



مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

للغلام



عليه
صلى
عليه
وآله
وسلم

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

مَجَالِحُ الْمُؤْمِنِينَ
فِي سِرِّ الْقَوْلَانِ

تأليف

للشيخ العلامة

الشيخ علي بن الحسين الجليلي

الطبرستان سنة ٩٤٠ هـ

للمطبعة

بني

بمطبعة دارالكتاب في طهران

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

جامع المقاصد فى شرح القواعد

كاتب:

على بن حسين بن عبدالعالى محقق كركى

نشرت فى الطباعة:

مؤسسه آل البيت (عليهم السلام) لآحياء التراث

رقمى الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

٥	الفهرس
١١	جامع المقاصد فى شرح القواعد المجلد ٦
١١	اشاره
١٢	اشاره
١٨	كتاب الأمانات و توابعها
١٨	اشاره
١٨	الأول:فى الوديعه
١٨	اشاره
١٨	الأول:فى حقيقتها
٢٣	الفصل الثانى:فى موجبات الضمان
٢٣	اشاره
٢٣	الأول:الانتفاع
٢٩	الثانى:الإيداع
٣٦	الثالث:التقصير فى دفع المهلكات
٣٩	الرابع:المخالفه فى كيفية الحفظ
٤٦	الخامس:التضييع
٥٠	السادس:الجحود
٥٣	الفصل الثالث:فى الأحكام
٦٨	المقصد الثانى:فى العاربه
٦٨	اشاره
٦٨	الأول:فى الأركان
٦٨	اشاره
٦٨	و هى خمسه
٦٨	اشاره

٦٨	أ:العقد
٧٠	ب:المعير
٧١	ج:المستعير
٧١	د:المستعار
٧٢	هـ:-إباحه المنفعه
٧٤	فروع
٧٤	اشاره
٧٤	أ:لو تلف الصيد عند المحل المستعير
٧٤	ب:لو قال:أعرتك حمارى لتعيرنى فرسك فالأقرب الجواز
٧٨	ج:لو أذن الولى للصبى فى الإعاره جاز مع المصلحه
٧٩	د:تجوز استعاره الفحل للضراب
٧٩	الفصل الثانى:فى الأحكام
٧٩	اشاره
٧٩	الأول:الرجوع
٧٩	اشاره
٨٥	فروع
٨٥	أ-لو رجع فى الإعاره للدفن بعد وضع الميت فى القبر
٨٥	ب:لو رجع قبل الغرس فلم يعلم حتى غرس جاز له القلع مجاناً على اشكال
٨٧	ج:لو رجع فى اذن الزرع و قد بلغ التصيل وجب قلعه مجاناً
٨٧	د:لو شرط القلع عند الرجوع مجاناً و تسويه الحفر الزم الوفاء و لا أرش
٨٧	هـ:-لو لم يشرط القلع فأراده المستعير فله ذلك
٨٨	و:يجوز للمعير دخول الأرض
٨٩	ز:لكل من المستعير و المعير بيع ملكه من صاحبه
٨٩	ح:لو أعاره للغرس مده معينه فله الرجوع قبله
٩١	الثانى:الضمان
١٠٠	الثالث:التسلط على الانتفاع

- ١٠٤ الرابع:التنازع
- ١٠٧ فروع
- ١٠٧ اشاره
- ١٠٧ أ:ولد العاربه المضمونه غير مضمون
- ١٠٧ ب:مؤنه الرد على المستعير
- ١٠٩ ج:لو رد الى من جرت العاده بالقبض
- ١٠٩ د:لو أعار المستعير للمالك الرجوع بأجره المثل على من شاء
- ١١٠ ه:-لو أذن المالك فى الإجاره أو الرهن لزمه الصبر الى انقضاء المده
- ١١٢ المقصد الثالث:فى اللقطه
- ١١٢ اشاره
- ١١٢ الأول:فى اللقيط
- ١١٢ اشاره
- ١١٢ الأول:الملقوط
- ١٣٣ المطلب الثانى:فى الأحكام
- ١٣٣ اشاره
- ١٣٣ الأول:النسب
- ١٣٤ الثانى:الإسلام
- ١٣٤ و هى تحصل بأمر
- ١٣٤ أ:إسلام أحد الأبوين
- ١٣٧ ب:تبعيه السابى المسلم على رأى
- ١٣٨ ج:تبعيه الدار
- ١٤٠ الثالث:الجنايه
- ١٤٢ الرابع:الحريه
- ١٥١ الفصل الثانى:فى الحيوان:و يسمّى ضاله
- ١٤٢ الفصل الثالث:فى لقطه الأموال
- ١٤٢ اشاره

١٦٢	الأول:في الأركان
١٦٢	اشاره
١٦٢	الأول:الالتقاط
١٦٧	الثاني:الملتقط
١٧٣	الثالث:اللقطه
١٧٧	المطلب الثاني:في الأحكام
١٧٧	اشاره
١٧٧	الأول:التعريف
١٨٤	الثاني:الضمان
١٨٤	الثالث:التملك
٢٠١	الرابع:الرد
٢٠٤	المقصد الرابع:في الجعالة
٢٠٤	اشاره
٢٠٤	الأول:في الأركان
٢٠٤	اشاره
٢٠٤	الأول:الصيغه
٢٠٨	الثاني:الجاعل
٢٠٩	الثالث:العمل
٢١٠	الرابع:الجعل
٢١١	المطلب الثاني:في الأحكام
٢٢٣	كتاب الغصب و توابعه
٢٢٣	اشاره
٢٢٣	الأول:في الغصب
٢٢٣	اشاره
٢٢٣	الأول:في الضمان
٢٢٣	اشاره

٢٢٣	الأول:الموجب
٢٢٣	اشاره
٢٢٣	الأول:التفويت بالمباشره
٢٢٣	الثاني:التسبيب
٢٢٤	الثالث:إثبات اليد
٢٥٥	الركن الثاني:المحل:المغصوب
٢٤٩	الركن الثالث:الواجب
٢٨٢	المطلب الثاني:في الأحكام
٢٨٢	اشاره
٢٨٢	الأول:في النقصان
٣١٢	الفصل الثاني:في الزيادة
٣٢٧	الفصل الثالث:في تصرفات الغاصب
٣٥٣	خاتمه:في النزاع
٣٤٠	المقصد الثاني:في الشفعه
٣٤٠	اشاره
٣٤١	الأول:المحل
٣٨٠	الفصل الثاني:في الآخذ و المأخوذ منه
٣٨٠	اشاره
٣٩٥	فروع على القول بالثبوت مع الكثره
٣٩٥	اشاره
٣٩٤	أ:لو كان لأحد الثلاثه النصف،و لآخر الثلث،و للثالث السدس
٣٩٨	ب:لو ورث أخوان أو اشتريا
٣٩٨	ج:لو باع أحد الثلاثه من شريكه استحق الثالث الشفعه دون المشتري
٣٩٩	د:لو عفا أحد الشركاء كان للباقي أخذ الجميع
٤٠٣	ه:لو باع أحد الأربعة و عفا آخر فللآخرين أخذ المبيع
٤٠٤	و:لو كان الشفعاء الأربعة غيبا فحضر أحدهم أخذ الجميع و سلم كل الثمن أو ترك

٤٠٩ ----- ز: لو كان الشفعاء ثلاثة فأخذ الحاضر الجميع

٤١١ ----- ح: لو اشترى واحد من اثنين شقصا فللشفيع أخذ نصيب أحدهما دون الآخر

٤١٤ ----- الفصل الثالث: في كيفية الأخذ

٤٥٥ ----- الفصل الرابع: في مسقطات الشفعة

٤٧٨ ----- الفصل الخامس: في التنازع

٥١٢ ----- تعريف مركز

سرشناسه: محقق كركي ، علي بن حسين ، - ٩٤٠ ق .

عنوان قرار دادی: قواعد الاحكام في معرفه الحلال و الحرام . شرح

عنوان و نام پديد آور: جامع المقاصد في شرح القواعد/ تاليف علي بن الحسين الكركي ؛ تحقيق موسسه آل البيت عليهم السلام
لاحياء التراث.

مشخصات نشر: قم: موسسه آل البيت (ع) لاحياء التراث ، ١٤١١ ق . = ١٩٩١ م . = ١٣٧٠ .

مشخصات ظاهري: ١٤ ج.

يادداشت: كتاب حاضر شرحي بر كتاب " قواعد الاحكام في معرفه الحلال والحرام تاليف حسن بن يوسف علامه حلي " است.

يادداشت: كتابنامه .

مندرجات: الجزء الاول الطهاره .-- الجزء الثاني الصلاه .-- الجزء الثالث الزكاه والحج .-- الجزء الرابع المتاجر .-- الجزء الخامس
الدين .-- الجزء السابع الاجاره .-- الجزء الثامن الوكاله .--

موضوع: علامه حلي ، حسن بن يوسف ، ٦٤٨ - ٧٢٦ ق . قواعد الاحكام في معرفه الحلال و الحرام -- نقد و تفسير

موضوع: فقه -- قواعد

موضوع: فقه جعفری -- قرن ٨ ق.

شناسه افزوده: علامه حلي ، حسن بن يوسف ، ٦٤٨ - ٧٢٦ ق . قواعد الاحكام في معرفه الحلال و الحرام . شرح

شناسه افزوده: موسسه آل البيت عليهم السلام لاحياء التراث (قم)

رده بندي كنگره: BP182/3 / ع ٩٠٢١٧ ١٣٧٠

رده بندي ديويي: ٢٩٧/٣٤٢

شماره كتابشناسي ملي: ٢٥٠٠٨٧٣

جامع المقاصد في شرح القواعد

ص: ٢

جامع المقاصد فى شرح القواعد

تاليف على بن الحسين الكركى

تحقيق مؤسسه آل البيت عليهم السلام لآحياء التراث.

ص: ٣

سرشناسه: محقق کرکی ، علی بن حسین ، - ۹۴۰ ق .

عنوان قراردادی: قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام . شرح

عنوان و نام پدید آور: جامع المقاصد فی شرح القواعد/ تالیف علی بن الحسین الکرکی ؛ تحقیق موسسه آل البيت عليهم السلام
لاحیاء التراث.

مشخصات نشر: قم: موسسه آل البيت (ع) لاحیاء التراث ، ۱۴۱۱ ق . = ۱۹۹۱ م . = ۱۳۷۰ .

مشخصات ظاهری: ۱۴ ج .

یادداشت: کتاب حاضر شرحی بر کتاب " قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام تالیف حسن بن یوسف علامه حلی " است .

یادداشت: کتابنامه .

مندرجات: الجزء الاول الطهاره . -- الجزء الثانی الصلاه . -- الجزء الثالث الزکاه والحج . -- الجزء الرابع المتاجر . -- الجزء الخامس
الدين . -- الجزء السابع الاجاره . -- الجزء الثامن الوکاله . --

موضوع: علامه حلی ، حسن بن یوسف ، ۶۴۸ - ۷۲۶ ق . قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام -- نقد و تفسیر

موضوع: فقه -- قواعد

موضوع: فقه جعفری -- قرن ۸ ق .

ص : ۴

بسم الله الرحمن الرحيم

ص: ٥

تنبیه النسخه المعتمده التي اعتمداها في تحقيقنا لكتاب القواعد هي النسخه التي اعتمدها المحقق الكركي في شرحه للكتاب، و
هناك اختلافات بينه لا تخفى في القارئ اللبيب

ص: ٦

اشاره

كتاب الأمانات و توابعها و فيه مقاصد:

الأول: في الوديعه

اشاره

الأول: في الوديعه: و فيه فصول:

الأول: في حقيقتها

الأول: في حقيقتها: و هي عقد يفيد الاستتابه في الحفظ، جائزه من الطرفين. قوله: (كتاب الأمانات و توابعها، و فيه مقاصد:

الأول: الوديعه، و فيه فصول:

الأول: في حقيقتها، و هي: عقد يفيد الاستتابه في الحفظ).

نقض في طرده بالوكالة، المتضمنه للاستتابه في الحفظ.

و جوابه: أن المراد من العقد ذلك، و في الوكالة الغرض بالقصد الأول الاستتابه في التصرف، و ما ثبت ضمنا فهو غير مقصود بالذات.

و اعلم أن اللغه (1) و العرف العامي يقتضيان أن الوديعه هي المال، و عرف الشرع أنها العقد.

قوله: (جائزه من الطرفين).

فإذا أراد المالك الاسترداد لم يكن للمستودع المنع، و وجب عليه الدفع، و لو أراد المستودع الرد لم يكن للمودع أن يمتنع من الأخذ، لأنه متبرع بالحفظ، و لو عزل المستودع نفسه ارتفعت الوديعه و بقي المال أمانه شرعيه مطلقه في يده، كالثوب الطائر في الهواء الى داره.

ص: ٧

و لا بد فيها من إيجاب: هو كل لفظ دال على الاستنابه بأى عباره كان، و قبول، فعلا- أو قولا- دالا على الرضى، و لا بد من صدورهما من مكلف جائر التصرف، فلو استودع من صبي أو مجنون ضمن، إلا إذا خاف تلفه فالأقرب سقوط الضمان، و لا يبرأ بالرد إليهما فى الصورتين بل إلى الولى.

و للشافعيه قول بأنه لا ينزل بالعزل بل يقع لغوا (١)، و الأصل فى ذلك أن الوديعه مجرد إذن أم عقد.

فعلى الأول يلغوا العزل، كما لو أذن له فى تناول طعامه فرد الإذن، فإن له الأكل بالإذن السابق.

و على الثانى: يرتفع العقد و يبقى المال أمانه يجب رده، و إن لم يطلبه المالك، فإن آخر متمكنا ضمن، ذكر ذلك كله فى التذكره (٢).

قوله: (و لا بد فيها من إيجاب، و هو: كل لفظ دال على الاستنابه بأى عباره).

و لا يختص بلغه دون اخرى، و لا يفتقر إلى التصريح، بل يكفى التلويح و الإشاره.

قوله: (الا إذا خاف تلفه فالأقرب سقوط الضمان).

لأنه محسن و (ما عَلَى الْمُخْصِيَيْنِ مِنْ سَبِيلٍ) (٣). و يحتمل ضعيفا الضمان، لأنه استولى على مال غيره بغير إذن، و يردده أن الاذن ثابت بالشرع، فان ذلك من الأمور الحسيه.

قوله: (و لا يبرأ بالرد إليهما فى الصورتين).

هما صورتا الأخذ من الصبي و المجنون، لخوف التلف و عدمه.

ص: ٨

١- ١) المجموع ١٧٦: ١٤ و فيه: ففى حاله عزل الوديع نفسه يرد الوديعه إلى ربها.

٢- ٢) التذكره ١٩٧: ٢. [١]

٣- ٣) التوبه: ٩١. [٢]

و لا يصح أن يستودعا، فإن أودعا لم يضمننا بالإهمال، أما لو أكلها الصبي أو أتلّفها فالأقرب الضمان. قوله: (أما لو أكلها الصبي أو أتلّفها، فالأقرب الضمان).

وجه القرب: أن الإلتلاف سبب الضمان. و يحتمل العدم، لأن المالك قد سلطه عليها فكان سببا، و المباشر ضعيف. و كذا الحكم فى المجنون.

و اختار فى التذكرة (١) ما اختاره هنا، و هو قول ابن إدريس (٢).

و الحق أن يقال: إن الصبي إذا كان مميزا يضمن بالإلتلاف قطعا، لوجود المقتضى و انتفاء المانع، إذ ليس إلا كونه غير بالغ، و ذلك لا يصلح للمانعيه، خصوصا المراهق، فإنه كالبالغ فى فعله و قصده و ركون الناس إليه، نعم لا يضمن بالتقصير، لعدم وجوب الحفظ عليه.

فإن قيل: إذا تلفت فى يده بالتقصير يجب أن يضمن لعموم: «على اليد ما أخذت حتى تؤدى» (٣) و لهذا لو وضع يده عدوانا فتلفت العين فى يده يضمن. قلنا: يمكن أن يفرّق بين وضع يده عدوانا، و بين ما إذا كان الوضع باذن المالك و تسليطه، إذ لا عدوان و هو ظاهر، و لا تقصير لعدم وجوب الحفظ عليه حينئذ.

أما إذا كان غير مميز، أو كان مجنونا ففى ثبوت الضمان فى مالهما بالإلتلاف التردد، و ليس ببعيد القول بالضمان، لوجود المقتضى و هو الإلتلاف،

ص: ٩

١ - ١) التذكرة ١٩٧: ٢. [١]

٢ - ٢) السرائر: ٢٦٥.

٣ - ٣) سنن الترمذى ٢: ٣٦٨ حديث ١٢٨٤، مسند أحمد ٥: ١٢، و غيرهما.

و لو استودع العبد فأُتلف فالأقرب أنه يتبع بها بعد العتق، و لو طرح الوديعة عنده لم يلزمه الحفظ إذا لم يقبلها، و كذا لو أكره على قبضها و لا و لا مانع الا تسليط المالك إياهما، و هو غير صالح للمانع، لأنه لم يسلطهما على الإلتلاف، بل أراد منهما الحفظ.

غايه ما فى الباب أنه لعدم صلاحيتهما للحفظ عرض ماله للإلتلاف، و هذا القدر غير كاف فى سقوط الضمان عن ملتفهما، و إنما قلنا أنه لا مانع إلا هذا، لأنهما لو أتلفا المال بدون إيداع المالك يضمنان قطعاً، فانحصر المانع فيما ذكرناه، و هذا القول قوى متين.

قوله: (و لو استودع العبد فأُتلف، فالأقرب أنه يتبع بها بعد العتق) وجه القرب ان ما أتلفه العبد بغير إذن سيده لا يلزم السيد، إذ لا تَزْرُ وَازْرَةَ وِزْرَ أُخْرَى (١) و لا مال له لأنه مال لغيره، فيجب أن يتبع به إذا صار مالكا، و ذلك إنما يكون بعد العتق.

و يحتمل تعلق الضمان (برقبه، و هو قول الشيخ فى المبسوط، لأنه قال: إن غلبنا الجنايه تعلق الضمان برقبته (٢)).

و يحتمل تعلق الضمان (٣) بكسبه إذا أذن له المولى فى قبول الوديعة، لأن الإذن فى الشيء إذن فى توابعه، و من جملتها الضمان عند الإلتلاف، و حكاه الشارح قولاً (٤).

و الأصح أنه يتبع بها، سواء أذن المولى أم لا، إذا لم يكن الإلتلاف بإذنه، لأن الإذن فى قبول الوديعة إذن فى الحفظ، و لا يدل على الإذن فى

ص: ١٠

١- ١) الأنعام: ١٦٤. [١]

٢- ٢) المبسوط ٤: ١٤٧. [٢]

٣- ٣) ما بين القوسين لم يرد فى «م».

٤- ٤) إيضاح الفوائد ٢: ١١٤.

يضمن لو تلف و إن أهمل، أما لو استودع مختاراً فإنه يجب عليه الحفظ. و تبطل بموت كل واحد منهما، و بجنونه، و إغمائه، و بعزله عن نفسه.

و إذا انفسخت بقيت أمانه شرعيه في يده، لا- يقبل قوله في الرد كالثواب تطيره الريح الى داره يجب عليه إعلام صاحبه به، فإن آخر متمكنا ضمن. الإلتلاف بشيء من الدلالات، و الأصل براءة الذمه، و لعموم و لا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى (١). و أما إذا أذن السيد في الإلتلاف فأُتلف، فإن الضمان يتعلق به، إذ لا ذمه للعبد، و هذا حكم ما إذا أُتلف.

أما إذا قَصِّرَ في الحفظ فلا يخلو: إما أن يكون قبول الوديعة بإذن السيد، أو بدون إذنه، فإن كان بدون الإذن فلا شيء عليه لو تلفت، لعدم جواز قبولها و عدم وجوب الحفظ عليه، و تضييع المال من المالك، و إن كان باذنه فلا يخلو: إما أن يكون التضييع باذنه و لو بمنعه من الحفظ، أو لا، ففي الأول الضمان على المولى، و في الثاني الضمان على العبد و يتبع به.

قوله: (أما لو استودع مختاراً فإنه يلزمه الحفظ).

هل يستحق عليه أجره؟ فيه نظر، من أنه عمل محترم صدر من فاعله بالإذن، و من ابتناء الوديعة على التبرع، و الأصل براءة الذمه، فشغلها يتوقف على دليل.

قوله: (و يجب عليه إعلام صاحبه به، فإن آخر متمكنا ضمن).

لأنه بوقوعه في داره قد دخل تحت يده، و لما لم يكن ذلك بسعيه امتنع كونه ضامناً، لكن يجب إعلام المالك على الفور، لأن وضعيه تحت يده بغير

ص: ١١

إشاره

الفصل الثاني: في موجبات الضمان: وينظمها شيء واحد: وهو التقصير و أسبابه ستة:

الأول: الانتفاع

الأول: الانتفاع: فلو لبس الثوب أو ركب الدابة ضمن، إلا أن يركب لدفع الجموح عند السقى، أو يلبس لدفع الدود عند الحر. وكذا يضمن لو أخرج الدراهم من كيسها لينتفع بها - وإن كان الكيس ملكه - إذنه، فيقتصر على الحكم بنفى الضمان على مقدار الضرورة.

قوله: (و ينظمها شيء واحد هو التقصير، و أسبابه ستة:

الأول: الانتفاع، فلو لبس الثوب أو ركب الدابة ضمن، إلا أن يركب لدفع الجموح عند السقى).

ذكر السقى على طريق التمثيل، فإنه لو احتاج في أخذها إلى المرعى إلى ذلك جاز، وكذا ما جرى هذا المجرى.

في الصحاح: جمع الفرس جموحاً: إذا أعيب فارسه و غلبه (١).

قوله: (أو يلبس لدفع الدود عند الحر).

فإن بعض الثياب و هو الصوف يفسده الدود في زمان الحر، فلو لبس الثوب عند خوف الفساد بدونه لم يضمن، بل قد يجب عليه اللبس، لأن الحفظ واجب، فيجب ما يتوقف عليه، فلو أخل به ففسد ضمن، إلا أن ينهأ المالك فلا ضمان عليه.

و هل يكون قد فعل حراماً؟ قال في التذكرة: فيه إشكال أقربه ذلك، لأن إضاعه المال منهي عنها (٢)، و للنظر فيه مجال.

قوله: (و إن كان الكيس ملكه و أعادها إليه).

ص: ١٢

١- ١) الصحاح (جمع) ١: ٣٦٠ و فيه: إذا اعتزى فارسه و غلبه.

٢- ٢) التذكرة ٢: ١٩٨. [١]

و أعادها اليه. و لو نوى الأخذ للانتفاع و لم يأخذ لم يضمن، بخلاف الملتقط الضامن بمجرد البيئه، لأن سبب أمانته مجرد البيئه. و كذا لو جدد الإمساك لنفسه، أو نوى بالأخذ من المالك الانتفاع، لأن الإخراج بهذه النيه تصرف يصير به ضامنا، فيأعادته إياها إلى موضعها لا ترجع أمانته.

قوله: (و لو نوى الأخذ للانتفاع و لم يأخذ لم يضمن بخلاف الملتقط الضامن بمجرد النيه، لأن سبب أمانته مجرد النيه).

أى: لو أخذ المستودع الوديعة على قصد الحفظ، ثم نوى الأخذ للانتفاع و لم يأخذ، فلم يحدث منه سوى تغيير النيه لم يضمن، بخلاف الملتقط فإنه يضمن بمجرد نيه ذلك.

و الفرق: ان أمانه الملتقط إنما تثبت بمجرد نيه الأخذ للتعريف، إذ لا- استئمان من المالك و لا- ممن يقوم مقامه، و فى الوديعة الاستئمان من المالك، فلا يزول بدون مخالفته، و لا تحقق المخالفة إلا بفعل (1) ينافى الحفظ، و هو التصرف و لم يحصل، و فى التذكرة قال: فى الضمان إشكال (2).

قوله: (و كذا لو جدد الإمساك لنفسه، أو نوى بالأخذ من المالك الانتفاع).

أى: و كذا يضمن، فهو معطوف على ما قبل قوله: (و لو نوى الأخذ). و قد وقع قوله: (و لو نوى) موقع الاعتراض، فكأنه قال: و كذا يضمن لو أخرج الدراهم من كيسها لينتفع بها لا إن نوى الأخذ و لم يأخذ، بخلاف الملتقط إلى آخره.

ص: ١٣

١- ١) فى «ق»: بقصد.

٢- ٢) التذكرة ١٩٨: ٢ [١]

و كذا لو أخرج الدابه من حرزها للانتفاع و إن لم ينتفع. ولا- تعود أمانته لو ترك الخيانه،فلو رد الوديعة إلى الحرز لم يزل الضمان ما لم يجدد الاستئمان. و المراد: أنه لو أمسك للحفظ، ثم جدد الإمساك لنفسه يضمن، للتصرف المنافي للحفظ، و كذا يضمن لو أخذها من أول الأمر من المالك على قصد الانتفاع، إذا لم يقبضها على سبيل الأمانه فلا يكون أمينا.

قوله: (و كذا لو أخرج الدابه من حرزها للانتفاع و إن لم ينتفع).

لأن الإخراج تصرف لغير الحفظ، فيكون غير مأذون فيه.

قوله: (و لا تعود أمانته لو ترك الخيانه،فلو رد الوديعة إلى الحرز لم يزل الضمان ما لم يجدد الاستئمان).

أى: لا تعود أمانته بعد صيرورته ضامنا فى المسائل كلها لو ترك الخيانه و عزم على الحفظ،فلو رد الوديعة إلى الحرز- إن كان قد أخرجها، أو خلع الثوب إن كان قد لبسه- لم يبرأ بذلك، لأنه قد صار ذا يد عدوان، فلا يزول إلا بالاستئمان من المالك.

و يتحقق الاستئمان: بأن يدفعها إلى المالك، ثم يعيدها إليه أمانه، و لو لم يدفعها إلى المالك لكن جدد له الاستئمان: بأن قال له: أذنت لك فى حفظها، أو أودعتكها، أو استأمنتك عليها، أو أبرأتك من ضمانها و نحو ذلك، فهل تعود أمانته؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم، و اختاره فى التذكرة (١)، لأن التضمنين لحق المالك و قد رضى بسقوطه.

ص: ١٤

و لو مزجها بماله بحيث لا يتميز ضمن. و لو أتلف بعض الوديعة المتصل ضمن الباقي كما لو قطع يد العبد، أو بعض الثوب.

و لو كان منفصلاً أو المودع مخطئاً ضمنه خاصة، و الثانى: لا، لعموم: «على اليد ما أخذت حتى تؤدى» (١).

و يردده القول بالموجب، لأن الأداء يتحقق باستنابه المالك إياه ثانياً، فتصير يده كيده، لأن يد النائب كيد المنوب، و مختاره قوى. و مثله: ما لو حفر بئراً فى ملك غيره عدواناً ثم أبرأه المالك.

و لو قال له المالك من أول الأمر: استودعتك، فإن خنت ثم تركت الخيانه عدت أميناً، لم يعد أميناً، و الفرق: ثبوت الضمان فى الأول فيمكن إسقاطه، بخلاف الثانى، و لأنه معلق.

قوله: (و لو مزجها بماله بحيث لا يتميز ضمن).

لأنه تصرف غير مأذون فيه، لا من المالك و لا من الشارع، و للتعيب بالشركة.

و لا فرق فى ذلك بين المزج بأذن، أو أعلى، أو مساو، خلافاً لبعض العامة فى الأخيرين.

قوله: (و لو أتلف بعض الوديعة المتصل ضمن الباقي، كما لو قطع يد العبد أو بعض الثوب، و لو كان منفصلاً أو المودع مخطئاً ضمنه خاصة).

الصور أربع، لأن الإلتلاف: إما عمداً، أو خطأً، و على التقديرين: إما

ص: ١٥

١- (١) السنن الكبرى للبيهقى ٦: ٩٥، سنن ابن ماجه ٢: ٨٠٢ حديث ٢٤٠٠، سنن الترمذى ٢: ٣٦٨، حديث ١٢٨٤، مسند أحمد ٨: ٥.

كما لو أخرج بعض الدراهم، فإن أعادها بعينها و مزجها فكذلك.

و لو أعاد مثلها و مزجها ضمن الجميع، لبعض متصل، أو لبعض منفصل.

فإن أتلف عمدا لبعض متصل ضمن التالف و الباقي، لأن التصرف في المجموع فيضمونه، كما لو قطع يد العبد أو أتلف بعض الثوب، و جمع بين المثالين لينبه على ما يكون لمقطوعه بعد القطع قيمه و ما لا قيمه له.

و إن كان خطأ ضمن التالف خاصة، و هو أرش جنايه قطع يد و قطع الثوب، لأن الباقي مملوك للمودع، و لم يتحقق من المستودع خروج عن مقتضى الحفظ، إذ الإلتلاف خطأ إنما يكون بظنه ثوبه، أو عبده، أو صدوره عن غير قصد و نحو ذلك، و لا يكون ذلك خروجاً عن مقتضى الوديعة، و ثبوت الضمان عليه، في التالف ليس لخيانته، بل لأن الإلتلاف و جب للضمان عمدا و سهواً، نعم لو سرت الجنايه على العبد ضمن و إن كان مخطئاً، لثبوت الإلتلاف بفعله، فيجب أن يقيد إطلاق العبارة.

و لو كان البعض منفصلاً لم يضمن، سوى ذلك البعض، عمداً كان الإلتلاف أو سهواً، لأن التصرف المنافي للاستيداع إنما وقع في ذلك البعض خاصة، و قول المصنف: (خاصه) يتعلق بالصور الثلاث، و هي: ما إذا كان البعض منفصلاً، أو مطلقاً، أو المودع مخطئاً.

قوله: (كما لو أخرج بعض الدراهم، فإن أعادها بعينها و مزجها فكذلك، و لو أعاد مثلها و مزجها ضمن الجميع).

الفرق: حصول الشركه باختلاط مال المستودع بمال آخر، و هو عيب في الثاني بخلاف الأول، لأن المثل و إن و جب على المستودع إلا أنه لا يملكه، إلا أن يقبضه هو أو وكيله، فهو باق على ملك المستودع، فتحقق الشركه بخلطه، و في الأولى إنما خلط مال المالك بماله، فلا يضمن سوى ما تصرف فيه.

و كذا يضمن الجميع لو فتح الكيس المختوم سواء أخذ منه شيئاً أو لا، بخلاف ما لو ختمه هو. و لو مزج الوديعتين بحيث لا مائز ضمن الجميع و إن اتحد المالك. و لو مزج بإذن أحدهما ضمن الأخرى. و قول المصنف: (فكذلك) معناه: ضمانه ذلك البعض خاصة و المشبه به المشار إليه هو قوله: (و لو كان منفصلاً).

قوله: (و كذا يضمن الجميع لو فتح الكيس المختوم، سواء أخذ منه شيئاً أو لا، بخلاف ما لو ختمه هو).

لأن فضل الختم تصرف غير مأذون فيه، لا- من المالك و لا- من الشارع، و لما فيه من الهتك، أما لو ختمه هو فلا ضمان، إذ لا هتك فيه و لا نقصان عما فعله المالك (و هذا إذا لم يكن الختم منه بأمر المالك، فان كان بأمره فهو كختم المالك) (١).

قوله: (و لو مزج الوديعتين بحيث لا مائز ضمن الجميع و إن اتحد المالك).

أما إذا تعدد المالك فلا بحث، لأن الشركه عيب، و أما إذا اتحد، فلأن المزج تصرف غير مأذون فيه، و لأن التمييز بينهما مظنه تعلق غرض به، ففي الخلط تفويت لذلك الغرض، لكن يفهم من قوله: (بحيث لا مائز) أنه لو كان ثم مائز لم يضمن.

و يشكل بأن هذا القدر من التصرف كاف في الوديعه، فيجب به الضمان خصوصاً، و الخلط يقتضى إخراج أحد المالين من كيسه، و مثله ما لو رد بدل البعض المأخوذ و خلطه بحيث يتميز.

قوله: (و لو مزج بإذن أحدهما ضمن الأخرى).

هذا إذا اختلف مالكا الوديعتين.

ص: ١٧

١- ١) ما بين القوسين لم يرد في «م».

و لو مزج غيره ضمنهما المازج. و الشد كالختم إن كان من المالك ضمن إذا حله لنفس الحل و إن لم يتصرف، و إلا ضمن بالأخذ. و لو اذن له المالك فى أخذ البعض و لم يأذن فى رد البدل فرده و مزجه ضمن الجميع.

الثانى: الإيداع

الثانى: الإيداع: فلو أودعها عند زوجته أو ولده أو عبده أو أجنبى و إن كان ثقة من غير ضروره و لا إذن ضمن. قوله: (و الشد كالختم إن كان من المالك ضمنه، إذا حله بنفس الحل و إن لم يتصرف).

فى التذكرة: لو حلّ الخيط الذى شد به رأس الكيس أو رزمه الثياب، لم يضمن ما فى الكيس و الرزمه و إن فعل ذلك للأخذ، بخلاف فض الختم و فتح القفل، لأن القصد منه المنع من الانتشار و لم يقصد به الكتمان عنه (١).

هذا كلامه، و ما ذكره من الفرق غير ظاهر، و ما هنا هو المعتمد، للتصرف المخالف لمقتضى الوديعه، و لما فيه من الهتك المنافى لما أراد المالك من الشد.

قوله: (و إلا ضمن بالأخذ).

أى: و إن لم يكن من المالك ضمن بالأخذ لا بنفس الحل، لعدم الهتك، لكن ينبغى أن يستثنى منه ما إذا شده المستودع باذن المالك.

قوله: (الثانى: الإيداع، فلو أودعها عند زوجته، أو ولده، أو عبده، أو أجنبى و إن كان ثقة من غير ضروره ضمن).

أى: و إن كان كل واحد من هؤلاء ثقة إذا كان الإيداع من غير ضروره،

ص: ١٨

و كذا لو سافر بها مختارا مع أمن الطريق، أما لو سافر بها مع خوف تلفها مع الإقامه فإنه لا يضمن، و كذا لو أودعه حاله السفر و إذا أراد السفر ردها على المالك، فإن تعذر فعلى الحاكم، فإن تعذر أودعها من الثقة و لا ضمان، أما إذا كان ضروره ففيه تفصيل يأتي إن شاء الله تعالى، و جوز بعض العامه الإيداع من الزوجه و العبد و الولد اختيارا (1)، و هو غلط.

قوله: (و كذا لو سافر بها مختارا مع أمن الطريق).

لو قال: و إن كان مع أمن الطريق، شمل حكم الخوف، و المراد بكونه مختارا: عدم حصول ضروره تدعو إلى السفر بها.

قوله: (و كذا لو أودعه حاله السفر).

أى: و كذا لا - ضمان لو أودعه المالك حاله السفر فسافر بها، لأن المالك رضى به حيث أودعه، فكان له إدامه السفر و السير بالوديعة.

قوله: (و إذا أراد السفر ردها على المالك، فإن تعذر فعلى الحاكم، فإن تعذر أودعها من ثقه و لا ضمان).

أى: إذا أراد من عنده الوديعة - و هو حاضر - السفر ردها على المالك أو وكيله، و لا - يجوز له الرد على الحاكم مع التمكن من المالك، لأن الحاكم لا ولاية له على الحاضر، فإن تعذر المالك - لغيبته، أو تواريه، أو حبسه مع تعذر الوصول اليه و نحو ذلك - و وكيله ردها على الحاكم، فإن تعذر أودعها من ثقه و هو العدل، لأن الفاسق لا أمانه له.

ثم ما الذى يراد بالسفر هنا؟ لم أفق له على تحديده، و المتبادر منه شرعا: قصد المسافه، فعلى هذا لا يجب الرد إلا بالخروج إلى مسافه. و هو

ص: ١٩

١ - ١) هو مالك كما فى بلغه السالك ٢٠١: ٢.

و كذا لو تعذر ردها على مالکها فإنه يعيدها الى الحاكم، فإن تعذر فالثقة مع الحاجه، مشكل، لأنه متى خرج المستودع من بلد الوديعه على وجه لا- يعد (فى يده عرفا يجب أن يقال: إنه ضامن، لأنه أخرج الوديعه من يده فقصر فى حفظها فيضمن، و ينبغي الجزم بأن تردده فى البلد، و حوله فى المواضع التى لا يعد) (1) الخروج إليها فى العاده خروجا عن البلد و انقطاعا عنه، كالبساتين و نحوها لا يجب معه رد الوديعه.

و تعذر المالك و الحاكم يكفى فيه لزوم المشقه الكثيره التى يعد ذلك معها فى العاده متعدرا. و إذا لم يجد واحدا من المالك و الحاكم و الثقة، لم يجوز له السفر بها و لا تركها فى غير يد ثقه، لكن يلوح من عباره التذکره: أنه إذا التزم خطر الضمان يجوز له السفر بها، حيث خيره بين أمرين: إما تأخير السفر، أو التزام الضمان (2).

هذا كله إذا لم يكن السفر ضروريا، فمع الضروره و فقد الجميع فإنه يسافر بها و لا ضمان، إذ «لا ضرر و لا ضرار» (3) و نقل فى التذکره على ذلك الإجماع (4).

قوله: (و كذا لو تعذر ردها على مالکها، فإنه يعيدها إلى الحاكم فان تعذر فالثقة مع الحاجه).

متى أراد المستودع رد الوديعه على مالکها، و تعذر المالك ردها على

ص: ٢٠

١- ١) ما بين القوسين لم يرد فى «ق».

٢- ٢) التذکره ٢: ٢٠٠. [١]

٣- ٣) الكافى ٢٩٤، ٢٩٢، ٢٨٠، ٥: ٢٨٠، ٤، ٢٤٨، [٢] الفقيه ١٤٧، ٤٥، ٣: ٤٥، ١٥٤، ٦٤٨، التهذيب ١٦٤، ١٤٦، ٧: ١٤٦، ١٤٧، ٦٥١، ٧٢٧.

٤- ٤) التذکره ٢: ٢٠٠. [٣]

فإذا خالف هذا الترتيب فى الموضوعين مع القدره ضمن. و الأقرب وجوب القبض على الحاكم الحاكم، فان تعذر (١) فالثقه، لكن إنما يجوز ذلك مع الحاجه الداعيه إلى ذلك، و بدونها يضمن.

ثم الحاجه أى شىء يراد بها؟ لم أجد بها تعينا فى كلامهم، و فى التذكرة قال: إذا تبرّم المستودع بالوديعة فسلمّها إلى القاضى ضمن، إلا مع الحاجه (٢).

و لقائل أن يقول: إن دوام وجوب المحافظه على الوديعة و مراعاتها من الأمور الشديده المشقه، و دفع هذه المشقه أمر مطلوب، و هو من أكد الحاجات، فيسوغ معه التسليم إلى الحاكم، لكن هذا إنما يكون مع طول الزمان و نحو ذلك.

قوله: (و إذا خالف هذا الترتيب فى الموضوعين مع القدره ضمن) لقائل أن يقول: إن قوله: (مع القدره) مستدرک، لأنه لا معنى له إلا العدول عن المالك إلى الحاكم بدون تعذر المالك، و كذا القول فى العدول عن الحاكم إلى الثقه.

قوله: (و الأقرب وجوب القبض على الحاكم).

أى: إذا جاءه بالوديعة المستودع عند إرادته السفر و الحاجه وجب عليه القبض، و وجه القرب: أنه منصوب للمصالح، و لو لم يجب القبض فانت المصلحه المطلوبه من نصبه و هو الأصح. و يحتمل ضعيفا العدم تمسكا بأصالة البراءه.

ص: ٢١

١- ١) فى «م»: و مع تعذره.

٢- ٢) التذكرة ٢٠١: ٢. [١]

و كذا المديون و الغاصب إذا حملا الدين أو الغضب إليه. و لو أراد السفر فدفنها ضمن، إلا أن يخاف المعاجله. و من حضرته قوله: (و كذا المديون و الغاصب إذا حملا الدين أو الغضب إليه).

و لا يتقيد هذا بإرادته السفر، و لا بحصول الحاجه بالنسبه إلى الغاصب، لأن يده يد عدوان، و ينبغى أيضا فى المديون ذلك، لأن براهه الذمه أمر مطلوب، و المراد بقوله: (و كذا.) المساواه بينهما و بين المستودع فى وجوب القبول على الحاكم إذا حملا المال إليه.

و يحتمل عدم وجوب القبول، نظرا إلى أن البقاء فى يد الغاصب أعود على المالك، لكونه مضمونا فى يده، و كذا المديون، لأن الدين فى ذمته.

قوله: (و لو أراد السفر فدفنها ضمن إلا أن يخاف المعاجله).

أى: لو أراد السفر، فاقصر فى الوديعه على دفنها ضمن، لأن ذلك تضييع لها، فإنه ربما هلك فى سفره فلا يصل إليها المالك، أو انهدم المنزل فلا يعرف مكانها، سواء كان موضع الدفن حرزا أم لا، و سواء أعلم بها غير ثقه أو لم يعلم أحدا.

و لو أنه أعلم بها ثقه، و كان ساكنا فى الموضع بحيث يكون فى يده، و تعذر المالك و الحاكم جاز و لا ضمان، لأنه كالإيداع نص عليه فى التذكرة (١)، و منه يعلم أن الدفن يعدّ حرزا.

و لو خاف المعاجله فدفنها، فلا ضمان و إن لم يردها إلى المالك أو الحاكم، و لم يجعلها تحت يد ثقه، و فسّر شيخنا الشهيد المعاجله بتفسيرين:

أحدهما: معاجله السراق، و هو المتبادر من عبارته التذكرة، فإنه قال:

ص: ٢٢

الوفاه وجب عليه الوصيه بما عنده من الوديعة فإن أهمل ضمن، إلا أن يموت فجأه على اشكال. و لو خاف المعاجله عليها فدفنها فلا ضمان (١)، و هو صحيح، لأن حفظها حينئذ لا يكون إلا بالدفن، لكن يعتبر الدفن في موضع يعد حرزا، و شأنه أن يخفى على السراق.

الثاني: معاجله الرفقه إذا أراد السفر و كان ضروريا، و كان التخلف عن تلك الرفقه مضرا، و إن وقع في كلامه مطلقا فإنه إذا دفن في حرز فلا ضمان عليه.

قوله: (فإن أهمل ضمن، إلا أن يموت فجأه على إشكال).

ينبغي أن يكون الاستثناء منقطعاً، فإن موت من حضرته الوفاه فجأه غير متصور، و منشأ الإشكال: من تقصيره بترك الوصيه المفضى إلى تلف الوديعة، و من أنه بنى على الظاهر، فإن الصحيح ظاهر حاله استمرار البقاء، ما لم تحصل اماره الموت، و لو وجب الضمان هنا لاقتضى وجوب الوصيه على كل مستودع من حين قبض الوديعة، حتى أنه لو أخر ساعه يضمن، و عمل جميع الفقهاء على خلافه.

و الحق أن هذا الإشكال في غايه الضعف، لأن الإيضاء إذا لم يجب إلا عند اماره الموت، لم يعد تركه بدونها تقصيرا، فلا يترتب عليه الضمان بوجه، و العجب أن الشارح الفاضل اختار الضمان هنا معللا بالتفريط (٢)، و لا شبهه في فساده.

ص: ٢٣

١-١) المصدر السابق. [١]

٢-٢) إيضاح الفوائد ١١٥: ٢.

و لو أوصى الى فاسق، أو أجمل كقوله: له عندى ثوب و له أثواب ضمن، أما لو قال: عندى ثوب و لم يوجد فى التركة ثوب لم يضمن تنزيلا على التلف قبل الموت على إشكال. قوله: (و لو أوصى إلى فاسق أو أجمل، كقوله: عندى ثوب و له أثواب ضمن).

أما الوصيه إلى الفاسق فإنها تزيد التضييع، لأنه مع السلطان عليها أقرب إلى الخيانه (١) و أما مع الإجمال فلأنه لا يعرف حينئذ عين الوديعة، فلا يكون الرد ممكنا بحسب العاده، و ذلك مناف للحفظ.

و يفهم من قوله: (و له أثواب) أنه لو لم يكن له إلا ثوب واحد لا ضمان عليه، و كأنه تنزيلا للوصيه عليه.

و فى التذكرة مال - بعد الإشكال - إلى أنه يضمن الوديعة لتقصيره بعدم تمييزها، و لا يدفع إليه عين الموجود لاحتمال أن تكون الوديعة غيره (٢).

فإن قيل: يجوز أن تكون الوديعة قد تلفت قبل الوصيه بغير تفريط، فلا ضمان هنا، و الثوب الموجود من التركة.

قلنا: مقتضى كلام الموصى بقاؤها إلى حين الوصيه، و الأصل عدم التلف، فيعد ضامنا لعدم التمييز، و يحتمل مع ذلك تنزيل إطلاقه على ذلك بالثوب، لأن الأصل عدم غيره.

قوله: (أما لو قال: عندى ثوب و لم يوجد فى التركة ثوب لم يضمن، تنزيلا على التلف قبل الموت على إشكال).

ينشأ: من قول أكثر علمائنا بالضمان، محتجين بظاهر قوله عليه

ص: ٢٤

١ - ١) فى «م»: الجنايه.

٢ - ٢) التذكرة ٢٠١: ٢. [١]

و لو وجد على كيس مختوم أنه وديعه فلان لم يسلم اليه، و كذا لو وجد في دستوره إلا بالبينه.

الثالث: التقصير في دفع المهلكات

الثالث: التقصير في دفع المهلكات: فلو ترك علف الدابه أو سقيها مدّه لا- تصبر عليه عاده فهلكت ضمن، سواء أمره المالك السلام: «على اليد ما أخذت حتى تؤدي» (١) و المسقط هو التلف من غير تفريط، و هو مشكوك فيه، و من أن مجرد الاستيداع ليس سببا في الضمان، بل السبب التفريط و هو غير معلوم، فالحكم بالضمان مع عدم علم سببه باطل.

و ينبغي أن يقال: إن أجمل الوصيه و لم يبين الثوب، بنى الضمان على (٢) عد ذلك تقصيرا، و إن بينه فلا مقتضى للضمان، لأن الأصل براءة الذمه، و الواجب في الوديعة ردّها مع وجود العين لا بدونه، و الانتقال إلى البديل إنما هو مع الضمان و لا مقتضى له، و هذا هو التحقيق.

و اعلم أنه ليس المراد بالإيضاء دفع الوديعة إلى الوصى، فإن هذا هو الإيداع الممنوع عنه مع عدم الحاجة، و تعذر المالك و الحاكم (بل المراد الأمر بالرد من غير أن يخرجها من يده، و لو أودع في هذه الحالة مع تعذر المالك و الحاكم) (٣) لم يمنع منه، لأن ظهور أمارات (٤) الموت أشد خطرا من السفر.

و اعلم أيضا أن حضور الوفاة المراد به حصول المرض المخوف، و الحبس للقتل و نحوه.

قوله: (الثالث: التقصير في دفع المهلكات، فلو ترك علف الدابه أو سقيها مده لا تصبر عليه عاده فهلكت ضمن، سواء أمره المالك أو لا).

ص: ٢٥

١- (١) السنن الكبرى ٦: ٩٥، سنن الترمذى ٢: ٣٦٨، حديث ١٢٨٤، سنن ابن ماجه ٢: ٨٠٢، حديث ٢٤٠٠، مسند أحمد ٨: ٥، [١] عوالى اللآلى ٣: ٢٥١، حديث ٣.

٢- (٢) فى «ق»: و لم يبين الثوب فى الضمان.

٣- (٣) ما بين القوسين لم يرد فى «م».

٤- (٤) فى «ق»: اماره.

أو لا، و يرجع على المالك و إن نهاه على أشكال إذا لم يتبرع، و لو لم تهلك بل نقصت ضمن النقص، و لو لم يحصل واحد من الأمرين صار ضامنا و خرج عن كونه أمينا، و يجب علفها و سقيها بما جرت العاده به بالنسبه إلى أمثالها، و لا فرق في ذلك بين أن يأمره المالك بالعلف و السقى أو لا.

قوله: (و يرجع على المالك و إن نهاه على أشكال إذا لم يتبرع).

إذا علف المستودع الدابه و سقاها كان له الرجوع على المالك، لأن ذلك مأمور به شرعا، إذ لا يتم الحفظ بدونه، فلا تضييع عليه إن لم يقصد التبرع.

فلو نهاه المالك عن العلف و السقى، فقام به لكونه واجبا عليه من، حيث أنه حق لله تعالى، و أن إتلاف المال منهي عنه، فهل له الرجوع به على المالك مع قصد عدم التبرع؟ فيه إشكال، ينشأ: من نهى المالك المقتضى لصدورها بغير إذن و ذلك هو التبرع، و من عدم اعتبار ذلك النهى فإنه محرم، و العلف و السقى لوجوبهما مأذون فيهما شرعا و إذن الشارع قائم مقام إذن المالك، و هو الأصح و يتحقق عدم التبرع ظاهرا مع عدم إذن المالك و وكيله بإذن الحاكم، و مع تعذره فبالإشهاد، فان تعذر قال في التذكرة: الأقرب أنه يرجع مع قصده الرجوع و تقدم قوله في ذلك، لأنه أعرف بقصده (١)، هذا كلامه، و هو حسن.

و تقديمه إنما هو باليمين، و الإنفاق عليها من مال المالك جائز مع الظفر به و تعذر إذنه، لكن مع إذن الحاكم إن أمكن، فان لم يوجد رأى الحاكم المصلحه في الاقتراض عليه، أو إجارتها، أو بيع بعضها، أو بيعها، و مع عدم الحاكم و انتقال الحكم إلى المستودع، يقوم مقام الحاكم في ذلك.

ص: ٢٦

أما لو نهاه عن العلف أو السقى فتركه عصى و لا ضمان. و يضمن لو ترك نشر الثوب المفتقر إليه، أو طرح الأقمشه فى المواضع التى تعفنها، أو لم يعرض الثوب الذى يفسده الدود للريح، و لو لم يندفع إلا باللبس و جب إلا مع نهى المالك. و لو أمر خادمه بالسقى أو العلف لم يضمن، لاعتياده. قوله: (أما لو نهاه عن العلف أو السقى فترك عصى و لا ضمان).

أما عصيانه، فلأنه ضيع حق الله سبحانه، و أما عدم الضمان، فلأن إتلاف مال المالك بإذنه فلا يستعقب ضمانا.

قوله: (و لو لم يندفع إلا باللبس و جب، إلا مع نهى المالك).

مقتضاه عدم الوجوب مع نهيه، و هو مخالف لما فى التذكرة (1)، نظرا إلى أن إضاعه المال محرّمه.

قوله: (و لو أمر خادمه بالسقى أو العلف لم يضمن لاعتياده).

هذا إذا كانت الدابه مع ذلك فى يده، فلو أخرجها من يده و بعثها على يد الخادم للسقى أو العلف، فإن لم يكن الخادم أمينا ضمن، و إن كان أمينا فقد قال فى التذكرة: الأقرب عدم الضمان، لقضاء العاده بالاستنابه فى ذلك (2)، و ما قرّبه قريب.

و ربما قيل: إن الوجهين مخصوصان بمن يتولى ذلك بنفسه، فأما غيره فلا ضمان قطعا، و لا يخلو من وجه.

إذا علم هذا، فعبارته الكتاب مطلقه، فتقتضى عدم الضمان و إن لم يكن

ص: ٢٧

١- (١) التذكرة ٢٠٢: ٢. [١]

٢- (٢) التذكرة ٢٠٣: ٢. [٢]

و لو أخرجها من منزله للسقى مع أمن الطريق أو خوفه ضمن، إلا مع الضروره كعدم التمكن من سقيها أو علفها فيه و شبهه.

الرابع: المخالفه فى كيفية الحفظ

الرابع: المخالفه فى كيفية الحفظ: فلو عيّن له موضعا للاحتفاظ و جب الاقتصار عليه، و يضمن لو نقل، إلا الى ما هو أحرص أو مساو على رأى، فإن تلفت بالنقل اليه كأنهدامه ضمن. و لا يجوز نقلها إلى الأدون و إن كان حرضا، إلا مع الخوف فى إبقائها فى الأول و عدم تمكنه من المساوى.

الخادم أميناً، إلا أن يقال: الحكم بعدم الضمان إذا كان فعل الخادم مجرد السقى، لا أخذ الدابه إلى الماء و العلف.

قوله: (و لو أخرجها من منزله للسقى مع أمن الطريق أو خوفه ضمن، إلا- مع الضروره، كعدم التمكن من سقيها و علفها فيه و شبهه).

قال فى التذكرة: و لو أخرجها من غير ضروره للعلف و السقى، فإن كان الطريق آمناً لا- خوف فيه و أمكنه سقيها فى موضعها، فالأقرب عدم الضمان، لاطراد العاده بذلك (١). هذا كلامه، و ما ذكره قريب، لأن الحفظ إنما ينزل على الأمور المطرده فى العاده.

قوله: (الرابع: المخالفه فى كيفية الحفظ، فلو عين له موضعا للاحتفاظ و جب الاقتصار عليه، و يضمن لو نقل، إلا إلى ما هو أحرص أو مساو على رأى).

صرّح الشارح (٢) و شيخنا الشهيد فى حواشيه بأن رأى فى المساوى، و هو الظاهر من عبارته الشارح العميدى، و عبارته الشرائع (٣) و الإرشاد (٤) تشهد

ص: ٢٨

١- ١) المصدر السابق. [١]

٢- ٢) إيضاح الفوائد ١١٧: ٢.

٣- ٣) الشرائع ١٦٤: ٢.

٤- ٤) الإرشاد (مخطوط): ١٣٣.

بذلك، فعلى هذا النقل إلى الأحرز جائر و لا ضمان به قولاً واحداً، على ما يفهم من كلامهم.

و يدل عليه أن الرضى بوضع الوديعه فى الأءءون ىءل على الرضى بالوضع فى الأءءرز بطريق أولى، و أما المساوى ففىه قولان ىلتنفءان إلى أن ءعین الموضع أفاء ءقءىر الءرز به فقط- و أن المراد ما كان فى هءه المرءبه، كما كان ءعین زرع الءنطه فى الإءاره، و هءا الراكب ءال على ءواز المساوى و الأءءون- أو أن المءءاءر من ءعین هو الواءب؟ و لا- رىب أن الءنءقال إلى المساوى ءىر ظاهر، لءبوء المءءالفه، بءءلاف الأءرز، لءلاله مفهوء المواءقه على الرضى به.

و ىشكل بأنه مع ءعین لشءص الءرز لا ىءل ذلك على الرضى بالأءرز بمفهوء المواءقه و لا بءیره، لأن شرط هءه الءلاله العلم بعله الءكم، و ءبوءها فى المسكوء عنه بوءه أقوى، و ذلك مع ءعین منءف، لإمكان أن ىراء ءصوص المءعین.

و ءىئنء لا- فرق بىن الأءرز و المساوى من ءىء الءلىل، لكن اللاءء من كلام ءمیع من الأصءاب أنه لا- ءءلاف فى الأءرز، ءئنء المءالفه، و إطلاق كلام ابن إءرىس فى السراءر ىقتضى عءم الءواز مءلقا، ءىء قال فى سىاق الضمان: أو ءالف مرسوم صاءبها فى ءىفه ءفظها (1)، فإن من المءالفه نءلقها إلى الأءرز فى هءه الصوره.

و اعلم: أن الءكم بضمنانه بءلفها بانءءام المنزل المنقول الیه، مع ءءوز النءل مما لا ىءءمعان، فان النءل إن اسءفءء الاءن فىه من كلام الموءء فلا ضمان به، و لا ىءبء به الضمان مءلقا، و الذى ىقتضىه النظر الضمان

و لو نهاه عن النقل من حرز معين ضمن بالنقل إلى الأحرز و المساوى، إلا أن يخاف تلفها فيه و لو قال: و إن تلفت.

و لو عين له حرزا بعيدا عنه و جب المبادره إليه بما جرت العاده، فإن آخر متمكنا ضمن. و لو وضعها فيما عينه له فخاف من غرق أو حرق و جب نقلها الى حرز غيره، فإذا تركها و الحال هذه ضمنها، سواء تلفت بالأمر المخوف أو مطلقا، و المنع من النقل مطلقا إلا أن القول به موقوف على وجود الموافق.

قوله: (و لو نهاه عن النقل من حرز معين ضمن بالنقل إلى الأحرز و المساوى، إلا أن يخاف تلفها فيه).

فإنه لا يضمن حينئذ، حيث ان النقل جائز، بل واجب، لأنه مقدمه الحفظ المطلوب بالوديعة، فيضمن لو أخل به حينئذ كما سيأتي.

و قوله: (و لو قال: و إن تلفت) و صلى لما تقدم، أى: لا- ضمان عليه و إن قال له: لا تنقلها و إن تلفت، و ذلك لأن الحفظ واجب عليه، للنهي عن إضاعه المال، و إن كان لو ترك في هذه الصورة لا ضمان عليه كما سيأتي ان شاء الله تعالى.

قوله: (و لو عين له حرزا بعيدا عنه و جب المبادره إليه بما جرت العاده، فإن آخر متمكنا ضمن).

لأن الإطلاق إنما يحمل على الأمور المتعارفه فى العاده، و لا يجوز التأخير لاستكمال وطره، فيضمن.

قوله: (و لو وضعها فيما عينه له، فخاف من غرق أو حرق و جب نقلها إلى حرز غيره فان تركها و الحال هذه ضمنها، سواء تلفت بالأمر المخوف

بغيره. و لو قال: لا تنقلها و إن خفت فنقلها من غير خوف ضمن، و لو نقلها مع الخوف أو تركها لم يضمن كما لو قال: أتلفها.

و لو ادعى الناقل عن المعين السبب كالغرق فأنكر المالك احتمل تقديم قول المالك لإمكان إقامه البينه، و قول الودعى لأنه أمينه. أو بغيره).

هذا شامل لما إذا عين له الموضوع، سواء نهاه عن النقل و لم يقل: و إن خفت تلفها، أم لم ينهه، لأنه في كل من الموضوعين مأمور بالنقل الذي لا يتم الحفظ بدونه.

و بين حكم القسم الآخر، و هو ما إذا قال: و إن خفت تلفها، بقوله:

(و لو قال: لا تنقلها و إن خفت، فنقلها من غير خوف ضمن، و لو نقلها مع الخوف أو تركها لم يضمن، كما لو قال أتلفها).

قد سبق ذكر الحكم الأول غيره مره.

و أما الثانى، فلأن النقل واجب عليه، فإذا أتى به كان مبالغا فى الحفظ و محسنا فلا يضمن، و إن لم يأت به كان التلف المستند إلى عدم النقل مستندا إلى المالك، لأنه على وفق قوله فلا ضمان به، كما لو قال له: أتلفها فأتلفها.

قوله: (و لو ادعى النقال عن المعين السبب كالغرق، فأنكر المالك احتمل تقديم قول المالك لإمكان إقامه البينه، و قول الودعى لأنه أمينه).

و لأنه محسن فلا سبيل عليه، و لأنه إنما قبض لمحض مصلحه المالك فلا يناسب عدم قبول قوله بيمينه، و لأن عدم تقديم قوله يقتضى إلى تنفر الأمانة من الوديعه فربما أدى إلى تعذر حصولها.

و يضعف الأول: بأن إمكان إقامه البينه لا يستلزم توقف القبول على

و لو أمره بالوضع فى المنزل فوضعها فى ثيابه ضمن، و لو قال:

ضعها فى كمك فجعلها فى جيبه لم يضمن، لأنه أحرز، و يضمن بالعكس. و لو قال: اربطها فى ثوبك فجعلها فى يده احتمال الضمان لكثرة السقوط من اليد، و عدمه لأنها أحفظ من الطرار بالبط. أما لو استرخى بنوم أو نسيان فإنه يضمن، إقامتها، كما فى دعوى التلف، و من هذا ظهر أن تقديم قوله باليمين قوى.

قوله: (و لو قال: ضعها فى كمك، فجعلها فى جيبه لم يضمن، لأنه أحرز).

بل يضمن على ما حققناه: من أنه لا يجوز النقل إلى الأحرز إذا عين المودع موضعا.

قوله: (و لو قال: اربطها فى ثوبك فجعلها فى يده، احتمال الضمان لكثرة السقوط من اليد، و عدمه لأنها أحفظ من الطرار بالشق).

فى الصحاح: و قد يكون الطر الشق، و منه الطرار (١). إذا عرفت ذلك فالاحتمال الأول قوى (٢) لأن الكم أحرز، و كون اليد أحفظ من الطرار إنما هو فى حال اليقظة، أما مع الغفلة و النسيان فلا، و ذلك من الأمور اللازمة، و هل يكون الوضع فى اليد حرزا مع إطلاق المودع؟ فيه احتمال.

قوله: (أما لو استرخى بنوم أو نسيان فإنه يضمن).

أى: أما لو استرخى الواضع فى اليد، و الحال ما سبق من أنه أمره بالربط فى الثوب، فإنه يضمن، لأن كون اليد حرزا -على القول به- إنما هو فى حال اليقظة، فإذا حصل الاسترخاء بنوم و نحوه فقد زالت الحرز به، فيتحقق

ص: ٣٢

١- (١) الصحاح (طرر) ٧٢٥: ٢.

٢- (٢) فى «ق»: أقوى.

فإن ربطه امتثالا له و جعل الخيط الرابط من خارج الكم ضمن،لأنه إغراء للطرار،و لا يضمن لو جعله من داخل.

و لو نقل من صندوق الى صندوق و الصناديق للمالك ضمن،و لو كانت للمودع فهى كالبيوت،و لو أمره بجعلها فى صندوق من غير قفل ففعل عليها لم يضمن.

الضمان.

أو يقال: إنه قد خالف،فاستند التلف إلى المخالفه،فيشكل بأنه إذا كان جائزا لا تقصير فلا ضمان.

قوله: (فان ربطه امتثالا له و جعل الخيط الرابط من خارج الكم ضمن،لأنه إغراء للطرار).

أى:بعث له على الشق حيث أعد له الفرصه،و نبه على ما لم يكن بصدد.

قوله: (و لو نقل من صندوق إلى صندوق و الصناديق للمالك ضمن).

لأن المالك بوضعه قد عين الحرز،فإذا خالف ضمن،إلا- مع الخوف أو الحاجه،و كذا لو كان الصندوق المنقول منه فقط للمالك.

قوله: (و لو كانت للمودع فهى كالبيوت).

ظاهر السياق يومئ إلى الفرق بين كون الصناديق للمالك و المستودع، و ليس بواضح،فان الوضع من المالك فى صندوق المستودع إذا كان باذنه، و الإيداع على هذه الحاله لا يقصر عن تعيين البيت،فلا يجوز النقل منه إلا فى المواضع السابقه.

و يمكن أن يقال:إذا كان الصندوق للمالك،فمجرد إخراج الوديعه منه

و لو قال:اجعلها فى هذا البيت و لا تدخله أحدا فأدخل فيها ضمن،سواء سرقت حال الإدخال أو بعده،سرقها من دخل البيت أو غيره.

و لو قال:اجعل الخاتم فى الخنصر فوضعه فى البنصر لم يضمن، بخلاف العكس. تصرف فيها غير مأذون فيه،فيجب به الضمان و إن كان إلى أحرز،لأن ذلك تغيير بحال الوديعة،بخلاف ما إذا كانت الصناديق للمستودع.

قوله: (و لو قال:اجعلها فى هذا البيت و لا يدخله أحد،فأدخل قوما ضمن.).

لو أدخل واحدا ضمن،فليس إدخال القوم معتبرا فى الحكم.

قوله: (و لو قال:اجعل الخاتم فى الخنصر،فجعله فى البنصر لم يضمن.).

لأنه زاده حفظا و حراسه،فان البنصر أغلظ من الخنصر،فالحفظ فيه أكثر،لأنه أبعد من القلع و أوثق،لكن هذا إذا لم يكن وضعه فى البنصر مفضيا إلى تلفه بالكسر أو الفك و نحوهما،و لم يكن الخاتم لضيقه لا يبلغ أصل البنصر،فيبقى فى أناملته التى تلى أصله،فإنه يضمن،إذا لا يخفى ان أصل الخنصر أحرز من أنمله البنصر.

قوله: (بخلاف العكس).

فإنه لو أمره بوضعه فى البنصر فوضعه فى الخنصر ضمن للتضييع،لكن هذا إذا كان بحيث يبلغ أصل البنصر،أما إذا كان بحيث لا يبلغه،فإن أصل الخنصر أوثق،و هذا كله مبنى على أن النقل إلى الأحرز عن المعين جائز اختيارا،أما على المختار من عدم جوازه إلا عند الضروره فلا يتأتى ذلك.

و لو لم يعين موضعها وجب حفظها في حرز مثلها، ولا يضمن بالنقل عنه و إن كان الى أدون. و لو كانت في بيت صاحبها فقال له: احفظها في موضعها فنقلها من غير خوف ضمن، لا معه.

الخامس: التضييع

الخامس: التضييع: بأن يلقبها في مضيعه، أو يدل عليها سارقا، قوله: (و لو لم يعين موضعها، وجب حفظها في حرز مثلها أو أعلى، و لا يضمن بالنقل عنه و إن كان إلى أدون).

ينبغي أن يكون الضمير في (عنه) راجعا إلى الأعلى، لأن الأدون من حرز مثلها ليس بحرز.

قوله: (و لو كانت في بيت صاحبها فقال له: احفظها في موضعها فنقلها من غير خوف ضمن لا معه).

أى: لو كانت الوديعة في بيت مالكةا، فقال له: احفظها في موضعها، لم يجز له نقلها بحال و إن كان إلى أحرز قولاً واحداً، لأنه ليس بمستودع في الحقيقة، وإنما هو وكيل في الحفظ-هذا إذا لم يكن خوف-فيضمن حينئذ، لا إن نقلها مع الخوف فإنه لا يضمن، لأنه محسن.

قوله: (الخامس: التضييع، بأن يلقبها في مضيعه أو يدل سارقا) أى: على مكانها، قال في التذكرة: لو أخبر المستودع اللص بالوديعة فسرقها، فإن عين له الموضع ضمن، لأنه فرط في حفظها، و لو لم يعين المكان لم يضمن (1).

و يستفاد من قوله: (أو أقر بها لظالم) أن مجرد الإخبار بها هنا يقتضى

ص: ٣٥

أو أقر بها لظالم، أو يسعى بها إلى من يصادر المالك فيضمن.

و لو ضيع بالنسيان فالأقرب الضمان. الضمان، و هو جيد، و الفرق: أن الظالم إذا علم أخذها قهرا و السارق لا يمكنه السرقة إلا إذا علم موضعها.

و يمكن أن يقال: مجرد علم السارق موجب لسعيه في معرفه مكانها و أخذها، فكان سببا لتضييعها.

قوله: (أو يسعى بها إلى من يصادر المالك).

أى: يأخذ أمواله، و قد يقال: إن هذا كالمستغنى عنه، لأن المصادر ظالم، و السعاه به إليه إجبار و زياده.

قوله: (و لو ضيع بالنسيان فالأقرب الضمان).

أى: لو حصل تضييع الوديعة بسبب نسيانها، كأن ترك نشر الثوب - حيث يفسده الدود بتركه - و سقى الدابه مع الضروره، و كذا إحرازها و نحو ذلك، فالأقرب الضمان. و وجه القرب: أنه فرط بنسيانه، لقدرته على التكرار الموجب للتذكار.

و يحتمل العدم، لقوله عليه السلام: رفع عن أمتي الخطأ و النسيان (١).

و الحق الضمان، لأن التضييع موجب للتفريط، المقتضى لكون يد المستودع يد عدوان، لأنه إنما أذن له في وضع يده للحفظ، و العدوان موجب للضمان، سواء عد مقصرا بالنسيان أم لا، فان من وضع يده على مال غيره بغير حق و أتلفه نسيانا ضامن لا محاله.

ص: ٣٤

و لو سلّمها الى الظالم مكرها استقر الضمان على الظالم، و الأقرب انتفاؤه عنه. و هل يجب عليه الاختفاء لو طلبه الظالم؟ الأقرب ذلك، قوله: (و لو سلّمها إلى ظالم مكرها استقرّ الضمان على الظالم).

لأن التلف لو فرض وقوعه إنما هو في يده.

قوله: (و الأقرب انتفاؤه عنه).

وجه القرب: أنه غير مقصّر، لأن الفرض أن جميع ما يجب للوديعة من الحفظ حاصل، و يده يد أمانه، فيجب أن ينتفى الضمان، لانتفاء مقتضيه، كما لو تلف بدون تقصير منه.

و يحتمل الضمان، لأنه مباشر لتسليم مال الغير إلى غير مالكة، و لعموم: على اليد ما أخذت حتى تؤدى (١)، و اختاره في التذكرة (٢).

و الأصح العدم، لأن الإكراه صير فعله منسوباً إلى المكره، و لأنه محسن فلا سبيل عليه، إذ التسليم باذن الشارع، و لأن قبضه لها إنما كان لمصلحه المالك، فلا يناسب تضمينه بغير عدوان، و لما فيه من سدّ باب الوديعة.

و لو أمكنه مصانعه الظالم بشيء يرجع به على المالك، فليس يبعد القول بالوجوب، لأنه مقدمه الواجب.

و اعلم: أن الإكراه يختلف باختلاف الأحوال، و قد بين في الطلاق.

قوله: (و هل يجب عليه الاختفاء لو طالبه الظالم؟ الأقرب ذلك).

وجه القرب: أنه مقدمه للواجب، و هو الحفظ، و يحتمل العدم، لما فيه من الضرر، و الأصح الأول.

ص: ٣٧

١ - ١) عوالى اللآلى ٣: ٢٥١ حديث ٣، السنن الكبرى ٦: ٩٥، سنن ابن ماجه ٢: ٨٠٢ حديث ٢٤٠٠، سنن الترمذى ٢: ٣٦٨ حديث ١٢٨٤، مسند أحمد ٨: ٥.

٢ - ٢) التذكرة ٢: ٢٠٥. [١]

و يجوز الحلف كاذبا للمصلحه، و تجب التوريه على العارف. و لو أكرهه على التسليم أو اليمين فسلمه ضمن، و لو اكره على لتسليم لم يضمن به، فإن تمكن من الدفع و جب، فإن أهمل ضمن، و لا يجب تحمل الضرر الكثير قوله: (و يجوز الحلف كاذبا للمصلحه، و تجب التوريه على العارف).

الأولى التعبير بالوجوب، لأن جواز الحلف كذلك إنما يكون حيث يتوقف حفظ الوديعه عليه، و الحفظ واجب، و إنما ساغ (١) الكذب ها هنا للمصلحه، لأن ذهاب مال المسلم أشدّ قبحا من هذا الكذب، و تجب التوريه على العارف بها- بأن يقصد ما يخرجها عن الكذب- تفصيا عن ارتكاب القبيح، و متى لم يحلف فأخذها الظالم ضمنها.

و اعلم: أن العبارة لا تخلو من مناقشه، حيث تقتضى ثبوت الكذب مع التوريه، و معلوم أنه لا كذب معها، و لو قال: و يجب الحلف على نفيها و يجب على العارف التوريه و يغتفر لغيره الكذب للمصلحه، لكان أولى.

و اعلم: أنه يجوز قراءه الحلف بإسكان اللام على أنه مصدر، و بكسره على أنه اسم لليمين.

قوله: (و لو أكرهه على التسليم أو اليمين فسلم ضمن).

لأن الإكراه على أحد الأمرين ليس إكراها على أحدهما بعينه، و متى سلم الوديعه مختارا ضمنها.

قوله: (فإن تمكن من الدفع و جب، فإن أهمل ضمن، و لا يجب تحمل الضرر الكثير بالدفع).

ص: ٣٨

١- ١) في (ق): يباح.

السادس: الجحود

السادس: الجحود: وهو موجب للضمان إن كان مع المالك بعد مطالبته لا مع مطالبه غيره، وفي سؤال المالك إشكال، فإن لم يتم بينه أو لم يعترف فالقول قوله مع اليمين، فإن أقيمت عليه البيه فادعى الرد أو التلف من قبل: فإن كانت صيغته جحوده إنكار أصل الوديعه لم يقبل قوله بغير بينه و لا- معها على الأقوى، لتناقض كلاميه. متى تمكن من دفع الظالم عن الوديعه بوجه من الوجوه وجب، إذا لم يكن في الدفع ضرر كثير عاده، فإن أهمل حيث لا ضرر ضمن، و معه لا ضمان، و متى أمكن مصانعه الظالم عنها بشيء من المال فليس ببعيد الوجوب، كمثونه العلف، و يرجع به على المالك مع عدم التبرع.

قوله: (السادس: الجحود، و هو: موجب للضمان إذا كان مع المالك بعد مطالبته لا مع مطالبه غيره، و في سؤال المالك إشكال).

أى: لو أنكروا في وقت سؤال المالك إياه، بقوله: لى عندك وديعه، ففي ضمانه إشكال، ينشأ: من أنه بإنكاره منع المالك عن طلبها، فكان كمنعه عقيب المطالبه، و من أنه لم يصدر من المالك طلب، و المنع مترتب عليه.

و فيه نظر، لأن جحود الوديعه يقتضى كون المستودع ليس عن المالك، لأن نفي الملزوم يقتضى نفي لازمه من حيث هو لازمه، فلا يكون أمينا عنه فيضمن، و هو الأقرب.

و متى أظهر عذرا لجحده- سواء كان بعد طلب المالك أو سؤاله- بنسيان أو غلط و نحو ذلك و صدقه المالك لم يضمن.

قوله: (فإن كان صيغته جحوده إنكار أصل الوديعه، لم يقبل قوله بغير بينه، و لا معها على الأقوى، لتناقض كلامه).

قال ابن الجنيدي: تسمع دعواه من غير بينه، فإذا حلف سقط الضمان،

و إن كان صيغته الجحود: لا- يلزمني شىء قبل قوله فى الرد و التلف مع البينه، و بدونها فى الأخير، و فى الأول على رأى. لأن إنكاره يجوز أن يكون عن سهو و نسيان لها (١). و منع الشيخ (٢) من سماعها بدون البينه و معها، و هو الأصح، لأنه بإنكاره مكذب لدعواه الهلاك.

قال المصنف فى المختلف: نعم لو طلب إحلاف الغريم كان له ذلك (٣).

قلت: فيه نظر، لأن المقتضى لمنع سماع بينته هو تكذيبه لدعواه، و هو قائم هنا، فلا يتوجه له اليمين، إلا أن يقال: لعل الغريم يقر فينتفع.

لا- يقال: البينه أقول من الإقرار- فحيث لا تسمع لتكذيبه إياها لا يعتد بالإقرار، فلا يتوجه اليمين طمعا فيه- لأننا نقول: إذا رجع عن التكذيب فى الإقرار سمع، بخلاف البينه.

قوله: (و إن كان صيغته الجحود: لا يلزمني شىء، قبل قوله فى الرد و التلف مع البينه، و بدونها فى الأخير و فى الأول على رأى).

الفرق بين الصيغتين: أن الثانية لا تنافى حصول الإيداع، بخلاف الأولى، فحينئذ تقبل بينته على الرد أو التلف، و بدونها تثبت بيمينه دعواه التلف، لأنه أمين، و هو الذى عناه بقوله: (الأخير) و (الأول) هو الرد، و فى قبول قوله بيمينه فيه خلاف، من حيث أنه محسن و أمين و لا اجره له فى مقابل الحفظ، و من عموم: «البينه على المدعى» (٤).

و ربما فصل فى ذلك، ففرق بين ادعاء التلف بسبب ظاهر، أو خفى،

ص: ٤٠

١- ١) نقله عنه العلامة فى المختلف: ٤٤٦.

٢- ٢) المبسوط ١٤١: ٤. [١]

٣- ٣) المختلف: ٤٤٦.

٤- ٤) الكافي ٧: ٤١٥ حديث ١، [٢] التهذيب ٦: ٢٢٩ حديث ٥٥٣.

و لو أقرَّ ربّها له بتلفها قبل الجحود من الحرز فلا ضمان، و في سماع بينته بذلك اشكال، نعم تقبل لو شهدت بالإقرار.

فيكتفى في الثاني باليمين، و القبول مطلقاً أقوى، فإن الأصل براءة الذمه، إذ الضمان إنما يكون بالتقصير، و الأصل عدمه، و شغل الذمه يحتاج الى دليل، فهو في الحقيقة في معنى المنكر، فيكتفى بيمينه.

قوله: (و لو أقرَّ بها له بتلفها قبل الجحود من الحرز فلا ضمان).

الظاهر أن هذا من تتمه أحكام الشق الأول من شقّي المسألة، بدليل ما سيأتي من تردده في سماع بينه، و في الشق الثاني لا يتأتى ذلك، لكن هذا غير حسن، لأن السابق إلى الفهم خلاف هذا، و لا يستقيم المعنى إلا على ذلك التقدير، فيحصل الاختلال بالفهم.

و إنما قيد الإقرار بكون التلف قبل الجحود، لأنه بدون ذلك لا يسقط الدعوى، لأن التلف بعده يقتضى الضمان، و كذا التقييد بكونها في الحرز.

قوله: (و في سماع بينته بذلك إشكال).

لا يستقيم أن يكون المشار إليه بقوله: (بذلك) هو الإقرار، و يكون منشأ الإشكال: من أنّ البينة حيث لم تسمع للتناقض المقتضى لتكذيبها، كذا الإقرار فإنه أضعف من البينة، و من أن إقرار العقلاء على أنفسهم ماض (١)، و رجوع المقرّ له عن التكذيب مصحح للإقرار، للمنافاه الصريحه (٢) بينه و بين تصريحه، متصلاً بهذا قبول البينة لو شهدت بالإقرار، فيتعين أن يكون المشار إليه بذلك هو التلف، و يكون الغرض من إعادته المسألة بعد سبقها في قوله:

(و لا معها على الأقوى لتناقض كلاميه) أمران:

أ: رجوعه عن الفتوى بعدم السماع إلى التردد، الناشئ: من أنّ البينة

ص: ٤١

١- ١) في «ق»: جائز.

٢- ٢) في «م»: الصحيحه.

الفصل الثالث: في الأحكام:

يجب على المستودع حفظ الوديعة بمجرى العادة كالثوب في الصندوق، والدابة في الإصطبل، والشاه في المراح. و يجب عليه ردها متى طلب المالك و إن كان كافرا، فإن آخر لغير عذر ضمن، و معه لا ضمان.

حجه يثبت بها عند جحود الخصم ما يثبت باعترافه، و من أن سماعها من فرع سماع الدعوى، و هي غير مسموعه لتكذيب المدعى إياها.

ب: الفرق بين الإقرار و البيه، حيث أن الإقرار يمضى و إن كذبه المقر له إذا رجع الى التصديق -لما سيأتى في الإقرار لأن شاء الله تعالى -بخلاف البيه، و الأصح عدم سماع البيه، لأنها كاذبه باعتراف المدعى، فلا تكون حجه على المدعى عليه. و ما ذكره في الإقرار متجه، و إن كان يرد عليه أن دعوى الإقرار ينبغي أن لا تسمع أيضا للتكذيب.

قوله: (الفصل الثالث: في الأحكام: يجب على المستودع حفظ الوديعة بمجرى العادة).

لما لم يكن لحفظ الوديعة كيفية مخصوصه منقوله من الشارع، أحيل فيه على العرف المطرد.

قوله: (و يجب عليه ردها متى طلب المالك و إن كان كافرا).

لروايه الفضيل عن الرضا (١)(٢) عليه السلام، و أوجب أبو الصلاح (٣) رد

ص: ٤٢

١- ١) كذا في «ق»، و في «م»: عن الصادق، و في التهذيب و الاستبصار عن فضيل قال: سألت أبا الحسن (عليه السلام).

٢- ٢) التهذيب ٧: ١٨١ حديث ٧٩٥، الاستبصار ٣: ١٢٣ حديث ٤٣٩.

٣- ٣) الكافي في الفقه: ٢٣١.

و ليس استتمام غرض النفس كمن كان فى حمام، أو على طعام عذرا. و لو قال:رد على و كيلي فطلب الوكيل فامتنع ضمن، و لو لم يطلب و تمكن من الرد فى الضمان إشكال. و ديعه الحربى على السلطان العادل، و المشهور خلافه.

قوله: (و ليس استتمام غرض النفس - كمن كان فى حمام أو على طعام - عذرا).

لأن أداء الأمانه واجب مضيق، فلا يجوز التشاغل عنه بمثل هذه الأشياء، و من ذلك صلاه النافله و الفريضه إذا لم يكن فى أثنائها و لم يتضيق الوقت، و هو الذى اختاره فى آخر كلامه فى التذكره (١)، و يجب عليه الذهاب بمجرى العاده. و هذا كله إذا كان الأداء ممكنا، فمتى أخر حيث لا يجوز له التأخير ضمن.

قوله: (و لو لم يطلب و تمكن من الرد فى الضمان إشكال).

ينشأ: من أنه قد أمره بالرد فلم يفعل فيضمن، و من أن الأمر بالتسليم ليس طلبا للوديعة، و الحق أن يقال: إن طلب الرد على الوكيل مثل طلب الرد على المالك، لأن يده يد المالك و التسليم إليه تسليم إلى المالك، فالأمر به يقتضى عزل المستودع، فيجب الرد معه على الفور.

نعم لا يجب عليه حمل الوديعة إليه، بل يجب عليه التخليه، فإن كان المراد من الرد فى قول المصنف: (و تمكن من الرد) التخليه فلا معنى للإشكال فى الضمان حينئذ، بل يجب القول بالضمان قطعا، و إن كان المراد (به حملها إلى الوكيل فلا وجه له أيضا، إذ لا يجب عليه ذلك، و إن كان المراد) (٢) بالرد و جوب الإعلام للوكيل - لو لم يكن قد علم بأمر المالك و إظهار

ص: ٤٣

١ - ١) التذكره ٢٠٦: ٢. [١]

٢ - ٢) ما بين القوسين لم يرد فى «م».

و كذا كل أمانه كالثوب تطيره الريح فى داره فان رد على الوكيل و لم يشهد فلا ضمان لو أنكر، بخلاف التقصير فى ترك الإشهاد على قضاء الدين لأن مبنى الوديعه على التخليه-فهو محتمل. و ليس ببعيد القول بوجود ذلك، لأن ظاهر الأمر يتضمن العزل.

و على هذا فيكون منشأ الإشكال: من التردد فى أن المعزول عن الوديعه هل هو مأمور بالرد على الفور، أو وقت المطالبه، كما فى الثوب الذى أطارته (1)الريح، و الذى أودعه المستودع بمجرد ضرورته، و كما فى الوديعه إذا مات المودع، و سائر الأمانات؟ و المعتمد الضمان، لأن إثبات اليد على مال الغير موقوف على الإذن، إلا فيما اقتضته الضروره، و هو ما قبل التمكن من الاعلام و التخليه، و هذا كله إذا لم تدلّ القرينه على عدم العزل قوله: (و كذا كل أمانه، كالثوب تطيره الريح فى داره).

أى: يجىء ذلك فى (2)الإشكال السابق فى الضمان، إذا تمكن من الرد فلم يرد، و هذا إذا كان المراد بالرد إعلام المالك، و التخليه بينه و بين ماله رجوع عما سبق من الجزم إلى التردد، و إن كان المراد حملها إليه فففيه ما سبق من الإشكال، فإنّ إيجاب ذلك بعيد.

قوله: (فان رد على الوكيل و لم يشهد فلا ضمان لو أنكر، بخلاف التقصير فى ترك الاشهاد على قضاء الدين، لأن مبنى الوديعه على الإخفاء).

ص: ٤٤

١- ١) فى «م»: أطار به الريح.

٢- ٢) فى «ق»: فى ذلك.

الإخفاء. و أجره المسكن إن احتاجت و مؤنه الرد على المالك و إن قلت، ما جزم به هنا قال في التذكرة (١): إنه الأقرب، و فرق بأمرين:

أحدهما: أن الوديعة أمانه، و قول المستودع مقبول في الرد و التلف، فلا معنى للإشهاد. و لا محصل لهذا، لأن الإشهاد لخوف إنكار الوكيل، فلا أثر لكون قول المستودع مقبولا في الرد و التلف، و لو قال بدل المستودع: قول الوكيل مقبول في الرد و التلف لكان أوجه.

الثاني: ما ذكره هنا من أن الودائع حقها الإخفاء، بخلاف قضاء الدين.

و يمكن الفرق بثالث، و هو: أن المطلوب بقضاء الدين انقطاع مطالبه المدعين عن المديون و براءة ذمته، و ذلك موقوف على الأشهاد، و المطلوب في الوديعة إيصال الحق إلى مستحقه، و يد الوكيل يد الموكل، فكما لا يجب الأشهاد عند الدفع إلى المودع، لا يجب عند الدفع إلى الوكيل، بل ربما يقال: إن ذلك إن نافي الفوريه عدّ به ضامنا.

و اعلم أن في قول المصنف: (فلا ضمان لو أنكر) مناقشه، لأننا لو قلنا بالضمان و عددناه مقصرا أو جنبناه على كل حال، سواء أنكر، أو أقرّ و امتنع من التسليم، أو تلفت العين في يده، فإنه على كل واحد من التقديرات يرجع على المستودع.

قوله: (و أجره المسكن - إن احتاجت - و مؤنه الرد على المالك و إن قلت).

لأن الاستيداع و إن اقتضى وجوب الحفظ، لكن ما جرت العاده ببذل المالك في مقابله مما يتوقف عليه الحفظ، من أجره المسكن، و ثمن العلف، و أجره السقى إن كان له أجره، و أجره الراعى و نحو ذلك، و لا يجب بذله من

ص: ٤٥

نعم لو سافر بها بغير اذنه أو بغير ضروره كانت مؤنه الرد عليه. و لو كان المودع غاصبا لم يجز رد الوديعة إليه، بل الى مالكها إن عرف، و لو جهل عرفت سنه، ثم يتصدق بها عن المالك مع الضمان، و إن شاء أبقاها أمانه ابدا من غير ضمان، ماله، بل يجب على المالك بذله، فان امتنع أو لم يوجد وجب الرجوع إلى الحاكم، و مع عدمه فالإشهاد، و مع تعذره يرجع إلى بذل غير متبرع على ما سبق.

و لو كان المسكن للمستودع، أو تولى شيئا من الأعمال التي جرت العاده ببذل الأجره في مقابلها مما لا بد منه، مع رعايه الترتيب السابق و عدم التبرع، فالظاهر أنه يرجع بأجرته.

قوله: (نعم لو سافر بها بغير اذنه أو بغير ضروره، كانت مؤنه الرد عليه).

لأنه غاصب حينئذ، بخلاف ما إذا اقتضت الضروره ذلك.

قوله: (و لو جهل عرفت سنه، ثم يتصدق بها عن المالك مع الضمان، و إن شاء أبقاها أمانه أبدا من غير ضمان).

هذا هو المشهور، و مستنده روايه حفص بن غياث عن الصادق عليه السلام (١)، و لا يضر ضعف السند مع الشهره، و يؤيدها أن التصديق مع الضمان فيه جمع بين مصلحه الدنيا و الآخره بالنسبه إلى مالكها، فلا (٢) منافی أصلا، و هو المختار.

و قال ابن إدريس: يردّها إلى إمام المسلمين، فان تعذر أبقاها أمانه ثم

ص: ٤٤

١- ١) الكافي ٥: ٣٠٨، حديث ٢١، الفقيه ٣: ١٩٠، حديث ٨٥٦، التهذيب ٧: ١٨٠، حديث ٧٩٤، الاستبصار ٣: ١٢٤، حديث ٤٤٠.

٢- ٢) في «ق»: فلا ينافي.

و ليس له التملك مع الضمان على اشكال. و لو مزجها الغاصب بماله فإن تميّزت وجب ردها على مالکها دون المودع، و إلا رد الجميع على المودع على أشكال. يوصى بها إلى عدل (١). و قال المفيد: يخرج خمسها إلى مستحق الخمس و الباقي يتصدق به (٢). و قول ابن إدريس له وجه، و الأول أوجه.

قوله: (و ليس له التملك مع الضمان على إشكال).

ينشأ: من أن الأصل عصمه مال المسلم، و من ورد الرواية (٣) الضعيفه: بأنها في يده بمنزله اللقطه، و من جمله أحكامها جواز التملك بعد التعريف.

و يضعف بأن الروايه مع ضعفها قاصره الدلاله عن ذلك، لوجوه: منها أنه لا- عموم لها، و منها أن المتبادر من قوله عليه السلام: فيعرفها إلى آخره، بيان وجه نزولها منزله اللقطه، و الأصح الأول.

قوله: (و إلا ردّ الجميع على المودع على إشكال).

ينشأ: من إطلاق الأصحاب وجوب الرد، لأن منعه منها يقتضى منع المودع من ماله، لأن الفرض عدم التميز، و من أن تسليطه على مال غيره عدوانا قبيح. و الأصح المنع، بل يردّها على الحاكم إن وجدّه، فلو لم يجده احتل رد قدر ما يملكه الغاصب و حفظ الباقي لمالكه، و القسمه هنا ضروريه و فاقا للتذكرة (٤) في هذا الاحتمال، و لو كان ذلك بحضور عدول المؤمنين لكان أحوط إن أمكن.

ص: ٤٧

١- (١) السرائر: ٢٦٣.

٢- (٢) المقنعه: ٩٧.

٣- (٣) الكافي ٥: ٣٠٨، حديث ٢١، [١] الفقيه ٣: ١٩٠، حديث ٨٥٦، التهذيب ٧: ١٨، حديث ٧٩٤، الاستبصار ٣: ١٢٤، حديث ٤٤٠.

٤- (٤) التذكرة ٢: ١٩٩. [٢]

ولا- يبرأ المفترط بالرد الى الحرز، بل الى المالك أو بإبرائه. و لو أنكر الوديعة، أو ادعى التلف و إن كان بسبب ظاهر، أو نقص القيمة أو عدم التفريط فالقول قوله مع يمينه، و فى الرد نظر. أما لو ادعى الاذن فى التسليم الى غير المالك فالمصدق المالك مع اليمين، قوله: (و لا يبرأ المفترط بالرد إلى الحرز، بل إلى المالك أو بإبرائه).

قد سبق فى كلام المصنف: أنه لو رد المال إلى الحرز تاركًا للخيانة لم تعد أمانته، ما لم يجدد (١) الاستئمان، و ظاهره قد يخالف ما هنا، لأنه قد يشك فى أن الإبراء من الضمان موجب لتجديد الاستئمان، بل قد يشك فى براءته بالإبراء، لأن معنى كونه ضامًا أنها لو تلفت و جب البدل، فيكون الإبراء من ذلك إبراء مما لم يجب.

و على ما ذكرناه فى الرهن، فينبغى أن لا يبرأ بالإبراء، و قد استشكله المصنف هناك، فيكون هذا رجوعًا عن التردد.

قوله: (و فى الرد نظر).

ينشأ: من أن الأصل العدم و عموم البينه على المدعى (٢)، و من أنه أمين و محسن، حيث أنه قبض لمصلحه الغير فقط، و الأصل براءه ذمته، و الأصح قبول قوله باليمين، و هو قول الشيخ (٣).

قوله: (أما لو ادعى الإذن فى التسليم إلى غير المالك، فالمصدق المالك مع اليمين).

لأنه بالتسليم عاد حتى يثبت الاذن،

ص: ٤٨

١- ١) فى (ق): يتجدد.

٢- ٢) الكافي ٧: ٤١٥ حديث ١، [١] التهذيب ٦: ٢٢٩ حديث ٥٥٣، ٥٥٤.

٣- ٣) المبسوط ٤: ١٤١. [٢]

فإن صدق الإذن و أنكر التسليم فكدعوى الرد. و لو مات المستودع و لم توجد الوديعة في تركته فهي و الدين سواء على اشكال و الأصل عدمه (١)، فيقدم قول المنكر.

قوله: (فان صدق الاذن و أنكر التسليم، فكدعوى الرد).

أى: فيجىء في قبول قوله بيمينه التردد السابق، لأن المأذون في تسليمه يده يد المالك، فتكون دعوى الرد إليه دعوى الرد إلى المالك، و المفتى به ما تقدم من تقديم قوله بيمينه (٢).

قوله: (و لو مات المستودع و لم توجد الوديعة في تركته، فهي و الدين سواء على إشكال).

قال الشارح: إن هذا الإشكال في كيفية الضمان (٣)، و الذى في شرح العميد: أنه في أصل الضمان، و هو الظاهر من سوق الكلام في التذكرة (٤)، لكن سوق عبارته الكتاب يقتضى ما قاله ولد المصنف، فإنه لو لا ذلك لكان قوله: (هذا إن أقر أن عنده وديعه.) و قوله: (أما لو كانت عنده وديعه إلى قوله: ففي الضمان إشكال) كلفه فاسد الوضع لأن الإشكال إذا كان في أصل الضمان استوت هذه المسائل كلها، فيكون قوله (هذا.) و قوله:

(أما.) غير صحيح، و أيضا فإن عدوله عن جعل الإشكال في الضمان إلى كونه في مساواتها للدين يشعر بذلك.

ص: ٤٩

١- ١) في «ق»: العدم.

٢- ٢) المراد به الشيخ، انظر: المبسوط ١٤١: ٤-١٤٢.

٣- ٣) الإيضاح ١٢٣: ٢.

٤- ٤) التذكرة ٢٠١: ٢. [١]

هذا إن أقر أن عنده وديعه، أو عليه وديعه، أو ثبت أنه مات و عنده وديعه. و منشأ الاشكال: من أن الأصل بقاء الوديعة، فإذا تعذر الوصول إلى العين وجب الانتقال إلى البدل فيقدم به، لأن أصله بقاء عين ماله الذي هو مختص به يقتضى الاختصاص ببدله.

و من أن المختص به هو العين، فإذا تعذرت كان البدل من جملة الديون، إذ لا تعلق له ببعض دون بعض.

قوله: (هذا إن أقر أن عنده وديعه، أو عليه وديعه، أو ثبت أنه مات و عنده وديعه).

هذا الحكم الذى سبق -و هو كونها أسوه الدين، أو تقدم مالكها ببدلها- إنما يكون إذا أقر الميت قبل موته بأن عنده وديعه إلى آخره.

أما الأول، فلأن الظاهر بقاؤها فى التركة إلى أن وصلت إلى الورثة، نظراً إلى اقتضاء الإقرار وجودها وقت صدوره، و بعد تلفها فى الزمان المتخلل بين الإقرار و الموت.

و أما الثانى، فلأن قوله على وديعه أكد فى وجوب الأداء، لأن على يقتضى حقا فى الذمه.

و أما الثالث، فلأنه إذا ثبت أنه مات و عنده وديعه، كان أدل على وصولها إلى الورثة و لم يعلم بقاؤها بعينها.

بخلاف ما إذا قامت البيه بأنه قد كان عنده وديعه فى حياته و لم توجد و لم يعلم بقاؤها، فان فى أصل الضمان هنا إشكال، ينشأ: من أن الظاهر أنه قد ردها إلى المالك أو تلفت بغير تفريط، و إلا لأقر بها عند الموت، عملاً بظاهر حال المسلم من أنه لا يخلّ بالواجب، مع أن الأصل براءة الذمه. و من أصله بقائها، فإذا تعذرت العين وجب البدل، و هذا هو المراد.

أما لو كانت عنده وديعه في حياته و لم توجد بعينها، و لم يعلم بقاؤها ففي الضمان إشكال. قوله: (أما لو كانت عنده وديعه في حياته و لم توجد بعينها و لم يعلم بقاؤها، ففي الضمان إشكال).

و مثله ما لو أقر الورثة بأنه قد كان عنده وديعه في حياته، و حاول الشارح العميد الفرق بين هذه المسألة و المسائل الأول، بأن الضمان في هذه أخف، و ليس بجيد، لأن المصنف إذا ساوى بين المسائل في مجيء الإشكال كان قوله: (هذا). و قوله: (أما). ضائعا، و الذي ذكرناه أقصى ما يتكلف له.

و على هذا فيكون ما ذكره هنا معينا عما ذكره سابقا، من قوله: (أما لو قال عندى [ثوب] (1) و لم يوجد في التركة ثوب).

و الذى فى التذكرة: أنه إذا كان عنده وديعه و مات و لم توجد فى تركته، فالذى يقتضيه النظر عدم الضمان، و الذى عليه فتوى أكثر العلماء منّا و من الشافعية و جوب الضمان، و حكى عن الشافعى: أنه إذا لم توجد بعينها حاص المالك الغرماء، ثم حكى عن أصحابه ثلاث طرق.

أحدها: إثبات المحاصه فيما إذا كان الميت قد أقر بأن عنده وديعه أو عليه لفلان، فإذا لم توجد كان الظاهر أنه قد أقر ببدلها و أنها تلفت على وجه مضمون، بخلاف ما إذا قامت البينه بالوديعة أو أقر بها الورثه، فإنه لا ضمان للأصل.

الثانيه: أنه مع الوصيه بالوديعة و عدم وجدانها، لكن يكون فى التركة من جنسها، و يحتمل الاختلاط، فتثبت هنا المحاصه دون ما سواه.

ص: ٥١

١- ١) ما بين المعقوفتين لم يرد فى «م» و «ق»، و أثبتناه من القواعد للسياق.

و يصدّق المستودع مع اليمين في تعيين المدعيين-فإن نكل غرم للآخر- قلت:و كان اللازم هنا القول بتقديم مالكها.

الثالثه:المحاصه مطلقا (١).

هذا محصل ما فيها،و هو مخالف لما هنا،و الذى يقتضيه النظر:أنه إن علم بقاء عينها و لم يتميز من التركه،قدّم مالكها على الغرماء بما يجب كمن اختلط ماله بمال غيره،و إن علم تلفها بتفريط،فهو أسوه الغرماء،و إلا فلا ضمان أصلا،و هو المفتى به.

و اعلم أنه ينبغي أن يكون قول المصنف:(هذا إن أقر أن عنده وديعه) منزلا- على ما إذا أقر بالوديعة على وجه يرتفع الاحتمال (٢)و ينتفى التقصير،و إلا كان ضامنا.

قوله: (و يصدق المستودع مع اليمين في تعيين المدّعين،فان نكل غرم للآخر).

إذا ادعى كلّ من الشخصين على ثالث أن المال الفلانى الذى بيده وديعه له عنده،فأقر لأحدهما بعينه،حكم بها للمقر له،فيدفع و يحلف للآخر، فإذا حلف سقط دعوى الآخر،و إن نكل حلف الآخر،فيغرم له المثل إن كان مثليا،و إلا فالقيمه-و فى اعتبار كونها وقت الحلف أو وقت الإقرار إشكال،يلتفت إلى أن وقت الإقرار هو وقت التلف و وقت اليمين هو وقت الثبوت-و فى التذكرة (٣)سياق المسأله هكذا،و ذكر الاشكال و لم يرجح شيئا.

أقول:إذا قلنا:إن اليمين المردوده كالإقرار،فلا بحث فى صحه

ص:٥٢

١- (١)التذكرة ٢٠١:٢. [١]

٢- (٢) فى (ق):الإجمال.

٣- (٣) التذكرة ٢٠٧:٢. [٢]

و فى نفى العلم، و تقرر فى يده حتى يثبت المالك، ذلك، بناء على أن من أقرّ بعين لزيد ثم أقر بها لعمر و يغرم لعمر و.

و اما إذا قلنا بأنها كالبينه، فقد يقال: يجب انتزاع العين من المقر له و تسليمها إلى الآخر، لثبوت كونها له بالبينه.

و يجاب: بأن كونها كالبينه إنما هو فى حق المتداعيين دون غيرهما، و قد استحقها المقر له بالإقرار، فلا يبطل استحقاقه باليمين.

نعم هى بالنسبه إلى المدعى عليه كالبينه، فباليمين، تثبت كون العين للحالف بالنسبه إلى المدعى عليه خاصه، و حيث لم يكن فى يده و قد حال بينها و بين من استحقها بيمينه بالإقرار، و جب الغرم، فلا يتفاوت الحال فى الغرم باعتبار كونها كالإقرار أو كالبينه، إلا فى شىء واحد، و هو أنه على القول بأن من أقر بعين لزيد ثم أقر بها لغيره لا يغرم للثانى شيئاً، لا يغرم للآخر بيمينه، لو قلنا باليمين المردوده كالإقرار، لأن غايته أن يكون قد أقر له بها بعد الإقرار للأول، و هو لا يقتضى الغرم، فلا - فائده فيه، فلا - ردّ و لا حلف، بخلاف ما إذا قلنا كالبينه، فإن الغرم ثابت مطلقاً.

و اعلم أن قول المصنف: (فان نكل غرم للآخر) محمول على حلفه اليمين المردوده، لأن المصنف لا يرى القول بالقضاء بمجرد النكول، و الظاهر أن اليمين المستودع على البت، لأنه يدعى عليه استحقاق التغيريم.

إذا تقرر هذا، فان الدعوى بين الآخر و بين المقر له، فله إحلافه، فإن نكل حلف و أخذ العين، فيرد قيمه حينئذ على المستودع، لأنه استحقها بالحيلوله و قد زالت.

قوله: (و فى نفى العلم و تقرر فى يده حتى يثبت المالك).

أى: و يصدّق المستودع فى نفى العلم بكون العين لهما أو لأحدهما، و حينئذ فتقر العين فى يده إلى أن يثبت المالك، لأن يده فى الأصل يد أمانه،

فإن ادعى علمه أحلفاه على نفي العلم يمينا واحده، و يحتمل التعدد، و الأصل بقاؤها إلى أن يثبت المالك.

و يحتمل- إن قال لهما: المال لأحد كما و لا أعلمه- أن تنزع من يده بأمر الحاكم لمطالبتهما إياه، و يضعف بأن المطالبه المقتضيه للجزل هي التي يجب معها التسليم، و هو ممتنع هنا، فلا يكون واجبا.

قوله: (فإن ادعى علمه أحلفاه على نفي العلم يمينا واحده، و يحتمل التعدد).

لا- شك أنه لو ادعى عليه كل منهما علمه بأنه المالك، له إحلافه على نفي العلم، لأنه لو أقر لنفع، و لكن هل يحلف يمينا واحده لهما معا، أم يجب لكل واحد منهما يمينا؟ يحتمل الأول، لأن إحدى الدعويين كاذبه قطعاً، لاستحاله كون العين ملكاً لكل واحد منهما، و حيث لم تكن معينه حكماً بأنه يحلف لهما، و هو قول الشيخ في الخلاف (١).

و يحتمل الثاني، لأن كل واحد منهما بانفراده مدع لا يعلم كذبه، فيندرج في عموم الحديث (٢)، و لكل واحد منهما أن يستقل بإنشاء الدعوى، و الأصل براءة الذمه من وجوب الاجتماع، و لإمكان كونه لهما معا، و هو اختيار المبسوط (٣)، و هو الأصح.

فإذا حلف احتمال استعمال القرعه، فمن خرج اسمه احلف و سلمت العين إليه، أو يقسم بينهما نصفين، ذكره الشيخ في الخلاف (٤) و المصنف في

ص: ٥٤

١- (١) الخلاف ٢: ١٨٦ مسألة ١٤ كتاب الوديعه.

٢- (٢) الكافي ٧: ٤١٥ حديث ٢، ١، التهذيب ٦: ٢٢٩ حديث ٥٥٣، ٥٥٤ و غيرهما.

٣- (٣) المبسوط ٤: ١٥٠. [١]

٤- (٤) الخلاف ٢: ١٨٦ مسألة ١٥ كتاب الوديعه.

فإن نكل أحلفا على علمه فيضمن القيمة فتجعل مع العين في أيديهما، وإن سلّم العين بحجه إلى أحدهما رد نصف القيمة إلى المودع و لم يجب على الثاني الرد، لأنه استحق بيمينه و لم يعد عليه التحرير (١) قوله: (فإن نكل أحلفا على علمه، فيضمن القيمة، فتجعل مع العين في أيديهما).

لأن يمينهما اقتضتا أن تكون بالإضافة إلى كلّ بخصوصه، عالما بأن العين له، و بإنكاره حصل حيلولة بين المستحق و حقه، حيث ترتب على إنكاره و نكوله يمين كلّ منهما، فوجب أن يغرّم القيمة، و لما كانا سواء في اليمين لم يكن لأحدهما رجحان على الآخر، فتجعل العين و القيمة معا في أيديهما.

و قال الشيخ: لو حلفا فيه قولان: أحدهما يقسم بينهما، و الثاني أنه يوقف حتى يصطلحا، و الأول أقوى. ثم قال: و لو قلنا بالقرعة كان قويا (٢).

قال المصنف في التحرير: و عندي فيه نظر (٣).

قلت: القول بالقسمه أوجه، لأن التصادم في الدعوى و التساوى في الحجه يقتضى القسمه، فلا- يكون الأمر مشكلا ليعمل فيه بالقرعة، و انهما إنما أحلفا على علمه ليتوجه عليه غرم القيمة، إذ لو حلفا على الاستحقاق للعين قسمت بينهما فقط، و إنما ثبت لهما الحلف كذلك لأنه المدعى به.

قوله: (و إن سلّم العين بحجه إلى أحدهما ردّ نصف القيمة على المودع، و لم يجب على الثاني الرد، لأنه استحق بيمينه و لم يعد عليه المبدل).

ص: ٥٥

١-١) التحرير ١: ٢٦٨. [١]

٢-٢) المبسوط ٤: ١٥١. [٢]

٣-٣) التحرير ١: ٢٦٨.

المبدل. و لو مات المالك سَلَّمها إلى الورثة أجمع من غير تخصيص، فيضمن معه. هذا من جملة أحكام ما إذا أُلِّفنا على علمه، و جعلت العين و القيمة في أيديهما.

و تحقيقه: أنه إما أن لا- يَنزاع أحدهما الآخر و يرضيا بما صار إليهما، فلا بحث، أو يجرى بينهما التنازع، فإذا تنازعا و ثبت بحجه شرعيه أن العين لأحدهما بعينه- كبينه، أو يمين أحدهما مع نكون الآخر، و هو المراد من العبارة- فإن العين بكاملها تسلَّم إليه.

فحينئذ يجب أن يرد نصف القيمة، لأنه استحقها للحيلولة بينه و بين نصف العين و قد زالت، فيجب ردّها.

و أما الثاني، فلا يجب عليه الرد، لأنه استحق بيمينه للحيلولة، و لم تنزل إذا لم يعد عليه المبدل، و هو النصف الذي في يد الأول.

و اعلم أن (سَلَّم) في العبارة ينبغي أن يقرأ مجهولاً، إذ الحكم ليس مبنياً على تسليم المستودع، و لا مرجع للضمير إذا كان الفعل معلوماً سواه، و لأن المقر قبل جعل العين في أيديهما، فكيف يكون التسليم منه، و أما (رد) فإنه معلوم، و ضميره يرجع إلى (أحدهما).

قوله: (و لو مات المالك سَلَّمها إلى الورثة أجمع من غير تخصيص، فيضمن معه).

أي: فيضمن مع التخصيص، و يسَلَّمها إليهم أجمع يجعلها في أيديهم أو في يد وكيلهم.

المقصد الثاني: في العاربه

اشاره

المقصد الثاني: في العاربه: وفيه فصلان:

الأول: في الأركان

اشاره

الأول: في الأركان:

و هي خمس

اشاره

و هي خمس:

أ: العقد

أ: العقد: وهو كل لفظ دل على تسويغ الانتفاع بالعين مع بقائها مطلقا أو مده معينه، و ثمرته التبرع بالمنفعه، قوله: (المقصد الثاني: في العاربه).

هي بتشديد الياء، كأنها منسوبه إلى العار، لأن طلبها عار، قال صاحب الصحاح (1). وقال غيره (2): منسوبه إلى العاره، وهي مصدر. وقيل: مأخوذه من عار يعير، أي: جاء و ذهب، و منه قيل للبطل: عيار لتردده في بطالته، فسميت عاربه لتحولها من يد إلى يد. وقيل: إنها مأخوذه من التعاور و الا-عتوار، و هو تداول الشيء بين القوم، و عن غريب الخطائي: أن لغه الغالبه العاربه، و قد تخفف.

قوله: (و فيه فصلان: الأول في الأركان، و هي خمس: الأول العقد، و هو: كل لفظ دل على تسويغ الانتفاع بالعين مع بقائها مطلقا أو مده معينه، و ثمرته التبرع بالمنفعه).

قيل عليه: إن كان قوله: (و ثمرته التبرع بالمنفعه) جزء التعريف انتقض في عكسه بأعرتك حمارى لتعيرنى فرسك، و إلا انتقض في طرده بالإجاره.

و يمكن أن يجاب: بكونه جزءا و لا- يرد ما ذكره، لأن هذا الفرد من العاربه مقتضاه التبرع، و إنما جاء العوض من أمر زائد على العقد و هو الشرط، فإنه عقد مع شرط.

و نقض بالسكنى، و الحبس، و العمرى، و الوصيه بالمنفعه.

ص: ٥٧

١ - ١) الصحاح (عور) ٢: ٧٦١.

٢ - ٢) و هو الأزهرى كما فى لسان العرب (عور) ٤: ٦١٩.

و لا يختص لفظا و لا يشترط القبول نطقا.

ب:المعير

ب:المعير: و يشترط كونه مالكا للمنفعه جائز التصرف، فلا- تصح عارياه الغاصب، و لا- المستعير، و لا الصبي، و لا المجنون، و لا المحجور عليه لسفه أو فلس، و تصح من المستأجر، و يجوز للمستعير استيفاء المنفعه بنفسه أو بوكيله. و أوجب بما لا- يدفع، و الأولى أن يزداد فى التعريف: مع بقاء الجواز.

و يرد عليه: أن الثمره المذكوره حاصله بالإيجاب لا بمجموع الإيجاب و القبول، فلا تكون ثمرتهما معا.

و اعلم أن كلامه فى التذكره صريح فى أنه لا يشترط فى العارياه اللفظ، بل يكفى ما يقوم مقام الألفاظ من الكتابه و الإشاره، لأنه عقد ضعيف، لأنه يثمر إباحه الانتفاع. قال: و هى قد تحصل بغير عقد، كما لو حسن ظنه بصديقه كفى فى الانتفاع عن العقد (١).

و قوله هنا: (و لا يشترط القبول نطقا) (٢) قد يشعر بأن الإيجاب يشترط فيه النطق.

قوله: (و تصح من المستأجر).

إلا أن يشترط المالك مباشره الانتفاع بنفسه فلا يصح، و إذا قلنا بالجواز فيجب أن لا تخرج العين من يده.

قوله: (و يجوز للمستعير استيفاء المنفعه بنفسه و بوكيله).

لكن بشرط أن لا تخرج العين من يده.

ص: ٥٨

١- ١) التذكره ٢: ٢١١. [١]

٢- ٢) فى «م» و «ق»: قطعاً، و ما أثبتناه من الحجرى، و هو الصحيح.

ج: المستعير: و شرطه أن يكون معيناً أهلاً للتبرع عليه بعقد يشتمل على إيجاب و قبول، فلا تصح استعاره الصبي و لا المجنون.

د: المستعار

د: المستعار: و شرطه أن يكون منتفعا به مع بقاءه كالثوب للبس، و الدابة للركوب، و الأرض للزرع و الغرس و البناء، دون الأئعمه فإن منفعتها فى استهلاكها. و الأقرب جواز استعاره الدراهم و الدنانير إن فرضت لها منفعه حكميه كالترتين بها و الضرب على طبعها. قوله: (و شرطه أن يكون معيناً).

يحترز به عما لو أبهم، بأن أعار أحد هذين و نحوه، و لو عمم فقال:

أعرت جميع الناس، فهو من المعين فيصح.

قوله: (فلا تصح استعاره الصبي و لا المجنون).

بمعنى أنه لا يترتب عليهما أحكام العاربه، لا أن استيفاءهما للمنفعه مضمون، فلو أعارهما و شرط عليهما الضمان لم يضمنا إذا لم يتلفا، هكذا ينبغي أن يفسر هذا و إن لم أظفر فى ذلك بشيء بخصوصه.

قوله: (و الأقرب جواز إعاره الدراهم و الدنانير إن فرضت لهما منفعه حكميه، كالترتين بها و الضرب على طبعها).

وجه القرب: وجود المقتضى على ذلك التقدير و انتفاء المانع، و لا- وجه للمنع على التقدير المذكور، فلا- يحسن قوله: (و الأقرب) حينئذ، فكان عليه أن يترك قوله: (إن فرضت). ليكون وجه المنع ضعف هذه المنفعه، و كون المنفعه المقصوده منها غالباً فى الإنفاق و الإخراج، و ذلك منافع للعاربه.

و يرد: أن إرادته المنفعه الضعيفه بخصوصها ينفى ما ذكر، و الأصح الجواز.

هـ-:إباحه المنفعه فليس للمحرم استعاره الصيد من محرم و لا- محل،فإن أمسكه ضمنه للمحل و إن لم يشترط عليه. قوله: (فإن أمسكه ضمنه للمحل و إن لم يشترط عليه).

فى التذكرة:لا يحلّ للمحرم استعاره الصيد من المحرم و لا من المحل،لأنه يحرم عليه إمساكه،فلو استعاره و جب عليه إرساله و ضمن للمالك قيمته،و لو تلف فى يده ضمنه أيضا بالقيمه لصاحبه المحل و بالجزاء لله تعالى،بل يضمه بمجرد الإمساك و إن لم يشترط صاحبه الضمان عليه،فلو دفعه إلى صاحبه برىء منه و ضمن لله تعالى (١).

هذا كلامه،و فى موضعين منه إشكال:

أحدهما:أن و جوب الإرسال مع كون الصيد ملكا لآدمى-و حق الآدمى مقدّم على حق الله تعالى-غير ظاهر،و إنما الذى يقتضيه الدليل ردّه على مالكة و و جوب الجزاء لله تعالى.

الثانى:و جوب القيمة للمالك المحل لو تلف فى يده بغير تعد-مع عدم اشتراط الضمان-أيضا غير ظاهر،لأن غايه ما هناك أنها عاريه فاسده،و كل عقد لا يضمّن بصحيحه لا يضمّن بفاسده،و لأن المالك لما أعاره فقد رضى بعدم ثبوت الضمان عليه الذى هو مقتضى العاريه،فلا يوجه لتضمينه.

فالحاصل:أن الذى يقتضيه النظر خلاف الأمرين،لكن لم أظفر إلى الآن بمخالف،فان المصنف فى التحرير (٢)قد صرح بالثانى،و كذا المحقق فى الشرائع (٣).

ص:٦٠

[١-١] التذكرة ٢:٢٠٩. [١]

[٢-٢] التحرير ١:٢٧١. [٢]

[٣-٣] الشرائع ٢:١٧٢. [٣]

و لو كان فى يد محرم فاستعاره محل جاز، لزوال ملك المحرم عنه بالإحرام، كما يأخذ من الصيد كما ليس بملك.

قوله: (و لو كان فى يد محرم فاستعاره محل جاز، لزوال ملك المحرم عنه بالإحرام).

فيه نظر، لأن الواجب على المحرم إرسال الصيد و رفع السلطنه عنه، لا إثبات سلطنه شخص آخر عليه، و سيأتى فى عبارته الكتاب فى الفروع ما يدل على خلاف ما ذكره هنا.

و الذى فى التذكرة خلاف هذا، فإنه قال: و لو كان الصيد فى يد محرم فاستعاره المحل، فان قلنا: المحرم يزول ملكه عن الصيد فلا قيمه له على المحل، لأنه إعاره ما ليس ملكا له، و على المحرم الجزاء لو تلف فى يد المحل، لتعديده بالإعاره، فإنه كان يجب عليه الإرسال، و إن قلنا: لا يزول صحت الإعاره، و على المحل قيمه لو تلف الصيد عنده (١).

هذا كلامه، و فيه اعتراف بتعدى المحرم بالإعاره، و هو الأصح.

لكن قوله: و إن قلنا لا يزول صحت الإعاره، و على المحل قيمه لو تلف الصيد عنده، فيه نظر، لأن صحت الإعاره مع وجوب الإرسال و رفع السلطنه مشكل، و إثبات قيمه أشكل، لأن العاربه تقتضى عدم الضمان، إلا أن يراد بالقيمه الجزاء لله تعالى.

[و يمكن أن يقال: إن أمر الصيد غليظ، فربما وجب ضمانه للمالك تغليظا و إن لم يشترط ضمانه، و إطلاق النصوص بوجوب الجزاء لله تعالى و قيمه للمالك يقتضى الثبوت هنا، فان تمّ هذا فهو دفع للإشكال] (٢) الثانى من الإشكاليين السابقين.

ص: ٦١

١- ١) التذكرة ٢١٠: ٢. [١]

٢- ٢) ما بين المعقوفتين لم يرد فى نسختى «م» و «ق»، و أثبتناه من النسخه الحجرية لاقتضاء السياق له.

و لا تجوز استعاره الجوارى للاستمتاع، و تجوز للخدمة و إن كان المستعير أجنبيا. و تكره استعاره الأبوين للخدمة، و تستحب للترفه.

و تحرم اعاره العبد المسلم من الكافر.

فروع

إشارة

فروع:

أ: لو تلف الصيد عند المحل المستعير

أ: لو تلف الصيد عند المحل المستعير من المحرم لم يضمه المحل، لزوال ملك المحرم بالإحرام، و على المحرم الضمان، لأنه تعدى بالإعارة لما يجب إرساله.

ب: لو قال: أعرتك حمارى لتعيرنى فرسك فالأقرب الجواز

ب: لو قال: أعرتك حمارى لتعيرنى فرسك فالأقرب الجواز لكن لا قوله: (و لا يجوز إعارة الجوارى للاستمتاع، و يجوز للخدمة و إن كان المستعير أجنبيا).

قال فى التذكرة: لا يجوز استعاره الجوارى للاستمتاع على الأشهر (١).

و كأنه يريد بذلك الإشارة إلى ما يحكى من خلاف بعض العامة (٢) فى ذلك، و منع الشافعى من إعارة الجارية الشابة للخدمة ممن لا يوثق به (٣)، و عندنا يجوز على كراهيه مغاظه.

قوله: (و يحرم إعارة العبد المسلم من الكافر).

هذا رجوع عما ذكره فى التجاره، إلا على بعض المحامل التى نزلنا عليها العبارة هناك.

قوله: (لو قال: أعرتك حمارى لتعيرنى فرسك، فالأقرب الجواز

ص: ٦٢

٢-٢) انظر:المغنى لابن قدامه ٥:٣٥٦.

٣-٣) المغنى لابن قدامه ٥:٣٦٠ الوجيز ١:٢٠٣.

يجب، و ليس على واحد منهما اجره، أما لو لم يعر الثاني فالأقرب الأجره. لكن لا يجب).

وجه القرب: وجود المقتضى و انتفاء المانع، و يحتمل العدم، لأن مقتضى العاربه عدم العوض، فمعه تكون فاسده.

و يدفعه: أن المذكور شرط لا- عوض، و لا ريب أن العاربه عقد يقبل الشروط التي لا تنافى مقتضاه، و ليس الشرط عوضا، إنما العوض ما جعل مقابلا كهذا بهذا.

و الأصح الجواز، و لا يجب على المستعير عاربه ما اشترط المعير، للأصل و لانتفاء المقتضى.

و زعم بعض العامه أن هذا إجاره فاسده، و ليس بجيد كما ذكرناه.

قوله: (و ليس على واحد منهما اجره).

أى: ليس على المعير الأول و لا على الثاني أجره للآخر، لأن بناء العاربه على التبرع.

قوله: (أما لو لم يعر الثاني فالأقرب الأجره).

وجه القرب: أنه لم يبيح له الانتفاع مطلقا، بل مع الشرط، فإذا لم يحصل كان له المطالبه بالعوض. و يحتمل العدم، لأن العاربه لا عوض فيها و قد تحققت.

و جوابه: أنه و ان لم يكن فيها عوض، إلا أن الاذن فى الانتفاع قد حصل على وجه مخصوص، فينتفى بانتفائه.

فإن قيل: الإذن فى الانتفاع قد حصل فى الجملة، و غايه ما يقتضيه الشرط التسلط على الفسخ بدون فعله، كما لو باع بشرط، فإن الملك ينتقل فيه، و مع عدم الشرط يتسلط على الفسخ، نعم لو كان المذكور عوضا لا شرطا

و لو قال:أعرتك الدابه بعلفها فهي إجاره فاسده تقتضى أجره المثل،و كذا:أعرتك الدابه بعشره دراهم. صح ذلك،لكن تكون إجاره فاسده لا عاريه.

قلنا:لما كان عقد العاريه فى غايه الضعف-و لهذا يعوّل فيه على قرائن الأحوال،كالظرف الذى فيه الهديه و القصعه المبعوث فيها الطعام،فإنه يجوز أكله منها،و كذا ثمرته فى غايه الضعف،و هى مجرد إباحه الانتفاع-انتفت ثمرته بأدنى سبب،بخلاف العقود اللازمه أو المثمره للملك.

و أيضا فإن البيع مثلا مبنى على اللزوم،و عدم فعل الشرط يوجب تزلزه و جوازه،فظهر أثر الشرط فى ذلك،و أما العاريه فإن أثر العقد هو الإباحه التى لا شىء أضعف منها،و جوازه ثابت على كل حال،فلا بد للشرط من أثر، و ليس إلاّ عدم جواز الانتفاع بدونه،فيمنع منه إلاّ بعد فعل الشرط،و به صرح فى التذكره (١).

و الذى ذكره الشارح:جواز الفسخ بدون الشرط،فيتنقى مبيع العين، فثبت الأجره (٢).و هذا لو صح إنما يؤثر فيما سيأتى،أما ما سبق من الانتفاع قبل الفسخ فلا.

قوله: (و لو قال:أعرتك الدابه بعلفها،فهي إجاره فاسده تقتضى أجره المثل،و كذا:أعرتك الدابه بعشره دراهم).

و وجهه:أن لفظ العاريه و إن كان حقيقه فى العقد المخصوص،إلاّ- أن التصريح بالعوض ينافيه،فينطبق على الإجاره من حيث المعنى،فإن المالك لم يبذل المنفعه مجانا،بل بعوض،فإذا فات لفساد العقد وجب اجره المثل لتلك المنفعه التى أتلّفها.

ص:٦٤

١-١) التذكره ٢:٢١١. [١]

٢-٢) إيضاح الفوائد ٢:١٢٦.

ج: لو أذن الولي للصبي في الإعارة جاز مع المصلحة. فإن قيل: هذا لا يقتضى كونها إجاره فاسده كما ذكره المصنف، لأن هذا الحكم ثابت مع كونها عاريه فاسده، والأصل فى اللفظ كونه حقيقه، و المجاز يحتاج إلى الدليل، و مع ذلك فالعقود بالقصود، فمع قصد العاريه كيف يكون إجاره؟ فيكون عاريه فاسده، و هو أحد وجهى الشافعيه (١).

و التحقيق أن يقال: إن أراد المصنف بقوله: (فهى إجاره فاسده) أنها كذلك من حيث المعنى لكون المنفعه مقابله بعوض، و من حيث الحكم باعتبار وجوب اجره المثل - إذ المالك لم يبذل المنفعه مجاناً، و امتناع معنى العاريه هاهنا لا لتفاء التبرع بالمنفعه الذى مدار العاريه عليه - فهو حق.

و إن أراد أن لفظ العاريه مراد به الإجاره البته، و لا يقع على هذا التقدير اسم العاريه الفاسده، فليس كذلك، و من أين يعلم هذا و الأصل فى الاستعمال [الحقيقه (٢)] و العقود تابعه للقصود؟ نعم شبهه بالإجاره الفاسده أكثر، فلعل المصنف أراد هذا المعنى، فيندفع الإشكال عن كلامه.

و اعلم أن صاحب الشرائع (٣) ذهب إلى جواز الإجاره بلفظ العاريه، فإذا ضبطت المنفعه و العوض و قصد باللفظ الإجاره مجازاً صح عنده، إلا أنه بقصد الإجاره يخرج عما نحن فيه، و سيأتى تحقيق ذلك إن شاء الله تعالى.

قوله: (لو أذن الولي للصبي في الإعارة جاز مع المصلحة).

لا شك فى الجواز مع المصلحة، و العبره حينئذ بإذن الولي لا بعباره الصبي.

ص: ٦٥

١-١) كفايه الأختيار ١:١٨١.

٢-٢) لم ترد فى «م» و «ق»، و أثبتناها من الحجرى و المفتاح ٦:٥٩ عن جامع المقاصد، و هو الصحيح.

٣-٣) شرائع الإسلام ٢:١٧٩.

د:تجوز استعاره الفحل للضراب

د:تجوز استعاره الفحل للضراب، والكلب للصيد، والسنور والفهد، واستعاره الشاه للحلب و هي المنحه، وله الرجوع في اللبن مع وجوده عنده و كذا غيرها.

الفصل الثاني: في الأحكام

إشارة

الفصل الثاني: في الأحكام: وهي أربعة:

الأول: الرجوع

إشارة

الأول: الرجوع: العاربه عقد جائز من الطرفين، إلا إذا أعار لدفن ميت فيمتنع نبش القبر الى أن يندرس أثر المدفون، فلو رجع في إذن البناء أو الغرس قبلهما وجب الامتناع، فإن غرس حينئذ فللمالك القلع مجاناً والمطالبه بالأجره و طمه الحفر.

و لو رجع بعد البناء أو الغرس أو الزرع فالأقرب جواز اجابته، لكن قوله: (و كذا غيرها).

أى: و كذا يجوز استعاره غير الشاه للحلب من الأنعام و غيرها.

قوله: (الفصل الثاني: في الأحكام، وهي أربعة: الأول الرجوع:

العاربه عقد جائز من الطرفين، إلا إذا أعار لدفن ميت، فيمتنع نبش القبر إلى أن يندرس أثر المدفون).

لما في النبش من هتك حرمة المسلم، قال في التذكرة: و لا نعلم فيه خلافاً (1). و لا يخفى أن المرجع في اندراس أثر المدفون إلى الظن الغالب.

قوله: (فان غرس حينئذ فللمالك القلع مجاناً).

و له المطالبه بالقلع، و يجبر عليه الغارس، لأنه حينئذ غاصب.

قوله: (و لو رجع بعد البناء أو الغرس أو الزرع، فالأقرب إجابته

بشرط دفع أرش الغرس و الزرع و لو قبل إدراكه، -لكن بشرط دفع أرش الغرس و الزرع- و لو قبل إدراكه).

مقتضى إطلاق العبارة تناول ما إذا كانت العاربه مطلقه، و اما إذا كانت موقته بأمر معين فى كل من البناء و الغرس و الزرع، فيكون عدم الإجابة- و هو مقابل الأقرب- محتملا فى كل من الصور.

و قد صرح الشارح بأن الخلاف إنما هو فيما إذا أعاره للبناء أو الغرس مدته معينه ثم رجع قبل انقضائها، و أعاره للزرع ثم رجع قبل إدراكه، و أما ما عدا ذلك فان للمعير الرجوع إجماعا (١).

و كلام الشيخ فى المبسوط فى العاربه (٢)، و كذا ابن إدريس فى السرائر (٣) مصرح بالمنع من الرجوع فى الموضوعين (٤) المذكورين خاصه، لكن هذا لا يدل على ما ادعاه من الإجماع.

و لا ريب أن ظاهر عبارته المصنف هنا و فى الصلح عدم الفرق، بل كلامه فى الصلح أدل، حيث أنه فرض المسأله التى هى موضع الخلاف فى البناء و لم يذكره العاربه للزرع، بحيث يحتمل اختصاص الاحتمال به.

ص: ٦٧

١- ١) إيضاح الفوائد ٢: ١٢٦، و ما هنا مضمون كلام الشارح لا نصه.

٢- ٢) فى المبسوط ٣: ٥٥-٥٦ [١] قال الشيخ فى حكم ما إذا كانت عاربه الغرس مؤقته بأمد معين: (فاما إذا أذن له إلى سنه ثم رجع قبل مضى السنه. و طالب بالقلع من غير أن يضمن الأرش فلا يلزمه القلع الا بعد الضمان بلا خلاف)، و هو مخالف لما هنا، إذ لا يجبر على القلع سواء ضمن أم لم يضمن. و فى المفتاح ٦: ٦٢ نقل قول الشيخ من دون لفظ (الا بعد الضمان) و لعله اختلاف فى النسخ فتأمل.

٣- ٣) السرائر: ٢٦٣. و قال السيد العاملى فى المفتاح ٦: ٦٢: و لم يصرح فى السرائر بالمنع فى صورته التوقيت كالمبسوط، و الموجود فيها انه يجبر المستعير على القلع فى البناء و الغرس من دون فرق بين الإطلاق و التوقيت.

٤- ٤) قال السيد العاملى فى المفتاح ٦: ٦٢: و عنى بهما: الزرع قبل إدراكه، و ما إذا كانت عاربه البناء و الغرس مؤقته بأمد معين.

و صرح الشارح هناك بما يقتضى تعميم الخلاف، حيث قال: وقال الشيخ (١) و ابن البراج (٢) ليس له الرجوع بعده، لأن إذنه اقتضى البقاء و الدوام، و فى القلع إضرار به، فلا يملك المعير ذلك، كما لو أعاره أرضا للدفن (٣).

هذا كلامه.

و وجه القرب: أن بناء العاربه على الجواز و اللزوم يحتاج إلى دليل، و هو منتف، و اللزوم فى الدفن خرج بالإجماع، و القياس باطل مع وجود الفارق، فان هتك حرمة المسلم لا بدل لها، بخلاف ما يتلف من المال بالقلع، فان له بدلا.

فإن قيل: الدليل قوله عليه السلام: «لا ضرر و لا ضرار (٤)».

قلنا: هو مشترك بين المعير و المستعير، و الضرر لا يدفع بالضرر، مع أنه إذا دفع الأرش حصل الجمع بين الحقين، لكن إنما يجاب إلى إزاله ما فعله المستعير إذا دفع الأرش للغرس و البناء و الزرع.

و ترك المصنف ذكر البناء اكتفاء ببيان حكم الغرس و الزرع، و وجهه: أن كلا منهما محترم صدر بالاذن، فلا يجوز إتلاف شىء فيه مجانا، و هذا رجوع من المصنف عن الإشكال الذى ذكره فى الصلح إلى الجزم، و هذا هو الأصح.

و اعلم أن قوله: (و لو قبل إدراكه) و صلى لقوله: (فالأقرب إجابته)

ص: ٤٨

١- (١) المبسوط ٢: ٢٩٧.

٢- (٢) نقله عنه العلامة فى المختلف: ٤٤٨.

٣- (٣) إيضاح الفوائد ١٠٧: ٢.

٤- (٤) الكافي ٥: ٢٩٢، حديث ٢، الفقيه ٣: ٤٥، حديث ١٥٤، التهذيب ٧: ١٦٤، حديث ٧٢٧.

و الأقرب توقف تملك الغرس بالقيمه أو الإبقاء بالأجره على التراضى منهما. بالنسبه إلى كل من الزرع و الغرس، و حاول به التنبيه على ردّ خلاف الشيخ (١) و ابن إدريس (٢)، المانعين من الرجوع فى العاريه للزرع قبل إدراكه، لأن له أمدا ينتظر، لا يجوز له الرجوع قبله.

إن قيل: أى معنى لثبوت الأرش بعد الإدراك، فإنه حينئذ يطلب إزالته و لو لم يزل النقص بعدم الإزاله و الأرش عوض التالف.

قلنا: لم يحكم المصنف بثبوت الأرش فى هذا الفرد، و إنما حكم بثبوت الأرش و أطلق، و لمّا كان الأرش عباره عن عوض ما يتلف بالإزاله، و جب اختصاصه بما عدا ما بلغ مبلغا يراد إزالته، و إلا لكان بمعرض النقصان.

قوله: (و الأقرب توقف تملك الغرس بالقيمه أو الإبقاء بالأجره على التراضى منهما).

خالف الشيخ (٣) و ابن الجنيّد (٤) فى ذلك، حيث قالوا- بأنه إذا دفع صاحب الأرض قيمه الغرس، اجبر صاحب الغرس على أخذها، و يملك صاحب الأرض الغرس، لأنه لا ضرر عليه.

و هو ضعيف، لأن نقل الملك من مالك إلى آخر لا يكفى فيه عدم الضرر، بل لا بدّ من التراضى، و كذا الإبقاء بالأجره، لأن استحقاق العوض فى مقابل المنفعه إنما يكون بالتراضى، و الأصح مختار المصنف.

ص: ٦٩

١- ١) المبسوط ٥٥: ٣-٥٦.

٢- ٢) السرائر: ٢٦٣.

٣- ٣) المبسوط ٥٥: ٣. [١]

٤- ٤) نقل قوله فخر المحققين فى إيضاح الفوائد ١٢٧: ٢.

و لو رجع فى عاريه الجدار لوضع الخشب قبله جاز، و بعده على الأقوى، فيستفيد التخيير بين طلب الأجره للمستقبل مع رضى المستعير، و بين القلع مع دفع أرش النقص و إن أدى الى خراب ملكك المستعير لكون الأطراف الأخر مبنية عليه على اشكال. قوله: (و بعده على الأقوى، فيستفيد التخيير بين طلب الأجره للمستقبل مع رضى المستعير).

قد سبق أن الأصح أن له الرجوع مطلقا مع الأرش، و معنى قول المصنف: (فيستفيد التخيير). أن المعير يستفيد برجوعه تخير الشارع إياه بين الأمرين.

قوله: (و إن أدى إلى خراب ملك المستعير، لكون الأطراف الأخر مبنية عليه على إشكال).

أى: على ملك المستعير، و لعل ذكر هذا الفرع هو السبب فى إعاده المسأله التى قبله، إذ قد سبقت فى الصلح.

و منشأ الاشكال: من أن جواز الرجوع مشروط بما إذا لم يستلزم التصرف فى ملك الغير (و تخريب بنائه الواقع فى ملكه، فان الثابت له هو تفرغ ملكه من ملك الغير، لا تخريب ملك الغير (1)).

و من أن ذلك مما يتوقف عليه التفرغ الذى هو حق للمعير، و لا يتم إلا به، فهو مقدمته، و المستعير هو الذى أدخل الضرر على نفسه، ببنائه فى ملكه بناء معرضا للزوال بالرجوع فى العاريه التى هى مبنية على الجواز. و الأول مختار الشيخ (2) و ابن إدريس (3)، و الأصح الثانى.

ص: ٧٠

١- ١) ما بين القوسين لم يرد فى «م».

٢- ٢) المبسوط ٢: ٢٩٧ و ٣: ٥٦. [١]

٣- ٣) السرائر: ٢٦٣.

و لو انهدم الحائط، أو أزال المستعير الخشب باختياره أو بإكراه، أو انقلعت الشجره لم يملك إعادته، سواء بنى الحائط بآلته أو غيرها ما لم يجدد الإذن.

فروع

فروع

أ- لو رجع فى الإعارة للدفن بعد وضع الميت فى القبر

أ- لو رجع فى الإعارة للدفن بعد وضع الميت فى القبر قبل الطم جاز.

ب: لو رجع قبل الغرس فلم يعلم حتى غرس جاز له القلع مجاناً على أشكال

ب: لو رجع قبل الغرس فلم يعلم حتى غرس جاز له القلع مجاناً على أشكال، و فى استحقاق الأجره قبله نظر. قوله: (فروع: أ، لو رجع فى الإعارة للدفن بعد وضع الميت فى القبر قبل الطم جاز).

لأنه لا يستلزم النباش المحرم، و اجره الحفر حيث تثبت على ولى الميت، أما الطم فإنه على صاحب الأرض، لصدوره بإذنه.

قوله: (ب: لو رجع قبل الغرس، فلم يعلم حتى غرس، جاز له القلع مجاناً على أشكال).

ينشأ: من التردد فى نفوذ الرجوع قبل العلم، و سيأتى ان شاء الله تعالى تحقيقه فى الوكاله.

و الأصح أنه لا- ينفذ و لا- يخاطب به إلا- بعد العلم، إذ لو نفذ لكان ممنوعاً من الغرس و عادياً، و هو يقتضى التكليف بما لا يطاق، إذ يستلزم خطاب الغافل، فحينئذ لا بدّ من الأرش.

قوله: (و فى استحقاق الأجره قبله نظر).

أى: قبل القلع أو قبل العلم، و الأول أوقع، لأن السياق يقتضى كون

و لو حمل السيل نواه فنبتت فى أرض غيره اجبر المالك على القلع، و الأقرب أن عليه تسويه الأرض لأنه قلعه لتخليص ملكه، هذا من أقسام ما إذا لم يعلم بالرجوع حتى غرس، و منشأ النظر هو منشأ الاشكال، فإن الرجوع إن نفذ كان تصرفه فى ملك الغير بغير إذن، فتجب الأجره، و إلا فلا بحث، و الأصح عدم الوجوب.

قوله: (و لو حمل السيل نواه فنبتت فى أرض غيره، اجبر المالك على القلع).

لو حمل السيل نوى شخص أو حبه إلى ملك آخر فنبتت فى أرضه، فهو باق على ملك مالكه، و لصاحب الأرض مطالبته بالإزالة، فيجب عليه، لأن ملكه قد شغل أرض غيره بغير حق، فيجب تخليصه منها، و لا- أجره عليه على الظاهر إذا لم يقصر فى القلع، و هذا إذا لم يكن النوى و الحب ممن أعرض عنه المالك و طرحه، فان كان كذلك فله تملكه و لصاحبه الرجوع فيه، و لو جهل المالك مع عدم تحقق الإعراض، فهو مال مجهول المالك.

قوله: (و الأقرب أن عليه تسويه الأرض، لأنه قلعه لتخليص ملكه).

وجه القرب: أن الحفر أمر واجب عليه، لمحض تخليص ملك الغير و تخليته من ملكه، حيث أنه شغله بغير حق فوجب التسويه.

و يحتمل ضعيفا العدم، لأن التخليص عائده على صاحب الأرض أكثر.

و يرد: أنه و إن كان كذلك، إلا- أن ذلك الحق لصاحب الأرض، فإن شغل أرضه لما كان بغير حق، و جب أن يكون رفع ذلك واجبا على مالك النوى، و ما يحدث من الضرر عليه إزالته، و هو الأصح.

و لا يخفى أن تعليل المصنف ليس بجيد، لأنه مشترك بين صاحب الأرض و النوى، فلا يستلزم ما ادّعاه.

و لصاحب الأرض الإزالة مجاناً.

ج: لو رجع في اذن الزرع و قد بلغ القصيل و جب قلعه مجاناً

ج: لو رجع في اذن الزرع و قد بلغ القصيل و جب قلعه مجاناً.

لا انتفاء الضرر، و مع الضرر الأرش.

د: لو شرط القلع عند الرجوع مجاناً و تسويه الحفر الزم الوفاء و لا أرش

د: لو شرط القلع عند الرجوع مجاناً و تسويه الحفر الزم الوفاء و لا أرش، و إن شرط الأول لم يكلف المستعير التسويه.

هـ: لو لم يشترط القلع فأراده المستعير فله ذلك

هـ: لو لم يشترط القلع فأراده المستعير فله ذلك، و هل عليه التسويه؟ إشكال ينشأ: من أنه كالمأذون في القلع بأصل الإعاره، و من أنه قلع باختياره فليرد الأرض كما كانت. قوله: (و لصاحب الأرض الإزالة مجاناً).

لما قلناه: من أن شغل ملكه بغير حق.

قوله: (لو رجع في الإذن و قد بلغ القصيل و جب قصله مجاناً، لا انتفاء الضرر، و مع الضرر الأرش).

هذا إذا كان ذلك النوع من الزرع مما يعتاد قصله، سواء حصل بقصله ضرر و نقصان أم لا، لكن مع انتفاء الضرر لا أرش، و معه يجب الأرش، أما لو لم يكن ذلك النوع معتاداً قصله، فالأقرب أن حكمه في القلع و التبقية حكم الرجوع في الغرس، و فاقاً للمصنف في التذكرة (١)، حملاً للإطلاق على العاده الغالبه.

قوله: (لو لم يشترط القلع فأراده المستعير، فله ذلك، و هل عليه التسويه؟ إشكال، ينشأ: من أنه كالمأذون في القلع بأصل الإعاره، و من أنه قلع باختياره فليرد الأرض كما كانت).

لو قيل في توجيه الاشكال غير هذا لكان أوجه، و تحقيقه: أن الاذن في

ص: ٧٣

و:يجوز للمعير دخول الأرض

و:يجوز للمعير دخول الأرض، و الانتفاع بها، و الاستغلال بالبناء و الشجر، و كل ما لا يضر البناء و الغرس، و للمستعير الدخول لسقى الشجر، و مرّمه البناء دون التفرج. الزرع إذن فى توابعه التى من جملتها القلع، و متى كان القلع مأذونا فيه من المالك لم تجب التسويه، و وجه الوجوب: أنه قد أحدث فى أرض الغير حدثا باختياره، فيجب عليه إصلاحه.

و لقائل أن يقول: لا- نسلم أن الإيذن فى الزرع يقتضى الإذن فى القلع، و لا دليل يدل على ذلك، فيكون القلع حينئذ جنايه غير مأذون فيها، و لا ريب أن المسأله محل تردد، فنحن فيها من المتوقفين.

و مثله ما لو نقصت الأرض بالقلع، فان فى وجوب الأرش الإشكال.

و اعلم: أن قول المصنف (لو لم يشترط القلع) يشعر بأنه لو اشترط لم يجب عليه التسويه، و هو كذلك، لأن القلع حينئذ مأذون فيه، فلا يكون ما أحدث بسببه مضمونا.

قوله: (يجوز للمعير دخول الأرض و الانتفاع بها، و الاستغلال بالبناء و الشجر، و كل ما لا يضر البناء و الغرس).

أى: و يجوز له كل ما لا يضر البناء و الغرس، لأن ذلك كله تصرف فى ملكه، أما التصرف فى البناء و الغرس فلا يجوز.

قوله: (و للمستعير الدخول لسقى الشجر و مرّمه البناء دون التفرج) أما السقى فإنه من ضرورات الغرس، و مثله سقى الزرع، و أما مرّمه البناء فليس تجديدا ليتوقف على الإذن، و فى تركه إضاعه المال المنهى عنها، بخلاف التفرج، فإنه غير مأذون فيه.

قال فى التذكرة: لو تعطلت المنفعة على صاحب الأرض بدخوله، لم

ز: لكل من المستعير و المعير بيع ملكه من صاحبه

ز: لكل من المستعير و المعير بيع ملكه من صاحبه، و من أجنبي.

ح: لو أعاره للغرس مده معينه فله الرجوع قبله

ح: لو أعاره للغرس مده معينه فله الرجوع قبله، و قبل انقضائها مع الأرش، و هو التفاوت بين كونها قائمه إلى المدّه و مقلوعه قبل
يمكن منه إلا بالأجره، جمعا بين حفظ المالين (١).

قوله: (لكل من المعير و المستعير بيع ملكه من صاحبه و من جنبي).

منع بعض العامه من بيع المستعير ملكه، لأنه في معرض النقص و الهدم. و ليس بشيء، فإن الحيوان المشرف على التلف يجوز
بيعه، و كذا المستحق للقتل قصاصا، و متى كان المشتري جاهلا- بالحال فله الخيار، بخلاف ما إذا كان عالما، و ينزل منزله
المستعير.

و يجوز بيعهما معا باتفاقهما: المعير و المستعير، و حينئذ فيوزع الثمن على أرض مشغوله بالغراس أو البناء على وجه
الإعارة، مستحق للقطع مع الأرش، أو الإبقاء مع الأجره إذا تملكه بالقيمه مع التراضي فيهما، و على ما فيها من بناء أو غرس مستحق
للقلع على أحد الأنحاء، فحصة الأرض للمعير و حصه ما فيها للمستعير.

قوله: (لو أعاره للغرس مده معينه، فله الرجوع قبله و قبل انقضائها مع الأرش).

التقييد بالأرش مخصوص بما إذا رجع قبل انقضاء المده، لأنه إذا رجع قبل الغرس لا نقص حينئذ بسبب الرجوع على غرس
المستعير بتدارك الأرش.

قوله: (و هو التفاوت بين كونها قائمه إلى المده و مقلوعه قبل انقضائها).

ص: ٧٥

انقضائها، و له الرجوع بعدها، و الإلزام بالقلع مجاناً. إنما اعتبر في الأرش تقويمها قائمه إلى المده المعينه و تقويمها مقلوعه، لأن بقاءها إلى المده مستحق إلى أن يبذل الأرش، و من ثم تقوم قائمه على حالها، و مقلوعه فيما إذا أعار للغرس مثلاً و أطلق، لأنها مستحقه للإبقاء مطلقاً إلى أن يبذل الأرش، و قبله لا يجوز قلعها.

و من توهم أن الأرش لا بد فيه من تقويمها قائمه بالأجره، فقد غلط قطعاً، إذ لا أجره حينئذ.

قوله: (و له الرجوع بعدها و الإلزام بالقلع مجاناً).

أى: بعد المده المشترطه، لأن زمان العاربه ينتهى بانتهائها، و حينئذ فيكون شغل أرش المعير بها بغير استحقاق و لا إذن، فيستحق الإزاله.

و فى التذكره فصل تفصيلاً آخر، حاصله: أنه إن شرط القلع بعد المده أو نقض البناء و جب و لا أرش (١)، عملاً بالشرط، و كذا لا يجب على المستعير طم الحفر، للاذن فيه الحاصل بالشرط. و إن لم يكن شرط عليه القلع و اختاره المستعير كان له ذلك، و الأقوى عنده أن عليه تسويه الأرض، لأنه أحدث فى أرض الغير (٢) حدثاً باختياره. و إن لم يختر القلع و أراد المعير، فلا بد من الأرش (٣). هذا محصل كلامه، و هو مخالف لما هنا.

و الذى يظهر من مطاوى كلامه: أن فائده تعيين المده فى العاربه، أن للمستعير تجديد الغرس مثلاً. فى كل يوم إلى انقضاء المده، فبعده لا يجوز.

و الظاهر أن ما اختاره هنا هو الصواب، لأن تأقيت مده العاربه يقتضى انتفاءها بعد انقضائها.

ص: ٧٤

١- ١) فى «ق»: لا يجب الأرش.

٢- ٢) فى «ق»: المعير.

٣- ٣) التذكره ٢١٢: ٢. [١]

و لا فرق بين الغرس و الزرع على اشكال ينشأ: من أن الغرس و البناء للتأيد، و للزرع مدّة تنتظر فليس له الرجوع قبلها.

الثانى: الضمان

الثانى: الضمان: العاربه أمانه لا يضمونها نعم لو صرّح فى العقد بكون التأقوت لتحديد التصرف فقط لا لمدّه العاربه، كان ما ذكره فى التذكرة متجهًا.

قوله: (و لا فرق بين الزرع و الغرس على إشكال، ينشأ: من أن البناء و الغرس للتأيد، و للزرع مدّه تنتظر فليس له الرجوع قبلها).

أى: لو أعار للزرع مدّه معينه فانقضت و لما يدرك، فهل يكون الحكم كما سبق فى الغرس، و هو وجوب القلع مجانًا؟ أم يفرق بينهما، فيكون الحكم فى الزرع كالحكم فيما لو أعار للغرس و لم يقيد بمدّه، فيجب الأرش إذا أراد القلع؟ فى الفرق و عدمه إشكال.

ينشأ: من أن البناء و الغرس للتأيد، فيمكن التأقوت فيه بأى مدّه أراد المعير، لعدم تفاوت الأزمنه بالنسبه إليه، بخلاف الزرع، فان له مدّه تنتظر، فلا يعتد بالتأقوت القاصر عنها.

و من أن الناس مسلطون على أموالهم، و المسلمون عند شروطهم، و لم تصدر الإباحه من المالك إلا إلى الأمد المخصوص، و قد دخل المستعير على القلع عند انقضائه، فيجب الوفاء، و هو الأصح. و ضعف الأول ظاهر.

و لا يخفى أن موضع الاشكال ما إذا لم يكن عدم إدراك الزرع مستندا إلى تقصير المستعير، فإن آخر باختياره حتى ضاق الوقت و جب القلع مجانًا قطعًا.

قوله: (الثانى الضمان، العاربه أمانه لا يضمونها المستعير).

المستعير إلا- بالتفريط في الحفظ، أو التعدي، أو اشتراط الضمان، أو كانت ذهاباً أو فضه و إن لم يشترط الضمان إلا أن يشترط سقوطه. و في دخول المصوغ نظر، العاربه أمانه بإجماع علمائنا، والنص من أهل البيت عليهم السلام (١)، إلا- في مواضع منها: التعدي أو التفريط في الحفظ و هو ظاهر، ومنها: ما إذا اشترط الضمان بالنص (٢) والإجماع، ومنها: عاربه غير المالك فإنها غضب في الحقيقة، ومنها: عاربه الصيد للمحرم- فإن إمساكه حرام عليه، فيكون متعدداً و ضامناً، وهذا ظاهر بالنسبة إلى حق الله تعالى، أما بالنسبة إلى حق المعير الذي هو المالك ففيه الكلام السابق- ومنها: عاربه الذهب و الفضه كما سيأتي إن شاء الله تعالى.

قوله: (أو كانت ذهاباً أو فضه و إن لم يشترط الضمان، إلا أن يشترط سقوطه).

إذا كان الذهب أو الفضه دنائير أو دراهم فلا- خلاف في ضمانها، و النصوص (٣) في ذلك كثيره، إنما الخلاف في المصوغ منهما، وهذا إذا لم يشترط سقوط الضمان، أما مع اشتراطه فإنه يسقط قطعاً، للنص (٤)، و لوجوب الوفاء بالشرط.

قوله: (و في دخول المصوغ نظر).

لا شبهه في دخول المصوغ من الذهب و الفضه في مسماهما، إنما الكلام في دخولهما في الحكم، فكأنه أراد أن في اندراجهما في الحكم بالضمان نظراً، ينشأ من تخيل تعارض النصوص:

ص: ٧٨

١- ١) الكافي ٥: ٢٣٨ باب ضمان العاربه و الوديعة، [١] التهذيب ٧: ١٨٢ باب العاربه.

٢- ٢) الكافي ٥: ٢٣٨ حديث ٣-١، [٢] التهذيب ٧: ١٨٣ حديث ٨٠٤، ٨٠٦.

٣- ٣) الكافي ٥: ٢٣٨ حديث ٣-٢، التهذيب ٧: ١٨٣ حديث ٨٠٤، ٨٠٦.

٤- ٤) الكافي ٥: ٢٣٨ حديث ٣، التهذيب ٧: ١٨٣ حديث ٨٠٦.

فان فى حسنه زراره عن الصادق عليه السلام فى كون العاربه مضمونه:

«جميع ما استعرت فتوى (١) فلا يلزمك تواه، إلا الذهب و الفضة فإنهما يلزمان (٢)» الحديث.

و فى صحيحه ابن مسكان عن الصادق عليه السلام: «لا تضمن العاربه إلا أن يكون اشترط فيها ضمانا، إلا الدنانير فإنها مضمونه و إن لم يشترط فيها ضمانا (٣)» و حسنه عبد الملك عنه عليه السلام (٤) مثلها، إلا أن الاستثناء فيها للدراهم.

و التحقيق: أنه لا تعارض، لأن استثناء الذهب و الفضة فى الروايه الأولى يقتضى ثبوت الضمان فى هذين الجنسين، لأن اللام فيهما للجنس، و استثناء الدراهم و الدنانير فى الروايتين الأخيرتين يقتضى كون المخرج من العموم الدراهم و الدنانير، فيبقى العموم فيما عداهما بحاله، فيخرج منه الجنسان من حيث هما ذهب و فضه، لأنهما أخص من هذا العموم مطلقا، و لا تعارض بين العام و الخاص.

و ما ذكره الشارح- من أن الدراهم و الدنانير أخص من الذهب و الفضة، فيخصان بهما، و تكون الدراهم و الدنانير مخصوصين للعموم (٥)- لا- محصل له، و لا ينطبق على القوانين، لأن استثناء الذهب و الفضة تاره و استثناء الدراهم و الدنانير تاره أخرى، لا يقتضى أكثر من أن أحد المخصصين أعم من الآخر مطلقا، فيخص بكل منهما، لأن أحدهما يخص بالآخر.

ص: ٧٩

١- ١) قال الجوهرى فى الصحاح (توى) ٦: ٢٢٩٠: و التوى- مقصور: هلاك المال.

٢- ٢) الكافى ٥: ٢٣٨ حديث ٣، [١] التهذيب ٧: ١٨٣ حديث ٨٠٦.

٣- ٣) الكافى ٥: ٢٣٨ حديث ٢، [٢] التهذيب ٧: ١٨٣ حديث ٨٠٤، الاستبصار ٣: ١٢٦ حديث ٤٤٨.

٤- ٤) التهذيب ٧: ١٨٤ حديث ٨٠٨.

٥- ٥) إيضاح الفوائد ٢: ١٣٠.

أو استعار من المستعير، أو صيدا في الحرم، أو كان محرما و ما توهمه بعضهم-من أن أحدهما مطلق و الآخر مقيد، فيحمل المطلق على المقيد-ليس بشيء أيضا، لأنه إذا أخرج من العموم الدينانير و الدراهم في لفظ، و أخرج الذهب و الفضة في لفظ آخر لم يكن بينهما منافاه، لأن إخراج الأمر الكلى إخراج لبعض أفرادها، كما أن إخراج البعض لا ينافي إخراج الكل.

فإن قيل: المنافاه حاصله، لأن الاستثناء إذا دلّ على أن المخرج ليس الدراهم و الدينانير، نافي أن يكون المخرج الذهب و الفضة، فيجمع بينهما بحمل الذهب و الفضة على الدراهم و الدينانير.

قلنا: الاستثناء و إن دلّ على ذلك، إلا أنه يقتضى بقاء العموم فيما عداهما، و الاستثناء الآخر يقتضى بقاء فيما عدا الذهب و الفضة، و الأصل فيهما إرادته الحقيقيه، و حملهما على المجاز خلاف الظاهر، و لا شك أن العدول بهما عن الحقيقيه أبعد من استعمال اللفظ مجازا في الافراد الأقل، و هذا بمثابة: قام القوم إلا الشجاع منهم مع قام القوم إلا زيدا، و هو أحد الشجعان.

و الأرجح الضمان، فيدخل المصوغ، و يؤيده عموم «على اليد ما أخذت حتى تؤدي» (1).

قوله: (أو استعار من المستعير صيدا في الحرم أو كان محرما).

يرد عليه ما سبق من الإشكال، إلا أن يريد به بالإضافه إلى حقّ الله تعالى، لكنه خلاف ما صرح به.

ص: ٨٠

فيضمن ما يجب ضمانه بالمثل إن كان مثلها و إلا فالقيمه يوم التلف.

و يحتمل أعلى القيم من حين الضمان الى حين التلف. و يجب رد العين مع الطلب و الممكنه، فإن أهمل معهما ضمن.

و لو تلفت بالاستعمال كثوب انمحق باللبس فأشكال ينشأ: من استناد التلف إلى مأذون فيه، و من انصراف الإذن غالبا الى استعمال غير قوله: (فيضمن ما يجب ضمانه بالمثل إن كان مثلها، و إلا فالقيمه يوم التلف، و يحتمل أعلى القيم من حين الضمان إلى حين التلف).

وجه الأول: أن الواجب مع بقاء العين ردها دون قيمه، و إنما ينتقل إليها حين التلف، لتعذر ردّ العين حينئذ، فتجب قيمته حين التلف، ففي قول المصنف: (يوم التلف) توسع، و هذا هو الأصح كما سبق بيانه غير مره.

و وجه الثاني: كون كل واحد من القيم المتعدده في محل كون العين مضمونه (فتكون مضمونه) [\(1\)](#) إذ معنى الضمان كونها لو تلفت تجب تلك قيمه.

و هناك ثالث و هو: وجوب قيمته حين الضمان، لأنها ثابتة أول أوقات صيرورته مضمونا-على معنى وجوبها لو تلفت-فبقي، و قد سبق تنقيح مثل هذا البحث في البيع.

قوله: (و لو تلفت بالاستعمال، كثوب انمحق باللبس فأشكال، ينشأ: من استناد التلف إلى مأذون فيه، و من انصراف الاذن غالبا إلى استعمال غير متلف).

ص: ٨١

متلف، فإن أوجبناه ضمن بالقيمة آخر حالات التقويم، وكذا لو اشترط الضمان فنقصت بالاستعمال ثم تلفت، أو استعمالها ثم فرط فإنه يضمن القيمة يوم التلف، لأن النقص غير مضمون على لقائل أن يقول: إن وجهي الإشكال لا يتعلقان بمسأله واحده، لأن استعمال المتلف إما أن يكون بحيث يتناوله الاذن-فيكون مأذونا فيه-أو لا- فعلى التقدير الأول لا يجيء الوجه الثاني، وعلى الثاني لا يجيء الأول.

و يمكن بيانه بطريق آخر، وهو أن يقال: منشأ الاشكال: من دلالة ظاهر الاذن في الاستعمال على تجويز كل استعمال، ومن أن الغالب في الاستعمال ما لا يكون متلفا، فيحمل الإطلاق عليه.

و الذى يقتضيه النظر: أن الاستعمال المتلف متى كان بحيث يتناوله عقد العاربه لا يستعقب ضمانا، واختاره في التحرير (1)، وفيه قوه.

نعم لو شك في تناول اللفظ إياه فالضمان قوى، ولا أستبعد أن يكون من صور الثاني ما لو أذن في لبس الثوب و لم يزد، بخلاف ما لو أذن في كل لبس أو في لبسه دائما، لأن إذنه في لبسه في الجملة لا يقتضى الاذن في كل لبس قوله: (فإن أوجبناه ضمن بالقيمة آخر حالات التقويم).

أى: فإن أوجبنا الضمان فى الصورة السابقه-حملا للإذن فى الاستعمال على استعمال غير متلف-ضمنه بقيمته آخر حالات تقويمه قبيل التلف، لحمل الاذن على كل لبس غير متلف، فالضمان منتف إلى حين التلف.

قوله: (و كذا لو شرط الضمان، فنقصت بالاستعمال ثم تلفت، أو استعمالها ثم فرط، فإنه يضمن القيمة يوم التلف، لأن النقص غير مضمون على إشكال).

ص: ٨٢

إشكال. و للمستعير الانتفاع بما جرت العاده، فلو نقص من العين شيء، أو تلف بالاستعمال فلا ضمان، إلا أن يشترط ذلك في العاربه. أى: وكذا لو شرط المعير ضمان العين لو تلفت، فنقصت بالاستعمال المأذون فيه ثم تلفت، فإنه يضمن قيمه يوم التلف خاصه، لأن النقص بفعل مأذون فيه، فلا يكون مضمونا على إشكال، ومثله ما لو استعملها بالاذن ثم فُزط في حفظها، فصار ضامنا ثم تلفت، فإن الإشكال آت.

و منشأ الاشكال: من استناد النقص إلى فعل مأذون فيه فلا يكون مضمونا، و من أنها عين مضمونه بالاشتراط و التفريط، فيكون ذلك النقص مضمونا. و فى روايه (1) وهب- و هى ضعيفه السند- ما يقتضى الضمان.

و التحقيق أن نقول: إن الضمان للأجزاء فى العاربه التى فُزط فيها بعد أن نقصت الأجزاء بالاستعمال المأذون فيه- مع أن النقص بالاستعمال غير مضمون إذا ردّ العين- لا وجه له.

أما العاربه المضمونه، فقد تعارض فيها: تضمين الأجزاء الذى هو مقتضى تضمين العين، و الاذن فى الاستعمال الذى هو مقتضى لكون أنواع الاستعمال المأذون فيها لا يتعلق بها ضمان، و هو محل التردد.

و لا- أستبعد الضمان، لأنه ليس من لوازم أصل الاستعمال النقص، و لأنه لا- منافاه بين كون الاستعمال مأذونا فيه و النقص مضمونا، و هذا قوى جدا.

قوله: (و للمستعير الانتفاع بما جرت العاده، فلو نقص من العين شيء أو تلفت بالاستعمال فلا- ضمان، إلا أن يشترط ذلك فى العاربه).

لا يخفى أن هذا مناف لما سبق فى كلامه من الإشكال فى كل من المسألتين، و الفتوى على ما قدمناه، و لو حملت العبارة السابقه على استعمال

ص: ٨٣

و المستعير من المستأجر، و الموصى له بالمنفعة كالمستعير من المالك. و لو استعار من الغاصب عالما بالغصب فللمالك الرجوع على من شاء بالأجره و أرش النقص و القيمه لو تلفت، و يستقر الضمان على المستعير، و مع الجهل يضمن الغاصب الجميع، إلا أن يكون هناك ذهب أو فضه فإن الأقرب الضمان على المستعير خاصة. غير مأذون فيه و هذه على مأذون فيه لم يتجه الاشكال، بل يتعيّن الضمان قطعاً، و لو حملت هذه العبارة على أن الباء التي في قوله: (بالاستعمال) بمعنى مع-ليكون التلف لا- بسبب الاستعمال- لا ندفع التنافي، إلا أنه بعيد عن الظاهر جداً، و على كل حال فالعبارة لا تخلو من شيء.

قوله: (و المستعير من المستأجر و الموصى له بالمنفعة كالمستعير من المالك).

لأن كل واحد منهما مالك للمنفعة فله نقلها إلى غيره، و هذا إذا لم يشترط عليه استيفائها بنفسه، و الظاهر أنه لا يجوز له تسليم العين إلا بإذن المالك، كما سيأتي بيانه في الإجاره إن شاء الله.

قوله: (و مع الجهل يضمن الغاصب الجميع، إلا أن يكون ذهباً أو فضه فإن الأقرب الضمان على المستعير خاصة).

أى: و مع جهل المستعير بالغصب يستقرّ الضمان على الغاصب، إلا إذا كانت العاربه مضمونه لكونها ذهباً أو فضه و نحوهما، فإن الأقرب أن قرار الضمان على المستعير خاصه، و هذا هو المراد من العبارة، لأن المستعير و إن كان جاهلاً- فان يده يد عدوان، فللمالك الرجوع عليه، لعموم على اليد ما أخذت (1).

ص: ٨٤

(١-١) مستدرک الوسائل ٣: ١٤٥، سنن البيهقي ٦: ٩٥، مستدرک الحاكم ٢: ٤٧.

و لو جحد العاريه بطل استثمانه و يضمن.

و لو تجاوز المأذون ضمن.

و لو أمر رسوله بالاستعاره إلى قريه، فكذب الرسول و أخبر المعير بطلب المستعير إلى أخرى، فخرج بها المستعير الى ما ذكره الرسول فتلفت لم يضمن، لأن صاحبها أعارها اليه. و لو خرج بها الى ما قال المستعير لرسوله فتلفت ضمن، و لا شيء على الرسول و إنما يبرأ الضامن إذا رد على المالك أو وكيله لا الى الحرز، و لو تجاوز المسافه المشترطه لم يبرأ بالرد إليها.

و توهم أن المراد ما يقتضيه ظاهر العبارة-من اختصاص الضمان بالغاصب في الاولى و بالمستعير في الثانيه-فاسد بما قلناه.

و وجه القرب: أنه مع عدم كون العاريه مضمونه دخل على أنها أمانه، و المغرور يرجع على من غره، و مع كونها مضمونه دخل على الضمان، و قد استقرّ التلف في يده، فيستقر الضمان عليه، و هو الأصح.

و يحتمل ضعيفا العدم لغروره، و ليس بشيء، لأن غروره في كونها غير مغصوبه، و الضمان غير ناشئ عن الغصب، بل عن كونها مضمونه، و هو ظاهر.

قوله: (و لو أمر رسوله بالاستعاره إلى قريه، فكذب الرسول و أخبر المعير بطلب المستعير إلى أخرى، فخرج بها المستعير إلى ما ذكره الرسول فتلفت لم يضمن. لأن صاحبها أعارها إليه، و لو خرج بها إلى ما قال المستعير لرسوله فتلفت ضمن و لا شيء على الرسول).

أما الحكم الأول فوجهه ما ذكره المصنف: من أن العاريه وقعت إلى ذلك الموضع، و يرد عليه: أن خروجه إلى القريه الأخرى مع عدم علمه باذن

الثالث: التسلط على الانتفاع: و يتقدّر بقدر التسليط، و ينتفع بما جرت العاده به، فلو أعاره الداباه لحمل معيّن لم تجز له الزيادة و يجوز النقصان، و لو أطلق فله حمل المعتاد على مثلها.

المعير إليها يكون تصرفاً ممنوعاً منه شرعاً، فحقّه أن يضمن على مقتضى ما ذكره في عاريه الصيد للمحرّم، و ثبوت الإثم عليه لإقدامه بزعمه على فعل المحرّم لا ريب فيه.

و أما الحكم الثانی فإنه مستقيم إذا أخبر الرسول المرسل بالحال الواقع أو سكت، أما إذا أخبره بالعاريه إلى ما طلب المستعير، فإن قرار الضمان على الرسول على أظهر الوجهين لكونه غاراً، وإطلاق العبارة لا يخلو من شيء.

قوله: (الثالث: التسلط على الانتفاع، و يتقدّر بقدر التسليط، و ينتفع بما جرت العاده به).

أما تقدّر الانتفاع بقدر التسليط فواضح، إذ لا يجوز التصرف في مال الغير إلا بمقتضى الإذن، فإن عمم له وجوه الانتفاع - كأن إعاره الأرض لينتفع بها في الزرع و الغرس و البناء و غير ذلك - كان له الانتفاع بسائر وجوه النفع المعده تلك العين لها، و إن خصّص لم يجز التخطى قطعاً، و إن أطلق صح على أقرب الوجهين.

إلا أن كلام المصنف في التذكرة اختلف، ففي أول كلامه أجراه مجرى التعميم، فجوز جميع وجوه الانتفاع، و في آخر البحث مال إلى الانتفاع بما جرت به العاده الغالبه من الانتفاع بتلك العين، فلو أعاره الأرض كذلك كان له البناء و الغرس و الزرع، دون الرهن و الوقف و الدفن و الإجاره (١)، و هو مختاره في التحرير (٢).

١ - ١) التذكرة ٢: ٢١١. [١]

٢ - ٢) تحرير الأحكام ١: ٢٦٩. [٢]

و لو أذن فى زرع الحنطه تخطى الى المساوى و الأدون لا- الأضر، و لو نهاه حرم التخطى و عليه الأجره لو فعله. و الأقرب عدم إسقاط التفاوت مع النهى لا الإطلاق، إذا تقرر هذا فعبارته الكتاب لا تخلو من مناقشه، لأن الانتفاع بمجرى العاده لا يثبت فى كل موضع كما حققناه، بل مع الإطلاق خاصه، و المتبادر من العبارة الانتفاع بما جرت العاده مع تقدير التسليط، فلو قال: و ينتفع بما جرت العاده به لو أطلق لكان أولى.

قوله: (و لو أذن فى زرع الحنطه تخطى إلى المساوى و الأدون لا إلى الأضر).

الظاهر من كلامهم أن هذا الحكم إجماعى، و إلا فهو مشكل من حيث الدليل، لوجوب الاقتصار على المأذون، فعلى هذا لو كان أحد الشئيين أقل ضرراً من وجه و أشد من وجه آخر، فهل يجوز التخطى من أحدهما إلى الآخر؟ فيه تردد.

قوله: (و لو نهاه حرم التخطى و عليه الأجره لو فعله).

أى: فعل التخطى حيث نهاه عن زرع غير المعين، و وجوب أجره المثل لأن ذلك تصرف غير مأذون فيه.

قوله: (و الأقرب عدم إسقاط التفاوت مع النهى لا الإطلاق).

أى: الأقرب عدم إسقاط التفاوت بين الأجرتين للمأذون فى زرعه و للمتخطى إليه (إذا كان المتخطى إليه) (1) أضرّ و قد نهاه عن التخطى.

و المراد ب(التفاوت) هو مقدار أجره المأذون فيه.

و الأقرب أنه ليس الحكم كذلك مع الإطلاق، و المراد به: الأذن فى

ص: ٨٧

١- ١) ما بين القوسين لم يرد فى «م».

زرع معين مع عدم النهى عن التخطى، فالمراد بالإطلاق ما قابل النهى.

و وجه القرب فى الأول: أنه تصرف فى ملك الغير بغير إذنه، فىضمن المنفعة المستوفاه بتمامها.

و يحتمل ضعيفا: ضمان ما زاد على أجره المأذون فيه فقط، لأنه قد أباحه المنفعة المخصوصه، فلا يجب لها عوض، بخلاف المنفعة الزائده، فإنها التى لم يؤذن فيها.

و ضعف هذا ظاهر، لأنه إنما أذن فى المنفعة فى مخصوص لا مطلقا، فإذا جاوزه كان انتفاعه كله عدوانا، فىضمن الجميع، و هو الأصح.

و وجه القرب فى الثانى: أنه مع عدم النهى عن التخطى، استفاد بالإذن فى الزرع المخصوص استباحه المنفعة المخصوصه فى ضمن أى فرد كان، فحيث تخطى إلى الأضر، كان مقدار منفعه المأذون فيه مباحا له خاصه، فىضمن الزائد فقط.

و يحتمل: ضمان الجميع هنا أيضا، للمنع من إباحه المنفعة المخصوصه حيثئذ فى ضمن أى فرد كان، بل فى ضمن المساوى و الأقل ضررا خاصه دون الأكثر، فالتصرف فى الأرض بزراع الأكثر ضررا غير مأذون فيه، فتكون المنفعة المستوفاه به مضمونه.

و الفرق بين الأكثر ضررا مع الإطلاق، و مع النهى عن التخطى للنوع المخصوص غير واضح، لأن المزرورع فى كل من الحالتين غير مأذون فيه، غايه ما فى الباب أنه فى إحداهما نص على المنع، و فى الأخرى المنع مستصحب بالأصل، و لا تجد تفرقه بين من منع من التصرف فى ملكه، و بين من لم يأذن و لم يمنع، فى وجوب الضمان على المتصرف فيه، و فى وجوب الجميع عندى قوه.

بخلاف حمل الأكثر. وليس للمستعير أن يعير ولا أن يؤجر.

و لو أعار للغراس لم يكن له البناء و بالعكس -و له الزرع.

و لا يجب فى العاربه التعرض لجهه الانتفاع و إن تعددت، فلو استعار الدابه ركب أو حمل، و لو استعار أرضا فله البناء أو الغرس أو الزرع، و اعلم أن إطلاق التفاوت على مقدار اجره المأذون فيه غير ظاهر، فان التفاوت هو ما به الافتراق بين الشئيين، كما نبه عليه فى القاموس (١).

قوله: (بخلاف حمل الأكثر).

أى: الأقرب عدم إسقاط التفاوت مع النهى، بخلاف حمل الأكثر، و قوله: (لا الإطلاق) معترض، و تحقيقه: أنه لو أذن له فى حمل مقدار على الدابه، فحمل أزيد منه، ضمن أجره الزائد قولا واحدا، لأن المأذون فيه داخل فيما حملة، فلا تجب له أجره، بخلاف النوع المخالف، فإن المأذون فى زرعه غير داخل فيه.

قوله: (و لا يجب التعرض لجهه الانتفاع و إن تعددت).

خلافاً لبعض الشافعية فى المتعدده، فإنهم حكموا فيها بالبطلان (٢).

قوله: (و لو استعار الدابه ركب أو حمل، و لو استعار الأرض فله البناء أو الغرس أو الزرع).

هذا مع الإطلاق، فإنه يحمل على المنفعة المعتاده، أما مع التعميم فيجوز له كل منفعة أعدت العين لها، و مع التخصيص الحكم على ما سبق.

ص: ٨٩

١- ١) القاموس (قوت) ١: ١٥٤.

٢- ٢) الوجيز ١: ٢٠٤.

و كذا لو قال: انتفع كيف شئت، و لو استعار للزرع و أطلق زرع مهما شاء.

الرابع: التنازع

الرابع: التنازع: فلو ادعى العارِيه، و المالك الإجاره فى الابتداء صدّق المستعير، و لو انتفع جميع المده أو بعضها احتمل تصديقه بيمينه، لاتفاقهما على إباحه المنفعه، و الأصل براءه الذمه من الأجره و تصديق المالك بيمينه، لأن الأصل مملوك له فكذا المنفعه، فيحلف على نفى العارِيه و يثبت له الأقل من أجره المثل و المدعى. و لا يخفى أنه إنما يجوز أن تحمل الدابه المعده لذلك، أما المعده للركوب فقط فلا.

قوله: (و كذا لو قال: انتفع كيف شئت.).

هذا من صور الإطلاق أيضا.

قوله: (الرابع: التنازع، فلو ادعى العارِيه و المالك و الإجاره فى الابتداء صدّق المستعير).

احترز يكون ذلك فى الابتداء عما لو كان ذلك بعد مضى مده لها أجره، فإنه لا يصدق المستعير بيمينه حينئذ كما سيأتى، و إنما يصدق فى الابتداء بيمينه كما هو ظاهر، و وجه تصديقه: أصاله البراءه من تعلق الإجاره بدمته.

قوله: (و لو انتفع جميع المده أو بعضها، احتمل تصديقه بيمينه، لاتفاقهما على إباحه المنفعه، و الأصل براءه الذمه من الأجره و تصديق المالك بيمينه، لأن الأصل مملوك له فكذا المنفعه، فيحلف على نفى العارِيه، و يثبت له الأقل من الأجره و المدعى).

لو قال: و لو انتفع مده لها أجره لكان أحسن، إذا ليس هناك مده مقرره، ثم الأصل الذى ادّعاه فى توجيه الاحتمال الأول غير ظاهر، لأن الأصل براءه

و لو ادعى المالك الغصب صدق مع اليمين و ثبت له اجره الذمه من خصوص ما ادّعاها المالك لا مطلقا، فإنه قد علم استيفاؤه للمنفعة التي هي من توابع ملك المالك، و قد علم كونها مملوكة له، و الأصل عدم خروجها عن ملكه مجانا.

و اعلم أن سوق العبارة يقتضى الاكتفاء بيمين المالك على نفى العارية في ثبوت أقل الأمرين، و ليس بجيد، لأن نفى العارية لا يقتضى نفى الإجاره، و قد ادّعاها المالك، فكيف يتعين عليه أخذ أقل الأمرين؟ فلا بد من يمين المستعير على نفى الإجاره، فيتحالفان و يثبت أقل الأمرين من المدعى و اجره المثل، لانتفاء الزائد من المسمى بيمين المستعير إن كان المسمى أزيد. و إن كانت اجره المثل أزيد من المسمى، فالزائد منتف بإقرار المالك، و قد لحظ شيخنا الشهيد ذلك، فقال: ان التحالف قضيه كلام المصنف.

و الحاصل أن القول بالتحالف هو المعتمد، لأن كلاً منهما مدّع و مدعى عليه، و اختاره المصنف في المختلف (1)، و هو اللائح من كلام ابن إدريس (2).

و قال الشيخ تاره بتقديم قول المستعير، و تاره بالقرعه لأنه أمر مشكل (3)، و كل منهما ضعيف، فإنه مع وجود الدليل الدال على التحالف لا إشكال فيه.

قوله: (و لو ادعى المالك الغصب صدق مع اليمين).

لأن الأصل عدم إباحه المنفعه، و لا أصل في الطرف الآخر، لاستيفاء المنفعه المملوكة للغير الناقل من الأصل، و قال الشيخ: يقدم قول مدعى العارية لأصالة براءة ذمته (4)، و هو ضعيف

ص: ٩١

١- ١) المختلف: ٤٤٧.

٢- ٢) السرائر: ٢٦٢.

٣- ٣) الخلاف ٢: ٩٦ مسألة ٣ و ٤ كتاب العارية، المبسوط ٢٦٦، ٥٠: ٣.

٤- ٤) الخلاف ٢: ٩٧ مسألة ٥ كتاب العارية، المبسوط ٥٢: ٣.

المثل. و لو ادعى استئجار الذهب و سوغناه بعد التلف، و ادعى المالك الإعاره فإن اتفقت الأجره و قيمه أخذها المالك بغير يمين، و إن زادت قيمه أخذها باليمين، و قبل التلف للمالك الانتزاع باليمين ثم إن كانت الدابه باقيه ردها، و إن تلفت، فإن أوجبنا على الغاصب قيمته يوم التلف فلا بحث، و إن أوجبنا أعلى القيم تحالفا و وجب هنا قيمته يوم التلف، تبّه عليه في المختلف (١).

قوله: (و لو ادعى استئجار الذهب و سوغناه بعد التلف و ادعى المالك الإعاره، فإن اتفقت الأجره و قيمه أخذها المالك بغير يمين و إن زادت قيمه أخذها باليمين).

الظرف في قوله: (بعد التلف) يتعلق بقوله: (ادعى) و (سوغناه) معترض بينهما، و إنما ذكره لأن تسويغ استئجاره لم يسبق بيانه، و وجه الحكم ظاهر، لأنه مع اتفاق قيمه و الأجره لا- محصل للاختلاف، لأن ذلك القدر لازم على كل من التقديرين، أما مع زياده قيمه فإن المالك إذا حلف على نفي الإجاره انتفت، فتكون العين حينئذ مضمونه على القابض، فتجب قيمتها حيث تلفت.

قوله: (و قبل التلف للمالك الانتزاع باليمين).

أى: و لو ادعى ذلك قبل تلف العين انتزعها المالك إذا حلف على نفي الإجاره، و لا عوض للمنفعه المستوفاه- لإقراره بالعاريه- و إن وجب على مدعى الاستئجار أجره مده كون العين في يده بزعمه.

ص: ٩٢

و يصدق المستعير في ادعاء التلف لا الرد، و في القيمة مع التفريط أو التضمن على رأى، و في عدم التفريط.

فروع

اشاره

فروع:

أ: ولد العاربه المضمونه غير مضمون

أ: ولد العاربه المضمونه غير مضمون.

ب: مؤنه الرد على المستعير

ب: مؤنه الرد على قوله: (و يصدق المستعير في ادعاء التلف لا الرد).

أما التلف فلأنه لو لا ذلك لأمكن صدقه فيخلد حسبه، و أما الرد فلأنه إنما قبض لمصلحه نفسه و الأصل عدمه، بخلاف المستودع لأنه محسن و (ما عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ) (١) و من هذا يعلم أن الوكيل يجعل كالمستعير و تبرعا كالمستودع.

قوله: (و في القيمة مع التفريط أو التضمن على رأى) (٢).

لأنه لكونه غارما منكرا للزائد، فقال الشيخان (٣) و جماعه (٤) بتقديم قول المالك، لانتفاء أمانه المستعير حينئذ، و هو ضعيف، لأن تقديم قوله ليس لكونه أميناً، بل لكونه منكراً.

قوله: (ولد العاربه المضمونه غير مضمون).

للإذن في إثبات اليد عليه بفحوى عاربه الأم، و ليس داخلا في العاربه، فلا فرق بين كونه منفصلاً أو حملاً، و يجيء على قول الشيخ - أن الحمل جزء من الام - ضمانه أيضاً، لأنه جزء من مضمون، و جزء المضمون مضمون.

قوله: (مؤنه الرد على المستعير).

ص: ٩٣

١ - ١) التوبه: ٩.

٢ - ٢) ذهب اليه ابن إدريس في السرائر: ٢٦٢، و المحقق في الشرائع ١٧٥: ٢.

٣-٣) المفيد في المقنعه: ٩٧، و الطوسي في النهايه: ٤٣٨.

٤-٤) منهم ابن حمزه في الوسيله: ٣٢١، و سلاز في المراسم: ١٩٤.

ج: لو رد الى من جرت العاده بالقبض

ج: لو رد الى من جرت العاده بالقبض كالدابه إلى سائسها لم يبرأ.

د: لو أعار المستعير للمالك الرجوع بأجره المثل على من شاء

د: لو أعار المستعير للمالك الرجوع بأجره المثل على من شاء، و يستقر الضمان على الثانى مطلقا على اشكال، لأنه قبض لمصلحه نفسه، و يجب ردّ الملك على مالكة عند الطلب أو انقضاء المده، لكن قد يقال: هذا ينافى ما سبق من عدم وجوب طمّ الحفر لو قلع الغرس المالك، لأنه لم يرد الملك المستعار على المالك، إلا أن يقال المراد رديه على ما هو به، و على ما ذكره فقد استفاد أن للمالك إذا بذل الأرش إلزامه بالقلع، و ليس ببعيد.

لكن يشكل عليه ما لو استعار في بلد فسافر المالك إلى بلد آخر، فيمكن أن يقال: الواجب الرد في بلد العاربه، لأنه الذى لزمه وقت تسليمها.

قوله: (لو ردّ إلى من جرت العاده بالقبض، كالدابه إلى سائسها (١) لم يبرأ).

لو قال: إلى من جرت العاده بقبضه إلى آخره و نحوه لكان أولى، و خالف أبو حنيفه في ذلك، فحكم بأنه يبرأ بذلك (٢)، و ليس بشيء.

قوله: (لو أعار المستعير، فللمالك الرجوع على من شاء، و يستقر الضمان على الثانى مطلقا على إشكال).

أى: لو أعار المستعير العين، فالمنفعه مضمونه على كل واحد منهما لكونهما غاصبين، فللمالك الرجوع على من شاء منهما، لكن قرار الضمان على الثانى لاستقرار التلف في يده مطلقا، أى: سواء كان الثانى عالما بالحال

١- ١) في «ق»: سائسها.

٢- ٢) بدايه المجتهد ٣١٣: ٢.

هـ:- لو أذن المالك فى الإجاره أو الرهن لزمه الصبر الى انقضاء المده

هـ:- لو أذن المالك فى الإجاره أو الرهن لزمه الصبر الى انقضاء المده على اشكال، أو جاهلا على إشكال فى الجاهل، ينشأ: من أنه المتلف، و من أنه إنما دخل مع معيره على استيفاء المنفعه مجانا بغير عوض، فكان مغرورا فتضعف مباشرته، فيرجع على من غره، و هو الأصح.

قوله: (و كذا العين).

أى: و كذا ضمان العين لو تلفت على كل منهما، فيتخير المالك فى الرجوع، و قرار الضمان على الثانى مطلقا على إشكال فى الجاهل، ينشأ من نحو ما سبق، و الأصح أن الجاهل يرجع على من غره و هو الأول، فيكون قرار الضمان عليه، إلا أن تكون العاربه مضمونه بالأصل أو بالتضمنين، فان قرار الضمان على الثانى حينئذ، لأنه إنما دخل على ضمانها.

و الحال فى نقص (1) الأبعاض يعلم من هذا، فكل موضع تكون الأبعاض مضمونه على المستعير، فقرار الضمان فيها على الثانى و إن كان جاهلا، و كل موضع لا يكون نقص الأبعاض فيه مضمونا على المستعير، فقرار الضمان فيه على الأول مع جهل الثانى.

قوله: (لو أذن المالك فى الإجاره أو الرهن، لزمه الصبر إلى انقضاء المده على إشكال).

أى: لو أذن المالك للمستعير أن يؤجر العين المستعاره لنفسه، أو يرهنها على دين على المستعير، لزمه الصبر إلى انقضاء المده على إشكال، ينشأ:

من أن العاربه جائزه، و من أن المأذون فيه عقد لازم، فيفضى العاربه هنا إلى

ص: ٩٥

١ - ١) فى «م» و «ق»: بعض، و ما أثبتناه من مفتاح الكرامه ٨٧: ٦ [١] عن جامع المقاصد، و هو الأنسب.

فتقدر المده فى الإجاره، و يضمّن المستعير فى المضمونه دون المستأجر و المرتهن. اللزوم كالأجاره للدفن، و هو الأصح.

قوله: (فتقدر المده فى الإجاره).

لأن مده الإجاره تقبل الزيادة و النقصان، و الضرر بذلك يتفاوت تفاوتاً بينا فلا تصح الإجاره حينئذ بدونه، و قد سبق فى الرهن حكم العاربه.

قوله: (و يضمّن المستعير فى المضمونه).

لأنه مستعير فى جميع المده و لا يضمّن فى غير المضمونه لكونه حينئذ أميناً.

قوله: (دون المستأجر و المرتهن).

لأن يدهما يد أمانه

ص: ٩٤

المقصد الثالث: في اللقطه: وفيه فصول:

الأول: في اللقيط

الأول: في اللقيط: وفيه مطلبان:

الأول: الملقوط

الأول: الملقوط: إما إنسان، أو حيوان، أو غيرهما. ويسمى الأول: لقيطا و ملقوطا و منبوذا، و هو كل صبي ضائع لا كافل له و إن كان مميزا، قوله: (المقصد الثالث: في اللقطه، و فيه فصول: الأول في اللقيط، و فيه مطلبان: الأول الملقوط إما إنسان أو حيوان أو غيرهما، و يسمى الأول لقيطا و ملقوطا و منبوذا).

اللقيط بمعنى الملقوط، لأن فعلا هنا بمعنى المفعول كجريح و طريح، و إنما يسمى ملقوطا لأنه يلقط، و يسمى منبوذا لأن النبذ الرمي، فلكونه قد رمى سمي بذلك.

قوله: (و هو كل صبي ضائع لا كافل له و إن كان مميزا).

ال(كل) هذه هي الإفراديه، و كان عليه أن يدخل في التعريف المجنون، لأنه بجنونه عاجز عن دفع ضروراته، لأنه لا يهتدى إلى ذلك، و قد ادخله شيخنا الشهيد في عبارته الدروس (1).

و قوله بعد: (و لا- يلتقط البالغ العاقل) يفهم منه أن المجنون يلتقط، و يحتمل قوله: (لا- كافل له) على أن المراد به حاله الالتقاط، ليتنفى التدافع بينه و بين قوله: (فان كان له من يجبر على نفقته اجبر على أخذه).

و يجب أن يستثنى من المميز المراهق، لأنه كالبالغ في حفظ نفسه، فلا يجوز التقاطه.

فإن كان له من يجبر على نفقته اجبر على أخذه. و لو تعاقب الالتقاط أجبر الأول، و التقاطه واجب على الكفايه. و لا- يجب الإشهاد، و لا يلتقط البالغ العاقل. و لو ازدحم ملتقطان قدم السابق، قوله: (فإن كان له من يجبر على نفقته اجبر على أخذه).

أى: من أب و نحوه.

قوله: (و التقاطه واجب على الكفايه).

لوجوب حفظ نفسه عن التلف، و بدون ذلك هو معرض له، و لوجوب إطعام المضطر و إنقاذه من الغرق.

قوله: (و لا يجب الإشهاد).

أى: عندنا، خلافا لبعض العامه (1)، لأن الأصل البراءة، نعم يستحب، لأنه أصون و أحفظ و أقرب إلى حفظ نسبه و حرите، فإن اللقطه يشيع أمرها بالتعريف، و لا يتعري فى اللقيط قوله: (و لا يلتقط البالغ العاقل).

لأنه يمتنع بنفسه كالدابه الممتنعه، و لامتناع ثبوت الولاية عليه، و لو خيف عليه التلف فى مهلكه و جب إنقاذه، كما يجب إنقاذ الغريق و نحوه.

قوله: (و لو ازدحم ملتقطان قدم السابق).

الازدحام إن كان قبل أخذه، و قال كل واحد منهما: أنا آخذه و أحضنه، جعله الحاكم فى يد من يراه منهما أو من غيرهما، إذ لا حق لهما قبل الأخذ.

ص: ٩٨

فان تساويا ففي تقديم البلدى على القروى، و القروى على البدوى، و الموسر على المعسر، و ظاهر العدالة على المستور نظر، و إن كان بعد الأخذ، فإن استويا فى أخذه: بأن تناولا تناولا واحدا دفعه واحده و كانا أهلا للالتقاط معا، فكل منهما ملتقط، و سيأتى حكم ذلك ان شاء الله تعالى.

و إنما اعتبرنا أهليتهما للالتقاط، لأنه لو انتفت الأهليه عن أحدهما لكفره- و إن لم يكن اللقيط محكوما بإسلامه على تردد- أو فسقه و عداله الآخر فى وجه قوى، أو حريره و كون الآخر عبدا لم يأذن له مولاه، فالملتقط هو الآخر خاصه.

و إن تفاوتتا فى أخذه: بأن سبق أحدهما فأراد الآخر مزاحمته- هو المراد من العبارة- فإنه يمنع، لأن الملتقط هو السابق، و لا يثبت السبق بالوقوف على رأسه من غير أخذ، و به صرح فى التذكرة (١).

قوله: (فان تساويا، ففي تقديم البلدى على القروى، و القروى على البدوى، و الموسر على المعسر، و ظاهر العدالة على المستور نظر).

المراد ب(ظاهر العدالة) من عرفت عدالته و(المستور) مقابله، و منشأ النظر: من أن كل واحد لو انفرد لجاز التقاطه، و إلا فلا بحث فى التقديم، فإذا تساويا فى إثبات اليد كان لكل حق. و من أن الالتقاط لمصلحة الصبى، و البلدى أحفظ لنسبه و أقرب إلى وصول قريبه إليه.

ثم القروى و الموسر أقوم بمصالحة من المعسر، و معلوم العدالة أوثق، لإمكان فسق المستور، و هذا إذا لم نقل باشتراط العدالة فى الملتقط، أما على الاشتراط كما يراه المصنف فلا وجه للنظر فى هذا القسم حينئذ، و سيأتى أن

ص: ٩٩

فإن تساويا أقرع أو يشتركا في الحضانه. الأحوط اشتراط العدالة، فيكون الترجيح بهذا الاعتبار.

لا يقال: المستور لم يعلم فسقه و المانع هو الفسق، و لأن المستور يدعى العدالة و لم يعلم ما ينافيها.

لأننا نقول: شرط الالتقاط العدالة، و مع الجهل بها لم يتحقق الشرط فينتفى المشروط، و لأن الحاكم بأرجحيه أحدهما على الآخر أو تساويهما هو غيرهما لا محاله، و مع جهل الغير بعداله أحدهما كيف يحكم بالتساوى على القول باشتراط العدالة؟ نعم المستور إذا كان يعلم العدالة من نفسه و استقل بالالتقاط، يجوز ذلك فيما بينه و بين الله تعالى.

و أما الباقيون، فالأصح عدم ترجيح أحدهم على مقابله، لأن كلاً منهم أهل الالتقاط، و تأثير واحد من الأوصاف المذكوره في الترجيح غير معلوم، و الأصل عدمه.

قوله: (فان تساويا أقرع، أو شركا في الحضانه).

أى: فان تساوى الملتقطان و انتفى المرجح -إما باستوائهما في الصفات، أو على القول بأن شيئاً من الصفات السابقه لا يرجح به- فقد ثبت الحق لهما ظاهراً، باعتبار إثباتهما اليد على اللقيط بأخذه، فيحتمل التشريك بينهما في الحضانه جمعاً بين الحقين.

و يحتمل القرعه، لأن في إثبات الحضانه لهما -بحيث يجتمعان عليها- مشقه عليهما و على الطفل، لأن ذلك طريق إلى توزيع مصالحه، و في تناوبهما مع ذلك قطع الألفه، و هو الأصح، فيقرع بينهما، فمن خرج اسمه كان هو المستحق، و قد وقع في الكتاب العزيز ذكر القرعه في قوله تعالى:

و لو ترك أحدهما للآخر صح، سواء كانا موسرين أو أحدهما، حاضرين أو أحدهما، أو كان أحدهما كافرا مع كفر اللقيط، و ما كُنْتُ لَدَيْهِمْ إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَامَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ (١).

إذا تقرر هذا، فاعلم أن الظاهر أن المذكور في العبارة من القرعة أو التشريك احتمالا، و إليه يرشد كلام التذكرة (٢) و الشرائع (٣) و الدروس (٤)، و كأن الشارحين (٥) فهما أنه على طريق التخيير فلم يتعرضا إلى شرحه.

قوله: (و لو ترك أحدهما للآخر صح، سواء كانا موسرين أو أحدهما، حاضرين أو أحدهما، أو كان أحدهما كافرا مع كفر اللقيط).

أى: لو ترك أحد الملتقطين دفعه للآخر اللقيط صح مطلقا و إن تفاوتتا في اليسار و الإعسار و غيرهما مما ذكر، و في هذه العبارة مناقشه، لأنه قد تردد في ترجيح الموسر على المعسر، و الحاضر على غيره.

فعلى احتمال الترجيح كيف يسوغ ترك الموسر للمعسر، و الحاضر لغيره؟ نعم على احتمال التساوى قد يستقيم ذلك. هذا باعتبار نظم العبارة.

و كذا في إطلاق الحكم الذى ذكره نظر، فان ترك أحدهما للآخر يجوز قبل القرعة أو على القول بالتشريك، أما على الأول فلائذ الحق حينئذ لم يتعين لواحد، و أما على الثانى فلائذ ترك أحدهما أقرب إلى صلاح أحوال الطفل، أما بعد القرعة فلا يجوز، لتعين الحضانه على من خرج اسمه، و قد صرح بذلك المصنف فى التذكرة (٦).

ص: ١٠١

١-١ (١) آل عمران: ٤٤. [١]

٢-٢ (٢) التذكرة ٢٧١: ٢.

٣-٣ (٣) الشرائع ٢٨٧: ٣.

٤-٤ (٤) الدروس: ٢٩٧.

٥-٥ (٥) إيضاح الفوائد ١٣٦: ٢.

٦-٦ (٦) التذكرة ٢٧١: ٢. [٢]

و لا يحكم لأحدهما بوصف العلائم. و لو تداعيا بنوته و لا بينه أقرع، و لا ترجيح بالالتقاط إذ اليد لا تؤثر فى النسب، و كذا لو أقاما بينه، و يحكم للمختص بها.

و اعلم أن قوله: (أو كان أحدهما كافرا مع كفر اللقيط) يقتضى أن المسلم لا يرجح على الكافر إذا استويا فى الالتقاط و كان اللقيط محكوما بكفره، و فيه، نظر، لأن كل مولود يولد على الفطره، و لتربيته المسلم أثر بين فى صيرورته مسلما، فلا يبعد ترجيحه.

قوله: (و لا يحكم لأحدهما بوصف العلائم).

أى: لا- يحكم لأحد المتنازعين فى الالتقاط بوصف علائم الصبى، مثل الخال فى رأسه و نحو ذلك، لأنه لا أثر لذلك فى إثبات الولايه و نفيها، كما لا أثر له فى إثبات النسب و نفيه لو تنازع اثنان بنوته و وصف أحدهما العلائم، خلافا لأبى حنيفه فى النسب [\(١\)](#).

قوله: (و لو تداعيا بنوته و لا بينه أقرع).

لو قال: و لو تداعيا اثنان بنوته لكان أولى، لأنه حينئذ لا يكون الحكم مقصورا على الملتقطين.

قوله: (و لا ترجيح بالالتقاط، إذ اليد لا تؤثر فى النسب).

على أصح الوجهين، و استشكل الحكم فى كتاب القضاء.

قوله: (و كذا لو أقاما بينه).

أى: و كذا يقرع لو أقاما بينه، أى: لو أقام كل منهما بينه بنوته و تعارضتا، فإنه لا بد من القرعه عندنا.

ص: ١٠٢

و فى ترجيح دعوى المسلم أو الحر على دعوى الكافر أو العبد نظر. و لو انفردت دعوى البنوه حكم بها من غير بينه، حرا كان المدعى للبنوه أو عبدا، مسلما أو كافرا، و لا يحكم برقه و لا كفره إذا وجد فى دارنا إلا مع بينه البنوه. قوله: (و فى ترجيح دعوى المسلم أو الحر على الكافر أو العبد نظر).

ينشأ: من عموم الأدله الداله على جواز ادعاء النسب لكل منهم، و من قوه جانب المسلم و الحر، إذ الأصل فى اللقيط الإسلام و الحرية، و الظاهر عدم الترجيح، سواء كان الالتقاط فى دار الإسلام أو فى دار الكفر.

قوله: (و لا يحكم برقه و لا كفره إذا وجد فى دارنا، إلا مع بينه البنوه).

إذا شهدت البينه بنوته لكافر فوجهان، أحدهم: الثبوت، لأن تبعيه الدار ضعيفه. و الثانى: العدم، لأن بنوته للكافر لا- تنافى إسلامه، لإمكان إسلام أمه أو جدّه على القول بتبعيته.

و فى هذا الحكم عندى تفصيل: فإن القائل بذلك (1) إن أراد أنه إذا علمت أمومه الكافر له بالبينه أيضا، و كذا علم كفر أجداده كذلك يكون كافرا -لضعف الإسلام بتبعيه الدار- فهو صحيح لا مريه فيه، و إن كان مراده ثبوت كفره و إن لم يثبت ذلك فليس بجيد، لأن إسلامه الثابت بتبعيه الدار لا ينافيه كفر أبيه، فلا ينتفى ما ثبت بمجرد الاحتمال.

و كذا القول فى الرقيه إذا ادّعا رقيق و أقام بذلك بينه، أما لو لم يقم بواحد من الأمرين بينه فهو على إسلامه و حرّيته و إن أثبتنا النسب على الأصح

ص: ١٠٣

١- ١) أى: ثبوت كفره مع البينه.

و الأقرب افتقار الأم إلى البينه أو التصديق بعد بلوغه. و لو كان اللقيط مملوكا و جب إيصاله إلى مالكة، فإن أبق أو ضاع من غير تفريط فلا ضمان، و يصدّق في عدم التفريط مع اليمين، و يبيعه في النفقة بالإذن مع تعذر استيفائها، القولين، لأن الإلحاق بمجرد قول الأب لا يجب قبوله في حق الولد فيما يكون ضررا له.

قوله: (و الأقرب افتقار الأم إلى البينه أو التصديق بعد بلوغه).

وجه القرب: عموم البينه على المدعى (١)، خرج من ذلك الأب بالإجماع، فيبقى ما عداه على الأصل، و قال الشيخ: تقبل دعوها كالأب (٢)، و هو ضعيف.

قوله: (و يبيعه في النفقة بالإذن مع تعذر استيفائها).

إذا أنفق الملتقط على اللقيط بالإذن المعتبر شرعا، و هو ما به يخرج عن التبرع، و تعذر استيفائها- إما لعدم الوصول إلى المالك و عدم الظفر بماله، أو لكون المالك لا مال له سوى العبد- فإن الملتقط أن يبيعه في النفقة، لكن بالإذن من المالك مع إمكانه، فإن تعذر أو لم يأذن فيأذن الحاكم، و لو تعذر فهو كالدين الذي امتنع من هو عليه من أدائه.

فقول المصنف: (بالإذن) قد ينازعه كل من قوله: (بيعه) و قوله:

(في النفقة) و لو حملت العبارة على أن المراد: أن الملتقط يبيع العبد للإنفاق عليه إذا تعذر تحصيل ما ينفق عليه منه، لوجب أن ينزل على بيعه شيئا فشيئا إلى أن يستوعبه.

ص: ١٠٤

١- ١) الكافي ٧: ٤١٥ حديث ١، ٢، [١] التهذيب ٦: ٢٢٩ حديث ٥٥٣، ٥٥٤، سنن البيهقي ١٠: ٢٥٢.

٢- ٢) المبسوط ٣: ٣٥٠.

فإن اعترف المولى بعقته فالوجه القبول، فيرجع الملتقط عليه بما أنفق إن كان العتق بعده قبل البيع. لكن على هذا التقدير لا يمكن بيعه كله للإنفاق عليه، إذ الجزء الأخير يمتنع ببيعته للإنفاق عليه من ثمنه، لأنه حينئذ مال شخص آخر، فكيف ينفق عليه من مال الأول؟ فإن نزل على أداء النفقه الواقعه بالإذن، رجع إلى ما قلناه.

قوله: (فإن اعترف المولى بعقته فالوجه القبول).

أى: فإن اعترف المولى بعقته العبد اللقيط، وقد حصل الإنفاق عليه واستحق الملتقط ببيعته فى النفقه بشرائطه، فالوجه القبول، لأن إقرار العقلاء على أنفسهم جائز.

و يحتمل عدمه لتعلق حق الغير به، وفيه ضعف، لأن حق الغير لم يتعلق به بل بذمه مولاه، واستحقاق ببيعته إنما هو على تقدير رقيته، كما تباع سائر أموال المديون لاستيفاء ما عليه، ولا حرج عليه فى الإقرار كما هو ظاهر و عليه الفتوى، ولا يخفى أن هذا دليل على أن المراد ببيعته بعد الإنفاق، فينتفى الاحتمال السابق المذكور ثانياً.

قوله: (فيرجع الملتقط عليه بما أنفق إن كان العتق بعده قبل البيع).

أى: إذا كان الوجه قبول إقرار المولى بعقته، فيرجع الملتقط المنفق بالإذن على المولى بما أنفق، إن كان العتق بعد الإنفاق وقبل البيع، لأنه إن كان العتق قبل الإنفاق كان الإنفاق على حر، فالرجوع عليه، وإن كان العتق بعد البيع فلا أثر له، لصيرورته ملكاً لثالث.

و لا يخفى أن هذا القيد الأخير مستدرك، لأن العتق بعد البيع لا يتصور ولا يعد عتقاً، ولو قال بدل العتق: إن كان الاعتبار بعد الإنفاق قبل البيع، لكان أولى و أوجه، لأنه على التقدير الأول لا يعلم من العبارة وقت قبول

و لو كان بالغاً أو مراهقاً فالأقرب المنع من أخذه: لأنه كإضالته الممتنع، وإن كان صغيراً كان له التملك بعد التعريف. و ولايه الالتقاط لكل حر بالغ عاقل مسلم عدل، فلا يصح التقاط العبد، فإن أذن المولى صح و انتقل الحكم إليه، و لا المكاتب، الاعتراف و عدم قبوله.

و توضيحه حينئذ: إن احتمال عدم القبول إنما يجيء على تقدير كون الاعتراف بعد الإنفاق، أما قبله فيقبل قطعاً، و كذا يشترط كونه قبل البيع، إذ هو بعده إقرار في حق الغير، فلا يقبل بدون البينة و إن أسنده إلى ما قبل البيع.

و لو أقر بعد الإنفاق: إنى كنت قد أعتقه قبل الإنفاق، فالظاهر عدم القبول، لاستلزامه إسقاط النفقة التى قد ثبت تعلقها بدمته و إثباتها فى ذمه اللقيط، فلا بد من تصديق كل من الملتقط و اللقيط، أو البينة.

قوله: (و لو كان بالغاً أو مراهقاً، فالأقرب المنع من أخذه، لأنه كإضالته الممتنع).

و يحتمل الجواز، لأنه مال ضائع، و الحق أنه إن كان مخوف التلف أخذ، و الفرق بينه و بين الحر ظاهر، فإن المملوك لكونه مالا مظنه الطمع.

قوله: (و إن كان صغيراً، كان له التملك بعد التعريف).

سواء كان ذكراً أو أنثى، لأنه مال ضائع قد التقطه شرعاً، و كل ما كان كذلك جاز تملكه بعد تعريفه، و التعريف الواجب هو ما سيأتى فى الأموال ان شاء الله تعالى.

قوله: (و ولايه الالتقاط لكل حر بالغ عاقل مسلم عدل، فلا يصح التقاط العبد-فإن أذن المولى صح و انتقل الحكم إليه-و لا المكاتب).

لا ريب أن العبد لكونه لا يقدر على شىء لا عبره بالتقاطه، فإن منافعه

و لا حكم لالتقاط الصبى و لا المجنون بل ينتزع من يديهما. لسيدة، فان أذن له فى الالتقاط أو علم به فأقره فى يده، جاز و كان السيد فى الحقيقة هو الملتقط و العبد نائبه، و إذا أذن له السيد فالتقط لم يكن له الرجوع فى ذلك.

و لو لم يوجد سوى العبد و خيف على الطفل التلف بالإبقاء، و جب على العبد التقاطه و إن لم يأذن المولى، كذا قال فى الدروس (١) و التحرير (٢).

و عندى فى كون هذا لقطه حقيقه نظر، لانتفاء الأهليه، و إنما هو إنقاذ للغير من الهلاك، فإن رضى المولى بفعل العبد فهو لقطه من الآن، و إلا فهو منبوذ يجب التقاطه على الكفايه.

و المكاتب و إن تحرر بعضه، و المدبّر و أم الولد، و سائر من تحرر بعضه فى ذلك كالقن، لأنه ليس لواحد منهم التبرع بماله و لا بمنافعه إلا بإذن السيد، كذا قال فى التذكرة (٣).

و لا- يخفى أن من تحرر بعضه له التبرع بمقدار ما فيه من الحرية، نعم ليس له الحضانه، لأنه يلزم منه التصرف بحق المولى، و لو هياه مولاه بقدر زمان الحضانه فكذلك، لإمكان رجوعه عن المهاياه، فيضيع حال الطفل.

قوله: (و لا- حكم لالتقاط الصبى و لا المجنون، بل ينتزع من يديهما) يفهم من عبارته التذكرة أن الذى ينتزع اللقيط الحاكم، فإنه قال: و لو كان الجنون يعتوره أدوارا أخذه الحاكم من عنده، كما يأخذه لو التقطه المجنون المطبق أو الصبى (٤).

ص: ١٠٧

١-١) الدروس: ٢٩٨.

٢-٢) التحرير ١٢٣: ٢. [١]

٣-٣) التذكرة ٢٥٥: ٢. [٢]

٤-٤) التذكرة ٢٧٠: ٢. [٣]

و لا يصح التقاط الكافر للمسلم و يصح لمثله، و لا الفاسق، لأن الحضانه استئمان فلا تليق به. و هل يكون لالتقاط أحدهما اعتبار أولويه بحيث يستحق التملك بعد التعريف سنه كسائر الأموال (١).

قوله: (و لا يصح التقاط الكافر للمسلم و يصح لمثله).

أما الأول فلأنه يمتنع ثبوت سبيل الكافر على المسلم، و لأنه لا يؤمن من أن يفتنه عن دينه، فان التقطه لم يقرّ في يده.

و أما الثانى فلقوله تعالى وَ الَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ (٢) فيكون هذا مستثنى من اشتراط العدالة عند المصنف.

قوله: (و لا الفاسق، لأن الحضانه استئمان فلا تليق به).

و لأنه لا- يؤمن من أن يسترقه و يأخذه ماله، و جوز صاحب الشرائع التقاطه و منع من انتزاعه منه (٣) للأصل، و المسلم محل الأمانه، على أن هذا ليس استئمانا حقيقيا، و لا انتفاضه بالكافر فى التقاطه الكافر، و لا ريب أن اشتراط العدالة أحوط. نعم لو كان له مال فالاشتراط قوى، لأن الخيانه فى المال لشده لصوق المطامع به أمر راجح الوقوع.

أما من ظاهر حاله الأمانه و لم يختبر حاله فإنه لا ينتزع من يده، لأن ظاهر المسلم العدالة و لم يوجد ما ينافى هذا الظاهر.

قال فى التذكرة: لكن يوكل الامام من يراقبه من حيث لا يدري لئلا

ص: ١٠٨

١- ١) كذا فى «م» و «ق» و الحجرى.

٢- ٢) الأنفال: ٨٣. [١]

٣- ٣) الشرائع ٢٨٤: ٣. [٢]

و الأقرب ثبوت الولاية للمبذّر، و البدوي، و منشئ السفر. يتأذى، فإذا حصلت للحاكم الثقة به صار كمعلوم العدالة (١)، فإن أراد وجوب ذلك أشكال تمكينه منه.

قال: و قيل ذلك لو أراد السفر به منع و انتزع منه، لأنه لا يؤمن أن يسترقه (٢). و هذا يمكن أن يكون بناء على اشتراط العدالة، و يحتمل أنا لو لم نقل بالاشتراط لوجب القول بها هنا، لشده الحاجه حينئذ.

قوله: (و الأقرب ثبوت الولاية للمبذّر و البدويّ و منشئ السفر).

وجه القرب: أنه لا مانع إلا التبذير و عدم الاستيطان و السفر، و ليس واحد من هذه صالحا للمانع.

أما التبذير فإنه مانع من التصرف في المال، و الحضانه قد لا تستلزم التصرف فيه، و كونه موليا عليه إنما هو باعتبار ذلك لا مطلقا، و كذا عدم الاستيطان لا ينافي الحضانه، كما لا ينافيها السفر.

و يحتمل المنع، أما في المبذّر: فلأن الشرع أسقط ولايته و أثبت عليه الولاية لغيره، و جوابه: أنه أسقط ولايته بالنسبه إلى المال خاصه لا بالنسبه إلى الحضانه، و الالتقاط يقتضى الحضانه فقط.

و يشكل: بأن الحضانه تستدعى الإنفاق، و هو ممتنع من المبذّر، و جعل الولاية فيه لآخر يستدعى الضرر على الطفل بتوزيع أموره، و أيضا فإن الولاية عليه أمر واحد فلا تتجزأ، فتثبت مطلقا أو تنتفى مطلقا، و لا يخلو هذا من قوه، و هو مختار المصنف في التذكرة (٣) و شيخنا في الدروس (٤).

و أما البدويّ: فلأن التقاطه يؤدي إلى ضياع نسبه، و هو قول الشيخ في

ص: ١٠٩

١-١) التذكرة ٢: ٢٧١. [١]

٢-٢) التذكرة ٢: ٢٧١. [٢]

٣-٣) التذكرة ٢: ٢٧١. [٣]

٤-٤) الدروس: ٢٩٨.

و يجب على الملتقط الحضانه، فإن عجز سلمه الى القاضى. و هل له ذلك مع التبرم و القدره؟ نظر ينشأ: من شروعه فى فرض كفايه المبسوط (١)، و يضعف: بعدم علم مانعيته و عدم انضباط الأحوال، فربما كان ذلك سبب ظهور نسبه، و الأصح الجواز.

و منه يظهر وجه احتمال المنع فى منشى السفر، و المعتمد الجواز فيه أيضا، و المراد بمنشىء السفر: من ابتدأ به أو قرب منه جدا، بحيث صار بمنزله المسافر.

قوله: (و يجب على الملتقط الحضانه).

المراد بوجوب ذلك عليه: وجوب صدوره عنه، و لو بالاستعانه بالغير بحيث يقوم عليه، و لا- يجب عليه التبرع بما يستدعى من ذلك أجره عاده، كالارضاع و غسل ثيابه و بذلك ما يحتاج إليه الإنفاق عليه من المال، و بهذا ينحل كلامه هنا و فى التذكرة، فإنه قال فيها: الواجب على الملتقط حفظه و تربيته دون نفقته و حضانتة (٢). قال فى الدروس: يجب حضانتة بالمعروف، و هو القيام بتعهده على وجه المصلحه، بنفسه أو زوجته أو غيرها (٣).

قوله: (فان عجز سلمه إلى القاضى).

لأنه ولى من لا ولى له و لا يُكَلَّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا (٤).

قوله: (و هل له ذلك مع التبرم و القدره؟ إشكال، ينشأ: من شروعه فى فرض كفايه فلزمه).

ص: ١١٠

١- ١) المبسوط ٣: ٣٤١.

٢- ٢) التذكرة ٢: ٢٧١. [١]

٣- ٣) الدروس: ٢٩٨.

٤- ٤) البقره ٢: ٢٨٦. [٢]

فلزمه و الأقرب أن له السفر به و الاستيطان به في غير بلد الالتقاط، فلا يجب انتزاعه منه حينئذ. و نفقته في ماله و هو ما وقف على اللقطاء، أو وهب منهم، أو اوصى لهم و يقبله لقوله تعالى وَ لَا تُبْطِلُوا أَعْمَالَكُمْ (١) و لأنه استحق الولاية بالأخذ، و لهذا يقدم به على غيره، فيجب عليه القيام بمقتضاها. و يحتمل جواز دفعه إلى القاضى، لأنه ولي الضائع و يضعف: بأنه ولي عام، فولايته على من لا ولي له، و الملتقط ولى خاص.

و في التذكرة بنى الحكم في ذلك على أن الشروع في فروض الكفايات هل يوجب إتمامها و تعيينها على الشارع أم لا؟ و اختار جواز التسليم إليه (٢)، و الأصح العدم.

قوله: (و الأقرب أن له السفر به و الاستيطان به في غير بلد الالتقاط).

وجه القرب: أنه ولى، فيجوز له ما يجوز لغيره من الأولياء، و لأن الأصل عدم الحجر عليه في ذلك، و لأن المنع ربما يؤدي إلى ضرر الطفل.

و يحتمل المنع، لأن ذلك يقضى إلى ضياع نسبه، فإنه إنما يطلب في موضع الالتقاط.

و يضعف: بأنه ربما كان السفر به محصلاً لنسبه، و الأصح أنه إذا كان الملتقط عدلاً ظاهراً و باطناً جاز له السفر به، و لو كان عدلاً ظاهراً خاصه لم يجز، لأنه لا يؤمن أن يسترقه، و هو خيره المبسوط (٣).

قوله: (و نفقته في ماله، و هو ما وقف على اللقطاء، أو وهب منهم، أو اوصى لهم، و يقبله القاضى).

ص: ١١١

١- ١) محمد (صلى الله عليه و آله): ٤٧.

٢- ٢) التذكرة ٢٧١: ٢. [١]

٣- ٣) المبسوط ٣٤٥: ٣.

القاضي، أو ما يده عليه عند الالتقاط كالمفوف عليه، والمشدود في ثوبه، و الموضوع تحته، و الدابه لا ريب أنه لا يجب على الملتقط النفقه على اللقيط من مال نفسه، بل ينفق عليه من مال اللقيط، و ماله أنواع: منها ما وقف على اللقطاء، أي:

على هذا الصنف، كالموقوف على الفقراء و نحو ذلك، و هو ظاهر. و منها الموهوب منهم، أي: من اللقطاء. و يقبل الهبه لهم الحاكم كما يقبل الوقف، إن قلنا باشتراط القبول في مثل ذلك، فعلى هذا تصح الهبه للصنف كما يصح الوقف عليهم، و نقله المصنف في التذكرة عن بعض الشافعيه، و ذكر أنه قد اعترض عليه: بأن الهبه لا تصح على غير معين - ثم قال في جوابه - و قال آخرون: يجوز أن ينزل الجبهه العامه منزله المسجد، حتى يجوز تملكها، كما يجوز الوقف عليها، و حينئذ يقبله القاضي، و ليس بشيء (1).
هذا كلامه، و ما ذكره حق.

فكلامه هنا إن أراد به جواز الهبه للجبهه فليس بجيد، و مختار التذكرة هو المعتمد و إن أراد به الهبه لمعينين من اللقطاء و من جملتهم لقيط مخصوص، فلا شبهه في الحكم، لكن المتبادر من العبارة غير هذا.

و لا- يخفى أن الوصيه كالوقف و قول المصنف: (و يقبله القاضي) يعود إلى كل من الهبه و الوصيه، و كذا الوقف على القول باشتراط القبول في هذا النوع منه.

و اعلم: أنه لا- ينفق عليه من ماله إلا- بعد استئذان الحاكم، لأنه لا- ولاية له على ماله، و إنما له الحضانه، فإن استقل بالإنفاق منه ضمن، و سيأتي التصريح بذلك في كلام المصنف.

قوله: (أو ما يده عليه عند الالتقاط، كالمفوف عليه، و المشدود على ثوبه، و الموضوع تحته، و الدابه تحته).

ص: ١١٢

تحتة، و الخيمه و الفسطاط الموجود فيهما، و الدار التي لا- مالك لها، و ما في هذه الثلاثه من الأقمشه. و لا يحكم له بما يوجد قريبا منه، أو بين يديه، أو على دكه هو عليها، و لا بالكنز فان اليد في كل واحد من هذه حقيقه، و هي داله على الملك، و مثله ما لو غطى به كاللحاف، و الظاهر أن قوله: (عنه الالتقاط) مستدرک، بل مضر، فان ما كانت يده عليه قبل الالتقاط ثم زالت بعارض- كطائر أفلت من يده و متاع سقط- محكوم بكونه له.

قوله: (و الخيمه و الفسطاط الموجود فيهما).

بجر الصفه، أعنى: (الموجود) لأنها صفه ل(الخيمه) و(الفسطاط) بالسببيه، و(الفسطاط): بيت من شعر، و لا ريب أن اليد في كل شىء بحسب حال ذلك الشىء، و الخيمه و الفسطاط بيتان، فالكون تحتها وضع لليد عليهما.

قوله: (التي لا مالك لها).

هى صفه لكل من (الدار) و(الخيمه) و(الفسطاط) و يحتمل عوده إلى جميع ما ذكر، من قوله: (كالملفوف). لأن ما علم أن له مالكا غيره لا عبره بيده عليه.

قوله: (و ما في هذه الثلاثه من الأقمشه).

تخصيص الثلاثه بالذكر، يشعر بأن التي لا- مالك لها صفه للجميع لا للثلاثه، و إلا لكان ذكر الثلاثه مستدركا، و وجهه: أنه إذا كانت يده على البيت فيده على ما فيه، فيكون له.

قوله: (و لا بالكنز تحتة).

تحتة و إن كان معه رقعه أنه له على إشكال، فإن لم يكن له مال استعان الملتقط بالسلطان، فإن تعذر استعان بالمسلمين، إذ لا يد لمن جلس على أرض مباحه مدفون فيها كنز بالنسبه إلى الكنز قطعاً، أما لو كان الكنز في بيت مملوك له باعتبار كون يده عليه، فإن يده عليه، فيكون مملوكاً له.

قوله: (و إن كان معه رقعه أنه له على إشكال).

أى: لا يحكم له بشيء من المذكورات و إن كان معه رقعه مكتوب فيها:

أن ذلك الشيء له، على إشكال، ينشأ من انتفاء اليد و أسباب الملك و إمكان تزوير الخط و انتفاء حجته، و من أنه أماره.

و الأصح أنه إن أثمرت الكتابه ظناً قويا- كالصك الذى تشهد القرائن بصحته، خصوصا إن عرف فيه خط من يوثق به- عمل بها، فإنا نجوز العمل فى الأمور الدينيه بخط الفقيه إذا أمن تزويره، و إنما يثمر الظن القوى.

هذا إذا لم يكن معارض من يد اخرى، و لا دعوى مدعو، و لا قرينه اخرى تشهد بخلاف ذلك، و إلا فلا.

و لا- يخفى أنه إذا تحقق ما شرطناه، لا يشترط فى الحكم كون الرقعه معه، بل لو كانت فى المتاع أو كان مكتوبا عليه لا تفاوت، و إن كانت عباره الكتاب قاصره.

قوله: (فإن لم يكن له مال استعان الملتقط بالسلطان).

وجوبا إن لم يتبرع هو و لم يجد من يتبرع، و إلا جاز له الاقتصار على الإنفاق من ذلك المتبرع به.

قوله: (فإن تعذر استعان بالمسلمين).

أى: فإن تعذر ذلك- و هو الاستعانه بالسلطان، إما لعدم إمكان الوصول

و يجب عليهم بذل النفقه على الكفايه، فإن تعذر أنفق الملتقط، فإن نوى الرجوع رجع و إلا فلا. إليه، أو لكونه لا مال عنده، أو لأن ما عنده يجب صرفه فيما هو أضر من ذلك- و جب عليه الاستعانه بالمسلمين، إن كان لا يتبرع و لا يجد متبرعا كما سبق.

قوله: (و يجب عليهم بذل النفقه على الكفايه).

إما تبرعا أو قرضا، كما صرح به في التذكرة (١)، و هو ظاهر، فإن الواجب على الكفايه رفع حاجه المحتاج لا التبرع.

فان قيل: لما كان الملتقط من جمله من يتعلق به هذا الواجب الكفائي، لم يحتج إلى ترتب الوجوب على المسلمين أولا، و مع التعذر فيجب عليه، بل لا يصح ذلك، لتعلق الوجوب به بعد تعذر الاستعانه بالسلطان.

قلنا: لا كلام في تعلق الوجوب به في الجملة مع المسلمين، لكن لما لم يجب عليه التبرع كما لا يجب على المسلمين، و قد يرجى وجود متبرع أو متصدق، لم يجز له الإنفاق على قصد الرجوع قبل اليأس من المتبرع.

قوله: (فان تعذر أنفق الملتقط).

ينبغي أن يراد: أنه إذا تعذرت إعانه المسلمين تبرعا، لأنهم إذا بذلوا النفقه قرضا، لم يكن بينهم و بين الملتقط فرق بالنسبه إلى مصلحه اللقيط، فلا وجه لتوقف إنفاقه قرضا.

قوله: (فان نوى الرجوع رجع، و إلا فلا).

خلاف لابن إدريس، فإنه قال: لا يرجع مع نيه الرجوع لتبرعه (٢)، و هو ضعيف، فإنه مأذون في ذلك شرعا.

ص: ١١٥

١- (١) التذكرة ٢: ٢٧٣.

٢- (٢) السرائر: ١٨٠.

و لو ترك الاستعانه مع إمكانها فلا- رجوع. و لو ظهر رقه رجع مع عدم التبرع على سيده، و عليه مع الحره إن كان موسرا أو كسوبا، و إلا فمن سهم الفقراء أو الغارمين. نعم لا بد من نيه الرجوع، و ظاهر كلامه فى التذكره (1) اعتبار الاشهاد مع ذلك، فلا يرجع بدونه، و هو مخالف لما سبق مثله فى الوديعه، و الظاهر العدم. هذا إذا تعذر عليه استئذان الحاكم، و إلا تعين.

قوله: (و لو ترك الاستعانه مع إمكانها فلا رجوع).

إذا كانت الإعانه تبرعا فلو قطع بانتفاء التبرع، فلا مانع من الرجوع.

قوله: (و لو ظهر رقه رجع مع عدم التبرع على سيده).

ظاهر العبارة أن التفصيل السابق آت هنا، و هو مقتضى إطلاق كلامهم، و يحتمل إلحاق المملوك الملتقط بالوديعه، فمتى لم يجد مالا للمالك و تعذر استئذان المالك و الحاكم، أنفق و نوى الرجوع و لا حاجه إلى الاستعانه بالمسلمين.

قوله: (و عليه مع الحره إن كان موسرا أو كسوبا).

هذا إذا اكتسب و فضل من كسبه عن مؤنته المستثناه فى الدين شىء، فان الاكتساب للدين غير واجب كما سبق.

قوله: (و إلا فمن سهم الفقراء أو الغارمين).

أى: و يرجع عليه إن لم يكن موسرا و لا كسوبا من سهم الفقراء و الغارمين من الزكاه، مخيرا فى الأمرين، لتحقق كل من الوصفين فيه.

ص: ١١٤

و ليس للملتقط الإنفاق من مال اللقيط بدون اذن الحاكم، فإن بادر بدونه ضمن إلا مع التعذر، و لا يفتقر في احتفاظه الى الإذن. و لو اختلفا في قدر الإنفاق قدّم قول الملتقط مع اليمين في قدر المعروف، و يشكل: بأن الرجوع عليه يفهم منه ثبوت ذلك جزماً، و لا- يستقيم ذلك في سهم الفقراء، لأن قبض الفقير الزكاه مما يتوقف عليه الملك، و هو نوع اكتساب، فلا يجب لما قلناه، و يبعد جواز أخذ المنفق ذلك بدون قبض اللقيط، لتوقف ملكه له على قبضه. نعم يتصور ذلك في سهم الغارمين، لأن صيرورته ملكاً للمديون غير شرط، فيجوز الدفع إلى صاحب الدين و إن لم يقبضه المديون.

و لو حملت العبارة على أن المراد كون الرجوع منوطاً باختيار اللقيط- مع أنه خلاف المتبادر- لم يستقم ذلك بالنسبة إلى سهم الغارمين كما حققناه.

و لا يخفى أن هذا الحكم إنما هو بعد بلوغه، أما قبله فلا يمكن الرجوع عليه، نعم يمكن الأخذ من ماله باذن الحاكم و من سهم الغارمين.

قوله: (و لا يفتقر في احتفاظه الى الإذن).

قد يناهى هذا ظاهر قوله في التذكرة: لا ولاية له على ماله، و إنما له حق الحضانه إلى آخره (١).

و يمكن أن يقال: إن المنفى ولاية التصرف لا ولاية الحفظ.

قوله: (و لو اختلفا في قدر الإنفاق، قدّم قول الملتقط مع يمينه في قدر المعروف).

لأن الظاهر يساعد الملتقط و لم يلتفتوا إلى أن الأصل عدم فيما زاد على

ص: ١١٧

و كذا فى أصل الإنفاق و إن كان للملقوط مال.

المطلب الثانى: فى الأحكام

إشاره

المطلب الثانى: فى الأحكام: و هى أربعه:

الأول: النسب

الأول: النسب: فإن استلحقه الملتقط أو غيره الحق به، و لا- يلتفت الى إنكاره بعد بلوغه، و إن استلحق بالغا فأنكر لم قدر الضروره، فيقدم قول اللقيط فى نفي الزائد، أما ما زاد على قدر المعروف فلا يلتفت إليه فى دعواه، لأنه إن صح كان مفرطا، و لا يحلف إلا أن يدعى الحاجه و ينكرها اللقيط.

نعم لو وقع النزاع فى عين مال أنه أنفقها صدق باليمين، لتقطع المطالبه بالعين، ثم يضمن كالغاصب إذا ادعى التلف.

قوله: (و كذا فى أصل الإنفاق و إن كان للملقوط مال).

أى: و كذا يقدم قول الملتقط فى قدر الإنفاق بالمعروف، لو اختلفا فى أصل الإنفاق، لما قلناه من الظاهر، و لا يقدر فى ذلك وجود مال الملقوط، لأنه لا- يسوغ له التصرف فى ماله إلا- بإذن الحاكم، و لأن الموجود لا يتصور كونه المنفق، و الأصل عدم غيره.

قوله: (المطلب الثانى فى الأحكام، و هى أربعه: الأول النسب، فإن استلحقه الملتقط أو غيره الحق به).

للإجماع على أن استلحاق الرجل الصغير يقتضى لحاقه به، و لا فرق بين كونه ذكرا أو أنثى، إلا أن يستلحق مملوك الغير، فلا يثبت بمجردده، للإضرار بالمالك، فلا بد من البيئه.

قوله: (و لا يلتفت إلى إنكاره بعد بلوغه).

لثبوت النسب شرعا، فلا يزول بالإنكار اللاحق.

قوله: (و إن استلحق بالغا فأنكر لم يثبت).

يثبت.

الثانى: الإسلام

الثانى: الإسلام: و إنما يحصل بالاستقلال بمباشره البالغ العاقل دون الصبى و إن كان مميزاً، لكن يفرق بينه و بين أبويه خوف الاستنزال و غير المميز و المجنون لا يتصور إسلامهما إلا بالتبعيه، يثبت.

و هى تحصل بأمور

و هى تحصل بأمور ثلاثه:

أ: إسلام أحد الأبوين

أ: إسلام أحد الأبوين، فكل من انفصل من مسلم أو مسلمه فهو هذه مذكوره بالاستطراد، و يكون المراد: استلحاق اللقيط بعد بلوغه.

قوله: (الثانى: الإسلام، و إنما يحصل بالاستقلال بمباشره البالغ العاقل، دون الصبى و إن كان مميزاً).

لأنه غير مكلف، فلا يكون إقراره بالشهادتين معتدا به، و كذا المجنون.

قوله: (لكن يفرق بينه و بين أبويه خوف الاستنزال).

أى: وجوباً، و الاستنزال مصدر استنزله عن كذا أى: طلب نزوله عنه، و المراد: إنزال والديه الكافرين له عما أظهره من كلمتى الشهاده، و فى بعض النسخ خوف الاستنزال، و هو مصدر استزله عن كذا أى: أزله، و للشيخ قول بأنه يحكم بإسلامه إذا بلغ عشرة (١)، و هو ضعيف.

قوله: (و غير المميز و المجنون لا يتصور إسلامهما إلا بالتبعيه).

لا- يخفى أن المميز أيضا كذلك، لكن إظهار الشهادتين منه يؤثر وجوب التفريق بينه و بين أبويه، بخلاف من لا- تميز له، لأنه بمنزله سائر الحيوانات.

قوله: (و هى تحصل بأمور ثلاثه: الأول إسلام أحد الأبوين، و كل من انفصل من مسلم أو مسلمه فهو مسلم).

١-١) الخلف ١٤١:٢ مسأله ٢٠ كتاب اللقطه.

انفصال النطفه من مسلم موجب للإسلام قطعاً، حتى أنه لو بلغ الولد فأظهر الكفر كان مرتداً، لأنه جزء من مسلم حقيقه.

إما انفصال الولد من مسلمه، فإنه إن كان تجدد إسلامها بعد العلوق مع كفر الأب، تكون تبعيه الولد لها في الإسلام مسبوقة بتبعيته في الكفر، فلذلك قيل بعدم الحكم لو بلغ فأظهر الكفر، لسبق كفره على الحكم بإسلامه (١)، فهو مرتد عن مله تقبل توبته.

و مثله: ما لو تجدد إسلام الأب بعد العلوق و الام كافره، و هو مختار المصنف في التذكرة (٢)، و عدم الفرق لا يخلو من قوه، و الذى حكاه شيخنا في الدروس (٣) أن الخلاف في كونه مرتداً، فحينئذ يكون القول الآخر أنه كافر أصلي، فتكون في المسألة ثلاثه أقوال (٤)، و قد صرح المصنف في التذكرة بذلك (٥)، و عدم الفرق هو الذى يرشد إليه إطلاق عبارته الكتاب.

و وجهه: أن الإسلام يعلو (٦)، و لأن كل مولود يولد على الفطره (٧)، و لروايه الصدوق عن على عليه السلام: «إذا أسلم الأب جرّ الولد إلى الإسلام، فمن أدرك من ولده دعى إلى الإسلام، فان أبى قتل» (٨) قال في الدروس: و هو نص في الباب.

ص: ١٢٠

١-١) التذكرة ٢: ٢٧٤. [١]

٢-٢) الدروس: ٢٩٩.

٣-٣) قال السيد العاملي في مفتاح الكرامه ١١١: ٦: [٢] قد عرفت ان القول الثالث لم يذهب إليه أحد منا، و انما هو احتمال للشافعيه فلا يناسب عدده قولاً.

٤-٤) التذكرة ٢: ٢٧٤. [٣]

٥-٥) الفقيه ٤: ٢٤٣ حديث ٧٧٨.

٦-٦) عوالي اللآلى ١: ٣٥ حديث ١٨. [٤]

٧-٧) الفقيه ٣: ٩٢ حديث ٣٤٣.

٨-٨) الدروس: ٢٩٩.

و لو طراً إسلام أحد الأبوين حكم بالإسلام فى الحال، و كذا أحد الأجداد و الجدات و إن كان الأقرب حيا على اشكال.

ب:تبعيه السابى المسلم على رأى

ب:تبعيه السابى المسلم على رأى إن سبى منفردا، قوله: (و لو طراً إسلام أحد الأبوين حكم بالإسلام فى الحال، و كذا أحد الأجداد و الجدات).

لأن الأب يتبع الجد و يكون أصلا له، فيكون أصلا للطفل بطريق أولى، فإن من بلغ مجنونا يحكم بإسلامه إذا كان أبوه مسلما، فولد المجنون يحكم بإسلامه لذلك، و لأن الإسلام للتغليب، فيكفى أدنى سبب.

قوله: (و ان كان الأقرب حيا على اشكال).

ينشأ: من أن سبب التبعية القرابه و أنها لا تختلف بحياه الأب و موته - كسقوط القصاص و حدّ القذف - و من انتفاء ولايه الحضانه للجدين مع الأبوين.

و يضعف هذا: بأن أحقيه الأبوين لا تنافى ثبوت التبعية للجدين، مع ثبوت الولايه و الأولويه للجد فى النكاح عندنا، و الأصح عدم الفرق بين حياه الأب و موته.

قوله: (تبعيه السابى المسلم على رأى إن سبى منفردا).

هذا قول الشيخ فى المبسوط (1)، لأن السبى أبطل حربته، فتبطل تبعيه الأبوه، و تبعيه الدار هنا منتفيه، و الإسلام على التغليب، و لا طريق إليه إلا بتبعيه السابى.

و يضعف: بأن تبعيه الأبوين ثابتة شرعا مقطوع بها، و لا دليل على التبعية

ص: ١٢١

و لو كان معه أحد أبويه الكافرين لم يحكم بإسلامه، و لو سباه الذمي لم يحكم بإسلامه و إن باعه من مسلم.

ج: تبعيه الدار

ج: تبعيه الدار، و هي المراد هنا فيحكم بإسلام كل لقيط في دار الإسلام، إلا أن يملكها الكفار و لم يوجد فيها مسلم واحد فيحكم للسابي، نعم يحكم بطهارته شرعا (١) خاصة، تبعا للسابي دفعا للحرج، إذ لا بد من مباشرته و استخدامه، و هو الذي استقرّ عليه رأى المصنف.

قوله: (و لو كان معه أحد أبويه الكافرين لم يحكم بإسلامه).

لأن تبعيته للسابي حيث ينقطع عن أبويه، فاما إذا سببا معه أو أحدهما، فإن التبعية لهما هي الأصل فيقدم.

قوله: (و لو سباه الذمي لم يحكم بإسلامه و إن باعه من مسلم).

لأن الذمي لا يتبع في الإسلام إذ لا حظ له في الإسلام، و بعض الشافعية (٢) حكم بإسلامه بذلك، لأن الذمي من أهل دار الإسلام. و يبعه بعد ذلك من مسلم لا يقتضى الحكم بإسلامه، لأن تملك المسلم طراً عليه و هو كافر، و إنما تحصل التبعية في الابتداء.

قوله: (الثالث تبعيه الدار و هي المراد).

أى: الأمر الثالث مما به تحصل التبعية في الإسلام: تبعيه الدار، و هذا القسم هو المراد في اللقطة، إذ لا معنى لتبعيه الأبوين و السابي في إسلام اللقيط.

قوله: (فيحكم بإسلام كل لقيط في دار الإسلام، إلا أن يملكها الكفار و لم يوجد فيها مسلم واحد، فيحكم بكفره).

ص: ١٢٢

١- (١) لفظ (شرعا) لم يرد في «م» و أثبتناه من «ق».

٢- (٢) الوجيز ٢٥٦: ١، المجموع ٣١٧: ١٥.

بكفره، و بكفر كل لقيط في دار الحرب، إلا إذا كان فيها مسلم ساكن و لو واحد تاجر أو أسير، فإن بلغ و أعرب عن نفسه الكفر ففي الحكم برده تردد المراد ب(دار الإسلام) في عبارته: دار خطها المسلمون كبغداد و الكوفه و البصره، أو دار فتحها المسلمون كمدائن و الشام- فيحكم بإسلام لقيطها- و الدار التي كانت للمسلمين ثم غلب عليها الكفار، كطرسوس (١) و بعض سواحل البحر في بلاد الشام.

و الذي في الدروس: أن دار الإسلام ما ينفذ فيها حكم الإسلام و لا يكون بها كافر إلا معاهدا (٢). و هو أضبط من الذي ذكره المصنف، و لا ريب أن التي غلب عليها الكفار لا يحكم فيها بإسلام اللقيط، إلا إذا كان فيها مسلم ساكن (٣) يمكن تولده عنه، فإن لم يكن حكم بكفره.

قوله: (و بكفر كل لقيط في دار الحرب، إلا إذا كان فيها مسلم ساكن و لو واحد، تاجر أو أسير).

أى: و يحكم بكفر كل لقيط في دار الحرب، إلا إذا كان فيها مسلم ساكن بها، و لو أنه واحد و هو تاجر أو أسير و نحوهما، بشرط أن يمكن تولده عنه عادة، و لا يكفي الماره من المسلمين، إذ لا تبعيه في وقت السكون لانتفاء التقدم، [و مثله ما] (٤) إذا تجدد خروجه قبل الالتقاط لانتفاء المقتضى للتبعيه، و هو وجوده حينئذ.

قوله: (فإن بلغ و أعرب عن نفسه الكفر، ففي الحكم برده تردد،

ص: ١٢٣

١- ١) بفتح اوله و ثانيه: مدينه بـثغور الشام بين انطاكيه و حلب و بلاد الروم، و هي من ثغور المسلمين معجم البلدان ٤: ٢٨. [١]

٢- ٢) الدروس: ٢٩٩.

٣- ٣) كلمه (ساكن) لم ترد في «م» و وردت في «ق».

٤- ٤) لم ترد في «م»، و في «ق»: و إلا، و ما أثبتنا من مفتاح الكرامه ١١٥: ٦ و [٢] هو الصواب.

ينشأ: من ضعف تبعيه الدار.

الثالث: الجنايه

الثالث: الجنايه: و عاقله اللقيط الإمام إذا فقد النسب و لم يتوال أحدا دون الملتقط، فإن جنى عمدا اقتص منه، و خطأ يعقله الإمام، و شبه العمد فى ماله، و إن قتل عمدا فلا إمام القصاص، و خطأ الديه.

و لو جنى على طرفه فالأقرب مع صغره جواز استيفاء القصاص أو الديه له، ينشأ: من ضعف تبعيه الدار).

أى: لو أظهر أنه كافر بعد بلوغه، و منشأ التردد: مما ذكره، و من سبق الحكم بإسلامه، و لا يبعد الحكم بردته، لسبق الحكم بطهارته و إجراء أحكام أولاد المسلمين عليه، و لأن الإسلام هو الأصل، لأن كل مولود يولد على الفطره (1)، و إظهاره الكفر بعد بلوغه لا ينافى إسلامه السابق، و هذا قوى.

نعم لو علم كفر آبائه و أظهر الكفر بعد بلوغه، فليس بمرتد قطعاً.

قوله: (و عاقله اللقيط الإمام- إذا فقد النسب و لم يتوال أحدا- دون الملتقط).

أى: و عاقله اللقيط الامام دون الملتقط، و ما بينهما اعتراض، و لا يخفى أن موالاته أحدا إنما تعتبر بعد بلوغه.

قوله: (و لو جنى على طرفه، فالأقرب مع صغره جواز استيفاء القصاص أو الديه).

وجه القرب: أن القصاص ثابت، فيجوز للولى استيفاؤه أو أخذه الديه، مراعياً للمصلحه فى ذلك. و يحتمل العدم، لأن التشفى مطلوب، و بكل واحد من الأمرين يفوت. و الأصح أنه إذا اقتضت المصلحه أحد الأمرين عمل الولى

ص: ١٢٤

١- ١) عوالى اللآلى ١: ٣٥ حديث ١٨. [١]

و لا يتولى الملتقط ذلك بل الحاكم. و لو أخذ الحاكم الأرض فى العمد فبلغ و طلب القصاص فأشكال ينشأ: من أن أخذ المال للحيلولة أو لإسقاط القصاص. بمقتضاها، فإنه ربما خشى فوات الأمرين.

و هذا إنما هو فى الصغير، أما المجنون، فإن الولي يعتمد فى أمره المصلحة جزماً، و الفرق: أن للصبى غاية تنتظر و هو البلوغ، بخلاف المجنون، فإنه لا غاية لزوال جنونه، و التأخير إلى غاية غير معلومه تفويت.

قوله: (و لا يتولى الملتقط ذلك بل الحاكم).

لأن الملتقط لا ولاية له على اللقيط سوى الحضانه.

قوله: (و لو أخذ الحاكم الأرض فى العمد، فبلغ و طلب القصاص فأشكال، ينشأ: من أن أخذ المال للحيلولة أو لإسقاط القصاص).

هذا تفریع على الأقرب، و هو جواز كل من الأمرين: القصاص و الدية للحاكم بحسب المصلحة، و المراد بالأرض هو الدية، و لا يخفى ضعف هذا الإشكال، لأن الحيلولة هى تعذر الحق من جانب من هو عليه، و هذا المعنى منتف هنا، و المأخوذ برأى الحاكم و مقتضى المصلحة إنما هو فى الدية، و مع أخذها كيف يبقى القصاص.

و بعد تحرير محل النزاع يسقط هذا الإشكال، بأن يقال: أخذ المال إن كان بغير رضی الجانى فى العمد، فهو ممنوع منه لا أثر له و يبقى الحكم كما كان، و لا دية و لا حيلولة هنا، لأن الواجب هو القصاص خاصه دون المال.

و إن كان برضاه، فإنما يكون عوضاً عن القصاص، لأنه الفرض، فإن المفروض أنه لم يدفعه هبه و تبرعاً، فإن صح أخذه عوضاً و جب الحكم بسقوط القصاص، و إلا لم يحل أخذ المال، و حيث حكمنا بأنه يجوز أخذه عوضاً مع

الرابع: الحريره: فإن لم يدع أحد رقيه فالأصل الحريره، و نحكم بها فى كل ما لا يلزم غيره شيئاً فمملكه المال، و نغرم من أتلّف عليه شيئاً، و ميراثه لبيت المال. المصلحه و جب القول بسقوط القصاص، و هذا هو الأصح.

قوله: (فإن لم يدع أحد رقه فالأصل الحريره).

لأن الرقيه إنما تثبت بالكفر الأصلي و السبى، و الأصل عدم هذا الوصف، و لأن كل إنسان ينتهى فى الولاده إلى آدم عليه السلام، فتستصحب الحريره إلى أن يثبت خلافها.

قوله: (و يحكم بها فى كل ما لا يلزم غيره شيئاً، فمملكه المال و يغرم من أتلّف عليه شيئاً).

الحكم بحريره جريا على الأصل مع الخلو عن المعارض لا شبهه فيه، فيحكم بملكه المال إذا لا مانع، فيجب إجراؤه على الأصل، و لو أتلّف عليه متلف شيئاً من المال حكماً بتغيره، لأن الإلتلاف يقتضى الضمان، أما مع المعارض - و هو ما إذا اقتضى إلزام غيره شيئاً - فسيأتى حكمه.

فإن قيل: التغيرم يقتضى إلزام غيره شيئاً، فكيف حكم به؟ قلنا: المراد إلزام غيره شيئاً لا يلزم على تقدير الرقيه كالقصاص، أما تغيرم المال فإنه ثابت على كل تقدير.

قوله: (و ميراثه لبيت المال).

هكذا قال الشيخان (1)، و حملة ابن إدريس على بيت المال الامام (2)،

ص: ١٢٦

١ - (١) المفيد فى المقنعه: ٩٩، و الطوسى فى النهايه: ٦٨١، و الخلاف ٢: ١٤١ مسألة ٢١ كتاب اللقطه.

٢ - (٢) السرائر: ١٨٠.

و إن قتله عبد قتل، و إن قتله حر فالأقرب سقوط القود، للشبهه و احتمال الرق، فحينئذ تجب الدية أو أقل الأمرين منها و من قيمه على إشكال. و عن المفيد التصريح بأنه لبيت مال المسلمين (١)، و قال الشيخ: ولاؤه للمسلمين (٢)، و ما ذكره ابن إدريس هو المتجه، لأنه من جمله من لا وارث له.

قوله: (و إن قتله حر، فالأقرب سقوط القود، للشبهه و احتمال الرقيه).

إذا قتل اللقيط حر، فاما أن يكون عمداً أو خطأ، فإن كان عمداً، فالأقرب عند المصنف سقوط القود للشبهه، حيث أنه لا يقطع بثبوت الحرية لاحتمال الرقيه، فقول المصنف: (و احتمال الرقيه) عطف تفسيري ل(الشبهه) و متى شك في شرط القصاص انتفى (٣) و لأن فارط الدماء لا يستدرك، فيجب فيها رعايه الاحتياط.

و يحتمل الثبوت، للحكم بحريته ظاهراً، و لإجراء باقى أحكام الحرية، مثل مبايعته و مناكحته، فيجب إجراء الجميع أو منع الجميع، لأن الشرط واحد.

قوله: (فحينئذ تجب الدية، أو أقل الأمرين منها و من قيمه على إشكال).

أى: فحين حكما بسقوط القود للشبهه، تجب الدية أو أقل الأمرين منها و من قيمه على إشكال فيهما، ينشأ: من أنه حرّ في نظر الشارع، و قد حكمنا بسقوط القود للشبهه، فيجب الانتقال إلى الدية كملاً. و من الشك فيها و فى

ص: ١٢٧

١-١) المقنعه: ٩٩.

٢-٢) قاله فى الخلاف ١٧٤: ٢ مسألة ١٣٩ كتاب الفرائض.

٣-٣) فى «ق»: و متى شك فى الحرية شك فى القصاص.

الرقية، فيجب أقل الأمرين، لأنه المتيقن و الزائد مشكوك فيه للشك في سببه.

و لقائل أن يقول: إن الواقع لا- يخلو من رقيته و حرите، فلا- بدّ من أحدهما، و على أى تقدير كان، فلا يكون الواجب واحدا من الأمرين المذكورين، لأنه إن كان حرا فالواجب القصاص لا الديه، و الاحتياط المذكور معارض باحتياط مثله، فإن الجاني ربما رضى بالقصاص و لم يرض بالديه، فقهره عليها إلزام له بما لم يثبت عليه، فيكون باطلا.

و إن كان رقا، فالواجب هو القيمة لا الديه، فيبطل احتمال كون الواجب هو الديه على كل من التقديرين اللذين انحصر الواقع فيهما، و كذا يمتنع كون الواجب هو أقل الأمرين مطلقا على [كل من تقديري] (1) الحرية و الرقية، على أنه يؤدي إلى إسقاط حق معلوم الثبوت قطعا، و ذلك إذا قطع منه طرفان:

أحدهما أكثر قيمه، و الآخر أكثر ديه، و حيث بطلت اللوازم كلها تعين الحكم بالقصاص.

و يؤيده: أنا نحكم بجواز مناكحته، مع أن الفروج مبنيه على الاحتياط التام، و تمضى جميع تصرفاته استنادا إلى الحكم بحرته، و لأن كل من كان ظاهره الحرية يحكم له بالقصاص، مع أنه قد يتطرق الاحتمال إليه.

و الذى ينساق اليه النظر: الحكم بالقصاص، لأنه أسلم من ارتكاب ما لا يدل عليه دليل، و لو ظهر خلافه فهو بيت المال، لأنه من خطأ الحكام. هذا كله إذا كانت الجنايه عمدا، و لو كانت خطأ، فعلى ما اختاره المصنف يحتمل الديه و أقل الأمرين، و الأصح الأول.

ص: ١٢٨

(١ - ١) فى «م»: كل تقدير، و فى «ق»: تلك التقديرين، و ما أثبتناه من مفتاح الكرامه ١١٨: ٦ [١] عن جامع المقاصد، و هو الأنسب.

و إن ادعى رقه لم يقبل من غير صاحب اليد، و لا منها إذا استندت الى الالتقاط، و إن استندت الى غيره حكم ظاهراً على اشكال قوله: (و إن ادعى رقه لم تقبل من غير صاحب اليد، و لا منها إذا استندت الى الالتقاط، فان استندت إلى غيره حكم ظاهراً على إشكال).

أى: إن ادعى مدّع رقه، فالفعل مبني للمجهول أو للمعلوم، و مرجع الضمير ما سبق في قوله: (فان لم يدع أحد رقه). أى: و إن ادعى أحد رقه، فلا يخلو إما أن يكون المدعى لا يد له أو يكون له يد، ففي الأول لا تقبل دعواه بدون البيئه، و في الثاني لا يخلو إما أن تكون اليد مستنده إلى الالتقاط أو إلى غيره:

ففي الأول لا عبره بها، للعلم بأن سببها الالتقاط الذي لا يفيد الملك، و الأصل الحريه، فلا تسمع دعواه الرقيه بغير حجه، و ليس ذلك كدعوى المال الذي التقطه، لأنه ملك على كل تقدير، فليس في دعواه تغير له عن صفته.

و إن كانت مستنده إلى غير الالتقاط، فإنه يحكم بها ظاهراً على إشكال، ينشأ: من أن ظاهر اليد الملك، و من أن هذا في غير من ثبتت حرته ظاهراً و اللقيط محكوم بحريته ظاهراً، قال الشيخ في المبسوط: يحكم له بشهاده اليد مع اليمين (١).

و اعلم أن في تصوير هذه المسأله خفاء، فان ثبوت يد اخرى مع يد الالتقاط لا يكاد يتصور، فان اللقيط من لا يد عليه، فمتى كان لآخر يد عليه فليس بليقطة.

ثم أنه إذا كان لشخص على آخر يد و سلطنه، يكون محكوماً بكونه رقا له

ص: ١٢٩

فإن بلغ و أنكر ففي زوال الرق اشكال. من غير إشكال، فأى وجه لهذا الاشكال؟ و ينبغي تنزيل العبارة على ما ذكره الشارح عميد الدين: من أن الملتقط إذا ادعى رقه و أسند اليد عليه إلى غير الالتقاط، كأن قال: هذا عيدي و كان لى عليه يد ثم ضلّ فالتقطته، فيتجه حينئذ الاشكال، و إن كان خلاف المتبادر من قوله: (استندت) لأنه يقتضى الاستناد فى الواقع، فكان حقه أن يقول: فان استند إلى غيره.

و منشؤه: من أن اليد ثابتة، و قد أسندها إلى ما يقتضى الملك، فلا يتوقف الحكم بدالاتها على الملك على العلم بسببها، و من أن الالتقاط هو السبب المعلوم، و الأصل عدم غيره، فتحال اليد عليه، و هو دال على الحرية، فيحتاج الملك إلى حجه، و ليس هو كاليد التى لم يقارنها وصف الالتقاط، لانتفاء المنافى معها، فيقضى فيها بالملك، و للتردد فى ذلك مجال.

و لا يخفى أن قوله: (و لا منها إذا استندت). لا يخلو من مناقشه لأن المراد عود الضمير إلى (غير صاحب اليد) فكان حقه التذكير قوله: (فإن بلغ و أنكر ففي زوال الرق إشكال).

أى: بناء على الحكم بالرقية ظاهرا فى المسألة السابقة، لو بلغ اللقيط فأنكرها، ففي زوال الرق الذى ثبت ظاهرا إشكال، ينشأ: من ثبوته، فلا- ينتفى إلا بحجه شرعيه. و من أن الأصل الحرية، و ثبوت الرق ظاهرا لانتفاء المنازع، و قد تحقق المنازع الآن، فلا يحكم بغير بينه أو تصديقه، و هذا الاشكال فرع على الحكم بالرقية ظاهرا فى المسألة السابقة، كما نبهنا عليه، لامتناع الرقيه مع الحكم بالحرية و عدم التفات إلى الدعوى.

و على ذلك التقدير فلا يخفى ضعف الإشكال، لأنه إذا حكم برقه لليد-لا

و لو أقام بينه حكم بها، سواء أطلقت أو استندت الى سبب كإرث أو شراء، و لو شهدت بأنه ولد مملوكته فإشكال ينشأ: من أنها قد تلد حراً. و لو بلغ و أقر بالعبودية حكم عليه إن جهلت حرته و لم يقر بها أولاً، و لو أقر أولاً- بالحرية ثم بالعبودية فالأقرب القبول. يلتفت إلى إنكاره بعد بلوغه، كما في سائر نظائره.

قوله: (و لو أقام بينه حكم بها، سواء أطلقت أو استندت الى سبب كإرث أو شراء).

تقبل في الحالين لشهادتها بالملك، و لا يتوقف قبولها على الاستناد إلى سبب، و الإطلاق ضد الاستناد إلى سبب، و لو قال: إذا أسندت لكان أولى كما لا يخفى.

قوله: (و لو شهدت بأنه ولد مملوكته فإشكال، ينشأ: من أنها قد تلد حراً).

و من أنه نماء مملوكته و الأصل تبعيته لها، و الأصح العدم، لأنها شهادته بالأعم من الدعوى، فلا يثبت بها، و قد رجع المصنف في كتاب القضاء عن هذا الإشكال إلى الجزم بعدم القبول.

قوله: (و لو بلغ فأقر بالعبودية حكم عليه إن جهلت حرته، و لم يقر بها أولاً).

قطعاً، لعموم: «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز» (1)، و ينبغي أن يقيد بما إذا لم يستلزم الإقرار ضياع حق آخر أو إلزامه بحق.

قوله: (و لو أقر أولاً بالحرية ثم بالعبودية، فالأقرب القبول).

وجه القرب: عموم نفوذ إقرار العقلاء على أنفسهم، و قال الشيخ: لا

ص: ١٣١

و لو أقر بالعبودية أولاً لوأحد فأنكر فأقر به لغيره فأشكال ينشأ: من الحكم بحريته برد الأول إقراره، و من عموم قبول إقرار العاقل. و لو سبق منه تصرف، فإن أقيم بينه على الرق جعلت التصرفات كأنها صدرت من عبد غير مأذون.

و لو عرف رقه بإقراره لم يقبل فيما يضر بالغير، فيستمر النكاح لو كانت امرأه، و يثبت للسيد أقل الأمرين من المسمى و مهر المثل، و الأولاد يقبل، لأننا حكمنا بحريته و ألزمنه أحكامها من الحج و الجهاد و غيرها (1) و يرد: أن ذلك يقتضى عدم قبول إقرار من ظاهره الحريه، لوجوب ذلك عليه، و هو معلوم البطلان.

و لا يخفى أن إقراره بالحريه لا يقتضى كونه حرّاً فى نفس الأمر، و ربّما كان الحال غير معلوم عنده ثم تجدد العلم به، و إنّما يقبل إقراره فيما لا يضر بغيره.

قوله: (و لو أقرّ بالعبودية أولاً - لوأحد، فأنكر فأقر لغيره فأشكال ينشأ: من الحكم بحريته برد الأول إقراره، و من عموم قبول إقرار العاقل).

و الأصح الثانى، لأنّ ردّ الأول لا - يقتضى حريته، إنّما يقتضى كون الرقيه التى أقرّ بها ليست له، و لهذا لو رجع عن الإنكار إلى الإقرار قبل، و ربما لم يكن عالماً بالحال أو كان غالطاً أو تعمّد الكذب، و لا يمنع شيء من ذلك قبول إقراره الثانى.

قوله: (فيستمر النكاح لو كانت امرأه).

أى: لو كانت الملقوطة امرأه و أقرت بعد النكاح بالرقيه و لم تقم بينه فان النكاح يستمر، إذ لا يسمع إقرارها فيما يضر بالزوج.

قوله: (و يثبت للسيد أقل الأمرين من المسمى و مهر المثل).

لأنّه إن كان المسمى أقل، فالزيادة التى مستندها مجرد إقرارها لا تجب، و إن

ص: ١٣٢

أحرار، وعدتها ثلاثه أقرأء، و في الوفاء بأربعه أشهر و عشره أيام. و لو قذفه قاذف و ادعى رقه، و ادعى هو الحرية تقابل أصلا براه الذمه و الحرية فيثبت كان مهر المثل أقل، لم يحل (1) للسيد المطالبه بالزائد، لأن الواجب على تقدير ملكه إياها هو مهر المثل.

و هل يجب على الزوج بذل الزيادة؟ وجهان أحدهما العدم، لاتفاق الزوجه و السيد على عدم استحقاقها، و هو قريب. هذا إذا لم يكن قد سلم الزوج المهر إليها، فإن كان قد سلمه لم يكن للسيد المطالبه، لما تقرر من عدم سماع إقرارها فيما يضرّ بالغير. قوله: (و عدتها ثلاثه أقرأء).

سواء كانت رجعيه أو بائنه، حائلا أو حاملا، لأنّ الحامل تعتد بأبعد الأجلين، لأنّ قصرها يقتضى سقوط حق المطلق، لأنه في الرجعيه يستحق الرجعه إلى آخر عدّه الحرّه، و في البائن يحرم على الغير التصريح لها بالخطبه لحقه دونه، فإنه يجوز له التصريح في بعض أقسام العدّه البائنه، و لا يستثنى من ذلك المطلقة الحامل البائنه إذا قلنا أن النفقه لها، و كذا من جرى مجراها، لأنّ الزائد من النفقه يسقط بإقرارها و تصديق السيد، فيبقى حقه بغير معارض.

قوله: (و في الوفاء بأربعه أشهر و عشره أيام).

لأنّ الحداد واجب و هو حقّ للزوج، و لأنّ في تعجيل النكاح إضرار بالورثه، لأنهم يتألمون بذلك. و تحتل عدّه الأمه، لأنه لا حقّ للزوج في عدّه الوفاء، بل هي لمحض حقّ الله تعالى، بخلاف عدّه الطلاق، لأنها لحفظ مائه.

قوله: (و لو قذفه قاذف و ادعى رقه و ادعى هو الحرية، تقابل أصلا براه الذمه و الحرية، فيثبت التعزير).

ص: ١٣٣

١ - ١) في «ق»: لم يجز.

التعزير. و لو قطع حر يده تقابلا- أيضا، لكن الأقرب هنا القصاص، لأنّ العدول إلى القيمة مشكوك فيه أيضا، بخلاف التعزير المعدول إليه فإنه متيقن، هذا رجوع إلى أصل الباب، أى لو قذف اللقيط قاذف و ادعى رقه و ادعى هو الحره، ثبت التعزير لتساقت الأصلين، فيرجع إلى المتيقن، و هذا أحد القولين، و الآخر ثبوت الحدّ.

و التقابل الذى ادعاه غير واضح، فإن أصل براهه الذمه قد تحقق الانتقال عنه باشتغالها بعقوبه قذف من حكم بحريته و جرت أحكام الأحرار عليه، و هو الأصح.

قوله: (و لو قطع حر يده تقابلا- أيضا، لكن الأقرب هنا القصاص، لأنّ العدول إلى القيمة مشكوك فيه أيضا، بخلاف التعزير المعدول إليه، فإنه متيقن).

أى: لو قطع حرّ يد اللقيط المحكوم بحريته تقابل الأصلان هنا أيضا، لكن الأقرب هنا ثبوت القصاص.

لا يقال الحكمان متافيان، لأنّ تقابل الأصلين فى المسأله الاولى و الثانيه قائم فالحكم بالتعزير هناك لاحتمال الرقيه، و بالقصاص هنا الذى لا يثبت إلا على تقدير الحره مما لا يجتمعان، لأننا نقول:

المانع من أخذ الدية فى الثانيه قائم، لأنّه إنّما يثبت على تقدير الرقيه، و هى مشكوك فيها، و العدول من مشكوك فيه إلى مشكوك فيه باطل، فتعين الأخذ بما دلّ عليه المرجح، و هو أصاله الحره، بخلاف التعزير، فإنّه ثابت على كل من تقدير الحره و الرقيه، و المشكوك- و هو الزائد- يسقط و يؤتى بالمعلوم، و إلى هذا الجواب أشار بقوله (لأنّ العدول إلى القيمة مشكوك فيه أيضا).

و يشكل ما ذكره من الفرق، فإنّ التعزير غير واجب على تقدير الحره، بل الواجب قدره فى ضمن الحدّ، و التعزير هو ذلك القدر المخصوص دون ما زاد، فالعدول إليه أيضا عدول إلى مشكوك فيه، ثم أنّه ينتقض بما ذكره سابقا فى الجنايه

و لا ولايه للملتقط عليه بل هو سائبه يتولى من شاء.

الفصل الثانى: فى الحيوان: و يسمّى ضاله

الفصل الثانى: فى الحيوان: و يسمّى ضاله، و يجوز لكل بالغ عاقل على كراهيه-إلا مع تحقق تلفه على النفس.

و لا- يتوهم أن الأمر فى الطرف أسهل منه فى النفس، لأنّ الاقتصاص فى الطرف قد يسرى إلى النفس. ثم يقال إنّ قوله: (لأنّ العدول إلى قيمه مشكوك فيه) يقتضى انحصار الحال فى العدول إلى القيمة التى هى فرع الرقيه، و لم لا يجوز أن يكون العدول إلى الدية التى هى فرع الحريه، أو أقلّ الأمرين الذى هو المتيقن، على كل من التقديرين.

و الحق أنّ كل ذلك ضعيف، بل إجراء أحكام الحريه هو المعتمد، لأنّ العدول عنها خروج عن الحكم الشرعى إلى مجرد الرأى، كما حققناه.

قوله: (و لا ولايه للملتقط عليه، بل هو سائبه يتولى من شاء).

قد علم غير مره أن ولايه الملتقط على اللقيط إنما هى فى الحضانه لا فى غير ذلك، فهو سائبه له أن يتولّى من شاء بعد بلوغه.

قوله: (الفصل الثانى: فى الحيوان، و يسمّى ضاله، و يجوز لكل بالغ عاقل على كراهيه).

يندرج فى البالغ العاقل المرتد عن فطره، مع أنه ليس له أن يلتقط، و لو التقط بنى على أنه لو حاز المباحات هل تنتقل إلى ورثته، أم لا فيجوز انتزاعها من يده لكل أحد، فأيهما حكم به يأتى مثله هنا.

قوله: (إلا مع تحقق تلفه).

أى: على كراهيه، إلا فى هذه الحاله، فتزول الكراهيه، قال فى

و إن كان عبدا أو كافرا أو فاسقا-التقاط كل حيوان مملوك ضائع لا يد لأحد التذكرة: أما إذا تحقق التلف، فإنه تزول الكراهية و يبقى طلقا (١). يدل على الكراهية قول الباقر عليه السلام: «لا- يأكل الضال إلا الضالون» (٢) و هو مخصوص بقول الصادق عليه السلام: «الضوال لا يأكلها إلا الضالون إذا لم يعرفوها» (٣) فان مفهوم الشرط معتبر، فيبقى نفي الكراهية مع تحقق التلف مستندا إلى الأصل.

فإن قيل: فعلى هذا تختص الكراهية بما إذا لم يعرفها و إن لم يتحقق التلف.

قلنا: الكراهية فيما عدا هذه الصورة بالإجماع، و رواه الشاه يفهم منها عدم تحقق التلف، حيث قال عليه السلام: «هي لك أو لأخيك أو للذئب» (٤) فيكون قوله عليه السلام: «و ما أحب أن أمسها» (٥) غير مناف لما قلناه.

قوله: (و إن كان عبدا).

سواء أذن المولى أم لا إذا لم ينهه، لأنه أهل للاكتساب، و ظاهر كلام التذكرة أن هذا الحكم إجماعي (٦).

قوله: (أو كافرا أو فاسقا).

لأن الالتقاط اكتساب، و الكافر و الفاسق أهل له.

قوله: (ضائع لا يد لأحد عليه).

ص: ١٣٦

١- (١) التذكرة ٢: ٢٦٦. [١]

٢- (٢) التهذيب ٦: ٣٩٦ حديث ١١٩٣.

٣- (٣) التهذيب ٦: ٣٩٦ حديث ١١٨٢.

٤- (٤) الكافي ٥: ١٤٠ حديث ١٢. [٢]

٥- (٥) الفقيه ٣: ١٨٨ حديث ٨٤٨، التهذيب ٦: ٣٩٤ حديث ١١٨٥.

٦- (٦) التذكرة ٢: ٢٦٩. [٣]

عليه في الفلاه، فالبعير لا يؤخذ إن كان صحيحاً أو كان في كلاً و ماء، فإن أخذه حينئذ ضمنه.

و يبرأ بتسليمه الى المالك أو الحاكم مع فقده، و لا بإرساله في موضعه، و يرسله الحاكم في الحمى فإن لم يكن باعه و حفظ ثمنه لمالكة. قد يقال: إن قوله: (ضائع) مغن عن قوله. (لا يد لأحد عليه) لان المراد بالضائع: الضال، و لا يكون ضالاً مع ثبوت اليد عليه.

و يجاب: بأن المراد ضائع عن مالكة، و ما هذا شأنه لا- يمتنع أن يكون عليه يد ملتقط آخر سابق، و حينئذ فلا- يجوز للأحق التقاطه، و اعلم أن قوله:

(كل حيوان) يستثنى من عمومه ما سيذكره بعد.

قوله: (في الفلاه).

فالضائع في العمران لا يجوز أخذه و لا يعدّ لقطه.

قوله: (فالبعير لا يؤخذ إن كان صحيحاً، أو كان في كلاً و ماء).

للهي عن التعرض إليه في كل من الموضعين في روايه هشام بن سالم الحسنه عن الصادق عليه السلام (١)، و الكلاً مهموز كجبل: العشب.

قوله: (و يرسله الحاكم في الحمى (٢) فإن لم يكن، باعه و حفظ ثمنه لمالكة).

ظاهره أن الحاكم إنما يبيعه مع فقد الحمى، و في الدروس: أنه يعتمد من الأمرين ما يراه مصلحه (٣)، و هو حسن. و لو لم يجد الحاكم فهل يسوغ له

ص: ١٣٧

١- ١) الكافي ٥: ١٤٠، حديث ١٢، الفقيه ٣: ١٨٨، حديث ٨٤٨، التهذيب ٦: ٣٩٢، حديث ١١٧٦.

٢- ٢) قال السيد العاملي في مفتاح الكرامه ٦: ١٢٧، و [١] المراد: الحمى الذي حماه الامام لخيال المجاهدين و الضوال.

٣- ٣) الدروس: ٣٠٠.

و لو تركه من جهد في غير كلاً- و لا- ماء جاز أخذه، و يملكه الواجد و لا ضمان. و في رد العين مع طلب المالك بيعه؟ و على تقدير عدم البيع لو أنفق عليه، هل له الرجوع إذا قصده، أم يكون كالشاه المأخوذه من العمران؟ كل محتمل.

قوله: (و لو تركه من جهد في غير كلاً و لا ماء جاز أخذه).

للأخبار (١) الداله على ذلك، و ظاهر قول أمير المؤمنين عليه السلام:

«أنه إن تركها في غير كلاً و ماء فهي للذي أحيها» (٢) أن المتروك في كلاً- و لا ماء هناك أو بالعكس يؤخذ، لانتفاء الأمرين حينئذ، و لأنها لا تعيش بدون الماء، و ضعفها يمنعها عن الوصول إليه.

قوله: (و يملكه الواجد و لا ضمان).

للأخبار الصريحه في ثبوت الملك على وجه انقطع سبيل المالك عنها فان في صحيحه عبد الله بن سنان عن الصادق عليه السلام: «من أصاب مالا أو بعيراً في فلاة من الأرض قد كَلَّت و قامت و سببها صاحبها لما لم تتبعه، فأخذها غيره، فأقام عليها و أنفق نفقه حتى أحيها من الكلال و من الموت، فهي له و لا سبيل له عليها، و إنما هي مثل الشيء المباح» (٣).

و الظاهر أن المراد بالمال ما كان من الدواب التي تحمل و نحوها، بدليل قوله: «قد كَلَّت و قامت و سببها صاحبها لما لم تتبعه» و الروايه نصّ صريح في عدم الضمان.

قوله: (و في رد العين مع طلب المالك إشكال).

ص: ١٣٨

١- (١) الكافي ٥: ١٤٠ حديث ١٣، ١٤، التهذيب ٦: ٣٩٢-٣٩٣ حديث ١١٨١، ١١٧٨، ١١٧٧.

٢- (٢) الكافي ٥: ١٤١ حديث ١٦، [١] التهذيب ٦: ٣٩٣ حديث ١١٨١.

٣- (٣) الكافي ٥: ١٤٠ حديث ١٣، [٢] التهذيب ٦: ٣٩٢ حديث ١١٧٧.

اشكال. وكذا التفصيل في الدابة و البقره و الحمار، أما الشاه فتؤخذ و يتخير الآخذ بين حفظها لمالكها أو دفعها الى الحاكم و لا ضمان ينشأ: من عموم قول الباقر عليه السلام في روايه: «فإذا جاء طالبه رده اليه» (١) و من حصول الملك للثاني فلا يزول، و الأصح عدم وجوب الرد، للنص الصريح في الروايه السابقه (٢).

و دعوى الشارح: ذات عموم (٣)(٤)، غير جيده، لأنها بالإضافه إلى الروايه الأولى أخص، فتكون مقدمه، و هو مختار المصنف في التحرير (٥)، و شيخنا في الدروس (٦).

قوله: (و كذا التفصيل في الدابة و البقره).

أى: التفصيل بكون الترك من جهده، و كونه في كلاً و ماء و عدمه، إلى آخر الأحكام السابقه، لشمول روايه ابن سنان لهما، و روايه مسمع عن أمير المؤمنين عليه السلام المذكور بعضها سابقاً، و المذكور فيها الدابة و البغل و الحمار كذلك (٧).

و قيل بجواز أخذ الحمار مطلقاً، لعدم امتناعه من الذئب، ذكره في الدروس (٨).

قوله: (و أما الشاه، فتؤخذ و يتخير الآخذ بين حفظها لمالكها أو دفعها إلى الحاكم، و لا ضمان فيهما).

ص: ١٣٩

١-١) الكافي ٥: ١٣٩ حديث ١٠، [١] التهذيب ٦: ٣٩٢ حديث ١١٧٥.

٢-٢) هي صحيحه ابن سنان السابقه.

٣-٣) أى: و دعوى الشارح ان الروايه السابقه ذات عموم غير جيده.

٤-٤) إيضاح الفوائد ٢: ١٤٨.

٥-٥) التحرير: ١٢٥.

٦-٦) الدروس: ٣٠٠.

٧-٧) الكافي ٥: ١٤٠ حديث ١٣، [٢] التهذيب ٦: ٣٩٣ حديث ١١٨١.

٨-٨) الدروس: ٣٠٠.

فيهما، و بين تملكها و الضمان على اشكال. و كذا صغار الإبل و البقر و أى: فى الموضوعين المذكورين، لأن الحاكم ولى الغائب، فالدفع إليه مع تعذر المالك كالدفع إلى المالك، و حفظها بنفسه جائز، لأنه أمين.

قوله: (و بين تملكها و الضمان على إشكال).

ينشأ: من عموم «فإذا جاء طالبه رده إليه» (١) و من إطلاق روايه ابن سنان (٢) السابقه، لكن فيها ما قد ينافى الحكم المذكور فى الشاه، و هو قوله عليه السلام: «و سيبها صاحبها لما لم تتبعه» (٣) فان هذه غير شرط فى جواز أخذ الشاه و تملكها إذا كانت فى الفلاه، و لا ريب أن الضمان أحوط و أرجح.

فإن قيل: إذا جاء صاحبها و هى موجوده، فعلى الضمان يجب ردّها عليه، و ذلك مناف للملك.

قلنا: لا منافاه، لجواز كون الملك مترزلاً.

فإن قيل: متى تحقق الضمان؟ قلنا: الظاهر أن الأخذ من حين تملكها صارت مضمونه عليه، فان جاء المالك ردّها بعينها، و مع التلف يضمن، و هل يجب تعريف الشاه المأخوذه من الفلاه؟ قال فى التذكرة: الأقرب العدم (٤)، لظاهر قوله عليه السلام: «هى لك أو لأخيك أو للذئب» (٥) فإن المتبادر منه تملكها بغير تعريف، و ليس تقييده بالتعريف بأولى من تقييد دليل التعريف بما عدا الشاه، و هذا قوى متين.

قوله: (و كذا صغار الإبل و البقر و غيرهما).

ص: ١٤٠

١- ١) الكافي ٥: ١٣٩ حديث ١٠، [١] التهذيب ٦: ٣٩٢ حديث ١١٧٥.

٢- ٢) الكافي ٥: ١٤٠ حديث ١٣، [٢] التهذيب ٦: ٣٩٢ حديث ١١٧٧.

٣- ٣) المصدر السابق.

٤- ٤) التذكرة ٢: ٢٦٨. [٣]

٥- ٥) الكافي ٥: ١٤٠ حديث ١٢، [٤] الفقيه ٣: ١٨٨ حديث ٨٤٨، التهذيب ٦: ٣٩٤ حديث ١١٨٥.

غيرهما. و لا تؤخذ الغزلان المملوكة و شبهها مما يمتنع بعدوه. أى: حكمهما فى جواز أخذها فى الفلاة حكم الشاه، أسنده فى التذكرة إلى علمائنا (١)، لكن توقف فيه ابن سعيد (٢)، نظرا إلى مورد النص، و الأصح. و الجواز، و فى قوله عليه السلام فى الشاه: «هى لك أو لأخيك أو للذئب» (٣) إيماء إليه، فإنها لا تمتنع من صغار السباع.

و هل يجب التعريف؟ الظاهر نعم، إذ لا- معارض لدليل وجوب تعريف اللقطة سنه، و هل يضمنها لو تملكها لمالكها لو وجد؟ الظاهر نعم، لعدم المسقط، و عموم الرواية عن الباقر عليه السلام (٤) قوله: (و لا تؤخذ الغزلان المملوكة و شبهها مما يمتنع بعدوه).

قال فى الدروس: إلا- أن يخالف ضياعها، فالأقرب الجواز، لأن الغرض حفظها لمالكها لا حفظها فى نفسها، و إلا لما جاز التقاط الأثمان، لأنها محفوظة فى نفسها حيث كانت (٥). و هذا بعينه كلام المصنف فى التذكرة، إلا أنه زاد على خوف ضياعها عن مالكها، عجز مالكها عن استرجاعها (٦). أى:

خوفه ذلك، كما هو ظاهر العبارة، و ما ذكره وجيه، و يعرف سنه.

ص: ١٤١

١- ١) التذكرة ٢: ٢٦٧. و [١] قال السيد العاملى: و قد حكى فى جامع المقاصد و المسالك عن التذكرة [٢] أنه نسب فيها جواز الأخذ إلى علمائنا، و عبارة التذكرة [٣] خاليه عن ذلك، انما نسب إلى علمائنا فيها جواز أخذه الشاه ثم قال بعد سطرين: و كذا الحيوان الذى لا يمتنع من صغار السباع، فلم يكن داخلا تحت معقد ما نسبه الى علمائنا. مفتاح الكرامه ١٣٣: ٦. [٤]

٢- ٢) الشرائع ٣: ٢٨٩. [٥]

٣- ٣) الكافي ٥: ١٤٠، حديث ١٢، [٦] الفقيه ٣: ١٨٨، حديث ٨٤٨، التهذيب ٦: ٣٩٤، حديث ١١٨٥.

٤- ٤) الكافي ٥: ١٣٩، حديث ١٠، التهذيب ٦: ٣٩٢، حديث ١١٧٥.

٥- ٥) الدروس: ٣٠١.

٦- ٦) التذكرة ٢: ٢٦٨، و [٧] فيها: حكمه حكم الموجود.

أما العمران فلا يحل أخذ شيء من الضوال فيها وإن لم تكن ممتنعه كأطفال الإبل و البقر، فإن أخذها تخير بين حفظها لمالكها و عليه نفقتها من غير رجوع، و بين دفعها الى الحاكم فإن تعذر أنفق و لم يرجع. قوله: (أما العمران، فلا يحل أخذ شيء من الضوال فيها و إن لم تكن ممتنعه، كأطفال الإبل و البقر).

لا- كلام فى الحكم، لكن ما الذى يراد من العمران؟ لا ريب أن ما بين البيوت عمران، سواء كانت بيوت أهل الأمصار و القرى أو أهل البادية. و هل المزارع و البساتين المتصلة بالبلد و لا تنفك من الناس غالبا من العمران؟ ليس ببعيد ذلك.

قال فى التذكرة: ما يؤخذ من الحيوان قريبا من العمران حكمه حكم المأخوذ فى العمران، للعادة القاضيه بأن الناس يشمرون دوابهم قريبا من عماره البلد. و هو متجه.

و للشيخ قول فى المبسوط: بأن ما كان من الحيوان فى العمران و ما يتصل به على نصف فرسخ يجوز أخذه، ممتنعا كان أو لا، و يتخير بين الإنفاق تطوعا و الرفع الى الحاكم، و ليس له أكلها (١). و المشهور خلافه، و النص (٢) ينافيه.

قوله: (فإن أخذها تخير بين حفظها لمالكها و عليه نفقتها من غير رجوع، و بين دفعها إلى الحاكم، فإن تعذر أنفق و لم يرجع).

عدم الرجوع بالنفقة لكونه عاديا بالأخذ- فيكون متبرعا- هو المشهور بين الأصحاب. و يظهر من الدروس (٣) التوقف فى ذلك، حيث أسنده إلى الشيخ (٤).

ص: ١٤٢

١-١) المبسوط ٣:٣٢٠. [١]

٢-٢) الكافي ٥:١٤٠ حديث ١٣.

٣-٣) الدروس: ٣٠١.

٤-٤) المبسوط ٣:٣٢٠. [٢]

و لو كانت شاه حبسها ثلاثة أيام، فإن جاء المالك و إلا باعها- و فى اشتراط الحاكم اشكال- و تصدق بثمانها و ضمن، أو احتفظه و لا فى (١) التحرير ما معناه: لا يجوز أخذ الضوال من العمران ممتنعه أو لا، فإن أخذها أمسكها لصاحبها أمانه و عليه نفقتها من غير رجوع، و إن شاء دفعها إلى الحاكم، فإن لم يجده أنفق و رجع بالنفقة (٢). و فى بعض هذه الأحكام بحث.

قوله: (و لو كانت شاه حبسها ثلاثة أيام، فإن جاء المالك و إلا باعها).

الأصل فى ذلك روايه ابن أبى يعفور عن الصادق عليه السلام (٣)، و هى و إن لم تكن صريحه فى الشاه المأخوذه من العمران، إلا أن الجمع بينهما و بين غيرها اقتضى حملها على ذلك.

قوله: (و فى اشتراط الحاكم إشكال).

أى: فى جواز البيع لأخذها، و منشأ الاشكال: من تجويز البيع فى الروايه (٤)، على تقدير عدم مجيء صاحبها، فلا يتوقف على شىء آخر.

و من أن الحاكم ولى الغائب، فلا يجوز التصرف فى ماله بدون إذن الحاكم، و الأول أقوى، و إن كان الاحتياط استئذانه.

قوله: (و تصدق بثمانها و ضمن).

كذا أطلق الأصحاب، و ليس فى الروايه (٥) ذكر الضمان، و يشكل على تقدير كون العين أمانه الضمان هنا.

قوله: (أو احتفظه و لا ضمان).

ص: ١٤٣

١- ١) كذا فى «م»: «و» و «ق» و الحجرى.

٢- ٢) التحرير ١٢٥: ٢. [١]

٣- ٣) التهذيب ٣٩٧: ٦ حديث ١١٩٦.

٤- ٤) المصدر السابق.

٥- ٥) التهذيب ٢٩٧: ٦ حديث ١١٩٦.

ضمان، و فى الصدقه بعينها أو قبل الحول بئمنها اشكال. و يجوز التقاط الكلاب المملوكه، و يلزم تعريفها سنه ثم ينتفع بها إن شاء و يضمن السوقيه.

و يستحب الإشهاد على أخذ الضاله.

لأن البيع جائز، فيكون قبض الثمن مأذونا فيه شرعا، و هل العين كالثمن أمانه؟ قال فى الدروس: نعم (1). و كلاهما مشكل، لأنه إذا كان الأخذ ممنوعا منه كان عدوانا، و العدوان يقتضى الضمان، و تجوز البيع لا يقتضى عدم الضمان.

قوله: (و فى الصدقه بعينها أو قبل الحول بئمنها اشكال).

هنا مسألتان:

أ: المأمور به فى الحديث الصدقه بالثمن، فهل تجوز الصدقه بالعين؟ فيه إشكال، ينشأ: من عدم التفاوت بين الصدقه بالعين و الثمن، و من الوقوف عند مورد النص، و الثانى أقوى.

ب: هل تجوز الصدقه بالثمن قبل التعريف حولا، أم لا؟ فيه إشكال، ينشأ: من أن ظاهر الروايه الصدقه بالثمن بعد البيع، فلا يتوقف على أمر آخر. و من عموم وجوب التعريف فى اللقطه، و لأنه أقرب إلى وصول المال إلى مستحقه، و لأنه ربما كان فائده البيع و التصديق بالثمن ذلك دون التصديق بالعين، و الأصح الأول، عملا بإطلاق الروايه، و لا دليل على تقييدها بدليل التعريف، إذ لا أولويه بين تقييد هذه أو تخصيص ذلك، و لا ريب أن التعريف أحوط.

ص: ١٤٤

و لو التقط الصبى أو المجنون الضاله انتزعه الولي و عرفه سنه، فإن لم يأت المالك تخير مع الغبطه فى إبقائها أمانه، و تمليكه مع التضمين.

و إذا لم يجد الآخذ سلطانا ينفق أنفق و رجع على اشكال، و يتقاص مع المالك لو انتفع بالظهر و قوله: (و لو التقط الصبى أو المجنون الضاله انتزعه الولي).

يجب على الولي ذلك- كما يجب عليه حفظ مالهما- و عدم تمكينهما منه، لما أنهما لا يؤمنان على عدم إتلافه.

قوله: (و إذا لم يجد الآخذ سلطانا و أنفق رجع على إشكال).

أى: أخذ اللقطه إذا لم يجد سلطانا ليسلم اللقطه إليه أو يستأذنه فى الإنفاق، فلا ريب فى وجوب الإنفاق عليه لوجوب الحفظ، و لا يتم إلا به.

و فى استحقاق الرجوع إشكال، ينشأ: من أنه إنفاق على مال الغير بغير إذنه فىكون تبرعا، و من أن إيجابه شرعا يقتضى حصول الاذن من الشارع، فإذا أنفق بنيه الرجوع استحق الرجوع، و هو الأصح- و لا يشترط الاشهاد- و به صرح المصنف فى المختلف (١)، و هو قول الأكثر (٢)، و الأول قول ابن إدريس (٣).

نعم لو نوى التملك ثم أنفق لم يستحق الرجوع، قاله فى التذكرة (٤)، و هو جيد إن صح تملكه، و إلا ففى عدم استحقاق الرجوع إذا نواه علما منه بعدم صحه التملك نظر.

قوله: (و يتقاص مع المالك لو انتفع بالظهر و شبهه).

ص: ١٤٥

١- ١) المختلف ٢: ٤٥٢.

٢- ٢) منهم المفيد فى المقنعه: ٩٩، و الطوسى فى النهايه: ٣٢٤، و المحقق فى الشرائع ٣: ٢٩٠.

٣- ٣) السرائر: ١٨١.

٤- ٤) التذكرة ٢: ٢٦٩. [١]

شبهه. و الضالاه أمانه مده حول التعريف، فإن قصد بعده التملك ملك و ضمن، و الا فلا إلا مع التفريط.

و لو قصد التملك ثم نوى الحفظ، أو قصد الحفظ ثم نوى التملك ضمن بقصد التملك فيهما.

الفصل الثالث: في لقطه الأموال

إشاره

الفصل الثالث: في لقطه الأموال: و فيه مطلبان:

الأول: في الأركان

إشاره

الأول: في الأركان: و هي ثلاثه:

الأول: الالتقاط

الأول: الالتقاط: و هو عباره عن أخذ مال ضائع للتملك بعد التعريف حولا أو للحفظ على المالك، و هو مكروه و إن وثق من قال الشيخ: إن الركوب للظهر و الحمل و اللبن و الخدمه يكون بإزاء النفقه (١). و ما اختاره المصنف من اعتبار قدر كل منهما و التقاص هو الأصح، فإن فضل لأحدهما شيء رجع به.

قوله: (الفصل الثالث: في لقطه الأموال: و فيه مطلبان: الأول في الأركان، و هي ثلاثه: الأول الالتقاط، و هو عباره عن أخذ مال ضائع للتملك - بعد التعريف حولا - أو للحفظ على المالك).

لا ريب أن ضياع المال عن مالكة معتبر في اللقطه، و مقتضى قوله:

للتملك بعد التعريف). أنه لو أخذه لأحد الأمرين لا يكون لقطه، و ليس بجيد، لأنه لو أخذه للتملك مطلقا يضمنه و يأثم، ثم إذا عرفه ملكه على الأقرب عند المصنف، على ما سيأتي ان شاء تعالى، و لو أخذه ذاهلا فهو ملتقط (٢).

قوله: (و هو مكروه و إن وثق من نفسه).

ص: ١٤٤

١ - ١) النهاية: ٣٢٤.

٢ - ٢) ورد بعد لفظ ملتقط في «ق» في الهامش مع علامه (صح)، و في «م» في الهامش أيضا مع (منه مد ظله): و لا يرد على عكسه

أيضاً ما دون الدرهم و ما أخذ لا يقصد شيء.

نفسه إن كان في غير الحرم، وفيه يحرم على رأى ولا يحل تملكه وإن عرف طويلاً. ويستحب الأشهاد، فيعرف الشهود بعض الأوصاف لتحصيل فائده الإشهاد.

و لو علم الخيانه حرم لإطلاق الأخبار (١) بالنهى عن أخذ اللقطه، إلا- مع تحقق التلف، و الظاهر أن المراد بالتحقق: الظن الغالب المستفاد من القرائن.

قوله: (و فيه يحرم على رأى و لا يحل تملكه و إن عرفت طويلاً).

هذا هو المشهور و الأصح، للأخبار الصريحه (٢) فى ذلك، و يحكى عن ظاهر عباره ابن البراج جواز أخذ ما نقص عن الدرهم فى الحرم (٣)، و هو ضعيف. و لا فرق فى ذلك بين القليل و الكثير، نص عليه فى التذكره (٤)، و هو المختار.

قوله: (يعرف الشهود بعض الأوصاف).

لا جميعها، حذرا من شياخ خبرها، فيطلع على صفاتها من لا يستحقها، فيدعيها و يذكر الوصف، أو يواطئ الشهود الذين عرفوا صفاتها فيأخذها (٥) بشهادتهم.

قوله: (و لو علم الخيانه حرم الالتقاط)

ص: ١٤٧

-
- ١- (١) الفقيه ٣: ١٨٦، حديث ٨٣٩، التهذيب ٦: ٣٩٠، حديث ١١٦٦.
 - ٢- (٢) التهذيب ٣٩٥، ٦: ٣٩٠، حديث ١١٩٠، ١١٦٧.
 - ٣- (٣) ذهب إليه فى كتابه الكامل، كما نقله عنه فى المختلف: ٤٤٨، راجع أيضا: إيضاح الفوائد ٢: ١٥٠.
 - ٤- (٤) التذكره ٢: ٢٥٤. [١]
 - ٥- (٥) فى «م» و «ق»: وحدها، و ما أثبتناه. من مفتاح الكرامه ١٤٦: ٦، و [٢] هو الصحيح.

الالتقاط، و لو خاف ففى الجواز نظر. و يحصل الالتقاط بالأخذ لا- بالرؤية و إن اختصت بغير الملتقط إذا أعلمه بها. و لو قال:ناولنيها:فإن نوى الأخذ لنفسه فهى له،و إلا فلأمر على لأن الأخذ الذى يكون وسيله إلى الحرام حرام.

قوله: (و لو خاف،ففى الجواز نظر).

أى:لو لم يكن قاطعا بالخيانة للقطه،لكن خاف على نفسه حصولها بعد ذلك،ففى تحريم الالتقاط نظر،ينشأ:من أن الأصل جواز الالتقاط و المانع الذى هو الخيانة غير معلوم،و من أن الخوف من الوقوع فى المحرم الموجب للنار يجب دفعه باجتناح ما يقتضيه،و لأن الأمانه لا تليق بمن لا يثق من نفسه،و التحريم أولى.

قوله: (لا بالرؤية و إن اختصت بغير الملتقط إذا أعلمه بها).

أى:لا- يحصل الالتقاط بالرؤية و إن اختصت بغير الملتقط:بأن كان هو الرائي فأعلم الآخر بها فالتقطها،فان الحكم منوط بالالتقاط و إن تسبب عن رؤيه الآخر و إعلامه.

و لا- يخفى ما فى عبارته من التعقيد،فان الاختصاص بالرؤية مع تجدد رؤيه الآخر غير مستقيم،و كلمه (إذا)غير واقعه الموقع،و ضمير(بها)ليس له مرجع معين فى عبارته،و لو قال:و إن سبق غير الملتقط برؤيه العين فأعلمه فأخذها،لكان أولى.

قوله: (و لو قال:ناولنيها،فإن نوى الأخذ لنفسه فهى له،و إلا فلأمر[على] (1)إشكال)

ص: ١٤٨

١- ١) ما بين المعقوفتين لم يرد فى «م» و«ق»، و أثبتناه من خطبه القواعد.

إن نوى الأخذ لنفسه فهو الملتقط حقيقه، وإن نوى أخذها للآمر، فهل يقع الأخذ له؟ فيه إشكال، ينشأ: من أن المقتضى لتملك المباحات هو الحيازه، والحائز هو الأخذ، فيكون الاستحقاق له، ولا يخرج بأخذها للآمر عن كونه مستحقا، كما لا يخرج المالك عن كونه مالكا بقصد كون الملك للغير، ولتعليق أحكام الالتقاط في النصوص (1) على الأخذ، فيكون التملك مختصا بالأخذ.

و من أن الملك لم يحصل بعد، فإذا نوى الأخذ عن غيره كانت اليد لذلك الغير، فيكون هو الأخذ، فيكون الملك له.

و تحرير البحث يتم بتحقيق أن الالتقاط و حيازه المباحات هل تقبل النيابة أم لا-؟ و يبنى ذلك على أن تملك المباحات هل يشترط فيه مع الحيازه النيه - و هى القصد إلى التملك - أم يثبت بمجرد حيازتها؟ يحتمل الأول، لأنه لولاه لملك الصائد الدرهم فى جوف السمكه مع الجهل بها، و هو باطل.

و فيه نظر، لأن المانع أن يمنع صدق الحيازه هنا، لأن المحوز هو السمكه و ما فى بطنها لا يعد محوزا شرعا و لا عرفا و لا لغه (2)، كما لو أخذ النائم الشيء، فعلى هذا يقال: لا بد من قصد الحيازه، أما قصد التملك فلا يشترط.

و ينبغى أن يقال: لا بد من أن لا يقصد بالأخذ عدم التملك، فلو حول حجرا أو شجرا - مثلا - مباحا فى الطريق من جانب إلى آخر، قاصدا بذلك تخيله الطريق و نحو ذلك، فدخوله فى ملكه بمجرد هذا مستبعد جدا. و مثله ما

ص: ١٤٩

١- ١) الفقيه ٣: ١٨٦ باب اللقطه و الضاله، التهذيب ٦: ٣٨٩ باب اللقطه و الضاله.

٢- ٢) قال السيد العاملى: و ما فى مقامين من جامع المقاصد من منع صدق الحيازه هنا لان المحوز هو السمكه و ما فى بطنها لا يعد محوزا شرعا و لا عرفا و لا لغه. ففى محل اللغه فتأمل. مفتاح الكرامه ٦: ١٤٧. و [١] راجع أيضا: الصحاح (حوز) ٣: ٨٧٥.

الثانى: الملتقط: و هو كل من له أهليه الكسب و إن خرج عن التكليف، أو كان عبدا، أو كافرا، أو فاسقا، نعم يشترط فى لقطه الحرم العدالة. لو نحى المال الضائع من جانب إلى آخر، فإنه ينبغى أن لا- يكون ملتقطا و إن ضمن مال الغير، لإثبات اليد عليه على إشكال فى هذا.

و كيف كان فالقول بقبول الالتقاط النيايه قوى، و الحكم بالملك مع قصد عدمه فى المباحات، بحيث يكون قهريا بعيده، و يؤيده ظاهر قوله عليه السلام: «لكل امرئ ما نوى» (١).

قوله: (و هو كل من له أليه التكبس، و إن خرج عن التكليف أو كان عبدا أو كافرا أو فاسقا؟ نعم يشترط فى لقطه الحرم العدالة).
لما لم يصح تملك لقطه الحرم بحال، لم يكن أخذها كسبا، بل مجرد حفظ، و الفاسق ليس أهلا لحفظ مال الغير، فإن أخذها لم تكن له أولويه على حفظها، بل ينتزعها منه الحاكم و يحفظها بما يراه.

و على القول بتحريم أخذها، فى الفرق بين العدل و الفاسق نظر، لأن العدل و إن كان أهلا للأمانه، إلا أن الأخذ محرم عليه، و إذا كان حراما، فكيف يكون أمينا؟ و كيف يتصور جواز إدامه اليد عليها؟ و الذى ينساق إليه النظر- على تقدير التحريم- جواز انتزاعها من العدل للحاكم و إن جاز له ائتمانه عليها، فيزول التحريم حينئذ مع بقاء وصف العدالة، و يكون هذا القدر هو الفرق بين العدل و الفاسق، أو جواز الأخذ للعدل على قصد الحفظ دائما، كما ذكره فى التذكرة (٢).

و قد صرح فى الدروس بأن أربعة لا يجوز لهم أخذ لقطه الحرم: العبد

ص: ١٥٠

١- ١) صحيح البخارى ٢: ١، مسند أحمد ٢٥: ١.

٢- ٢) التذكرة ٢٥٢: ٢. [١]

ثم للعدل أن يحفظ اللقطة، بنفسه أو يدفع الى الحاكم، وغيره يتخير الحاكم بين انتزاعه منه و بين نصيب رقيب الى أن تمضى مدته التعريف. ثم إن اختار الفاسق أو الكافر التملك دفعه الحاكم اليه، وإلا فالخيار للملتقط حينئذ إن شاء أبقاه فى يد الحاكم أمانه أو غيره، وليس للحاكم مطالبه الفاسق بعد الحول بكفيل.

و الصبى و المجنون و الفاسق، لأنها أمانه محضه (١). و ينبغى إضافه السفیه إليهم.

قوله: (و غيره يتخير الحاكم بين انتزاعه منه، و بين نصيب رقيب الى أن تمضى مدته التعريف).

الغرض من الرقيب أن يشرف عليها لئلا يتصرف فيها، و يتولى تعريفها لئلا يخل به، لأنه لا أمانه له، كذا ذكره فى التذكرة، و قال أيضا: إن ضم المشرف إليه على جهه الاستظهار و الاستحباب دون الإيجاب (٢).

و قال فى التحرير: لم أقف لعلمائنا على نص فى انتزاع اللقطتين من يد الفاسق، أو ضم حافظ إليه مدته التعريف (٣). و المراد باللقطتين: لقطه الحيوان، و لقطه الأموال، و ما ذكره فى التذكرة هو المختار، عملا بالأصل و تمسكا بظاهر حال المسلم.

و ربما كان للفاسق أمانه، و الالتقاط فى معنى الاكتساب لا استئمان محض، فلا يعرض الحاكم، و هذا إذا لم يعلم خيانتة فيها، فان علمت و جب

ص: ١٥١

١ - ١) الدروس: ٣٠٤، علما بأن ما فى الدروس لم يعد العبد من الأربعة و ذكر بدله الكافر. و قال السيد العاملى فى المفتاح ١٤٨: ٦: و سها فى جامع المقاصد - كما فى نسختين منه - فيما حكاه عن الدروس من عدم جواز العبد.

٢ - ٢) التذكرة ٢: ٢٥٢. [١]

٣ - ٣) التحرير ٢: ١٢٧. [٢]

أما الصبي و المجنون فللولي نزع من يدهما و تمليكهما إياه بعد مده التعريف، و يتولاه الولي أو أحدهما. و لو أتلفه الصبي ضمن، و لو تلف في يده فالأقرب ذلك، لأنه ليس أهلا للأمانه، و لم يسلطه المالك عليه بخلاف الإيداع. إما انتزاعها منه، أو ضم مشرف إليه من باب الحسبه، و هو مقرب التذكره (١).

قوله: (أما الصبي و المجنون، فللولي نزع من يدهما).

يجب على الولي انتزاعها من يد الصبي و المجنون، لأنهما ليسا من أهل الامانه، و لا- من أهل حفظ ملكهما، و اللقطه في معنى المملوك، فكما يجب على المولى أخذ مالهما من أيديهما و يحرم تمكينهما منه خوف إتلافه، فكذا يجب انتزاع اللقطه، و مع التقصير و التلف يضمن، كما سيأتي قريبا ان شاء الله تعالى.

قوله: (و يتولاه الولي أو أحدهما).

أما الولي فظاهر، لقيامه مقام كل منهما، و أما أحدهما فلتمكنهما من تملك المباحات، و هذا في معناها.

قوله: (و لو أتلفه ضمن).

أى: لو أتلف الصبي أو المجنون المال الملتقط المحدث عنه في قوله (فللولي نزع). ضمن في ماله، لأن الإلتلاف يقتضى الضمان.

قوله: (و لو تلف في يده فالأقرب ذلك، لأنه ليس أهلا للأمانه، و لم يسلطه المالك عليه بخلاف الإيداع).

محصل ما بين به الشارح وجه القرب يرجع الى أن الصبي و المجنون لهما أهليه الاكتساب و ليس لهما أهليه الأمانه، فيكون التقاطهما اكتسابا محضا لا

ص: ١٥٢

و لو قصر الولي فلم ينتزعه حتى أتلفه الصبي أو تلف فالأقرب تضمين استئمان فيه، فإذا تلفت العين في يد أحدهما كانت مضمونه.

و ربما يقال: لا بعد فيه، كمن التقط بنيه التملك من أول الأمر فيدهما من أول الأمر يد ضمان، وفيه نظر من وجهين:

الأول: إنه وإن لم يكن أهليه الأمانة لا يلزم الضمان بالتلف إلا من جهتهما.

فإن قيل: إثبات يديهما على المال غير مأذون فيه من المالك فيكون يد عدوان؟ قلنا: لا شيء من أيدي الملتقطين مأذون فيه من المالك، وإنما الأذن من الشارع لكل ملتقط، والصبي والمجنون داخلان.

فإن قيل: فيكونان مستأمنين شرعا.

قلنا: لا يلزم من الأذن ذلك، ولهذا يجب على الولي انتزاع العين من أيديهما، فالمستأمن في الحقيقة هو الولي.

أما أصل إثبات اليد فإنه بإذن الشارع، ولما امتنع تكليفهما امتنع إيجاب التسليم عليهما للولي، فانحصر الوجوب في طرف الولي إذا علم بالالتقاط، فلا فرق حينئذ بين لقطتهما وإيداعهما، فلا يستقيم قول المصنف بخلاف الإيداع، أي: إيداعهما الذي اقتضى تسليط المالك، وقد اعترف المصنف بخلاف في التذكرة بعدم الفرق بينهما.

الثاني: إن أيديهما لو كانت يد ضمان لوجب أن تكون يد الولي كذلك، لأنه قائم مقامهما في إثبات اليد، ويده مبنية على يديهما، ولا يلزم من أمر الشارع إياه بالأخذ زوال الضمان الذي كان، والأصح عدم الضمان.

قوله: (و لو قصر الولي فلم ينتزعه حتى أتلفه الصبي أو تلف

الولى. و للعبد أخذ اللقطتين، فإن عرف حولا ثم أتلّفها تعلق الضمان برقبته يتبع به بعد العتق، و كذا لو لم يعرف. و لو علم المولى و لم ينتزعها ففى تضمينه إشكال ينشأ: من تفريطه بالإهمال إذا لم يكن أمينا، و من عدم الوجوب بالأصل. فالأقرب تضمين الولى).

وجه القرب: إن حفظ أموال الصبى واجب على الولى، فإذا تركها فى يده فقد عرضها للتلف فىكون مفرطا، و كلما تلف من الأمانه فى حال تفريط الأمين فى حفظها فهو مضمون عليه لا محاله. و يحتمل ضعيفا العدم، لأنه لم يدخل فى يده، و هو ليس بشىء.

قوله: (و للعبد أخذ اللقطتين).

أى لقطه الحيوان، و لقطه الأموال.

قوله: (فإن عرف حولا ثم أتلّفها تعلق الضمان برقبته يتبع به بعد العتق، و كذا لو لم يعرف).

إطلاق تعلق الضمان برقبه العبد فيما يتبع به بعد العتق لا يخلو من تسامح، فإن ذلك يتعلق بذمته.

قوله: (و لو علم المولى فلم ينتزعها ففى تضمينه إشكال ينشأ: من تفريطه بالإهمال إذا لم يكن أمينا، و من عدم الوجوب بالأصل).

الضمان مشكل، لأن الغرض أن السيد لم يأذن له فى الالتقاط لتكون يده يد السيد، و فى الدروس: لو كان غير مميز اتجاهه ضمان السيد (1). و هذا أيضا فيه نظر، فإنه لا يجب على السيد انتزاع مال الغير من يد عبده، اللهم إلا أن يقال: هو بمنزله الدابة التى يجب منعها من إتلاف مال الغير و ما عداه.

ص: ١٥٤

و لو اذن له المولى فى التملك بعد التعريف، أو انتزاعها بعده للتملك ضمن السيد.

و لو انتزاعها السيد قبل مده التعريف لزمه إكماله، فإن تملك أو تصدق ضمن و إن حفظها للمالك فلا ضمان.

و لو أعتقه المولى قال الشيخ: للسيد أخذها لأنه من كسبه، و الوجه ذلك بعد الحول. فالأصح انه إن لم يأذن له المولى فى الالتقاط، و لا فى التملك لا ضمان على المولى بالتلف فى يد العبد، و إن أذن فى الالتقاط و لم يكن العبد أميناً ضمن السيد بالتلف إذا قصر فى الانتزاع، و مع عدم التقصير نظر، لأن يد العبد يد السيد، و غير الأمين لا يجوز تسليطه على مال الغير بدون اذن المالك، و فى حكم الاذن رضاه بعد الالتقاط.

قوله: (و لو اذن له المولى فى التملك بعد التعريف).

لو لم يأذن له فى الالتقاط، و اذن له فى التملك و لم يجر التملك فى التذكرة: الأقوى تعلق الضمان بالسيد، لأنه أذن فى سبب الضمان، فأشبه ما لو اذن له فى أن يسوم شيئاً فأخذه و تلف فى يده (١).

قوله: (و لو أعتقه المولى قال الشيخ: للسيد أخذها، لأنها من كسبه (٢)، و الوجه ذلك بعد الحول).

أى: بعد حول التعريف، أى: و الوجه أنها للسيد بعد حول التعريف، أى: إن كان العتق بعد حول التعريف لا قبله، و هو المفهوم من كلام المصنف و إن لم يصرح، به و إلا لم يكن بين كلامه و كلام الشيخ فرق، لأنها قبل الحول أمانه و ولايه، و ليس للسيد بعد العتق أخذ الأمانه (٣) التى فى يد العبد بعد

ص: ١٥٥

١ - ١) التذكرة ٢: ٢٥٤. [١]

٢ - ٢) فى «م»: الأمانات.

٣ - ٣) المبسوط ٣: ٣٢٦.

الثالث: اللقطة: و هي كل مال ضائع أخذ ولا يد لأحد عليه، فإن كان في الحرم وجب تعريفه حولاً، فإن لم يوجد المالك تخير بين الصدقة به و في الضمان قولان، عتقه.

أما بعد الحول فإنها كسب محض، لأنها إما مملوكة أو في حكم المملوكة، لا يمكن تملكها في كل آن إن وقفنا تملكها بعد التعريف على قصد التملك. و ينبغي أن يكون هذا كله إذا لم يكن الالتقاط بإذن السيد، أما إذا كان بإذنه فإن الالتقاط له و اليد يده. ثم في كلام المصنف نظر، لأن اللقطة بعد الحول ليست أمانه محضه و إنما هي كسب.

نعم يجب التعريف ليصح التملك، و العبد لا يقدر على شيء، و يده يد السيد إذا أذن أو رضى، و حيث ثبت استحقاق اللقطة للسيد من حين الالتقاط وجب استصحاب هذا الحكم، فلا يزول بالعتق كما لا يزول غيره من الحقوق، و الأظهر قول الشيخ و عليه الفتوى.

قوله: (الثالث: اللقطة، و هي كل مال ضائع أخذ، و لا يد لأحد عليه. فإن كان في الحرم وجب تعريفه حولاً، فإن لم يوجد المالك تخير بين الصدقة به. و في الضمان قولان).

أحدهما: العدم، و هو قول المفيد (١) و جماعه (٢)، لأنه مأمور بالصدقة فلا ضمان عليه بفعلها.

و الثاني: الضمان، و هو أحد قولى الشيخ (٣) و جماعه (٤)، و هو الأصح، لأن يده يد ضمان، لأنه عاد بالأخذ، و لروايه على بن أبى حمزه، عن الكاظم

ص: ١٥٦

١-١) المقنعه: ٩٩.

٢-٢) منهم ابن حمزه فى الوسيله: ٣٢٤، و [١] الشيخ فى النهايه: ٣٢٠، و [٢] سلار فى المراسم: ٢٠٦.

٣-٣) المبسوط ٣: ٣٢١، الخلاف ٢: ١٣٩، مسأله ١٢ كتاب اللقطة.

٤-٤) منهم: ابن الجنيد كما فى المختلف: ٤٤٨، و ابن إدريس فى السرائر: ١٧٨.

و بين الاحتفاظ و لا ضمان. و إن كان في غير الحرم: فإن كان دون الدرهم ملكه من غير عليه السلام: «فيتصدق به على أهل بيت من المسلمين، فإن جاء طالبه فهو له ضامن» (١).

و لا يضر ضعف السند، لانجباره بعمل الأصحاب و بباقي الدلائل، و لا منافاه بين الأمر بالصدقه و الضمان. و هذا إذا أخذ المال على قصد الالتقاط، فإن أخذه على قصد الحفظ للمالك فالذى يحضرني أن المصنف في التذكرة قال: إن جواز أخذها على هذا القصد جائز و ادعى عليه الإجماع (٢)، فعلى هذا هل يضمن بالصدقه أم لا؟ ينبغي الضمان.
قوله: (و بين الاحتفاظ و لا ضمان).

لأنه محسن و ما عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ (٣)، و هذا إذا كان أخذه لها على قصد الحفظ واضح، فأما إن أخذها على قصد الالتقاط فكيف تكون يده يد امانه، مع انه عاد بأخذها؟ و يمكن أن يقال: إن الالتقاط لا يقتضى التملك جزماً، و لهذا لا يملك لقطه غير الحرم بعد التعريف إلا بالبينه أو اللفظ على الخلاف، و لا يدخل في ضمانه من أول الأمر، لأن مجرد أخذ اللقطه لا ينافى الحفظ دائماً، فحينئذ تكون لقطه الحرم غير مناف للحفظ و الامانه و إن حرم من حيث أن الالتقاط اكتساب.
و يشكل على هذا كون الأخذ محرماً فكيف يكون أمانه؟ قوله: (ملكه من غير تعريف).

ص: ١٥٧

١- ١) التهذيب ٣٩٥: ٦ حديث ١١٩٠.

٢- ٢) التذكرة ٢: ٢٥٦. [١]

٣- ٣) التوبه: ٩١. [٢]

تعريف و لو وجد المالك فالأقرب الضمان، و إن كان أزيد من ذلك وجب تعريفها حولاً، ثم إن شاء تملك أو تصدق و ضمن فيهما، و إن شاء احتفظها للمالك و لا ضمان.

في عباره ابن إدريس: إنه يباح له (١).

فرع: لو كانت الشاه و غيرها من الضوال التي يجوز التقاطها و تملكها قيمتها دون الدرهم، هل يجوز تملكها من غير تعريف، كما في دون الدرهم من العروض و الأثمان، أو ما يجب تعريفه من الضوال لا يفرق فيه بين القليل و الكثير عملاً بالإطلاق، و لانفراد كل من الأموال و الضوال عن الآخر في الأحكام، فلا يجرى حكم القليل من الأموال على الضوال؟ الظاهر الثاني.

قوله: (و لو وجد المالك فالأقرب الضمان).

وجه القرب: إنه تصرف في ملك المالك بغير اذنه فيضمنه، و لعموم قوله عليه السلام: «إذا جاء طالبه رده اليه» (٢). و قال الشيخ (٣)، و أبو الصلاح: لا يضمن لثبوت الملك شرعاً فلا عوض (٤)، و الضمان قوى (٥).

إذا تقرر ذلك فما الذي يجب رده على المالك أ هو العين مع بقائها، أم القيمة؟ كل منهما محتمل، و عباره الكتاب ظاهره في رد القيمة مطلقاً.

و المفهوم من عباره التذكرة وجوب رد القيمة إذا نوى التملك و إن بقيت العين، و إن لم ينو رد العين (٤). و هذا يؤذن بأن التقاط القليل ليس بمنزله حيازه سائر المباحات تملك بمجرد الحيازه، بل لا بد من نيه التملك كالكثير

ص: ١٥٨

١- (١) السرائر: ١٧٨.

٢- (٢) الكافي ٥: ١٣٩ حديث ١٠، [١] التهذيب ٦: ٣٩٢ حديث ١١٧٥.

٣- (٣) النهاية: ٣٢٠.

٤- (٤) الكافي في الفقه: ٣٥١.

٥- (٥) في «ق»: أقوى.

٦- (٦) التذكرة ٢: ٢٦٢. [٢]

و يكره التقاط ما تقل قيمته و تكثر منفعته كالعصا، و الشظاظ، و الوتد، و الحبل، و العقال، و شبيهها. و أخذ اللقطه مطلقا مكروه، و يتأكد للفاسق، و أكد منه المعسر.

و يستحب بعد التعريف، و فيه تردد.

و الفرق ظاهر (1) فإن أخذ الكثير لما لم يصلح لكونه سبب الملك، لا يشترط التعريف، و جب لحدوث الملك وجود سبب، لا امتناع انتقال الملك من مالك الى آخر بغير سبب ناقل، بخلاف القليل فإنه لا مانع من كون حيازته سببا للملك.

ثم انه لا منافاه بين وجوب رد العين و حصول المالك، لا إمكان كون الملك متزلزلا، أو حدوث التزلزل له بوجود الملك، كالبيع قبل القبض إذا اجتمعت أسباب لزومه ثم حدث فيه عيب.

و الذى يقتضيه الدليل وجوب رد العين مع بقائها، لعموم الحديث، و اختاره فى الدروس و مع التلف فضمامان القيمه متجه، لأن تملكه و جواز تصرفه لا يقتضى انقطاع حق المالك من العين بالكلية.

قوله: (و يكره التقاط ما تقل قيمته و تكثر منفعته كالعصا، و الشظاظ، و الوتد، و الحبل، و العقال).

الشظاظ بالكسر: خشبه محدوده الطرف تدخل فى عروق الجواليق لتجمع بينهما عند حملها على البعير، و الجمع اشظه. و العقال بالكسر: حبل تشد به قائمه البعير، و الوتد بكسر وسطه.

قوله: (و يستحب الاشهاد).

ص: ١٥٩

١-١) فى «م»: واضح.

المطلب الثاني: فى الأحكام

إشاره

المطلب الثانى: فى الأحكام: وهى أربعه:

الأول: التعريف

الأول: التعريف: وهى واجب و إن لم ينو التملك سنه من حين الالتقاط، و زمانه النهار دون الليل.

و لا- يجب التوالى، بل يعرف كل يوم فى الابتداء، ثم كل أسبوع ثم كل شهر بحيث لا ينسى انه تكرر لما مضى. و إيقاعه عند اجتماع قد سبق ذكر هذا أول الفصل.

قوله: (المطلب الثانى فى الأحكام: وهى أربعه:

الأول: التعريف واجب و إن لم ينو التملك).

لأن إيصال المال الى مالكة لا يكون بدون التعريف، و أسقط الوجوب فى المبسوط إذا نوى الحفظ.

قوله: (و لا يجب التوالى، بل يعرف كل يوم فى الابتداء. ثم كل أسبوع، ثم كل شهر).

مقتضى قوله: (ثم كل أسبوع) أن يعرف كل يوم إلى سبعة أيام، لأن الظاهر أن المراد أسابيع الشهر، فلاكتفاء بتعريف واحد فى الأسبوع إنما يكونه فى الأسبوع الثانى. و كذا قوله: (ثم كل شهر) يقتضى أن يكون الشهر الأول مستوعبا بالأيام ثم بالأسابيع، فيكون الاكتفاء بتعريف فى مجموع الشهر إنما يكون فى الشهر الثانى.

قوله: (بحيث لا ينسى أنه تكرر لما مضى).

لا- محصل للتقييد بهذه الحيشه، لأن التعريف الذى ذكره إن كان بحيث لا- ينسى كون الثانى منه تكرر لما مضى فلا معنى للتقييد، و إن لم يكن كان غير

الناس و ظهورهم كالغدوات و العشيات و أيام المواسم، و المجتمعات كالأعياد و أيام الجمع و دخول القوافل. و مكانه: الأسواق، و أبواب المساجد، و الجوامع، و مجامع الناس و يتولاه بنفسه و نائبه و أجيده، معتبر، أو كان القيد غير صحيح. و لو قال: عرفه سنه على وجه لا ينسى أن الثاني تكرر لما مضى، و نحوه لكان له وجه.

و يمكن أن يكون أشار بالحيثه إلى معنى آخر، و هو أن المذكور بخصوصه غير واجب، فكأنه قال: إن الواجب التعريف بهذا و ما جرى مجراه، و الضابط كونه بحيث لا ينسى إلى آخره.

و فى التذكرة قال: إنه يعرف فى الابتداء فى كل يوم مرتين فى طرفى النهار، ثم فى كل يوم مره، ثم فى كل أسبوع مره أو مرتين، ثم فى كل شهر بحيث لا ينسى كونه تكرر لما مضى. ثم قال: و بالجمله فلم يقدر الشرع فى ذلك سوى المده التى قلنا انه لا يجب شغلها به، فالمرجع حينئذ فى ذلك إلى العاده (١).

و قال فى الدروس: ينبغى أن يعرف كل يوم مره أو مرتين من الأسبوع الأول، ثم فى الأسبوع مره، ثم فى الشهر مره، و الضابط أن يتابع بينهما بحيث لا ينسب اتصال الثاني بمتلوه (٢)، و هذا مشير إلى ما قلناه.

و قال فى التذكرة: ينبغى المبادره إلى التعريف من حين الالتقاط، لأن العثور على المالك فى ابتداء الضياع أقرب (٣)، و الظاهر أن ذلك على طريق الوجوب كما صرح به بعد ذلك.

قوله: (و يتولاه بنفسه و نائبه و أجيده).

لا يجب أن يتولى التعريف بنفسه، لأن الغرض الاشهاد و الإعلان،

ص: ١٦١

١-١) التذكرة ٢:٢٥٨. [١]

٢-٢) الدروس: ٣٠٢.

٣-٣) التذكرة ٢:٢٥٨. [٢]

و الأجره عليه و إن نوى الحفظ. و الأقرب الاكتفاء بقول العدل، فيجوز أن يوليه غلامه و مملوكه و أجيده و نائبه. و المراد به الذى لا اجره له، سواء كان عدلا أم لا، لكن لا يركن الى مجرد قول غير العدل، بل لا بد من اطلاعه أو اطلاع من يعتمد على خبره.

قوله: (و الأجره عليه و إن نوى الحفظ).

أى: أجره التعريف على الملتقط، سواء التقط للملك بعد التعريف أو للحفظ أبدا، لأنه حق واجب عليه فتكون أجرته عليه.

و قال فى التذكرة: لو قصد الحفظ حين الالتقاط أبدا فالأقرب أنه لا يجب على الملتقط أجره التعريف، بل يرفع الأمر إلى الحاكم لئذل أجرته من بيت المال، أو يستقرض على المالك، أو يأمر الملتقط بالاقتراض ليرجع، أو يبيع بعضها إن رآه أصلح أو لم يمكن إلا به (١).

و ما ذكره وجيه، لأن ذلك لمحض مصلحة الملك، ولأنه محسن و ما على المُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ (٢) فهو كالإنفاق.

فإن قيل: ليس التعريف لمحض مصلحة المالك، لأنه بعد حصوله يسوغ له التملك و إن لم يقصده فيكون لمصلحته أيضا.

قلنا: المقصود بالذات فى ذلك مصلحة المالك، و مصلحة الملتقط بالتبعيه غير مقصوده، فعلى هذا لو لم يجد الحاكم يمكن أن يقال: يدفع الأجره و يرجع إذا نوى الرجوع.

قوله: (و الأقرب الاكتفاء بقول العدل).

وجه القرب: إن العدل موثوق بخبره، و لأن مثل ذلك مما يعسر إقامه

ص: ١٦٢

١- (١) التذكرة ٢: ٢٥٨. [١]

٢- (٢) التوبة: ٩١. [٢]

ففى وجوب الأجره حينئذ نظر. و يذكر فى التعريف الجنس كالذهب أو البينه عليه، ولأنه بالاستتابة يصير ذا ولايه على ذلك فيقبل قوله. و يحتمل العدم، لأن خبر العدل لا يثمن اليقين، و لم تثبت حجيته شرعا، و فى الاكتفاء قوه و خصوصا مع شهاده القرائن بصدقه.

قوله: (ففى وجوب الأجره حينئذ نظر).

أى: يتفرع على الاكتفاء فى خروج الملتقط من عهده وجوب التعريف بقول العدل الواحد وجوب الأجره عليه، ففى وجوبها نظر.

و لو قرئ: (و فى وجوب الأجره) بالواو كما فى بعض النسخ لكان حسنا، لأن معنى (حينئذ) تفرع النظر فى وجوب الأجره على القول بالاكتفاء بخبر العدل، إذ لو نفينا قبوله لم يكن فى عدم وجوب الأجره بحث.

و منشأ النظر: من أن الاكتفاء بقوله يقتضى وقوع الفعل الذى هو متعلق الأجره، فتجب الأجره لترتبها على وقوعه. و من حيث أن خبره لا ينهض حجه على شغل ذمه الغير بمال و إن قيل فى سقوط التكليف بالنسبه إلى الملتقط الذى لولاه للزم الحرج، و الأصح عدم وجوب الأجره بذلك.

إذا تقرر هذا، فهل يكون الاكتفاء بقول العدل الواحد على كل تقدير، سواء كان بأجره أم لا، بل يقتصر فى قبوله على ما إذا كان متبرعا؟ يحتمل الثانى، لأنه متهم فى خبره إذ يلزم منه إثبات حق له على الغير، ولأنه إذا رد بالنسبه إلى الأجره كان مردودا فى نظر الشارع، فلا يسمع حينئذ فى سقوط التكليف بالتعريف، فيقتصر فى الاكتفاء على قول العدل المتبرع، و يحتمل عدم الفرق. و عدم قبول خبره فى بعض الأشياء لا يقتضى رده، و لا عدم قبوله مطلقا.

قوله: (و يذكر فى التعريف الجنس كالذهب و الفضة).

الفضه، و إن أوغل فى الإبهام كان أحوط بأن يقول: من ضاع له مال أو شىء.

و ينبغى أن يعرفها فى موضع الالتقاط، و لا يجوز أن يسافر بها فيعرفها فى بلد آخر. و لو التقط فى بلد الغربه جاز أن يسافر بها الى بلده بعد التعريف فى بلد اللقطه، ثم يكمل الحول فى أى: ينبغى أن لا يذكر فى التعريف الأوصاف، بل ينبغى له أن يقتصر على الجنس بدليل قوله: (و إن أوغل فى الإبهام كان أحوط) أوغل فى الشىء: إذا أمعن فيه، و إنما كان الإيغال فى الإبهام أحوط، لأنه أبعد أن يدخل عليها بالتخمين، و احفظ لها من ادعاء الكذب.

قوله: (و ينبغى أن يعرفها فى موضع الالتقاط) الحكم على الوجوب لروايه إسحاق بن عمار، عن الكاظم عليه السلام: عن رجل ينزل فى بعض بيوت مكه فوجد نحو من سبعين درهما مدفونه، فلم يزل معه، و لم يذكرها حتى قدم الكوفه كيف يصنع؟ قال:

«يسأل عنها أهل المنزل لعلهم يعرفونها» قلت: فإن لم يعرفوها؟ قال:

«يتصدق بها».

قوله: (و لا يجوز أن يسافر بها فيعرفها فى بلد آخر).

أى: لا يجوز أن يسافر بها من بلده الذى موضع الالتقاط، لتعلق وجوب التعريف به فى ذلك البلد، و للحديث السابق، و لأن الذى يرجى به وصولها الى مالكها غالبا هو التعريف فى موضع الالتقاط، لأن الغالب طلب المالك لها فى موضع الضياع، و لو أراد السفر فوض التعريف الى غيره و لا يسافر بها، ذكره فى التذكرة.

قوله: (و لو التقط فى بلد الغربه جاز أن يسافر بها الى بلده بعد التعريف فى بلد اللقطه، ثم يكمل الحول فى بلده).

بلده. و لو التقط فى الصحراء عرف فى أى بلد شاء، و ما لا بقاء له كالطعام يقومه على نفسه و ينتفع به مع الضمان، و له يبعه و حفظ ثمنه و لا ضمان، أو يدفع الى الحاكم. ثم يذكر مقدار التعريف فى بلد الالتقاط، و لا وقفت على تعيين مقدار منه. و يمكن أن يقال: يجب المقدار الذى يفيد الاشهاد و الإعلان فى بلد الالتقاط، ثم يكمل الباقي فى بلده، إذ من المعلوم أن المره و المرتين فى حكم ما لا أثر له.

قوله: (و لو التقط فى الصحراء عرف فى أى بلد شاء).

إذ لا أولويه لبلد على آخر، و لا يجب أن يغير قصده و يعدل إلى أقرب البلاد الى ذلك الموضع، أو يرجع الى مكانه الذى أنشأ السفر منه. نعم إن اجتازت به قافله عرفها فيهم، صرح بذلك كله المصنف فى التذكرة، و قال بعض الشافعية يعرفها فى أقرب البلدان اليه.

قوله: (و ما لا بقاء له كالطعام يقومه على نفسه و ينتفع به مع الضمان، و له يبعه و حفظ ثمنه و لا ضمان، أو لا يدفع الى الحاكم).

لا ريب أنه إذا دفعه الى الحاكم برىء، لكن إذا أراد تقويمه على نفسه، أو البيع و حفظ الثمن فهل يجب استئذان الحاكم؟ إطلاق العبارة هنا يؤذن بعدم اشتراط الرجوع الى الحاكم.

و فى التذكرة منع من البيع بنفسه، لأنه لا ولايه له فى ذلك، و أطلق جواز الأكل و حفظ الثمن (1). و الفرق مشكل، فأما أن يشترط الرجوع الى الحاكم فيهما، أو لا فيهما.

و لا ريب أنه لا يجوز له إبقاء ذلك، لأنه يتلف فيضمن لتقصيره، و مراجعه

ص: ١٦٥

و لو افتقر بقاؤها إلى العلاج كالرطب المفتقر إلى التجفيف باع الحاكم الجميع أو البعض لإصلاح الباقي. و لو آخر الحول الأول عرف في الثاني، و له التملك بعده على أشكال. الحاكم فيهما أوجه، فإن لم يجده استقل بكل من الأمرين حذرا من تلف العين، و قد صرح بهذا في التذكرة في المسألة التي تلي هذه (١).

قوله: (و لو افتقر بقاؤها إلى العلاج، كالرطب المفتقر إلى التجفيف باع الحاكم الجميع، أو البعض لإصلاح الباقي).

وجوبا حذرا من تلف العين، و يجب على الملتقط رفع الأمر إليه ليعتمد الواجب، و مع عدم الحاكم فليس ببيعد تولى ذلك بنفسه، لأن الإخلال بذلك مفض إلى التلف، و هو ممنوع منه.

قوله: (و لو آخر الحول الأول عرف في الثاني، و له التملك بعده على اشكال).

ينشأ: من أن تملك مال الغير على خلاف الأصل، فيقتصر فيه على موضع اليقين (٢). و من عموم النص: بأن تعريف اللقطة حولا مبيح لجواز تملكها (٣).

و ربما احتج بقول أحدهما عليهما السلام في صحيحه محمد بن مسلم:

«فإن ابتليت بها فعرفها سنه، فإن جاء طالبها و إلا - فاجعلها في عرض مالك» (٤). و وجه الاستدلال: إن الفاء تدل على التعقيب، فيكون جعلها في

ص: ١٦٦

١- ١) المصدر السابق.

٢- ٢) في «م»: التعيين.

٣- ٣) الكافي ١٣٧: ٥، حديث ٢، [١] التهذيب ٣٨٩: ٦، حديث ١١٦١، الاستبصار ٦٧: ٣، حديث ٢٢٥.

٤- ٤) التهذيب ٣٩٠: ٦، حديث ١١٦٥، الاستبصار ٦٨: ٣، حديث ٢٢٥.

الثانى: الضمان: وهى أمانه فى يد الملتقط أبدا ما لم ينو التملك أو يفرط، و لو نوى التعريف و التملك بعد الحول فهى أمانه فى الحول مضمونه بعده. و لو قصد الخيانه بعد قصد الأمانه ضمن بالقصد و إن لم يخزن، بخلاف المودع لتسليط المالك هناك. و لو نوى التملك ثم عزّف سنه فالأقرب جواز التملك، جملة مال الملتقط موقوفا على التعريف الفورى.

و يضعّف بأن اللفظ يدل على أن التعريف معتبر فى التملك، و لا- دلالة له على اشتراط الفور فيه و إن كان الفور مستفادا من الفاء، و لا يلزم من وجوبه اشتراطه، و المتبادر من اللفظ: فإذا عرفتها سنه و لا يجيء طالبها فاجعلها فى عرض مالك، و تقدير شىء زائد لا دليل عليه، و الأصح أن له التملك بعد التعريف.

قوله: (و هى أمانه فى يد الملتقط أبدا ما لم ينو التملك أو يفرط، و لو نوى التعريف و التملك بعد الحول فهى أمانه فى الحول مضمونه بعده).

لأنه يملكها بعد الحول.

قوله: (بخلاف المودع لتسليط الحاكم هناك).

قد سبق فى الوديعه بيان الفرق.

قوله: (و لو نوى التملك، ثم عرف سنه فالأقرب جواز التملك).

أى: لو أخذها بقصد التملك، و عرفها التعريف المعتبر متصلا بالأخذ فيكون قوله: (ثم عرف سنه) لا- يراد منه التراخى على الأخذ، فلا تكون (ثم) على بابها، فالأقرب له أن يملكها.

و وجه القرب حصول المقتضى، و هو الالتقاط و التعريف على الوجه

و بنيه التملك يحصل الضمان و إن لم يطالب المالك على رأى. الأمور به على الفور، و لا مانع إلا ما يتخيل من نيه التملك، و هو لا يصلح للمانع، للأصل، و لا دليل على مانعيته، و هو الأصح.

و يحتمل العدم، لأنه بالنيه المذكوره أخذ مال الغير على وجه لا يجوز، فكان كالغاصب. و يردده إطلاق النصوص، و الضمان لا ينافى جواز التملك مع حصول الشرط.

قوله: (و بنيه التملك يحصل الضمان و إن لم يطالب المالك على رأى).

هذا اختيار ابن سعيد، و قال الشيخ فى المبسوط: إنه يلزم الملتقط الضمان عند مطالبه المالك، لقوله عليه السلام: «فإن جاء صاحبها فليردها، و إلا فهو مال الله يؤتية من يشاء».

و رد بأن المطالبه تقتضى سبق الاستحقاق، و بأن تملك مال الغير بغير إذنه يقتضى الضمان، و فيه نظر، لأن اقتضاء المطالبه سبق الاستحقاق صحيح، لكن لا يلزم منه ثبوت الضمان قبل مجيء المالك، بل غايته أنه إذا جاء المالك فطالب استحق حينئذ.

و تمنع الكليه فى أن كل تملك لمال الغير يقتضى الضمان، ثم ان تملك مال الغير بغير إذنه إن جاز شرعا، و لم يشترط الشارع فيه قبول العوض و جب أن لا- يثبت فى الذمه به عوض، لا لتفاء المقتضى و عدم النص عليه، و الأصل براءة الذمه، و لأنه يبعد ثبوت عوض فى ذمه الغير على وجه القهر مع بقاء العين.

و الذى يقتضيه النظر و يرشد اليه النص: إن العين متى كانت باقيه و ظهر المالك و طالب بها و جب ردها عليه، و لا يبعد فى ذلك بأن يكون ملك الملتقط إياها مترزلا. و إن جاء بعد تلفها و طالب و جب البدل من المثل، أو قيمه يوم التلف، أو يوم المطالبه على احتمال.

الثالث: التملك: وإنما يحصل بعد التعريف حولاً، و نيه التملك على رأى. و رجح فى التحرير قيمه يوم التلف، لوجوب رد العين حينئذ، و قد تعذر فيجب البدل (١).

لا- يقال: لو لم يجب العوض قبل ذلك لم تكن له المطالبة به، لأن العين قد تلفت على وجه غير مضمون لأننا نقول: لا يلزم من وجوب العوض قبل ذلك كون التلف غير مضمون، لإمكان أن يقال: المراد بضمان العين من حين تملكها كون المالك إذا جاء يرد عليه، و مع تعذرهما رد البدل، و هذا كاف فى صدق معنى الضمان.

و الحاصل أن الملتقط يملكها ملكاً مراعى، فيزول بمجىء صاحبها، و هذا أعدل الأقوال، لأن فيه جمعا بين الأدله، و الأصل عدم أمر زائد عليه، و قد اختار المصنف هذا فى التحرير (٢)، و هو قوى متين.

فرع:

على القول بان العوض ثبت فى الذمه بالتملك كالقرض، لو رد العين على المالك فهل يجب القبول؟ قال فى التذكرة: نعم، لأنها لا تقصر عن المثل (٣). و هو مستقيم إذا قلنا: إن القيمى يثبت فى الذمه مثله.

قوله: (و إنما يحصل بعد التعريف حولاً و نيه التملك على رأى).

هذا أحد أقوال الأصحاب، لأنه لا بد من سبب يقتضى نقل الملك، و الأصل عدم اشتراط التلفظ بشىء، و لا دليل يدل عليه فتكفى نيه التملك،

ص: ١٦٩

١- ١) تحرير الأحكام ١: ١٢٧. ٢. [١]

٢- ٢) تحرير الأحكام ١: ١٢٧. ٢. [٢]

٣- ٣) التذكرة ٢: ٢٦١. ٢. [٣]

و لو قدم قصد التملك بعد الحول ملك بعده و إن لم يجدد قصدا، و هو مختار الشيخ في المبسوط (١)، و المصنف في المختلف (٢)، و هو الأصح.

و الثانى: اشتراط أن يقول: اخترت تملكها، و نحوه، و هو قول الشيخ في الخلاف (٣)، و جماعه، لأن الملك يثبت حينئذ إجماعا، و لا دليل على ما سواه.

و يضعف بأن حصول الملك لا - شك فيه، و توقعه على سبب لا يستدعى سببا معينا، و الأصل عدم التعيين، و ذلك دليل على الاكتفاء بالنيه، فلا يستقيم نفى الدليل على ثبوت الملك بها، و ليس الدليل منحصرا فى الإجماع.

و الثالث: دخوله فى الملك قهرا من غير احتياج إلى أمر زائد على التعريف، لظاهر قول الصادق عليه السلام: «فإن جاء لها و طالب و إلا فهى كسبيل ماله» (٤) و الفاء للتعقيب، و هو قول الشيخ فى النهايه (٥)، و ابن إدريس (٦).

و يضعف بأن كونها كسبيل ماله لا يقتضى حصول الملك حقيقه كما لا يخفى، فالمعتمد حينئذ الأول.

قوله: (و لو قدم قصد التملك بعد الحول ملك بعده و إن لم يجدد قصدا).

أى: لو قصد قبل الحول التملك بعده ملك فى الوقت الذى تعلق القصد به، لأن المعبر القصد و قد حصل، و لا دليل على اشتراط مقارنته لحصول

ص: ١٧٠

١ - ١) المبسوط ٣: ٣٢٣.

٢ - ٢) المختلف: ٤٥٢.

٣ - ٣) الخلاف ٢: ١٣٩ مسألة ١٠ كتاب اللقطه.

٤ - ٤) الفقيه ٣: ١٨٨ حديث ٨٤٩، التهذيب ٦: ٣٩٦ حديث ١١٩٤.

٥ - ٥) النهايه: ٣٢٠.

٦ - ٦) السرائر: ١٧٩.

و لا يفتقر الى اللفظ و لا الى التصرف، سواء كان غنيا أو فقيرا، مسلما أو كافرا. أما العبد فيمتلك المولى، و لو نوى التملك دون المولى لم يملك نعم له التصرف و يتبع به بعد العتق و من اعتق بعضه حكمه حكم الحر فى قدر الحريه، و حكم العبد فى الباقي.

المالك، و لصلاحيه القصد المذكور لكونه سببا لحدوث الملك فى الوقت الذى علق به.

قوله: (و لا يفتقر الى اللفظ و لا الى التصرف).

لائتفاء الدليل.

قوله: (سواء كان غنيا أو فقيرا، مسلما أو كافرا).

لإطلاق النصوص (1)، و صلاحيه كل واحد منهم للاتقاط لكونه اكتسابا.

قوله: (أما العبد فيمتلك المولى).

هنا حذف تقديره: أما العبد فيمتلك لقطته المولى، لأن العبد لا يملك.

قوله: (و لو نوى التملك دون المولى لم يملك، نعم له التصرف و يتبع به بعد العتق).

أى: لو نوى العبد التملك، و لم تقع من المولى نيه التملك لم يملك، لكن يشترط أن لا يكون قد أذن له فى التملك، و لا فرق فى عدم حصول الملك بذلك بين أن ينوى التملك لنفسه أو للمولى، صرح به فى التذكرة (2)، فإنه على كل من التقديرين إنما يقع الالتقاط منه للسيد.

ص: ١٧١

١- ١) الفقيه ٣: ١٨٦ حديث ٨٤٠، التهذيب ٣٩٠، ٣٨٩: ٦ حديث ١١٦٩، ١١٦٥، ١١٦٣، الاستبصار ٣: ٦٨ حديث ٢٢٩، ٢٢٧.

٢- ٢) التذكرة ٢: ٢٥٣. [١]

و لكن لا فرق فى هذا الحكم بين أن نقول:العبد لا يملك مطلقا أو يملك بتمليك السيد،لانتفاء التمليك من السيد حينئذ.

إذا تقرر هذا،فإنه إذا نوى التملك لم يملك كما حققناه،فإن العين فى يده كالمقبوضه بالقرض الفاسد،بناء على أن التملك إذا صح يكون كالمأخوذ بالقرض الصحيح،فيثبت العوض من أول الأمر كما هو مختار المصنف.

فعلى هذا هل يباح (١)له التصرف؟ظاهر قوله فى الكتاب:(نعم له التصرف يقتضى ذلك:لأن له التصرف بالمباحات إذا حازها كشرب الماء، و أكل الخضراوات المباحات،و لحوم الصيد،و نحوها من غير توقف على اذن السيد،و اللقطه كأحدها.و فيه نظر،لأن اللقطه مال الغير فلا يحل التصرف فيها إلا بعد التملك،فينبغى توقف ذلك على إذن المولى،فإذا أذن له فى التصرف فمقتضى ما ذكرناه دخوله فى ملك السيد،لاستلزام الاذن له، و يحتمل العدم،لأنه أعم منه.

و على هذا التقدير لا يفيد الإذن إباحه التصرف،لأن اللقطه باقيه على ملك الغير،فلا يحل التصرف فيها بحال،و متى تلفت العين فى يد العبد بعد نيه التملك كانت مضمونه عليه يتبع بها بعد العتق،كل هذا مع عدم الاذن فى الالتقاط و لا فى التملك.

و يمكن تنزيل إطلاق المصنف أن له التصرف على أحد أمرين:إما كون اللقطه دون الدرهم،فإنها كسائر المباحات حقيقه،و لا تحتاج إلى نيه التملك،و هو خلاف الظاهر من العبارة،إذ الظاهر (٢)منها أن هذا فيما كان درهما فصاعدا باعتبار ما قبله.

ص:١٧٢

١-١) فى «ق»:يجوز.

٢-٢) فى «ق»:المتبادر.

و لو نوى أحد الملتقطين اختص بملك نصيبه.

و هل يملكها مجانا و يتجدد وجوب العوض بمجىء مالكها، أو بعوض ثبت فى ذمته؟ اشكال. و الفائدة: وجوب عزلها من تركته، و استحقاق الزكاه بسبب العزم، و وجوب الوصيه بها، و منع وجوب الخمس بسبب الدين على التقدير الثانى.

و إما كون التصرف بنحو ركوب الظهر، و شرب اللبن، و تحمل الدابه، و نحو ذلك فإنه يجوز للملتقط، و العبد ملتقط حقيقه، فلا يتوقف على الاذن.

أما مطلق التصرف فلا يتجه، و من هذا يعلم أن العبارة لا تخلو من مناقشه.

قوله: (و هل يملكها مجانا، و يتجدد وجوب العوض بمجىء مالكها، أو بعوض يثبت فى ذمته؟ إشكال).

أى: هل يملك الملتقط اللقطه مجانا؟ إى: بغير عوض، ثم عند المطالبه من المالك يتجدد وجوب العوض، أو يملكها من أول الأمر بعوض يثبت فى ذمته؟ فيه اشكال، و هذا المسأله بعينها هى التى تقدمت فى قوله:

(و بنيه التملك يحصل الضمان.) فمشأ الإشكال هو ما سبق بيانه هناك، مع أنه قاصر عن بيان الوجوه المحتمله، فإن من المحتمل هو أن يملكها ملكا مراعى، أى: متزلزلا يزول بمجىء المالك، و يجب البدل مع تعذر رد العين، و هو مختاره فى التحرير (١).

و منه أن يملكها ملكا مستقرا، و يجب العوض بمطالبه المالك، و هو قول الشيخ فى المبسوط (٢).

و منه أن يملكها بعوض كالقرض الصحيح، و هو مختار المصنف هنا على

ص: ١٧٣

١-١) التحرير ١٢٧:٢. [١]

٢-٢) المبسوط ٣٢٣:٣.

ما يرشد إليه ظاهر كلامه السابق، وإن كان قد تردد هنا فهو مناقشه ثالثه.

و يبعد أن يكون رجوعا الى التردد عن الجزم، و كأن المصنف حاول فى الأول بيان أن الملك للملتقط يثبت مستقرا، ثم أظهر التردد فى أن العوض متى يلزمه، إذ لا- شبهه فى أن المالك له استحقاق فى ماله إذا علم، كما صنع فى التذكرة (1) فلم تساعده العبارة، و تظهر فائده الاحتمالين اللذين ذكرها فى أمور:

الأول: وجوب عزلها من تركته و إن لم يجيء المالك، لأنها دين فيجب فيها ما يجب فى الدين على الثانى دون الأول.

الثانى: استحقاق الزكاه بسبب الغرم قبل المطالبه على الثانى أيضا.

الثالث: وجوب الوصيه بها على الثانى.

الرابع: منع وجوب الخمس بسبب الدين قبل المطالبه، لأنها دين فيستثنى من الأرباح على الثانى أيضا. و ربما قيل: إن المراد عدم وجوب الخمس فيها على الثانى، لأنها فى معنى القرض، و هو صحيح، إلا أن العبارة قد تأباه.

و ينبغى أن يقال: لا- يجب الخمس فيها مطلقا، لأنها بمعرض وجوب العوض، و لأن ملكها متزلزل فلا يعد اغتناما حقيقيا، و لأنها منتقلة عن مالك بخلاف مباحات الأصل.

الخامس: تقسيط التركة مع القصور و أموال المفلس على عوضها و على باقى الديون على الثانى خاصه دون الأول.

السادس: اندراجه فى النذر و الوصيه و الوقف على المديونين قبل مجيء

ص: ١٧٤

و تملك العروض كالأثمان، و لا يجوز التملك إلا بعد التعريف و إن بقيت في يده أحوالا.

و يكفي تعريف العبد في تملك المولى لو أراد.

و ما يوجد في المفاوز، أو في خربه قد باد أهلها فهو لواجده من غير تعريف إن لم يكن عليه أثر الإسلام، و إلا فلقطه على اشكال. المالك على الثاني خاصة، و بالجمله فكل حكم يتعلق بالمديون يتعلق به قبل مجيء المالك على الثاني خاصة، و المعتمد ما قدمناه.

قوله: (و تملك العروض كالأثمان).

و في إحدى الروايتين عن أحمد (١): لا يملك العروض بالتعريف، بل يعرفها دائما عند بعض، أو يتخير بينه و بين دفعها الى الحاكم عند آخرين، و هو غلط.

قوله: (و إلا فلقطه على اشكال).

أى: و إن كان عليه أثر الإسلام فإشكال ينشأ: من عموم صحيحه محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام: ان الواجد ربما وجد في الخربه (٢)، و من أن أثر الإسلام يقتضى سبق يد للمسلمين، فتكون لقطه يجب تعريفها.

و يشكل بأن أثر الإسلام قد يصدر من غير المسلمين، إلا أن يقال: إن ضميمه الدار إليه تؤيد كونه للمسلمين، و لأنه أشهر و أقرب الى تعيين (٣) البراءة، و عليه تنزل روايه محمد بن قيس عن الباقر عليه السلام (٤)، و هو الأقرب. و يتحقق أثر الإسلام بإحدى الشهاداتين إذا كانت مكتوبه عليه، و كذا

ص: ١٧٥

١- (١) المغنى لابن قدامه ٣:٣٥٧.

٢- (٢) التهذيب ٦:٣٩٠ حديث ١١٦٥.

٣- (٣) فى «م»: يقين.

٤- (٤) التهذيب ٦:٣٩٨ حديث ١١٩٩.

و كذا المدفون في أرض لا- مالك لها، و لو كان لها مالك فهو له، و لو انتقلت عنه بالبيع اليه عرفه، فإن عرفه فهو أحق به، و إلا فهو لواجده، و هل يجب تتبع من سبقه من الملاك! إشكال. اسم سلطان من سلاطين الإسلام، و نحو ذلك، و هذا إذا كان في بلاد الإسلام كما سبق في الخمس.

قوله: (و كذا المدفون في أرض لا مالك لها).

أى: الحكم فيما لا أثر عليه و فيما عليه أثر كما سبق، فيكون في الثاني إشكال.

قوله: (و لو انتقلت عنه بالبيع عرفه، فإن عرفه فهو أحق به، و إلا فهو لواجده).

لانتفاء يد الثاني عنه، فتكون اليد فيه للأول، فإذا عرفه بأنه له كان أحق به و وجب تسليمه إليه، لأنه صاحب يد، و لقول أحدهما عليهما السلام في صحيحه محمد بن مسلم: «إن كانت الدار معموره فهو لأهلها، و إن لم يعرفه فهو لواجده» (١) فينبغي أن يقال: إن لم يكن عليه أثر الإسلام و إلا فبعد التعريف.

قوله: (و هل يجب تتبع من سبقه من الملاك إشكال).

ينشأ: من وجود المقتضى، و هو كونه قد كان في يده، و لم يعلم الانتقال عنه. و من إطلاق قولهم إنه للمشتري إذا لم يعرفه البائع، و هو ضعيف، و الأول أقوى. و لا فرق بين انتقال الملك بالبيع، أو بغيره من وجوه الانتقالات في وجوب التعريف، فإن لم يعرفه أحد منهم فهو للمشتري قطعا، لكن ينبغي أن يكون مع أثر الإسلام لقطه، و قد صرح بذلك في الدروس في باب الخمس (٢)، و هو المعتمد.

ص: ١٧٦

١- ١) التهذيب ٦: ٣٩٠ حديث ١١٦٥.

٢- ٢) الدروس: ٦٨.

و كذا التفصيل لو وجده في جوف الدابه، قوله: (و كذا التفصيل لو وجده في جوف الدابه).

فإنه يجب أن يعرفه البائع وغيره ممن كان مالكا قبل، فإن عرفه فهو له، وإلا فمن قبله (كما سبق) (١) فإن لم يعرفه أحد منهم فهو للواجد عند علمائنا، أسنده في التذكرة إليهم و احتمال كونه لقطه (٢).

و ينبغي أن يقال: مع وجود أثر الإسلام يكون لقطه، لكن في صحيحه على بن جعفر قال: كتبت الى الرجل أسأله عن رجل اشترى جزورا أو بقره للأضاحي، فلما ذبحها وجد في جوفها صرّ فيها دراهم أو دنانير أو جواهرها لمن تكون؟ قال: فوقع عليه السلام: «عرفها البائع فإن لم يكن يعرفها فالشئ لك رزقك الله إياه» (٣) و ظاهرها يقتضى الاقتصار على تعريف البائع.

و يمكن أن يقال: مع وجود الأثر فوجوب التعريف مستفاد من الأدلة الداله على التعريف مطلقا (٤)، و فيه بحث، و إنما وجب تعريف البائع لسبق يده و إمكان كون ذلك من ماله، لأنه مال مملوك في الأصل.

و الظاهر أن الجوهر له، لبعده وجود الجوهر في الصحراء و اعتلافه، و لو كان الحيوان وحشيا في الأصل و قد رباها المالك عنده، و كذا السمكه في حفيده يختص به في بيته، و نحو ذلك لم يبعد إلحاقه بالدابه.

ص: ١٧٧

١- ١) لم ترد في «م».

٢- ٢) التذكرة ٢: ٢٦٥. [١]

٣- ٣) الكافي ٥: ١٣٩، حديث ٩، [٢] الفقيه ٣: ١٨٩، حديث ٨٥٣، [٣] التهذيب ٦: ٣٩٢، حديث ١١٧٤، و فيها جميعا: عبد الله بن جعفر، و هو الصحيح. قال السيد العاملي في مفتاح الكرامه ٦: ١٧٨: [٤] قد سها القلم في جامع المقاصد فأثبت على بن جعفر مكان عبد الله بن جعفر الحميري، و تبعه على ذلك الشهيد الثاني في الروضه و [٥] موضعين من المسالك. [٦]

٤- ٤) الكافي ٥: ١٣٧، حديث ٤، التهذيب ٦: ٣٩٦، حديث ١١٩٤.

أما لو وجده في جوف السمكه فهو لواجده و تحته دقيقه. قوله: (أما لو وجده في جوف السمكه فهو لواجده و تحته دقيقه).

أى: لو وجد مالا، فمرجع الضمير في هذا، و في قوله: (لو وجده في جوف دابه) ما دل عليه، و ما يوجد في المفاوز في جوف سمكه فهو لواجده، و أطلق الأصحاب ذلك (١).

و فصل بعض العامه فقال: إن كانت السمكه قد انتقلت بالبيع من الصياد فوجدها المشتري، و لم يعلم الصياد بها فهي للصياد، لأنها قد دخلت في ملكه و لم يرض بيعها إذ لم يعلم بها. و أصحابنا على أنها للمشتري، و هو المختار، لأنها لم تدخل في ملك الصياد، إذ لم يعلم بها، فإن الملك فرع القصد إلى الحيازه، و هو منتف مع عدم العلم.

و أشار المصنف بقوله: (و تحته دقيقه) على ما ذكره الى أن تملك المباحات يحتاج إلى النيه، إذ لو لا ذلك لكانت للصياد.

و يمكن أن يقال: هذا يدل على أن من لم يعلم بالمباح لم يملكه، و لا- يدل على اشتراط نيه التملك، لإمكان أن لا يعد ذلك حيازه، لأن حيازه الشيء أخذه و حفظه و الاختصاص به، و لا يكون ذلك إلا مع العلم.

و كذا لو كان الموجود في جوفها شيئاً مما يخلق في البحر كالعنبر و شبهه، و لو كان الموجود في جوفها دراهم أو دنانير، أو دره مثقوبه، أو فيها ذهب أو فضه، أو غير ذلك مما يكون أثر الأدمى فقد قال احمد: إنه لقطه، و نفى عنه البأس في التذكرة.

و في التحرير: إنه إن وجد ذلك الصياد فهو كالملتقط يجب عليه التعريف و لا كلام فيه، و إن وجده المشتري فعليه التعريف، ثم قال: و أطلق علماؤنا

ص: ١٧٨

١- ١) منهم الشيخ المفيد في المقنعه: ٩٩، و ابن حمزه في الوسيه: ٣٢٥، و العلامه في التذكرة ٢: -٢٦٥. [١]

القول فى ذلك فأوجبوا تعريف البائع فإن عرفها فهى له، وإلا أخرج الخمس و حل له الباقي، و لم يجعلوه كاللقطه (١).

و الذى حققه فى المختلف: إن الموجود إما أن يكون عليه أثر الإسلام أو لا، فإن كان و جب تعريفه من البائع و غيره، لسبق ملك المسلم عليه، و يكون حكمه حكم اللقطه، لأنه مال مسلم ضائع فوجب التعريف حولاً. إذ الحيوان هنا كالآله، و إن لم يكن عليه أثر فقال بعد كلام طويل: ليس عندى بعيداً من الصواب القول بوجوب التعريف لما يجد فى بطن الدابه مطلقاً، و سواء كان عليه أثر الإسلام أم لا، و كذا ما يجده فى بطن السمكه مما ليس أصله البحر، أما إذا كان أصله البحر فلا (٢).

و أقول: إن الذى يقتضيه النظر ان الموجود فى جوف الدابه يجب تعريفه بائعها و من قبله، فإن لم يعرفه أحد منهم فهو لقطه، و لا يعد ركازاً كما فى الموجود فى الدار، و إن كان فى جوف السمكه المأخوذه من غير المياه المحصوره، و ليس عليه أثر ملك مالك للواجد على ظاهر مذهب الأصحاب، و ما عداه لقطه.

و أما السمكه المأخوذه من الماء المحصور فليس ببعيد كون ما فى بطنها كالذى فى بطن الدابه، ثم إن كان محسوباً من البحر و ملحقاً بالغوص يجب فيه الخمس دون ما سواه على ما ذكره المصنف فى المختلف (٣).

و اعلم ان عبارته الكتاب غير محرره، لأن الموجود فى جوف السمكه لا يكون لواجدته و هو مشتريها من الصياد على إطلاقه، كما هو مقتضى أول الكلام.

ص: ١٧٩

١-١) التحرير ١٢٨: ٢. [١]

٢-٢) المختلف: ٤٥١.

٣-٣) المصدر السابق.

و لو وجد فى صندوقه أو داره مالا- و لا- يعرفه فهو له إن لم يشاركه فى الدخول غيره، و إلا فلقطه. و لو دفع اللقطه إلى الحاكم فباعها رد الثمن على المالك، فإن لم يعرف بعد الحول ردها على الملتقط، لأن له التملك و الصدقه. و مع ذلك فقوله: (و تحته دقيقه) لا- ينطبق على ذلك، لأن الدقيقه هى أن تملك المباح يحتاج إلى بينه و هذا إنما يكون فى المخلوق فى البحر فيكون مباحا بالأصله فلا ينتظم هذا مع أول الكلام.

فرع:

لو صاد غزالا أو طائرا عليه آثار الملك كخيظه فى عنقه، أو قلاده و نحو ذلك فلقطه.

قوله: (إن لم يشاركه فى الدخول غيره، و إلا فلقطه).

ينبغى أن يخص كونه لقطه بما إذا كان المشارك غير محصور، فإن كان محصورا فيجب تعريف المشارك خاصة، لكن يشكل حينئذ كونه ملكا له إذا لم يعرفه مع كونه لا يعرفه، فلذلك أطلق الأصحاب كونه لقطه مع الشريك.

قوله: (و لو دفع اللقطه إلى الحاكم فباعها رد الثمن على المالك، فإن لم يعرف بعد الحول ردها على الملتقط، لأن له التملك و الصدقه).

لا ريب أن دافع اللقطه إلى الحاكم يبرأ بذلك، لأنه ولى الغائب، فإذا رأى المصلحه فى بيعها فباعها و وجد المالك رد الثمن عليه و البيع صحيح، لأن تصرف الحاكم مع المصلحه ماض، و إن لم يعرف بعد التعريف حولا و جب ردها على الملتقط، لأنه استحقها بالالتقاط. و يكفى تعريف الحاكم عن تعريفه، لأنه لا يجب أن يعرف بنفسه.

ص: ١٨٠

و لو وجد عوض ثيابه أو مدارسه لم يكن له أخذه، فإن أخذه عرفه سنه ثم ملكه إن شاء، إلا أن يعلم بشاهد الحال أنه تركه عوضا فيجوز أخذه و الظاهر أنه لا فرق بين أن يلتقطه بنيه الحفظ أبدا أو لا، نعم لو عرف الحاكم منه أنه لا يريد أخذها حفظها هو أو تصدق بها، ولا ريب أن للملتقط التخيير بين: التملك، و الصدقه، و الحفظ. لكن يحتمل أن الحاكم لا يجب عليه الدفع إليه لأجل مجرد الحفظ، لأن حفظ أموال الغائبين إلى الحاكم، و لعل المصنف إنما لم يذكره لذلك.

و التحقيق: إن أصل الرد واجب، لأن للملتقط التملك فيجب الرد لأجله قطعا، أما الرد لأجل الصدقه و الحفظ ففي وجوبه لكل منهما نظر، ينشأ من أن ولي الغائبين الحاكم، و من أن للملتقط ولايه خاصه لكل من الأمرين.

قوله: (و لو وجد عوض ثيابه أو مدارسه لم يكن له أخذه، فإن أخذه عرفه سنه ثم ملكه إن شاء).

لو كان في الحمام أو المسجد و نحوهما، فلم يجد ثيابه أو مداسه أو فراشه، و لكن وجد مثل المفقود لم يكن له تملكه عوضا عما ذهب له، لأنه مال الغير فلا يحل من دون طيب نفسه.

و قول المصنف: (و لو وجد عوض ثيابه). لا يريد به العوض الحقيقي، إذ لو تحقق كون مالكة قد عاوضه به جاز الأخذ قطعا.

و قوله: (لم يكن له أخذه) يريد به على قصد العوض، أما أخذه لقطه فجائر قطعا، فإن أخذه لم يكن إلا لقطه، فيجب تعريفه سنه إن كان درهما فصاعدا، فإذا عرفه تملكه إن شاء، فإن جاء المالك قاصه بماله و تراءى الفضل إن أوجبا العوض و رضى الملتقط بجعل ماله عوضا، و إلا تراءى و كان للملتقط المطالبه بالأجره و النقص دون الآخر.

قوله: (إلا أن يعلم بشاهد الحال إن تركه عوضا فيجوز أخذه حينئذ

حينئذ من غير تعريف. و لو مات الملتقط عرف الوارث حولا و ملكها، و البحث فيه كالمورث.

من غير تعريف).

لو علم المأخوذ ماله أن الآخذ قصد المعاوضه لم يحتج الى التعريف، لأن التعريف فى الضائع، و مع العلم بترك المالك قصدا لا يكون المال ضائعا. و يكتفى فى هذا العلم شاهدا الحال، بأن يكون الذى للآخذ أرادا من الذى أخذه، و يكون المأخوذ مما لا يشتهه على الآخذ بالذى له. كذا أو نحوه ذكره المصنف فى التذكرة، قال: و حينئذ يباح للواجد استعمالها، لأن الظاهر أن صاحبها تركها له باذلا له إياها عوضا عما أخذه فصار كالبيع له أخذها بلسانه (١).

و لقائل أن يقول: إن تم ما ذكر من الدلالة على المعاوضه لم يكن للمأخوذ ماله التصرف فى هذه الحالة، إلا إذا رضى بتلك المعاوضه، و من الممكن أن لا يرضى، لأن الفرض أن ماله أجود، فكيف يستقيم إطلاقه جواز التصرف على ذلك التقدير.

ثم انه لم لا يجوز أن يتصرف بها مطلقا، سواء شهد الحال بأخذ الآخذ على قصد المعاوضه أو غلطا، لأن الآخذ غاصب فيجوز للمأخوذ ماله التصرف فى مقداره للحيلولة، فإن أمكنه إثبات ذلك عليه عند الحاكم رفع الأمر إليه، ليأذن له فى الأخذ على الوجه المذكور، و إلا استقل به على وجه المعاوضه.

قال المصنف فى التذكرة بعد أن حكى عن الحنابلة رفع الأمر إلى الحاكم لبيعها و يدفع ثمنها اليه عوضا عن ماله: و ما قلناه أولى، لأنه أرفق بالناس، لأن فيه نفعاً لمن سرقت ثيابه لحصول عوضها له، و للسارق بالتخفيف عنه من

ص: ١٨٢

و لو مات بعد الحول و نيه التملك فهى موروته، و لو لم ينو كان للوارث التملك و الحفظ.

و لو فقدت من التركة فى أثناء الحول أو بعده من غير نيه التملك احتمال الرجوع فى مال الميت، و عدمه. الإثم، و حفظ هذه الثياب المتروكة من الضياع، و قد أبيض لمن له على انسان حق من دين أو غصب أو غير ذلك أن يأخذ من مال من عليه الحق بقدر ما عليه إذا عجز عن استيفائه بغير ذلك (١).

قلت: ما ذكرناه أنفع و أرفق، لأنه شامل لجميع صور الأخذ كما لا يخفى. ثم ان الأخذ على جهه المقاصه لا يتوقف على رضى من عليه الحق، فلا يشترط شهاده الحال بقصد المعاوضه كما ذكره، و ما استشهد به من إباحه أخذ من له على انسان دين أو حق إنما ينطبق على ما ذكرناه.

نعم إن جوز أن يكون الأخذ غير صاحب المتروك فالمتروك لقطه قطعاً، إلا أن مقتضى كلامه التعويل على القرينه الداله على أن الأخذ هو المتروك ماله، و ما أحسن عباره الدروس بالنسبه الى هذا فإنه قال: و من وجد عوض ثيابه أو مداسه فليس له أخذه، إلا مع القرينه الداله على أن صاحبها هو الذى أخذ ثيابه لكونها أدون و انحصار المشتبهين، و مع عدم القرينه فهو لقطه (٢).

قوله: (و قد فقدت من التركة فى أثناء الحول، أو بعده من غير نيه التملك احتمال الرجوع فى مال الميت و عدمه).

وجه الاحتمال الأول عموم قوله عليه السلام: «على اليد ما أخذت حتى تؤدى» (٣) و الأصل بقاء العين، فإذا تعذرت وجب المصير الى بدلها، و من أنها

ص: ١٨٣

١- ١) المصدر السابق. [١]

٢- ٢) الدروس: ٣٠٣.

٣- ٣) مستدرک الوسائل ٥: ٥٠٤ حديث ١٢، سنن البيهقي ٦: ٩٥، سنن ابن ماجه ٢: ٨٠٢ حديث ٢٤٠٠، مسند أحمد، ٨: ٥، ١٣، مستدرک الحاكم ٢: ٤٧، و فيها: حتى تؤديه، سنن الترمذى ٢: ٣٦٨ حديث ١٢٨٤، مسند أحمد ١٢: ٥.

الرابع: الرد: و يجب مع قيام البيئه، و لا يكفى الواحد و لا الوصف إن ظن صدقه للإطنا ب فيه، نعم يجوز، فإن امتنع لم يجبر عليه فلو دفع الى الواصف و ظهرت البيئه لغيره انتزعها الغير، فإن تلفت رجع على من شاء.

أمانه، و الأصل براءه الذمه من وجوب البديل، و الوجوب إنما هو متعلق بتسليم العين و ذلك مع وجدانها. أما البديل فلا يجب إلا بالتلف مع التفريط و هو منتف بالأصل، و الأصح عدم أخذ شيء من مال الميت، و قد سبق نظيره فى الوديعه.

قوله: (الرابع: الرد، و يجب مع قيام البيئه، و لا يكفى الواحد و لا الوصف، و إن ظن صدقه للإطنا ب فيه، نعم يجوز).

أى: يجوز التسليم الى الواصف إذا ظن صدقه، و هو المشهور بين الأصحاب، لأن مناط أكثر الشرعيات هو الظن، و لأنه لو لا ذلك لأدى الى عدم وصولها الى مالكها غالباً، إذ من المستبعد إقامه البيئه على ما يستصحبه الإنسان من أمواله.

و لأن فى قوله عليه السلام للملتقط: «اعرف عقاصها» و هو و عاؤها الذى هى فيه من خرقة و قرطاس و غيرهما، «و و كاؤهما» و هو الخيط الذى يشد به المال فى الخرقة إيماء الى ذلك، لأن فائده معرفته تظهر إذا جوزنا الدفع بالوصف، و مثله الإيغال فى الإبهام حال تعريفها، و الاقتصار فى الإشهاد على بعض الأوصاف.

و قال ابن إدريس: لا يجوز دفعها إلا بالبيئه، لاشتغال الذمه بحفظها، و عدم ثبوت كون الوصف حجه شرعيه فى جواز الدفع و العمل بالمشهور (١).

و هل شهاده العدل الواحد كالوصف المفيد للظن فى جواز الدفع و عدم

ص: ١٨٤

و يستقر الضمان على الواصف، إلا أن يعترف الدافع له بالملك فلا يرجع عليه لو رجع عليه المالك. و لو أقام كل منهما بينه بعد الدفع إلى الأول و لا- ترجيح أقرع، فإن خرج الثاني انتزعت من الأول. وجوبه؟ احتمله في التذكرة (١)، و هو متوجه، لأن شهادته العدل الموثوق به أقوى من الوصف.

قوله: (و يستقر الضمان على الواصف).

لأن التلف في يده، و لأنه عاد غار.

قوله: (إلا أن يعترف الدافع له بالملك فلا يرجع عليه لو رجع عليه المالك).

لاعترافه بكون الأخذ منه ظلما.

قوله: (و لو أقام كل منهما بينه بعد الدفع إلى الأول و لا ترجيح أقرع).

لأنه أمر مشكل، لا انتفاء الأولويه و امتناع الحكم بهما و دفعهما.

قوله: (فإن خرج الثاني انتزعت من الأول).

إنما ينتزع بعد إحلافه، فإن كل من خرج اسمه بالقرعه يستحقها بيمينه، نص عليه في التذكرة (٢). فإن امتنع احلف الآخر، فإن امتنع احتمال إبقاؤها أمانه عليهما حتى يصطلحا، أو على غيرهما، ذكره المصنف في التذكرة (٣).

ص: ١٨٥

١- (١) التذكرة ٢: ٢٦٤. [١]

٢- (٢) التذكرة ٢: ٢٦٥. [٢]

٣- (٣) المصدر السابق.

و لو تلفت لم يضمن الملتقط إن كان قد دفع بحكم الحاكم، و إن دفع باجتهاده ضمن.

و لو تملك بعد الحول فقامت البيئه لم يجب دفع العين، بل المثل أو القيمه إن لم تكن مثليه، فإن رد العين وجب على المالك القبول، و كذا لو عابت بعد التملك مع الأرش على اشكال. قوله: (و لو تلفت لم يضمن الملتقط إن كان دفع بحكم الحاكم) إذ لا يقصر منه حينئذ، لأن الدفع واجب عليه، و حكم الحاكم يصيره بمنزله المكره. و هل يضمن الحاكم فى بيت المال بظهور الخطأ فى دفع مال الغير الى غير مستحقه؟ لا اعلم به تصريحاً.

و ينبغى عدم الضمان لوجود القابض فيرجع عليه قوله: (و إن دفع باجتهاده ضمن) لأن الدفع مستند اليه و قد تبين كونه بغير حق.

قوله: (و لو تملك بعد الحول فقامت البيئه لم يجب دفع العين، بل المثل أو القيمه إن لم تكن مثليه).

هذا مبنى على أنه إذا تملك بعد التعريف حولا يضمن العوض و لا يجب دفع العين، و قد سبق أن الأصح وجوب ردها، و يمكن أن يقال: إن الواجب فى القيمي القيمه فلا يجزئ غيرها إلا بالتراضى.

قوله: (فإن رد العين وجب على المالك القبول).

تفريعا على مختاره، و وجهه ان العين أقرب الى نفسها من البدل، و قد سبق بيان مثله فى القرض.

قوله: (و كذا لو عابت بعد التملك مع الأرش على اشكال).

ينشأ: من أن الواجب القيمه فى القيمي، و المثل فى المثلى، و مع وجود العيب فلا مماثله. و من أن العين مع الأرش الساد مسد الفئات أقرب إلى

و الزيادة المنفصلة و المتصلة في الحول للمالك، و في تبعيته للقطه نظر، أقربه ذلك، و بعده للملتقط إن تجددت بعد نيه التملك، و إلا- فكالأول و لو رد العين لم يجب رد النماء، نفسها من قيمه، و على ما اخترناه فالواجب رد العين مع الأرش فيجب قبولها.

قوله: (و الزيادة المنفصلة و المتصلة في الحول للمالك).

لأنها نماء ملكه.

قوله: (و في التبعيه للقطه نظر أقربه ذلك).

ينشأ: من أن النماء تابع للأصل، و من اختصاص العين بمعنى الالتقاط بخلاف النماء. و وجه القرب: إن الفرع لا يزيد على أصله، و قد استحق الملتقط تملك العين، فمقتضى التبعيه يستحق تملك النماء، لأن الفرض تجدده بعد استحقاق تملك الأصل و إن كان التعريف شرطاً، فإذا عرّف الأصل حولاً تملك الجميع إن شاء على الأقرب.

قوله: (و بعده للملتقط إن تجددت بعد نيه التملك، و إلا فكالأول).

أى: و بعد الحول إذا تجددت الزيادة يكون للملتقط، لأنها نماء ملكه و هذا إذا كان تجددها بعد نيه التملك و إلا- أى: و إن لم يكن بعد نيه التملك- فكالأول، و هو المتجدد في الحول، فيكون في التبعيه الاشكال، و الأقرب هنا ما هو الأقرب هناك.

قوله: (و لو رد العين لم يجب رد النماء).

لأنه نماء ملكه و إن قلنا بوجوب رد العين إذا جاء المالك، لأن تزلزل الملك لا ينافي ثبوته، كما في البيع في زمان الخيار، و هذا إنما هو في النماء المنفصل دون المتصل.

ص: ١٨٧

فلو دفع العوض لمن قامت له البيئه ضمن الثانى مع البيئه، لأن المدفوع ليس نفس العين، و يرجع على الأول، لتحقق بطلان الحكم. قوله: (و لو دفع العوض لمن قامت له البيئه ضمن للثانى مع البيئه، لأن المدفوع ليس نفس العين، و يرجع على الأول لتحقق بطلان الحكم).

هذا فيمن تملك بعد الحول و ضمن العوض عند المصنف، فإن الأول إذا أقام البيئه بالاستحقاق فدفع اليه العوض، ثم أقام الثانى البيئه و انتفى المرجح، فأقرع فخرج اسم الثانى، فاحلف فإنه يجب على الملتقط الغرم، لأن المدفوع لم يتعين كونه العوض الذى فى ذمته، لأنه لم يقبضه المستحق، لكن يرجع به على الأول بظهور بطلان الحكم بأن العين له.

إشاره

المقصد الرابع: فى الجعالة: و فيه مطلبان:

الأول: فى الأركان

إشاره

الأول: فى الأركان: و هى أربعه:

الأول: الصيغه

الأول: الصيغه: كقوله: من رد عبدى، أو ضالتي، أو فعل كذا، و ما أشبهه من اللفظ الدال على العمل فله كذا. فلو رد انسان ابتداء فهو متبرع لا- شىء له، و كذا لو رد من لم يسمع الجعالة على قصد التبرع، و إلا- فإشكال. قوله: (المقصد الرابع: فى الجعالة، و فيه مطلبان: الأول: فى الأركان و هى أربعه:

الأول: الصيغه كقوله: من رد عبدى، أو ضالتي، أو فعل كذا، و ما أشبهه من اللفظ الدال على العمل فله كذا).

ظاهره انه لا قبول أصلا، و مفهوم الجعالة يقتضى ذلك، لكن ظاهرهم أن الجعالة من العقود (الجائزه) [\(1\)](#) فيكون القبول فيها فعليا، و مفهوم قول المصنف بعد ذلك: (و لا القبول نطقا) يعطى هذا.

قوله: (و كذا لو رد من لم يسمع الجعالة على قصد التبرع، و إلا فإشكال).

أى: و كذا لا شىء لو رد من لم يسمع الجعالة على قصد التبرع قطعا، لأنه لو سمع الجعالة فرد متبرعا لا يستحق فهنا أولى، و إن لم يكن رده على قصد التبرع بل على قصد الاستحقاق فإشكال ينشأ: من أنه قد فعل متعلق الجعالة على قصد الاستحقاق مطابقا لصدور الجعالة من المالك، لأن الفرض شمول

ص: ١٨٩

و لو كذب المخبر فقال:قال فلان:من رد ضالته فله كذا لم يستحق الراد على المالك و لا-المخبر،لأنه لم يضمن، اللفظ له فيستحق،ولأنه عمل محترم لم يقصد به فاعله التبرع و وقع بإذن الجاعل.و لأن المقتضى للاستحقاق-و هو جعل المالك بصيغه تشمل العامل و عدم تبرعه-موجود،و المانع ليس إلا-عدم علمه بصدور الجعل لا- يصلح للمانع، للشك فى مانعيته فيعمل المقتضى عمله.

و من أنه بالنسبه إلى اعتقاده متبرع، إذ لا عبره بقصده من دون جعل المالك.

و يمكن أن يقال:يفرق بين من رد كذلك عالما بأن العمل بدون الجعل تبرع و إن قصد العامل العوض، و بين غيره،لأن الأول لا يكاد ينفك من التبرع،بخلاف الثاني فيستحق دون الأول،و فيه قوه.

و أطلق شيخنا الشهيد (١)،و الفاضل الشارح الاستحقاق (٢)،(و ما ذكرناه من التفصيل أولى و أعلم ان على عبارته الكتاب مؤاخذه،فإن قوله:(و إلا إشكال) يقتضى ثبوت الإشكال فى كل من لم يرد على قصد التبرع،فيتناول من رد لا على قصد التبرع و لا على قصد الاستحقاق) (٣).و ليس بجيد،لأن هذا متبرع و إن لم يقصد التبرع.

قوله: (و لا المخبر،لأنه لم يضمن).

و إنما الراد ادخل نفسه على عمل بدون تعيين الاستحقاق،فالتقصير من

ص: ١٩٠

١-١)الدروس:٣٠٥.

٢-٢) إيضاح الفوائد ١:١٦٢.

٣-٣) ما بين القوسين لم يرد فى «ق».

و لو تبرع المخبر و قال:من رد عبد فلان فله درهم لزمه،لأنه ضامن. و لو قال:من رد عبدى من العراق فى شهر كذا فله كذا و من خاط ثوبى فى يوم كذا فله كذا صح،بخلاف الأجره،للزومها بخلاف الجعالة.

الثانى:الجاعل

الثانى:الجاعل:و شرطه أن يكون أهلا للاستئجار،و فى العامل إمكان تحصيل العمل.و لا يشترط تعيينه و لا القبول نطقا،و لو عين فرد قبله.و إن كان المالك قد جعل،فرد طمعا فى الجعل كفى فى الاستحقاق إخبار المخبر و إن لم يكن ثقه.

قوله: (و لو تبرع المخبر و قال:من رد عبد فلان فله درهم لزم، لأنه ضامن).

لا ريب فى صحة الجعل من الأجنبى على العمل و إن كان العمل لا يرجع عليه بفائده للتوسع فى الجعالة.

لما كانت الإجاره لازمه لم يصح تقدير المنفعة بالعمل و الزمان معا،لأن اتفاقهما نادر فيخل بلزوم العقد،و لأن تطبيق العمل على الزمان غير معلوم التحقق،فيكون اشتراطه اشتراطا لما لا يوثق بالقدره عليه فلم يصح.

أما الجعالة فإنها جائزه،فإذا لم يتفق انطباق العمل على الزمان لم يخرج العقد عن مقتضاه.و فرق أيضا بأن التقدير بالأمرين معا يقتضى عدم الوثوق بحصول العوض،و هو مغتفر فى الجعالة دون الإجاره.

قوله: (و لو قال:من رد عبدى من العراق فى شهر فله كذا،و من خاط ثوبى فى يوم فله كذا صح،بخلاف الأجره للزومها،بخلاف الجعالة).

قوله: (الثانى:الجاعل،و شرطه أن يكون أهلا للاستئجار،و فى العامل إمكان تحصيل العمل،و لا يشترط تعيينه).

أى:العامل،بل الأصل و الغالب جهالته،لأن المطلوب فى الجعالة تعيين عوض على عمل.

الثالث: العمل

الثالث: العمل: و هو كل ما يصح الاستئجار عليه، و هو كل عمل مقصود محلل و إن كان مجهولا. و لا يشترط الجهل، فلو قال: من خاط ثوبى أو حج عنى فله دينار صح، لأن جوازه مع الجهل يستلزم أولويه جوازه مع العمل.

قوله: (الثالث: العمل، و هو كل ما يصح الاستئجار عليه، و هو كل عمل مقصود محلل و إن كان مجهولا).

كلما صح الاستئجار عليه صحت الجعالة عليه، و لا يشترط التطابق فى الأوصاف، فتصح الجعالة على المجهول، لأنها عقد جائز لا يمتنع فيه الغرر، لكن قوله: (و إن كان مجهولا) مقتضاه صحة الاستئجار على العمل و إن كان مجهولا، من حيث أن ذلك و صلى للعمل المجهول عليه، و صريح عبارته ان المجهول عليه هو الذى يصح الاستئجار عليه.

و أوجب عنه بأن المجهول تصح الإجاره عليه لا من حيث أنه مجهول، و يرد عليه أن الوصلى فى العبارة مقتضاها استواء الإجاره و الجعالة فيه على أى تقدير كان.

و ربما أوجب بأن المراد الحكم بالتساوى فى ذوات الأعمال خاصه، لكن الوهم بحاله، إذ ليس فى العبارة ما يدل على اختصاص الجهاله بالجعالة.

قوله: (و لا يشترط الجهل).

ذهب بعض الشافعيه إلى اشتراط الجهاله، و ليس بشىء.

الرابع: الجعل: و شرطه أن يكون معلوما بالكيل أو الوزن أو العدد، و لو كان مجهولا كثوب غير معين، أو دابه مطلقه ثبت بالرد اجره المثل، و لو قيل بجواز الجهاله إذا لم تمنع من التسليم كان حسنا كقوله:

من رد عبدى فله نصفه و من خاط ثوبى فله ثلثه.

قوله: (الرابع: الجعل، و شرطه أن يكون معلوما بالكيل أو الوزن أو العدد، و لو كان مجهولا كثوب غير معين، أو دابه مطلقه ثبت بالرد اجره المثل).

لأن المجعول غير معين، و التفاوت فيه عظيم فلا يغتفر، إذ لا ضروره إلى اغتفاره بخلاف العمل.

قوله: (و لو قيل بجواز الجهاله إذا لم يمنع من التسليم كان حسنا) أطلق الأصحاب عدم جواز كون الجعل مجهولا، لما قلناه من أن الضروره اقتضت التسامح فى جهاله العمل، و لا ضروره إلى التسامح فى جهاله الجعل، و استحسن المصنف التفصيل، و حاصله ان الجهاله إذا كانت مانعه من تسليم الجعل لا يصح معها كثوب، فإنه لا يدرى أى ثوب.

فإن قيل: الأمر الكلى محمول على أقل فرد يقع عليه الكلى، فأقل ثوب سلم وجب قبوله.

قلنا: لما كان مسمى الثوب متفاوتا تفاوتتا عظيما كان مظنه التنازع و التجاذب و الخصومه، فلم يصح الجعل على هذا الوجه. أما إذا كانت الجهاله غير مانعه من التسليم، كنصف العبد الآبق إذا رده فإنه لا يقبل الاختلاف، و مسماه لتشخصه لا يقبل التعدد.

فإن قيل: يمكن التنازع فى احتمال الجوده و الرداءه و نحوهما فيكون كالثوب، فإما أن يصح فيهما أو لا فيهما.

المطلب الثاني: في الأحكام: الجعالة جائزه من الطرفين، فللعامل الفسخ قبل إتمام العمل و لا شيء له، لأنه أسقط حقه، قلنا: لما كانت الجعالة في الثوب باعتبار عدم تشخصه، و شدة تفاوت افراده لم تغتفر جهالته، بخلاف العبد المعين فإنه لتشخصه يتسامح بجعالة صفاته و احتمالها الا على و الأدون، فإنه لا يقبل تعدد الذات و الصفات إذ هي بحسب الواقع شيء واحد، غايه ما في الباب أنه غير معلوم الآن، لكنه معين في حد ذاته، و مختار المصنف قوى، و على هذا فيصح جعل صبره معينه من الطعام و إن لم يعلم قدرها، فتكفي المشاهده بطريق أولى.

و اعلم أن المصنف في التذكرة قال في آخر هذا البحث: و هو قريب من استئجار المرضعه بجزء من الرضيع الرقيق بعد الفطام (١). و في إحياء الموات من هذا الكتاب قال: و لو قال: اعمل و لك نصف الخارج بطل، لجعالة العوض اجاره و جعالة، و هو يقتضى عدم جواز الجعالة مع جهالة الجعل مطلقا.

قوله: (المطلب الثاني: في الأحكام، الجعالة جائزه من الطرفين فللعامل الفسخ قبل إتمام العمل و لا شيء له، لأنه أسقط حقه).

قد يقال: إنه لم يسقط حقه مطلقا، و إنما أسقطه بالنسبه الى ما بقى، فكيف لا يستحق لما مضى؟ و يقوى هذا الإشكال في العمل الذى تقابل أجزاءه بالأجره، كبناء الحائط مثلا. و قد احتمل في التذكرة الاستحقاق لما مضى، و كأن آخر كلامه يقتضى ترجيح الاحتمال (٢). و يقوى الاحتمال لو مات أو شغله ظالم و فاقا للدروس (٣)، لكن ظاهره أن ذلك في نحو خياطه الثوب لا في نحو رد العبد.

ص: ١٩٤

١- (١) التذكرة ٢: ٢٨٧. [١]

٢- (٢) التذكرة ٢: ٢٨٨. [٢]

٣- (٣) الدروس: ٣٠٦.

و كذا للجاعل قبل التلبس فى العمل مطلقا و بعده فيدفع اجره ما عمل. و اعلم أنه لو فسخ العامل ثم أراد العمل بالجعل فهل يفسخ العقد، أو يقال: إن العبره بإيجاب الجاعل و هو باق بحاله و لا يتعين القبول، فمتى ردها استحق، سواء فسخ ثم رد أم لا، لأن اللفظ شامل.

قوله: (و كذا للجاعل قبل التلبس فى العمل مطلقا).

أى: له الفسخ قبل التلبس فى العمل، لأن العقد جائز من الطرفين، و لا موقع لقوله: (مطلقا) كما لا يخفى، و فسرته شيخنا الشهيد فى حواشيه بأن معناه أن له ذلك من غير شرط بذل عوض و لا محصل له.

و اعلم أنه إنما يفسخ إذا علم العامل بالفسخ من الجاعل، و إلا فهو على حكمه، فلو عمل استحق، و اختاره فى التذكرة (١)، و ما أشبهه بعزل الموكل الوكيل و تصرفه قبل علمه بالعزل.

قوله: (و بعده فيدفع اجره ما عمل).

فإذا علم بالفسخ ثم عمل فلا شيء له، فى المستقبل، و يشكل على ذلك أنه إذا جعل له على رد الضال، ثم فسخ و قد صارت بيده فإنه لا يكاد يتحقق للفسخ معنى حينئذ، إذ لا يجوز له تركها. و تسليمها الى وكيل المالك أو الحاكم بمنزله ردها.

و كذا لو لم يجد واحدا منهما (٢) فإنه لا بد من تسليمها الى المالك أو وكيله، فيكون هذا الفسخ بعد حصول ما يستلزم الرد فهو فى حكمه، فلا يكاد يتحقق وجهه.

ص: ١٩٥

١ - ١) التذكرة ٢: ٢٨٨. [١]

٢ - ٢) فى «ق»: أحدهما.

و يستحق العامل الجعل بالتسليم، فلو جاء به الى باب منزله فهرب أو مات لم يستحق شيئاً. و يحتمل الاستحقاق مع الموت بالنسبه، و يعمل بالمتأخر من الجعالتين سواء زادت أو نقصت قبل التلبس، و إلا فبالنسبه. و لو حصلت الضاله فى يد انسان قبل الجعل و جب دفعها الى مالكها و لا شىء له، قوله: (فلو جاء به الى باب منزله فهرب أو مات لم يستحق شيئاً و يحتمل الاستحقاق مع الموت بالنسبه).

وجه الأول: إنه لم يأت بالمجوع عليه فلم يستحق شيئاً، و وجه الثانى و هو الاستحقاق مع الموت دون الهرب، لأن المانع ليس من قبله بل من قبل الله تعالى، و لأن الرد الممكن عادة قد حصل، و تسليمه من الموت ليس داخلًا تحت قدره البشر.

قوله: (و يعمل بالمتأخر من الجعالتين، سواء زادت أو نقصت قبل التلبس).

لأن الجعاله جائزه، و هذا إذا علم بالرجوع عن الأولى، و الا استحق الأولى.

قوله: (و إلا فبالنسبه).

أى: و إن كان بعد التلبس، فما مضى من العمل استحق له بنسبه الجعاله الأولى، لأنها لازمه من طرف المالك فيما مضى، و يستحق لما بقى بنسبه الجعاله الثانى، و يشكل بما سبق فيما إذا فسخ المالك بعد التلبس.

قوله: (و لو حصلت الدابه فى يد انسان قبل الجعل و جب دفعها الى مالكها، و لا شىء له).

لوجوب الدفع من حصولها فى اليد، فلا- يستحق اجرا حينئذ، إذ لا- عمل بالاذن يستحق به. و الجعل بفتح الجيم و إسكان العين: الإتيان بصيغه

و كذا المتبرع، سواء عرف برد الإباق أو لا. و سواء جعل المالك و قصد العامل التبرع أو لم يجعل و إن لم يقصد الجعالة.

و اعلم أن على ظاهر العبارة إشكالا، و هو أن الدفع ليس بواجب إنما الواجب الاعلام و التخليه، و لهذا قال فى التذكرة: إنه لو قال: من رد علىّ مالى فله كذا فرده من كان المال فى يده نظر فإن كان فى رده من يده كلفه و مؤنه كالعبد الآبق استحق الجعل، و إن لم يكن كالدراهم و الدنانير فلا، لأن ما لا كلفه فيه لا يقابل بالعوض، و هذا متجه.

ثم قال: و لو قال: من دلتى على مالى فله كذا، فدلته من المال فى يده لم يستحق الجعل، لأن ذلك واجب عليه بالشرع، فلا يستحق أخذ العوض عليه أما لو كان فى يد غيره فدلته استحق، لأن الغالب أن تلحقه مشقه فى البحث (١)، هذا كلامه و هو حسن.

قوله: (و كذا المتبرع، سواء عرف برد الإباق أو لا).

و قال جماعه من الأصحاب: بأن من رد العبد أو البعير استحق من غير شرط (٢)، و فى عبارته ابن حمزه: إذا لم يجعل و جرت فى البلد عادته بشيء استحق (٣)، و المشهور خلافه، و روايه مسمع بذلك محموله على الاستحباب (٤).

قوله: (و سواء جعل المالك و قصد العامل التبرع، أو لم يجعل و إن لم يقصد التبرع).

ص: ١٩٧

١- ١) التذكرة ٢: ٢٨٧. [١]

٢- ٢) منهم المفيد فى المقنعه: ٩٩، و الطوسى فى النهايه: ٣٢٣، و ابن حمزه فى الوسيله: ٣٢٣. [٢]

٣- ٣) الوسيله: ٣٢٣. [٣]

٤- ٤) التهذيب ٦: ٣٩٨ حديث ١٢٠٣.

التبرع. و لو بذل جعلاً- غير معيّن كقوله: من رد عبدي فله شيء لزمه اجره المثل، إلا- في رد الآبق أو البعير ففي رده من المصّر دينار، و من غير مصره أربعة دنائير، و إن نقصت قيمه العبد أو البعير فإشكال. قد يقال: في العبارة مناقشه، لأن هذا الوصل لا يتضح اندراجه في قوله: (و كذا المتبرع) لأن المتبادر من التبرع قد يخالف من لم يقصد التبرع، إلا أن يقال: من لم يقصد واحداً من الأمرين متبرع، فيكون من جملة أفراد المتبرع.

قوله: (إلا في رد الآبق أو البعير، ففي رده من المصّر دينار، و من غير مصره أربعة دنائير).

أما العبد فقد ورد حكمه في روايه مسمع، و أما البعير فألحقه به الأصحاب، قال المفيد: بذلك ثبتت السنه (١). و لا يخفى أن المراد بالدينار:

المعروف شرعاً، و هو ما قيمته عشره دراهم.

قوله: (فإن نقصت قيمه العبد أو البعير فإشكال).

ينشأ: من عموم النص، و من أن الظاهر أن الشارع بنى على الغالب من زياده القيمه على المقدّر، فيخرج هذا الفرد من عموم النص، و لظاهر قوله عليه السلام: «لا ضرر و لا ضرار» (٢) فتجب حينئذ أجره المثل، لأنه عمل محترم له عوض و لم يعين.

لكن يشكل لو زادت أجره المثل على المقدّر شرعاً، فينبغي أن يكون محل التخصيص ما إذا زاد المقدّر عن أجره المثل، و إلا وجب المقدّر لانتفاء المنافي حينئذ.

ص: ١٩٨

١- ١) المقنعه: ٩٩.

٢- ٢) الكافي ٥: ٢٩٢، حديث ٢، الفقيه ٣: ٤٥، حديث ١٥٤، التهذيب ٧: ١٦٤، حديث ٧٢٧.

و لو استدعى الرد و لم يبذل اجره فالراد متبرع على اشكال أقربه ذلك إن استدعى مجاناً. و لو جعل الفعل للواجد فصدر عن الجماعه تشاركوا فيه، و لو صدر عن كل منهم فعل تام فلكل منهم جعل كامل.

و لو جعل لكل من الثلاثة على الرد جعلاً متفاوتاً فمن جاء به منهم فله ما عينه له، و لو جاء به اثنان فلكل نصف جعله، و لو جاء به الثلاثة فلكل ثلث جعله، و كذا لو عين لأحدهم و جهل لغيره فللمعين بنسبه عمله من قوله: (و لو استدعى الرد و لم يبذل اجره فالراد متبرع على اشكال، أقربه ذلك إن استدعى مجاناً).

لا- ريب أن موضع الاشكال ما إذا استدعى الرد و لم يشترط اجره و لا- عدمها، فالاستدعاء مجاناً خارج عن محل النزاع، إلا أن مفهوم الشرط يدل على الاستحقاق في محل النزاع.

و منشأ الاشكال: من أصاله براءه الذمه، و لم يحصل التزام للأجره، و لا ما يدل عليه، إذ طلب الرد أعم من كونه بأجره و مجاناً. و من أن العمل صدر بالاذن، و الفرض أن لمثله اجره فتجب. و لا- خفاء أن الدليل لا- ينهض على الوجوب، لأن نهايته أن يكون قد صرف مال نفسه في مصالح غيره بإذن الغير، و هذا لا يستوجب ضمان الغير.

و يقوى في النفس انه إن دلت العاده على الأجره في مثل هذا الفعل حمل الإطلاق عليه، و إلا فلا، و قد سبق مثله في الضمان بالاذن مع عدم اشتراط الرجوع.

قوله: (و لو جعل الفعل فصدر عن جماعه تشاركوا فيه).

إذا كانت الصيغه صالحه لهم.

المسمى، و للآخر بنسبه عمله من اجره المثل.

و لو عين لواحد فتبرع آخر فللمعين النصف و لا- شىء للمتبرع، و لو قصد الثانى إعانه العامل فللعامل الجميع، و لو قصد اجره لنفسه فهو متبرع. و لو جعل للرد من مسافه فرد من بعضها فله من الجعل بنسبه المسافه، و لو رد من أبعد لم يستحق أزيد بل المسمى إن دخل الأقل دون ضد الجبهه على الأقوى، و لو لم يجده فى المعين فأشكال. قوله: (و لو قصد اجره لنفسه فهو متبرع).

لأن عمله صدر بغير اذن.

قوله: (بل المسمى إن دخل الأقل).

أى: إن دخل الأقل الذى هو المجعل عليه فى المأتى به، لأنه قد أتى بمتعلق الجعل مع زياده، فلو قال: من رد عبدى من الحله فله كذا، فرده من بغداد بحيث جعل الحله طريقه فله الجعل، و إلا فلا، لكون المأتى به غير مجعول عليه.

قوله: (دون ضد الجبهه على الأقوى).

وجه القوه: إنه غير مأذون بالنسبه الى هذه الجبهه، فيكون متبرعا، و يحتمل ضعيفا وجوب اجره المثل، للأمر بالرد فى الجمله. و يضعف بأن الأمر كذلك لا يقتضى كون الرد من ضد الجبهه مأذونا فيه، و الأصح عدم الاستحقاق.

قوله: (و لو لم يجده فى المعين فأشكال).

ينشأ: من انتفاء المجعل عليه، و من الأمر بالرد فى الجمله فيستحق اجره المثل، و هو ضعيف، و الأصح أنه لا شىء له.

و القول قول المالك مع اليمين في شرط أصل الجعل - و شرطه في عبد معين و سعى العامل في الرد - بأن قال المالك: حصل العبد في يدك قبل الجعل تمسكا بالأصل.

قوله: (و القول قول المالك في شرط أصل الجعل).

أى: القول قول المالك لو اختلفا في شرط أصل الجعل، بأن طالب العامل المالك بالجعل فأنكر اشتراطه، لأن الأصل العدم.
قوله: (و شرطه في عبد معين).

أى: القول قول المالك لو اختلفا في اشتراط الجعل في العبد الفلاني، فأنكره المالك بعد اتفاقهما على صدور الجعل، للأصل أيضا.

قوله: (و سعى العامل في الرد بأن قال المالك: حصل العبد في يدك قبل الجعل).

و مثله قوله: حصل في يدك قبل علمك به، و مثله قوله: حصل في يدك من غير سعى و إن كان بعد صدور الجعل، لانتفاء حصول العمل حينئذ. و على ظاهر قوله: (و سعى العامل) لا حاجة الى قوله: (قبل الجعل) لأنه إن كان له سعى فالمانع التبرع لا عدم السعى، و إن لم يكن فلا فرق بين ما إذا كان قبل الجعل أو بعده.

و على ما اختاره في التذكرة من أنه إذا حصل في يده، و كان لرده مؤنه، و حصل الجعل فرده يستحق، لا يكون الاختلاف هنا إلا في تقدم السعى على الجعل و تأخره (١)، و قد صنع في التذكرة كما صنع هنا، فيكون كلامه معترضا. و بقوله: (تمسكا بالأصل) أشار الى عله تقديم قول المالك بيمينه في ذلك كله.

ص: ٢٠١

و لو اختلفا فى قدر الجعل أو جنسه تحالفا و ثبت أقل الأمرين من الأجره و المدعى، إلا أن يزيد ما ادعاه المالك على أجره المثل فتثبت قوله: (و لو اختلفا فى قدر الجعل أو جنسه تحالفا).

لأن كل واحد منهما مدع و مدعى عليه، فلا ترجيح لأحدهما، فيحلف كل منهما على نفى ما يدعيه الآخر.

قوله: (و يثبت أقل الأمرين من الأجره و المدعى).

أى: مدعى العامل دون المالك، لأن الأجره إن كانت أقل فظاهر، لانتفاء ما يدعيه العامل بيمين المالك، وإن كان ما يدعيه العامل أقل، فلأنه بدعواه الأقل منكر لاستحقاق الزيادة، و معترف ببراءه ذمه المالك منها فيؤخذ بإقراره.

قوله: (إلا أن يزيد ما ادعاه المالك على أجره المثل فتثبت الزيادة).

لاعترافه باستحقاق العامل إياها، و العامل لا ينكر ذلك.

قيل: لا- فائده للتحالف، بل يدفع الى العامل ما يدعيه المالك من أول الأمر فى صوره ما إذا كانت أجره المثل أقل مما ادعاه المالك.

قلنا: بل فائدته أنه قبل التحالف لو دفع اليه ذلك لم يكن على طريق المؤاخذه بظاهر الإقرار فقط، فإن المالك يدعى أن هذا المقدار هو المستحق بالتسميه، و بعد التحالف يتمحض الزائد لكونه مستحقا بمجرد الإقرار و المؤاخذه به.

و ينبغى أن يقال بالتحالف فيما عدا هذه الصوره، و صوره استواء أجره المثل و ما يدعيه المالك، لأن هذا القدر مستحق على كل تقدير، سواء حلف العامل أم لا- فيؤخذ فيه بإقرار المالك مع يمينه لنفى الزائد، هذا إذا كان صوره الاختلاف بينهما: جعلت لى كذا، فقال: بل كذا.

الزيادة. و يحتمل تقديم قول المالك كأصل. أما إذا كان صوره الاختلاف بينهما: استحق عليك كذا بسبب الفعل الفلاني، فقال المالك: بل كذا فإنه يحلف لنفى الزائد، ولا يمين من طرف العامل.

قوله: (و يحتمل تقديم قول المالك كأصل).

أى: كما تقدم قول المالك فى شرط أصل الجعالة، أى: فإنه كما يكون القول قول المالك فى انى لم اجعل شيئاً أصلاً، لأنه منكر، كذلك القول قوله فى انه لم يجعل الشئ الزائد. و يمكن الفرق بأنه إذا لم يحصل الاعتراف بجعل شئء فالأصل براءة ذمه المالك من عوض عمل العامل، فالعامل مدع محضاً و المالك منكر محضاً.

أما مع الاعتراف بصدور جعل فإن عمل العامل ليس مجاناً، و المالك يدعى أنه استحقه بتسميه القليل، و العامل ينكر ذلك و يدعى أنه استحق عوضاً بتسميه الكثير فلا جرم و جب التحالف، إذ لا يلزم من نفى استحقاق المسمى الذى ادعاه العامل بالتسميه استحقاق ما يدعيه المالك فقط بالتسميه، و إنما يتجه ذلك إذا كان الاختلاف فى استحقاق الزائد و عدمه، من غير تعرض للتسميه كما قدمناه، و هذا هو التحقيق.

فإن قيل: إذا حلف العامل بنفى ما يدعيه المالك فلا فائده ليمين المالك، لأن اللازم بعد اليمين أقل الأمرين من الأجره و ما ادعاه العامل، فيدفع اليه من أول الأمر، فلا يكون موقوفاً على يمين المالك.

قلنا: ليس كذلك، لأن أقل الأمرين إنما يثبت بعد انتفاء دعوى العامل، و لا ينتفى إلا بيمين المالك، على أن المالك غير مقرر باستحقاق أجره المثل الزائده على العشر ليؤاخذ بإقراره، مع أنه ربما أقر إذا عرض عليه اليمين، أو ردها على العامل فحلف على ما يدعيه فلها فوائد، بخلاف ما إذا كانت أجره

و لو قال: جعلت الرد من بغداد، فقال العامل: بل من البصره قدم قول المالك. و لو قال: من رد عدي فله دينار فرد أحدهما استحق نصف الجعل إن تساوى الفعلان. المثل بقدر ما يدعيه العامل أو انقص.

قوله: (و لو قال: جعلت للرد من بغداد فقال العامل: بل من البصره قدم قول المالك).

لأن الأصل عدم ما يدعيه العامل و الأصل براءة الذمه من وجوب الجعل.

قوله: (و لو قال: من رد عدي فله دينار، فرد أحدهما استحق نصف الجعل إن تساوى الفعلان).

و إلا بالنسبه، لأن أجزاء الجعل تقابل بها أجزاء العمل، و اعلم أن يد العامل على ما يحصل في يده الى أن يرد يد أمانه، قال في التذكرة: لم أقف على شيء، لكن النظر يقتضى ذلك (١)، و في الدروس قال: إن خبر السكوني (٢) و خبر غياث (٣) يدلان عليه (٤).

فروع:

أ: إذا رد الأبق لم يكن له حسبه الى استحقاق الجعل، لأن الاستحقاق بالتسليم و لا حبس قبل الاستحقاق.

ب: لو قال: إن علمت ولدى القرآن، أو علمتني فلك كذا، فعلمه

ص: ٢٠٤

١- (١) التذكرة ٢: ٢٨٩. [١]

٢- (٢) الكافي ٦: ٢٠١ حديث ٨، الفقيه ٣: ٨٧ حديث ٣٢٥، التهذيب ٨: ٢٤٧ حديث ٨٩١.

٣- (٣) الكافي ٦: ٢٠٠ حديث ٨، الفقيه ٣: ٨٨ حديث ٣٢٧. [٢]

٤- (٤) الدروس: ٣٠٦.

و لو مات الجاعل بعد الرد أخذ الجعل من التركة، و لو مات قبله فإن لم يكن العامل قد عمل بطلت، و كذا إن كان قد عمل لكن يؤخذ من التركة بنسبه عمله.

البعض و امتنع من تعليم الباقي قال في التذكرة: فلا شيء له على اشكال.

قال: و كذا لو كان الصبي بليدا لا يتعلم على اشكال، كما لو طلب العبد فلم يجده.

قال: أما لو مات الصبي في أثناء التعليم فإنه يستحق أجره ما علمه، لوقوعه مسلما بالتعلم، بخلاف رد الآبق فإن تسليم العمل بتسليمه للآبق، و هنا ليس عليه تسليم الصبي، و لا هو في يده، و لو منعه أبوه فللمعلم أجره المثل لما علمه.

قال: و لو قال: إن خطت لي هذا القميص فلك درهم فخاط بعضه فإن تلف في يد الخياط لم يستحق شيئا، و إن تلف في يد رب الثوب بعد ما سلمه إليه استحق من الأجره بنسبه ما عمل (1)، و في الفرق بين هذه المسألة و مسألة التعليم نظر.

ج: مؤنه الدابة، و العبد، و ما يلزم القماش، و نحوه مما هو كالنفقه مثل الطعام التي إن لم يبذلها ذهب المال، أو بعضه الذي هو أزيد من المطلوب على المالك، لأنه ملكه و يد العامل كيد الوكيل.

ص: ٢٠٥

كتاب الغضب و توابعه

اشاره

كتاب الغضب و توابعه و فيه مقاصد:

الأول: في الغضب

اشاره

الأول: في الغضب: و فيه مطلبان:

الأول: في الضمان

اشاره

الأول: في الضمان: و أركانه ثلاثه:

الأول: الموجب

اشاره

الأول: الموجب: و هو ثلاثه:

الأول: التفويت بالمشاره

الأول: التفويت بالمشاره: و هي إيجاد عله التلف كالقتل و الأكل، و الإحراق.

الثاني: التسبيب

الثاني: التسبيب: و هو إيجاد ما يحصل التلف عنده، لكن بعله أخرى إذا كان السبب مما يقصد لتوقع تلك العله كالحافر، و فاتح رأس الظرف، و المكره على قوله: (كتاب الغضب و توابعه، و فيه مقاصد.

الأول: في الغضب: و فيه مطلبان: الأول: في الضمان: و أركانه ثلاثه:

الأول: الموجب: و هو ثلاثه:

الأول:التفويت بالمباشرة:وهى إيجاد عله التلف كالقتل، و الأكل،و الإحراق).

المراد:الذى هو أعم من الغصب فيوجد بدونه،فإن الإلتلاف بالمباشرة كالرمى بسهم موجب للضمان و لا يعد غصبا.

قوله: (الثانى:التسبيب:وهو إيجاد ما يحصل التلف عنده، لكن بعلة أخرى إذا كان السبب مما يقصد لتوقع تلك العلة كالحافر، و فاتح رأس الظرف،و المكره على الإلتلاف).

ص:٢٠٦

عرّف في الدروس السبب: بأنه فعل ملزوم العلة (١)، وقريب منه ما ذكره الشارح الفاضل (٢) والمعنى قريب.

وقول المصنف: (إذا كان السبب مما يقصد لتوقع تلك العلة) غير محتاج إليه بل هو مضر، إذ حفر البئر قد لا يقصد الحافر به توقع العلة الموجبه للتلف، ولا قصدها أكثرى مع الضمان به قطعاً للسببية، وكأنه أراد الاحتراز عما إذا كان حدوث المقتضى للتلف على تقدير ذلك الفعل نادراً، فإنه لا يعد سبباً.

ولعله أراد: بقصده كونه شأنه ذلك فكان الأولى ان يقول: وهو إيجاد ما يحصل التلف عنده لكن بعلة أخرى، إذا كان السبب مما يتوقع معه علة التلف، بأن يكون وجودها معه كثير.

واعلم أن شيخنا الشهيد في شرح الإرشاد فسر السبب بتفسيرين:

الأول: إيجاد ملزوم العلة قاصدا لتوقع تلك العلة.

الثاني: انه فعل ما يحصل عنده التلف لكن بعلة غيره، وهو أعم من الأول، لإمكان سبب آخر بدل منه.

هذا محصل ما ذكره، وفي الأول نظر، لأنه إنما يصدق في الغاصب إذا قدم طعام الغير إلى أكل مبيحا له، لأنه قاصد حينئذ بالتقديم الأكل.

ولا ريب أن حفر البئر سبب، وطرح ما يتعثر به سبب بغير خلاف، والظاهر أن مراد الجماعه كون قصد توقع العلة باعتبار الشأن، فيكون تقديره هكذا السبب: إيجاد ملزوم العلة الذي شأنه أن يقصد معه توقع تلك العلة.

ص: ٢٠٧

١- (١) الدروس: ٣٠٧.

٢- (٢) إيضاح الفوائد ١٦٦: ٢.

الثالث: إثبات اليد: إذا كان بغير حق فهو غضب، وهو الاستقلال بإثبات اليد على مال الغير عدوانا. ولا يكفي رفع يد المالك ما لم يثبت الغاصب يده، والمودع إذا جحد أو عزم على المنع فهو من وقت الجحود أو العزم قوله: (الثالث: إثبات اليد: إذا كان بغير حق فهو غضب، وهو الاستقلال بإثبات اليد على مال الغير عدوانا).

فى التحرير: الغضب: هو الاستيلاء على مال الغير بغير حق (١)، والاستيلاء أحسن من الاستقلال، لأنه أشمل. وقال فى التذكرة: إنه لا حاجة الى التقييد بالعدوان، بل يثبت الغضب و حكمه من غير عدوان، كما لو أودع ثوبا عند انسان ثم جاء و أخذ ثوبا للمستودع على ظن أنه ثوبه، أو لبسه المستودع على ظن أنه ثوبه (٢).

فيظهر منه أن بين العدوان و ما ليس بحق الفرق، و ليس بواضح، لأن كل من لا حق له فى إثبات اليد على الشىء عاد، سواء ظن خلاف ذلك أم لا و على كل حال فلا مشاحه فى التسميه، فإن كان معنى العدوان فعل ما يعلم كونه ظلما فلا حاجة الى التقييد به، كما قال فى التذكرة، فيكون تعريف التحرير أولى.

قوله: (و لا يكفي رفع يد المالك ما لم يثبت الغاصب يده).

و ما سيأتى من تضمين المانع للمالك عن حراسه ماشيته ليس للغضب، بل للتسبب الى التلف.

قوله: (و المودع إذا جحد أو عزم على المنع فهو من وقت الجحود أو العزم غاصب).

ص: ٢٠٨

١-١) التحرير ١٣٧:٢. [١]

٢-٢) التذكرة ٣٧٣:٢. [٢]

أما إذا جحد فواضح، و أما إذا عزم على الجحود فيقال فيه: إنه قد سبق أن المستودع لا- يضمن بمجرد قصد الخيانه ما لم يحسن، بخلاف الملتقط.

و هذا مخالف له. و قد أجاب عن ذلك شيخنا الشهيد في بعض حواشيه بعد تمهيد مقدمه هي: إنه إذا وجد للمجتهد حكما مختلفان في مسأله فلتوجيه كلامه طريقتان:

أحدهما: تقرير النصين مهما أمكن.

و الآخر: تحصيل القولين، أى: إثبات خلاف له في المسأله، و العدول إلى الثانيه مشروط بتعذر الأولى.

إذا تقرر هذا، فتقرير النصين هنا: بأن يفرق ما ذكر سابقا و ما هنا، بأن المذكور سابقا هو عدم كون المستودع خائنا و ضامنا بمجرد قصد الخيانه، و المذكور هنا هو كونه بمجرد قصد المنع للمالك يصير غاصبا و ضامنا، و لا يعد في ذلك، لأنه بقصد الخيانه لم يخرج يده عن كونها يد نيابه للمالك في الحفظ، إذ الفرض انه لم يقصد كون المال له، فهو مع هذا القصد قائم بما استنابه المالك فيه مثبت يده باذنه فلم يحصل تعد.

و مجرد النيه لا- يوجب حصول التعدي، بخلاف ما إذا قصد منع المالك من العين، فإن يده حينئذ لنفسه، فلا- يكون نائبا للمالك، فلا يكون إثبات يده حينئذ هو المأذون فيه من المالك، فيكون إثباتا بغير حق، فيصدق عليه تعريف الغاصب. و هذا فرق حسن جلي، و لو أن هذا الفرق لم يتم لقلنا إن للمصنف في المسأله قولين، فيكون هذا رجوعا عما سبق.

و يطرد هذا في الأمانات، حتى يقال: إن الثوب الذي أطارته الريح الى دار الغير مثل اللقطه في ضمانه بمجرد قصد الخيانه، و مال الإجاره بمنزله الوديعة لا يضمن بقصد الخيانه و يضمن بالجحود، و قصد منع المالك و نحو ذلك من الأمانات.

و يتحقق إثبات اليد فى المنقول بالنقل، إلا- فى الدابه فىكفى الركوب، و الفراش الجلوس عليه، و فى العقار بالدخول و إزعاج المالك، فإن أزعج و لم يدخل، أو دخل لا بقصد الاستيلاء و لم يزعج لم يضمن، فإن قصد فهو غاصب قوله: (و يتحقق إثبات اليد فى المنقول بالنقل، إلا فى الدابه فىكفى الركوب، و الفراش الجلوس عليه).

فيه مناقشتان: إحداهما: إن الاستثناء لا يستقيم إلا إذا كان المراد أن إثبات اليد فى المنقول لا يثبت إلا باليد، و لا دلالة للعبارة على ذلك إلا باعتبار عدم صحه الاستثناء.

الثانيه: إنه قد وقع فى قوله: (و الفراش الجلوس عليه) العطف على معمولى عاملين بأداه واحده، و هو ضعيف عند أهل العربيه.

و اعلم أن إثبات اليد فى المنقولات إنما يتحقق بالنقل، و إلا فى الدابه فإن ركوبها إثبات اليد عليها، و الفراش فإن الجلوس عليه كاف فى ذلك ايضا.

قال فى التذكرة: و هل يتحقق بإثبات اليد من غير نقل؟ الأقرب عندى ذلك، فلو ركب دابه الغير و هى واقفه و لم تنتقل عن مكانها، أو جلس على فراشه و لم ينقله فالوجه تحقق الغصب، لحصول غايه الاستيلاء بصفه الاعتداء (1). و كلامه لا يقتضى الحصر فى الدابه و الفراش، و لا يبعد الاستيلاء فى كل شىء بحسبه عرفاً، كالدخول الى خيمته، أو خبائه، و نحو ذلك.

قوله: (و فى العقار بالدخول و إزعاج المالك، فإن أزعج و لم يدخل، أو دخل لا بقصد الاستيلاء و لم يزعج لم يضمن، و إن قصد فهو غاصب للنصف).

ص: ٢١٠

لا- ريب فى أن غضب العقار متصور فى نظر الشرع، لأن إثبات اليد عليه ممكن، ثم انه لا يخلو: إما أن يكون مالك العقار فيه أو لا، فإن كان فيه و دخل آخر عليه بنيه (1) السكنى و أزعه فهو غاصب لا محاله، لوجود الاستيلاء حقيقه، و لا أثر لقصد السكنى حينئذ و عدمه.

و لو منع المالك من موضع بعينه فهو غاصب لذلك خاصه، فيعتبر لتحقق الغصب أمران: الدخول، و إزعاج المالك، فلا يكفى أحدهما فقط، لكن قول المصنف: (لا- بقصد الاستيلاء) لا يخلو من شىء، لأنه لا أثر لعدم قصد الاستيلاء مع حصول الاستيلاء حقيقه، كما نص عليه فى التذكرة (2).

و ينبغى أن يقال: إن المزاحم للمالك فى العقار: إما أن يدخل عليه مستولياً، أو لا، و على كل من التقديرين: إما أن يزعه، أو لا، و على كل تقدير: إما أن يكون الغير قويا و المالك ضعيفاً، أو بالعكس، أو يكونان قويين، فهذه عدده صور (3).

أن يدخل على المالك مستولياً و يزعه، أو لا- يزعه، و لكل منهما قوه فيضمن النصف، لأن الإزعاج للمالك غير معتبر فى الغصب للعقار، كما ذكره فى التذكرة (4). و لا يعتبر قصد الاستيلاء إذا تحقق الاستيلاء، و إنما اعتبره هنا و فى التحرير (5) لحصول اليد و الاستيلاء حقيقه، فهذه صورتان.

و لو دخل الضعيف على القوى بقصد الاستيلاء فليس بغاصب، إذ لا أثر

١- ١) فى «م»: هيئه.

٢- ٢) التذكرة ٣٧٧: ٢. [١]

٣- ٣) فى «م»: أ: دخل و أزعج و هو قوى. ب: لم يدخل بحاله. ج: و هما قويان. د: لم يدخل بحاله. ه: بحاله و هو ضعيف خاصه. و: بحاله و لم يدخل. ز: أزعج و لم يدخل. قوله: أن يدخل على المالك.

٤- ٤) التذكرة ٣٧٧: ٢. [٢]

٥- ٥) تحرير الأحكام ١٣٧: ٢. [٣]

لقصد شيء لا يتمكن من تحقيقه، و لو دخل القوى على الضعيف مستولياً بحيث اضمحلت يده فالمتجه كونه غاصباً للجميع. و لا فرق في هذين الموضوعين بين الإزعاج و عدمه، فهذه أربع أخرى.

و لو أزعج القوى مثله و لم يدخل، أو القوى للضعيف كذلك ففي تحقق الغصب إشكال، ينشأ: من أن قبض العقار يكفي فيه التمكن من التصرف، و التخليه، و تسليم المفتاح كما سبق في البيع، و بذلك يدخل تحت يد المشتري و في ضمانه، فيجب أن يكون هذا القدر كافياً في صدق الغصب.

و من أن العرف قاض بأن الغصب إنما يتحقق بالدخول، لأن الاستيلاء به يحصل الإزعاج و نحو ذلك.

قال في التذكرة- و هنا و في التحرير جزم باشتراط الدخول (١)- و المسألة موضع تردد (٢). و لا يتصور إزعاج الضعيف القوى. و لا أثر لانتفاء الدخول و الإزعاج إلا إذا كان المالك غائباً فأسكن غيره مع جهل الغير، فإن في الدروس: إن الأمر غاصب، لأن يد الأمور كيده، و الساكن ليس بغاصب و إن ضمن المنفعة (٣) و يشكل بما لو انهدمت الدار و هو فيها مثلاً، فإن عدم التضمن مع إثبات اليد بغير حق و إن كان مغروراً بعيد، فإن قال بثبوته و لم يسمه غاصباً فلا مشاحة في التسميه، و لو دخل العقار لينظر هل يصلح له، أو ليتخذ مثله لا على قصد الاستيلاء، قال في التذكرة: لم يكن غاصباً (٤)، لكن لو انهدمت في تلك الحالة ففي الضمان إشكال ينشأ: من أنه قصد حصل التلف في يده كما لو أخذ

ص: ٢١٢

١-١) تحرير الأحكام ١٣٧:٢. [١]

٢-٢) التذكرة ٣٧٧:٢. [٢]

٣-٣) الدروس: ٣٠٧.

٤-٤) التذكرة ٣٧٧:٢. [٣]

و لو دخل الضعيف على القوى فى داره و قصد الاستيلاء لم يضمن، و يضمن لو كان القوى نائبا و الحواله على المباشر لو جامع السبب، إلا مع ضعفه بالتغريير كمن قدم طعام غيره إلى أكل جاهل فالضمان يستقر على الأمر.

و لو دفع غيره فى بئر حفرها ثالث فالضمان على الدافع. و لو فتح رأس زق فقلبته الريح الحادته و سقط، أو ذاب بالشمس ففى الضمان إشكال ينشأ: من ضعف المباشر، و من أنه لا يقصد بفتح الزق تحصيل منقولا من بين يدي مالكة لينظر فيه هل يصلح له فتلف فإنه يضمنه، و من الفرق بينهما بأن اليد على العقار حكميه لا حقيقيه كاليد على المنقول، فلا بد فى ثبوت اليد على العقار من أمر آخر و هو قصد الاستيلاء.

قوله: (و يضمن لو كان القوى نائبا).

لحصول الاستيلاء حقيقه.

قوله: (إلا مع ضعفه بالتغريير).

لا وجه لهذا القيد، لأن أسباب الضعف لا تنحصر فى التغريير، فإن عدم صلاحيه المباشر لنسبه الفعل اليه موجب لضعفه، كما فى الريح و الشمس و النار.

قوله: (و لو دفع غيره فى بئر حفرها ثالث فالضمان على الدافع).

لأنه المباشر، لأن ذلك الفعل يتولد عنه التلف.

قوله: (و لو فتح رأس زق فقلبته الريح الحادته و سقط، أو ذاب بالشمس ففى الضمان إشكال ينشأ: من ضعف المباشر، و من أنه لا يقصد بفتح الزق تحصيل الهبوب).

ص: ٢١٣

الهبوب. و لو فك قيد الدابه فشردت، أو عن المجنون فأبق، أو فتح قفصا عن طائر فطار فى الحال أو بعد مكث، أو أزال وكاء الظرف فسال ما فيه و لا يحبسه إلا الوكاء، أو فتح رأسه فتقاطرت قطرات و ابتل أسفله و سقط، أو قبض بالبيع الفاسد أو السوم على اشكال، أو استوفى منفعه الإجاره الفاسده، أو ألقى صبيبا فى مسبعه أو حيوانا يضعف عن الفرار فقتله السبع أى: أو ذاب بالشمس فسقط، و لا يخفى أن ضعف المباشر ثابت، فإن الريح و الشمس لا يحال على ما يترتب عليهما من التلف، فيجب الرجوع على السبب فهو هنا بمنزله المباشر.

و وجه الثانى: إن فتح الزق لا يعد سببا فإنه لا يقصد به توقع الهبوب، فلا يترتب على فاعله ضمان.

و مثله إذابه الشمس، و لا يخفى ضعف ذلك، لأنه إذا فتح رأس الزق كان وجود المسقط له كثير الحصول، من ريح فإن وجودها كثير، و حيوان لا يعقل، و وجود الشمس على الدوام موجب لتوقع الإذابه. و معلوم أنه فى هذين الموضعين لا يعد غاصبا لما فى الظرف، لعدم الاستيلاء و النقل له.

و اعلم ان عبارته المصنف لا- تخلو من شىء، فإنه لا يقصد بالسبب إلا حصول العله له أصلا، فكيف يستقيم قوله: (و من أنه لا يقصد بفتح الزق تحصيل الهبوب) فلو قال بدله: و من أنه لا يقصد بفتح الزق توقع الهبوب لكان أولى.

قوله: (و لو فك قيد الدابه فشردت، أو عن المجنون فأبق، أو فتح قفصا عن طائر فطار فى الحال أو بعد مكث، أو أزال وكاء الظرف فسال ما فيه و لا- يحسبه إلا الوكاء، أو فتح رأسه فتقاطر و ابتل أسفله و سقط، أو قبض بالبيع الفاسد أو السوم على اشكال، أو استوفى منفعه الإجاره الفاسده، أو ألقى صبيبا فى مسبعه أو حيوانا يضعف عن الفرار فقتله السبع

ضمن..

ضمن).

هذه الصور كلها من قبيل ما يتعلق الضمان فيها بالسبب لضعف (المباشر)، فإذا فك قيد الدابه فشردها متوقع و المباشر ضعيف. و كذا لو فك القيد عن العبد المجنون، و مثله من لا يميز و لو كان عاقلا فلا ضمان، إذ لا يتوقع منه الفرار حينئذ إلا إذا كان آبقا فى الضمان اشكال: من حيث أن فعله يسند إليه، لأنه عاقل فالحواله عليه، لأنه المباشر بخلاف المجنون، و من حيث أنه بهذه العاده قد أشبه الدابه و نحوها مما يوقع نفسه فى التلف، و لأن المالك قد اعتمد ضبطه بذلك فإطلاقه إتلافه (١)، و هو محل تأمل و إن كان الوجه الأول لا يخلو من وجهه.

و لو فتح القفص عن الطائر فطار ضمن سواء هاجه أم لا، و لا فرق بين طيرانه فى الحال أو بعد مكث، لاستناد الفعل الى السبب إذ طيران الطائر بعد فتح القفص مما يتوقع.

و كذا سقوط الظرف بابتلال أسفله المسبب عند تقاطر قطرات منه، لأن ذلك كله مستند إليه، إذ توقعه مقصود بالفعل السبب و هو إزاله الوكاء، و هذا إذا كان مائعا أو كان ذوبانه متوقعا، بخلاف الجامد فى زمان الشتاء الشديد فإنه محل تأمل.

و المقبوض بالبيع الفاسد مضمون و إن لم يكن مغصوبا، و كذا المقبوض بالسوم على اشكال ينشأ: من أنه بإذن المالك و الأصل البراءة، و من أن الاذن لا يقتضى الأمانه مع عموم قوله عليه السلام: «على اليد ما أخذت حتى تؤدى» (٢) و قد قبضه لمصلحه نفسه، و المنفعه المستوفاه بالإجاره الفاسده مضمونه بأجره المثل.

ص: ٢١٥

١- ١) فى «م»: إتلاف.

٢- ٢) مستدرک الوسائل ٣: ١٤٥، [١] سنن البيهقى ٦: ٩٥، مستند الحاكم ٢: ٤٧.

و لو فتح بابا على مال فسرق، أو دل سارقا أو أزال قيذا عن عبد عاقل فأبق لم يضمن. و هل العين مضمونه بالاستيفاء؟ يلوح من كلامهم العدم، و الذى ينساق اليه النظر كونها مضمونه، لأن التصرف فى العين غير جائز فهو بغير حق، فيكون فى حال التصرف استيلاءه عليها بغير حق و ذلك معنى الغصب، إلا أن كون الإجاره الفاسده لا تضمن بها كما لا تضمن بالصحيحه مناف لذلك.

فيقال: انه دخل معه على عدم الضمان بهذا الاستيلاء و إن لم يكن مستحقا، و الأصل براءه الذمه من الضمان، فلا تكون العين بذلك مضمونه إنما يضمن المنفعه خاصه و لو لا ذلك لكان المرتهن ضامنا مع فساد الرهن، لأن استيلاءه بغير حق، و هو باطل.

و كذا يضمن لو ألقى صبيا فى مسبعه، أو حيوانا يضعف عن الفرار كشاه و نحوها فقتله السبع، لأن تعريف السبب صادق عليه، إذ قد أوجد ملزوم عله التلف الذى شأنه أن يقصد معه توقع تلك العله، لأن وجودها معه كثير.

قوله: (و لو فتح بابا على مال فسرق، أو دل سارقا أو أزال قيذا عن عبد عاقل لم يضمن).

قد وقع للمصنف فى الإرشاد أن حكم بالضمان بدلاله السراق، و هذا لا ينطبق على أصول مذهبنا من أن المباشر مقدم على السبب فى الضمان حيث لا يكون ضعيفا، و ربما حمل على كون الدال مستأمنا على ذلك المال فإنه يضمن بذلك.

لكن قال شيخنا فى شرح الإرشاد و نعم ما قال: إن هذا الحمل تعسف، لأنه قد ذكر فى التحرير إشكالا فى المسأله (1)، و على هذا الحمل فلا وجه

ص: ٢١٤

و لو حفر بئرا فى غير ملكه، أو طرح المعائر فى المسالك، أو أتلّف منفعه كسكنى الدار و ركوب الدابه و إن لم يكن هناك غضب ضمن. للإشكال المذكور، و الأصح خلاف ذلك، و على ما يظهر من شرح الإرشاد فالمصنف خالف بذلك جميع الأصحاب.

و أما إزاله القيد عن العبد العاقل فقد عرفت التردد فى الآبق، فيستثنى من هذا الإطلاق.

قوله: (و لو حفر بئرا فى غير ملكه، أو طرح المعائر فى المسالك، أو أتلّف منفعه كسكنى الدار، و ركوب الدابه و إن لم يكن هناك غضب ضمن).

لا ريب أنه بحفر البئر فى غير ملكه، بل فى ملك الغير، أو فى نحو الطريق يضمن ما يتلف فيها. و كذا لو طرح المعائر، و هى بفتح الميم و الثاء المثلثة: جمع معثره كمكانس و معالق كذا قرناه.

و لو أتلّف منفعه كسكنى الدار، و ركوب الدابه ضمن ما أتلّفه قطعا، لكن قوله: (و إن لم يكن هناك غضب) يستقيم إذا لم يستول على الدار و الدابه، و لم يكونا لمالك المنفعه.

فأما الأول فيتصور إذا دخل الضعيف على القوى فى داره، فإن الغضب غير متحقق، لانتفاء الاستيلاء مع كونه صاحب يد فيضمن المنفعه قطعا، و يمكن ضمان العين أيضا، لليد. و كذا لو ركب الضعيف مع القوى دابته.

و الذى يظهر من عباراتهم أن ضمان العين تابع لتحقيق الغضب، و يتصور ضمان المنفعه بغضب المالك داره أو دابته من مستأجرها مع انتفاء مسمى الغضب (1).

ص: ٢١٧

١-١) (ق): مع انتفاء الغاصب.

و لو أرسل ماء فى ملكه فأغرق مال غيره، أو أجاج ناراً فأحرق لم يضمن، ما لم يتجاوز قدر الحاجه اختياراً مع علمه أو غلبه ظنه بالتعدى إلى الإضرار فيضمن. و لو غضب شاه فمات ولدها جوعاً، أو حبس المالك عن حراسه ماشيته فاتفق تلفها، أو غضب دابه فتبعها الولد ففى الضمان نظر. قوله: (و لو أرسل ماء فى ملكه فأغرق مال غيره، أو أجاج ناراً فأحرق لم يضمن، ما لم يتجاوز قدر الحاجه اختياراً مع علمه، أو غلبه ظنه بالتعدى إلى الإضرار فيضمن).

لما كان الناس مسليطين على أموالهم كان للمالك الانتفاع بمالكة كيف شاء، فإن دعت الحاجه الى إرسال ماء، أو إضرار نار فى ملكه جاز فعله و إن غلب على الظن التعدى إلى الإضرار بالغير.

نعم مع غلبه الظن بالتعدى إن تجاوز قدر الحاجه ضمن، لأنه سبب فى التلف لصدق تعريفه عليه إذ المباشر ضعيف، فحينئذ إنما يتحقق الضمان بالشرطين لا بأحدهما.

قوله: (و لو غضب شاه فمات ولدها جوعاً، أو حبس المالك عن حراسه ماشيته فاتفق تلفها، أو غضب دابه فتبعها الولد ففى الضمان نظر).

ينشأ: من عدم إثبات اليد على شىء من ذلك و انتفاء مباشره الإلتلاف، و من أنه سبب. و الأولى أن يقال: منشأ النظر الشك فى كونه سبباً فى التلف و عدمه، لانتفاء مباشره للإلتلاف و الغصب.

و التحقيق أن يقال: إن قصد توقع العله فى التلف بغضب الشاه، و الدابه، و حبس المالك عن حراسه الماشيه بحيث يكون التلف متوقفاً فالضمان ثابت، و معه فالضمان لازم لضعف المباشره.

و لو منع غيره من إمساك دابته المرسله فتلفت، أو من القعود على بساطه، أو منعه من بيع متاعه فنقصت قيمته السوقيه أو تلفت عينه لم يضمن.

و مثله ما لو منع المالك من إمساك دابته المرسله حيث يتوقع تلفها مع بقائها مرسله، و يختلف الأمر في ذلك باختلاف الأحوال، فربما كان بقاء الدابه مرسله أياما و أشهرا معتادا، لا يتوقع معه التلف فلا ضمان لو حبس المالك فاتفق على سبيل الندره التلف.

و قد توقف المصنف في التذكرة في التضمنين بهذا (1)، و في التحرير افتى بالعدم (2)، و ربما أمكن أن يستفاد هذا الشرط الذى ذكرناه من الوصف بكونها مرسله، لأنه لو لم يكن له دخل في توقع التلف الحبس لم يكن لذكره فائده أصلا بل كان لغوا.

و مثله ما لو مع المالك من القعود على بساطه، و كان تلفه حينئذ بسبب آخر متوقعا فيكون مختاره في الكتاب غير مرضى. أما لو منعه من بيع متاعه فنقصت قيمته السوقيه، مع بقاء العين و صفاتها لم يضمن قطعا، لأن الفأئ ليس مالا بل الفأئ اكتساب المال.

و لو منعه من بيعه فاتفق تلفه فلا- ضمان، لعدم تحقق معنى السببيه في التلف بالمنع من البيع، إذ ليس مما يقصد بمنع البيع توقع حدوث عله التلف.

و لو كان الحيوان مشرفا على الموت فمنعه من بيعه ليذكيه المشتري، أو منعه من تذكيتة فهنا يحتمل الضمان احتمالا لا يخلو من وجه، لوجود معنى السببيه، و لم أجد بذلك تصريحاً و الى هذه المسائل أشار بقوله: (و لو منع غيره من إمساك دابته).

ص: ٢١٩

١- ١) التذكرة ٣٧٦: ٢. [١]

٢- ٢) تحرير الأحكام ١٣٧: ٢.

و لو مد بمقود دابه فقادهما ضمن، إلا- أن يكون المالك راكبا قادرا. و يضمن حمل الغصب لا حمل المبيع بالفساد و السوم، و الحر لا يضمن بالغصب و إن كان صغيرا.

قوله: (و لو مد بمقود دابه فقادهما ضمن، إلا أن يكون المالك راكبا قادرا).

أى: قادرا على دفعه، لانتفاء الاستيلاء الذى هو مسمى الغصب، و لو اتفق تلفها بذلك ضمنها كما نص عليه فى التحرير (1)، لأنه جان عليها. و لو لم تتلف فهل يضمن منفعتها إذا مد بمقودها و المالك القادر على دفعه راكب؟ يحتمل ذلك، لأن منافع غير الحر تضمن بالفوات و قد باشر فواتها.

فرع: لو ساق الدابة قدامه بحيث صار مستوليا عليها لكونها تحت يده و لا جماح لها فهو غاصب، لتحقق معنى الغصب، و لو كان لها جماح فتردت بسوقه فى بئر ضمن بالسببيه.

لو جلس على خشبه الغير، أو حجر له من غير أن يتلفه فهل هو كركوب الدابه، و الجلوس على فراشه من غير أن ينقل واحد منهما؟ فيه نظر، أما السرير فالحاقه بالفراش قوى.

قوله: (و يضمن حمل الغصب لا حمل المبيع بالفساد).

أما حمل الغصب فإنه مغصوب كالأصل، و أما حمل المبيع فإنه ليس مبيعا، إذ لا يندرج الحمل فى بيع الام، فيكون أمانه فى يد المشتري لأصالة عدم الضمان، و لأن تسلمه باذن المالك الذى هو البائع.

قوله: (و الحر لا يضمن بالغصب).

لأنه ليس مالا، فلا يدخل تحت اليد.

ص: ٢٢٠

و لو تلف الصغير فى يد الغاصب بسبب كلدغ الحيه، و وقوع الحائط ضمن على رأى. و لو استخدم الحر فعليه الأجره، و لو استأجره لعمل فاعتقله و لم يستعمله ففى استقرار الأجره نظر. قوله: (و لو تلف الصغير فى يد الغاصب بسبب كلدغ الحيه، و وقوع الحائط ضمن على رأى).

الرأى للشيخ (١)، و له قول آخر بعدم الضمان (٢)، و التفات القولين الى انتفاء اليد، و التلف ناشىء عن غيره فلا مقتضى للضمان و الأصل البراءه، و الى أنه سبب الإتلاف، لأنه لا يستطيع دفع المهلكات عن نفسه و عروضها أكثرى.

و قد يقصد توقع التلف بغصبه و قطعه عن يعتنى بأمره، و لأن المناسب بعدوانه فى الاستيلاء عليه ظلما الضمان و إن لم يسم غاصبا، و لأنه أحوط، و به افتى جمع من الأصحاب (٣)، و فى الدروس ساوى بينه و بين المجنون (٤)، و هو الأصح.

و الظاهر أن المراد بالصغير: الذى لم يميز، مع احتمال الضمان فى المميز الضعيف عن الفرار من المهلكات، و لو كان بالشخص خبل أو بلغ بالكبر مرتبه الصغير فهل يلحق به؟ احتمال.

قوله: (و لو استأجره لعمل فاعتقله و لم يستعمله ففى استقرار الأجره نظر).

أى: لو استأجر (الحر) (٥) لعمل معين فحبسه مده يمكن استيفاء ذلك

ص: ٢٢١

١- ١) الخلاف ٢:١٠٥ مسأله ٤٠ كتاب الغصب.

٢- ٢) المبسوط ٣:١٠٥.

٣- ٣) فى «م»: جميع الأصحاب.

٤- ٤) الدروس: ٣٠٧.

٥- ٥) لم ترد فى «ق».

و لو حبس صانعا و لم ينتفع به لم يضمن أجرته.

و لو استأجر دابه أو عبدا فحبسه بقدر الانتفاع ضمن، و لو غصب خمرا من مسلم أو متظاهر لم يضمن و إن كان كافرا، العمل فى مثلها ففى استقرار الأجره عليه نظر ينشأ: من أن الأجره وجبت بالعقد، و قد انقضى زمان يمكن فيه العمل مع بذل المؤجر و منع المستأجر فيستقر، كما لو استأجره زمانا و حبسه حتى انقضى ذلك الزمان. و من أن منافع الحر لا تدخل تحت اليد تبعاله و لم يحصل التفويت، و لأصالة البراءة من الاستقرار.

و ربما بنى الوجهان على أن إجاره الحر نفسه هل هى تمليك للمنافع بعوض أو التزام العمل فى ذمته؟ يحتمل الأول، لأن للمستأجر أن يتصرف فيها بالإجاره و غيرها. فلهذا لو استعمله آخر ضمن اجره المثل. و يحتمل الثانى، لأن المنافع معدومه و ليست تابعه لعين مملوكه فكيف تملك، فعلى الأول يستقر و على الثانى لا. و فى هذا البناء نظر، إذ لا يلزم من ملك المنافع استقرار الأجره بالحبس المده المذكوره، لأن العقد المملك إذا لم يوجب الاستقرار فلا دليل على ثبوته بمضى المده المذكوره.

و وجه شيخنا الشهيد الاستقرار فى بعض حواشيه: بأن المنافع ملكها المستأجر، و تلفها مستند الى فعله، و يؤيده الحكم بالاستقرار الأجره على قلع الضرر مع البرء و سبق التمكين من قلعه، و قال بالعمل ليخرج الاستئجار مده معينه، إذ لا نزاع فى استقرار الأجره بمضيها متمكنا، و سيأتى إن شاء الله تعالى فى الإجاره تحقيق ذلك و الأصح فى مسأله الكتاب عدم الاستقرار.

قوله: (و لو غصب خمرا من مسلم، أو متظاهر لم يضمن و إن كان كافرا).

أى: و إن كان الغاصب كافرا، لعدم كون الخمر مما يتمول فى مله

و يضمن من الكافر المستتر و إن كان مسلماً بالقيمة عند مستحليه لا بالمثل و إن أتلّف الكافر على اشكال. الإسلام، فلا يضمن للمسلم و إن اتخذها للتخليل، نعم يَأْثَمُ الغاصب هنا و يعزّر، و أما الكافر المتظاهر فإن الخمر عنده كالخمر في يده المسلم.

قوله: (و يضمن من الكافر المستتر و إن كان مسلماً).

أى: و إن كان الغاصب مسلماً، لأنها مال بالإضافه اليه و قد أقر على ذلك، و لم تجز مزاحمته فيه.

قوله: (بالقيمة عند مستحليه لا بالمثل و إن أتلّف الكافر على اشكال).

إذا كان متلف خمر الكافر المستتر مسلماً فلا بحث في وجوب القيمة عليه، لاستحاله ثبوت الخمر في ذمه المسلم، و أما إذا كان المتلف كافراً ففي وجوب المثل أو القيمة إشكال ينشأ: من أنه مال مملوك لهم و هو مثلي فيضمن بالمثل، و هو أحد قولي ابن البراج (١). و من أنه يمتنع في شرع الإسلام الحكم باستحقاق الخمر، و إن كنا لا- نعترضهم إذا لم يتظاهروا بها، فامتنع الحكم بالمثل لعارض فيجب الانتقال إلى القيمة، كما إذا تعذر المثل في المثلي، و هو القول الآخر لابن البراج (٢).

و الأصح وجوب القيمة إذا تحاكموا إلينا، و الحكم بالمثل بعيد جداً، فإنهم متى أظهروا الخمر زال احترامها (٣).

فإن قيل: لا يلزم من الحكم باستحقاقها إظهارها.

قلنا: الحكم باستحقاقها ينجر إلى الإظهار إذا امتنع من الأداء فإنه يجبس

ص: ٢٢٣

١- ١) نقل قوله العلامة في المختلف: ٤٥٩.

٢- ٢) المهذب ١: ٤٥٠.

٣- ٣) في «م»: امتناعها.

و لو نقل صبيا حرا إلى مضيعه فافترسه سبع ففي الضمان اشكال. و لو فتح الزق عن جامد فقرب غيره النار منه حتى ذاب فالضمان على الثانى. و الأيدى المترته على يد الغاصب أيدى ضمان، حتى يؤدي، و ذلك مناف للاستتار، و الأصح و جوب القيمه.

قوله: (و لو نقل صبيا حرا إلى مضيعه فافترسه سبع ففي الضمان إشكال).

ينشأ: من أن الحر لا يدخل تحت اليد فلا يضمن، و من أنه التسبب الى هلاكه، و ليس هذا الإشكال بشيء بعد ما سبق فى كلامه: من أن الصبى إذا ألقاه فى مسبعه فافترسه سبع ضمنه، و كذا ضمانه لو تلف بسبب لدغ الحيه، و وقوع الحائط على الرائى، فإن إلقاءه فى مضيعه أقرب الى توقع عله الهلاك من هذه الأخيره، و الأصح الضمان فيه و فى المجنون كما سبق.

قوله: (و لو فتح الزق عن جامد فقرب غيره النار منه حتى ذاب فالضمان على الثانى).

لأنه و إن كان سببا إلا أنه أقرب من الأول.

قوله: (و الأيدى المترته على يد الغاصب أيدى ضمان).

لعموم: «على اليد ما أخذت حتى تؤدي» (١) و لصدق الاستيلاء بغير حق، و على ما ذكره فى الدروس: من أن الجاهل بغصب البيت إذا سكن فيه بأمر الغاصب يضمن المنفعه خاصه (٢)، على ما يلوح من عبارته: - يجب استثناء هذا، و فيه توقف.

ص: ٢٢٤

١ - ١) مستدرک الوسائل ٣: ١٤٥، سنن البيهقى ٦: ٩٥، مستدرک الحاكم ٢: ٤٧.

٢ - ٢) الدروس: ٣٠٧.

فيتخير المالك بين أن يطالب الغاصب عند التلف و من ترتب يده على يده، سواء علم الغصب أو لا، و سواء كانت أيديهم يد غصب للغاصب أو لا، و سواء استعاد الغاصب غصبا أو لا. و للمالك الرجوع على الجميع ببديل واحد، لكن الثاني إن علم بالغصب طو لب بكل ما يطالب به الغاصب، و يستقر الضمان عليه إذا تلف عنده، فلا يرجع على الأول لو رجع عليه، و يرجع الأول عليه لو رجع على قوله: (فيتخير المالك بين أن يطالب الغاصب عند التلف و من ترتب يده على يده، سواء علم بالغصب أو لا، و سواء كانت أيديهم يد غصب للغاصب أم لا، و سواء استعاد الغاصب غصبا أم لا).

لعموم قوله عليه السلام: «على اليد ما أخذت حتى تؤدي» (١) و الجهالة لا تقدر في الضمان و إن انتفى معها الإثم، لا ممتنع خطاب التكليف في حق الجاهل، بخلاف خطاب الوضع. و الظاهر أن للمالك مطالبه من ترتب يده على يد الغاصب مع عدم التلف بتسليم العين أو البديل للحيلولة.

قوله: (و للمالك الرجوع على الجميع ببديل واحد) لأن المستحق له شيء واحد فلا يكون له بدل متعدد، و هو مخير إن شاء أخذ البديل من الجميع، و إن شاء أخذ البديل بعينه باختياره.

قوله: (لكن الثاني إن علم بالغصب طو لب بكل ما يطالب به الغاصب).

لأنه غاصب، فجميع ما يترتب على الغاصب من التغليظ كأعلى القيم على القول به يترتب عليه.

قوله: (و يستقر الضمان عليه إذا تلف عنده، فلا يرجع على الأول)

ص: ٢٢٥

١- (١) عوالي اللآلي ١: ٢٢٤ حديث ١٠٦، مستدرک الوسائل ٣: ١٤٥ سنن البيهقي ٦: ٩٥، مستند الحاكم ٢: ٤٧.

الأول. هذا إذا تساوت قيمه، أو كانت في اليد الثاني أكثر.

و لو زادت في يد الأول طوبل بالزيادة دون الثاني.

و لو جهل الثاني الغصب: فإن كان وضع يده يد ضمان كالعاريه المضمونه و المقبوض بالسوم و البيع الفاسد فقرار الضمان على الثاني، و إلا فعلى لو رجع عليه، و يرجع الأول عليه لو رجع على الأول).

لاستوائهما في كون كل منهما غاصبا، و انفرد الثاني بزياده و هي كون التلف في يده فيختص بعهدته، فلو رجع على الأول استحق الرجوع عليه دون العكس.

قوله: (هذا إذا تساوت قيمه، أو كانت في اليد الثاني أكثر و لو زادت في يد الأول طوبل بالزيادة السوقيه).

بناء هذا الحكم على أن الغاصب يضمن أعلى القيم من حين الغصب الى حين التلف، فقوله: (هذا) إشاره الى ما ذكره من استقرار الضمان كله على الثاني، فإن ذلك لا يستقيم إلا إذا لم يختص الأول بشيء لم يشاركه الثاني فيه، و هو كون القيمه السوقيه في يده أكثر، فإن تلك الزيادة مستحقه للمالك و عهدتها على من حصلت في يده، فإنه حينئذ يطالب بالزيادة وحده.

و أما الثاني فيطالب بأعلى القيم في يده، و سيأتي إن شاء الله تعالى أن المختار وجوب القيمه حين التلف خاصه فلا يتم ما ذكره. و على القول بأن الواجب قيمته يوم القبض، فلو كانت أعلى اغرم الثاني ما عدا الزيادة و أغرم الأول الزيادة.

قوله: (فلو جهل الثاني الغصب، فإن كان وضع يده يد ضمان كالعاريه المضمونه، و المقبوض بالسوم، و البيع الفاسد فقرار الضمان على الثاني، و إلا فعلى الأول).

هذا قسيم قوله: (لكن الثانى إن علم بالغصب).

و حقه أن يكون بالواو (و لو جهل) أى: إذا كان الثانى جاهلا بالغصب فلا يخلو:

إما أن يكون إثبات يده على العين المغصوبه على وجه كونه مضمونا كالعاريه المضمونه، أى: كأن يستعير من الغاصب باعتقاده أنه المالك عاريه مضمونه لكونها ذهباً أو فضة، أو مشروطاً ضمانها، و كما لو قبضه منه كذلك بالسوم بناء على أنه مضمون.

و قد سبق من المصنف فيه اشكال، و اخترنا كونه مضمونا، و كما لو قبضه بالبيع الفاسد الذى اختل فيه أحد الأمور المعتمده فى البيع سوى كون العين مضمونه، أو على وجه كونه غير مضمون فإن كان الأول فقرار الضمان على الثانى، و ذلك لأن دخوله على أن العين مضمونه عليه إما بالتزامه أو بمقتضى الحكم الشرعى، فلا أثر لغروره بكون العين ملكا للغاصب و إنما يؤثر الغرور ان لو كان بريثا من الضمان على تقدير كون العين ملكا للغاصب فيكون الضمان إذا ظهر كونها ملكا لآخر و انه غضبها منه بتغيره.

و توضيح ذلك أن العين المغصوبه إذا أثبت الثانى الجاهل بالغصب يده عليها لا يداع الغاصب إياه مثلاً، فتلفت بغير تفريط، ثم ظهر كونها مغصوبه فاغرم المالك الثانى، فإنه يرجع على الغاصب لأنه غره بكون العين ملكا له، و انه سلمه إياها امانه و قد ظهر كونها مضمونه، و المغرور يرجع على من غره.

بخلاف ما لو سلمه إياها عاريه مضمونه، فإنها لو كانت ملكا للدافع و تلفت فى يد المستعير يلزمه الضمان، فلم يلزمه بتغيره إياه بكونها ملكا له ضمان لم يكن لازماً له على تقدير الملك.

و كذا لو قبضها بالبيع الفاسد، سواء علماً فساد البيع أو لا، لأن المقبوض

كالوديعة و الرهن و الوكالة. بالبيع الفاسد مضمون على القابض بالمثل أو قيمه كائنا ما كان و إن استحق الرجوع بالثمن، سواء زادت القيمة على الثمن أم لا، لوجوب التراد، و مع التفاوت ينتقل الى البدل كما حققناه في البيع.

فإن قلت: فكيف يرجع المشتري الجاهل على الغاصب لو أغرمه المالك القيمة بجمعها و إن زادت على الثمن مع أن البيع فاسد لكون العين مضمونه مع أن استقرار التلف في يده، و هو منافع لهذا.

قلنا: لا منافاه، لأن المراد بفساد البيع فساده بما عدا كون العين مضمونه (1) حتى لا يكون للغرور مدخل، فإنه على ذلك التقدير يضمن العين و إن كانت ملكا للغاصب.

أما إذا كان البيع صحيحا لو لا الغصب فإن التغير قائم، فإنه دخل على أن البيع صحيح لكون العين ملكا للبائع و أن ما زاد على الثمن له و منافعها مجانا، فإذا ظهر كونها ملكا للآخر و أن البائع غاصب فقد فات ذلك و ثبت تغيره إياه، فيرجع عليه بكل ما لو لا الغصب لكان له بغير عوض سوى الثمن.

و الحاصل ان الضابط: أن كل شيء لكون فرض الغاصب فيه مالكا لا يلزم الثاني فيه غرم له الرجوع فيه، و ما يلزمه فيه الغرم على تقدير كونه مالكا لا تغير فيه و لا رجوع به.

قوله: (كالوديعة و الرهن و الوكالة).

مثله الإجاره و الجعالة و المزارعه و المساقاه و المرجع الى الضابط الذي ذكرناه.

ص: ٢٢٨

١ - ١) في «م»: مغصوبه.

و مهما أتلّف الآخذ من الغاصب فقرار الضمان عليه، إلاّ مع الغرور كما لو أضافه به. و لو كان الغرور للمالك فالضمان على الغار، و كذا لو أودعه المالك أو آجره إياه. قوله: (و مهما أتلّف الآخذ من الغاصب فقرار الضمان عليه إلاّ مع الغرور كما لو أضافه به).

لأن الضيف مغرور باعتقاده أن يد المضيف يد ملك و انه قد أباحه الطعام مجاناً فظهر خلافه.

قوله: (و لو كان الغرور للمالك فالضمان على الغار).

لأن المباشر ضعيف بالغرور فيرجع على السبب.

فإن قلت: قد سلّط الغاصب المالك على ماله فصار بيده فبرئ الغاصب، فإذا أتلّفه لم يكن له على الغاصب رجوع.

قلنا: ليس هذا هو التسليم الواجب، فإن تسليطه إياه على إتلافه بالضيافة و نحوها لا يتضمن التسليم التام، فإن التسليم التام هو تسليمه إياه على أنه ملكه يتصرف به كتصرف المالك، و مع اعتقاده أن الطعام للغاصب و أنه قد أباحه إتلافه بالضيافة، فالتسليم المذكور منتف فيضمنه الغاصب للمالك.

قوله: (و كذا لو أودعه المالك أو آجره إياه).

أى: يرجع عليه بعوض العين، و كذا (يضمن) [\(1\)](#) بالمنافع و عوض الإجاره للتغريب، فإن التسليم المذكور ليس تاماً، إذ هو على طريق النيابة عن الغاصب في الحفظ أو استيفاء المنفعة المستحقه بالعوض.

ص: ٢٢٩

١- (١) لم ترد في «م».

و لو وهبه الغاصب من آخر، فرجع المالك عليه احتمال رجوعه على الغاصب لغروره، و عدمه لأن الهبه لا تستعقب الضمان. و لو زوج الجاربه من المالك فاستولدها مع الجهل نفذ الاستيلاء و برى الغاصب، قوله: (و لو وهبه الغاصب من آخر فرجع المالك عليه احتمال رجوعه على الغاصب لغروره، و عدمه، لأن الهبه لا تستعقب الضمان).

أى: لو وهب المغصوب الغاصب من شخص آخر فتلف فى يده بدليل قوله: (لغروره) و لأنه مع بقاء العين و أخذ المالك إياها لا يعقل رجوع المتهب على الغاصب، فإن غايه ما هناك كون الهبه فاسده لكون العين مغصوبه، و هو لا يقتضى تضمينه.

فإن المالك إذا رجع على المتهب، الذى تلف المغصوب فى يده يحتمل رجوعه على الغاصب، لأنه غره بكون ذلك ملكه، و أنه قد وهبه إياه. و مقتضى الهبه انه إذا تلف فى يده لا يلزمه عوضه، فتبين خلاف ذلك بظهور كونه مغصوبا و المغرور يرجع على من غره.

و يحتمل عدم الرجوع، لأن الهبه لا تقتضى ضمان الواهب العين للمتهب، لأنه أخذها على أنها إذا تلفت يكون تلفها منه، و ليس هذا الأخير بشىء، لأنها و إن لم تقتض الضمان إلا- أنها لا- تنفى الغرور فيجب مقتضاه و هو الأصح، و هذا إذا لم تكن الهبه معوضه، فإن كانت معوضه فليس بعيدا كونها كالبيع الذى يستجمع شرائط الصحة لو لا الغصب.

قوله: (و لو زوج الجاربه من المالك فاستولدها مع الجهل نفذ الاستيلاء و برى الغاصب).

لا- ريب فى نفوذ الاستيلاء لتحقق المعنى المقتضى، و هو إتيانها بولد من المالك، و ليس هذا كصيغه العتق التى انما تصح مع القصد، فإن من أولد

و فى الأرش إشكال، و كذا لو وهب منه.

مملوكه الغير ثم تبين الحال كان الاستيلاء نافذاً، و مع تحقق ذلك حجر على المالك فى إخراجها عنه، و انقطعت سلطنه الغاصب عنها بحسب الظاهر، فيبرأ الغاصب بحصول التسليم التام، و الى هذا أشار بقوله: (و برىء الغاصب).

و لقائل أن يقول: إن إطلاق براءة الغاصب لا يستقيم، بل ينبغى تقييدها بما إذا علم الحال، فلو تلفت قبل ظهور الحال و هى بيد المالك على أنها زوجته و هى مملوكه للغاصب فأين البراءة مع كون التسليم غير تام، و كان عليه أن يستشكل البراءة فى هذا القسم، كما استشكل فى قوله، إلا فى الأخير فإن الحكم فيهما متقارب بل البراءة هناك أولى.

قوله: (و فى الأرش إشكال).

ينشأ: من أن ذلك بفعل المالك، و أنه لم يأذن فيه الغاصب صريحاً، و إنما توهم المالك جوازه باعتقاده صحه النكاح فيكون كمناء البيع و ما جرى مجراه. و من أنه غره حيث سلطه عليه بالنكاح على أنها مملوكه الغاصب، فجرى مجرى ما لو ضيفه بطعامه، و هو الأصح. و كذا نظائره فى البيع و غيره.

إذا تقرر ذلك فالأرش عن تفاوت ما بين قيمتها طلقاً يتصرف بها أى تصرف أراد متى أراد، و بين قيمتها ممنوعاً من إخراجها عن الملك مع تجويز عروض زواله قريباً و بعيداً، و تجويز عدمه، لأنه لا يعلم هل يموت ولدها أم يبقى، بل يجوز بقاءه و موته بعد ساعه و بعد زمان طويل. و تفاوت ما بين القيمتين هو الأرش.

و إنما حققنا الأرش بما ذكرناه، ليعلم أنه إذا مات الولد و رجعت طلقاً لا يستعاد من المالك، لأن العيب الذى ثبت لم يزل و إنما انقطع بعد مده، و المأخوذ أرشاً إنما أخذ على تقدير رجاء انقطاعه و عروض زواله، فما توهمه

و لو قال:هو عبدى فأعتقه فأعتقه فالأقوى النفوذ، بعضهم من احتمال استرداده بموت الولد ليس بشىء قوله: (و لو قال:هو عبدى فأعتقه، فأعتقه فالأقرب النفوذ).

أى: لو قال الغاصب للمالك: هو-أى العبد المغصوب-عبدى فأعتقه عنك، بدليل ما سيأتى من قوله: (و لو قال:أعتقه عنى) و لأن النفوذ لو لا ذلك ضعيف، فأعتقه المالك عن نفسه بقول الغاصب على أنه ملك للغاصب فالأقوى نفوذ العتق، لأنه عتق صدر من أهله فى محله فىكون نافذا.

و يحتمل العدم، لأنه لم يقصد إعتاق عبده بل قصد إعتاق عبد الغاصب، و الإيقاعات و العقود تابعه للقصد. و ربما رجح الأول بكون العتق مبنيا على التغليب، و بأن الملك الحقيقى المعتبر فى العتق أقوى من الضمنى.

و الذى يقتضيه التحقيق أن العتق المقصود-و هو عتق عبد الغاصب عن المعتق الذى هو المالك فى نفس الأمر، و الذى يحاول وقوعه-هو عتق عبد المالك، و أحدهما غير الآخر.

فإن كان القصد معتبرا فالمقصود غير واقع فىكون منتفيا، و الآخر غير مقصود فلا يكون صحيحا. و كون العتق مبنيا على التغليب لا يدفع ذلك، لأن هذا البناء فرع وقوعه صحيحا، و الملك وحده غير كاف فى وقوع العتق من دون صيغته صحيحه، و ادعاء كون هذا عتقا صدر من أهله فى محله فى موضع المنع.

و إن كان القصد غير معتبر فيجب الحكم بوقوعه على كل حال، سواء أوقعه عن نفسه أو عن الغاصب، لأنه يملك فكه من الرق و قد حصلت الصيغه، و القصد غير معتبر بل يلزم أنه متى قصد إعتاق عبد الغير ظاهرا و تحريره بوكاله، ثم ظهر كونه مملوكا له فى وقت الإعتاق يارث أو شراء من وكيل و نحوه يجب الحكم بصحته و نفوذه، و هو من أبعد الأشياء.

و فى الغرم إشكال ينشأ: من الغرور، و من زوال الملك بإزالته و الصرف الى مصلحته. هذا مع أن فى إعتاق عبده الذى لو أعلمه لم يرض بعتقه، و قطع سلطنته عنه ضررا عظيما منفيما بقوله عليه السلام: «لا- ضرر و لا- ضرار» (١) و ربما قصد الغير الإضرار بالملك، فدلّس عليه عبده ثم سلطه على إعتاقه عن نفسه على أنه ملك الغير، فيكون فى الحكم بنفوذ العتق بلوغ المراد من الإضرار به، مع أنه ربما لم تثبت يده عليه فلا يستحق عليه شيئا قطعا، و هذا من أبعد ما يستبعد، و فى حواشى شيخنا الشهيد أنه لا ينفذ، و هو الذى يقوى فى النفس، و اختاره فى التحرير (٢).

و اعلم ان الغاصب لو لم يقل: هو عبدى، بل اثبت يده عليه على وجه يقتضى الملك ظاهرا، ثم قال له: أعتقه عنك، فإن الأحكام تجرى فيه كما تجرى أحكام البيع و غيرها و إن لم يقل للمشتري: هو عبدى، بل اعتماد على يده الداله على كونه ملكا له.

قوله: (و فى الغرم إشكال ينشأ: من الغرور، و من زوال الملك بإزالته و الصرف الى مصلحته).

أى: بناء على نفوذ العتق فى غرم الغاصب للمالك قيمه العبد الذى أعتقه عن نفسه إشكال ينشأ: من أنه أ تلف عبد نفسه بتغيير الغاصب، حيث قال انه عبده، فكان كما لو ضيف المالك بطعامه.

و من أن المباشر لإزالة الملك إنما هو المالك و قد صرفه الى مصلحته، حيث أعتقه عن نفسه فاستحق الولاء إن كان تبرعا و الثواب.

ص: ٢٣٣

١- ١) الكافي ٥: ٢٨٠ حديث ٤ و ٢٩٢، ٢٩٤ [١] حديث ٢، ٨، الفقيه ٣: ١٤٧ حديث ٦٤٨، [٢] التهذيب ١٦٤، ١٤٦: ٧ حديث ٦٥١، ٧٢٧.

٢- ٢) تحرير الأحكام ٢: ١٣٩. [٣]

و لو قال: أعتقه عنى ففعل ففى وقوعه عن الغاصب إشكال. و لو أمر المالك بذبح الشاه فذبحها جاهلا بها ضمن الغاصب، و لو أمره بالأكل فباع، أو بالعكس، أو عمم الانتفاع فالأقرب زوال الضمان و لا ريب فى ضعف الثانى، لأن صرفه الى مصلحته بفعله إذا كان مغرورا و لم يحصل التسليم التام لا ينافى استحقاق الرجوع عليه للغرور، و لا ريب أن استحقاق الرجوع بالغرم لو قلنا بنفوذ العتق أقوى.

قوله: (و لو قال: أعتقه عنى ففعل ففى وقوعه عن الغاصب إشكال).

أى: لو قال الغاصب للعبد الذى هو المالك له ظاهرا للمالك الجاهل بالحال: أعتقه عنى ففى وقوعه عن الغاصب إشكال ينشأ: من أنه عتق صدر من أهله فى محله، حيث أنه وقع بفعال المالك، و العبد صالح لتعلق العتق به، و الغاصب قابل لوقوع العتق عنه.

و من أنه إنما أعتقه نيابه عن الغاصب على أنه وكيله، لكون العبد مملوكا (له) (١) ظاهرا فلا يقع. و الأصح عدم وقوع العتق (٢)، و قد بينا وجهه سابقا.

فرع: لو فتح بابا على عبد محبوس فهرب ضمنه عند الشيخ (٣)، سواء كان كبيرا أو صغيرا (٤)، عاقلا أو مجنونا، آبقا أو لا.

قوله: (و لو أمر المالك بذبح الشاه فذبحها جاهلا بها ضمن).

لكونه مغرورا، و لا أثر لكون ذلك بفعله، كما نبهنا عليه غير مره.

قوله: (و لو أمره بالأكل فباع، أو بالعكس، أو عمم الانتفاع)

ص: ٢٣٤

١- ١) لم ترد فى «ق».

٢- ٢) فى «م»: عدم الوقوع.

٣- ٣) المبسوط ١٩: ٣.

٤- ٤) فى «ق»: صغيرا أم كبيرا.

إلا في الأخير على اشكال. فالأقرب زوال الضمان إلا في الأخير على اشكال).

أى: لو أمر الغاصب المالك بأكل العين فخالف، أو بالعكس و بالجمله إذا أذن له فى نوع من التصرف فأتى بنوع آخر غير مأذون فيه، أو عمم له الانتفاع، أى: اذن له فى جميع الانتفاعات فانتفع فأتلف العين أو بعضها، أو تلفت فى يده بعد التعميم المذكور فالأقرب عند المصنف زوال الضمان فيما عدا صوره الأخير، يعنى ما إذا عمم له الانتفاع.

و وجه القرب: أنه قد تصرف باختياره لا بقول الغاصب فصادف التصرف ملك نفسه، ولأن العين لو كانت مملوكة للغاصب لكان على المتصرف بمخالفة الأمر الضمان، و كل ما يقتضى الضمان على تقدير الملك لا يتصور فيه الغرور، إذ تغيره إنما هو بكونه ملكا له، و على تقدير الملك فالضمان ثابت، و قد بينا ذلك.

و يحتمل ضعيفا العدم، لأنه تصرف عن أمر الغاصب و لم يتحقق وصول ملكه اليه على الوجه المعتبر بالتسليم التام فرجع (١) عليه. و ليس بشىء، لأنه لم يتصرف عن أمر الغاصب، (إذ الفرض) (٢) أنه خالفه و فعل ما يوجب الضمان، و الأصح زوال الضمان هنا.

أما إذا عمم له الانتفاع، و هو الصورة الأخيرة ففى زوال الضمان و عدمه اشكال: من أنه مغرور بكون الملك للغاصب، و أن أنواع التصرفات مجوزة له من قبله فيكون كما لو قدم طعام الغير إليه فأكله جاهلا. و من أنه قد سلم إليه ماله تسليمًا تامًا و برىء منه، فإتلافه إياه و تلفه بعد ذلك لا يكون مضمونا على الغاصب، إذ الواجب عليه منحصر فى تسليم المالك ماله و تمكينه و قد فعل

ص: ٢٣٥

١ - ١) فى «م»: فيرجع.

٢ - ٢) فى «ق»: و الفرض.

فوجب الحكم ببراءته، وإلا لم يكن الواجب منحصرا فيما ذكر، هذا خلف.

و مثله ما إذا وهب المالك (ماله) (١) هبه غير لازمه.

و الذى يكشف عن وجه المسأله أن الواجب على الغاصب تسليم العين الى المالك تسليما تنقطع به سلطنه الغاصب عن العين بالكلية، بحيث يصير المالك فى سعه من التصرف و عدمه، و تكون يده يد مالك و تصرفه تصرف مالك.

فمتى كان تسليم العين اليه على وجه يعتقد أن يده يد متفرعه على يد غيره، و أن الغير بصدد أن يرجع الى العين فأخذها، و أنه يجب عليه بالطلب تسليمها اليه، و أن تصرفه فيها مقصور على الاذن بسبب عنه بمجرد الإباحه فالذى يقتضيه النظر أنه لا يكون تسليما تاما و لا تتحقق البراءه به، فحينئذ تكون العهده على الغاصب الى أن يحصل التسليم الواجب المبرئ للذمه، فإن تلفت العين أو أتلها المالك بإذن من الغاصب فالتغير قائم فينتجه الرجوع على الغاصب.

و مثله الهبه التى يجوز الرجوع فيها، لانتفاء التسليم التام بالمعنى الذى ذكرناه عنها. و يشكل على هذا ما سبق من أن الدين إذا أذاه المديون لا- يشترط للبراءه أن يعلم به المالك، بل يجوز أن يكون فى صورته الهديه، و لا- يكاد يتحقق الفرق بين المديون و الغاصب فى ذلك.

و لو باع الغاصب المالك فليس ببعيد أن يقال: إن ما ساوى الثمن من القيمه لا يرجع به، لأنه مضمون، و ما زاد محل التردد- كما هنا- نظرا الى التردد فى صدق التسليم التام و عدمه. أما لو أقرضه المالك فليس ببعيد زوال الضمان، لصدق التسليم التام حينئذ.

ص: ٢٣٦

الركن الثاني: المحل: المغصوب: إما عين أو منفعه، و الأعيان: إما حيوان أو غيره، فالحيوان يضمن نفسه حتى العبد بالجنايه، و باليد العاديه بأقصى قيمه. قوله: (المغصوب: إما عين أو منفعه، و الأعيان إما حيوان، أو غيره. فالحيوان يضمن نفسه حتى العبد بالجنايه و باليد العاديه بأقصى قيمه).

المغصوب أربعة أقسام لأنه: إما عين، أو منفعه. و العين: إما حيوان، أو غيره. فالحيوان: إما آدمي، أو غيره. فالآدمي: هو الرقيق، و هو العبد أو الأمه. و النظر في ضمانهما.

أما بالنسبه إلى النفس، أو الى الطرف باعتبار جنايه الغاصب أو أجنبي أو التلف بآفه. إذا تقرر هذا فالحيوان يضمن نفسه و طرفه، حتى العبد فإنه و إن كان آدمياً إلا أن جانب الماله غلب عليه فيضمن (نفسه) [\(1\)](#) بالجنايه، و باليد العاديه بأقصى قيمه.

و الظاهر أن مراده: أقصى قيمته من يوم الغصب الى يوم الجنايه أو التلف، و سيأتى إن شاء الله تعالى أن الواجب قيمته وقت التلف هذا حال نفسه، أو ما طرفه فلا يخلوا: إما أن لا يكون لمتله من الحر مقدر شرعاً، أو يكون.

فإذا كان الأول فإنه يجب فيه الأرش، و هو ما نقص من قيمه، سواء حصل تلف ذلك الطرف بالجنايه، أو تحت اليد العاديه، أو من قبله تعالى فالضمير في قوله: (حصل) يعود الى (ما) في قوله: (ما ينقص من قيمته) على أن الجملة الفعلية حال.

و كذا ما عطف عليها، فإن قوله: (أو تحت اليد العاديه) معطوف على

و ما لا تقدير فيه من الحر يجب من الرقيق ما ينقص من قيمته، حصل بالجنايه أو تحت اليد العاديه، من أجنبي أو من قبله تعالى، و المقدر الأقرب الأكثر من المقدر و الأرش. قوله: (بالجنايه). و قوله: (من أجنبي) يتعلق (١) بمحذوف هو حال أو صفه للجنايه. و كان حقه أن يقول: حصل بالجنايه منه، أو من أجنبي، أو من قبله تعالى.

و يمكن أن يكون المراد ب(الجنايه): جنائته على أن اللام عوض من المضاف اليه، فيكون قوله: (أو تحت اليد) المراد به: كون الجنايه تحت يده من أجنبي أو منه تعالى، فيكون متعلق من محذوف و موصوفه.

و فى بعض النسخ: ما حصل بالجنايه أو تحت اليد. بزيادة ما، و لا- شك فى أنه غير حسن. و إنما استوت الحالات الثالث فى الحكم، لأن يد الغاصب يد ضمان، فلا فرق بين أن يتلف هو أو يتلف تحت يده.

قوله: (و المقدر الأقرب الأكثر من المقدر و الأرش).

هذا هو القسم الثانى، و هو ما نقص من أطراف الرقيق بجنايه، أو من قبله تعالى تحت يده الغاصب و كان لمثله من الحر مقدر كقطع اليد، فإن الأقرب و جوب أكثر الأمرين من المقدر فى الحر بالنسبه إلى قيمه الرقيق و ما نقص من قيمته بالغ ما بلغ و إن زاد عن ديه مثل ذلك فى الحر.

و وجه القرب: أنه إن كان المقدر (٢) أكثر فلا بحث، لأن الحر أصل للعبد فى ذلك، فإذا كانت قيمه العبد مائه و بقطع يده صار يساوى ستين فإن الواجب نصف قيمته و هو خمسون، كما كان الواجب فى الحر نصف ديته.

و أما إذا كان الأرش أكثر، كما إذا صار بعد القطع يساوى أربعين، فلأن

ص: ٢٣٨

١- ١) فى «م»: متعلق.

٢- ٢) فى «م»: القدر.

و لو تجاوزت قيمته ديه الحر فالأقوى تضمين الغاصب الزائد دون الجانى. الزائد على الخمسين نقص مالى حصل (١)، فى يد الغاصب بنقص شىء من العين فيكون مضمونا عليه كسائر الأموال لعموم: «على اليد ما أخذت حتى تؤدى» (٢).

و لأن الغاصب مأخوذ بأشق الأحوال، و لأن إلحاقه بالجانى مع اختصاصه بالنص قياس مع الفارق، فإن الجانى لم تثبت يده على الرقيق فيتعلق به ضمان المالىه بخلاف الغاصب، و هو قول الأكثر. و يحتمل ضمان المقدّر (٣) خاصه فيجب فى المثال الخمسين فقط، لعموم التقدير فيعم الغاصب.

و يضعف بأن الغاصب من حيث أنه جان يضمن المقدّر، و من حيث أنه غاصب اثبت يده على مال الغير يضمن نقص المالىه، فلا يلزم من ضمانه شيئا بالجهه الاولى أن لا يضمن غيرها شيئا آخر، و الأصح ضمانه (٤) الأكثر.

قوله: (و لو تجاوزت قيمته ديه الحر فالأقوى تضمين الغاصب الزائد دون الجانى) كان حقه تصدير الجملة بالفاء ليفيد التفريع على ما قبله، لأن هذا مبنى على ضمان الغاصب أكثر الأمرين، أى: لو تجاوزت قيمه العبد ديه الحر كأن زادت على عشره آلاف درهم، فجنى على نفسه فالأقوى تضمين الغاصب ما زاد بناء على ما سبق، دون الجانى لاختصاصه بالنص على أن الجنايه على العبد لا تزيد (على الجنايه) (٥) على الحر فتقريبه مستفاد مما سبق.

ص: ٢٣٩

١- ١) فى «م»: يحصل.

٢- ٢) مستدرک الوسائل ٣: ١٤٥، عوالى اللآلى ١: ٢٢٤، حديث ١٠٦، سنن البيهقى ٦: ٩٥، مستند الحاكم ٢: ٤٧.

٣- ٣) فى «م»: القدر.

٤- ٤) فى «م»: ضمان.

٥- ٥) لم ترد فى «م».

و لو جنى عليه بما فيه قيمه فالأقوى وجوب دفعه مع قيمه، سواء باشر الغاصب أو الأجنبي، قوله: (فلو جنى عليه بما فيه قيمه فالأقوى وجوب دفعه مع قيمه).

هذا أيضا مما يتفرع على ما سبق، لكن حقه أن يكون بالواو، لأنه تفرع ثان فهو معطوف على ما قبله، أى: لو جنى على الرقيق المغصوب بما فيه قيمه كمالا كقطع الذكر مثلا- فالأقوى وجوب دفعه الى المالك مع قيمه، لأن ضمان الغاصب من جهه المالىه كما سبق، و للعضو الفائت مقدّر فيجب دفع مقدّره، و الأصل بقاء العبد على ملك مولاه. بخلاف الجانى، لورود النص على دفعه إليه (1) ليأخذ مولاه قيمه، فلا يلحق به الغاصب خصوصا مع الفارق و هو الأصح.

و يحتمل كون الغاصب كالجانى، لأن المضمون مع تلف الكل هو جميع قيمه فقط، فلا يعقل وجوبها فى البعض مع بقاء الجمله على ملكه، و إلا لاستوى الكل و البعض. بل يزيد حكم البعض على الجمله. و ليس بشىء إذ لا محذور فى ذلك، فإن اللازم غير معلوم البطلان، و لو لا النص (2) فى الجانى لم يحكم بأخذ ملك المالك على وجه القهر و دفعه اليه.

قوله: (سواء باشر الغاصب أو الأجنبي).

أى: لا- فرق فى الحكم المذكور بين أن يباشر إتلاف الطرف الغاصب أو الأجنبي، لأنه إن باشره الغاصب (3) فظاهر، و إن باشره الأجنبي فإن جنايته أيضا مضمونه على الغاصب لكونها وقعت فى يده، فله الرجوع على كل منهما على ما سيأتى إن شاء الله تعالى.

ص: ٢٤٠

١- (١) الكافي ٧:٣٠٧ حديث ٢١، التهذيب ١٠:٢٦١ حديث ١٠٣٢.

٢- (٢) الكافي ٧:٣٠٧ حديث ٢١، التهذيب ١٠:٢٦١ حديث ١٠٣٢.

٣- (٣) فى «م»: باشر بإتلاف الغاصب.

بخلاف الجانى على غير المغصوب، فإن رجوع على الأجنبى دفع اليه العبد و رجوع بقيمته على الغاصب، و إن رجوع على الغاصب بهما فالأقوى رجوع الغاصب على الجانى بالقيمه مجانا. قوله: (بخلاف الجانى على غير المغصوب).

أى: الأقوى (1) الأ- أكثر من المقدر و الأرش، بخلاف الجانى على غير المغصوب و ما بينهما معترض، و متعلق الجار محذوف على أنه حال من وجوب الأ- أكثر، و يمكن أن يكون المراد: فالأقوى وجوب دفعه مع قيمه بخلاف الجانى على غير المغصوب، بدليل قوله: (فإن رجوع على الأجنبى). فإنه من توابع ما إذا جنى عليه بما فيه قيمه فلا يزول اتصاله به بأجنبى.

قوله: (فإن رجوع على الأجنبى دفع اليه العبد و يرجع بقيمته على الغاصب).

أما دفع العبد اليه فلأن ذلك مقتضى النص، و أما رجوعه على الغاصب بقيمته فلأن ذلك من مقتضيات الجنايه الواقعه فى يده و هى مضمونه عليه، فدفع العبد بسبب الجنايه تضييع لمال مضمون على الغاصب و جب دفعه بسبب جنايه مضمونه عليه، و لا دليل على سقوط ضمانه عنه.

قوله: (و إن رجوع على الغاصب بهما فالأقوى رجوع الغاصب على الجانى بالقيمه مجانا).

أى: إن رجوع المالك على الغاصب بهما، أى: بالقيمه عوض الجزء المقطوع، و بالعبد المجنى عليه بذلك معا فالأقوى رجوع الغاصب على الجانى بتمام قيمه عوض الجنايه مجانا، أى: من غير أن يضمن له قيمه العبد المجنى عليه بعد الجنايه.

ص: ٢٤١

١- ١) فى «م»: الأقرب.

و فى عين البقره و الفرس و أطرافهما الأرش. و وجه القوه: إن دفع المجنى عليه إلى الجانى حيث يمكن، و ذلك حيث يكون تحت المستحق للقيمه، فأما إذا تعذر رده فلا- يعقل وجوب دفعه و إنما هو كالتالف، و الأصل براءة الذمه من وجوب غرم قيمته بعد الجنايه على الغاصب للجانى، و لا دليل يدل على ذلك.

و يحتمل الوجوب، لأن وجوب القيمه على الجانى مشروط بدفع العين فإذا تعذر وجب المصير إلى القيمه، و لأن الجانى يطالب المالك بالعبد ليغرم له القيمه فمطالبته الغاصب بقيمته بطريق أولى. و فيه نظر، فإن الأولويه ممنوعه، و الاشتراط المذكور إنما هو مع وجود العين، فإذا تعذر كانت كالتالف و مع التلف لا ضمان قطعاً، و فى مختار المصنف قوه.

و منهما زادت ديه جنايه الأجنبى فالواجب على الجانى السديه و على الغاصب ما زاد، فلو قتله الأجنبى وجب عليه قيمته، فإن زادت على ديه (١) الحر أخذت منه السديه و من الغاصب الزائد.

قوله: (و فى عين البقره و الفرس و أطرافهما الأرش).

و كذا فى كل دابه، فلا معنى لتخصيصهما بالذكور. و وجهه أن الدابه مال محض، و ليست كالآدمى حيث يجعل مقدار الحر أصلاً له. و قال الشيخ: فى عين الدابه نصف القيمه، و فى العينين كمال القيمه، و كذا كل ما فى البدن منه اثنتان، و احتج بالروايه و الإجماع (٢).

قال المصنف فى المختلف: تحمل الروايه و الإجماع الذى ادعاه الشيخ على غير الغاصب فى إحدى العينين، بشرط نقص المقدر عن الأرش (٣).

ص: ٢٤٢

١- ١) فى «م»: قيمه.

٢- ٢) الخلاف ٢: ٩٨ مسألة ٤ كتاب الغصب، و اما الروايه فقد قال صاحب الجواهر ٣٧: ١١٥، [١] لم نجدها فى المصادر كلها، و كذا ابن إدريس فى السرائر: ٢٨٠.

٣- ٣) المختلف: ٤٥٧.

و لو مات فى يده ضمن القيمه و إن تجاوزت ديه الحر لو كان عبدا، و غير الحيوان يجب ضمانه بالمثل إن كان مثليا، و هو ما تتساوى قيمه أجزائه، و اعلم أن هذا من (1) القسم الثانى من أقسام المغصوب و هو الحيوان، و المختار أنه كسائر الأموال يجب فى تلفه قيمته، و فى أبعاضه الأرش بالغاً ما بلغ، و لا نظر الى التقدير فى شىء من أطرافه.

قوله: (و لو مات فى يده ضمن القيمه و إن تجاوزت ديه الحر لو كان عبدا).

أى: لو مات الحيوان بيد (2) الغاصب ضمن قيمته بالغه ما بلغت و إن تجاوزت ديه الحر لو كان الحيوان المغصوب عبدا، كذا ينبغى أن تكون العبارة، إلا أن الحيوان لم يجر له فى هذه العبارة ذكر، إنما ذكر الفرس و البقره فصحت العبارة بسبب ذلك.

ثم إن ذكر حكم العبد هاهنا على خلاف ما ينبغى، بل كان ينبغى ذكره مع بقيه أحكامه، على أن ما سبق من قوله: (أو من قبله تعالى) قد يعتنى به فيتناوله. و قد يقال: إن حكم الإنسان و الحيوان قد سبقا، و لم يذكر حكم الموت فتداركه هنا.

قوله: (و غير الحيوان يجب ضمانه بالمثل إن كان مثليا، و هو ما تتساوى قيمه أجزائه).

كالحنظه، و الشعير، و غيرهما من الحبوب، و الأدهان، و ما أشبه ذلك. و غير المثلى ما لا تتساوى أجزاؤه كالحيوان، و الأراضى، و الأشجار و غير ذلك. كذا قال الشيخ فى تعريفه (3)، و نقض بالثوب و نحوه فإن قيمه

ص: ٢٤٣

١- ١) فى «م»: هو.

٢- ٢) فى «م»: فى يد.

٣- ٣) الخلاف ٢: ١٠٣ مسألة ٢٩ كتاب الغصب، المبسوط ٥٩: ٣-٦٠.

اجزائه متساويه و ليس بمثلى .

و ربما ضبط بأن المثلى ما يكون اسم الكثير و القليل منه واحدا كالماء، و الدبس،(و الدهن) (١)،و نقض بالأرث. و قال جماعه من الفقهاء:المثلى ما تماثل أجزاءه و تتقارب صفاته كالحبوب،و غيرها.

و قال الشافعى (٢)،و أبو حنيفه (٣)،و احمد (٤):المثلى: كل مقدر بكيلى أو وزن. و زاد بعضهم اشتراط جواز السلم فيه (٥)،لأن السلم يثبت بالوصف فى الذمه. و زاد بعضهم اشتراط جواز بيع بعضه ببعض،لأنه يثبت فى الذمه.

و زاد بعضهم اشتراط جواز بيع بعضه ببعض،لتشابه الأصلين فى قضيه التماثل.

و اعترض على العبارات الأخيره الثلاث:بأن القماقم (٦)و الملاعق و المغارف المتخذة من الصفر و النحاس موزونه يجوز السلم فيها،و بيع بعضها ببعض،و ليست مثليه،و المصنف فى التذكرة قال بعد كلام طويل:و اعلم أن الحق ما نقلناه عن الشيخ رحمه الله (٧).

و فى الدروس قال:إن المثلى هو المتساوى الأجزاء و المنفعه، المتقارب الصفات (٨)،و هذا لا يكاد يخرج الثوب.

ص: ٢٤٤

١- ١) لم ترد فى «ق».

٢- ٢) الام: ٣:٢٥٤، حاشيه اعانه الطالبين ٣:١٣٨، بدايه المجتهد ٢:٣١٧.

٣- ٣) بدايه المجتهد ٢:٣١٧.

٤- ٤) المصدر السابق.

٥ - ٥) فتح العزيز المطبوع مع المجموع ١١:٢٦٦. جمع مفرده قمقمه،و هو وعاء من صفر يستصعبه

المسافر. انظر:الصحاح(قمم) ٥:٢٠١٥

٦- ٦) مجمع البحرين ٦:١٤١.

٧- ٧) التذكرة ٢:٣٨١،و [١]قول الشيخ فى الخلاف ٢:١٠٠ مسأله ٢٠ كتاب الغصب،المبسوط ٣:٥٩.

٨- ٨) الدروس: ٣٠٩.

فإن تعذر فالقيمة يوم الإقباض لا الإعواز و إن حكم الحاكم بها يوم الإعواز. و الظاهر أن المراد من هذا ضبط المثلي بحيث يتميز فصل تميز لا- التعريف الحقيقي، أو يكون قوله: كالحنطة، و الشعير، و غيرهما من الحبوب، و الادهان داخلا- في التعريف، فيكون انكشافه بهذه الأمثلة، و إنما وجب ضمان المثلي بالمثل للإجماع، و لظاهر قوله تعالى بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ (١)، و لأن مثل الشيء أقرب إليه من غيره، فإذا تعذرت العين وجب المصير إلى الأقرب.

قوله: (فإن تعذر فالقيمة يوم الإقباض لا الإعواز).

و ذلك لأن الواجب في الذمه هو المثل، فعنده اراده التسليم ينتقل إلى القيمة لو تعذر المثل، و لو وجبت القيمة وقت الإعواز لكان إذا تمكن من المثل بعد الإعواز و لم (٢) يسلم العوض لا يجزئ تسليم المثل، لاستقرار القيمة في الذمه، و الأصل بقاؤها، و الثاني باطل.

و لا- يخفى أن في ذكر اليوم توسعا، فإنه لو اختلف الحال في يوم واحد اعتبر ما ذكر. و اعلم أن المراد من تعذر المثل: أن لا يوجد في ذلك البلد و ما حواليه، كذا ذكر في التذكرة (٣)، و لم يحد ما حواليه و الظاهر ان المرجع فيهما الى العرف.

قوله: (و إن حكم الحاكم بها يوم الإعواز).

لأن حكم الحاكم لا يغيّر الثابت في الذمه، و الثابت هو المثل (الى حين

ص: ٢٤٥

١- ١) سورة البقرة: ١٩٤. [١]

٢- ٢) في «ق»: و لما.

٣- ٣) التذكرة ٣٨٣: ٢. [٢]

و غير المثلى يضمن بالقيمه يوم الغضب على رأى، و أرفع القيم من حين الغضب الى حين التلف على رأى، و لا- عبره بزياده القيمه و لا بنقصانها بعد ذلك.

التسليم، و إلا لم يجب المثل (1) و لو وجد حينئذ، و بهذا صرح الشيخ (2) و الجماعه (3)، و كأنه رد به على بعض العامه.

قوله: (و غير المثلى يضمن بالقيمه يوم الغضب على رأى).

هو رأى الشيخ فى المبسوط (4)، و وجهه أنه أول وقت دخول العين فى ضمان الغاصب، و يضعف بأن ضمانها إنما يراد به كونها لو تلفت لوجب بدلها، لا وجوب قيمتها حينئذ، و لا ريب أن الواجب مع وجود العين هو ردها، و إنما ينتقل إلى القيمه عند التلف.

قوله: (و ارفع القيم من حين الغضب الى حين التلف على رأى).

هذا قول الشيخ فى المبسوط ايضا (5)، و قوله فى الخلاف (6)، و اختاره ابن حمزه (7)، و ابن إدريس (8)، و وجهه: أنه لو تلفت وقت الزيادة لكانت مضمونه فكذا إذا تلف بعدها، و الأصح أن الواجب قيمته حين التلف، و هو مختار ابن البراج (9)، و المصنف فى المختلف (10)، و فى الدروس: انه قول

ص: ٢٤٦

- ١- ١) لم ترد فى «م».
- ٢- ٢) الخلاف ٢: ٩٧ مسألة ١ كتاب الغضب، المبسوط ٣: ٦٠.
- ٣- ٣) انظر: حاشيه اعانه الطالبين ٣: ١٣٧-١٣٨.
- ٤- ٤) المبسوط ٣: ٦٠.
- ٥- ٥) المبسوط ٣: ٧٢.
- ٦- ٦) الخلاف ٢: ٩٨ مسألة ١٤ كتاب الغضب.
- ٧- ٧) الوسيله: ٣٢٢.
- ٨- ٨) السرائر: ٢٧٦.
- ٩- ٩) جواهر الفقه (الجوامع الفقيهه): ٤٣٣.
- ١٠- ١٠) المختلف: ٤٥٨.

و إذا كسرت الملاهى فلا ضمان، فإن أحرقت ضمن قيمه الرضاض، و كذا الصليب و الصنم، و المستولده، و المدير، و المكاتب المشروط، و غير المؤدى كالعبد فى الضمان. و المنافع المباحه مضمونه بالفوات تحت اليد و التفويت. الأكثر (١).

و أن الأنسب بعقوبه الغاصب و جوب أعلى القيم. و ما صححناه أصح، لأن العين ما دامت موجوده لا حق لمالكها فى قيمه، إنما ينتقل حقه الى قيمه عند تلفها و حينئذ يعتبر قدرها، لأنه أول وقت و جوبها (٢). و عقوبه الغاصب بغير وجه لا يجوز.

و هذا كله إذا كان اختلاف القيمه مستندا الى السوق مع بقاء العين بحالها، أما إذا استند نقص القيمه إلى نقص فى العين ثم تلفت فإن الأعلى مضمون قطعاً.

قوله: (و إذا كسرت الملاهى فلا ضمان).

لا- ريب فى ذلك، لأن تلك الهيئه محرمة، لكن فى الحد الذى يجوز بلوغه بالكسر عبارات للعامه، و ليس ببيعيد جواز كسر ما يخرج بكسره عن الاستعداد لعمل آله الله منها، لأنه أزر لمن هى له.

قوله: (فإن أحرقت ضمن قيمه الرضاض).

لأن الرضاض و هو ما يبقى منها بعد الكسر محترم.

قوله: (و المنافع المباحه مضمونه بالفوات تحت اليد و التفويت).

احترز بالمباحه عن المحرمه كالغناء، و اللعب بآلات اللهو. و المراد ب(الفوات): ذهابها بغير استيفاء، و ب(التفويت): استيفائها، و وجه ذلك

ص: ٢٤٧

١- ١) الدروس: ٣١٠.

٢- ٢) فى «م»: وجودها.

و لو تعددت المنافع كالعبد الخياط الحائل لزم أجره أعلاها أجره، و لا تجب أجره الكل. و منفعه البضع لا تضمن بالفوات و تضمن بالتفويت، فلو وطأ و جب مهر المثل. و تضمن منفعه كلب الصيد و ما صاده به للغاصب، أنها أموال تدخل تحت اليد، لأن منافع المملوك مملوكه.

قوله: (و لو تعددت المنافع كالعبد الخياط الحائل لزمه أجره أعلاها أجره، و لا تجب أجره الكل).

لعدم إمكان استيفاء الكل دفعه واحده، و المنفعة العليا من جملة ما فات تحت اليد فتجب أجرتها، المراد أجره المثل.

قوله: (فلو وطأ و جب مهر المثل).

و لا- يجب بدون الاستيفاء، لأن منفعه البضع ليست كسائر المنافع فلا- يضمّن بالفوات، و الظاهر أن المهر للسيد و إن كانت زوجته، لأنها مملوك للسيد دون الزوج، و إنما يملك الانتفاع بحسب مراجعته.

و قيل بوجوب العشر و نصفه مع البكاره و الثيبوه، للرواية (١). و رده ابن إدريس (٢)، لكون الرواية فى و طء المشتري لا الغاصب فلا يلحق به.

قوله: (و يضمّن منفعه كلب الصيد).

و كذا منفعه باقى الكلاب التى يجوز اقتناؤها.

قوله: (و ما صاده به للغاصب).

أى: ما صاده الغاصب بالكلب المغصوب له، لأن الكلب آله و المكتسب

ص: ٢٤٨

١- (١) التهذيب ٤٨١، ٤١٠: ٧ حديث ١٩٣٥، ٢٦٦.

٢- (٢) السرائر: ٢٧٨.

و لو اصطاد العبد المغصوب فهو للمالك، و فى دخول الأجره تحته نظر أقربه العدم. و لو انتقصت قيمه العبد بسقوط عضو مثلا بآفه سماويه ضمن الأرش و الأجره لما قبل النقص سليما و لما بعده معيبا، إنما هو المصطاد به.

قوله: (و لو اصطاد العبد المغصوب فهو للمالك).

أى: لو بعث الغاصب العبد المغصوب على الاصطياد فاصطاد فان ما اصطاده فللمالكه، لأنه صالح للاكتساب، بخلاف الكلب الذى هو محض آله، و لما كانت يده يد مولاه كان ما يكتسبه للمولى.

قوله: (و فى دخول الأجره تحته نظر، أقربه العدم).

أى: فى دخول أجره اصطاد العبد تحت ما حصل بصيده و قلنا انه للمالك بمعنى احتسابه عن الأجره، فإن لم تزد لم يجب غيره، و إن زادت وجب الزائد فيه نظر، ينشأ: من أن ذلك هو الحاصل بصيده، فإذا استحقه فقد ردت المنفعه اليه، و لأن المالك إذا اصطاد لا يزيد على هذا.

و من أن المنفعه ملك برأسه، و الحاصل بالاصطياد ملك حصل بالاكتساب و الحيازه للمباح، و أحدهما غير الآخر، و كون الاصطياد بسببه لا يقتضى كونه إياه، و المنفعه تحت يد الغاصب مملوكه للمالك فائته بغير رضاه.

و الفرق بين هذه و بين ما إذا اصطاد بأمر المالك: ان المنفعه قد استوفاه المالك بأذنه، و هى هنا مضمونه على الغاصب، و هذا هو وجه القرب، و لا ريب فى ضعف الوجه الأول، فالأصح عدم الدخول.

قوله: (و لو انتقصت قيمه العبد بسقوط عضو مثلا بآفه سماويه ضمن الأرش و الأجره لما قبل النقص سليما و لما بعده معيبا).

و وجهه: أن ما قبل النقص كانت منفعه تامه بسلامته، بخلاف ما بعده

و إن كان بالاستعمال كنقص الثوب باللبس فالأقرب المساواه للأول فتثبت الأجره و الأرش و يحتمل وجوب الأكثر من الأرش و الأجره. فقد انتقصت بنقص العين و تعييبها، و قد وجب عوض الفأنت من حين فواته، و هو أرشه، فلا يجب شىء آخر، لأن وجوب أجره شىء معدوم بعد عدمه لا يعقل، لكن قوله: (بآفه سماويه) لا يخلو من مناقشه، لأن فواته بفعل الغاصب أو أجنبى كذلك.

إلا أن يقال: إن (مثلا) يراد لكل من سقوط عضو (آفه) سماويه و هو خلاف الظاهر.

قوله: (و إن كان بالاستعمال كنقص الثوب باللبس فالأقرب المساواه للأول، فتثبت الأجره و الأرش، و يحتمل وجوب الأكثر من الأرش و الأجره).

أى: لو كان نقص القيمه باستعمال المغصوب المثلئ له لو كان ثوبا و لم يكن ذلك لسقوط عضو فالأقرب المساواه للأول، أى: لما إذا انتقص بسقوط عضو فتثبت الأجره و الأرش معا، و متى ثبت الأرش فالأجره على حد ما سبق من انه قبل النقص تجب أجرته سليما، و بعده تجب أجرته ناقصا.

و وجه القرب تعدد السبب، فإن الأجزاء الناقصه بدلها الأرش، و المنفعه- و هى اللبس- غيرها فيجب عوضها و هو أجره المثل، لأن الأصل فى الأسباب إذا اجتمعت عدم التداخل، و يحتمل أكثر الأمرين، فإن نقص الاجزاء ملحوظ فى الأجره لوجهين:

أحدهما: أن المستأجر لا يضمن الأجزاء الناقصه قطعا، و فى المستعير كلام سبق، فلو لا انها ملحوظه لوجب ضمانها. الثانى: أن ما ينقص بالاستعمال تعتبر أجرته زائده على ما لا ينقص به، فلو لا كونها ملحوظه لم تتحقق الزيادة.

و لو غرم قيمه العبد الآبق ضمن الأجره للمده السابقه على الغرم، و فى اللاحقه إشكال.

الركن الثالث: الواجب

الركن الثالث: الواجب: و هو المثل فى المثلى، و القيمه العليا فى غيره على رأى. و كل منهما ضعيف، لأننا لا- نسلم أن الأجزاء الناقصه ملحوظه، و لم لا- يكون سقوط بدلها للإذن فى الاستعمال الشامل لإتلافها، و قد بينا أن المستعير لا يضمناها مع عدم التضمين، و ثبوت الزيادة المذكوره غير معلوم، و الأصح ثبوت الأمرين معا. و الفرق بين هذه و بين ما قبلها (١): ان نقص عضو (من العبد) (٢) لا يتصور تبعيته للمنفعه بخلاف الثوب.

قوله: (و لو غرم قيمه العبد الآبق ضمن الأجره للمده السابقه على الغرم و فى اللاحقه إشكال).

وجه الأول ظاهر، فإنه مملوك للمغصوب منه حينئذ قطعاً، و منشأ الاشكال فى الثانى: أن الواجب على الغاصب حينئذ هو دفع القيمه، فإذا دفعها برىء، و لأن القيمه عوض المغصوب، فإذا قبضها المالك لم يبق له على الغاصب من ذلك المال حق، و إلا لم يكن عوضاً.

و من أن معنى الغصب باق، و ملك المولى لم يزل، و قبض القيمه لم يكن للمعاوضه إنما كان للحيلولة، و هو لا يقتضى زوال سلطنه المالك، و المسأله موضع توقف.

قوله: (و هو المثل فى المثلى، و القيمه العليا فى غيره على رأى) قال الشارح: إن هذا ليس إشاره إلى الخلاف فى أن الواجب القيمه العليا أم غيرها، لأنه قد سبق، بل فى أن المثلى يضمن بالمثل مع وجوده لا

ص: ٢٥١

١- ١) فى «م»: و ما قبلها.

٢- ٢) لم ترد فى «ق».

و لو تلف المثلى فى يد الغاصب، و المثل موجود فلم يغرمه حتى فقد فى القيمة المعبره احتمالات: غير، و ذكر أن المخالف ابن الجنيد فإنه قال: يتخير المغصوب منه فى القيمة و المثل، لأن الضمان إنما هو باعتبار المالىه، و يحصل استدراكها بالقيمة من غير حيف.

ثم قال: فالخلاف هنا فى التفصيل، و هو اختصاص المثلى بالمثل مع وجوده، و غيره بالقيمة (١).

قلت: لا ريب أن هذا خلاف المتبادر من عبارته، و هذا الخلاف يكاد يكون مضمحلا لا يلتفت اليه.

ثم إن ذكر العليا قد يشعر بخلاف ما ادعاه، لأن الخلاف على ما ذكر فى المثل و القيمة لا فى القيمة العليا، فحيث ذكر التقييد بالعليا اقتضى ذلك أن المقابل لهذا رأى ما ليس كذلك، و هو القول بأن القيمة ليست هى العليا، و الذى فهمه الشارح الآخر خلاف ما فهمه ولد المصنف فإنه قال فى شرحها:

هذه تقدمت.

قوله: (و لو تلف المثلى فى يد الغاصب، و المثل موجود فلم يغرمه حتى فقد فى القيمة المعبره احتمالات).

لو لم يكن المثل موجودا وقت التلف فالظاهر أن الواجب قيمة التالف، أما مع وجوده و عدم التغيريم إلا بعد فقدته فإنه قد استقر فى الذمه فيرجع الى القيمة، و فى تعيينها للشافعية عشره أوجه ذكرها المصنف فى التذكرة (٢)، و ذكرها هنا خمس.

ص: ٢٥٢

١ - ١) إيضاح الفوائد ١٧٥: ٢.

٢ - ٢) التذكرة ٣٨٣: ٢. [١]

أ: أقصى قيمته من يوم الغضب الى التلف، و لا اعتبار بزيادة قيمه الأمثال. قوله: (أقصى قيمته من يوم الغضب الى التلف و لا اعتبار بزيادة قيمه الأمثال).

سوق الكلام يقتضى أن الضمير فى (قيمه) يعود الى المثل، لأنه المحدث عنه و المطلوب معرفه قيمته، و لأن الظاهر أن مرجع الضمير فى الكل واحد، و إلا لزم الاختلاف بغير ما ميز.

و لا- ريب أن الضمير فى (قيمه) فى الاحتمال الثانى إنما يعود الى المثل، و لأن القيمه المذكوره فى باقى الاحتمالات هى قيمه المثل، فالظاهر أن هذا الاحتمال أيضا كذلك، و الذى فهمه الشارحان أن الضمير يعود الى المغصوب (١).

و قوله فى العبارة: (و لا- اعتبار بزيادة قيمه الامتثال) تشهد لهما، و كذا فى قوله: (من يوم الغضب الى التلف) اشعار بذلك، لأن المفهوم من يوم غصبه الى يوم تلفه، و وجهه على ما فهما: أن الواجب المثل مع وجوده، فمع فقدده جرى مجرى ما لا- مثل له فوجب القيمه، و لأن التالف على المالك هو المغصوب لا مثله فوجب قيمته.

و الذى فى التذكرة خلاف هذا، فإنه قال فى الاحتمال الأول: إن الواجب اقتضى قيمته من يوم الغضب الى التلف، و لا اعتبار بزيادة قيمه أمثاله بعد تلفه كما فى المتقومات، و لأن المثل جار فى الوجوب مجرى المغصوب، فإذا تعذر صار بمنزله تلف المغصوب، و المغصوب إذا وجبت قيمته وجب أكثر ما كانت من حين الغضب الى حين التلف (٢). هذا كلامه.

ص: ٢٥٣

١- ١) إيضاح الفوائد ١٧٥: ٢.

٢- ٢) التذكرة ٣٨٣: ٢. [١]

ب:أقصى قيمته من وقت تلف المغصوب إلى الإيعاز. ج:أقصى القيم من وقت الغصب الى و التعليل الثانى كالصريح فى أن المراد:قيمه المثل،و يؤيده أنه لما كان تلف المثلى و المثل موجود وجب المثل و انحصر الوجوب فيه،و صار الأصل متروكا إذا سقط وجوبه من الذمه و انتقل الحكم الى البدل (١)،فإذا تعذر وجبت قيمه،نظرا الى جميع أوقات الضمان،و هو من حين الغصب الى التلف، فاعتبر أعلاها قيمه بناء على وجوب قيمه العليا فى القيمى.

و لا- ينظر إلى قيمه الأمثال بعد تلف المغصوب،بل من حين الغصب الى حين التلف خاصة،كما فى المتقومات فإننا إنما نعتبر القيمة فيها من الغصب الى التلف على ذلك التقدير.و يضعف بأن ذلك لو تم لوجب (٢)اعتبار قيمه الأمثال إلى حين التسليم.

قوله: (أقصى قيمته من وقت تلف المغصوب إلى الإيعاز).

أى:قيمه المثل بغير شك،و وجهه:[ان] (٣)انتقال الحكم الى البدل الذى هو المثل إنما هو حين تلف المغصوب،إذ مع وجوده إنما يجب رده، و بعد (٤)تعذره انتقل الفرض إلى قيمه.

و يضعف بأن المثل لا يسقط من الذمه بتعذره،و أداء الدين لا يسقط بتعذر أدائه،و لهذا لو تمكن من المثل بعد ذلك وجب المثل دون قيمه،فما دام لا يأخذ المالك القيمة فالمثل الثابت فى الذمه بحاله.

قوله: (أقصى القيم من وقت الغصب إلى الإيعاز).

ص: ٢٥٤

١- ١) فى «ق» و«م»:التلف.

٢- ٢) فى «ق»:لو لم يوجب.

٣- ٣) لم ترد فى «ق» و«م».

٤- ٤) فى «ق» و«م»:بعد.

الإعواز. د: أقصى القيم من وقت الغصب الى وقت دفع القيمة. ه: القيمة يوم الإقباض. و لو غرم القيمة ثم قدر على المثل فلا ترد القيمة، بخلاف قدره على العين. وجهه يعلم من الوجهين فى الاحتمالين الأولين، فإن المثل لما جرى مجرى المغصوب كانت قيمته فى جميع أزمان ضمان المغصوب مضمونه الى زمان تعذره.

قوله: (أقصى القيم من وقت الغصب الى وقت دفع القيمة).

لكون قيمة المثل معتبره مده زمان وجوبه أو وجوب مبدله، فإنها مضمونه بضمان أصلها فيجب الأقصى تفريعا على إيجاب أعلى القيم فى القيمى.

قوله: (القيمة يوم الإقباض).

هذا هو الأصح، لأن الواجب هو المثل، فإذا دفع بدله اعتبرت البدليه حين الدفع (فحينئذ تعتبر) (1) القيمة.

فإن قيل: قد سبق فى كلام المصنف أن الواجب قيمة المثل يوم الإعواز، فما هذه الاحتمالات:

قلنا: ذكر الاحتمالات لا ينافى اختياره واحدا منها، وإن كان ذكر الفتوى عند ذكرها أولى و أبعد عن الوهم.

قوله: (و لو غرم القيمة ثم قدر على المثل فلا يرد القيمة، بخلاف قدره على العين).

أى: لو غرم قيمة المثل لتعذره ثم قدر عليه لم يكن لواحد منهما استرداد

ص: ٢٥٥

و لو أتلّف مثلياً فظفر به في غير المكان فالوجه إلزامه بالمثل فيه. و لو خرج المثل باختلاف الزمان أو المكان عن التقويم، بأن أتلّف عليه ماء في مفازه ثم اجتمعها على نهر، أو أتلّف جمداً في الصيف ثم القيمة، لأن المثل إنما وجب بدلاً لتعذر المبدل، و قيمة المثل كذلك، و تعذر المبدل منه باق فلا يثبت الاسترداد. بخلاف ما لو غرم القيمة -للحيلولة- ثم قدر على العين، لأن الحق لم يسقط من العين بالكلية، و دفع القيمة إنما كان للمحافظة على حق المغصوب منه.

قوله: (و لو أتلّف مثلياً ثم ظفر به في غير المكان فالوجه إلزامه بالمثل فيه).

هذا قول ابن إدريس (١)، و وجهه: إن وجوب الأداء ثابت على الفور فلا يجوز التأخير، و لا تراعى مصلحه من حقه أن يؤخذ بأشق الأحوال، فلا فرق بين كون المثل في مكان المطالبه أعلى قيمة أو لا.

و قال الشيخ: إنه إذا كان لنقل المثل مؤنه، و اختلفت القيمتان في البلدين، و كانت قيمة بلد المطالبه أعلى يتخير المغصوب منه بين أن يأخذ قيمة بلد الغصب في بلد المطالبه، أو يصبر الى بلد الغصب ليستوفى ذلك للضرر المنفى (٢).

و الأصح الأول، لأن الحق فوري، و تأخير الأداء ضرر، و الضرر لا يزال بالضرر، و حق الغاصب المؤاخذه بالأشق دون الإرفاق بحاله.

قوله: (و لو خرج المثل باختلاف الزمان أو المكان عن التقويم، بأن أتلّف عليه ماء في مفازه ثم اجتمعا على نهر، أو أتلّف جمداً في الصيف

ص: ٢٥٦

١-١) السرائر: ٢٧٨.

٢-٢) المبسوط ٧٦: ٣. [١]

اجتمعا فى الشتاء احتمل المثل، وقيمه المثل فى مثل تلك المفازة أو الصيف. ثم اجتمعا فى الشتاء احتمل المثل، وقيمه المثل فى مثل تلك المفازة أو الصيف.) وجه الأول: اقتضاء الدلائل الداله (١) على وجوب المثل فى المثلى وجوبه مطلقا من غير تفاوت بالزمان و المكان.

و وجه الثانى: خروجه عن المثليه بكونه لا قيمه له، و قد ذكر الشارح تحقيقا لا حاصل له (٢). و الأصح ان المثل إنما يعتبر إذا كان متقوما، أما إذا لم تكن له قيمه أصلا فإنه لا يعد مالا- عرفا، فكيف يقع عوضا عن مال ثابت فى الذمه، و لا اعتبار بالمماثله (فى الصوره) (٣).

لكن لقائل أن يقول: لا- يلزم من هذا وجوب قيمه المثل فى مكان الإلتلاف أو زمانه، بل إنما تعتبر قيمته وقت خروجه عن التقويم، لأنه وقت تعذره حينئذ و تعذر الوقوف على قيمه أخرى له.

نعم لو قلنا بأعلى قيم المثل ثم له ما ذكره، و شيخنا فى الدروس (٤).

اختار ما اختاره المصنف هنا، و فى التذكرة (٥)، مع أنه لا يقول بوجوب أعلى لقيم.

و يمكن الجواب: بأنه لما خرج المثل عن التقويم خرج عن كونه للواجب، فتعين الرجوع الى قيمه المغصوب. و كيف كان فالمختار هو وجوب

ص: ٢٥٧

١- ١) فى «ق»: الدليل الدال.

٢- ٢) إيضاح الفوائد ١٧٧: ٢.

٣- ٣) لم ترد فى «ق».

٤- ٤) الدروس: ٣٠٩.

٥- ٥) التذكرة ٣٨٣: ٢. [١]

و لو أتلّف نيه الذهب ففى ضمان الزائد بالصنعه إشكال ينشأ: من مساواه الغاصب غيره، و عدمها، قيمه، و لا محيد عن مختار الأصحاب و غيرهم فى ذلك.

فروع:

الأول: هذا الحكم إنما يستقيم مع خروجه المثل عن التقويم أصلاً، فلو بقى له قيمه و إن قلت فالمثل بحاله.

الثانى: لو ظفر المالك بالغاصب فى غير محل الغصب أو الإتلاف للمثلى، و كانت قيمته أقل من قيمه مكان الغصب فهل للمالك الامتناع من قبض البدل الى موضع الإتلاف، خصوصاً إذا كان حمله يحتاج الى مؤنه و كان غير بلده؟ فيه تردد.

الثالث: لو اجتمع بعد أخذ قيمه فى مسأله الكتاب فى مثل تلك المفازة، أو فى الصيف و قد أخذ القيمه فهل يترادان و يأخذ المثل؟ قال المصنف فى التذكرة: الأقوى عندى المنع (1)، و هو جيد، لأن المثل ليس هو عين المال و قد انحصر الحق فيما أخذه.

قوله: (و لو أتلّف آنيه الذهب ففى ضمان الزائد بالصنعه إشكال ينشأ: من مساواه الغاصب غيره، و عدمها).

هذا بناء على تحريم اتخاذ الآنيه، و إلا فلا إشكال فى ضمان الزائد بالصنعه. فأما على القول بالتحريم ففى ضمان الغاصب زائد الصنعه إشكال ينشأ: من مساواه الغاصب غيره فى أن ما يحرم لا يضمه لوجوب إتلافه و عدمه نظراً الى عدوانه، و الصنعه فى حد ذاتها قيمه و إن كانت محرمة فى نظر الشرع.

ص: ٢٥٨

فإن أوجبه في التضمن بالمثل إشكال ينشأ: من تطرق الربا، وعدمه لاختصاصه بالبيع. و لو اتخذ من السمس الشيرج تخير بين المطالبه بالسمسم أو بالشيرج، و الكسب و الأرش إن نقصت قيمته، أو بالشيرج و الناقص من و التحقيق: أنه لا يتصور العدوان بإزاله المحرم، لأن دفع المنكر (1) واجب على جميع المكلفين، و ليس من شرطه نيه القربه و إن كانت شرطاً في حصول الثواب، و اقتران محرم بأمر آخر لا يقتضى تحريمهما.

و ربما قيل: إنه يلزم مثل ذلك في آلات اللهو، و يمكن الفرق بالتفاوت في التحريم، فإنه هناك أعظم بخلاف الآيه.

قوله: (فإن أوجبه في التضمن بالمثل إشكال ينشأ: من تطرق الربا، وعدمه لاختصاصه بالبيع).

أى: فإن أوجبه ضمان الصنعه في تضمين الآيه بمثل جوهرها اشكال، لوجوب الزيادة في مقابله الصنعه فيجىء احتمال ثبوت الربا و عدمه، نظراً الى التردد في عمومه المعاوضات أو اختصاصه، و الأصح العموم لإطلاق النهى عنه في الآيه.

فرع: لو أتلّف الصنعه فقط فإنه يضمنها على الاحتمال، و لا حجر في كون ضمانها من جنس جوهر الإناء لانتفاء الربا هنا.

قوله: (و لو اتخذ من السمس الشيرج تخير بين: المطالبه بالسمسم، و الشيرج و الكسب و الأرش إن نقصت قيمته، أو بالشيرج و الناقص من السمس).
ص: ٢٥٩

السمسم. و لو تعذر المثل إلا- بأكثر من ثمن مثله ففي وجوب الشراء نظر. أى: يتخير المالك فى هذه الحالة بين ثلاثه أشياء: المطالبه بالسمسم، لأن عين المال بمنزله التالف فيرجع الى المثل، و المطالبه بالشيرج و الكسب، لأن هذا هو مال المالك و إن تغيرت صورته. لكن إن نقصت قيمه عن قيمه السمسم ضمن الأرش، لأن النقصان بفعل الغاصب و المطالبه بالشيرج و الناقص عن قيمه السمسم، هذا هو الظاهر من قوله: (و الناقص من السمسم).

و يحتمل أن يكون المراد: و الناقص من نفس السمسم فيأخذ مثل ما نقص و هو بعيد، و لا يكاد يتحصل له معنى، فإنه لا يعرف نسبة الشيرج الى عين السمسم. و وجه هذا الاحتمال: ان الكسب أقرب الى التلف، لأنه ثفل الشيرج.

إذا عرفت هذا، فما ذكره المصنف فى هذه المسأله لا يستقيم، لأنه إن بقى المال بعد تغير صورته و صفاته على ملك المالك لم يكن له (اختيار فى المطالبه بالبدل، و إن خرج بالفعل المذكور لم يكن له) (١) أخذه باختياره.

هذا مع أن تصرف الغاصب لا- يخرج العين عن ملك المالك بأى وجه كان على الأصح كما سيأتى، فلا وجه لما ذكره هنا، و ينبغى الثبوت فى تأمله الى أن يظهر الصواب، و لم أظفر بالمسأله فى غير هذا الكتاب الى الآن.

قوله: (و لو تعذر المثل إلا بأكثر من ثمن مثله ففي وجوب الشراء نظر).

ينشأ: من لزوم الضرر المنفى، فإنه يمكن معانده البائع و طلب أضعاف قيمه المثل، و من صدق القدره على المثل. و الأصح الوجوب، فإن الضرر لا يزال بالضرر، و الغاصب مؤاخذ بأشق الأحوال فلا يناسبه التخفيف، و هو الأصح.

ص: ٢٦٠

١- ١) لم ترد فى «م».

و لو أبق العبد ضمن فى الحال القيمه للحيلولة،فإن عاد ترادا. و للغاصب حبس العبد الى أن يرد القيمه عليه على اشكال فإن تلف العبد محبوسا فالأقرب ضمان قيمته الآن و استرجاع قوله: (و لو أبق العبد ضمن فى الحال القيمه،للحيلولة،فإن عاد ترادا).

أى:لو أبق العبد من يد الغاصب ضمن فى الحال القيمه،للحيلولة بين المالك و بينه فى يده و هى يد ضمان،و يملك المالك القيمه المأخوذه فيتصرف بها أى تصرف أراد،فإن عاد وجب رد كل من المالىن الى مالكة متى طلبه أحدهما،بل يجب على الغاصب رد العبد مطلقا على الفور،فإن العبد لم يخرج عن المالك بأخذ القيمه لأنها للحيلولة.و لو تلفت القيمه المأخوذه للحيلولة فلا تصريح فيما أعلمه الآن،لكن ظاهر إطلاقهم أن العبد باق على الملك يقتضى وجوب البدل.

و اعلم ان هنا إشكالا،فإنه كيف تجب القيمه و يملكها بالأخذ و يبقى العبد على ملكه و جعلها فى مقابله الحيلولة لا يكاد يتضح معناه.

قوله: (و للغاصب حبس العبد الى أن يرد القيمه عليه على اشكال) ينشأ:من أنه دفعها عوضا فله حبس المعوض الى أن يقبض العوض كسائر المعاوضات،و من أنها ليست معاوضه حقيقه،و إنما قبضه المالك ارتفاقا و محافظه على مصلحته،و قد كان تسليم العبد واجبا على الفور، و الأصل بقاؤه.

و لا يجوز حبس مال فى مقابل مال أخر قد حبسه مالك المال الأول ظلما، لأن من ظلم لا يظلم،و الأصح أنه ليس له ذلك.

قوله: (فإن تلف العبد محبوسا فالأقرب ضمان قيمته الآن و استرجاع الأولى).

الأولى. و لو تنازعا في عيب يؤثر في القيمة ففي تقديم أحد الأصلين نظر. هذا مبنى على جواز الحبس، لأن المصنف يرى القول بأعلى القيم، و وجه القرب: إن حكم الغصب قد زال بدليل جواز الحبس الى أن يقبض ما دفعه للحيلولة، و هذه اليد غير الاولى لكونها مستحقة، و وجوب رد المالك القيمة الأولى، فإذا تلف ضمنه بقيمته وقت التلف، فيسترجع (١) القيمة الاولى، و كان حقه أن يقول: يسترجع الزائد.

قال الشارح العميد: هذا إنما يتمشى على وجوب قيمة يوم التلف، أما لو أوجبنا الأ-كثر كان له الأ-كثر من القيمتين الاولى و الثانية. هذا كلامه، و وجهه: انه إن كان الأقل هو القيمة الأولى فإنه قد دفعها عوضا عن العين باستحقاق (٢) فلا يجب ما سواها، و إن كان الأقل هو الثانية فهي المستحقة بالتلف، لأن الأولى للحيلولة و قد زالت بجواز الحبس. و فيه نظر، لأن المدفوع للحيلولة لم يكن عوضا عن العين قطعا، و لهذا لا يخرج بذلك عن ملك المالك، و لا يستقر ملكه على المدفوع. و حيث كانت العين باقيه على ملك المالك مضمونه على الغاصب و خرج بجواز الحبس الى أن يقبض القيمة عن كونه غاصبا و جب قيمة يوم التلف، على ما اخترناه من وجوب قيمة يوم التلف، فالواجب قيمة يوم التلف هنا، و الأصح انه لا يجوز له الحبس بذلك كما سبق فلا يتغير الحال.

قوله: (و لو تنازعا في عيب يؤثر في القيمة ففي تقديم أحد الأصلين نظر).

ينشأ: من تعارضهما، فإن الأصل براءة الذمه من أرش ذلك، و الأصل السلامة في العبد الى حين إثبات اليد عليه، فتعارضهما أوجب التردد.

ص: ٢٤٢

١- ١) في «ق»: فيرجع.

٢- ٢) في «ق»: من العين باستحقاقه.

و الذهب و الفضه يضمنان بالمثل لا نقد البلد على رأى، فإن تعذر و اختلف المضمون و النقد فى الجنس ضمنه بالنقد، و إن اتفقا فيه و فى الوزن ضمنه به، و إن اختلفا فى الوزن قوم بغير جنسه حذرا من الربا. و لا يخفى أن التعارض غير واضح، لأن أصله السلامه من العيب تقتضى شغل ذمه الغاصب بضمنان جميع العبد، و مع ذلك فلا يبقى أصل البراءه (كما كان) (1) لوجود الناقل عنه، و لأن الأصل عدم تقدم العيب، و الأصح تقديم قول المالك بيمينه.

قوله: (و الذهب و الفضه يضمنان بالمثل لا بنقد البلد على رأى).

لعموم: المثل فى المثلى، و قال الشيخ: يضمنان بنقد البلد، فیراعى التفصيل الآتى (2)، و الأصح الأول، فلا يعتبر التفصيل إلا بعد تعذر المثل.

قوله: (فإن تعذر و اختلف المضمون و النقد فى الجنس ضمنه بالنقد).

لانتفاء الربا مع اختلاف الجنس.

قوله: (و إن اتفقا فيه و فى الوزن ضمنه به).

لانتفاء المحذور.

قوله: (و إن اختلفا فى الوزن قوم بغير جنسه حذرا من الربا) إلا أن یرضى بدفع المساوى.

ص: ٢٤٣

١- ١) لم ترد فى «م».

٢- ٢) المبسوط ٣: ٤١.

المطلب الثانى: فى الأحكام: و فصوله ثلاثه:

الأول: فى النقصان

الأول: فى النقصان: و لا عبره بالنقص لتغير السعر مع بقاء العين على صفاتها، فلو ساوى يوم الغصب عشره و يوم الرد واحدا فلا شىء عليه، فإن تلف وجبت العشره.

و لو تلف بعضه حتى عاد الى نصف درهم بعد رد الأصل الى درهم وجب القدر الفائت و هو النصف، بنصف أقصى القيمه و هو خمسه مع الباقي. و لو عادت قيمته بالإبلاء إلى خمسه، ثم انخفض السوق فعادت قوله: (المطلب الثانى: فى الأحكام: و فصوله ثلاثه: الأول:

فى النقصان: و لا عبره بالنقص لتغير السعر مع بقاء العين على صفاتها).

لأن الواجب حينئذ رد الملك الى مالكه، و تغير السعر فى الحقيقه مرجعه الى فوات شىء من اكتساب مال فى مقابله (1).

قوله: (و لو تلف بعضه حتى عاد الى نصف درهم بعد رد الأصل الى درهم وجب القدر الفائت و هو النصف، بنصف أقصى القيمه و هو خمسه مع الباقي).

المراد بتلف البعض: تلف النصف بدليل ما بعده، و وجوب خمسه مبنى على وجوب أعلى القيم مع التلف، و قد علم ضعفه.

قوله: (و لو عادت قيمته بالإبلاء إلى خمسه، ثم انخفض السوق)

ص: ٢٤٤

قيمته الى درهم لزمه مع الرد الخمسه الناقصه بالإبلاء، و لا يغرم ما نقص بالسوق من الباقي. و لو كانت قيمه عشره فأبلاه حتى ساوى خمسه، ثم ارتفعت السوق فبلغت مع الإبلاء عشره احتمال رده مع العشره، لأن التالف نصفه فلو بقى كليه لساوى عشرين و رده مع الخمسه الناقصه بالاستعمال.

و لا عبره بالزيادة بعد التلف، كما لو تلف كله ثم زادت قيمه، فعادت قيمته الى درهم لزمه مع الرد الخمسه الناقصه بالإبلاء، و لا يغرم ما نقص بالسوق من الباقي).

إذا كان المغصوب ثوبا، و نحوه مما ينقصه الإبلاء، و كان يساوى عشره بدليل قوله: (عادت قيمته بالإبلاء إلى خمسه) مع قوله: (لزمه مع الرد الخمسه الناقصه) فأبلاه حتى عادت قيمته خمسه فيكون نقصه قدر النصف، باعتبار الفئات من العين و الصفات، ثم انخفض السوق فعادت قيمته، أى قيمه المغصوب كله و هو المحدث عنه أو لاء و الباقي بعد الإبلاء الى درهم فاللازم قيمه التالف، فإنه كان يساوى عند التلف خمسه، و أما الباقي فيجب رده لا ضمان ما نقص بالسوق منه كما علم غير مره.

قوله: (و لو كانت قيمه عشره فأبلاه حتى ساوى خمسه، ثم ارتفعت السوق فبلغت مع الإبلاء عشره احتمال رده مع العشره، لأن التالف نصفه، فلو بقى كليه لساوى عشرين).

ضعف هذا الاحتمال ظاهر، لأن زياده السوق بعد التلف لا أثر لها، و احتمال (1)، كونه كالباقى، لبقاء الأصل خيال واهن (2).

قوله: (ورده مع الخمسه الناقصه بالاستعمال و لا عبره بالزيادة بعد

ص: ٢٦٥

١- ١) فى النخستين الخطبتين: و يحتمل.

٢- ٢) فى النسخه الحجرية: و يحتمل كونه كالباقى فى الأصل حال رده.

و هو أقوى. و لو قطع الثوب قطعاً لم يملكه، بل يرد القطع مع الأرش. و لو كان العيب غير مستقر، كما لو بل الحنطه حتى تعفنت، أو اتخذ منها هريسه، أو من التمر و السمن حلواء فإن مصيره الى الهلاك لمن لا يريد فبالأقوى رد العين مع الأرش. التلف، كما لو تلف كله ثم زادت قيمه و هو أقوى).

أى: و احتمال (١) رده الى آخره، و لا يخفى أن هذا الاحتمال أوجه، و هو الأصح.

قوله: (و لو قطع الثوب قطعاً لم يملكه، بل يرد القطع مع الأرش).

لا- خلاف بين أصحابنا فى ذلك على ما ذكره فى التذكرة (٢)، و كذا الشافعى (٣)، و المخالف فيه أبو حنيفة (٤)، و احمد فى إحدى الروايتين (٥)، و ليس بشيء فإن ملك المالك لا يزول بدون السبب الناقل.

قوله: (و لو كان العيب غير مستقر، كما لو بل الحنطه حتى تعفنت، أو اتخذ منها هريسه، أو من التمر و السمن حلوى فإن مصيره الى الهلاك لمن لا يريد فبالأقوى رد العين مع الأرش).

وجه القوه: بقاؤه على ملك المالك، إذ لا يخرج المملوك بإحداث حدث فيه عن الملك، فيجب رده على مالكة و ضمان ما نقص بالجنايه و يحتمل ضمان المثلى بالمثل و القيمى بالقيمه، لأنه كالهالك، إذ هو مشرف على التلف

ص: ٢٦٦

١- ١) فى «ق»: و يحتمل.

٢- ٢) التذكرة ٣٩٢: ٢. [١]

٣- ٣) المجموع ٢٤٣: ١٤.

٤- ٤) المصدر السابق.

٥- ٥) المغنى لابن قدامه ٤٠١: ٥.

و كل ما نقص شيئاً ضمنه على اشكال ينشأ: من حصول البراءة بدفع العين و أرش النقص فيجوز أن يعانده المالك بعدم التصرف فيه الى أن يتلف، و من استناد النقص الى السبب الموجود في يد الغاصب. لو ترك بحاله فهو لمن لا يريده بمنزله التالف، و هو قول الشيخ (١). و ضعفه ظاهر، إذ ليس بتالف و إن كان قيد يؤول إلى التلف.

و لا يخفى انه إذا كان الخليط من الغاصب كان فيه مع العيب المذكور الشركه، و يعرف حكمها مما لو خلط زيتة بالزيت الذي غصبه، و على كل حال فالأقوى ما قواه المصنف.

قوله: (و كل ما نقص شيئاً ضمنه على اشكال ينشأ: من حصول البراءة بدفع العين و أرش النقص فيجوز أن يعانده المالك بعدم التصرف فيه الى أن يتلف، و من استناد النقص الى السبب الموجود في يد الغاصب).

اي: بعد دفع العين مع الأرش كل ما تجدد نقص في العين ضمنه الغاصب على اشكال ينشأ: من حصول البراءة بدفع العين و أرش النقص، لأنه الواجب و تمام الحق، إذ لا يجب غيره حينئذ فلا يجب شيء آخر بعد ذلك.

و فيه نظر، لأن وجوبه حينئذ لا يقتضى كونه كمال الحق الواجب و إن كان كمال الحق الواجب حينئذ، لعدم حدوث تلف شيء يكون مضموناً بعد، فإذا حدث ضمنه، لأنه مستند الى جنايته.

ثم قول المصنف: (فيجوز). يحتمل أن يريد به كونه تتمه لهذا الوجه، و كونه وجهاً برأسه، فعلى الأول يكون المعنى: و إن لم يبرأ بذلك يلزم الضرر على الغاصب، إذ يجوز أن يعانده المالك الى آخره.

و على الثانى يكون المعنى: و لأنه على تقدير الضمان يجوز أن يعانده

ص: ٢٤٧

المالك، فيحصل الضرر و هو منفي بالحديث. و العبارة لا تفي بواحد من المعنيين، و تصدير الجملة بالفاء صيرها في غاية البعد عن الربط.

و منع بطلان لزوم الضرر على الغاصب وارد، و الحديث لا يدفعه، فإن الضرر لا يزال بالضرر و الغاصب مؤاخذ بالأشق.

و من أن النقص الحادث مستند الى فعل الغاصب فيكون كسرايه الجنايه.

و يمكن الفرق بأن دفع سرايه الجنايه غير داخل تحت القدره بخلاف علاج نحو الهريسه، فيكون ترك العلاج بمنزله ترك شد العضد و ترك علاج الجرح فلا- يكون مضمونا. و يحتمل دفعه الى الغاصب و أخذ البدل، نظرا الى تجدد العيب فهو بمنزله التالف.

و اختار المصنف في التذكرة أخذ العين، و أرش العيب المستقر، و أرش ما يتجدد من العيب (1) و هو واضح (2) إذا لم يتمكن المالك من العلاج، فإن تمكن بسهولة ففيه تردد.

فرع:

لو غصب شيئا متفاوت قيمته بالنسبه إلى أربابه قال في التذكرة: الأقرب ضمان التفاوت أيضا بالنسبه الى ربه إن غصبه منه، و إن غصبه من غيره لم يضمن بالزياده، بل ما يساوى قيمته بالنسبه الى ذلك الغير (3). مثلا لو غصب حجه إنسان بدين أو ملك، و لا ريب أن قيمه تلك الحجه شيء يسير بالنسبه الى غير مالكها، و أما بالنسبه إلى مالكها (فإنها) (4) تساوى أكثر، فإن غصبها و هي

ص: ٢٤٨

١-١) التذكرة ٣٩٠: ٢. [١]

٢-٢) في «م»: الأصح.

٣-٣) التذكرة ٣٩١: ٢. [٢]

٤-٤) لم ترد في «ق».

و لو غصب شيئين ينقصهما التفريق، كزوجى خف و مصراعى باب فتلف أحدهما، و قيمه الجميع عشره و الواحد ثلاثه ضمن سبعة و هى قيمه التالف مجتمعا و نقصان الباقي. و كذا لو شق ثوبا نصفين فنقصت قيمه كل واحد منهما بالشق، ثم تلف أحدهما. لصاحبها ضمن القيمه الزائده، و إن غصبها و هى لغير مالكها لم يضمن الزيادة.

و كذا لو غصب شمشكا و سيعا فى الغايه لا يلبسه إلا شخص واحد، أو خاتما كذلك، و تتفاوت قيمه الشمشك و الخاتم بالنسبه إلى كبير الرجل و غليظ الإصبع و ضدهما. أقول: هذا يكاد يكون منافيا لقولهم: إن بغله القاضى و الشوكى لا يتفاوتان فى قطع الذنب.

و ينبغى أن يقال: إن هذا صحيح بالنسبه إلى خصوصيه القاضى و الشوكى فى وجوب تمام القيمه، أما كون النقص متفاوتا باعتبار تفاوت تعطل بعض المنافع و عدمه فلا يكون ما ذكره فى التذكرة هنا صحيحا.

قوله: (و لو غصب شيئين ينقصهما التفريق، كزوجى خف و مصراعى باب فتلف أحدهما، و قيمه الجميع عشره و الواحد ثلاثه ضمن سبعة، و هى قيمه التالف مجتمعا و نقصان الباقي).

لأن النقصان الحاصل فى يده مستند الى ذهاب شىء من العين مضمون عليه قطعا، و ما كان من القيمه فى مقابل اجتماع الزوجين نقص لفوات صفه الاجتماع فى يده فيضمن سبعة.

قوله: (و كذا لو شق ثوبا بنصفين فنقصت قيمه كل واحد منهما بالشق ثم تلف أحدهما).

و تتحقق المساواه فى الحكم إذا كان أحد النصفين إنما يحصل كمال النفع به مع النصف الآخر، بأن يكون جعله ثوبا إنما يتحقق بهما، فمع فقد

أما لو غصب أحدهما وحده، ثم تلف أو أتلف أحدهما فإنه يضمن قيمه التالف مجتمعا خاصة و هي خمسة. و يحتمل سبعة، لأنه أتلف أحدهما و ادخل النقص على الباقي بتعديده. و يحتمل ثلاثه، لأنه قيمه المتلف. و لو لم ينقص الثوب بالشق رده بغير شيء. يفوت هذا النفع فتنقص قيمه الآخر بذلك.

قوله: (أما لو غصب أحدهما وحده، ثم تلف، أو أتلف أحدهما فإنه يضمن قيمه التالف مجتمعا خاصة، و هي خمسة. و يحتمل سبعة، لأنه أتلف أحدهما و ادخل النقص على الباقي بتعديده، و يحتمل ثلاثه، لأنه قيمه المتلف).

الفرق بين هذه المسأله و التي قبلها- حيث أورد في هذه الاحتمالات الثلاثه و لم يورد في الأولى شيئا:- ان التلف في الأولى تحقق بعد إثبات الغاصب يده على الزوجين معا، فكان كلمات يحدث من نقصان في قيمه مستندا الى نقصان في العين، أو في الصفات مضمونا عليه قطعا. و هنا لم تثبت يده على الزوجين معا فجاء احتمال ضمان ما تلف في يده خاصة منظورا فيه الى إحدى صفتيه تاره و الى الأخرى تاره، و هي كونه مجتمعا مع الزوج الآخر و كونه منفردا عنه.

و لا ريب أن النقص الحاصل في الزوج الباقي مستند الى فقد صفه، هي كونه مجتمعا مع الزوج التالف و قد حصل منه فيجب أن يكون مضمونا عليه، فيكون الاحتمال الثاني أقواها و أضعفها الثالث.

قوله: (و لو لم ينقص الثوب بالشق رده بغير شيء).

إذ لم يفت من المال شيء، لكن جزاء فعله زياده تغريره و إهانتته ردعا و زجرا.

و يجب رد العين المغصوبه ما دامت باقيه،فإن تعذر دفع الغاصب البديل،و يملكه المغصوب منه. و لا- يملك الغاصب العين المغصوبه،فإن عادت فلكل منهما الرجوع. قوله: (و يجب رد العين المغصوبه ما دامت باقيه،فإن تعذر دفع الغاصب البديل).

المراد تعذره عاده،و دفع البديل على طريق الوجوب إذا طلبه المالك و يكفى لوجوب دفعه تعذر دفع العين على الفور،و لو كان يتمكن من الدفع بعد يوم مثلا فهل يجب دفع البديل؟إطلاق كلامهم يقتضى الوجوب،و يناسبه أن الغاصب مؤاخذ بالأشق،و لم أقف على تصريح بنفى أو إثبات.

قوله: (و يملكه المغصوب منه).

و إلا- لم يكن لدفعه فائده،بل كان محض كل على المالك،و لأن الغرض منه المحافظه على وصول ملكه اليه أو بدله على الفور،و مقتضى كلامهم أن تملكه للحيلولة يقتضى أن لا يكون فى مقابل العين المغصوبه، و تحقيقه لا يخلو من اشكال.

قوله: (و لا يملك الغاصب العين المغصوبه،فإن عادت فلكل منهما الرجوع).

مقتضى ذلك بقاء العين المغصوبه على ملك المالك،لامتناع كون الملك لا مالك له،فإن عادت فلكل منهما الرجوع فى العين بأن يدفعها الغاصب فيجب على المالك قبولها،أو يرجع بها المالك.

و لا- يخفى أن إطلاق الرجوع على الأول مجاز،و يمكن أن يكون المراد:فلكل منهما الرجوع فى العين و البديل.لكنه بعيد،لأن حكم البديل سنذكر فيه اشكال باعتبار وجوب دفعه لو طلبه الغاصب،و هذا الجزم مناف له،

و هل يجبر المالك على إعادة البدل لو طلبه الغاصب؟ إشكال لا على رد النماء المنفصل و على الغاصب الأجره إن كان ذا اجره من حين و يبعد جميع الجزم و التردد فى مسأله واحده بغير فاصل، بل يقبح.

و هل يجبر المالك على اعاده البدل لو طلبه الغاصب؟ إشكال ينشأ: من ثبوت الملك و الأصل بقاؤه، و من أنه إنما ملكه للحيلولة و قد زالت. قيل: لو كان بحيث يجبر على رده لكان نقصا فى البدليه، إذ قد لا يرغب المعاملون فيه. و ليس بشىء، لأنه متى تعلق به حق ثالث وجب عوضه، و الأصح و جوب الرد فيجبر عليه.

و العجب أن المصنف جزم فيما سبق بالتراد، و تردد فى أن للغاصب حبس العين الى أن يأخذ البدل، و هنا تردد فى إجبار المالك على الدفع لو طلبه الغاصب. و ينبغى عدم التردد فى وجوب الرد حينئذ، لأن هذا الملك ثبت على طريق القهر لأجل عدم وصول ملك المالك إليه.

فإن كان على جهه البدليه فإذا استحق المالك ملكه وجب عود مال الغاصب اليه، لامتناع زوال البدليه، و عدم رجوع كل من البدل و المبدل الى مالكة، و إن كان على جهه الحيلولة فقد زالت فلا وجه لعدم الرد أصلا، لأن الحال دائر بين الأمرين.

صرح المصنف فى التذكرة بأن قيمه المدفوعه يملكها المغصوب منه ملكا مراعى للحيلولة فيزول بزوالها (1) و هو واضح.

قوله: (لا على النماء المنفصل).

لأنه نماء ملك المالك، لأنه فى وقت النماء كان مالكا للعين، بخلاف المتصل فيجب رده مع العين.

قوله: (و على الغاصب الأجره إن كان ذا اجره من حين الغصب

ص: ٢٧٢

الغصب الى حين دفع البدل، و النماء المنفصل فيما بينهما للمالك، و كذا المتصل فيضمنه الغاصب لو زال، و كذا المتصل و المنفصل على اشكال إذا تجدد بعد دفع البدل، الى حين دفع البدل).

لا ريب في ذلك، لأن يد الغاصب حينئذ يد عدوان محض و قد سبق تعيين الأجره، أما بعد دفع البدل (1) فهل تجب الأجره أم لا؟ سبق في مسأله الأبق إشكال في أجرته بعد دفع قيمه، و الذى يقتضيه النظر في الموضوعين الوجوب، لبقاء الغصب كما كان.

نعم على القول بأن للغاصب حبس المغصوب الى أن يقبض البدل يتأتى عدم وجوب الأجره بعد دفعه قيمه، و لا يتأتى عدم استحقاق المالك نماء العين إلا على القول بثبوت البدليه، و خروج العين عن ملك المالك.

قوله: (و النماء المنفصل فيما بينهما للمالك، و كذا المتصل فيضمنه الغاصب لو زال).

لا ريب في ذلك أيضا، لأنه نماء ملك المالك.

قوله: (و كذا المتصل و المنفصل على اشكال إذا تجدد بعد دفع البدل).

ينشأ: من أنه تجدد بعد براءته من العين بعد دفع قيمه، و لم يثبت يده عليه، و من أن الدفع إنما كان لمكان الحيلولة و هو لا يقتضى البراءه. و الأصح استحقاق الرجوع به أيضا على الغاصب، استصحابا لما كان الى أن يعلم المزيل.

ص: ٢٧٣

(١ - ١) لم ترد في «م».

و يضمن الأجره و إن لم ينتفع بأجره المثل عن عمل مطلق مده الغصب.

و لو انتفع بالأزيد ضمن الأزيد، و لو انتفع بالأنقص ضمن أجره المطلق. و لو جنى العبد المغصوب فقتل قصاصا فعلى الغاصب أعلى القيم. المراد بالعلم المطلق: المتوسط الذى لا يكون مقيدا بقيد القله و لا بقيد الكثره، و فى فهم المتوسط من المطلق خفاء إلا أن ما سيذكره فى العبارة يرشد الى ذلك.

و وجه ضمانه: أن المتوسط هو الغالب فإن إداب الأجير نفسه فوق المعتاد نادر كما أن الرضى بالتراخى أيضا نادر.

فإن قلت: كيف وجب فى المنافع أجره الأعلى و وجب فى العمل أجره الأوسط؟ قلت: لا- أولويه بالنسبه إلى المنافع للقادر عليها، فإن كلا منهما ممكن منه على حد سواء، بخلاف العمل فإن مراتبه متفاوتة.

قوله: (و لو انتفع بالأزيد ضمن، و إن انتفع بالأنقص ضمن أجره المطلق).

أى: المتوسط، أما الأول فلأنه قد استوفاه فيجب بدل ما استوفاه، و أما الثانى فلأن الزائد على الأنقص قد فات و هو محسوب على الغاصب.

قوله: (و لو جنى العبد المغصوب فقتل قصاصا فعلى الغاصب أعلى القيم).

هذا بناء على وجوب أعلى القيم فى القيمي، و قد سبق أن الأصح خلافه، و أن الواجب قيمه يوم التلف. و وجه ضمانه على الغاصب: أنه مضمون عليه فى حال الجنايه، فيضمن ما يحدث عليه بسببها.

و لو جنى على الطرف فاقترض ضمن الغاصب الأرش، و هو ما ينقص من العبد بذلك دون أرش اليد، لأنها ذهبت بسبب غير مضمون و يحتمل أرش اليد، و أكثر الأمرين. و كذا لو اقتصر منه بعده رده الى السيد، و كذا لو ارتد في يد الغاصب فقتل في يد المالك فإنه يضمن قوله: (و لو جنى على الطرف فاقترض ضمن الغاصب الأرش، و هو ما ينقص من العبد بذلك، دون أرش اليد، لأنها ذهبت بسبب غير مضمون. و يحتمل أرش اليد، و أكثر الأمرين).

لو جنى العبد المغصوب على طرف الغير فاقترض منه المجنى عليه ضمن الغاصب أرش اليد، و هو ما ينقص من قيمه العبد بذلك، قليلا كان أو كثيرا، و لا يتحتم ضمان أرش اليد و لا أكثر الأمرين، لأن قطعها باستحقاق الجنايه.

و إنما يضمن الغاصب للمالك ما ينقص. و يضعف بأن الجنايه في يده فهي مضمونه، عليه و لا منافاه في ضمان الغاصب لما يستحقه المجنى عليه بسبب الجنايه. و يحتمل ضمان أرش اليد، لأنه المقدر و هو مضمون.

و يحتمل أكثر الأمرين من نقصان قيمه و الأرش، لأن الغاصب مؤاخذ بذلك، و قد سبق دليله في أول الباب و يزيده أن فيه أعمالا للدليلين، اعنى النص على وجوب المقدر و ضمان الغاصب لما يذهب من المالىه في يده، و هذا هو الأصح إذ لا فرق بين جنايته و الجنايه في يده، و العجب أن المصنف أسلف فيما تقدم وجوب أكثر الأمرين و خالف هنا، و الفرق غير ظاهر.

قوله: (و كذا لو اقتصر منه بعد رده الى السيد).

فتجىء (فيه) (1) الاحتمالات السابقه عند المصنف، و المختار فيها واحد، و الأصح عندنا وجوب الأكثر.

قوله: (و كذا لو ارتد في يد الغاصب فقتل في يد المالك فإنه يضمن قيمه).

ص: ٢٧٥

القيمة. و لو غصبه مرتدا أو سارقا فقتل أو قطع في يده ففي الضمان على الغاصب نظر، بقرينه تعريف مما سبق، و لا تجيء فيه الاحتمالات السابقة، لأن قوله:

فإنه يضمن القيمة) يقتضى أن لا يكون التشبيه في ذلك الحكم، بل في أصل استحقاق المالك تضمين الغاصب من غير تعيين المقدر (١).

قوله: (و لو غصبه مرتدا أو سارقا فقتل، أو قطع في يده ففي الضمان على الغاصب نظر).

ينشأ: من سبق استحقاق القتل و القطع في يد السيد فلا يكون مضمونا على الغاصب، و من أنه تجدد في يد الغاصب و ليس من لوازم الاستحقاق في يد السيد الوقوع، فإذا تجدد في يد الغاصب التي هي محكوم بكونها يد ضمان و جب أن يكون مضمونا.

و الظاهر أنه لا فرق بين الردة الفطرية و غيرها، لأنه لا يخرج بها عن كونه مملوكا لجواز (٢) بيعه حينئذ، و من الجائز أن لا يظفر به السلطان فيسلم من القتل، و ما ذكره الشارح من الفرق (٣) غير ظاهر.

و بناء الحكم على أن الاعتقاد باق أم لا- غير ظاهر، لأن القتل قد ثبت بصدور الاعتقاد الفاسد و لم يطرأ ما يزيله، و الاعتقاد المتجدد بناء على عدم بقائه ليس هو السبب في القتل، بل السبب ما مضى فلا يتم ما ذكره، و انى لا أجد القول بضمن الغاصب بذلك البعيد.

و اختار المصنف في التذكرة ضمان الغاصب قيمه عبد مستحق للقتل أو يد مستحقه للقطع (٤)، و هذا هو التحقيق و الأصح.

ص: ٢٧٦

١- ١) في «ق»: للقدر.

٢- ٢) في «م»: و لجواز.

٣- ٣) إيضاح الفوائد ١٨٢: ٢.

٤- ٤) التذكرة ٣٨٩: ٢. [١]

فإن منعناه ضمن النقص الزائد على المقدّر لو حصل، وكذا الأشكال لو انعكس. قوله: (فإن منعناه ضمن النقص الزائد على المقدّر لو حصل).

أى: لو قلنا بمنع الضمان على الغاصب، وهو أحد طرفي النظر يضمن الغاصب النقص الزائد على المقدّر لو حصل نقص زائد عليه، وذلك إذا كان الناقص من القيمة أزيد من المقدّر في الطرف و من ديه الحر في النفس.

وقصره شيخنا الشهيد في بعض حواشيه على القطع في السرقة دون القتل في الرده، وهو في كلام الشارح السيد، وليس بظاهر، بل يتأتى في الارتداد أيضا، ووجهه على ما ذكره الشارح الفاضل: استقرار ملك المالك عليها في علمه تعالى و يد الغاصب عليها عادية (١).

ولا يخفى قصور هذا الاستدلال عن ثبوت ذلك، ويمكن أن يستدل بأن لمستحق هو ما قابل مقدّر اليد لا ما نقص من القيمة، فإن ذلك مؤاخذ به الغاصب دون الجاني، وليس هذا بشيء يعتد به، لأن مؤاخذة الغاصب بالزيادة فرع كون متعلق الأصل مضمونا في الجملة، كما لو جنى الأجنبي في يد الغاصب.

أما مع عدم الضمان فلا وجه لتضمين شيء أصلا، والأصح عدم الفرق، فلو منعنا الضمان لم يوجب شيئا أصلا بحال.

قوله: (و كذا الاشكال لو انعكس).

أى: و مثل ما سبق الاشكال لو ارتد أو سرق في يد الغاصب فقتل في يد المالك، و منشؤه عكس منشأ الأول، و هذا رجوع عن جزمه السابق في قوله:

(و كذا لو قبض بعد رده الى السيد، و كذا لو ارتد في يد الغاصب فقتل في يد المالك فإنه يضمن القيمة).

ص: ٢٧٧

و لو ارتد في يده ثم مات في يد مالكة من غير قتل ضمن الأرش خاصة، و لا يخفى أن حمل العكس على زياده المقدر على نقص القيمة (١) غلط فاحش، لأنه لا يتردد في أن ما قابل المقدر غير مضمون على تقدير تضمين الغاصب ما حدث في يد السيد، فإذا لم يكن النقص بقدر المقدر لم يعقل ضمان أصلاً، لأن ذلك المقدر مستحق في يد السيد.

إذا عرفت ذلك فالأصح هنا الضمان، لأن السبب القتل و القطع في يد الغاصب و هو مضمون عليه، فهو بمنزلة الجنايه التي تسرى في يد المالك، بخلاف ما سبق.

قوله: (و لو ارتد في يده ثم مات في يد مالكة من غير قتل ضمن الأرش خاصة).

لحصول نقص القيمة بالارتداد، لأنه حينئذ عرضه للقتل، و لأن تلفه هذا لم يكن مسبباً عما حدث في يد الغاصب فلا يكون عليه سوى أرش نقصه، لأن أداء العين الى المالك موجب لبراءته منها، و تضمينه ما يتجدد بسبب ما حدث في يده موقوف على تجدد و هو منتف مع الموت.

و ليس ببعيد إلحاق ما لو مرض في يد الغاصب ثم برىء بهذه في وجوب الأرش، لتحقق النقص بحدوث عيب المرض المرجو الزوال (٢)، فيقوم صحيحاً و مريضاً بذلك المرض على حسب خطره و عدمه، و المصنف في التذكرة صرح بعدم وجوب الأرش هنا (٣)، و هو مشكل.

و حكى عن بعض العامه الوجوب (٤) وورده، و سيأتي انه إذا اتفق المتجدد

ص: ٢٧٨

١- ١) في «م»: القيم.

٢- ٢) في «ق»: زواله.

٣- ٣) التذكرة ٣٨٨: ٢. [١]

٤- ٤) قاله احمد بن حنبل، انظر المغنى لابن قدامه ٣٩٩: ٥.

و كذا لو اشترى مرتدا أو سارقا فقتل أو قطع في يد المشتري ففي كونه من ضمان البائع نظر. و لو طلب الولي الديه في النفس، أو المجنى عليه في الطرف لزم الغاصب أقل الأمرين من قيمته و ديه الجنايه، و التالف من الصفات في الجنس ينجبر الذاهب بالمتجدد، فيمكن رد هذا الحكم المذكور هنا إليه، لأن الصحه الثابته عادت، و زال ما كان بخلاف وصف الارتداد الباقي و إن مات، لكن لو عاد إلى الإسلام و لم تكن ردتة فطريه يجيء فيه هذا.

قوله: (و كذا لو اشترى مرتدا أو سارقا فقتل أو قطع في يد المشتري ففي كونه من ضمان البائع نظر).

ينشأ: من حدوث ذلك في يد المشتري بعد انقضاء الخيار فلا يكون مضمونا على البائع، و من استناده الى سبب حدث عنده فيكون من ضمانه.

و التحقيق أن هذا النظر ليس بشيء، لأنه إن كان ذلك مع علم المشتري بالحال فلا إشكال في أنه لا يستحق شيئا على البائع، لأن علم المشتري بالعيب يسقط خياره، و استحقاؤه الأرش و إن كان مع جهله بالحال فلا إشكال في الاستحقاق.

ثم ما الذي يستحقه؟ ظاهر كلامه هنا أن البائع يضمن ما يضمنه الغاصب، و هو مشكل، لأنه إنما يستحق بالعيب أرش العيب خاصه و إن حدث به هلاكه، كما لو اشتراه مريضا و هو جاهل بالمرض فمات به، فإن البائع إنما يضمن ما كان في يده لا ما تجدد في يد المشتري، و الموت و القطع متجددان.

قوله: (و لو طلب الولي الديه في النفس أو المجنى عليه في الطرف لزم الغاصب أقل الأمرين من قيمته و ديه الجنايه).

لأن الذي يستحقه المجنى عليه أو وليه إنما هو الأقل، لأن الديه إن كانت

فإن زادت جنايه العبد على قيمته ثم مات فعلى الغاصب قيمته تدفع الى السيد، فإذا أخذها السيد تعلق بها أرش الجنايه، فإذا أخذها الولي من السيد فللسيد الرجوع على الغاصب بقيمه أخرى، لاستحقاق المدفوعه أولاً بسبب في يده أقل فظاهر، وإن كانت قيمه أقل فإن الجاني لا يجنى على أكثر من نفسه، و للشافعيه قول انه يجب الأرش بالغ ما بلغ (١).

و لا فرق في لزوم ذلك للغاصب بين كون الجنايه عمداً أو خطأ، لأن حدوث الجنايه من العبد نقص فيه حدث في يد الغاصب فيضمنه، و يجب عليه تسليم العبد الى المالك و ذلك في الخطأ ممكن، إذ ليس للمجنى عليه إلا الدية و إن تعلق برقبه الجاني فإنه إذا بذلها سقط التعلق، و أما في العمد فإنه إذا (٢) رضى المجنى عليه بالديه و جب على الغاصب بذلها.

فرع: لو لم يرض المجنى عليه عمداً بالأقل فهل يجب على الغاصب بذل ما يزيد لتخليص (٣) العبد؟ يحتمل ذلك كما يوجب عليه مؤنه رده و إن زادت عن قيمه، إلا أن ظاهر قوله: (لزم الغاصب أقل الأمرين) أنه لا يجب بذل الزائد، لإطلاق عدم إيجاب الزائد.

قوله: (فإن زادت جنايه العبد على قيمته ثم مات فعلى الغاصب قيمته يدفع الى السيد).

المراد: قيمته سليماً من الجنايه كحال غصبه.

قوله: (فإذا أخذها السيد تعلق بها أرش الجنايه، فإذا أخذها الولي من السيد فللسيد الرجوع على الغاصب بقيمه أخرى، لاستحقاق المدفوعه أولاً بسبب في يده فضمنها).

ص: ٢٨٠

١- ١) انظر: بدايه المجتهد ٣١٨: ٢.

٢- ٢) في «ق»: فان.

٣- ٣) في «ق»: ما زيد لتخليص، و في «م»: ما يزيد ليخلص.

فضمناها. و لو كان العبد وديعه فجنى بالمستغرق، ثم قتله المودع فعليه قيمته و يتعلق بها أرش الجنايه، فإذا أخذها الولي لم تجب قيمه أخرى على المستودع، لأنه جنى و هو غير مضمون. و لو جنى فى يد سيده بالمستوعب، ثم غصب فجنى اخرى بالمستوعب و لم يحكم به للأول بيع فيهما، و رجع المالك على الغاصب بما أخذه الثانى منهما، لأن الجنايه وقعت فى يده و كان للمجنى عليه أولاً. أن يأخذه دون الثانى، لأن الذى يأخذه المالك من الغاصب هو عوض ما و لا. يمتنع أن يكون للمجنى عليه مطالبه الغاصب، لأن الجانى قد تلف فى يده و هو مضمون عليه.

قوله: (و لو كان العبد وديعه فجنى بالمستغرق، ثم قتله المودع فعليه قيمته و يتعلق بها أرش الجنايه، فإذا أخذها الولي لم تجب قيمه أخرى على المستودع، لأنه جنى و هو غير مضمون).

لأنه حينئذ كان وديعه، و جنايته محسوبه على المالك، لأن الفرض عدم التفريط من المودع، فالواجب على المودع إنما هو عوض قتله.

و اعلم ان قوله (فإذا أخذها الولي) يعم ما إذا كان أخذ القيمة من يد المولى، و ما إذا كان أخذها من يد الغاصب.

قوله: (و لو جنى فى يد سيده بالمستوعب، ثم غصب فجنى اخرى بالمستوعب و لم يحكم به للأول بيع فيهما).

لتعلق الجنائيتين معا برقبته، بخلاف ما إذا حكم به للأول فإنه يستحقه حينئذ، فيكون للمجنى عليه الثانى مع كون الجنائيتين عمدا، و فى الخطأ إذا بيع فى الاولى ثم جنى فى الثانى، لانقطاع حكم الاولى.

قوله: (و رجع المالك على الغاصب بما أخذه الثانى منهما، لأن الجنايه وقعت فى يده، و كان للمجنى عليه أولاً أن يأخذه دون الثانى، لأن

أخذه المجنى عليه ثانيا فلا يتعلق به حقه، فإن مات في يد الغاصب فعليه الذى يأخذه المالك من الغاصب هو عوض ما أخذه المجنى عليه ثانيا، فلا يتعلق به حقه).

إذا بيع العبد فى الجنيتين المذكورتين قسمت قيمته بين المجنى عليهما، فيرجع المالك على الغاصب بما أخذه الثانى من المجنى عليهما، لأن الجنايه الثانيه مضمونه عليه لوقوعها فى يده، فمهما ذهب على المالك بسببها فضمامه على الغاصب، بخلاف الاولى لوقوعها فى يد السيد، فللمجنى عليه الأول أن يأخذه، أى: يأخذ ما يرجع (1) به المالك على الغاصب، و هو ما أخذه المجنى عليه الثانى، و ليس للثانى أخذه.

أما الأول، فلأن حق المجنى عليه أولا يتعلق (2) بقيمه العبد كلها-لأن الفرض أن الجنايه مستوعبه و قد وجد باقى قيمه فيتعلق به حقه.

و أما الثانى، فلأن الذى أخذه المالك من الغاصب هو عوض ما أخذه المجنى عليه ثانيا، و هو نصف قيمه المستحق له فلا يتعلق به حقه مره أخرى، لاستحاله تعلق حقه به مرتين، و النصف الآخر من قيمه قد فات بتعلق حق المجنى عليه أولا به فكان قيمه من أول الأمر مقدار النصف.

و أما المجنى عليه الأول فإن حقه متعلق بتمام قيمه، و الجنايه الثانيه لكونها (مضمونه) (3) على الغاصب فى حكم المنتفيه فيبقى تعلق حقه (4) بالقيمه جميعا ثانيا، و لما لم تكن الجنايه الأولى مضمونه على الغاصب لم يكن للمالك الرجوع بما أخذه المجنى عليه أولا.

قوله: (فإن مات فى يد الغاصب فعليه قيمته تقسم بينهما، و يرجع

ص: ٢٨٢

١- ١) فى «ق»: ما رجع.

٢- ٢) فى «م»: متعلق.

٣- ٣) لم ترد فى «م».

٤- ٤) فى «م»: المنتفيه يتعلق حقه.

قيمه تقسم بينهما و يرجع المالك على الغاصب بنصف قيمه، و يكون للمجنى عليه أولا- أن يأخذه. و لو جنى على سيده فالضمان على الغاصب كالأجنبي على اشكال. المالك على الغاصب بنصف قيمه، و يكون للمجنى عليه أولا أن يأخذه).

أما وجوب قيمه بموته، فلأنه مضمون على الغاصب، و أما وجوب غرمه نصف قيمه مره أخرى، فلأن الجنايه الثانيه مضمونه عليه لكونها فى يده، و هى موجه لفوات نصف قيمه للمجنى عليه ثانيا، و أخذ المجنى عليه أولا المصنف يعرف وجهه مما سبق.

و لو وهب المجنى عليه ثانيا ما أوجبته الجنايه للمالك فالرجوع بالنصف بحاله على الظاهر، و لو وهبه للغاصب فليس ببعيد سقوط الرجوع به.

قوله: (و لو جنى على سيده فالضمان على الغاصب كالأجنبي على اشكال).

ينشأ: من أنه مضمون عليه فيضمن كل نقص دخل عليه فى يده، و جنايته على السيد موجه لاستحقاق الاقتصاص، فاستوى السيد و الأجنبي.

و من أن استحقاق الرجوع فى الأجنبي لاقتضاء الجنايه عليه زوال الملك أو إفنائها اليه، فإذا سلم العبد الى المالك (فحينئذ) [\(١\)](#) لم يكن تسليمًا تامًا.

بخلاف ما إذا كانت الجنايه على المولى، فإنه إذا سلمه إليه فقد مكنه منه كمال التمكين، و لا يضر اقتصاصه بعد ذلك، لكون ذلك باختياره و مباشرته. و ليس بشيء، لثبوت حق الاقتصاص الذى تركه موجب للضرر على السيد أو الوارث بسبب حدث فى يد الغاصب، و هو منقص للماليه فيستحق الرجوع به، و هو الأصح، و هذا إذا كانت الجنايه عمدا

ص: ٢٨٣

١- ١) لم ترد فى (ق).

و لو خصى العبد فعله كمال القيمه و رده على رأى، أما لو كانت خطأ فلا شىء للسيد على الغاصب، لأن الواجب فى جنايه الخطأ المال، و ثبوته هنا ممتنع إذ لا يثبت للسيد على عبده مال، و ثبوته على الغاصب فرع ثبوته على العبد، و قد سبق مثله فى الرهن.

نعم، لو تضمنت جنايته استتالته على السيد و قله الرغبه فيه ضمن ما ينقص من قيمته بهذا العيب لا أرش الجنايه، و لا يخفى أن هذا العيب فى الجنايه عمدا متحقق، فيضمن الغاصب أرشه خارجا عن أرش الجنايه لاختلافهما.

إذا عرفت هذا، فلو اقتصر المالك فى العمد فعلى الغاصب أكثر الأمرين كما سبق غيره مره، و إن عفى عن مال ثبت المال على العبد، و فداه الغاصب بأقل الأمرين، من أرش الجنايه و قيمه العبد كأجنى، قال فى التذكره (١)، و وجهه: أن المال ليس بثابت هنا أصاله من أول الأمر ليمتنع ثبوته لاستلزامه وجوب مال السيد على عبده، و إنما هو عوض عن جنايه ثانيه مستحقه على العبد مضمونه على الغاصب، فلا يمتنع ثبوت عوضها، لأن الخيار فى ذلك الى المجنى عليه.

قوله: (و لو خصى العبد فعله كمال القيمه على رأى، و رده).

هذا هو الأصح، لأن عوض الفائم هو القيمه، و لا يتوقف الاستحقاق على دفع العبد، بخلاف الجانى كما بيناه سابقا، و للشيخ قول بأن له القيمه إذا سلمه لثلا- يجمع بين العوض و المعوض (٢)، و قد عرفت الفرق بين الغاصب و الجانى، و اختصاص الجانى بالنص (٣) بخلاف الغاصب. و فى بعض النسخ:

(فعله كمال القيمه و رده على رأى) و هو صواب، لأن الخلاف إنما هو فى

ص: ٢٨٤

١- ١) التذكره ٣٨٨: ٢. [١]

٢- ٢) المبسوط ٦٤: ٣.

٣- ٣) الكافي ٣٤٢: ٧ حديث ١٢، الفقيه ٤: ٦٥، التهذيب ٣٠٧: ١٠.

فإن سقط ذلك العضو بآفه فلا شيء، لأنه يزيد به قيمته على اشكال، و كذا لو نقص السمن المفرط و لم تنقص قيمه، و كذا الإصبع الزائده و لو مثل به لم ينعق على الأمرين معا.

قوله: (فإن سقط ذلك العضو بآفه فلا شيء، لأنه يزيد به قيمته على اشكال).

الضمير في: (لأنه) للشأن، و منشأ الاشكال ما ذكره، فإنه لا نقص في المالىه حينئذ فلا ضمان، و من أن التلف في يد الغالب بالآفه كالتلف بالجنايه، لكون العبد و اجزاءه و صفاته و منافعه مضمونه عليه، و للعضو التالف مقدر فيضمنه، و هو الأصح.

و لا يخفى أن الاشكال هنا في أصل الضمان، فلو قلنا به كما هو الأصح فالواجب كما قيمه مع رده على رأى.

قوله: (و كذا لو نقص السمن المفرط و لم تنقص قيمه) أى: لا- شيء به و لا يجيء فيه الإشكال، لأنه لا مقدر له شرعا فيجب بفواته، و لم تنقص به قيمه فيجب قدر النقص، فهو من قبيل ما لا قيمه له، و هذا يتحقق في سمن نحو العبد و الجاربه، و ما لا يقصد منه اللحم فإن سمنه إذا أفرط و تجاوز الحد ربما نقص قيمته.

قوله: (و كذا الإصبع الزائده).

أى: لو نقصت و لم تنقص بها قيمه لا شيء فيها. و ليس بجيد، بل الأصل (1) فيها الضمان، لأن لها مقدر و هو ثلث ديه الأصلية.

قوله: (و لو مثل به لم ينعق على رأى).

ص: ٢٨٥

١ - ١) في «م»: الأصح.

رأى. و لو ساوى بعد الغصب الضعف لزياده السوق فقطع يده فعادت الاولى رد العبد و مساويه، و لو نقص الزائد و نصف الأصل و أوجبنا الأكثر لزمه المجموع و إلا الزائد، لأن التحرير بالتمثيل على خلاف الأصل، فيقتصر فيه على مورد النص (١)، و قال الشيخ (٢) و ابن البراج: ينعق بذلك (٣)، و ربما بنى القولان على أن الانعتاق بتمثيل المولى لجبر حال العبد أو لعقوبه المولى، فعلى الأول ينعق هنا و على الثانى لا، و هو بناء ضعيف و رجوع الحكم إلى جهاله، و الأصح عدم الانعتاق.

قوله: (و لو ساوى بعد الغصب الضعف لزياده السوق فقطع يده فعادت الاولى رد العبد و مساويه).

أى: لو قطعت يد العبد بعد ارتفاع قيمته الى الضعف فعادت قيمته بالقطع إلى الاولى، و هى نصف قيمته الآن رد العبد و نصف قيمته الآن، و هى قدر القيمة الأولى، لأن ذلك قدر النقص و المقدر شرعا إذ هو نصف القيمة.

قوله: (و لو نقص الزائد و نصف الأصل و أوجبنا الأكثر لزمه المجموع، و إلا الزائد).

أى: لو نقص من قيمة العبد فى الفرض المذكور مجموع الزائد و نصف الأصل بقطع يده كان كأن يساوى مائه فارتقى إلى مائتين، فقطعت يده فصار بالقطع يساوى خمسين، فنقص الزائد و هو مائه و نصف الأصل و هو خمسون.

فإن أوجبنا على الغاصب فى الجنايه على المغصوب أكثر الأمرين من المقدر و الأرش لزمه المجموع و هو ظاهر، و إن أوجبنا المقدر خاصه و هو نصف القيمة لزمه الزائد فقط، و هذا ظاهر إذا لم يكن قطع يد العبد لكونه قد جنى على يد

ص: ٢٨٦

١- ١) مسند أحمد ٢: ٢٢٥ بتفاوت يسير.

٢- ٢) الخلاف ٢: ٩٨ كتاب الغصب مسأله ٦.

٣- ٣) نقله عنه فى المختلف: ٤٥٧.

و إن نقص الربع فإن أوجبنا الأرش لزمه الربع و إلا النصف. غيره عمدا، فإنه على هذا التقدير تجيء عند المصنف فيه احتمالات ثلاثة قد سبقت:

أحدهما: الأرش كائنا ما كان، و على هذا الاحتمال يلزم الغاصب المجموع أيضا، فلا يستقيم قول المصنف: (إلا الزائد) إذ معناه: و إن لم نوجب الأكثر لزمه الزائد فقط، و قد عرفت أنا قد لا نوجب الأكثر، و يلزمه المجموع إذا أوجبنا الأرش.

و يندفع هذا عن العبارة إذا قرئ قوله سابقا: (فقطع يده) مبنيًا للمعلوم، لأن الضمير حينئذ يعود إلى الغاصب، فلا تدرج في العبارة الصورة المذكورة، إلا أن قوله فيما بعد: (و إن نقص الربع فإن أوجبنا الأرش). ينافيه، لأن إيجاب الأرش على ما ذكره. إنما يجيء إذا جنى العبد في يد الغاصب فقطعت يده بالجناية، لأنه حينئذ يقال: إن يده ذهبت بسبب غير مضمون فيجب الأرش لا أرشها و إن كان ضعيفا. و إنما قلنا إنه ينافيه، لامتناع اندراج متعلق هذا الحكم في العبارة حينئذ.

قوله: (و إن نقص الربع فإن أوجبنا الأرش لزمه الربع، و إلا النصف).

أى: لو كان النقص في الفرض المذكور هو ربع قيمه، سواء كان ربع قيمه الأصل أو ما صار إليه فاللازم هو الربع إن أوجبنا الأرش كائنا ما كان، و إن لم نوجب الأرش تعين النصف، لأنه المقدر و الأكثر، و هذا لا يستقيم إلا إذا كان القطع بجنايه العبد المغصوب على الطرف على الاحتمال كما علم غير مره، لا مطلقا كما هو ظاهر العبارة.

و لا شك في فسادها، سواء أخذت مطلقه - إذا قرئ قوله: (فقطع يده) مبنيًا للمجهول - أو مخصوصا بكون الغاصب هو القاطع بأن يبني للمعلوم، لأن الجاني إذا وجب عليه المقدر فجنايه الغاصب بطريق أولى، إنما

و لو غصب عبدا فقطع آخر يده تخير، فيضمن الجاني النصف خاصه و لا يرجع على أحد، و الغاصب الزائد إن نقص أكثر من النصف و لا يرجع على أحد و لو لم تحصل زياده استقر الضمان على الجاني. و لو غصبه شابا فصار شيخا ضمن النقص، الكلام فى وجوب أكثر الأمرين.

و لا يستقيم هذا الحكم إلا إذا كان القطع بالجنايه فقط، فالعباره غير جيده و الحكم غير معتبر، و قد عرفت غير مره إنا نوجب أكثر الأمرين فى جميع هذه الصور.

قوله: (و لو غصب عبدا فقطع آخر يده تخير، فيضمن الجاني النصف خاصه و لا يرجع على أحد، و الغاصب الزائد إن نقص أكثر من النصف و لا يرجع على أحد).

الضمير فى: (تخير) يرجع الى المغصوب منه فإن له تضمين كل منهما، لكن الجاني لا- يضمن سوى بدل الجنايه و هو مقدر، بخلاف الغاصب فإنه يضمن أكثر الأمرين.

فقرار الضمان بالنسبه إلى موجب الجنايه على الجاني، فإن رجع عليه به لم يرجع به على أحد، و إن رجع به على الغاصب رجع الغاصب به عليه، و أما الزائد على تقدير حصوله فإنه على الغاصب خاصه.

قوله: (و لو لم تحصل زياده استقر الضمان على الجاني).

لاستواء الجاني و الغاصب فى وجوب ذلك و قد باشر الإلتلاف فالقرار عليه، و يتخير المالك فى الرجوع على كل منهما.

قوله: (و لو غصبه شابا فصار شيخا ضمن النقص).

لتناقض القوى و القابليه بذلك الموجب لنقصان قيمه.

و كذا لو كان أمرد فنبتت له لحيه على اشكال. و لو نقصت الأرض لترك الزرع كأرض البصره ضمن على اشكال. و لو نقل التراب رده بعينه، فإن تعذر فالمثل و عليه الأرش و تسويه الحفر. و البائع إذا قلع أحجاره فعليه التسويه دون قوله: (و كذا لو كان أمرد فنبتت له لحيه على اشكال).

ينشأ: من حصول النقص فى القيمة بذلك، لأنه المفروض، و من تخيل أن الفأنت لا يقصد قصدا صحيحا فجرى مجرى الصناعه المحرمه. و ليس بشيء، فإنه قد يقصد قصدا صحيحا و تتعلق به أغراض محلله، فمتى حصل بسببه نقص ضمنه.

قوله: (و لو نقصت الأرض لترك الزرع كأرض البصره ضمن على اشكال).

ينشأ: من أن ترك زرعها واجب عليه فلا يتعلق به ضمان بسببه، و من أن كل نقص يحدث فى يده مضمون عليه، و هو الأصح. و لا منافاه بين تحريم زرعها عليه و ضمانه نقصها، إذ الواجب عليه من أول الأمر عدم إثبات يده على مال الغير بغير حق.

قوله: (و لو نقل التراب رده بعينه، فإن تعذر فالمثل و عليه الأرش و تسويه الحفر).

لأن التراب مثلى.

فإن قيل: الأرض قيمى، فكيف يكون التراب مثليا؟ قلنا لا- استبعاد فى ذلك، فإن التراب من حيث هو تراب مثلى و إن كانت الأرض باعتبار كونها قراحا، و بستانا، و نحو ذلك قيميه.

قوله: (و البائع إذا قلع أحجاره فعليه التسويه دون الأرش).

الأرش، و لو حفر بئرا فله طمها إلا أن ينهاه المالك فيزول ضمان التردى. و لو ذهب نصف الزيت بالإغلاء ضمن مثل الذاهب و إن لم تنقص قيمه، و كذا فى إغلاء العصير على رأى. استطرادا أتى بهذه المسأله هنا (١)، و إنما وجبت عليه التسويه هنا، لأنه يجب عليه تسليم المبيع كاملا، و إنما لم يجب عليه الأرش، لأن الفعل مأذون فيه شرعا فلا يتعقبه ضمان، نعم يتخير المشتري لو كان جاهلا، قيل (٢): هذا بعينه يقتضى أن لا تجب عليه التسويه.

قوله: (و لو حفر بئرا فله طمها إلا أن ينهاه المالك فيزول ضمان التردى).

هذا مختار ابن إدريس (٣)، و هو الأصح، و قال الشيخ: له طمها و إن نهاه المالك، لدفع ضمان التردى، و احتمال أنه لو أبرأه المالك من الضمان لم يبرأ، لأنه أبرأ مما لم يجب، ثم اختار البراءه به (٤). و يضعف بأن المالك إذا رضى بحفر البئر كان كما لو حفرت يادنه، و نهيه عن الطم يتضمن الرضى.

قوله: (و لو ذهب نصف الزيت بالإغلاء ضمن مثل الذاهب و إن لم تنقص قيمه).

لأن نصف العين قد ذهبت و هى مضمونه بالمثل فلا اعتبار بالقيمه.

قوله: (و كذا فى إغلاء العصير على رأى).

لحصول النقص فى العين، و قال الشيخ: لا يضمن، لأن الذاهب أجزاء مائه لا قيمه لها، فإن النار تعقد أجزاء العصير و لهذا تزيد حلاوته بخلاف

ص: ٢٩٠

١- ١) فى «ق»: استطراد الى هذه المسأله هنا.

٢- ٢) هكذا فى النسختين الخطبتين، و فى هامش نسخه «م»: هكذا وجد.

٣- ٣) السرائر: ٢٧٧.

٤- ٤) المبسوط ٧٣: ٣. [١]

و لا- يجبر المتجدد من الصفات ما خالفه من التالف و إن تساويا قيمه، بخلاف ما لو اتفقا جنسا. و لو غصب عصيرا فصار خمرا ضمن المثل، و فى وجوب الدفع الزيت (١). و كون الذاهب أجزاء مائه فقط غير معلوم، و قد وقع نقص محسوس فى العين فيجب بدله، و هو الأصح.

قوله: (بخلاف ما لو اتفقا جنسا).

كما لو كان كاتباً فنسى ثم تجدد له ذلك، و الذى يقتضيه النظر: أن المتجدد من الصفات إن كان هو الأول كالكاتب، و العالم، و الخياط ينسى ثم يتذكر فلا يجب أرشه على الغاصب، إذ لم يفت شىء. و إن كان غيره، كما لو كان سميماً فهزل ثم سمن لم يجبر الثانى الأول، لأن الثانى مال متجدد للمالك، و الأول مال ذاهب، و كلام المصنف فى التذكرة (٢) لا يخلو من اضطراب، و ظاهر ما هنا معترض.

و فى الدروس: و لو عادت الناقصه جبر (٣)، و هو مشعر بما قلناه، لأن العود إنما يكون إذا حصل الفأث بنفسه، و لا يتحقق ذلك إلا فى التذكر بعد النسيان.

و لو مرض العبد ثم عوفى فقد صرح فى التذكرة بوجوب رده من غير شىء (٤)، و فى كون هذه الصحه هى الأولى نظر.

قوله: (و فى وجوب الدفع اشكال).

ص: ٢٩١

١- ١) المبسوط ٣: ٨٣، [١] الخلاف ٢: ١٠١ كتاب الغصب مسأله ٢١.

٢- ٢) التذكرة ٢: ٣٨٧. [٢]

٣- ٣) الدروس: ٣٠٩.

٤- ٤) التذكرة ٢: ٣٨٨. [٣]

إشكال، فإن أوجبناه فصار خلا- فى يد المالك ففى وجوب رد المثل إشكال، فإن صار خلا فى يد الغاصب رده مع أرش النقصان إن قصرت قيمه الخل و لو غصب خمرا فتخللت فى يده حكم بها للغاصب، و يحتمل المالك، أى: فى وجوب دفع خمرة العصير، و منشأ الاشكال: من خروجه عن الملك، فإن المسلم لا- يملك الخمر، و من بقاء الأولويه، لإمكان إرادته التخليل، و فى وجوب الدفع قوه، إلا- أن يعلم من حال من غصب انه يتخذ للشرب، لأنه حينئذ يعاون على الإثم و العدوان، و لانتفاء الأولويه حينئذ.

قوله: (فإن أوجبناه فصار خلا فى يد المالك ففى وجوب رد المثل إشكال).

ينشأ: من أنه أخذ للحيلولة بينه و بين ملكه، و قد زالت بعود ملكه اليه فيجب الرد، و من حيث أن هذا ملك متجدد، لأن العصير لما صار خمرا صار تالفا فوجب بدله، و الظاهر الأول، لأن الأجزاء هى عين ماله، و المانع من ملكيتها هى الخمرية و قد زالت فيكون الملك بعينه قد عاد و إن حدث له صورته أخرى، نعم لو نقص وجب الأرش.

فإن قلت: فعلى هذا لو تخللت الخمر الغير المحرمة فى يد منتزعتها وجب ردها، لأنها عين ملك المالك و قد زال المانع من الملكيه.

قلنا: الفرق انقطاع الأولويه هنا المقتضيه لانقطاع السلطنه أصلا بخلاف الأول، و بالجملة فالمسأله لا تخلو من شىء.

قوله: (و لو غصب خمرا فتخللت فى يده حكم بها للغاصب، و يحتمل المالك).

وجه الأول: خروجها عن ملك المغصوب منه و سلطنته، و قد حدثت

و البذر و البيض إذا زرع أو فرخ فهو للمالك. ملكيتها (١) في يد الغاصب فتكون له، و هذا إنما يتم إذا لم تكن محترمه.

و وجه الثانى: أن يد الغاصب يد عدوان، و هذه هى عين ملك المالك فتكون له.

و التحقيق: أنها إن كانت محترمه كالتى للتخليل، و خمر الذمى المستتر (به) (٢) يتصور فيها الغصب و يجب الرد، و سلطنه المغصوب منه ثابتة عليها فيكون الملك فيها بعد العود خلا للمالك الأول، و إن كانت غير محترمه لم يتصور فيها الغصب، و لا بقاء السلطنه، و لا وجوب الرد فالملك المتجدد فيها للآخذ.

فرع:

قال فى التذكرة: لو غصب عصيرا فأغلاه حرم عندنا، و صار نجسا لا يحل و لا يطهر إلا إذا ذهب ثلثاه بالغليان فلو رده الغاصب قبل ذهاب ثلثيه و جب عليه غرامه الثلثين. و الوجه أيضا انه يضمّن غرامه الخساره على العمل فيه الى أن يذهب كمال الثلثين (٣)، هذا كلامه. و فى الفرق بينه و بين العصير لو غصبه فصار خمرا، أو صيره خمرا نظر.

قوله: (و البذر و البيض إذا زرع أو فرخ فهو للمالك).

هذا مذهب الأكثر، لأنه عين مال المالك حدث فيها اختلاف الصورة، و قال الشيخ: إنها للغاصب، لأن ذلك تلف للمال فيجب به بدله، و لأن هذا نماء بفعل الغاصب (٤). و ليس بشيء، لمنع التلف، و نماء الملك للمالك و لو كان بفعل الغاصب.

ص: ٢٩٣

١- ١) فى «ق»: ملكيتها للغاصب.

٢- ٢) لم ترد فى «م».

٣- ٣) التذكرة ٣٨٧: ٢. [١]

٤- ٤) المبسوط ١٠٥: ٣. [٢]

الفصل الثاني: في الزيادة: لو غصب حنطه فطحنها، أو ثوبا فقصره أو خاطه لم يملك العين، بل يردّها مع الزيادة و أرش النقص إن نقصت القيمة بذلك، ولا شيء له عن الزيادة.

و لو صاغ النقره حليا ردها كذلك، فلو كسر ضمن الصنعه و إن كانت من جهته فرع:

لا يتصور الغصب في الوقوف العامه بمنع بعض المستحقين و إن أثم، نعم لو سبق له يد فمنعه مانع بغير حق أمكن تصور الغصب هنا، و في الدروس ما قد يشعر إطلاقه بالمخالفه (1)، و كذا في غصب الوثيقه في الدروس (2) كلام ليس بذلك الجيد.

قوله: (لو غصب حنطه فطحنها، أو ثوبا فقصره أو خاطه لم يملك العين بل يردّها مع الزيادة).

هذا إذا كانت الخيوط للمالك، أما إذا كانت للغاصب فهي كالصبيغ.

قوله: (و لو صاغ النقره حليا ردها كذلك).

لأن الصنعه صفة حدثت في ملك المالك بسبب الغاصب فتكون للمالك تبعا و ليست عينا ليخيل كونها مال للغاصب، و كذا لو علف الدابه فسمنت، لأن السمن من الله تعالى و ليس هو عين العلف.

قوله: (فلو كسر ضمن الصنعه و إن كانت من جهته).

لما قلناه من أن الصنعه ملك للمغصوب منه، و لا يقدر في ذلك كونها بسبب الغاصب و من جهته.

ص: ٢٩٤

١-١) الدروس: ٣٠٧.

٢-٢) المصدر السابق.

و للمالك إجباره على ردها نقره، و لا- يضمن أرش الصنعه و يضمن ما نقص من قيمه أصل النقره بالكسر. قوله: (و للمالك إجباره على ردها نقره و لا يضمن أرش الصنعه).

أما الأول فلو جوب ردها كما أخذها، و أما الثاني فلأن بقاء الصنعه مع الرد نقره غير ممكن فيكون الأمر بردها كذلك إذا نافي إذهاب الصنعه.

قوله: (و يضمن ما نقص من قيمه أصل النقره بالكسر).

لأن ذلك بفعله و ليس من لوازم الكسر النقصان، بخلاف الصنعه إذا أريد ردها نقره، و لو سلم كون النقصان من لوازم الكسر لم يسقط عنه ضمان ما نقص بالأمر به، لأن الصياغه جنايه من الغاصب، إذ هو تصرف في مال المالك بغير اذنه عدوانا، و النقص بالكسر مسبب عنها فتكون مضمونه عليه.

و أمر المالك بإعادة العين كما كانت لا يوجب سقوط الضمان، لبقاء الغصب الى حصول التسليم التام، حتى لو تلفت العين في حال ردها الى البلد و قد أمره المالك بذلك بضمونها، بخلاف الصنعه التي لم تكن العين عليها في وقت الغصب و لم يستقر للمالك في ذمه الغاصب، فعلى هذا لو علفه الغاصب بعد نقله الى موضع بعيد فسمن، ثم أمره المالك برده على الفور على وجه يستلزم هزاله لموالاه السير لا يضمن السمن الناقص.

و يشكل بأنه لو كان سميئا عند المالك، فغصبه و نقله على وجه لا عنف فيه فبقى سمنه، ثم أجبره المالك على رده على الفور فزال سمنه لم يضمنه و هو ينافي تضمين النقصان بالأمر بكسر الحلى المصوغ.

و في الفرق نظر فينبغي تأمله، يختلف بالخاطر فرق بتأمل بعد ذلك، و هو أن طلب المالك رد الحلى نقره يقتضى عدم قبول الصنعه، بخلاف رد السمين إذا استلزم رده الهزال، و بخلاف نقصان العين بالكسر فإنه لا يقتضى ذلك، و لا منافاه بين ملكيه السمن و الرضى بها و طلب الرد على الفور و إن علم بهزاله به،

و لو صبغه بما يساوى قيمته تشاركا فالفاضل بينهما بالسويه و الناقص من الصبغ، فلو نقص المجموع عن قيمه الثوب رده مصبوغا مع أرش النقص، و كذا تثبت الشركه لو أطارت الريح الثوب إلى إجانة صباغ، أو غصب الصبغ من آخر. للاعتماد على كون ما ينقص من العين مضمونا عليه.

و يمكن أن يفرق بوجه آخر، و هو أن الأمر برد النقره حليا يدل على عدم قبول الصنعه: و الترخيص فى إتلافها، بخلاف ما ينقص بالكسر، لأن الأمر بالكسر لا يقتضى عدم قبول الناقص من الفضه، و إن كان لازما عنه لا محاله فهو محسوب من جمله المئونه الواجبه على الغاصب، فإنه لو أمره المالك برد الدابه إلى بلد الغصب (1) و كان ذلك مستلزما للهزال لا يكون إلا على عدم اراده المالك السمن و الترخيص فى إتلافه، فيكون من قبيل المقدمه كالعلف و السقى.

نعم يشبه الأول ما لو سمن الغاصب المضمرة فلم يرض المالك بذلك، فأمره بالتضمير فإنه لا يبعد أن يقال: لا يلزمه عوض السمن الفائت.

قوله: (فالفاضل بينهما بالسويه و الناقص من الصبغ).

أى: إن زاد زياده فى الثمن على أصل قيمه فهى بينهما سواء، لاستوائهما فى الشركه، و إن نقص فالتقصان محسوب من الصبغ، لأنه إن كان منه فلا بحث، و إن كان من الثوب فضمانه عليه.

قوله: (و كذا تثبت الشركه لو أطارت الريح الثوب إلى إجانة صباغ، أو غصب الصبغ من آخر).

لتحقق أخلاط المالين، و لا يحسب النقص من الصبغ فى هذين الموضوعين إذ لا عدوان من مالكه، لكن فى الثانيه يضمن نقص كل من الثوب

ص: ٢٩٦

١ - ١) فى «م» الغاصب.

و لو قبل الصبغ الزوال اجبر الغاصب على فصله،و إن استضر بعدم الصبغ أو نقص قيمته. و لو طلب الغاصب الإزالة أوجب إليها،سواء هلك الصبغ بالقلع على اشكال أو لا،فإن تعيب الثوب ضمن أرشه. و الصبغ الغاصب.

قوله: (و لو قبل الصبغ الزوال اجبر الغاصب على فصله و إن استضر بعدم الصبغ أو نقص قيمته).

لوجوب رد العين كما أخذها،إلا- أن يرضى المالك ببقاء الصبغ فلا إجبار و لا عبره بتضرره بتلف الصبغ أو نقص قيمته لان ذلك مستند الى عدوانه.

قوله: (و لو طلب الغاصب الإزالة أوجب إليها،سواء هلك الصبغ بالقلع على اشكال أو لا،فإن تعيب الثوب ضمن أرشه).

قال الشارح الفاضل: لا خلاف في منع الغاصب من الإزالة لو نقص الثوب بها،و لا في إجابته مع عدم هلاك الصبغ،و عدم نقص الثوب أصلا (١)، و الذى فى عبارته الكتاب بإطلاقه ينافى ما ذكره الشارح.

و الذى يلوح من عبارته التذكرة خلاف هذا،لأنه ذكر فيها (٢)-إذا أراد الغاصب فصل الصبغ و كان الثوب بحيث ينقص بذلك- خلافا للعامه (٣)،و لم يصرح هو بشيء (٤)،و ذلك يؤذن بتردده،و لو كان الحكم إجماعيا كما ذكره الشارح لم يكن للتردد فيه مجال.

ص: ٢٩٧

١- ١) إيضاح الفوائد ١٨٧:٢.

٢- ٢) فى «م»: فإنه ذكر فيما.

٣- ٣) بدايه المجتهد ٣١٩:٢.

٤- ٤) التذكرة ٣٩٤:٢. [١]

و شيخنا فى الدروس حكى عن المصنف، و ابن الجنيد عدم و جوب اجابه الغاصب لو طلب القلع، معللا بالاستهلاك و استلزام التصرف فى مال الغير (١)، و ما نقله عن المصنف اختاره فى المختلف (٢)، و فيه منافاه للإجماع الذى ادعاه الشارح فى قوله: و لا فى إجابته مع عدم هلاك الصبغ.

فى المختلف: و من العجب إيجاب التمكين على المالك من أخذ الصبغ و إن تعيب ثوبه، و عدم قبول عوض الصبغ منه، و إجبار الغارس المستعير للأرض على أخذ قيمه الغرس من المالك إذا دفعها (٣)، و هذا صريح فى بطلان دعوى الشارح الإجماع (٤).

و الحق أن وجوب اجابه الغاصب الى قلع الصبغ فى حال من الأحوال لا يخلو من اشكال، لاستلزامه التصرف فى مال الغير بغير حق مسببا عن التصرف عدوانا. لكن قد يقال: لو لا هذا لزم عدوان آخر، و هو التصرف فى مال الغير بغير حق، فإنه لا سبيل الى تملكه بعوض و بغير عوض قهرا و إن كان تملكه بعوض محتملا- إذا رضى المالك، و لا- إلى إزام المالك ببيع الثوب، و بيع الصبغ وحده مع الحكم المذكور لا- فائده فيه فرما لم يرغب فيه راغب، و بقاء الثوب فى يد المالك ممنوعا من التصرف فيه موجب لزياده الضرر، فلم يبق إلا الإجابة إلى القلع، فحينئذ يرجح هذا بانحصار وصول الحق إلى مستحقه فيه إذ من ظلم لا يحل أن يظلم.

فعلى هذا لا- فرق بين استهلاك القلع إياه و عدمه، إذ: «لا- يحل مال امرئ مسلم إلا- عن طيب نفس منه» (٥) و احتمال المنع لاستلزامه إضاعه المال

ص: ٢٩٨

١- ١) الدروس: ٣٠٩.

٢- ٢) المختلف: ٤٥٥.

٣- ٣) المختلف: ٤٥٥.

٤- ٤) إيضاح الفوائد ١٨٧: ٢.

٥- ٥) عوالى اللآلى ٣: ٤٧٣ حديث ٣، [١] سنن الدار قطنى ٣: ٢٦ حديث ٩١.

و لو طلب أحدهما ما لصاحبه بالقيمة لم يجب القبول، المنهى عنها ضعيف، إذ المنهى عنه الإتيان الذى لا يتعلق به غرض للعقلاء، أما إذا تعلق به غرض صحيح فلا. وهذا متين جدا، و منه يظهر قوه استحقاق الغاصب القلع و إن نقص الثوب إذ لا طريق الى التخلص سواه، و النقص منجبر بوجوب الأرش، فكلام الشارح يحتاج إلى تأمل، و إطلاق عبارته الشرائع (١) يشهد لما قلناه و مثله ما لو بنى الغاصب أو غرس ثم أراد أخذ عين ماله.

قوله: (و لو طلب أحدهما ما لصاحبه بالقيمة لم يجب القبول).

أى: كل منهما، إذ «لا- يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس» (٢)، و لعموم (إلا- أن تكون تجارة عن تراض) (٣) و هذا هو المشهور، و قال المصنف فى المختلف، و ابن الجنيد: انه إذا لم يرض بالقلع و دفع قيمه الصبغ و جب على الغاصب القبول (٤)، و هذا مناسب لمؤاخذة الغاصب بأشق الأحوال، إلا أنه لا دليل على تملك ماله بغير رضى منه.

و تخيل أن فيه جمعا بين الحقين مدفوع بأن حق الغاصب فى عين الصبغ لا فى قيمته، و لا أنكر رجحان هذا القول، فإن إثبات سلطنه التصرف فى مال المغصوب منه للغاصب لأجل تصرف سابق وقع عدوانا فيه كمال الضرر على المالك، و الأول أرجح، لأنه لو لا ذلك لكان متاع الغاصب إذا وضعه فى البيت المغصوب لا يستحق أخذه بغير رضى (٥) المالك.

و العجب أن الشيخ جوز فى المعير تملك غرس المستعير قهرا و منعه فى

ص: ٢٩٩

١- ١) شرائع الإسلام ٣: ٢٤٤.

٢- ٢) عوالى اللآلى ٣: ٤٧٣ حديث ٣، [١] سنن الدارقطنى ٣: ٢٦ حديث ٩١.

٣- ٣) سورة النساء: الآيه ٢٩. [٢]

٤- ٤) المختلف: ٤٥٥.

٥- ٥) فى «ق»: اخبار.

و كذا لو وهبه إياه، ولصاحب الثوب الامتناع من البيع لو طلبه الغاصب دون العكس. الغاصب (١).

قوله: (و كذا لو وهبه إياه).

أى: وهب أحدهما ما لصاحبه (٢)، لأصله البراءة، ولما فيه من مظنه كونه نقصانا، ولا أحسب فيه خلافا، وليس كبذل قيمه، لأن فيه جمعا بين الحقين.

قوله: (دون العكس).

أى: ليس للغاصب الامتناع من البيع لو طلبه المالك، لأن بيع الثوب وحده مظنه قله الراغب فيه لعيب الشركه فيفضى إلى عسر البيع و قله قيمه، و حيث كان الغاصب متعديا لم يكن له الإضرار بالمالك، لكن هذا على القول - بعدم تملك ماله بالقيمه إذا لم يرض - لا يكاد يتجه لاستلزامه نقل الملك مع عدم الرضى.

فإن قيل: فيه جمع بين الحقين، و دفع للضرر عن المالك.

قلنا: ففي الأول نقول هكذا.

فإن قيل: الضرر هنا أقل إذ تعين إخراج الملك عنه لمالك معين ضرر.

قلنا: هو مقابل بضرر المالك، فإن منعه من التصرف في ملكه الى أن يرضى الغاصب فى أمر تعدى عليه به ضرر عظيم، و بالجمله فقول المختلف لا يخلو من وجه.

ص: ٣٠٠

١- (١) المبسوط ٣: ٥٤ حديث ٧٧.

٢- (٢) فى نسختي «ق» و «م»: كل أحدهما ما لصاحبه، و ما أثبتناه هو المناسب.

و لو كانت قيمه كل منهما خمسه، و ساوى المصبوغ عشره، إلا أن قيمه الثوب ارتفعت للسوق إلى سبعة، و انحطت قيمه الصبغ إلى ثلاثه فللمالك سبعة. و لو ساوى اثني عشر فللمالك نصفها و خمسها، و للغاصب خمسها و عشرها، و بالعكس إذ النقص السوقى غير مضمون. قوله: (و لو كانت قيمه كل منهما خمسه و ساوى المصبوغ عشره، إلا إن قيمه الثوب ارتفعت للسوق إلى سبعة، و انحطت قيمه الصبغ إلى ثلاثه فللمالك سبعة).

هذا إذا بيعا معا.

قوله: (و لو ساوى اثني عشر فللمالك نصفها و خمسها، و للغاصب خمسها و عشرها).

أى: لو ساوى اثني عشر، و الحال أن قيمه الثوب سبعة و الصبغ ثلاثه فإننا نقسطها باعتبار استحقاق كل منهما من عشره، و قد كان للمالك منهما نصف و خمس و هو سبعة، و للغاصب خمس و عشر و هو ثلاثه.

لكن يشكل على عبارته قوله أولاً: أن كل واحد من الثوب و الصبغ يساوى خمسه، فإنه لو تغير السوق لا أثر له، بل يتعلق الحكم بما صار اليه.

و يجاب بأن المراد: أن كلا منهما يساوى بعد الخمسه ما ذكره، فالثوب سبعة و الصبغ ثلاثه، ثم بيع المجموع بزياده عن قيمه.

قوله: (و بالعكس إذ النقص السوقى غير مضمون).

أى: لو كان كل واحد منهما يساوى خمسه، ثم انخفض الثوب و ارتفع الصبغ ينعكس الحكم المذكور، لأن نقص السوق غير مضمون إذا لم يستند إلى نقص فى العين أو صفاتها.

ص: ٣٠١

و لو مزج الزيت بزيتة المساوى أو الأ-جود تشاركما،و بالأردإ يتخير المالك بالمثل،و العين مع الأرش. و فى حواشى شيخنا الشهيد: كان يكفى لو أراد الاختصار،و لو زاد أحدهما للسوق فعلى النسبه،لكن لا بد أن يزيد أن يقص لينطبق على المسائل كلها.

قوله: (و لو مزج الزيت بزيتة المساوى أو الأ-جود تشاركما).

هذا هو الأصح،لأن الزيادة الحاصه زياده صفه حصلت بفعل الغاصب عدوانا،فلا يسقط حق المالك من العين بسببها،كما لو صاغ النقره،و علف الدابه فسمت.و قال الشيخ (١)،و ابن إدريس بسقوط حقه من العين لاستهلاك ماله فيتخير الغاصب بين الدفع من العين،لأنه تطوع بالزائد،و بين دفع المثل (٢)،و الأول هو الأصح.

و لو ثبت ما قاله من الاستهلاك لورد مثله فى المزج بالمساوى،فإن عين المال مستهلكه لا يمكن فصلها.

فإن قيل: يمكن فصل البعض فلا يسقط حقه منه.

قلنا:فكذا هنا.

فإن قيل: هنا زياده.

قلنا:هى زياده صفه لا زياده عين،فلا تقدر فى بقاء الحق.

قوله: (و بالأردإ يتخير المالك فى المثل و العين مع الأرش).

وجهه: أن حقه من العين لا- يسقط بالكلية بفعل الغاصب مع إمكان التوصل الى البعض،و النقص فى الخليط يجب عليه جبره بالأرش،لأنه مقدمه

ص: ٣٠٢

١- ١) المبسوط ٣: ٧٩.

٢- ٢) السرائر: ٢٧٦.

و لو مزجه بالشيرج فهو إتلاف فعليه المثل. و مزج الحنطه بالشعير ليس بإتلاف، بل يلزم بالفصل بالالتقاط و إن شق.

و لو استدخل الخشبه المغصوبه فى بنائه ألزم بالعين و إن أدى الى الهدم.

و لو رقع باللوح المغصوب سفينته و جب قلعه إن كانت على الساحل، أو كان اللوح فى أعلاها بحيث لا تغرق بقلعه. و لو كانت فى اللجه و خيف الغرق بقلعه فالأقرب الرجوع الى القيمه الى أن تخرج الى الواجب، و له المطالبه بالمثل، لأنه فى حكم استهلاك عين ماله، لا اختلاط كل جزء من مال المالك بجزء من مال الغاصب، و هو أدون من الحق فلا يجب قبوله فينتقل الى المثل فى الجميع.

قوله: (و لو مزجه بالشيرج فهو إتلاف فعليه المثل).

أى: لو مزجه بغير الجنس فهو تلف، لبطلان فائدته و خاصيته، و احتمال فى التذكره قويا ثبوت الشركه، كما لو مزجاه بالرضى أو امترجا بأنفسهما (١).

و يشكل: بأنا على هذا التقدير إن خيرنا المالك بين أخذه مع أرش النقص إن كان، و بين المثل فقد أثبتنا له أخذ غير (٢) الجنس فى المثلى و هو مناف لثبوت المثل فى المثلى، و إن خيرنا الغاصب فقد حتمنا على المالك أخذ غير (٣) المثل، و يعارض هذا بأن إسقاط حقه من العين مع وجودها أيضا مشكل.

قوله: (و لو كانت فى اللجه و خيف الغرق بقلعه فالأقرب الرجوع الى القيمه الى أن تخرج الى الساحل إن كان فى السفينه حيوان له حرمة،

ص: ٣٠٣

١ - ١) التذكره ٣٩٥: ٢. [١]

٢ - ٢) فى «ق»: عين.

٣ - ٣) فى «ق»: عين.

الساحل إن كان فى السفينه حيوان له حرمه، أو مال الغير الغاصب، و لو كان له فالأقرب العين. و لو خاط ثوبه بخيوط مغصوبه و جب نزعها مع الإمكان، و لو خيف تلفها لضعفها فالقيمه. أو مال لغير الغاصب).

ظاهر العبارة أن الحيوان الذى له حرمه يرجع معه إلى قيمه و إن كان للغاصب، و قد نبه عليه فى التذكرة (١). و وجه القرب: احترام الحيوان و مال الغير فيجمع بين الحقين بدفع قيمه.

و المراد بالحيوان المحترم: ما لا يجوز إتلافه مطلقا أو بغير الذبح.

و يحتمل ضعيفا أخذ العين، لأنها وضعت بغير حق فيثبت جواز انتزاعها.

و ينبغى أن يقال: إذا كان المال لعالم بالغصب و وضعه بعد علمه فهو كمال الغاصب نبه عليه فى التذكرة (٢).

قوله: (و لو كان له فالأقرب العين).

لأنه عاد بفعله و مقدم على ذهاب ماله، و لأن دفع المغصوب الى المالك واجب على الفور و لا- يتم إلا بهذا، و لأن عدوان الغاصب لا يناسبه التخفيف.

و يحتمل ضعيفا العدم، لإمكان الوصول إلى الحق (٣) بغير ضرر و له أمد ينتظر بخلاف البناء، و يدفع قيمه الآن للحيلولة يحصل الجمع بين الحقين.

قوله: (و لو خاط ثوبه بخيوط مغصوبه و جب نزعها مع الإمكان، و لو خيف تلفها لضعفها فالقيمه).

و لو طلب المالك نزعها و إن أفضى إلى التلف و جب ثم يضمن الغاصب

ص: ٣٠٤

١- ١) التذكرة ٣٩٦: ٢. [١]

٢- ٢) المصدر السابق.

٣- ٣) فى «ق»: وصول الحق.

و كذا تجب قيمه لو خاط بها جرح حيوان له حرمة، إلا مع أمن التلف و الشين، و لو مات المجروح أو ارتد ففى النزاع اشكال من حيث النقص، و لو لم يبق لها قيمه غرم جميع قيمه، و لا- يوجب ذلك خروجها عن ملك المالك، كما سبق من أن جنايه الغاصب توجب أكثر الأمرين، و لو استوعبت قيمه أخذها و لم يدفع العين.

قوله: (و كذا تجب قيمه لو خاط بها جرح حيوان له حرمة، إلا مع أمن التلف و الشين).

لا- فرق بين أن يكون هذا الحيوان للغاصب أو لغيره، أو يكون هو نفس الغاصب بحفظ النفس عن التلف، و لو كان الحيوان مأكول اللحم و هو للغاصب فهل يؤمر بذبحه؟ وجهان: نعم، لأن بذلك يصل الحق إلى مستحقه، و لا، لحرمة الحيوان، و لهذا يؤمر مالكة بالإفراق عليه و يمنع من إتلافه، و كل محتمل.

ثم إن خاط به جرح نفسه فالضمان عليه، و إن كان جرح غيره فإن كان غير عالم بالغصب و لا اذن فالضمان على الغاصب، و إن أذن فكما لو أطعم المالك طعام نفسه جاهلاً و إن كان عالماً و أذن فقرار الضمان عليه، و كذا قال فى التذكرة (1) و فى الحكمين الأخيرين نظر، لأن المباشر للإتلاف هو الغاصب و بالأذن لا يصير مباشراً.

و اعلم انه إذا أمن التلف و المرض و الشين المجوز للتيمم، و كذا كل محذور يجوز معه العدول الى التيمم من الوضوء و جب النزاع و إلا فلا، صرح به فى التذكرة.

قوله: (و لو مات المجروح أو ارتد ففى النزاع اشكال من حيث المثله).

ص: ٣٠٥

المثله. و لو أدخل فصيلا في بيته، أو ديناراً في محبرته و عسر إخراج كسر عليه و إن نقصت قيمته عنها، و لو لم يكن بفعله غرم صاحب الفصيل و الدينار الأرش، سواء كان بفعله أو لا. و لو نقصت قيمه الدينار عن قيمه المحبره و أمكن إخراج بكسره كسر. المنهى عنها، و من وجوب رد الملك الى مالك، و إنا في هذا من المتوقفين.

قوله: (و لو أدخل فصيلا في بيته، أو ديناراً في محبرته و عسر إخراج كسر عليه و إن نقصت قيمته عنها).

أى: كسر كل من الباب و المحبره و إن لم يكن المرجع بينا، لأنه عاد بفعله هذا، سواء كان الفصيل و الدينار انقص قيمه مما يكسر أم لا.

قوله: (و لو لم يكن بفعله غرم صاحب الفصيل و الدينار الأرش، سواء كان بفعله أو لا).

أى: و لو لم يكن ذلك بفعل صاحب البيت و المحبره غرم صاحب الفصيل و الدينار أرش الكسر، لأنه لتخليص ماله، سواء كان ذلك بفعله أو بفعل غيره، لكن لا بد أن يكون غاصبا للدينار و الفصيل، فإن الغاصب يجب عليه إيصال الملك الى مالكه و جميع مؤذن ذلك.

قوله: (و لو نقصت قيمه الدينار عن قيمه المحبره و أمكن إخراج بكسره و هو كسر).

لوجوب ارتكاب أخف الضررين عند التعارض، و هذا إذا لم تكن محبره الغاصب، و لا يبعد أن يقال: إن الدينار يقبل العلاج و الإصلاح بسرعه و سهوله، إذ ليس إلا تجديد السكه بخلاف المحبره، فيكسر الدينار زادت قيمته أو نقصت، نعم لو زاد نقصه على قيمه نقصان المحبره اتجه كسرها و ضمان الأرش.

و لو أدخلت دابه رأسها فى قدر و احتيج الى الكسر، فإن كانت يد مالك الدابه عليها أو فرط فى حفظها ضمن، و إن لم تكن يده عليها: فإن فرط صاحب القدر بأن جعلها فى الطريق مثلا كسرت و لا شىء له، و لو انتفى التفريط عنهما كسرت و ضمن صاحب الدابه، لأن ذلك لمصلحته. فرع:

قال فى التذكرة: فيما لو غصب شخص دينارا فوقع فى محبره الغير بفعل الغاصب أو بغير فعله كسره لرده، و على الغاصب ضمان المحبره، لأنه السبب فى ضمان المحبره، و إن كان كسرها أكثر ضررا من قيمه الواقع فيها ضمنه الغاصب و لم تكسر (١).

قوله: (و لو أدخلت دابه رأسها فى قدر و احتيج الى الكسر فإن كانت يد مالك الدابه عليها أو فرط فى حفظها ضمن).

لأن فعلها منسوب إليه فى الحالتين، فيكسر القدر صونا للحيوان و يضمن قيمه إن لم يكن لمكسور القدر قيمه، و إلا فالأرش.

قوله: (و إن لم تكن يده عليها، فإن فرط صاحب القدر بأن جعلها فى الطريق مثلا كسرت و لا شىء له).

لاستناد ذلك الى تقصيره، فلا يستحق بسببه شيئا.

قوله: (و لو انتفى التفريط عنهما كسرت و ضمن صاحب الدابه لأن ذلك لمصلحته).

إنما يكسر القدر الصيانه ذى النفس عن الإيتلاف، و إنما يضمن صاحب الدابه، (لأن ذلك) (٢) لمحض مصلحته، إذ تخليص الدابه لا يكون إلا بالكسر.

ص: ٣٠٧

١- (١) التذكرة ٣٩١: ٢. [١]

٢- (٢) لم ترد فى «ق».

و لو نقصت قيمته لعيب ثم زال العين في يد الغاصب فلا ضمان مع بقاء قيمه. فإن قيل: تخليص ما يبقى من القدر بعد الكسر أيضا يحصل بذلك فيكون الأرش عليهما. نعم لو لم يبق لمكسور القدر قيمه كان الإتلاف لمحض تخليص الدابه، و مثله إخراج الفصيل من البيت، لأنه تعطيل بعض جوانبه بكونه فيه.

قلنا: ذلك غير مقصود بل هو حاصل بالتبع، و إنما المقصود بالقصد الأول خلاص الحيوان، و فيه ما فيه.

و لو فرطاً معاً كسرت القدر أيضاً و ضمن صاحب الدابه، لأنه لمصلحته كما لو لم يفرطاً، ذكره في التذكرة (١). و هذه كلها مذكوره استطراداً، فإن ذلك لو كان مع الغصب لكان الضمان على الغاصب.

فرع:

قال في التحرير في مسأله ما إذا ابتلع حيوان جوهرًا، و مسأله الفصيل و ما معه: انه لو قال من عليه الضمان: أنا أتلف مالي و لا أغرم شيئاً فله ذلك (٢).

و فيه نظر، لأنه إذا وجب عليه تخليص مال الغير في صورته التفريط كيف يستقيم ذلك.

قوله: (و لو نقصت قيمته بعيب، ثم زال العيب في يد الغاصب فلا ضمان مع بقاء قيمه).

أى: بعد الزوال، و يجيء هنا الاشكال السابق، من أن الزائل لا ينجبر بالعائد لكونهما مالين للمالك، و لأن العيب موجب للأرش فأى دليل يدل على سقوطه.

ص: ٣٠٨

[١-١] التذكرة ٣٩١: ٢. [١]

[٢-٢] تحرير الأحكام ١٤٤: ٢. [٢]

الفصل الثالث: في تصرفات الغاصب: و يحرم عليه كل تصرف سوى الرد، فلو وطأ الجارية جاهلين بالتحريم فعليه مهر أمثالها أو عشر قيمتها مع البكاره، و نصفه مع الثيوبه على الخلاف. قوله: (و يحرم عليه كل تصرف سوى الرد).

مع أنه في حال الرد لا يخرج عن الغصب و عن حكم الضمان، لكن امتنع التحريم لكون الرد واجبا.

قوله: (فلو وطأ الجارية جاهلين بالتحريم فعليه مهر أمثالها، أو عشر قيمتها مع البكاره، و نصفه مع الثيوبه على الخلاف).

إذا وطأ الغاصب الجارية المغضوبه: فأما أن يكونا جاهلين بالتحريم كما لو كانا قريبي عهد بالإسلام، أو عالمين، أو الواطئ عالما دونها، أو بالعكس، ثم مع العلم إما أن يطأها مختاره، أو مكرهه. و مع الجهل: إما أن يطأ بغير عقد، أو مع العقد، فهذه صور:

أ: إذا وطأها جاهلين بالتحريم و جب مهر المثل، لأنه عوض منفعه البضع، و به قال الشيخ (١)، و ابن إدريس (٢)، و قال بعض الأصحاب: إنه يجب العشر إن كانت بكرا و نصفه إن كانت ثيبا (٣)، للروايه (٤). و رد بأن ذلك ورد في من اشترى جاريه و وطأها و كانت حاملا، و أراد ردها فإنه يرد نصف عشر قيمتها فلا يقاس عليه.

و إن كانت بكرا قال في المبسوط: عليه أرش البكاره، و قيل انه عشر قيمتها، قال: و رواه أصحابنا (٥)، و هذان القولان هما اللذان أرادهما المصنف

ص: ٣٠٩

١- (١) المبسوط ٣:٦٦.

٢- (٢) السرائر: ٢٧٨.

٣- (٣) نقل القول في السرائر: ٢٧٨.

٤- (٤) التهذيب ٦:٦١-٦٣ حديث ٢٦٦-٢٧٢.

٥- (٥) المبسوط ٣:٦٦. [١]

بقوله:(على الخلاف).

ثم إن الجاربه لو كانت بكرا و افتضها بالوطء فهل يدخل أرش الجنايه بإزاله البكاره فى مهر المثل على القول به بأن يوجب مهر أمثالها بكرا و فى العشر على القول الآخر أم لا؟فيه قولان:

أحدهما:يدخل و اختاره المصنف فى التحرير (١)،و شيخنا الشهيد فى الدروس (٢)،لأن البكاره ملحوظه على تقدير وجوب المهر أو العشر.

و الثانى:لا،و اختاره المصنف فى التذكره (٣)،و هو أقوى،لأن الوطاء استيفاء لمنفعه البضع،و ازاله البكاره جنايه فلا يدخل حكم أحدهما فى الأخرى،و لو لحظنا فى مهر المثل كونها بكرا فكذلك،لأن وطء البكر خلاف وطء الشيب،ففى الحقيقه ذلك ملحوظ باعتبار الوطاء لا- باعتبار الجنايه فعلى هذا يجب للبكاره شىء زائد،فهو إما العشر كما هو مختار المصنف فى كتاب الحدود-و الشيخ يقول أنه مروى (٤).فيجب عشرا (٥)،أو الأرش-اعنى:نقصان قيمه- كما هو مختار ابن إدريس (٦)،نظرا الى نقص المالیه و على ما سبق من أن الواجب على الغاصب فى الجنايه التى لها مقدر أكثر الأمرين يجب هنا الأكثر من العشر و الأرش،فتكون الاحتمالات ثلاثه.

إذا عرفت هذا فقول المصنف:(و يحتمل مع البكاره الأكثر من الأرش و العشر)الظاهر أنه جار على عدم دخول أرش البكاره فى الواجب بالوطء من

ص:٣١٠

١-١)تحرير الأحكام ٢:١٤٢

٢-٢) الدروس:٣١٠.

٣-٣) التذكره ٢:٣٩٦. [١]

٤-٤) المبسوط ٣:٦٦.

٥-٥) العبارة فى نسخه«ق»مشوشه،و وردت هكذا:و الشيخ لا يقول الشيخ.انه مروى فيجب عشر و ان زاد.

٦-٦) السرائر:٢٧٨.

و يحتمل مع البكاره الأكثر من الأرش و العشر، و مع العقد جاهلين الأكثر من الأرش و العشر و مهر المثل. مهر المثل، أو العشر و هو الاحتمال الثالث فيما يجب لزوال البكاره على الغاصب.

و تخيل أنه احتمال برأسه معادل للقولين السابقين و هم: أما أولاً، فلأن الناس بين قائلين: قائل بدخول أرش البكاره فى الواجب بالوطء، و قائل بعدمه، و على هذا الخيال لا يستقيم على واحد من القولين.

أما على الدخول، فلأنه على هذا التقدير لا ينظر الى غير ما وجب بوطء البكر من دون التفتات إلى أرش البكاره، و أما على العدم فلا بد من وجوب الأرش مع الواجب بالوطء استقلالاً، فلا معنى لوجوب الأكثر فقط حينئذ.

و أما ثانياً، فلأن اللازم على هذا التقدير وجوب الأكثر من الأرش و العشر أو مهر المثل، لا الأكثر من الأرش و العشر، لأن هذا إنما يكون بناء على وجوب العشر بالوطء و فرض كون الأرش أزيد، فيبقى ما إذا أوجبنا مهر المثل، و فرض كون الأرش أزيد لا تفى العبارة به مع ما عرفت من أنه لا قائل بذلك.

و أما ثالثاً، فلأن الأرش إنما يؤخذ عن الجنايه فيبقى الوطء بغير عوض، و كلام الشارح الفاضل (1) لا يكاد يتحصل منه ما يعول عليه، و كلام الشارح الآخر قاصر، و لا يخفى أن وجوب أكثر الأمرين أقوى، بناء على ما قدمناه فى أول الباب.

قوله: (و مع العقد جاهلين الأ-كثر من الأرش و العشر و مهر المثل) من الصور السابقه ذكرها: أن يعقد الغاصب على الجاريه المغصوبه، معتقداً كل منهما صحه النكاح فيطأها، فالواجب بالوطء هو مهر المثل ليس إلا، لأنه دخل على لزوم المسمى بالوطء و قد فات لفساد العقد فيجب مهر

ص: ٣١١

١-١) إيضاح الفوائد ١٨٨: ٢.

و لو افتضها بإصبعه فعليه ديه البكاره، فإن وطأها مع ذلك لزمه الأمران و عليه اجره مثلها من حين غضبها الى حين عودها، المثل قولاً واحداً.

فإذا كانت بكراً وجب مع ذلك أكثر الأمرين من العشر و أرش البكاره، للجنايه بإزاله البكاره بناء على الاحتمال السابق من وجوب أكثر الأمرين على الغاصب. و يحتمل وجوب مهر المثل فقط بناء على التداخل، و يحتمل وجوبه مع العشر أو الأرش (١) على القولين الآخرين، هذا هو الذى يظهر من عباره الكتاب.

فعلى هذا يقرأ قوله: (و مهر المثل) بالرفع عطفاً على قوله:

(و الأ-كثر). و قد فهم الشارح السيد من عباره أن الواجب أكثر الأمور الثلاثه، و الظاهر أنه وهم، لأن الواجب بالعقد مهر المثل فكيف يتصور وجوب العشر أو الأرش لو كان أكثر، و الصحيح ما قلناه، و على هذا فالراجح هو مختاره هنا.

قوله: (و لو افتضها بإصبعه فعليه ديه البكاره).

لأن ذلك جنايه، و فى ديتها خلاف، و بالنسبه إلى الغاصب يجب أكثر الأمرين على ما اخترناه.

قوله: (فإن وطأها مع ذلك لزمه الأمران).

أى: مع الافتضاض، و إنما لزم الأمران لتعدد السبب و اختلافه.

قوله: (و عليه اجره مثلها من حين غضبها الى حين عودها).

يندرج فيه زمان الوطاء، و فيه شىء، لأنه قد ضمن منفعه البضع المستوفاه فى ذلك الزمان.

ص: ٣١٢

١- ١) فى «م»: مع الأرش.

فإن أحبلها لحق به الولد، و عليه قيمته يوم سقط حيا و أرش ما نقص من الأم بالولادة. و لو سقط ميتا فإشكال ينشأ: من عدم العلم بحياته، و من تضمين الأجنبي، أما لو وقع بجنايته فالأقوى الضمان. قوله: (فإن أحبلها لحق به الولد و عليه قيمته يوم سقط حيا و أرش ما نقص من الأم بالولادة).

إما إلحاقه به فللشبهه، و أما وجوب قيمته يوم سقط حيا (1)، لأنه وقت إمكان التقويم، و لتحقق تفويته على المالك حينئذ، فيقوم لو كان رقيقا و يسلم الى المولى مع أرش نقصان الأم بالولادة لو نقصت.

قوله: (و لو سقط ميتا فإشكال ينشأ: من عدم العلم بحياته، و من تضمين الأجنبي).

لو سقط الولد ميتا لا بجنايه جان من الغاصب أو أجنبي ففي وجوب شيء على الغاصب إشكال ينشأ: من عدم العلم بحياه الولد و وجوب شيء فرع ثبوتها، لأنه إنما يقوم بعد سقوطه حيا، و هو قول الشيخ في المبسوط (2)، و من اعترافه بتضمين الأجنبي لو سقط بجنايته ميتا، و الفرق غير ظاهر، فإن عدم العلم بجنايته (3) ثابت على كل من التقديرين، و الأصح الضمان فيضمن للمالك ديه جنين أمه.

قوله: (أما لو وقع بجنايه فالأقوى الضمان).

وجه القوة: ان السقوط عقيب الضرب يظهر منه أن الموت بسببه، و يرد عليه الشك في الحياه فلا أثر للضرب. و ربما فرق بين هذه و التي قبلها بأن

ص: ٣١٣

١- ١) في «ق»: حيا، و أرش ما نقص من الأم بالولادة.

٢- ٢) المبسوط ٣: ٦٦.

٣- ٣) في «م»: بحياته.

و لو ضربها أجنبي فسقط فعلى الضارب للغاصب ديه جنين حر، و على الغاصب للمالك ديه جنين أمه.

و لو كانا عالمين بالتحريم: فإن أكرهها فـللمولى المهر و الولد و الأرش بالولادة و الأجره، و على الغاصب الحد، و لو طاعته حدا. و فى عوض الوطاء إشكال ينشأ: من النهى عن مهر البغى، و من كونه حقا للمالك الجانى لو كان أجنبيا يضمن للغاصب ديه جنين حر و ذلك يقتضى حياته، فيضمن الغاصب للمالك لاستحقاقه على هذا التقدير. و ليس بشىء، لأنه لو كان أصاله عدم الحياه مؤثرا لأثر على التقديرين، و الأصح الضمان.

فإن كان الجانى هو الغاصب ضمن ديه جنين حر، منها ديه جنين رقيق للمالك و الباقي للإمام عليه السلام. كما لو جنى الحر على زوجته الأمه فأسقطت جنينا، و إن كان الجانى أجنبيا ضمن ديه جنين حر و على الغاصب ديه جنين رقيق كما ذكره المصنف بقوله: (و لو ضربها أجنبي).

قوله: (و لو كانا عالمين بالتحريم فإن أكرهها فـللمولى المهر و الولد و الأرش بالولادة و الأجره، و على الغاصب الحد).

من الصور التى سبق ذكرها: ما إذا كانا عالمين بالتحريم، لكن الأمه مكرهه على الوطاء فيكون الغاصب زانيا دونها، فيجب مهر المثل للمولى، لانتفاء المانع و هو كونها بغيا، و له الولد، لأنه نماؤها و هو غير لاحق بالغاصب لكونه ولد زنا بالنسبه اليه، و أرش النقص بالولادة و الأجره، و على الغاصب الحد لكونه زانيا.

قوله: (و لو طاعته حدا، و فى عوض الوطاء إشكال ينشأ: من النهى عن مهر البغى، و من كونه حقا للمالك).

هذه من الصور السابقه أيضا، و هى ما إذا طاعته و كانا عالمين بالتحريم

أما لو كانت بكرا فعليه أرش البكاره و لا يلحق به الولد، فإن مات في يد الغاصب ضمنه، و إن وضعته ميتا فالإشكال كما تقدم فيحdan لكونهما زانين، و هل يجب المهر عوض الوطاء للمولى؟ فيه إشكال ينشأ: من النهى عن مهر البغى، فإن النبي صلى الله عليه و آله نهى عنه (١)، و هو شامل لصوره النزاع، و من أنها مال لغيرها و بضعها حق له فلا- يؤثر رضاها في سقوط حقه، و النهى محمول على الحره.

و يضعف بأن النهى المنقول على إطلاقه لا يجوز حمله على فرد خاص إلا بدليل، و عوض البضع فيه شائبه التعبد فلا يثبت إلا حيث أثبتته الشارع، و ليس البضع كسائر المنافع، فإن الولي لو رضى بوطنها على مهر لم يصح و لم يستحق شيئا إلا- مع العقد، بخلاف سائر المنافع فلا تتحقق ماليته مطلقا بل على وجه مخصوص، و هذا أقوى.

قوله: (أما لو كانت بكرا فعليه أرش البكاره).

أى: فى صوره كونهما عالمين، لأن إزاله البكاره جنايه عليها فيجب أرشها، و ليست كالوطء.

قوله: (و لا يلحق به الولد، فإن مات فى يد الغاصب ضمنه، و إن وضعه ميتا فالإشكال كما تقدم).

إنما لم يلحق الولد لكونه ولد زنى فيكون رقا للمولى، لأنه نماء مملوكته و هو مضمون على الغاصب، فإن وضعته ميتا فالإشكال فى الضمان كما سبق للشك فى حياته، و ربما رجح الضمان هنا بأن التقويم فى الأول إنما هو بعد وضعه حيا بخلافه هنا و لا اثر له، لأن المراد: التقويم المخصوص لا وجوب ديه الجنين الذى يراد وجوبه فى الموضعين، و الأصح الضمان هنا أيضا.

ص: ٣١٥

١ - ١) سنن ابن ماجه ٢:٧٣٠ حديث ٢١٥٩، سنن الترمذى ٢:٢٧٣ حديث ١٢٩٣، سنن ابى داود ٣: ٢٦٧ حديث ٣٤٢٨، الجامع الصغير ٢:٦٩٧ حديث ٩٤٥٦.

و لو كان بجنايه جان ضمن جنين أمه. و لو كان الغاصب عالما دونها لم يلحق به الولد و وجب الحد و المهر عليه، و بالعكس تحد هي دونه و لا- مهر على اشكال و يلحق به الولد. و لو باعها الغاصب فوطأها المشتري عالما بالغصب فكالغاصب، و في مطالبه الغاصب بهذا المهر نظر ينشأ: من أن منافع البضع هل تدخل قوله: (و لو كان بجنايه جان ضمن جنين أمه).

لما ذكرناه سابقا.

قوله: (و لو كان الغاصب عالما دونها لم يلحق به الولد، و وجب الحد و المهر عليه).

هذه أيضا من الصور التي سبق ذكرها، و هي ما إذا كان الغاصب عالما بالتحريم دونها فهو زان دونها، فلا يلحق به الولد بل يكون للمولى نسبيا بالنسبه إليها و يجب عليه حد الزاني و المهر لكون الوطاء محترما من طرفها.

قوله: (و بالعكس تحد هي دونه، و لا مهر على اشكال، و يلحق به الولد).

المراد بالعكس: أن تكون هي عالمة بالتحريم دونه، و هي من الصور المذكوره سابقا، و حكمها أو عليها الحد دونه، و يلحق به الولد دونها فتجب قيمته على ما سبق، و في ثبوت المهر الاشكال السابق من كونها بغيا، و من أنها مال الغير، و الظاهر العدم.

قوله: (و لو باعها الغاصب فوطأها المشتري عالما بالغصب فكالغاصب).

فكالغاصب في جميع الأحكام السابقه.

قوله: (و في مطالبه الغاصب بهذا المهر نظر، ينشأ من أن منافع

تحت الغصب، البضع هل تدخل تحت الغصب).

أى: فى مطالبه المالك للغاصب بهذا المهر- وهو اللازم للمشتري الواطئ، كما يطالبه بسائر المنافع التى استوفاهها المشتري، فيكون مخيراً فى المطالبه لكل منهما، وقرار الضمان على المشتري العالم دون الجاهل- نظر ينشأ: من [أن] منافع البضع هل تدخل تحت الغصب، أم لا.

وقد ذكر المصنف فى الركن الثانى: أن منافع البضع لا تضمن (١) بالفوات، فإن اليد لا تثبت على منفعه البضع، فإنها وإن كانت مملوكة للمولى إلا أن فيها شائبه التعبد، فلا تجرى مجرى سائر المملوكات، و من ثم يجوز تزويج الجارية المغصوبه دون بيعها و إجارتها، لأن يد الغاصب حائله بين المشتري و المستأجر و بين الجارية.

و لو تداعى اثنان نكاح امرأه لكانت الدعويان عليهما و لا ترجيح باليد، و لو وطئت الزوجه بالشبهه فمهر المثل لها دون الزوج، و لأن سائر المنافع تملك ملكاً تاماً، فيجوز نقلها الى مالك آخر كسائر الأموال، بخلاف منفعه البضع فإنها إنما يستحق الانتفاع و الارتفاع بها.

لكن يرد على ما ذكره أن عدم دخول منافع البضع تحت الغصب أمر محقق عنده، فكيف يتردد فيه و يبنى النظر على التردد فيه؟ و لو قال: ينشأ من أن منافع البضع لا تدخل تحت الغصب و لا تضمن إلا بالاستيفاء و هو منحصر فى جانب المشتري، و من أن عدم ضمانها و انتفاء دخولها تحت اليد إنما يمنع من استحقاق المطالبه بعوضها بالفوات، أما إذا استوفيت فإنها مضمونه لا محاله فقد أدى الحال الى الغرم فجرى مجرى الجنايه و لسبب الغاصب فى ذلك لكان أولى و أوفق لما فى التذكرة (٢).

ص: ٣١٧

١- ١) فى «م» يضمن.

٢- ٢) التذكرة.

و لا يجب إلا مهر واحد بوطئات إذا اتحدت الشبهه، و فى تعدده بتعدده مع الاستكراه نظر. و يضعف الثانى بأن المقتضى للضمان فى حق الغاصب هنا منتف، إذ الاستيفاء منتف فى حقه، و اليد ليست سببا، و وجوب المهر على المشتري لا يستدعى الوجوب على الغاصب مع انتفاء سببه، و هذا أقوى، و لا فرق فى ذلك بين أن تقول: للمشتري الجاهل الرجوع بالمهر لو غرمه على الغاصب، أو لا.

و اعلم أن الشارح الفاضل قال: إن مراد المصنف بقوله: (ينشأ من أن منافع البضع هل تدخل تحت الغصب) أنه لو فوتها الغاصب بوطئها عالمين.

و هى مختاره هل يضمناها، و يكون بمنزله غصب منفعه أو لا، قد ذكر المصنف فى الاشكال السابق الى آخر كلامه (١).

و لا شبهه فى أن ما ذكره وهم و ليس مراد المصنف، و لا تنطبق عليه عبارته و لا يستقيم البناء الذى ذكره، لأن هذا الاشكال آت سواء ضمنا الغاصب إذا وطأها عالمين بالتحريم أم لم نضمناه.

قوله: (و لا يجب إلا مهر واحد بوطئات إذا اتحدت الشبهه).

نزل الشبهه منزله النكاح الفاسد إذا وطأ فيه مرارا، و هذا أيضا من الأمور التى خالف فيها منفعه البضع غيرها من المنافع.

و وجهه: أن مناط وجوب المهر هو الوطء حال الشبهه، و هى متحده فلا أثر لتعدد الوطء.

قوله: (و فى تعدده بتعدده مع الاستكراه نظر).

ينشأ: من تعدد السبب، و من تخيل أن السبب هنا هو الوطء، إذ لا

ص: ٣١٨

و مع الجهل ينعقد حرا، و يضمن المشتري قيمه و يرجع بها على الغاصب، فإن الشراء لا يوجب ضمان الولد، و يضمن المشتري أجره المنفعه التي فاتت تحت يده، و مهر المثل عند الوطاء، و قيمه الولد عند انعقاده حرا، شبهه هنا، و الوطاء صادق مع الوحده و الكثيره، و الأصح التعدد، لأن الاستكراه بمنزله الشبهه في حق المكرهه فإذا تعدد كان كما لو تعددت الشبهه.

قوله: (و مع الجهل ينعقد حرا و يضمن المشتري قيمه).

أى: ينعقد الولد حرا لكونه نسبيا حينئذ للشبهه، و يضمن قيمه للمالك كما سبق في الغاصب.

قوله: (و يرجع بها على الغاصب فإن الشراء لا يوجب ضمان الولد).

و ذلك لأن الولد على تقدير صحه الشراء يكون للمشتري مجانا بغير عوض، بخلاف المبيع فإنه في مقابل الثمن فليس مجانا فيكون مضمونا بهذا الاعتبار، و لهذا لا يرجع بمقدار الثمن لو لم يكن سلمه.

قوله: (و يضمن المشتري أجره المنفعه التي فاتت تحت يده).

لأنها مضمونه بمجرد إثبات اليد.

قوله: (و مهر المثل عند الوطاء).

لأن منفعه البضع (1) تضمن بالاستيفاء.

قوله: (و قيمه الولد عند انعقاده حرا).

ينبغي أن يعلق الظرف ب(يضمن) لأنه أول أوقات دخوله في ضمانه، لكن لا يجوز جعله ظرفا للقيمه، لأن القيمه الواجبه عند سقوطه حيا، و حمل

ص: ٣١٩

(١ - ١) في «ق»: الوطاء.

و يرجع بكل ذلك على الغاصب مع جهله، و يغرم قيمه العين إذا تلفت و لا- يرجع، و كذلك المتزوج من الغاصب لا- يرجع بالمهر. و فى رجوع المشتري بقيمه منفعه استوفاهها خلاف. انعقاده حرا على سقوطه حيا تكلف بعيد.

قوله: (و يرجع بكل ذلك على الغاصب مع جهله).

لمكان الغرر و إن كان فى بعضها خلاف سيأتى ذكره إن شاء الله تعالى.

قوله: (و يغرم قيمه العين إذا تلفت و لا يرجع).

أى: و إن كان جاهلا، لأنه إنما دخل على كونها مضمونه بالمعنى الذى حققناه، فلا يتحقق له غرور بالنسبه إليها مع جهله، لكن هذا إنما يستقيم بالنسبه الى ما قابل الثمن، فلو زادت قيمه العين على الثمن فالأصح رجوعه بالزائد، لدخوله على أنه فى حكم ما لا عوض له فيتحقق الغرور فيه.

قوله: (و كذلك المتزوج من الغاصب لا يرجع بالمهر).

لأنه دخل على وجوب المهر فلا- تغرير فيه، لكن لو كان المسمى أقل من مهر المثل ينبغى أن يرجع بالزائد لتحقق الغرور فيه، و أطلق العبارة فى التذكرة كما هنا و إن كان آخر كلامه دالا على ما قلناه، حيث قال: و الضابط فى هذه المسائل أن ينظر فيما غرمه من ترتيب يده على الغاصب عن جهل إن شرع فيه على أن يضمه لم يرجع به، و إن شرع على أن لا يضمه فإن لم يستوف ما يقابله رجع به، و إن استوفاه فقولان للشافعية (١).

قوله: (و فى رجوع المشتري بقيمه منفعه استوفاهها خلاف).

قد سبق بعض المسائل التى حكم فيها بالرجوع مع أنها من هذا القبيل

ص: ٣٢٠

و لو بنى فقلع بناءه فالأقرب الرجوع بأرش النقص، و لو تعيب فى يده احتمال الرجوع، لأن العقد لا يوجب ضمان الاجراء بخلاف الجملة و عدمه، كالوطء، و حكاية الخلاف لا تنافى جزمه بأحد الطرفين. و كذا القول فى باقى المنافع كالسكنى، و إتلاف الثمره المتجدده لا التى كانت وقت البيع، و الولد و اللبن و الصوف كذلك.

قوله: (و لو بنى فقلع بناءه فالأقرب الرجوع بأرش النقص).

أى: لو بنى المشتري فى المبيع المغصوب جاهلا- بالغصب فقلع المالك بناءه فالأقرب أنه يرجع بأرش نقص البناء، و نقص الآلات إن نقصت بالقلع، لأنه دخل على انتقال المبيع اليه، و جواز التصرفات له من بناء و غيره، فمهما فات من ماله بذلك فهو مستند الى غرور البائع إياه، و المغرور يرجع على من غره، و الفاتت من ماله هنا هو نقص البناء و الآلات لا اجره العمال (١) لأنها عوض عنه. و يحتمل أن لا رجوع له، لأن ذلك بفعله، و البائع لم يأمره به، و الأصح الأول، للغرور.

قوله: (و لو تعيب فى يده احتمال الرجوع، لأن العقد لا يوجب ضمان الاجراء بخلاف الجملة و عدمه).

أى: لو تعيب المبيع فى يد المشتري من الغاصب جاهلا- فغرمه المالك الأرش احتمال أن له الرجوع على الغاصب بما غرمه أرشا، لأنه دخل على أن المضمون عليه هو الجملة دون الاجزاء، لعدم مقابلتها بالثمن، إنما المقابل به هو المجموع.

و لهذا لو تعيب المبيع فى يد البائع قبل القبض لم تكن للمشتري المطالبه بالأرش عند جماعه، بل إما أن يرضى به كذلك أو يفسخ، و لو قسطت اجزاء

ص: ٣٢١

و نقصان الولاده لا ينجبر بالولد، لأنه زياده جديده. و لو غصب فحلا فأنزاه على الأنثى فالولد لصاحبها و إن كانت للغاصب، و عليه الأجره على رأى الثمن على اجزاء المبيع لكان له أن يرجع بقسط الفئات من الثمن، و قد سبق فى كتاب البيع أن الأصح خلاف هذا.

و يحتمل عدم الرجوع، و هو الأقوى، لضمان الأجزاء فإنها مقابله باجزاء الثمن، و لهذا نقول فى المسأله المذكوره: للمشتري المطالبه بالأرش، فعلى هذا لو كان الأرش الذى أغرمه المالك للمشتري فى مسأله الكتاب بقدر قسط ذلك الجزء من الثمن فلا رجوع له به، و إن زاد فالأصح رجوعه بالزائد كما فى الجمله.

قوله: (و نقصان الولاده لا ينجبر بالولد، لأنه زياده جديده).

و هى غير مجانسه للفئات لىتم ذلك على رأيه.

قوله: (و لو غصب فحلا فأنزاه على الأنثى فالولد لصاحبها و إن كانت للغاصب).

لأن الولد نماؤها، و الظاهر أن هذا الحكم مجمع عليه و إن ورد عليه أن الولد منى الفحل، فلا يكاد يوجد الفرق بينه و بين الحب إذا نبت فى أرض الغير.

قوله: (و عليه الأجره على رأى).

قال الشيخ: لا أجره، للنهى عن عسب (1) الفحل (2). و هو ضعيف،

ص: ٣٢٢

١ - ١) العسيب: الكراء الذى يؤخذ على ضراب الفحل، و نهى عن عسب الفحل. الصحاح (عسب) ١: ١٨١.
٢ - ٢) المبسوط ٣: ٩٦، و انظر: صحيح البخارى ١٢٢: ٣-١٢٣، مسند أحمد ١: ١٤٧ و ٢: ١٤، سنن ابن ماجه ٢: ٧٣١ حديث ٢١٦٠، سنن ابى داود ٣: ٢٦٧ حديث ٣٤٢٩، سنن الدارمى ٢: ٢٧٢، [١] سنن الترمذى ٢: ٣٧٢ باب ٤٥ حديث ١٢٩١-١٢٩٢.

و الأرش لو نقص بالضراب، و لا تتداخل الأجره و الأرش، فلو هزلت الدابه لزمه الأمران و إن كان النقص بغير الاستعمال. و فوائد المغصوب للمالك أعيانا كانت كالولد و الثمره، أو منافع كسكنى الدار مضمونه على الغاصب.

و لا يملك المشتري ما يقبضه بالبيع الفاسد، و يضمه ما يتجدد من منفعه، الأعيان أو غيرها مع جهل البائع أو علمه مع الاستيفاء، و بدونه لأنها منفعه مقصوده محلله، و النهى إما عن بيع ماءه أو هو على الكراهيه.

قوله: (و الأرش لو نقص بالضراب، و لا تتداخل الأجره و الأرش، فلو هزلت الدابه لزمه الأمران).

لأن كل واحد منهما فى مقابل شىء غير الآخر (1)، و يجىء الاحتمال السابق فى أول الباب من وجوب أكثر الأمرين لو كان النقص بسبب الاستعمال.

قوله: (و إن كان النقص بغير الاستعمال).

هو وصى لما قبله و ليس على ما ينبغى، لأن حقه أن يكون الفرد الأَخفى، و الأَخفى هنا هو ما إذا كان النقص بالاستعمال، لاحتمال التداخل و إن كان ضعيفا، بخلاف ما إذا لم يكن بالاستعمال فإنه لا تداخل وجها واحدا.

قوله: (و لا يملك المشتري ما يقبضه بالبيع الفاسد).

هذه مذكوره هنا استطرادا، و قد سبق فى البيع بعض أحكام المبيع فاسدا.

قوله: (و يضمه و ما يتجدد من منفعه، الأعيان أو غيرها، مع جهل البائع أو علمه، مع الاستيفاء و بدونه على اشكال).

ص: ٣٢٣

١ - ١) فى «ق»: الأجره.

لا ريب في أن البيع الفاسد مضمون، لأن كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده، وذلك لأنه إنما دخل على تملك العين في مقابل الثمن، فإذا كان العقد غير مملوك وجب رد كل من العوضين إلى مالكه، فلو تعذر وجب بدله من المثل و قيمه، لامتناع فوات العين و ما جعلت في مقابله.

فإن قيل: قد كان الواجب أن يكون المضمون ما قابل الثمن دون الزائد، لأنه بغير مقابل على تقدير الصحة، والضمان بالفاسد على نحو الضمان بالصحيح.

قلنا: لما كان المجموع في مقابله: المجموع، وفاتت المقابله بفساد العقد كان كل منهما مضمونا بجميع اجزائه، نظرا إلى مقتضى المقابله، وليس هذا كالفاسد لكونه غارا، وهو مؤاخذ بأشق الأحوال بخلاف البائع هنا.

إذا تقرر هذا، فلا- تفاوت في كون المتجدد في المبيع عينا كالولد أو منفعه كسكنى الدار، ولا في كون البائع عالما بالفساد أو جاهلا، ولا بين أن يستوفى المشتري فاسد المنفعة و عدمه، على أشكال في بعض الصور، وهو ما إذا علم البائع بفساد البيع و لم يستوف المشتري المنفعة.

و منشأ الاشكال حينئذ: من أن الأصل مضمون فكذا الفرع، و لعموم:

«على اليد ما أخذت حتى تؤدي» (١)، و لأنه إنما قبضها لمصلحه نفسه لا لمصلحه البائع، و لأن إثبات يده بغير استحقاق، لأن الاستحقاق إنما هو على تقدير صحه البيع و هي منتفيه.

و من أن علم المالك بفساد البيع، و عدم المطالبه دليل على رضاه بكون العين في يد المشتري، و يضعف بأن السكوت أعم من الرضى، و بلزوم مثله في أصل البيع لو علم بالفساد.

و ما يزداد من قيمته لزياده صفه فيه فإن تلف فى يده ضمن العين بأعلى القيم من حين القبض الى حين التلف إن لم يكن مثليا. و لو اشترى من الغاصب عالما فاستعاد المالك العين لم يكن له الرجوع بالثمن، و لو قيل: يرجع مع وجود عين الثمن كان و على ما يظهر من كلام الشارح (١) الفاضل فالإشكال فى المنافع التى لم يستوفها المشتري، سواء علم البائع بالفساد، أم لا. و منشأ الاشكال حينئذ مما ذكر، و من أنها لم تقبض بالبيع الفاسد و لا بالغصب، و حصر الضمان فيهما ممنوع، ثم رجع الثانى بأن مال الغير تجدد فى يده بغير فعله فكان كالثوب يطير بالريح (٢).

أقول: وجه الشبهه غير ظاهر، لأن وضع المشتري يده على الأصل و المنافع باختياره على انها له فلا يتم ما ذكره، و القول بالضمان لا يخلو من قوه.

قوله: (و ما يزداد من قيمته لزياده صفه فيه).

أى: مضمون، فهو معطوف على ما قبله، و وجه الضمان تبعيه الأصل لكونه جزء أو فى حكم الجزء كالسمن و تعلم الصنعه.

قوله: (فإن تلف فى يده ضمن العين بأعلى القيم من حين القبض الى حين التلف إن لم يكن مثليا).

الأصح أنه يضمن قيمته حين التلف و قد سبق ما يصلح بيانا له.

قوله: (و لو اشترى من الغاصب عالما فاستعاد المالك العين لم يكن له الرجوع بالثمن، و لو قيل: يرجع مع وجود عين الثمن كان حسنا).

ص: ٣٢٥

١- ١) إيضاح الفوائد ١٩٤: ٢.

٢- ٢) فى «م»: تطيره الريح.

حسناً، و للمالك الرجوع على من شاء مع تلف العين.

و يستقر الضمان على المشتري، و مع الجهل على الغاصب، و يرجع المشتري الجاهل على الغاصب بما يغترمه مما ليس فى مقابلته نفع كالتفقه، و العماره، و قيمه الولد لو غرمه المالك، و فى رجوعه بما حصل له نفع فى مقابلته كسكنى الدار، و ثمره الشجره، و قيمه اللبن نظر ينشأ:

من ضعف المباشره بالغرور، و من أولويه المباشره. أى: لو اشترى من الغاصب العين المغصوبه عالما بالغصب، فهذه من تتمه الأحكام السابقه، فإن السابق هو ذكر أحكام الجاريه و بعض آخر، و الأصح أن عين الثمن مع وجودها يرجع بها، و مع تلفها يحتمل الرجوع لو لا أن المصنف نقل فيه الإجماع فى التذكرة.

قوله: (و مع الجهل على الغاصب).

إنما يستقر على الغاصب مع الجهل ما زاد على الثمن، أما مقدار الثمن فإنه على المشتري و يرجع بالثمن.

قوله: (و يرجع المشتري الجاهل على الغاصب بما يغرم مما ليس فى مقابلته نفع كالتفقه، و العماره، و قيمه الولد لو غرمه المالك).

لأن فوات ذلك كله بتغيره، و فى الحقيقة لا فرق بين هذه الأمور و ما سبق من بنائه إذا قلع.

قوله: (و فى رجوعه بما حصل له نفع فى مقابلته كسكنى الدار، و ثمره الشجره، و قيمه اللبن نظر ينشأ: من ضعف المباشره بالغرور، و من أولويه المباشره).

الأصح رجوعه بذلك، لأن المباشره ضعيفه بالغرور و السبب أقوى.

فرع: لو اشترك جماعه فى وضع اليد على شىء واحد، و تصرفوا به

و لو زرع الأرض المغصوبه أو غرسها فللمالك القلع مجاناً و إن قرب الحصاد، و لا يملكه المالك بل هو للغاصب، و كذا النماء و عليه أجره الأرش و طم الحفر و الأرش. و لو بذل صاحب الغرس قيمه الأرش أو بالعكس لم يجب القبول. جميعاً فالظاهر أن على كل واحد منهم ما يقتضيه التقسيط.

قوله: (و لو زرع الأرض المغصوبه أو غرسها فللمالك القلع مجاناً و إن قرب الحصاد).

لما روى من أنه: «ليس لعرق ظالم حق» (١).

قوله: (و لا يملكه المالك بل هو للغاصب، و كذا النماء).

قال ابن الجنيدي: إنه يملكه (٢) تعويلاً على حديث (٣) لا تعلم صحته.

قوله: (و عليه أجره الأرض، و طم الحفر، و الأرش).

إن نقصت بذلك.

قوله: (و لو بذل صاحب الغرس قيمه الأرض أو بالعكس لم يجب القبول).

إذ لا يجبر أحدهما على بيع ماله، و في حواشي شيخنا الشهيد ما صورته: و ينسحب الخلاف في المسألة المتقدمه، و هي قوله: (و لو طلب أحدهما). فإنه قال في المختلف: يجب المالك لا الغاصب (٤).

ص: ٣٢٧

١- ١) مسند أحمد ٥: ٣٢٧، سنن أبي داود ٣: ١٧٨، حديث ٣٠٧٣، الموطأ ٢: ٧٤٣، حديث ٢٦، سنن الترمذي ٢: ٤١٩، حديث ١٣٩٤.

٢- ٢) المختلف: ٤٥٨.

٣- ٣) مسند أحمد ٣: ٤٦٥ و ٤: ١٤١، سنن ابن ماجه ٢: ٨٢٤، حديث ٢٤٦٦، سنن الترمذي ٢: ٤١٠، حديث ١٣٧٨، سنن أبي داود

٣: ٢٦١، حديث ٣٤٠٣.

٤- ٤) المختلف: ٤٥٥، و في النسختين الخطبتين: للغاصب.

وقيل: لو خيف سقوط حائط أسند بجذع الغير، و لو نقل المغصوب فعليه الرد و إن استوعبت أجرته أضعاف قيمته، قلت: ظاهر كلام المختلف في مسأله الصيغ ثبوت ذلك في الغرس، حيث تعجب من كلام الشيخ بوجوب قبول قيمه الغرس على المستعير و منع هنا، و مقتضى كلامه بعد ذلك في مسأله الزرع العدم (١).

و يمكن حمل كلام المختلف الثانى على ما إذا لم يطلب المالك الزرع بالقيمه، إلا أن قوله: لنا: إنه عين مال الغاصب فلا ينتقل عنه إلا برضاه (٢) ينافى ذلك.

و الحاصل انه إن ثبت قوله هاهنا بتملك المالك بالقيمه إذا أراد فهو قول لا يخلو من قوه كما سبق.

قوله: (و قيل: لو خيف سقوط حائط أسند بجذع الغير).

هذا قول الشيخ (٣)، و يضعف بأن التصرف فى ملك الغير بغير اذنه لا يجوز، و الحق انه إن خيف بترك إسناده ضرر على نفس محترمه و نحو ذلك جاز إسناده، لجواز إتلاف مال الغير لحفظ النفس و يضمن العوض.

و يلوح من تعليل الشيخ إرادته هذا المعنى حيث قال: إن مراعاة المصالح الكليه أولى من الجزئيه مع التعارض، و هذا حيث لا يمكن نقضه أو يخاف المعاجله قبله.

قوله: (و لو نقل المغصوب فعليه الرد و إن استوعبت أجرته أضعاف قيمته).

لأنه عاد بنقله فيجب عليه الرد بكل حال.

ص: ٣٢٨

١- ١) المختلف: ٤٥٨.

٢- ٢) المختلف: ٤٥٩.

٣- ٣) المبسوط ٨٦: ٣.

و لو طلب المالك اجره الرد لم يجب القبول، و لو رضى المالك به فى موضعه لم يجز النقل.

و لو بنى الأرض بتراب منها و آلات المغصوب منه لزمه أجره الأرض مبنية، و لو كانت الآلات للغاصب لزمه أجره الأرض خرابا.
و لو غصب دارا فنقضها فعليه الأرش، و أجر دار الى حين نقضها و أجر مهدومه من حين نقضها الى حين قوله: (و لو طلب المالك اجره الرد لم يجب القبول).

لأن حقه هو الرد دون الأجره.

قوله: (و لو بنى الأرض بتراب منها و آلات المغصوب منه لزمه أجره الأرض مبنية).

لأن الصفه (١) الحادثة بالبناء للمالك، إذ هى زياده فى ماله و إن كانت بسبب الغاصب كالسمن و صياغه النقره.

قوله: (و لو كانت الآلات للغاصب لزمه أجره الأرض خرابا).

لأن البناء ملك للغاصب و إن كان عدوانا، لكن على ما تقرر من أن زياده الصفه فى ملك المالك بفعل الغاصب للمالك يجب أن تكون للمالك حصه الأرض من اجره المجموع بعد التقسيط على الأرض و البناء، لأن الهيئه الاجتماعيه تقتضى زياده انتفاع بالأرض فتزيد أجرتها بذلك.

و قد سبق فيما لو صبغ الثوب فزادت قيمه ان الزياده تقسط عليهما، و هى مبنية على ما ذكرنا هنا.

قوله: (و لو غصب دارا فنقضها فعليه الأرش، و أجره دار الى حين نقضها، و اجره مهدومه من حين نقضها الى حين ردها).

ص: ٣٢٩

١ - ١) فى «م»: القيمه.

ردها، و كذا لو بناها بآلته. أما لو بناها بآلتها فعليه أجر عرصه من حين النقض الى حين البناء، و أجرها دارا قبل ذلك و بعده. و لا يجوز لغير الغاصب رعى الكلاً النابت فى الأرض المغصوبه، و لا الدفن فيها. لأن النقض أخرجها عن كونها مبنيه، و قد عدم ما نقض منها و ضمنه بالأرش، فلم يبق له منفعه ليضمن أجرتها، و تردد فى التذكرة فى لزوم أجره مثلها الى حين الرد أو الى حين النقض. و يشكل بأن العين إذا تلفت يضمن بدلها لا أجره منفعتها كالعبد إذا مات.

و يمكن الفرق بأن العبد إذا مات لا أمد ينقطع عنده ضمان أجرته بخلاف هدم الدار، لأن الأمد ردها على مالکها مهدومه. قوله: (و كذا لو بناها بآلته).

أى: بعد الهدم فإنه يضمن أجرتها بعد النقض مهدومه.

قوله: (أما لو بناها بآلتها فعليه أجره عرصه من حين النقض الى حين البناء، و أجرتها دارا قبل ذلك و بعده).

أى: قبل النقض و بعد البناء، فلم يتوارد اسم الإشاره و الضمير على أمر واحد، و وجه ذلك أن البناء بآله الدار مملوك للمالك.

قوله: (و لا يجوز لغير الغاصب رعى الكلاً النابت فى الأرض المغصوبه، و لا الدفن فيها).

أى: لا يجوز بعد الغصب لغير الغاصب - و كذا الغاصب بطريق أولى - رعى الكلاً النابت فى الأرض المغصوبه و إن فرض استفاده جوازه من شاهد حال الأرض باعتبار العرف المستقر، لأن شاهد الحال ضعيف لا يعول عليه بعد

و لو وهب الغاصب فأتلفها المتهب رجع المالك على أيهما شاء، فإن رجع على المتهب الجاهل احتتمل رجوعه على الغاصب بقيمة العين و الأجره، و عدمه. و لو اتجر بالمال المغصوب: فإن اشترى بالعين فالربح للمالك إن أجاز البيع، و إن اشترى فى الذمه فللغاصب الغصب، و لأن الظاهر من حال المالك بعد الغصب عدم الرضى، و كذا القول فى الدفن، و غيره من التصرفات.

قوله: (و لو وهب الغاصب فأتلفها المتهب رجع المالك على أيهما شاء، فإن رجع على المتهب الجاهل احتتمل رجوعه على الغاصب بقيمة العين و الأجره، و عدمه).

أى: لو رجع المالك على المتهب بقيمة العين و الأجره فالأصح أن له الرجوع على الغاصب (١) لغروره، و قد سبقت هذه المسأله بعينها.

قوله: (و لو اتجر بالمال المغصوب فإن اشترى بالعين فالربح للمالك إن أجاز البيع).

و ليس لكل من البائع و الغاصب التصرف فى العين، لإمكان اجازة المالك خصوصا على القول بأن الإجازة كاشفه.

قوله: (و إن اشترى فى الذمه فللغاصب).

لأن الثمن حينئذ أمر كللى لكن عليه وزر المدفوع، و يجب رده على المالك إن اراده، و لو ترتبت عليه تصرفات كان للمالك تتبعها (٢) و اجازة ما يريد منها و رد ما يريد، و على الغاصب السعى فى تحصيل ما ترتب على يده من

ص: ٣٣١

١ - ١) فى «م»: على الغاصب بقيمة العين.

٢ - ٢) فى «ق»: منعها، و فى «م»: بيعها، و فى هامشها: تتبعها ظ.

فإن ضارب به فالربح للمالك و على الغاصب اجره العامل الجاهل. و لو أقر بائع العبد بغصبه من آخر و كذّبه المشتري أغرم البائع الأ-كثر من الثمن و القيمة للمالك، ثم إن كان قد قبض الثمن لم يكن للمشتري مطالبته به، و إن لم يكن قبضه فليس له طلبه، بل أقل الأمرين من القيمة و الثمن، التصرفات، و قد سبق في البيع، و للمالك تتبع العقود و رعايه مصلحته (1).

قوله: (فإن ضارب به فالربح للمالك، و على الغاصب اجره العامل الجاهل).

أى: أجره المثل لفساد المضاربه و كونه مغرورا قوله: (و لو أقر بائع العبد بغصبه من آخر و كذّبه المشتري أغرم البائع الأكثر من الثمن و القيمة للمالك).

إذا كذّبه المشتري لم ينفذه إقراره فى حقه، بل فى حق نفسه، فحينئذ يغرمه المقر ما ذكره المصنف.

و يشكل بأنه لا- يخلوا: إما أن يجيز البيع أو يرده، فإن أجازه أغرمه الثمن فقط، و إن رده أغرمه القيمة ليس إلا فلا يتم ما ذكره، و ربما ينزل على أن يكون قد أقر باستعارته للرهن بعد إقراره بالغصبه، فإن المستعير للرهن يلزمه أكثر الأمرين، و هذا صحيح إلا أنه خروج عن المسألة، و الأصح أن له الثمن إن أجاز و إلا فالقيمة.

قوله: (ثم إن كان قد قبض الثمن لم يكن للمشتري مطالبته به و إن لم يكن قبضه فليس له طلبه بل أقل الأمرين من القيمة و الثمن).

أى: هذا حال المقر بالنسبه إلى المالك المقر له، فأما بالنسبه الى

ص: ٣٣٢

فإن عاد العبد اليه بفسخ أو غيره وجب رده على مالكة و استرجع ما دفعه. المشتري فإن كان قبض الثمن فليس للمشتري مطالبته على حال، لأنه لم يصدقه على إقراره، فمقتضى تكذيبه البيع صحيح و الثمن مستحق للبائع المقر فتسليمه وقع بحق فليس له المطالبة به.

ثم البائع ينظر فيما بينه و بين الله تعالى فيفعل ما يعلم أنه الحق، فلو كان إقراره بالغصب مطابقا للواقع، و لم يجز المالك البيع و قبض الثمن رد الزيادة على القيمة على المشتري و لو بوجه لا يعلم المشتري معه بالحال.

و إن لم يكن قبضه فليس له طلبه، بل له أقل الأمرين من القيمة و الثمن، لأنه إن كانت القيمة أقل فليس له إلا القيمة، لأن البيع بمقتضى إقراره غير صحيح. و فيه نظر، لأن المقر له لو أجاز البيع لكان البيع صحيحا باتفاق الكل، فيستحق (1) الثمن كائنا ما كان و إن كان أكثر من القيمة. و إن كان الثمن أقل فليس له إلا الثمن سواء أجاز المقر له أم لا، لأنه لا يقبل إقراره بكون الملك لآخر على المشتري فلا يلزمه إلا أقل الأمرين.

فإن كان الثمن أقل فهو المستحق ظاهرا، و إن كانت القيمة أقل فباعتراف البائع لا يستحق سواها، فليس له المطالبة بالزائد لكن المشتري إن علم الحال اعتمد ما يقتضيه الحال بحسب الواقع.

فعلى هذا يجب أن يقال هكذا: على تقدير عدم قبض الثمن إما أن يجيز المقر له البيع أو لا، فإن أجاز استحق الثمن و إلا فالأقل من الثمن و القيمة، و هذا هو الأصح، و ما ذكره المصنف لا يستقيم.

قوله: (فإن عاد العبد اليه بفسخ أو غيره وجب رده على مالكة و استرجع ما دفعه).

لمؤاخذته بإقراره السابق، و ما دفعه كان للحيلولة فتأتى فيه الأحكام

ص: ٣٣٣

و لو كان إقراره فى مده خياره انفسخ البيع، لأنه يملك فسخه فيقبل إقراره بما يفسخه. و لو أقر المشتري خاصة لزمه رد العبد الى المقر له و يدفع الثمن إلى بائعه، و لو أعتق المشتري العبد لم ينفذ إقرارهما عليه، و كذا لو باعه ثالث. السابقه.

قوله: (و لو كان إقراره فى مده خياره انفسخ البيع، لأنه يملك فسخه فيقبل إقراره بما يفسخه).

كالخيار المشروط و نحوه، و إنما حكم بالانفساخ لوجوب نفوذ إقراره حيث يمكن، و هو ممكن على هذا التقدير فيكون بمنزله الفسخ، كما لو باع ذو الخيار أو أعتق.

قوله: (و لو أقر المشتري خاصة لزمه رد العبد الى المقر له، و يدفع الثمن إلى بائعه).

لأن إقراره إنما ينفذ فى حقه لا فى حق البائع إذا لم يصدقه.

قوله: (و لو أعتق المشتري العبد لم ينفذ إقرارهما عليه).

أى: لو تصادق البائع و المشتري بعد اعتقاد المشتري العبد على كون العبد مغصوبا لم يكن إقرارهما نافذا عليه، لأن العتق حقه، بل يثبت الغرم على كل منهما، و قراره على المشتري إذا كان عالما.

قوله: (و كذا لو باعه على ثالث).

أى: لو باع المشتري العبد على ثالث ثم تصادقا على كونه مغصوبا لا ينفذ إقرارهما عليه، لأنه إقرار فى حق الغير.

و لو صدّقهما العبد فالأقرب القبول، و يحتمل عدمه، لأن العتق حق الله تعالى، كما لو اتفق العبد و السيد على الرق و شهد عدلان بالعتق.

خاتمه: في النزاع

خاتمه: في النزاع:

لو اختلفا في تلف المغصوب قدّم قول الغاصب مع يمينه، لأنه قد يصدّق و لا قوله: (و لو صدّقهما العبد فالأقرب القبول).
وجه القرب: أن الحق له فإذا صدّقهما على فساد العتق قبل، و إلا لم يقبل إقرار الحريه ممن ظاهره الحريه، و لا يخلو من قوه.
قوله: (و يحتمل عدمه، لأن العتق حق الله تعالى، كما لو اتفق العبد و السيد على الرق و شهد عدلان بالعتق).

فحيث كان العتق حقا لله تعالى لم ينفذ إقرار العبد بما ينافيه. و يشكل بما قلناه أولا و إمكان الفرق، لأن العبد و السيد في المثال اتفقا على الرق، و الشاهدان لم ينفياه بل شهدا بأمر زائد و هو طروء العتق فكانت الشهاده مسموعه، بخلاف ما نحن فيه فإنهم متفقون على وقوعه العتق و أنه وقع فاسدا.

و في المثال لو قدّر اعترافهما بوقوع العتق و دعواهما فساده لكان كالمسأله الاولى، و لا يبعد القول بعدم القبول، لأنه على هذا التقدير لا يتصور قبول قول المالك في وقوع العتق على وجه فاسد و إن صدّقه العبد إلا بالبينه، بخلاف سائر العقود، على أن حق الله تعالى في الإعتاق تابع لوقوعه صحيحا، و منشئ العقد و الإيقاع أعلم به، لأنه فعله، و يلزم عليه ايضا عدم انتفاء الزوجيه بتصادق الزوجين، لأن الله تعالى في ذلك حقا فإن الفروج أشد احتياطا من غيرها.

قوله: (لو اختلفا في تلف المغصوب قديم قول الغاصب مع يمينه، لأنه قد يصدّق و لا بينه).

بينه، فإذا حلف طولب بالبدل و إن كانت العين باقيه بزعم الطالب للعجز بالحلف. و كذا لو تنازعا في القيمة على رأى. توضيحه: أن الغاصب قد يكون صادقا في دعواه التلف بحسب الواقع و لا- بينه له، فلو لم يقدم قوله بيمينه لم يكن إلا- حسبه لإحضار العين، فيلزم أن يخلد حسبه و لا يجد عنه مخرجا، و اللازم معلوم البطلان.

فإن قيل: لو اقام المالك بينه ببقاء العين فإنه يجبس، فلو أصر على تلفها يلزم ما ذكر، و مهما قلت [\(١\)](#) هنا يجيء مثله هناك.

قلنا: يمكن الفرق بثبوت البقاء هنا بخلافه هناك، فيعتمد معه الضرب و الإهانة لثبوت عناده.

قوله: (فإذا حلف طولب بالبدل و إن كانت العين باقيه بزعم الطالب للعجز بالحلف).

و في وجه للشافعية لا- يطالب بالبدل، لأن المالك يزعم أن العين باقيه فلا يستحق البدل [\(٢\)](#)، و ما ذكره المصنف بجمله ان الوصيلة و ما في حيزها إشاره إلى جوابه، فإن البدل يستحق عند العجز عن العين للحواله و إن قطع ببقاء العين، فإذا ثبت باليمين تلفها فالعجز أظهر فيستحق البدل.

قوله: (و كذا لو تنازعا في القيمة على رأى).

أى: يقدم قول الغاصب بيمينه لأنه منكر للزائد، و قال الشيخ في النهاية: يقدم قول المالك [\(٣\)](#)، و الأصح الأول.

ص: ٣٣٦

١- ١) في «ق»: ما ذكرتهما قلت.

٢- ٢) انظر: فتح العزيز ١١: ٢٨٦، المجموع ١٤: ٢٩٤.

٣- ٣) النهاية: ٤٠٢.

ما لم يدع ما يعلم كذبه كالدهرم في قيمه العبد، وكذا لو ادعى المالك صفه تزيد بها قيمه كتعلم صنعه، أو تنازعا في الثوب الذي على العبد أو الخاتم الذي في إصبغه. أما لو ادعى الغاصب عيبا تنقص به قيمه كالعور، أو ادعى رد العبد قبل موته و المالك بعده، أو ادعى رد الغصب أو رد قيمته أو مثله قدام قول المالك مع اليمين. قوله: (ما لم يدع ما يعلم كذبه كالدهرم في قيمه العبد).

أى: فلا يسمع قوله حينئذ بيمينه، فهل يقدم قول المالك بيمينه حينئذ، لا لتفاء الوثوق بالغاصب حينئذ لظهور كذبه، و لحصر دعواه فيما علم انتفاؤه أم يطالب بما يكون محتملا؟ لم أجد تصريحاً بأحدهما.

قوله: (و كذا لو ادعى المالك صفه يزيد بها قيمه كتعليم صنعه، أو تنازعا في الثوب الذي على العبد، أو الخاتم الذي في إصبغه).

أى: وكذا يقدم قول الغاصب بيمينه في ذلك، لأن الأصل عدم الصنعه و الثوب و الخاتم في يد الغاصب، لأن العبد في يده، و لهذا يضمه و منافعه، و لو اختلفا في تقدم الصنعه لتكثر الأجره فكذلك.

و اعلم ان في بعض نسخ الكتاب: (كتعلم صنعه) و هو أصوب.

قوله: (أما لو ادعى الغاصب عيبا تنقص به قيمه كالعور، أو ادعى رد العبد قبل موته و المالك بعده، أو ادعى رد الغصب أو رد قيمته أو مثله قدام قول المالك مع اليمين).

لما كان الأصل في العبد السلامه كانت دعوى العيب لمخالفتها الأصل متوقفه على البينه، و مع عدمها فالقول قول من ينفيه بيمينه، و هذا رجوع عن التردد السابق في قول المصنف قبل المطلب الثاني: (ففي تقديم أحد

و لو اختلفا بعد زياده قيمه المغصوب فى وقتها، فادعى المالك الزياده قبل التلف و الغاصب بعده، أو ادعى المالك تجدد العيب المشاهد فى يد الغاصب و الغاصب سبقه على اشكال، الأصلين نظر)-الى الجزم.

و لو ادعى الغاصب رد العبد قبل موته و المالك بعده فالأصل عدم التقدم، و الأصل بقاء الضمان و استحقاق المطالبه و عدم التسليم فيقدم قول المالك باليمين، و مثله ما لو ادعى رد الأصل أو البدل.

قوله: (و لو اختلفا بعد زياده قيمه المغصوب فى وقتها، فادعى المالك الزياده قبل التلف و الغاصب بعده).

سيأتى جوابه فى قوله آخرًا: (قدّم قول الغاصب) أى: لو اختلفا بعد اتفاهما على ارتفاع قيمه المغصوب باعتبار السوق فى وقت الزياده، أى:

اختلفا فى وقت حصول هذه الزياده، فادعى المالك الزياده قبل التلف، و أنكر الغاصب ذلك قدّم قول الغاصب بيمينه، لأنه منكر.

و فى حواشى شيخنا الشهيد: ان هذا إنما يتأتى عند من قال بضمان أعلى القيم، أما من قال بضمان قيمه يوم التلف كالمصنف فى المختلف (1)، فإنه يسقط هذا الفرع. و فيه نظر، لأن زياده القيمه قبل التلف صادق على ما إذا بقيت الزياده إلى حين التلف فلا يتم ما ذكره.

قوله: (أو ادعى المالك تجدد العيب المشاهد فى يد الغاصب و الغاصب سبقه على اشكال).

هذا معطوف على ما قبله، و سيأتى جوابه أيضا، فلو ادعى المالك ان العيب الموجود المشاهد قد تجدد فى يد الغاصب-فالجار فى قوله: (فى يد الغاصب) يتعلق ب(تجدد)-و ادعى الغاصب سبقه فالقول قول الغاصب على

ص: ٣٣٨

أو غصبه خمرا و ادعى المالك تخلله عند الغاصب و أنكر الغاصب قدم قول الغاصب. إشكال ينشأ: من وجود العيب في يد الغاصب، و الأصل عدم التقدم، فكان القول قول المالك. و من أن الغاصب غارم مدعى عليه بزياده قيمه و هو ينكرها فالقول قوله، و هذا قول الشيخ رحمه الله، و فرق بين هذه و بين ما إذا كان الاختلاف بعد الموت العبد (١)، و هو السابق في قول المصنف: (أما لو ادعى الغاصب عيبا تنقص به قيمه). فإنه اعترف بتقديم قول المالك في هذه، بأن الأصل في العبد السلامه حتى يعرف العيب، بخلاف ما إذا كان حيا فإن العور موجود مشاهد فالظاهر انه لم يزل: و الأصح عدم الفرق بين المسألتين فيقدم قول المالك و هو مختار ابن إدريس (٢)، و وجهه ما سبق.

قوله: (أو غصبه خمرا و ادعى المالك تخلله عند الغاصب و أنكر الغاصب).

إذا غصبه خمرا ثم طرأ التلف، فادعى المالك تخللها عند الغاصب قبل التلف، و أنكر الغاصب ذلك قدم قول الغاصب بيمينه، لأن الأصل براءة ذمته (٣) و شغلها يتوقف على الثبوت، و الأصل عدم التخلل قبل التلف أيضا، و كان على المصنف أن يقول: تخللها بالتأنيث.

و اعلم ان هذا إنما يكون في الخمر المحترمه، لأنها إذا تخللت في يد الغاصب تكون للمالك كما سبق، أما غيرها فإن الغاصب يملكها بتخللها عنده كما سبق بحدوث الملك في يده، و لا أولويه للأول.

و قد صرح في التذكرة بذلك فقال: و لو غصبه خمرا محترمه إلى آخره،

ص: ٣٣٩

١-١) المبسوط ١٠٤: ٣. [١]

٢ - ٢) السرائر: ٢٧٩. و الظاهر ان ما فيه مناقض لما نقله في جامع المقاصد عن ابن إدريس، و لمزيد الاطلاع انظر: المختلف: ٤٥٨، مفتاح الكرامه ٢٥٦: ٦-٢٥٨. [٢]

٣-٣) في «ق»: الذمه.

و لو باع الغاصب شيئاً أو وهبه، ثم انتقل إليه بسبب صحيح فقال للمشتري: بعتهك ما لا أملك و اقام بينه، فالأقرب أنه إن اقتصر على لفظ البيع و لم يضم إليه ما يتضمن ادعاء الملكية سمعت بينته، و إلا فلا، كأن يقول: بعتهك ملكي، أو هذا ملكي، أو قبضت ثمن ملكي، أو قبضته ملكي. و قوله: قدم قول الغاصب (1) جواب لجميع هذه المسائل.

قوله: (و لو باع الغاصب شيئاً، أو وهبه، ثم انتقل إليه بسبب صحيح فقال للمشتري: بعتهك ما لا أملك و اقام بينه، فالأقرب أنه إن اقتصر على لفظ البيع و لم يضم إليه ما يتضمن ادعاء الملكية سمعت بينته و إلا - فلا، كأن يقول: بعتهك ملكي، أو هذا ملكي، أو قبضت ثمن ملكي).

إذا باع الغاصب شيئاً أو وهبه، ثم انتقل إليه بسبب صحيح كالإرث و الشراء، و لم يكن المشتري عالماً بكونه غاصباً، فقال الغاصب للمشتري:

بعتهك ما لا أملك فالبيع فاسد و اقام بينه بذلك، فقال المشتري: بل البيع صحيح، تعويلاً على ظاهر الحال من أنه مالك فهل تسمع هذه الدعوى و البينه، أم ترد لمنافاتها ما دل عليه البيع و الهبه من كونه مالكا؟ الأقرب عند المصنف التفصيل بأنه: أما أن يكون قد اقتصر على لفظ البيع و لم يضم إليه ما يدل على كونه مالكا، أو لا.

فعلى الأول تسمع دعواه و بينته، لانتفاء التنافي، فإن البيع بمجرد لا يقتضى الملكية إذ هو أعم من بيع الفضولى و غيره، و العام لا يقتضى فرداً بخصوصه فلا تنافيه دعوى عدم الملكية وقت البيع فله انتزاع المبيع.

و فى الثانى و هو ما إذا لم يقتصر، بل ضم ما يدل على كونه مالكا كأن

ص: ٣٤٠

يقول فى العقد أو بعده: بعثك ملكى، أو يقول: هذا ملكى، أو يقول:

قبضت ثمن ملكى، أو أقبضته-أى: المشتري-ملكى فإنه فى هذه الصور كلها و نحوها لا تسمع دعواه و لا بينته لتكذيبه إياها.

و يشكل الأول بأن الشريك فى النصف لو باع نصفاً انصرف الى نصفه، حملاً للفظ البيع على الصحيح اللازم، و لو كان أعم لكان النصف منزلاً على الإشاعه، و قد سبق فى كتاب البيع، إلا أن يقال: لما كان مالكا للنصف- و الظاهر و الغالب أن الشيخ إنما يبيع ملك نفسه لا- ملك الغير- كان ذلك قرينه على اراده ملكه و ذلك منتف هنا، و على كل حال فتفصيل المصنف هنا ليس بذلك البعيد.

و اعلم انه لو ادعى عليه العلم، فيما إذا صرح مع البيع بكونه مالكا فهل يجب إحلافه على نفيه؟ سبق (1) فى الوديعه فى نظيره ما صرح فيه بالوجوب.

ص: ٣٤١

المقصد الثاني: في الشفعة: و هي استحقاق الشريك انتزاع حصه شريكه المنتقله عنه بالبيع، و ليست بيعا، فلا يثبت خيار المجلس، و فيه فصول:

قوله: و هي استحقاق الشريك انتزاع حصه شريكه المنتقله عنه بالبيع).

الشفعة مأخوذه من قولك: شفعت كذا بكذا إذا جعلته شفعا به، أي:

زوجا، كأن الشفيع يجعل نصيبه شفعا بنصيب صاحبه، و أصلها التقويه و الإعانه، و منه الشفاعة و الشفيع، لأن كل واحد من الوترين يتقوى بالآخر.

و في الشرع عرفها المصنف بأنها: (استحقاق الشريك انتزاع حصه شريكه المنتقله عنه بالبيع) و هذا صادق على استحقاقه انتزاع حصته بيعه إياها. ثم ان الحصة لا يعلم أي حصه يراد بها، و كذا الشريك لا يتعين أي شريك يراد به.

و عرّفت أيضا: بأنها حق تملك قهري يثبت للشريك القديم على الحادث فيما لا ينقل عادة مع إقراره. و احترز بالتملك القهري عن التملك بالبيع و نحوه، و بكونها للشريك القديم على الحادث عن تملك الطعام في المخمصة و إن كان بحصه الشريك إذا دعت الضروره إليها، لأن التقييد بالقديم و الحادث يقتضى أن للوصفين دخلا في ذلك، و هو منتف في المخمصة.

و احترز بما لا ينتقل عادة من المنقولات، و أدرج بالعادة نحو الدولاب و آلات البناء، و بكونه مستقرا عن نحو الغرفه التي لإقرار لها في الأرض.

قوله: (و ليست بيعا فلا يثبت خيار المجلس).

للشافعي قولان في ثبوت خيار المجلس في الشفعة، و ذلك بأن يترك بعد ما أخذ بالشفعة، أو يترك بعد ما أخذ ما دام في المجلس، و علله بأن ذلك

الأول:المحل:و هو كل عقار ثابت مشترك بين اثنين قابل للقسمه،فلا تثبت فى المنقولات على رأى معاوضه فكان فى أخذها و تركها خيار المجلس كالبیع،ولأنها أشبه شىء بالبیع (١)،و أصحابنا جميعهم على خلافه.

و النصوص إنما دلت على ثبوت خيار المجلس فى البیع (٢)،و الشفعه لیست بیعا،و الظاهر انه لا یثبت خيار الشرط لعدم الدلیل،و لأن ذلك یقتضى إثبات زیاده سلطنه على المشتري إذ لا عقد یشرطا فیہ ذلك،و لیس هناك إلا أخذ الشفیع.

و سیأتى إن شاء الله تعالى ما یدل على ثبوت خيار العیب،و هل یثبت خيار الغبن بشروطه؟یحتمل ذلك،لأن فیہ دفعا للضرر المنفی،ولأنه ربما ادى نفيه الى الضرر،بأن یبیع بأضعاف قیمه لا یقاع الشفیع الجاهل بها.

قوله: (و هو كل عقار ثابت مشترك بين اثنين قابل للقسمه).

و فى نهايه ابن الأثیر:العقار بالفتح:الضیعه و النخل و الأرض و نحو ذلك (٣).

قوله: (فلا یثبت فى المنقولات على رأى).

هذا هو المشهور،و قال السید (٤)،و ابن الجنید (٥)،و ابن البراج (٦)، و ابن إدريس (٧)بثبوتها فى كل شىء من المبیعات المنقولات و غيرها،تعویلا

ص:٣٤٣

١- (١) انظر:المجموع ٣٣٨:١٤.

٢- (٢) الكافى ٥:١٧٠، حدیث ٤-٦، التهذیب ٧:٢٠، حدیث ٨٥،٨٦، الاستبصار ٣:٧٢، حدیث ٢٤١، ٢٤٠.

٣- (٣) النهايه لابن الأثیر(عقر)٣:٢٧٤.

٤- (٤) الانتصار:٢١٥.

٥- (٥) المختلف:٤٠٢.

٦- (٦) المهذب ١:٤٥٨.

٧- (٧) السرائر:٢٥١.

ولا- فى البناء و الغرس إذا بيعا منفردين، و لو بيعا منضمين إلى الأرض دخلا فى الشفعه تبعا. على روايه يونس المرسله (١)، و نحوها (٢) مما لا ينهض حجه.

و الأصح عدم الثبوت فى غير المنقول اقتصارا فى مخالف الأصل على موضع الوفاق، و للروايه الصحيحه الداله على نفى الشفعه فى الحيوان (٣)، فينتفى فى غيره من المنقولات لعدم القائل بالفصل.

لا يقال: قد دلت على ثبوتها فى المملوك، و لا قائل بالفصل.

قلنا: إن تم ذلك فقد ثبت تدافعها، فوجب اطراحها و الرجوع الى غيرها من الاخبار و الدلائل.

قوله: (و لا فى البناء و الغرس إذا بيعا منفردين).

لأنهما فى حكم ما ينتقل و قد كانا فى الأصل منقولين و سينتهيا الى النقل و إن طال الأمد.

قوله: (و لو بيعا منضمين إلى الأرض دخلا فى الشفعه تبعا).

أى: تبعا للأرض، لأن فى بعض أخبار العامه: ثبوت الشفعه فى الربع (٤)، و هو يتناول الأبنيه، و فى بعض أخبارنا (٥): و المساكن، و هو يتناول الأبنيه (٦)، و فى بعضها: الدار (٧)، و يندرج فيها الأبواب و السقوف

ص: ٣٤٤

-
- ١- ١) الكافى ٥: ٢٨١ حديث ٨، التهذيب ٧: ١٦٤ حديث ٧٣٠، الاستبصار ٣: ١١٦ حديث ٤١٣.
 - ٢- ٢) الكافى ٥: ٢٨١ حديث ٧، التهذيب ٧: ١٦٤ حديث ٧٢٩، الاستبصار ٣: ١١٦ حديث ٤١٥.
 - ٣- ٣) التهذيب ٧: ١٦٦ حديث ٧٣٥، الاستبصار ٣: ١١٦ حديث ٤١٥.
 - ٤- ٤) مسند أحمد ٣١٦، ٣: ٣١٢، سنن ابى داود ٣: ٢٨٥ حديث ٣٥١٣، سنن النسائى ٧: ٣٢٠ باب الشركه فى الرباع.
 - ٥- ٥) فى «ق»: أخبارها.
 - ٦- ٦) الكافى ٥: ٢٨٠ حديث ٤، الفقيه ٣: ٤٥ حديث ١٥٤، التهذيب ٧: ١٦٤ حديث ٧٢٧.
 - ٧- ٧) الكافى ٥: ٢٨١ ذيل حديث ٨.

و فى دخول الدولاب نظر ينشأ: من جريان العاده بعدم نقله. و لا تدخل الحبال التى تتركب عليها الدلاء، و لا فى الثمره و إن بيعت على شجرها مع الأرض و الجدران.

و اعلم أن التبعية إنما تتحقق إذا بيعت الأشجار و البناء مع الأرض التى هى فيها، لا إذا بيعت مع أرض أخرى إذ لا تبعيه حينئذ، و لعدم تناول النصوص مثل هذا، و كذا الدولاب على القول به.

قوله: (و فى دخول الدولاب نظر ينشأ: من جريان العاده بعدم نقله).

و من أنه منقول فى نفسه. و اعلم ان موضع النظر ما إذا بيع مع الأرض، أما إذا بيع وحده فلا بحث فى عدم ثبوت الشفعه فيه، بناء على عدم الثبوت فيما ينقل، و قد اختار المصنف فى التذكرة عدم ثبوت الشفعه فيه (1)، و الأصح الدخول، لأنه ربما يتناول اسم الدار إذا كان من مرافقها.

و كذا القول فى الحمّام، فإنه يشمل كما يشمل سائر مرافقه المثبتة، و أى فرق بينه و بين الأبواب، و فى معنى الدولاب الناعوره و نحوها.

قوله: (و لا تدخل الحبال التى تتركب عليها الدلاء).

إذ هى منقوله حقيقه.

قوله: (و لا فى الثمره و إن بيعت على شجرها مع الأرض).

أى: لا تثبت الشفعه فى الثمره سواء كانت مؤبره أم لا، و سواء بيعت مع الأرض أو منفرده، و كذا الزروع الثابته، للأصل.

و لا- دليل فى الشرع على ثبوت الشفعه فيها و لا يدخل فى مسمى البستان، و لأنها لا يراد دوامها بل لها أمد معين ينتظر، و قال الشيخ: تثبت

ص: ٣٤٥

و احترزنا بالثابت عن حجره عاليه مشتركه مبنيه على سقف لصاحب السفلى فإنه لا ثبات لها إذ لا أرض لها.

و لو كان السقف لهما فإشكال: من حيث أنه في الهواء فليس بثابت. الشفعه في الثمار و الزرع تبعاً للأصول و الأرض التي هي فيها (١)، و الأصح الأول.

قوله: (و احترزنا بالثابت عن حجره عاليه مشتركه مبنيه على سقف صاحب السفلى فإنه لا ثبات لها إذ لا أرض لها، و لو كان السقف لهما فإشكال: من حيث انه في الهواء فليس بثابت).

أى: لو كانت أرض الغرفه سقف صاحب السفلى المختص به لم يثبت في الغرفه شفعه لو كانت مشتركه و باع أحد الشريكين حصته، لانتفاء التبعية المقتضيه لثبوت الشفعه.

[فلو كان السقف] (٢) لهما-الذى هو أرض الغرفه-مع جدرانها و سقفها، من دون اشتراكهما في أرض السفلى ففي ثبوت الشفعه حينئذ إشكال ينشأ: من أنه في الهواء فليس بثابت، و من عدم النقل عادة. و ليس بشيء، لأن آلات البناء منقوله في الأصل و صائره إلى النقل، و الشفعه إنما تثبت فيها تبعاً للأرض كما سبق و لا أرض هنا.

و لا فرق بين هذا السقف و سائر السقوف و الجدران، و الأصح عدم الثبوت.

ص: ٣٤٦

١- ١) قال السيد العاملي في المفتاح ٣٢١:٦. و المخالف انما هو الشيخ في المبسوط [١] قال: تثبت في الزرع و الثمار إذا دخلت في المبيع بالشرط. و في المبسوط ١٠٧:٣. و [٢] اما ما لم يكن أصلاً ثابت كالزروع و الثمار، فإذا دخلت في المبيع بالشرط كانت الشفعه واجبه في الأصل دونها. و هو كما ترى مخالف لما نقل في جامع المقاصد و المفتاح.

٢- ٢) لم ترد في النسختين، و أثبتناها من الحجريه لعدم استقامه المعنى بدونها.

و احترزنا بالمشترك عن غيره، فلا تثبت بالجوار، ولا فيما قسّم و مّيز إلا مع الشركه فى الطريق أو النهر إذا ضمهما البيع. قوله: (و احترزنا بالمشترك عن غيره، فلا يثبت بالجواز).

يلوح من عباره ابن ابى عقيل ثبوت الشفعه بالجوار حيث قال: و لا شفعه للجار مع الخليط (1) و هو ضعيف لقوله عليه السلام: «لا شفعه إلا لشريك مقاسم» (2).

قوله: (و لا فيما قسّم و مّيز إلا مع الشركه فى الطريق أو النهر إذا ضمنها البيع).

أى: إذا ضمهما البيع الى الشقص (المقسوم) (3) المتميز لعدم حصول كمال القسّمه، لبقاء الاشتراك فى المرافق، و لاستصحاب ما كان، و لحسنه منصور بن حازم عن الصادق عليه السلام و قد سأله عن دار فيها دور و طريقهم واحد فى عرصه الدار، فباع بعضهم منزله من رجل هل لشركائه فى الطريق أن يأخذوا بالشفعه؟ فقال: «إن كان باب الدار و ما حول بابها الى طريق غير ذلك فلا شفعه لهم، و إن باع الطريق مع الدار فلهم الشفعه» (4).

و معنى هذه: أن باب الدار المبيعه، و ما حول بابها الى الطريق المباح إن كان غير ذلك الطريق المشترك، أعنى الذى فى العرصه، بأن لم يكن البائع

ص: ٣٤٧

١- ١) المختلف: ٤٠٣. توضيح: قال فى المفتاح ٦: ٣٢٢: و قال العماني فيما حكى عنه: لا شفعه لجار مع الخليط، و هو يقتضى بثبوتها للجار لكن الخليط مقدم عليه.

٢- ٢) الكافى ٥: ٢٨١ حديث ٦، [١] الفقيه ٣: ٤٥ حديث ١٥٤، ١٥٧، التهذيب ٧: ١٦٦، ١٦٧ حديث ٧٤١، ٧٣٧، و فيها: «لا شفعه إلا لشريك غير مقاسم» و الظاهر ان (غير) ساقطه من النسخ، لان كل الأحاديث الوارده نصا و معنى تدل على ان الشفعه تثبت للشريك الغير مقاسم.

٣- ٣) لم ترد فى «ق»، و فى «م»: المشفوع، و ما أثبتناه من الحجريه.

٤- ٤) الكافى ٥: ٢٨٠ حديث ٢، [٢] الاستبصار ٣: ١١٧ حديث ٤١٧، و فيهما: «فقال: ان كان باع الدار و حول بابها»، التهذيب ٧: ١٦٥ حديث ٧٣١.

قد باع حقه من الطريق مع داره بل باع داره فقط، و سد بابها الأصلي و فتح لها باب الخروج الى الطريق المباح فلا شفعه حينئذ، لأن المبيع غير مشترك و لا فى حكم المشترك، إذ لم يبع معه ما كان موجبا لاستمرار حكم الشركة.

و فى صحيحه أخرى لمنصور بن حازم عن الصادق عليه السلام قال:

قلت له: دار بين قوم اقتسموها و أخذ كل واحد منهم قطعه، و تركوا بابهم ساحه فيها ممرهم، فجاء رجل فاشترى نصيب بعضهم، إله ذلك؟ قال:

«نعم، و لكن يسد بابه و يفتح باب الى الطريق، أو ينزل من فوق البيت و يسد بابه، و إن أراد صاحب الطريق بيعه فإنهم أحق به، و إلا فهو طريقه يجيء يجلس على ذلك الباب» (١).

و معنى هذه: أن الدار فى الأصل كانت مشتركه بين قوم فاقتموها، و تركوا ساحه منها هى ممرهم على الشركة، ثم باع بعضهم نصيبه المقسوم فقط دون نصيبه فى الساحه فإن له ذلك لكن يسد بابه إلى الساحه إذ لا حق له فيها، يفتح له بابا الى الطريق العام، أو يجعل له درجا ينزل به من فوق البيت.

و إن أراد صاحب الطريق -عنى الشريك فيه، و المراد به: الممر الذى فى العرصه- بيعه فإنهم أحق به فإخذونه بالشفعه، و إن لم يرد بيعه فهو طريقه، يجيء يجلس على ذلك الباب المسدود كما يكون حال الشريك مع شركائه، و هذه لم يذكر فيها حال الشفعه فى الشقص المقسوم، و فى روايه أخرى لمنصور بن حازم مثل هذه (٢)، إذا تقرر هذا فهنا مباحث:

الأول: قد اشتملت الروايات على ذكر القوم و الشركاء و ضمير الجمع، و المختار أن لا شفعه مع الكثره، و لا يمكن الاحتجاج بهذه الأخبار. قلنا: لما

ص: ٣٤٨

١- (١) الكافى ٥: ٢٨١، حديث ٩، [١] التهذيب ٧: ١٦٥، حديث ٧٣٢، الاستبصار ٣: ١١٧، حديث ٤١٨، و فيها: «و أخذ كل واحد منهم قطعه فبناها».

٢- (٢) التهذيب ٧: ١٦٧، حديث ٧٤٣.

دلت الدلائل على نفى الشفعه مع الكثره وجب حمل ما وقع من الألفاظ الداله على الجمع ها هنا على المختار جمعا بين الاخبار.

الثانى: قد ورد فى بعض هذه الأخبار «فأخذ كل واحد منهم قطعه فبناها» (١) كما ذكره فى المختلف (٢)، مع أن البناء الحادث لم يكن مشتركا فلا تثبت فيه الشفعه، قلنا: لا دلالة فى الروايه على ثبوت الشفعه فيه فلا أثر لذكره و عدمه.

الثالث: لو انتقل المقسوم مع بقاء الشركه فى الطريق الى غير المتقاسمين فهل تبقى الشفعه لكل منهما (٣) كما كانت للأولين؟ يحتمل ذلك لبقاء الشركه حكما إذ لم تحصل القسمة المائزه لمجموع النصيين، ولأن روايه منصور الاولى تشتمل على إطلاقها هذا الفرع (٤). والظاهر العدم، لأن ثبوت الشفعه على خلاف الأصل فيقتصر فيه على موضع اليقين، ولظاهر قوله عليه السلام: «لا شفعه إلا لشريك مقاسم» (٥).

الرابع: هل يشترط فى الطريق أو النهر المشتركين بعد تميز النصيين من الدار و نحوها قبولهما القسمة، حيث أن ما لا يقبل القسمة لا- شفعه فيه؟ لا- ريب فى الاشتراط إن بيع الشقص فيهما منفردا، وإن بيع منضمما الى الشقص المقسوم ففى عبارته الدروس ما يقتضى الاشتراط، حيث قال: ولا مع القسمة

ص: ٣٤٩

١- ١) الكافي ٥: ٢٨١ حديث ٩، [١] التهذيب ٧: ١٦٥ حديث ٧٣٢، الاستبصار ٣: ١١٧ حديث ٤١٨.

٢- ٢) المختلف: ٤٠٣.

٣- ٣) فى «م»: لكل واحد منهما على الآخر.

٤- ٤) الكافي ٥: ٢٨٠ حديث ٢، [٢] التهذيب ٧: ١٦٥ حديث ٧٣١، الاستبصار ٣: ١١٧ حديث ٤١٧.

٥- ٥) الكافي ٥: ٢٨١ حديث ٦، [٣] الفقيه ٣: ٤٥ حديث ١٥٧، ١٥٤، التهذيب ٧: ١٦٧ حديث ٧٤١.

الامع الاشتراك في الطريق و النهر و اللذين يقبلان القسمة على الخلاف (١).

و يشكل بأن قبول القسمة شرط لجميع المشفوع لا- لأبعاضه، و لأن هذه القسمة كلا قسمه، و إطلاق روايه منصور بن حازم (٢) يتناول ما إذا لم يكن قابلا للقسمة.

الخامس: لو لم تكن الدور مشتركة في الأصل، بل كان الاشتراك في الطريق فقط، فإن بيع الطريق وحده قال في التذكرة: فللشركاء الشفعة إن كان واحدا و أمكن قسمته و إلا فلا-، و هو جيد، و إن باع الدار بالمر قال: أيضا للشريك في الممر الشفعة في الدار و طريقها (٣). و ظاهر هذا الإطلاق يقتضى إثبات الشفعة و إن لم تكن الدار مشتركة في الأصل ثم طرأت عليها القسمة، و يؤيده انه حكى عن الشافعي أنه لا شفعة في الدار، لأنه لا شركة فيها، فصار كما لو باع شقفا من عقار مشترك و عقار غير مشترك.

ثم قال: و إن أرادوا أخذ الممر بالشفعة قال الشافعي: ينظر إن كان للمشتري طريق آخر الى الدار، أو أمكنه فتح باب آخر الى شارع فلهم ذلك على المشهور إن كان منقسما، و إلا فعلى الخلاف في غير المنقسم (٤).

ثم قال بعد كلام حكاه عن الشافعيه (٥): و الأقرب عندي أن الطريق إن كان مما يمكن قسمته، و الشريك واحد، و بيع مع الدار المختصة بالبائع صفقه للشريك الآخر أخذ الطريق خاصه إن شاء، و إن شاء أخذ الجميع، و إن لم يمكن قسمه لم يكن له أخذه خاصه، بل إما أن يأخذ الجميع أو يترك (٦)، هذا

ص: ٣٥٠

١- (١) الدروس: ٣٨٦.

٢- (٢) الكافي ٥: ٢٨٠، حديث ٢، التهذيب ٧: ١٦٥، حديث ٧٣١، الاستبصار ٣: ١١٧، حديث ٤١٧.

٣- (٣) المجموع ١٤: ٣٠٠، فتح العزيز (المطبوع مع المجموع) ١١: ٢٩٣.

٤- (٤) المجموع ١٤: ٣٠٠-٣٠١، فتح العزيز ١١: ٣٩٥-٣٩٦.

٥- (٥) انظر: المجموع ١٤: ٣٠٠-٣٠١، فتح العزيز ١١: ٣٩٧-٣٩٨.

٦- (٦) التذكرة ١: ٥٩٠. [١]

كلامه، فحاصل كلامه يرجع الى أمرين:

أحدهما: ان الشفعه تثبت في المبيع و إن لم يكن مشتركاً في الحال و لا في الأصل إذا كان طريقه أو شربه مشتركاً، و هو ظاهر اختياره في التحرير (١)، و ظاهر اختيار الشيخ في النهايه (٢) و المبسوط (٣)، و ابن إدريس في السرائر (٤)، و ظاهر عبارته القواعد حيث نفى ثبوت الشركه للجار و المقاسم إلا مع الاشتراك في الطريق أو النهر، و كذا الدروس (٥)، و الشرائع (٦)، و هو ظاهر كلام المختلف يظهر من جوابه عن حجه ابن ابي عقيل (٧)، و هو الذي يقتضيه صحيح النظر، لأن ضمن غير المشفوع الى المشفوع لا يوجب ثبوت الشفعه في غير المشفوع اتفاقاً.

و المبيع الذي لا شركه فيه في الحال و لا في الأصل ليس من متعلقات الشفعه قطعاً، إذ لو بيع وحده لم تثبت فيه شفعه بحال، و إثباتها لا يكون إلا لمحض الجوار، فإذا ضم الى المشترك وجب أن يكون الحكم كذلك، لعموم قوله عليه السلام: «لا شفعه إلا لشريك مقاسم» (٨) فإن المتبادر أن المراد في محل الشركه، و لا شركه ها هنا لا في الحال و لا في الأصل.

و حسنه منصور بن حازم (٩) و إن كانت مطلقه إلا أنها معارضه بعموم هذه، و الترجيح معنا إذ الشفعه على خلاف الأصل فيقتصر فيها على محل الوفاق.

ص: ٣٥١

١- ١) تحرير الأحكام ١: ١٤٥. ٢. [١]

٢- ٢) النهايه: ٤٢٤. [٢]

٣- ٣) المبسوط ١٠٧: ٣.

٤- ٤) السرائر: ٢٠.

٥- ٥) الدروس: ٣٨٦.

٦- ٦) شرائع الإسلام ٣: ٢٥٥. [٣]

٧- ٧) المختلف: ٤٠٣.

٨- ٨) الكافي ٥: ٢٨١، حديث ٤٦، [٤] الفقيه ٣: ٤٥، حديث ١٥٧، ١٥٤، التهذيب ٧: ١٦٧، حديث ٧٤١.

٩- ٩) الكافي ٥: ٢٨٠، حديث ٢، [٥] التهذيب ٧: ١٦٥، حديث ٧٣١، الاستبصار ٣: ١١٧، حديث ٤١٧.

و فى روايه أبى العباس البقباق: «الشفعه لا تكون الا لشريك» (١) و فى معناها روايه عبد الرحمن بن ابى عبد الله عنه عليه السلام (٢).

و فى روايه هارون بن حمزه الغنوى عن الصادق عليه السلام: «الشفعه فى السبوع إذا كان شريكا فهو أحق بها من غيره» (٣) أى: باعتبار الشركه، لأن تعليق الحكم على الوصف يشعر بالعليه.

و فى روايه عبد الله بن سنان عنه عليه السلام: «لا تكون الشفعه إلا لشريكين ما لم يتقاسما» (٤).

و فى روايه السكونى عن الصادق عليه السلام: «لا شفعه إلا لشريك غير مقاسم» (٥) و كل هذه حجه على عدم ثبوت الشفعه فى الدار الغير المشترك إذا كان الطريق مشتركاً، وقد اعترف فى التذكرة بأن هذه شفعه بالجوار (٦)، و بالجمله فهذا الجانب قوى جدا.

الأمر الثانى: انه على تقدير سعه الطريق اثبت للشريك الخيار بين أخذه فقط بحصه من الثمن، و بين أخذ المجموع، و مع ضيقه حتم أخذ المجموع (أو الترك) (٧).

و يرد عليه أن المجموع: إما أن يكون متعلق الشفعه أو لا، فإن كان الأول وجب أن يأخذ المجموع أو يترك، و ليس له تبعض الصفقه باختياره، و إن كان الثانى لم تثبت له شفعه فى غير الطريق و لافيه، إلا إذا كان واسعاً

ص: ٣٥٢

١- ١) التهذيب ٧:١٦٤ حديث ٧٢٥.

٢- ٢) التهذيب ٧:١٦٤ حديث ٧٢٦.

٣- ٣) الكافي ٥:٢٨١ حديث ٥، [١] التهذيب ٧:١٦٤ حديث ٧٢٨.

٤- ٤) الكافي ٥:٢٨١ حديث ٧، [٢] التهذيب ٧:١٦٤ حديث ٧٢٩.

٥- ٥) الكافي ٥:٢٨١ حديث ٦، [٣] الفقيه ٣:٤٥ حديث ١٥٧، التهذيب ٧:١٦٤ حديث ٧٣٧.

٦- ٦) التذكرة ١:٥٩٠. [٤]

٧- ٧) لم ترد فى «م».

و احترزنا بقبول القسمة عن الطاحونه، و الحمام، و بئر الماء، و الأماكن الضيقه، و ما أشبهها مما لا تقبل القسمة، لحصول الضرر بها، و هو إبطال المنفعه المقصوده منه فلا شفعه فيها على رأى. قابلا للقسمة، فما ذكره غير واضح.

قوله: (و احترزنا بقبول القسمة عن الطاحون، و الحمام، و بئر الماء، و الأماكن الضيقه، و ما أشبهها مما لا يقبل القسمة لحصول الضرر بها، و هو إبطال المنفعه المقصوده منه فلا شفعه فيها على رأى).

للأصحاب قولان-فيما إذا كان المشترك لا- يقبل القسمة كالحمام الضيق و نحوه، هل تثبت الشفعه لو بيع شقص منه؟- أحدهما: عدم الثبوت، و هو قول الشيخ (١)، و على بن بابويه (٢)، و ابن البراج (٣)، و سلالر، و أكثر المتأخرين (٤)، لظاهر روايه طلحه بن زيد، عن جعفر، عن أبيه، عن على عليه السلام: «لا شفعه إلا لشريك مقاسم» (٥).

و لأن الشفعه على (٦) خلاف الأصل، فيجب الاقتصار فيها على موضع اليقين، و هو الأصح.

ص: ٣٥٣

١- (١) النهايه: ٤٢٤.

٢- (٢) نقله عنه العلامة فى المختلف: ٤٠٣، و ولده فى إيضاح الفوائد ١٩٩: ٢.

٣- (٣) المهذب ٤٥٨: ١.

٤- (٤) منهم: المحقق فى شرائع الإسلام ٣: ٢٥٣، و فخر المحققين فى إيضاح الفوائد ١٩٩: ٢، و غيرهما.

٥- (٥) التهذيب ٧: ١٦٧ حديث ٧٤١، و فيه: «لا شفعه إلا لشريك غير مقاسم»، و لعل (غير) ساقطه من قلم النساخ.

٦- (٦) فى «ق»: الشفعه تثبت على.

وقال السيد (١)، والمفيد (٢)، وابن إدريس (٣)، وابن الجنيد (٤)، وابن البراج (٥): تثبت تمسكا بعمومات الأخبار الداله على ثبوت الشفعه من غير مخصص (٦)، والتخصيص يحتاج الى دليل، ولأن المقتضى لثبوت الشفعه، وهو إزاله الضرر عن الشريك، قائم في غير المقسوم.

و يجاب بما ذكرناه من روايه طلحه بن زيد (٧)، و موثقه السكوني، عن الصادق عليه السلام، عن رسول الله صلى الله عليه و آله: «لا- شفعه في سفينه، و لا في نهر، و لا في طريق» (٨) و ليس المراد الواسعين اتفاقا، لثبوت الشفعه فيهما- فلم يبق إلا أن يراد الضيقين فيكون الباقي كذلك إذ لا فاصله.

و ليس المراد من إزاله الضرر بالشفعه ما ذكره، بل إزاله ضرر طلب القسمة و مؤنتها، و هو منتف في محل النزاع.

و اعلم أن قول المصنف: (لحصول الضرر بها) دليل على أنها لا- تقسم، لتحقق كونها من محل النزاع، و هو تمهيد لقوله: (و هو إبطال المنفعه المقصوده منه) فإن هذا تفسير حصول الضرر بالقسمه.

و له تفسير آخر، و هو أن المنقسم ما لا- تنقص قيمته نقصانا فاحشا، و آخر و هو الذي يبقى منتفعا به بعد القسمة بوجه ما، فإذا خرج عن حد الانتفاع

ص: ٣٥٤

١- (١) الانتصار: ٢١٥.

٢- (٢) المقنعه: ٩٦. قال السيد العاملي في المفتاح ٣٢٤: ٦. و لا- سادس لهم فيما أجد إلا ما حكاه في الإيضاح عن المفيد، و لعله فهمه من قوله: كل مشاع، أو من قوله: بثبوتها في العروض.

٣- (٣) السرائر: ٢٥١.

٤- (٤) نقله عنه في المختلف: ٤٠٢-٤٠٣.

٥- (٥) قال في المفتاح ٣٢٤: ٦. و المخالف السيد. و القاضي، و لعله للقاضي في الكامل فكان له قولان.

٦- (٦) الكافي ٥: ٢٨١، حديث ٨، [١] التهذيب ٧: ١٦٤، حديث ٧٣٠، الاستبصار ٣: ١١٦، حديث ٤١٣.

٧- (٧) التهذيب ٧: ١٦٧، حديث ٧٤١، و فيه: «لا شفعه إلا لشريك غير مقاسم».

٨- (٨) الكافي ٥: ٢٨٢، حديث ١١، [٢] التهذيب ٧: ١٦٦، حديث ٧٣٨، الاستبصار ٣: ١١٨، حديث ٤٢٠.

و لو انتفى الضرر بقسمه الحَمَام تثبت الشفعه، و كذا لو كان مع البئر بياض أرض بحيث يسلم البئر لأحدهما، أو كان فى الرحى أربعة أحجار دائره يمكن أن ينفرد كل منهما بحجرين، أو كان الطريق واسعا لا تبطل منفعتة بالقسمه. بالكلية أما لضيق الخطه و قله النصيب، أو لأن أجزاءه غير منتفع بها وحدها كسرب القنى و مصراعى الباب فلا يقسم.

و سيأتى ذلك فى باب القسمه إن شاء الله تعالى، و لو سكت عن هذا لم يكن فيه الخلال.

قوله: (و لو انتفى الضرر بقسمه الحَمَام ثبت الشفعه، و كذا لو كان مع البئر بياض أرض بحيث تسلم البئر لأحدهما، أو كان فى الرحى أربعة أحجار دائره يمكن أن ينفرد كل منهما بحجرين، أو كان الطريق واسعا لا تبطل منفعتة بالقسمه).

إذا كان الحَمَام كبيرا جدا يمكن افراد حصه كل من الشريكين عن صاحبه من غير تضرر تثبت الشفعه، لانتفاء المانع، و كذا إذا كان مع البئر أرض تسلم البئر لأحدهما بعد التعديل (١).

و مثله إذا كان فى بيت الرحى أربعة أحجار دائره يمكن أن ينفرد كل منهما بحجرين، و كذا إذا كان الطريق واسعا لا تبطل منفعتة بالقسمه لانتفاء المانع فى الجميع.

و لو كان بيت الرحى واسعا بحيث يمكن جعل أكثر بيت الرحى موازيا لما فيه الرحى، قال فى التذكرة: تثبت الشفعه، قال: و هو مبنى على أنه لا يشترط فيما يصير لكل واحد منهما أن يمكن الانتفاع به من الوجه الذى كان ينتفع به قبل القسمه (٢).

ص: ٣٥٥

١- ١) فى «ق»: لأحدهما البئر مع التعديل.

٢- ٢) التذكرة ١: ٥٩٠. [١]

قال فى الدروس: و يلزم منه لو اشتملت الأرض على حمام أو بيت ضيق (١)، و أمكن سلامه الحمام أو البيت لأحدهما أن يثبت. و عندى فيه نظر للشك فى وجوب قسمه ما هذا شأنه. (٢).

قلت: لا وجه لهذا النظر بعد التصريح بالبناء المذكور، إذ الكلام حينئذ إنما يكون فى المبنى عليه.

فان قيل: فحال البئر مع الأرض أيضا هكذا.

قلنا: نعم إن كانت الأرض لا ينتفع بها من الوجه الذى كانت ينتفع به قبل القسمه، كما لو كانت معدة للزراعة و مأوها من ذلك البئر.

و فى التذكرة: ان المزرعه إذا انقسمت و لم ينقسم بئرها الأقوى ثبوت الشفعه فى البئر، لأنها تابعه كالأشجار (٣)، و هذا موضع نظر.

و لا فرق بين كون الشىء لا ينقسم لضيقه، و بين كونه كذلك لقله النصيب، فإن صاحب الأزيد لا يجب لو كان نصيب صاحب الأقل لا ينتفع به بعد القسمه، و قد نص عليه فى التذكرة (٤).

و ما ذكره فى التذكرة (٥)، و الدروس (٦) غير واضح (٧)، فإن تعديل الأرض مع البئر إن كان موجبا لقبول القسمه فكذلك تعديلها مع الرحى، و الحمام، و نحو ذلك.

ص: ٣٥٦

١- ١) فى «ق»: صغير، و فى «م» و الحجرية: «ضيقين»، و ما أثبتناه من المصدر.

٢- ٢) الدروس: ٣٨٦.

٣- ٣) التذكرة ٥٩٠: ١. [١]

٤- ٤) المصدر السابق.

٥- ٥) التذكرة ٥٩٠: ١. [٢]

٦- ٦) الدروس: ٣٨٦.

٧- ٧) فى «ق»: ظاهر.

و لو ضم المقسوم، أو ما لا- شفعه فيه الى ما فيه الشفعه ثبت في الثاني بنسبه قيمته من الثمن. و إنما ثبت لو انتقلت الحصه بالبيع، فلو وهب الشقص بعوض، أو جعله صداقا، أو عوضا عن صلح أو غير ذلك لم تثبت و قول المصنف في التذكره: إن هذا مبنى على أنه لا- يشترط فيما يصير لكل منهما أن يمكن الانتفاع به من الوجه الذى كان ينتفع به قبل القسمه غير ظاهر، لأن الأرض ينتفع بها كما كان ينتفع بها قبل القسمه، و لا يشترط تساوى الانتفاع فيما يصير الى كل منهما.

نعم لو كانت الأرض مزرعه و فيها بئر، و بعد التعديل و القسمه لا يمكن زرعها أمكن أن يقال هنا ما ذكره.

قوله: (و لو ضم المقسوم، أو ما لا شفعه فيه الى ما فيه الشفعه ثبت في الثاني).

خاصه، لإجماع علمائنا إعطاء لكل واحد منهما حكمه، و لا فرق بين كون غير المشفوع من مصالح المشفوع كالثيران للضيعة و عدمه، خلافا لمالك.

قوله: (بنسبه قيمته من الثمن).

أى: يثبت بنسبه قيمه المشفوع (١) الى مجموع القيمتين من الثمن، أى: يثبت من الثمن هذه النسبه، فإذا كانت قيمه المشفوع ثلث مجموع القيمتين فحصته من ثمن المجموع الثلث و هو ظاهر.

قوله: (و إنما يثبت لو انتقلت الحصه بالبيع، فلو وهب الشقص بعوض، أو جعله صداقا، أو عوضا عن صلح، أو غير ذلك لم تثبت الشفعه).

ص: ٣٥٧

الشفعة. و لو كان الشريك موقوفا عليه تثبت الشفعة فى الطلق إن كان واحدا على رأى. بإجماع علمائنا، لأن الشفعة من توابع البيع كما يدل عليه مفهوم الروايات (١)، و قول ابن الجنيـد بثبوتها فى الموهوب بعوض أو غيره (٢) شاذ، و يريد المصنف بقوله: (أو غير ذلك) ما لم يكن يبيعا كما هو ظاهر.

قوله: (و لو كان الشريك موقوفا عليه تثبت الشفعة فى الطلق إن كان واحدا على رأى).

هذا مختار ابن إدريس (٣)، و هو الأصح لثبوت المقتضى و هو كونه شريكا مقاسما، لأن الموقوف عليه مالك مع حصول البيع و انتفاء المانع، إذ ليس إلا كونه موقوفا عليه، و هو غير صالح للمانعيه، إذ الحجر عليه فى التصرف لا ينافى كونه مالكا.

و قال الشيخ: لا تثبت (٤)، لعدم انحصار الحق به. و جوابه: أن الغرض انحصاره الآدن، و انتقاله عنه بعد ذلك الى غيره كانتقال المملوك بالبيع و الموت، و نحو ذلك.

قال السيد المرتضى: لإمام المسلمين و خلفائه المطالبه بشفعة الوقوف التى ينظر فيها على المساكين أو على المساجد، و كذلك كل ناظر بحق فى وقف (٥).

و ينبغى عدم الثبوت هنا، لأن الملك فى ذلك إن كان للمسلمين فالكثرة مانعه، و إن كان لله تعالى فثبوت الشفعة مما يتوقف فيه، من حيث النظر فى أن

ص: ٣٥٨

١- (١) الكافى ٥: ٢٨١ حديث ٥٨، التهذيب ٧: ١٦٤ حديث ٧٢٨.

٢- (٢) المختلف: ٤٠٤.

٣- (٣) السرائر: ٢٥٣.

٤- (٤) المبسوط ٣: ٢٨٨. [١]

٥- (٥) الانتصار: ٢٢٠.

و الأقرب عدم اشتراط لزوم البيع، فلو باع بخيار تثبت الشفعه اشتراك أو اختص بأحدهما، ولا يسقط خيار البائع حينئذ.
ذلك ملك حقيقى.

و قال ابن إدريس: تثبت إن كان الموقوف عليه واحدا (١) و ارتضاه المتأخرون (٢).

فرع: لو بيع الوقف فى صوره الجواز تثبت للآخر الشفعه.

قوله: (و الأقرب عدم اشتراط لزوم البيع، فلو باع بخيار تثبت الشفعه، اشتراك أو اختص بأحدهما، ولا يسقط خيار البائع).

هذا مختار ابن إدريس (٣)، و قواه فى المختلف (٤)، و وجه حصول المقتضى، و هو البيع الناقل للمالك مع وجود الشريك، و انتفاء المانع إذ ليس الا الخيار، و هو غير صالح للمانع، لأن التزلزل لا أثر له.

قيل: يلزمه سقوط حق البائع من الخيار الثابت فى صلب العقد سابقا على حق الشفع.

قلنا: لا، بل حقه باق، فإن فسخ بطل البيع و الشفعه، و إن لم يفسخ حتى خرجت المده تثبت الشفعه و البيع معا.

قال الشيخ: إن كان الخيار للبائع أو له و للمشتري فلا - شفعه، لعدم انتقال الملك بمجرد العقد اليه، و إن كان للمشتري وجبت الشفعه، لانتقال الملك اليه بنفس العقد للزومه من جهه البائع، لكن يطالب بعد انقضاء الخيار (٥).

ص: ٣٥٩

١-١) السرائر: ٢٥٣.

٢-٢) يظهر من الإيضاح ٢:١٩٩ أنه يذهب اليه حيث ينفى المتقدمين اللتين اعتمد عليهما من ينفى ثبوتها.

٣-٣) السرائر: ٢٥٠.

٤-٤) المختلف: ٤٠٥.

٥-٥) المبسوط ٣:١٢٣. [١]

و كذا لو باع الشريك تثبت للمشتري.الأول الشفعة و إن كان لبائعه خيار الفسخ، و تبعه ابن البراج (١).

و كلام ابن الجنيدي (٢) قريب من كلام الشيخ، و الأصح (٣) ثبوت الاستحقاق فى الصور كلها لما قلناه، لكن ليس للشفيع الأخذ إلا بعد انقضاء الخيار مع عدم الفسخ، و هذا هو مختار المصنف حيث قال: (و لا يسقط خيار البائع حينئذ) و كان عليه أن يقول: و لا يسقط خيار ذى الخيار حينئذ، و لعله حاول بذلك الرد على ابن إدريس فإن ظاهره سقوط خيار البائع حينئذ (٤).

ثم حكى عن المصنف: أن أخذ الشفيع يقع مراعى، فإن فسخ البائع بطل الأخذ و إلا صح، قال: و لا اعلم به قائلًا.

ثم قال قال الشيخ: و إن اختص به المشتري تثبت الشفعة، و له المطالبة بها قبل انقضاء الخيار (٥) و يلزم من قول الفاضل أن تكون المطالبة مراعاة.

و يمكن القول بأن الأخذ يبطل خيار المشتري كما لو أراد الرد بالعيب فأخذ الشفيع، و لأن الغرض الثمن و قد حصل من الشفيع، إلا أن يجاب بأن المشتري يريد دفع الدرر عنه.

قوله: (و كذا لو باع الشريك تثبت للمشتري الأول الشفعة و إن كان لبائعه خيار الفسخ).

أى: لو باع الشريك الآخر الذى لم يبع حصته، و هو الشفيع حيث لم

ص: ٣٦٠

١- ١) المهذب ٤٥٥: ١.

٢- ٢) نقله عنه فى المختلف: ٤٠٥.

٣- ٣) فى «ق»: فالأقرب.

٤- ٤) السرائر: ٢٥٠.

٥- ٥) الخلاف ١١٠: ٢ مسألة ٢١ كتاب الشفعة.

فإن فسخ بعد الأخذ فالمشفوع للمشتري، وإن فسخ قبله فلا حق للبائع، وفي المشتري إشكال. يأخذ بالشفعه، وذلك في صورته ما إذا اشتمل البيع الأول على خيار للمشتري الأول - وهو الذي اشتمل بيعه على الخيار - الأخذ بالشفعه، لأنه شريك حقيقه وإن كان بيعه مشتملاً على خيار، إذ لا منافاه بين ثبوت الخيار و كونه مالكا المقتضى لكونه شريكاً.

قوله: (فإن فسخ بعد الأخذ فالمشفوع للمشتري، وإن فسخ قبله فلا حق للبائع، وفي المشتري إشكال).

أما إذا فسخ صاحب الخيار بعد الأخذ فوجه كون المشفوع للمشتري انه في وقت الأخذ كان شريكاً فاستحق الشفعه، فلما أخذ عن استحقاق و صار مالكا حقيقه فلا يضر طروء الفسخ المزيل للملك كما لو زال بسبب آخر، و أما إذا كان الفسخ قبل الأخذ فوجه عدم استحقاق البائع - اعنى البائع الأول الذي عاد اليه الملك بالفسخ - أنه لم يكن شريكاً في وقت البيع الثاني، و شرط الاستحقاق للشفعه ثبوت الشركه في وقت البيع.

و هل يستحق المشتري؟ - يعنى المشتري الأول و هو الذى فسخ بيعه - إشكال ينشأ من سبق ثبوتيه و الأصل بقاؤه، و من زوال سبب الاستحقاق قبل الأخذ فيزول الاستحقاق، و هو الأصح.

فعلى هذا يشترط لثبوت الشفعه كونه شريكاً وقت البيع و وقت الأخذ، فلو باع الشريك استحقاقه بعد بيع شريكه لم يستحق شفعه و لو كان جاهلاً، و سيأتى إن شاء الله تعالى أن فيه وجهين.

و اعلم أن عبارته المصنف تشعر بأن استحقاق الشفعه للمشتري الأول مع الخيار إنما هو حيث يكون الخيار للبائع، إذ العطف، ب(ان) الوصلية يقتضى أن يكون هذا هو الفرد الأخرى، مع أن ثبوت الشفعه إذا كان الخيار للمشتري

الفصل الثاني: في الآخذ و المأخوذ منه.

أما الآخذ: فكل شريك متحد بحصه مشاعه قادر على الثمن، فلا تثبت لغير الشريك الواحد على رأى، أخفى، خصوصا إذا طرأ الفسخ من قبله.

و أما أن لا يكون العطف صحيحا، أو يكون المراد عدم ثبوت الشفعه للمشتري إذا كان له خيار، و الظاهر أنه لا فرق بين أن يكون الخيار له أو لا، و على قول الشيخ بعدم انتقال المبيع إلا بعد انقضاء خيار البائع (١) فيجب أن يكون الخيار له لبقاء الشركه و لو فسخ فأولى.

قوله: (فكل شريك متحد بحصه مشاعه قادر على الثمن، فلا تثبت لغير الشريك الواحد على رأى).

هذا هو المشهور و كاد يكون إجماعا، و ادعاه ابن إدريس (٢)، و تدل عليه صحيحه ابن سنان، عن الصادق عليه السلام: «لا تكون الشفعه إلا لشريكين ما لم يتقاسما، فإذا صاروا ثلاثة فليس لواحد منهم شفعه» (٣).

و قال ابن الجنيدي (٤)، و الصدوق بثبوتها مع الكثره (٥)، لروايات

ص: ٣٦٢

١- (١) المبسوط ١٢٣: ٣. [١]

٢- (٢) السرائر: ٢٥٠.

٣- (٣) الكافي ٥: ٢٨١، حديث ٧: [٢] التهذيب ٧: ١٦٤، حديث ٧٢٩، الاستبصار ٣: ١١٦، حديث ٤١٢.

٤- (٤) المختلف: ٤٠٣.

٥- (٥) الفقيه ٣: ٤٦، علما بان الصدوق فصل حيث شرط الشفعه بين شريكين فى الحيوان خاصه، و أما فى غير الحيوان فالشفعه واجبه للشركاء و ان كانوا أكثر من اثنين. و قال فى المفتاح ٦: ٣٣١: «و قد نسب إليهما معا ثبوتها مع الكثره من دون تفصيل: أبو العباس فى المقتصر و المهذب، و المحقق الثانى فى جامع المقاصد و [٣] غيرهما. و حكى المصنف فى المختلف و ولده عن أبى على ثبوتها مع الكثره، و حكيا عن الصدوق فى الفقيه التفصيل المذكور.

و لا للعاجز، و لا المماطل و الهارب. ضعيفه (١)، لا تنهض حجه مع معارضتها بأقوى منها، و المذهب الأول.

قوله: (و لا للعاجز و لا المماطل و الهارب).

اشتراط القدره على الثمن يقتضى أن لا شفعه للعاجز، و يتحقق العجز باعترافه، و هل يتحقق بفقره و إعساره؟ فيه نظر: لإمكان أن يحصله بقرض و نحوه فينتظر به الثلاثة.

و المراد ب(المماطل): القادر على الأداء و لا يؤدي، و هل يتحقق كونه مماطلا قبل الثلاثة؟ ظاهر إطلاقهم يقتضى ذلك، و لإشعار روايه ابن مهزيار عن الجواد عليه السلام: بانتظاره ثلاثة أيام حيث لم ينض الثمن (٢).

أما الهارب فإن كان قبل الأخذ فلا شفعه له، و إن بعده فللمشترى الفسخ، و لا يتوقف على الحاكم كما صرح به فى التحرير (٣)، لعموم: «لا ضرر و لا ضرار» (٤)، و لأن الأخذ لما كان مبنيا على القهر لم يلزم المشترى حكمه، بخلاف ما إذا هرب المشترى عن أداء ثمن المبيع.

و إن قيل: من اين دخل المماطل و الهارب فى مفهوم المخالفه فى قوله:

(قادر على الثمن)؟ قلنا: باعتبار المقصود من القدره، و هو بذل الثمن، إذ لا أثر للقدره المجرده، فعبر عن المسبب بالسبب، و المراد بالثمن هنا: المثل أو قيمه كما لا يخفى.

ص: ٣٤٣

١- ١) انظر: الفقيه: ٣: ٤٥ حديث ١٥٦، ١٥٥.

٢- ٢) التهذيب ٧: ١٦٧ حديث ٧٣٩.

٣- ٣) تحرير الأحكام ٢: ١٤٥. [١]

٤- ٤) الكافي ٥: ٢٩٢ حديث ٢: [٢] الفقيه ٣: ٤٥ حديث ١٥٤، التهذيب ٧: ١٦٤ حديث ٧٢٧، سنن ابن ماجه ٢: ٧٨٤ حديث ٢٣٤٠،

٢٣٤١، مسند أحمد ١: ٣١٣ و ٥: ٣٢٧، سنن الدار قطنى ٤: ٢٢٧ حديث ٨٣.

فإن ادعى غيبه الثمن أجل ثلاثة أيام، فإن أحضره و إلا بطلت شفيعته بعدها. و لو ذكر أنه في بلد آخر أجل بقدر وصوله منه و ثلاثة أيام بعده ما لم يستضر المشتري.

قوله: (فإن أحضره و إلا بطلت شفيعته بعدها).

أى: إن أحضر الثمن على رأس الثلاثة فهو أحق، و إلا بطلت شفيعته بعد مضيها إن لم يكن أخذ، فإن أخذ فللمشتري الفسخ.

ثم إن ابتداء الثلاثة من حين البيع أم من حين علمه به؟ ظاهر الرواية تشعر بالثاني، لأن فيها: فذهب على أن يحضر المال فلم ينض، فقال عليه السلام: «إن كان معه بالمصر فلينتظر به ثلاثة أيام» (1). فإن المتبادر من ذلك انتظار ثلاثة أيام من حين ذهابه لإحضار المال، و ذهابه لذلك واجب على الفور كما كان أخذه فوراً من حين العلم، و تعتبر الثلاثة ملفقه و لو وقع البيع في خلال اليوم.

و هل تعتبر الليالي بحيث يلفق ثلاثة أيام و ثلاثة ليال؟ لا تصریح بذلك، و لو قلنا: إن مسمى اليوم شامل للياليه اعتبرت، نعم لو وقع البيع أول الليل فالليالي داخله هنا تبعاً.

قوله: (و لو ذكر أنه في بلد آخر أجل بقدر وصوله).

أى: لو ذكر الشفيع أن الثمن في بلد آخر أجل مقدار ما يسافر الى تلك البلده و يعود، ملحوظاً في ذلك حصول الرفيق إن احتيج إليه عادة و الظاهر أنه لا يجب عليه استئجار الرفقاء لذلك بل ينتظر حصولهم كما هو المستمر في العاده.

ص: ٣٦٤

فإن كان المشتري مسلماً اشترط في الشفيع الإسلام و إن اشتراه من ذمى، و إلا فلا. و للأب و إن علا الشفعه على الصغير و المجنون و إن كان هو المشتري لهما، أو البائع عنهما على اشكال، و هل يستثنى له وقت تكون فيه في ذلك البلده زياده؟ الظاهر لا، لاندفاع الحاجه بالثلاثه الأيام، و هذا إذا لم يتضرر المشتري بالصبر، و يتحقق تضرره بطول المسافه بما لم تجر العاده بمثله، فحيثذ إنما يثبت التأجيل بما ذكر إذا لم يلزم طول كثير لم تجرد العاده بمثله، كسفر من العراق الى الشام، و نحو ذلك و المحكم في ذلك العرف.

قوله: (فإن كان المشتري مسلماً اشترط في الشفيع الإسلام و إن اشتراه من ذمى، و إلا فلا).

لما كان الشفيع إنما يأخذ من المشتري اشترط إسلام الشفيع إن كان المشتري مسلماً: لأن الشفعه حق قهري فلا تثبت للكافر على المسلم لقوله تعالى وَ لَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً (١) سواء كان البائع مسلماً أو ذمياً، و إن لم يكن المشتري مسلماً لم يشترط إسلام الشفيع و إن كان البائع مسلماً.

قوله: (و للأب و إن علا الشفعه على الصغير و المجنون و إن كان هو المشتري لهما أو البائع عنهما على اشكال).

لا-ريب أن للأب و إن علا- الشفعه على الولد للعموم، و لا بحث في البالغ العاقل، إنما الكلام في الصبي و المجنون إذا كان هو المشتري لهما أو البائع عنهما، فإن فيه اشكالا عند المصنف ينشأ: من أن إيقاع العقد يتضمن الرضى به و ذلك مسقط للشفعه، و من أن إيقاع العقد المذكور تمهيد للأخذ

ص: ٣٦٥

و كذا الوصى على رأى، و الوكيل. بالشفعه و تحقيق لسببه، فلا يكون الرضى به مسقطا لها، إذ الرضى بالسبب من حيث هو سبب يقتضى الرضى بالمسبب فكيف يسقط.

و لا يتخيل أن البيع أو الشراء المذكورين مع إرادته الشفعه لا يقعان صحيحين، إذ لا غبطه للصغير (١) و المجنون فى ذلك، لأن الفرض صحه التصرف، و هو مقيد بالمصلحه فمتى وجدت صح. و إلا فلا، و الأصح الثبوت.

و هل يستحق الولد على والده شفعه، ف يأخذ منه لو كان مشتريا؟ فيه احتمالان، و فى الاستحقاق قوه.

قوله: (و كذا الوصى على رأى).

أى: له الأخذ بالشفعه إذا باع أو اشترى لمن هو مولى عليه، خلافا للشيخ فإنه جَوَّز فى الأب و الجد له ذلك، و منع فى الوصى إذا باع مال المولى عليه (٢)، إذ لا يؤمن (٣) أن يترك النظر و الاستقصاء، و تسامح فى البيع ل يأخذ بالثمن و النجش، كما أنه لا يمكن من بيع ماله لنفسه بخلاف الأب و الجد له، لأن ولايتهما أقوى و شفعتهما أكثر، و يجوز لكل منهما أن يبيع من نفسه.

و الأصح الجواز، لأن الفرض وقوع البيع على الوجه المعتبر فلا- يرد ما ذكره و لو رفع الأمر إلى الحاكم فباع فأخذ بالشفعه فلا بحث فى الصحه.

قوله: (و الوكيل).

أى: فى الشراء أو فى البيع له أن يأخذ بالشفعه لنفسه قولا واحدا بخلاف الوصى، لأن الموكل ناظر لنفسه يعترض و يستدرك إن وقف على تقصير

ص: ٣٦٦

١- ١) فى «م»: للطفل.

٢- ٢) المبسوط ٣: ١٥٨. [١]

٣- ٣) فى «م»: لا يؤمن عليه.

و تثبت للصغير و المجنون، و يتولى الأخذ عنهما الولي مع المصلحه، فلو ترك فلهما بعد الكمال المطالبه، إلا أن يكون الترك أصلح. الوكيل، و الصبي عاجز عن ذلك. و استشكل ذلك المصنف في التذكرة بأنه كيف تتحقق الشفعه مع قصد البيع و رضاه به (١)، و جوابه يعرف مما سبق.

قوله: (و تثبت للصغير و المجنون و يتولى الأخذ عنهما الولي مع المصلحه، فلو ترك فلهما بعد الكمال المطالبه، إلا أن يكون الترك أصلح).

لا شبهه في ثبوت الشفعه بشروطها للصغير و المجنون، و به روايه عن علي عليه السلام (٢)، و يتولى الأخذ عنهما الولي بشرط المصلحه كسائر التصرفات، فلو ترك في موضع الثبوت فلهما بعد الكمال المطالبه، و لو ترك لانتفاء (٣) المصلحه فلا شفعه فليس لهما بعد الكمال المطالبه.

و اعلم ان قوله: (فلو ترك فلهما بعد الكمال المطالبه، إلا- أن يكون الترك أصلح) يقتضى أنه لو جهل الحال لهما المطالبه بعد الكمال، لشمول قوله: (فلو ترك فلهما بعد الكمال المطالبه) لذلك، إذ لو قيد بثبوت المصلحه لم يكن الاستثناء متصلاً، و هو خلاف الظاهر، و في استحقاقهما المطالبه و الحال هذه نظر، لأن المطالبه فرع الثبوت حيثئذ، و الثبوت إنما يتحقق مع المصلحه، و الغرض جهاله الحال فلا مقتضى للثبوت، و هذا وجيه.

ص: ٣٤٧

١- (١) التذكرة ٥٩٢: ١. [١]

٢- (٢) الكافي ٥: ٢٨١ حديث ٦، التهذيب ٧: ١٦٦ حديث ٧٣٧. قال في المفتاح ٦: ٣٣٦: و هو و ان خص اليتيم و الغائب الا- انه لا قائل بالفصل بين الصبي و المجنون، بل و السفیه. و قد سمعت ما في جامع المقاصد من جعل الصبي و المجنون من سنخ واحد حيث نسب ذلك الى الروايه.

٣- (٣) في «ق»: لا نقضاء.

و لو أخذ الولي مع أولويه الترك لم يصح، و الملك باق للمشتري. و تثبت للغائب و السفیه و المكاتب و إن لم يرض المولى، و يملك صاحب مال القراض بالشراء لا بالشفعه إن لم يكن ربح أو كان، لأن العامل لا يملكه بالبيع و له الأجره. قوله: (و لو أخذ الولي مع أولويه الترك لم يصح و المالك باق للمشتري).

لا ريب أنه لو أخذ مع عدم المصلحه لا يصح الأخذ، لأن فعله مقيد بالمصلحه و قوله: (و الملك باق للمشتري) يمكن أن يكون من تتمه قوله:

(و لو أخذ.)، و يمكن أن يكون من تتمه قوله: (فلو ترك فلهما المطالبه بعد الكمال) فيكون جوابا عن سؤال مقدره تقديره: انه لو ثبت الاستحقاق بعد الكمال لكان الأخذ إنما هو بالعقد السابق، فيكشف ان الملك لم يكن للمشتري.

و جوابه: أن الملك باق للمشتري، و الأخذ إنما يفيد الملك من حينه، كذا في بعض حواشى الشهيد. و ليس بشىء، لأن العبارة تأباه، و كلام التذكره (1) يشهد بأن هذا من تتمه قوله: (و لو أخذ).

قوله: (و يثبت للغائب و السفیه و المكاتب و إن لم يرض المولى).

للعوم، و قد انقطعت سلطنه المولى عن المكاتب، و إنما يأخذ للسفيه وليه.

قوله: (و يملك صاحب مال القراض بالشراء لا بالشفعه إن لم يكن ربح، أو كان، لأن، العامل لا يملكه بالبيع و له الأجره).

أى: لو اشترى العامل بمال المضاربه شقصا لرب المال فيه شركه ملك

ص: ٣٦٨

رب المال الشقص بالشراء لا بالشفعة، لأنه مشتر بعين ماله فلا يقع الشراء إلا له، ولا يجوز أن يستحق أن يملك ملكه، بخلاف الجنايه الموجهه للقصاص فإنها ليست مالا، سواء لم يكن هناك ربح أصلا أو كان، لأن العامل لا يملك الربح بالبيع، إذ البيع إنما يقع للمالك لأنه بماله، بل يملكه إما بالبيع بعد الظهور أو بالإنضاض و له الأجره على المالك.

و فى حواشى شيخنا الشهيد: أن فى ذلك نظرا، لأنه سيجىء فى فتوى المصنف أن الربح يملك بالظهور، و حينئذ فيملك العالم بقدر حصته من الشقص فيكون شريكا. ثم أجاب بما لا يدفع السؤال، ثم اعترف بورود السؤال.

و فى التذكرة حكى عن بعض الشافعية وجها ثالثا فى هذه المسألة، و هو أن للمالك أن يأخذ بحكم فسخ المضاربه، لأنه لما امتنع استحقاقه الشفعه لم يثبت، أما استحقاقه قطع سلطنه العالم عن الشقص فإنه ممكن، فلا- يلزم من انتفاء الشفعه لامتناعها انتفاء هذا، كما نقول: إذا جنى المرتهن على عبد آخر للمولى كان له فكه من الرهن بسبب الجنايه، و حينئذ فيكون له على المولى أجره المثل عن عمله لكونه محترما، سواء ظهر ربع أم لا (١).

و يرد عليه أن فسخ المالك إذا طرأ على المضاربه لا يسقط استحقاق العامل من الربح الذى قد ثبت استحقاقه، لأن الفسخ إنما يؤثر بالنسبه إلى مستقبل الزمان لا فيما مضى، فيجب أن يقال: إن ظهر ربح للعامل حقه منه إن قلنا بملكه بالظهور، و إلا فله الأجره و هو المطابق لما فى الدروس (٢).

لكن يرد عليه أيضا ان هذا الحكم ثابت فى جميع أقسام المضاربه، فلا خصوصيه لكون الشقص مشفوعا فى ثبوت الفسخ.

ص: ٣٦٩

١- ١) التذكرة ١: ٦٠٠. [١]

٢- ٢) الدروس: ٣٨٧.

و أما المأخوذ منه: فهو كل من تجدد ملكه بالبيع، و احترزنا بالتجدد عن شريكين اشترى دفعه. و يمكن الجواب عن السؤال الأول: بأن العامل و إن استحق الحصة من الربح بالظهور إلا أن استحقاق الاختصاص بالعين بسبب الشركة سلط المالك على قطع استحقاقه من العين، فإن الشركة هنا إن لم تكن موجه لاستحقاقه التملك، لكونه (مالكا) (١) حقيقه، فلتكن دفعه لتملك العامل بعض العين.

و متى فات حقه من الربح استحق أجره المثل، و لو لم يظهر ربح ففي استحقاقه الأجره إلى حين الفسخ كلام يأتي إن شاء الله تعالى، و هذا لا بأس به.

إذا عرفت ذلك فقول المصنف: (لأن العامل لا يملكه بالبيع) تعليل لقوله: (و يملك صاحب مال القراض بالشراء لا بالشفعه) على تقدير الربح، و معناه أن استحقاق العامل متأخر عن العقد فلا يمكن أخذه بالشفعه، و فيه تنبيه على (الاستحقاق بها و اختصاص العين) (٢) من دون العامل و إن ظهر ربح، لأن حق المالك - و هو الاختصاص بسبب الشركة - أسبق فلا يزيله حق العامل الطارئ، بل للمالك فسخ استحقاقه و ينتقل إلى أجره المثل، و هذا هو تحقيق هذا المحل.

قوله: (و أما المأخوذ منه: فهو كل من تجدد ملكه بالبيع، و احترزنا بالتجدد عن شريكين اشترى دفعه).

في كون هذا احتراز عن شراء الشريكين دفعه مناقشه، لأن كلا منهما يصدق عليه الضابط المذكور، و هو انه تجدد ملكه بالبيع، و لو قال: و هو كل من تجدد ملكه بالبيع لشقص من عقار مشترك لكان أولى.

ص: ٣٧٠

١- ١) لم ترد في «ق».

٢- ٢) في «ق»: استحقاق الغير.

و لو باع المكاتب شقصا بمال الكتابه ثم فسخ السيد الكتابه للعجز لم تبطل الشفعه. و لو اشترى الولي للطفل شقصا فى شركته جاز أن يأخذ قوله: (و لو باع المكاتب شقصا بمال الكتابه، ثم فسخ السيد الكتابه للعجز لم تبطل الشفعه).

أى: لو باع المكاتب سيده شقصا من مشترك بمال الكتابه الذى فى ذمته للسيد، ثم فسخ السيد الكتابه لعجز المكاتب لم تبطل الشفعه للشريك الثابته بالبيع و إن ملك السيد جميع ما فى يد المكاتب حينئذ لعوده الى الرق، لأن التصرفات (١) السابقه منه كانت صحيحه معتبره، و قد انقطعت سلطنه السيد عنه حينئذ.

لا يقال: بالفسخ بطلت الكتابه فيبطل العوض الذى هو ثمن المبيع فيبطل البيع، فكيف تثبت الشفعه؟ لأننا نقول: بطلان الكتابه حين الفسخ لا قبله، فلا يبطل البيع السابق.

و احتمال المصنف فى التحرير بطلانها لخروجه عن كونه مبيعا (٢)، و فيه منع. و يحتمل أن تكون الباء للسببيه، بأن يكون بيع المكاتب بسبب مال الكتابه لشخص آخر فتثبت الشفعه بهذا البيع للسيد إن كان هو الشريك، أو غيره على المشتري إن كان هو السيد أو غيره.

و جعله شيخنا الشهيد فى حواشيه أولى، لأن البيع بمال الكتابه لا يتم إلا إذا أريد به البيع ببعضه. و ليس بواضح، لإمكان البيع بجميع نجوم الكتابه بعد الحلول.

قوله: (و لو اشترى الولي شقصا للطفل فى شركته جاز أن يأخذ

ص: ٣٧١

١- ١) فى «ق» و «م»: تصرفات.

٢- ٢) تحرير الأحكام ١٥٤: ٢. [١]

بالشفعة، و لو حابى فى مرض الموت فإن خرج من الثلث أخذه الشفيع بالمسمى، و إلا ما يخرج منه بالنسبه بالشفعه).

نزل شيخنا الشهيد فى حواشيه هذا التكرار على أحد أمرين: تخصيص الاشكال السابق بالبيع، و الرجوع عن الإشكال إلى الجزم فتكون فائدته ذلك، و هو تكلف بين قوله: (و لو حابى فى مرض الموت فإن خرج من الثلث أخذه الشفيع بالمسمى، و إلا ما يخرج منه بالنسبه).

أى: لو باع المريض بيعا فيه محاباه-و هى العطيه-أى: باع بيعا مشتملا على عطيه بأن باع بدون ثمن المثل، فإن خرجت المحاباه من الثلث-بناء على أن تبرعات المريض إنما تكون من الثلث-فالبيع صحيح و يأخذ الشفيع بالمسمى.

و إن لم تخرج من الثلث فما يخرج منه بنسبته من الثمن على أصح الوجهين، فلا- يبطل من المبيع شىء إلا و يبطل من الثمن ما يقابله، فتكون المسأله دوريه حيث أنه لا- يعرف قدر ما يصح فيه من المبيع، إلا بعد أن يعرف قدر التركه ليخرج المحاباه من ثلثها، و لا يعرف ذلك إلا إذا عرف قدر الثمن، لأنه محسوب من التركه لانتقاله الى ملك المريض بالبيع.

فلو باع ما قيمته مائتان-و هو تمام تركته-بمائه فطريقه أن نقول: صح البيع فى شىء من الشقص بنصف شىء من الثمن، و هو شىء قيمته نصف شىء، فقد حابى بنصف شىء هو ثلث التركه فيجب أن يبقى مع الورثه ضعفه، فيجب أن يبسط المبيع على شىء و نصف، فالشىء ثلثاه فيصح البيع فى ثلثيه بثلثى الثمن.

و إن كان الوارث الشفيع و للولى البائع عن أحد الشريكين الأخذ للآخر، و كذا الوكيل لهما. و الوجه الآخر أن يصح البيع فى ثلث التركة، و ما قابل الثمن بمثل (١) الثمن، فيصح البيع فى خمسة أسداس الشقص بكل الثمن، و ليس للمشتري الجاهل الفسخ لتبعض الصفقه حينئذ، إلا إذا لم يأخذ (٢) الشفيع بالشفعه، قاله فى التذكرة (٣).

و لا فرق بين أن يكون الشفيع وارثا أو لا عندنا، لأن المحاباه للوارث جائزه عندنا خلافا للعامه، فلذلك اختلفوا: فمنهم من حكم بصحة البيع و منع الشفعه، و منهم من منعها، و منهم من أثبتها، و منهم من أثبت الشفعه بمقدار (٤) الثمن فقط، و كل هذا ساقط عندنا.

و الى ذلك أشار بقوله: (و إن كان الوارث الشفيع).

و لو عكس فقال: و إن كان الشفيع الوارث لكان أوفق لمراهه، إذ المراد: إثبات الحكم للشفيع على تقدير كونه وارثا، لا للوارث على تقدير كونه شفيعا.

قوله: (و للولى البائع عن أحد الشريكين الأخذ للآخر، و كذا الوكيل لهما).

مع مراعاة المصلحه، و لا يرد الاشكال بالرضى، لأنا قد أجبنا عنه.

و المراد ب(الوكيل): من كان له نيابه الأخذ إما لعموم التوكيل، أو لشمول و كاله للأخذ بالشفعه، إذ الوكيل فى البيع ينزل بفعله.

ص: ٣٧٣

١ - ١) فى «م»: بكل.

٢ - ٢) فى «ق»: يأذن.

٣ - ٣) التذكرة ٩٥٣: ١. [١]

٤ - ٤) فى «م»: فى مقدار.

و لو بيع شقص فى شركه حمل لم يكن لوليه الأخذ بالشفعه إلا بعد أن يولد حيا. و لو عفا ولى الطفل مع غبطه الأخذ كان للولى أيضا المطالبه على اشكال ينشأ: من أدائه إلى التراخى، بخلاف الصبى عند بلوغه لتجدد الحق له حينئذ. و لو ترك لإعسار الصبى لم يكن له الأخذ بعد يساره، و لا قوله: (و لو بيع شقص فى شركه حمل لم يكن لوليه الأخذ بالشفعه إلا بعد أن يولد حيا).

أما عدم الأخذ له إذا كان حملا فلعدم تيقن حياته و لا ظنها بالاستناد الى الاستصحاب، و أما أخذه بعد أن يولد فلعموم دلائل الشفعه. و يحتمل العدم، لأن الحمل لا يملك بالابتداء إلا الإرث بالوصيه فلا يمكن إنشاء ملك له.

و يشكل بأنه لو لم يمكن له صلاحيه الملك لم يرث، و مختار المصنف هنا هو مختاره فى التذكره (١)، و فيه قوه، و تردد فى الدروس (٢).

قوله: (و لو عفا ولى الطفل مع غبطه الأخذ كان للولى أيضا المطالبه على اشكال ينشأ: من أدائه إلى التراخى، بخلاف الصبى عند بلوغه لتجدد الحق له حينئذ).

و من أن الحق ثابت للطفل، و الفرض بطلان العفو، فللولى المطالبه به كسائر الحقوق، و تقصيره بالتراخى لا يسقط حق الطفل، و الحق لا يتجدد للصبى عند البلوغ و إنما المتجدد أهليه الأخذ و الحق ثابت قبل ذلك، و الأصح أن له المطالبه.

قوله: (و لو ترك لإعسار الصبى لم يكن له الأخذ بعد يساره، و لا

ص: ٣٧٤

١-١) التذكره ٦١٠: ١. [١]

٢-٢) الدروس: ٣٨٧.

للصبي. و المغمى عليه كالعائب و للمفلس الأخذ بالشفعة، و ليس للغرماء الأخذ بها، و لا إجباره عليه، و لا منعه منه و إن لم يكن له فيها حظ، نعم لهم منعه من دفع المال ثمنًا فيها، للصبي).

إذ لا حق حينئذ، لعدم الاستحقاق من وقت البيع فليس له المطالبة و لا للصبي.

قوله: (و المغمى عليه كالعائب).

و إن تطاول الإغماء، و لا ولاية لأحد عليه فلا يتصور الأخذ عنه.

قوله: (و للمفلس الأخذ بالشفعة).

للعوموم الشامل له، و ربما رضى الغرماء بدفع الثمن أو المشتري بدمته.

قوله: (و ليس للغرماء الأخذ بها).

إذ لا ملك لهم، و لا له قبل الأخذ ليثبت لهم استحقاقه.

قوله: (و لا إجباره عليه، و لا منعه منه و إن لم يكن له فيها حظ).

أى: و لا لهم إجباره على الأخذ، إذ لا يجب عليه الاكتساب لهم و لا منعه من الأخذ، لأن ذلك حق له، و ليس من لوازمه التصرف فى الأموال التى تعلقت حقوقهم بها، فلا تعلق لهم بذلك و إن لم يكن له فى الأخذ حظ و غبطة.

قوله: (نعم لهم منعه من دفع المال ثمنًا فيها).

أى: فى الشفعة، لسبق تعلق حقوقهم بالأموال السابقة و المتجدده و لو بهبه و اكتساب كما سبق (1).

ص: ٣٧٥

١- ١) فى «م»: على ما سبق.

فإن رضى الغرماء بالدفع أو المشتري بالصبر تعلق حق الغرماء بالمشفوع وإلا كان للمشتري الانتزاع، وللعبد المأذون فى التجاره الأخذ بالشفعه، ولا يصح عفوہ. و لو بيع شقص فى شركه مال المضاربه للعامل الأخذ بها مع عدم الربح قوله: (فإن رضى الغرماء بالدفع أو المشتري بالصبر تعلق حق الغرماء بالمشفوع وإلا كان للمشتري الانتزاع).

أى: إذا أخذ فإن رضى الغرماء بدفع الثمن من أمواله فقد استقر ملكه، وكذا لو رضى المشتري بالصبر فيتعلق حق الغرماء على كل من التقديرين بالمشفوع، لتعلق حقهم بما يتجدد له من المال، وإلا-أى: وإن انتفى الأمران- فللمشتري الانتزاع للضرر بأخذ الملك منه قهرا من غير دفع ثمن.

قوله: (و للعبد المأذون فى التجاره الأخذ بالشفعه).

لأنه من جملة أقسام التجاره.

قوله: (و لا يصح عفوہ).

بخلاف الوكيل فإن له أن يفعل ما تقتضيه المصلحه إذا كان وكيلا عاما فإذا عفا مع المصلحه لم يكن للموكل المطالبه، صرح به فى التذكره (١).

و الفرق أن الأذن للعبد استخدام له، وهو أضعف من التوكيل، ولهذا ينزل بالإباق.

قوله: (و لو بيع شقص فى شركه مال المضاربه للعامل الأخذ بها مع عدم الربح).

إذ لا مانع حينئذ، لانتفاء تكثر الشركاء، و كونه نائبا للمالك فى التصرف

ص: ٣٧٤

و مطلقا إن أثبتناها مع الكثرة، فإن تركها فللمالك الأخذ. و قيل: تثبت مع الكثرة، فقيل: على عدد الرؤوس، و قيل: على قدر السهام.

فروع على القول بالثبوت مع الكثرة

إشارة

فروع على القول بالثبوت مع الكثرة:

بمال المضاربه بكل ما يشتمل على الغبطه قوله: (و مطلقا إن أثبتناها مع الكثرة).

أى: و له الأخذ مع عدم الربح، و معه على القول بثبوت الشفعه مع الكثرة لا بدونه بالنسبه الى الأمر الثانى، لأنه مع الربح يكون شريكا للمالك فى الشقص فيتعدد الشركاء.

قوله: (فإن تركها فللمالك الأخذ).

أى: إن ترك العامل الشفعه على تقدير الثبوت فللمالك الأخذ، و لا يسقط حقه بترك العامل، و لو عفى مع المصلحه فهل هو كالوكيل؟ يحتمل العدم، لأن مطلق عقد القراض لا يقتضى عموم التصرفات، إلا أن ينص له على ما يشمل ذلك.

قوله: (و قيل: تثبت مع الكثرة، فقيل: على عدد الرؤوس، و قيل: على قدر السهام).

استطرد إلى ذكر الخلاف فى ثبوت الشفعه مع الكثرة، و إن كانت العبارة لا تخلو من سماجه، فقال أكثر الأصحاب—و كاد يكون إجماعا، و ادعاه ابن إدريس (١)—: لا تثبت معها.

و قال ابن الجنيد، و الصدوق بالثبوت، فقال ابن الجنيد: تثبت على قدر السهام لأن المقتضى للشفعه هو الشركه، فإذا كانت أقوى كان أثرها أكثر (٢)،

ص: ٣٧٧

١-١) السرائر: ٢٥٠.

٢-٢) المختلف: ٤٠٤.

أ: لو كان لأحد الثلاثة النصف، و لآخر الثلث، و للثالث السدس

أ: لو كان لأحد الثلاثة النصف، و لآخر الثلث، و للثالث السدس فباع أحدهم فانظر مخرج السهام فخذ منها سهام الشفعاء، فإذا علمت العده قسمت المشفوع عليها و يصير العقار بين الشفعاء على تلك العده، و قال الصدوق: على عدد الرؤوس (١)، للرواية عن أمير المؤمنين عليه السلام: «إن الشفعه تثبت على عدد الرجال» (٢). و الأصح عدم الثبوت مع الكثره، للأخبار الصحيحه الداله على ذلك (٣).

و لو قلنا بالثبوت لكان قول الصدوق أوجه، للرواية (٤)، و لأن الشركه فى البعض القليل سبب فى استحقاق الكثير، و الأصل عدم التفاضل، و لا دليل على ما ذكره.

قوله: (و لو كان لواحد النصف، و لآخر الثلث، و للثالث السدس فباع أحدهم فانظر مخرج السهام فخذ منها سهام الشفعاء، فإذا علمت العده قسمت المشفوع عليها، و يصير العقار بين الشفعاء على تلك العده).

هذا ضابط لاستخراج حق كل واحد من الشفعاء على رأى ابن الجنيد (٥). و تحقيقه: أن ينظر الى مخرج سهام جميع الشركاء فيأخذ منها سهام الشفعاء، فإذا علمت عدتها- أى: عده سهام الشفعاء- قسمت المشفوع عليها و يصير بعد ذلك العقار كله بين الشفعاء على تلك العده، أعنى عده سهام الشفعاء. إذا عرفت ذلك فسهام الشركاء فى المثال المذكور سته، و ذلك لأنها مخرج السدس و مخرج الثلث و مخرج النصف داخلان.

ص: ٣٧٨

١- (١) الفقيه ٣: ٣٦ ذيل الحديث ١٦٢.

٢- (٢) الفقيه ٣: ٤٥ حديث ١٥٦، ١٥٥.

٣- (٣) منها ما فى الكافى ٥: ٢٨١ حديث ٧، [١] التهذيب ٧: ١٦٤ حديث ٧٢٩، الاستبصار ٣: ١١٦ حديث ٤١٢.

٤- (٤) المصدر السابق.

٥- (٥) المختلف: ٤١٤.

فلو كان البائع صاحب النصف فسهم الشفعاء ثلاثة: اثنان لصاحب الثلث و للآخر سهم، فالشفعه على ثلاثة و يصير العقار كذلك، و لو كان صاحب الثلث فالشفعه أرباعا: لصاحب النصف ثلاثة أرباعه و للآخر ربه. و لو كان صاحب السدس فهى بين الآخرين أخماسا: لصاحب النصف ثلاثة و للآخر سهمان، و على الآخر يقسم المشفوع نصفين. قوله: (فلو كان البائع صاحب النصف فسهم الشفعاء ثلاثة: اثنان لصاحب الثلث و للآخر سهم، فالشفعه على ثلاثة، و يصير العقار كذلك).

انما كان سهم الشفعاء ثلاثة لأن صاحب الثلث له سهمان من ستة هما الثلث، و لصاحب السدس سهم، فإذا أخذوا (1) النصف بالشفعه صار العقار بينهم كذلك، أى أثلاثا قوله: (و لو كان صاحب الثلث فالشفعه أرباعا: لصاحب النصف ثلاثة أرباعه و للآخر ربه).

أى: لو كان البائع صاحب الثلث فسهم الشفعاء أربعه: النصف و هو ثلاثة من ستة، و السدس فالشفعه تكون أرباعا، و لآخر نصف لكل سهم من سهمى الثلث، فتضرب اثنين فى ستة تبلغ اثنا عشر، لصاحب النصف ثلاثة أرباع الثلث و للآخر الربع فيكون العقار بينهم أرباعا.

قوله: (و لو كان صاحب السدس فهى بين الآخرين أخماسا:

لصاحب النصف ثلاثة و للآخر سهمان).

لأن سهمهما خمسة فيكون العقار بينهم أخماسا.

قوله: (و على الآخر يقسم المشفوع نصفين).

أى: على القول الآخر، و هو القسمة على عدد الرؤوس.

ص: ٣٧٩

١ - ١) فى «ق»: أخذنا.

ب: لو ورت أخوان أو اشتريا، فمات أحدهما عن ابنين فباع أحدهما نصيبه فالشفعه بين أخيه و عمه.

ج: لو باع أحد الثلاثة من شريكه استحق الثالث الشفعه دون المشتري

ج: لو باع أحد الثلاثة من شريكه استحق الثالث الشفعه دون المشتري، و قيل بالشركه، و حينئذ لو قال المشتري: قد أسقطت شفعتي فخذ الكل أو اترك لم يلزم، لاستقرار ملكه على قدر حقه، فكان كما لو أخذنا بالشفعه ثم عفا أحدهما عن حقه قوله: (لو ورت أخوان أو اشتريا، فمات أحدهما عن ابنين، فباع أحدهما نصيبه فالشفعه بين أخيه و عمه).

لكونهما شريكين، و بعض العامه يخص الشفعه بالأخ لمشاركته البائع في سبب الملك (١)، و ليس بشيء فإن مدار الشفعه على الشركه.

قوله: (لو باع أحد الثلاثة من شريكه استحق الثالث الشفعه دون المشتري، و قيل بالشركه، و حينئذ لو قال المشتري: قد أسقطت شفعتي فخذ الكل أو اترك لم يلزم، لاستقرار ملكه على قدر حقه، فكان كما لو أخذنا بالشفعه ثم عفا أحدهما عن حقه).

أى: لو كان الشركاء ثلاثة فباع أحدهم من شريكه استحق الشريك الثالث الشفعه دون المشتري، لأن الشفعه للإنسان على نفسه غير معقوله، لا امتناع أن يستحق الإنسان تملك ملك نفسه بالشفعه، و هو قول الشيخ في الخلاف (٢). و قال فيه و في المبسوط: يشتركان في الشفعه لا اشتراكهما في العله الموجه لهما، و لا يمتنع أن يستحق تملك الشقص بسببين البيع و الشفعه، لأن علل الشرع و أسبابه لما كانت معرفات لم يمتنع اجتماع علتين على معلول واحد، و لأن للشفعه أثرا و هو منع الشريك الآخر تملك مقدار

ص: ٣٨٠

١- (١) ذهب إليه الشافعي في القديم، راجع: المجموع ٣٣٣، ٣٣٢: ١٤.

٢- (٢) الخلاف ١١١: ٢ مسألة ٢٦ كتاب الشفعه.

د: لو عفا أحد الشركاء كان للباقي أخذ الجميع

د: لو عفا أحد الشركاء كان للباقي أخذ الجميع أو الترك، سواء كان واحداً أو أكثر. و لو وهب بعض الشركاء نصيبه من الشفعة لبعض الشركاء أو غيره لم يصح، و لو باع شقصاً من ثلاثه دفعه فلشريكه أن يأخذ من الثلاثه و من اثنين و من واحد، لأنه بمنزله عقود المتعدده، فإذا أخذ من واحد لم يكن للآخرين مشاركته، لعدم سبق الملك على استحقاق مشفوعه بالشفعه، و لا مانع منه (١)، و اختاره المصنف في المختلف تفريراً على القول بالثبوت مع الكثرة (٢)، و هو الأصح تفريراً.

قوله: (لو عفا أحد الشركاء كان للباقي أخذ الجميع أو الترك، سواء كان واحداً أو أكثر).

لأنه لا يجوز تبعض الصفقه على المشتري في الشقص المشفوع.

قوله: (و لو وهب بعض الشركاء نصيبه من الشفعة لبعض الشركاء أو غيره لم يصح).

لأنه لم يملك شيئاً، وإنما ملك أن يملك.

قوله: (و لو باع شقصاً من ثلاثه دفعه فلشريكه أن يأخذه من الثلاثه، و من اثنين، و من واحد، لأنه بمنزله عقود متعدده).

لأن الصفقه تعدد بتعدد المشتري، و متى تعددت العقود كان بالخيار في الأخذ بالشفعه في الجميع و البعض.

قوله: (فإذا أخذ من واحد لم يكن للآخرين مشاركته، لعدم سبق الملك على استحقاق الشفعه).

ص: ٣٨١

١- (١) المبسوط ١٣٨: ٣. [١]

٢- (٢) المختلف: ٤٠٨.

الشفعة. و لو رتب للشفيع الأخذ من الجميع و من البعض، فإن أخذ من السابق لم يكن للأحق المشاركة، و إن أخذ من اللاحق شاركه السابق. و يحتمل عدم المشاركة، لأن ملكه حال شراء الثانى يستحق أخذه بالشفعة، فلا يكون سببا فى استحقاقها، فلو أخذ من الجميع لم يشاركه و تملكهم إنما يثبت فى زمان واحد، لأن الغرض أن العقد للجميع واحد.

قوله: (و لو رتب للشفيع الأخذ من الجميع، و من البعض).

المراد بالشفيع: هو شريك البائع، و وجه استحقاقه من الجميع أو البعض (1) تعدد الصفقة و كونه شريكا عند كل بيع.

قوله: (فإن أخذ من السابق لم يكن للأحق المشاركة).

أى: إن أخذ من السابق بالشراء على غيره من الثلاثة لم يكن للأحق المشاركة، لأنه لم يكن شريكا فى وقت شراء الأول فلا شفعة له.

قوله: (و إن أخذ من اللاحق شاركه السابق).

لكونه شريكا فى وقت شراء السابق فيستحق الشفعة.

قوله: (و يحتمل عدم المشاركة، لأن ملكه حال شراء الثانى يستحق أخذه بالشفعة فلا يكون سببا فى استحقاقها).

أى: لأن ملك المشتري الأول - و هو السابق حال شراء الثانى، و هو اللاحق له - مستحق للشفيع فلا يكون سببا فى استحقاق المشتري إياها. و ليس بشىء، لأن كونه ملكا مستحقا أخذه بالشفعة لا يخرج عن كونه شريكا، و مدار ثبوت الشفعة على الشركة.

قوله: (و لو أخذ من الجميع لم يشاركه أحد).

ص: ٣٨٢

(١ - ١) فى «م»: و البعض

أحد. و يحتمل مشاركته الأول الشفيع في شفعه الثاني، و مشاركته الشفيع و الأول و الثاني في شفعه الثالث، لأنه كان ملكا صحيحا حال شراء الثالث، و لهذا يستحق لو عفا عنه، فكذا إذا لم يعف لأنه استحق الشفعه بالملك لا بالعفو، كما لو باع الشفيع قبل علمه أما دفعه واحده أو على الترتيب، لكن قبل أن يأخذ معه أحد منهم على القول بثبوتها للسابق اعتبارا بشركته، و ذلك لخروجه عن كونه شريكا قبل الأخذ بالشفعه فزال سبب الاستحقاق فيزول، لاستحاله بقاء المسبب مع زوال سببه.

قوله: (و يحتمل مشاركته الأول الشفيع في شفعه الثاني، و مشاركته الشفيع و الأول و الثاني في شفعه الثالث، لأنه كان ملكا صحيحا حال شراء الثالث، و لهذا يستحق لو عفا عنه، فكذا إذا لم يعف لأنه استحق الشفعه بالملك لا بالعفو كما لو باع الشفيع قبل علمه).

أى: و يحتمل فيما لو أخذ من الجميع قبل أخذ المستحق إن قلنا بالاستحقاق بقاء شفيعته (1) و إن أخذ منه بالشفعه فيشترك الشفيع و المشتري الأول في شفعه الثاني، لأنهما شريكان في وقت شراء الثاني، و يشترك الشفيع و المشتري الأول و الثاني في شفعه الثالث. و وجه هذا الاحتمال: أن الشقص كان ملكا صحيحا للأول حال شراء الثاني، و له و للثاني حال شراء الثالث فيستحق به، فإنه يستحق لو عفا عنه، فكذا إذا لم يعف، لأنه استحق الشفعه بالملك لا بالعفو و الملك تحقق في الموضوعين. و مثله ما لو باع الشفيع حصته قبل علمه بالشفعه، فإن فيه وجهين سيأتيان إن شاء الله تعالى.

و يضعف بأن الاستحقاق و إن كان بالملك إلا أن العفو عنه، و عدم أخذ الشقص من يده بالشفعه قرره و أكد سببه، و عدم العفو عنه و الأخذ منه أزال سببه

ص: ٢٨٣

فحينئذ للشفيح سدس الأول و ثلاثة أرباع سدس الثانى و ثلاثة أخماس الثالث، و للأول ربع سدس الثانى و خمس الثالث، و للثانى خمس الثالث فتصح من مائه و عشرين: للشفيح مائه و سبعة، و للأول تسعة، و للثانى أربعة، فلا يستويان. ثم إن فرض الاستحقاق فى هذه المواضع مشروط بعدم منافاه الفور على القول بالفوريه.

قوله: (فحينئذ للشفيح سدس الأول و ثلاثة أرباع سدس الثانى و ثلاثة أخماس الثالث).

أى: فحين إذا قلنا بالثبوت لكل من المشتري الأول و الثانى و ان أخذ منهم فللشفيح سدس الأول، أى: سهمه الذى اشتراه، أعنى: ثلث النصف و هو سدس الأصل و ثلاثة أرباع سدس الثانى، لأن شريكه فيه الأول و سهمه سدس، و سهم الشفيح نصف فتكون سهامها أربعة، فإذا وزع على السهام كان قسط الشفيح ثلاثة أرباع، و كذا ثلاثة أخماس سهم الثالث، لأن له شريكين الأول و الثانى و لكل منهما سدس إذا جمعا الى ماله و هو النصف كانت السهام خمسة فنصيبه بالتوزيع ثلاثة أخماس.

قوله: (و للأول ربع سدس الثانى و خمس الثالث و للثانى خمس الثالث فيصح من مائه و عشرين: للشفيح مائه و سبعة و للأول تسعة و للثانى أربعة).

إنما كان للأول ربع سدس الثانى و خمس الثالث، لأن شريكه فى الأول هو الشفيح و استحق ثلاثة أرباع، و فى الثانى شريكه الشفيح و الثالث و للشفيح ثلاثة أخماس و للآخر خمس و له خمس الثالث، و إنما كانت من مائه و عشرين، لان مخرج السهام المبيعه ستة و قد انكسر السدس تاره فى مخرج الربع و تاره فى مخرج الخمس، و هما متباينان و مضروبهما - و هو عشرون فى ستة - مائه و عشرون، للشفيح ستون بالشركه و عشرون سدس الأول، و خمسة عشر ثلاثة

و على الآخر للأول نصف سدس الثاني و ثلث الثالث، و للثاني ثلث الثالث فتصح من ستة و ثلاثين: للشفيح تسعة و عشرون، و للأول خمسه، و للثاني اثنان.

ه: لو باع أحد الأربعة و عفا آخر فلآخرين أخذ المبيع

ه: لو باع أحد الأربعة و عفا آخر فلآخرين أخذ المبيع. و لو باع ثلاثة في عقود ثلاثه، و لم يعلم الرابع و لا بعضهم ببعض فللرابع الشفعه في الجميع، أرباع سدس الثاني و اثنا عشر ثلاثه أخصاس سدس الثالث، و ذلك ما ذكره و منه يعلم الباقي.

قوله: (و على الآخر للأول نصف سدس الثاني و ثلث الثالث، و للثاني ثلث الثالث فتصح من ستة و ثلاثين، للشفيح تسعة و عشرون، و للأول خمسه، و للثاني اثنان).

أى: على القول الآخر: و هو أن الشفعه مع الكثره على عدد الرؤوس للشفيح نصف سدس الثاني مع سدس الأول جميعه و ثلث سدس الثالث، و للأول و الثاني ما ذكره فتصح من ستة و ثلاثين، لأن الأصل ستة و قد انكسر السدس تاره في مخرج النصف و تاره في مخرج الثالث و هما متباينان، و مضروبهما ستة، و مضروبها في الأصل ستة و ثلاثون، للشفيح بالشركه ثمانيه عشر، و بالشفعه ستة و ثلاثه و اثنان، و ذلك ما ذكره، و الباقي ظاهر.

قوله: (لو باع أحد الأربعة و عفا آخر فلآخرين أخذ المبيع).

أى: بالشفعه لانحصار الشفعه فيهما.

قوله: (و لو باع ثلاثة في عقود ثلاثه و لم يعلم الرابع و لا بعضهم ببعض فللرابع الشفعه في الجميع).

إنما قيد بعدم علم بعضهم ببعض، لأن من باع ملكه بعد علمه

و فى استحقاق الثانى و الثالث فيما باعه الأول و استحقاق الثالث فيما باعه الثانى و جهان. و فى استحقاق مشترى الربع الأول فيما باعه الثانى و الثالث، و استحقاق الثانى شفعه الثالث ثلاثه أوجه: الاستحقاق، لأنهما مالكان حال البيع، و عدمه، لتزلزل الملك، و ثبوته للمعفو عنه خاصة، فإن أوجبه للجميع فللذى لم يبع ثلث كل ربع، لأن له شريكين فصار له الربع مضموما الى ملكه فكمّل له باستحقاقه الشفعه تسقط شفعتة، و اما الرابع فعدم علمه غير شرط، نعم يشترط أن لا يكون له مسقط آخر من منافاه الفور و نحوه فإنه قد يعلم بالحال، و لا ينافى عدم أخذه الفوريه لبعده و نحوه.

قوله: (و فى استحقاق الثانى و الثالث فيما باعه الأول، و استحقاق الثالث فيما باعه الثانى و جهان).

هما الوجهان فيمن باع حقه من الشركه و قد استحق الشفعه و هو لا يعلم، و لا ريب أن الأول لا حق له، لأنه باع ملكه قبل الجميع و قد كان شريك الشفع حينئذ الثانى و الثالث، و فى وقت بيع الثانى كان شريك الشفع الثالث خاصة.

قوله: (و فى استحقاق مشترى الربع الأول فيما باعه الثانى و الثالث، و استحقاق الثانى شفعه الثالث ثلاثه أوجه: الاستحقاق، لأنهما مالكان حال البيع، و عدمه، لتزلزل الملك، و ثبوته للمعفو عنه خاصة).

إنما كان تزلزل الملك مانعا لكونه بمعرض الزوال لكون أخذه مستحقا بالشفعه، و فى الوجه الثالث قوه فإن الشركه حال البيع ثابتة فيستحق بها الشفعه، و لا يضر تزلزل الملك لكن زوالها قبل الأخذ موجب لبطلان الاستحقاق.

قوله: (فإن أوجبه للجميع فللذى لم يبع ثلث كل ربع، لأن له شريكين فصار له الربع مضموما الى ملكه فكمّل له النصف).

النصف للبايع الثالث و المشتري الأول الثلث لكل منهما سدس، لأنه شريك في شفعه مبيعين، و للبايع الثاني و المشتري الثاني السدس لكل منهما نصفه، لأنه شريك في شفعه بيع واحد، أى: فإن أوجبا الاستحقاق للشريكين الآخرين و هما البايع الثاني و الثالث و المشتريين الأول و الثاني و هم مراده بالجميع، لأن البايع الأول و المشتري الثالث لا يتصور لهم الشفعه هنا، لخروج الأول عن الشركه قبل حدوث بيع و تأخر تملك الثاني عن البيوع كلها، فللذى لم يبيع و هو الشفيع الأصلى ثلث كل ربع، لأنه فى كل مرتبه من مراتب البيع كان له شريكان، فى المرتبه الأولى شريكه البايع الثانى و الثالث، و فى المرتبه الثانيه شريكه المشتري الأول و البايع الثالث، و فى الثالثه شريكه المشتري الأول و الثانى، و الفرض أن سهم كل منهم ربع فيستوون فى الاستحقاق، فإذا ضم ثلث كل ربع فى المراتب الثلاث و الثابت للشفيع الى ملكه و هو الربع كمل له النصف.

قوله: (و للبايع الثالث و المشتري الأول الثلث لكل منهما سدس، لأنه شريك فى شفعه مبيعين).

و ذلك لأن الثالث شريك حين البيع الأول و الثانى فتكون له شفعه فيهما، و المشتري الأول شريك حين البيع الثانى و الثالث فنصيب كل منهما ثلث كل من الربيعين، و ثلث الربع نصف سدس الأصل فثلثاه سدس فيكون لهما ثلث الأصل.

قوله: (و للبايع الثانى و المشتري الثانى السدس لكل منهما نصفه، لأنه شريك فى شفعه بيع واحد).

لأن البايع الثانى إنما كان شريكا فى وقت بيع الأول خاصه، و المشتري الثانى إنما كان شريكا فى وقت بيع الثالث، فنصيب كل واحد منهما ثلث ربع و هو نصف سدس فيكون لهما سدس الأصل.

و:لو كان الشفعاء الأربعة غيبا فحضر أحدهم أخذ الجميع و سلم كل الثمن أو ترك

و:لو كان الشفعاء الأربعة غيبا فحضر أحدهم أخذ الجميع و سلم كل الثمن أو ترك،فإن حضر آخر أخذ من الأول النصف أو ترك،فإن حضر الثالث أخذ الثلث أو ترك،فإن حضر الرابع أخذ الربع أو ترك و لو قيل:إن الأول يأخذ الجميع أو يترك،أما الثاني فله أخذ حقه خاصة،لأن المفسده-و هي تبعض الصفقه على المشتري-منتفيه هنا أو أخذ النصف كان وجهها،فإن امتنع الحاضر أو عفا لم تبطل الشفعه،و كان للغائبين أخذ الجميع،و كذا لو عفا ثلاثة أو امتنعوا فللرابع الجميع إن شاء قوله: (فتصح من اثني عشر).

لأنها مخرج نصف السدس،و هو أدق كسر في المسأله.

قوله: (لو كان الشفعاء الأربعة غيبا فحضر أحدهم أخذ الجميع و سلم كل الثمن أو ترك،فإن حضر آخر أخذ من الأول النصف أو ترك، فإن حضر الثالث أخذ الثلث أو ترك،فإن حضر الرابع أخذ الربع أو ترك).

وجه هذا أن كل واحد منهم عند المطالبه هو الشفيع مع من أخذ من شركائه لعدم العلم بأخذ الغائب لإمكان عفو،فليس له أن يأخذ بعض استحقاقه،لأن الشفعه مبنيه على القهر فيقتصر فيها على موضع الوفاق، و تخير الشفيع الآخرين بين أخذ الحصه باعتبار أخذ الغائب و عدمه لم يدل عليه دليل فينتفى،و في هذا قوه،فلا يكون ما جعله المصنف وجهها أوجه.

قوله: (و لو قيل:إن الأول يأخذ الجميع أو يترك،أما الثاني فله أخذ حقه خاصة-لأن المفسده و هي تبعض الصفقه على المشتري-منتفيه هنا-أو أخذ النصف كان وجهها).

(أخذ النصف)معطوف على (أخذ حقه)و ما بينهما معترض،و لقائل

و لو حضر الثاني بعد أخذ الأول فأخذ النصف و قاسم، ثم حضر الآخر و طالب فسخت القسمه، و لو رده الأول بعيب فللثاني أخذ الجميع، لأن الرد كالعفو. و يحتمل سقوط حقه من المردود، لأن الأول لم يعف بل رد بالعيب، فكان كما لو رجع الى المشتري ببيع أو هبه، أن يقول: إن تبعض الصفقه على المشتري من حيث عدم العلم بأن الغائبين يأخذون أم لا، و لزوم تجزئه الثمن [على] (١) تقدير أخذهم لا شبهه في أنه محذور و مانع، إلا أن مثله آت في حق الشفيح لعدم العلم بأخذ الغائب، فكانت الشفعه منحصره فيمن حضر و طالب، و كما أن ثبوتها قهرى فكذلك تقسيطها إما على عدد الرؤوس أو السهام قهرى فلا اختيار للحاضر.

قوله: (و لو حضر الثاني بعد أخذ الأول فأخذ النصف و قاسم، ثم حضر الآخر و طالب فسخت القسمه).

لأن حقه شائع في المأخوذ لكل منهما.

قوله: (و لو رده الأول بعيب فللثاني أخذ الجميع، لأن الرد كالعفو).

هذا هو المعتمد على القول، لأن الرد بالعيب فسخ للأخذ لا إنشاء سبب للملك جديد، فيكون مقتضيا لإسقاط حقه من الشفعه.

قوله: (و يحتمل سقوط حقه من المردود، لأن الأول لم يعف بل رد بالعيب، فكان كما لو رجع الى المشتري ببيع أو هبه).

لا شبهه في ضعف هذا، لأن الأول و إن لم يعف إلا أن الرد بالعيب

ص: ٣٨٩

١- ١) في النسختين الخطبتين: العقود، و ما أثبتناه من الحجريه، و هو الصحيح.

و لو استغلها الحاضر ثم حضر الثاني شاركه فى الشقص دون الغله. و لو قال الحاضر: لا آخذ حتى يحضر الغائب لم تبطل شفيعته على اشكال، و إذا دفع الحاضر الثمن فحضر الغائب دفع إليه النصف، فإن خرج المبيع مستحقاً فدرک الثاني على المشتري دون الشفيع الأول، لأنه اقتضى سقوط حقه من الشفعة فجرى مجرى العفو (١). و أيضا فالرد بالعيب فسخ للأخذ قطعاً لا إنشاء سبب جديد للملك، فكيف ساوى العود إلى المشتري بالبيع و الهبه؟ قوله: (و لو استغلها الحاضر ثم حضر الثاني شاركه فى الشقص دون الغله).

المراد ب(استغلها): انه أخذ غلتها و إنما لم يشاركه فى الغله، لأنها نماء ملك المستقل، و الملك يتجدد لمن حضر بعده أخذه.

قوله: (و لو قال الحاضر: لا آخذ حتى يحضر الغائب لم تبطل شفيعته على اشكال).

ينشأ: من أنه ترك الأخذ باختياره فتبطل شفيعته، و من أن التأخير لعذر و هو خوف قدوم الغائب فينتزعه منه. و يشكل بالتردد فى كون ذلك عذراً، فإن ضرره لا يدفع بضرر المشتري، و لأن الشفعة مبنية على القهر فيقتصر فيها على موضع اليقين، و ينبغى البطلان بالتأخير لذلك.

قوله: (و إذا دفع الحاضر الثمن فحضر الغائب دفع إليه النصف، فإن خرج المبيع مستحقاً فدرک الثاني على المشتري دون الشفيع الأول، لأنه كالتائب).

ص: ٣٩٠

ز: لو كان الشفعاء ثلاثة فأخذ الحاضر الجميع

ز: لو كان الشفعاء ثلاثة فأخذ الحاضر الجميع، ثم قدم أحد الغائبين و سوغنا له أخذ حقه خاصة أخذ الثلث، فإن حضر الثالث فله أن يأخذ من الثاني ثلث ما في يده، فيضيفه الى ما في يد الأول و يقسمانه نصفين إنما كان كالنائب لأنه قبل أخذه من المشتري كانت الشفعة مستحقة للجميع على المشتري و الدرك عليه، فأخذ الشفيع لم يغير هذا الحكم لبقاء الاستحقاق، و ينبغي أن يكون هذا الحكم فيما عدا الثمن و هو ما يغرمة من اجره و نقص و نحوهما، أما الثمن فيسترد كل ما سلمه ممن سلمه إليه كما نبه عليه في التذكرة، و حكاه عن بعض العامة (١)، و هو جيد.

قوله: (لو كان الشفعاء ثلاثة فأخذ الحاضر الجميع، ثم قدم أحد الغائبين، و سوغنا له أخذ حقه خاصة أخذ الثلث، فإن حضر الثالث فله أن يأخذ من الثاني ثلث ما في يده، فيضيفه الى ما في يد الأول و يقسمانه نصفين).

قد سبق أنا لا- نسوغ له ذلك لكن تفريعا على ذلك، فإذا أخذ الثلث و حضر الثالث فحقه في يديهما، لأن حقه ثابت في كل جزء، و لكل من الشفيعين يد على العين بمقدار ما أخذ، فحينئذ يكون أخذه بشيء من استحقاقه و شيء من استحقاق الثالث فيكون عافيا عن بعض حقه للأول، و لذلك قال بعض الشافعية: تبطل شفيعته (٢)، لأنه لما عفا عن بعض حقه و جب أن يبطل جميع حقه، و احتمال في الدروس أن لا يأخذ الثالث من الثاني شيئا، بل يقسم ما في يد الأول بينه و بين الثالث نصفين، فلا يكون أخذه للثلث عفوًا عن شيء من حقه و إنما أخذه كمال حقه (٣) و لا بعد في ذلك إذ لم يأخذ شيئا معينا بل امرا

ص: ٣٩١

١- ١) انظر: فتح العزيز مع المجموع ٤٨٥: ١١- ٤٨٦.

٢- ٢) فتح العزيز ٤٨٦: ١١.

٣- ٣) الدروس: ٣٩٥.

فتصح من ثمانية عشر، لأن الثالث أخذ من الثاني ثلث الثلث و مخرجه تسعه، وليس للسبعة نصف فنضرب اثنين في تسعه: للثاني أربعة و لكل من الباقيين سبعة، لأن الثاني ترك سدسا كان له أخذه و حقه منه ثلثاه و هو التسع فيتوفر على شريكه في الشفعة، و الأول و الثالث متساويان في الاستحقاق و لم يترك أحدهما شيئا من حقه فيجمع ما معهما و يقسم بينهما. كليا و إلا لبطل حقه بالعفو عن البعض.

إذا عرفت هذا فقول المصنف: (و سوغنا له أخذ حقه خاصة أخذ الثلث) لا يجرى على ظاهره، لأنه بناء على ما ذكره يأخذ قدر حقه و ليس حقه، لأن للثالث فيه حقا. و يندفع هذا بأن نسبه حق الثالث الى ما في يد الآخرين على حد سواء، فكيف يجعل حقه مما في يد أحدهما دون الآخر، مع أن حقه شائع فلا سبيل الى ذلك حتى لو أحدثا في العين حدثا يستحق الشفيع المطالبة به طالبهما معا؟ قوله: (فتصح من ثمانية عشر، لأن الثالث أخذ من الثاني ثلث الثلث و مخرجه تسعه، و ليس للسبعة نصف فنضرب اثنين في تسعه، للثاني أربعة، و لكل من الباقيين سبعة، لأن الثاني ترك سدسا كان له أخذه و حقه منه ثلثاه و هو التسع فيتوفر على شريكه في الشفعة، و الأول و الثالث متساويان في الاستحقاق و لم يترك أحدهما شيئا من حقه فيجمع ما معهما و يقسم بينهما).

أى: فتصح مسألتهم من ثمانية عشر بالنسبة إلى الجزء المشفوع لا بالنسبة إلى مجموع العقار، و ذلك لأن الثاني أخذ الثلث و ذلك يستدعى كون الشقص ثلاثة، و الثالث يطلب من الثاني ثلث الثلث و مخرجه مضروب أحد الكسرين في الآخر، أعنى مضروب ثلاثة في ثلاثة و ذلك تسعه، فيبقى

ح: لو اشترى واحد من اثنين شقصا فللشفيع أخذ نصيب أحدهما دون الآخر

ح: لو اشترى واحد من اثنين شقصا فللشفيع أخذ نصيب أحدهما دون الآخر و إن تبعضت الصفقة على المشتري، و لا خيار له. في يد الثاني سهمان منهما، و في يد الأول ستة، و في يد الثالث سهم، فيضم ما في يد الثالث الى ما في يد الأول و يقتسمانه لاستوائهما في الاستحقاق و ذلك سبعة، و ليس لهما نصف صحيح فانكسرت في مخرج النصف، فتضرب اثنين في تسعة تبلغ ثمانيه عشر، للثاني منهما أربعة و لكل من الباقيين سبعة.

و إنما قلنا: إن للثاني أربعة و لكل من الآخرين سبعة، لأن الثاني كان يستحق أخذ النصف و هو تسعة، فترك سدسا و هو ثلاثة، حقه منه ثلثاه و هو سهمان، و أخذ ستة حقه منها أربعة فيتوفر ثلث السدس المتروك، أعنى التسع على شريكه في الشفعة و هو المتروك له، و الأول و الثالث متساويان في الاستحقاق، و لم يترك أحدهما شيئا من حقه فيجمع ما معهما و يقسم بينهما.

و لا يقال: إن الأول يختص بالمتروك، لأنه لا يملك لواحد، بل إذا تركه المستحق استحقه الشركاء فقوله: (فيتوفر على شريكه) لا يراد به واحد من الشريكين، بل الجنس بدليل قوله: (و الأول و الثالث متساويان في الاستحقاق).

قوله: (لو اشترى واحد من اثنين شقصا فللشفيع أخذ نصيب أحدهما دون الآخر و إن تبعضت الصفقة على المشتري).

في الحقيقة لا تبعض، لأن الصفقة تعدد بتعدد البائع و إن اتحد العقد و المشتري، ففي العبارة تسامح.

قوله: (و لا خيار له).

لما قلناه من تعدد الصفقة بحسب الواقع، فلا يكون الأخذ بأحد العقدين منافيا لما وقع عليه العقد الآخر.

و لو اشترى اثنان نصيب واحد فللشفيع أخذ نصيب أحدهما بعد القبض و قبله. و لو وكل أحد الثلاثة شريكه في بيع حصته مع نصيبه فباعهما لواحد فللثالث أخذ الشفعه منهما و من أحدهما. قوله: (و لو اشترى اثنان نصيب واحد فللشفيع أخذ نصيب أحدهما بعد القبض و قبله).

لتعدد الصفقه بتعدد المشتري، سواء كان ذلك بعد قبض المبيع أو قبله (١)، لتحقق انتقال الملك الموجب لثبوت الشفعه، و في حواشى شيخنا الشهيد: انه يمكن عدم إلحاق هذه بالكثرة، لأن الاستحقاق غير مسبوق بالكثرة فلا تكون مانعه، فتحتمل الكثرة المانعه على الكثرة السابقه على العقد، و يشكل بأن ظاهر قوله عليه السلام: «فإذا صاروا ثلاثة فليس لواحد منهم شفعه» (٢).

قوله: (و لو وكل أحد الثلاثة شريكه في بيع حصته مع نصيبه فباعهما لواحد فللثالث أخذ الشفعه منهما و من أحدهما).

إذا باع الوكيل نصيبه و نصيب موكله لواحد كان ذلك بمنزله بيعين فلا تكون الصفقه واحده، ثم انه ليس للوكيل و لا للموكل شفعه على الآخر، لعدم الأولويه لأنهما بائعان فخرجا عن الشركه، بل الشفعه للثالث و هو مخير إن شاء أن يأخذ مجموع النصيبين و إن شاء أن يأخذ أحدهما، نظرا الى تعدد البيع بتعدد البائع، خلافا لبعض الشافعيه، لأن العاقد واحد.

و اعلم ان في قوله: (فللثالث أخذ الشفعه منهما و من أحدهما) تسامحا، لأن الأخذ إنما يكون من المشتري لا من البائعين.

ص: ٣٩٤

١- ١) في «ق»: و قبله لتحقق..، و في «م»: أو قبله أو بعده لتحقق..

٢- ٢) الكافي ٥: ٢٨١، حديث ٧، [١] التهذيب ٧: ١٦٤، حديث ٧٢٩.

و لو باع الشريك نصف الشقص لرجل ثم الباقي لآخر، ثم علم الشفيع فله أخذ الأول و الثاني واحدهما، فإن أخذ الأول لم يشاركه الثاني، و إن أخذ الثاني احتمل مشاركته الأول و على ما اخترناه من سقوط الشفعه مع الكثره للشفيع أخذ الجميع أو تركه خاصه. قوله: (و لو باع الشريك نصف الشقص لرجل، ثم الباقي لآخر، ثم علم الشفيع فله أخذ الأول و الثاني و أحدهما، فإن أخذ الأول لم يشاركه الثاني، و إن أخذ الثاني احتمل مشاركته الأول).

الفرق بين هذه و بين ما سبق فى قوله: (لو اشترى اثنان نصيب واحد). أن الظاهر أن الشراء فى تلك معا، و لهذا لم يحتمل أن يكون للأول شفعه لو أخذ من الثاني، و هذه الشراء مترتب بدليل العطف ب(ثم)، و الحكم ظاهر فإنه فى وقت شراء الأول لم يكن للثانى ملك فلا تتصور شفيعته، أما الأول فيحتمل أن تكون له شفعه، لكونه شريكا فى وقت بيع الثاني، سواء لم يأخذ منه أم أخذ فإن الاحتمال آت على كل واحد من التقديرين كما سبق، و إن كان ظاهر ما هنا قد يؤذن بخلافه، لمفهوم قوله: (و إن أخذ الثاني احتمل مشاركته الأول).

قوله: (و على ما اخترناه من سقوط الشفعه مع الكثره للشفيع أخذ الجميع أو تركه خاصه).

لأنه إذا أخذ الجميع لم يتكثر الشفعاء فلم يتحقق الثاني، بخلاف ما إذا أخذ البعض، و فيه نظر من وجهين:

أ: إنما يجىء هذا المحذور لو أخذ من الثاني، أما إذا أخذ من الأول فقط فعلى قوله لا يتكثر الشفعاء حينئذ، إذ لا يشاركه الثاني فيما أخذه قطعاً.

ب: أنه لو أخذ الجميع فلأول الشفعه فى نصيب الثاني على ما سبق من الاحتمال، لأن الأول كان شريكا و مستحقاً فى وقت البيع للثانى، فلا يزول

الفصل الثالث: في كيفية الأخذ:

يملك الشفيع الأخذ بالعقد و إن كان في مدّه الخيار على رأى، و هو قد يكون فعلا بأن يأخذه الشفيع و يدفع الثمن أو يرضى المشتري بالصبر فيملكه حينئذ، استحقاقه بأخذ ملكه فلا يتم ما ذكره، و أيضا فإنه في وقت البيع للثاني كان المشتري الأول مالكا قطعاً، فإن استحق الشفيعه بملكه ثبت مع تعدد الشركاء أو الشفعاء، و إن لم يستحق مع كونه شريكا تخلف الأثر عن المؤثر، نعم على القول بأن كون ملكه مشفوعا ينافى استحقاقه الشفيعه لا اشكال.

ثم أن ثبوت الشفيعه هنا على القول بالمنع مع الكثرة، و إن لم نقل بالاحتمال و أخذ الجميع نظر، لأن قوله عليه السلام: «فإذا صاروا ثلاثة فليس لواحد منهم الشفيعه» (1) يقتضى ظاهره نفي الاستحقاق هنا.

قوله: (يملك الشفيع الأخذ بالعقد و إن كان في مدّه الخيار على رأى).

لعموم دلائل الشفيعه المتناوله له، و لا- يسقط الخيار فيكون الأخذ مراعى، فإن فسخ صاحب الخيار بطلت الشفيعه و إلا تبين صحتها، فعلى هذا ليس له انتزاع العين قبل مضى مدّه الخيار، لعدم تحقق ثبوت ملكه، و هذا هو الأصح. و قد سبق تحقيق هذه المسأله، و الظاهر أن له أن يؤخر الأخذ إلى مضى مدّه الخيار، إذ لا يظهر للأخذ فائده إلا بعد انقضائه.

قوله: (و هو قد يكون فعلا بأن يأخذه الشفيع و يدفع الثمن أو يرضى المشتري بالصبر فيملكه حينئذ).

لما لم يملك الشفيع انتزاع الشقص المشفوع إلا بعد تسليم الثمن - كما

ص: ٣٩٦

١- (١) الكافي ٥: ٢٨١، حديث ٧، [١] التهذيب ٧: ١٦٤، حديث ٧٢٩.

و لفظا كقوله:أخذته أو تملكته و ما أشبه ذلك من الألفاظ الداله على الأخذ مع دفع الثمن أو الرضى بالصبر، صرح به الأصحاب-لم يكن الانتزاع أخذا بالشفعه مئرا للملك قبل تسليم الثمن،لأن الانتزاع منهى عنه و ممنوع منه حينئذ فلا يكون سببا فى حصول الملك،فعلى هذا لا يكون الأخذ فعلا معتبرا إلا مع دفع الثمن أو رضى المشتري بالصبر،فإذا دفعه و أخذه المشتري ملك الشقص،و إلا خلى بينه و بينه أو رفع الأمر إلى الحاكم ليلزمه التسليم،و فى التذكرة تنبيه عليه (١).

قوله: (و لفظا كقوله:أخذته،أو تملكته،و ما أشبه ذلك من الألفاظ الداله على الأخذ مع دفع الثمن أو الرضى بالصبر).

و يصح الأخذ لفظا و إن لم يتسلم الشقص فيملكه إذا صح الأخذ،و يصح بكل لفظ دل على ذلك مثل:أخذته،و تملكته،و اخترت الأخذ،و نحوه ذلك و إن لم يرض المشتري،لكن لا بد من دفع الثمن أو رضاء المشتري بالصبر.

قال فى التذكرة:و لا- يملك الشفيع بمجرد اللفظ،بل يعتبر مع ذلك أحد أمور:أما تسليم العوض إلى المشتري فيملك به إن تسلمه،و إلا خلى بينه و بينه،أو رفع الأمر إلى الحاكم ليلزمه بالتسليم (٢).

إذا تقرر هذا فاعلم ان اشتراط دفع الثمن فى حصول الملك لا دليل عليه،و الأصل عدمه،و الشفيعه فى معنى المعاوضه إذ هى من توابع البيع، و دفع أحد العوضين غير شرط فى تملك الآخر،ولأنه لو كان الدفع شرطا لوجب أن يكون فوريا كالأخذ فتبطل الشفيعه بدونه مع التمكن.

و إمهال الشفيع ثلاثة أيام قد يدل على خلاف ذلك،و ليس فى النصوص ما يدل على الاشتراط المذكور،و الذى فى روايه ابن مهزيار:«إن كان معه

ص:٣٩٧

١-١) التذكرة ٥٩٤:١. [١]

٢-٢) التذكرة ٥٩٤:١. [٢]

بالمصر فلينظر به ثلاثه أيام، فإن أتاه بالمال و إلا فليبع و بطلت شفيعته فى الأرض» (١) و ليس كلام الأصحاب صريحا فى اشتراط ذلك، ثم قال فى التذكرة بعد أوراق فى خلال مسأله و إذا بلغه البيع فقال: قد اخترت أخذ الشقص بالثمن الذى تم عليه العقد، و علم قدره، و نظر الى الشقص، أو وصف له و صفا يرفع الجهاله صح الأخذ، و إن لم يجز المشتري و لا حضر فقال أبو حنيفه: لا يأخذ بالشفعه حتى يحضر الثمن و لا يقتضى له القاضى بها حتى يحضر الثمن (٢).

و قال محمد: إن القاضى يؤجله يومين أو ثلاثه و لا يأخذه إلا بحكم الحاكم أو رضى المشتري، لأن الشفيع يأخذ الشقص بغير اختيار المشتري فلا يستحق ذلك إلا بعد إحضار الثمن، و لهذا لما كان المشتري يستحق (٣) تسليم المبيع بغير اختيار البائع لم يكن له إلا بعد إحضار الثمن (٤).

و قد بينا أن الشفيع يأخذ بالعوض فلا يشترط حضوره كالبيع، و التسليم فى الشفيعه كالتسليم فى البيع فإن الشفيع لا يتسلم الشقص إلا بعد إحضار الثمن، و كون التملك بغير اختياره يدل على قوته فلا يمنع من اعتباره فى الصحه بالبيع (٥).

قلت: هذا تصريح بما ذكرته من أن ثبوت الملك بالأخذ باللفظ لا- يتوقف على دفع الثمن، و هذا قوى، نعم يشترط العلم بالعوضين.

ص: ٣٩٨

١- (١) التهذيب ٧:١٦٧ حديث ٧٣٩.

٢- (٢) اللباب فى شرح الكتاب ٢:١٠٧.

٣- (٣) فى النسختين الخطبتين: و لهذا كان المشتري لما كان يستحق.. و ما أثبتناه من النسخه الحجرية، و هو الصواب.

٤- (٤) بدائع الصنائع ٥:٢٤.

٥- (٥) التذكرة ١:٥٩٦. [١]

و يشترط علم الشفيع بالثمن و المثلن معا، فلو جهل أحدهما لم يصح الأخذ و له المطالبه بالشفعه. و لو قال: أخذته بمهما كان له يصح مع الجهاله.

و يجب تسليم الثمن أولاً، فلا يجب على المشتري الدفع قبله، و ليس للشفيع أخذ البعض بل الترك أو الجميع، قوله: (و يشترط علم الشفيع بالثمن و المثلن معا).

أى: لصحه الأخذ، فلا يصح الأخذ مع الجهاله للغرر فإنها فى معنى البيع، إذ هى من توابعه.

و لقائل أن يقول: اشتراط العلم بالثمن مستدرك، لأنه إذا اشترط للأخذ دفع الثمن اشتراط العلم به لا محاله.

و يمكن الجواب: بأن الأخذ مع العلم صحيح و لا يثمر الملك إلا بدفع الثمن، بخلاف ما إذا كان جاهلاً فإنه يقع لغوا.

قوله: (و له المطالبه بالشفعه).

فلا يسقط حقه بذلك الأخذ الفاسد.

قوله: (و يجب تسليم الثمن أولاً، فلا يجب على المشتري الدفع قبله).

هذا ايضاً محل نظر، لأن المعاوضه يجب فيها التسليم، و التسليم دفعه واحده كما سبق فى البيع، و الأصل عدم وجوب التقديم فى التسليم على واحد بخصوصه، نعم إن تم له اشتراط تسليم الثمن فى حصول الملك بالأخذ ثبت وجوب هذا.

قوله: (و ليس للشفيع أخذ البعض بل الترك أو الجميع).

لأنه ليس له تبعض الصفقه، و لأن حقه فى المجموع من حيث هو

فلو قال: أخذت نصف الشقص فالأقوى بطلان الشفعه. و يجب الطلب على الفور، فلو أُخِر مع إمكانه بطلت شفعتة على رأى مجموع.

قوله: (فلو قال أخذت نصف الشقص فالأقوى بطلان الشفعه).

وجه القوه ان المأخوذ لا يستحقه، لأنه إنما يستحق المجموع فلا يؤثر أخذه إياه بالنسبه اليه و لا بالنسبه إلى المجموع، أما بالنسبه إليه فظاهر لعدم استحقاقه، و أما بالنسبه إلى الباقي فلأن الاقتصار على أخذ البعض إن لم يدل على عدم أخذ البعض الآخر فلا يدل على أخذه فيحصل التراضى فتبطل الشفعه.

و يحتمل الصحه، لأن أخذ البعض يستلزم أخذ البعض الآخر لامتناع أخذه وحده، و هو قول لبعض العامه (١)، و فيه نظر، لأن أخذ البعض إنما يستلزم أخذ البعض الآخر إذا وقع صحيحا، و لم تثبت صحته من دون أخذ الباقي، و لأنه ربما كان مريدا لأخذ البعض خاصه، و ذلك لا يصح و لا يستلزم أخذ الباقي، و الحاصل ان أخذ البعض لا يدل على أخذ الباقي بشيء من الدلالات الثلاث، و الأصح البطلان.

قوله: (و يجب الطلب على الفور، فلو أُخِر مع إمكانه بطلت شفعتة على رأى).

هذا مختار الشيخ (٢)، و جمع كثير من الأصحاب (٣) اقتصارا فيما يثبت على خلاف الأصل على موضع الوفاق، و لدلاله روايه ابن مهزيار (٤) المتضمنه

ص: ٤٠٠

١- (١) انظر: فتح العزيز المطبوع مع المجموع ٤٨٢: ١١.

٢- (٢) الخلاف ١٠٦: ٢ مسأله ٤ كتاب الشفعه.

٣- (٣) منهم ابن حمزه فى الوسيله: ٢٩٩، و الشهيد فى الدروس: ٣٨٨.

٤- (٤) التهذيب ١٦٧: ٧ حديث ٧٣٩.

و إن لم يفارق المجلس. و لا تجب مخالفه العاده فى المشى و لا قطع العباده و لو كانت مندوبه، و لا تقديمه على صلاه حضر وقتها. بطلان الشفعه بعدم إحضار الثمن فى الثلاثه على ذلك إذ لو كانت على التراخى (١) لم تبطل بعد الثلاثه بلا فصل.

و قال السيد (٢)، و جماعه (٣): بأنها على التراخى (٤) تمسكا بما لا ينهض حجه و معارضا، و الأصح الأول الذى دل عليه كلامه فى المختلف و غيره: أن الواجب على الفور هو الأخذ صرح به فى مسأله ما إذا كان الثمن مؤجلا (٥) و إن كان مقتضى كلامهم هناك أن الطلب واجب فوري، فلعله يراد به الأخذ لتضمنه الطلب.

قوله: (و إن لم يفارق المجلس).

رد بذلك على أبى حنيفه فإنه يقول: إن التأخير بغير عذر لا يبطل الشفعه ما دام فى المجلس (٦).

قوله: (و لا تجب مخالفه العاده فى المشى، و لا قطع العباده و إن كانت مندوبه، و لا تقديمه على صلاه حضر وقتها).

لا- ريب أن المراد بالفور تحكّم فيه العاده، لأن العرف هو المرجع فيما ليس للشارع فيه حقيقه، فحينئذ الأعذار المانعه من السعى إلى الأخذ بالشفعه عاده تنقسم الى قسمين: ما ينتظر زواله عن قرب مثل الاشتغال بصلاه واجبه،

ص: ٤٠١

١- ١) فى «ق»: التراضى.

٢- ٢) الانتصار: ٢١٩.

٣- ٣) منهم أبو الصلاح الحلبي فى الكافي فى الفقه: ٣٦١، و ابن إدريس فى السرائر: ٢٥٠.

٤- ٤) فى «ق»: التراضى.

٥- ٥) المختلف: ٤٠٥.

٦- ٦) انظر: بدائع الصنائع ١٩: ٥، اللباب ١٠٧: ٢، فتح العزيز المطبوع مع المجموع ٤٩١: ١١.

و لو أهمل المسافر بعد علمه السعى، أو التوكيل مع إمكان أحدهما بطلت، و لو عجز لم تسقط و إن لم يشهد على أو مندوبه، و نحوهما من أكل، أو قضاء حاجه، أو كونه فى حمام فله الإتمام و لا يكلف القطع على خلاف العاده، و كذا لو حضر وقت الأكل أو الصلاه أو قضاء الحاجه جاز له تقديمها رجوعا فى ذلك كله الى العرف، و به صرح فى التذكرة (١).

و الظاهر أن من هذا شهود تشييع المؤمن و الجنازه، و قضاء حاجه طالب الحاجه، و عياده مريض، و ما جرى هذا المجرى مما لم تجر العاده بالإعراض عنه، و ربما كان الاعراض عنه موجبا للطعن، و الظاهر أن العجز عن التوكيل عند حصول أحد هذه الأمور غير شرط، لعدم السقوط بقصر الزمان، و عدم ذلك فى العاده منافيا للفور.

قوله: (و لو أهمل المسافر-بعد علمه-السعى أو التوكيل مع إمكان أحدهما بطلت).

هذا بعض صور القسم الثانى من الأعدار، و هو ما لا- ينتظر زواله عن قرب كالمرض، و الحبس، و الغيبه، و الاعتكاف، و تريض المريض، فلو كان الشفيح مسافرا و علم بالبيع، فإن أهمل السعى و التوكيل معا مع تمكنه من أحدهما بطلت شفيعته، و لا يكون سفره عذرا مع تمكنه من التوكيل، لطول المده فيه و عدم المسامحه فى مثله بحيث لا ينافى الفور عاده.

و لا- يخفى أن قول المصنف: (لو أهمل السعى أو التوكيل) ليس بجيد، لأن البطلان إنما يتحقق مع إهمالهما لا- مع إهمال أحدهما، و كذا القول فى البواقي.

قوله: (و لو عجز لم يسقط و إن لم يشهد على المطالبه).

ص: ٤٠٢

المطالبه، ثم تعجب المبادره إلى أحدهما في أول وقت الإمكان. و انتظار الصبح، و دفع الجوع و العطش بالأكل و الشرب، و إغلاق الباب، و الخروج من الحمام، و الأذان و الإقامة، و سنن الصلاه، و انتظار الجماعه أعدار، إلا مع حضور المشتري و عدم اشتغاله بالطلب عن هذه الأشياء، أى: لو عجز عن الأمرين معا لم تسقط شفعتة لعدم التقصير، و لا يشترط الاشهاد على المطالبه لو تمكن منه خلافا لبعض العامه (1)، للأصل و عدم الدليل.

قوله: (ثم تجب المبادره إلى أحدهما في أول وقت الإمكان).

أى: بعد زوال عذر المسافر و تمكنه من السعى أو التوكيل يجب عليه أحدهما، فإن أمكنه السعى تخير بينه و بين التوكيل، و لو تمكن من التوكيل فقط تعين و يجب ذلك في أول أوقات الإمكان عادة فيراعى ما سبق، و لو قصّر الوكيل فى الأخذ لم يكن تقصيرا من الموكل.

قوله: (و انتظار الصبح، و دفع الجوع و العطش بالأكل و الشرب، و إغلاق الباب، و الخروج من الحمام، و الأذان و الإقامة، و سنن الصلاه، و انتظار الجماعه أعدار).

هذا كله من قبيل القسم الأول من قسمي الأعدار، و هو ما ينتظر زواله عن قرب، و قد سبق توجيهه.

قوله: (إلا مع حضور المشتري و عدم اشتغاله بالطلب عن هذه الأشياء).

أى: إلا مع حضور المشتري عنده، و عدم اشتغاله بالطلب فإن هذه

ص: ٤٠٣

و يبدأ بالسلام و الدعاء. و إنما يأخذ بالثمن الذى وقع عليه العقد، فإن كان مثليا فعلى الشفيع مثله، و إن كان من ذوات القيم فعليه قيمته يوم العقد على رأى، الأمور لا تعد أعدارا فتسقط شفيعته، و اعلم انه على ما سبق فى كلامه لا أثر لطلبه الشفعه، إذ المعبر هو الأخذ مع دفع الثمن، إلا أن يحمل الطلب فى عبارته على ذلك.

قوله: (و يبدأ بالسلام و الدعاء).

لعموم الأمر بالسلام (١)، و جريان العاده به، و كذلك الدعاء المتعارف مثله، و لو ابتداء بالطلب لكان نقصا فى حقه.

فرعان:

أ: لو جهل الشفيع استحقاق الشفعه فالظاهر بقاء حقه، لعموم الدلائل (٢)، و لعدم تقصيره فى الأخذ.

ب: لو علم ثبوتها و جهل كونه على الفور فالظاهر السقوط، لتحقق التقصير المنافى للفوريه و لا أثر لجهله بذلك.

قوله: (و إنما يأخذ بالثمن الذى وقع عليه العقد، فإن كان مثليا فعلى الشفيع مثله، و إن كان من ذوات القيم فعليه قيمته يوم العقد على رأى).

لا ريب أنه يأخذ بالثمن الذى وقع عليه العقد قليلا كان أو كثيرا، أى:

لمثله لعدم إمكان الأخذ به غالبا، فإن كان من ذوات الأمثال لزمه مثله، و إن كان من ذوات القيم فهل تثبت الشفعه معه أم لا؟ قولان للأصحاب:

ص: ٤٠٤

١- ١) الكافى ٢: ٤٧١ حديث ١-٥ باب التسليم، [١] و انظر وسائل الشيعه ٨: ٤٣٥ باب الابتداء بالسلام.

٢- ٢) الكافى ٥: ٢٨٠ باب الشفعه، التهذيب ٧: ١٦٣ باب الشفعه.

أحدهما- وهو قول الشيخين (١)، وجمع من الأصحاب (٢)-: الثبوت، لعموم الأدله الداله على ثبوت الشفعه (٣)، و لأن القيمه بمنزله العوض المدفوع.

و الثانى- وهو القول الآخر للشيخ (٤) قول جماعه منهم المصنف فى المختلف (٥)-: العدم اقتصارا فيما ثبت على خلاف الأصل على محل الوفاق، و لروايه ابن رثاب عن الصادق عليه السلام: فى رجل اشترى دارا برقيق و متاع و بر و جوهر قال: «ليس لأحد فيها شفعه» (٦)، و هى نص و لا- يضر ضعف إسنادها لانجبارها بغيرها من الدلائل، و لحسنه هارون بن حمزه الغنوى الى أن قال: «فهو أحق بها من غيره بالثمن» (٧).

و إنما يتحقق ذلك فى المثلى، أو يقال المثل أقرب المجازات الممكنه ها هنا، و الأصح عدم الثبوت، فإن قلنا به فبأى قيمه يلزم، قيمه يوم العقد أم وقت الأخذ أم الأعلى من وقت العقد الى وقت الأخذ؟ صرح بالأول المصنف، و بالثالث ولده (٨)، و الأصح الأول، لأن وقت الاستحقاق حين العقد، و لا- ريب أن الاستحقاق بالثمن و العين متعذره فوجب الانتقال إلى القيمه، فالاستحقاق بالقيمه حينئذ- هو مختار الدروس (٩) و مختار ولد المصنف- ضعيف، لأن إلحاق هذا بالغاصب لا وجه له، و كذا الأمر الثالث، لسبق الاستحقاق فى الثمن على وقت الأخذ.

ص: ٤٠٥

١- (١) المقنعه: ٩٦، المبسوط ١٣١: ٣.

٢- (٢) منهم أبو الصلاح الحلبي فى الكافي فى الفقه: ٣٦١، و ابن إدريس فى السرائر: ٢٥٠، و المحقق الحلبي فى الشرائع ٢٥٨: ٣.

٣- (٣) الكافي ٢٨١: ٥، حديث ٨، التهذيب ١٦٤: ٧، حديث ٧٣٠ الاستبصار ١١٦: ٣، حديث ٤١٣.

٤- (٤) الخلاف ١٠٧: ٢، مسأله ٧ كتاب الشفعه.

٥- (٥) المختلف: ٤٠٤.

٦- (٦) الفقيه ٤٧: ٣، حديث ١٦٤، التهذيب ١٦٧: ٧، حديث ٧٤٠.

٧- (٧) الكافي ٢٨١: ٥، حديث ٥، [١] التهذيب ١٦٤: ٧، حديث ٧٢٨.

٨- (٨) إيضاح الفوائد ٢١٠: ٢.

٩- (٩) الدروس: ٣٩٠.

سواء كان مثل قيمه المشفوع أو لا، ولا تلزمه الدلالة و الوكاله و غيرها من المؤن. و لو زاد المشتري فى الثمن بعد العقد لم تلحق الزيادة و إن كان فى مدّه الخيار على رأى.

و لا- يسقط عنه ما يحطه البائع و إن كان فى مده الخيار و يسقط أرش العيب إن أخذه المشتري. قوله: (سواء كان مثل قيمه المشفوع أم لا).

أى: سواء كان الثمن الذى جرى عليه العقد هو ثمن المثل للمشفوع، أى: مثل قيمته أم ناقصا لعموم النص.

قوله: (و لا تلزمه الدلالة و الوكاله و غيرها من المؤن).

مثل اجره التقاد و الوزان و نحوهما، إذ ليست من جمله الثمن و إن كانت من التوابع.

قوله: (و لو زاد المشتري فى الثمن بعد العقد لم تلحق الزيادة و إن كان فى مده الخيار على رأى، و لا يسقط عنه ما يحطه البائع و إن كان فى مده الخيار).

على رأى-المخالف فى الموضوعين-الشيخ، فقال بلحوق الزيادة و سقوط الحطيظه إذا كان ذلك فى مده الخيار، لأنه الثمن الذى استقر عليه العقد (1). و ليس بجيد، لأن الثمن هو ما وقع عليه العقد، و الزيادة و الحطيظه أمر جديد.

قوله: (و يسقط أرش العيب إن أخذه المشتري).

أى: يسقط من الثمن، لأنه جزء منه، فإذا أخذه المشتري كان الثمن هو

ص: ٤٠٦

و لو كان الثمن مؤجلا فللشفيع الأخذ كذلك بعد اقامه كفيل إذا لم يكن مليا، و ليس له الأخذ عند الأجل على رأى. ما يبقى بعده، فإن كان قد دفع الثمن استرد الأرش، و لو لم يأخذه المشتري لم يكن له أرش، لأن الثمن هو ما جرى عليه العقد.

قوله: (و لو كان الثمن مؤجلا فللشفيع الأخذ كذلك بعد اقامه كفيل إذا لم يكن مليا، و ليس له الأخذ عند الأجل على رأى).

لما كان الشفيع إنما يأخذ بالثمن الذى جرى عليه العقد لم يكن له فيما إذا كان الثمن مؤجلا إلا الأخذ به مؤجلا، و هذا قول الأكثر (١) و الأصح، لأن تأخير الأخذ ينافى الفور فيبطل لو أخر و للأجل حظ من الثمن، فلو أخذ بغير أجل لم يكن الأخذ بالثمن.

و للشيخ قول فى الخلاف (٢) و المبسوط (٣) انه يتخير بين أن يأخذ بجميع الثمن حالا أو يصبر الى انقضاء الأجل ثم يأخذ، و احتج عليه بأن الذم غير متساويه.

و أجاب فى المختلف بأن عدم تساوى الذم لا يلزم منه ما ذكره، لإمكان التخلص بالضمين (٤) و مقتضى هذا الجواب أنه متى طلب المشتري من الشفيع ضمينا أجيب اليه، و مثله قال فى التذكرة (٥)، و الذى صرحوا به إنما هو إلزامه بكفيل لو لم يكن مليا، و لو صرح أحد بما تشعر به عبارته المختلف لكان القول به وجهها، لكن قال فى التذكرة: و على ما اخترناه فإنما يأخذه بثن مؤجل إذا كان مليا موثوقا به أو إذا أعطى كفيلا مليا و إلا لم يأخذه، لأنه إضرار بالمشتري،

ص: ٤٠٧

١- ١) منهم الشيخ المفيد فى المقنعه: ٩٦، و الشيخ الطوسى فى النهايه: ٤٢٥، و فخر المحققين فى إيضاح الفوائد ٢: ٢١١.

٢- ٢) الخلاف ١٠٧: ٢ مسأله ٩ كتاب الشفعه.

٣- ٣) المبسوط ٣: ١١٢. [١]

٤- ٤) المختلف: ٤٠٦.

٥- ٥) التذكرة ٥٩٦: ١. [٢]

و لو مات المشتري حل الثمن عليه دون الشفيع، و لو باع شقصين مع شريكين لواحد صفقه فلكل شريك أخذ شفعتة خاصه، و لو اتحد الشريك فله أخذ الجميع و أحدهما. و لو ترك لتوهم كثره الثمن فبان قليلا، أو لتوهمه جنسا فبان غيره، أو كان محبوسا بحق هو عاجز عنه، أو بباطل مطلقا و عجز عن الوكاله، أو أظهر له أن المبيع سهام قليله فبان كثره، أو بالعكس، أو أنه و ما ذكره صحيح في موضعه خصوصا من لا ديانه له.

قوله: (و لو مات المشتري حل الثمن عليه دون الشفيع).

لأن الذى يحل ديونه هو الميت دون غيره، فيبقى دين الشفيع للمشتري مؤجلا، و يحتمل حلوله على الشفيع، لأن تأجيله مسبب عن تأجيل ما على المشتري، و ليس بشىء.

قوله: (و لو باع شقصين مع شريكين لواحد دفعه فلكل شريك أخذ شفعتة خاصه).

لأن الشقص الآخر بالنسبه إليه غير مشفوع، فكان كما لو ضم المشفوع الى غير المشفوع.

قوله: (و لو اتحد الشريك فله أخذ الجميع و أحدهما).

لأن الشركه فى كل واحد من الشقصين بسبب مغاير للشركه فى الآخر، فلا تكون الشركه فيهما واحده، و لا أثر لاتحاد الصفقه فى ذلك، فإن حقه من أحدهما غير شائع فى حق الآخر من الآخر.

قوله: (و لو ترك لتوهم كثره الثمن فبان قليلا، أو لتوهمه جنسا فبان غيره، أو كان محبوسا بحق هو عاجز عنه أو بباطل مطلقا و عجز عن الوكاله، أو أظهر له أن المبيع سهام قليله فبان كثره، أو بالعكس، أو انه

اشترى لنفسه فبان لغيره، أو بالعكس، أو انه اشتراه لشخص فبان لآخر، أو انه اشترى الكل بثمان فبان انه اشترى نصفه بنصفه، أو بالعكس، أو انه اشترى الشقص وحده فبان انه اشتراه مع غيره، أو بالعكس لم تبطل شفيعته. اشتراه لنفسه فبان لغيره، أو بالعكس، أو انه اشتراه لشخص فبان لآخر، أو انه اشترى الكل بثمان فبان انه اشترى نصفه بنصفه، أو بالعكس، أو انه اشترى الشقص وحده فبان انه اشتراه مع غيره، أو بالعكس لم تبطل شفيعته).

المرجع فى هذه المسائل كلها الى كون التأخير فى طلب الشفيعه لعذر أو للجهاله، بخصوص البيع الذى هو متعلق الشفيعه، حيث يكون تعلق الغرض به امرا مقصودا، فلو ترك الشفيعه لتوهمه كثره الثمن، لوجود اماره توهم ذلك فبان قليلا فالشفيعه باقيه، لأن قله الثمن مقصوده فى المعاوضه، فربما كان الترك مستندا الى اعتقاد الكثره.

و كذا لو أعتقده دنائير فظهر دراهم فترك أو بالعكس فالشفيعه بحالها، لأن الغرض قد يتعلق بجنس دون آخر، لسهولة حصوله بالنسبه اليه و نحو ذلك.

و كذا لو كان محبوسا بحق هو عاجز عنه، لأنه معذور فى ترك السعى، بخلاف ما لو كان قادرا على أداء الحق الذى حبس لأجله، لأن التأخير من قبله، إذ يجب عليه دفع الحق ليخلص من الحبس، أو كان الحبس بسبب باطل كطلب ما ليس عليه فى نفس الأمر و إن كان فى ظاهر الحال ثابتا، سواء كان قادرا عليه أم لا، و سواء كان قليلا أم كثيرا فإنه معذور، إذ لا يجب عليه دفع ما ليس عليه، لكن بشرط عجزه عن الوكاله ليكون الحبس فى الموضوعين المذكورين عذرا، فإن قصير فى الوكاله فلا شفيعه له، و لو وكل مع حبسه بحق هو قادر عليه فالشفيعه بحالها إذ لا تقصير.

و لو أظهر له أنه اشتراه بثمن فبان أنه اشتراه بأكثر، أو أنه اشترى الكل بثمن فبان أنه اشترى به بعضه بطلت شفيعته. فرع:

لو شهدت البيئه عليه بحق هو يدعى البراءه منه، فحبس لامتناعه من أدائه فهل تبطل شفيعته لوجوب الدفع عليه ليخلص، أم لا لدعواه انه محبوس بغير حق؟ فى نفس الأمر يجب التأمل لذلك.

و كذا لو أظهر له مظهر أن المبيع قليل فظهر خلافه، لأن الغرض قد يتعلق بالكثير و كذا عكسه.

و كذا لو أظهر شخص انه اشترى الشقص لنفسه فبان انه اشتراه لغيره فكذلك، لأن الغرض قد يتعلق بالأخذ من شخص دون آخر، و مثله العكس.

و لو أظهر له انه اشترى الشقص وحده بالثمن فبان انه اشتراه مع غيره فكذلك، لأن الثمن حينئذ يكون أقل، و الغرض قد يتعلق بذلك. و بالجمله فكل أمر لو ظهر له وقوع (1) البيع عليه، و الغرض الصحيح قد يتعلق بغيره فتبين خلافه فالشفيعه بحالها لا تبطل للعذر.

قوله: (و لو أظهر له انه اشتراه بثمن فبان انه اشتراه بأكثر، أو أنه اشترى الكل بثمن فبان أنه اشتراه ببعضه بطلت شفيعته).

لأن عدم رغبته فى المبيع بالثمن الأقل فبالأكثر أولى، لأن مقتضى البيع المكايسه، و كذا لو لم يرغب فى الكل بثمن فلأن لا يرغب فى البعض بذلك الثمن أولى فلا شفيعه له.

ص: ٤١٠

و تصرّف المشتري قبل الأخذ صحيح، فإن أخذه الشفيع بطل، فلو تصرّف بما تجب به الشفيعه تخير الشفيع فى الأخذ بالأول أو الثانى، فلو باعه المشتري بعشره بعشرين فباعه الآخر بثلاثين: فإن أخذ من الأول دفع عشره و رجع الثالث على الثانى بثلاثين و الثانى على الأول بعشرين لأن الشقص يؤخذ من الثالث و قد انفسخ عقده، و كذا الثانى. قوله: (و تصرّف المشتري قبل الأخذ صحيح فإن أخذه الشفيع بطل، فلو تصرّف بما تجب به الشفيعه تخير الشفيع فى الأخذ بالأول أو الثانى).

إنما كان تصرّف المشتري صحيحا، لأنه مالك مستقل، فإذا أخذ الشفيع بطل تصرّف المشتري، لسبق حقه. و لا يخفى أن تصرّفه ينقسم الى ما تجب به الشفيعه - و هو البيع - و غيره، فالأول إذا وقع تخير الشفيع فى الأخذ بالبيع الأول و الثانى، لأن كلا منهما سبب تام فى ثبوت الشفيعه فالتعيين الى اختياره.

قوله: (فلو باعه المشتري بعشره بعشرين فباعه الآخر بثلاثين، فإن أخذ من الأول دفع عشره فيرجع الثالث على الثانى بثلاثين، و الثانى على الأول بعشرين، لأن الشقص يؤخذ من الثالث و قد انفسخ عقده، و كذا الثانى).

أى: إذا ثبت تخير الشفيع فى الأخذ إذا كان تصرّف المشتري موجبا للشفيعه، فلو باعه المشتري بعشرين و قد كان اشتراه بعشره - فالجار الأول فى قوله: (بعشره) متعلق بالمشتري، و الثانى فى قوله: (بعشرين) - فباعه المشتري الثانى بثلاثين فإن أخذه الشفيع من الأول انفسخ العقدان الآخران، فيدفع الشفيع عشره و هى الثمن الذى اشترى به المشتري الأول، ثم يرجع كل من الثانى و الثالث بما دفع ثمنا، فيرجع الثالث بالثلاثين و الثانى بالعشرين، لأن الشقص ينتزع من الثالث و قد انفسخ عقده فيرجع الى ماله (1)، و كذا الثانى

ص: ٤١١

و لو أخذ من الثاني صح الأول و دفع عشرين، و بطل الثالث فيرجع بثلاثين.

و لو أخذ من الثالث صحت العقود و دفع ثلاثين. و لو وقفه المشتري، أو جعله مسجداً، أو وهبه فللشفيع إبطال ذلك كله، و الثمن للواهب أن يأخذه إن لم تكن لازمه، انفسخ عقده.

قوله: (و لو أخذ من الثاني صح الأول و دفع عشرين و بطل الثالث فيرجع بثلاثين، و لو أخذ من الثالث صحت العقود و دفع ثلاثين).

لا- ريب أنه إذا أخذ بالشفعه بالعقد الثاني كان ذلك إمضاء للبيع الصادر من الأول و هو التصرف الأول فيصح، و يبطل البيع الصادر من الثاني و هو العقد الثالث، فيرجع الثالث بما دفعه و هو ثلاثون، و يدفع الشفيع إلى المشتري الثاني عشرين، و لو أخذ بالبيع الثالث كان ذلك إمضاء للعقود كلها فيدفع ثلاثين و هو ظاهر.

قوله: (و لو وقفه المشتري، أو جعله مسجداً، أو وهبه فللشفيع إبطال ذلك كله و الثمن للواهب أن يأخذه إن لم تكن لازمه).

هذا هو القسم الآخر من قسمي تصرف المشتري، و هو ما تجب به الشفعه كوقف الشقص، و جعله مسجداً، و هبته، و نحو ذلك فللشفيع الأخذ بالشفعه و إبطال ذلك كله لسبق حقه، لكن لا يقع هذا التصرف من أول الأمر باطلاً خلافاً لبعض الشافعية (1)، لأنه صدر من مالك تام الملك. و إن كان ملكه مترزلاً- كالمتهب حيث يكون للواهب الرجوع، فإذا أخذ بالشفعه بطل الوقف و المسجديه، لمضادتهما الأخذ بالشفعه.

إما الهبة فإما أن تكون لازمه أو جائزه، فإن كانت جائزه فللواهب أن يأخذ

ص: ٤١٢

١- ١) منهم ابن سريج، انظر: فتح العزيز المطبوع مع المجموع ١١: ٤٦٧.

وإلا- فإشكال. الثمن على ما ذكره المصنف، ووجهه ان للواهب أن يرجع في أصل الهبة فله أن يرجع في ثمن الموهوب، و مقتضى كلامه هذا انه لو لم يرجع لكان الثمن للمتهب، ويشكل بأن هذا إنما يتم على تقدير أن يكون الأخذ بالشفعة غير مبطل للهبة، لأن الأخذ إنما يكون بالبيع السابق، و متى كان الأخذ به امتنع الحكم بصحة التصرف الطارئ عليه، و لهذا لو كان تصرف المشتري بالبيع حكماً بأنه إن أخذ بالبيع الأول بطل الثاني و استرد المشتري الثاني الثمن.

ثم انه كيف يتصور كون الأخذ من المشتري و الدرك عليه مع بقاء الهبة و ثبوت ملك المتهب، و هذا كما يكون منافياً لما ذكره في الهبة الجائزة فهو مناف لما ذكره من الإشكال في الهبة اللازمه كما لا يخفى.

لو قيل: يفسخ من أحد الجانبين و هو جانب الشفيع خاصة دون الآخر.

دفعناه بما قلناه من اقتضائه زوال الدرك عن المشتري، و هو باطل، و لأن الفسخ نسبه فلا يعقل من أحد الجانبين.

و عليه مناقشه أخرى، و هو انه على ما ذكر في الهبة الجائزة من أن له الرجوع بالثمن، نظراً الى أن له أن يرجع في الأصل يجب أن لا يكون له الرجوع في الثمن في الهبة اللازمه، لانقطاع حقه منها، و الحاصل أن الأخذ بالشفعة إما أن يقتضى إبطال الهبة فالثمن للواهب وجهها واحداً، و إلا فالثمن للمتهب مع اللزوم وجهها و بدونه يتخير، و هذا واضح، و كلام التحرير (1) يلوح منه ذلك.

قوله: (و إلا فإشكال).

أى: و إن كانت الهبة لازمه كالهبة لذى الرحم، و المعوضه ففي كون الثمن للواهب أو للمتهب إشكال ينشأ: من بطلان الهبة بالأخذ بالشفعة لسبق

ص: ٤١٣

فإن قلنا به رجوع المتهب بما دفعه عوضاً، وإلا تخير بينه وبين الثمن، فإن تقايل المتبايعان أو رده بعيب فللشفيع فسخ الإقالة و الرد و الدرک باق على المشتري، حق الشفيع، و من إمكان الجمع بين الحقين، و حق الشفيع إنما هو فى العين، و لا شغل له بإبطال الهبه من رأس فإخذها و تبقى الهبه بحالها، و يكون المراد من الإبطال: إبطال اختصاص المتهب بالعين لا إبطال أصل الهبه، و ليس بشىء، لأن الشفيع إنما يأخذ بالبيع الأول من المشتري و الدرک عليه و الثمن حق له، و هذه حقوق للشفيع ثابتة تنافى بقاء الهبه، و هذا الاشكال ضعيف جداً، و الأصح ان الهبه تبطل فى الموضعين و يرجع الأمر كما كان.

قوله: (فإن قلنا به رجوع المتهب بما دفعه عوضاً، وإلا تخير بينه وبين الثمن).

أى: فإن قلنا بكون الثمن للواهب فإن كان المتهب قد دفع عوضاً للهبه فقد فات المعوض فيرجع به، و إن لم نقل بكونه للواهب بل قلنا انه للمتهب - إذ لا واسطه - تخير المتهب بينه - أى بين العوض - و بين الثمن بأن يفسخ الهبه و يرجع بالعوض، لفوات الموهوب الذى بذل العوض فى مقابله، أو يبيعها فإخذ الثمن، لأنه حقه للزوم الهبه من طرف الواهب، و قد عرفت ضعف ذلك كله.

قوله: (فإن تقايل المتبايعان أو رده بعيب فللشفيع فسخ الإقالة و الرد، و الدرک باق على المشتري).

إذا تقايل المتبايعان، بعد ثبوت الشفعه كان للشفيع فسخ الإقالة، لأن حقه أسبق، و من جمله حقوقه أن يأخذ من المشتري و أن يكون الدرک عليه.

و كذا لو رده المشتري لعيب كان للشفيع فسخ الرد بعين ما قلناه، أما الأرش فيأتى حكمه.

و قول المصنف: (و الدرک باق على المشتري) يريد به فى هذين

و لو رضى بالشراء لم تكن له الشفعة بالإقالة. و لو قلنا بالتحالف عند التخالف فى قدر الثمن، و فسخنا البيع به فللشفيح أخذه بما حلف عليه البائع لأخذه منه هنا، الموضعين، لأنه حق ثبت عليه للشفيح فلا يملك إبطاله.

و اعلم ان شيخنا الشهيد قال فى حواشيه: إن فسخ الإقالة و الرد يفهم منه أمران: الأول: الفسخ مطلقاً، أى: بالنسبة إلى الجميع، فتكون الإقالة و الرد نسياً منسياً. و الثانى: انه بالنسبة إلى الشفيح خاصة، لأنهما مالكان حال التصرف فيترتب أثر تصرفهما عليه، قال: و تظهر الفائدة فى النماء، فعلى الأول نماء الثمن بعد الإقالة و الرد للبائع و نماء المبيع للمشتري، و على الثانى بالعكس.

أقول: إن الإقالة و الرد يقتضيان الفسخ و الفسخ لا يتجزأ، فإما الصحه مطلقاً، أو البطلان مطلقاً، فحيث كان حق الشفيح أسبق كان الوجه البطلان مطلقاً.

قوله: (و لو رضى بالشراء لم تكن له الشفعة بالإقالة).

لأن الإقالة فسخ عندنا لا بيع، خلافاً لأبى حنيفة (1) و مثله ما لو رضى الشفيح ايضاً بالشراء ثم رده المشتري بعيب لا شفعه، خلافاً له ايضاً (2).

قوله: (و لو قلنا بالتحالف عند التخالف فى قدر الثمن، و فسخنا البيع به فللشفيح أخذه بما حلف عليه البائع لأخذه منه هنا).

أى: إذا اختلف المتبايعان فى قدر الثمن، و قلنا بأنهما يتحالفان و ينفسخ البيع فحق الشفيح باق، لسبقه و تحقق ثبوته، فإخذه بما حلف عليه البائع لا بما حلف عليه المشتري، لأن الأخذ هنا من البائع و ذلك فرع فسخ البيع، و لو

ص: ٤١٥

١- ١) اللباب فى شرح الكتاب ٢: ٣٢.

٢- ٢) اللباب فى شرح الكتاب ٢: ١٢١.

و الشفيع يأخذ من المشتري و دركه عليه. و لو كان فى يد البائع كلف الأخذ منه أو الترك، و لا- يكلف المشتري القبض و التسليم، و يقوم قبض الشفيع مقام قبض المشتري و الدرک مع ذلك على حكما بأخذه بما حلف عليه المشتري لوجوب المنع من الفسخ لانتفاء فائدته حينئذ.

و يشكل بثبوت ما حلف عليه البائع فى حق الشفيع مع تكذيبه، و الفسخ الواقع فرع التحالف، و هو فى حق المتبايعين خاصه دون الشفيع، و لأن البائع إنما يحلف لنفى ما يدعيه المشتري لا لإثبات ما يدعيه هو فكيف يأخذ بما حلف عليه البائع، إلا ان يقال: لما كان ذلك مقتضى الحلف، لأنه إذا نفى ما يدعيه المشتري لزم ثبوت ما يدعيه هو، لا تفاقهما على نفى ما عدا ما اختلفا فيه، نعم إذا قلنا: إن كلا منهما يحلف يمينا جامعاً للنفى و الإثبات اندفع الاشكال.

و المتجه على القول بالتحالف بقاء الدعوى بين الشفيع و البائع فتكون كالدعوى بين الشفيع و المشتري، و حيث كان المعتمد تقديم قول البائع و قول المشتري مع تلفها، فإذا حلف البائع لبقائها أخذ الشفيع بما ادعاه المشتري، لأن أخذه منه فلا يستحق عليه الزيادة التى يدعى كونها ظلماً، نعم لو صدق الشفيع البائع و جب عليه دفع ما حلف عليه و إن لم تكن للمشتري المطالبة بالزيادة، لا اعترافه بعدم استحقاقها.

قوله: (و الشفيع يأخذ من المشتري و دركه عليه).

إنما يأخذ الشفيع من المشتري، لأن استحقاقه عليه لانقطاع ملكيه البائع بالبيع، و درك المبيع على المشتري لو ظهر استحقاقه لأخذه منه، فيرجع عليه بالثمن و بما اغترمه على ما سبق تفصيله.

قوله: (و لو كان فى يد البائع كلف الأخذ منه أو الترك، و لا يكلف المشتري القبض و التسليم و يقوم قبض الشفيع مقام قبض المشتري،

المشترى. و ليس للشفيع فسخ البيع و الأخذ من البائع، و لا تصح الإقالة بين الشفيع و البائع. و لو انهدم، أو تعيب بفعل المشتري قبل المطالبة، أو بغير فعله مطلقا تخير الشفيع بين الأخذ بالجميع أو الترك، و الدرك مع ذلك على المشتري).

أى: لو كان المبيع و هو المشفوع فى يد البائع فليس للشفيع تكليف المشتري قبضه و تسليمه اليه، بل للشفيع أحد الأمرين: إنما الأخذ منه، أو الترك للأصل، و لأن الشقص حق الشفيع فحيث ما وجده أخذ، و لأن أخذ الشفيع بمنزله أخذ المشتري، لأنه استحق قبض ذلك من جهته فلا- حازه الى تكليفه امرالا- يفوت بعدمه حق على الشفيع. و للشافعية قول بأن له أن يكلفه ذلك، لأن الشفيع بمنزله المشتري من المشتري، و فيه ضعف، فإذا قبضه الشفيع من البائع كان ذلك كقبض المشتري، و الدرك على المشتري على كل حال.

قوله: (و ليس للشفيع فسخ البيع و الأخذ من البائع، و لا تصح الإقالة بين الشفيع و البائع).

لأن حق الشفيع منحصر فى الأخذ من المشتري، و لا حق له فى فسخ بيع المشتري، و الإقالة إنما تصح ممن صدر العقد له.

قوله: (و لو انهدم، أو تعيب بفعل المشتري قبل المطالبة، أو بغير فعله مطلقا تخير الشفيع بين الأخذ بالجميع أو الترك).

إذا اشترى شقصا من دار فاستهدهم، أو تعيب-من غير أن يتلف-بعضها بفعل المشتري أو بغير فعله، قبل المطالبة بالشفعه أو بعدها فها هنا أربع صور:

الاولى: أن يكون ذلك بفعل المشتري قبل مطالبه الشفيع بالشفعه بأن

ينقض البناء، أو يشق الجدار، أو يكسر الجذع مع سلامه الأعيان، فإن الشفيع بالخيار بين الأخذ بكل الثمن و بين الترك، لأن المشتري إنما تصرّف في ملكه تصرفاً يسوغ له شرعاً، فلا يكون مضموناً عليه، والفائت من المبيع لا يقابل بشيء من الثمن فلا يستحق الشفيع في مقابله شيئاً، كما لو تعيّب المبيع في يد البائع فإن المشتري يتخير بين الفسخ و بين الأخذ بجميع الثمن عند بعض علمائنا. وفيه نظر، فإن المشتري و إن تصرّف في ملكه إلا أن حق الشفيع قد تعلّق به، فيكون ما فات منه محسوباً عليه، كما يحسب عليه عين المبيع، و لا استبعاد في تضمين المالك ما يجنى على ملكه إذا تعلّق به حق الغير كالرهن إذا جنى عليه الراهن. و قد سبق في كتاب البيع وجوب الأرض على البائع إذا تعيّب المبيع في يده، فينبغي أن يكون هنا كذلك، و قد نبه كلام المصنف في التذكرة على ذلك (١).

الثانيه و الثالثه: أن يكون ذلك بغير فعل المشتري مطلقاً، أي: سواء طالب الشفيع بالشفعه أم لا، فإنه لا شيء على المشتري بل يتخير الشفيع بين الأخذ بمجموع الثمن و الترك. و تقريبه مع ما سبق: أن ذلك ليس بفعل المشتري و ملكه غير مضمون عليه.

و جوابه مع النقض بما إذا تلف بعض المبيع، و الذي يقتضيه النظر ثبوت الأرش في صورتين أيضاً، و كلام المصنف في التذكرة مطابق لذلك، فإنه فرض المسألة فيما إذا تعيّب الشقص من غير تلف شيء من العين، من غير تقييد بكون ذلك بفعل المشتري و كونه بعد المطالبه و عدمه، ثم حكى قول بعض الأصحاب بوجوب الأرش بمثل هذا التعيّب في المبيع و لو كان في يد البائع، ثم قال: فينبغي أن يكون هنا كذلك (٢) و هذا متجه.

ص: ٤١٨

١- (١) التذكرة ١: ٥٢٥ و ٥٩٧. [١]

٢- (٢) التذكرة ١: ٥٩٧. [٢]

و الأنقاض للشفيع و إن كانت منقوله. و لو كان بفعل المشتري بعد المطالبه ضمن المشتري على رأى. قوله: (و الأنقاض للشفيع و إن كانت منقوله).

الأنقاض بفتح الهمزة ثم النون و القاف بعدها و الضاد المعجمه آخرها جمع نقص بكسر النون: و هى الآلات التى يبقى من البناء بعد نقضه، و إنما كانت للشفيع لأنها جزء المبيع و لا يضر كونها منقوله الآن إلا إذا كانت مثبتة وقت البيع لسبق استحقاق الشفيع لها تبعا كما سبق بيانه.

قوله: (و لو كان بفعل المشتري بعد المطالبه ضمن المشتري على رأى).

هذه هى الصورة الرابعه، و ما افتى به هو المشهور، لأن الشفيع استحق بالمطالبه أخذ المبيع كاملا و تعلق حقه به، فإذا نقص بفعل المشتري ضمنه له، و هذا كما يدل على الضمان فى هذه الصورة يدل على الضمان فى باقى الصور، لأن استحقاق الشفيع لم يثبت بالمطالبه بل بالبيع، و إذا كان هذا مضمونا عليه للشفيع فلا فرق بين أن يكون ذلك بفعل المشتري أو بفعل غيره و قال الشيخ فى ظاهر كلامه لا ضمان، لأن الشفيع لا يملك بالمطالبه بل بالأخذ، فيكون المشتري قد تصرف فى ملكه تصرف صحيحا فلا يضمنه لغيره (١)، و ضعفه ظاهر، لأنه و إن كان مملوكا للمشتري لكن فى وقت التصرف هو مستحق للشفيع.

ثم انه ينبغى أن لا- يكون المراد من الضمان: غرم البديل، بل سقوط حصته من الثمن، و لا سبيل الى أن يأخذ منه الثمن كله فى مقابله ما بذل فيه بعض الثمن، لأن ذلك ظلم محض، و خروج عن مقتضى الشفيعه، و هو أخذ المبيع الذى جرى عليه العقد، و دفع ثمنه الذى جرى عليه العقد ايضا، اللهم

ص: ٤١٩

١- ١) المبسوط ١١٦: ٣.

أما لو تلف بعض المبيع فالأقرب أنه يأخذه بحصته من الثمن و إن لم يكن بفعل المشتري. إلا إذا قلنا: إن التالف لا قسط له من الثمن فيتجه ما قاله الشيخ (١)، أو ضمان قيمه التالف كما يشعر به ظاهر قولهم: ضمن المشتري، لكن لا نقول به.

قوله: (أما لو تلف بعض المبيع فالأقرب أنه يأخذه بحصته من الثمن و إن لم يكن بفعل المشتري).

المراد: أنه إذا تلف بعض عين المبيع، و هو ما يقابل بشيء من الثمن قطعاً كما لو تلف بعض العرصه بسيل و نحوه، أو احترق سقف البيت على القول بأن الأبنيه كأحد العبدین المبيعين و هو الأصح، و قيل إنها كأطراف العبد و صفاته فلا يتقسط عليها الثمن فيكون من قبيل الاستهدام و قد سبق حكمه، و قد حكى القولين المصنف في التذكرة (٢)، فعلى الأصح، في هذا الحكم فيه و فيما قبله أخذ الشفيع له بحصه من الثمن على الأقرب لأن إيجاب دفع الثمن كاملاً في مقابل بعض المبيع يستدعى دفع أحد العوضين لا في مقابل العوض، و ذلك أكل مال بالباطل لا محاله.

و قال الشيخ في المبسوط: إن نقص بفعل المشتري أخذ الباقي بالقيمه، و لعله يريد الأخذ بحصه من الثمن، و لا يكون ذلك إلا باعتبار القيمه أو حيث يتطابق الثمن و القيمه (٣).

و قال في الخلاف: إن كان ذلك بأمر سماوى أخذ بجميع الثمن أو ترك و إن كان بفعل آدمى أخذ الباقي بالحصه (٤). و هو ضعيف، لأن الثمن في مقابل المجموع فالأبعاض في مقابل الأبعاض، و لا أثر للآفه في زوال هذه المقابله.

ص: ٤٢٠

١- ١) المبسوط ١١٦: ٣. [١]

٢- ٢) التذكرة ٥٩٧: ١. [٢]

٣- ٣) المبسوط ١١٦: ٣. [٣]

٤- ٤) الخلاف ١٠٨: ٢ مسألة ١٣ كتاب الشفعه.

و لو بنى المشتري أو غرس، بأن كان الشفيع غائبا أو صغيرا، أو طلب المشتري من الحاكم القسمة للمشتري قلع غرسه و بنائه، و ليس عليه طم الحفر.

و يحتمل وجوبه، لأنه نقص دخل على ملك الشفيع لتخليص ملكه. و الأصح الأخذ بالحصه إن شاء، و لم يفرق أحد ها هنا- و هو ما إذا كان التالف بعض العين- بين كونه قبل المطالبة و بعدها، و الظاهر أن هذا الفرق فى الأولى غير واضح.

قوله: (و لو بنى المشتري أو غرس بأن كان الشفيع غائبا، أو صغيرا، أو طلب المشتري من الحاكم القسمة للمشتري قلع غرسه و بنائه، و ليس عليه طم الحفر. و يحتمل وجوبه، لأنه نقص دخل على ملك الشفيع لتخليص ملكه).

أى: لو بنى المشتري أو غرس فى الشقص المشفوع، و ذلك بأن قسمه عن حق الشريك الذى هو الشفيع مع بقاء الشفعة، و يتصور ذلك بأن يكون الشفيع غائبا أو صغيرا و نحو ذلك، فيطلب المشتري من الحاكم القسمة فيقسم له فيبنى و يغرس، ثم يحضر الشفيع فيأخذ بالشفعة للمشتري حينئذ قلع غرسه و بناءه، لأنه ملكه و لم يكن ظالما بفعله، و ليس عليه طم الحفر لما قلناه من أنه فعل ذلك بحق، لأنه كان حينئذ مالكا جائز التصرف و فى القلع مصلحة الشفيع، لأن فيه تفرغ الشقص. و يحتمل وجوبه، لأنه نقص دخل على ملك الشفيع لمصلحة المشتري، لأن ذلك يتضمن تخليص ملك المشتري أيضا من ملك الشفيع.

و التفصيل قوى بأن يقال: إن كان القلع بطلب الشفيع لم يجب الطم، لأن طلبه القلع يتضمن الاذن فى الحفر، و ليس هو كالغاصب، لأنه غير عاد بفعله، و إن كان القلع من المشتري ابتداء و جب، لأن النقص قد حدث فى

أما نقص الأرض الحاصل بالغرس و البناء فإنه غير مضمون، لأنه لم يصادف ملك الشفيع، و يأخذ الشفيع بكل الثمن أو يترك.

و لو امتنع المشتري من الإزالة تخير الشفيع بين قلعه مع دفع الأرش على اشكال، و بين بذل قيمه البناء و الغرس إن رضى المشتري و مع عدمه نظر، و بين النزول مع ملك غيره بفعله لمصلحته من غير اذن من الغير فيجب إصلاحه، و هو خيره المختلف (١). و هل يملك الشفيع إجبار المشتري على القلع؟ صرح به فى التذكرة (٢)، و لو قيل به لم يكن بعيدا بعد بذل الأرش.

قوله: (أما نقص الأرض الحاصل بالغرس و البناء فإنه غير مضمون، لأنه لم يصادف ملك الشفيع، و يأخذ الشفيع بكل الثمن).

لأن هذا الناقص ليس له قسط من الثمن فلا يضمه المشتري، نعم لو كان ذلك بعد المطالبة اتجه القول بضمانه على ما سبق فى مسأله الاستهدام و التعيب هذا إذا كان النقص بالغرس، أما لو كان بالقلع فقد قال الشيخ و جماعه بعدم الضمان، معللا بأنه تصرف فى ملك نفسه (٣)، و اختار المصنف فى المختلف و جوب الأرش إن كان ذلك باختيار المشتري، لأن النقص حدث على ملك الغير بفعله لتخليص ملكه فيضمه (٤)، و قولهم: إنه لم يصادف ملك الشفيع غير واضح، لأن القلع صادف ملك الشفيع، إذ الفرض أنه بعد الأخذ بالشفعة فلا يتم ما ذكروه، و هذا أصح.

قوله: (و لو امتنع المشتري من الإزالة تخير الشفيع بين قلعه مع دفع الأرش على اشكال، و بين بذل قيمه البناء و الغرس إن رضى المشتري و مع عدمه نظر، و بين النزول عن الشفعة).

ص: ٤٢٢

١- ١) المختلف: ٤٠٨.

٢- ٢) التذكرة ٥٩٨: ١. [١]

٣- ٣) المبسوط: ١١٨. [٢]

٤- ٤) المختلف: ٤٠٨.

أى: إذا امتنع المشتري من قلع النبا و الغرس تخير الشفيع بين ثلاثة أشياء:

أحدهما: القلع، لأن له تخليص ملكه من ملك غيره، و الظاهر أن هذا الحكم لا اشكال فيه، و الشارح الفاضل قال: إن الاشكال فى العبارة فى استحقاق القلع و وجوب الأرش (١)، و الظاهر أنه وهم، إذ لا يتصور وجوب إبقاء شغل ملك الشفيع بملك المشتري على الدوام بعد انقطاع حقه من الشقص، إلا- أن يتخيل وجوب قبول الأجره على الشفيع، أو وجوب دفع القيمة عليه و إن لم يرض، و بطلان هذا أظهر من ان يحتاج الى البيان.

إذا تقرر ذلك، فإذا اختار الشفيع القلع فهل عليه دفع أرش نقص البناء و الغرس الحاصل بالقلع، فيه إشكال ينشأ: من أن النقص على ملك المشتري بفعل الشفيع لمصلحته يجب أن يكون مضمونا عليه، فإن المشتري لم يكن عاديا بذلك الفعل، فإذا أتلف شيئا من مال المشتري لمصلحته ضمنه له. و من أن التفريط حصل بفعل المشتري، لأنه غرس فى أرض مستحقة للغير، و هذا مختار المصنف فى المختلف (٢) و الأول اختيار الشيخ (٣) و هو أقوى، فإن التصرف فى الشقص مأذون فيه شرعا، فإن المشتري مالك ملكا تاما، و جواز الأخذ بالشفعة لا ينافى ذلك، و ليس هو بأبعد من غرس المستعير فإنه فى كل آن يجوز رجوع المعير، فعلى هذا لا يجوز قلعه إلا مع بذل الأرش هذا أحد الأمور الثلاثة.

الثانى: بذل قيمه المبناء و الغرس إن رضى المشتري، و لا- بحث فيه، أما إذا لم يرض فهل يملك أخذه بالقيمة و يجب على المشتري قبولها؟ فيه نظر ينشأ: من أنها معاوضه فيفتقر إلى رضى المتعاضين، و إلا كان ذلك أكل مال

ص: ٤٢٣

١- (١) إيضاح الفوائد ٢: ٢١٤.

٢- (٢) المختلف: ٤٠٨.

٣- (٣) الخلاف ٢: ١٠٩ مسألة ١٤ كتاب الشفعة.

فإن اتفقا على بذل قيمه، أو أوجبنا قبولها على المشتري مع اختيار الشفيع لم يقوم مستحقا للبقاء في الأرض و لا مقلوعا، لأنه إنما يملك قلعه مع الأرش، بل إما أن تقوم الأرض و فيها الغرس ثم تقوم خاليه فالتفاوت قيمه الغرس فيدفعه الشفيع أو ما نقص منه إن اختار القلع، أو يقوم الغرس مستحقا للترك بالأجره، أو لأخذه بالقيمه إذا امتنعا من قلعه. بالباطل كما دل عليه قوله تعالى لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ (١) و لقوله عليه السلام: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه» (٢) و من أن ذلك أقرب الى مصلحه كل منهما، لأن فيه جمعا بين الحقين و دفعا للضرر العظيم اللازم بكل منهما بقلع البناء و الغرس و هو مذهب أكثر الأصحاب و الأول قوى. و الثالث نزول الشفيع عن الشفعه و لا بحث فيه.

قوله: (فإن اتفقا على بذل قيمه، أو أوجبنا قبولها على المشتري مع اختيار الشفيع لم يقوم مستحقا للبقاء في الأرض و لا مقلوعا، لأنه إنما يملك قلعه مع الأرش -بل إما أن تقوم الأرض و فيها الغرس ثم تقوم خاليه فالتفاوت قيمه الغرس فيدفعه الشفيع أو ما نقص منه إن اختار القلع، أو يقوم الغرس مستحقا للترك بالأجره، أو لأخذه بالقيمه إذا امتنعا من قلعه).

إذا اتفق كل من الشفيع و المشتري على بذل قيمه الغرس، أو أوجبنا قبولها على المشتري إذا اختار الشفيع بذلها فلا بد من معرفه قيمه السوقيه، و المرجع فيها الى الصفات الثابته للغرس، لأنها مناط الرغبات، فلا يقوم مستحقا للبناء في الأرض إذ لا يستحق ذلك، و لا مقلوعا، لأن الشفيع لا يملك القلع إلا بالأرش. و هذا رجوع من المصنف عن الاشكال السابق الى الجزم،

ص: ٢٢٤

١- (١) سورة النساء: ٢٩. [١]

٢- (٢) سنن الدارقطني ٣: ٢٦ حديث ٩١ و ٩٢.

بل الطريق الى ذلك: إما أن تقوم الأرض و فيها الغرس، ثم تقوم خاليه فالتفاوت قيمه الغرس فيدفعه الشفيح، أو يدفع ما نقص منه إن اختار القلع، فيكون ذلك الطريق معرفه الأرض على القول بوجوب بذله، فيكون (ما نقص) معطوفا على الضمير المنصوب في قوله: (فيدفعه) و يجوز أن يكون معطوفا على مفعول (تقوم) و هو الأرض، و المعنى لا يختلف.

و إما أن يقوم الغرس مستحقا للترك بالأجره، أو لأخذه بالقيمه إذا امتنعا من قلعه، أي: يقوم منظورا فيه الى هذين الوصفين، فيقال: كم قيمه غرس يستحق الإبقاء في أرض الغير بالأجره، و يستحق صاحب الأرض أخذه بالقيمه عند امتناع كل من مالكة و مالك الأرض من قلعه، و كل من الوصفين موجب لنقصان القيمه، فإن ما لا يبقى إلا بالأجره قيمته انقص من قيمه ما يبقى مجانا، و كذا ما يستحق أخذه بالقيمه قهرا.

و هذا إنما يتأتى على القول بأن الشفيح لا يجب عليه أرش (النقص) (١) بالقلع، أما على القول به فإنه لا يملك طلب الأجره على الإبقاء لأن القلع لا يسوغ إلا مع ضمان الأرض فما دام لا يبذله فالإبقاء واجب، و كذا لا يتأتى إلا على القول باستحقاق الشفيح الأخذ بالقيمه و إن لم يرض المشتري، و ضعفهما قد علم، و قد تبه على ذلك في الدروس (٢). و يرد على الأول أيضا انه قد يكون لضميمه كل من الغرس و الأرش إلى الآخر باعتبار الهيئه الاجتماعيه دخل في زياده القيمه، و ذلك بتمامه لا يستحقه المشتري فيكف يكون ما عدا قيمه الأرض خاليه من مجموع القيمتين حقا للمشتري؟ و الأوجه أن يقوم الغرس قائما غير مستحق للقلع إلا بعد بذل الأرش، و ما ينقص عن هذه القيمه بالقلع أرشه، أو تقوم الأرض و فيها الغرس ثم يقوم كل

ص: ٤٢٥

١- ١) لم ترد في «ق».

٢- ٢) الدروس: ٣٩٢.

و لو اختلف الوقت فاختار الشفيع قلعه فى وقت أسبق تقصر قيمته عن قلعه فى آخر فله ذلك. و لو غرس المشتري، أو بنى مع الشفيع أو وكيله فى المشاع ثم أخذ الشفيع فالحكم كذلك، منهما منفردا (1)، فإن بقى من مجموع القيمتين بقيه قسّم عليهما على نسبة كل من القيمتين، وهذا أسلم من الجميع، فإذا كانت قيمه المجموع مائه، و الأرض أربعين، و الغرس خمسين تكون العشره الزائده باعتبار الاجتماع مقسومه على تسعه، للأرض أربعة اتساعها و للغرس خمسه أتساعها، ثم انه لا يخفى ما فى العبارة من عدم الجزاله.

و اعلم ان قوله: (إذا امتنعا من قلعه) ليس شرطا للتقوم، بل هو من تتمه الوصف اعنى: قوله: (أو لأخذه بالقيمه) فى هذا الحال.

قوله: (و لو اختلف الوقت فاختار الشفيع قلعه فى وقت أسبق تقصر قيمته عن قلعه فى آخر فله ذلك).

أى: لو اختلف الوقت فى قيمه الغرس فاختار الشفيع قلعه فى الوقت الذى تكون قيمته فيه قليله ليخف الأرش كان له ذلك، إذ لا يجب عليه الإبقاء الى أن يجيء الزمان الذى يكثر فيه قيمته قطعاً.

قوله: (و لو غرس المشتري، أو بنى مع الشفيع أو وكيله فى المشاع ثم أخذ الشفيع فالحكم كذلك).

أى: لو غرس المشتري أو بنى فى الشقص المشفوع حال الإشاعه مع الشفيع أو وكيله، بحيث يكون الغرس و البناء بالاذن المعتبر، و يتصور ذلك بأن يعتقد الشفيع أن لا شفعه له أو يتوهم كثره الثمن ثم يتبين الخلاف، فإنه إذا أخذ بالشفعه يكون الحكم فى الغرس و البناء كالحكم فيهما إذا حصلت القسمة

ص: ٤٢٦

١ - ١) فى «ق»: سواء.

و لو زرع المشتري فللشفيع أخذه و عليه إبقاء الزرع الى أو ان الحصاد مجاناً، و النماء المنفصل المتجدد بين العقد و الأخذ للمشتري و إن كان نخلاً لم يؤبر على رأى، ثم غرس أو بنى فى خاصته ثم أخذه الشفيع، و قد سبق ذكر أحكام ذلك مستوفى.

قوله: (و لو زرع المشتري فللشفيع أخذه و عليه إبقاء الزرع إلى أو ان الحصاد مجاناً).

أى: لو كان تصرف المشتري فى الشقص المشفوع بعد القسمه الشرعيه، أو بالإذن مع الإشاعه بالزرع، فإنه إذا أخذ الشفيع يجب عليه إبقاء الزرع الى أو ان حصاده مجاناً، لأنه تصرف بحق و له أمد ينتظر فتكون مدته كالمنفعه المستوفاه للمشتري، فإن منافع الشقص قبل الأخذ بالشفعه مملوكه له، و لا- كذلك الغرس و البناء، لأنه ليس لهما أمد ينتظر فيه القلع، فلو لا ثبوت حق القلع للشفيع لزم الضرر العظيم بدفع الثمن و استحقاق المنفعه للغير، فيكون بمنزله نفى ثبوت الشفعه و أبعده.

فزع: لو آجر المشتري الى مده فأخذ الشفيع فهل له فسخ الإجاره؟ قوله: (و النماء المنفصل المتجدد بين العقد و الأخذ للمشتري و إن كان نخلاً لم يؤبر على رأى).

أى: النماء المنفصل الحاصل بين عقد البيع و بين أخذ الشفيع بالشفعه للمشتري، لأنه نماء ملكه فإنه حينئذ مالك بالاستقلال، و تزلزل الملك لا- ينافى ملك النماء و إن كان النماء ثمره نخل لم يؤبر وقت الأخذ و إن كان المبيع نخلاً مع أرض لم تؤبر فإن ثمرته المتجدده بعد البيع للمشتري، و لا يكون عدم تأبيرها موجبا لتبعيتها للشقص فى الشفعه فأخذها الشفيع، خلافاً للشيخ حيث حكم بذلك، لكون الثمره قبل التأبير تتبع الأصل فى البيع و تجرى مجرى الجزء

و على الشفيع التبقية إلى وقت أخذه مجاناً، أما المتصل للشفيع.

و لو كان الطلع غير مؤبر وقت الشراء فهو للمشتري، فإن أخذه الشفيع بعد التأبير أخذ الأرض و النخل دون الثمره بحصتهما من الثمن. فيكون للمشتري (١)، و هو ضعيف، لأن الحكم يثبت فى البيع على خلاف الأصل بالنص (٢) فإن الثمره ليست جزءاً من الشجره فالحاق الشفعه به فى ذلك قياس، و احتراز ب(المنفصل) عن المتصل ككبر الشجره و زياده أغصانها، فإن ذلك جزء حقيقه، و سيأتى فى قول المصنف: (أما المتصل للشفيع).

قوله: (و على الشفيع التبقية إلى وقت أخذه مجاناً).

لما سبق بيانه فى الزرع.

قوله: (و لو كان الطلع غير مؤبر وقت الشراء فهو للمشتري، فإن أخذه الشفيع بعد التأبير أخذ الأرض و النخل دون الثمره بحصتهما من الثمن).

لا- ريب ان الطلع إذا كان غير مؤبر وقت الشراء كان للمشتري، فإذا أخذه الشفيع المشفوع فإما أن يأخذه بعد تأبير الطلع أو قبله، فإن أخذه بعد التأبير فالثمره للمشتري قطعاً، فيجب أن يسقط من الثمن حصه الطلع منه، لأنه قد ضم غير المشفوع الى المشفوع.

و طريق ذلك تقويم الجميع ثم تقويم الطلع، و تنسب قيمته إلى قيمه المجموع، ثم يسقط من الثمن بهذه النسبه و إن كان الأخذ بالشفعه قبل التأبير، و لم يصرح المصنف بحكمه هنا، و فى التذكرة قوى دخوله فى الشفعه كما دخل فى المبيع فصار بمنزله النخل فى الأرض (٣)، و فيه نظر، لأن دخول الطلع فى المبيع على خلاف الأصل فلا يلحق به الأخذ بالشفعه، ثم ان ثبوت

ص: ٤٢٨

١- (١) المبسوط ١١٨: ٣. [١]

٢- (٢) الكافي ١٧٦: ٥ حديث ١٠، التهذيب ٧: ٩٨٩ حديث ٣٧٩، الاستبصار ٣: ٩١ حديث ٣١٠.

٣- (٣) التذكرة ٥٩٩: ١. [٢]

و لو ظهر استحقاق الثمن فإن لم يكن معينا فالاستحقاق باق، وإلا بطلت الشفعة، ولا تبطل لو كان المدفوع من الشفيع مستحقا. و لو ظهر عيب فى الثمن المعين فرده البائع قدام حق الشفيع، فيطالب البائع بقيمة الشقص إن لم يحدث عنده ما يمنع الرد، الشفعة على خلاف الأصل فيقتصر فيه على ما لا يعد (1) منقولا.

قوله: (و لو ظهر استحقاق الثمن فإن لم يكن معينا فالاستحقاق باق، وإلا بطلت الشفعة).

لأن الثمن يتعين بالتعيين، فإذا ظهر استحقاقه تبين بطلان البيع فلا شفعة، بخلاف ما لو لم يكن الثمن معينا فإن المدفوع حينئذ لا يتعين كونه الثمن على تقدير الاستحقاق، بل الثمن أمر كلى فى الذمه.

قوله: (و لا تبطل لو كان المدفوع من الشفيع مستحقا).

لأن الاستحقاق ثابت بالبيع، و هو واضح، لكن هل يكون تملكه باطلا؟ لم يصرح فيه بشيء، و على ما ذكره من أن دفع الثمن شرط لحصول الملك بالأخذ يجب أن يكون تملكه باطلا، فعلى هذا يراعى فى أخذه بعد ذلك الفور على ما سبق اختياره.

قوله: (و لو ظهر عيب فى الثمن المعين فرده البائع قدام حق الشفيع فيطالبه البائع بقيمة الشقص إن لم يحدث عنده ما يمنع الرد).

إى: لو ظهر عيب فى الثمن المعين فللبائع رده، لأن ذلك حق له فلا يسقط لكن لا يسقط حق الشفيع لأنه قد ثبت لكون البيع صحيحا و الفسخ طارئ فلا يزول، فحينئذ يطالب البائع المشتري بقيمة الشقص، لأنه فى حكم التالف. و الظاهر أن الواجب قيمته حين الرد، لأنه حين انفساخ البيع، و إنما

ص: ٤٢٩

١- ١) فى «م»: ما بعد.

و بالأرش إن حدث، و لا يرجع على الشفيح إن كان أخذه بقيمه العوض الصحيح. و لو عاد إلى المشتري بهبه و شبهها لم يملك رده على البائع، و لو طلبه البائع لم تجب يثبت للبائع الرد إذا لم يحدث عنده في الثمن عيب يمنع الرد، و إذا رد و أخذ قيمه الشقص فمن يكون الأخذ في الحقيقة، أمن البائع أم من المشتري و الدرك عليه؟ و المسألة ذات أقسام:

الأول: أن يكون العلم بالعيب و الرد بعد أخذ الشفيح من المشتري.

الثاني: أن يكون كل منهما قبل أخذه.

الثالث: أن يكون العلم قبل الأخذ و الرد بعده، و عبارته المصنف هنا مطلقه لكن سيأتي القسمان الأخيران في كلامه بعد، فلعل مراده هنا هو الأول. و اعلم أنه سيأتي في كلام المصنف في القسم الثاني ما يدل على أن الأخذ من المشتري، حيث رد البائع الثمن و الشقص في يد المشتري فيغرم قيمته و إن زادت عن قيمه الثمن.

قوله: (و بالأرش إن حدث، و لا يرجع على الشفيح إن كان أخذه بقيمه العوض الصحيح).

أى فيطالب البائع بقيمه الشقص إن لم يحدث إلى آخره، و بالأرش إن حدث لتعذر الرد حينئذ، فلا يجوز أن يذهب عليه ما فات من الثمن بالعيب، فإذا أغرم المشتري الأرش لم يرجع به على الشفيح إن كان قد أخذه بالثمن الصحيح بمثله صحيحا إن كان مثليا، و إلا فبقيمته إن كان قيميا، و إن لم يكن أخذه كذلك فله المطالبة بالمثل الصحيح أو بباقي قيمه الصحيح.

قوله: (و لو عاد إلى المشتري بهبه و شبهها لم يملك رده على البائع، و لو طلبه البائع لم تجب إجابته).

إجابته. و لو نقصت قيمه الشقص عن قيمه الثمن فالأقرب ان الشفيع لا يرجع بالتفاوت. و لو كان فى يد المشتري فردّ البائع الثمن بالعيب لم يمنع الشفيع، لسبق حقه و يأخذه بقيمه الثمن، و للبائع قيمه الشقص و إن زادت عن قيمه أى: لو عاد الشقص بهبه و نحوها لم يكن للمشتري رده و المطالبه بالقيمه، و لا للبائع رد القيمه و أخذه، لأن الواجب فى ذلك الوقت هو دفع القيمه عوضا و قد دفعها كذلك فملكها البائع و برئت ذمه المشتري فليس لأحدهما إبطال ذلك.

قوله: (و لو نقصت قيمه الشقص عن قيمه الثمن فالأقرب ان الشفيع لا يرجع بالتفاوت).

أى: لو نقصت قيمه الشقص -الذى استحق البائع أخذها عند رد الثمن المعين لعيب فيه- عن قيمه الثمن فالأقرب أن الشفيع لا يرجع بالتفاوت بين قيمه الشقص و الثمن إذا كان قد دفعه، و وجه القرب: ان الشفيع إنما يستحقه بالثمن الذى جرى عليه العقد فلا يتعين حكمه بالرد بالعيب.

و قال الشيخ: يرجع، لأن العقد قد بطل، فلم يعتبر ما وقع عليه بل المعتبر ما استقر وجوبه على المشتري (1). و هو ضعيف، لأن بطلان العقد الطارئ لا يزيل ما ثبت، لأن العقد لما وقع كان صحيحا فلا يزول مقتضاه، و الظاهر أنه لا فرق بين أن يكون الشفيع قد دفع الثمن أو لا، فإن لم يكن قد دفع فالذى يقتضيه النظر وجوب دفعه، و سيأتى ما يدل عليه عن قريب إن شاء الله تعالى، و الحكم فى الدرر فى قد نبهنا عليه.

قوله: (و لو كان فى يد المشتري فردّ البائع الثمن بالعيب لم يمنع الشفيع، لسبق حقه و يأخذه بقيمه الثمن، و للبائع قيمه الشقص و إن زادت عن قيمه

ص: ٤٣١

الثلث ولا يرجع المشتري بالزيادة. و يحتمل تقديم حق البائع، لأن حقه استند الى وجود العيب الثابت حاله البيع و الشفعه تثبت بعده، بخلاف المشتري لو وجد المبيع معيبا، لأن حقه استرجاع الثمن و قد حصل من الشفيع فلا فائده فى الرد. عن قيمه الثمن، و لا يرجع المشتري بالزيادة).

أى: لو كان الشقص فى وقت رد البائع الثمن بالعيب فى يد المشتري لم يمنع الشفيع من الشفعه، لسبق حقه على هذا الرد و استقراره و يأخذه بقيمه الثمن، أى: بقدره سليما أو بقيمته صحيحا إن كان قيما، فيعلم منه أخذه بالمثل صحيحا إن كان مثليا، ثم يأخذ البائع من المشتري قيمه الشقص، لامتناع أخذ ثمن غير الأول و قد تعين فى العقد و إن زادت قيمه الشقص عن قيمه الثمن أو الواجب له هو الثمن المعين، فإذا فات بالرد بالعيب بقيمه الشقص حيث تعذر أخذه منه كالثمن بحق الشفيع، و لا يرجع المشتري على الشفيع بزياده قيمه الشقص على الثمن، لأنه يستحق الأخذ منه بالثمن الذى جرى عليه العقد، و فى هذا تنبيه على أن الشفيع إنما يأخذ من المشتري.

قوله: (و يحتمل تقديم حق البائع، لأن حقه استند الى وجود العيب الثابت حاله البيع و الشفعه تثبت بعده، بخلاف المشتري لو وجد المبيع معيبا، لأن حقه استرجاع الثمن و قد حصل من الشفيع فلا فائده فى الرد).

ظاهر كلام التذكرة يقتضى أن هذا الاحتمال إنما هو فيما إذا رد البائع الثمن، و الشقص فى يد المشتري لم يأخذه الشفيع (1)، و كذا صنعه هنا حيث أورده بعد الشروع فى هذا القسم، لكن دليله يقتضى الاطراد فى الأقسام كلها، و تحقيقه: ان الذى سبق فى القسم الثانى أيضا تقديم حق الشفيع على

ص: ٤٣٢

حق البائع.

و يحتمل تقديم حق البائع، لأن حقه استند الى وجود العيب الثابت حاله البيع، و الشفعه تثبت بعد البيع، لأنها إنما تثبت بانتقال (١) الملك إلى المشتري فيكون حق البائع أسبق، و هذا بخلاف حكم المشتري لو وجد المبيع معيبا فإن حق الشفيع لا يبطل إذ لا ينافى حق المشتري، لأن حق المشتري استرجاع الثمن و قد حصل من الشفيع فلا فائده في الرد.

و كان قوله: (بخلاف المشتري). جرى مجرى سؤال مقدر، و هذا التوجيه إن تم يقتضى تقديم حق البائع فى جميع الصور، و فيه إشكالان:

الأول: أنا لا نسلّم سبق حق البائع على حق الشفيع، لأن استحقاق البائع رد الثمن بالعيب فرع دخوله فى ملكه، لأن ما كان ملك الغير لا يملك رده، و دخوله فى ملكه إنما يتحقق بوقوع العقد صحيحا و كاله و فى هذا الوقت تثبت الشفعه، لأنها تكون مع انتقال المبيع إلى المشتري و لا أسبقه.

ثم إن بقاء حق الشفيع بعد ثبوته يدل عليه وجوده:

الأول: عموم دلائل ثبوت الشفعه للشريك.

الثانى: استصحاب الحال.

الثالث: أصاله عدم قدره البائع على إبطال حقه.

الرابع: ان فيه جمعا بين الحقين، لأن البائع يرجع الى قيمه الشقص، بخلاف ما لو قدمنا حق البائع فإنه يقتضى سقوط حق الشفيع من الشقص أصلا و رأسا عينا و قيمه، إذ لا يتصور استحقاقه للقيمه.

الثانى: أنا لا نسلّم انحصاره فائده المشتري إذا رد المبيع فى استرجاع الثمن، بل من فوائده أيضا السلامه من درك المبيع لو خرج مستحقا، فحينئذ

ص: ٤٣٣

أما لو لم يرد البائع الثمن حتى أخذ الشفيع فإن له رد الثمن، وليس له استرجاع المبيع، لأن الشفيع ملكه بالأخذ فلا يملك البائع إبطال ملكه كما لو باعه المشتري لأجنبي. و لو تلف الثمن المعين قبل قبضه: فإن كان الشفيع قد أخذ الشقص رجع البائع بقيمته، وإلا بطلت الشفيعه على مستوى البائع و المشتري في تطرق الاحتمال الى تقديم حق كل منهما على حق الشفيع أو بالعكس، و الاحتمال ضعيف، و الأصح بقاء الشفيعه.

قوله: (أما لو لم يرد البائع الثمن حتى أخذ الشفيع فإن له رد الثمن، وليس له استرجاع المبيع، لأن الشفيع ملكه بالأخذ فلا يملك البائع إبطال ملكه، كما لو باعه المشتري لأجنبي).

هذا هو القسم الثالث، و هو ما إذا علم البائع بالعيب قبل أخذ الشفيع و لم يرده حتى أخذ الشفيع، و ليست العبارة نصا في هذا القسم، لكن قوله: (أما لو لم يرد البائع الثمن حتى أخذ الشفيع) يشعر بعلمه بالعيب و عدم رده حتى أخذ الشفيع، لأن المفهوم من قوله: (لم يرد) ترك الرد باختياره، و لأنه لو لا ذلك لكان ما ذكره هنا مستدركا لسبق ذكره فإنه بعينه هو ما ذكره أولا، فإذا حمل هذا على العلم قبل الأخذ و تأخير الرد الى أن أخذه، و الأول على ما إذا لم يعلم و لم يرد إلا بعد الأخذ انتفى الخلل، ثم إن الحكم بعدم استرجاع البائع المبيع لأن الشفيع ملكه بالأخذ فلا يملك البائع إبطال ملكه، كما إذا باعه المشتري لأجنبي، ثم ظهر العيب في الثمن المعين فإن البائع لا يملك إبطال ملك الأجنبي قطعا فكذا في حق الشفيع و مثله ما لو قبض أحد المتبايعين و باع، ثم تلفت العين الأخرى قبل القبض فإن البيع الثاني لا يبطل، و يرجع صاحب العين المبيعه ثانيا بقيمتها.

قوله: (و لو تلف الثمن المعين قبل قبضه: فإن كان الشفيع قد أخذ الشقص رجع البائع بقيمته، و إلا بطلت الشفيعه على اشكال).

إشكال. و لو ظهر العيب فى الشقص: فإن كان المشتري و الشفيع عالمين فلا خيار لأحدهما، و إن كانا جاهلين فإن رده الشفيع تخير المشتري بين الرد و الأرش، و إن اختار الأخذ لم يكن للمشتري الفسخ، و هل له الأرش؟ قيل: لا، لأنه استدرك ضلأمته و رجع اليه جميع ثمنه فكان كالرد.

أى: لو تلف الثمن المعين قبل قبض البائع إياه فإن كان الشفيع قد أخذ الشقص بالشفعه لم يبطل أخذه، و يرجع البائع على المشتري بقيمته، أى: بقيمه الشقص على ما سبق فى نظيره، و إن كان التلف قبل أخذه (١) بالشفعه بطلت الشفعه على إشكال ينشأ: من بطلان (٢) البيع بتلف الثمن المعين و الشفعه تابعه له، و من سبق استحقاق الشفيع الشفعه على التلف المقتضى للفسخ و الأصل بقاؤه، و لا- يلزم من عروض الفسخ بعد صحه البيع و ثبوت الشفعه بطلان ما قد ثبت، فيرجع البائع إلى قيمه الشقص كأول، و قال الشيخ ببطلان الشفعه مطلقا (٣).

قوله: (و لو ظهر العيب فى الشقص: فإن كان المشتري و الشفيع عالمين فلا خيار لأحدهما).

إذا ظهر عيب فى الشقص بعد الأخذ بالشفعه فلا- يخلو: أما أن يكون المشتري و الشفيع عالمين به وقت البيع، أو جاهلين، أو المشتري عالما خاصه، أو بالعكس فالأقسام أربعة، ففى الأول لا خيار لأحدهما و لا أرش و هو ظاهر.

قوله: (و إن كانا جاهلين، فإن رده الشفيع تخير المشتري بين الرد و الأرش، و إن اختار الأخذ لم يكن للمشتري الفسخ، و هل له الأرش؟ قيل: لا، لأنه استدرك ضلأمته و رجع اليه جميع ثمنه فكان كالرد،

ص: ٤٣٥

١- ١) فى «م»: الأخذ.

٢- ٢) فى «م»: إبطال.

٣- ٣) المبسوط ١٣٣: ٣. [١]

و يحتمل ثبوته،لأنه عوض جزء فات من المبيع فلا يسقط بزوال ملكه،فحينئذ يسقط عن الشفيع من الثمن بقدره،و كذا لو علم الشفيع خاصه، و يحتمل ثبوته،لأنه عوض جزء فائت من المبيع فلا يسقط بزوال ملكه).

القسم الثانى: أن يكونا معا جاهلين،فإن رده الشفيع أو تركه انقطع حقه،فيتخير المشتري حينئذ بين الرد و طلب الأرش،و إن اختار أخذه لم يكن للمشتري الفسخ،لثبوت حق الشفيع فيه،لكن هل له الأرش؟قال الشيخ:

لا،لأنه قد استدرك ظلامته برجوع جميع الثمن اليه من الشفيع،فلم يفت منه شىء ليطالب به (١).

و يحتمل الثبوت،لأننا لا نسلم انه استدرك ظلامته،لأن حقه عند البائع لأن الأرش جزء من الثمن عوض جزء فائت من المبيع و الأصل بقاؤه،و لا يجب أن يجعل قدره مما قبضه من الشفيع عوض ما يستحقه عند البائع،لأن الواقع بين البائع و المشتري معاوضه مستقلة،كما أن الواقع بين المشتري و الشفيع معاوضه مستقلة أيضا فيرجع بالأرش،و هو الأصح.

و على هذا يسقط عن الشفيع من الثمن بقدره،لأن الثمن ما يبقى بعد أخذ الأرش،و الى هذا أشار بقوله.(فحينئذ يسقط عن الشفيع من الثمن بقدره)فإن كان المشتري قد أخذ الثمن من الشفيع رد عليه قدر الأرش.

و اعلم أن قوله:(فلا- يسقط بزوال ملكه)لا يكاد يكون له دخل فى المقصود،لأن زوال الملك و عدمه لا يعلل به أخذ الأرش و عدمه.

قوله: (و كذا لو علم الشفيع خاصه).

هذا هو القسم الثالث،أى:لو علم الشفيع بالعيب دون المشتري فالحكم كما سبق فى الثانى:لا رد للشفيع،لعلمه،و لا للمشتري،لحق

ص:٤٣٦

و لو علم المشتري خاصه فللشفيع رده و ليس له الأرش. و لو كان المشتري قد اشتراه بالبراءه من كل عيب: فإن علم الشفيع بالشرط فكالمتشري، و إلا فله الرد.

الفصل الرابع: في مسقطات الشفعه

الفصل الرابع: في مسقطات الشفعه:

و تسقط بكل ما يعد تقصيرا أو توانيا في الطلب على رأى، الشفيع، و هل له الأرش؟ فيه قولان، و الأصح أن له ذلك فيسقط عن الشفيع قدره.

قوله: (و لو علم المشتري خاصه فللشفيع رده و ليس له الأرش).

أما الرد فللعيب مع كونه جاهلا به، و أما عدم الأرش فلائنه إنما يأخذ بالثمن الذى جرى عليه العقد، و المشتري لا أرش له، علمه، و استحقاق الشفيع الأرش فرع أخذ المشتري إياه.

فرع:

لو كان في المبيع غبن فاحش لم يبعد القول باستحقاق الشفيع رده، أما المشتري فلا بحث في أن له ذلك.

قوله: (و لو كان المشتري قد اشتراه بالبراءه من كل عيب: فإن علم الشفيع بالشرط فكالمتشري، و إلا فله الرد).

إذا علم الشفيع بالشرط ثم أخذ فقد رضى به، و إلا- كان له الرد، و الظاهر ان المراد جواز الرد و إن لم يظهر عيب، لأن الشرط المذكور في حكم العيب و يحتمل أن يقال: لا يلزمه حكم الشرط فإذا وجد عيبا رده به، و يبعد بأنه إنما يأخذ بالبيع الذى وقع من المشتري.

قوله: (و يسقط بكل ما يعد تقصيرا أو توانيا في الطلب على رأى).

الرأى يلتفت الى أن الشفعه على الفور، فكل ما يعد تقصيرا في العاده أو

فإذا بلغه الخبر فلينهض للطلب، فإن منع بمرض أو حبس في باطل فليوكل إن لم يكن فيه مؤنه و منه ثقيله، فإن لم يجد فليشهد، فإن ترك الإشهاد فالأقرب عدم البطلان. توانيا في الطلب يبطل به، وهو الأصح على ما سبق.

قوله: (فإذا بلغه الخبر فلينهض للطلب، فإن منع بمرض أو حبس في باطل فليوكل إن لم يكن فيه مؤنه و منه ثقيله).

لا ريب أنه على الفور يتعين عليه إذا بلغه الخبر بوقوع البيع أن ينهض للطلب حذرا من بطلان الشفعه، فإن منع بعذر لا ينتظر زواله عن قريب كالمرض له، أو لمن لا يستطيع مفارقتة، أو حبس في باطل، و منه الحبس في الدين مع العجز، و كذا الغائب في بلد يتوقف مجيئه منه الى زمان كثير فليوكل، حذرا من بطلان الشفعه بتركه ان لم يكن فيه مؤنه و منه ثقيله و ليس ببعيد ان يجعل ثقيله صفة لكل منهما على طريق البدل فلا أثر للمؤمنه القليله عرفا و كذا المنه اليسيره فإن أخل بذلك مع الإمكان على ما ذكرنا بطلت شفعته.

قوله: (فإن لم يجد فليشهد، فإن ترك الإشهاد فالأقرب عدم البطلان).

أى: فإن لم يجد الى التوكيل سبيلا فينبغي له الإشهاد، فإن ترك ففي البطلان قولان:

أحدهما: لا- و هو الأقرب عند المصنف، لأن الحق قد ثبت و الأصل بقاؤه، و لأن فائده الإشهاد ثبوت العذر، و قد يثبت بإقرار المشتري أو يمين الشفيع على نفى التقصير، لأن الأصل معه فلا أثر لتركه، و لعموم دلائل الشفعه المتناوله لمحل النزاع.

و الآخر: السقوط، لأن الإشهاد قائم مقام الطلب فتركه بمنزله تركه و في المقدمتين منع.

و لو بلغه متواترا أو بشهاده عدلين فقال:لم اصدق بطلت شفعتة، و يقبل عذره لو أخبره صبي أو فاسق أو عدل واحد. فإن قيل:لو قال قائل بأن الأخذ بالشفعه لا يتوقف على دفع الثمن أمكن وجوب الاشهاد هنا.

قلنا:الظاهر انه إنما يملك به مع حضور المشتري أو وكيله، كما أن الطلب لا يعتد به إلا بحضور المشتري أو وكيله.

أقول:إن هذا لا يخلو من شيء، لأن الملك إذا كان يكفى فيه القول فأين وقع أثر الملك كالفسخ لذى الخيار، إلا أن القوم مطبقون على وجوب السعى إلى المشتري، والقائلون بالفور جعلوه على الفور، لكن قال فى التذكرة:و لو لم يتمكن من المصير إلى أحدهما-يريد بهما المشتري و القاضى-، و لا من الاشهاد فهل يؤمر أن يقول:تملكته أو أخذته؟الأقرب ذلك، لأن الواجب الطلب عند القاضى أو المشتري، فإذا فات القيد لم يسقط الآخر، وللشافعية وجهان، فعلى ما تحقق من حكم الأخذ ما ذكره هنا متجه.

قوله: (و لو بلغه متواترا، أو بشهاده عدلين فقال:لم اصدق بطلت شفعتة).

إذا علم حصول التواتر المفيد للعلم و عداله الشاهدين فإن عدم تصديقه الآن مكابره، نعم لو كان قريب عهد بالإسلام فقال:لم اعلم أن شهاده العدلين تثمر اليقين شرعا أمكن القبول.

قوله: (و يقبل عذره لو أخبره صبي، أو فاسق، أو عدل واحد).

لأن واحدا من هؤلاء لا يثمر خبره اليقين عقلا و لا شرعا.

و لو أخبره مخبر فصدقه و لم يطالب بالشفعه بطلت و إن لم يكن عدلا، لأن العلم قد يحصل بالواحد للقرائن. و لو أسقط حقه من الشفعه قبل البيع، أو نزل عنها، أو عفا، أو أذن فالأقرب عدم السقوط. و كذا لو كان و كيلا لأحدهما فى البيع، أو شهد على البيع، أو بارك لأحدهما فى عقده، أو أذن للمشتري فى الشراء، أو قوله: (و لو أخبره مخبر فصدقه و لم يطالب بالشفعه بطلت و إن لم يكن عدلا، لأن العلم قد يحصل بالواحد للقرائن).

و يعلم تصديقه باعترافه، لعدم إمكان الإطلاق عليه إلا من قبله.

قوله: (و لو أسقط حقه من الشفعه قبل البيع، أو ترك عنها، أو عفى، أو أذن فالأقرب عدم السقوط).

لو أسقط حقه من الشفعه قبل البيع، أو ترك عنها قبله-بمعنى أنه تركها- أو عفى عنها(قبله)، أو أذن فى البيع فالأقرب عدم السقوط، لأنه لم يستحق حينئذ شيئا فيسقطه. و قال الشيخان، و ابن حمزه: لو عرض البائع الثمن على صاحب الشفعه فلم يردده فباعه من غيره بذلك الثمن أو زائدا عليه لم تكن له المطالبة بالشفعه (١)، و فى الدروس: إن فى روايه جابر (٢) إيذانا به (٣)، و لم يرجح شيئا، و الأول أصح، تمسكا بعموم دلائل الشفعه (٤)، و إسقاط الحق قبل استحقاقه لا أثر له.

قوله: (و كذا لو كان و كيلا- لأحدهما فى البيع، أو شهد على البيع، أو بارك لأحدهما فى عقده، أو أذن للمشتري فى عقد الشراء، أو ضمن

ص: ٤٤٠

١- ١) المقنعه: ٩٦، النهايه: ٤٢٥، [١] الوسيه: ٢٩٩. [٢]

٢- ٢) سنن أبى داود ٣: ٢٨٥ حديث ٣٥١٣، سنن البيهقى ١٠٤: ٦.

٣- ٣) الدروس: ٣٩٠.

٤- ٤) الكافى ٥: ٢٨١ حديث ٨، [٣] التهذيب ٧: ١٦٤ حديث ٧٣٠.

ضمن العهد للمشتري، أو شرطاً له الخيار فاختر الإمضاء إن ترتبت على اللزوم. العهد للمشتري، أو شرطاً له الخيار فاختر الإمضاء إن ترتب على اللزوم).

أى: وكذا الأقرب عدم السقوط فى هذه المسائل:

الأولى: إذا كان الشفيع وكيلاً لأحدهما، أى: البائع أو المشتري فى البيع من طرفه، ووجه من عدم السقوط أصاله بقاء حقه و عدم تيقن حصول المسقط، واختار المصنف فى المختلف السقوط (١)، لحصول الرضى بالبيع و هو مسقط. و جوابه: منع كون مطلق الرضى بالبيع مسقطاً، فإن البيع هو السبب فى ثبوت الشفعه، ولا ريب أن من يتوقعها راض بوقوع البيع و مرید له، حتى لو حاول عدم الرضى به أمكن أن لا- يكون مقدوراً له، وإنما المسقط هو رضاه بالبيع ليقى ملكاً للمشتري، وهذا غير لازم حصوله عن كونه وكيلاً لأحدهما فى العقد، والأصح عدم السقوط.

الثانية: أن يشهد على البيع، فقد قال الشيخ فى النهاية: تبطل شفيعته (٢) و تبعه ابن البراج (٣)، و نفاه ابن إدريس (٤)، و قال المصنف فى المختلف: إن وجدت دلالة على الرضى بالبيع بطلت شفيعته (٥). و التحقيق:

أن القول بالبطلان بمجرد ذلك لا وجه له، فإن حصل ما يدل على الرضى المسقط أو تراخى فى الطلب فهو خروج عن المسألة.

الثالثة: إذا بارك لأحدهما فى عقده، أو فى عقد على ما فى بعض نسخ

ص: ٤٤١

١- ١) المختلف: ٤٠٧.

٢- ٢) النهاية: ٤٣٥.

٣- ٣) المهذب ١: ٤٥٨.

٤- ٤) السرائر: ٢٥٢.

٥- ٥) المختلف: ٤٠٧.

و لو جهلا قدر الثمن، أو أآخر المطالبه لبعده عن المبيع حتى يصل الكتاب، و فى البطلان به قولان، وجه البطلان: تضمنه الرضى، و قد علمت أن مطلق الرضى غير قادح، لأنه قد يرضى من جهه استحقاقه للشفعه به. و ربما وجه البطلان لحصول التراخى به، و هو مشكل، لأن هذا القدر من الملائمه عند التلاقى أمر مطلوب عرفا كالسلام، و ربما كان تركه و الاشتغال بالمطالبه مستهجننا فى العاده، و الحق عدم البطلان، إن لم يحصل به تراخ.

الرابعه: اذنه للمشتري فى عقد الشراء، و قد سبق.

الخامسه: ضمان عهده المثلث (١) للمشتري-أى: دركه-و كذا عهده الثمن للبائع، و قال المصنف فى المختلف بالبطلان، لدلالته على الرضى (٢)، و نفاه الشيخ (٣) و ابن إدريس (٤) و الأصح انه إن نافى الطلب على الفور أبطل، و إلا فلا، فقد ينتظر حضور الثمن إن جعلنا الطلب هو الأخذ.

السادسه: أن يشترطا للشفع الخيار فاختر الإمضاء فإن الأقرب عدم السقوط-إن قلنا بأن الشفعه إنما تثبت مع لزوم العقد-لأن الإمضاء تمهيد لسبب الأخذ، و لأنه كالإسقاط قبل الثبوت و يحتمل السقوط للرضى و إن قلنا أن الشفعه تثبت، و إن كان العقد غير لازم فمفهوم كلام المصنف السقوط، و وجهه الدلاله على الرضى و اشتغاله بما لا يعينه، و قد عرفت فيما مضى أن ثبوت الشفعه لا يتوقف على لزوم العقد، لعموم النص، فحينئذ يبطل لحصول التراخى المنافى للفور، و كذا كل موضع من هذه المواضع و غيرها يضمن التراخى فإنه يبطل الشفعه.

قوله: (و لو جهل قدر الثمن، أو أآخر المطالبه لبعده عن المبيع

ص: ٤٤٢

١-١) فى «م»: ضمانه عهده الثمن.

٢-٢) المختلف: ٤٠٧.

٣-٣) المبسوط ١٢٥: ٣.

٤-٤) السرائر: ٢٥٢.

اليه، أو اعترف الشفيع بغصبيه الثمن المعين، أو تلفه قبل قبضه على اشكال بطلت. و تجوز الحيله على الإسقاط، بأن يبيع بزيادة عن الثمن ثم يدفع به عوضا قليلا أو يبرئه من الزائد، أو ينقله بغير بيع كصلح أو هبه. حتى يصل اليه، أو اعترف الشفيع بغصبيه الثمن المعين، أو تلفه قبل قبضه على اشكال بطلت).

أى: لو جهل كل من المشتري و الشفيع الثمن فإن الشفيع تبطل، لعدم الطريق الى العلم به المقتضى لسد باب الأخذ بالشفعه، و كذا لو أخر المطالبه لبعده عن المبيع حتى يصل إليه فإن ذلك لا يعد عذرا فى تأخير الأخذ بالشفعه فهو مناف للفور، و كذا تبطل لو اعترف الشفيع بغصبيه الثمن المعين لإقراره (1) بفساد البيع من أصله المقتضى لعدم الشفعه.

و هل تبطل لو اعترف الشفيع بتلف الثمن المعين قبل قبض البائع إياه؟ فيه اشكال يلتفت الى الإشكال السابق: فى أن تلف الثمن المعين قبل قبض البائع إياه هل يقتضى بطلان الشفعه قبل أخذ الشفيع بالشفعه، أم مطلقا، أم لا يقتضى البطلان مطلقا؟ و قد سبق أن الشفعه لا تبطل به مطلقا فلا يكون الإقرار به مبطلا لها.

قوله: (و تجوز الحيله على الإسقاط، بأن يبيع بزيادة عن الثمن ثم يدفع به عوضا قليلا، أو يبرئه من الزائد، أو ينقله بغير بيع كصلح أو هبه) الإسقاط قد يكون بفعل الشفيع لكثرة الثمن و قله المدفوع عنه عوضا، فإنه إنما يملك الأخذ بالثمن، لأنه إنما دفعه عوضا، لأن هذا بمنزله معاوضه أخرى فى حكم الإبراء من البعض، فيكون ذلك موجبا لإعراض الشفيع لما

ص: ٤٤٣

و لو قال الشفيع للمشتري: بعنى ما اشتريت أو قاسمنى بطلت. و لو صالحه على ترك الشفعه بمال صح و بطلت الشفعه. و لو كانت الأرض مشغوله بالزرع فإن أخذ الشفيع وجب الصبر، و هل له الترك عاجلا و الأخذ وقت الحصاد؟ نظر. يلزمه من الغرم الكثير، و مثله ما لو أبراه من الزائد على المطلوب أخذه، و قد يكون الإسقاط بإنشاء سبب غير صالح لثبوت الشفعه كالصلح و الهبه، إلا أن إطلاق الإسقاط هنا مجاز، لانتفاء ثبوت الشفعه هنا.

قوله: (و لو قال الشفيع للمشتري: بعنى ما اشتريت، أو قاسمنى بطلت).

لأن هذا يتضمن الرضى بملكه و استقراره، و مع ذلك فهو مناف للفور، إذ هو من الفضول لمن يريد الشفعه.

قوله: (و لو صالحه على ترك الشفعه بمال صح و بطلت الشفعه).

لأن الشفعه حق مالى ثابت فيجوز الصلح عليه.

فإن قيل: إذا شرط فى عقد الصلح كان ذلك منافيا للفور فيبطل.

قلنا: قد علم ان ما اقتضته العاده لا يقدر مثل السلام و الدعاء، و لا يزيد الصلح عليهما: على انه قد يتصور الصلح مع الوكيل، فإن التراضى من قبله على خلاف المصلحه لا تبطل حق الموكل.

قوله: (و لو كانت الأرض مشغوله بالزرع فإن أخذ الشفيع وجب الصبر، و هل له الترك عاجلا و الأخذ وقت الحصاد؟ فيه نظر).

ينشأ: من أنه لا ينتفع بالشقص حينئذ لو أخذه، فيحرم الانتفاع بالثمن بغير مقابل، فبقاؤه فى يده الى زمان الحصاد ليكون نفعه فى مقابل نفع الشقص الذى استوفاه المشتري مطلوب فيكون ذلك عذرا فى التأخير، و من أن الشفعه

و لو باع الشفيع نصيبه بعد العلم بالشفعه بطلت، و للمشتري الأول الشفعه على الثانى. و لو باع بعض نصيبه و قلنا بثبوتها مع الكثره
احتمل السقوط لسقوط بعض ما يوجب الشفعه، و الثبوت لبقاء ما يوجب الجميع ابتداء، فله أخذ الشقص من المشتري الأول. على
الفور، و مثل ذلك لم يثبت كونه عذرا. و ربما بيعت الأرض قبل أو ان الانتفاع بها بشهر أو بشهرين، فكما لا يسوغ التأخير هنا لا
يسوغ ثمه، و هو الأصح. و مثله لو كان فى المشفوع ثمره فإن الأخذ على الفور، و يجب الإبقاء إلى القطاف.

قوله: (و لو باع الشفيع نصيبه بعد العلم بالشفعه بطلت، و للمشتري الأول الشفعه على الثانى).

لأن المشتري الأول شريك قديم، و المشتري الثانى شريك حدث ملكه بالبيع، و إنما بطلت شفعه من باع نصيبه عالما، لأنه أزال
سبب استحقاقه فزال الاستحقاق.

قوله: (و لو باع بعض نصيبه و قلنا بثبوتها مع الكثره احتمل السقوط، لسقوط بعض ما يوجب الشفعه، و الثبوت لبقاء ما يوجب
الجميع ابتداء فله أخذ الشقص من المشتري الأول).

قوله: (و قلنا بثبوتها مع الكثره) يقتضى أن تعدد الشركاء مانع من ثبوت الشفعه، و إن لم يكن الشفيع إلا واحدا فإن الشفيع بالنسبه
إلى المشتري الأول ليس إلا واحدا، بل شففته تثبت قبل حدوث الكثره، فينبغى أن لا يكون لها أثر فى المنع إن لم يكن بيع بعض
الشقص مانعا. و بالجملة فلا يكون ثبوت الشفعه على المشتري الأول من فروع الكثره، نعم فى الثانى يجىء ذلك إن كان المانع
تعدد الشركاء و إن كان الشفيع واحدا.

و هل للمشتري الأول شفعه على الثانى؟فيه إشكال ينشأ:من ثبوت السبب و هو الملك،و من تزلزله لأنه يؤخذ بالشفعه. أما لو باع الشفيع نصيبه قبل علمه ففى الإبطال إشكال ينشأ:من زوال السبب،و من ثبوته وقت البيع. ثم احتمال السقوط متجه،لأن استحقاق الشفعه فى هذا الفرد المعين منحصر فى سببه الشركه بالشقص المذكور،فإذا باع بعضه فقد زال السبب من حيث هو و الباقى غيره،و إن لم يكن له تأثير فى استحقاق الشفعه فلا- يحدث له تأثير بعد ذلك،لأنه إنما يؤثر إذا كان موجودا وقت البيع،و قد عرفت أن الموجود وقت البيع غيره و قد زال،و لا- يلزم من كون الباقى يوجب الشفعه فى الجميع لو كان ابتداء أن يوجبها فى محل النزاع كما لا يخفى،فإن قلنا بالثبوت فله أخذ الشقص من المشتري الأول لكن لا نقول به.

قوله: (و هل للمشتري الأول شفعه على الثانى؟فيه إشكال ينشأ:

من ثبوت السبب و هو الملك،و من تزلزله لأنه يؤخذ بالشفعه).

لمانع أن يمنع إبطال التزلزل تأثير ما قد علمت سببته فإن الشركه بشرائها موجوده،و التزلزل لا يقدح فى شىء منها،و قد سبق ان الخيار لا يمنع استحقاق الشفعه فى الشقص المشفوع فكيف يكون مانعا إذا ثبت فى الشقص الذى هو سبب الشفعه،و الظاهر الثبوت إلا أن يؤخذ من يده قبل أن يأخذ من يد المشتري الثانى.

قوله: (أما لو باع الشفيع نصيبه قبل علمه ففى الإبطال إشكال ينشأ:من زوال السبب،و من ثبوته وقت البيع).

لو تم هذا التوجيه للإشكال لا- طرد فيما إذا باع عالما،فينبغى أن يضم الى احتمال الثبوت ما يقتضى أن يكون للجهل بالشفعه وقت البيع دخل فى استحقاق الشفعه،و كيف كان فلا يخفى ضعف الثانى،لأن السبب فى جواز

و الشفعه موروثه كالمال على رأى، سواء طالب الموروث أو لا، الأخذ إذا زال و لما يأخذ بالشفعه يقتضى امتناع الأخذ، و إلا لكان الأخذ بغير سبب.

لا يقال: الشركه سبب الاستحقاق و قد ثبت فلا يزول بزوالها، إذ لم يثبت كونه عله الزوال.

لأننا نقول: ظاهر قوله عليه السلام: «لا شفعه إلا لشريك مقاسم» يقتضى زوال الاستحقاق، و الجهل لا أثر له إذا انتفى السبب، لأن خطاب الوضع لا يتفاوت الأمر فيه بالعلم و الجهل، و الأصح أن لا شفعه.

قوله: (و الشفعه موروثه كالمال على اشكال، سواء طالب الموروث أم لا).

اختلف الأصحاب فى أن الشفعه تورث، فقال المفيد (1) و المرتضى (2) و جماعه: إنها تورث (3)، و أنكره الشيخ (4)، و جماعه (5)، و دليلهما منشأ الاشكال: و الأصح الأول، لعموم دلائل الإرث الداله على إرث كل حق، و لهذا حكمنا بكون الخيار موروثا و حدّ القذف فحق الشفعه أولى، و لأنها فى معنى الخيار يثبت لدفع الضرر، و ذلك قائم فى حق الوارث و احتج الشيخ بروايه طلحه بن زيد، عن على عليه السلام قال: «لا تورث الشفعه» (6)، و لأن ملك الوارث متجدد فلا يستحق به شفعه، و جوابه ضعف الروايه فإن طلحه بترى، و الوارث يأخذ ما استحقه مورثه، و ليس هو الشفيع أصاله ليقدر

ص: ٤٤٧

١- (١) المقنعه: ٩٦.

٢- (٢) الانتصار: ٢١٧.

٣- (٣) منهم يحيى بن سعيد فى الجامع للشرائع: ٢٧٨، و [١] ابن إدريس فى السرائر: ٢٥١، و الشهيد فى الدروس: ٣٩٢، و المحقق الحلى فى الشرائع ٢٦٣: ٣.

٤- (٤) الخلاف ١٠٨: ٢ مسألة ١٢ كتاب الشفعه.

٥- (٥) منهم ابن حمزه فى الوسيط: ٢٩٩.

٦- (٦) الفقيه ٣: ٤٥ حديث ١٥٨، التهذيب ٧: ١٦٧ حديث ٧٤١.

فللزوجه مع الولد الثمن. و لو لم يكن وارث فهي للإمام، فإن عفا أحد الوراث عن نصيبه لم تسقط، و كان للباقيين أخذ الجميع أو الترك. أما لو عفا الميت أو آخر الطلب مع إمكانه فإنها تبطل.

و لو عفا أحد الوارثين و طالب الآخر، فمات الطالب فورثه العافي تجدد ملكه.

و قوله: (كالمال) يحتتمل أن يكون إشاره إلى دليل الإرث، أى:

الشفعه موروثه، لأنها حق مالى فتورث كما يورث المال، و يحتتمل أن يكون إشاره إلى كيفية الإرث، فإن للعامه خلافا فى أنها تورث كما يورث المال، فتقسم باعتبار السهام أو تقسم على الرؤوس فيكون إشاره إلى الأول، و الكل صحيح.

قوله: (فللزوجه مع الولد الثمن).

خص الزوجه لينبه على إرثها من الشفعه و إن كانت قد لا ترث من بعض الأشياء.

قوله: (و لو لم يكن وارث فهي للإمام).

كسائر ما يورث، ففي حاله الغيبه حكمها حكم سائر ميراث من لا وارث له.

قوله: (فإن عفا أحد الوراث عن نصيبه لم يسقط، و كان للباقيين أخذ الجميع أو الترك).

لأن الحق للجميع فلا- يسقط حق واحد بترك غيره، لكن لما لم يجز تبعض الصفقه على المشتري كان المستحق للباقي الجميع، فإن أخذه فذاك و إلا ترك.

قوله: (و لو عفا أحد الوارثين و طالب الآخر فمات الطالب فورثه

فله الأخذ بالشفعة على اشكال. و لو مات مفلس و له شقص فباع شريكه كان لوارثه الشفعة. و لو بيع بعض مالك الميت فى الدين لم تكن لوارثه المطالبه العافى فله الأخذ بالشفعة على اشكال).

ينشأ: من أن المطالب استحق الجميع فينتقل استحقاقه بموته إلى وارثه، و لا يضر عفو الوارث عن حقه قبل ذلك، لأن هذا حق آخر متجدد غير الحق الذى عفا عنه الوارث، فلا يلزم سقوطه لسقوط العفو عنه لاختلاف سبب استحقاقهما، و كون العفو قبل حدوث السبب المتجدد.

و من سقوط شفيعته بعفوه، و إنما يستحق غير ما عفا عنه باعتبار انه غيره و قد انتفت الغيريه فلا يستحق ما عفا عنه و لا نصيب الميت لامتناع تبعض الصفقه، و ليس بشىء، لأن غيره مستحق للشفعه باعتبار شركته لا باعتبار العفو من العافى فإن تملك الشفعه لا يصح، و لهذا لو عفا عنها لمن لا حق له لا يستحقها، و قبل العفو كان الشريك مساويا له فى سبب الاستحقاق، فإذا عفا زال و اختص الآخر بالسبب فاخص بمقتضاه و هو الشفعه فى الجميع.

و لو سلم أن نصيب العافى استحقه الآخر بالعفو فإذا انتفى استحقاقه الشفعه باعتبار كونه شريكا للعفو فلا ينتفى استحقاقه باعتبار الإرث، لأنه سبب جديد، إذ ليس أبعد حالا ممن لا يستحق شفعه أصلا و رأسا إذا انتقلت إليه بالإرث، و الأصح الأول.

قوله: (و لو مات مفلس و له شقص فباع شريكه كان لوارثه الشفعه).

لأن الوارث هو المالك للشقص المتروك، بناء على أن التركة تنتقل الى الوارث و إن استغرقها الدين، و هو الأصح، و لم يصرح المصنف بترجيح هذا فى كتاب الحجر لكن بناء الحكم عليه، و هو الأصح.

قوله: (و لو بيع بعض مالك الميت فى الدين لم تكن لوارثه

بالشفعة، وكذا لو كان الوارث شريكا للمورث فبيع نصيب المورث في الدين. ولو اشترى شقصا مشفوعا ووصى به ثم مات فللشفيع أخذه بالشفعة لسبق حقه، ويدفع الثمن إلى الورثة و بطلت الوصية لتعلقها بالعين لا البدل. و لو وصى لإنسان بشقص فباع الشريك بعد الموت قبل القبول المطالبه بالشفعة.

لأن البيع في الحقيقة لمالك الوارث، بناء على انتقال التركة إليه بالموت (١).

قوله: (و كذا لو كان الوارث شريكا للمورث فبيع نصيب المورث في الدين).

أى: لا شفعة للوارث لمثل ما قلناه، ويحتمل أن يكون للوارث الشفعة، لأن البيع على الميت إنما كان بسبب دينه الذي يثبت عليه في حال الحياة، فصار البيع كأنه قد وقع في حال الحياة و الوارث كان شريكه في حال الحياة فتثبت له الشفعة، و يضعف بأن التركة تنتقل بالموت إلى الوارث، و من ثم كان له أن يقتضى الدين من عنده و يمنع من البيع، فإذا بيع بعض ماله فكيف يستحق شفעתه؟! قوله: (و لو اشترى شقصا مشفوعا و وصى به ثم مات فللشفيع أخذه بالشفعة، لسبق حقه و يدفع الثمن إلى الورثة و بطلت الوصية لتعلقها بالعين لا البدل).

فإن جميع التصرفات من المشتري للشفيع الأخذ بالشفعة فيبطلها.

قوله: (و لو وصى لإنسان بشقص فباع الشريك بعد الموت قبل

ص: ٤٥٠

١- ١) في «م»: بالموت و شبهه.

استحق الشفعه الورثه.

و يحتمل الموصى له إن قلنا انه يملك بالموت، فإذا قبل الوصيه استحق المطالبه، لأننا تبينا أن الملك كان له، و لا يستحق المطالبه قبل القبول و لا الوارث، لأننا لا نعلم أن الملك له قبل الرد. القبول استحق الشفعه الورثه، و يحتمل الموصى له إن قلنا انه يملك بالموت، فإذا قبل الوصيه استحق المطالبه لأننا تبينا أن الملك كان له) أى: لو وصّى من له شقص لزيد به ثم مات، فباع الشريك حصته من آخر قبل قبول الموصى له و رده ففي مستحق الشفعه قولان:

أحدهما: انه الورثه، لأن المالك ينتقل إليهم بالموت، و لا يستحق الموصى له إلا بالقبول.

و الثانى: أن المستحق هو الموصى له.

و الحاصل أن بناء القولين على أن قبول الوصيه ناقل أو كاشف، فإن قلنا بالأول فالملك إنما يحدث بعده، فالمالك قبله حقيقه هو الورثه فالشفعه لهم.

و إن قلنا بالثانى فالملك ثبت للموصى له بالموت و ينكشف بالقبول، كما أن عدمه ينكشف بالرد، و من ثم يحكم بالنماء المتجدد بين الموت و القبول للوارث على الأول و للموصى له على الثانى، فعلى الثانى إذا قبل الوصيه استحق المطالبه.

و يعتبر القبول على الفور لثلا تبطل الشفعه، إذ لا يعد تأخيرها عذرا، و المعروف أن الأصح أن القبول كاشف و سيأتى تحقيقه إن شاء الله تعالى.

قوله: (و لا يستحق المطالبه قبل القبول و لا الوارث، لأننا لا نعلم أن الملك له قبل الرد).

أى: لا يستحق الموصى له المطالبه قبل القبول بناء على الثانى، لأن ملكه و إن ثبت بالموت لكن الكاشف عنه هو القبول فقبله لم يتحقق ملك. و لو

ص: ٤٥١

و يحتمل مطالبه الوارث، لأن الأصل عدم القبول و بقاء الحق، فإذا طالب الوارث ثم قبل الموصى له افتقر الى الطلب ثانياً، لظهور عدم استحقاق المطالب. و يحتمل أن المشفوع للوارث، لأن الموصى به إنما انتقل اليه بعد أخذ قلنا: إن القبول ناقل فلا بحث، لأن ملكه يحدث بالقبول و هو ظاهر، و كذا بناء على الثاني لا يستحق المطالبه الوارث، لأن ملكه لا يعلم قبل الرد.

قوله: (و يحتمل مطالبه الوارث، لأن الأصل عدم القبول و بقاء الحق).

أى: و يحتمل -بناء على أن القبول كاشف- استحقاق الوارث المطالبه بالشفعه، فهو فى مقابل قوله: (و لا الوارث) لأن الأصل عدم قبول الموصى له، و الأصل بقاء الحق للوارث، و فيه نظر إذ لا أصل هنا يرجع إليه، فإنه كما أن الأصل عدم القبول الكاشف عن ملكيه الموصى له فالأصل عدم الرد الكاشف عن ملكيه الوارث، و الموت صالح لتمليك الموصى له و لتمليك الوارث، لمكان الوصيه المستعقب للقبول و الرد، فليس هناك حق لأحدهما يستصحب بقاؤه فلا يتم ما ذكره.

قوله: (فإذا طالب الوارث ثم قبل الموصى له افتقر الى الطلب ثانياً لظهور عدم استحقاق المطالب).

هذا تفریع على الاحتمال الثالث، و هو أن الوارث المطالبه، فإذا طالب ثم قبل الموصى له تبين بطلان مطالبه الوارث، لانتفاء كونه مالكا حين المطالبه، فلا بد للموصى له من مطالبته فى التملك بالشفعه، لأنه الشفيع فى نفس الأمر.

قوله: (و يحتمل أن المشفوع للوارث، لأن الموصى به إنما انتقل

الشفعة. و لو لم يطالب الوارث حتى قبل الموصى له فلا شفعه للموصى له، لتأخر ملكه عن البيع، و فى الوارث وجهان مبنيان على من باع قبل علمه ببيع شريكه. و لو اشترى المرتد عن فطره فلا شفعه إن قلنا ببطان البيع، اليه بعد أخذ الشفعه).

هذا الاحتمال ليس على نهج ما قبله بحيث يتفرع على كون القبول كاشفا، و لا هو معادل للأولين بل هو عين الأول و إنما أعاده ليبنى عليه بعض المسائل، و كلامه يوهم خلاف ذلك فليس بجيد، و كان حقه أن يقول: و على الأول اعنى: أن الملك للوارث المشفوع للوارث، لأن الموصى به ملك له و إنما ينتقل عنه بقبول الموصى له و ذلك بعد الأخذ بالشفعه.

قوله: (و لو لم يطالب الوارث حتى قبل الموصى له فلا شفعه للموصى له، لتأخر ملكه عن البيع، و فى الوارث وجهان مبنيان على من باع قبل علمه ببيع شريكه).

أى: بناء على أن القبول ناقل و الملك للوارث قبله، و هو الأول لو لم يطالب الوارث بالشفعه حتى قبل الموصى له فلا شفعه للموصى له قطعاً، لأنه لم يكن شريكاً وقت [\(1\)](#) البيع. و فى الوارث وجهان مبنيان على الوجهين فيمن باع ملكه قبل علمه ببيع شريكه و قد سبق، فإن قلنا ببقاء الشفعه هناك فهي باقية هنا و إلا فلا، و هو الأصح.

قوله: (و لو اشترى المرتد عن فطره فلا شفعه إن قلنا ببطان البيع).

سيأتى إن شاء الله تعالى فى أحكام المرتد أن المرتد عن فطره هل يدخل فى ملكه شىء بعد الرده بسبب من الأسباب المملكة أم لا، و أن فى ذلك خلافاً للأصحاب، فإن قلنا بعدم دخول شىء فى ملكه - و هو الأصح على ما سيأتى إن

ص: ٤٥٣

و عن غيره فطره تثبت الشفعه. و لو قارض أحد الشركاء الثلاثة آخر فاشترى من الثالث نصف نصيبه فلا شفعه، لأن أحدهما رب المال و الآخر عامل، شاء الله تعالى، لأن خروج أملاكه عنه الى الوارث دليل على عدم صلاحيته للتملك، لامتناع خروج أملاكه مع بقاء صلاحيته للتملك بغير الأسباب الناقله المحصوره-فالباع باطل، و استحقاق الشريك الشفعه فرع تحقق البيع.

قوله: (و عن غير فطره تثبت الشفعه).

لبقاء ملكه، و على ما سيأتى إن شاء الله تعالى من أنه محجور عليه و تصرفاته موقوفه فإن عاد إلى الإسلام تبينا صحتها (١) و إلا تبينا الفساد، فإن اجازته الحاكم تثبت الشفعه و إلا فكما قلنا.

قوله: (و لو قارض أحد الشركاء الثلاثة آخر فاشترى من الثالث نصف نصيبه فلا شفعه، لأن أحدهما رب المال و الآخر عامل).

إذا كان الشركاء ثلثه فقارض أحدهما الآخر على مال، فاشترى العامل بمال القراض نصف نصيب الثالث (فى المشترك) (٢) فلا شفعه لأحدهم، أما البائع فظاهر إذ لا يملك الشفعه فيما باعه، و كذا رب المال إذ لا يملك الشفعه فيما اشتراه، و العامل بالنسبه إليه كالشريكين، فى المبتاع فلا يستحق أحدهما على الآخر شفعه، كذا قال فى التذكرة (٣)، و فيه نظر، فإن مال القراض الذى اشترى به إذا لم يكن للعامل فيه شىء يقع الشراء لملكه، و ليس للعامل فيه شىء فيكون شفعه هو العامل، و لا مانع له من الأخذ بالشفعه على قول، و على قول الشفعه: كل من العامل و مالك مال القراض. هذا إذا لم يكن ربح، أو كان و قلنا إن العامل لا يملك بالظهور. و إن قلنا يملك بالظهور فله من

ص: ٤٥٤

١-١) فى «ق»: صحيحا.

٢-٢) فى «ق»: المشتركه.

٣-٣) التذكرة ١: ٦٠٧. [١]

فإن باع الثالث باقى نصيبه لأجنبى فالشفعه أخماسا: لكل من المالك و العامل خمسان، و لمال المضاربه خمس السدس الذى له إن أثبتنا الشفعه مع الكثره.

و لو باع أحد الثلاثه حصته من شريكه استحق الثالث الشفعه دون المشتري، و يحتمل التسويه، الشقص بمقدار استحقاقه من الشفعه على القول باشتراكهما فيها، فإن زاد حقه من الربح فالزائد للمالك على ما سبق، و على هذا فالعامل لا (1) يأخذ بعض الشقص بالشفعه فله حينئذ أجره المثل، و لا شك أن ما ذكره هنا لا ينطبق على ما سبقه من كلامه.

قوله: (فإن باع الثالث باقى نصيبه لأجنبى فالشفعه أخماسا لكل من المالك و العامل خمسان، و لمال المضاربه خمس).

ربما يسأل عن سبب أفراد مال المضاربه بالذكر مع أنه ملك لصاحب مال القراض.

فيجاب: بأنه بناء على ما ذكره هنا ليس لأحدهما على الآخر بسببه شىء فإنه بمنزله شريك آخر، لأن حكمه متميز عن مال كل منهما، و فيه نظر، لأنه مال المالك حقيقه، فإن لم يكن ربح فلا بحث، و إن كان فعلى ما سبق من اختصاص المالك به و للعامل الأجره، فالمشفوع لمال القراض حق المالك.

قوله: (و لو باع أحد الثلاثه حصته من شريكه استحق الثالث الشفعه دون المشتري، و يحتمل التسويه).

قد سبق فى أول فروع الكثره نظير هذين الاحتمالين قولان

ص: ٤٥٥

١ - ١) فى «م»: إنما.

فإن باع المشتري على أجنبي و لم يعلم الثالث بالبيعين، فإن أخذ بالعقد الثاني أخذ جميع ما فى يد مشتريه، إذ لا شريك له فى الشفعة.

و إن أخذ بالأول أخذ نصف المبيع و هو السدس، لأن المشتري شريكه، و يأخذ نصفه من المشتري الأول و نصفه من الثانى، لأن شريكه لما اشترى الثالث كان بينهما فإذا باع الثلث من جميع ما فى يده - و فى يده ثلثان - فقد باع نصف ما فى يده، و الشفعيع يستحق ربع ما فى يده و هو للأصحاب (1)، و رجحنا هناك القول بالتسوية تفريعاً، فالأصح هنا مثله.

قوله: (فإن باع المشتري على أجنبي و لم يعلم الثالث بالبيعين).

هذا تفريع على الاحتمال الثانى و هو التسوية، أى: بناء على التسوية لو باع المشتري على أجنبي الثلث و هو قدر ما اشتراه، و المراد به ثلث الأصل و هو نصف ما صار بيده، لأنه قد كان بيده ثلث و اشترى حصه شريك آخر ثالثاً آخر و لم يعلم الشريك الثالث بالبيعين فله الأخذ بالشفعة باعتبار كل واحد من العقدين، فإن أخذ بالعقد الثانى أخذ جميع ما فى يد المشتري الثانى و هو الأجنبي، إذ لا شفعيع سواه، لأن الشريك الآخر هو البائع فلا شفعه له، إذ لا يستحق البائع الشفعة على ما باعه.

قوله: (و إن أخذ بالأول أخذ نصف المبيع و هو السدس، لأن المشتري شريكه و يأخذ نصفه من المشتري الأول و نصفه من الثانى، لأن شريكه لما اشترى الثالث كان بينهما، فإذا باع الثلث من جميع ما فى يده و فى يده ثلثان فقد باع نصف ما فى يده، و الشفعيع يستحق ربع ما فى يده

ص: ٤٥٦

١ - ١) القول الأول و هو استحقاق الثالث الشفعة دون المشتري، ذهب إليه: الشيخ الطوسى فى أحد قوله فى الخلاف ٢: ١١١ مسألة ٢٦ كتاب الشفعة، و الشهيد فى الدروس: ٣٩٥. و القول الثانى و هو الشركه بالسويه، ذهب إليه الشيخ الطوسى فى قوله الثانى فى المبسوط: ١٣٨، و [١] المحقق الحلّى فى الشرائع ٣: ٢٥٧.

السدس فصار منقسما في أيديهما نصفين، فيأخذ من كل واحد منهما نصفه-و هو نصف السدس-و يرجع المشتري الثاني على الأول بربع الثمن، و تكون المسألة من اثني عشر، ثم ترجع إلى أربعه للشفيع النصف و لكل واحد الربع. و هو السدس فصار منقسما في أيديهما نصفين، فيأخذ من كل واحد منهما نصفه و هو نصف السدس، و يرجع المشتري الثاني على الأول بربع الثمن و تكون المسألة من اثني عشر، ثم ترجع إلى أربعه للشفيع النصف و لكل واحد الربع).

أى: و إن أخذ الشفيع-و هو الشريك الثالث-بالعقد الأول فقد أخذ نصف المبيع بناء على الاحتمال الثاني، و هو التسوية بينه و بين المشتري في الشفعة و قدره سدس الأصل و للمشتري السدس الآخر. و كيفية أخذه: أن يأخذ من المشتري الأول نصف سدس و من المشتري الثاني نصف سدس، و ذلك لأن شريكه لما اشترى الثلث كان بينهما كما قررنا، فإذا باع ثلث الأصل ممّا فى يده-و فى يده ثلثان أحدهما ملك سابق و الآخر متجدد بالشراء-فقد باع نصف ما فى يده شائعا، فيكون المبيع نصف ملكه القديم و نصفه الجديد بمقتضى الإشاعة، و الشفيع يستحق ربع ما فى يده و هو السدس فإنه ربع الثلثين، فبمقتضى الإشاعة يكون نصفه فى يد المشتري الأول و نصفه فى يد الثاني، لاستواء ما باعه المشتري الأول و ما بقى فى يده، فيبطل البيع الثاني فى نصف سدس، لأنه يأخذ بالعقد الأول و قد تعلق بنصف السدس الأصل فى يد الثاني فيرجع المشتري الثاني على الأول بحصته من الثمن لبطان البيع فيه و هو ربع الثمن، فتكون المسألة من اثني عشر، لأن فيهما نصف سدس هو أدق كسر فيها، و مخرجه من اثني عشر منهما سهمان للشفيع و هما السدس، مضافه الى سهمه من الأصل و هو الثلث فيكمل له نصف، و للمشتري الثاني ثلثه أرباع الثلث و هو ربع الأصل، فيبقى فى يد المشتري الأول ربع الأصل فترجع المسألة إلى أربعه.

و إن أخذ بالعقدين أخذ جميع ما فى يد الثانى و ربع ما فى يد الأول،فله ثلاثة أرباع و لشريكه الربع،و يدفع الى الأول نصف الثمن الأول و الى الثانى ثلاثة أرباع الثمن الثانى.

و يرجع الثانى على الأول بربع الثمن الثانى،لأنه يأخذ نصف ما اشتراه الأول و هو السدس،و يدفع اليه نصف الثمن كذلك،و قد صار نصف هذا النصف فى يد الثانى و هو ربع ما فى يده فىأخذه منه.

و يرجع الثانى على الأول بثمانه،و بقى المأخوذ من الثانى ثلاثة أرباع ما اشتراه فأخذها منه و دفع إليه ثلاثة أرباع الثمن. قوله: (و إن أخذ بالعقدين أخذ جميع ما فى يد الثانى و ربع ما فى يد الأول،فله ثلاثة أرباع و لشريكه الربع،و يدفع الى الأول نصف الثمن الأول و الى الثانى ثلاثة أرباع الثمن الثانى،و يرجع الثانى على الأول بربع الثمن الثانى،لأنه يأخذ نصف ما اشتراه الأول و هو السدس فيدفع اليه نصف الثمن كذلك،و قد صار نصف هذا النصف فى يد الثانى و هو ربع ما فى يده فىأخذه منه،فيرجع الثانى على الأول بثمانه،و بقى المأخوذ من الثانى ثلاثة أرباع ما اشتراه فأخذها منه و دفع إليه ثلاثة أرباع الثمن).

أى:و إن أخذ بالعقدين معا صح،فىأخذ نصف ما جرى عليه العقد الأول و هو السدس،و قد عرفت أن نصفه دخل فى العقد الثانى فينفسخ العقد الثانى فيه،فىأخذه مع ربع ما فى يد الأول-و هو نصف سدس ايضا-بالعقد الأول،و يأخذ باقى ما فى يد المشتري الثانى-و هو ثلاثة أرباع ما اشتراه- بالعقد الثانى،لأن ذلك هو ما صح فيه العقد الثانى فيكمل له،أى:للشفيح ثلاثة أرباع الأصل،و لشريكه-أعنى المشتري الأول-الربع.

و لا- شىء للثانى،و ذلك لأنه اجتمع له مع ثلثه القديم جميع ما اشتراه المشتري الثانى ربعه بالعقد الأول،و ثلاثة أرباعه بالعقد الثانى و هو ثلث

الأصل، و ربع ما فى يد المشتري الأول و هو نصف سدس و ذلك ثلثان و نصف سدس و هو تسعه من اثنى عشر، فبقى لشريكه و هو المشتري الأول ثلاثة هى الربع، ثم انه يدفع الى المشتري الأول نصف الثمن الأول، لأنه أخذ نصف مبيعه و هو خمسة مثلاً، و الى الثانى ثلاثة أرباع الثمن الثانى و هو تسعه مثلاً، لأن العقد انفسخ فى ربع المبيع، لأنه أخذ بالأول كما قررناه، و يرجع المشتري الثانى على المشتري الأول بربع الثمن الثانى، و هو الذى انفسخ العقد فى مقابله من المبيع فلم يبق فى مقابله شىء.

و إنما قلنا: (إنه يدفع الى الأول نصف الثمن الأول و الى الثانى ثلاثة أرباعه)، لأن الشفيع يأخذ نصف ما اشتراه الأول و هو السدس، فيدفع اليه نصف الثمن لأجل ذلك، و قد صار نصف هذا النصف فى يد الثانى و هو ربع ما فى يده، فيأخذه منه فينفسخ البيع الثانى فيه كما قلنا فيرجع الثانى على الأول بثمانه، وبقى المأخوذ من الثانى بالعقد الثانى ثلاثة أرباع ما اشتراه فأخذها منه و دفع إليه ثلاثة أرباع الثمن، و ذلك ظاهر إذا عرفت هذا فاعلم ان قول المصنف: (لأنه يأخذ نصف ما اشتراه الأول). تعليل لقوله: (و يدفع الى الأول نصف الثمن الأول، و الى الثانى ثلاثة أرباع الثمن الثانى، و يرجع الثانى على الأول بربع الثمن الثانى) فيبين به هذه الأمور الثلاثة.

و الضمير فى قوله: (لأنه) يعود الى الشفيع (1) و قوله: (يدفع اليه نصف الثمن لذلك) أكثر النسخ فيها (كذلك) بكافين و لا موقع له حسن، و فى بعضها (لذلك) باللام أولاً و هو حسن فيكون تعليلاً لقوله: (يدفع اليه نصف الثمن) أى: يدفع نصف الثمن لأجل أنه يأخذ نصف ما فى يده بالعقد الأول.

ص: ٤٥٩

لو اختلفا في الثمن و لا- بينه قَدَم قول المشتري مع يمينه. قوله: (لو اختلفا في الثمن و لا بينه قَدَم قول المشتري مع يمينه) أى: لو اختلف الشفيع و المشتري في قدر الثمن: فأما أن لا- يكون لواحد منهما بيّنه، أو يكون لكل منهما بيّنه، أو يكون للبائع فقط، أو للمشتري فقط فالأقسام أربعة:

الأول: أن لا يكون لواحد منهما بيّنه فيحلف المشتري، لأنه المالك فلا يزول ملكه إلا بما يدّعيه إذا لم تكن بيّنه، كما أن المشتري لا- يملك المبيع إلا بما يقرّ به البائع من الثمن، كذا علله في التذكرة (١)، وهذا التعليل إنما يجرى فيما إذا وقع الاختلاف بين الشفيع و المشتري و العين باقيه، فلو أخذها بالشفعه و رضى بالدفع فتلفت العين ثم وقع الاختلاف لم يجر ما ذكره فيه مع أن فيه نظراً، لأن كونه مالكا لا يقتضى سماع دعواه بيمينه لأن اليمين على من أنكر.

و يمكن أن يقال: المشتري لا دعوى له على الشفيع، إذ لا يدعى شيئاً في ذمته و لا تحت يده، إنما الشفيع يدعى استحقاق ملكه بالشفعه بالقدر الفلاني و المشتري ينكره. و لا يلزم من قوله اشتريته بالأكثر أن يكون مدّعياً عليه و إن كان خلاف الأصل، لأنه لا يدعى استحقاقه إِيّاه عليه و لا- يطلب تغريمه إِيّاه، و لأن الذي لو ترك الخصومه ترك هو الشفيع إذ لا يطلبه المشتري للأخذ بالشفعه بما يدعيه.

و هذا الاستدلال حسن لكنه مخصوص بما إذا لم يملك الشفيع الشقص برضى المشتري قبل دفع الثمن، فأما إذا تملكه كذلك ثم اختلفا في الثمن فإن

و لو أقاما بينه فالأقرب الحكم بينه الشفيع، لأنه الخارج، المشتري مدع لا محاله، و ظاهر إطلاقهم عدم الفرق، و هو مشكل. إذا تقرر هذا فإذا أقام المشتري بينه بزيادة لدفع اليمين عن نفسه فقال شيخنا الشهيد في حواشيه: الأقرب القبول، و إن كان في دفع اليمين عن المنكر بالبينه في غير هذه الصورة تردد. و وجه القرب: انه يدعى دعوى محضه و قد أقام بها بينه فتكون مسموعه، هذا كلامه.

و يشكل بأن المشتري إن كان هو المنكر فالحجه من طرفه هو اليمين دون البينه، لقوله عليه السلام: «البينه على المدعى و اليمين على من أنكر» (١)، و التفصيل قاطع للشركه و إلا لم يسمع قوله بيمينه، و قد عرفت أنه في الحقيقه لا يدعى شيئاً، لكن صرح المصنف في التذكرة (٢) و التحرير (٣) بأن أيهما-أى:

الشفيع و المشتري- أقام البينه سمعت منه و ثبت ما يدعيه، و هذا الكلام لا يخلو من تدافع.

قوله: (و لو أقاما بينه فالأقرب الحكم بينه الشفيع، لأنه الخارج) هذا قول ابن إدريس (٤)، و اختاره المصنف هنا، و في التحرير (٥)، و التذكرة، (٦)، و وجهه: أنه خارج فإنه مدع و لا ملك له، لأنه يحاول إثبات استحقاقه التملك بما يدعيه، و لأن اليمين لا يقبل منه فلا بد أن تقبل بينته، و هو الأصح. و قال الشيخ في الخلاف (٧) و المبسوط (٨): البينه بينه المشتري،

ص: ٤٤١

١- ١) الكافي ٧: ٤١٥ حديث ١ و ٢، [١] التهذيب ٦: ٢٢٩ حديث ٥٥٣ و ٥٥٤، سنن البيهقي ١٠: ٢٥٢

٢- ٢) التذكرة ١: ٦٠١. [٢]

٣- ٣) التحرير ٢: ١٥١. [٣]

٤- ٤) السرائر: ٢٥١.

٥- ٥) التحرير ٢: ١٥١. [٤]

٦- ٦) التذكرة ١: ٦٠١. [٥]

٧- ٧) الخلاف ٢: ١٠٧ مسألة ٦ كتاب الشفيعه.

٨- ٨) المبسوط ٣: ١١٠. [٦]

ولا- تقبل شهاده البائع لأحدهما، و يحتمل القبول على الشفيع مع القبض و له بدونه. و علل فى المبسوط: بأنه داخل فإن بينه الداخل عنده مقدّمه، و فى الخلاف:

بأن بينته تثبت بزياده الثمن و الشفيع ينكره.

و قال ابن الجنيّد: إن أقر المشتري بالشفيعه فالبينه عليه فى قدر الثمن و اليمين على الشفيع، و إن لم يقر فالبينه على الشفيع، و فى المختلف رجّح بينه المشتري بأن قوله مقدم على قول الشفيع، قال: و هذا بخلاف الداخل و الخارج، لأن بينه الداخل يمكن أن تستند الى اليد فلهذا قدمنا بينه الخارج، و فى صورته النزاع بينه تشهد على نفس العقد كشهاده بينه الشفيع (١). و فيه نظر، لأن الترجيح ليس بهذا فقط بل بقوله عليه السلام: «و اليمين على من أنكر» (٢).

و احتمل المصنّف فى المختلف أيضا القرعه، لأنهما يتنازعا فى العقد و لا- يد لهما عليه فصارا كالمتنازعين فى عين فى يد غيرهما، و فيه نظر، لأن تنازعهما فى استحقاق العين بالثمن المخصوص، و لأن القرعه فى الأمر المشكل الذى لم يدل النص على حكمه، و ما نحن فيه ليس كذلك.

قوله: (و لا تقبل شهاده البائع لأحدهما، و يحتمل القبول على الشفيع مع القبض و له بدونه).

وجه الأول: ان شهادته لأحدهما تجر نفعاً، لأن شهادته بكثرة الثمن تتضمن استحقاقه ذلك، و كون الزائد لو خرج مستحقاً استحق بدله، أو الرجوع الى عين ماله إن كان الشراء بعين الثمن، و إن شهد بنقصانه يضمن ذلك دفع درك الزيادة لو خرج مستحقاً. و وجه الاحتمال: أنه مع القبض إذا شهد بالزيادة

ص: ٤٦٢

١- ١) المختلف ٤٠٧: ٢.

٢- ٢) الكافي ٧: ٤١٥ حديث ١ و ٢، [١] التهذيب ٦: ٢٢٩ حديث ٥٥٣ و ٥٥٤ سنن البيهقي ١٠: ٢٥٢.

و لو كان الاختلاف بين المتبايعين و أقاما بينه فالأقرب الحكم لبينه المشتري، و يأخذ الشفيع به. فقد أقر بزياده الدررك فلا تهمه، و لا ينظر الى استحقاق المطالبه بالبدل أو العين على تقدير ظهور الاستحقاق، لاستحقاق ذلك في ضمن هذا المحذور، و بدون القبض إذا شهد بالنقيصه فقد أقدم على نقصان حقه، و محذور الدررك مستحقر في ضمن هذا، و الأصح أنها لا تقبل مطلقا، لأنه ربما حاول بذلك إسقاط خيار الغبن و قله الأرش لو ظهر المبيع معيبا، بل ربما كان عالما بالعيب و يتوقع المطالبه بأرشه، و ربما كان له غرض بعود المبيع اليه بفسخ المشتري إذا علم بالعيب أو الغبن، و يخشى بأخذ الشفيع فوات ذلك فينفره من الأخذ بكثرة الثمن، أو ربما كان يخاف رد المشتري إياه بالعيب أو الغبن دون الشفيع فزاد رغبته في الأخذ بتقليل الثمن، و بالجمله فجهات جر النفع بالشهاده المذكوره لا يكاد ينضب.

قوله: (و لو كان الاختلاف بين المتبايعين و أقاما بينه فالأقرب الحكم لبينه المشتري و يأخذ الشفيع به).

قد سبق في البيع أنه إذا اختلف المتبايعان في الثمن و لا بينه فالقول قول البائع بيمينه إن كانت العين باقيه، فعلى هذا إذا أقاما بينه تقدم بينه المشتري، لأن اعتبار اليمين من أحد المتنازعين يقتضى اعتبار البينه من الآخر، و حينئذ يأخذ الشفيع بما شهدت به بينه المشتري، لأنه الثابت شرعا، و لأن الزائد بزعمه غير مستحق و بينه البائع كاذبه فيه، و هذا على ما ذكره من سماع البينه من المشتري إذا وقع الاختلاف بينه و بين الشفيع واضح، لكن الاشكال السابق الوارد على أصل المسأله، لو ادعى الشفيع الأقل منهما و ارد هنا.

و قال الشيخ في المبسوط: يحكم بالقرعه فمن خرج اسمه حكم له و أخذ الشفيع بذلك الثمن (1)، قال الشارح: و على التفاسخ مع اليمينين بينه

ص: ٤٦٣

و لو لم تقم البيه حلف البائع،فيتخير الشفيع بين الأخذ به و الترك، و الأقرب الأخذ بما ادعاه المشتري، المشتري مخالفه لأصلين:انتقال الملك اليه،و رضى البائع بالعوض الأقل.

و بينه البائع تخالف أصلا واحدا:و هو عدم رضى المشتري بالزيادة،و لا ريب أن أصله عدم انتقال الملك اليه قد زال باعتراف البائع بحصول البيع الناقل للمالك فى الجملة (1).

إذا عرفت هذا فظاهر هذه المسائل ان هذا الاختلاف قبل أخذ الشفيع بالشفعه،و ما سيأتى فى العبارة أظهر فى الدلالة على ذلك،فلا يكون اختلاف الشفيع و المشتري بعد الأخذ بالشفعه مذكورا حكمه هنا.

قوله: (و لو لم تقم البيه حلف البائع،فيتخير الشفيع بين الأخذ به و الترك،و الأقرب الأخذ بما ادعاه المشتري).

إذا لم يقم أحدهما بينه حلف البائع،لأن القول قوله مع بقاء السلعه كما علم غير مره،فيتخير الشفيع بين الأخذ بما حلف عليه و الترك،لأن الثابت شرعا و الواجب على المشتري دفعه فهو الثمن حقيقه.و الأقرب انه لا يأخذ به بل بما ادعاه المشتري،و وجه القرب:أن الأخذ إنما هو من المشتري،و قد اعترف بأن الزيادة ظلم فلا يجوز أن يظلم بها غيره،و إقرار العقلاء على أنفسهم جائز.

و يحتمل ضعيفا الأول،و هو الأخذ بما حلف عليه البائع بأنه الثمن شرعا،و يضعف بأنه الثمن فى حق المشتري لا فى حق الشفيع للمشتري مع اعترافه بكون الزائد ظلما فيكون يمين البائع فاجره بإقراره،و هو الأصح.لكن هنا تحقيق:و هو أن الشفيع إن صدق المشتري فالأمر كذلك،و إن صدق البائع و كان فى نفس الأمر صادقا و جب عليه التوصل الى دفع الزيادة إلى المشتري، و إلا لم يكن له طلبها ظاهرا،لأن ذلك حق له فى نفس الأمر و إن الثابت

ص: ٤٤٤

و كذا لو أقام البائع البيئه. و لو قال المشتري: لا أعلم كميّه الثمن كلف جوابا صحيحا، و لو قال: أنسيته، أو اشتراه و كيلى و لا أعلم به حلف و بطلت الشفعه. و لو اختلفا فى قيمه العوض المجعول ثمنا عرض على المقومين، خلافه.

قوله: (و كذا لو أقام البائع البيئه).

أى: و كذا يثبت ما ادعاه البائع لو أقام البيئه عليه فيأخذ الشفيع به أو يترك، و الأقرب الأخذ بما ادعاه المشتري، و هذا حق لكن الاشكال على سماع بينه البائع مع كونه المنكر وارد.

قوله: (و لو قال المشتري: لا أعلم كميّه الثمن كلف جوابا صحيحا).

إنما لم يكن هذا جوابا صحيحا لإجماله و احتمالاه، و لهذا إذا فصل يقبل قوله باليمين.

قوله: (و لو قال: أنسيته، أو اشتراه و كيلى و لا أعلم به حلف و بطلت الشفعه).

إنما يحلف لإنكاره و هو واضح فى الثانى، و أما فى الأول فلأن النسيان لا يعرف إلا من قبله، فلو لم يقبل قوله باليمين لكلف شططا، فإذا حلف بطلت الشفعه لتعذر العلم بالثمن و هو شرط لجواز الأخذ، و إنما تبطل مع اليأس من العلم به، فلو أمكن استعلامه فالشفعه باقيه، و لو قال الشفيع: إنى أعلم قدره و ادعى المشتري النسيان فهل تثبت بيمين الشفيع هنا؟ فيه نظر.

قوله: (و لو اختلفا فى قيمه العوض المجعول ثمنا عرض على المقومين) أى: الشفيع و المشتري بناء على أن الشفعه تثبت مع كون الثمن قيميا، لا معنى للاختلاف فى القيمه مع وجود العين و إمكان استعلام قيمتها.

فإن تعذر قدم قول المشتري على اشكال. و لو اختلفا في الغراس أو البناء فقال المشتري: أنا أحدثه، و أنكر الشفيع قدم قول المشتري، لأنه ملكه و الشفيع يطلب تملكه عليه. و لو ادعى أنه باع نصيبه على أجنبي، فأنكر الأجنبي قضي للشريك بالشفعه بظاهر الإقرار على اشكال، قوله: (فإن تعذر قدم قول المشتري على اشكال).

ينشأ: من أن الشفيع ينكر الزيادة فيقدم قوله بيمينه، و من أن المنكر في الحقيقة هو المشتري كما قدمناه، فالقول قوله في أن الشفيع لا يستحق الشقص بالقيمة الدنيا بيمينه، و هذا واضح قبل الأخذ، و في الفرق بين هذه المسألة و مسألة الاختلاف في قدر الثمن حيث جزم بتقديم قول المشتري بيمينه هناك و تردد هنا عندى نظر.

قوله: (و لو اختلفا في الغراس أو البناء فقال المشتري: أنا أحدثه و أنكر الشفيع قدم قول المشتري، لأنه ملكه و الشفيع يطلب تملكه عليه).

الاختلاف في الشقص المبيع كالاختلاف في الثمن فالقول قول المشتري فيه بيمينه، لأنه منكر بالنسبة إلى الزائد.

قوله: (و لو ادعى أنه باع نصيبه على أجنبي، فأنكر الأجنبي قضي للشريك بالشفعه بظاهر الإقرار على اشكال).

ينشأ: من اختلاف القولين، و تعارض الأدلة. قال الشيخ في الخلاف (1) و المبسوط (2): يثبت، لأن إقرار العقلاء على أنفسهم جائز، و قد أقر بما يقتضى أن ما بيده مستحق الأخذ بالشفعه، و نفاها ابن إدريس، لأن

ص: ٤٦٦

١- (١) الخلاف ١١٢: ٢ مسألة ٣٤ كتاب الشفعه.

٢- (٢) المبسوط ١٣٦: ٣. [١]

و للشفيع دون البائع-على اشكال-إحلاف المشتري. ثبوتها فرع ثبوت البيع و لم يثبت (1)، وفيه نظر، لأن ثبوتها فرع ثبوت البيع باعتبار الأخذ من المشتري، أما باعتبار الأخذ من البائع فيكفي إقراره في استحقاقها، فإنه لو أقر شخص بأن زيدا يستحق ما بيدي بالشفعه و صدقه ثبت استحقاقها بالشفعه و إن لم يثبت البيع. و الأصح الثبوت، فعلى هذا إن إقرار البائع بقبض الثمن دفع الشفيع الثمن الى الحاكم، و إلا كان له أخذه قصاصا و الدرک هنا عليه.

قوله: (و للشفيع دون البائع على اشكال إحلاف المشتري).

أى: إذا ادعى انه باع نصيبه من أجنبي و أنكر الأجنبي للشفيع إحلاف الأجنبي و هو الذى عبّر عنه؟ (المشتري)، لأنه بزعم البائع مشتري، و ذلك لأن هل عليه حق الدرک على تقدير كونه مشتريا، أو ينكل فيحلف فلعله يقر الشفيع، هذا إن حكمنا بالشفعه بظاهر الإقرار، و إلا- كان الإحلاف لرجاء الإقرار بالشراء المثبت للشفعه، و ليس للبائع إحلافه على اشكال، و هو المراد بقول: (على اشكال) ينشأ: من أن فائده الإحلاف رجاء ثبوت الشراء المقتضى أخذ الثمن إن لم يكن قبضه و هو حاصل من الشفيع فينتفى اليمين لانتفاء فائدها، و من أن الثمن المأخوذ من الشفيع ليس هو عين حقه، بل يأخذه قصاصا فله الإحلاف لأجله.

و لأن دفع الدرک عن نفسه أمر مطلوب، و ربما تعلق غرضه بإثبات الشراء لبيان صدقه فى دعواه أو لمقابله المشتري بصد مطلوبه فى إنكاره، و الأصح أن له الإحلاف.

و اعلم ان هذا الاشكال إنما هو على تقدير ثبوت الشفيع بإقرار البائع، أو كونه قد قبض الثمن من المشتري، فإن قلنا بعدم الثبوت و لم يكن قد قبض الثمن فله الإحلاف قطعا.

ص: ٤٦٧

و لو ادعى تأخير شراء شريكه فالقول قول الشريك مع يمينه، ويكفيه الحلف على عدم استحقاقه الشفعة. و لو ادعى كل منهما السبق تحالفا مع عدم البيئه، ولا تكفى البيئه على الشراء المطلق، فإن شهدت بتقديم أحدهما قبلت. قوله: (و لو ادعى تأخير شراء شريكه فالقول قول الشريك مع يمينه، ويكفيه الحلف على عدم استحقاقه الشفعة).

إذا ادعى على شريكه أن شراءه متأخر عن شرائه، وانه يستحق عليه الشفعة فالقول قول الشريك بيمينه، لأنه منكر و الأصل عدم الاستحقاق، و لا يشترط أن يحلف على نفي تأخير الشراء و إن أجاب به، لأن الغرض المطلوب من هذه الدعوى هو استحقاق الشفعة فيكفى اليمين لفيه، و ربما كان الشراء متأخرا و لا يستحق شفعه بسبب من الأسباب المسقطه لها فلا يكلف الحلف على نفيه، و للشافعيه وجه بلزوم الحلف على نفي التأخر (1).

قوله: (و لو ادعى كل منهما السبق تحالفا مع عدم البيئه).

لأن كل واحد منهما مدع و مدعى عليه فإذا تحالفا استقر ملكهما، لاندفاع دعوى كل منهما بيمين الآخر.

قوله: (و لا تكفى البيئه على الشراء المطلق).

أى: الذى هو غير مقيد بسبق شراء المشهود له على شراء الآخر، لأن مطلق الشراء لا تثبت به الشفعة.

قوله: (فإن شهدت بتقديم أحدهما قبلت).

مع انتفاء المعارض لنهوضهما بثبوت مقتضى الشفعة.

ص: ٤٦٨

١- (١) المجموع ٣٤٧: ١٤.

و لو شهدت بيتان لكل منهما بالسبق احتمل التساقت و القرعه. و لو ادعى الابطىاع و ادعى الشرىك الإرث و أقاما بىنه قىل: يقرع، و الأقرب الحكم بىنه قوله: (و لو شهدت بىنتان لكل منهما بالسبق احتمل التساقت و القرعه).

أى: لو شهدت احدى البىنتىن بسبق شراء إحداهما، و الأخرى بسبق الآخر بىحث ىتفقان على سبق واحد و ىنفىان الاقتران احتمل التساقت لتكافؤهما و امتناع العمل بهما، أو بإحداهما لعدم المرجح، و تنتفى الشفعه للشك فى وجود المقتضى.

و اختار الشارح الفاضل ولد المصنف التساقت و تحالفهما (1)، و هو بعىد لانتفاء الىمىن عن الدعوى مع قىام البىنه بها، و ىحتمل القرعه لاتفاقهما فى الشهاده مع الشرىكىن على أن شراء أحدهما سابق و لا معارض لهذا فىجب قبوله، و ثبوت الشفعه تابع له فىكون مقطوعا به، و لا شك أن إحدى البىنتىن كاذبه، لامتناع سبق كل منهما على الأخرى و هى غىر معلومه فتستخرج بالقرعه، لأن فى كل أمر مشكل القرعه، و هذا مشكل إذ لا طرىق إلى معرفه ما هو الحق شرعا إلا القرعه، و هو الأقوى.

فإن قىل: الشفعه على خلاف الأصل، و القرعه لا ىقطع بتعنىنها المستحق فىكون القول بسقوطها أوجه، لعدم تعىن المستحق لها.

قلنا: قد جعل الشارع القرعه نازله منزله التعىن فكل من عىنته كان هو المستحق فى نظر الشارع، و لا ىرىد بالمستحق إلا المستحق شرعا، و قد أجريت القرعه فىما هو أشد خطرا من هذا و إن كان البطلان محتملا.

قوله: (و لو ادعى الابطىاع و ادعى الشرىك الإرث و أقاما بىنه قىل:

يقرع، و الأقرب الحكم بىنه الشفع).

ص: ٤٤٩

الشفيع. و لو صدّق البائع الشفيع لم تثبت، أى: لو ادعى أحد الشريكين على شريكه الذى تأخر ملكه عن ملك الآخر أنه انتقل اليه الملك بالابتاع، وقال الشريك: إنه انتقل بالإرث و أقام كل واحد منهما بينه قيل: يقرع بينهما و من خرجت القرعة له حكم بيئته، و القائل بذلك هو الشيخ رحمه الله محتجا بأنهما متعارضان (١).

و هل يشترط يمين من خرجت له القرعة على القول به؟ لم يصرحوا به هنا، و عموم الحكم باليمين فى نظائره يقتضى الحكم به هنا. و الأقرب الحكم بينه الشفيع، لأنه المدعى الحقيقه، لأنه يطلب انتزاع ملك الشريك بالشفيعه، و يدعى استحقاق ذلك و الشريك ينكره، و لأنه لو ترك الخصومه لترك، و البيئه فى جانب المدعى، و القرعة إنما تثبت فى الأمر المشكل الذى لم يثبت له حكم مخصوص من الشارع، و هذا ليس من ذلك لعموم قوله على السلام: «البيئه على المدعى» (٢)، و لأنه ربما لم يكن بين البيئتين تعارض فى بعض الصور، إذ بينه الإرث ربما عوّلت على أصله بقاء الملك الى حين الموت فانتقل بالإرث، لعدم علمها بصدور البيع، فإن استنادها فى ذلك الى الاستصحاب كاف، فبيئه الشراء مطلقه على أمر زائد لم يكن للأخرى علم به، و هو صدور البيع المشهود به فكانت مقدمه كما هو معلوم، و هذا إنما يتفق حيث يكون البائع هو المورث إذ مع تغيرهما لا يمكن الجمع بينهما، و على كل حال فالمختار هو الأقرب عند المصنف.

قوله: (و لو صدّق البائع الشفيع لم يثبت).

أى: لو صدّق من انتقل عنه الملك -أطلق عليه اسم البائع بمقتضى إقرار الشريك الآخر الذى هو شفيع بزعمه- لم تثبت الشفعه على الشريك المدعى عليه، لأن تصديق من خرج عنه الملك الى الغير إقرار فى حق الغير فلا

ص: ٤٧٠

١- (١) المبسوط ١: ٢٩٣. [١]

٢- (٢) الكافي ٧: ٤١٥ حديث ١، [٢] التهذيب ٦: ٢٢٩ حديث ٥٥٣.

و كذا إن أقام الشفيع بينه أنه كان للبائع و لم يقم الشريك بينه بالإرث، لأنها لم تشهد بالبيع. و إقرار البائع لا يقبل، لأنه إقرار على الغير، و لا تقبل شهادته عليه. و ليست الشفيعه من حقوق العقد فيقبل فيها قول يقبل.

قوله: (و كذا إن أقام الشفيع بينه أنه كان للبائع و لم يقم الشريك بينه بالإرث، لأنها لم تشهد بالبيع).

و ثبوت الشفيعه تابع للبيع فما لم يثبت لم يثبت.

و قوله: (و إقرار البائع لا يقبل، لأنه إقرار على الغير) تعليل لقوله: (و لو صدق البائع الشفيع لم يثبت) ذكره بعد تعليل المسأله التاليه لها، فيكون من قبيل اللف و النشر غير المرتب، و يمكن جعله مسأله أخرى برأسها مستأنفه لكن يلزم التكرار، لأن التصديق هنا فى معنى الإقرار.

قوله: (و لا تقبل شهادته عليه).

أى: لا- تقبل شهادته من هو بائع بزعم المدعى عليه، أى: على الشريك، و هذا إنما يكون إذا ادعى الشريك انتقال الشقص إليه بالإرث عن شخص، و ادعى الشفيع بزعمه انتقاله بالبيع عن شخص آخر موجود. و لا ريب أن المسأله مفروضه أعم من هذا، و لا بعد فى ذكر بعض الأحكام المختصه ببعض شعب المسأله، و إنما لم تقبل شهادته عليه للتهمه، فإنه إذا كان البائع ثبت له على الشريك درك الثمن و استحقاق خيار الغبن أو الرؤيه، و نحو ذلك بشروطه. و بالجمله فشهادته بالانتقال عنه بالبيع تقتضى ثبوت سلطنه البائع على المشتري، و ذلك يجر نفعاً و يوجب التهمه فلا تسمع.

قوله: (و ليست الشفيعه من حقوق العقد فيقبل فيها قول البائع).

البائع. و لو ادعى الشريك الإيداع و أقاما بينه قَدّمت بينه الشفيع، لعدم التنافى بين الإيداع و الابتاع. أى: ليست الشفيعه من حقوق العقد الثابت على البائع كخيار المجلس حتى يقبل فيها قول البائع، لكونها إقرارا على نفسه أو حق يقبل فيها شهادته، و لانتفاء جر النفع، و إنما الشفيعه حق ثابت بالاستقلال للشريك بسبب البيع و ليست من حقوقه.

قوله: (و لو ادعى الشريك الإيداع و أقاما بينه قَدّمت بينه الشفيع، لعدم التنافى بين الإيداع و الابتاع).

هذا معطوف على قوله: (و ادعى الشريك الإرث) أى: و لو ادعى أحد الشريكين على من بيده الشقص الآخر أنك قد اشتريته فاستحق أخذه بالشفيعه، فأجاب بأنه فى يده بحكم الإيداع من مالكة، فقول المصنف: (و ادعى الشريك) لا يخلو من تسامح، لأنه لم يتحقق كونه شريكا و هو يدعى كونه مستودعا، و لو كان شريكا لكانت دعواه كونه مستودعا مما لا تقبل (1)، و كأن المصنف توسّع فى إطلاق اسم الشريك عليه باعتبار كونه صاحب يد ظاهرها يقتضى الملك و لزعم المدعى انه شريك، فإذا أقاما بينه بان اقام المدعى بينه بالشراء و المدعى عليه بينته بالإيداع فلا يخلو: أما أن تكون كل منهما مؤرخه أو إحداهما و هو صورتان، أو لا تكون واحده منهما، و على التقديرات فلا يخلو:

أما أن تتعرض بينه الشراء الى كون البائع باع ملكه و بينه الإيداع إلى كونه أودع ملكه، أو لا تتعرض واحده منهما لذلك الملك أو الواحده دون الأخرى و هو صورتان فتحصل ست عشره صوره يبين حكمها فيما سندكره، و ذلك انه إذا لم يحصل التعرض للملك فى البيع و الإيداع، أو حصل فيهما معا، أو فى الإيداع و هو متقدّم فلا منافاه بين البينتين، لإمكان حصول البيع و الإيداع معا، و الإيداع لا ينافى البيع.

ص: ٤٧٢

نعم لو شهدت البيه بالابتياح مطلقا، والأخرى أن المودع أودعه ما هو ملكه فى تاريخ متأخر قيل: قدّمت بينه الإيداع، لانفرادهما بالملك، و يكاتب المودع فإن صدق بطلت الشفعه، والأحكام للشفيع. أما إذا تقدّم الإيداع فظاهر، فإن المودع قد يبيع ملكه على المستودع و لا يطلع بينه الإيداع على البيع فتشهد بالاستصحاب، وكذا إذا لم يذكر البيتان التاريخ، أو ذكرته واحده و لم تذكره الأخرى.

و لو تقدّم البيع فلا منافاه، إذ قد يدفع البائع المبيع إلى المشتري بصوره الوديعه لمصلحه من خوف ظالم أو غيره، و حيث لم يكن الإيداع منافيا للبيع و جب الحكم بالبيع، لأن بينته لا معارض لهما كما حققناه.

قد يقال: هذا ينافى كون الإيداع مستعملا فى حقيقته، فإن ذلك لا يعد وديعه حقيقه فالتعارض بحاله.

فنقول: و إن كان كذلك إلا- أن الإيداع عقد جائز يكفى فيه مجرد الفعل بخلاف البيع، فربما ظن الشاهد الإيداع تعويلا على بعض القرائن، و ربما تسامح فيه لكونه جائزا غير ناقل للملك بخلاف البيع فإنه أبعد عن ذلك.

إذا عرفت هذا فقول المصنف: (قدّمت بينه الشفيع) غير حسن، لأن تقديمها على بينه اخرى فرع التعارض و لا تعارض هنا، لعدم التنافى كما ذكرنا، مع أن التقديم لا ربط له بقوله لعدم التنافى بين الإيداع و الابتياح.

قوله: (نعم لو شهدت البيه بالابتياح مطلقا، والأخرى أن المودع أودعه ما هو ملكه فى تاريخ متأخر قيل: قدّمت بينه الإيداع، لانفرادهما بالملك، و يكاتب المودع فإن صدق بطلت الشفعه، و الأحكام للشفيع).

هذا فى قوه الاستثناء من الذى قبله لأن قوله: (و أقاما بينه قدمت بينه الشفيع) ظاهر الإطلاق فى جميع الصور فاستثنى منها هذا و ما بعده.

و تحقيقه: ان بينه الابتياح إذا لم تتعرض لكون البائع قد باع ملكه بل شهدت

بالبیع فقط، و شهدت بينه الإيداع بكونه قد أودع ملكه فى تاریخ متأخر. عن تاریخ البیع فتكون البینتان معا مؤرختين، فنؤرخ بينه البیع بیوم الجمعه الفلانى و بينه الإيداع بیوم السبت الذى هو بعده، فقد قيل: تقدم بينه الإيداع و القائل بذلك هو الشیخ رحمه الله فى المبسوط (1)، و وجهه: انفرادها بذكر الملك فلا یحتمل أن يكون المودع غیر مملوك، و یمكن أن يكون البیع لغير المملوك بإطلاقه أضعف من الودیعه المقيده بصدورها عن المالك، و فيه نظر فإن هذا إنما یستقیم إذا كان المودع غیر من شهدت البینه الأخرى بكونه بائعاً، فإنه إذا كان واحداً كان مالكا لا محاله فلا یجىء احتمال بیعه ما لیس بمالك له، فلا یستقیم ما ذكره على إطلاقه، إنما یستقیم إذا أسندت كل واحده منهما ما شهدت به الى غیر ما أسندت اليه الأخرى.

قد یقال على النظر: إن البائع و المودع و إن اتحد فإن الاحتمال بحاله فى هذه الصوره، لإمكان أن یبیع و هو غیر مالك ثم یملك فیودع، فإذا تحقق ذلك یكاتب المودع و هو من ادعى صاحب الید أنه أودعه و شهدت البینه بإيداعه-ملكه بالصوره، لأن الید له حیث بذعم المدعى علیه و بینته، فإن صدق فلا-شفعه و يكون بمنزله ما لو شهدت احدى البینتين لواحد بالملك و الأخرى بالتصرف فإن الملك أقوى، و إلا-أى: و إن لم یصدق ذلك-حكم للشفیع، لانتفاء حقه بتكذیب بینته فتسقط فتبقى بينه الشفیع بغير معارض فیجب العمل بها.

فإن قيل: إن الشراء المشهود به قد نزل على الأعم من الشراء من المالك، فكیف یعمل بها بعد التکذیب قلنا: كان الحمل على خلاف الظاهر، لوجود المعارض الذى لا یقبل خلاف الظاهر.

ص: ٤٧٤

و لو شهدت بينه الشفيع أن البائع باع و هو ملكه، و بينه الإيداع مطلقا قضى للشفيع من غير مراسله، لانتفاء معناها. إذا عرفت هذا فاعلم أن ظاهر حكاية كلام المصنف قوله: (قيل) يدل على استضعافه إياه، و لا ريب في ضعفه، لأن البينه بإيداع الملك لا ينفي البيع، لأن الشهادة بالملك يكفى فيها الاستناد الى العلم بالملك في زمان متقدم، و عدم العلم بالمزيل الطارئ و عدم العلم به لا يدل على عدمه فحينئذ بينه الشراء تشهد بأمر زائد لا تعارضها الأخرى فيه فيجب الحكم بها و هو الأصح.

قوله: (و لو شهدت بينه الشفيع أن البائع باع ما هو ملكه، و بينه الإيداع مطلقا قضى للشفيع من غير مراسله، لانتفاء معناها).

هذه عكس الاولى في الفرض، و القضاء هنا للشفيع قطعا و لا مراسله لانتفاء معنى المراسله-أى: فائدتها- فإنه لو صدقه لم يحكم بينه الإيداع، لوجود المعارض الأقوى.

و اعلم أن التعرض لهذه المسألة غير محتاج، لأن حكمها مستفاد من قوله في المسألة الأولى: (قدمت بينه الشفيع) فإن مقتضاه ذلك في جميع الصور، و أكده قوله في المسألة التي بعدها: (نعم). لأنها في الاستدراك و الاستثناء، فإن ذلك يشعر بدخولها فاستثنائها لمخالفه حكمها الباقي و لا- مخالفه في هذه، على أن عطف الأخير عليها يوهم كون الأخير مستثناء أيضا، و هو فاسد، لانتفاء مخالفه في الحكم.

و في العبارة مناقشات أخر نبهنا عليها:

الاولى: في قوله: (و لو ادعى الشريك الإيداع) فإن الشريك قد يكون مستودعا و قد اعتذرنا له عنه.

الثانية: في قوله: (قدمت بينه الشفيع) فإنه لا تعارض فلا معنى

و يطالب مدعى الشفعة بالتحريم، بأن يحدد مكان الشقص، و يذكر قدره، و كميته الثمن. للتقديم، لأنه لا ربط بينه و بين قوله: (لعدم التنافي حينئذ) في حكاية قول الشيخ قدّمت بينه الإيداع و يكاتب المودع فإن صدّق بطلت الشفعة و إلا حكم للشفيع، فإن الحكم للشفيع ينافي تقديمها بل ترتب عدم الشفعة على تصديقها ينافي تقديمها.

و كان الأولى أن يقول: قيل يكاتب المودع فإن صدّق حكم بيّنه الإيداع لأنها أقوى الى آخره. و في قوله: بطلت الشفعة تجوز ظاهر، إذ لم تثبت شفعه لتبطل.

قوله: (و يطالب مدعى الشفعة بالتحريم، بأن يحدد مكان الشقص و يذكر قدره و كميته الثمن).

لا بد من مطالبه مدعى الشفعة بتحريم الدعوى فإن الدعوى غير المحرره لا تسمع و تحريرها بان تحدد مكان الشقص اى يذكره ما يميزه عن غيره سواء كان يذكر حدوده أم لا فليس المراد من تحديد ذكر الحدود لان شهرته باسم أو وصف قد يكون أظهر فى تميزه من ان يحتاج الى تحديد و انما قال تحدد مكان الشقص لان الشقص شائع فلا يمكن تحديده الا بتحديد المجموع و انما اشترط التميز لان الدعوى بالشىء الغائب عن محبس الحكم لا بد من تميزه عن غيره و الا لم تسمع الدعوى به لتعذر الحكم و لا بد من ان يذكر قدر الشقص لان ذلك من جمله التميز و لا بد من ذكر كميته الثمن لتعذر الشفعة من دون معرفه الثمن.

و لقائل أن يقول ان الدعوى باستحقاق الشفعة فى شقص من المكان المعين المحدود لا يتوقف على معرفه قدر الشقص و كميته الثمن لإمكان الحكم بالشفعه فى الجملة كما يصح الدعوى فى المال المجهول و الحكم باستحقاقه ثم يعين و جوابه ان الثمن لو كان مجهولا فى الواقع و قدر الشقص انتفت الشفعة فكيف يمكن الحكم باستحقاقها من دون تعيينها بخلاف استحقاق المال

فإن قال الخصم: اشتريته لفلان سئل فإن صدق ثبت الشفعه عليه.

و إن قال: هو ملكى لم اشتره انتقلت الحكومه اليه، و إن كذبه حكم بالشفعه على الخصم على اشكال، و إن كان المنسوب إليه غائبا انتزعه الحاكم و دفعه الى الشفيع الى أن يحضر الغائب، و يكون على المجهول فالعلم به غير شرط فى الاستحقاق بخلاف الشفعه.

قوله: (فإن قال الخصم: اشتريته لفلان سئل فإن صدق ثبت الشفعه عليه و إن قال هو ملكى لم اشتره انتقلت الحكومه إليه).

هذه من شعب ما إذا ادعى الشريك الشفعه على من بيده الشقص فتاره أجب بكونه وارثا و تاره بكونه مستودعا و هنا أجب بكونه اشتراه لغيره فأراد بالخصم من بيده الشقص فسماه فى المسائل السابقه شريكا. ثم المنسوب اليه الشراء لأجله اما ان يكون موليا عليه بالنسبه إلى المشتري أو بالغا أو عاقلا و الثانى اما ان يكون حاضرا أو غائب و حكم الحاضر مذكور هنا و هو انه يسئل لإمكان مراجعته بغير امتداد زمان و حصول ضروره فلا يتسلط على ملكه بدون ذلك فان صدق فلا بحث و ان قال هو ملكى لم اشتره انتقلت الحكومه إليه لأن يد الأول فرع يده و هو يؤثر إقرار الأول بالشراء الظاهر لا، لأنه إقرار على الغير فحينئذ يسعى فى الإثبات ان امكنه.

قوله: (و إن كذبه حكم بالشفعه على الخصم على اشكال).

ينشأ: من إقراره بالشراء الموجب للشفعه حيث أنه إقرار على ما فى يده، و من نفى الملك عن نفسه، و الأقرب الحكم بالشفعه لإقراره بالشراء حيث كان مسموعا إذ لم يقر بالملك للغير قبله، و اندفاع الإقرار به للغير بتكذيبه فيدفع الثمن الى الحاكم الى أن يظهر مالكة.

قوله: (و إن كان المنسوب إليه غائبا انتزعه الحاكم و دفعه الى

حجته إذا قدم. و إن قال: اشتريته للطفل و له عليه ولايه احتمال ثبوت الشفعه، لأنه يملك الشراء له فيملك إقراره فيه، و العدم، لثبوت الملك للطفل.

و الشفعه إيجاب حق في مال الصغير بإقرار وليه، الشفيع الى أن يحضر الغائب، و يكون على حجته إذا قدم).

هذا حكم الغائب، و إنما ينتزعه الحاكم هنا و يدفعه الى الشفيع، لأن انتظاره الى أن يقدم (١) الغائب فيه تأخير لحقه المقتضى للضرر بخلاف الحاضر، و لأنه لو لا ذلك لالتجأ كل مشتري إلى دعوى الشراء للغائب ليسقط حق الشفيع، و يأخذ الحاكم الثمن الى ان يحضر الغائب و هو على حجته، أى:

لم يحكم عليه بالشفعه بحيث لا- تسمع حجته بعد ذلك، بل يقول: اما أن يكون مصدقاً فلا بحث، أو يقول: هو ملكي لم أشره فالخصومه معه، أو يكذب فالحكم ما سبق.

قوله: (و إن قال: اشتريته للطفل و له عليه ولايه احتمال ثبوت الشفعه، لأنه يملك الشراء له فيملك إقراره فيه، و العدم، لثبوت الملك للطفل. و الشفعه إيجاب حق في مال الصغير بإقرار وليه).

هذا حكم ما إذا كان المنسوب اليه مولياً عليه للمقر (٢)، و ذكر فيه احتمالين:

إحداهما: ثبوت الشفعه، لأن الولي يملك الشراء للطفل فيملك الإقرار فيما يشتره، فيكون الضمير في قوله: (فيه) راجعاً الى ما دل عليه الشراء فإنه يستلزم ملكاً يشترى، و يمكن عوده الى الشراء لأن الشفعه من توابع الشراء فيكون الإقرار بها إقراراً في الشراء، و لا يخلو من تكلف. ثم في هذا التوجيه

ص: ٤٧٨

١ - ١) في «م»: يراسل.

٢ - ٢) في «ق»: للغير.

فإن اعترف بعد إقراره بالملكيه للغائب أو للطفل بالشراء لم تثبت الشفعه. و لو ادعى الحاضر من الشريكين على من فى يده حصه الغائب الشراء من الغائب فصدقه احتمال ثبوت الشفعه، لأنه من إقرار من ذى اليد، نظر، لأنه لو صح هذا لوجب أن يملك الإقرار بالشفعه بعد إقراره بكون الملك للطفل، و سيأتى التصريح بخلافه ان شاء الله تعالى.

و الثانى: العدم، لثبوت الملك للطفل، و الشفعه فيه إيجاب حق فى مال الصغير بإقرار وليه فلا ينفذ، لأنه إقرار على الغير، و فيه نظر، لأننا لا- نسلم انه إقرار على الطفل بل هو إقرار على ما فى يده، فإنه إقرار بالشراء و بكونه للطفل حيث كان ظاهر حال يده يقتضى كونه مالكا، فإما أن يسمع واحد من الأمرين أو يسمعا معا، و الأصح ثبوت الشفعه، و ما ذكره من الاحتمال هنا مع الجزم بالحكم فى الغائب لا وجه له أصلا.

قوله: (فإن اعترف بعد إقراره بالملكيه للغائب، أو للطفل بالشراء لم تثبت الشفعه).

أى: لو اعترف من بيده الشقص على المدعى عليه بالشفعه بالشراء بعد إقراره بكونه مملوكا للغائب أو للطفل، بأن قال عندما ادعى عليه الشريك بالشفعه: هذا ليس ملكا لى بل هو ملك لفلان الغائب أو لمحجورى فلان اشتريته له لم تثبت الشفعه لأن إقراره بالشراء بعد إقراره بالملك للغير إقرار فى حق الغير فلا يسمع، بخلاف ما إذا أقر بالشراء ابتداء، لأن الملك ثبت بذلك الإقرار فيثبت جميعه.

و لا يخفى عليك تعلق الجار فى قوله: (بالملكيه) بالإقرار فى قوله:

(بعد إقراره)، و الباء فى قوله: (بالشراء) بقوله: (اعترف أى اعترف بالشراء) بعد إقراره بالملكيه الى آخره.

قوله: (و لو ادعى الحاضر من الشريكين على من فى يده حصه الغائب الشراء من الغائب فصدقه احتمال ثبوت الشفعه، لأنه من إقرار من ذى

و عدمه، لأنه إقرار على الغير. فإن قَدّم الغائب و أنكر البيع قدم قوله مع اليمين، و انتزع الشقص و طالب بالأجره من شاء منهما، و لا يرجع أحدهما على الآخر. اليد، و عدمه لأنه إقرار على الغير).

يضعّف الأول: بأن إقرار ذى اليد مسموع حيث لا يكون إقرارا على الغير، و ذلك إذا لم يعلم كون الملك للغير، أما إذا علم فهو إقرار على الغير لا محاله، لكن يشكل بشيء: هو أن من بيده مال للغير مصدّق فى دعوى الوكاله بغير خلاف، و يجوز الشراء منه و التصرف تعويلا على قوله. و كذا لو ادعى الشراء من المالك تسمع، فلا تثبت الشفعه بدعواه الشراء مع الحكم بنفوذ و قووى فى التحرير ثبوت الشفعه (1).

و الذى يخطر بالبال انه إن كان المراد بثبوت الشفعه. انتزاع الحاكم الشقص و يسلمه الى المدعى - كما هو المتبادر من ذكر الدعوى - فهو مشكل، و الظاهر العدم، لأن مجرد دعوى الشراء ممن بيده مال الغير لا يقتضى الثبوت شرعا، و ليس المراد بجواز الشراء منه لو ادعى الوكاله: الحكم بالوكاله، و إن كان المراد - جواز أخذ المدعى ذلك بدعوى من بيده المال - الشراء فليس بعيد، كما يجوز له الشراء منه و الاتهاب و نحوهما من التصرفات، ثم يكون الغائب على حجته.

قوله: (فإن قَدّم الغائب و أنكر البيع قدم قوله مع اليمين و انتزع الشقص، و طالب بالأجره من شاء منهما، و لا يرجع أحدهما على الآخر).

لا- ريب أن اجره ما فات من المنافع فى يد مدعى الشراء لا يطالب بها الآخذ بالشفعه، أما ما فات فى يد الآخذ فإنه مخير فى المطالبه به لكل منهما،

ص: ٤٨٠

و لو أنكر المشتري ملكيه الشفيع افتقر إلى البيئه، و فى القضاء له باليد إشكال، فإن رجح على مدعى الشراء لم يرجع على الآخذ بالشفعه، لا- اعترافه بان المنافع حقه و أن المطالبه ظلم. و إن رجح على الآخذ لم يرجع على مدعى الشراء، لأن الآخذ قد صدّقه بدعواه الشراء، و الشفعه على كون الغائب ظالما بالمطالبه بعوض المنافع و المظلوم إنما يطالب ظالمه. نعم لو غرّه من أول الأمر بدعواه الشراء، و لم يصدر منه ما يقتضى تصديقه كان له الرجوع على أصح القولين من أن المغرور يرجع بما اغترم مما حصل له فى مقابله نفع، و فى التحرير قال:

فإن طالب الوكيل رجح على الشفيع التلف المنافع فى يده، و إن طالب الشفيع لم يرجع على أحد (١)، و فيه نظر يعلم مما ذكرناه.

قوله: (و لو أنكر المشتري ملكيه الشفيع افتقر إلى البيئه، و فى القضاء له باليد إشكال) (٢).

أى: لو أنكر المشتري كون مدعى الشفعه شريكا، بأن نفى ملكيته للشقص الآخر افتقر إلى البيئه على دعواه إن لم يكن صاحب يد قطعا، و هل يقتضى له بأيد لو كان صاحب يد؟ فيه إشكال ينشأ: من دلالتها على الملك شرعا و هو سبب ثبوت الشفعه، و من أن دلالتها ضعيفه، لأنها إنما تدل ظاهرا بمعنى انه لا- ينتزع الملك من ذى اليد بمجرد الدعوى، و عدم الاحتياج إلى البيئه من طرفه، فأما له استحقاق انتزاع ملك الغير الذى هو على خلاف الأصل فيتوقف على قاطع، لأن لليد المحتمل حينئذ معارضا و هو حق المشتري.

و يضعف بأن ما نصبه الشارع دليلا- على المالك يقتضى ثبوته فترتب عليه جميع توابع الملك و من جملتها الشفعه، و كون دلالتها على الملك إنما هو ظاهر غير قادح، لأن الأحكام الشرعيه كلها جاريه على الظاهر، و هكذا الحال

ص: ٤٨١

١-١) التحرير ١٥٠: ٢. [١]

٢-٢) هذا القول و الذى بعده مع شرحيهما لم يردا فى نسخه «ق».

فلو قضى له بالنصف الذى ادعاه فى يده مع مدعى الكل باليمين لم تكن له الشفعه لو باع مدعى الكل، إلا بالبينه إن لم نقض باليد. و لو ادعى كل من الشريكين السبق فى الشراء سمع من المدعى أولاً، فإن لم تكن بينه حلفنا المنكر، فإن نكل حلفنا المدعى وقضى له، و لم تسمع دعوى الآخر، لأن خصمه قد استحق ملكه. فى البيئه و غيرها من أسباب الملك. و حق المشتري غير معارض، لأن الشريك متى ثبت ملكه شرعاً كان حقه مقدماً بالنص (١) والإجماع، والأصح القضا بها، و هل يستحق إحلافه؟ الظاهر نعم، أما إذا ادعى كون ما بيده له فظاهر، و أما إذا لم يدع الملك لنفسه و إنما اقتصر على نفيه عنه فلاجرائه مجرى الدعوى.

قوله: (فلو قضى له بالنصف الذى ادعاه فى يده مع مدعى الكل باليمين لم تكن له الشفعه لو باع مدعى الكل إلا بالبينه إن لم نقض باليد).

أى: حيث كان كذلك، فلو قضى لذى اليد بالنصف الذى ادعاه و هو فى يده مع يد مدعى الكل، على أن المجموع فى يدهما باليمين لكونه داخلاً و منكراً لم تكن لمدعى النصف الشفعه فى النصف الآخر إذا أحدث شراءه، إلا بالبينه إن قلنا بأن اليد لا تكفى فى ثبوت استحقاق الشفعه، و قد سبق دليل المسأله و ما هو المختار، و العبارة لا تخلو من شىء.

قوله: (و لو ادعى كل من الشريكين السبق فى الشراء سمع من المدعى أولاً، فإن لم تكن بينه حلفنا المنكر، فإن نكل حلفنا المدعى و قضى له و لم تسمع دعوى الآخر، لأن خصمه قد استحق ملكه).

أى: لو ادعى كل من الشريكين على الآخر السبق فى الشراء، و أنه

ص: ٤٨٢

يستحق الشفعة عليه لم يمكن سماع الدعويين معا لما سيأتى فى القضاء إن شاء الله تعالى، بل إن سبق أحدهما بالدعوى سماع منه، وإن ابتدرا معا: فإما أن يسمع من الذى عن يمين صاحبه، أو يقرع على ما سيأتى إن شاء الله.

فإن كان للمدعى بينه حكم له إن نهضت حجه، وإلا حلفنا المنكر ثم سمعنا دعوى الثانى على الأول: فإن أنكر حلف و سقطت الدعويان، فإن نكل حلف الثانى و قضى له و هذا إذا حلف المنكر فى الدعوى الأولى، فإن نكل ردت اليمين على المدعى الأول، فإذا حلف استحق الشفعة و لم تسمع دعوى الثانى، لأن خصمه قد استحق ملكه، و لأننا لو سمعناها للزم الحكم ببطلان القضاء الأول إن رتبنا على بينه الثانى أو اليمين المردوده ثانيا مقتضاها و إلا لم يكن لهما فائده أصلا، و مثله ما لو أقام المدعى الأول بينه و قضى بها، فإن قلت: ظاهر قوله فيما تقدم: (لو ادعى كل منهما السبق تحالفا) سماع الدعويين معا، و ثبوت اليمين لكل منهما على صاحبه، و هو مناف لما ذكره هنا، و فى التذكرة (١)، و التحرير (٢).

قلت: ليس المراد من قوله: (تحالفا) ذلك، بل المراد سماع الدعوى من أحدهما على حسبما يقتضيه الحال من سبق و غيره، فإذا حلف المدعى عليه سمعت دعواه على المدعى، فإذا أنكر و حلف تحقق تحالفهما، فهذا هو المراد لا التحالف المذكور فى البيع و الجعالة و الإجاره و غيرها، لأن المتنازع فيه هناك شىء واحد و هو الثمن و الأجره، و كل منهما مدعى و مدعى عليه فيه، بخلاف ما هنا فإن المتنازع فيه شفعه أحدهما على الآخر و شفعه الآخر عليه و هما شيئان مستقلان، فلا تكون الدعوى بهما واحده فلا يمكن سماعهما دفعه واحده، بل لا بد من تقديم من يجب تقديمه.

ص: ٤٨٣

١-١) التذكرة ١: ٦٠١. [١]

٢-٢) التحرير ٢: ١٥١. [٢]

و لو اختلف المتبايعان فى الثمن و أوجبا التحالف أخذه الشفيع بما حلف البائع، لا بما حلف المشتري، لأن للبائع فسخ البيع فإذا أخذه بما قال المشتري منع منه، فإن رضى المشتري بأخذه بما قال البائع جاز و ملك الشفيع أخذه بما قال المشتري، فإن عاد المشتري و صدق البائع و قال: كنت غالطا فهل للشفيع أخذه بما حلف عليه؟ الأقرب فإن قلت: قد سبق أنهما إذا أقاما بينتين تساقطا، أو يقرع على اختلاف القولين فكيف سمعت الدعويان و اعتبرت البيتان؟ قلت: المراد فيما سبق: انه إذا ادعى أحدهما، أو كل منهما السابق و سمعنا دعوى واحده منهما، فأقام بينه بالسبق ألام الآخر- و هو المدعى عليه- بينه اخرى بكونه السابق من غير إنشاء دعوى مستأنفه، و قبل صدور الحكم و القضاء بالشفعه للمدعى فإن البيته من المدعى عليه مسموعه هنا، لأن كلا منهما مدعى سلطنه على ملك الآخر، فله أن يدفعها عن نفسه بما يدل على ثبوت سلطنته عليه، كما تسمع بينه المشتري إذا اختلف هو و الشفيع فى الثمن مع أن الشفيع هو المدعى كما حققناه، و كما تسمع بينه البائع إذا اختلف هو و المشتري مع بقاء العين، فإنه على المذهب المختار المدعى هو المشتري و البائع هو منكر، فإذا أقاما بينتين تعارضتا و لا مرجح، بخلاف ما هنا فإن المراد أن المدعى الأول إذا أثبت استحقاق الشفعه على الآخر بالبينه أو اليمين المردوده قضى له، فلا تسمع دعوى الثانى حيث أنها تؤدي الى ما ينافى ما قضى به الحاكم.

قوله: (و لو اختلف المتبايعان فى الثمن و أوجبا التحالف أخذه الشفيع بما حلف البائع، لا بما حلف المشتري، لأن للبائع فسخ البيع، فإذا أخذه بما قال المشتري منع منه، فإن رضى المشتري بأخذه بما قال البائع جاز و ملك الشفيع أخذه بما قال المشتري، فإن عاد المشتري و صدق البائع و قال: كنت غالطا فهل للشفيع أخذه بما حلف عليه؟ الأقرب

ذلك..

ذلك).

لو اختلف المتبايعان في الثمن و قدّمنا قول البائع بيمينه مع بقاء العين و هو الأصح فقد سبق حكمه، و لو قلنا بالتحالف أخذه الشفيع بما حلف عليه البائع، لأن ما حلف عليه المشتري: إما أخذه بالشفعه، فلأنها قد ثبتت بالبيع و استحقتها الشفيع فلا يسقط بما يطرأ من المتبايعين مما يقتضى الفسخ كما بينا غير مره، و إما أخذه بما حلف عليه البائع، فلأن البائع بعد التحالف يفسخ البيع، أو لأنه قد فسّخه على اختلاف النسخه، و ما كان ذلك إلا حذرا من دفع المبيع بما قال المشتري، فلو أخذه الشفيع بما قال المشتري لم يكن ليمين البائع و فسّخه فائده فيمنع منه.

و الضمير في قوله: (منع منه) إن كان الفعل معلوما يعود إلى الأخذ، و إن كان مجهولا يعود إلى البائع، و فيه نظر فإن فائده اليمين و الفسخ يجوز أن تكون دفع استحقاق المشتري أخذ المبيع بما قاله و هو متحقق، ثم إن البائع إنما يحلف على نفي ما يدعيه المشتري و اليمين بنفي شيء لا يكون لإثبات غيره، نعم لو قلنا: إنه يحلف يميننا جامع للنفى و الإثبات أمكن.

و قد صرح المصنف فيما مضى ان الشفيع يأخذ من البائع هنا فيكون الدرّك عليه، مع أن باقى المواضع التي طرأ فيها الفسخ حكموا بأن الأخذ فيها من المشتري و الدرّك عليه، و أوجبوا عليه قيمه الشقص للبائع، و كان حقه أن يكون ها هنا كذلك عملا بما ثبت، و حينئذ فيكون الأخذ بما قاله المشتري، و أى فرق بين هذه، و بين ما إذا ظهر عيب في الثمن المعين ففسخ البائع.

لا يقال: هنا اندفع الثمن الذى ادعاه المشتري بيمين البائع، و الفسخ هنا بحكم الشارع بخلاف ما هناك.

لأننا نقول: اندفع في حق البائع لا مطلقا، و كون الفسخ بحكم الشارع

ص: ٤٨٥

لا تأثير له، على أن فيه خلافاً، فقد قيل: إن البائع يفسخ.

إذا تقرر هذا، فإن رضى المشتري بأخذه بما قاله البائع جاز، قال الشارح: إن هذا قبل تمام التحالف (1)، وهو محتمل، لأنه بعد التحالف يفسخ البيع أو يفسخ فلا بد من بيع آخر، وعلى هذا فيملك الشفيع أخذه بما قال المشتري مؤاخذه له بقوله الذى لم يرجع عنه، فإن عاد المشتري و صدق البائع على أن الثمن هو ما ادعاه، وقال: كنت غالطاً فهل للشفيع أخذه بما قاله أو لا؟ الأقرب ذلك مؤاخذه له بإقراره. و يحتمل بما قاله ثانياً، لدعواه الغلط و هو أمر ممكن، و ليس بشيء، لأن الرجوع عن الإقرار لا يسمع، و قد اعترف بأن دعوى البائع الزيادة ظلم.

و اعلم أن الشارح نزل كلام المصنف على ما إذا لم يكمل التحالف بأن حلف المشتري و لم يحلف البائع، و كأنه تجاوز انفساخ (2) البيع بالتحالف، لأنه حينئذ يأخذ من البائع فيكون بما قال - كما قرره المصنف و الشارح الآخر - أجرى الحكم الذى ذكره المصنف على ما إذا وقع التحالف ثم رجع المشتري الى الأخذ بقول البائع، و هو ممكن إذ لا منافاه بين التحالف و الأخذ من يد المشتري بما قاله المشتري، نعم إن انفسخ البيع لم يبق للمشتري استحقاق الأخذ بالشراء و إن ملك الأخذ ليسلم الى الشفيع و يكون الدرک عليه.

قال: و قول المصنف: (بما حلف عليه) فيه تساهل، لأنه يحلف على نفى ما ادعاه البائع لا على ما يدعيه هو.

قال: و على القول بانتفاء الشفعه مع التحالف و التفساخ.

يرجح بما قال ثانياً، أى: يرجح الأخذ.

ص: ٤٨٦

١ - ١) إيضاح الفوائد ٢٢٩: ٢.

٢ - ٢) فى «م»: يحاذر من انفساخ.

و لو ادعى على أحد وارثى الشفعة العفو فشهد له الآخر لم تقبل فإن عفا و أعاد الشهاده لم تقبل، لأنها ردت للتهمة و لو شهد ابتداء بعد العفو قبلت، و لو ادعى عليهما العفو فحلفا تثبت الشفعة.

و لو نكل أحدهما: فإن صدق الحالف الناكل فى عدم العفو فالشفعة قال: لأن قوله الثانى سبب فى ثبوت الشفعة، و ثبوت الفرع ينافى نفي الأصل (1).

و لقائل أن يقول: قوله الثانى سبب فى ثبوت الشفعة، لكن لا يتعين الأخذ بالثمن الذى رجع اليه، لما قلناه من عدم سماع تكذيبه بإقراره.

و احترز المصنف بقوله: (كنت غالطا) عما لو أكذب نفسه فإنه لا يسمع أصلا، و لما كان القول بالتحالف خلاف المختار سقطت هذه المسائل.

قوله: (و لو ادعى على أحد وارثى الشفعة العفو فشهد له الآخر لم تقبل).

لأن ذلك يجزى نفعاً إليه، لأنه يستحق الأخذ للجميع على تقدير ثبوت العفو.

قوله: (فإن عفا و أعاد الشهاده لم تقبل، لأنها ردت للتهمة).

فيستصحب.

قوله: (و لو شهد ابتداء بعد العفو قبلت).

إذ لا مانع حينئذ، لأنه كالأجنبى.

قوله: (و لو ادعى عليهما بالعفو فحلفا تثبت الشفعة، و لو نكل

ص: ٤٨٧

لهما، و يأخذ الناكل بالتصديق لا بيمين غيره و دركه على المشتري. و إن كذبه أحلف الناكل له، أحدهما فإن صدق الحالف الناكل في عدم العفو فالشفعه لهما).

أى: لو ادعى المشتري على وارثي الشفعه بالعفو فأنكر و حلف تثبت الشفعه، و لو نكل أحدهما و حلف الآخر: فإن صدق الحالف الناكل في أنه لم يعف عنه فالشفعه لهما، لأن الحالف قد استحقها بيمينه فإذا صدقه على عدم العفو كان إقرارا باستحقاقه بعض ما ثبت، فحينئذ يأخذ بإقرار الحالف لا بيمينه، فلا يلزم أن يستحق بيمين غيره، و الى هذا أشار بقوله: (و يأخذ الناكل بالتصديق لا بيمين غيره)، فيكون جوابا عن سؤال مقدر.

قوله: (و دركه على المشتري).

أى: درك ما يأخذه الناكل على المشتري، لترتب يده على يد المشتري و إن كان سببه اعتراف الشريك الآخر. و يحتمل عدمه، لانصرافه عن المشتري بنكوله فلا يرجع الدرک عليه، و يضعف بأنه لا منافاه بين انصراف الاستحقاق عن المشتري بالنكول و ثبوت الدرک بسبب ترتب يده على يده.

قوله: (و إن كذبه أحلف الناكل له).

أى: إن أكذب الحالف الناكل في كونه لم يعف احلف الناكل لهذا الحالف على عدم العفو ليستحق الشفعه، لأن دعواه استحقاقه الأخذ منه غير دعواه استحقاق الأخذ من المشتري.

و القائل أن يقول: هذا إنما يتم على القضاء بالنكول، لأن الشفعه حق ثبت للشريك فلا يسقط بمجرد دعوى العفو على المستحق و نكوله، بل يرد اليمين على المشتري ليحلف على العفو فيسقط استحقاقه الأخذ منه.

و قال المصنف في التذكرة ما يقتضى دفع هذا السؤال: إن المشتري إنما

و لا يكون النكول مسقطاً، لأن ترك اليمين عذر على اشكال، فإن نكل قضى للحالف بالجميع، لم يحلف مع نكول المدعى عليه بالعفو، لأنه إذا حلف استحق الآخر بيمينه الشفعه كلها و لم ينتفع المشتري باليمين (١).

قوله: (و لا يكون النكول مسقطاً، لأن ترك اليمين عذر على اشكال).

ينشأ: من أنه قادر على الأخذ باليمين فإذا ترك فقد أضر مع القدره فتسقط لأنها على الفور، و من ترهيب الشارع من اليمين و ترغيبه فى تركها، و قد ذم الله سبحانه الحلاف فى الكتاب العزيز أشد الذم (٢) فلا يكون تركها تراخياً عن الأخذ مناف للفور، و لأنه قد سبق أن المسقط للشفعه هو كلما ينافى الفور عاده، و ليس هذا منافياً فى العاده، و لأنه لو تمكن مدعى الشفعه من إثباتها بالبينه فترك اليمين الى حين إحضار البينه الحاضره فى البلد الى مجلس الحكم لم يعد تراخياً، و فيه قوه.

قوله: (فإن نكل قضى للحالف بالجميع).

أى: فإن نكل الناكل أولاً عن اليمين لدعوى المشتري قضى للحالف بالجميع، و فيه نظر، بل لا بد من رد اليمين عليه فيحلف انه عفا و يستحق الجميع إلا على القضاء بالنكول، و قد تبه على ذلك فى التذكره حيث قال:

و إن ادعى انه عفا حلف هو مع نكوله و تثبت الشفعه كلها له، ثم قال: فإن عفا هذا الحالف بعد يمينه كان للمشتري أن يحلف مع نكول الآخر، لأنه الآن تسقط الشفعه عنه (٣).

ص: ٤٨٩

١-١) التذكره ٦٠٣: ١. [١]

٢-٢) سوره القلم: ١٠-١٥.

٣-٣) التذكره ٦٠٣: ١. [٢]

و إن شهد أجنبي بعفو أحدهما فإن حلف بعد عفو الآخر بطلت الشفعة، و إلا أخذ الآخر الجميع. و لو شهد البائع بعفو الشفيع بعد قبض الثمن قبلت. قوله: (و إن شهد أجنبي بعفو أحدهما فإن حلف بعد عفو الآخر بطلت الشفعة، و إلا أخذ الآخر الجميع).

أى: إن شهد أجنبي من الشفعة بعفو أحدهما فلا بد مع شهادته من اليمين، فإن حلف المشتري مع شهادته بعد عفو الآخر بطلت الشفعة كلها بالعفو من أحدهما و الشاهد مع اليمين على عفو الآخر و إن لم يعف حتى حلف المشتري استحق الذى لم يعف جميع الشفعة.

و لقائل أن يقول: لا فائده فى يمين المشتري هذه فلا يحلف، لأن الاستحقاق يرجع الى الآخر، و إن لم يكن مانعا لم يمنع هناك فينبغى تحصيل الفرق أو الاعتراف بالمساواة. و فى حواشى شيخنا الشهيد: و تكون فائده يمينه مع الشاهد دفع درك المشهود عليه لو شاركه الحالف.

قلت: يجىء مثله فى صورته النكول بغير فرق.

قوله: (و لو شهد البائع بعفو الشفيع بعد قبض الثمن قبلت).

لانتفاء التهمة، و فى وجه لا تقبل، لأنه ربما توقع العود الى العين لسبب ما ذكره فى التذكرة (١)، و فيه قوة. و لو كانت قبل قبض الثمن لم تقبل قطعاً لأنه يجر الى نفسه نفعاً، و ذلك لأنه إذا أفلس المشتري فإنه يرجع الى المبيع على تقدير عدم أخذ الشفيع إياه، و به على ذلك كله فى التذكرة (٢)، و لا يخفى أن نحو هذا محتمل على التقدير الأول.

ص: ٤٩٠

١-١) التذكرة ١: ٦٠٣. [١]

٢-٢) التذكرة ١: ٦٠٣. [٢]

و لو قال أحد الوارثين للمشتري: شراؤك باطل، و قال الآخر:

صحيح فالشفعة بأجمعها للمعترف بالصححة، و كذا لو قال: إنما اتهمته أو ورثته، و قال الآخر: اشتريته. و لو ادعى المتبايعان غصبيه الثمن المعين لم ينفذ في حق الشفيح، بل في حقهما، و لا يمين عليه إلا أن يدعى عليه العلم. و لو أقر الشفيح و المشتري خاصه لم تثبت الشفعة، و على المشتري رد قيمة الثمن على صاحبه، و يبقى الشقص معه يزعم إنه للبائع و يدعى قوله: (و لو قال أحد الوارثين للمشتري: شراؤك باطل، و قال الآخر: صحيح فالشفعة بأجمعها للمعترف بالصححة و كذا لو قال: إنما اتهمته أو ورثته، و قال الآخر: اشتريته).

لأن الأول قد اعترف بما يتضمن عدم الشفعة فيمضى في حقه.

قوله: (و لو ادعى المتبايعان غصبيه الثمن المعين لم ينفذ في حق الشفيح بل في حقهما).

لأن اعرفهما بصدور البيع يقتضى الشفعة، لأنه محمول على الصحيح فدعواهما ما ينافى الشفعة بعد لا تسمع، بل ينفذ ذلك في حقهما خاصه فيجب دفع ذلك الثمن المعين الى المقر له، و لا- يكون النماء قبل الأخذ بالشفعة للمشتري و يأخذ الشفيح من المشتري و الدرر ك عليه.

قوله: (و لا يمين عليه إلا أن يدعى عليه العلم).

لأن ذلك فعل الغير فيحلف لنفيه.

قوله: (و لو أقر الشفيح و المشتري خاصه لم تثبت الشفعة).

لاعترافه بفساد البيع.

قوله: (و على المشتري رد قيمة الثمن على صاحبه و يبقى الشقص

وجوب رد الثمن و البائع ينكرهما، فيشتري الشقص منه اختيارا و يتبارئان فللشفيع فى الثانى الشفعه. و لو أقر الشفيع و البائع خاصه رد البائع الثمن على المالك، و ليس له مطالبه المشتري و لا معه بزعم إنه للبائع و يدعى وجوب رد الثمن و البائع ينكرهما).

وجهه: أن المشتري حيث اعترف بغصبيه الثمن ضمن قيمته للمقر له إن كان قيميا، و لا يمكن رد عينه لسبق تعلق حقه البائع به فلا يقبل إقراره فيه، و يبقى الشقص فى يده بزعم انه حق البائع، و يدعى عليه أن الثمن المدعى عليه يجب رده على المشتري، لأنه قد دفع الى مالكه بزعمه عوضه فاستحقه:

إما ليدفعه و يسترد ماله لأنه دفعه للحيلولة، أو لكونه عوضا عنه و البائع ينكرهما.

و طريق الخلاص ما أشار إليه بقوله: (فيشتري الشقص منه اختيارا و يتباريان).

و كيفيه البيع إذا خشى البائع لزومه ما يتضمنه لفظ البيع بالإقرار بالملك المقتضى لفساد العقد الأول أن يقول: إن كان هذا ملكى فقد بعتهك إياه بكذا.

و لا يضر التعليق على شرط، لأن هذا الشرط معتبر فى نفس الأمر، إذ لا يمكن صحه البيع بدونه فلا يعد ذلك تعليقا فلا يكون مانعا، ثم يبرئ كل منهما ذمه الآخر مما له عنده، و ينبغى أن يقع التقاص إذا حصلت شرائطه، و لا يضر كون أحد العوضين للمغضوب منه بإقرار المشتري لتعذر الوصول اليه.

قوله: (و للشفيع فى الثانى أخذ الشفعه).

أى: فى البيع الثانى، لاستجماعه للشرائط.

قوله: (و لو أقر الشفيع و البائع خاصه رد البائع الثمن على المالك، و ليس له مطالبه المشتري و لا شفعه)

شفعه. و لو ادعى ملكا على اثنين فصَدَّقه أحدهما فباع حصته على المصدق فإن كان المكذب نفي الملك عنه فلا شفعه، وإن نفي دعواه عن نفسه فله الشفعه. أما رد الثمن على المالك، فلنفوذ إقراره فيه، و أما انه ليس له مطالبه المشتري، فلأن إقراره لا ينفذ عليه. والمراد: انه ليس له مطالبته بالشقص إذ لا- يتوهم المطالبه بالثمن لا- اعترافه بما يقتضى فساد البيع، و أما انه لا- شفعه فظاهر، لا اعتراف الشفيع بفساد البيع.

قوله: (و لو ادعى ملكا على اثنين فصَدَّقه أحدهما فباع حصته على المصدق، فإن كان المكذب نفي الملك عنه فلا شفعه، وإن نفي دعواه عن نفسه فله الشفعه).

أما الحكم الأول فلأنه قد نفي ما لا بد منه في استحقاق المكذب الشفعه و هو كونه مالكا، فإنه إذا لم يكن مالكا لم يكن هناك بيع، و أما إن نفي دعواه عن نفسه فقط و لم يعترض لنفي أصل الملك فإنه يستحق الشفعه لحصول المقتضى لثبوتها، و الله اعلم بالصواب.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

الزمر: ٩

المقدمة:

تأسس مركز القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان بإشراف آية الله الحاج السيد حسن فقيه الإمامي عام ١٤٢٦ الهجرى في المجالات الدينية والثقافية والعلمية معتمداً على النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائيين والمثقفين في الجامعات والحوزات العلمية.

إجراءات المؤسسة:

نظراً لقلّة المراكز القائمية بتوفير المصادر في العلوم الإسلامية وتبعثها في أنحاء البلاد وصعوبة الحصول على مصادرها أحياناً، تهدف مؤسسة القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان إلى التوفير الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلى الباحثين في العلوم الإسلامية وتقديم المؤسسة مجاناً مجموعةً إلكترونيةً من الكتب والمقالات العلمية والدراسات المفيدة وهي منظمة في برامج إلكترونية وجاهزة في مختلف اللغات عرضاً للباحثين والمثقفين والراغبين فيها. وتحاول المؤسسة تقديم الخدمة معتمدةً على النظرة العلمية البحتة البعيدة من التعصبات الشخصية والاجتماعية والسياسية والقومية وعلى أساس خطة تنوى تنظيم الأعمال والمنشورات الصادرة من جميع مراكز الشيعة.

الأهداف:

نشر الثقافة الإسلامية وتعاليم القرآن وآل بيت النبي عليهم السلام
تحفيز الناس خصوصاً الشباب على دراسة أدق في المسائل الدينية
تنزيل البرامج المفيدة في الهواتف والحاسوبات واللابتوب
الخدمة للباحثين والمحققين في الحوزات العلمية والجامعات
توسيع عام لفكرة المطالعة
تهميد الأرضية لتحريض المنشورات والكتّاب على تقديم آثارهم لتنظيمها في ملفات إلكترونية

السياسات:

مراعاة القوانين والعمل حسب المعايير القانونية
إنشاء العلاقات المترابطة مع المراكز المرتبطة
الاجتناب عن الروتين وتكرار المحاولات السابقة
العرض العلمي البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذكر المصادر والمآخذ في نشر المعلومات
من الواضح أن يتحمل المؤلف مسؤولية العمل.

نشاطات المؤسسة:

طبع الكتب والملزمات والدوريات

إقامة المسابقات في مطالعة الكتب

إقامة المعارض الالكترونية: المعارض الثلاثية الأبعاد، أفلام بانوراما في الأمكنة الدينية والسياحية

إنتاج الأفلام الكرتونية والألعاب الكمبيوترية

افتتاح موقع القائمة الانترنتى بعنوان : www.ghaemiyeh.com

إنتاج الأفلام الثقافية وأقراص المحاضرات و...

الإطلاق والدعم العلمى لنظام استلام الأسئلة والاستفسارات الدينية والأخلاقية والاعتقادية والردّ عليها

تصميم الأجهزة الخاصة بالمحاسبة، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ويب كيوسك kiosk، الرسالة القصيرة (sms)

إقامة الدورات التعليمية الالكترونية لعموم الناس

إقامة الدورات الالكترونية لتدريب المعلمين

إنتاج آلاف برامج فى البحث والدراسة وتطبيقها فى أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ويمكن تحميلها على ٨ أنظمة؛

JAVA.١

ANDROID.٢

EPUB.٣

CHM.٤

PDF.٥

HTML.٦

CHM.٧

GHB.٨

إعداد ٤ الأسواق الإلكترونية للكتاب على موقع القائمة ويمكن تحميلها على الأنظمة التالية

ANDROID.١

IOS.٢

WINDOWS PHONE.٣

WINDOWS.٤

وتقدّم مجاناً فى الموقع بثلاث اللغات منها العربية والانجليزية والفارسية

الكلمة الأخيرة

نتقدم بكلمة الشكر والتقدير إلى مكاتب مراجع التقليد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسسات، الكتاب وكل من قدم لنا المساعدة في تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.

عنوان المكتب المركزي

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آباده اى، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلى، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

البريد الإلكتروني : Info@ghbook.ir

هاتف المكتب المركزي ٠٣١٣٤٤٩٠١٢٥

هاتف المكتب فى طهران ٠٢١ - ٨٨٣١٨٧٢٢

قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩ شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.

مركز
للبحوث 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

