هذه الشركة المال، والعمل يتبع فيه، فلهذا جاز أن يختلف معه الربح، يدلّ علي صحّة هذا أنّه يجوز أن يعمل أحدهما أكثر من الآخر و يقتسما الربح، وكذلك إذا شرط أحدهما عمل الآخر والربح بينهما، فاختلفا.

مسألة 156: لا يشترط العلم حالة العقد بمقدار النصيبين

بأن يعرف هل مال كل واحدٍ منهما مساوٍ لمال الآخر أو أقلّ أو أكثر؟ وهل هو ثلثه أو ربعه أو غير ذلك من النّسب؟ ولا مقدار ماله كم هو؟ - وهو أظهر وجهي الشافعيّة(2) - إذا أمكن معرفته من بعد؛ لأنّ الحقّ لا يعدوهما، فيأذن كلّ واحدٍ منهما لصاحبه في التصرف وإن جهل مقدار ما أذن له فيه.

وفي الوجه الثاني: لا يجوز حتي يعلم كلّ منهما نسبة ماله من مال الآخر، فلا يصحّ في المجهول ولا الجزاف؛ لأنّه لا يدري في أيّ شيءٍ أذن، والمأذون لا يدري ما ذا يستفيد بالإذن(3).

و الوجه: ما قلناه، فحينئذٍ تكون الأثمان بينهما مشتركةً مجهولةً علي الإبهام، كالمثمنات.

مسألة 157: لو أخرج أحد الشريكين دراهم وأخرج الآخر دنانير، لم تصح الشركة

علي ما قدّمناه من وجوب التساوي في المالين في الجنس.

فإن اشترى بعين الدراهم والدنانير عبداً أو ثوباً وربحاً فيه، كان الثوب

ص: 337

1- الحاوي الكبير 6:477، المهذب - للشيرازي - 1:352، بحر المذهب 8:130، الوسيط 3:264، حلية العلماء 5:95، البيان 6:331، العزيز شرح الوجيز 5:190، روضة الطالبين 3:509، الإفصاح عن معاني الصحاح 2:4، المغني 5:127، الشرح الكبير 5:118. (2 و 3) الوسيط 3:264، العزيز شرح الوجيز 5:190، روضة الطالبين 3:509.

بينهما و الربح بينهما، فإذا أرادا القسمة، نظرا إلي نقد البلد، فقوّما الثوبَ به ثمّ قوّما مالَ الآخرَ به، و يكون التقويم حين صرف الثمن فيه، فإن كان مالهما متساوياً تساويًا في الثمن و الربح، و إن تفاضلا كان بينهما علي النسبة.

و للشافعية في صحّة هذا الشراء قولان، كما لو باعا عبديهما صفقةً واحدةً؛ لأنّ الثمن إذا كان معيّنًا كان بمنزلة المبيع (1).

مسألة 158: يجوز أن يكون المال سبائك و تبراً و خلياً و غير ذلك من المصوغات من النقدين،

إشارة

و هو ظاهرٌ علي مذهبنا حيث جوّزنا الشركة في جميع الأموال.

و أمّا المانعون من الشركة في غير النقدين اختلفوا، فأكثر الشافعية علي المنع من الشركة فيها؛ لأنّ قيمتها تزيد و تنقص، فهي كالعروض (2).

و الأصل فيه: إنّ التبر هل هو متقومٌ أو مثليٌّ؟ فإن جُعل متقوماً لم تجز الشركة عليه كغيره من الأعيان، و إلاّ ففيه قولان، كالقولين في المثليات من الأعواض (3).

و أمّا الدراهم المغشوشة: فعندنا تجوز الشركة فيها، قلّ الغشّ أو كثر.

و للشافعية قولان مبنيان علي جواز التعامل بها، إن جوّزنا التعامل فقد أحقنا المغشوشَ بالخالص (4).

و قال بعضهم: إذا استمرّ رواجها في البلد، جازت الشركة فيها (5).

و قال أبو حنيفة: إن كان الغشّ أقلّ من النصف جازت الشركة فيها،

ص: 338

1- حلية العلماء 5: 109.

2- التهذيب - للبغوي - 4: 196، العزيز شرح الوجيز 5: 188، روضة الطالبين 3: 511.

3- العزيز شرح الوجيز 5: 188، روضة الطالبين 3: 511.

4- العزيز شرح الوجيز 5: 188، روضة الطالبين 3: 511.

5- العزيز شرح الوجيز 5: 188، روضة الطالبين 3: 511.

وإن كان أكثر لم تجز؛ لأن الاعتبار بالغالب في كثيرٍ من الأصول(1).

وأما الفلوس: فإنها إذا حصل فيها الاشتباه وارتفاع الامتياز مع المزج صحّت الشركة بها - وبه قال مالك و محمد بن الحسن وأبو ثور و أحمد في إحدَي الروایتين (2) - لأنها قد تقع أثماناً في العادة، فجازت الشركة فيها، كالدرهم.

وقال أبو حنيفة و الشافعي و أحمد في الرواية الأخرى: لا تجوز؛ لأنها تنقص مرةً و تكثرُ أخرى، فأشبهت العروض (3).

إذا ثبت هذا، فإذا صحّت الشركة فيها، فإن كانت باقيةً كان رأس المال مثلها، و إن سقطت كانت قيمتها كالعروض.

وإن (2) كان لهما ثوبان و اشتبها عليهما، لم يكن ذلك كافياً في عقد الشركة؛ لأن المالين متميزان، و إنما التبس الأمر بينهما.

تذيب: المثليات قد تتفاوت قيمتها، فيقسط الثمن و الربح علي القيمتين،

كما لو كان لأحدهما كُرّ حنطةٍ قيمته عشرون، و للآخر كُرّ حنطةٍ قيمته عشرة، فهما شريكان بالثلث و الثلثين.

مسألة 159: قد يتنا أن شركة الوجوه عندنا باطلة

حيث لا مال هناك تتحقّق فيه الشركة، و يرجعان إليه عند المفاصلة. ثمّ ما يشتريه أحدهما يختصّ بربحه و خسارته لا يشاركه الآخر فيه، إلا أن يكون قد أذن له في الشراء عنه و يقصد المشتري موكله، و به قال الشافعي(3).

ص: 339

1- المغني 5:126، الشرح الكبير 5:113. (2 و 3) المغني 5:126، الشرح الكبير 5:114، المبسوط - للسرخسي - 11:160، المحيط البرهاني 6:6، فتاوي قاضيخان - بهامش الفتاوي الهندية - 3:612.

2- في النسخ الخطية: «ولو» بدل «وإن».

3- الحاوي الكبير 6:478، المهذب - للشيرازي - 1:353، بحر المذهب 8:128-129، التهذيب - للبغوي - 4:199، البيان 6:337، العزيز شرح الوجيز 5:192، روضة الطالبين 3:513.

وقال أبو حنيفة: يقع المشتري مشتركاً بمجرد الشركة وإن لم يوجد قصد من المشتري ولا إذن من صاحبه (1). وقد سلف (2) بطلانه.

مسألة 160: قد بينا توقف تحقق الشركة علي مزج المالين،

فلو لم يحصل لم تتحقق الشركة، فلا تصح في المال الغائب؛ لانتفاء المزج فيه، لتوقفه علي الحضور عند المالين أو وكيلهما.

ولا تصح الشركة في الدين أيضاً؛ لعدم تحقق هذا المعنى فيه.

ولا يكفي في المزج الاختلاط مع إمكان التخليص، كحبات من الحنطة مع حبات الشعير، والدخن مع السمسم وإن شق التمييز بينهما، وكما لو مزج الصحيح من الدراهم بالقراضة أو السمسم ببذر الكتان، أو اختلفت السكة في بعض النقدين. وبالجملة، متى حصل المائز بين المالين انتفت الشركة.

ولو اشتركا بالأبدان، لم تصح علي ما تقدم (3)، فإن تميّز عمل كل منهما من عمل صاحبه اختص كل واحد منهما بأجرة عمله.

وإن اشتبه، احتُمل تساويهما؛ لأصلته، والصلح؛ إذ لكل واحد منهما في المال حق لا يعلم قدره، ولا مخلص إلا عقد الصلح.

مسألة 161: قد بينا أن الشركة لا تصح إلا بالمال الممتزج من الشريكين، ولا تصح بالأعمال.

إذا تقرر هذا، فلو دفع واحد إلي رجل دابةً ليعمل عليها فما رزق الله تعالى كان بينهما بالسوية أو أثلاثاً أو علي ما يتفقان عليه، لم يصح عند

ص: 340

1- العزیز شرح الوجیز 5: 193.

2- في ص 332، ضمن المسألة 150.

3- في ص 312، المسألة 142.

علمائنا أجمع - وبه قال الشافعي وأبو ثور وابن المنذر وأصحاب الرأي(1) - لأنّ الحمل الذي يستحقّ به العوض حصل من الدابة، فالأجرة لصاحبها، وعليه للعامل أجرة المثل؛ لأنّ هذا ليس من أقسام الشركة، والمضاربة بالأعواض غير صحيحة.

فعلي هذا إن كان الأجر المدفوع للدابة بعينها، فالأجرة لمالكها.

وأمّا إن كان قد تقبّل حمل شيء، فحمله عليها، أو حمل عليها شيئاً مباحاً فباعه، فالأجرة له و الثمن له، وعليه أجرة المثل للدابة في الموضوعين.

ونقل عن الأوزاعي صحّة ذلك، وبه قال أحمد - وكرهه الحسن والشعبي(2)(3) - لأنّها عين تنمي بالعمل عليها، فصحّ العقد عليها، كالشجرة في المساقاة والأرض في المزارعة والدرهم والدنانير، وهذه المعاملة وإن لم تكن شركة ولا مضاربة إلا أنّها تشبه المساقاة والمزارعة؛ لأنّه دفع العين إلي من يعمل عليها ببعض نمائها مع بقاء عينها(4).

وهو غلط؛ لأنّ المساقاة والمزارعة خرجا عن الأصل بالنصّ، فلا يقاس عليهما غيرهما إلاّ بدليل.

مسألة 162: ولو استأجر دابةً ليحمل عليها بنصف ما يرزقه الله تعالى، لم يصح

عند علمائنا وعند أكثر العامة(5).

ص: 341

-
- 1- المغني 5:116، الشرح الكبير 5:191، الإشراف علي مذاهب أهل العلم 1:125/103، المبسوط - للسرخسي - 11:219، فتاوي قاضيخان - بهامش الفتاوي الهندية - 3:625.
 - 2- في المصادر: «النخعي» بدل «الشعبي».
 - 3- الإشراف علي مذاهب أهل العلم 1:125/103، المغني 5:116، الشرح الكبير 5:191.
 - 4- المغني 5:116 و 117، الشرح الكبير 5:191 و 192.
 - 5- المغني 5:117، الشرح الكبير 5:192.

وقال أحمد في رواية: إنه يصح (1).

وهو غلط؛ لأن من شرط الإجارة وصحتها العلم بالعوض وتقدير المدة أو العمل، ولو يوجد، ولأنه عقد غير منصوص عليه ولا هو في معني المنصوص، فيكون كغيره من العقود الفاسدة.

ولو أعطي شخص فرسه علي النصف من الغنيمة، قال أحمد: أرجو أن لا يكون به بأس. وبه قال الأوزاعي (2).

والحق: إن السهم من الغنيمة له أو الأجرة.

وكذا لو دفع عبده إلي غيره ليكتسب عليه ويكون له ثلث ذلك أو ربعه، فإنه لا يصح عندنا، خلافاً له (3).

وكذا لا يصح لو دفع إلي رجل ثوباً ليفصله ويخيطه قميصاً ويبيعه وله نصف الربح، وكذا لو دفع غزلاً إلي حائك لينسجه بثلث ثمنه أو ربعه، فإن ذلك كله عندنا باطل، وبه قال مالك وأبو حنيفة والشافعي (4).

وقال أحمد: يصح ذلك كله (5).

وهو خطأ؛ لأنه عوض مجهول عن عمل مجهول.

ولو دفع إليه الثوب لينسجه وجعل له [مع] (2) ذلك (3) دراهم معلومة، هـ.

ص: 342

1- المغني 5:117، الشرح الكبير 5:192. (2-5) المغني 5:118، الشرح الكبير 5:193.

2- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطية والحجيرية: «ربع». والصحيح ما أثبتناه من المغني والشرح الكبير.

3- أي: ثلث الثمن أو ربعه.

قال أحمد: لا يجوز. [وعنه الجواز](1)(2).

ولو أعطاه الثوب بالثلث و درهم أو درهمين، فروايتان(3).

و جَوَّز ذلك ابن سيرين و النخعي و الزهري و أيوب(4).

و قال ابن المنذر: كره هذا كلّه الحسن(5).

و قال أبو ثور و أصحاب الرأي: هذا كلّه فاسد(6) - كما قلناه - و اختاره ابن المنذر(7).

و لو دفع شبكةً إلي الصياد ليصطاد بها علي النصف أو غيره من الأجزاء المعلومة، لم يصح، و عليه أجرة الشبكة، و الحاصل للصياد.

قال أصحاب أحمد: و قياس مذهب أحمد صحّة الشركة، فيكون الحاصل بينهما علي ما شرطاه؛ لأنّها عين تنمي بالعمل فيها، فجاز دفعها ببعض نمائها، كالأرض(8).

مسألة 163: لو كان لواحدٍ دابةً و لآخر راوية فتشاركوا مع ثالثٍ ليستقي الماء و يكون الحاصل بينهم، فلا شركة هنا عندنا؛

لأنّها منافع أبدانٍ متميّزة، و شركة الأبدان باطلة، و لا يصحّ أن يكون مضاربةً؛ لأنّ رأس مالها العروض و العمل، و لأنّ من شرطها عود رأس المال سليماً علي معني أنّه لا يستحقّ شيئاً من الربح حتي يستوفي رأس المال بكماله، و الراوية هنا تخلق

ص: 343

1- ما بين المعقوفين أضفناه من المصادر.

2- الكافي في فقه الإمام أحمد 2:150، المغني 5:118، الشرح الكبير 5:193.

3- راجع المغني 5:118، و الشرح الكبير 5:193-194.

4- الإشراف علي مذاهب أهل العلم 1:366/233، المغني 5:118-119، الشرح الكبير 5:194.

5- الإشراف علي مذاهب أهل العلم 1:366/232، المغني 5:119، الشرح الكبير 5:194.

6- الإشراف علي مذاهب أهل العلم 1:366/233-232، المغني 5:119، الشرح الكبير 5:194.

7- الإشراف علي مذاهب أهل العلم 1:366/233، المغني 5:119.

8- المغني 5:119، الشرح الكبير 5:194.

و تنقص، و ليس ذلك أيضاً إجارة؛ لافتقار الإجارة إلى مدّة معيّنة و أجره معلومة، فتكون فاسدةً.

إذا تقرّر هذا، فلو أجروا عليه و استقي الثالث، فنقول: إن كان الماء مملوكاً للسقاء، فالثمن له، و عليه أجره المثل للدابة و الراوية.

و إن كان مباحاً، فإن أخذه بنية أنه له فكالأول.

و إن أخذه بنية الشركة، فإن قلنا: إنه لا تجوز النيابة في تملك المباحات، فكالأول أيضاً؛ لأنّ السقاء يكون قد ملكه بمجرد الحيازة و الأخذ، و إن قلنا: إنه تجوز النيابة في مثل ذلك، فالماء بينهم.

و كيف يُقسّم؟ يحتمل أن يُقسّم علي نسبة أجور أمثالهم؛ لأنّه حصل بالمنافع المختلفة، و أن يُقسّم بينهم بالسوية اتّباعاً لقصده، فحينئذٍ يكون للسقاء أن يطالب كلّ واحدٍ من صاحبيه بثلث أجره منفعتة؛ لأنّ منفعتة لم ينصرف إليه منها سوي الثلث.

و كذا يرجع كلّ واحدٍ من صاحب الدابة و الراوية علي كلّ واحدٍ من الآخر و السقاء بثلث أجره منفعة ملكه.

و علي الوجه الأول لا تراجع بينهم في الأجرة؛ لأنّ كلّ واحدٍ منهم قد أخذ حقه - و هو أجره مثل عمله - لا أزيد.

مسألة 164: لو استأجر رجل الدابة من صاحبها و الراوية من صاحبها و السقاء لحمل الماء و هو مباح، فإن أفرد كلّ واحدٍ منهم بعقدٍ صحّ،

و الماء للمستأجر، و عليه لكلّ واحدٍ من الثلاثة ما عيّنه من الأجرة.

و إن جمع بين الجميع في عقدٍ واحد، صحّ عندنا، و حينئذٍ تُوزع الأجرة المسماة علي أجور الأمثال، و هو أحد قولَي الشافعي.

و الثاني: بطلان الإجارة، فلكلّ واحدٍ من الثلاثة أجره المثل عليه،

والماء للمستأجر، سواء قلنا: إن الإجارة صحيحة، أو لا.

أما علي تقدير الصحة: فظاهر.

وأما علي تقدير الفساد: فلأن منافعهم مضمونة عليه بأجرة المثل(1).

فإن نوي السقاء نفسه وقلنا بفساد الإجارة، قال بعض الشافعية:

يكون للمستأجر أيضاً(2).

و توقّف الجويني فيه؛ لأن منفعته غير مستحقّة للمستأجر، فليكن الحاصل له(3).

و موضع القولين للشافعي: ما إذا وردت الإجارة علي عين السقاء و الدابة و الراوية، فأما إذا أُلزم ذمتهم نقل الماء صحّت الإجارة لا محالة؛ إذ ليست هنا أعيان مختلفة تُفرض جهالة في أجورها، وإنما علي كلّ واحدٍ منهم ثلث العمل(4).

مسألة 165: لو اشترك أربعة لأحدهم بيت الرحي،

ولآخر حجر الرحي، و لآخر دابة تديره، و الرابع يعمل الصّمام للدوابّ في الحجر(2) علي أنّ الحاصل من أجرة الطحن بينهم، فهي شركة فاسدة علي ما عُرّف.

ثم إن استأجر مالك الحنطة العامل و الآلات من أربابها و أفراد كلّ واحدٍ منهم بعقدٍ، لزمه ما سمّي لكلّ واحدٍ منهم، و لا شركة.

و إن جمع بين الجميع في عقدٍ واحد، فإن أُلزم ذمتهم الطحن صحّ العقد، و كانت الأجرة المسّماة بينهم أرباعاً، و يتراجعون أجرة المثل؛ لأنّ

ص: 345

1- العزيز شرح الوجيز 5:193-194، روضة الطالبين 3:514. (2-4) العزيز شرح الوجيز 5:194، روضة الطالبين 3:514.

2- كذا قوله: «يعمل الصّمام للدوابّ في الحجر» في النسخ الخطيّة و الحجرية، و في العزيز شرح الوجيز 5:194، و روضة الطالبين 3:514: «يعمل في الرحي».

المنفعة المملوكة لكل واحدٍ منهم قد استوفي ربعها حيث أخذ ربع المسمي، وانصرف ثلاثة أرباعها إلي أصحابه، فيأخذ منهم ثلاثة أرباع أجره المثل.

وإن استأجر عين العامل وعين الآلات، صحَّ عندنا.

وللشافعي قولان:

أحدهما: فساد الإجارة، فلكل واحد أجره مثله.

والثاني: الصحة: فيوزع المسمي عليهم، ويكون التراجع بينهم علي ما سبق (1).

ولو أزم صاحب الحنطة ذمة العامل الطحن، لزمه، وعليه إذا استعمل ما لأصحابه أجره المثل لهم، إلا أن يستأجرها بعقدٍ صحيح، فيكون عليه المسمي.

وقد روي العامة: أن رسول الله صلي الله عليه وآله نهي عن قفيز الطحان (2)، وهو أن يعطي الطحان أفضة معلومة ليطحنها بقفيز دقيق منها.

وعلة المنع: أنه جعل له بعض معموله أجراً لعمله، فيصير الطحن مستحقاً عليه.

وقد أنكر جماعة منهم (3) هذا الحديث.

وقياس قول أحمد جوازه (4).5.

ص: 346

1- بحر المذهب 8:133-134، البيان 6:338-339، العزيز شرح الوجيز 5:194، روضة الطالبين 3:514.

2- سنن الدارقطني 3:195/47، سنن البيهقي 5:339، المغني 5:119، الشرح الكبير 5:194.

3- منهم: ابنا قدامة في المغني 5:119، و الشرح الكبير 5:194.

4- كما في المغني 5:119، و الشرح الكبير 5:194.

مسألة 166: لو دفع إلي شخص عيناً علي أن يؤجرها المدفوع إليه و تكون الأجرة بينهما، لم يصح،

و تكون الإجارة لصاحب العين إن استؤجرت العين، أو تكون للمدفع إليه، فالأجر له، و لصاحب العين أجرة المثل.

و لو كان لرجلٍ دابة، و لآخر أكاف و جوالقات، فاشتركا علي أن يؤجراهما، و الأجرة بينهما نصفان، فهو فاسد؛ لأنّ هذه أعيان لا يصحّ الاشتراك فيها و كذلك في منافعها؛ إذ تقديره: أجر دابّتك ليكون أجرها بيننا، و أؤجر جوالقاتي لتكون أجرتها بيننا، و ذلك باطل، فتكون الأجرة بأسرها لصاحب الدابة؛ لأنّه مالك الأصل، و للآخر أجرة المثل علي صاحب البهيمة؛ لأنّه استوفي منافع ملكه بعقدٍ فاسد.

هذا إذا أجزا الدابة بما عليها من الأكاف و الجوالقات في عقدٍ واحد، فأما إن أجز كل واحدٍ منهما ملكه منفرداً، فلكل واحدٍ منهما أجرة ملكه.

و التحقيق أن نقول: لا اعتبار بهذه الشركة، فوجودها كالعدم.

ثمّ المستعمل للدابة و الجوالقات إن كان قد عقد معهما أو مع أحدهما بإذن الآخر عقد إجارة شرعية، كان عليه المسمّي يقسّط علي أجرة مثل الدابة و أجرة المثل للجوالقات و الأكاف، و إن لم يعقد معهما عقد إجارة، كان عليه أجرة مثل الدابة لصاحبها، و أجرة مثل الأكاف و الجوالقات لصاحبها.

مسألة 167: لو كان لواحدٍ البذرُ و لآخر دوابُّ الحرث و ثلث الأرض، فاشتركوا مع رابعٍ ليعمل و يكون الحاصل بينهم، فالشركة باطلة،

و النماء لصاحب البذر، و عليه أجرة المثل لصاحب الأرض عن أرضه، و لصاحب الدواب عن عملها، و لصاحب العمل عن عمله.

فإن أصاب الزرع آفة ولم يحصل شيء من الغلّة، لم يسقط حقّهم من أجره المثل.

وقال بعض الشافعيّة: لا شيء لهم؛ لأنّهم لم يحصلوا له شيئاً (1).

وهو غلط ظاهر؛ لأنّه قد تصرف في مال الغير بعملٍ له أجره؛ فكان عليه الأجره.3.

ص: 348

1- العزيز شرح الوجيز 5:194، روضة الطالبين 3:515.

مسألة 168: الشركة عقد جائز من الطرفين،

وليس من العقود اللازمة بالإجماع، فإذا اشتركا بمزج المالين وأذن كلُّ منهما لصاحبه في التصرف فلكلِّ من الشريكين فسخها؛ لأنَّ الشركة في الحقيقة توكيل وتوكّل.

فلو قال أحدهما للآخر: عزلتك عن التصرف، أو: لا تتصرف في نصيبي، انعزل المخاطب عن التصرف في نصيب العازل، و يبقى له التصرف في نصيبه، ولا ينعزل العازل عن التصرف في نصيب المعزول إلا بعزل متجدد منه.

ولو فسخاها معاً، فإنَّ الاشتراك باقٍ وإن لم يكن لأحدهما التصرف في نصيب الآخر.

ولو قال أحدهما: فسختُ الشركة، ارتفع العقد، وانفسخ من تلك الحال، وانعزلا جميعاً عن التصرف؛ لارتفاع العقد.

وقال بعض الشافعية: انعزالهما مبنيٌّ علي أنه يجوز التصرف بمجرد عقد الشركة، أم لا بدّ من التصريح بالإذن؟ إن قلنا بالأول، فإذا ارتفع العقد انعزلا، وإن قلنا بالثاني وكانا قد صرّحا بالإذن، فلكلِّ منهما التصرف إلي أن يعزل(1).

وكيفما كان فالشافعية علي ترجيح القول بانعزالهما(2).

مسألة 169: إذا عقدا الشركة و مزجا المالين،

فإن وُجد من كلِّ منهما

ص: 349

1- العزيز شرح الوجيز 5:195، روضة الطالبين 3:515-516.

2- العزيز شرح الوجيز 5:195، روضة الطالبين 3:515.

الإذن لصاحبه في التصرف في جميع المال، تسلط كل منهما علي ذلك، و كان حكم تصرفه حكم تصرف الوكيل مع الإطلاق، فلا يبيع بالنسيئة ولا بغير نقد البلد، ولا يبيع ولا يشتري بالغبن الفاحش إلا مع إذن الشريك.

فإن خالف و باع بالغبن الفاحش، لم يصح في نصيب الشريك، و يصح في نصيبه عندنا، و يتخير المشتري مع فسخ الشريك للبيع.

و عند الشافعي قولان مبيّان علي تفريق الصفقة، فإن قالوا بطلان البيع، بقي المبيع علي ملكهما و الشركة بحالها، و إن قالوا بالصحة علي ما هو مذهبنا، انفسخت الشركة في المبيع، و صار مشتركاً بين المشتري و الشريك الذي بطل في نصيبه(1).

و لو اشترى بالغبن، فإن كان الشراء بعين مال الشركة، كان حكمه حكم ما لو باع بالغبن، و قد سلف(2)، و إن اشترى في الذمة لم يقع للشريك، و كان عليه دفع الثمن من خالص ماله.

مسألة 170: ليس لواحد من الشريكين التصرف في المال الممتزج إلا بإذن صاحبه،

فإن اختص أحدهما بالإذن اختص بالتصرف؛ لأصالة عصمة مال الشخص علي غيره، و لو اشترك الإذن اشترك جواز التصرف.

و إذا حصل الإذن عاماً من كل واحد منهما، تصرف بحسبه في مال شريكه، كما يتصرف الوكيل في مال موكله.

و إن كان عاماً من أحدهما و خاصاً من الآخر، استفاد من عمم له الإذن

ص: 350

1- الحاوي الكبير 6:488، بحر المذهب 8:138، التهذيب - للبخاري - 4:202، البيان 6:344، العزيز شرح الوجيز 5:195، روضة الطالبين 3:515.

2- آنفاً.

جواز التصرف عاماً، والآخر ما عيّن له.

وكذا لو كان الإذن من كلّ منهما خاصّاً، لم يجز له التخطّي إلي غير المأذون.

وإذا عيّن له جهة السفر أو البيع علي وجهٍ أو شراء جنسٍ بعينه، لم يجز التجاوز.

ولو شرط الاجتماع، لم يجز لأحدهما الانفراد.

ولو أطلق الإذن، تصرف كيف شاء.

فإن عيّن جهةً فتجاوزها، كان ضامناً.

ويجوز الرجوع في الإذن، فيحرم التصرف؛ لأنه إنّما تصرف بالإذن وقد زال.

وليس لأحدهما السفر بمال الشركة، ولا أن يبيعه إلا بإذن صاحبه، فإن فعل بغير الإذن ضمن.

مسألة 171: قد بينّا أنّ الشركة من العقود الجائزة لكلّ منهما فسخها، فتفسخ حينئذٍ.

وكذا تفسخ بموت أحدهما و جنونه وإغمائه و الحجر عليه للسفه، كالوكالة.

ثمّ في صورة الموت إن لم يكن علي الميّت دينٌ و لا هناك وصيّة، تخيّر الوارث بين القسمة مع الشريك و فسخها، و بين تقرير الشركة إن كان بالغاً رشيداً، و إن كان صغيراً أو مجنوناً فعلي الولي ما فيه الحظّ من فسخ الشركة أو إبقائها.

و لا بدّ في تقرير الشركة من عقدٍ مستأنف.

و إن كان علي الميّت دينٌ، لم يكن للوارث التقرير علي الشركة، إلاّ

أن يقضي الدَّين من غير مال الشركة.

ولو كان هناك وصية، فإن كانت لمعيّن فهو كأحد الورثة يتخيّر بين التقرير و الفسخ إن تعلّقت الوصية بذلك المال.

وإن كانت لغير معيّن كالفقراء، لم يجز تقرير الشركة إلا بعد خروج الوصية، فإذا خرجت الوصية بقي المال كما لو لم تكن وصيةً يتخيّر فيه الوارث بين التقرير و الفسخ.

مسألة 172: إطلاق الشركة يقتضي بسط الربح و الخسران علي قدر رءوس الأموال؛

لأنه نماء مالهما، فكان بينهما علي نسبة المالين، وكذا إذا خسرنا، كالتلف.

ولو شرطنا التفاوت في الربح مع تساوي المالين، أو تساويهما فيه مع تفاوت المالين، قال الشيخ رحمه الله: تبطل الشركة، و جعل من شرط الشركة كون الربح و الخسران علي قدر رأس المالين، فلا يجوز أن يتفاضلا مع التساوي في المال، و لا أن يتساويا مع التفاصل فيه (1)، و به قال مالك و الشافعي؛ لأن هذا الربح في هذه الشركة تبع للمال؛ بدليل أنه يصح عقد الشركة و إطلاق الربح، فلا يجوز تغييره بالشرط، كالخسران، فإنهما لو شرطا التفاوت في الخسران مع تساوي المالين أو التساوي فيه مع تفاوتهما، لغا الشرط، و يتوزع الخسران علي المال (2).

ص: 352

1- الخلاف 3:332، المسألة 9 من كتاب الشركة.

2- المدونة الكبرى 5:62، بداية المجتهد 2:253، الإشراف علي نكت مسائل الخلاف 2:1028/606، الذخيرة 8:52، عيون المجالس 4:1183/1679، الإشراف علي مذاهب أهل العلم 1:61-62/40، المهذب - للشيرازي - 1:353، بحر المذهب 8:131، الوجيز 1:187، الوسيط 3:266، حلية العلماء 5:96، البيان 6:333، العزيز شرح الوجيز 5:195-196، روضة الطالبين 3:516، المغني 5:140، الشرح الكبير 5:115، الإفصاح عن معاني الصحاح 2:4، روضة القضاة 2:3358/568، المبسوط - للسرخسي - 11:157، مختصر اختلاف العلماء 4:1666/7.

والمعتمد: جواز الشرط ولزومه؛ لعموم قوله عليه السلام: «المسلمون عند شروطهم»⁽¹⁾.

ولأنه شرط لا ينافي الكتاب والسنة، فكان لازماً كغيره من الشروط السائغة - وبه قال أبو حنيفة وأحمد⁽²⁾ - لأنه قد يكون أبصر بالتجارة من الآخر، أو أجلد منه وأقوي في العمل، فيشترط له زيادة الربح في مقابلة عمله ذلك، وهو أمر سائغ، كما لو شرط الربح في مقابلة عمل المضارب، يحققه أن هذه الشركة معقودة علي المال والعمل معاً، ولكل واحدٍ منهما حصّة من الربح إذا كان مفرداً، فكذا إذا اجتمعاً، وأما حالة الإطلاق فإنه لما لم يكن بينهما شرط يقسم الربح عليه وبقدره، قدّرناه بالمال؛ لعدم الشرط، فإذا وجد الشرط فهو الأصل، فيصار إليه، كالمضاربة يصار فيه إلي الشرط، فإذا عدم وقالوا: الربح بيننا، كان بينهما نصفين.

والحكم في الأصل ممنوع، مع الفرق؛ فإنّ الوضعية لا تتعلّق إلا بالمال؛ بدليل المضاربة.5.

ص: 353

1- تقدّم تخريجه في ص 258، الهامش (4).

2- الاختيار لتعليل المختار 22:3، روضة القضاة 2:3357/568، المبسوط - للسرخسي - 11:156، المحيط البرهاني 6:32-33، مختصر اختلاف العلماء 4:1666/7، التنف 1:533، المغني 5:140، الشرح الكبير 5:114-115، الإفصاح عن معاني الصحاح 2:4، الإشراف علي نكت مسائل الخلاف 2:1028/606، عيون المجالس 4:1183/1679، الإشراف علي مذاهب أهل العلم 1:61-42/62، بحر المذهب 8:131، الوسيط 3:266، حلية العلماء 5:96، البيان 6:333، العزيز شرح الوجيز 5:197.

مسألة 173: لو اختصَّ أحدهما بمزيدٍ عملي، و شرط مزيد ربح له، صحَّ عندنا،

و هو ظاهرٌ علي أصلنا و أصل أبي حنيفة.

و للشافعي قولان:

أحدهما: صحّة الشرط، و يكون القدر الذي يناسب ملكه له بحقّ الملك، و الزائد يقع في مقابلة العمل، و يتركّب العقد من الشركة و القراض.

و أصحّهما عندهم: البطلان، كما لو شرطا التفاوت في الخسران، فإنّه يلغو، و يتوزّع الخسران علي المال، و لا يمكن جعله شركةً و قراضاً؛ فإنّ العمل في القراض مختصّ بمال المالك، و هنا يتعلّق بملكه و ملك صاحبه (1). و قد تقدّم.

إذا عرفت هذا، فلو شرطاً زيادة الربح لقاصر العمل، جاز عندنا؛ عملاً بالشرط - و يجيء علي قول الشافعي البطلان؛ لأنّه لا يجوز مع التساوي في العمل فمع القصور أولي - و لأنّه يجوز التساوي في الربح مع التفاوت في العمل.

مسألة 174: قد بينّا أنّه يجوز التساوي في الربح مع تفاوت المالين،

و التفاوت في الربح مع تساوي المالين بالشرط.

و الشيخ رحمه الله قال: إذا شرطاً ذلك بطلت الشركة (2). و هو قول الشافعي (3).

و إذا فسد الشرط عند الشافعي، لم يؤثّر ذلك في فساد التصرفات؛ لوجود الإذن، و يكون الربح علي نسبة المالين، ثمّ يرجع كلّ منهما علي

ص: 354

1- العزیز شرح الوجیز 5:196، روضة الطالبین 3:516.

2- راجع الهامش (1) من ص 352.

3- راجع الهامش (2) من ص 352.

صاحبه بأجرة مثل عمله في ماله.

فإن تساوي المالان والعمالان، كان نصف عمل كل واحدٍ منهما يقع في ماله، فلا يستحقُّ به أُجْرَةٌ، والنصف الواقع في مال صاحبه يستحقُّ صاحبه مثل بدله عليه، فيتقاصَّان.

وإن تفاوتتا في العمل خاصَّةً، فكان عمل أحدهما يساوي مائةً، وعمل الآخر يساوي مائتين، فإن كان عمل المشروط له الزيادة أكثر، فنصف عمله مائة، ونصف عمل الآخر خمسون، فيبقي له خمسون بعد المقاصَّة.

وإن كان عمل صاحبه أكثر، ففي رجوعه بالخمسين علي المشروط له الزيادة وجهان للشافعية:

أحدهما: الرجوع، كما لو فسد القراض يستحقُّ العاملُ أُجرة المثل.

وأصحُّهما عندهم: المنع - وهو محكيٌّ عن أبي حنيفة(1) - لأنه عملٌ وُجد من أحد الشريكين لم يشترط عليه عوض، والعمل في الشركة لا يقابله عوض؛ بدليل ما إذا كانت الشركة صحيحةً وزاد عمل أحدهما، فإنه لا يستحقُّ علي الآخر شيئاً.

ويجري الوجهان فيما إذا فسدت الشركة واختصَّ أحدهما بأصل التصرّف والعمل، هل يرجع بنصف أُجرة عمله علي الآخر؟

وإن تفاوتتا في المال خاصَّةً، فكان لأحدهما - مثلاً - ألف وللآخر ألفان، فلصاحب الأقلِّ ثلثا المائة علي صاحب الأكثر، ولصاحب الأكثر ثلث المائة عليه، فيكون الثلث بالثلث قصاصاً، يبقي لصاحب الأقلِّ ثلث المائة:5.

ص: 355

ثلاثة و ثلاثون و ثلث.

وإن تفاوتتا فيهما بأن كان لأحدهما ألف و للآخر ألفان، فإن كان عمل صاحب الأكثر أكثر بأن كان عمله يساوي مائتين و عمل الآخر مائة، فثلثا عمله في ماله، و ثلثه في مال صاحبه، و عمل صاحبه علي العكس، فيكون لصاحب الأقل ثلث المائتين علي صاحب الأقل، و لصاحب الأقل ثلثا المائة علي صاحب الأكثر، و قدرهما واحد، فيقع في التقاص.

وإن كان عمل صاحب الأقل أكثر و التفاوت كما صوّرناه، فثلث عمل صاحب الأقل في ماله، و ثلثاه في مال شريكه، و ثلثا عمل صاحب الأكثر في ماله، و ثلثه في مال شريكه، فلصاحب الأقل ثلثا المائتين علي صاحب الأكثر، و هما: مائة و ثلاثة و ثلاثون و ثلث، و لصاحب الأكثر ثلث المائة علي صاحب الأقل، و هو: ثلاثة و ثلاثون و ثلث، فيبقي بعد التقاص لصاحب الأقل مائة علي الآخر (1).

و للشافعية قول آخر: إن الشركة تفسد بهذا الشرط، فتبطل التصرفات (2).

و الأكثر جزموا بنفوذ التصرفات، و يوزع الربح علي المالين، و تجب الأجرة في الجملة.

و معني الفساد أن كل واحدٍ منهما يرجع علي صاحبه بأجرة عمله في ماله، و لو صحّ عقد الشركة لم يرجع؛ لأنه لا يثبت استحقاق الأجرة (3).

و هذا لا يتأتى علي مذهبنا حيث اخترنا صحة هذا الشرط. و معني هذا الفساد المذكور عند تغير نسبة الربح جارٍ في سائر أسباب فساد الشركة. 5.

ص: 356

1- العزيز شرح الوجيز 5: 196-197، روضة الطالبين 3: 516-517. (2 و 3) العزيز شرح الوجيز 5: 197.

و لو لم يكن بين المالين شيوع و لا خلط، فلا شركة علي التحقيق، و ثمن كل واحدٍ من المالين يختصّ بمالكه، و لا يقع مشتركاً.

مسألة 175: لو تفاوتنا في المال و لم يشترط التساوي و لا التفاوت و التوزيع علي قدر المالين،

بل أطلقا، فإنّ الربح يكون علي نسبة المالين، و تكون زيادة العمل تبرّعاً من صاحبه.

و يحتمل أن تثبت للزيادة أجرة المثل، كما لو استعمل صانعاً و لم يذكر له أجرة.

و لو شرط (1) زيادة الربح لمن ازداد عمله، ففي اشتراط استبداده باليد للشافعية و جهان (2).

و كذا لو شرطاً انفراد أحدهما بالعمل في وجهٍ لهم، كشرطه في القراض (3).

و في وجهٍ: لا [جرباً] (4) علي قضية الشركة (2).

و الخلاف في جواز اشتراط زيادة الربح لمن زاد عمله [جار] (6) فيما إذا اشترط انفراد أحدهما بالتصرّف و جعلاً له زيادة ربح (3).

و في وجهٍ لهم: يجوز هنا، و لا يجوز فيما إذا اشتركا في أصل العمل؛ لأنّه لا يدري أنّ الربح بأيّ عملٍ حصل فيحال به علي المال؟ (4).

ص: 357

1- الظاهر: «شرطاً». (2 و 3) العزيز شرح الوجيز 5:197، روضة الطالبين 3:518. (4 و 6) ما بين المعقوفين أضفناه من المصدر.

2- العزيز شرح الوجيز 5:197.

3- العزيز شرح الوجيز 5:197-198، روضة الطالبين 3:518.

4- الوسيط 3:267، العزيز شرح الوجيز 5:198، روضة الطالبين 3:518.

مسألة 176: كل واحد من الشريكين أمين يده يد أمانة علي ما تحت يده

- كالمستودع والوكيل - يُقبل قوله في الخسران والتلف مع اليمين، كالمستودع إذا ادّعى التلف، سواء أسند التلف إلي سبب ظاهرٍ أو خفيّ.

وقال الشافعي: إذا أسند التلف هو أو المستودع إلي سببٍ ظاهر، طُلب بالبيّنة عليه، فإذا أقامها صدّق في الهلاك (1).

وإذا ادّعى أحد الشريكين خيانةً علي الآخر، لم تُسمع الدعوي حتي يحرّرها بأن يعيّن القدر الذي ادّعه من الخيانة علي إشكالٍ، فإذا بيّن القدر سُمعت، وكان عليه البيّنة، فإن فُقدت كان له إحلاف الشريك.

ولو ادّعى ردّ المال إلي الشريك، قُبِل قوله مع اليمين، كالمستودع والوكيل بغير جُعِل، وبه قال الشافعي (2).

وعندي فيه نظر.

مسألة 177: لو كان في يد أحد الشريكين مالٌ و اختلفا فيه،

فقال المكتسب: إنّه لي خاصّة، وقال الآخر: بل هو من مال الشركة، فالقول قول المتشبّث مع اليمين؛ قضاءً لليد.

وكذا لو انعكس الفرض، فقال المتشبّث: إنّه من مال الشركة، وقال الآخر: بل هو لي خاصّة، فُدّم قول المتشبّث مع اليمين.

ولو قال الآخر: بل هو لك، كان في النصف حكمه حكم مَنْ أقرّ لغيره بعينٍ في يده وأنكر المُقرّ له.

ص: 358

1- المهذّب - للشيرازي - 1:354، الوسيط 3:269، البيان 6:343، العزيز شرح الوجيز 5:198، روضة الطالبين 3:518.

2- التهذيب - للبخاري - 4:202، العزيز شرح الوجيز 5:198، روضة الطالبين 3:518.

و لو اشترى أحد الشريكين شيئاً ثم اختلفا، فقال المشتري: إنّما اشتريته لنفسى، وقال الآخر: بل للشركة، فُدم قول المباشر للعقد؛ لأنه أبصر بنيته، وهذا الاختلاف يقع عند ظهور الربح.

و لو قال المباشر: إنّما اشتريته للشركة، وقال الآخر: بل اشتريته لنفسك، فالقول قول مباشر العقد؛ لأنه أبصر بنيته، وهذا الاختلاف يقع عند ظهور الخسران.

و لو قال صاحب اليد: اقتسمنا مال الشركة وهذا قد خلص لي، وقال الآخر: لم نقسم بعدُ وهو مشترك، فالقول قول الثاني؛ لأصالة بقاء الشركة وعدم القسمة، فعلي مدّعيا البيّنة.

و لو كان في أيديهما أو في يد أحدهما مالٌ وقال كل واحدٍ منهما:

هذا نصيبى من مال الشركة وأنت أخذت نصيبك، حلف كلٌّ منهما لصاحبه، وجُعِل المال بينهما، فإن حلف أحدهما ونكل الآخر، قضى للحالف.

مسألة 178: لو كان بينهما عبد مشترك فباعه أحدهما بإذن الثاني و أذن له في قبض الثمن،

ثم اختلف الشريكان في قبض الثمن، فادّعى الأذن علي البائع قبض الثمن بأسره و طالبه بدفع نصيبه إليه، و صدّقه المشتري علي أنّ البائع قبض، و أنكر البائع القبض، برئ المشتري من نصيب الأذن في البيع؛ لاعترافه بأنّ البائع - الذي هو وكيله بالقبض - قد قبض.

ثم هنا خصومتان، إحداهما: بين البائع و المشتري، و الثانية: بين الشريكين.

فإن تقدّمت الأولى علي الثانية، فطالب البائع المشتري بنصيبه من الثمن، و ادّعى المشتري أنّه أداه، نُظر فإن قامت للمشتري بيّنة علي الأداء،

اندفعت المطالبة عنه، و برئ المشتري من الحقيين؛ لأنّ البائع قد ثبت بالبينة أنه قبض، و الآذن قد ثبت أنّ وكيله - و هو البائع - قد قبض.

و لو شهد له الشريك الآذن، لم تُقبل شهادته في نصيبه؛ لأنّه لو ثبت ذلك لطالب المشهود عليه بحقه، و ذلك جرّ نفع ظاهر، فلا تُقبل؛ للتهمة.

و هل تُقبل شهادته في نصيب البائع؟ قال بعض علمائنا: نعم (1).

و للشافعية قولان مبنيان علي أنّ الشهادة إذا رُدّت في بعض ما شهدت به؛ للتهمة، فهل تردّ في الباقي؟ (2).

و لو لم يكن للمشتري بينة بالقبض، كان القول قول البائع مع يمينه؛ لأنّه منكر، و الأصل عدم القبض، فيحلف البائع أنّه لم يقبض، فإذا حلف أخذ نصيبه من المشتري، و لا- يشاركه الآذن؛ لإقراره أنّ البائع قبض أولاً ما هو الحق، و يزعم أنّ الذي قبضه ثانياً بيمينه ظلم، فلا يستحقّ مشاركته فيه، فإن نكل البائع عن اليمين رُدّت اليمين علي المشتري، فإذا حلف أنّه أقبض البائع جميع الثمن انقطعت المطالبة عنه، و لو نكل المشتري أيضاً ألزم بنصيب البائع.

و قال بعض الشافعية: لا يُلزم بنصيب البائع أيضاً؛ لأنّنا لا نحكم بالنكول (3).

و هو غلط؛ لأنّ هذا ليس حكماً بالنكول، و إنّما هو مؤاخذة له بإقراره بلزوم المال بالشراء ابتداءً. 3.

ص: 360

1- لم نهتد إلي القائل به، و راجع المبسوط - للطوسي - 353:2.

2- الحاوي الكبير 6:490، المهذب - للشيرازي - 1:354، بحر المذهب 8:141، الوسيط 3:270، حلية العلماء 5:106، التهذيب -

للبيهقي - 4:204، البيان 6:346، العزيز شرح الوجيز 5:199، روضة الطالبين 3:519.

3- العزيز شرح الوجيز 5:199، روضة الطالبين 3:519.

فإذا انفصلت (1) [خصومة] (2) البائع و(3) المشتري فلو جاء الشريك الآذن و طالب البائع بحقه؛ لزعمه أنه قبض جميع الثمن، فعليه البيّنة، ويُقدّم قول البائع مع اليمين أنه لم يقبض إلا نصيبه بعد الخصومة الجارية بينهما، فإن نكل البائع حلف الآذن وأخذ منه نصيبه، ولا يرجع البائع به علي المشتري؛ لأنه يزعم أنّ شريكه ظلّمه بما فعّل، ولا- يمنع البائع من الحلف نكوله عن اليمين في الخصومة مع المشتري؛ لأنّها خصومة أُخري مع خصمٍ آخَر.

هذا إذا تقدّمت خصومة البائع و المشتري و تبعتها خصومة الشريكين، و أمّا إن تقدّمت خصومة الشريكين فادّعي الذي لم يبيع قبض الثمن علي البائع و طالبه بحقه و أنكر البائع، فُقدّم قوله مع اليمين، و كان علي الشريك الآذن البيّنة بأنّ البائع قبض الثمن، و لا تُقبل شهادة المشتري له بحال البيّنة؛ لأنه يدفع عن نفسه، فإن فُقدت البيّنة حلف البائع علي أنه ما قبض، فإن نكل حلف الآذن علي أنه قبض، و أخذ نصيبه من البائع.

ثمّ إذا انفصلت الخصومة بين الشريكين، فلو طالب البائع المشتري بحقه، و ادّعي المشتري الأداء، فعليه البيّنة، فإن لم تكن بيّنة حلف البائع، و قبض حقه، فإن نكل حلف المشتري و برئ، و لا يمنع البائع من أن يحلف و يطلب من المشتري حقه نكوله في الخصومة الأولى مع شريكه.

و للشافعيّة وجهٌ: إنّه يمنع؛ بناءً علي أنّ يمين الرّد كالبيّنة أو كإقرار المدّعي عليه؟ إن كانت كالبيّنة فكأنّه قامت البيّنة علي قبضه جميع الثمن،».

ص: 361

1- في «خ»: «انقضت» بدل «انفصلت».

2- في النسخ الخطيّة و الحجريّة: «حكومة». و الظاهر ما أثبتناه.

3- في «ث، خ، ر»: «مع» بدل «و».

وإن كانت كالإقرار فكأنه أقرّ قبض جميع الثمن، و علي التقديرين يمنع عليه مطالبة المشتري(1).

وضَعفه باقي الشافعية؛ لأنّ اليمين إنّما تجعل كالبيّنة أو كالإقرار في حقّ المتخاصمين وفيما فيه تخصصهما لا غير، و معلوم أنّ الشريك إنّما يحلف علي أنّه قبض نصيبه، فإنّه الذي يطالب به، فكيف تؤثر يمينه في غيره؟! (2).

و علي ضعفه فقد قال الجويني: [القياس] (1) طرده فيما إذا تقدّمت خصومة البائع و المشتري و نكل البائع و حلف المشتري اليمينَ المرذولة حتي يقال: تثبت للذي لم يبيع مطالبة البائع بنصيبه من غير تجديد خصومة؛ لكون يمين الردّ بمنزلة البيّنة أو الإقرار(2).

مسألة 179: لو باع الشريك - المأذون له في البيع - العبد، ثمّ اختلف الشريكان،

فادّعي البائع علي الأذن بأنّه قبض الثمن بأسره من المشتري، فأنكر الأذن القبض، و صدّق المشتري المدّعي، فإن كان الأذن في البيع مأذوناً له في القبض للثمن من جهة البائع، برئ المشتري من حصّة البائع؛ لأنّه قد اعترف بأنّ وكيله قد قبض. ثمّ تُفرض حكومتان كما تقدّم.

فإن تخصم الذي لم يبيع و المشتري، فالقول قول الذي لم يبيع في عدم القبض، فيحلف و يأخذ نصيبه و يسلم إليه المأخوذ.

وإن تخصم البائع و الذي لم يبيع، حلف الذي لم يبيع، فإن نكل

ص: 362

1- ما بين المعقوفين أثبتناه من المصدر.

2- العزيز شرح الوجيز 200:5، روضة الطالبين 3:519.

حلف البائع، وأخذ منه نصيبه، ولا رجوع له علي المشتري.

ولو شهد البائع للمشتري علي القبض، لم تُقبل؛ لأنه يشهد لنفسه علي الذي لم يبيع.

وإن لم يكن الأذن في البيع مأذوناً له في القبض من جهة البائع، لم تبرأ ذمّة المشتري عن شيء من الثمن.

أما عن حقّ الذي لم يبيع: فلائّه منكر للقبض، والقول قوله في إنكاره مع اليمين.

وأما عن حقّ المباشر للبيع: فلائّه لم يعترف بقبض صحيح.

ثمّ لا يخلو إما أن يكون البائع مأذوناً من جهة الذي لم يبيع في القبض، أو لا يكون هو مأذوناً أيضاً.

فإن كان مأذوناً، فله مطالبة المشتري بنصيبه من الثمن، ولا يتمكّن من مطالبته بنصيب الذي لم يبيع؛ لأنه لمّا أقرّ بقبض الذي لم يبيع نصيب نفسه فقد صار معزولاً عن وكالته.

ثمّ إذا تخاصم الذي لم يبيع والمشتري، فعلي المشتري البيّنة علي القبض، فإن لم تكن بيّنة فالقول قول الذي لم يبيع.

فإذا حلف، ففي مَنْ يأخذ حقه منه للشافعيّة وجهان:

قال المزني منهم: إن شاء أخذ تمام حقه من المشتري، وإن شاء شارك البائع في المأخوذ، وأخذ الباقي من المشتري؛ لأنّ الصفقة واحدة، وكلّ جزءٍ من الثمن شائع بينهما، فإن أخذ بالخصلة الثانية لم يبق مع البائع إلا ربع الثمن (1).3.

ص: 363

1- بحر المذهب 8:143، الوسيط 3:270، حلية العلماء 5:106، التهذيب - للبخاري - 4:205، البيان 6:348، العزيز شرح الوجيز 5:200-201، روضة الطالبين 3:520.

و [يفارق] (1) هذا ما إذا كان الذي لم يبيع مأذوناً في القبض حيث لا يشاركه البائع فيما أخذه من المشتري؛ لأنّ زعمه أنّ الذي لم يبيع ظالمٌ فيما أخذه، فلا يشاركه فيما ظلم به (2).

وقال آخرون منهم ابن سريج: ليس له إلا أخذ حقه من المشتري، ولا يشارك البائع فيما أخذه؛ لأنّ البائع قد انعزل عن الوكالة بإقراره: إنّ الذي لم يبيع قبض حقه، فما يأخذه بعد الانعزال يأخذه لنفسه خاصةً (3).

وقال آخرون: إنّه وإن انعزل فالمسألة تحتل وجهين بناءً على أنّ مالكي السلعة إذا باعها صفقة واحدة هل ينفرد أحدهما بقبض حصته من الثمن؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا، بل إذا انفرد بأخذ شيء شاركه الآخر فيه، كما أنّ الحقّ الثابت للورثة لا ينفرد بعضهم باستيفاء حصته منه، ولو فعل شاركه الآخرون فيه، وكذا لو كاتباً عبداً صفقة واحدة، لم ينفرد أحدهما بأخذ حقه من النجوم.

والثاني: نعم، كما لو باع كلّ واحدٍ منهما نصيبه بعقدٍ مفرد، بخلاف الميراث والكتابة، فإنّهما لا يثبتان في الأصل بصفة التجزي؛ إذ لا ينفرد (3).

ص: 364

1- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطيّة والحجريّة: «يقارب». والصحيح ما أثبتناه من «العزیز شرح الوجيز».

2- العزیز شرح الوجيز 201:5.

3- بحر المذهب 144:8، الوسيط 271:3، حلية العلماء 106:5، التهذيب - للبغوي - 205:4-206، البيان 348:6، العزیز شرح الوجيز 201:5، روضة الطالبين 520:3.

بعض الورثة ببعض أعيان التركة، ولا تجوز كتابة البعض من العبد، فلذلك لم يجز التجزّي في القبض(1).

ولو شهد البائع للمشتري علي أنّ الذي لم يبع قد قبض الثمن، فعلي قول المزني لا تُقبل شهادته؛ لأنّه يدفع بها شركة صاحبه فيما أخذه(2)، وعلي قول ابن سريج تُقبل(3).

وإن لم يكن البائع مأذوناً في القبض، قال بعض الشافعيّة: للبائع مطالبة المشتري بحقه هنا، وما يأخذه يسلم له، وتُقبل هنا شهادة البائع للمشتري علي الذي لم يبع(4).

وقال آخرون: ينبغي ثبوت الخلاف في مشاركة صاحبه فيما أخذه، ويُخرّج قبول الشهادة علي الخلاف(5).

مسألة 180: لو غصب واحد نصيبَ أحد الشريكين بأن نزل نفسه منزلته،

فأزال يده ولم يُزل يد صاحبه الآخر، بل استولي علي العبد و منعه أحدهما الانتفاع به دون الآخر، فإنّه يصحّ من الذي لم يغصب نصيبه بيع نصيبه، ولا يصحّ من الآخر بيع نصيبه، إلا من الغاصب، أو ممن يتمكّن من انتزاعه من يد الغاصب.

ولو باع الغاصب والذي لم يغصب نصيبه جميع العين في عقدٍ واحد، صحّ في نصيب المالك، ووقف نصيب الآخر إن أمضاه المغصوب منه صحّ، وإلا فلا.

ص: 365

1- العزيز شرح الوجيز 201:5.

2- الوسيط 271:3، حلية العلماء 107:5، التهذيب - للبخاري - 206:4، البيان 349:6، العزيز شرح الوجيز 201:5، روضة الطالبين 520:3.

3- الوسيط 271:3، حلية العلماء 107:5، التهذيب - للبخاري - 206:4، البيان 349:6، العزيز شرح الوجيز 201:5، روضة الطالبين 520:3.

4- العزيز شرح الوجيز 201:5، روضة الطالبين 520:3.

5- العزيز شرح الوجيز 201:5، روضة الطالبين 520:3.

وقالت الشافعية: يصح في نصيب مَنْ لم يغصب منه، ويطل في الآخر، ولا يُخرَج علي الخلاف في تفريق الصفقة عندهم؛ لأن الصفقة تتعدّد بتعدّد البائع(1).

ومنهم مَنْ قال: يبي القول في نصيب المالك علي أن أحد الشريكين إذا باع نصف العبد مطلقاً ينصرف إلي نصيبه أو يشيع؟ وجهان، فإن قلنا:

ينصرف إلي نصيبه، صحّ بيع المالك في نصيبه، وإن قلنا بالشيوع، بطل البيع في ثلاثة أرباع العبد، وفي ربه قولان.

ولا يُنظر إلي هذا البناء فيما إذا باع المالكان معاً وأطلقا، ولا يُجعل كما إذا أطلق كلّ واحدٍ منهما نصف العبد؛ لأنّ هناك تناول العقد الصحيح جميع العبد(2).

مسألة 181: قد بينّا

مسألة 181: قد بينّا(3) أنّ شركة الأبدان باطلة، سواء اشترك العمل أو اختصّ بأحدهما وتقبّل الآخر.

فلو قال واحد لآخر: أنا أتقبّل العمل وأنت تعمل والأجرة بيننا بالسوية أو علي نسبة أُخري، لم يصح عند علمائنا - وبه قال زفر(4) - ولا يستحقّ العامل المسمّي، بل له أجرة المثل.

وقال أحمد: تصحّ الشركة؛ لأنّ الضمان يستحقّ به الربح بدليل شركة الأبدان، وتقبّل العمل يوجب الضمان علي المتقبّل، ويستحقّ به الربح،

ص: 366

1- بحر المذهب 8:145، حلية العلماء 5:108، التهذيب - للبعوي - 4:207، البيان 6:345، العزيز شرح الوجيز 5:202-203، روضة الطالبين 3:521.

2- التهذيب - للبعوي - 4:207، العزيز شرح الوجيز 5:203، روضة الطالبين 3:521.

3- في ص 312، المسألة 142.

4- المغني 5:113، الشرح الكبير 5:187.

فصار كتقبّله المال في المضاربة، و العمل يستحقّ به العامل الربح كعمل المضاربة، فينزّل منزلة المضاربة(1).

و الحكم في الأصل ممنوع.

مسألة 182: الربح في شركة الأبدان علي نسبة العملين، لا علي الشرط الذي شرطاه،

عند علمائنا؛ لأنّ الشركة باطلة علي ما تقدّم (2) بيانه.

وقال أحمد: إنّها صحيحة، و الشركة علي ما اتفقوا عليه من مساواة أو تفاضلٍ، و لكلّ منهما المطالبة بالأجرة، و للمستأجر دفعها إلي كلّ واحدٍ منهما، و إلي أيّهما دفع برئ منها، و إن تلفت في يد أحدهما من غير تفریط فهي من ضمانهما معاً؛ لأنّهما كالوكيلين في المطالبة، و ما يتقبّله كلّ واحدٍ منهما من عملٍ فهو من ضمانهما يطالب به كلّ واحدٍ منهما، و يلزمه عمله؛ لأنّ هذه الشركة لا تتعقد إلاّ علي الضمان، و لا شيء منها تتعقد عليه الشركة حال الضمان، فكأنّ الشركة تتضمّن ضمان كلّ واحدٍ منهما عن الآخر ما يلزمه.

و لو أقرّ أحدهما بما في يده، قُبِلَ عليه و علي شريكه؛ لأنّ اليد له، فيقبل إقراره بما فيها، و لا يقبل إقراره بما في يد شريكه و لا بدّين عليه(3).

و هذا كلّه عندنا باطل.

و لو عمل أحدهما دون صاحبه، فالكسب للعامل خاصّةً عندنا، و إن حصل من الآخر سفارة فله أجرته عليها.

وقال أحمد: إذا عمل أحدهما خاصّةً، كان الكسب بينهما علي

ص: 367

1- المغني 5: 113 و 114، الشرح الكبير 5: 187 و 188.

2- في ص 312-313، المسألة 142.

3- المغني 5: 114، الشرح الكبير 5: 188.

ما شرطاه، سواء ترك العمل لمرضٍ أو غيره، ولو طالب أحدهما الآخر أن يعمل معه، أو يقيم مقامه مَنْ يعمل، فله ذلك، فإن امتنع فلآخر الفسخ(1).

و هو باطل عندنا علي ما سلف(2).

ولو كان لقصارٍ أداةً و لآخر بيتٌ، فاشتركا علي أن يعملا بأداة هذا في بيت هذا و الكسب بينهما، جاز، و الأجر بينهما علي ما شرطاه، عند أحمد؛ لأنّ الشركة وقعت علي عملهما، و العمل يستحقّ به الربح في الشركة، و الآلة و البيت لا يستحقّ بهما شيء(3).

و عندنا أنّ هذه الشركة باطلة، و قد سلف(4).

مسألة 183: إذا كانت الشركة باطلة، فسيما الربح علي قدر رءوس أموالهما،

و يرجع كلّ منهما علي الآخر بأجر عمله - و به قال أبو حنيفة و الشافعي و أحمد في إحدَي الروايتين(5) - لأنّ المسمي يسقط في العقد الفاسد، كالبيع الفاسد إذا تلف المبيع في يد المشتري، و النماء فائدة مالهما، فيكون تابعا للأصل، كالثمرة.

و الرواية الأخرى لأحمد: إنّهما يقتسمان الربح علي ما شرطاه، و لا يستحقّ أحدهما علي الآخر أجر عمله، و أجراها مجري الصحيحة؛ لأنّه عقد يصحّ مع الجهالة، فيثبت المسمي في فاسده، كالنكاح(6).

ص: 368

1- المغني 5:114 و 115، الشرح الكبير 5:189.

2- في ص 340-341، المسألة 161.

3- المغني 5:116، الشرح الكبير 5:191.

4- في ص 345، المسألة 165.

5- الاختيار لتعليل المختار 3:26، الفقه النافع 3:721/996، البيان 6:333، المغني و الشرح الكبير 5:128.

6- المغني 5:129، الشرح الكبير 5:128.

إذا عرفتَ هذا، فلو كان مال كلِّ واحدٍ منهما متميّزاً، وكان ربحه معلوماً، كان لكلِّ ربحٍ ماله، ولا يشاركه الآخر فيه. ولو ربح في جزءٍ منه ربحاً متميّزاً وبقية مختلطاً، كان له تمام ما تميّز (1) من ربح ماله، وله بحصة باقي ماله من الربح.

مسألة 184: ليس لأحد الشريكين أن يكاتب الرقيق، ولا يعتق علي مالٍ ولا غيره، ولا يزوّج الرقيق؛

لأنّ الشركة منعقدة علي التجارة، وليست هذه الأنواع تجارةً، لا سيّما تزويج العبد؛ فإنّه محض ضررٍ.

وليس له أن يُقرض ولا يحابي؛ لأنّه تبرّع.

وليس له أن يشارك بمال الشركة ولا يدفعه مضاربةً؛ لأنّ ذلك يُثبت في المال حقوقاً، ويستحقّ غير المالك ربحه، وليس له ذلك إلا بإذن ربّ المال.

وليس له أن يمزج مال الشركة بماله، ولا مال غيره؛ لأنّه تعيّب في المال.

وليس له أن يستدين علي مال الشركة، فإنّ فعلَ فريجه له، وعليه خسارته.

وقال بعض العاقلّة: إذا استدان شيئاً، لزم الشريكين معاً، وربحه لهما وخسارته عليهما؛ لأنّ ذلك تملك مالٍ بمالٍ، فأشبهه الصرف (2).

وهو غلط؛ لأنّه أدخل في الشركة أكثر ممّا رضي الشريك أن يشاركه فيه، فلم يجز، كما لو ضمّ إلي مال الشركة شيئاً من ماله، ويفارق الصرف؛ لأنّه بيع وإبدال عينٍ بعينٍ، فهو كبيع الثياب بالدرهم.

ص: 369

1- في «ج» و الطبعة الحجرية: «يتميّز».

2- المغني 5:130، الشرح الكبير 5:123.

و ليس له أن يُقرّ علي مال الشركة، فإن فَعَلَ لزم في حَقّه دون صاحبه، سواء أقرّ بدينٍ أو عينٍ؛ لأنّ شريكه إنّما أذن له في التجارة، و الإقرار ليس منها.

و لو أقرّ ببيعٍ في عينٍ باعها أو أقرّ الوكيل علي موكله بالبيع، لم يُقبل، خلافاً لأحمد(1).

و لو أقرّ بقبض ثمن المبيع أو أجر المكارى و الحَمّال و أشباه ذلك، فالأقرب: القبول؛ لأنّه من توابع التجارة، فكان له ذلك كتسليم المبيع و أداء ثمنه.

و لو رُدّت السلعة عليه ببيعٍ، قبلها، أو أعطي أرشها.

و لو حطّ من الثمن شيئاً أو أسقط ديناً لهما عن [غيرهما](2) لزم في حَقّه، و بطل في حقّ شريكه؛ لأنّ ذلك تبرّع، و التبرّع يمضي في حصّته دون شريكه.

و لو كان لهما دينٌ حالّ فأخر أحدهما حصّته من الدين، جاز - و به قال أبو يوسف و محمّد(3) - لأنّه أسقط حَقّه من التعجيل، فصَحّ أن ينفرد به أحدهما، كالإبراء.

و قال أبو حنيفة: لا يجوز(4).

مسألة 185: قد بينّا أنّ الشركة تتضمّن نوع وكالة، و لا يتعدّي الشريك حدّ الوكالة، فليس له أن يبيع نَساً.

ص: 370

1- المغني 5:131، الشرح الكبير 5:120.

2- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطيّة و الحجرية: «غيرهما». و المثبت كما في المغني 5:131.

3- المغني 5:131، الشرح الكبير 5:124.

4- المغني 5:131، الشرح الكبير 5:124.

وإذا اشترى بجنس ما عنده دَفَعَه، وإن اشترى بغير جنسه لم يكن له أن يستدين الجنس ويصرفه في الثمن؛ لأنَّه ممنوع من الاستدانة، لكن له أن يبيع بثمنٍ من النقد الذي عيَّنه ويدفع.

وليس له أن يودع إلا مع الحاجة؛ لأنَّه ليس من الشركة، وفيه غرور، أمَّا مع الحاجة فإنَّه من ضرورة الشركة، فأشبه دفع المتاع إلي الحمّال، وهو إحدى الروايتين عن أحمد.

والثانية: يجوز؛ لأنَّه عادة التّجار، وقد تدعو الحاجة إلي الإيداع(1).

والعادة لا تقضي علي الشرع، والحاجة مسوّغة كما قلنا.

وليس له أن يوكل فيما يتولاه بنفسه، كالوكيل.

وفي إحدى الروايتين عن أحمد: الجواز(2).

فإن وُكِّل أحدهما بإذن صاحبه جاز، وكان لكلّ منهما عزله.

وليس لأحدهما أن يرهن بالدين الذي عليهما إلا بإذن صاحبه أو مع الحاجة.

وعن أحمد روايتان(3).

وليس لأحدهما السفر بالمال المشترك إلا بإذن صاحبه. والأقرب: إنَّ له الإقالة؛ لأنَّها إمّا يبيع عند جماعةٍ من العامة(4)، وهو يملك البيع، أو فسّخ عندنا، وهو يملك الفسخ، ويردّ بالعيب، كلّ ذلك مع المصلحة.

ولو قال له: اعمل برأيك، جاز أن يعمل كلّ ما يصلح في التجارة من الإبضاع والمضاربة بالمال والمشاركة وخلطه بماله والسفر والإيداع والبيع نسيئةً والرهن والارتهان والإقالة ونحو ذلك؛ لأنَّه فوّض إليه الرأي في).

ص: 371

1- المغني 5:132، الشرح الكبير 5:122.

2- المغني 5:132، الشرح الكبير 5:122.

3- المغني 5:132، الشرح الكبير 5:122.

4- راجع ج 12 - من هذا الكتاب - ص 117، الهامش (3).

التصرّف الذي تقتضيه الشركة، فجاز له كلّ ما هو من التجارة، فأما ما يكون تمليكاً بغير عوضٍ - كالهبة و الحطيطة لغير فائدةٍ و القرض و العتق و مكاتبه الرقيق و تزويجه - فلا يفعله إلا بإذنه؛ لأنّه إنّما فوّض إليه العمل برأيه في التجارة، و ليس ذلك منها.

ولو أخذ أحد الشريكين مالاً مضاربهً، فريحه له دون صاحبه؛ لأنّه يستحقّ ذلك في مقابلة عمله، و ليس ذلك من المال الذي اشتركا فيه.

مسألة 186: قد بينّا أنّ الشركة من العقود الجائزة لكلّ منهما فسخها و الرجوع في الإذن و المطالبة بالقسمة؛

لأنّ الإنسان مسلّط عليّ ماله، فكان له المطالبة بإفرازه من مال غيره و تمييزه عنه، و ليس لأحدهما مطالبة الآخر بإقامة رأس المال، بل يقتسمان الأعواض إذا لم يتّفقا عليّ البيع، و لا يصحّ التأجيل في الشركة.

و لو كان بعض المال في أيديهما و الآخر غائب عنهما فاقتهما الذي في أيديهما و الغائب عنهما، صحّت في المقبوض، دون الغائب [عن] (1) الناس؛ لأنّ الباقر عليه السلام سئل عن رجلين بينهما مال منه بأيديهما و منه غائب عنهما، فاقتهما الذي بأيديهما و أحال كلّ واحدٍ منهما بنصيبه من الغائب، فاقطني أحدهما و لم يقتض الآخر، قال: «ما اقتضي أحدهما فهو بينهما، و ما يذهب بماله!» (2).

و سأل [عبد الله بن سنان] (3) الصادق عليه السلام: عن رجلين بينهما مال منه

ص: 372

1- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطيّة و الحجرية: «علي». و الصحيح ما أثبتناه.

2- التهذيب 7: 185-186/818.

3- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطيّة و الطبعة الحجرية: «معاوية بن عمّار» و هو في سند الحديث 820 من التهذيب 7: 186، و المثبت من المصدر.

دَيْنٌ ومنه عينٌ، فاقْتَسَمَا العَيْنَ وَالدَّيْنَ فتوي(1) الذي كان لأحدهما من الدَّيْنِ أو بعضه و خرج الذي للآخر [أيرد] (2) علي صاحبه؟ قال: «نعم، ما يذهب بماله!؟» (3).

مسألة 187: لو كان لرجلين دينٌ بسببٍ واحدٍ إنا عقد أو ميراث أو استهلاك أو غيره، فقبض أحدهما منه شيئاً، فلآخر مشاركته فيه

- وهو ظاهر مذهب أحمد بن حنبل (4) - لما تقدّم (5) في المسألة السابقة في رواية [عبد الله بن سنان] (6) عن الصادق عليه السلام.

ولأنّ تملك القابض ما قبضه يقتضي قسمة الدَّيْنِ في الذمّة من غير رضا الشريك، وهو باطل، فوجب أن يكون المأخوذ لهما والباقي بينهما.

ولغير القابض الرجوعُ علي القابض بنصفه، سواء كان باقياً في يده أو أخرجه عنها، وله أن يرجع علي الغريم؛ لأنّ الحقّ ثبت في ذمته لهما علي وجهٍ سواء، فليس له تسليم حقّ أحدهما إلي الآخر، فإن أخذ من الغريم لم يرجع علي الشريك بشيء؛ لأنّ حقّه ثابت في أحد المحلّين، فإذا اختار أحدهما سقط حقّه من الآخر.

وليس للقابض منعه من [الرجوع علي] (7) الغريم بأن يقول: أنا

ص: 373

1- راجع الهامش (1) من ص 39.

2- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطيّة والحجريّة: «يراد». والمثبت من المصدر.

3- التهذيب 7: 821/186.

4- المغني 5: 197، الشرح الكبير 5: 181.

5- آنفاً.

6- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطيّة والحجريّة: «معاوية بن عمّار». والصحيح ما أثبتناه من المصدر.

7- ما بين المعقوفين يقتضيه السياق.

أعطيك نصف ما قبضت، بل الخيرة إليه من أيهما شاء قبض، فإن قبض من شريكه شيئاً رجع الشريك علي الغريم بمثله.

وإن هلك المقبوض في يد القابض، تعيّن حقه فيه، ولم يضمه للشريك؛ لأنه قدر حقه فيما تعدي بالقبض، وإنما كان لشريكه مشاركته؛ لثبوته في الأصل مشتركاً.

ولو أبرأ أحد الشريكين الغريم من حقه، برئ منه؛ لأنه بمنزلة قبضه منه، وليس لشريكه الرجوع عليه بشيء؛ لأنه لم يقبض شيئاً من حق الشريك.

ولو أبرأ أحدهما من جزءٍ مشاع، سقط من حقه، وبسط ما يقبضانه من الغريم علي النسبة، فلو أبرأ أحدهما الغريم من عشر الدين ثم قبضا من الدين شيئاً، قسماه علي قدر حقهما في الباقي، للمبرئ أربعة أتساعه، ولشريكه خمسة أتساعه.

وإن قبض (1) نصف الدين ثم أبرأ أحدهما من عشر الدين كله، نفذت البراءة في خمس الباقي، وما بقي بينهما علي ثمانية، للمبرئ ثلاثة أثمانه، وللآخر خمسة أثمانه، فما قبضاه بعد ذلك اقتسماه علي هذا.

ولو اشترى أحدهما بنصيبه من الدين ثوباً، قال بعض العامة: كان للآخر إبطال الشراء، فإن بذل له المشتري نصف الثوب ولا يبطل البيع، لم يلزمه (2) ذلك (3).5.

ص: 374

1- الظاهر: «قبضا».

2- في النسخ الخطيّة والحجريّة: «لم يلزم». والمثبت من المصدر.

3- المغني 5:198، الشرح الكبير 5:182.

وإن أجاز البيع ليملك [نصف] الثوب جاز، ويني علي بيع الفضولي هل يقف علي الإجازة أو لا؟ فعندنا نعم، وبين العامة خلاف (1).

ولو أجل أحدهما نصيبه من الدين جاز، فإنه لو أسقط حقه جاز فتأخيره أولي، فإن قبض الشريك بعد ذلك [شيئاً] لم يكن لشريكه الرجوع عليه بشيء.

هذا إذا أجله في عقد لازم، وإن لم يكن في عقد لازم كان له الرجوع؛ لأن الحال لا يتأجل بالتأجيل، فوجوده كعدمه.

وعن أحمد رواية أخرى: إن ما يقبضه أحدهما له، دون صاحبه؛ لأن ما في الذمة لا ينتقل إلي العين إلا بتسليمه إلي غريمه أو وكيله، و ما قبضه أحدهما فليس لشريكه فيه قبض ولا لوكيله، فلا يثبت له فيه حق، وكان لقابضه (2)؛ لثبوت يده عليه بحق، فأشبه ما لو كان الدين بسببين، ولأن هذا يشبه الدين في الذمة، وإنما يتعين حقه بقبضه، فأشبه تعيينه بالإبراء، ولأنه لو كان لغير القابض حق في المقبوض لسقط بتلفه كسائر الحقوق، ولأن هذا القبض إن كان بحق لم يشاركه غيره فيه، كما لو كان الدين بسببين، وإن كان بغير حق لم يكن له مطالبته؛ لأن (3) حقه في الذمة لا في العين، فأشبه ما لو أخذ غاصب منه مالاً، فعلي هذا ما قبضه القابض يختص به، دون شريكه، وليس لشريكه الرجوع عليه، فإن اشترى بنصيبه ثوباً أو غيره صح، ولم يكن لشريكه إبطال الشراء، وإن قبض أكثر.

ص: 375

1- المغني 5:198، الشرح الكبير 5:182.

2- في النسخ الخطية والحجريّة: «له قبضه» بدل «لقابضه». و الصواب ما أثبتناه من المصدر.

3- في النسخ الخطية والحجريّة: «ولأن». و الصحيح ما أثبتناه بدون الواو، كما في المصدر.

من حقه بغير إذن شريكه لم يبرأ الغريم ممّا زاد علي حقه (1).

و المشهور ما قلناه أولاً.

ولا تصحّ قسمة ما في الذمم؛ لأنّ الذمم لا تكافأ ولا تتعادل، و القسمة تقتضي التعديل، و القسمة من غير تعديل بيع، و لا يجوز بيع الدّين بالدّين، فلو تقاسما ثمّ توي (2) بعض المال، رجع مَنْ توي ماله علي مَنْ لم يتوّ، و به قال ابن سيرين و النخعي و أحمد في إحدَي الروایتين، و في الأخرى: يجوز ذلك؛ لأنّ الاختلاف لا يمنع القسمة، كما لو اختلفت الأعيان، و به قال الحسن و إسحاق (3).

و هذا إذا كان في ذمم متعدّدة، فأما في ذمّة واحدة فلا يمكن القسمة؛ لأنّ معني القسمة إفراس الحقّ، و لا يتصوّر ذلك في ذمّة واحدة.

مسألة 188: قد بينّا أنّه إذا تساوي المالان تساوي الشريكان في الربح،

و إن تفاوت المالان تفاوتتا في الربح علي النسبة، فإن شرطاً خلاف ذلك جاز عندنا، و صحّت الشركة، و به قال أبو حنيفة (4)، خلافاً للشافعي (5).

فلو كان لأحدهما ألف و للآخر ألفان فأذن صاحب الألفين لصاحب الألف أن يتصرّف فيهما علي أن يكون الربح بينهما نصفين فإن كان صاحب الألفين شرط علي نفسه العمل فيهما أيضاً، صحّ عندنا.

ص: 376

1- المغني 5: 198-199، الشرح الكبير 5: 182-183.

2- راجع الهامش (1) من ص 39.

3- الإشراف علي مذاهب أهل العلم 1: 50/68، المغني 5: 199، الشرح الكبير 5: 124.

4- راجع الهامش (2) من ص 353.

5- راجع الهامش (2) من ص 352.

وقال الشافعي: تفسد الشركة، ويكون الربح علي قدر المالين، ويجب لكل واحدٍ منهما علي الآخر أجره عمله في نصيبه(1).

وقال أبو حنيفة: إذا كانت الشركة فاسدةً لم يجب لواحدٍ منهما أجره؛ لأنّ العمل لا يقابله عوض في الشركة الصحيحة فكذلك الفاسدة(2).

والمعتمد عندنا: إنّ الشركة إذا فسدت كان لكلٍ منهما أجره مثل عمله - كما هو قول الشافعي - لأنّ المتشاركين إذا شرطوا في مقابلة عملهما ما لم يثبت، يجب أن يثبت عوض المثل، كما لو شرطوا في الإجارة شرطاً فاسداً.

وما ذكره في الصحيحة فإنّما لم يستحق في مقابلة العمل عوضاً؛ لأنّه لم يشترط في مقابلته شيئاً، وفي مسألتنا بخلافه.

ولو شرط صاحب الألفين العمل علي صاحب الألف خاصّةً، صحّت الشركة، وكانت شركةً وقراضاً عند الشافعي، ويكون لصاحب الألف ثلث الربح بحقّ ماله، والباقي - وهو ثلثا الربح - بينهما، لصاحب المال ثلاثة أرباعه، وللعامل ربعه، وذلك لأنّه جعل النصف له، فجعلنا الربح ستة أسهم منها ثلاثة شرط حصّة ماله منها سهمان، وسهم هو ما يستحقّه بعمله علي مال شريكه [و(3) حصّة مال شريكه أربعة أسهم، للعامل سهم، وهو الربع(4)].

وعندنا أنّه يكون شركةً صحيحةً؛ عملاً بالشرط.

ولو كان لرجلين ألفا درهم فأذن أحدهما لصاحبه أن يعمل في ذلك 7.

ص: 377

1- حلية العلماء 5:96، البيان 6:333.

2- حلية العلماء 5:96 و 97، البيان 6:333.

3- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطيّة والحجريّة: «من». والظاهر ما أثبتناه.

4- بحر المذهب 8:132-133، البيان 6:334، المغني 5:136-137.

و يكون الربح بينهما نصفين، فإنّ هذا ليس بشركةٍ ولا قراض؛ لأنّ شركة العنان تقتضي أن يشتركا في المال والعمل، والقراض يقتضي أن يكون للعامل نصيب من الربح في مقابلة عمله، وهنا لم يشرط له، فإذا عمل كان الربح بينهما نصفين علي قدر المالين، وكان عمله في نصيب شريكه معونةً له منه وتبرّعاً؛ لأنّه لم يشترط لنفسه في مقابله عوضاً.

مسألة 189: لو اشترى عبداً وقبضه فأصابا به عيباً فأراد أحدهما الإمساك والآخر الردّ، لم يجز،

و به قال أبو حنيفة (1) في ج 11، ص 172، المسألة 340. (2).

وقال الشافعي: يجوز (3) في النسخ الخطيّة: «البيع». (4).

وقد سلف (3) ذلك في كتاب البيوع (4).

إذا تقرّر هذا، فإذا اشترى أحد الشريكين عبداً فوجد به عيباً، فإن أراد الردّ كان لهما.

و إن أراد أحدهما الردّ والآخر الإمساك، فإن كان قد أطلق الشراء ولم يذكر أنّه يشتره له ولشريكه لم يكن له الردّ؛ لأنّ الظاهر أنّه يشتره لنفسه، فلم يلزم البائع حكماً بخلاف الظاهر.

و إن كان قد أعلمه أنّه يشتره بمال الشركة أو له ولشريكه، لم يكن لأحدهما الردّ وللآخر الأرش علي ما تقدّم.

وللشافعيّة وجهان:

أحدهما: ليس له الردّ؛ لأنّه إنّما أوجب إيجاباً واحداً، فلا يبعض

ص: 378

1- البيان 342:6، وراجع ج 11 - من هذا الكتاب - ص 172، الهامش

2- .

3- البيان 342:6، وراجع ج 11 - من هذا الكتاب - ص 172، الهامش

4- .

عليه.

و الثاني: له الرد؛ لأنه إذا كان يقع الشراء لاثنين، كان بمنزلة أن يوجب لهما، ولو أوجب لهما كان في حكم العقدين، كذا هنا(1).

و إذا باع أحد الشريكين عيناً من أعيان الشركة و أطلق البيع ثم ادّعي بعد ذلك أنه باع ماله و مال شريكه بغير إذنه، لم تُسمع دعواه؛ لأنه يخالف ظاهر قوله، فإن ادّعي ذلك شريكه، كان عليه إقامة البينة أنه شريكه فيه، فإذا قامت البينة به و ادّعي المشتري أنه أذن للبائع في البيع، كان القول قوله: إنه لم يأذن، مع يمينه، فإذا حلف فسخ البيع في نصيبه إن لم يجز البيع، و لا يفسخ في الباقي إلا برضا المشتري.

و للشافعي قولان مبيّان علي تفريق الصفقة(2).

مسألة 190: إذا كان لكل من الرجلين عبد بانفراده، صحّ بيعهما معاً صفقة واحدة و متعدّدة،

اتفقت قيمتهما أو اختلفت، عندنا.

و للشافعي قولان:

أحدهما: يصحّ مطلقاً؛ لأنّ جملة الثمن معلومة في العقد.

و الثاني - وهو الأصحّ عندهم -: إنّ البيع فاسد؛ لأنّ العقد إذا كان في أحد طرفيه عاقدان كان بمنزلة العقدين، فتكون حصّة كلّ واحدٍ منهما مجهولة؛ لأنّ ما يخصّ كلّ واحدٍ من العبدین من الثمن غير معلوم في العقد، بخلاف ما لو كان العبدان لواحدٍ؛ لوحدة العقد(3).

و هو غلط؛ إذ مجموع الثمن في مقابلة مجموع الأجزاء، وهما

ص: 379

1- الحاوي الكبير 6:486، بحر المذهب 8:137، البيان 6:342.

2- راجع بحر المذهب 8:138.

3- التهذيب - للبغوي - 3:499، العزيز شرح الوجيز 4:145، روضة الطالبين 3:92.

معلومات، ولا يجب العلم بالمقابلة بين الأجزاء والأجزاء لا حالة العقد ولا قبله.

إذا عرفت هذا، فلو كان العبدان لرجلين لكل واحدٍ منهما أحدهما، فوكل واحدٍ منهما الآخر في بيع عبده مع عبده، فباعه معه، صحّ عندنا - وهو أحد قولَي الشافعي (1) - فيقوم كل واحدٍ منهما، ويقسم الثمن علي قدر القيمتين.

وعلي القول الآخر للشافعي - وهو فساد البيع (2) - إن صدق المشتري البائع أنه باع عبده وعبده غيره كان البيع فاسداً، وإن كذبه فالقول قول المشتري مع يمينه؛ لأن الظاهر أنه باع ملكه، ويحلف المشتري أنه لا يعلم أن أحد العبدین لم يكن له، فإذا حلف سقطت عنه الدعوي.

وأما الثمن الذي في يد البائع فإنه مقرّ أنه لا يستحقّه إلا أن المشتري قد حال بينه وبين العبدین وقد استحقّ بذلك القيمة، فيُنظر فإن كان الثمن قدر القيمة أو دونه كان لهما أخذه، وإن كان أكثر منهما لا يستحقّان إلا قدر القيمة، والباقي لا يدعيانه، فيردّانه إلي يد الحاكم ليحفظه لصاحبه، فإذا ادّعه ردّ إليه.6.

ص: 380

1- الحاوي الكبير 6:487.

2- الحاوي الكبير 6:487.

تعريف مركز

بسم الله الرحمن الرحيم
هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ
الزمر: 9

عنوان المكتب المركزي
أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آباه اى، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلى، الرقم 129، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

البريد الالكتروني : Info@ghbook.ir

هاتف المكتب المركزي 03134490125

هاتف المكتب في طهران 021 - 88318722

قسم البيع 09132000109 شؤون المستخدمين 09132000109.

مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية
اصبحان
الغمامة



للحصول على المكتبات الخاصة الاخرى
ارجعوا الى عنوان المركز من فضلكم
www.Ghaemiyeh.com

www.Ghaemiyeh.net

www.Ghaemiyeh.org

www.Ghaemiyeh.ir

و للايحاء من فضلكم

٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٥٩

