



مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

للغفلة



الرأيا
عليكم يا صابغين

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

مَجْلَدُ الْمَقَامَاتِ
وَفِيهِ الْقَوْلُ الْعَدْلُ

تأليف

الشيخ العلامة

الشيخ العلامة

الشيخ العلامة

لِلْمَدِينَةِ

تأليف

الشيخ العلامة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

جامع المقاصد فى شرح القواعد

كاتب:

على بن حسين بن عبدالعالى محقق كركى

نشرت فى الطباعة:

موسسه آل البيت (عليهم السلام) لاحياء التراث

رقمى الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

٥	الفهرس
١٠	جامع المقاصد فى شرح القواعد المجلد ٨
١٠	اشاره
١١	اشاره
١٧	تتمه كتاب الإجاره
١٧	اشاره
١٧	المقصد الرابع:فى الشركه
١٧	اشاره
١٧	الأول:الماهييه
١٧	اشاره
٢٠	و أقسامها أربعه
٢٠	اشاره
٢٠	شركه العنان
٢١	و شركه الأبدان
٢١	و شركه المفاوضه
٢٢	و شركه الوجوه
٢٣	و أركانها ثلاثه
٢٣	اشاره
٢٣	العاقدان
٢٤	و الصيغه
٢٤	و المال
٣١	الفصل الثانى:الأحكام
٣١	اشاره
٥١	فروع

٥١	اشاره
٥١	أ-لو دفع إلى آخر دابته ليحمل عليها و الحاصل لهما فالشركه باطله
٥٥	ب:لو دفع دابه إلى سقاه،و آخر روايه على الشركه فى الحاصل لم تنعقد
٥٩	ج:لو صاد،أو احتطب،أو احتش،أو أحاز بنيه أنه له و لغيره لم تؤثر تلك النيه
٦٣	المقصد الخامس:فى القراض
٦٣	اشاره
٦٣	الأول:فى أركانه
٦٣	اشاره
٦٣	الأول:العقد
٦٧	الثانى:المتعاقدان
٧٦	الثالث:رأس المال
٧٦	اشاره
٧٦	الأول:أن يكون نقدا
٧٧	الثانى:أن يكون معينا
٨١	الثالث:أن يكون معلوما
٨٢	الرابع:أن يكون مسلما فى يد العامل
٨٤	الرابع:العمل
٨٨	الخامس:الربح
٨٨	اشاره
٨٨	الأول:أن يكون مخصوصا بالمتعاقدين
٨٩	الثانى:أن يكون مشتركا
٩٠	الثالث:أن يكون معلوما
٩٣	الرابع:أن يكون مقدرا بالجزئيه
٩٥	الفصل الثانى:فى الأحكام
٩٥	اشاره
٩٥	الأول:العامل كالوكيل فى تنفيذ تصرفه بالغبطه

١١٩	المطلب الثاني: ليس للعامل أن يسافر إلا بإذن المالك
١٢٥	المطلب الثالث: ليس للعامل وطء أمه القراض و إن ظهر الربح
١٣٢	المطلب الرابع: العامل يملك الحصه من الربح بالشرط دون الأجره
١٥٨	الفصل الثالث: في التفاسخ و التنازع
١٨٧	المقصد السادس: في الوكالة
١٨٧	اشاره
١٨٧	الأول: في أركانها
١٨٧	اشاره
١٨٧	الأول: العقد
١٩٣	الثاني: الموكل
٢٠٥	الثالث: الوكيل
٢١٧	الركن الرابع: متعلق الوكالة
٢١٧	اشاره
٢١٧	الأول: إن يكون مملوكا للموكل
٢٢٠	الثاني: أن يكون قابلا للنيابه
٢٣٠	الثالث: أن يكون معلوما نوعا ما من العلم لينتفى عظم الغرر
٢٣٧	الفصل الثاني: في أحكامها
٢٣٧	اشاره
٢٣٧	الأول: في مقتضيات التوكيل
٢٤٧	الثاني: في تنصيب الموكل
٢٦٠	المطلب الثالث: في حكم المخالفه
٢٧١	المطلب الرابع: في الضمان
٢٨٣	المطلب الخامس: في الفسخ
٢٩٥	الفصل الثالث: في النزاع
٢٩٥	اشاره
٢٩٥	الأول: فيما تثبت به الوكالة

٣٠٢	البحث الثاني: في صور النزاع
٣٠٢	اشاره
٣٠٢	أ: لو اختلفا في أصل الوكالة
٣١٢	ب: أن يختلفا في صفة التوكيل
٣٢٣	ج: أن يختلفا في التصرف
٣٢٤	د: أن يختلفا في الرد
٣٢٨	ه: أن يختلفا في التلف
٣٣٠	و: أن يختلفا في التفريط أو التعدي
٣٣١	المقصد السابع: في السبق و الرمي
٣٣١	اشاره
٣٣١	الأول: في السبق
٣٣١	اشاره
٣٣١	مقدمه
٣٣٤	المطلب الأول: في الشروط
٣٣٤	اشاره
٣٣٤	أ: العقد
٣٣٤	ب: ما يسابق عليه
٣٣٨	ج: تقدير المسافه ابتداء و انتهاء
٣٣٩	د: تقدير الخطر
٣٤٠	ه: تعيين ما يسابق عليه بالمشاهده
٣٤١	و: تساوى ما به السباق في احتمال السبق
٣٤١	ز: تساوى الدابتين في الجنس
٣٤٢	ح: إرسال الدابتين دفعه
٣٤٢	ط: جعل العوض للسابق منهما أو منهما و من المحلل
٣٤٥	المطلب الثاني: في الأحكام
٣٥٧	الباب الثاني: في الرمي

- ٣٥٧ اشاره
- ٣٥٧ مقّمه
- ٣٦١ الأول:فى الشروط
- ٣٦١ اشاره
- ٣٦١ أ:العقد
- ٣٦٢ ب:العلم بعدد الرشق
- ٣٦٢ ج:العلم بعدد الإصابه
- ٣٦٢ د:العلم بصفتها
- ٣٦٤ ه:تساويهما فى عدد الرشق و الإصابه و صفتها و سائر أحوال الرمى
- ٣٦٤ و:العلم بقدر الغرض
- ٣٦٤ ز:معرفة المسافه
- ٣٦٤ ح:تعيين الخطر
- ٣٦٤ ط:جعله للسابق
- ٣٦٦ ي:تماثل جنس الآله لا شخصها
- ٣٦٧ يا:تعيين الرماه
- ٣٦٩ يب:إمكان الإصابه المشروطه لا امتناعها
- ٣٧٣ المطلب الثانى:فى الأحكام
- ٣٧٣ اشاره
- ٣٧٣ أقسام المناضله ثلاثه
- ٣٧٣ المباره
- ٣٧٥ و المفاضله
- ٣٧٦ و المحاطه
- ٣٩٢ تعريف مركز

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

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 ، ١٤١١ق . = ١٩٩١م . = ١٣٧٠.

مشخصات ظاهري: ١٤ج.

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 - ٧٢٦ق . . قواعد الاحكام في معرفه الحلال و الحرام -- نقد و تفسير

موضوع: فقه -- قواعد

موضوع: فقه جعفرى -- قرن ٨ق .

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

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

رده بندي كنگره: BP182/3 /عق ٢١٧ ٩٠ 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 قراردادى: قواعد الاحكام فى معرفه الحلال و الحرام . شرح

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

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

مشخصات ظاهرى: ۱۴ ج .

يادداشت: كتاب حاضر شرحى بر كتاب " قواعد الاحكام فى معرفه الحلال والحرام تالیف حسن بن يوسف علامه حلى " است .

يادداشت: کتابنامه .

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

موضوع: علامه حلى ، حسن بن يوسف ، ۶۴۸ - ۷۲۶ ق . قواعد الاحكام فى معرفه الحلال و الحرام -- نقد و تفسير

موضوع: فقه -- قواعد

موضوع: فقه جعفرى -- 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

تمه كتاب الإجاره

المقصد الرابع: في الشركه

المقصد الرابع: في الشركه، وفيه فصلان:

الأول: الماهيه

الأول: الماهيه، وهي اجتماع حقوق الملاك في الشيء الواحد على سبيل الشيع، قوله: (المقصد الرابع: في الشركه: وفيه فصلان: الأول:

الماهيه، وهي اجتماع حقوق الملاك في الشيء الواحد على سبيل الشيع).

الشركه، بكسر الشين وإسكان الراء، وفتحها وكسر الراء: هي ما ذكره المصنف، ولا ريب أن المراد بالواحد: هو الواحد بالشخص، فإن ذلك هو المتبادر للإفهام، لا الواحد بالجنس ولا النوع ولا الصنف.

فلا يكون ذكر الشيع لإخراج اجتماع الحقوق في الجنس مثلا- مع اختصاص كل بفرد، بل لإخراج اجتماع الحقوق في الشيء الواحد بالشخص على البدل، كاجتماع حقوق أرباب الزكاه والخمس، والمجتمعين على معدن أو مباح، ونحو ذلك يتعذر فيه الاجتماع فإن ذلك اجتماع لكن لا على سبيل الشيع.

كذا في حواشي شيخنا الشهيد، قال: فإن قيل تخرج هذه بقوله:

(الملاك)، قلنا: الملك المراد به الاستحقاق، حذرا من المجاز والاشتراك وهو حاصل في الكل.

و فيما قاله نظر، لأن موضوع لفظ الملك أخص من موضوع لفظ الاستحقاق مطلقا، لثبوت ذلك في كلامهم، ولا مجاز ولا اشتراك، فيكون اجتماع الحقوق المذكوره خارجا بقوله: (الملاك)، بل الصواب أن يقال:

إن قيد (الشيع) لإخراج اجتماع حقوق الملاك في الشيء الواحد لا كذلك، كما لو كان خشب البيت لمالك، وباقي آلات بنائه لآخر، وأرضه لثالث فإنه

لا شركة هنا مع الاجتماع إذ لا شياع.

و المراد ب(المالـك): ما زاد على واحد، كما هو واقع في معظم التعريفات. و في التعريف نظر، لانتقاضه بالشركة في القصاص، و حد القذف، و الخيار، و الرهن، و الشفعة، و نحو ذلك، فإنه ليس هناك ملك حقيقي فلا مالـك حقيقة. و قد صرحوا بأن هذا أحد أقسام الشركة الثلاثة.

و لا يخفى أن هذا التعريف لا يشمل بقيه أقسام الشركة كشركة الأبدان، و الوجوه. و لا حرج لأن المعرف هو الشركة الصحيحه عندنا.

لكن بقي هنا شيء، و هو: أن قوله فيما بعد: (و أركانها ثلاثة:

المتعاقدان،) الظاهر أن الضمير يعود إلى الشركة التي تقدم تعريفها، و ركن الشيء معتبر في جميع أفرادها لا- محاله. مع أن التعريف الذي ذكره يتناول اجتماع المالكين كذلك بغير عقد و بغير اختيار و لا قصد، فإن كان غرضه البحث عن الشركة التي يجوز معها التصرف فحقه أن يعرف هذا القسم، و إن كان غرضه البحث عن أحكام مطلق الشركة فعليه أن يقيّد قوله:

(و أركانها).

فإن قيل: ما المعنى الحقيقي للشركة؟ قلنا يحتمل أن يكون لها معنيان، فيكون اللفظ مشتركاً بينهما: أحدهما أعم، و هو الذي عرفه في أول الباب.

و الآخر أخص، و هو الذي أراده بقوله: (و أركانها).

و يحتمل أن يكون الأول حقيقة لغوية مجازاً شرعياً، إلا- أن التعريف في كلام الفقهاء للأول ليس لفظياً على قانون اللغة بل هو صناعي، فظهر أنه معنى شرعي. و لهذا يطلقون الشركة و يريدون هذا، و يرتبون عليه عدة أحكام.

و المحل إما عين، أو منفعه، أو حق. و سبب الشركة قد يكون إرثاً، أو عقداً، أو مزجاً، أو حيازه بأن يقلعا شجره، أو يغرفا ماء دفعه بآنيه.

و كيف كان فالمقصود الأصلي للفقهاء هو الثاني، فإن باعتباره تنتظم الشركة في قسم العقود، و يرتبط البحث عنها بالبحث عما قبلها و ما بعدها، و تجرى عليها أحكام الفساد و الصحة، فكان حقه أن يعرفها في أول الباب بهذا المعنى، لتكون الأبواب على وتيره واحده.

و الأحسن ما يقال في تعريفها: أنها عقد ثمرته جواز تصرف الملاك للشيء الواحد على سبيل الشيع، و لا يدخل فيه المستحقون للإرث و نحوهم.

قوله: (و المحل إما عين، أو منفعه، أو حق).

هذه أقسام متعلق الشركة، و هو ظاهر. و الاشتراك في المنفعة بالإجاره، و الحبس، و الإرث، و نحو ذلك.

قال المصنف في التحرير: و الوقف (١)، و هو غير ظاهر، لأنه إن كان على معين فالاشتراك في الأصل، أو غيرهم فلا اشتراك. و أراد بالحق ما سوى العين و المنفعة كالقصاص.

قوله: (و سبب الشركة قد يكون إرثاً، أو عقداً، أو مزجاً).

الإرث يجرى في الأقسام الثلاثة، و كذا العقد كما في الخيار، و أما المزج فلا يكون إلا في الأعيان.

قوله: (أو حيازه).

من الحيازه أن يشتركا في نصب حياله الصيد، أو رمى السهم المثبت

ص: ٩

و أقسامها أربعة:

شركة العنان

شركة العنان: و هي شركة الأموال. له و لو مجازا.

قوله: (و أقسامها أربعة).

أى: أقسام الشركة فى الجملة لا الشركة التى سبق تعريفها، و لا محذور فى ذلك، لأن التقسيم يتوسع فيه بخلاف التعريف إذ هو للتبيين.

و قد سبق مثل ذلك فى الطهارة، حيث ذكر فى تقسيمها مالا يقع عليه اسم الطهارة حقيقه، و لا ينطبق عليه تعريفها.

قوله: (شركة العنان: و هي شركة الأموال).

العنان ككتاب: سير اللجام الذى تمسك به الدابة قال المصنف فى التذكرة: فأما شركة العنان فإن يخرج كل مالا و يمزجاء، و يشترط العمل فيه بأبدانهما (١).

و قد اختلف فيما أخذت منه هذه اللفظة: ف قيل من عنان الدابة، إما لاستواء الشريكين فى ولايه الفسخ و التصرف، و استحقاق الربح على قدر رأس المال كاستواء طرفى العنان، أو كاستواء الفارسين إذا سؤيا بين فرسيهما فى السير، أو لأن كل واحد منهما يمنع الآخر من التصرف كما يشتهى كمنع العنان الدابة.

و إما لأن الأخذ بعنان الدابة حبس إحدى يديه على العنان، و يده الأخرى مطلقه يستعملها كيف شاء. و كذلك الشريك منع بالشركة نفسه من التصرف فى المشترك كما يريد، و هو مطلق اليد بالنظر إلى سائر أمواله.

و قيل: من عنّ إذا ظهر، إما لأنه ظهر لكل منهما مال صاحبه، أو لأنها

و شركة الأبدان: بأن يشترك اثنان فصاعدا فيما يكتسبونه بأيديهم، تساوت الصنعه أو اختلفت.

و شركة المفاوضه

و شركة المفاوضه: و هي أن يشتركا فيما يتساويان من مال، و يلتزمان من غرم بغصب أو بيع فاسد. أظهر أنواع الشركه، و لذلك أجمع على صحتها (١).

و قيل: من المعانه، و هي المعارضه، فإن كل واحد منهما عارض بما أخرجه من ماله ما أخرجه الآخر (٢).

إذا عرفت ذلك فاعلم أن ما عرّف به المصنف هنا شركة العنان تعريف بالأعم، و التعريف الصحيح هو ما ذكره في التذكرة (٣)، لانطباق الأحكام عليه مثل قوله: (و أركانها ثلاثه) و غير ذلك.

قوله: (و شركة المفاوضه، و هي أن يتشاركا فيما يتساويان من مال، و يلتزمان من غرم بغصب أو بيع فاسد).

شركة المفاوضه: هي عباره عن أن يشترك الشخصان ليكون بينهما ما يكتسبان و يربحان، و يلتزمان من غرم، و ما يحصل لهما من غنم. فيلزم كل واحد منهما ما يلزم الآخر من أرش جنايه، و ضمان غصب، و قيمه متلف، و غرامه لضمان، أو كفاله. و يقاسمه فيما يحصل له من ميراث، أو يجده من ركاز أو لقطه، أو يكتسبه في تجارته بماله المختص به.

إذا عرفت ذلك، فقول المصنف: (فيما يتساويان من مال) لا موقع (٤) للتساوى هنا بل هو مفسد للمعنى، فإن مقتضى هذه الشركه الاشتراك في كل

ص: ١١

١-١) المصدر السابق.

٢-٢) التذكرة ٢: ٢١٩. [١]

٣-٣) التذكرة ٢: ٢٢١.

٤-٤) في «٥»: موضع.

و شركة الوجوه: و هي أن يبيع الوجيه مال الخامل بزيادة ربح ليكون له بعضه، ما يحصل لكل منهما من غنم أو غرم. أما اشتراكهما فيما يتساويان فليس بجيد، و لو قال بدله: فيما يكتسبان سلم من هذا.

ثم قوله: (و يلتزمان من غرم بغصب، أو بيع فاسد) ظاهره قصر الاشتراك في الغرم على هذين النوعين، و ليس كذلك، إذ لا يستثنى من الاشتراك في هذا النوع من الشركة عند القائل به مما يملكه أحدهما إلا قوت يومه، و ثياب بدنه، و جاريتة يتسرى بها، فإنه لا يشاركه الآخر فيها. و إلا الجنايه على الحر، و بذل الخلع و الصداق إذا لزم أحدهما فإنه لا يؤاخذ به الآخر، فظهر أن العبارة لا تخلو من قصور.

قوله: (و شركة الوجوه: و هي أن يبيع الوجيه مال الخامل بزيادة ربح ليكون له بعضه).

قال المصنف في التذكرة: شركة الوجوه فسرت بمعان أشهرها: أن يشترك اثنان و جيهان عند الناس لا مال لهما لبيتاعا في الذمه إلى أجل، على أن ما يبتاعه كل واحد منهما يكون بينهما، ثم يبيع كل منهما ما اشتراه و يؤدي منه الثمن، فما فضل فهو بينهما.

و قيل: أن يبتاع وجيه في الذمه و يفوض بيعه إلى خامل، و يشترط أن يكون الربح بينهما.

و قيل: أن يشترك وجيه لا مال له و حامل ذو مال، ليكون العمل من الوجيه و المال من الخامل و هو في يده لا يسلمه إلى الوجيه و يكون الربح بينهما.

و قيل: أن يبيع الوجيه إلى آخره (١)، و هو ما ذكره المصنف. فظهر أن

و الكل باطل سوى الأول.

و أركانها ثلاثة

إشارة

و أركانها ثلاثة:

العاقدان

العاقدان، و يشترط فيهما أهلية التوكيل و التوكل.

ما توهمه العبارة من الحصر غير جيد، و لو أنه اقتصر على المعنى المشار لم يخل من وجه.

قوله: (و الكل باطل سوى الأول).

أى: سوى شركة العنان و ذلك باتفاقنا، و به قال أكثر العامة (١)، و قول ابن الجنيدي هنا بجواز شركة الوجوه و شركة الأعمال شاذ (٢)، قد لحقه الإجماع فلا يعتد به.

و المراد ببطلانها: عدم ترتب أثرها عليه، أما شركة الأبدان، فلأنهما إن عملا كان لكل منهما أجره عمله إن تميز، قليله كانت أو كثيرة. و مع الاشتباه فسيأتي إن الأصح الصلح، و إن كان مع ذلك فيه معنى شركة العنان لامتراج المالكين. و إن عمل أحدهما فلا شيء للآخر في أجره عمله.

و أما شركة المفاوضة، فلأن كل ما انفرد به أحد الشريكين من تجدد مال، أو ثبوت غرم فهو مختص به. و لو كان في مال أحدهما المتجدد من جنسه مال للآخر فسدت شركة المفاوضة، و انقلبت إلى شركة العنان.

و أما شركة الوجوه، فإن أحدهما إذا اشترى من دون توكيل الآخر له، أو مع قصد اختصاصه بالشراء فلا حق للآخر في الربح، و إن وكله فاشترى لهما فقد تحققت شركة العنان.

قوله: (و أركانها ثلاثة: العاقدان، و يشترط فيهما أهلية التوكيل

ص: ١٣

١- ١) المجموع ١٤: ٦٨، و المغنى لابن قدامة ٥: ١٢٢

٢- ٢) نقله عنه العلامة في المختلف: ٤٧٩.

و الصيغه: و هي ما يدل على الإذن في التصرف، و يكفي قولهما: اشتركتنا.

و المال: و هو كل ما يرتفع الامتياز مع مزجه، سواء كان أثمانا أو عروضاً أو فلوساً. و التوكل. و الصيغه: و هو ما يدل على الاذن في التصرف، و يكفي قولهما: اشتركتنا. و المال: و هو كل ما يرتفع الامتياز به مع مزجه سواء كان أثماناً، أو عروضاً، أو فلوساً).

السياق يقتضى عود الضمير في قوله: (و أركانها) إلى ما سماه (شركه العنان) في الأقسام الأربعة، و هو الذى ينطبق عليه تعريف الشركه في صدر الباب، مع أن هذا القسم لا- يتوقف تحقيقه على الأركان المذكوره. إذ لو خلط الشخصان مالهما من غير صيغه، بحيث لا يتميزان تحقق هذا المعنى، بل لو اختلط المالان من غير قصد، أو كانا لصبيين أو مجنونين تحقق ذلك، فلا تكون هذه أركاناً للشركه بهذا المعنى.

و تنقيح الباب: أن المقصود الأصل بالشركه هو التجاره و الاستنماء، و الأخبار شاهده بذلك، مثل قول أمير المؤمنين عليه السلام: «شاركوا من أقبل عليه الرزق فإنه أجلب للرزق» (١)، و غيره (٢).

فالأركان المذكوره للشركه، المنظور فيها إلى المقصود السابق، و هي الدائره على ألسنه الفقهاء، و يدخلون البحث عنها في جملته البحث عن العقود، و يجعلونها من أقسامها، و يحكمون بتوارد الصحه و البطلان عليها.

و لولا- ذلك لم يصح شيء من ذلك، إذ امتزاج المالين ليس من العقود في شيء. و لا يتصور وقوعه إلا على وجه واحد، فلا يتصور فيه الصحه

١- ١) نهج البلاغه ٥٠٩ حديث ٢٣٠. [١]

٢- ٢) سنن البيهقي ٧٨: ٦-٧٩، سنن ابى داود ٣: ٢٥٦ حديث ٣٣٨٣.

.....
و البطلان.

و لما لم يلحظ الشارح الفاضل ولد المصنف (١)، و شيخنا الشهيد هذا المعنى ارتكبا المجاز في قول المصنف فيما بعد.

و قيل: تبطل، إلا أن تشترط الزيادة للعامل، حيث نزل بطلان الشركة على إرادته بطلان الاذن، و هو بعيد عن التحقيق و عن مقصود الباب.

نعم كان الواجب على المصنف تعريف الشركة-التي هي المقصود الأصلي للفقهاء، و تعد من جملة العقود- ليتبادر إلى الفهم ترتب هذه الأحكام عليها، و يرتبط الكلام ببعضه ببعض. و إذا ذكر بعد ذلك ما يقع عليه اسم الشركة بقول مطلق، و بين أحكامه لم يكن فيه حرج و لا إشكال.

إذا عرفت ذلك فاعلم أنه يشترط في المشتركين أهلية التوكيل و التوكل، لأن الفرض كون كل واحد منهما متصرفا في جميع المال بحق الملك فيما يخصه، و بالإذن فيما يخص شريكه فهو و كليل له. و لا بد من صيغته، لأن الأصل عصمه الأموال على أربابها، فلا يصح التصرف فيها إلا بإذنهم.

و إنما يعلم الإذن باللفظ الدال عليه، لأن الأفعال لا دلالة لها، فإن أذن كل منهما لصاحبه صريحا فلا بحث في الصحة. و لو قال كل منهما:

اشتركتنا و اقتصر عليه، مع قصدهما الشركة بذلك ففيه وجهان:

أحدهما: الاكتفاء به في جواز التصرف، و اختاره المصنف هنا، و قرّبه في التذكرة (٢)، و هو ظاهر اختياره في التحرير حيث قال: و يكفي في الصيغته ما يدل على الرضا بالمزج (٣)، لفهم المقصود منه عرفا.

ص: ١٥

١- (١) إيضاح الفوائد ٣٠١: ٢.

٢- (٢) التذكرة ٢٢١: ٢. [١]

٣- (٣) التحرير ٢٧٢: ١. [٢]

و الثاني: لا-لقصور اللفظ عن الإذن، إذ لا يلزم من حصول الشركه جواز التصرف، فإنهما لو ورثا مالا أو اشترياها صفقه واحده تحققت الشركه مع عدم جواز التصرف. و الأول أقوى، لأن المقصود الأصلي من الشركه هو الاستنماء و الاسترباح، و لا يكون ذلك إلا بالتصرف، خصوصا ما لا ينمو بنفسه.

و أما الإرث و الشراء فليس بقادح في تخلف الحكم فيهما، لأن البحث في الشركه الاختياريه التي يتحقق القصد فيها إلى مزج المالين، لأن المزج لا يكون باللفظ فتعين أن يكون معناه مزج المالين، و لأن: اشترطنا حيث كان إنشاء امتنع أن يكون معناه جواز التصرف، و إلا لم يكن له معنى أصلا.

و هل يكفي أن يقول أحدهما: اشترطنا، فيقول الآخر: قبلت، أو نعم؟ لم أجد بذلك تصريحاً، و ينبغي أن يكون (قبلت) غير كاف، لأنه وكيل و موكل فلا يكفي ذلك في الإيجاب. أما (نعم) فيحتمل من حيث أن كلمه الجواب تحذف بعدها الجملة.

نعم كل ما دل على التوكيل و التوكل مع المزج فهو كاف قطعاً، و لا- بد من مال من الجانبين. و يشترط فيه اتحاد الجنس و الوصف، بحيث لو مزج ارتفاع الامتياز. و لا بد من المزج، فلا تنعقد الشركه بدونه.

و لا يشترط تقدمه عندنا، و لا كونه في مجلس العقد، بل و لا يشترط اللفظ منهما معا في مجلس واحد، خلافا لبعض العامه (1). و لا- فرق في المال بين أن يكون أثماناً أو عروضاً أو فلوساً، و لا بين كونه مثلياً أو قيمياً عندنا، و منع جمع من العامه وقوع الشركه في بعض ذلك (2).

ص: ١٤

١- ١) المجموع ١٤: ٦٩.

٢- ٢) المجموع ١٤: ٦٥، المغني لابن قدامه ١٢٦، ١٢٤: ٥: مسأله ٣٦٣٠، ٣٦٢٨.

فلا يكفي مزج الصحيح بالقراضه، ولا السمسسم بالكتان، ولا عند اختلاف السكه. و تحصل الشركه بالمزج، سواء كان اختيارا أو اتفاقا. و المختلف إنما تتحقق فيه الشركه بالعقد الناقل، كأن يبيع أحدهما حصه مما فى يده بحصه ما فى يد الآخر.

قوله: (فلا يكفي مزج الصحيح بالقراضه، ولا السمسسم بالكتان، ولا عند اختلاف السكه).

القراضه، بالضم: ما سقط بالقرض، المراد بها هنا: خلاف المسكوك من النقدين، و ما جرى مجراهما.

و المراد بالكتان بزره، و إنما لم يكف ذلك فى انعقاد الشركه لفقد بعض أركان العقد، و هو المزج الرافع للامتياز.

قوله: (و تحصل الشركه بالمزج، سواء كان اختيارا أو اتفاقا).

أى: لا يشترط لصحه الشركه المزج بالاختيار، فلو امتزج المالان اتفاقا، أو بفعل أجنبى، أو ورثا معا مالا فعقد الشركه بينهما صح.

قوله: (و المختلف إنما تتحقق فيه الشركه بالعقد الناقل).

بأن يبيع أحدهما حصه مما فى يده بحصه مما فى يد الآخر، ليتحقق المزج الرافع للاشتراك، و مثل البيع الهبه و سائر العقود الناقله.

و لا- يتعين لذلك بيع الحصه من أحدهما بالحصه من الآخر، بل لو باع الحصه من أحدهما بثمان و اشترى الحصه من الآخر به صح. فلو قال: كأن يبيع إلى آخره لكان أولى، و لا يخفى أن تحقق الشركه بالعقد الناقل إنما يكون مع عقد الشركه بينهما كما حققناه.

و لو باعا بثمان واحد، أو عملا بأجره واحده تثبت الشركه، سواء تساوت القيمتان أو اختلفتا، و لكل منهما بقدر النسبه من قيمه. و إذا تميّز عمل الصانع من صاحبه اختص بأجرته، و مع الاشتباه يحتمل التساوى و الصلح. قوله: (و لو باعا بثمان واحد، أو عملا بأجره واحده تثبت الشركه، سواء تساوت القيمتان أو اختلفتا، و لكل منهما بقدر النسبه من قيمه).

إذا كان لكل من الشخصين ملك بانفراده فباعاهما، أو أحدهما عن نفسه، و بوكاله الآخر صفقه واحده بثمان واحد، أو كانا أجيرين فعملا بأجره واحده صفقه واحده صح ذلك عندنا، و لا يضر جهاله كل منهما بقدر حصته حال العقد، لأن العلم بمجموع الثمن شرط و قد حصل، أما حال الأجزاء فلا. و حينئذ فتثبت الشركه بينهما، سواء تساوت القيمتان أو اختلفتا، لتحقق المزج المعبر.

و المراد: تحقق الشركه بالمعنى الأعم، أو تحقق بعض أركانها.

و طريق معرفه حق كل منهما من مجموع الثمن و الأجره نسبه قيمه مال أحدهما أو عمله إلى مجموع القيمتين، و أخذ بتلك النسبه من الثمن و الأجره.

قوله: (و إذا تميّز عمل الصانع عن صاحبه اختص بأجرته، و مع الاشتباه يحتمل التساوى و الصلح).

أما الاختصاص بأجره عمله مع التميّز فظاهر، و أما وجه احتمال التساوى فى الاشتباه اجتماع الأجرتين معا فى ذلك الحاصل، لأنه الفرض، و الحاصل عدم زياده أحدهما على الآخر، و لأن الأصل مع الاشتراك التساوى.

و يضعّف بأن الأصل المذكور لا تحقق له، فإن زياده مال شخص على آخر و نقصانه عنه، أو مساواته له ليس أصلا، إذ لا رجحان لأحدهما على

و لا- بد و أن يكون رأس المال معلوما جنسا و قدرا معينا، فلا تصح في المجهول، و لا الجزاف، و لا الغائب، و لا الدين. غيره، لا بحسب العاده و لا بحسب نفس الأمر.

و هذا إنما يتحقق في مثل ما إذا اشتركا في السبب المملك، كما لو أقر لهما مقر بملكه شيء، أو أوصى لهما، أو وقف عليهما فإن السبب المملك لهما هو الإقرار، و الوصيه، و الوقف، و نسبتها إليه على حد سواء. و لأن فضل أحدهما على الآخر يتوقف على زياده في الوصيه و الوقف، و الأصل عدمها.

و كذا الإقرار، بخلاف ما نحن فيه، فإن العمل الصادر من أحدهما المقتضى لملكه الأجره غير الصادر من الآخر، و استوائهما و تفاوتهما محتملان على حد سواء. و أما وجه احتمال التوقف على الصلح، فلأنه طريق البراءه، و هو الأصح. و كذا القول في كل مالين امتزجا، و جهل قدر كل منهما.

قوله: (و لا بدّ و أن يكون رأس المال معلوما جنسا و قدرا معينا، فلا تصح في المجهول، و لا الجزاف، و لا الغائب، و لا الدين).

أى: لا بد لصحه الشركه من كون رأس المال لكل من الشريكين معلوم الجنس و القدر، فلا تصح الشركه فيما إذا كان المال الممزوج مجهول الجنس، كما إذا لم يعلم أنه ذهب أو فضه، و نحو ذلك. و كذا لا- تصح إذا كان مجهول القدر، كما إذا مزجا المالين جزافا.

و يشترط أن يكون معينا أيضا، فلا- يكفي العلم بالجنس و القدر من دون التعيين بذكر الأوصاف الرافعه للجهاله إن لم يكن مشاهدا، فلو تعاقدوا الشركه على المال الغائب غير الموصوف لم تصح، و كذا الدين. و إنما اشترط ذلك، لأن الآذن لا يدري في أى شيء آذن، و المأذون لا يدري ما ذا يستفيد بالآذن.

و لا يشترط التساوى قدرا، و يشترط امتزاجهما. و يحتمل عدم اشتراط ذلك، لأن الشركة ليست من عقود المعاوضات، و إنما هي فى معنى التوكيل، فلا تقدر فى صحتها الجهالة.

و قيد ذلك فى التذكرة بما إذا أمكن معرفته من بعد (١)، و لا أجد لاشتراط ذلك وجهاً، فإنه إذا كان بين اثنين مال مشترك، و كل واحد منهما جاهل بقدر حصته لا- مانع من أن يأذن كل واحد منهما لصاحبه فى التصرف فى جميع المال، لأن الحق لا يعدو هما، و قد تراضيا على ذلك، و يكون حال الربح كحال الأصل.

و إطلاق كلام المصنف فى التحرير يقرب مما ذكرناه، فإنه قال: لا يشترط تساوى المالىن قدرا، و لا العلم بالمقدار حاله العقد. و منع صحة الشركة فى الدين لا وجه له، لقبوله تعلق الوكاله به، و كون أحد المالىن غير متميز عن الآخر (٢).

إذا عرفت ذلك فاعلم أن فى العبارة من التعسف مالا- يخفى، فإن المجهول مغن عن الجزاف، و عطف الغائب و الدين عليهما يؤذن بأنهما متفرعان على اشتراط كون رأس المال معيناً، و هو غير مستقيم كما لا يخفى.

قوله: (و لا يشترط التساوى قدرا).

إجماعاً.

قوله: (و يشترط امتزاجهما).

هذا مستغنى عنه، لأنه قد سبق ذكره.

ص: ٢٠

[١- ١] التذكرة ٢٢٣: ٢. [١]

[٢- ٢] التحرير ٢٧٢: ١. [٢]

الفصل الثاني: الأحكام.

لا يجوز لأحد الشريكين التصرف في المال الممتزج إلا بإذن صاحبه، فإن اختص أحدهما بالإذن اختص بالتصرف وإن اشترك اشترك. و يقتصر المأذون على ما أذن له، فلو عيّن له جهه السفر، أو البيع على وجه، أو شراء جنس لم يجز التجاوز.

و لو شرطا الاجتماع لم يجز لأحدهما الانفراد.

و لو أطلق الإذن تصرّف قوله: (لا يجوز لأحد الشريكين التصرف في المال الممتزج إلا بإذن صاحبه).

مراده بذلك: أن مجرد الامتزاج غير كاف في جواز التصرف، و لهذا علق الحكم بمنع التصرف على وصف الممتزج.

قوله: (فإن اختص أحدهم بالإذن اختص بالتصرف).

لو قال: أحدهما، لطابق مرجع الضمير فإنه مثنى، و في بعض النسخ: أحدهما.

قوله: (و إن اشترك اشترك).

أى: و إن اشترك كل واحد منهما في الإذن اشترك التصرف بينهما، أى: جوازه.

قوله: (و لو أطلق الإذن تصرف

كيف شاء، و يضمّن لو تجاوز المحدود. و يجوز الرجوع في الإذن و المطالبه بالقسمه، إذ الشركه من العقود الجائزه من الطرفين. كيف شاء).

لأن الإطلاق في هذا العقد معتبر، لعدم منافاته الغرر، و إنما ينزل الإطلاق على الأمور الغالبه في التجاره، كالبيع و الشراء مرابحه و مساومه و مواضعه و توليه، و قبض الثمن، و إقباض المبيع، و المطالبه بالدين و الحواله و الاحتيال، و الرد بالعيب، و الاستئجار على مال الشركه، و المؤاجره لأموالها، و نحو ذلك بشرط مراعاة المصلحه كما في الوكيل.

و لا يجوز السفر إلا بالإذن على أظهر الوجهين، فلا يكفي فيه الإطلاق، إذ لا يتبادر إلى الفهم منه، و لما فيه من الخطر.

و كذا لا تجوز مكاتبه عبد الشركه، و لا إعتاقه على مال، و لا تزويجه، و لا المحاباه بمال الشركه، و لا إقراضه، و لا المضاربه عليه و نحوه، لأن ذلك كله ليس من توابع التجاره الغالبه. نعم لو اقتضت المصلحه شيئاً من ذلك، و لم يتيسر استئذان الشريك جاز فعله.

قوله: (و يضمّن لو تجاوز المحدود).

أى: لو حدّ له شيئاً فتجاوزه ضمن، سواء دل على التحديد عموم اللفظ أو خصوصه، فلو سافر من غير إذن بل اعتماداً على إطلاق الإذن ضمن.

قوله: (و يجوز الرجوع في الإذن و المطالبه بالقسمه، إذ الشركه من العقود الجائزه من الطرفين).

لما كانت الشركه عباره عن توكيل و توكل كان فسخها جائزاً من الطرفين كالوكالة، فمتى رجعا عن الإذن انفسخت من الجانبين.

و ليس لأحدهما مطالبه الشريك بإقامه رأس المال، بل يقسمان الأعراض إذا لم يتفقا على البيع.

و يفسخ بالجنون و الموت، و لا يصح التأجيل فيها، و يبسط الربح و الخسران على الأموال بالنسبه.

و كذا لو قالوا أو أحدهما: فسخت الشركه، لأن الوكيل يعزل إذا عزل نفسه، و فسخها من أحد الجانين يقتضى عزل كل منهما.

و لو عزل أحدهما الآخر عن التصرف انعزل المخاطب دون العازل، و لكل منهما المطالبه بالقسمه، فتبطل بها لفقد الشرط. و هل تنفسخ بالمطالبه؟ فيه احتمال.

قوله: (و تنفسخ بالموت و الجنون).

و إن عرض لأحدهما، و كذا الإغماء، و الحجر للسفه و الفلس كالوكاله. ثم فى صوره الموت إن لم يكن على الميت دين، و لا هناك وصيه تخير الوارث بين القسمه مع الشريك، و بين تقريرها بعقد مستأنف إن كان كاملا، و إلا فوليه. و مع الدين يبنى الحكم على ما سبق من تصرف الوارث فى التركه مع الدين، و الوصيه إن تعلقت بعين لمعين فهو كالوارث إن قبل، و إلا فهى كالدين.

و قد علم غير مره أن المراد من انفساخها ارتفاع ما اقتضاه العقد من جواز التصرف.

قوله: (و لا يصح التأجيل فيها).

المراد بصحته: ترتب أثره عليه، و هو لزومها إلى الأجل، و إنما لم تصح لأنها عقد جائز، فلو شرطا التأجيل كان لكل منهما الفسخ متى شاء.

نعم يترتب على الشرط عدم جواز التصرف بعد الأجل إلا بعقد

و لو شرطاً التفاوت مع تساوى المالين، أو التساوى مع تفاوته فالأقرب جوازه إن عملاً، أو أحدهما، سواء شرطت الزيادة له أو للآخر.

و قيل تبطل إلا أن يشترط الزيادة للعامل. مستأنف، لأنه من مقتضيات الشرط.

قوله: (و لو شرطاً التفاوت مع تساوى المالين، أو التساوى مع تفاوته فالأقرب جوازه إن عملاً أو أحدهما، سواء شرطت الزيادة له أو للآخر، و قيل: تبطل إلا أن يشترط الزيادة للعامل).

لا ريب أن الربح تابع لرأس المال، لأنه نماؤه، فإن شرطاً التفاوت فيه مع تساوى المالين، أو التساوى مع تفاوت المال بالنسبة إليهما فلا أصحاب أقوال: أقربها عند المصنف جواز ذلك إن عملاً أو أحدهما، و هو قول المرتضى (١)، و ولد المصنف (٢). و حكاة فى المختلف عن ظاهر ابن الجنييد (٣)، لعموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (٤)، و قوله تعالى إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ (٥) و قوله عليه السلام: «المؤمنون عند شروطهم» (٦).

و يضعف بأنه أكل مال بالباطل، لأن الزيادة ليس فى مقابلها عوض، لأن الفرض أنها ليست فى مقابله عمل، و لا وقع اشتراطها فى عقد معاوضه

ص: ٢٤

١- ١) الانتصار: ٢٢٨.

٢- ٢) إيضاح الفوائد ٢: ٣٠١.

٣- ٣) المختلف: ٤٧٩.

٤- ٤) المائدة: ١. [١]

٥- ٥) النساء: ٢٩. [٢]

٦- ٦) الكافي ٥: ٤٠٤، حديث ٨، [٣] التهذيب ٧: ٣٧١، حديث ١٥٠٣، الاستبصار ٣: ٢٣٢، حديث ٨٣٥، عوالي اللئالى ١: ٢١٨، حديث

٨٤. [٤]

لتضم إلى أحد العوضين، ولا اقتضى تملكها عقد هبه.

و الأسباب المثمرة للملك معدوده، و ليس هذا أحدها، و لا هو إباحه للزياده، إذ المشروط تملكها بحيث يستحقها المشروط له، فيكون اشتراطها اشتراطا لتملك شخص مال غيره بغير سبب ناقل للملك، كما لو دفع إليه دابه ليحمل عليها و الحاصل لهما، فيكون باطلا، فيبطل العقد المتضمن له، إذ لم يقع التراضى بالشركه و الإذن فى التصرف إلا على ذلك التقدير.

و لا- يندرج فى قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (١)، و لا فى قوله عليه السلام: «المؤمنون عند شروطهم» (٢). أما عدم اندراجه فى قوله تعالى:

إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ (٣) فظاهر، إذ الشركه ليست من التجاره فى شىء إذ هى مقابله مال بمال. نعم لو شرط ذلك للعامل تحققت التجاره حينئذ، لأن العمل مال فهو فى معنى القراض.

و قال الشيخ فى المبسوط (٤)، و الخلاف: تبطل الشركه (٥)، و اختاره ابن إدريس (٦)، و هو الذى عناه المصنف بقوله: (و قيل: يبطل.) و هو الأصح، و دليله يعلم مما ذكرناه. و قال أبو الصلاح: تصح الشركه دون الشرط، و حكم بإباحه الزيادة إذا حصل التراضى عليها (٧). و لا بحث فى ذلك إذا كان التراضى فى غير عقد الشركه.

ص: ٢٥

١- (١) المائدة: ١. [١]

٢- (٢) التهذيب ٧: ٣٧١، حديث ١٥٠٣، الاستبصار ٣: ٢٣٢، حديث ٨٣٥، عوالى اللآلى ١: ٢١٨، حديث ٨٤.

٣- (٣) النساء: ٢٩. [٢]

٤- (٤) المبسوط ٢: ٣٤٩.

٥- (٥) الخلاف ٢: ٨٣، مسأله ٩ كتاب الشركه.

٦- (٦) السرائر: ٢٥٤.

٧- (٧) الكافى فى الفقه: ٣٤٣. [٣]

أما العقد فما ذكره من بطلان الشرط صحيح، و أما صحه العقد فغير ظاهره، إذا لم يقع التراضى بالتصرف الذى هو مقصود الشركه إلا على ذلك الشرط الفاسد.

إذا عرفت ذلك فهنا فوائد:

الأولى: شرط المصنف لصحه هذا الشرط عملهما أو عمل أحدهما، فلو لم يعمل واحد منهما لم يحل تناول الزيادة، و لم أجد التصريح به فى غير هذا الكتاب. و لعله نظر إلى أن مقتضى الشركه إنما يتحقق بالعمل، فحينئذ يثبت الشرط.

أما إذا نما المال المشترك بنفسه فإنه لهما على نسبه الاستحقاقين، و فيه نظر، لأن مقتضى عقد الشركه هو إباحه التصرف لا نفسه، فإن اقتضاء العقد استحقاق المشروط للحكم بصحته لم يتوقف على أمر آخر، و إلا لم يستحق بالعمل إذ ليس فى مقابله و لا اقتضاه العقد.

الثانية: إذا انفرد أحدهما بالعمل، و شرط له فى مقابله زياده من الربح ففى الشركه شائبه المضاربه، و كذا إذا زاد فى العمل من شرط له الزيادة، لوجود معنى المضاربه.

الثالثة: على القول بالبطلان فى الفرض المذكور يقسم الربح بينهما على نسبه المالىين، ثم يرجع العامل بأجره مثل عمله فى مال صاحبه، سواء عملاً أو أحدهما، كذا ذكره الشيخ (1)، و فى استحقاق الأجره بعمل دخل على أن يفعله بغير عوض نظر.

أما العمل الذى شرط لصاحبه الزيادة فإنه يستحق الأجره بالشرط مع البطلان، و هو غير متحقق فى محل النزاع، لأن الاشتراط جائز مع العمل،

ص: ٢٦

و الشريك أمين لا يضمن ما تلف في يده إلا بتعد أو تفريط، و يقبل قوله في التلف-و إن ادعى سببا ظاهرا كالغرق-مع اليمين و عدم البيئه،و كذا لو ادعى عليه الخيانه أو التفريط.

و إن كان المشروط له أقل عملا، إذ لا امتناع في أن يتبرع أحدهما بعمله و يعمل الآخر بعوض، فيكون في الشركه مضاربه مع أحدهما.

و هذه المسأله شبيهه بما سبق في المساقاه، من أنه إذا ساقى الشريك، و لم يشترط له زياده على حصته تفسد المساقاه، و لا يستحق الشريك اجره، خلافا للشيخ (١).

الرابعه: قال الشارح الفاضل (٢)، و شيخنا الشهيد: إن الموصوف بالصحه و البطلان ليس نفس الشركه العنانيه، إذ لا يمكن وقوعها على وجهين، بل المراد به إذن كل واحد في التصرف للآخر مجازا على ما ذكره الشارح. و في عبارته شرح الإرشاد: بل المراد به نفس الشرط و ما يتوقف عليه، كالإذن في التصرف بنفس الشرط. و ليس بشيء، بل الموصوف بذلك نفس عقد الشركه.

و اعلم أن المصنف إنما وَّجَدَ ضمير المال في قوله: (أو التساوى مع تفاوته) لأن التفاوت إنما يكون بين شيئين فأغنى ذكره، لاقتضائه التعدد عن تثنيه الضمير.

قوله: (و الشريك أمين).

لما عرفت غير مره من أنه و كيل.

قوله: (و يقبل قوله في التلف و إن ادعى سببا ظاهرا).

أى: يمينه كالمستودع، و قال الشافعي: إنه إن أسند التلف إلى سبب

ص: ٢٧

١- ١) المبسوط ٣: ٢٠٩.

٢- ٢) إيضاح الفوائد ٢: ٣٠٢.

و يقبل قوله فى قصد ما اشتراه أنه لنفسه أو للشركة، فإن قال: كان مال الشركة فخلصت بالقسمه فالقول قول الآخر فى إنكار القسمه، فلو أقر الأذن فى قبض البائع به دونه برىء المشتري من نصيب الأذن، لاعتراه بقبض وكيله.

ثم القول قول البائع فى الخصومه بينه و بين المشتري، و بينه و بين المقر.

و تقبل شهاده المقر عليه فى حقه إن كان عدلاً، و إلا حلف و أخذ من المشتري، و لا يشاركه المقر، ثم يحلف للمقر، و لا تقبل شهاده ظاهر طولب بالبينه عليه (١).

قوله: (و يقبل قوله فى قصد ما اشتراه انه لنفسه أو للشركة).

و تقع دعوى الشراء لنفسه كثيراً عند ظهور الربح، و للشركة عند ظهور الخسران.

و وجه قبول قوله فى ذلك: أن ذلك لا يعلم إلا من قبله. و لو ادعى عليه التصريح فى العقد بكون الشراء للشركة أمكن تقديم قوله، لأن الاختلاف فى فعله، و لأن ظاهر يده يقتضى الملك، فعلى الآخر البينه.

قوله: (فإن قال: كان مال الشركة فخلصت بالقسمه فالقول قول الآخر فى إنكار القسمه).

للاتفاق على الشركة و ادعاء القسمه، فىكون القول قول منكرها بيمينه.

قوله: (و لو أقر الأذن فى قبض البائع به دونه برىء المشتري من نصيب الأذن، لاعتراه بقبض وكيله، ثم القول قول البائع فى الخصومه بينه و بين المشتري، و بينه و بين المقر، و تقبل شهاده المقر عليه فى حقه

ص: ٢٨

المشترى له. إن كان عدلا، وإلا حلف وأخذ من المشتري ولا يشاركه المقر، ثم يحلف للمقر، ولا تقبل شهادته المقر له).

لو باع أحد الشريكين مالا مشتركا بإذن شريكه الآذن له في قبض الثمن أيضا، ثم اختلف الشريكان في قبض الثمن، فادعى الآذن على البائع قبضه بأسره و طالبه بنصيبه، و صدّقه المشتري و أنكر البائع القبض. كذا فرض المصنف المسألة في التذكرة (1) و غيره (2)، فجعل الاختلاف بين الشريكين، كذلك صنع في التي بعدها.

و ظاهر كلامه هنا ان الاختلاف بين البائع و المشتري و الشريك مصدق، و لا تفاوت في الحكم، إلا أن ما في التذكرة أدخل في كونها من أحكام تنازع الشريكين.

إذا عرفت ذلك فاعلم أنه قد برىء المشتري من نصيب الآذن في البيع، لا اعترافه بأن و كيله - و هو البائع - قد قبض حقه.

ثم هنا خصومتان: إحداهما بين البائع و المشتري، و الثانية بين الشريكين. فإن تقدّمت الاولى فطالب البائع المشتري بنصيبه من الثمن، فادعى الأداء و أقام به البيه برىء من الحقين بالإقرار و البيه. و تقبل شهادته الشريك المقر على البائع بالأداء إليه إن كان عدلا، إذا شهد بحصه البائع فقط، لانتفاء التهمة حينئذ. و لو شهد بأداء الجميع لم تقبل في حصته قطعا للتهمه، إذ لو ثبت ذلك لطالب المشهود عليه بحصته، و ذلك جر نفع ظاهر.

و هل يقبل في نصيب البائع؟ فيه وجهان يلتفتان إلى أن الشهاده إذا ردت في بعض المشهود به فهل ترد في الباقي أم لا؟ و لو لم يكن للمشتري بينه بالقبض حلف البائع انه لم يقبض، فيستحق أخذ نصيبه و لا يشاركه فيه

ص: ٢٩

١- ١) التذكرة ٢: ٢٢٦. [١]

٢- ٢) التحرير ١: ٢٧٤. [٢]

الآذن، لأن إقراره بقبض البائع أولاً- ما هو الحق يقتضى أن يكون ما قبضه ثانياً بيمينه ظلماً، فإن نكل عن اليمين ردت على المشتري. فإذا حلف أنه أقبضه الجميع انقطعت عنه المطالبة، فإن نكل الزم بنصيب البائع فقط.

وقال بعض الشافعية: لا- يلزم، لأننا لا نحكم بالنكول (١). وليس بشيء، لأن هذا ليس حكماً بالنكول، بل بأصالة بقاء الثمن في ذمته، حيث لم يأت بحجه على الأداء بحصه البائع.

ثم إن كان المشتري قد أقام بينه بإقباضه البائع جميع الثمن كان للآذن المطالبة بحصته قطعاً، لا إن ثبت ذلك بشاهد ويمين، أو باليمين المردودة - وإن جعلنا اليمين المردودة كالبينة، لأن أثرها إنما يظهر في حق المتخاصمين فيما تخصصاً فيه لا مطلقاً- فإن لم يكن أقامها كان له إحلاف البائع، لإنكاره قبض حصته، فإن نكل حلف الآذن المردودة وأخذ منه. ولا يرجع البائع بذلك على المشتري، لما قلناه من أن أثر المردودة إنما هو في حق المتخاصمين، وليس له مخصصه، لاعترافه بأن ما فعل الشريك ظلم.

كذا قيل: وفيه نظر، لأن ذلك لا يسقط حقه من الدعوى، لأنه وكيل الشريك في القبض، وقد اغترم الموكل حصته.

ويمكن الجواب بأن اعتراف الشريك بقبض البائع اقتضى عزله، لأن عزل الوكيل بفعل متعلق الوكاله، و اعتراف الموكل بعزل الوكيل ماض.

ويمكن أن ينظر بوجه آخر، وهو أن البائع قد أدى دين المشتري بأمر الحاكم فله الرجوع. و يجب أن ذلك إنما هو مع تحقق الدين، وهنا قد برى المشتري منه بإقرار الآذن.

ويمكن أن يقال: إن إقراره إنما ينفذ في حق نفسه لا في حق البائع،

و نحن لا نلزم المشتري بالدين جزما ليكون متوقفا على ثبوته، وإنما نجوز له المخاصمه و الطلب على تقدير الثبوت.

إذا عرفت ذلك فاعلم أن نكول البائع عن اليمين في خصومه المشتري لا يمنع من حلفه هنا، لأنها خصومه أخرى.

و لا- يقال: إن اليمين المردوده إما كالإقرار أو كاليمينه، فإن كانت كالإقرار فكأنه أقر بالقبض، و إن كانت كاليمينه فكأن البيئه قامت على قبضه.

لأنا نقول:

قد أسلفنا أنها كأحدهما في حق المتخاصمين لا- مطلقا، و لو أن خصومه البائع تقدمت على خصومه المشتري فالحكم كما سبق. إلا- أنه ينبغي أن لا- تقبل شهاده الآذن هنا للمشتري بحال، نظرا إلى سبق الخصومه بينهما، أما المشتري فلا تقبل شهادته في الموضوعين. و لعل المصنف إنما لم يتعرض للفرق بين الصورتين في تقدم أحد الخصومتين و تأخرها، نظرا إلى عدم وجود كثير فرق.

و اعلم أن الضمير في قول المصنف: (به) من قوله: (و لو أقر الآذن في قبض البائع به) يعود إلى القبض، و في قوله: (دونه) يعود إلى البائع.

و قوله: (و تقبل شهاده المقر عليه في حقه إن كان عدلا) معناه: أن شهاده المقر- هو الآذن- تقبل على البائع في قبضه حق نفسه، لا في قبض حق الآذن، لأنها تجر نفعا، و إطلاق العبارة يتناول ما إذا شهد بقبض المجموع، فيقتضى انها و إن ردت في البعض قبلت في البعض الآخر، و هو محتمل. و كذا يقتضى عدم الفرق في قبول شهاده الشريك للمشتري بين تقدم خصومته مع البائع على خصومه البائع و المشتري و تأخرها.

و قوله: (ثم يحلف للمقر) لا يراد فيه الترتيب المستفاد ب(ثم)، لأنه قد ذكر الحكم في الخصومه بين البائع و المشتري، و بينه و بين المقر بغير

و لو ادعى المشتري على شريك البائع بالقبض، فإن كان البائع أذن فيه فالحكم كما تقدم، وإن لم يأذن لم يبرأ المشتري من حصة البائع، لأنه لم يدفعها إليه، ولا إلى وكيله، ولا من حصة الشريك لأنكاره، والقول قوله مع يمينه.

و لا يقبل قول المشتري على الشريك، و للبائع المطالبة بقدر حقه خاصة، لا اعترافه بقبض الشريك حقه.

و على المشتري دفع نصيبه إليه من غير يمين، فإذا قبض حقه فللشريك مشاركته فيما قبض.

و له أن لا يشاركه و يطالب المشتري بجميع حقه، فإن شارك في ترتيب.

و قوله: (و لا تقبل شهادته المشتري له) جار على إطلاقه، سواء تقدمت خصومه المقر أم المشتري.

قوله: (و لو ادعى على شريك البائع بالقبض، فإن كان البائع أذن فيه فالحكم كما تقدم، وإن لم يأذن لم يبرأ المشتري من حصة البائع، لأنه لم يدفعها إليه و لا إلى وكيله، و لا من حصة الشريك لأنكاره، و القول قوله مع يمينه.

و لا يقبل قول المشتري على الشريك، و للبائع المطالبة بقدر حقه خاصة، لا اعترافه بقبض الشريك حقه. و على المشتري دفع نصيبه إليه من غير يمين، فإذا قبض حقه فللشريك مشاركته فيما قبض.

و له ان لا يشاركه، و يطالب المشتري بجميع حقه، فإن شارك في

المقبوض فعليه اليمين إن لم يستوف حقه من المشتري، و يأخذ من القابض نصف نصيبه. و يطالب المشتري بالباقي إذا حلف أنه لم يقبض منه شيئاً.

و ليس للمقبوض منه الرجوع على المشتري بعوض ما أخذ منه، لاعترافه ببراءة ذمه المشتري. المقبوض فعليه اليمين إن لم يستوف حقه من المشتري، و يأخذ من القابض نصف نصيبه، و يطالب المشتري بالباقي إذا حلف انه لم يقبض منه شيئاً.

و ليس للمقبوض منه الرجوع على المشتري بعوض ما أخذ منه، لاعترافه ببراءة ذمه المشتري).

هذه مقابل المسألة السابقة، لأن الدعوى من غير البائع على البائع أنه قبض، و هذه عكسها، و صورتها: أن يدعى البائع على شريكه الإذن في القبض به. و المصنف أطلق العبارة، فيتناول بإطلاقها ما إذا لم يكن الشريك قد أذن للبائع في القبض، لأن الحكم لا يتفاوت عنده بالأذن و عدمه، و عند بعض الشافعية يتفاوت (1).

و كيف كان فلا يخلو: إما أن يكون الشريك الذي لم يبيع مأذوناً له في القبض من البائع، أو لا.

فإن كان مأذوناً فالحكم فيها كما تقدم في المسألة الأولى من غير فرق، لأنه قد اعترف بقبض و كيله فيبرأ المشتري من حصته، و تكون هنا خصومتان:

إحداهما بين البائع و الشريك، و الأخرى بين المشتري و الشريك.

و لا يخفى ما في عبارة المصنف من القصور، فإنه لا يلزم من دعوى المشتري على الشريك بالقبض، و كونه مأذوناً من البائع جريان الحكم

ص: ٣٣

السابق، لأن البائع ربما كان منكرًا لذلك، فلا يستقيم ما ذكره، وهو ظاهر.

و إن لم يكن الشريك مأذونًا في القبض لم يبرأ المشتري من حصه البائع قطعًا، ولو لم تتوجه بينهما خصومه، لأنه لم يدفع حصته إليه، ولا إلى وكيله قطعًا، ولا من حصه الشريك لأنكاره، فيتوقف الأمر على انفصال الخصومه بينهما، بأن يحلف على عدم القبض مع عدم البيئه.

ولا يخفى أن قول المصنف: (و لا يقبل قول المشتري على الشريك) لغو، لأنه قد علم أنه مدّع، والشريك منكر، والحجه من المدعى البيئه.

إذا عرفت ذلك، فللبائع المطالبه بقدر حقه خاصه، سواء كان مأذونًا له في القبض من جهته أم لا، لأنه لو كان مأذونًا لا يعزل باعترافه بقبض الشريك حقه، لانتهاء متعلق الوكاله بزعمه، وعلى المشتري تسليم نصيبه اليه من غير يمين، لاعترافه بما يقتضى عدم البراءه من حقه. فإذا قبض حقه للشريك مشاركته فيما قبض بعد اليمين، و له أن لا يشاركه، و يطالب المشتري بجميع حقه، سواء كان قد أذن للبائع في القبض أم لا.

و فرق بعض الشافعيه بين ما إذا كان مأذونًا في القبض فحكموا بالشركه، و غير مأذون فحكموا بالعدم، لأنه ليس له المطالبه بنصيب شريكه فكيف و يقبضه (1)؟ و يضعف بأن الإذن يزول بالاعتراف بالقبض كما قدمناه، و الصفقه واحده، و كل جزء من الثمن شائع بينهما، فإن شارك في المقبوض أخذ الباقي من المشتري، و لا يبقى في يد البائع إلا ربع. و ليس له مطالبه المشتري بعوض المأخوذ منه، لأن الشريك بزعمه ظالم و المشتري برىء الذمه.

إذا عرفت ذلك فاعلم أن قول المصنف: (فعليه اليمين إن لم يستوف

و لو خاصم المشتري شريك البائع، فادعى عليه القبض لم تقبل شهاده البائع، لأنه يدفع عن نفسه ضرر مشاركه شريكه له فيما يقبضه حقه من المشتري، وقوله: (و يطالب المشتري بالباقي إذا حلف أنه لم يقبض منه شيئاً) المتبادر منه وجوب حلفه مرتين، و هو مشكل، فإنه لو حلف للمشتري أنه لم يقبض شيئاً استحق مشاركه البائع فيما يأخذه، لثبوت استحقاقه على المشتري مع اتحاد الصفقه، و الاشتراك في كل جزء من الثمن، مع احتمال اليمين للبائع، لأنه يدعى عليه أخذ جميع حقه، فلا يستحق المشاركة.

و يضعف بأن هذه الدعوى قد اندفعت باليمين سابقاً، و هو الظاهر من عباره التذكرة، حيث اكتفى بالحلف لجواز الرجوع على كل منهما (١)، و ان أسنده إلى الشافعيه (٢).

نعم لو طالب البائع ببعض المقبوض، فأحلفه على عدم القبض اتجه إحلاف المشتري إياه أيضاً، لأن الخصومه في الواقع بينهما، و لأن الاستحقاق على البائع فرع الاستحقاق على المشتري.

و فيه نظر، لأن ذلك بحسب الواقع و نفس الأمر، أما بحسب الظاهر فلا، و لهذا لو نكل الشريك فحلف المشتري بالرد على إقباضه كان له مخاصمه البائع بعد أخذ نصيبه، لما عرفت من أن اليمين المردوده إنما تكون كالإقرار، أو كالبينه في حق المتخاصمين في تلك الخصومه فقط، فيتجه حينئذ وجوب يمينين كما يظهر من العباره.

قوله: (و لو خاصم المشتري شريك البائع فادعى عليه القبض لم تقبل شهاده البائع، لأنه يدفع عن نفسه ضرر مشاركه شريكه له فيما

ص: ٣٥

١-١) التذكرة ٢: ٢٢٦. [١]

٢-٢) المجموع ١٣: ١٤.

من المشتري، فيحلف و يأخذ من المشتري نصف الثمن، وإن نكل أخذ المشتري منه النصف. و لو باع الشريكان سلعه صفقة، ثم استوفى أحدهما شيئاً شاركه يقبضه من المشتري، فيحلف و يأخذ من المشتري نصف الثمن، وإن نكل أخذ المشتري منه النصف).

هذه من تتمه المسألة السابقة، فإن الخصومه بين المشتري و شريك البائع قد سبق ذكرها، و هذه من جملة أحكامها. و لكن عبارته المصنف توهم أنها مسأله مستأنفه بالاستقلال.

و تحقيقها: أن الخصومه التي بين الشريك و المشتري -لدعوى المشتري عليه القبض- لا تقبل شهادة البائع فيها للمشتري بإقباضه الشريك، و إن لم يكن شريكاً له فيما قبضه على تقدير القبض، لأن الشهاده تجر نفعاً إليه، باعتبار أنه إذا قبض نصيبه بعد ذلك يسلم له و لا يشاركه فيه، بناء على استحقاق المشاركة إذا لم يثبت القبض، و هو الذي اختاره المصنف من الوجهين، و هو الأشهر بين الأصحاب.

و لو قلنا بأن الشريك يتمكن من قبض حقه من الثمن المشترك بانفراده قبلت شهادته، و لا -تهمه حينئذ، فيحلف و يأخذ من المشتري نصف الثمن إن شاء، و إن شاء أخذ الحصة من البائع مما يقبضه على أنه نصيبه، و الباقي من المشتري على ما سبق.

و لا يخفى ما في هذه العبارة من السماجه. و إن نكل حلف المشتري اليمين المردوده، و طالبه بالنصف الذي هو مقدار نصيب البائع، لأنه لا ولاية له عليه.

قوله: (و لو باع الشريكان سلعه صفقة، ثم استوفى أحدهما شيئاً

الآخر فيه و إن تعدد المشتري. شاركه الآخر فيه و إن تعدد المشتري).

المشهور بين الأصحاب إنه إذا كان بين اثنين فصاعدا دين بسبب واحد إما عقد، أو ميراث، أو استهلاك، أو غيره، كذا ذكر المسأله فى التذكرة (١).

و الذى فى عبارته الكتاب أنه: (لو باع الشريكان سلعه صفقه) و ظاهره أنها من مال الشركه، و صرح بذلك فى التحرير (٢)، و فى المختلف كما هنا (٣). و عبارته ابن إدريس فى السرائر: إذا كان بينهما متاع فباعاه بثمان معلوم (٤)، و هى عبارته الشيخ (٥). و الظاهر أنه لا تفاوت فى الحكم، ففرض موضوع المسأله أعم، أولى و أنفع.

إذا عرفت ذلك فاعلم أن لكل من الشريكين المطالبه للمشتري بحقه من الدين، فإذا استوفاه شاركه الآخر فيه، لأن كل جزء من الثمن مشترك بينهما، فكل ما حصل منه كان بينهما.

و فيه نظر، لأن الاشتراك الذى فى الذمه لا يمنع من تعيين حق واحد فى معين، و لمرسله أبى حمزه عن أبى جعفر عليه السلام: عن رجلين بينهما مال منه بأيديهما و منه غائب عنهما، فاقتهما الذى بأيديهما، و أحال كل واحد منهما بنصيبه من الغائب، فاقضى أحدهما و لم يقتض الآخر قال:

«ما اقتضى أحدهما فهو بينهما، و ما يذهب بماله» (٦). و مثلها روايه معاويه بن

ص: ٣٧

١- ١) التذكرة ٢: ٢٢٨. [١]

٢- ٢) التحرير ١: ٢٧٤. [٢]

٣- ٣) المختلف: ٤٧٩.

٤- ٤) السرائر: ٢٥٤.

٥- ٥) الخلاف ٢: ٨٤ مسألة ١٥ كتاب الشركه.

٦- ٦) التهذيب ٧: ١٨٥ حديث ٨١٨.

عمار عن الصادق عليه السلام (١)، و غيرها.

و لا صراحه فيها بالنسبه إلى المدعى، لأن المقتضى لم يصرح بكونه هو مجموع الدين أو حصه المقتضى فقط، و دلالتها على المطلوب متوقفه على إرادته الأمر الثانى و ذلك غير معلوم، و اللفظ يحتمل الأمرين.

هذا محصل ما ذكره ابن إدريس فى الجواب عن الاخبار (٢)، على تقدير تسليم كونها حجه.

و يرد عليه: أن «ما» الواقعة فى الجواب للعموم، و العبره بعموم اللفظ، و كذا ترك الاستفصال فى حكاية الحال المحتمله يقتضيه أيضا.

و قال ابن إدريس: إن لكل منهما أن يقتضى حقه و لا يشاركه الآخر، لأن لكل واحد أن يبرىء الغريم من حقه بدون الآخر، و يهبه و يصلح منه على شىء، فمتى أبرأه برأ و بقى حق الآخر، فإذا استوفاه لم يشاركه الذى وهب أو صالح. (٣).

و فيه نظر، لمنع الملازمه، و لأن متعلق الشركه بينهما هو العين و قد ذهبت، و لم يبق لهما إلا دين فى ذمته، فإذا أخذ أحدهما نصيبه لم يكن قد أخذ عينا من أعيان الشركه، فلا يشاركه الآخر فيما أخذ، و لأن ما فى الذمه لا يتعين إلا بقبض المالك أو وكيله، و المتنازع ليس كذلك، لأن موضع النزاع ما إذا لم يقبض لشريكه بالوكاله، و لأنه إن وجب الأداء بالمطالبه بحقه و جب أن لا يكون للشريك فيه حق، لكن المقدم حق بالاتفاق فالتالى مثله.

بيان الملازمه: أن وجوب الأداء بالمطالبه بحصه الشريك فرع التمكّن من تسليمها، لاستحاله التكلف بالمتنع، فإذا ثبت تمكّنه من دفعها على

ص: ٣٨

١-١) السرائر: ٢٥٤.

٢-٢) انظر: التهذيب ١٨٦: ٧ حديث ٨١٩، ٨٢٠.

٣-٣) السرائر: ٢٥٥.

أنها للشريك، و دفعها كذلك امتنع أن يكون للشريك الآخر فيها حق، و لأنه لو كان للشريك في المدفوع حق لزم وجه قبض، و هو تسلط الشخص على قبض مال غيره بغير اذن، و لأنه لو كان كذلك لوجب أن يبرأ الغريم من مقدار حقه من المدفوع، لاستحاله بقاء الدين في الذمه مع صحه قبض عوضه.

لكن التالي باطل عندهم، لأنهم يحكمون بكونه مختيراً في الأخذ من أيهما شاء، و لأنه لو نهاء الشريك عن قبض حقه، فإن تمكن من المطالبة بحصته و جب أن لا يكون للشريك فيها حق، و إلا امتنع أخذ حقه بمنع الشريك إياه من قبض حق الشريك، و لأن المقبوض إما أن يكون مالا مشتركاً أو لا، فإن كان مشتركاً و جب على تقدير تلفه أن يتلف منهما كسائر أموال الشركه، و تبرأ ذمه الغريم منه، و إلا لم يكن للشريك فيه حق.

و لا يخفى أن بعض هذه الوجوه في غايه القوه و المتانه، و الروايات لا تقاومها مع أنها قابله للتأليف، فمختار ابن إدريس (1) قوى متين، كما اعترف به المصنف في المختلف (2)، و إن كان الوقوف مع المشهور أولى.

إذا عرفت ذلك فاعلم أنه لو أراد الشريك أخذ حقه فقط، بحيث لا يتطرق إليه النزاع فإنه يبيع حصته من الدين بقدرها من العين، أو أزيد، أو انقص مع مراعاة السلامه من الربا، كما يبيع حصته من العين مع الشيوع بثمان يختص به. و كذا لو صالح، أو وهب أو آتهب، أو عوض عن الهبه، أو أحال بها.

فروع:

أ: لو ضمن ضامن لأحد الشريكين فضمنه و جب أن يصح الضمان، لعموم الدلائل الشامله له، فيختص بأخذ المال المضمون من الضامن، و هذا

ص: ٣٩

١- ١) السرائر: ٢٥٤.

٢- ٢) المختلف: ٤٨٠.

أما لو تعددت الصفقة فلا مشاركته و إن اتحد المشتري. أحد دلائل التمكّن من أخذ الحصة منفردة عن الأخرى.

ب: على قولهم: لو قبض الشريك حصه تخير شريكه في مطالبته بحصه منه، و مطالبه الغريم بكمال حقه، فعلى هذا لو اشترى به شيئاً وقف البيع على أجازته بمقدار حقه.

ج: لو أحال على المديون بحصته صح بشروط الحوالة، و يكون المحتال شريكاً.

د: لو اشترى بحصه من الدين ثوباً مثلاً، فقد قال بعض العامة: إن للآخر إبطال الشراء (1). و ليس بشيء، لأنه ليس بأبلغ من الشراء بحصه من العين المشترية.

ه: لو أجل أحد الشريكين حصته باشتراط ذلك في عقد لازم و نحوه جاز قطعاً، فإن قبض الشريك بعد ذلك لم يرجع شريكه عليه بشيء، لأنه لا يستحق شيئاً الآن. و تمكنه من تأجيله يقتضى جواز قبض الحصة منفردة، لاستلزامه تميّز حصته عن حصه الآخر، فلو امتنع ذلك امتنع التضمين.

و: تعدد المشتري مع اتحاد الصفقة لا يمنع الاشتراك في الثمن، لثبوت مقابله لجميع الثمن لجميع المبيع، و استواء نسبه الملاك إلى الأبعاض.

قوله: (أما لو تعددت الصفقة فلا مشاركته و إن اتحد المشتري).

هذا إذا كان كل واحد من المبيعين غير مشترك، أما مع اشتراكهما فلا يستقيم ذلك. و حيث كان مدار الشركه على بيع المالكين صفقه فلا حاجه

ص: ٤٠

و لو تساوى المالان، و أذن أحدهما فى العمل للآخر على أن يتساويا فى الربح فهو بضاعه.

فروع

إشارة

فروع:

أ- لو دفع إلى آخر دابته ليحمل عليها و الحاصل لهما فالشركة باطله

أ- لو دفع إلى آخر دابته ليحمل عليها و الحاصل لهما فالشركة باطله، فإن كان العامل قد أجر الدابته فالأجر لمالكها و عليه أجره مثل إلى ذكر الشريكين فى المسألة السابقه، لأن بيع غير الشريكين صفقه غير موجب للشركة.

قوله: (و لو تساوى المالان و أذن أحدهما فى العمل للآخر على أن يتساويا فى الربح فهو بضاعه).

و ذلك لأن حصه الشريك مال مبعوث للتجاره فى يد الوكيل، قال فى الصحاح: البضاعه: طائفه من مالك تبعثها للتجاره، تقول: أبضعته و استبعضته، أى: جعلته بضاعه، و فى المثل كمستبضع تمر إلى هجر، و ذلك أن هجر معدن التمر (1).

قوله: (لو دفع إلى آخر دابه ليحمل عليها و الحاصل لهما فالشركة باطله).

المراد: ليحمل عليها مال غيره بالأجره، فالمراد مؤاجرتها، إذ لو أريد حمل ماله لكان دفعا للدابه اليه على قصد الإجازة فلا يستحق العامل أجرا.

و لا يعقل فيه معنى الشركة، و بطلان هذه الشركة قد علم مما سبق، لأن ما عدا شركة العنان عندنا باطل.

قوله: (فإن كان العامل قد أجر الدابته فالأجر لمالكها و عليه

ص: ٤١

العامل، فإن قصر الحاصل عنهما تحاصبا إن كان بسؤال العامل، وإلا فالجميع، أجره مثل العامل، فإن قصر الحاصل عنهما تحاصبا إن كان بسؤال العامل وإلا فالجميع).

حيث أن الشركة المذكوره باطله، فالحال لا يخلو من أن يكون العامل قد أجر عين الدابه، أو لا.

فإن أجرها فلا- ريب أن الأجره للمالك، لأنها عوض منفعه ماله، و عليه للعامل أجره المثل، لأنه بذل عمله في مقابل الحصه من الحاصل لاعتقاد حصولها، و قد فاتت بفساد الشركة فوجب أجره مثله إذ لم يتبرع بعمله.

فحينئذ إن وقى الحاصل- و هو ما أجر به الدابه بأجره مثله و أجره مثل الدابه- دفع اليه المالك أجره مثله و اختص بالباقي و إن زاد على أجره مثل الدابه، و هذا القسم لم يذكره المصنف لظهوره.

و إن قصر الحاصل عن الأجرتين- و هو الذى أراده المصنف بقوله:

(و إن قصر الحاصل عنهما) و إن لم يجز لأجره مثل الدابه ذكر استغناء، بدلاله ذكر أجره العامل عليها، أو أن الضمير يعود إلى العامل و الدابه.

و معلوم أن قصور الحاصل عنهما إنما يكون بعد التقسيط عليهما، و التقسيط إنما يكون باعتبار أجره المثل كما قد علم مرارا- تحاصبا إن كان الدفع على هذا الوجه بسؤال العامل، لأنه قد رضى بأن تكون له حصه من الحاصل و إن نقصت عن أجره المثل.

و إن لم يكن ذلك بسؤال العامل، بل بسؤال المالك فالواجب له جميع أجره مثله و إن زادت على الحاصل. و يندرج فى قوله: (إن كان بسؤال العامل) ما إذا كان بسؤالهما، لأنه بسؤال العامل أيضا.

و فى الفرق نظر، لأن الفرض حصول الرضاء بذلك، سواء كان

بسؤاله، أو بسؤال المالك، أو بسؤالهما فتستوى المسألتان في التحاص.

و احتمال شيخنا الشهيد فى بعض حواشيه وجوب أقل الأمرين من الحصة المشروطة و الحاصله بالتحاص، أما إذا كانت المشروطة أقل، فلأنه قد رضى بالأقل فلا يستحق الزائد، و أما إذا كان الحاصل بالتحاصل أقل، فلمعاوضه حق المالك، و لا ترجيح.

و احتمال أيضا وجوب الأقل إن كان بسؤال العامل، لأنه ألزم نفسه بذلك بسؤاله. و وجوب الأكثر إن كان بسؤال المالك، لأنه إن كان الأكثر المشروط فقد رضى به المالك، و إن كان هو الحاصل بالتحاصل، فلفساد الشرط.

و الحق أن هذا كله بعيد عن التحقيق، لأن مدار الاستحقاق إنما هو على تراضى المالك و العامل ببذل المعين من الحاصل فى مقابل العمل، فلم يكن العمل مبدولا مجاناً، و حيث فات المعين لفساد الشركه و جب الرجوع إلى أجره المثل كائنه ما كانت. و لا أثر لسؤال العامل و لا المالك، و هذا هو قضيه كلام الأصحاب، و به صرح فى التذكرة (١).

و أما الحاصل بإجاره الدابه فقد أطلقوا أنه لمالكها، اعتماداً على أن إجارته بإذن المالك. و فيه نظر، لأن الاذن إن كان هو الذى تضمنه عقد الشركه فيشكل بأن العقد الفاسد كيف يعتبر ما تضمنه من الاذن. و إن أريد غيره فليس فى الكلام الذى تضمنه ما يشعر به.

فعلى هذا حقه أن يكون عقد الإجاره فضولياً يتوقف على الإجازة، فإن أجاز فلا بحث، و إن فسخ فهل يستحق أجره؟ يحتمل العدم، لأن ذلك العقد غير مأذون فيه، و إلا لم يتوقف على الإجازة. و يتطرق ذلك إلى ما إذا أجاز. و ليس بشىء، لأن الاذن فى العمل إذا تضمنه العقد الفاسد أوجب أجره المثل.

ص: ٤٣

و إن تقبل حمل شيء فحمله عليها أو حمل عليها شيئاً مباحاً فباعه فالأجره و الثمن له، و عليه أجر مثل الدابه لمالكها.

و مقتضى كلامهم فى هذه المسائل كلها الاكتفاء بالاذن السابق، و سيأتى مثله فى القراض، حيث أن القراض الفاسد يملك المالك فيه الربح كله إذا كان الشراء بالعين، و للعامل أجره المثل.

قوله: (و إن تقبل حمل شيء فحمل عليها، أو حمل عليها شيئاً مباحاً فباعه فالأجره و الثمن له، و عليه أجره مثل الدابه).

هذا هو القسم الثانى، و هو أن لا يكون العامل قد أجر عين الدابه، بل يكون قد تقبل حمل شيء فى ذمته، بأن أجر نفسه لحمل شيء فى ذمته، و لم يعين لحمله دابه مخصوصه فحمله عليها فإن الأجره المسماه له، لأنها فى مقابل عمل فى ذمته، و عليه لمالك الدابه أجره مثلها بالغه ما بلغت.

و كذا لو حمل عليها شيئاً مباح الأصل كالحطب إذا حازه بنيه أنه له - و قلنا إن المباحات تملك بالحيازه و لا تحتاج إلى النيه - فإن ثمن هذا له إن باعه، لأن العين ملكه، و عليه لمالك الدابه أجره المثل، لاستيفاء، منفعتها التى لم يبذلها المالك مجاناً، و لم يتعين لها عوض فوجبت أجره المثل.

و اعلم أن قوله: (فالأجره و الثمن له) أراد بها: الأجره فيما إذا تقبل حمل شيء فى ذمته، و أراد بالثمن: ما أخذه فى مقابل المباح الذى باعه.

و لو حمل عليها ما لا أجر له، أو لغيره مجاناً، أو بعوض فاسد فعليه أجره المثل أيضاً.

و إنما ذكر المصنف حمل المباح ليبين أنه يختص به دون الشريك، و لا يستقيم على إطلاقه، لأنه لو نوى بحيازته نفسه و شريكه - و قلنا بأن تملك المباح يتوقف على النيه - كان المباح لهما، و على العامل نصف أجره مثل

ب: لو دفع دابه إلى سقاء، و آخر روايه على الشركه فى الحاصل لم تنعقد

ب: لو دفع دابه إلى سقاء، و آخر روايه على الشركه فى الحاصل لم تنعقد، و كان الحاصل للسقاء و عليه اجره الدابه و الروايه. و لو كان من واحد دكان، و من الآخر رحى، و من ثالث بغل، و من رابع عمل فلا شركه. ثم إن كان عقد اجره الطحن من واحد منهم، و لم يذكر أصحابه و لا نواهم فله الأجر أجمع، و عليه لأصحابه الدابه لذلك العمل. و كذا للعامل على المالك نصف أجره مثله لذلك العمل، فعلم أن إطلاق المصنف هنا، مع ترده فى أن المباح يفتقر تملكه إلى نيه لا يحسن.

على أن فى أصل هذا البناء كلاماً سيأتى تحقيقه إن شاء الله تعالى، و هو ان التوكيل فى تملك المباحات لا تتوقف صحته على اشتراط النيه فى تملكه مع الحيازه.

قوله: (لو دفع دابه إلى سقاء، و آخر روايه على الشركه فى الحاصل لم تنعقد، و كان الحاصل للسقاء و عليه أجره الدابه و الروايه). تعرف هذه المسأله من المقرر فيما إذا حمل على الدابه شيئاً مباحاً و باعه، فإن ما ذكرناه هناك آت هنا. و فساد هذه الشركه قد علم غير مره.

و السقاء ممدود، و الروايه هنا المزاده فيها الماء، ذكر ذلك فى القاموس (١).

قوله: (و لو كان من واحد دكان، و من الآخر رحى، و من ثالث بغل، و من رابع عمل فلا شركه. ثم إن كان عقد اجره الطحن من واحد منهم و لم يذكر أصحابه و لا نواهم فله الأجر أجمع، و عليه لأصحابه

ص: ٤٥

أجره المثل.و إن نوى أصحابه أو ذكرهم كان كما لو عقد مع كل واحد منهم منفردا. أجره المثل).

إذا كان من واحد دكان،و من الآخر رحى،و من ثالث بغل،و من رابع عمل و اشتركوا على أن الحاصل بينهم على نهج مخصوص فقد علم غير مره فساد الشركه.

ثم انه إما أن يكون عقد الإجاره على الطحن صادرا من واحد من الأربعة مع صاحب الطعام،أو يكون من الأربعة.فإن كان من واحد منهم،فإما أن يكون قد ذكر أصحابه فى عقد الإجاره،أو قصدهم بقلبه،أو لم يذكرهم و لم يقصدهم.و إن صدر العقد من الأربعة فلا يخلو:إما أن يكون صاحب الطعام قد استأجرهم بطحن الطعام المعلوم،أو يكون قد استأجر الدكان و البغل و الرحى و العامل،فهنا صور:

الاولى:أن يقع العقد من الواحد،و لم يذكر أصحابه و لا نواهم،بل ألزم ذمته طحن الطعام المعلوم بكذا فإن له الأجر المسمى أجمع،لأنه عوض العمل الذى ألزم ذمته،و عليه أجره المثل للذى استوفى منفعته من الأعيان المذكوره فى طحن الطعام المذكور،و هذا واضح.

قوله: (و إن نوى أصحابه،أو ذكرهم كان كما لو عقد مع كل واحد منهم منفردا).

الصوره الثانيه:أن يقع العقد من واحد،و لكنه ذكر أصحابه لفظا أو نواهم،فهذا لا يخلو من أن يكون قد ألزم ذمتهم طحن الطعام بحيث يلزمهم طحنه أرباعا،أو يكون قد أجره الأعيان المذكوره بطحنه،و حكم ذلك يعلم من الصورتين اللتين يأتى ذكرهما قريبا إن شاء الله تعالى.

و لعل المصنف إنما لم يتعرض لبيان حكم هذه اعتمادا على ظهوره مما سيأتى،و ليس هنا شىء،إلا أن مجرد عقد الإجاره هل يقتضى لزوم العقد

و لو استأجر من الجميع فقال: استأجرتكم لطحن هذا الطعام بكذا فالأجر بينهم أرباعاً، لأن كل واحد منهم لزمه طحن ربهه بربع الأجر، و يرجع كل واحد منهم على كل واحد من أصحابه بربع أجر مثله. لو كان هو العامل اكتفاء بالإذن الصادر في عقد الشركة؟ أم لا بد من إجازتهم بعد ذلك؟ أو سبق توكيلهم إياه خارجاً عما تضمنه عقد الشركة؟ فيه كلام سبق.

قوله: (و لو استأجر من الجميع، فقال: استأجرتكم لطحن هذا الطعام بكذا فالأجر بينهم أرباعاً، لأن كل واحد منهم لزمه طحن ربهه بربع الأجر، و يرجع كل واحد منهم على كل واحد من أصحابه بربع أجر مثله).

الصورة الثالثة: أن يقع عقد الإجاره من الجميع، بأن يستأجرهم صاحب الطعام المعين لطحنه بأجره معينه، و ليس المراد من قول المصنف:

(فقال: استأجرتكم) ان هذا صيغه عقد الإجاره ليكون تجريزاً لتقديم القبول على الإيجاب، و إنما هو تصوير للمسألة، و حينئذ فيكون الأجر بينهم أرباعاً، لأن كل واحد منهم لزمه طحن ربع الطعام بربع الأجر.

فإذا طحن الطعام بالآلات المذكوره، و تولى العامل من غير تبرع - و يكفي فيه الاعتماد على عقد الشركة المتضمن لارصاها للعمل بالحصه - كان لكل واحد منهم أن يرجع على كل واحد من أصحابه بربع أجر مثل العمل الصادر إما عنه أو عن دابته، أو الانتفاع بملكه من الرحي و الدكان، فيرجع العامل بثلاثه أرباع أجره مثل عمله في طحن ذلك الطعام، لأن ربع عمله صرف في طحن الربع الذي لزمه طحنه، و ثلاثه أرباعه في طحن ثلاثه الأرباع الباقية التي لزم طحنها أصحابه، و لم يسم لعمله ذلك شىء معين، فوجب أجره المثل على ما ذكره.

و لو قال قد استأجرت هذا الدكان و البغل و الرحى و الرجل بكذا لطحن كذا فالأجر بينهم على قدر أجر مثلهم، لكل واحد من المسمى بقدر حصته. و يرجع صاحب البغل بثلاثة أرباع أجره مثل طحن الطعام المذكور بالنسبة إلى عمل البغل، و تقريبه ما ذكر، و كذا القول فى الدكان و الرحى.

و لا فرق بين أن تكون أجره المثل لكل من هذه الأشياء بقدر ربع المسمى، أو زائدا أو ناقصا، فلو كان المسمى عشرين مثلا كان لكل واحد خمسه. ثم ان أجره مثل العامل لو كانت أربعة رجع بثلاثة دراهم على كل واحد بدرهم، و كذا القول فى أجره مثل البغل، فلو كانت ستة رجع على كل واحد بدرهم و نصف، و على هذا.

قوله: (و لو كان قال: استأجرت هذا الدكان و البغل و الرحى و الرجل بكذا لطحن كذا فالأجر بينهم على قدر أجر مثلهم، لكل واحد من المسمى بقدر حصته).

هذه هى الصورة الرابعه، و الفرق بينها و بين الثالثه: إنه فى الثالثه قد يقبل كل واحد من الشركاء بطحن ربع الطعام فى ذمته بربع المسمى، و استعان على طحنه بالمنافع المملوكة لأصحابه، فلذلك كان له المسمى و عليه أجره المثل لأصحابه بالنسبة إلى ما استوفى من المنافع المملوكة لهم.

و هنا جرى عقد الإجاره على الأعيان المذكوره لطحن الطعام المعين، فقد جمع بين اجاره عدّه أشياء فى عقد واحد، بعوض واحد، لعمل معين.

فطريق تعيين كل واحد من تلك الأشياء من المسمى تقسيط المسمى على أجره المثل لتلك الأشياء باعتبار ذلك العمل، كما لو جمع فى عقد البيع بين بيع ملكه و ملك غيره بثمان واحد مع رضاء المالك، فإننا نقسّط الثمن على قيمه المالكين.

ج: لو صاد، أو احتطب، أو احتش، أو أحاز بنيه أنه له و لغيره لم تؤثر تلك النيه

ج: لو صاد، أو احتطب، أو احتش، أو أحاز بنيه أنه له و لغيره لم تؤثر تلك النيه، و كان بأجمعه له. و معلوم أن قيمة العمل أجره مثله، فحينئذ لو كانت أجره مثل عمل ذلك العامل الربع من أجره مثل الجميع باعتبار ذلك العمل كان له ربع المسمى.

و لو كانت أجره مثل البغل ثلث أجره مثل الجميع كان لمالكه ثلث المسمى، و كذا أجره مثل الرحي لو كانت ثلاثه أرباع سدس كان لمالكها ثلاثه أرباع سدس المسمى، و لمالك الدكان الباقي لا محاله، و هو سدس و ثلاثه أرباع سدس، لأن أجره مثله من مجموع أجره للمثل للجميع هو ذلك، و المخرج الجامع أربعه و عشرون، فلو كان هو أجره مثل الجميع و المسمى ثمانية عشر مثلاً لكان للعامل أربعه و نصف، و لمالك البغل ستة، و لمالك الرحي اثنان و ربع، و لمالك الدكان خمس و ربع، و مجموع ذلك ثمانية عشر.

و اعلم أن المصنف في التذكرة قال في هذه المسألة: فيوزع المسمى عليهم و يكون التراجع بينهم على ما سبق (1). و لا شك أن الحكم بالتراجع هنا غلط، لأن الإجاره إذا وقعت على أعيان هذه الأشياء لم يعقل التراجع.

قوله: (لو صاد، أو احتطب، أو احتش، أو أحاز بنيه أنه له و لغيره لم تؤثر تلك النيه، و كان بأجمعه له).

ينبغي أن ينزل ذلك على ما إذا لم يكن و كيلاً للغير، فإنه على ما ذكره من الإشكال في توقف تملك المباح على النيه يجب أن يكون تملكه فقط مع قصد التملك بالحيازه له، و لغيره إذا كان و كيلاً للغير في تملك المباح على الاشكال، فلا يستقيم الجزم بعدم تملك الغير إلا إذا لم يكن و كيلاً.

ثم جزمه بكون المجموع له مع النيه المذكوره لا يستقيم، إلا على

ص: ٤٩

و هل يفتقر المحيز في تملك المباح إلى نيه التملك؟ إشكال. القول بأن المباح يملك بمجرد الحيازه، و لا عبره بالنيه. و اعلم ان: (أحاز) الواقع في العبارة بمعنى حاز، إلا أن أحاز بمعنى جاز لم أجده في كلام أئمة اللغه.

قوله: (و هل يفتقر المحيز في تملك المباح إلى نيه التملك؟ إشكال).

ينشأ: من أن اليد و السلطنه سبب في الملك، و لهذا تجوز الشهاده بمجرد اليد من دون توقف على أمر آخر، و لأن الحيازه سبب لحصول الملك في المباح في الجملة قطعاً بالاتفاق، لأن أقصى ما يقول المشترطون للنيه:

إنها سبب ناقص، فحصول الملك بها في الجملة أمر محقق، و اشتراط النيه لا دليل عليه، فينتفى بالأصل.

فإن قيل: الأصل عدم حصول الملك إلا بالنيه، لأن الأصل في المباح عدم الملك فيستصحب إلى أن يحصل الناقل.

قلنا: أصلاً تعارضاً فتساقطاً، و تبقى سببيه اليد بغير معارض.

و من أنه قد تكرر في فتوى الأصحاب، أن ما يوجد في جوف السمكه مما يكون في البحر يملكه المشتري، و لا يجب دفعه إلى الصائد، و لا تعريفه إياه، و لو كانت الحيازه كافيته في التملك لوجب دفعه إليه.

و فيه نظر، لأننا لا نسلم أن ما في بطن السمكه مما لا يعد جزء لها، و لا كالجزم مثل غذائها يعد محوزاً لحيازتها، و لو سلم فأقصى ما يلزم اشتراطه إما القصد إلى المحوز بالحيازه، أو الشعور به و لو تبعاً، أما نيه التملك فلا.

و يؤيد الأول: أنه لو اشترطت النيه في حصول الملك لم يصح البيع قبلها، لانتهاء الملك، و التالي معلوم البطلان، لإطباق الناس على فعله في

كل عصر من غير توقف على العلم بحصول النيه، حتى لو تنازعا في كون العقد الواقع بينهما أ هو بيع أم استنقاذ لعدم نيه التملك؟ لا يلتفت إلى قول من يدعى الاستنقاذ.

قال الشارح الفاضل: إنه أورد ذلك على والده المصنف فأجاب عنه:

بأن إرادته البيع تستلزم نيه التملك (1). وهذا الجواب إنما يتم في من حاز و تولى البيع، فلو تولاه وارثه الذي لا يعلم بالحال، أو وكيله المفوض في جميع أموره بحيث يتصرف في بيع ما حازه من المباحات بالوكالة العامة لم يدفع السؤال.

و يرد عليه أيضا: أن حيازه الصبي و المجنون على ما ذكره يجب أن لا- تثر الملك جزما، لعدم العلم بالنيه، و عدم الاعتداد بأخبارهما خصوصا المجنون. و لو خلف ميت تركه فيها ما علم سبق كونه مباح الأصل، و لم يعلم نيه تملكه لا يجب على الوارث تسليمه في الدين و الوصيه، و الأصح عدم اشتراطها.

و اعلم أن البحث عن هذه المسألة في كتاب الشركه، إنما ساق إليه الكلام في مسأله السقاء إذا حاز الماء بقصد الشركه.

و كذا الكلام فيما لو صاد، أو احتطب بنيه أنه له و لغيره، فإنه إذا سبق التوكيل من الغير صح، و ثبتت الشركه في المحوز، على القول بأن تملك المباحات حينئذ يحتاج مع الحيازه إلى النيه، و على القول بعدم فلا شركه، و الملك لمن اختص بالحيازه. و ستأتى هذه المسأله إن شاء الله تعالى في الوكالة.

و في هذا البناء نظر، لأننا و إن لم نشترط النيه، فلا يلزم ثبوت الملك مطلقا بالحيازه، إذ لا دليل على أن المباحات تملك بالحيازه على طريق

ص: ٥١

القهر، بحيث لو نوى ما يقتضى عدم الملك ثبت ملكه بغير اختياره قهرا كالإرث. و لم لا يجوز أنه يقال: إنه يملك بالحيازه إن نوى التملك، أو لم ينو شيئا، و إن نوى الضد انتفى الملك؟ و هذا أصح، فإن من حوّل ترابا أو حجرا من طريق و نحوه مريدا التمكن من عبوره، أو قطع غصن شجره مباحه و حوله عن ممره الذى يطلب سلوكه لا يدخل ذلك فى ملكه، و لا يمنع من أخذه آخذ، و لا يخرج عن أصل الإباحه، لعدم الناقل.

و مثله من حفر بئرا فى المباح لمجرد الارتفاق، فإن ذلك كله دليل على إرادته عدم التملك، فلا يخرج المباح بذلك عن أصل الإباحه. فحينئذ إذا نوى نفسه و موكله فقد حصل المانع من تملكه بالحيازه فى النصف، و حيث أن يد الوكيل يد الموكل يثبت الملك للموكل، و لا يتوقف ذلك على الحكم بتوقف تملك المباحات على النيه.

إشاره

المقصد الخامس: في القراض، و فصوله ثلاثه:

الأول: في أركانه

إشاره

الأول: في أركانه، هي خمس:

الأول: العقد

الأول: العقد، فالإيجاب: قارضتك، أو ضاربتك، أو عاملتك على أن الربح بيننا نصفين أو متفاوتا.

و القبول: قبلت، و شبهه من الألفاظ الداله على الرضى. قوله: (فالإيجاب: قارضتك، أو ضاربتك، أو عاملتك).

قال في التذكرة: لا يختص الإيجاب لفظا، فلو قال: خذه و اتجر به على أن الربح بيننا متساويا أو متفاوتا جاز (١).

و ما ذكره حق، لأن هذا عقد جائز، فيكفى فيه كل لفظ دل على المعامله المطلوبه. نعم لا بد من اللفظ، لأن الأفعال لا دلالة لها، و الرضى بالوجه المخصوص المعتبر في المعاملات من الأمور الباطنه التي لا يطلع عليها إلا الله سبحانه و تعالى.

قوله: (و القبول: قبلت، و شبهه من الألفاظ الداله على الرضى).

قال في التذكرة: و هل يعتبر اللفظ؟ الأقرب العدم، فلو قال: خذ هذه الدراهم فاتجر بها على أن الربح بيننا على كذا، فأخذها و اتجر، فالأقرب الاكتفاء به في صحه العقد كالكاله (٢).

و ما قربه المصنف هو المختار، لأن العقد الجائز من الطرفين يكفى في قبوله ما دل على الرضى بالإيجاب، و الأخذ عقبيه دال على ذلك، و ليس هو كالعقد اللازم لأن الحكم بلزومه متوقف على حصول السبب المعتبر شرعا، و هو اللفظ المعين.

ص: ٥٣

١- ١) التذكرة ٢: ٢٢٩. [١]

٢- ٢) التذكرة ٢: ٢٢٩. [٢]

و هو عقد قابل للشروط الصحيحه مثل أن لا- يسافر بالمال، أو لا- يشتري إلا- من رجل بعينه، أو قماشاً معيناً و إن عز وجوده كالياقوت الأحمر، أو لا يبيع إلا على رجل معين. و لو شرط ما ينافيه فالوجه بطلان العقد مثل أن يشترط ضمان المال، أو سهما من الخسران، أو لزوم المضاربه، أو ألا يبيع إلا نعم قال في التذكرة: لا بد من القبول على التواصل المعبر في سائر العقود.

و فيه نظر، لأن ذلك معتبر في العقود اللازمه خاصه دون الجائزه من الطرفين، و سيأتى التصريح بذلك في الوكالة ان شاء الله تعالى.

و اعلم: أنه يشترط لصحة العقد التنجيز، فلو علّقه بشرط كدخول الدار، أو صفه كطلوع الشمس لم يصح، و به صرح في التذكرة (١)، لا تنفقاء الجزم المعبر في العقود.

قوله: (و هو: عقد قابل للشروط الصحيحه).

لا مزيه لهذا العقد في ذلك، بل كل عقد قابل لذلك.

قوله: (و إن عز وجوده كالياقوت الأحمر، أو لا يبيع إلا على رجل معين).

خلافاً للشافعي (٢) و مالك (٣)، و وجه الصحة: عموم الدلائل، و التضييق غير مانع كالكالاه.

قوله: (و لو شرط ما ينافيه فالوجه بطلان العقد، مثل: أن يشترط ضمان المال، أو سهما من الخسران، أو لزوم المضاربه، أو ألا يبيع إلا

ص: ٥٤

١- ١) التذكرة ٢: ٢٢٩. [١]

٢- ٢) المجموع ١٤: ٣٧٩.

٣- ٣) المدونه الكبرى ٥: ١٢٠.

برأس المال أو أقل. و لو شرط توقيت المضاربه لم يلزم الشرط و العقد صحيح، لكن ليس للعامل التصرف بعده. و لو شرط على العامل المضاربه فى مال آخر، أو يأخذ منه بضاعه، أو قرضا، أو يخدمه فى شىء بعينه فالوجه صحة الشروط. برأس المال أو أقل).

وجه البطلان: أنّ هذه شروط باطله، لمنافاتها مقتضى العقد شرعا، فيبطل العقد بها، لأن التراضى المعتبر فيه حينئذ لم يقع إلا على وجه فاسد، فيكون باطلا.

و يحتمل ضعيفا صحة العقد و بطلان الشرط، لأن بطلان أحد المتقارنين لا يقتضى بطلان الآخر.

و جوابه: أنّ التراضى فى العقد شرط، و لم يحصل إلا على الوجه الفاسد، فيكون غير معتبر، فيفوت شرط الصحة.

قوله: (و لو شرط توقيت المضاربه لم يلزم الشرط و العقد صحيح، لكن ليس للعامل التصرف بعده).

قد سبق تحقيقه فى الشركه و إنما كان العقد صحيحا مع الشرط المذكور، لأنه لم يناف مقتضاه، إذ ليس مقتضاه الإطلاق، بخلاف عدم الضمان بدون التفريط.

قوله: (و لو شرط على العامل المضاربه فى مال آخر، أو يأخذ منه بضاعه أو قرضا، أو يخدمه فى شىء بعينه، فالوجه صحة الشرط).

وجه الصحة: عموم قوله تعالى **أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (١)** و قوله عليه السلام (المؤمنون عند شروطهم) **(٢)** و ليس الشرط محرما و لا منافيا لمقتضى العقد.

و قال الشيخ فى المبسوط: إذا دفع إليه ألفا قراضا على أن يدفع إليه ألفا بضاعه بطل الشرط، لأن العامل فى المضاربه لا يعمل عملا بغير جعل و لا قسط من

ص: ٥٥

١- (١) المائدة: ١. [١]

٢- (٢) الكافي ٥: ٤٠٤، حديث ٨، [٢] التهذيب ٧: ٣٧١، حديث ١٥٠٣، الاستبصار ٣: ٢٣٢، حديث ٨٣٥.

الربح، وإذا بطل الشرط بطل القراض، لأنَّ قسط العامل يكون مجهولاً، لأنَّ المالك إنما جعل له النصف بشرط أن يعمل له عملاً مجاناً، فينتقص من حصه العامل قدر ما يزيد فيه لأجل البضاعة، وهو مجهول (١).

ثم قال: ولو قلنا القراض صحيح و الشرط جائز - لكنه لا يلزم الوفاء به، لأنَّ البضاعة لا يلزم القيام بها - كان قويا (٢). و جزم ابن البراج بفساد القراض و الشرط (٣).

إذا عرفت ذلك فاعلم: أن المصنف (٤) و جماعه (٥) قد صرحوا بصحة القراض و الشرط، و صرح في التحرير بأنَّه لا يلزمه الوفاء به (٦)، و هو حق، فإن العقد جائز من الطرفين، لكن لم يذكروا حكم ما إذا عمل العامل و لم يف بالشرط و ظهر ربح، و الذى يقتضيه النظر أنَّ للمالك الفسخ، لفوات ما جرى عليه التراضى، فيكون للعامل أجره المثل و للمالك الربح كله.

و قول المصنف: (و لو شرط على العامل المضاربه فى مال آخر) المراد به:

مضاربه المالك العامل بحيث يدفع اليه المالك مالا آخر للمضاربه، و كذا قوله: (أو يأخذ منه بضاعه) و قوله (أو يخدمه فى شىء بعينه)، و عبارته المبسوط صريحه فى ذلك (٧)، الا - انه لو شرط ذلك من طرف العامل على المالك فالحكم كما هنا بغير تفاوت، إلا أنَّ

ص: ٥٦

١ - ١) المبسوط ١٩٧: ٣. [١]

٢ - ٢) المبسوط ١٩٧: ٣. [٢]

٣ - ٣) المهدب ٤٦٦: ١.

٤ - ٤) المختلف: ٤٨٣.

٥ - ٥) منهم يحيى بن سعيد فى الجامع للشرائع: ٣١٨، و المحقق فى الشرائع ١٤٥: ٢، و ولد العلامة فخر المحققين فى إيضاح الفوائد ٣٢٠: ٢.

٦ - ٦) تحرير الأحكام ٢٧٩: ١. [٣]

٧ - ٧) المبسوط ١٩٧: ٣.

الثاني: المتعاقدان، ويشترط فيهما: البلوغ، والعقل، وجواز التصرف. ويجوز تعددهما، واتحادهما، وتعدد أحدهما خاصة، وأن يكون الدافع رب المال أو من أذن له، الفسخ هنا بعد العمل - إذا لم يحصل الوفاء بالشرط - يكون للعامل، لأنه إنما رضى بالحصه القليله مع هذا الشرط.

قوله: (الثاني: المتعاقدان، ويشترط فيهما: البلوغ، والعقل، وجواز التصرف).

احترز به عن السفیه و المفلس و العبد.

قوله: (و يجوز تعددهما، واتحادهما، وتعدد أحدهما خاصة).

المراد: تعدد المالك و العامل، ف (تعدد أحدهما) هو: تعدد المالك أو العامل.

فإذا تعدد العامل اشتراط تعيين الحصه لكل منهما، ولا يجب تفصيلها، بل يجوز أن يجعل النصف لهما، فيحكم بالنصف لهما معا بالسويه، لاقتضاء الإطلاق ذلك، و أصاله عدم التفصيل، و به صرح في التذکره (١)، و ان فاوت بينهما صح عندنا، و اشترط التعيين قطعا.

و إن تعدد المالك، فإن استويا في الحصه للعامل، صح و لم يشترط قدر ما لكل منهما. و إن تفاوتتا، و جب تعيين الحصه من كل منهما، و معرفه قدر ما لكل واحد منهما، للجها له بدونه.

قوله: (و أن يكون الدافع رب المال أو من أذن له).

لأن غيرهما ممنوع من التصرف، و هذا العقد قابل للاستنابه، فجاز التوكيل فيه.

ص: ٥٧

فلو ضارب العامل غيره بإذن المالك (أو وكيله خ) صح و كان الأول وكيلا، فإن شرط لنفسه شيئا من الربح لم يجز، لأنه لا مال له ولا عمل. و إن ضارب بغير إذنه بطل الثاني، فإن لم يربح و لا تلف منه شيء رده على المالك و لا شيء له و لا عليه. و إن تلف في يده طالب المالك من شاء منهما، فإن طالب الأول رجوع على الثاني مع علمه، لاستقرار قوله: (فلو ضارب العامل غيره بإذن المالك صح و كان وكيلا، فإن شرط لنفسه شيئا من الربح لم يصح، لأنه لا مال له و لا عمل).

إن قيل: مضاربه آخر بأقل من الحصة المشروطة له عمل، فيستحق الزائد.

قلنا: ليس هو من أعمال المضاربه، لأن أعمالها التجاره بالمال لا المعامله عليه.

قوله: (و إن ضارب بغير إذنه بطل الثاني).

لم أجد التصريح بكون العقد هنا فضوليا يقف على الإجازة فيصح معها، إلا أنه متجه، لأن العقد اللازم إذا لم يقع باطلا لكونه فضوليا، فالجائز أولى.

قوله: (فإن لم يربح و لا تلف منه شيء، رده على المالك و لا شيء له و لا عليه).

كما يجب الرد على العامل الثاني، كذا يجب على العامل الأول، لعدوانه بالتسليم، ولأن (على اليد ما أخذت حتى تؤدي) (1) و المالك بالخيار في مطالبه كل منهما بالرد.

قوله: (و إن تلف في يده، طالب المالك من شاء منهما، فإن طالب الأول رجوع على الثاني مع علمه، لاستقرار

ص: ٥٨

١-١) سنن البيهقي ٩٥:٦، مستدرک الحاكم النيسابوري ٤٧:٢.

التلف في يده، وكذا مع عدم علمه على إشكال ينشأ من الغرور. وإن طالب الثاني رجوع على الأول مع جهله على إشكال لا مع علمه التلف في يده).

و كونه غاصبا، حيث إنّه استقل بإثبات اليد على مال الغير عدوانا مع علمه بالحال.

قوله: (و كذا مع عدم علمه على إشكال، ينشأ من الغرور).

أى: وكذا يرجع الأول على الثاني مع عدم علمه بالحال على إشكال، ينشأ:

من استقرار التلف في يده، و من أنّه مغرور، حيث دخل على أنّه غير ضامن بالتلف، بناء على أنّ المال للعامل الأول، فيكون قرار الضمان عليه، لأنه غارّ، وقد دخل معه على عدم الضمان بالتلف، وهو الأصح، و الاشكال ضعيف جدا.

و قد سبق في الغصب جزم المصنف بأنّ من ترتبت يده على يد الغاصب، و لم يكن في الصورة يد ضمان كالمرتهن، يكون قرار الضمان مع التلف على الأول، و هو الغاصب.

لا يقال: العامل الأول ليس بغاصب و لا يده يد عدوان، و إنّما تعدى بالتسليم بدون إذن المالك.

لأننا نقول: الحكم في الموضوعين واحد، و كذا دليلهما، بل لو ظهر استحقاق مال المضاربه و قد تلف في يد العامل بغير تعدد، فقرار الضمان على الدافع، لأنه دخل معه على أنّ التلف بغير تفريط يكون منه، لأن ذلك حكم المضاربه، فيجب الوفاء به، و لا ريب أنّ الجاهل بالغصب أولى بعدم استقرار الضمان من المقدم على العدوان.

قوله: (و إن طالب الثاني رجوع على الأول مع جهله على إشكال).

ينشأ ممّا ذكرناه، و الأصح الرجوع، لما بيناه.

قوله: (لا مع علمه).

لأنه حينئذ غاصب، و قد استقر التلف في يده، فيكون قرار الضمان عليه.

و ان ربح فللمالك خاصه.

و فى رجوع الثانى على الأول بأجره المثل احتمال. و لو قيل: إن كان الثانى عالما بالحال لم يستحق شيئا، و إن جهل فله أجره المثل على الأول كان وجهها. قوله: (و إن ربح فللمالك خاصه، و فى رجوع الثانى على الأول بأجره المثل احتمال).

وجه الاحتمال: أنه لم يتبرع بالعمل، لأنه إنما عمل فى مقابل الحصة، فحيث لم تسلم له وجبت أجره المثل، و العامل الأول هو الذى عامله، فكان له مطالبته بها.

قوله: (و لو قيل: إن كان الثانى عالما بالحال لم يستحق شيئا و إن جهل فله أجره المثل على الأول، كان وجهها).

سوق العبارة يفهم منه أنّ الاحتمال الذى ذكره سابقا آت على كلّ من تقديرى: علمه بالحال و جهله، حيث أطلق أولا و فضّل ثانيا، و لا شك فى أنّه إذا كان عالما لا يستحق أجره، و قد صرح بذلك فى التذكرة (١).

و يمكن أن لا يريد الإطلاق فى الأول، و إن كان ظاهر اللفظ، بل يكون مراده مجيء الاحتمال فى صورته الجهل.

و وجه الاستحقاق ما سبق، و وجه العدم: أنّ العامل إنما يستحق الحصة من الربح، و على تقدير عدم حصولها لا يستحق شيئا، و هذا الربح فى حكم المعدوم، كذا قال الشارح الفاضل (٢).

و فيه نظر: لأنّ ذلك مع عدم حصول ربح أصلا، لا مع استحقاق شخص آخر له، على أنّ هذا لو تم لكان حق العبارة أن لا يذكر العالم فى قوله: (و لو قيل) إلا أن

ص: ٦٠

١-١) التذكرة ٢:٢٤٠. [١]

٢-٢) إيضاح الفوائد ٢:٣٠٥.

و يحتمل عدم لزوم الشراء إن كان بالعين، وإن كان في الذمه احتمل اختصاص الثاني به، والقسمه بينه وبين العامل الأول في النصف، واختصاص المالك بالآخر إن كان الأول شرط على الثاني أن للمالك النصف والآخر بينهما). يقال: لو لم يذكره لأوهم الاستحقاق مطلقاً، فلما قيده لدفع الوهم حصل خلل آخر.

قوله: (و يحتمل عدم لزوم الشراء إن كان بالعين، وإن كان في الذمه احتمل اختصاص الثاني به، والقسمه بينه وبين العامل الأول في النصف واختصاص المالك بالآخر إن كان الأول شرط على الثاني أن للمالك النصف والآخر بينهما).

هذا الاحتمال في مقابل إطلاق قوله: (و إن ربح فللمالك خاصه) إذ ليس في العبارة ما يصلح أن يكون مقابلاً له سواء، ومقابلته إياه تقتضى أن يكون حكمه بأن الربح للمالك سابقاً مطلقاً، سواء وقع الشراء بالعين أو في الذمه، وسواء نوى بالشراء نفسه أو المالك أو العامل الأول، وقد أطلق العبارة بكونه للمالك في التذكرة (١) كما أطلق هنا، وذكره في التحرير احتمالاً (٢) وتخرجه إنمّا يستقيم على القول بأن ما يربحه الغاصب إذا اشترى في الذمه وسلم المغصوب يقع للمالك، لأن العامل الثاني غاصب إن كان عالماً، وإلا فالغاصب هو الأول، وهو القول القديم للشافعي (٣)، أما على القول بأن الربح في هذه الصورة يقع للغاصب، فلا وجه لهذا أصلاً.

و إذا وقع الشراء بالعين فهو كسواء الفضولي، ووجه هذا الاحتمال: أن الشراء بالعين حيث إنه كسواء الفضولي، ووجب أن لا يكون لازماً ولا نافذاً، بل يقع موقوفاً

ص: ٦١

١-١) التذكرة ٢:٢٤٠. [١]

٢-٢) التحرير ١:٢٧٨. [٢]

٣-٣) المجموع ١٤:٣٧٠، الوجيز ١:٢٢٤.

على الإجازة من المالك.

و أما وجه الاحتمال الأول من الاحتمالين اللذين ذكرهما فيما إذا كان الشراء في الذمه، فلأنَّ الشراء إذا كان في الذمه و لم يذكر المشتري أحدا يقع له، فيستحق الربح كله.

و وجه الثاني في كلام المصنف: أنه اشترى للمضاربه، فوجب أن يقع الشراء لها على حكمها، فيكون للمالك النصف، و النصف الآخر بين العامل الأول و الثاني، إذا شرط الأول على الثاني ذلك.

إلا أن في هذا مناقشتين:

إحداهما: أن المتبادر من عبارته أن الاحتمالين المذكورين متعلقهما واحد، و ليس كذلك، لأنَّ الثاني متعلقه ما إذا علم العامل الثاني بالحال و جرى الشرط عليه كذلك، و فرض المسألة الأولى أعم.

الثانية: إنَّ المصنف قد أسلف أنَّ العامل الأول إذا شرط لنفسه شيئا من الربح لا يستحق شيئا أصلا، لأنه لا مال له و لا عمل، و جزم بذلك. فكيف يتوجَّه هذا الاحتمال؟ و يجاب عن هذا: بأنَّ الجزم بالحكم لا ينافي احتمال مقابله، أو أنَّ ما ذكره سابقا بناء على أنَّ الشراء بعين المال -لأنَّ وضع المضاربه على ذلك- و ما هنا على فرض كون الشراء في الذمه.

و لو سكت عن قوله: (إن كان الأول شرط على الثاني أن للمالك النصف الى آخره) لكان أولى، و يكون هذا هو ما بناه الشيخ رحمه الله في المبسوط (١)، على أن ربح الغاصب كلَّه لربِّ المال، معللا بأنَّ المالك دخل على أن له النصف، فلا يستحق أكثر ممَّا شرط لنفسه، بخلاف الغاصب، لأنَّ ربَّ المال لم يشترط لنفسه أخذ النصف فقط،

ص: ٦٢

فيكون النصف الآخر بين العامل الأول و الثاني نصفين، إن كانت المضاربه بينهما بالنصف، و إلا فعلى حكم ما اشترطاه، لأنّ الشرط إنّما جرى على الربح الحاصل، و لم يحصل إلا النصف، لأنّ النصف الآخر لاستحقاق المالك إياه كأنّه لم يحصل.

لكن على هذا هل يستحق العامل الثاني على الأول نصف أجره المثل مع جهله بالحال؟ يحتمل ذلك، لأنّه دخل على أنّ نصف جميع الربح مثلاً- له، و قد فات نصفه، فيجب نصف أجره المثل. و يحتمل العدم، لأنّ النصف المصروف الى المالك بمنزله المعدوم.

إذا تقرر هذا، فاعلم: أنّ ما ذكره على كل من الاحتمالات لا يجرى على أصولنا، لأنّ الحكم بأنّ ربح ما اشتراه الغاصب في ذمته للمالك ليس مذهبا لنا، و استحقاق العامل الأول مع أنّه لا مال له و لا عمل كذلك.

و التحقيق أن نقول: إما أن يكون الشراء بالعين أو في الذمه، فإن كان بالعين وقف على إجازة المالك، فإن أجاز فالربح كلّ له، لو قوع البيع حينئذ له، و للعامل الثاني على الأول أجره المثل مع جهله.

و إن كان في الذمه، فإن لم ينو أحدا، وقع الشراء له و ضمان المال عليه، لتعديده لمخالفه مقتضى المضاربه و إن صرح بالمالك وقف على إجازته كالعين، و كذا لو نواه على احتمال قريب، لأنّ العقود تابعه للقصود، و إن صرح بالعامل الأول، وقع له بالإذن سابقا، أو بالإجازة مع عدمه، و كذا لو نواه على الاحتمال، فيقع الربح له (١) و عليه (٢) الأجره للثاني مع جهله، إن لم يتعدّ مقتضى المضاربه، لا أن تعدّى، و يكون

ص: ٦٣

١- (١) أى: للأول.

٢- (٢) أى: على الأول.

و لو شرط المريض للعامل ما يزيد عن أجره المثل لم يحتسب الزائد من الثلث، إذ المقيّد بالثلث التفويت و ليس حاصلًا، لا انتفاء الربح حينئذ. و هل المساقاه [كذلك]؟ إشكال، ينشأ: من كون النخلة تثمر بنفسها فهي كالحاصل. المال حينئذ (1) مضمونا عليه (2)، فيكون القرار مع التلف عليه.

قوله: (و لو شرط المريض للعامل ما يزيد على أجره المثل، لم يحتسب الزائد من الثلث، إذ المقيّد بالثلث التفويت، و ليس حاصلًا هنا، لا انتفاء الربح حينئذ).

المراد: أنّ المريض في مرض الموت لو عامل على شيء من ماله مضاربه، و شرط للعامل ما يكون حاصله أزيد من أجره المثل لعمله صحت المضاربه و الشرط، و لم يحتسب الزائد من المشروط عن أجره المثل من الثلث المستثنى للمريض التصرف فيه، بل يكون ذلك ماضيا بكل حال.

و ذلك لأنّ المحسوب من الثلث من المتبرعات، و المقيّد جوازه بكونه ثلثا فما دون من التصرفات إنّما هو التصرف المتضمن لتفويت شيء من مال المريض، و ذلك منتف هنا، لأنّ الربح أمر معدوم متوهم الحصول و ليس مالا للمريض، و إذا حصل بسعي العامل بعد المعامله، حدث القدر المشروط منه على ملكه، فلم يكن للمريض و لا- للورثه في ذلك استحقاق ليعتبر كونه من الثلث.

قوله: (و هل المساقاه كذلك؟ إشكال، ينشأ من كون النخلة تثمر بنفسها فهي كالحاصل).

بخلاف الدراهم فإنّها لا تربح بنفسها من دون استرباح.

ص: ٦٤

١- ١) اي: حين التعدي.

٢- ٢) اي: على الثاني.

و إذا فسد القراض بفوات شرط نفذت التصرفات و كان الربح بأجمعه للمالك، و عليه للعامل أجره المثل إلا إذا فسد، فإن شرط جميع الربح للمالك ففي استحقاق الأجر إشكال ينشأ من رضاه بالسعى مجانا. و من أنه لم يتلف من تركته شيئا، لأن الثمره ليست مالا حال المعامله، و إذا حدثت، حدثت على ملك العامل و المريض، فلم يكن المشروط مالا للمريض، و هذا أقوى.

و الفرق بين هذا و الذى قبله - بأن النخله تثمر بنفسها - ضعيف.

أما أولا: فلأن لسعى العامل أثرا بينا فى ذلك، بل ربما لا يحصل شيء يعتد به بدون العمل.

و أمّا ثانيا: فلأن المتوقع حصوله لا يعدّ مالا، و لا يحسب تفويته على أحد من غاصب و مريض و غيرهما، فإن المريض لو وهب نخله أو أتلفه لم يحسب عليه الثمره قطعا، و إن كان قد قرب زمان ظهورها جدا، مع أنه لو تركها لأثمرت عادة، و كذا الغاصب. و ليس المتنازع فيه بزائد على ذلك، فإنه أحدث ما منع من حدوث الثمره بتمامها على ملكه.

قوله: (و إذا فسد القراض بفوات شرط، نفذت التصرفات، و كان الربح بأجمعه للمالك، و عليه للعامل أجره المثل).

إنما نفذت التصرفات لإذن المالك فيها، و هذا يقتضى اعتبار الإذن الواقع فى العقد الفاسد.

قوله: (إلا إذا فسد: بأن شرط جميع الربح للمالك، ففي استحقاق الأجر إشكال، ينشأ من رضاه بالسعى مجانا).

و من حيث إطلاقهم أنه إذا فسد القراض كان الربح للمالك و للعامل أجره المثل.

الثالث: رأس المال، و شروطه أربعه:

الأول: أن يكون نقدا

الأول: أن يكون نقدا، فلا يصح القراض بالعروض، و لا بالنقره، و لا بالفلوس، و لا بالدراهم المغشوشه. و لو مات المالك و بالمال متاع فأقره الوارث و يضعف: بأن ذلك على تقدير أن لا يدخل بشرط أن لا عوض لعمله، فإذا دخل على ذلك كان متبرعا و إنما قلنا: أنه دخل على ذلك، لأنّ عوض القراض الصحيح منحصر في الحصه من الربح قطعا، فإذا دخل على أنه صحيح و لا حصه له، فقد دخل على أنه لا عوض لعمله، فكيف يستحق أجره؟ و هو الأصح.

قوله: (أن يكون نقدا، فلا يصح القراض بالعروض و لا بالنقره، و لا بالفلوس، و لا بالدراهم المغشوشه).

العروض بضم العين جمع عرض بفتحها ساكن الوسط و يحرك، و هو: المتاع و كل شيء سوى النقدين، ذكر ذلك في القاموس.

(١)

و النقره بضم أوله: القطعه المذابه من الذهب و الفضة.

و المراد بالنقد: الدراهم و الدينانير المضروبه المسكوكه، و إنما لا يصح بالدراهم المغشوشه إذا لم تكن معلومه الصرف بين الناس، فان علم صرفها و جرت في المعامله، جازت المضاربه عليها، سواء كان الغش أقل أو أكثر، خلافا لأبي حنيفه (٢)، و ما عدا ذلك لا تصح المضاربه عليه بإجماعنا و اتفاق أكثر العامه (٣).

قوله: (و لو مات المالك و بالمال متاع، فأقره الوارث

ص: ٦٦

١-١ (١) القاموس ٣٣٤: ٢. [١]

١-٢ (٢) بدائع الصنائع ٨٢: ٦، الوجيز ٢٢١: ١.

١-٣ (٣) المجموع ٣٦١: ١٤، [٢] بدائع الصنائع ٨٢: ٦.

لم يصح. و لو دفع شبكه للصائد بحصه فالصيد للصائد و عليه أجره الشبكه.

الثانى: أن يكون معيناً

الثانى: أن يكون معيناً فلا يجوز على دين فى الذمه. و لو قال له: اعزل المال الذى لى عليك و قد قارضتك عليه ففعل لم يصح).

المراد: أن الوارث أقرّه على كونه عاملاً- بعقد مستأنف [لا-] (١) بالعقد الأول، لامتناع اعتباره، لأنّ المالك الآن غير العاقد، و قد انفسخ العقد بموته، لأنّه جائز من الطرفين.

و إنّما لم يصح إقراره بعقد مستأنف، لفقد شرط رأس المال، فإنّ الفرض أنّه ليس نقداً (٢).

قوله: (و لو دفع شبكه للصائد بحصه، فالصيد للصائد و عليه أجره الشبكه).

هذا بناء على أنّ التوكيل فى تملك المباح لا- يتصور، أو أنّ العامل لم ينو بالتملك إلاّ- نفسه. فلو نوى بالحيازه الملك له و لصاحب الشبكه، و قلنا بحصول الملك بذلك، كان لكلّ منهما الحصه المنويه له، و على كل منهما للآخر من اجره مثل الصائد و الشبكه بحسب ما أصابه من الملك.

قوله: (الثانى: ان يكون معيناً، فلا يجوز على دين فى الذمه) قال فى التذكره: لا نعلم فيه خلافاً (٣).

قوله: (و لو قال له: اعزل المال الذى لى عليك و قد قارضتك عليه،

ص: ٦٧

١- ١) ما بين المعقوفتين لم يرد فى «ك» و «ه»، و أثبتاه من الحجرية لاختلال المعنى بدونه.

٢- ٢) فى «ه»: فإنّ العرض ليس نقداً.

٣- ٣) تذكره الفقهاء ٢٣١: ٢. [١]

و اشترى بعين المال للمضاربه فالشراء له، و كذا إن اشترى في الذمه. و لو أقرضه ألفا شهرا ثم [هو] بعده مضاربه لم يصح، و لو قال:

ضارب به شهرا ثم هو قرض صح. ففعل و اشترى بعين المال للمضاربه فالشراء له، و كذا إن اشترى في الذمه).

لا يخفى بطلان القراض، لوقوعه على الدين لأنه وقع قبل العزل.

ثم إن الأمر بالعزل لا يقتضى تعيين الدين، فيكون باقيا في ذمه المديون و المعزول له، فإذا اشترى للمضاربه بعين المال، كان الشراء له، لأن المال ملكه، و نيه القراض لا أثر لها في الشراء بملكه، و كذا إن اشترى للقراض في الذمه و دفع المال، لأنّ المأذون فيه هو الشراء للقراض لينقد فيه مال القراض، و قد تقرّر أنّ المال الذى في يده له، فإذا اشترى وقع الشراء له، كذا قرّر في التذكرة (١).

و لقائل أن يقول: لم لا يكون الشراء فضوليا يتوقف على الإجازة؟ لأنه قد نواه، و العقود بالقصود.

قوله: (و لو أقرضه ألفا شهرا ثم هو بعده مضاربه لم يصح، و لو قال:

ضارب به شهرا ثم هو قرض صح).

المراد: أنّ المضاربه لا تصح في الأول، بل لا بدّ من تجديد عقد بعد الشهر و قبضه من يد المقترض، لأن القراض على عوض هذا القرض وقت حصوله، فلا تصح هذه الصيغه، إذ ليس يحق الآن، و إنّما هو آئل الى أن يصير حقا و دينا. بخلاف ما لو قال: ضارب به شهرا ثم هو قرض، و المراد أن يقول: خذه مضاربه شهرا كما لا يخفى، فإن المضاربه تصح هنا، لصدور العقد من أهله في محله مستوفيا لشروطه، لأنه المفروض.

هذا حال المضاربه، و أمّا حال القرض، فالظاهر صحته في صورتين:

أمّا في الأولى، فلاّنه لا مانع منه إلا ما يتخيل من ضميمه المضاربه الفاسده

ص: ٦٨

و لو قال:خذ المال الذى على فلان و أعمل به مضاربه لم يصح ما لم يجدد العقد،و كذا لو قال:بع هذه السلعه فإذا نضّ ثمنها فهو قراض.

و لو كان وديعه أو غصبا عند فلان صح. و لو كان قد تلف اليه،و لا أثر لها فى ذلك،لأنها لم تقع على وجه الشرط،و إذا بطلت إحدى المعاملتين لم يجب أن تبطل الأخرى.

و أمّا فى الثانيه،فكما لو آجره مده غير متصله بزمان العقد،و فيه تردد.

و المصنف لم يتعرض لحكم القرض فى التذكره،و إنّما ذكر حكم المضاربه فى الصورتين.

قوله: (و لو قال:خذ المال الذى على فلان و أعمل به مضاربه،لم يصح ما لم يجدد العقد).

لفقد صحه القراض عند إيقاع العقد.

قوله: (و لو كان وديعه أو غصبا عند فلان صح).

أى:لو كان المال الذى قارض عليه عند فلان وديعه أو غصبا صحّ القراض إذا كان المال نقداً،لأنّ كونه فى يد الغير لا يمنع الصحه،و ثبوت الضمان فى الغصب لا. ينافى صحه القراض و إن كان فى الأصل أمانه،خلافاً لبعض العامه (١)،لأنّ الضمان قد يجامع القراض،كما إذا تعدّى العامل فى مال المضاربه.و كونه فى الأصل أمانه لا يمنع ثبوت الضمان بسبب آخر.

و هل يمنع صحه القراض كون المال المغصوب غير مقدور على تسليمه وقت العقد،بحيث إذا تجددت قدره على التسليم يحتاج الى تجديد العقد؟ إطلاق المصنّف الصحه هنا و فى التذكره (٢) يقتضى العدم،و هو محتمل.

قوله: (و لو كان قد تلف

ص: ٦٩

١-١) المجموع ٣٦٣:١٤،المغنى لابن قدامه ١٩١:٥.

٢-٢) تذكره الفقهاء ٢٣١:٢. [١]

لم يصحح و كذا يصح لو كان فى يده وديعه أو غضب لم يتلف عينه فصاربه المالك به، و الأقرب زوال الضمان بالعقد، و يحتمل بقاؤه إلى الأداء ثمنا عما يشتره. لم يصح).

أى: لو كان المال الذى عند فلان وديعه أو غضبا قد تلف وقت العقد، لم يصح العقد و إن كان تلف الوديعه على وجه مضمون لفقد الشرط.

و لو تلف بعد العقد، فهل يبقى القراض، فيأخذ البدل حيث يجب على حكمه؟ يحتمل ذلك، فإن ذهب العين بعد صحه العقد لا يقتضى البطلان، لأن بناء عقد المضاربه على إذهب العين. و لو غضب المال غاصب فأتلفه، فالحكم ما ذكرناه.

قوله: (و كذا يصح لو كان فى يده وديعه أو غضب لم تتلف عينه فصاربه المالك به، و الأقرب زوال الضمان بالعقد، و يحتمل بقاؤه إلى الأداء ثمنا عما يشتره).

أى: لو ضارب الغاصب بالمال الذى فى يده، فلا كلام فى الصحه.

و هل يزول الضمان؟ الأقرب عند المصنف ذلك، لزوال العدوان بالإذن فى إثبات اليد عليه، و هو يقتضى زوال الضمان.

و فيه نظر، لأنّ علّه الثبوت لا يجب أن يكون انتفاؤها علّه لزوال الحكم، فإنّ علل الشرع معرّفات.

و لأنّ مال القراض أمانه، فيجب زوال الضمان، لامتناع ثبوته مع وجود المقتضى لكونه أمانه.

و فيه نظر، لأنّ كونه أمانه إنّما هو بمقتضى القراض من حيث هو هو، و لا يمتنع ثبوت الضمان بسبب آخر، لأصالة عدم المنافاه، و لأنّ الضمان قد يجامعه، و ذلك إذا تعدّى العامل.

لا يقال: العامل و كيل للمالك فى التصرف، فيده يده، و المال المضمون يسقط ضمانه بوصوله إلى يد المالك.

و لو دفع اليه كيسين فقال: قارضتك على أحدهما و الآخر وديعه و لم يعين، أو قارضتك على أيهما شئت لم يصح.

الثالث: أن يكون معلوما

الثالث: أن يكون معلوما، فلا يصح على المجهول قدره، لأننا نقول: في القراض معنى الوكاله و ليس وكاله، و يد العامل غير متمخضه للمالك، و إنما هي يد مصلحتها عائده إلى نفسه، و هي الغرض الأصلي (١) له، و إن تضمنت مصلحه للمالك.

و الأقرب بقاء الضمان، للاستصحاب - حتى يحصل الناقل -، و لقوله عليه السلام: «على اليد ما أخذت حتى تؤدى» (٢)، حكم باستمرار الضمان الى زمان الأداء، أداء المال إلى البائع ثمنا، لأن الضمان متعلق بالمدفوع و قد خرج عن الملك، و المبيع مال تجدد على حكم الأمانه، و لا خلاف في هذا.

قوله: (و لو دفع اليه كيسين، فقال: قارضتك على أحدهما و الآخر وديعه و لم يعين، أو قال: قارضتك على أيهما شئت، لم يصح).

لانتفاء التعيين الذي هو شرط في القراض، و لا فرق بين أن يكون كل من المالين اللذين في الكيسين مساويا للآخر جنسا و قدرا أولا، خلافا لبعض الشافعية، حيث حكم بالصحة مع التساوى (٣).

أما المشاع فيصح القراض به، لأنه معين، و كذا الغائب عنهما وقت العقد، و قد سبق مثله في المغصوب.

و لو أفرط البعد، فظاهر إطلاقهم عدم منافاته الصحة.

قوله: (الثالث: أن يكون معلوما، فلا يصح على المجهول قدره).

لأن جهالته تقتضى جهاله الربح، و لأن المسامحه في الربح لامتناع العلم

ص: ٧١

١ - ١) في (٥): الأعلى.

٢ - ٢) سنن البيهقي ٢: ٩٥، المستدرک على الصحيحين ٢: ٤٧، مستدرک الوسائل ٣: ١٤٥.

٣ - ٣) الوجيز ١: ٢٢١، المجموع ١٤: ٣٥٨.

و فى المشاهده إشكال، فإن جوزناه فالقول قول العامل مع يمينه فى قدره.

الرابع: أن يكون مسلماً فى يد العامل

الرابع: أن يكون مسلماً فى يد العامل، فلو شرط المالك أن تكون يده عليه لم يصح. بقدره قبل حصوله و اغتفار هذا النوع من الغرر للضرورة لا يقتضى المسامحه بكل جهاله، فالعقود إنما تستفاد بتوقيت الشارع. و لا فرق بين إمكان استعلامها بعد العقد و عدمه، لأن ذلك لا يدفع الجهاله حال العقد، و لأنه ربّما طراً ما يمنع العلم بقدرها.

قوله: (و فى المشاهده إشكال، فإن جوزناه فالقول قول العامل مع يمينه فى قدره).

ينشأ الإشكال: من زوال معظم الغرر بالمشاهده، و من بقاء الجهاله معها.

و اكتفى الشيخ رحمه الله فى المبسوط بالمشاهده (١) و نفاه فى الخلاف (٢)، و هو الأصح، اقتصاراً على محلّ الدليل.

و لا- يخفى أنّ القول قول العامل مع يمينه لو اختلف هو و ربّ المال فى قدره، لأنه منكسر، سواء قلنا بالجواز مع المشاهده أم لا، فقول المصنف: (فإن جوزناه الى آخره) لا يخلو من شيء.

قوله: (الرابع (٣): أن يكون مسلماً فى يد العامل، فلو شرط المالك أن تكون يده عليه لم يصح).

لأنّ ذلك خلاف وضع المضاربه، و يظهر من عباره المصنف فى التذكرة جواز جعل مال القراض فى يد المالك، فإنه قال: الأقرب عندى أنه لا يشترط فى القراض إن يكون مسلماً إلى العامل، بحيث تستقل يده عليه و ينفرد بالتصرف فيه عن المالك

ص: ٧٢

١- ١) المبسوط ١٩٤: ٣.

٢- ٢) الخلاف ١١٦: ٢ مسألة ١٧ كتاب القراض.

٣- ٣) أى: الشرط الرابع من الركن الثالث.

أما لو شرط أن يكون مشاركا في اليد، أو يراجعه في التصرف، أو يراجع مشرفه فالأقرب الجواز. وغيره، فلو شرط المالك أن يكون الكيس في يده يوفى الثمن منه إذا اشترى العامل شيئا جاز (1). وهذا مخالف لما هنا، لأنه منع الاستقلال باليد و جوز المشاركة، وما ذكره في التذكرة يقتضى جواز استقلال المالك باليد من دون العامل إذا عرفت ذلك فاعلم:

أن الاحتجاج على عدم جواز استقلال المالك باليد: بأنه خلاف وضع المضاربه، موضع تأمل.

لأنه إن أريد بوضع المضاربه مقتضى العقد، فلا نسلم أن العقد يقتضى ذلك، لأنه معاملته على المال بحصه من ربحه، وهذا يتحقق مع كون المال في يد المالك، و العامل يتردد في الشراء و البيع و توابعهما.

و إن أريد بالوضع أن الغالب في العادات ذلك، لم يقدح ذلك في جواز المخالفه، لأن جريان العاده بذلك لكون الغالب أمانه العامل، فإذا اتفق كونه خائنا، لم يمنع المالك من التوثق لماله.

و مع هذا فأول عبارته التذكرة يلوح من مفهومه أن العامل لا- بد له من يد في الجملة، ولا- ريب أن مراعاة كونه ذا يد على المال، أولى و أبعد من الريب.

قوله: (أما لو شرط أن يكون مشاركا في اليد، أو يراجعه في التصرف، أو يراجع مشرفه، فالأقرب الجواز).

وجه القرب: أن هذه شروط سائغه لا- تخالف الكتاب و السنه، فإن توثق الإنسان على ماله بحفظه في يده أو يد من يثق به أمر مطلوب، و قد تدعو الضروره إلى الاستعانه بالخائن في المعاملات لحذقه، و لو لم يشرع هذا الشرط لزم تضرر المالك:

إما بتسليم ماله الى من لا يوثق به، و إما بترك التجاره، و كلاهما ضرر.

ص: ٧٣

و لو شرط أن يعمل معه غلام المالك جاز.

الرابع: العمل

الرابع: العمل، و هو عوض الربح، و شروطه: أن يكون تجاره، فلا يصح على الطبخ و الخبز و الحرف. و يحتمل العدم، لأنه ربّما لم يجده عند الحاجة، أو لم يساعده على رأيه، فيفوت عليه التصرف الربح، و القراض موضوع تمهيدا أو توسيعا لطريق التجاره، و لذلك احتمل فيه ضروب من الجهاله، فيصان عمّا يخل بمقصوده، و ينتقض ذلك بما إذا عين المالك له نوعا من التصرف، فإنّه يجوز مع وجود المحذور فيه.

قوله: (و لو شرط أن يعمل معه غلام المالك جاز).

لعموم: (المؤمنون عند شروطهم) (1) و المراد بالغلام هنا المملوك، سواء شرط له حصه من الربح أم لا- لأنّ المشروط حينئذ للمالك. أمّا الغلام الحر فإنّه عامل، فيشترط فيه ما يشترط في العامل. و لو شرط أن يعمل معه المالك، ففي صحته نظر.

قوله: (الرابع: العمل، و هو: عوض الربح، و شرطه أن يكون تجاره، فلا يصح على الطبخ و الخبز و الحرف).

أى: شرط صحه عقد القراض أنّ يكون العمل المشروط على العامل الذى يقع عليه الحصة من الربح من جملة التجاره و توابعها.

فلو قارضه على أن يشتري الحنطه و يطحنها و يخبزها، و الطعام ليطبخه، و الغزل لينسجه، و الثوب ليقصره أو يصبغه، و نحو ذلك من الحرف و الصنائع التى ليست تجاره و لا- هى من توابعها، لم يصحّ، لأنّ وضع القراض على الاسترباح بالتجاره لا بالصنعه و الحرفه.

و لو فعل العامل هذه الأعمال من غير شرط صحّ. و لا يخرج الدقيق و لا الخبز و لا المطبوخ و لا الثوب المنسوج أو المقصور أو المصبوغ عن كونه رأس مال القراض،

ص: ٧٤

١- (١) التهذيب ٧: ٣٧١ حديث ١٥٠٣، الاستبصار ٣: ٢٣٢ حديث ٨٣٥.

أما النقل و الكيل و الوزن و لواحق التجاره فإنها تبع للتجاره، و التجاره:هى الاسترباح بالبيع و الشراء لا بالحرف و الصنائع. و إذا أذن فى التصرف و أطلق اقتضى الإطلاق ما يتولاه المالك من عرض القماش، و نشره و طيه، و إحرازه، و بيعه، و قبض ثمنه، و إيداعه الصندوق، و استئجار ما يعتاد الاستئجار له كالدلال و الوزان و الحمال.

و لو استأجر لما تجب عليه مباشرته فالأجره عليه خاصه.

و لو عمل بنفسه ما يستأجر له عادة لم يستحق أجره. و القراض بحاله، كما لو سمن عبد القراض أو تعلم صنعه.

قوله: (أما النقل و الكيل و الوزن و لواحق التجاره، فإنها تبع للتجاره، و التجاره هى:الاسترباح بالبيع و الشراء، لا بالحرف و الصنائع).

فلو عقد القراض على ذلك وقع الموقع.

قوله: (و إذا أذن فى التصرف و أطلق، اقتضى الإطلاق ما يتولاه المالك:من عرض القماش، و نشره، و طيه، و إحرازه، و بيعه، و قبض ثمنه و إيداعه الصندوق، و استئجار ما يعتاد الاستئجار له كالدلال و الوزان و الحمال).

و لو استأجر لما يجب عليه مباشرته فالأجره عليه خاصه. و لو عمل بنفسه ما يستأجر له عادة لم يستحق أجره).

لما كان القراض معامله على المال للاسترباح به بالتجاره، كان إطلاق العقد مقتضيا لفعل ما يتولاه المالك فى التجاره:من عرض القماش على المشتريين و الراغبين، و نشره، و طيه، و إحرازه، و بيعه و قبض ثمنه، و إيداعه الصندوق، و وزن ما يخف كالذهب و المسك و العود و نحو ذلك.

و هذا النوع لو استأجر عليه كانت الأجره عليه خاصه، لأن ذلك عليه، فعليه تحصيله بأى وجه كان.

و لو شرط عليه ما تنضيق التجاره بسببه لزم، فإن تعدى ضمن، كما لو شرط أن لا يشتري إلا ثوبا معيناً، أو ثمره بستان معين، أو لا يشتري إلا من زيد، أو لا يبيع إلا عليه، و سواء كان وجود ما عينه أمّياً ما جرت العاده بالاستتجار عليه - كوزن الأمتعه الثقيله و حملها، و نقل المتاع الثقيل الى الحانوت و النداء عليه - فإن له أن يستأجر عليه، حملاً للإطلاق على المعتاد.

و لو عمل هذا النوع بنفسه لم يستحق أجره، لأنه متبرع في ذلك و لو عمل على قصد الأجره ففي الاستحقاق نظر.

و ينبغي إن قلنا: إن الوكيل في البيع يجوز أن يبيع لنفسه، و الوكيل في الشراء يشتري من نفسه، أن نقول بجواز استتجاره نفسه لذلك العمل هنا، و لو أذن له المالك في ذلك فلا بحث.

إذا عرفت ذلك، فاعلم إن قول المصنف: (و إذا أذن في التصرف و أطلق) يتبادر منه أنه لا بد من إذن المالك للعامل في التصرف.

و ليس كذلك، بل الإذن الذي تضمنه عقد القراض، كاف، و كأنه أراد به ذلك، و إن كان ظاهر العبارة قد يوهم خلافه و لو قال: و لو كان الإذن الذي تضمنه العقد مطلقاً الى آخره، لانتفى هذا الإيهام.

و كذا قوله: (و استتجار ما يعتاد الاستتجار له) فيه تسامح، و كان الأولى أن يقول: و الاستتجار لما يعتاد الاستتجار له.

قوله: (و لو شرط عليه ما تنضيق التجاره بسببه لزم، فإن تعدى ضمن، كما لو شرط أن لا يشتري إلا ثوبا معيناً أو ثمره بستان معين، أو لا يشتري إلا من زيد أو لا يبيع إلا عليه، و سواء كان وجود ما عينه

عاما أو نادرا. و لو شرط الأجل لم يلزم، و لو قال: إن مضت سنه فلا تشتت بعدها و بع صح، و كذا العكس. و لو قال: على أنى لا أملك فيها منعك لم يصح. و لو شرط أن يشتري أصلا يشتركان فى نمائه كالشجر و الغنم فالأقرب الفساد، لأن مقتضى القراض التصرف فى عاما أو نادرا).

لا خلاف فى جواز هذه الشروط و لزومها عندنا، و إطلاق الأخبار الصحيحه يقتضى ذلك، مثل صحيحه الحلبي عن الصادق عليه السلام (١) و غيرها، و خالف فى ذلك الشافعي (٢) و مالك (٣).

قوله: (و لو شرط الأجل لم يلزم).

قد سبقت هذه المسأله، و إنما أعادها ليبنى عليها.

قوله: (و لو قال: إن مضت سنه فلا تشتت بعدها. و بع صح، و كذا العكس).

وجه الصحه: إنه إذا كان له المنع من البيع و الشراء بعد السنه، فله المنع من أحدهما خاصه بطريق أولى.

قوله: (و لو قال: على أنى لا أملك فيها منعك لم يصح).

لأنّ القراض من العقود الجائزه من الطرفين، لكلّ من المتعاقدين فسخه، فإذا شرط عدم التمكّن من المنع، فقد شرط ما ينافى مقتضى العقد، فكان فاسدا.

قوله: (و لو شرط أن يشتري أصلا يشتركان فى نمائه، كالشجر أو الغنم، فالأقرب الفساد، لأنّ مقتضى القراض التصرف فى

ص: ٧٧

١- ١) الكافي ٥: ٢٤٠ حديث ١، التهذيب ٧: ١٩٠ حديث ٨٣٨.

٢- ٢) المجموع ١٤: ٣٧٩، الوجيز: ٢٢٢.

٣- ٣) المدونه الكبرى ٥: ١١٩.

الخامس: الربح

إشارة

الخامس: الربح، و شروطه أربعة:

الأول: أن يكون مخصوصا بالمتعاقدين

الأول: أن يكون مخصوصا بالمتعاقدين، فلو شرط جزء منه لأجنبي: فإن كان عاملا صح، وإلا بطل. و لو شرط لغلامه حصه معهما صح، سواء عمل الغلام أو لا. رأس المال).

أى: لتحصيل الربح بالتصرف، و فوائد ما ذكر تحصل من عين المال لا- من تصرف العامل، و لأن مقتضى القراض الاسترباح بالتجاره، و ليس موضع النزاع كذلك، فلا يصحّ القراض عليه، و هو الأصح.

و يحتمل ضعيفا الصحة، لأن ذلك حصل بسعى العامل، و هو شراؤه الشجر و الغنم، و ذلك من جملة الاسترباح بالتجاره.

و ضعفه ظاهر، لأنّ الحاصل بالتجاره هو زياده قيمه لما وقع عليه العقد، لا نماؤه الحاصل مع بقاء عين المال. فعلى الفساد يصحّ الشراء بالإذن و يكون النماء بأجمعه للمالك، لأنه نماء ملكه، و عليه أجره المثل للعامل.

قوله: (الخامس: الربح، و شروطه أربعة:

الأول: ان يكون مخصوصا بالمتعاقدين، فلو شرط جزءا منه لأجنبي، فإن كان عاملا صحّ، وإلا بطل).

المراد بالأجنبي: من عدا المتعاقدين، و إنما لم يصحّ إذا لم يكن عاملا، لأنه خلاف وضع القراض، لأنّ وضعه على أنّ الربح للمالك بماله و للعامل بعمله.

و المراد بكونه عاملا: اشتراط شيء من العمل عليه فى مقابل الربح المشروط له، و لا بدّ من تعيين العمل المشروط عليه، و كونه من أعمال التجاره.

قوله: (و لو شرط لغلامه حصه معهما صحّ سواء عمل الغلام أو لا).

المراد بالغلام هنا: العبد، فإنّ المشروط له مشروط لسيدّه فى الحقيقة، و من ثمّ

الثانى: أن يكون مشتركا، فلو قال: خذه قراضا على ان الربح لك أو لى بطل. أما لو قال: خذه فاتجر به على أن الربح لك كان قرضا، و لو قال: على أن الربح لم يشترط أن يعمل، بخلاف الحرّ، فإنّه لكون المشروط يقع له، يشترط أن يكون عاملا. و لا فرق فى ذلك بين كون الحصه المشروطه لغلام المالك أو لغلام العامل، لما قدّمناه، و عباره الكتاب تحتل الأمرين.

قوله: (الثانى: أن يكون مشتركا، فلو قال: خذه قراضا على أنّ الربح لك أو لى، بطل).

لأنّ مقتضى القراض الاشتراك فى الربح، فإذا شرط خلاف مقتضاه بطل العقد، فيكون قراضا فاسدا تجرى عليه أحكامه.

و فى وجه للشافعيه (1) أنه يصحّ قرضا فى الصوره الاولى و بضاعه فى الثانيه، نظرا إلى المعنى:

فعلى الأول الربح كلّه للمالك، و عليه اجره المثل للعامل فى الصوره الأولى إجماعا دون الثانيه على الأصح كما تقدم، و المال أمانه فى يده.

و على الثانى يكون الربح للعامل و المال مضمون عليه فى الصوره الأولى خاصه.

و ينبغى أن يكون هذا إذا لم يقصد القرض، فإن قصده فقبل العامل صحّ، لأنّ صحه القرض يكفى فيها اللفظ الدالّ على تمليك المال بعوض فيترتب عليه حكمه. و لو حكمنا بالفساد، لكان المال مضمونا و لم يملك الربح.

قوله: (أما لو قال: خذه فاتجر به على أنّ الربح لك، كان قرضا، و لو قال: على أنّ الربح

لى كان بضاعه.

الثالث: أن يكون معلوما

الثالث: أن يكون معلوما، فلو قال: على أن لك مثل ما شرطه فلان لعامله و لم يعلمه أحدهما بطل. و لو قال: على أن الربح بيننا فهو تنصيف، و كذا: خذه على لى كان بضاعه).

بخلاف ما سبق، و الفرق: التصريح بكونه قراضا فى الأول دون ما هنا.

و ينبغى أن يكون هذا الحكم إذا أطلق المال و لم يقصد شيئا غير مقتضى اللفظ، فإن قصد القراض فكما سبق. و لو وقع النزاع بينه و بين العامل، احتمل ترجيح جانب العامل، عملا بظاهر اللفظ.

قوله: (الثالث: أن يكون معلوما، فلو قال: على أن لك مثل ما شرطه فلان لعامله و لم يعلمه أحدهما، بطل).

المراد: و جهله أحدهما، سواء أمكن استعماله بعد ذلك أم لا، لفقد الشرط حال العقد.

فإن قيل: سيأتى إن شاء الله تعالى: أن جهلهما بالحساب فى المسائل الآتية لا يضر، فما الفرق؟ قلنا: لعلة تخيل أن شرط فلان لا يوثق باستعماله، لإمكان تعذر الوصول إليهما بموت أو غيبه أو نسيانهما، بخلاف جهلهما بالحساب، للقطع بإمكان الاستعلام.

قوله: (و لو قال: على أن الربح بيننا، فهو تنصيف).

لأصالة عدم التفاضل، مع استواء نسبتها إلى السبب المقتضى للاستحقاق، و قد سبق مثله غير مره.

و للشافعية (1) وجه بالبطلان، لأن البيته تصدق مع التفاوت.

و فيه نظر، لأن الكلام فى حال الإطلاق، و لا يخفى أن الذى يقتضيه الدليل ذلك، كما لو أقر مقر بأن المال بين هذين.

قوله: (و كذا: خذه على

ص: ٨٠

النصف، أو على أن لك النصف و إن سكت عن حصته. أما لو قال: على أن لي النصف و سكت عن حصه العامل بطل على إشكال. و لو قال: على أن لك الثلث و لي النصف و سكت عن السدس النصف).

أى: هو تنصيف فيصح. و فيه نظر، لأنّ الشرط يحتمل كونه للمالك، فيكون العامل مسكوتا عن نصيبه، و الأصح فيه البطلان على ما سيأتي إن شاء الله تعالى.

و تخيّل أنّ المحتاج إلى الاشتراط هو حق العامل، فيحمل الإطلاق عليه - ضعيف، لأنّ الاحتياج إلى تعيينه لا يكفي في كون المذكور مختصا به، إذ استدعاء المقام لا دلالة له [له] (1) على قصد المتعاقدين.

قوله: (أو على أن لك النصف و إن سكت عن حصته).

أى: عن حصه نفسه، إذ العاقد هو المالك، و الربح كلّ حق له، فإذا شرط بعضه للعامل، بقي الباقي له بحكم الأصل كما سبق.

قوله: (أما لو قال: على أن لي النصف و سكت عن حصه العامل).

بطل على إشكال).

ينشأ: من فهم أنّ المسكوت عنه للعامل، نظرا إلى العرف، و تخصيص استحقاقه النصف بالذكر.

و من ضعف دلالة المفهوم، و منع استقرار العرف على ذلك، و لا يكفي لثبوت الشرط أمثال هذه التوهمات، و الأصحّ البطلان.

قوله: (و لو قال: على أن لك الثلث و لي النصف و سكت عن السدس،

ص: ٨١

(١ - ١) ما بين المعقوفين لم يرد في نسختي «ك» و «ه» و أثبتناه من الحجرى لاقتضاء السياق له.

صح، و كان للمالك. و لو قال: خذه مضاربه على الربع أو الثلث صح، و كان تقدير النصيب للعامل. و لو قال: لك ثلث الربح و ثلث ما بقى صح، و كان له خمسة أتساع، لأنه معناه. و لو قال: لك ثلث الربح و ربع ما بقى فله النصف. صح و كان للمالك).

لتعارض المفهومين، فيبقى أصل الاستحقاق بغير معارض.

قوله: (و لو قال: خذه مضاربه على الربع أو الثلث صح، و كان تقدير النصيب للعامل).

هذه هي المسألة التي سبقت آنفاً، لكن غاير الغرض هنا و زاد التعليل.

و معناه: أنّ النصيب المقدر منزّل على أنّه للعامل، لأنه المحتاج إلى تقدير نصيبه دون المالك، لاستحقاقه بالأصل، و قد سبق ما يغني عن الإعادة. و المتّجه في الموضوعين البطلان.

قوله: (و لو قال: لك ثلث الربح و ثلث ما بقى، صح و كان له خمسة أتساع، لأنه معناه).

وجهه: أنه لا بدّ من عدد له ثلث، و لما يبقى منه بعد الثلث ثلث، و ذلك مضروب ثلاثة في ثلاثة، فنلثه ثلاثة و ثلث الباقي اثنان، و ذلك خمسة أتساع المجموع.

قوله: (و لو قال: لك ثلث الربح و ربع ما بقى، فله النصف).

و ذلك لأنه لا بدّ من عدد له ثلث، و لما يبقى منه ربع و هو ستة- لأنّ الباقي بعد الثلث اثنان- انكسر في مخرج الربع، و بينهما موافقه بالنصف، فيضرب الوفق من الأربعة في الأصل يبلغ ذلك.

و لو قال: لك الربع و ربع ما بقى فله ثلاثه اثمان و نصف ثمن، سواء عرفا الحساب أو جهلاه، لأنه أجزاء معلومه.

الرابع: أن يكون مقدرا بالجزئيه

الرابع: أن يكون مقدرا بالجزئيه لا- بالتقدير كالنصف أو الثلث، فلو قال: على أن لك من الربح مائه و الباقي لى، أو قوله: (و لو قال: لك الربع و ربع ما بقى، فله ثلاثه اثمان و نصف ثمن).

و ذلك لأن ما يبقى بعد الربع- هو ثلاثه- انكسر فى مخرج الربع و لا وفق، فتضرب أربعه فى أربعه.

قوله: (سواء عرفا الحساب أو جهلاه، لأنه أجزاء معلومه).

أى: العلم بها أمر محقق الوجود، و استشكل شيخنا الشهيد صحه ذلك بانتفاء القصد لانتفاء العلم، و اختلاف الأغراض باختلاف حاصل الحساب، و لأنه بمنزله من لقن لغه لا يعلمها.

و قد سبق فى كتاب البيع فتوى المصنف ببطلان ما لو باعه بأربعه إلا ما يخص واحدا إذا لم يعلماه بالجبر و المقابله، أو غير ذلك من الطرق، مع أن العلم به بالقوه محقق.

و توهم كون ذلك مفروضا فيما إذا تعدر الحاسب و نحوه ليس بشىء، لأنه أكثرى الوجود، مع أن ما يقال هناك يأتي بعينه هنا، إلا أن يفرق بأن هذا العقد لكونه جائزا يحتمل فيه ما لا يحتمل فى غيره، و فيه ما فيه.

قوله: (الرابع: أن يكون مقدرا بالجزئيه).

المراد: الجزئيه المعلومه كما تقدم فى المساقاه.

قوله: (كالنصف أو الثلث، فلو قال: على أن لك من الربح مائه و الباقي لى،

بالعكس، أو على أنّ لك ربح هذه الألف و لى ربح الأخرى، أو لك نصف الربح إلاّ عشرة دراهم، أو و عشرة، أو على أنّ لى ربح أحد الثوبين، أو إحدى السفرتين، أو ربح تجاره شهر كذا بطل، و كذا لو قال: على أنّ لك مائه و الباقي بيننا. و يصح لو قال: على أنّ لك ربح نصفه، أو بالعكس).

إنّما لم يصحّ هنا، لأنّه ربّما لم يربح إلاّ ذلك القدر، فيلزم أن يختصّ به أحدهما، و هو خلاف مقتضى العقد.

قوله: (أو على أنّ لك ربح هذه الألف و لى ربح الأخرى).

لأنّ ذلك خلاف وضع القراض، لأنّ كلاًّ منهما مال قراض و لا اشتراك فى ربحه، و لأنّه ربّما اختصت إحدى الألفين بالربح فيختص أحدهما به، و هذا الحكم على ما فرضه المصنّف واضح لا إشكال فيه.

أمّا إذا قال: لك ربح ألف و لى ربح ألف، فإن كانا (١) ممتزجين أو قصدا (٢) المزج فإنّه يصحّ، لأنّ ذلك معناه: تنصيف الربح. و إن شرطا تميّزهما، فالبطلان كما سبق، و كذا لو أراداه بعقد الشرط.

قوله: (أو لك نصف الرّبح إلاّ عشرة دراهم، أو و عشرة، أو على أنّ لى ربح أحد الثوبين، أو إحدى السفرتين، أو ربح تجاره شهر كذا، بطل).

وجه البطلان: عدم الوثوق بحصول ذلك القدر المعيّن -سواء كان مستثنى أو مضموما- و لمخالفه الشروط الباقيه مقتضى القراض.

قوله: (و كذا لو قال: على أنّ لك مائه و الباقي بيننا).

أى: و كذا لا يصحّ ذلك، لعدم الوثوق بحصول المعين.

قوله: (و يصحّ لو قال: على أنّ لك ربح نصفه أو

ص: ٨٤

١- ١) فى «ك» و «ه»: كان. و ما أثبتناه من مفتاح الكرامه ٧:٤٥٥ [١] نقلا عن جامع المقاصد و هو الصحيح.

٢- ٢) فى «ك» و «ه»: قصد. و ما أثبتناه من مفتاح الكرامه ٧:٤٥٥ [٢] نقلا عن جامع المقاصد و هو الصحيح.

الفصل الثاني: فى الأحكام

إشاره

الفصل الثانى: فى الأحكام، و مطالبه أربعه:

الأول: العامل كالوكيل فى تنفيذ تصرفه بالغبطه

الأول: العامل كالوكيل فى تنفيذ تصرفه بالغبطه، فليس له التصرف بالغبن، و لا بالنسيئه بيعا و لا شراء، إلا مع عموم الاذن كافعل ما شئت، أو خصوصه، نصف ربحه).

فى بعض الحواشى المنسوبه إلى شيخنا الشهيد: أنّ بعض العامه فرق بين الصورتين، فأبطل ما إذا شرط له ربح النصف، لإمكان أن لا يربح إلا نصف المال، فيختص به العامل، و ربما ربح أكثر من النصف، فلا تكون الحصه معلومه.

و ردّه: بأن الإشاره ليست إلى نصف معين، بل إلى مبهم، فإذا ربح أحد النصفين، فذلك الذى ربح هو المال، و الذى لم يربح لا اعتداد به.

و هذا حق إن لم يرد بربح نصفه ربح مجموع النصف أى نصف كان، أما إذا أريد هذا، فحقه أن يبطل، للمحذور السابق.

قوله: (الفصل الثانى: فى الأحكام، و مطالبه أربعه:

الأول: العامل كالوكيل فى تنفيذ تصرفه بالغبطه، فليس له التصرف بالغبن و لا بالنسيئه بيعا و لا شراء، إلا مع عموم الإذن - كافعل ما شئت - أو مع خصوصه).

لمّا كان الغرض الأقصى من القراض تحصيل الربح و الفائدة، و يجب أن يكون تصرف العامل مقصورا على ما يحصل هذه الفائدة، فيمنع من التصرف المؤدى الى ما يصاد هذا الغرض، و يجب مع ذلك رعايه الغبطه للمالك، لأنّ العامل كالوكيل، فليس له التصرف بالغبن بما لا يتغابن به الناس غالبا بيعا و لا شراء، لمنافاه ذلك لمقصود القراض الأقصى، و هو تحصيل الربح غالبا.

و لو ندر اشتمال التصرف بالغبن على الغبطه - كما يعتاده التجاره فى

المعاوضات: فإنهم إذا اشتروا مال تاجر بزيادة ربما كان وسيله إلى رغبته في شراء مالهم بزيادة، حيث يجعل ثمن أحد العوضين ثمنا للعوض الآخر- فهل يجوز؟ ظاهر إطلاق العبارة عدم الجواز، وكأنه لندور هذا الغرض.

و كذا ليس له أن يبيع نسيئه، وإن كان فيه ربح بل هو مظنه الربح لم يجز، لما فيه من التغيرير بمال المالك. ولو احتاط بأخذ رهن أو شراء شيء من مال المشتري بثمن لا ينقص عن ثمن المبيع مؤجل إلى أجله، ففي الجواز احتمال.

و كذا ليس له أن يشتري نسيئه، لأنه ربما يتلف رأس المال بغير تفريط، فيبقى الثمن في ذمه المالك، وذلك ضرر. ولأن عقد القراض يقتضى الشراء بالعين، و النسيئه تنافى ذلك، فلا يكون مأذونا فيها.

فإن قيل: المصنف جعل الشراء بالنسيئه مما لا غبطه فيه، مع أن الواقع بخلافه.

قلنا: قد بينا أنه لا غبطه فيه، لاحتمال تلف المال و بقاء الثمن في الذمه.

فإن قيل: فكيف كان الشراء نسيئه في الوكيل غبطه؟ قلنا: لأنه ليس من لوازم الوكالة في الشراء تسليم المال.

و هذا الحكم إنما هو مع إطلاق الإذن الذى تضمنه عقد القراض، أما لو عمم له الإذن، كما لو قال له: اعمل برأيتك أو بما رأيت أو كيف شئت، فإن له أن يفعل ذلك و كل ما يتناوله العموم، وقد عرفت سابقا وجه الفرق بين العموم و الإطلاق. و لو خصّ الإذن بشيء تولاه و إن كان خلاف المصلحه.

إذا عرفت ذلك فاعلم: أن قول المصنف: (العامل كالوكيل فى تنفيذ تصرفه بالغبطه) لا يراد منه المساواه بينهما فى ذلك مطلقا، بل تصرف العامل دائر مع الربح، فيشتري المعيب مع حصول الغرض به، و يبيع بالغرض كذلك، و بغير نقد البلد مع الغبطه على أقرب الوجهين، إذ لا يقصر عن الغرض، و هو الذى مال إليه المصنف فى

فإن فعل لا- معه وقف على الإجازة، والأقرب أنه يضمن قيمه، لأنه لم يفت بالبيع أكثر منها، ولا يتحفظ بتركه سواها، وزياده الثمن حصلت بتفريطه فلا يضمنها. التذكرة، حيث قال في سياق ذلك: و ليس بعيدا من الصواب اعتبار المصلحه (1). و هذا كله بخلاف حكم الوكيل.

و اعلم أن قوله: (بيعا و لا شراء)- تمييز للتصرف بالغبن و بالنسيئه- أراد به التعميم.

قوله: (فإن فعل لا- معه وقف على الإجازة، والأقرب أنه يضمن قيمه، لأنه لم يفت بالبيع أكثر منها و لا يتحفظ بتركه سواها، و زياده الثمن حصلت بتفريطه فلا يضمنها).

أى: فإن فعل العامل شيئا مما ذكر من التصرف بالغبن أو بالنسيئه لا مع الأذن، فهو تصرف غير مأذون فيه، فيقف على الإجازة. فلو حصل التلف، فالأقرب عند المصنف أنه يضمن قيمه المتاع الذى باعه.

و وجه القرب ما ذكره، و هو: أنه لم يفت بالبيع أكثر منها، و لو تركه لم يتحفظ بتركه سواها، و زياده الثمن التى حصلت بالبيع المذكور حيث يكون زائدا على قيمه غير مستحقه، لأنها حصلت بتفريطه بالبيع فلا- تكون مضمونه. و يحتمل ضمان الثمن كله، لوقوع البيع به.

و اعلم أن هذه المسألة لم يذكر المصنف موضوعها هل هو تلف العين أو تلف الثمن؟ بعد الإجازة أو قبلها؟ و لا يخفى أنه بعد التأمل الصادق لا يستقيم ما ذكره على كل واحد من التقديرات:

أمّا إذا قدرنا تلف العين، فلأنّ التلف إمّا أن يكون قبل قبض المشتري أو

ص: ٨٧

بعده:

و الأول غير مراد، لأنه لا ضمان فيه مع عدم التفريط، لأن مجرد العقد الفضولي لا يقتضى الضمان.

و الثاني إما أن يكون التلف فيه مع الإجازة أو بدونها:

فمع الإجازة يصح البيع و يدخل الثمن فى ملك المالك، و تخرج العين عن ملكه، فيكون تلفها من المشتري، فكيف يضمن العامل قيمتها و لا حق للمالك فيها؟ و لا فرق بين وقوع الإجازة قبل التلف أو بعده إن قلنا أن الإجازة كاشفه، بخلاف ما إذا قلنا أنها جزء السبب، فان البيع يبطل حينئذ، فيكون الحكم كما فى عدم الإجازة.

و لا- مع الإجازة يبطل البيع و ينحصر حق المالك فى العين، فكيف يجىء احتمال ضمان الزيادة التى اشتمل عليها الثمن؟ و إن قدرنا تلف الثمن مع الإجازة، فلا بحث فى أنه المضمون، و بدونها لا بحث فى ضمان قيمه العين، فلا يتجه ما ذكره بحال.

و الذى ذكره المصنف فى التذكرة و أرشد إليه: تعليقه: ان موضوع المسألة ما إذا تلفت العين أو تعذر ردّها و تعذر حصول الثمن و أجاز المالك البيع بناء على عدم بطلانه. و اختار أنه يضمن الثمن، معللاً بأنه ثبت بالبيع الصحيح و ملكه صاحب السلعة و قد فات بتفريط البائع (١).

و هذه القيود التى ذكرناها و إن لم يصرح بجمعها فى كلامه، الا أن تعليقه دال عليها، لأن قوله: و ملكه صاحب السلعة، يدل على الإجازة، لا امتناع حصول الملك مع عدمها. و قوله: و قد فات بتفريطه، يدل على تعذر حصوله. و أمّا تلف العين أو تعذر

ص: ٨٨

و ليس له أن يبيع بدون ثمن المثل، ولا يشتري بأكثر منه مما لا يتغابن الناس به، حصولها فذكره في أول كلامه.

و قال أيضا: و لو نقص الثمن عن قيمه لم يلزم أكثر منه، لأنّ الوجوب انتقل اليه، بدليل أنه لو حصل الثمن لم يضمن شيئا (1). و هذا صحيح، و هو شاهد على ما ذكرناه أيضا.

و ما افتى به في التذكرة و إن كان صحيحا، إلا أن مقابل الأقرب في كلامه غير محتمل أصلا. و أمّا ما ذكره هنا، فقد علمت أنه لا يتجه على حال، و المقدمات التي ذكرها في استدلاله مدخوله.

أمّا قوله: (لأنه لم يفت بالبيع أكثر منها) فلا ملازمه بينه و بين المدعى، لأن المطلوب ضمانه هو: ما حصل بالبيع الصحيح على تقدير الإجازة، فإنّه قد صار حقا و ملكا للمالك، فلا يضمن سواه. و قريب منه قوله: (و لا يتحفظ بتركه سواها) فإنه لا أثر لفرض ترك البيع بعد صدوره و الحكم بصحته.

و قوله (و زياده الثمن حصلت بتفريطه) أبعد من الجميع، فإنّه بعد دخولها في الملك لا التفات الى السبب الذي اقتضى تملكها من تفريط و غيره، و قد سبق في الغصب ما يوافق ذلك، و التحقيق ما ذكرناه.

قوله: (و ليس له أن يبيع بدون ثمن المثل و لا يشتري بأكثر منه، مما لا يتغابن الناس به).

أى: في العادة، و الجار في قوله (مما لا يتغابن الناس به يتعلق بمحذوف، على أنّه صفة لما دل عليه قوله: (بدون ثمن المثل) و (أكثر منه) و هو قلّه و كثره، أى: قلّه و كثره مما لا يتغابن الناس به عادة. و قد سبق هذا الحكم في أول كلامه، و أنه لا يجوز

ص: ٨٩

فإن خالف احتمال بطلان البيع و ضمان النقص، و على البطلان لو تعذر الرد ضمن النقص.

ذلك مع إطلاق الإذن، و كأنه إنما أعاده ليني عليه.

قوله: (فإن خالف احتمال بطلان البيع و ضمان النقص).

أى: لو خالف فباع بدون ثمن المثل، و سيأتي إن شاء الله تعالى مخالفته بالشراء بأزيد من ثمن المثل بعد ذلك.

و وجه البطلان فيه: أنه تصرف غير مأذون فيه، فيقع باطلا مع عدم الإجازة - كما قيد به في التذكرة (١)، و إن أطلق العبارة هنا - أما معها فلا، لأنه لا ينقص عن تصرف الأجنبي.

و وجه ضمان النقص: أن العامل مأذون في التصرف مطلقا، لأن الفرض إطلاق الإذن، و المنع في صورته النزاع إنما كان لضرر النقص، و ذلك مندفع بضمان النقص، فيصح العقد بالإذن السابق، و يكون إيقاعه التزاما للنقص.

و هذا ضعيف جدا، فإن إطلاق الإذن لا يتناول هذا الفرد، و لضعف هذا الاحتمال نزل الشارح السيد عميد الدين العبارة على أن البطلان و ضمان النقص حكمان لشيئين، و ليسا احتمالين لشيء واحد، فالبطلان مع عدم الإجازة يجب معه استرداد العين، و ضمان النقص على تقدير التعذر.

و ليس بشيء، لأن ضمان النقص وقع مقابلا للبطلان في العبارة، فوجب أن ينتفى البطلان معه.

و أيضا فإن استرداد السلعة لم يجر له ذكر في العبارة، و مع ذلك فيكون قوله بعد: (و على البطلان لو تعذر الرد). مستدركا.

ص: ٩٠

و لو أمكن الرد وجب ردّه إن كان باقيا، و رد قيمته إن كان تالفا. و للمالك إلزام من شاء، فإن رجع على المشتري بالقيمه رجع المشتري على العامل بالثمن، و الحق أنّهما احتمالان في المسأله، كما فهمه الشارح الفاضل ولد المصنف (١)، و به صرح في التذکره، و نسب القول بالصحه و ضمان النقص على ما قررناه سابقا إلى بعض علمائنا، و حكاه عن إحدى روايتي أحمد (٢)، و المذهب هو الأول (٣).

قوله: (و لو أمكن الرد وجب ردّه إن كان باقيا، و ردّ قيمته إن كان تالفا).

لا- يخفى أنه لا- فرق بين التلف و تعذر الرد في ضمان القيمه، فإن كان ضمان النقص مع الثمن محصلا لذلك، كفى في الصورتين، و إلاّ- تعين ضمان القيمه فيهما. ففي العبارة مناقشه مع طول بغير فائده، و كان حقه أن يقول: و على البطلان يجب الرد فان تعذر بتلف و نحوه فالقيمه، فإن كان الثمن من جنسها ضمن معه النقص. و لا يخفى أن ضمان القيمه إنّما هو في القيميّ.

قوله: (و للمالك إلزام من شاء).

أى: من العامل و المشتري، سواء كان المشتري عالما أو جاهلا، و سواء كانت العين باقيه فيلزمه بها أو تالفه فيلزمه بالقيمه، لأنّ كل واحد منهما عاد ضامن.

قوله: (فان رجع على المشتري بالقيمه، رجع المشتري على العامل بالثمن).

إن كان باقيا أو كان المشتري جاهلا كما سبق في البيع، و كذا يرجع عليه

ص: ٩١

١- ١) إيضاح الفوائد ٣١٢: ٢.

٢- ٢) المغنى لابن قدامه ١٥٣: ٥.

٣- ٣) التذکره ٢٣٦: ٢. [١]

و إن رجع على العامل رجع العامل بالزائد من قيمته على المشتري. و لو ظهر ربح فللمالك المطالبه بحصته دون العامل. و لو اشترى بأكثر من ثمن المثل بعين المال فهو كالبيع، بزياده قيمه عن الثمن مع جهله على أصح الوجهين، لا مع علمه.

قوله: (و إن رجع على العامل، رجع العامل بالزائد من قيمته على المشتري).

إن كان المشتري عالما بالحال، لاستقرار التلف في يده، لا إن كان جاهلا، لأنه مغرور و لم يدخل إلا على بذل الثمن في مقابل العين، فلا يتلف عليه سواه.

و جزم المصنف هنا ينافي استشكله في رجوع المشتري على الغاصب بالزياده لو اغترمها مع جهله.

قوله: (و لو ظهر ربح، فللمالك المطالبه بحصته دون العامل).

أى: لو ظهر ربح في العين المذكوره، و هى: التى باعها بدون ثمن المثل، و لم يجز المالك (1)، فالذى يستحق المطالبه به هو ثمنها الأول، و حصه المالك من الربح الزائد على أصل الثمن دون العامل، لأنه بذل حقه مجانا.

قوله: (و لو اشترى بأكثر من ثمن المثل بعين المال فهو كالبيع).

أى: يقف على الإجازة، فإن لم يجز بطل. و يحتمل الصحة و ضمان التفاوت كما دلّ عليه كلامه سابقا.

فان قيل: ما مرّ في كلامه إنما يضمن حكم البيع.

قلنا: قوله (فإن خالف) يشملهما، و قوله: (احتمل بطلان البيع) شامل للمطلوب، لأن بطلان البيع يقتضى بطلان الشراء، لأن البيع و الشراء يتضمنهما عقد

ص: ٩٢

١- ١) فى نسختي «ك» و «ه»: و لم يجز المالك ربح.

و إن اشترى فى الذمه لزم العامل إن أطلق الشراء و لم يجز المالك، و إن ذكر المالك بطل مع عدم الإجازة. و ليس له أن يبيع إلا نقدا بنقد البلد. و الأقرب أن له أن يبيع بالعرض مع الغبته، واحد.

قوله: (و إن اشترى فى الذمه، لزم العامل ان أطلق الشراء و لم يجز المالك).

المراد بإطلاق الشراء: عدم ذكر المالك، لأن البيع ظاهرا يقع له. و يفهم منه أنه لو أجاز صح، و هو كذلك، لأن العقود بالقصود.

قوله: (و إن ذكر المالك، بطل مع عدم الإجازة).

لأن الفضولى يبطل مع عدم الإجازة.

قوله: (و ليس له أن يبيع إلا نقدا بنقد البلد).

حملا للإطلاق على الغالب المتعارف. و مقتضى العبارة: أنه لا يجوز البيع بالعرض و لا بغير نقد البلد، لكن قد رجع عن هذا فى قوله: (و الأقرب ان له أن يبيع بالعرض مع الغبته).

و وجه القرب: أن الغرض من القراض الاسترباح، و هو يحصل بالبيع بالعرض كما يحصل بالبيع بالنقد، فلا يتقيد بأحد الأمرين.

و قول الشيخ بعدم الجواز إلا نقدا بنقد البلد كالوكيل (1) ضعيف، لما بيناه سابقا، فإن غرض القراض غير غرض الوكالة.

و اقتصر المصنف على تجويز البيع بالعرض، و سكت عن البيع بغير نقد البلد، و لا يكاد يكون بينهما فرق، و فى التذكرة مال إلى تجويزه مع الغبته (2)، كما حكيناه عنه

ص: ٩٣

١-١) المبسوط ١٧٤: ٣. [١]

٢-٢) التذكرة ٢٣٦: ٢. [٢]

و ليس له الزراعه، و لا- يشتري إلا- بعين المال، فإن اشترى فى الذمه من دون اذن وقع له إن لم يذكر المالك، و إلا بطل. سابقا أيضا، و هو المختار.

قوله: (و ليس له الزراعه).

أى: و ليس للعامل الزراعه- و فى بعض النسخ المزارعه- و ذلك لأن المضاربه لا- يفهم من إطلاقها المزارعه، لأن وضعها على الاسترباح بالتجاره، و ليس منه المزارعه.

فإن فعل ضمن المال و الزرع لصاحب البذر، فإن كان هو المالك فلا أجره للعامل- سواء كان من مال القراض أو من غيره- و إن كان العامل فعليه أجره أرض المالك و إصلاحها و أرش النقص.

قوله: (و لا يشتري إلا بعين المال).

لأن مقصود القراض أن يكون ربح المال بينهما، و لا يكون ذلك إلا إذا اشترى بالعين، لأن الحاصل بالشراء فى الذمه ليس ربح هذا المال.

قوله: (فإن اشترى فى الذمه من دون إذن، وقع له إن لم يذكر المالك).

مقتضى الإطلاق أن الشراء له و إن نوى المالك إذا لم يذكره، و مفهوم قوله فيما تقدم: (و إن اشترى فى الذمه لزم العامل إن أطلق الشراء و لم يجز المالك) أنه مع الإجازة يقع له كما نهنا عليه. و ينبغى أن يجىء احتمال كون الربح المالك إن ربح و كان قد نقد مال القراض ثمنا، لأنه كالعاصب حينئذ.

قوله: (و إلا بطل).

أى: و إن ذكر المالك فى الشراء بطل، لكن مع عدم الإجازة، لأن الفضولى موقوف. و إنما أطلق المصنف هنا البطلان، اكتفاء بما ذكره سابقا.

و اعلم: أن الفرق بين ما ذكره هنا و بين قوله- سابقا: (و إن اشترى فى الذمه

و ليس له أن يشتري بأكثر من رأس المال، فلو اشترى عبدا بألف هي رأس المال، ثم اشترى بعينها آخر بطل الثاني، و إن اشترى في ذمته صح له إذا لم يذكر المالك، و إلا وقف على الإجازة. و له أن يشتري المعيب، و يرد بالعيب، و يأخذ الأرش. كل ذلك مع الغبطة. لزم العامل) أن ذاك من أحكام ما إذا اشترى بأزيد من ثمن المثل، و هذا حكم الشراء في الذمه مطلقا.

قوله: (و ليس له أن يشتري بأكثر من رأس المال).

لأن عقد القراض إنما تضمن الاذن في الشراء برأس المال، فلا يتسلط على الشراء بما زاد، لان الشراء إنما هو بالعين فقط.

قوله: (فلو اشترى عبدا بألف هي رأس المال ثم اشترى بعينها آخر، بطل).

مقتضى قوله: (هي رأس المال) أن الشراء بعينها، و كذا قوله بعد: (و إن اشترى في ذمته). و حيث كان كذلك فقد ملكها البائع، فامتنع الشراء بها للمالك مره أخرى، فيقع العقد له باطلا.

قوله: (و إن اشترى في ذمته صح له إن لم يذكر المالك، و إلا وقف على الإجازة).

ينبغي أنه إذا نوى المالك و لم يذكره و أجاز يصح.

قوله: (و له أن يشتري المعيب و يرد بالعيب و يأخذ الأرش، كل ذلك مع الغبطة).

لأن مدار التصرف على الاسترباح، و قد يحصل الربح في المعيب، و قد تحقق الغبطة في رده أو في أخذ الأرش.

و لو اختلفا فى الرد و الأرش قَدَم جانب الغبطه، فإن انتفت قَدَم المالك. و ليس له أن يشتري من ينعق على المالك إلا بإذنه، فإن فعل صح و عتق و بطلت المضاربه فى ثمنه، فإن كان كل و يتصور هذا الفرض: بأن يشتري بظن السلامه ثم يظهر العيب، فقد يكون الرد أغبط و قد يكون الأغبط أخذ الأرش، بخلاف الوكيل، إذ ليس المقصود ذلك، فيجب حمل إطلاق التوكيل على شراء الصحيح، إذ ربما قصد المالك القنيه.

قوله: (و لو اختلفا فى الرد و الأرش، قَدَم جانب الغبطه).

سواء كانت فى جانب المالك أم العامل، لأن للعامل حقا فى المال، باعتبار أن له حظا من الربح، فليس للمالك إبطال حقه من الغبطه.

قوله: (فان انتفت قدم المالك).

المتبادر من انتفاء الغبطه: أن لا- يكون فى أحد الجانبين غبطه أصلا، فيستويان فى عدمها، فلا حق للعامل حينئذ، فيقدم جانب المالك، لأن الناس مسلطون على أموالهم.

و تتصور صحه البيع فى هذا الفرض: بأن تكون الغبطه عند الشراء ثم تزول، و يشكل جواز الرد حينئذ، لأن التصرف من أوله صحيح ماض. و يتصور فيما إذا لم يكن عالما بالعيب ثم تجدد علمه به.

و فى بعض النسخ: (فان اتفقت.) و معناه: انه إذا اتفقت الغبطه من الجانبين، قدم المالك، و هو صحيح أيضا، إذ ليس للعامل حق يفوت بأحد الأمرين حينئذ.

قوله: (و ليس له أن يشتري من ينعق على المالك إلا بإذنه).

لأن ذلك مناف لمقصود القراض، إذ المراد الاسترباح، و هذا تخسير محض على تقدير صحته.

قوله: (فإن فعل صح و عتق و بطلت المضاربه فى ثمنه، فان كان كلّ

المال بطلت المضاربه.و لو كان فيه ربح فللعامل المطالبه بثمان حصته،و الوجه الأجره، المال بطلت المضاربه).

أى:فان أذن المالك فاشترى صح الشراء-كما لو باشره بنفسه أو وكّل فيه- و عتق على المالك و بطلت المضاربه فى ثمنه خاصه،لأنه بمنزله التالف،و صار الباقي رأس المال.و لو كان ثمنه جميع المال بطلت المضاربه،كما لو تلف جميع مال المضاربه.

هذا كله إذا لم يكن فى العبد ربح،و لو كان فيه ربح ففيه قولان أشار إليهما المصنف بقوله:(و لو كان فيه ربح فللعامل المطالبه بثمان حصته،و الوجه الأجره).

فالأول:قول الشيخ فى المبسوط (1)،و وجهه:ان العامل يملك حصته من الربح بالظهور،و أن المالك ياذنه فى الشراء الموجب للعتق كأنه استردّ طائفه من المال بعد ظهور الربح و ألتفها،و لأن العامل شريك سرى العتق فى نصيبه،فيضمن المالك النصيب.

و فيه نظر،لأن ذلك إنما يتم إذا قلنا أن السرايه تتحقق بالعتق القهرى أو باختيار سبب العتق،بناء على أن اختيار السبب اختيار للمسبب.

و نظر آخر يظهر من توجيه كلام المصنف الآتى،و هو:أن هذا التصرف ليس من تصرفات القراض،فلا يستحق فى مقابله الحصه.

و وجه الثانى-و هو ما اختاره المصنف من وجوب أجره المثل-أن المضاربه تبطل بالشراء،لأن مثل هذا الشراء لا يقع للمضاربه،فإن شراء المضاربه هو الذى يقبل التقلب و البيع مره بعد اخرى للاسترباح،و هذا لكونه يستعقب العتق غير قابل لذلك،فإذا صرف مال المضاربه فيه بطلت و ضمن المالك أجره المثل،لأن العامل قد عمل ما حصل للمالك به النفع المطلوب،و قد فاتت الحصه المعينه فى مقابله بفسخ المضاربه،فيستحق أجره المثل.و لو قلنا:أن العامل إنما يملك الحصه بالقسمه أو

ص:٩٧

فإن لم يأذن فالأقرب البطلان إن كان الشراء بالعين أو فى الذمه و ذكر المالك، و إلا وقع للعامل مع علمه، و فى جاهل النسب أو الحكم إشكال.

الانضاض، استحق الأجره قولاً واحداً.

و فى هذا نظر، لأن استحقاق العامل الأجره إنما هو فى العمل المحسوب للمضاربه إذا فاتت الحصه، و قد قرر المصنف أن هذا ليس من أعمال المضاربه، بل هو خلاف مقتضاها، فىكون توكيلاً محضاً، و ليس من مقتضيات التوكيل ثبوت الأجره للتوكيل على عمل مقتضاها، فكل من القولين مشكل.

و الذى ينساق إليه النظر عدم استحقاق العامل شيئاً إن لم يكن ذلك إحداثاً لقول ثالث.

و لقائل أن يقول: إن مقتضى القراض الاسترباح، و هو حاصل بالبيع المذكور، و لا نسلم أنه لا بدّ من قبول كلّ شراء للقراض ترتب البيع عليه و التقلب، لأن جواز الفسخ من العامل أو المالك ينافى ذلك، و لأنه لو عيّن زمان القراض بحيث لا يسع مع الشراء البيع، يجب أن يكون فاسداً. و فيه منع ظاهر، و لعل المنع من شرائه بدون الإذن للضرر المقارن له، و هو التخسير، لا لعدم تناول الإذن له.

إذا عرفت ذلك فهنا أمران:

الأول: على قول الشيخ لو كان المالك معسراً بقى قدر نصيب العامل رقيقاً، و على الثانى ينعق الجميع و تبقى الأجره على المالك إلى ميسره.

الثانى: على قول الشيخ لو لم يكن ربح لا شىء للعامل، و على الثانى ذكر المصنف فى التحرير تردد فى ثبوت الأجره (1)، و فى ثبوتها بعد.

قوله: (و إن لم يأذن فالأقرب البطلان إن كان الشراء بالعين أو فى الذمه و ذكر المالك، و إلا وقع للعامل مع علمه).

ما سبق حكم ما إذا أذن المالك فى الشراء، فأما إذا لم يأذن و اشترى العامل

ص: ٩٨

من ينعق على المالك فلا- يخلو: إما أن يكون عالما بالنسب و الحكم أو لا، فإن كان عالما: فإن اشترى بعين المال، أو فى الذمه و ذكر المالك فالأقرب عند المصنف البطلان، و ينبغى أن يكون ذلك مقيدا بعدم الإجازة، لأنه فضولى كما لا يخفى.

و يظهر من تقرير الشارح الفاضل أن مراد المصنف بالبطلان: أنه لا يقع موقوفا بل يقع باطلا، لاستنزاه عقد القراض النهى عن هذا التصرف، و ان مقابل الأقرب انه يحتمل وقوفه على الإجازة (1)، و هو بعيد.

و وجه القرب: أنه تصرف بغير إذن المالك، لأن عقد القراض لا يتناوله، لأنه مقصور على الاسترباح، و هذا إتلاف و لم يصدر منه إذن آخر.

و يحتمل ضعيفا صحه، لأنه مال مقوم قابل للعقود فى نفسه فيصح شراؤه، كما لو اشتراه بإذن رب المال ثم ينعق على المالك و تبطل المضاربه. و يلزم العامل الضمان، لأن تلف مال المضاربه بسببه. و إن لم يكن الشراء بالعين، و لا ذكر المالك لفظا، و لا نواه بحيث يعلم به البائع وقع الشراء للعامل و ألزم به ظاهرا.

إذا عرفت ذلك فقول المصنف: (مع علمه) قيد فى كل من البطلان على تقدير الشراء بالعين أو فى الذمه مع ذكر المالك، و وقوعه للعامل على تقدير عدمها.

لكن يرد عليه: انه لا- معنى للتقييد بعلم العامل إذا لم يكن الشراء بالعين، لأن الشراء فى الذمه غير مستفاد من عقد القراض أصلا، فلا يكون مأذونا فيه فيقع فضوليا.

و إن لم يكن العامل عالما بالنسب، أو لم يكن عالما بالحكم فقد أشار إليه المصنف بقوله: (و فى جاهل النسب أو الحكم اشكال). (و يجب أن يكون موضع

الإشكال ما إذا اشترى بالعين، لأن الشراء فى الذمه غير مأذون فيه، إذ لا يقيدده عقد القراض، و الفرض عدم إذن غيره (1).

و منشأ الاشكال: من أن عقد القراض يقتضى الاذن فى شراء ما فيه ربح ظاهر، لا بحسب نفس الأمر، لاستحاله توجه الخطاب الى الغافل لاستلزامه تكليف ما لا يطاق، فيصح البيع و ينعتق العبد و لا ضمان، لأن التلف لأمر لم يعلم به العامل، كما لو اشترى معييا لم يعلم بعيبه فتلف به.

و من أن الاذن فى القراض إنما ينصرف الى ما يمكن بيعه و تقليبه فى التجاره للاسترباح، و لا- يتناول غير ذلك، فلا يكون ما سوى ذلك مأذونا فيه.

و التباس الأمر ظاهرا لا يقتضى الإذن، غايه ما فى الباب انه غير آثم فى تصرفه، أما كونه هو التصرف المأذون فيه أو تكليف ما لا يطاق. و توجيه الخطاب الى الغافل إنما يلزم على تقدير ثبوت الإثم، لا على تقدير عدم الاذن فى ذلك التصرف، إذ لا امتناع فى أن يظن المكلف-لاماره- ما ليس بمأذون فيه مأذونا فيه، و لا- يصير بمجرد هذا الظن مأذونا فيه. نعم لا- يكون مؤاخذا به، فإذا انكشف الحال تبين عدم نفوذ التصرف لوقوعه فى غير محل الإذن.

فإن قيل: أى فرق بين هذا و بين الوكيل إذا عزل و لم يعلم، فإن تصرفه ماض على أصح القولين؟ و كذا إذا فسخ الجاعل و لم يعلم المجعول له حتى اتى بالمجعول عليه؟ قلنا: الفرق أن الإذن فى التصرف المأتى به فى الوكالة و الجعالة قد ثبت بأصل العقد، و الكلام فى كون العزل و الفسخ قبل العلم نافذ ليرتفع ذلك الإذن أولا فيبقى.

و يرجح الثانى لما يترتب على نفوذه من الضرر العظيم و المفساد، و التمسك باستصحاب.

ص: ١٠٠

و لو اشترى من نذر المالك عتقه صح الشراء، و عتق على المالك الحال الى أن يحصل الدليل الناقل بخلاف ما هنا، فإن التصرف الواقع غير مأذون فيه قطعاً. و إنما ظن العامل شمول الأذن له نظراً الى ظاهر الحال، فإذا انكشف الأمر تبين عدم الشمول.

فإن قيل: فما الحكم؟ قلنا: إذا ثبت كون الشراء للقراض بالبينه أو بإقرار البائع ثبت بطلان البيع، فيرد كلاً من العوضين الى صاحبه مع الإمكان، فإن لم يكن أو لم يثبت ذلك شرعاً فالبيع ظاهراً لازماً للعامل و إن كان بحسب الواقع فاسداً.

ثم المالك إن علم أن الشراء للقراض لم يكن له تغريم العامل، لأن أقصى حاله أن يكون المال تالفاً، و التلف بغير تقصير غير مضمون، فيعتمد التقاض حينئذ بأن يبيع العبد و يستوفى ماله، لبقائه على ملك البائع، و بقاء الثمن على ملك المالك في ذمته.

فإن قيل: فما الفرق بينه و بين شراء المعيب إذا تلف بالعيب؟ قلنا: الفرق أن شراء المعيب صحيح نافذ لجواز شرائه مع العلم بالعيب، و ان كان مترزلاً - لجواز الفسخ بالعيب، فإذا تلف بالبيع قبل الفسخ من غير تقصير من العامل فهو من مال المالك، و لا ضمان على العامل.

فإن قيل: فلو كان شراء المعيب باعتبار العيب خالياً من الغبته، و إنما ظنّها العامل لظنّ السلامه، و كذا كل موضع ظنّ الغبته فظهر خلافها.

قلت: لا أعلم الآن تصريحاً في حكم ذلك، و المتجه عدم صحه البيع (1) فتأتى الأحكام السابقه.

قوله: (و لو اشترى من نذر المالك عتقه صحّ الشراء، و عتق على

ص: ١٠١

١ - ١) في «ه»: و المتجه صحه البيع.

- إن لم يعلم العامل بالنذر-و لا ضمان. و لو اشترى زوجه المالك احتمل الصحة و البطلان. المالك إن لم يعلم العامل بالنذر و لا ضمان).

إن علم العامل بالنذر فالحكم كما سبق في من ينعق على المالك، و إن لم يعلم فقد أطلق المصنف هنا و في التذكرة صحة الشراء، و وقوع العتق، و نفى الضمان (١).

و الفرق بينه و بين من ينعق على المالك غير واضح، فإن كلاً منهما لم يتناوله الإذن الواقع في عقد القراض، غاية ما في الباب أن المنذور عتقه إنما يعلم كونه كذلك من قبل المالك، و ربما لم يعلم به أحد سواه، بخلاف من ينعق عليه بالأبوه و نحوها.

لكن لا أثر لهذا الفرق، و على صحة الشراء و نفوذ العتق يقبل قوله، لأن له فسخ القراض في كل وقت.

و هل للعامل حق لو كان فيه ربح؟ ينبغي على قول الشيخ في المسألة السابقة أن يكون له حصه من الربح، و أن ينفذ العتق فيها مع اليسار، فيطالب بثمانها، و على قول المصنف له الأجره. و كل ذلك موضع نظر، و التوقف طريق السلامه.

قوله: (و لو اشترى زوجه المالك احتمل الصحة و البطلان).

وجه الصحة: انها مال صالح للاكتساب به، و قد اشترى بثمان المثل مع ظن المصلحة فوجب أن يقع الشراء صحيحاً، إذ لا مانع إلا انفساخ النكاح و هو غير مخل بمقصوده، لأن حصول المطلوب به الآن أكد.

و وجه البطلان: اشتماله على ضرر المالك بانفساخ عقد عقده باختياره، و لزوم نصف الصداق لو كان قبل الدخول، و جميعه بعده. و هذا الاحتمال إنما يكون مع الشراء بالعين، أو في الذمه مع ذكر المالك أو نيته، و إن كان إذا لم يعلم البائع يقع الشراء للعامل ظاهراً، و بدون ذلك فالشراء للعامل لا محاله.

ص: ١٠٢

و لو اشترى زوج المالكه بإذنها بطل النكاح، و بدونه قيل: يبطل الشراء، لتضررها به و قيل: يصح موقوفاً.

و لا يضمن العامل ما يفوت من المهر و يسقط من النفقه، و قيل مطلقاً فيضمن المهر مع العلم، و على الصحه لو كان الشراء قبل الدخول فقد قال المصنف فى التذكره: إن فى لزوم نصف المهر للزوج وجهين. فإن قلنا يلزم رجوع به على العامل، لأنه سبب تقريره عليه فيرجع به عليه، كما لو أفسدت امرأه النكاح بالرضاع (١)، و لم يذكر حكم ما بعد الدخول، و كأنه يرى عدم جواز الرجوع به، لأنه قد تقرر بالدخول.

ثم انه هل يستقل بالبيع من دون اذن؟ يحتمل العدم، لما فيه من إبطال استباحه الوطاء، و ذلك ضرر. و يحتمل الجواز، لأنه لما بطل النكاح لصحه البيع صارت من جمله أموال القراض، و الأصح البطلان فكل هذه الأحكام ساقطه.

و ليس المراد بالبطلان: وقوعه باطلاً. من أصله، بل عدم الإجازة، لأنه لا ينقص عن الفضولى، و إن كان ظاهر عبارته المصنف الأول، لأن حصول الضرر بالشراء دليل النهى عنه و إن بعد.

قوله: (و لو اشترى زوج المالكه بإذنها بطل النكاح).

أى: لو كان مالك مال المضاربه امرأه فاشترى زوجها العبد، فإن كان بإذنها صح الشراء و بطل النكاح، لامتناع اجتماع الملك و النكاح قطعاً.

و إن كان بغير اذنها ففيه أقوال ذكرها بقوله: (و بدونه قيل: يبطل الشراء لتضررها به، و قيل: يصح موقوفاً فلا يضمن العامل ما يفوت من المهر و يسقط من النفقه، و قيل: مطلقاً فيضمن المهر مع العلم).

ص: ١٠٣

و كذا لو اشترى من له عليه مال. الأول قول الشيخ في المبسوط (١)، ووجهه ما أشار إليه من حصول ضرر المالكه به، فيكون ذلك دليل عدم الرضى فيقع العقد باطلا. وهذا الاحتمال قائم و إن قلنا: إن الفضولي يقع موقوفا، كما يفيدته دليله و إن كان ضعيفا.

و وجه الثانى: انه شراء غير مأذون فيه فيقع موقوفا لكونه فضوليا، لكن قول الشارح الفاضل: إن هذا قول كل من قال بصحة عقد الفضولى موقوفا على الإجازة (٢) غير ظاهر لما نبهنا عليه، و لأنه خلاف المتبادر من العبارة.

و وجه الثالث: أن المقصود بالشراء للقراض حاصل فى هذا العبد، فيكون إطلاق العقد متناولا للإذن فى شرائه فيقع صحيحا غير موقوف على الإجازة، و هو المراد بقول المصنف: (و قيل مطلقا)، أى: و قيل يصح مطلقا، أى: غير مقيد بالإجازة.

قال الشارح السيد: و هذا القول لم نقف عليه فى كتب أصحابنا، و إنما نقله المصنف و ابن سعيد (٣).

إذا تقرر هذا: فعلى القول الأول الحكم ظاهر، و على الثانى لا ضمان على العامل لو أجازت المالكه البيع لما يفوت من المهر و النفقه، لأن ذلك باختيارها، أما على الثالث فيضمن إذا كان عالما، لأن التفويت جاء من قبله، و الأصح هو الثانى.

قوله: (و كذا لو اشترى من له عليه مال).

أى: و كذا يجيء ما سبق لو اشترى عامل القراض عبدا لمالك مال القراض عليه مال فيحتمل بطلان الشراء من رأس، لتضرر المالك بسقوط ماله بدخوله فى ملكه، لا متناع أن يثبت له على عبده مال.

و يحتمل وقوعه موقوفا إذ لا يقصر عن الفضولى، و يحتمل صحته و نفوذه

ص: ١٠٤

١- ١) المبسوط ١٧٦: ٣.

٢- ٢) إيضاح الفوائد ٣١٦: ٢.

٣- ٣) شرائع الإسلام ١٤٢: ٢. [١]

و الوكيل فى شراء عبد مطلق لو اشترى أب الموكل احتمال الصحة و عدمها، و المأذون له فى شراء عبد كالوكيل، و فى التجاره كالعامل. لتناول عقد القراض الاذن فى شرائه، لكونه مالا قابلا للاسترباح. فإن قلنا بهذا الأخير فى تضمين العامل إشكال ينشأ من أن سقوط دين المالك بسبب فعله فكان ضامنا، لأنه سبب الإلتلاف، كذا قال فى التذكرة (١).

و على ما ذكره هنا فى المسأله السابقه فحقه الجزم بالضمان فى هذه أيضا، و الأصح الثانى. و الظاهر انه لا فرق بين أن يكون له عليه مال مستحق الآن كديه الجنايه خطأ، أو فى ذمته بحيث يتبع به بعد العتق.

قوله: (و الوكيل فى شراء عبد مطلق لو اشترى أب الموكل احتمال الصحة و عدمها).

وجه احتمال الصحة عموم الاذن هاهنا المتناول لمحل النزاع، و ربما تعلق به غرض الموكل للفوز بثواب العتق، بخلاف القراض فإن الغرض الاسترباح بالتقليب و البيع و الشراء فلم يتناول الاذن فى شراء نحو الأب.

و وجه العدم أن المتبادر من اللفظ شراء عبد تجاره أو عبد قنيه، و شراء من يعتق ليس واحدا منهما. و لما فيه من الضرر بتلف الثمن لسدله فى مقابل ما لا- تبقى مالىته، فحينئذ يكون فضوليا فيقف على الإجازة عند من قال: إن الفضولى يقع موقوفا، و هو الأصح.

قوله: (و المأذون له فى شراء عبد كالوكيل، و فى التجاره كالعامل).

أى: و العبد المأذون له فى شراء عبد إن اذن له فى شراء عبد و لم يقيّد بكونه للتجاره فهو كالوكيل، و إن قيّد بذلك فهو كالعامل، فأتى فى صحه البيع و فساده و وقوعه موقوفا لو اشترى من يعتق على السيد ما سبق.

ص: ١٠٥

و لو اشترى العامل من ينعق عليه و لا ربح فى المال صح، فإن ارتفع السوق و ظهر ربح و قلنا يملك به عتق حصته، و لم يسر على اشكال، إذ لا اختيار فى ارتفاع السوق، و اختياره السبب و إن كان فيه ربح و قلنا انه لا يملك العامل بالظهور صح و لا عتق، و إن قلنا يملك فالأقرب الصحه فينعق نصيبه، و يسرى إلى نصيب المالك، و يغرم له حصته لاختياره الشراء.

و يحتمل الاستسعاء فى باقى القيمه للمعتق و إن كان العامل موسرا، و البطلان، لأنه مخالف للتجاره.

قوله: (و لو اشترى العامل من ينعق عليه و لا ربح فى المال صح، فإن ارتفع السوق و ظهر ربح و قلنا يملك به عتق حصته، و لم يسر على اشكال، إذ لا اختيار فى ارتفاع السوق، و اختياره السبب).

ما سبق حكم ما إذا اشترى العامل من ينعق على المالك، و هذا حكم من ينعق على العامل.

فإذا اشترى أباه فلا يخلو: إما أن يكون فى المال ربح، أو لا. فإن لم يكن فيه ربح صحّ الشراء قطعاً، لعدم المانع، ثم إن لم يظهر فيه ربح حتى بيع فلا - بحث، و إن ارتفع السوق و ظهر ربح: فإما أن نقول بأن العامل يملك الحصه من الربح بالظهور، أو لا. فإن قلنا بالأول عتق نصيب العامل لحصول المقتضى.

و هل يسرى الى الباقي؟ ذكر المصنف فيه إشكالا ينشأ: من أن حصول الملك له لم يكن باختياره، لأنه إنما حصل بارتفاع السوق، و ارتفاعه لا دخل لاختياره فيه، فكان كالإرث الحاصل على وجه قهرى فلا يسرى.

و من أنه اختار السبب و هو الشراء، إذ لولاه لم يملك شيئاً بارتفاع السوق، و اختيار السبب اختيار للمسبب.

و فيه نظر، لأن الشراء ليس هو مجموع السبب و إنما هو سبب بعيد، و السبب

القريب إنما هو ارتفاع السوق الذي لا دخل للاختيار فيه، فلا يكون الملك بالاختيار، لأن جزء سببه غير مقدور.

لكن روى ابن أبي عمير في الصحيح، عن محمد بن قيس، عن أبي عبد الله عليه السلام: في رجل دفع إلى رجل ألف درهم مضاربه، فاشترى أباه و هو لا يعلم؟ قال: «يقوم، فإن زاد درهما واحدا أعتق واستسعى في مال الرجل» (١). و هي كما يحتمل كون الربح موجودا وقت الشراء يحتمل تجددده، فيكون حجه في محل النزاع، لأن ترك الاستفصال دليل العموم.

و الضمير في «أعتق» يعود إلى ما عاد إليه ضمير «زاد» و «يقوم» و هو الأب، فيعتق جميعه. و لا يضر ذكر الاستسعاء، لإمكان إجرائه على ظاهره، أو الحمل على إعسار العامل، و العمل بالرواية قريب.

إذا عرفت ذلك فاعلم أن قول المصنف: (إذ لا اختيار في ارتفاع السوق) إشاره إلى أحد الوجهين من وجهي الاشكال، و هو وجه عدم السرايه.

و قوله: (و اختياره السبب) إشاره إلى الوجه الثاني، و هو مرفوع على انه مبتدأ محذوف الخبر تقديره: و اختياره السبب ثابت، و نحوه، و إن كان عطفه على قوله: (لا- اختيار في ارتفاع السوق) ليكون في حيز «إذ» غير مطبوع. كما أن تقدير اللام محذوفه ليكون تقديره: و لاختياره السبب غير حسن، و إن كان فيه ربح حال الشراء، و هو الذي أراده المصنف بقوله: (و إن كان فيه ربح و قلنا لا يملك بالظهور صح و لا- عتق، و إن قلنا يملك فالأقرب الصحه فيعتق نصيبه، و يسرى إلى نصيب المالك، و يغرم له حصته لاختياره الشراء و يحتمل الاستسعاء في باقي القيمه للمعتق و إن كان العامل موسرا، و البطلان، لأنه مخالف للتجاره) و تحقيقه: انه إذا كان الربح وقت الشراء فإما أن نقول: إن العامل انما يستحق الأجره دون الحصة المشروطه، أو نقول: يملكها لكن

ص: ١٠٧

بالإنضاض أو القسمة، فلا بحث في صحة الشراء إذ لا مانع فإنه لا عتق حينئذ.

و إما أن نقول: بأنه يملك الحصه بمجرد ظهور الربح، ففيه احتمالان أقربهما عند المصنف صحة البيع، لحصول المقتضى و انتفاء المانع، إذ ليس إلا- حصول الضرر على المالك و هو منتف هاهنا، لأن العتق إنما هو على العامل دون المالك، و حينئذ فيعتق نصيب العامل لدخوله في ملكه، و يسرى الى نصيب المالك على ما اختاره المصنف، و يغرم له حصته، لاختياره الشراء الذى هو السبب، و اختيار السبب اختيار للمسبب.

و يحتمل- بناء على صحة البيع و اعتاق نصيب العامل- أن لا يقوّم نصيب المالك على العامل، بل يستسعى العبد فى باقى قيمته للمالك و إن كان العامل موسرا، فإنه لا بحث فى الاستسعاء إذا كان معسرا و هو اختيار أبى القاسم بن سعيد (1)، لدلاله الروايه السالفه و غيرها على ذلك. و لأن التقويم على خلاف الأصل، إذ هو شغل لذمه بريئه فيقتصر فيه على موضع الوفاق.

الاحتمال الثانى: بطلان البيع، لأنه مناف لمقصود القراض، إذ الغرض هو الشراء للتجاره التى تقبل التقليل للاسترباح، و هذا شراء يعقبه العتق فيكون مخالفا للتجاره، فلا يكون مأذونا فيه فيكون باطلا، أى: غير نافذ مع عدم الإجازة.

إذا عرفت ذلك فاعلم أنّ الروايه داله على صحة البيع و نفوذ العتق، فتدل على صحته فيما إذا كان العبد بحيث يعتق على المالك و أذن فيه فلا- يكون منافيا لمقصود القراض و يكون اشتراط الإذن هناك لما يلزم من الضرر. فتثبت الحصه- كما اختاره الشيخ (2)- لا الأجره كما اختاره المصنف.

و أما الاستسعاء فظاهر الروايه ثبوته مطلقا، فإن قام الدليل على أنّ العتق بالشراء موجب للسرايه نزلت على اعتسار العامل. فإذا نحن فى السرايه فى الموضوعين.

ص: ١٠٨

١- ١) شرائع الإسلام ١٤٢: ٢. [١]

٢- ٢) المبسوط ١٧٥: ٣.

المطلب الثاني: ليس للعامل أن يسافر إلا بإذن المالك

المطلب الثاني: ليس للعامل أن يسافر إلا بإذن المالك، فإن فعل بدون إذن ضمن و تنفذ تصرفاته و يستحق الربح. و لو أمره بالسفر إلى جهة فسافر إلى غيرها، أو بابتاع شىء معين فابتاع غيره ضمن، و لو ربح حينئذ فالربح بينهما على الشرط. هذا، و قوله: (و لم يسر على إشكال) من المتوقفين.

قوله: (ليس للعامل أن يسافر إلا بإذن المالك، فإن فعل بدون إذن ضمن، و تنفذ تصرفاته، و يستحق الربح).

أمّا عدم جواز السفر بدون الإذن فهو مذهب علمائنا، لأنّ فيه تغيرا بالمال، و لأنّه لا يتبادر من إطلاق العقد و لا يتفاهم منه ليكون شاملا- له، و للروايات الصريحة فى ذلك عن أهل البيت عليهم السلام: مثل روايه الحلبي عن الصادق عليه السلام (١)، و صحيحه محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام (٢)، و قد تضمنت نفوذ التصرفات و استحقاق الحصة من الربح مع الضمان لو خالف.

و أيضا فإنّه لا- منافاه بين المنع من السفر و نفوذ البيع، فإنّه مأذون فى التجاره من حيث هى تجاره و إن منع من السفر باعتبار التغير فإنّ المنع من أحد المتقارنين لا يقتضى بمجرد المنع من الآخر، و لا فرق فى ذلك بين أن يكون الطريق مخوفا أو لا.

قوله: (و لو أمره بالسفر إلى جهة فسافر إلى غيرها، أو بابتاع شىء معين فابتاع غيره ضمن، و لو ربح حينئذ فالربح على الشرط).

أمّا الضمان فلا بحث فيه، للمخالفة، و مع ذلك فإذا سافر إلى غير الجهة المأمور بها، و كان المتاع الذى يريد بيعه مثلا انقص قيمه من الجهة الأخرى بما لا

ص: ١٠٩

١- ١) الكافي ٥: ٢٤٠ حديث ١. [١]

٢- ٢) الكافي ٥: ٢٤٠ حديث ٢، [٢] التهذيب ٧: ١٨٩ حديث ٨٣٦.

و لو سَوَّغ له السفر لم يكن له سلوك طريق مخوَّف، فإن فعل ضمن. يتغابن به في العاده لا يجوز البيع، فإن فعل لم يكن نافذا إلا مع الإجازة، صرَّح بذلك في التذكرة (١)، و حيث يصحَّ فالثمن مضمون عليه.

و أمَّا نفوذ البيع و استحقاق الحصة من الربح إذا أمره باتباع شيء معين فخالف فلظاهر صحيحه الحلبي عن الصادق عليه السلام: في الرجل يعطى الرجل مضاربه فيخالف ما شرط عليه و الربح بينهما (٢). و في صحيحه أخرى مرسله عن رجل عن الصادق عليه السلام: في رجل دفع إلى رجل مالا- يشتري به ضربا من المتاع مضاربه، فذهب فاشترى غير الذي أمره، قال: «هو ضامن، و الربح بينهما على ما شرط» (٣) و هذه نص في الباب.

و هنا إشكال هو: إنَّ الشراء الواقع حينئذ غير مأذون فيه، فيجب أن يكون فضوليا يقف على الإجازة، و لا يستحق به العامل أجره لتبرعه به. لكن لا سبيل إلى ردِّ الرواية الصحيحة (٤) المعتضده بعمل الأصحاب.

قوله: (و لو سوغ له السفر لم يكن له سلوك طريق مخوف، فإن فعل ضمن).

هذا إذا أطلق له الإذن، و لو سوغ له سلوك المخوف، فعدم الجواز بحاله للتغريب بنفسه.

و لو لم يخف على نفسه و لا- ماله فهل يحرم عليه إذا خاف على مال المضاربه؟ يحتمل ذلك، للنهي عن إضاعه المال، و يحتمل العدم، لأنَّ الإضاعه غير متيقنه، و على

ص: ١١٠

١-١) التذكرة ٢:٢٤١. [١]

٢-٢) الكافي ٥:٢٤٠ حديث ١. [٢]

٣-٣) التهذيب ٧:١٩٣ حديث ٨٥٣.

٤-٤) في «٥»: الصريحه.

فإذا أذن في السفر فاجره النقل على مال القراض، و نفقته في الحضر على نفسه، و في السفر من أصل القراض كمال النفقه على رأى، فلو كان معه غيره قسّط.

و يحتمل مساواه الحضر، و احتساب الزائد على القراض. كل حال فلا ضمان.

و هذا قد يستفاد من مفهوم عبارته التذكرة حيث قال: و كذا لو أذن له في السفر مطلقاً لم يكن له السفر في طريق مخوف (١).

قوله: (و أجره النقل على مال القراض).

أى: نقل مال القراض إذا جرت العادة بالاستئجار على نقله، و لو جرت العادة بحمله كلؤلؤه كبيره فليس ببعيد عدم جواز الاستئجار عليه. و هذا إنما هو مع الاذن في السفر لا مطلقاً، فإنه مع عدمه يضمن أجره النقل.

قوله: (و نفقته في الحضر على نفسه).

عند علمائنا أجمع، فلا يسوغ له أن يتناول من مال القراض شيئاً و إن قل، و لا أن يواسى منه بشيء كالغذاء و دفع كسره الى السقاء، و نحو ذلك.

قوله: (و في السفر من أصل القراض كمال النفقه على رأى، فلو كان معه غيره قسّط. و يحتمل مساواه الحضر و احتساب الزائد على القراض).

المشهور بين الأصحاب أنّ العامل يستحق الإنفاق في السفر من أصل مال القراض كمال النفقه، ذهب الى ذلك الشيخ في النهايه (٢) و الخلاف (٣)، و أكثر

ص: ١١١

١- (١) التذكرة ٢: ٢٤١. [١]

٢- (٢) النهايه: ٤٣٠.

٣- (٣) الخلاف ٢: ١١٤ مسألة ٦ كتاب القراض.

الأصحاب (١)، واختاره المصنف في كتبه (٢) وهو الأصح، لأنه بسفره انقطع الى العمل في مال القراض، فناسب أن تكون النفقة على المال، و لصحيحه علي بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام قال: «في المضاربه ما أنفق في سفره فهو من جميع المال، وإذا قدم بلده فما أنفق فمن نصيبه» (٣). وهو ظاهر في المطلوب، لأن «ما» للعموم.

و ذهب في المبسوط الى عدم الاستحقاق، وإن نفقته من ماله كالحضر، ولأنه دخل على أن له سهما معلوما من الربح فلا يستحق سواه، وقد لا يربح المال أكثر من النفقة. و ذهب أيضا الى أنه على تقدير القول بالانفاق إنما يستحق ما زاد على نفقه الحضر من مأكول و ملبوس و آلات، لأنه الذي اقتضاه السفر (٤)، و الحجة الحديث السابق.

إذا عرفت ذلك فاعلم أن استحقاقه للانفاق من مال القراض - كمال النفقه أو بعضها - إنما هو إذا لم يكن معه مال آخر لنفسه أو غيره، فإن كان معه مال آخر قسّمت النفقه عليهما على قدر المالين.

و يحتمل التقسيط على قدر العمل في المالين، و الأموال أوجه، لأن استحقاق النفقه في مال القراض منوط بكونه الباعث على السفر، و لا نظر الى العمل في ذلك.

و يرد عليه ما لو أخذ مضاربه في حال السفر فإنه يقتضى أن لا يستحق نفقه أصلا، و هنا مباحث:

الأول: زعم الشارح الفاضل أن التقسيط على تقدير أن يكون مع العامل مال آخر يتفرع على وجوب كمال النفقه من مال القراض، لا على القول بأن الواجب

ص: ١١٢

١- ١) منهم ابن إدريس في السرائر: ٢٥٦، و المحقق في الشرائع ١٣٨: ٢ و ابن سعيد في الجامع للشرائع: ٣١٦. [١]

٢- ٢) المختلف: ٤٨١، التذكرة ٢: ٢٤٢، [٢] التحرير ١: ٢٧٦.

٣- ٣) الكافي ٥: ٢٤١ حديث ٥، [٣] الفقيه ٣: ١٤٤ حديث ٦٣٥، التهذيب ٧: ١٩١ حديث ٨٤٧.

٤- ٤) المبسوط ٣: ١٧٢. [٤]

هو الزيادة خاصة. فعلى هذا القول تكون نفقته على نفسه (١).

و الظاهر أنّ ذلك سهو، فإن المقتضى فى الموضوعين واحد، وإنّما أوقعه فى ذلك التفريع الواقع فى عبارة المصنف حيث قال بعد قوله: (كمال النفقة): (فلو كان معه غيره). ولا دلالة فيها، فإنّ التفريع كما يكون على القول يكون على الآخر، وعدم التعرض إليه لكونه ليس مختارا له. و عبارة التحرير (٢) و التذكرة (٣) مطلقه، فتجرى على القولين. ثم إنّ قول المصنف: (فلو كان معه غيره) يشمل مال نفسه و مال غيره.

الثانى: قول المصنّف: (و يحتمل مساواه الحضر). يمكن أن يكون إشاره إلى القول الذى إختاره الشيخ فى المبسوط (٤) تفريعا على القول باستحقاق النفقة، فيكون معناه: استواء الحضر و السفر فى أنّ مقدار نفقه الحضر من ماله و الزائد محسوب من القراض و يكون أحد المتساويين.

و وجه المساواه محذوفين فى العبارة تقديره: و يحتمل مساواه الحضر السفر فى كون مقدار نفقه الحضر من العامل و الزائد على القراض. و يمكن أن يكون ذلك إشاره إلى القولين، فقوله: (و يحتمل مساواه الحضر) إشاره الى عدم استحقاق النفقه أصلا. و قوله: (و احتساب الزائد على القراض) إشاره إلى القول الثالث فيكون فى حيز: (و يحتمل).

و الشارح السيد جعل قوله: (و يحتمل). احتمالين -هما من تتمه أحكام ما إذا كان معه مال آخر فى مقابل التقسيط-: أحدهما كون النفقه كلّها فى مال العامل كالحضر، لأنّه إنّما سافر فى تجارته و أراد أن يزداد فى الربح فأخذ مال القراض

ص: ١١٣

١- (١) المبسوط ١٧٢: ٣.

٢- (٢) التحرير ٢٧٦: ١.

٣- (٣) التذكرة ٢٤٢: ٢. [١]

٤- (٤) المبسوط ١٧٢: ٣.

و لو انتزع المالك منه المال في السفر فنفقة العود على خاص العامل، مستصحبا له.

و الثاني: استحقاق الزائد على نفقه الحضر من مال القراض في الفرض المذكور، لأنه مشغول بمصلحته كما كان حاضرا، و إنما لزمه بسبب السفر المقدر الزائد على نفقه الحضر فكان له إنفاقه لا غير، و ليس بشيء.

الثالث: لو شرط عدم النفقه لم ينفق، و لو شرطها فهو تأكيد. و هل يشترط تعيينها حينئذ؟ يحتمل ذلك حذرا من جهاله الشرط، و يحتمل عدم ثبوتها بدون الشرط، فلا يزيد الاشتراط على الثابت بالأصل.

و إنما ينفق بالمعروف مع الإطلاق، فإن أسرف حسب عليه، و إن قتر لم يكن له أخذ الفاضل، و كلما يبقى من أعيان النفقه كالثوب و القربه يجب رده بعد العود الى القراض.

الرابع: لو شرط في القراض النفقه فأخذ من آخر قسط، لأن ذلك منزّل على اختصاصه بالعمل له. و كذا لو شرط. و لو شرط أحدهما و أطلق الآخر، فإن علم الأول بالقراض الآخر فالنفقه من ماله خاصة عملا بالشرط، و إلا قسط. و لا يخفى أن استحقاق النفقه انما هو حيث لم يكن سفره بغير إذن المالك.

قوله: (و لو انتزع المالك منه المال في السفر فنفقة العود على خاص العامل).

أى: فنفقة العامل في حال العود عليه لا في مال القراض، خلافا لبعض العامة، لأنه استحق النفقه ذهابا و عودا حين السفر (1)، و هو ضعيف. و لا غرور، لأن

ص: ١١٤

١ - ١) انظر: المدونه الكبرى ٩٢: ٥، بدايه المجتهد ٢٤٠: ٢، المغنى لابن قدامه ١٥٣: ٥، الشرح الكبير المطبوع مع المغنى لابن قدامه ١٦٥: ٥.

و لو مات لم يجب تكفينه.

المطلب الثالث: ليس للعامل وطء أمه القراض و إن ظهر الربح

المطلب الثالث: ليس للعامل وطء أمه القراض و إن ظهر الربح، فان فعل من غير إذن حدّ، و عليه المهر، و لسهه رقيق إن لم يظهر ربح، و لا تصير أم ولد. و لو ظهر ربح انعقد حرا، و هي أم ولد، و عليه قيمتهما. العقد الجائر يجوز فسخه دائما، و قد دخلا على ذلك.

قوله: (و لو مات لم يجب تكفينه).

أى: لو مات العامل لم يحسب كفه من مال القراض بل من ماله، لأنّه استحق النفقه في حال الحياه لا مطلقا. و كذا لو مرض فاحتاج الى دواء و نحوه فإنه من ماله.

قوله: (ليس للعامل وطء أمه القراض و ان ظهر الربح، فإن فعل من غير إذن حدّ).

كمال الحد إن لم يكن ربح، و إلاّ فيقدر نصيب المالك على القول بأنه يملك الربح بالظهور.

قوله: (و عليه المهر).

و لو كانت عالمه بالتحريم مطاوعه ففي وجوبه إشكال سبق في الغصب، و الأصح عدم الوجوب.

قوله: (و لو ظهر ربح انعقد حرا و هي أم ولد).

لأنّه لاحق بالواطئ، لأنّ بعضها ملك له، و لا يتصور التبعض في اللحاق و حينئذ فيتحقق معنى الاستيلاد، و به روايه (1) سبقت في البيع.

قوله: (و عليه قيمتها عند الولاده).

لأنّه وقت تقويم الولد و وقت صيروره الموطوءه أم ولد.

ص: ١١٥

و ليس للمالك و طء الأمه أيضا، فإن فعل فهي أم ولد إن علقته، و لا حد، قوله: (و ليس للمالك و طء الأمه أيضا).

سواء كان هناك ربح أم لا صرّح به في التذكرة، لأنّ حق العامل قد تعلق بها، و الوطاء ينقصها إن كانت بكرا أو يعرضها للخروج من المضاربه، و للتلف، لأنّه ربّما يؤدي الى إحبالها.

كذا قال في التذكرة، ثم قال بعد ذلك: إنّ انتفاء الربح في المتقومات غير معلوم، و إنّما يتيقن الحال بتنضيض المال، أمّا لو تيقن عدم الربح فالأقرب أنّه يجوز له الوطاء (١).

هذا كلامه، إلا أنّ هذا مناف لإطلاق كلامه بعد في التذكرة أيضا بأنّ المالك ليس له أن يكاتب عبد القراض إلا برضاء العامل.

قال في التذكرة أيضا: و إذا قلنا بالتحريم و وطأ فالأقرب أنّه لا يكون فسخا (٢).

أقول: حيث أنّ الوطاء لا يعد فسخا فينبغي أن لا يجوز الوطاء للمالك حتى يحصل الفسخ و إن لم يكن ربح، لثبوت علاقه العامل بالمال بنفس عقد القراض، فلا يسوغ كلّما يفضى الى زوالها.

نعم، عدم جعل ذلك فسخا لا يخلو من نظر، فإنّه إذا وقع في البيع من البائع و كان له الخيار كان فسخا، فكيف في العقد المبني على الجواز.

قوله: (فان فعل فهي أم ولد إن علقته و لا حد).

أمّا صيرورتها أم ولد فلا بحث فيه، و أمّا أنّه لا حد، فلأنّها إذا لم يظهر ربح

ص: ١١٤

١-١) التذكرة ٢:٢٤٣. [١]

٢-٢) التذكرة ٢:٢٤٣. [٢]

و تحتسب قيمتها و تضاف إليها بقيه المال، و ان كان فيه ربح فللعامل حصته. و لو أذن له المالك في شراء أمه يطؤها قيل جاز، و الأقرب المنع، نعم لو أحله بعد الشراء صح. ملك له خاصة و مع الظهور يدرأ بالشبهه، لأن جماعه يقولون بأنه ليس للعامل فيها شيء إلا بعد البيع و ظهور الربح و القسمة، كذا قال في التذكرة (١).

و يشكل بأن المالك ربما كان قائلا باستحقاق العامل الحصة بظهور الربح، فكيف يستقيم نفى الحد هاهنا و عد ذلك شبهه؟ فإن صح ذلك يلزم أن كل ما وقع الاختلاف فيه يعد شبهه.

قوله: (و تحتسب قيمتها، و يضاف إليها بقيه المال).

ليكون الجميع رأس مال القراض، لأن العقد لا يبطل بذلك.

قوله: (و إن كان فيه ربح فللعامل حصته).

أى: إن كان في المأخوذ قيمه ربح فللعامل أخذ حصته منه، لأنه قد نض حينئذ فله المطالبه بحقه.

و يشكل بأنه إن كان فسخا للقراض لم يكن لإضافه بقيه المال إليها معنى، بل لا بد من عقد جديد، و إن لم يكن فملك العامل لا يستقر على الحصة من الربح بذلك.

قوله: (و لو أذن له المالك في شراء أمه يطؤها، قيل: جاز، و الأقرب المنع، نعم لو أحله بعد الشراء صح).

القائل بالجواز هو الشيخ في النهاية (٢)، تعويلا- على روايه الكاهلي عن ابى الحسن عليه السلام (٣) و وجه القرب المستفاد من قوله تعالى:

ص: ١١٧

١- (١) التذكرة ٢: ٢٤٣. [١]

٢- (٢) النهاية: ٤٣٠.

٣- (٣) التهذيب ٧: ١٩١ حديث ٨٤٥.

و ليس لأحدهما تزويج الأمه و لا مكاتبه العبد، فان اتفقا عليهما جاز. و ليس له ان يخلط مال المضاربه بماله، إلا مع إذنه فيضمن بدونه، و لو قال: اعمل برأيك فالأقرب الجواز. إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم (١)، و لأن أمر الفروج مبنى على الاحتياط التام فلا يعول فيه على مثل هذه الروايه، و الأصح المنع أما إذا وقع التحليل بعد الشراء على وطئه فلا بحث في الجواز.

فرع: لو ظهر ربح لم تحل الأمه بالتحليل على الأصح (٢).

قوله: (و ليس لأحدهما تزويج الأمه و لا مكاتبه العبد، فإن اتفقا عليهما جاز).

أما عدم الجواز للعامل فظاهر، و أما المالك، فلأن القراض لا يرتفع بالتزويج، و هو ينقص قيمتها فيتضرر به العامل.

و الكتابه خلاف وضع القراض، لما عرفت غير مره من أن وضعه على الاكتساب بالبيع و الشراء و ما فى معناهما، أما إذا اتفقا فلا بحث فى الجواز.

قوله: (و ليس له أن يخلط مال المضاربه بماله إلا مع إذنه فيضمن بدونه).

لأن الشركه عيب، و لا دلاله لعقد القراض على الإذن فيه، فإذا فعل بغير إذن فقد تعدى فيضمن.

قوله: (و لو قال: اعمل برأيك فالأقرب الجواز).

أى: فالأقرب جواز الخلط، و وجه القرب: إنه قد عمم له الإذن فى التصرف

ص: ١١٨

١- ١) المؤمنون: ٦. [١]

٢- ٢) هذا الفرع لم يرد فى «ك».

و ليس له أن يشتري خمرا و لا خنزيرا إذا كان أحدهما مسلما، و ليس له أن يأخذ من آخر مضاربه إن تضرر الأول إلا بإذنه، فإن فعل و ربح في الثانيه لم باختياره، فيندرج فيه محل النزاع.

و قيل: لا يجوز ذلك، لأنه ليس من التجاره.

و يضعف بأنه إذا كان فيه غبطه كان من توابعها.

و ربّما وجه عدم الجواز بأنّ الرأى مصدر لا عموم له و يضعف بأنّ المتبادر من هذه الصيغه باعتبار الاستعمال هو العموم، إذ لا يراد و لا- يفهم منها إلا- تفويض التصرفات إلى رأيه، فكأنّه قال له: اعمل برأيك في كل موضع و معلوم أنّه لا يراد به عمله برأيه وقتا ما أو مره ما، فكان القول بالجواز مع المصلحه أقوى.

قوله: (و ليس له أن يشتري خمرا و لا خنزيرا إذا كان أحدهما مسلما).

و كذا كلّ ما لا يجوز للمسلم شراؤه كالميته.

قوله: (و ليس له أن يأخذ من آخر مضاربه إن تضرر الأول إلا بإذنه).

يتحقق تضرر الأول بأن يكون العمل في المال الثاني مانعا عن العمل الأول، أو عن كماله، أو عجزه عن حفظهما و ضبطهما و إنّما لم يجز ذلك، لأنّ المضاربه مبنيه على الحظ و الاستئماء فإذا فعل ما يمنع ذلك لم يكن له، كما لو أراد التصرف بخلاف الغبطه.

فإن قيل: إنّ المالك الأول لم يملك منافعه، فكان له صرفها في أمر آخر.

قلنا: و إن لم يكن ملكها لكنه تعين صرفها في العمل للقراض الأول بمقتضى العقد، و لهذا لا يجوز له ترك المال بغير عمل، و لا التقصير عن العمل الذى جرت به العاده، نعم لو لم يتضرر لم يمنع.

قوله: (فإن فعل و ربح في الثانيه لم

يشاركه الأول. و لو دفع إليه قراضا و شرط أن يأخذ له بضاعه فالأقوى صحتهما. و لو قارض اثنان واحدا و شرطا له النصف و تفضلا في الباقي مع تساوى المالين، أو بالعكس فالأقوى الصحه. يشاركه الأول).

أى: فإن أخذ مضاربه بدون إذن الأول مع تضرره، و عمل بها فربح كان للعامل حصه من الربح، و لم يشاركه الأول فيها.

و قال بعض العامه: إن حصه العامل تضم الى ربح المضاربه الأولى، لأنه استحق حصته من الربح بالمنفعه التى استحققت بالعقد (١) و ليس بشيء، لأن المنفعه غير مملوكه له، و لأن استحقاق الربح فى المضاربه إما بالمال أو العمل. و كلاهما منتف هنا.

قوله: (و لو دفع اليه قراضا، و شرط أن يأخذ له بضاعه فالأقوى صحتهما).

أى: صحه القراض و الشرط، و قد سبق البحث فى هذه المسأله أول القراض و ذكرنا خلاف الشيخ و بيّنا وجه الصحه.

قوله: (و لو قارض اثنان واحدا و شرطا له النصف، و تفضلا فى الباقي مع تساوى المالين، أو بالعكس فالأقوى الصحه).

مقتضى إطلاق العبارة أنه لا فرق بين كون المالين ممترجين و عدمه، و أنه لا فرق بين كون حصه العامل مشروطه من مجموع ربح المالين أو من ربح كل منهما وحده.

فأما إذا شرطت حصه العامل من المجموع فوجه الصحه وجود المقتضى، و هو صدور العقد من أهله فى محله، و انتفاء المانع، إذ ليس إلا تفاضل المالين فى الربح مع تساوى المالين، أو تساويهما فيه مع تفاضل المالين، و ذلك لا يصلح للمانع، لأن

ص: ١٢٠

و لو كان العامل اثنين و ساواهما فى الربح صح و إن اختلفا فى العمل. تفاضلهما قد يكون ناشئا من تفاوت حصه العامل من نصيب كل منهما من الربح، و ذلك أمر جائز فينزل إطلاق العقد عليه، تغليا لجانب الصحه و عملا بعموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (١) و غيره، و هو الأصح.

و يحتمل ضعيفا العدم، لأن صرف الإطلاق إلى هذا الفرد يحتاج إلى صارف و هو منتف، فيبقى محتملا لجانب الصحه و الفساد على السواء من غير ترجيح، و ضعفه ظاهر، و قد بينا المرجح.

و أمّا إذا شرطت حصه العامل من نصيب كل منهما بخصوصه، فإن صحه العقد و الشرط حينئذ مبنى على ما سبق فى الشركه إذا كان المالان ممتزجين.

و على ما اختاره المصنف فى هذا الكتاب من أنّ الصحه مشروطه بما إذا عملا أو أحدهما لا يصح هاهنا، لأن العامل غيرهما. و على ما اخترناه هناك لا يصح العقد و لا الشرط، إلا إذا كان المشروط له الزيادة أيضا عاملا، ليكون قراضا بالنسبه إليه أيضا.

و إذا عرفت ما قرناه و لحظت كلام الشارح الفاضل تبين انه غير واف بحل العبارة.

قوله: (و لو كان العامل اثنين و ساواهما فى الربح صح و إن اختلفا فى العمل).

و ذلك لأن تعدد العامل يقتضى كون العقد بمنزله عقدين، و لا شك فى صحه ذلك مع تعدد العقد. و منع مالك من المفاوته بين العاملين فى الحصه إذا قارضهما فى عقد واحد (٢)، و رده فى التذكرة (٣)، و لم يتعرض إليه هنا.

ص: ١٢١

١-١) المائدة: ١. [١]

٢-٢) المدونه الكبرى ٥:٩٠.

٣-٣) التذكرة ٢:٢٣٠. [٢]

و لو أخذ من واحد مالا- كثيرا يعجز عن العمل فيه ضمن مع جهل المالك. و لو أخذ مائه من رجل و مثلها من آخر، و اشترى بكل مائه عبدا فاختلطا اصطلاحا، أو أقرع.

المطلب الرابع: العامل يملك الحصه من الربح بالشرط دون الأجره

المطلب الرابع: العامل يملك الحصه من الربح بالشرط دون الأجره قوله: (و لو أخذ من واحد مالا- كثيرا يعجز عن العمل فيه ضمن مع جهل المالك).

لأن تسليم المال اليه إنما كان ليعمل فيه، فإذا كان عاجزا عن العمل كان وضع يده على خلاف الوجه المأذون فيه فكان ضامنا، أما مع علم المالك فلا.

قوله: (و لو أخذ مائه من رجل و مثلها من آخر، و اشترى بكل مائه عبدا فاختلطا اصطلاحا أو أقرع).

لعدم العلم بعين مال كل منهما، فان تراضيا فلا بحث، و إن تشاحا أقرع، لأن كل أمر مشكل فيه القرعه.

و يحتمل إجراء مسأله الثوبين التي في الصلح هاهنا فيباعان مجتمعين إن لم يمكن بيعهما منفردين، و يقسم الثمن بينهما. و لو أمكن و استويا في الثمن فلا بحث، و إلا أقرع إن لم يتراضيا.

و وجه الاحتمال: إنه لا دخل لخصوصيه الثوبين في الحكم المذكور، فيستوى الثوبان و غيرهما، و القول بالقرعه أوجه، لعدم دليل على غيره. و بيع مال الغير على خلاف الأصل، فيقتصر فيه على موضع الوفاق.

قوله: (العامل يملك الحصه من الربح بالشرط دون الأجره

على الأصح، على الأصح).

ذهب الشيخ في المبسوط (١)، والخلاف (٢)، والاستبصار (٣)، وأكثر الأصحاب إلى استحقاق العامل الحصه المشترطه (٤). وذهب الشيخ في النهاية (٥)، والمفيد (٦)، وجمع إلى انه إنما يستحق أجره المثل (٧).

و ظاهر كلام المصنف في المختلف في الاستدلال للثاني أن القراض معامله فاسده عند القائل به (٨). وكلام الشيخ في النهاية غير دال على الفساد بل قد يشعر بالصحة، فإنه قال في آخر الباب: إنه إذا كان له على غيره دين لم يجز له جعله مضاربه إلا بعد أن يقبضه ثم يعطيه إياه إن شاء (٩)، ومقتضى هذه العبارة الجواز حينئذ.

و كيف كان فالأصح استحقاق الحصه على ما شرط، عملاً بعموم قوله تعالى:

أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (١٠)، وعموم قوله عليه السلام: «المؤمنون عند شروطهم» (١١)، والأخبار الكثيره الصريحه في ذلك (١٢)، والاحتجاج بأن الربح تابع للملك، وأن جهاله الشرط توجب الغرر فتكون فاسده ضعيف، لأن عموم النهي عن الغرر قد خص منه كثير

ص: ١٢٣

١- ١) المبسوط ١٨٨: ٣.

٢- ٢) الخلاف ١١٥: ٢ مسأله ١٤ كتاب القراض.

٣- ٣) الاستبصار ١٢٦: ٣.

٤- ٤) منهم ابن إدريس في السرائر: ٢٥٦، والمحقق في الشرائع ١٤٠: ٢، وابن البراج في المهذب ٢: ٤٦٠.

٥- ٥) النهاية: ٤٢٨.

٦- ٦) المقنعه: ٩٧.

٧- ٧) منهم سلار في المراسم: ١٨٢، وأبو الصلاح الحلبي في الكافي في الفقه: ٣٤٧.

٨- ٨) المختلف: ٤١٨.

٩- ٩) النهاية: ٤٣٠. [١]

١٠- ١٠) المائده: ١. [٢]

١١- ١١) الكافي ٥: ٤٠٤، حديث ٨، التهذيب ٧: ٣٧١، حديث ١٥٠٣، الاستبصار ٣: ٢٣٢، حديث ٨٣٥.

١٢- ١٢) الكافي ٥: ٢٤٠، و ٢٤١، حديث ٢ و ٣ و ٧، التهذيب ٧: ١٨٨، حديث ٨٣٠ و ٨٣١.

و يملك بالظهور لا بالإنضاض على رأى ملكا غير مستقر، من الأحكام كالمزارعه و المساقاه، و لا وجه للمنع هنا مع ورود النص.

قوله: (و يملك بالظهور لا بالإنضاض على رأى ملكا غير مستقر).

بناء على أن العامل يملك الحصه من الربح. قد اختلف الفقهاء فى وقت ملكه إياها على أقوال، أصحها أنه يملكها من حين ظهور الربح، و يدل عليه وجوه منها: إن سبب الاستحقاق هو الشرط الواقع فى العقد، فيجب أن يثبت مقتضاه حين وجود الربح، لوجوب الوفاء به متى أمكن. و منها انه لو لم يملك بالظهور لم يكن له المطالبه بالقسمه لأنها فرع الملك، و التالى باطل اتفاقا.

فإن قيل: المطالبه بالقسمه لعلاقه استحقاق التملك بها، كما إذا طلب البيع لرجاء حصول الربح بوجود من يشتري بزياده عن القيمة.

قلنا: فلا تكون قسمه حقيقه، لأنها تميز المالكين، و ظاهر إطلاعهم أنها قسمه حقيقه.

و منها صحيحه محمد بن قيس عن الصادق عليه السلام يعتق نصيب العامل من أيه مع ظهور الزيادة (١)، و لو لم يملك امتنع العتق.

و منها إطلاق الأخبار بكون الربح بين المالك و العامل (٢)، و هى كما تتناول ما بعد القسمه كذا تتناول حال الظهور.

الثانى: انه يملك بالإنضاض لا قبله، لأنّ الربح قبله لا وجود له فى الخارج، و إنما هو موهوم مقدّر الوجود، و المملوك لا بد أن يكون محقق الوجود، فيكون الظهور موجبا لاستحقاق الملك بعد التحقق، و لهذا يورث عنه و يضمن حصه من أتلها، سواء

ص: ١٢٤

١- (١) الكافي ٥: ٢٤١، حديث ٨، الفقيه ٣: ١٤٤، حديث ٦٣٣، التهذيب ٧: ١٩٠، حديث ٨٤١.

٢- (٢) انظر: الكافي ٥: ٢٤٠، حديث ١ و ٢، التهذيب ٧: ١٨٨ و ١٨٩، حديث ٨٢٩ و ٨٣٦، الاستبصار ٣: ١٢٦، حديث ٤٥٢.

و إنما يستقر بالقسمه أو بالانضاض، و الفسخ قبل القسمه. المالك و الأجنبي.

و فيه نظر: فإننا لا نسلّم أن الربح قبل الانضاض غير موجود، لأنّ المال غير منحصر في النقد، فإذا ارتفعت قيمه العرض، فرأس المال منه ما قابلت قيمته رأس المال و الزائد ربح لا محاله، و معلوم انه محقق الوجود.

ثم إنّنا لا نسلّم أن المملوك لا بد أن يكون محقق الوجود، و انتقاضه بالدين واضح.

الثالث: أنّه إنّما يملك بالقسمه، إذ لو ملك قبلها لكان النقصان الحادث بعد ذلك شائعا في المال كسائر الأموال المشتركة، و التالي باطل لانحصاره في الربح.

و فيه نظر، لمنع الملازمه، فإنّه لا منافاه بين الملك و كون الربح وقايه لرأس المال، لجواز كون الملك متزلزلا و استقراره مشروط بالسلامه، و لأنه لو ملكه لاختص بربحه. و في الملازمه منع، و السند ما تقدم.

و حكى الشارح الفاضل نقلا عن المصنف قولاً رابعاً، و هو كون القسمه كاشفه عن سبق الملك، لأنّ القسمه ليست من الأسباب المملكه، و المقتضى للملك هنا إنّما هو العمل. و إنما كانت كاشفه لأنها تدل على انتهاء العمل الموجب للملك (1)، و ضعف هذا غنى عن البيان بعد ما سبق بيانه.

قوله: (و إنما يستقر بالقسمه أو بالانضاض، و الفسخ قبل القسمه).

قد حققنا أن العامل يملك الحصه من الربح بالظهور ملكا غير مستقر، لأن الربح وقايه لرأس المال فلا بد لاستقراره من أمر آخر، فحينئذ نقول: لا يخلو أما أن ينضم الى الظهور انضاض جميع المال، أو قدر رأس المال مع الفسخ و القسمه، أو أحدهما، أو بدونهما، أو ينضم إليه القسمه دون الانضاض. ثم القسمه إما للربح فقط

ص: ١٢٥

أو لجميع المال فهنا صور:

أ: أن ينضم الى الظهور الانضاض لجميع المال، أو لقدر رأس المال فقط مع الفسخ و القسمة، فلا بحث في الاستقرار.

ب: الصورة بحالها لكن لم يقتسما، وفيه وجهان أصحهما- هو مقرب التذكرة (١)، و ظاهر اختياره هنا- حصول الاستقرار أيضا، لأن العقد قد ارتفع و رأس المال حاصل ناض، فيخرج الربح عن كونه وقايه لارتفاع حكم القراض بارتفاع العقد، و لوجوب صرف الربح الى ما شرطاه حيث ارتفع العقد.

و الثاني العدم، لأن القسمة من تتمه عمل العامل، قال المصنف في التذكرة:

و ليس شيئا (٢)، و ما قاله حق، لأن رأس المال متميز و قسمة الربح لا دخل لها في استقرار ملك العامل على الحصه.

فإن قيل: ما دام لا يقبض المالك رأس ماله يجب أن يكون بحيث لو تلف منه شيء يجبر من الربح، استصحابا لما كان، و لظاهر قوله عليه السلام: «على اليد ما أخذت حتى تؤدي» (٣).

قلنا: الاستصحاب حجه عند عدم الناقل لا معه و قد حصل، لأنه إذا ارتفع العقد خرج المال عن كونه مال قراض فيبقى أمانه، لأن اليد في الأصل لم تكن يد ضمان فينتفى حكم جبرانه من الربح، لأنه دائر مع كونه قراضا.

و الحديث لا دلالة له على ما نحن فيه، لأن واضع اليد على مال الغير و إن كان في العهده إلى الأداء، إلا أنه لا يلزم جبران التالف بغير تقصير من الربح في صوره

ص: ١٢٤

١- ١) التذكرة ٢: ٢٤٣. [١]

٢- ٢) التذكرة ٢: ٢٤٣. [٢]

٣- ٣) عوالى اللآلى ١: ٢٢٤ حديث ١٠٦. [٣]

النزاع، و لانتفاضه بما بعد القسمة قبل القبض. و تردد المصنف فى التحرير هنا (1)، و لا ريب فى ضعف ترده.

ج: أن يقع الفسخ و المال عروض كله أو بعضه بحيث لم ينض رأس المال، فإن حصلت القسمة بعد ذلك حصل استقرار الملك للعامل لانقطاع حكم القراض و إلاّ بنى على أن العامل هل يجبر على البيع و الانضاض؟ فإن قلنا به فحكم القراض باق لبقاء العمل، و إن قلنا بالعدم فوجهان كالوجهين السابقين فى الصورة الثانية.

و سيأتى حكم المبنى عليها فى الفصل الثالث إن شاء الله تعالى.

د: أن تكون القسمة للربح فقط و لا دخل له فى الاستقرار و عدمه، بل إن حصل شىء من الأمور المذكوره يقتضى الاستقرار فثبوته به، و إلاّ فلا، و سيأتى فى كلام المصنف ما يتبّه عليه إن شاء الله تعالى.

إذا عرفت ذلك فاعلم أن قول المصنف: (و إنما يستقر بالقسمة، أو الانضاض و الفسخ قبل القسمة) يتناول الصور السابقه جميعها، فحكمه بالاستقرار بالقسمة فى مقابل الانضاض يقتضى الاستقرار بها و إن كان المال عروضاً كله أو بعضه.

لكن يرد عليه شىء، و هو أن القسمة بمجردا لا توجب الاستقرار من دون فسخ القراض، لأنه لا معنى للقسمة إلاّ قسمة الربح، إذ ليس فى رأس المال شركه إلاّ باعتباره، و قسمة الربح وحدها لا تخرجه عن كونه وقايه لرأس المال.

ثم فالمدار على ارتفاع القراض و انتهاء عمله، و عباره المصنف لا تنفى بذلك لإطلاقها. و ما سيأتى من قوله: (ان قسمة الربح مع بقاء العقد لا تقتضى خروجه عن الوفاء به) لا ينفع فى هذا الضابط لثبوت الإخلال بالفهم و عدم البينه الى ما هناك.

و قوله: (أو الانضاض و الفسخ) ظاهره يقتضى اعتبار انضاض جميع المال،

ص: ١٢٧

و لو أتلّف المالك أو الأجنبي ضمن له حصته و يورث عنه، و الربح وقايه لرأس المال، فإن خسر و ربح جبرت الوضيعه من الربح، سواء كان الربح و الخسران في مره واحده أو مرتين، و في صفقه واحده أو اثنتين. و ليس بجيد، بل يكفي انضاض قدر رأس المال. و يقتضى أيضا أن انضاض قدر الربح لا أثر له، و كذا يقتضى عدم الاستقرار إذا حصل الفسخ و المال عروض، و هو صحيح على أن ما اختاره فيما بعد من وجوب الانضاض على العامل.

قوله: (و لو أتلّف المالك أو الأجنبي ضمن له حصته و يورث عنه).

هذه الأحكام غير مخصوصه بأن العامل يملك الحصة بالظهور، بل لو قلنا انه إنما يملك بالانضاض أو القسمة فالحكم كذلك، لأن له حقا مؤكدا إذ قد ملك ان يملك فيطالب المتلف، سواء كان هو المالك أو غيره، لأن الإلتاف يجرى مجرى استرداد المالك جميع المال فيغرم حصه العامل، و ينتقل هذا الحق إلى الوارث.

قوله: (و الربح وقايه لرأس المال، فإن خسر و ربح جبرت الوضيعه بالربح سواء كان الربح و الخسران في مره واحده أو مرتين و في صفقه أو اثنتين).

روى إسحاق بن عمار عن الكاظم عليه السلام: إنّه سأله عن مال المضاربه قال: «الربح بينهما و الوضيعه على المال» (١)، و هو دال على المدعى، لأن المال يتناول الأصل مع الربح، و يقتضى ثبوت هذا الحكم ما دام مال مضاربه، فيستمر ما دامت المعامله باقيه، و قد أجمع أهل الإسلام على ذلك، قال في التذكره: لا نعلم في ذلك خلافا (٢).

و لأن الربح هو الفاضل عن رأس المال.

ص: ١٢٨

١- ١) التهذيب ٧: ١٨٨ حديث ٨٢٩، الاستبصار ٣: ١٢٦ حديث ٤٥٢.

٢- ٢) التذكره ٢: ٢٤٣. [١]

فلو دفع ألفين فاشترى بإحدهما سلعه و بالأخرى مثلها، فخسرت الاولى و ربحت الثانيه جبر الخسران من الربح، و لا شىء للعامل إلا بعد كمال الألفين. و لو تلف مال القراض أو بعضه بعد دورانه فى التجاره احتسب التالف من الربح، و على هذا فلا فرق بين كون الربح و الخسران فى مره واحده، أو الخسران فى سفره و الربح فى أخرى. و كذا لا فرق بين كونهما فى صفقه واحده، أو الربح فى صفقه و الخسران فى أخرى.

قوله: (فلو دفع ألفين فاشترى بإحدهما سلعه و بالأخرى مثلها فخسرت الاولى و ربحت الثانيه جبر الخسران من الربح و لا شىء للعامل الا بعد كمال الألفين).

بيان للصفقتين و الحكم ظاهر.

قوله: (و لو تلف مال القراض أو بعضه بعد دورانه فى التجاره احتسب التالف من الربح).

المراد بدوران المال فى التجاره: التصرف فيه بالبيع و الشراء، و هنا صورتان:

إحدهما: تلف جميع المال، و ذلك كأن يشتري برأس المال متاعا تزيد قيمته على أصل المال، بأن يكون فيه ربح فيتلف منه مقدار رأس المال.

و الثانيه: تلف بعضه، و إطلاق المصنف التالف يتناول التالف بآفه سماويه كمرض حادث، و بغصب غاصب، و سرقة سارق، و غير ذلك، و سيأتى إن شاء الله تعالى ذكر ذلك فى كلام المصنف صريحا.

و قد جزم بالحكم هنا، و فى التحرير (١)، و قال فى التذكرة: إنه الأقرب، و هو

ص: ١٢٩

و كذا لو كان قبل دورانه على إشكال، المختار، لأنَّ الربح وقايه لرأس المال على ما سبق بيانه، فما دام رأس المال لا يكون موجودا بكماله على وجه يأخذه المالك فلا ربح.

و يحتمل ضعيفا العدم، لأنَّه نقصان لا- تعلق له بتصرف العامل و تجارته، بخلاف النقصان الحاصل بانخفاض السوق، ولأنَّه فى الغضب و السرقة يحصل الضمان على الغاصب و السارق فلا حاجة الى جبره بمال القراض (١).

و ضعفه ظاهر، فإن كون الربح وقايه لرأس المال فى القراض لم يدل دليل على اشتراط الحكم بكون النقص بسبب السوق، ولأنَّه لا- يعقل وجود الربح مع كون رأس المال ناقصا. و الكلام فى الغضب و السرقة إنما هو مع عدم حصول العوض من الغاصب و السارق، و حينئذ فهو تلف. و ممَّا قررناه يظهر أن دعوى الشارح السيد الإجماع على جبر التالف من الربح بعد دورانه فى التجاره ليس بجيد.

قوله: (و كذا لو كان قبل دورانه على اشكال).

أى: و كذا يحتسب التالف من الربح لو كان التلف قبل دوران المال فى التجاره، سواء كان التالف الجميع أو البعض. فهنا صورتان أيضا على اشكال فى الاحتساب ينشأ: من أن وضع المضاربه على أن الربح وقايه لرأس المال، فلا يستحق العامل ربحا إلا بعد أن يبقى رأس المال بكماله، لأنَّه قد دخل على ذلك، و عدم دورانه فى التجاره لا أثر له فى ذلك. و من حيث أن التلف قبل الشروع فى التجاره يخرج التالف عن كونه مال قراض، لأنَّ الفرض أن لا بدل له فلا يلزم عوضه من الربح.

و هو ضعيف، لأنَّ المقتضى لكونه مال القراض هو العقد لا دورانه فى التجاره.

و إنما يحتسب التالف من الربح حيث لا يتحقق له بدل، فكيف يؤثر عدم وجوب البدل فى عدم الاحتساب؟ و الأصح الأول، و اختاره الشيخ فى المبسوط (٢)، و ابن

ص: ١٣٠

١- (١) التذكرة ٢٤٤: ٢. [١]

٢- (٢) المبسوط ١٩٠: ٣.

إدريس (١)، قال المصنف في التحرير: وفيه نظر ضعيف (٢).

إذا عرفت ذلك فاعلم أنه قد يسأل هنا: انه إذا تلف جميع مال القراض قبل دورانه في التجاره لم يبق هناك قراض ليحتسب المال من ربحه، لبطلان القراض حينئذ؟ و جوابه: ان ذلك يتصور فيما إذا أذن المالك للعامل في القراض بأن يشتري في الذمه، فاشترى متاعا للقراض في الذمه بقدر مال القراض، و تلف المال بغير تفريط قبل الدفع فإن البيع لا يفسخ بذلك، لعدم تعيين الثمن، و لا يقع الشراء للعامل على أصح القولين وفاقا للشيخ في المبسوط، حيث حكم بأن الشراء للمالك إذا كان قبل تلف رأس المال، بخلاف ما لو كان بعده لانفساخ القراض حينئذ (٣).

و اختار في الخلاف وقوعه للعامل (٤)، و هو ضعيف، و اختار الأول ابن البراج (٥)، و المصنف في المختلف (٦)، و هو الأصح، لأن العقود تابعه للقصد، فحينئذ يجب على المالك دفع الثمن و يكون الجميع مال القراض.

(لكن يشكل تقييد الشيخ في المبسوط بما إذا غصب مال القراض فاشترى في الذمه، ثم بعد اليأس من الاسترداد استرد، فإن القراض يجب أن لا يبطل هنا، إلا ان يقال حكم بالبطلان ظاهرا في وقت الشراء فلا يكون قصده معتبرا) (٧).

ص: ١٣١

١-١) السرائر: ٢٥٨.

٢-٢) التحرير ١: ٢٧٩. [١]

٣-٣) المبسوط ٣: ١٩٤. [٢]

٤-٤) الخلاف ١: ١١٥ ٢: مسألة ١٥ كتاب القراض.

٥-٥) المهذب ١: ٤٦٤.

٦-٦) المختلف: ٤٨٢.

٧-٧) ما بين القوسين لم يرد في نسخه «ك».

سواء كان التلف للمال أو للعرض، باحترق، أو سرقة، أو نهب، أو فوات عين، أو بانخفاض سوق، أو طريان عيب. و الزيادات العينية كالثمره و النتاج محسوبه من الربح، و كذا بدل منافع الدواب، و مهر و طء الجوارى، حتى لو وطأ السيد كان مستردا مقدار العقر. قوله: (سواء كان التلف للمال أو للعرض باحترق، أو سرقة، أو نهب، أو فوات عين، أو بانخفاض سوق، أو طريان عيب).

تعميم للتلف بحيث يستوى جميع أفراده فى هذا الحكم، و أراد بتلف المال:

تلف عين مال القراض قبل دورانه فى التجاره، و بالعرض: تلف الحاصل بالتجاره.

قوله: (و الزيادات العينية كالثمره و النتاج محسوبه من الربح، و كذا بدل منافع الدواب، و مهر و طء الجوارى، حتى لو وطأ السيد كان مستردا مقدار العقر).

أطلق المصنف الحكم بكون هذه محسوبه من الربح هنا و فى التحرير (1) و إن توقف فيه فى احتساب مقدار العقر لو وطأ المالك.

و يشكل بأن المشروط فى عقد القراض إنما هو الحاصل بالاسترباح بالتجاره، لأن وضع عقد القراض على ذلك. و من ثم لو عامله على الاسترباح بالاستئماء و نحوه لم يصح كما سبق، لأنه خلاف وضعه حتى لو شرطه فى العقد بطل، لأنه خلاف مقتضاه، فكيف يستحق العامل الحصة فى هذا الربح مع أنه نماء ملك المالك؟ و انتقال الملك يتوقف على سبب مملوك. نعم، لو كان النماء المذكور بعد ظهور الربح اتجه ذلك.

فإن قيل: اشتراط الاسترباح بغير التجاره هو المخالف لوضع القراض، أمّا

ص: ١٣٢

و لو كان رأس المال مائه فخسر عشره، ثم أخذ المالك عشره، ثم استحقاق غير ربح التجاره فإن اشتراطه غير مناف، فكما يجوز أن يشترط مالا و عملا، كذا يجوز أن يشترط حصه من ربح آخر.

قلنا: اشتراط مال في عقد القراض يجب أن يكون معلوما و إلا ليجهل العقد به و اغتفار جهاله الربح الذي هو مقصود العقد، و مبناه عليه لا يقتضى اغتفار جهاله الشرط، فإن الغرر محذور، و تجوز بعضه بالنص لا يقتضى تجوز كل غرر.

فإن قيل فكيف جاز اشتراط مضاربه أخرى أو بضاعه؟ قلنا: هذا في حد ذاته معامله سائغه، فإذا اشترطت في العقد فلا إبطال. و لو سلّم جواز اشتراط ذلك فلا نسلم أن إطلاق الحصه من الربح في العقد يتناول هذا القسم، فإن الربح الواقع في العقد لا عموم له، و المتبادر منه إنما هو الربح الحاصل بالعمل الذي هو مقتضى العقد-أعنى الاسترباح بالتجاره- فكيف يجوز حمله عليه؟ فإطلاق هذا الحكم في غايه الاشكال.

و قد رجّح المصنف في التذكرة ما قلناه، حين حكى عن أكثر الشافعية أن هذا النوع من الربح للمالك خاصة، إذا لم يكن المال قد ربح بالتجاره شيئا، فنفي عنه البأس (١)، و ذلك هو الذي يقتضيه النظر.

إذا عرفت ذلك فاعلم أن قول المصنف: (حتى لو وطأ السيد كان مستردا مقدار العقر) يريد به نصيب العامل فيه، كما صرح به في التذكرة (٢). لكن يشكل بأن ذلك إنما يتحقق إذا كان العقر محسوبا من الربح و رأس المال. و فيه نظر ظاهر، لأن رأس المال غير شائع في هذا ليكون محسوبا منهما.

قوله: (و لو كان رأس المال مائه فخسر عشره، ثم أخذ المالك

ص: ١٣٣

١- (١) التذكرة ٢: ٢٤٤. [١]

٢- (٢) التذكرة ٢: ٢٤٤. [٢]

عمل الساعى فربح فرأس المال ثمانيه و ثمانون و ثمانيه أتساع، لأن المأخوذ محسوب من رأس المال فهو كالموجود، فالمال فى تقدير تسعين، فإذا بسط الخسران - وهو عشره - على تسعين أصاب العشره المأخوذه ديناراً و تسع، فيوضع ذلك من رأس المال. عشره، ثم عمل الساعى فربح فرأس المال ثمانيه و ثمانون و ثمانيه أتساع، لأن المأخوذ محسوب من رأس المال فهو كالموجود. فالمال فى تقدير تسعين، فإذا بسط الخسران - وهو عشره - على تسعين أصاب العشره المأخوذه ديناراً و تسع، فيوضع ذلك من رأس المال).

لما ذكر أن المالك إذا وطأ كان مسترداً من المال قدر العقر. أراد أن يبين ما يترتب على الاسترداد من الأحكام باعتبار حصول الربح أو الخسران.

فأما فى صوره الخسران: فإذا كان رأس المال مائه دينار مثلاً فخسر عشره، و أخذ المالك بعد الخسران عشره، ثم عمل الساعى فربح فلا بد من معرفه قدر رأس المال حينئذ - أعنى بعد الاسترداد المذكور - ليحبر خسارته من الربح.

وقد ذكر المصنف انه ثمانيه و ثمانون و ثمانيه أتساع دينار، الموجود منها ثمانون، و التالف بالخسران ثمانيه و ثمانيه أتساع فيحبر من الربح لا مجموع الخسران و هو العشره التالفه، و ذلك لأن المأخوذ لا ريب انه محسوب من رأس المال، فهو كالموجود فى أن له حظاً من الخسران، لأن الخسران من المجموع فالمال الموجود فى تقدير تسعين باحتساب العشره المأخوذه، فإذا بسط الخسران و هو عشره على تسعين أصاب كل دينار تسع، فنصيب العشره المأخوذه ديناراً و تسع، فيوضع ذلك - أعنى الدينار و تسعا الذى أصاب العشره من الخسران - مما بقى من أصل رأس المال بعد العشره و هو تسعون، لأنه لما استرد العشره فكأنما استرد نصيبها من الخسران، لخروجها بالاسترداد عن استحقاق الجبران لما يصيبها حيث بطل القراض فيها.

و إن أخذ نصف التسعين الباقيه بقى رأس المال خمسين، لأنه قد أخذ نصف المال فيسقط نصف الخسران، و إن أخذ خمسين بقى أربعة و أربعون و أربعة أتساع. و كذا فى طرف الربح يحسب المأخوذ من رأس المال و الربح، فلو كان المال مائه و ربح عشرين فأخذها المالك بقى رأس المال ثلاثه و ثمانين قوله: (و إن أخذ نصف التسعين الباقيه بقى رأس المال خمسين، لأنه أخذ نصف المال فسقط نصف الخسران، و إن أخذ خمسين بقى أربعة و أربعون و أربعة أتساع).

أى: و إن أخذ المالك فى الصوره السابقه نصف التسعين الباقيه بعد خساره العشره بقى المال خمسين، منها خمسه و أربعون موجوده و يتبعها نصف الخسران و هو خمسه، فيجبر من الربح، و يتبع النصف المأخوذ نصف الخسران أيضا فيسقط.

و إن كان ما أخذه خمسين بقى رأس المال أربعة و أربعين و أربعة أتساع دينار، منها أربعون موجوده، و لكل دينار من الخسران تسع و ذلك أربعة و أربعة أتساع، فيجبر من الربح و تسقط خمسه و خمسه أتساع، و على هذا القياس.

و الضابط أن ينسب المأخوذ إلى الباقي، و يأخذ للمأخوذ من الخسران بمثل تلك النسبه، لأن نسبه حقه من الخسران إلى حق الباقي فيه كنسبته إلى الباقي، أو يسقط من أصل رأس المال بمثل تلك النسبه و يبقى الباقي رأس المال.

ففى المثال الأول إذا نسبت العشره المأخوذه إلى الباقي بعد الخسران- و هو تسعون- كانت تسعا، فيصيب العشره من الخسران تسع الخسران- و هو دينار و تسع دينار- أو يسقط من المائه تسعها- و هو أحد عشر ديناراً و تسعا- فالباقي رأس المال، و على هذا.

قوله: (و كذا فى طرف الربح يحسب المأخوذ من رأس المال و الربح، فلو كان المال مائه و ربح عشرين فأخذها المالك بقى رأس المال ثلاثه و ثمانين

و ثلثا، لأن المأخوذ سدس المال، فنقص سدس رأس المال - وهو ستة عشر و ثلثان - و حظها من الربح ثلاثة و ثلث، فيستقر ملك العامل على نصف المأخوذ من الربح و هو درهم و ثلثان. و لو انخفضت السوق و عاد ما فى يده الى ثمانين لم يكن للمالك أن يأخذه ليتم له المائة بل للعامل من الثمانين درهم و ثلثان. و ثلثا، لأن المأخوذ سدس المال فنقص سدس رأس المال - وهو ستة عشر و ثلثان - و حظها من الربح ثلاثة و ثلث، فيستقر ملك العامل على نصف المأخوذ من الربح و هو درهم و ثلثان).

هذا بيان الحكم المترتب على الاسترداد فى طرف الربح، و تحقيقه: أنه إذا كان رأس المال مائة فربح عشرين صار المجموع مائة و عشرين، فإذا أخذ المالك عشرين كان ما أخذه محسوبا من المجموع، للشيوخ، فيبقى رأس المال ثلاثة و ثمانين و ثلثا، لأن المأخوذ سدس المجموع، فيكون سدس كل من رأس المال و الربح، و سدس رأس المال ستة عشر و ثلثان، و سدس الربح ثلاثة و ثلث فيبقى رأس المال ثلاثة و ثمانين و ثلثا، و بطل العقد فى المأخوذ فيستقر ملك العامل على نصف ربح المأخوذ - و هو درهم و ثلثان - لخروجه عن كونه وقايه حينئذ بطلان القراض فيه. و ضابطه: أن ينسب المأخوذ إلى المجموع، و يأخذ بتلك النسبه من رأس المال و من الربح.

قوله: (و لو انخفضت السوق و عاد ما فى يده إلى ثمانين لم يكن للمالك أن يأخذه ليتم له المائة، بل للعامل من الثمانين درهم و ثلثان).

أى: لو انخفضت السوق بعد أخذ عشرين، و صار جميع ما فى يده العامل الى ثمانين لم يكن للمالك أخذ الباقي - و هو الثمانون - لتتم له به و بما أخذ أولا المائة، لأن نصيب العامل من سدس الربح المأخوذ قد استقر ملكه عليه، و قد أخذ المالك فيأخذ بدله.

و لو كان قد أخذ ستين بقى رأس المال خمسين، لأنه قد أخذ نصف المال فبقى نصفه، و إن أخذ خمسين بقى رأس المال ثمانيه و خمسين و ثلثا، لأنه أخذ ربع المال و سدسه فبقى ثلثه و ربعه. فإن أخذ منه ستين ثم خسر فصار معه أربعون فردّها كان له على المالك خمسه، لأن الذى أخذ المالك انفسخت فيه المضاربه فلا يجبر ربحه خسران الباقي لمفارقته إياه و قد أخذ من الربح عشره، لأن سدس ما أخذه ربح. قوله: (و لو كان قد أخذ ستين بقى رأس المال خمسين، لأنه أخذ نصف المال فبقى نصفه، و إن أخذ خمسين بقى رأس المال ثمانيه و خمسين و ثلثا، لأنه أخذ ربع المال و سدسه فبقى ثلثه و ربعه).

أى: لو كان قد أخذ من مجموع مائه و عشرين ستين فالمأخوذ نصف رأس المال و نصف الربح، فيستقر ملك العامل على نصف ربح المأخوذ- و هو خمسه- و الباقي نصف رأس المال- و هو خمسون- يتعلق بخسرانه الجبران من الربح.

و لو كان قد أخذ خمسين فهى ربع المجموع و سدسه، فيكون قد أخذ ربع رأس المال و سدسه و هو واحد و أربعون و ثلثان، و من الربح كذلك، فيستقر ملك العامل على نصفه، و يبقى من أصل المال ثمانيه و خمسون و ثلث هى ثلث المال و ربعه فهى رأس المال الآن.

قوله: (فإن أخذ منه ستين، ثم خسر فصار معه أربعون فردّها كان له على المالك خمسه، لأن الذى أخذه المالك انفسخت فيه المضاربه فلا يجبر ربحه خسران الباقي لمفارقته إياه، و قد أخذ من الربح عشره، لأنّ سدس ما أخذه ربح).

أى: فإن كان الذى أخذه المالك ستين، ثم خسر الباقي عشرين فردّها

و لو رد منها عشرين بقى رأس المال خمسة و عشرين. و لو دفع ألفا مضاربه، فاشترى متاعا يساوى ألفين، فباعه بهما ثم اشترى به جاريه و ضاع الثمن قبل دفعه رجوع على المالك بألف و خمسمائه، و دفع من ماله خمسمائه على إشكال. انفسخ القراض، فليس للمالك أن يأخذ الباقي ليتم له مائه- و هى رأس المال- بل للعامل نصف ربح المأخوذ، لاستقرار ملكه عليه باسترداد نصف المال و انفساخ العقد فى نصف رأس المال، فإذا خسر النصف الآخر لم يجبر من ربح المأخوذ، و هو ظاهر.

قوله: (و لو ردّ منها عشرين بقى رأس المال خمسة و عشرين).

أى: لو ردّ من الأربعين الباقيه بعد الخسران عشرين- هى نصفها- فقد سقط نصف الخسران و هو خمسة، لأن خسران الخمسين عشره، فيبقى رأس المال خمسة و عشرين باعتبار الخمسه التى يجب جبرانها من الربح، و هى حظ الباقي من الخسران.

قوله: (و لو دفع ألفا مضاربه فاشترى متاعا يساوى ألفين، فباعه بهما ثم اشترى به جاريه، و ضاع الثمن قبل دفعه رجوع على المالك بألف و خمسمائه و دفع من ماله خمسمائه على اشكال).

أى: لو دفع المالك ألفا مثلا على طريق المضاربه، فاشترى بها متاعا يساوى ألفين و باعه بهما فقد ربح ألفا. فإذا اشترى جاريه مثلا بألفين فى الذمه، لكون المالك قد أذن له أن يشتري لتلك المضاربه فى الذمه.

و هذا و إن كان كلام المصنف خاليا منه، إلا أنه لا يستقيم بدونه، لأنّ الشراء إذا كان بعين الألفين انفسخ العقد بتلفهما، و لو كان فى الذمه من غير إذن من المالك وقف على إجازته، فلا يلزمه شيء إلا أن يجيز فلا جرم و جب التقييد بذلك.

و حيثئذ لو ضاع مال المضاربه الذى يريد دفعه ثمنا- إنما اشترى على هذا القصد- قبل الدفع لم يبطل البيع قطعا، لأنه بيع صدر من أهله فى محله و لم يقع للعامل

-خلافًا للشيخ في الخلاف (١) وقد نبهنا على وجهه سابقًا- بل يقع للمالك و العامل معا.

أما المالك، فلأنه لما أذن في الشراء في الذمه للمضاربه كان العامل مأذونا له في الشراء في الذمه بقدر مال المضاربه، فكل شراء يقع كذلك و لا يكون الثمن زائدا على قدر مال المضاربه يجب أن يقع للمالك.

فإذا تلف المال الذى يراد دفع الثمن منه بغير تفريط تلف من المالك فوجب عليه بدله، و يكون محسوبا من مال المضاربه، لأن العقد إنما وقع على هذا الوجه.

و إنما قلنا إن العقد يصح، لأن العامل لم يشترط في العقد أداء الثمن من هذا المال، و إنما قصده فيجب على المالك دفع ألف و خمسمائه، و يدفع العامل خمسمائه من ماله على اشكال ينشأ: من أنه ملك من الألفين خمسمائه- نصف الربح- بمقتضى الشرط، و الشراء إنما وقع للمضاربه على قصد أن يؤدي الثمن من هذا المال، فيكون الشراء لمالك هذا المال و قد ملك ربه، فيكون ربع المبيع له فيجب عليه ربع الثمن.

و لأن اذن المالك في الشراء للمضاربه مقصور على قدر مال المضاربه المملوك له، لا امتناع اعتبار اذنه في مال غيره، فلا يقع له من الشراء إلا مقدار ما تناوله الاذن، و الزائد لم يأذن فيه المالك و لم يقصده به العامل فيجب أن يقع للعامل.

و من أن ملك العامل للربح غير مستقر، لأن الاستقرار لا- يتحقق بمجرد الانضاض من دون الفسخ أو القسمة، و إنما اشترى للمضاربه فيكون مجموع الثمن لازما للمالك، لأن الشراء وقع باذنه و لا شيء على العامل.

و يضعف بأن أصل الملك للعامل حصل بظهور الربح بناء على المختار، و عدم الاستقرار لا ينافى أصل الملك و لا يرتفع بالتلف الملك من أصله، و شراؤه للمضاربه إنما يقع للمالك منه بقدر ما يملك من مال المضاربه، لاستحاله أن يؤثر اذنه في ملك غيره،

ص: ١٣٩

فإذا باعها بخمسه آلاف أخذ العامل ربعها، وأخذ المالك من الباقي رأس ماله ألفين و خمسمائه، و كان الباقي ربحا بينهما على ما شرطاه. و لو دفع إليه ألفا مضاربه، ثم دفع إليه ألفا أخرى مضاربه و أذن في ضم أحدهما إلى الآخر قبل التصرف في الأول جاز، و صار مضاربه واحده.

و إن كان بعد التصرف في الأول بشراء المتاع لم يجز، لاستقرار حكم الأول، فربحه و و الأصح الأول.

قوله: (فإذا باعها بخمسه آلاف أخذ العامل ربعها، و أخذ المالك من الباقي رأس ماله ألفين و خمسمائه، و كان الباقي ربحا بينهما على ما شرطاه).

هذا حكم المسألة على أحد وجهي الاشكال، و هو المذكور في العبارة، أعنى:

وجوب دفع خمسمائه من مال العامل.

و وجهه-بعد الإحاطة بما سبق-ظاهر، فإن المبيع قد استحق العامل ربه خارجا عن المضاربه، لأنه دفع ثمنه من خاص ماله فيستحق ربع الربح لا بسبب المضاربه-و قدره سبعمائه و خمسون-و يبقى ثلاثه أرباعه يجبر منه التالف جزما، لأنه تلف بعد دورانه في التجاره-و هو ألف-فيكون رأس المال ألفين و خمسمائه، و يبقى ألف و سبعمائه و خمسون يقسم بينهما على ما شرطاه.

قوله: (و لو دفع إليه ألفا مضاربه، ثم دفع إليه ألفا أخرى مضاربه، و أذن في ضم أحدهما إلى الآخر قبل التصرف في الأول جاز و صار مضاربه واحده، و إن كان بعد التصرف في الأول بشراء المتاع لم يجز، لاستقرار حكم الأول فربحه و

خسرانه مختص به. فإن نض الأول جاز ضم الثاني إليه، وإن لم يأذن في الضم فالأقرب أنه خسرانه مختص به).

تعليل عدم الجواز في الفرض الثاني - أعني: (قوله لاستقرار حكم الأول)، أي: لثبوت حكم كونه قراضا مستقلا على وجه الاستقرار بالتصرف الذي هو مقتضاه - هو وجه الفرق بين الفرضين.

و ليس بتام، لانتقاضه بما ذكره بقوله: (فإن نض الأول جاز ضم الثاني إليه)، لأن مقتضى التعليل أن لا يجوز هنا نظرا الى استقرار الحكم الأول بالتصرف، وكذا صنع في التذكرة (١). و تحقيق المبحث أن هنا أمرين:

أحدهما: جواز الضم مع الاذن قبل التصرف، ووجهه أن كلاً من العقدين و إن اقتضى اختصاصه بحكمه كالبيعين، إلا أن القراض لكونه جائزا يقبل رفع بعض الخصوصيات، لأن ذلك منوط بالتراضي، فإذا تراضيا على العقدين من حيث أنهما عقدان، ثم تراضيا على رفع تلك الخصوصيه كان لهما ذلك، لأن لهما رفع العقد كله فالخصوصيه أولى.

الثاني: الفرق بين ما إذا كان الاذن في الضم قبل التصرف أو بعده، و تحقيقه أن شرط رفع الخصوصيه للعقدين كون المال بحيث يصلح لإنشاء عقد القراض عليه، فإذا كان عروضاً كان مانع الصحه موجوداً، فلا يعتد بالاذن الصادر حينئذ في تصيير العقدين عقداً واحداً، لوجود المانع، و من ثم لو نض فأذن جاز. و هل يعتد بالاذن السابق على الانضاض؟ يلوح من العبارة الاعتداد به و هو مشكل، كما لو عقد قبل صيروره المال نقداً فإنه لا بد من إعادته العقد بعد ذلك. و في التذكرة قال: لو كان المال الأول قد نض، و قال له المالك: ضم الثانيه إليه جاز و كان قراضاً واحداً (٢)، و لم يتعرض الى ما سوى ذلك نفياً و لا إثباتاً.

قوله: (و إن لم يأذن في الضم فالأقرب أنه

ص: ١٤١

[١ - ١] التذكرة ٢: ٢٤٩. [١]

[٢ - ٢] التذكرة ٢: ٢٤٩. [٢]

ليس له ضمه. و لو خسر العامل فدفع الباقي ناضا ثم أعاده المالك اليه بعقد مستأنف لم يجبر ربح الثاني خسران الأول، لاختلاف العقدين. و هل يقوم الحساب مقام القبض؟ الأقرب أنه ليس كذلك. ليس له ضمه).

وجه القرب أن ذلك تصرف غير مأذون فيه، لأن كلاً من المالين تعلق به عقد بخصوصه، فاقتضيا أن يكون كل منهما قراضا مستقلا، وربما تعلق غرض المالك بعدم خلط أحد المالين بالآخر فلا يجوز الخلط.

و يحتمل ضعيفا الجواز، لاتحاد المالك، و جوزه بعض العامه مع عدم التصرف في الأول (1)، و ليس بشيء، بل الأصح المنع فيضمن بالخلط.

و اعلم أنه ليس المراد بالضم هنا اشتراكهما في الحكم، بحيث يجبر ربح أحدهما خسران الآخر، لأن المالك لو فسخ المضاربه في ذى الربح لم يكن للعامل جبر خسران الآخر بربحه ليستحق الحصه من الربح المتجدد خصوصا مع اختلاف الحصه فيهما. و لا للمالك ذلك، لأن فيه حرمان العامل من هذا الربح قطعا فلا يكون المقصود من جواز الضم و عدمه إلا الضمان و عدمه خاصه.

قوله: (و لو خسر العامل فدفع الباقي ناضا، ثم أعاده المالك اليه بعقد مستأنف لم يجبر ربح الثاني خسران الأول، لاختلاف العقدين).

لأن الثاني وقع بعد فسخ الأول، لأن الفرض إن دفعه إياه ناضا كان على قصد فسخ القراض، و هذا القدر كاف في الفسخ، فإذا عقد ثانيا استؤنف الحكم.

قوله: (و هل يقوم الحساب مقام القبض؟ الأقرب انه ليس كذلك).

وجه القرب: استصحاب حكم العقد إلى أن يحصل الرفع له، و الحساب لا دلالة له على رفعه بشيء من الدلالات. و يحتمل ضعيفا مساواته القبض في ذلك، لإفاده تعيين حق كل من العامل و المالك.

ص: ١٤٢

١- (١) قاله إسحاق، انظر: المغنى لابن قدامه ١٧٥: ٥، الشرح الكبير المطبوع مع المغنى لابن قدامه ١٦٨: ٥.

و ليس للعامل بعد ظهور الربح أخذ شيء منه بغير إذن المالك، فإن نض قدر الربح و اقتسماه و بقى رأس المال فخرس رد العامل أقل الأمرين و التحقيق: أن الحساب بمجرد لا- يفيد الفسخ ما لم ينضم اليه ما يقتضيه، إلا ان هذا لا يكاد يفرق فيه بينه و بين غيره، فإن القسمة لا- تقتضى الفسخ بمجردها من دون إرادته ذلك، لما سيأتى عن قريب إن شاء الله تعالى أن قسمة الربح لا تخرجه عن كونه وقايه.

و لا- يعقل من القسمة هنا إلا تمييز الربح عن رأس المال، و كذلك استرجاع المال. قال المصنف فى التذكرة عطفاً على ما به يحصل الفسخ-: و باسترجاع المال من العامل لقصد رفع القراض (١).

هذا كلامه، و هو صريح، ذلك و لأن من المعلوم أن العامل لو جعل المال فى يد المالك لم يقبض على الفسخ، لإمكان كونه لغرض الحفظ الى أن يقضى عرضاً و نحوه، فحينئذ لا- يحصل لقول المصنف: (الأقرب أنه ليس كذلك)، لأنه إن أراد به مع الضميمة فباطل، أو بدونها فلا يتطرق إليه الاحتمال، لأن الاسترجاع و القسمة إذا لم يقتضيا الفسخ بمجردهما فالحساب أولى. قوله: (و ليس للعامل بعد ظهور الربح أخذ شيء منه بغير إذن المالك).

لأن الربح وقايه لرأس المال عن الخسران ما دامت المعاملة باقيه فيه حق للمالك، و ربما حدث الخسران بعد أخذ العامل فاحتج الى التقاص.

و ينبغى أن يكون الحكم فى المالك أيضاً كذلك، لأن للعامل حقاً فى الربح و لا يتميز إلا بالقسمة، و لتعلق حقه برأس المال ما دام حكم العقد باقياً و الربح وقايه له.

قوله: (فإن نض قدر الربح و اقتسماه، و بقى رأس المال فخرس رد

ص: ١٤٣

و احتسب المالك، العامل أقل الأمرين و احتسب المالك).

لا- ريب أن الربح لا- يستقر ملك أحدهما عليه ما دامت المعامله باقيه و لو نُصَّ قدره أو مجموع المال فاقسما الربح مع بقاء المعامله.

و إنما لم يذكر المصنف الفرض الثاني، لاحتياجه إلى هذا القيد، بخلاف الأول، لأن الأقرب عنده بقاء حكم المعامله لوجوب الانضاض على العامل كما سيأتى إن شاء الله تعالى، و حينئذ فلا عبره بالقسمه المذكوره.

فلو خسر رأس المال جبر خسارانه من الربح المأخوذ، فيرد العامل أقل الأمرين من المأخوذ و الخسران، لأنه إنما يجبر الخسران بما أخذه فقط، و احتسب المالك بأقل الأمرين أيضا، بمعنى انه يحتسب رجوع ذلك الأقل إليه من رأس المال، فيكون رأس المال ما أخذه العامل و ما بقى.

إذا عرفت ذلك فاعلم أن هذا هو تحقيق المقام، و هو الظاهر من عباره المصنف فى التذكره حيث قال فى هذه المسأله: لو حصل خسران بعده كان على العامل جبره بما أخذ (١)، فإن المتبادر من قوله بما أخذ: مجموعه.

و فى بعض حواشى شيخنا الشهيد أنّ المردود هو ما أخذه العامل من رأس المال لا من الربح المستقر، كما إذا أخذ عشرين من مائه و عشرين قدر الربح هو المأخوذ، فإن المأخوذ فى تقدير سدس المال و الربح معها، فيستقر ملك العامل على نصف حصتها من الربح و يرد الباقي، و يحتسب المالك بمثل ذلك.

قال: و لا يجوز أن يجعل المردود من العامل على تقدير خسران عشرين عشره كما يفهمه كثير، لأنه يناقض ما سلف. و ما قرره ليس بجيد، لأن المأخوذ للمالك و العامل إنما أراد به الربح، و حيث كان المال منحصرا فيهما كان التمييز و القسمه منوطا

ص: ١٤٤

و إن امتنع أحدهما من القسمة لم يجبر الآخر عليها. برضاهما. ولأنه لولا ذلك لم يجز للعامل التصرف فيما أخذه بوجه، لاشتماله على بعض المال على رأيه و لم يأذن المالك في التصرف فيه إنما أذن في التصرف في الحصة من الربح.

و هو معلوم البطلان، لأن الإذن إذا وقع على تقدير منوط بتراضيهما لم يكن لعدم تأثيره وجه، و ما ذكره من مناقضه هذا لما سبق غير واضح، لأن المأخوذ فيما سبق لم يكن على وجه القسمة، و إنما أخذه المالك خاصة فكان سابقاً لا محاله بخلاف ما هنا.

قيل: إن العبارة لا تدل على أن المأخوذ هو الربح، لأن الذى فيها هو إنما نصّ قدر الربح، و ليس فيها للربح ذكر.

قلنا: لا- ريب أن القسمة تميز الحقوق، و لا- حق للعامل في غير الربح، و لأن المأخوذ لو كان من المجموع لم تكن هناك قسمة أصلاً، لاشتمال ما أخذه كل منهما على الربح و رأس المال.

قال في التذكرة: -لو باع المالك ما اشتراه العامل، فإن قصد بذلك إعانه العامل لم يرتفع، و إن قصد رفع حكم العامل فيه ارتفع [\(١\)](#).

قوله: (و إن امتنع أحدهما من القسمة لم يجبر الآخر عليها).

في بعض النسخ: (لم يجبر عليها) و كلاهما صحيح، و المعنى: انه إذا أراد أحدهما قسمة الربح مع بقاء المعاملة فامتنع الآخر لم يجبر الممتنع، أما إذا كان المرید للقسمة العامل فظاهر، لأن الربح وقايه لرأس المال، فلو اقتسما لأضر بالمالك لاحتمال تجدد الخسران، فله أن يقول: لا ادفع إليك شيئاً من الربح حتى تسلم لى رأس المال.

و إما إذا كان المرید للقسمة المالك فلأن العامل لا يأمن من أن يطرأ الخسران، و قد أخرج ما وصل اليه، فيحتاج الى غرم ما حصل له بالقسمة، و ذلك ضرر،

ص: ١٤٥

و لا يصح أن يشتري المالك من العامل شيئاً من مال القراض، و لا أن يأخذ منه بالشفعه و لا من عنده القن، و يجوز من المكاتب و الشريك، فيصح في نصيب شريكه. بل توجه المطالبه إليه بمجرد ما ضرر.

قوله: (و لا يصح أن يشتري المالك من العامل شيئاً من مال القراض).

لأنه ماله فلا يعقل شراؤه، و لو ظهر ربح لم يبعد شراء حق العامل و إن كان متزلزلاً، فإن المانع إنما هو حق المالك، فلو تجدد خسران أمكن القول بالبطلان، و لم أجد تصريحاً بذلك فينبغي التوقف.

قوله: (و لا أن يأخذ منه بالشفعه).

و ذلك حيث يكون شريكاً بالشفقص المشتري للقراض، لأنه ملكه فكيف يأخذ من نفسه؟ و لو ظهر ربح حال الشراء، فقد سبق أن أثر الشفعه يظهر في منع العامل من الحصة من العين.

قوله: (و لا من عنده القن، و يجوز من المكاتب و الشريك في نصيب شريكه).

أى: و لا يصح أن يشتري الإنسان من عنده القن، سواء كان مأذوناً له في تجارته أم لا، و سواء كان عليه دين أم لا. و حكى الشيخ في المبسوط قولاً: إنه إذا ركب العبد الديون جاز للسيد الشراء منه (١)، و حكاه في التذكرة (٢) عن بعض الشافعية (٣)، لأنه لا حق للسيد فيه و إنما هو حق للغرماء.

ص: ١٤٦

١-١) المبسوط ١٩٦: ٣.

٢-٢) التذكرة ٢٣٧: ٢. [١]

٣-٣) المغنى لابن قدامه ١٧٢: ٥، الشرح الكبير المطبوع مع المغنى ١٦١: ٥.

و للعامل أن يشتري من مال المضاربه،و إن ظهر ربح بطل البيع في نصيبه منه. و فساد ظاهر،فإن استحقاق الغرماء إياه لا يقتضى خروجه عن ملك السيد،فيأخذه السيد بقيمته،كما يدفع قيمه العبد الجاني،و لا يعد بيعا،بخلاف المكاتب فإن سلطنه السيد قد انقطعت عنه،و حكم بأن ما في يده له.و لهذا لو انعتق لم يكن للسيد مما في يده شيء،فيجوز الشراء منه و الأخذ بالشفعه.

و لا- يخفى أن حكم العبد و المكاتب ليس من أحكام القراض في شيء،و إنما وقع استطرادا.و كما يجوز الشراء من المكاتب يجوز من العامل الشريك،لكن في نصيبه لا في نصيب المالك،لما عرفت من امتناع شراء الإنسان مال نفسه.

و كذا يأخذ من العامل بالشفعه لو اشترى لنفسه شقصا بشركه المالك و لو كان الذى للمالك من مال القراض،و لا تتناول العبارة هذا الفرض إلا بتكلف بعيد.

و اعلم أن الضمير في قوله:(شريكه)يعود الى المالك،و المراد في نصيب الشريك المذكور.و إنما لم يقل:في نصيبه،خوفا من توهم عود هذا الضمير إلى المالك،لأنه المسوق له الكلام،و هو غلط.

قوله:(و للعامل أن يشتري من مال المضاربه،و إن ظهر ربح بطل البيع في نصيبه منه).

المراد:انه إذا كان الربح ظاهرا في وقت الشراء بناء على انه يملك بالظهور،لامتناع شراء ملك نفسه و إن كان متزلزلا.

أما إذا لم يكن ثم ربح فإن المال لغيره فيجوز شراؤه قطعا،و ما يتجدد من الربح فهو له.و لا يخفى ان شراءه من المالك أو من نفسه بالإذن جائز،و بدونه ينبغي ان يجعل في ذلك كالوكيل و سيأتي حكمه إن شاء الله تعالى.

الفصل الثالث: فى التفاسخ و التنازع:

القراض عقد جائز من الطرفين لكل منهما فسخه، سواء نض المال أو كان به عروض، و يفسخ بموت أحدهما و جنونه. و إذا فسخ القراض و المال ناض لا ربح فيه أخذه المالك و لا شىء للعامل، قوله: (و تنفسخ بموت أحدهما و جنونه).

و كذا إغماءه، و الحجر عليه للسفه، أو على المالك خاصة للفلس، لأن الحجر على العامل للفلس لا يخرج عن أهليه التصرف فى مال غيره بالنيابه و إنما حكم بالانفساخ فى هذه المواضع، لأن القراض عقد جائز من الطرفين يتضمن معنى التوكيل، فيبطل بخروج المالك عن أهليه الاستنابه، و العامل عن أهليه النيابه.

قوله: (و إذا فسخ القراض و المال ناض و لا ربح فيه أخذه المالك و لا شىء للعامل).

بطلان القراض قد يكون بفسخ المالك، أو العامل، أو بفسخهما، أو بعروض ما يقتضى الانفساخ. و على كل واحد من هذه التقديرات أما أن يكون المال ناضاً و لا ربح فيه، أو فيه ربح، أو عروضاً فيه ربح و لو بالقوه، لوجود من يشتري بزياده أو عن القيمة، أو لا. فهذه أقسام المسأله، و ستأتى أحكامها إن شاء الله تعالى.

فإن كان المال ناضاً و لا ربح فيه أخذه المالك و لا شىء للعامل، لأن حقه إنما هو الحصة من الربح على تقدير حصوله. لكن هذا إنما هو إذا لم يكن الفسخ من المالك، لأنه حينئذ لا تفويت من المالك لعوض عمل العامل، و لم يلتزم له بغير إعطاء

و إن كان فيه ربح قسم على الشرط، و إن انفسخ و بالمال عروض:

فإن ظهر فيه ربح و طلب العامل بيعه، أو وجد زبونا يحصل له ربح ببيعه عليه أجبر المالك على إجابته على اشكال، الحصة من الربح، و قد فاتت لا من قبله فلا شيء له. أما إذا كان الفسخ من المالك فسيأتي حكمه إن شاء الله تعالى.

قوله: (و إن كان فيه ربح قسم على الشرط).

لوجوب الوفاء بالعقد.

قوله: (و إن انفسخ و بالمال عروض، فإن ظهر فيه ربح و طلب العامل بيعه، أو وجد زبونا يحصل له ربح ببيعه عليه أجبر المالك على إجابته على اشكال).

أى: إذا انفسخ بنفسه لطوء جنون و نحوه، أو فسخه أحدهما و بالمال عروض، سواء كان كله أو بعضه، فإن ظهر فيه ربح و طلب العامل بيعه ففى وجوب الإجابة على المالك اشكال، و لو لم يكن فيه ربح لكن وجد العامل زبونا يحصل له ربح ببيعه عليه ففى وجوب الإجابة إشكال أيضا.

و منشأ الأشكال الأول: من أن وصول العامل الى حقه متصور من دون البيع، بأن يقتسم العروض فلا يكلف المالك الإجابة بالبيع بعد الفسخ، و لأن العامل لا يزيد على حال الشريك، و معلوم أنه لا يكلف البيع لأجله، و من وجوب تمكين العامل من الوصول الى عوض عمله الواقع بالإذن.

و ربّما لم يوجد راغب فى شراء بعض العروض، أو لم يبع إلا بنقصان، أو رجا وجود زبون يشتري بأزيد من قيمه. و لا ريب أن للعامل مزيه على الشريك، لأنه يستحق التمكين من الوصول الى عوض عمله.

هذا على القول بأنه يملك بالظهور، و لو قلنا بأنه إنما يملك بالإنضاض

و إن لم يظهر ربح و لا زبون لم فمناً الإشكال: من أنه لا حق له الآن فى العين، فلا يستحق التسلط على بيعها و من أنه قد ملك ان يملك، لأن الفرض ظهور الربح فله المطالبه بما يتوقف عليه حق المالك لصدور عمله بالاذن.

و منشأ الإشكال الثانى: من صدور عمله بالإذن فى مقابل عوض، و قد أمكن الوصول الى العوض بالبيع فيجب التمكين منه. و لأن ذلك يعد ربحاً، لأن الربح هو الزيادة الحاصله بالتصرف، و قد يكون حصولها بسبب خصوص العين، لوجود رغب فيها بزياده عن قيمتها، فيجب أن يستحق فيها الحصة لوجودها بالقوه القريبه و إن تمكن من البيع الذى يتوقف حصولها بالفعل عليه.

و من أن هذه الزيادة لا تعد ربحاً، و إنما هو رزق يساق الى مالك العروض، و لو عدّ ربحاً لم يستحقه، لأنه إنما يستحق الربح الى حين الفسخ، لا ما يتجدد بعده، و فيه نظر، لأن الربح مطلق الزيادة، و هذا الربح موجود بالقوه القريبه فلا يكون كغيره.

و الذى ينساق إليه النظر و جوب التمكين من البيع، مع توقف حصول الفائده للعامل عليه أما لحصول الزيادة بسببه، أو لأنه لا يوجد رغب فى شراء حصه العامل منه على تقدير ظهور الربح، كما لو كان العروض سيفاً و نحوه.

إذا عرفت ذلك فاعلم أن موضع الإشكال ما إذا طلب العامل البيع فى الحال، أما إذا طلب تأخيره إلى موسم رواج المتاع فليس له ذلك قطعاً، للضرر الحاصل على المالك.

و اعلم أن الزبون -بفتح أوله- هو الراغب فى الشراء، و كأنه مولد و ليس من كلام العرب.

قوله: (و إن لم يظهر ربح و لا زبون لم

يجبر المالك. و لو طلب المالك بيعه: فان لم يكن ربح، أو كان و أسقط العامل حقه منه فالأقرب إجباره على البيع ليرد المال كما أخذه، وكذا يجبر مع الربح.

يجبر المالك).

لأنه لا حق للعامل حينئذ أصلاً.

قوله: (و لو طلب المالك بيعه، فإن لم يكن ربح، أو كان و أسقط العامل حقه منه فالأقرب إجباره على البيع ليرد المال كما أخذه).

البحث هنا في مسألتين:

الأولى: إذا لم يكن ربح، و وجه القرب فيه ما تبه عليه المصنف، و هو وجوب رد المال كما أخذه، لظاهر قوله عليه السلام: (على اليد ما أخذت حتى تؤدي) (١)، و لأنه هو الذى أحدث التغيير فى رأس المال فيجب رده الى ما كان.

و فيه نظر، لأن الحديث إن دل فإتّما يدل على رد المأخوذ، أما رده على ما كان عليه فلا دلالة له عليه. و التغيير إنما حدث بإذن المالك و أمره، و الأصل براءة الذمه من وجوب العمل بعد ارتفاع العقد. و قد يقال: العقد اقتضى الإذن فى التقلب فى التجاره بالشراء و البيع ليحصل الربح، فإذا اشترى كان عليه أن يبيع، لأن الإذن إنما وقع على هذا الوجه، و هو محل تأمل.

الثانية: أن يكون ربح و يسقط العامل حقه منه، فإن الأقرب عند المصنف إجباره على البيع أيضاً، و وجه القرب يستفاد مما سبق، و يرد عليه ما ورد هناك، لكن بقى شىء و هو: أن مقتضى العبارة سقوط حق العامل من الربح بالإسقاط، و هو واضح على القول بأنه إنما يملك بالإنضاض أو القسمة، لأنه حينئذ لم يملك و إنما ملك أن يملك و كان له الإسقاط كالشفيع و الغانم.

ص: ١٥١

١ - ١) سنن ابن ماجه ٢: ٨٠٢ حديث ٢٤٠٠، سنن البيهقي ٦: ٩٥، مسند احمد ٨: ٥، [١] مستدرک الحاكم ٢: ٤٧، سنن الترمذى ٢: ٣٦٨ حديث ١٢٨٤.

و أما على القول بأنه يملك بالظهور فغير واضح، لأنّ الملك الحقيقي لا يزول بالإعراض و لا يسقط بالإسقاط، بل إنما يزول بالسبب الناقل. و لا فرق في ذلك بين كون الملك مستقرا أو متزلزلا، و هو الذى يستفاد من كلام المصنف فى التذكرة (١).

و قد زعم الشارح الفاضل أنّه بناء على القول بالملك بالظهور يحتمل السقوط بالإعراض (٢)، و ليس بشيء. و إنما أوقعه فى هذا الوهم ما يتبادر من العبارة.

و يمكن تنزيلها على ما لا منافاه بينه و بين مختار المصنف سابقا من ملك العامل الحصه بالظهور بالحمل على إرادته المسقط الشرعى فى الجملة، فعلى القول بالملك بالظهور يراد بالمسقط البيع و التمليك و نحوهما، و على غيره يكفى الاعراض، فلا منافاه فى العبارة أصلا.

إذا عرفت ذلك فاعلم أن المصنف قد جزم بوجوب البيع على العامل مع الربح إذا طلبه المالك و إجباره عليه حيث قال: (و كذا يجبر مع الربح)، و به صرح فى التذكرة (٣)، و فى الفرق بينه و بين عدم الربح صعوبه.

و يمكن أن يقال: الفرق انه إنما استحق الربح فى مقابل العمل المأذون فيه و هو الشراء و البيع فيجب عليه القيام به، و لأن فى الانضاض مشقه و مؤنه، فلا يناسبه أخذ العامل الحصه و جعل تلك المشقه على المالك، و المسأله موضع تأمل فيتوقف الى أن يظهر الوجه، و أطلق صاحب الشرائع القول بعدم وجوب الانضاض لو طلبه المالك (٤)، و كذا المصنف فى التحرير (٥).

ص: ١٥٢

١- ١) التذكرة ٢: ٢٤٣. [١]

٢- ٢) إيضاح الفوائد ٣: ٣٢٧. [٢]

٣- ٣) التذكرة ٢: ٢٤٦. [٣]

٤- ٤) الشرائع ٢: ١٤٣. [٣]

٥- ٥) التحرير ١: ٢٧٨. [٤]

و لو نض قدر رأس المال فرده العامل لم يجبر على انضاض الباقي، و كان مشتركا بينهما. و لو رد ذهباً و رأس المال فضه و جب الرد الى الجنس. و إذا فسخ المالك القراض ففي استحقاق العامل اجره المثل الى ذلك الوقت نظر، قوله: (و لو نض قدر رأس المال فرده العامل لم يجبر على انضاض الباقي و كان مشتركا بينهما).

و ذلك لأنّ المأخوذ هو رأس المال، فهو الذى يجب ردّه كما أخذه دون الباقي فيقسمانه عروضاً.

قوله: (و لو ردّ ذهباً و رأس المال فضه و جب الرد الى الجنس).

إذا طلب المالك بناء على وجوب البيع على العامل لو طلبه المالك، و مثله ما لو كان الحاصل دراهم مكسره و رأس المال صحاحاً، أو كان الحاصل نقداً مخالفاً لنقد رأس المال، و الكلام هنا كالكلام فيما سبق.

قوله: (و إذا فسخ المالك القراض ففي استحقاق العامل اجره المثل الى ذلك الوقت نظر).

ينشأ: من أنّه عمل محترم صدر بإذن المالك لا على وجه التبرع، بل فى مقابل الحصه، و قد تعذر الوصول إليها بفسخ المالك قبل ظهور الربح، فيستحق اجره المثل الى حين الفسخ، لعدم العلم بالمقدر.

و من أنّه رضى بالعمل فى مقابل الحصه على تقدير وجودها، و لو لم توجد فلا شىء له. و المالك مسلط على الفسخ فى كل زمان فلا يستحق شيئاً.

و يضعف بأن المالك أذن له فى العمل فى مقابل الحصه من الربح على تقدير حصوله، و ذلك يقتضى عدم العزل قبله. فإذا خالف فعزل قبله فقد فوّت عليه الحصه، فتجب عليه اجره مثل عمله، كما سبق فى المجمعول له إذا عزل بعد الشروع فى العمل.

و إذا انفسخ و المال دين و جب على العامل تقاضيه و إن لم يظهر ربح. و ينبغي أن يكون محل هذا ما إذا وقع العزل بعد الشروع في العمل قبل الشراء، أو بعده و قبل ظهور الربح. فلو اشترى و باع و نضّ المال و لم يربح شيئاً، فإن إيجاب شيء الآن بعيد إذا لم يفوت المالك بالعزل شيئاً حينئذ.

و هل يفترق ما إذا كانت المضاربه مؤجله بأجل فعزله قبل الأجل حتى تجب اجره المثل هنا حيث لا ربح على كل تقدير، أم لا؟-؟ يَحْتَمَلُ الفرق، لأنّه ربما كان الربح مطموعا فيه في آخر المدّة، فإذا عزله المالك قبل الأجل فقد فوّت عليه ما عمل لرجاء حصوله فائده؟ و هل يتوقف عزل المالك العامل على علمه بالعزل أم لا؟ لم أجد الآن فيه تصرّحا، و ينبغي أن يكون الكلام فيه كالكلام في الوكيل.

قوله: (و إذا انفسخ و المال دين و جب على العامل تقاضيه و إن لم يظهر ربح).

ذكر ذلك الشيخ (1) و الجماعة (2)، و ظاهرهم عدم تطرق الاحتمال اليه.

و وجهه في التذكرة بأن المضاربه تقتضى رد رأس المال على صفته، و الدين لا يجرى مجرى المال فوجب عليه أن ينضه إذا أمكنه، كما لو كانت عروضاً فإنه يجب عليه بيعها (3).

و الأصل فيه أن الدين ملك ناقص، و الذى أخذه كان ملكاً تاماً فليرده كما أخذ، و يرد عليه منع كون مقتضى المضاربه ما ذكره، و أن الفرض أن الإدانة بإذن المالك، و الأصل براءة الذمه من وجوب التقاضى.

و فى الحواشى المنسوبة إلى شيخنا الشهيد انه يحتمل العدم. و الحق أن وجوب

ص: ١٥٤

١- ١) المبسوط ١٧٩: ٣.

٢- ٢) منهم يحيى بن سعيد فى الجامع للشرائع: ٣١٥، و ابن حمزه فى الوسيله ٢٦٤.

٣- ٣) التذكرة ٢٤٦: ٢. [١]

و لو مات المالك فلورثته مطالبه العامل بالتنضيض، و تجديد عقد القراض إن كان المال ناضا نقدا، و إلا فلا. و لو مات العامل فللمالك تقرير وارثه على العقد إن كان المال نقدا، التقاضى هنا أظهر من وجوب البيع فيما سبق، إذ لا يصدق الأداء من دونه، و «على اليد ما أخذت حتى تؤدي» (١).

فإن قيل: كيف يجب الأداء مع الإذن في الإدانه؟ قلنا: لا ريب أن المالك لم يرض في الإدانه إلا على تقدير الاستيفاء، فيكون لازما بمقتضى ذلك و بمقتضى الخبر، و به يظهر قوه و وجوب البيع لو طلبه المالك حيث يكون المال عروضاً.

إذا عرفت ذلك فاعلم أن البيع نسيئه قد سبق عدم جوازه بدون الإذن، فلا يتصور كون المال ديناً إلا بإذن المالك.

قوله: (و لو مات المالك فلورثته مطالبه العامل بالتنضيض).

الحكم هنا كالحكم فيما إذا حصل الفسخ في حال الحياه، و يجب على الوارث إجابته العامل الى البيع حيث يجب على المالك ذلك، و به صرح المصنف في التذكرة و إن كان آخر كلامه يشعر بتردد.

قوله: (و تجديد عقد القراض إن كان المال ناضاً، و إلا فلا).

لأن إنشاء عقد القراض إنما يصح إذا كان المال دراهم أو دنانير كما سبق.

و أعلم أنه يوجد في كثير من النسخ: (إن كان المال ناضاً نقداً)، و احترز بالناض عن الدين و بالنقد عن العروض. و إنما لم يكتف بالنقد، لأن الدين قد يصدق عليه النقد لأنه ليس بعروض.

قوله: (و لو مات العامل فللمالك تقرير وارثه على العقد إن كان

ص: ١٥٥

١ - ١) سنن البيهقي ٩٥:٦، مسند احمد بن حنبل ٨:٥، سنن ابن ماجه ٢:٨٠٢ حديث ٢٤٠٠، مستدرک الحاكم ٢:٤٧، سنن الترمذی ٣٦٨:٢ حديث ١٢٨٤.

و إلا- فلا- و هل ينعقد القراض هنا بلفظ التقرير؟ إشكال. و إذا مات المالك قدمت حصه العامل على غرمائه. المال نقدا، و إلا فلا).

المراد من تقريره: إنشاؤه، و أطلق عليه اسم التقرير توسعا، فإن العقد الأول قد بطل بموت العامل، لأنه يفسخ بموت كل من العامل و المالك، و من ثم اشترط أن يكون المال ناضا، و كذا غيره من شروط إنشاء القراض.

قوله: (و هل ينعقد القراض هنا بلفظ التقرير؟ إشكال).

المراد: إيقاع العقد بلفظ التقرير على قصد الإنشاء، و صورته أن يقول:

تركتك، أو أقررتك على ما كنت عليه، و نحو ذلك.

و منشأ الاشكال: من أن التقرير معناه: استدامه العقد السابق، و هذا المعنى منتف هنا لبطلان السابق بالموت، و استعماله في إنشاء عقد خروج عن موضوعه، و العقود لا تنعقد بالكنايات.

و من أن القراض ينعقد بكل لفظ يدل على المعنى المراد كما تقدم، لأنه من العقود الجائزه، و يتسامح في الجائزه بما لا يتسامح به في اللازمه، و فيه قوه.

فإن قيل: استحقاق العامل الحصه من الربح موقوف على الصيغه الشرعيه.

قلنا: لما أطبقوا على أن العقود الجائزه لا يتعين لها لفظ كان ذلك صيغه شرعيه، و لولا ذلك لم تنعقد الوكاله مثلا بكل لفظ دل على الاستنايه في التصرف، مع أنها تنجر الى لزوم التصرف كييع الوكيل و نحوه.

قوله: (و إذا مات المالك قدمت حصه العامل على غرمائه).

الظاهر أنه لا خلاف في هذا الحكم، و وجهه بين على القول بأنه يملك الحصه بالظهور، و أما على الأقوال الأخر فلا أنه قد ملك أن يملك فتعلق حقه بالعين كحق الجنايه و الرهن.

و لو مات العامل و لم يعرف بقاء مال المضاربه بعينه صار ثابتا في ذمته، و صاحبه أسوه الغرماء على إشكال، قوله: (و لو مات العامل و لم يعرف بقاء مال المضاربه بعينه صار ثابتا في ذمته، و صاحبه أسوه للغرماء على إشكال).

يحتمل أن يكون الإشكال في أصل الضمان، و هو الذى فهمه الشارحان (1)، و منشؤه حينئذ من أنّ الأصل بقاء المال الى أن يعلم تلفه بغير تفريط، و الفرض أنّه لم يعلم، و لعموم: «على اليد ما أخذت حتى تؤدى» (2).

لكن إن تم هذا الوجه و جب أن يقدم صاحب مال المضاربه على الغرماء، لأنّه ليس بدين يكون محله الذمه، و إنّما الذى يقتضيه سوق هذا الدليل بعد تمامه أن يكون في جملة ماله و لم يعلم عينه، فيكون مالكة كالشريك.

و من أنّه أمانه، و الأصل عدم التفريط فلا يكون مضمونا، و الأصل براءة الذمه أيضا، و لم يوجد بعينه و لم يعلم كونه في جملة التركة، و الأصل عدمه. و أصاله بقاءه لا تقتضى كونه من جملتها، فلا يستحق صاحبه شيئا من التركة.

و يحتمل أن يكون الإشكال في كون صاحبه أسوه الغرماء، أو يقدم بقدر المال، و هو المتبادر الى الفهم من عبارته الكتاب، و منشؤه من أصاله بقاءه، فإذا لم يعلم عينه كان صاحبه كالشريك.

و من أنّ العامل يصير ضامنا بترك الوصيه، فإذا لم توجد العين كان ذلك بمنزله التلف، إذ لا أقل من أن يكون الضمان للحيلولة فيصير صاحبه من جملة الغرماء.

ص: ١٥٧

(١ - ١) إيضاح الفوائد ٣٢٩: ٢.

(٢ - ٢) سنن البيهقي ٩٥: ٦، مسند احمد ٨: ٥، [١] سنن ابن ماجه ٨٠٢: ٢، مستدرک الحاكم ٤٧: ٢، سنن الترمذى ٢: ٣٦٨ حديث ١٢٨٤. [٢]

و قد روى السكونى عن الصادق عليه السلام، عن الباقر عليه السلام، عن آبائه، عن على عليهم السلام: أنه كان يقول: «من يموت و عنده مال مضاربه قال: إن سمّاه بعينه قبل موته فقال: هذا لفلان فهو له، و إن مات و لم يذكره فهو أسوه الغرماء» (١).

و التحقيق: أنه إن علم بقاء المال فى جملة التركة، و لم يعلم عينه بخصوصها فصاحبه كالشريك كما سيأتى فى كلام المصنف. و إن علم تلفه بتفريط، أو نقله الى مكان آخر بغير إذن المالك حيث يتوقف على الإذن، أو علم بقاءه الى زمان الموت و لم يعلم الحال بعد ذلك، و قصر العامل بترك الوصيه فصاحبه أسوه الغرماء، لثبوت العوض حينئذ فى ذمه العامل، و عليه تنزل الروايه.

و إن لم يعلم كون المال من جملة التركة، و لا وجد بسبب يقتضى الضمان فلا شىء للمالك، لأن الأصل براءة الذمه، و استحقاقه لشىء من التركة موقوف على وجود سببه، و مجرد حصول المضاربه فى الجملة لا يصلح للسببه، لأن ذلك أمّا باعتبار ثبوته فى الذمه - و هو فرع التقصير و الأصل عدمه - أو كونه من جملة أعيان التركة و الأصل عدمه أيضا.

و هنا أمران:

الأول: يكفى فى العلم ببقاء مال المضاربه اعتراف العامل به و شهاده عدلين، و لا يبعد الاستناد فى ذلك الى وجود القرائن القويه، لأنها المرجع فى الحقيقه بالنسبه الى الأمرين الأولين، لأنّ اعتراف العامل قبل الموت لا ينفى احتمال تجدد التلف، و شهاده العدلين المستنده إلى العلم المتقدم لا يندفع بها الاحتمال البعيد.

الثانى: إذا علم كون المضاربه فى جملة الأموال التى بيده و تجدد البيع و الشراء

ص: ١٥٨

و إن عرف قدم و إن جهلت عينه. و إذا تلف المال قبل الشراء انفسخت المضاربه، فإن اشترى بعد ذلك للمضاربه فالثمن عليه و هو لازم له، سواء علم بتلف المال قبل نقد الثمن أو جهله. بالجميع، ثم طرأ الموت و لم يعلم كيفيه الحال لكن وجد ما اشتراه، ففي الحكم هنا تردد ينشأ: من وجود المقتضى للاستحقاق، لأنّ مال المضاربه قد كان من جملة هذه الأموال و الأصل بقاء ذلك.

و من إمكان عروض التلف لمال المضاربه بغير تفريط. و يضعف هذا بأن الإمكان المذكور منفي بأصالة البقاء، و أصالة بقاء الاستحقاق في جملة تلك الأموال الى أن يعلم المسقط. و لأنّ يد العامل على تلك الأموال لم تكن يد ملك لمجموعها، و الأصل بقاء ذلك.

و لو وجد شيء من القرائن القويه المفيده للتلف أو البقاء لم يكن الرجوع إليها بذلك البعيد، لأنّها لا تقصر عن الظاهر فيتأيد دليل أحد الجانبين بها.

قوله: (و إن عرف قدم و إن جهلت عينه).

لأنّه كالشريك.

قوله: (و إذا تلف المال قبل الشراء انفسخت المضاربه، فإن اشترى بعد ذلك للمضاربه فالثمن عليه و هو لازم له، سواء علم بتلف المال قبل نقد الثمن أو جهله).

أى: إذا تلف جميع المال، و لا ريب أنّ تلفه قبل الشراء موجب لانفساخ المضاربه، لانتهاء متعلقها و إنّما قيد بقوله: (قبل الشراء) لأنّ تلفه إذا كان بعد الشراء، و كان قد أذن له في الشراء بالذمه فاشترى بها للمضاربه غير مقتضى للبطلان، بل يجب على المالك الثمن كما سبق و سيأتى في كلام المصنف عن قريب إن شاء الله تعالى.

و لو أجاز رب المال احتمال صيروره الثمن عليه، و بقاء المضاربه، و فى الصوره الأولى إذا اشترى بعد التلف فالثمن عليه، سواء علم بتلف مال المضاربه قبل دفع الثمن من ماله أو لم يعلم، لأنّ انفساخ عقد المضاربه يمنع من وقوع البيع لها، و الجهل بالحال لا يقدر، لكن ينبغى تقييد ذلك بما إذا لم يصرح فى العقد بالشراء للمضاربه أو للمالك، فإنّه حينئذ يجب أن يكون الشراء باطلا إذا لم يجزه المالك.

قوله: (و لو أجاز ربّ المال احتمال صيروره الثمن عليه).

أى: لو اشترى العامل للمضاربه بعد تلف المال أمّا باللفظ أو النيه و أجاز ربّ المال احتمال صيروره الثمن على ربّ المال، لأنّ الشراء للمضاربه شراء لربّ المال، فإذا صادف انفساخ المضاربه وقف على إجازة المالك.

و يحتمل العدم، لأنّ عقد المضاربه قد بطل فلا يصحّ الشراء لها، و الإجازة لا تصير الفاسد صحيحا.

و لأن الثمن قد ثبت على العامل، فلا ينتقل الى المالك بمجرد الإجازة.

هذا محصل ما ذكره الشارحان و فيه نظر، لأنّه لو تم ذلك لوجب أن يبطل الشراء أصلا و رأسا، لأنّه إنما وقع للمضاربه إذ هو المفروض، فإن لم يصح لها لم يصح أصلا، غاية ما فى الباب أنّه إذا لم يصرح فى العقد بالشراء للمضاربه لم يقبل قوله على البائع فى بطلان البيع.

و لا- ريب أنّ الحكم بلزوم الثمن له مناف لبطلان البيع، و قد جزم به المصنف فينتفى البطلان، و يلزم حينئذ صيروره الثمن على المالك بالإجازة، لأنّ الشراء إنّما وقع له لامتناع وقوع الشراء للمضاربه من دون كونه للمالك، و امتناع المضاربه لا يقدر فى صحه الشراء و إلا لم يقع للعامل مع عدم إجازة المالك.

فعلى هذا لا يستقيم توقف المصنف فى صيروره الثمن على المالك بإجازة البيع، و غاية الشراء للمضاربه أن يقع الملك للمالك و يكون شريكا فى الربح، و تخلف

فإن اشترى للمضاربه فتلف الثمن قبل نقده فالشراء للمضاربه و عقدها باق، و على المالك الثمن. و هل يحسب التالف من رأس المال؟نظر، هذا إن كان المالك أذن في الشراء في الذمه، و إلا كان الثمن لازما للعامل و الشراء له إن لم يذكر الشركه في الربح لا ينافي كون الشراء للمالك، كما لو صرح باستحقاق الربح حيث لا مضاربه.

و في بعض النسخ زياده و هي: (و بقاء المضاربه)، فيكون الاحتمال حينئذ في بقاء المضاربه و هو المطابق لما في التذكرة، فإنه قال فيها: فإن اشتراه بعد ذلك للمضاربه كان لازما له، ثم قال: إلا أن يجيز المالك الشراء، فإن أجاز احتمال أن يكون قراضا كما لو لم يتلف المال، و عدمه كما لو لم يأخذ شيئا من المال (1).

هذا كلامه، و هو كالصريح في الجزم بصحة العقد و التردد في بقاء المضاربه.

و لا شك في ضعف هذا الاحتمال، لأن ذلك لا يعد استيناف عقد، و المضاربه لا تتحقق بدونه.

قوله: (فإن اشترى للمضاربه فتلف الثمن قبل نقده فالشراء للمضاربه و عقدها باق و على المالك الثمن).

أى: إذا اشترى للمضاربه فتلف الثمن قبل نقده و بعد الشراء فالشراء للمضاربه لا محاله، لأن العقود تابعه للقصد، و حين صدور العقد كانت المضاربه متحققه فلا يبطل العقد بتلف المال لوقوع الشراء لها فيجب على المالك الثمن، لأن عقد المضاربه تعلق بالمبيع و انتقل الى ملك المالك فوجب عليه ثمنه.

و هل يحسب التالف من رأس المال حيث أنه لم يدره في التجاره؟ فيه نظر عند المصنف، و قد سبق في كلامه في الفصل الرابع أن فيه اشكالا، و سبق أن الأصح أنه

ص: ١٦١

للمالك، وإلا بطل البيع ولا يلزم الثمن أحدهما.

و لو اشترى بالثمن عبدين فمات أحدهما كان تلفه من الربح، و لو ماتا معا انفسخت المضاربه، لزوال مالها أجمع، فإن دفع اليه المالك شيئاً آخر كان الثانى رأس المال و لم يضم إلى المضاربه الاولى. و ينفذ تصرف العامل فى المضاربه الفاسده بمجرد الإذن كالوكيل، يحسب.

و لا يخفى أن هذا إنما يكون إذا أذن المالك فى الشراء فى الذمه فى المضاربه، فإن لم يكن أذن فاشترى فى الذمه ناوياً للمالك و لم يجز الشراء فالثمن لازم للعامل و الشراء له، و إن أجاز وقع الشراء له، فلو كان قد نوى المضاربه حينئذ أمكن بقاء المضاربه لبقائها حال الشراء.

و يقوى أن الإجازة إن كانت قبل تلف المال يقع للمضاربه، وإلا فلا، و لو ذكر العامل المالك فى العقد و لم يجز بطل البيع و لم يلزم الثمن أحدهما و كذا ينبغى أن يكون الحكم لو نوى بالشراء المالك و لم يجز و صدّقه على ذلك البائع.

و لا يخفى أنه لو كان الشراء بعين المال فتلف قبل التسليم بطل البيع، لأن الأثمان تتعين بالتعيين و تبطل المضاربه حينئذ.

قوله: (و لو اشترى بالثمن عبدين فمات أحدهما كان تلفه من الربح، و لو ماتا معا انفسخت المضاربه لزوال مالها أجمع، فإن دفع اليه المالك شيئاً آخر كان الثانى رأس المال و لم يضم إلى المضاربه الاولى).

أما أن تلف العبد من الربح فظاهر، لأنه بعض رأس المال، و أمّا أنه إذا دفع المالك شيئاً آخر يكون المدفوع رأس المال فلائنه قراض مستأنف بعد انفساخ الأول فلا يضم إليه.

قوله: (و ينفذ تصرف العامل فى المضاربه الفاسده بمجرد الاذن

و الربح بأجمعه للمالك، و عليه أجره المثل للعامل، سواء ظهر ربح أو لا، إلا- أنّ يرضى العامل بالسعى مجاناً، كان يقول له قارضتك و الربح كله لى فلا أجره له حينئذ. كالوكيل، و الربح بأجمعه للمالك و عليه أجره المثل للعامل: سواء ظهر ربح أو لا، إلا أنّ يرضى العامل بالسعى مجاناً كأن يقول له قارضتك و الربح كله لى فلا أجره له حينئذ).

اعترض المصنف فى التذكرة على نفوذ تصرف العامل فى الفاسده بالإذن الواقع فى العقد الفاسد: بأنه إذا باع بيعا فاسدا و تصرف المشتري لم ينفذ فما الفرق؟ ثم أجاب بالفرق بأن المشتري إنما يتصرف من جهة الملك و لم يحصل له، بخلاف العامل، حتى أنّ البائع إذا أذن للمشتري فى التصرف و كان العقد فاسدا لم ينفذ ذلك الإذن أيضا، لأنّ إذنه بناء على انتقال الملك إليه، فإذا لم يملك لم يصح. و هنا أذن فى التصرف فى ملك نفسه فينفذ، و الشروط الفاسده لم تكن فى مقابل الإذن (1).

و لقائل أن يقول: أنّ الإذن لم يقع إلا على ذلك الوجه المخصوص المعين، و قد انتفى لكونه فاسدا فينتفى ما تضمنه من الأذن و يمكن أن ينتقح المبحث بأنّ العقد الفاسد تضمن الإذن فى التصرف و استحقاق الحصه على ذلك الوجه المخصوص، فإذا انتفى أحد الأمرين يجب أن ينتفى الآخر، إلا أنّ هذا لو تم لاقتضى اختصاص الفساد بالشرط الفاسد دون غيره.

و يدفعه أنّ الشرط محسوب مع الحصه أو فى مقابلها، و بطلان أحد الجزأين أو المتقابلين يقتضى بطلان الباقي، بخلاف الإذن، إذ ليس فى مقابله شيء و على كل حال فالظاهر أنّه لا خلاف فى نفوذ التصرف.

ص: ١٤٣

و العامل أمين لا يضمن ما يتلف إلا بتعد أو تفريط، سواء كان و أما استحقاق اجره المثل فلأن العمل الصادر لم يكن تبرعا، و لم يقع في مقابله استحقاق عوض معين فتجب اجره المثل. و لأن الفساد في العقد يوجب رد كل من العوضين الى صاحبه، و العمل يتعذر رده لتلفه فتجب قيمته و هي أجره المثل.

قيل: المشروط في مقابل ذلك العمل الحصه من الربح على تقدير ظهوره، ففي صورته انتفاء الربح يجب أن لا يستحق اجره مع الفساد، لأنه حينئذ لا شيء في مقابله.

قلنا: لا- ريب أن العمل مع الفساد مقابل بالربح في العقد، و الربح مرجو الحصول في الجملة، فلم يقع تبرعا في حال من الأحوال غايه ما يقال: إن عوضه يجب أن يكون منحصرًا في الربح، لكن ذلك إنما هو على تقدير صحة العقد، أما على تقدير الفساد فتجب اجره المثل، لأن كل ما وقع لا على وجه التبرع و جبت له اجره المثل.

و قد بقي هنا شيء، و هو أن لا فرق في نفوذ التصرف و استحقاق اجره المثل بين كون العامل عالما بالفساد أولا، و هذا يتمشى في نفوذ التصرف نظرا الى حصول الاذن أميا استحقاق الأجره مع علمه بالفساد حين العمل فموضع تأمل، و كذا في الإجاره الفاسده و لم أذكر الآن تصريحًا في كلامهم بالنص على ذلك نفيًا و لا إثباتًا، لكن عباراتهم مطلقه باستحقاق الأجره فيجب التثبت في ذلك.

إذا عرفت هذا فاعلم أن استحقاق الأجره إنما هو إذا لم يرض بالعمل مجانًا، فإن رضى به كذلك فلا- اجره له كما ذكره المصنف، خلافا للشيخ في المبسوط (1)، و قد سبق التنبيه عليه.

قوله: (و العامل أمين لا يضمن ما يتلف إلا بتعد أو تفريط، سواء كان

ص: ١٦٤

العقد صحيحاً أو فاسداً، والقول قوله مع اليمين في قدر رأس المال، وتلفه، وعدم التفريط، وحصول الخسران، وإيقاع الشراء لنفسه أو للمضاربه، وقدر الربح، وعدم النهي عن شراء العبد مثلاً لو ادعاه المالك. العقد صحيحاً أو فاسداً).

أمّا أن عامل القراض أمين فلا خلاف فيه كما يظهر من قوه كلامهم، وفي بعض الأخبار دلالة عليه و أمّا أنّه لا فرق في ذلك بين كون العقد صحيحاً أو فاسداً فلما عرف غير مره من أنّ كل عقد لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده.

قوله: (و القول قوله مع اليمين في قدر رأس المال، وتلفه، وعدم التفريط، وحصول الخسران، وإيقاع الشراء لنفسه أو للمضاربه، وقدر الربح، وعدم النهي عن شراء العبد مثلاً لو ادعاه المالك).

إطلاق المصنف الحكم بتقديم قول العامل مع اليمين في قدر رأس المال ينافيه ما سيأتي في كلام المصنف، إلا أن يريد هنا تقديمه فيما عدا صورته الأشكال و هي ما إذا كان ربح، ولا يخفى ما فيه.

و أمّا تقديم قوله في التلف، فلأنّه أمين فيقدم قوله فيه كغيره من الأمانة، ولأن الحكم في الغاصب كذلك فالعامل أولى ولا فرق بين أن يدعى سبباً خفياً أو ظاهراً يمكن إقامة البينه عليه، أو لا يذكر سبباً أصلاً، خلافاً للشافعي.

و كذا يقدم قوله في عدم التفريط، لأنّه منكر.

و كذا يقدم قوله في حصول الخسران، لأنّه في الحقيقة في معنى التلف. هذا إذا كان دعوى الخسران في موضع يحتمل بأن عرض في الأسواق كساد، ولو لم يحتمل لم يقبل، ذكر ذلك في التذكرة (1)، وهو حسن.

ص: ١٦٥

و الأقرب تقديم قول المالك في الرد، و في عدم إذن النسيئه، و عدم الإذن في الشراء بعشره، و في قدر نصيب العامل من الربح. و كذا يقدم قوله في إيقاع الشراء لنفسه أو للمضاربه، لأن الاختلاف في نيته و هو أبصر بها، و لا تعلم إلا من قبله و تقع دعواه الشراء لنفسه في صورته حصول الربح، و دعواه الشراء للمضاربه في صورته حصول الخسران، و نحو ذلك.

و كذا يقدم قوله في قدر الربح لو اختلفا في زيادته و نقصانه، لأنه منكر للزائد و كذا القول فيما لو تصادفا على الإذن في شراء شيء كعبد مثلا، ثم ادعى المالك النهي عنه بعد ذلك، فإن القول قول العامل بيمينه، لأنه منكر.

و اعلم أن الضمير في قوله: (لو ادعاه) يعود إلى النهي.

قوله: (و الأقرب تقديم قول المالك في الرد- إلى قوله- من الربح).

إذا اختلف المالك و العامل في رد مال المضاربه على المالك فادعاه العامل و أنكره المالك فلأصحاب في تقديم قول أيهما قولان:

أقربهما عند المصنف- و هو الأصح- تقديم قول المالك بيمينه، لأنه منكر و العامل مدع فيندر جان في عموم قوله عليه السلام: «البينه على من ادعى و اليمين على من أنكر» (١)، و ثبوت التخصيص في بعض الصور كدعوى التلف لا يقتضى ثبوته مطلقا و قوفا مع الدليل.

و قال الشيخ في المبسوط: يقدم قول العامل، لأنه أمين كالمستودع، و لما في عدم تقديم قوله من الضرر.

و يضعف قوله بالفرق بينه و بين المستودع، فإنه قبض لنفع نفسه و المستودع إنما قبض لمحض نفع المالك، فلا يناسب مؤاخذته بعدم تقديم قوله لما فيه من الضرر.

إذا عرفت ذلك فهنا سؤال، و هو إننا إذا قدمنا قول المالك في عدم الرد يلزم

ص: ١٦٦

١- (١) الكافي ٧: ٤١٥ حديث ١ [١] سنن البيهقي ٨: ٨٢٣، سنن الدار قطني ٤: ٢١٨ حديث ٥١ و ٥٢.

و لو قال العامل: ما ربحت شيئا، أو ربحت ألفا ثم خسرت، أو تلف الربح قبل، بخلاف ما لو قال:

تخليد حبس العامل، لأنه بدعواه الرد إن كان في الواقع صادقا امتنع أخذ المال منه مره أخرى لأنه ليس عنده، وإن كان كاذبا فظاهر حاله أنه لا يظهر تكذيب نفسه فيلزم تخليد حبسه في كثير من الصور، إلا أن يحمل كلامهم على أن الواجب حبسه الى أن يحصل اليأس من ظهو العين ثم يأخذ منه البدل للحيلولة. و لم أظفر في كلامهم بشيء في تنقيح ذلك.

و لو اختلفا في الإذن بالبيع أو الشراء نسيئه، فادعاه العامل و أنكره المالك قدّم قول المالك، لأنه منكر، و كذا لو اختلفا فقال العامل: أذنت لي في شراء هذا بعشره مثلا، فقال المالك: ما أذنت لك فيقدم قول المالك، لأنه منكر للإذن.

و كذا لو اختلفا في قدر نصيب العامل من الربح فادعى الزائد و المالك دونه، فان المقدم قول المالك بيمينه. أسنده في التذكرة إلى علمائنا، لأن المالك منكر للزائد، لأن الأصل في الربح أن يكون له، لأنه تابع لرأس المال (1).

و هذا واضح إن كان الاختلاف قبل حصول الربح، لأن المالك متمكن من منع الربح كله بفسخ العقد. و أما بعد حصوله فإن كلا منهما مدع و مدعى عليه، فإن المالك يدعى استحقاق العمل الصادر بالحصه الدنيا و العامل ينكر ذلك، فيجىء القول بالتحالف إن كانت اجره المثل أزيد مما يدعيه المالك.

و لا- أعلم الآن لأصحابنا قولاً- بالتحالف، و إنما القول بالتحالف مع الاختلاف في الربح مطلقا قول الشافعي و اعلم أن قول المصنف: (و الأقرب تقديم قول المالك في الرد) تقديره: في دعوى الرد.

قوله: (و لو قال العامل: ما ربحت شيئا، أو ربحت ألفا ثم خسرت

ص: ١٦٧

غلطت، أو نسيت. و لو اختلفا فى قدر رأس المال فالقول قول العامل مطلقا على إشكال. أو تلف الربح قبل، بخلاف ما لو قال: غلطت أو نسيت).

قد سبق بعض هذه المسائل، و إنما أعادها لبيان الأحكام الزائدة.

و لا- ريب أنه إذا قال العامل: ما ربحت شيئا يقدم قوله بيمينه، لأنه منكر، و كذا القول فى دعوى تلف الربح و عروض الخساره، بخلاف ما لو قال العامل:

ربحت، ثم قال: لم أربح شيئا و إنما غلطت أو نسيت فأخبرت بخلاف الواقع، أو نفى الزيادة من الربح الذى أخبر به و اعتذر بالغلط أو النسيان فان قوله لا يقبل حينئذ، لأن ذلك تكذيب لإقراره السابق و رجوع عنه فلا يكون مسموعا و يلزم بما أقر به.

قوله: (و لو اختلفا فى قدر رأس المال فالقول قول العامل مطلقا على إشكال).

المراد بقوله: (مطلقا) عدم الفرق بين أن يكون هناك ربح أو لا، و عدم الفرق مع الربح بين أن يكون التلف بتفريط أو لا، فالإشكال فى إطلاق الحكم فى الصور كلها، فإنه إذا لم يكن هناك ربح لا إشكال فى أن القول قول العامل، لأنه ينكر الزائد، سواء كان المال بعينه باقيا أو تلف بتفريط.

أمّا مع الربح إذا كان باقيا أو تلف بتفريط ففى تقديم قول أيهما إشكال ينشأ: من أن العامل منكر للزيادة خصوصا إذا كان المال قد تلف بتفريطه فإنه غارم حينئذ، فيقدم قوله فى عدم وجوب الزيادة.

و من أن إنكاره لزياده رأس المال يقتضى توفير الزيادة على الربح فتزيد حصه العامل، فيكون ذلك فى قوه الاختلاف فى قدر حصه العامل من الربح، و القول قول المالك فيه بيمينه على ما سبق.

و الذى يقتضيه النظر تقديم قول المالك مع الربح، أمّا مع بقاء العين فلأن الاختلاف فى الحقيقة راجع الى الاختلاف فى قدر نصيب العامل، و الأصل عدم الزائد،

و لو ادعى المالك أن رأس المال ثلثا الحاصل فصَدَّقَه أحد العاملين بالنصف، و ادعى الآخر الثلث قدم قول المنكر مع يمينه، فيأخذ خمسمائه من ثلاثه آلاف، و يأخذ المالك ألفين رأس ماله بتصديق الآخر، و للآخر ثلث لأن الأصل كون جميع المال للمالك الى أن يدل دليل على استحقاق الزائد.

و أما مع التلف بالتفريط، فلأنَّ المضمون هو قدر مال المالك، و قد بينا أنَّ الأصل استحقاق المالك الجميع، لأنَّ الربح تابع لرأس المال إلاَّ القدر الذى خرج بدليل و لم يثبت فى الزائد، و لا يضر كونه غارما، لأنَّ الأصل و إن كان عدم وجوب الزائد لكن قد تحقق الناقل عنه، و هو استحقاق المالك الجميع قبل التلف، إلاَّ ما أقر باستحقاق العامل إياه بالشرط، و الضمان تابع للاستحقاق فما ذهب اليه الشارح الفاضل من تقديم قول المالك إلاَّ مع التلف بتفريطه، فالقول قول العامل ضعيف، بل فاسد فإنه مع عدم الربح لا وجه لتقديم قول المالك أصلا، و الأصحَّ تقديم قول العامل إلاَّ مع الربح.

فإن قيل: الربح متفرع على تحقيق قدر رأس المال، فإذا اختلفا فى المدفوع مع اتفاقهما على قدر المشروط كان القول قول العامل، لأنه منكر للزائد، و لأنَّ النزاع يتعلق بزمان لم يكن الربح موجودا، لأنه يتعلق بوقت تسلم المال.

قلنا: لَمَّا كان النزاع بعد وجود الربح كان قول العامل: إنَّ هذا المقدار هو الذى قبضه رأس المال و الزائد ربح متضمنا إخراج حصه من الزائد عن المالك، مع أنَّ الأصل ثبوتها له متوقفا على البيئه، فلا يكون هناك حكم للربح منفصلا عن حكم الأصل ليتفرع عليه بعد تحقيقه.

قوله: (و لو ادعى المالك أنَّ رأس المال ثلثا الحاصل، فصَدَّقَه أحد العاملين بالنصف و ادعى الآخر الثلث قدم قول المنكر مع يمينه، فيأخذ خمسمائه من ثلاثه آلاف، و يأخذ المالك ألفين رأس ماله بتصديق الآخر،

المتخلف و هو خمسمائه و للمالك ثلثاه؛ لأن نصيب المالك النصف و نصيب العامل الربع فيقسم الباقي على النسبه، و ما أخذه الحالف زائدا على قدر نصيبه كالتالف منهما، و التالف من المضاربه يحسب من الربح. و للآخر ثلث المتخلف و هو خمسمائه، و للمالك ثلثاه، لأن نصيب المالك النصف و نصيب العامل الربع فيقسم الباقي على النسبه، و ما أخذه الحالف زائدا على قدر نصيبه كالتالف منهما، و التالف من المضاربه يحسب من الربح).

أى: لو عامل المالك اثنين على ماله أن النصف لهما، ثم حصل الاختلاف فى قدر رأس المال، فقال المالك: إنّه ثلثا الموجود كله و هو ثلاثه آلاف، فيكون رأس المال ألفين و الربح ألف، و صدقه أحد العاملين على ذلك، و قال الآخر إنّه الثلث، و هو ألف، فتصديق المصدق ماض على نفسه، و هو بالنسبه إلى الآخر شاهد و لا مانع من قبول شهادته، فمع عدم البينه يقدم قول العامل الآخر بيمينه، بناء على تقديم قول العامل إذا وقع الاختلاف فى قدر رأس المال مطلقا.

و قد استشكله المصنف آنفا، فيكون رجوعا عن الإشكال إلى الجزم، أو تنزيلا على الطرف المذكور فى العبارة صريحا فيحلف و يأخذ خمسمائه- هى ربع الألفين اللتين بزعمه أنّهما الربح- فيبقى الباقي حقا للمالك و العامل الآخر، فيكون رأس المال ألفين بتصديق هذا العامل، فيأخذهما المالك و تبقى خمسمائه يقتسمانها على حكم الشرط، فيكون للمالك ثلثها و للعامل الآخر ثلثها، لأنّ للمالك النصف و للعامل الآخر الربع، فإذا جمعتهما كان للمالك الثلثان.

و الذى أخذه العامل الأول- و هو الحالف- زائدا على نصيبه باتفاقهما كالتالف منهما، فما أصاب رأس مال المضاربه من التالف يجبر من الربح، و لو قدّمنا قول المالك بيمينه فالحكم ظاهر.

و لو ادعى المالك القراض و العامل القرض فالقول قول المالك، فيثبت له مع اليمين ما ادعاه من الحصه، و يحتمل التحالف، فللعامل أكثر الأمرين من الأجره و المشترط. قوله: (و لو ادعى المالك القراض و العامل القرض فالقول قول المالك، فيثبت له مع اليمين مدعاه من الحصه، و يحتمل التحالف، فللعامل أكثر الأمرين من الأجره و المشترط).

يجب أن تفرض المسأله فيما إذا عمل من بيده المال و حصل ربح، إذ لو كان الاختلاف قبل حصول الربح لكان القول قول المالك بيمينه قطعاً، لأن الأصل بقاء الملك له و لا معارض هنا.

فأما مع الربح ففيه قولان:

أحدهما: أن القول قول المالك- إختاره المصنف هنا و فى التذكره (١)- لأن المال ملكه و الأصل تبعيه الربح له فمدعى خلافه يحتاج إلى البيه و الثانى:- و هو الذى احتمله المصنف هنا، و إختاره فى التحرير (٢)- أنهما يتحالفان، لأن كل واحد منهما مدع و منكر، فإن العامل يدعى خروج المال عن ملك المالك بالقرض و المالك ينكره، و المالك يدعى استحقاق عمل العامل فى مقابله الحصه بالقراض و العامل ينكره فإذا حلف كل منهما لنفى ما يدعىه الآخر و جب أكثر الأمرين من أجره المثل و الحصه التى يدعىها المالك.

و وجه المصنف فى التذكره بأنه إن كان الأكثر نصيبه من الربح فرب المال يعترف له به، و هو يدعى كله و إن كان أجره مثله أكثر فالقول قوله بيمينه فى عمله، كما أن القول قول رب المال فى ماله، فإذا حلف ثبت أنه ما عمل بهذا الشرط و لما لم

ص: ١٧١

[١-١] التذكره ٢:٢٤٥. [١]

[٢-٢] التحرير ١:٢٨١. [٢]

و لو أقاما بينه فعلى الأول تقدّم بينه العامل. و لو ادّعى العامل القراض و المالك الإبزاع قدّم قول العامل، لأن عمله له فيكون قوله مقدّما فيه، و يحتمل التحالف، فللعامل أقلّ يكن عمله مجانا باتفاقهما استحق أجره المثل، لانتفاء عوض في مقابلته.

و لقائل أن يقول: إذا كانت الحصه بقدر أجره المثل أو أدون فلا فائده ليمين العامل أصلا، لاستحقاقه ذلك بدونها، و لأنّ أقصى غايه اليمين أن يقرّ أو ينكل، و لا يجب معهما سوى ذلك و لا ريب أنّ القول بالتحالف هو المعتمد، لكن ينبغي البينه لما قلناه.

قوله: (و لو أقاما بينه، فعلى الأول تقدم بينه العامل).

لأنّ قول الأول هو تقديم قول المالك بيمينه، فتكون البينه على العامل لأنّه المدعى.

أمّا على الثانى فإنهما متعارضان و يقسم الربح بينهما نصفين، ذكره فى التذكرة (١) حكاية عن أحمد (٢).

و قال الفاضل الشارح: إنهما يتساقطان و يتحالفان (٣) و يكون الحكم كما ذكره المصنف فيما تقدم. و المعروف فى التعارض بين البينتين هو ما سيأتى ذكره فى باب القضاء ان شاء الله تعالى، و هو الترجيح للأعدل، ثم للأكثر عددا، ثم يقرع و يقضى للخارج بيمينه.

قوله: (و لو ادعى العامل القراض و المالك الإبزاع قدّم قول العامل، لأنّ عمله له فيكون مقدما فيه. و يحتمل التحالف، فللعامل أقلّ

ص: ١٧٢

١- (١) التذكرة ٢: ٢٤٦. [١]

٢- (٢) المغنى لابن قدامه ٥: ١٩٥، الشرح الكبير المطبوع مع المغنى لابن قدامه ٥: ١٧٧.

٣- (٣) إيضاح الفوائد ٢: ٣٣٢.

الأميرين من الأجر والمدعى. و لو ادعى العامل القرض و المالك الإبضاع تحالفا و للعامل الأجره، الأمرين من الأجر و المدعى).

لا يخفى أنّ ذلك إنّما هو بعد العمل و حصول الربح و إلا لم يتجه القول بالتحالف فلو كان قبل الشروع فى العمل كفى الإنكار فى اندفاع كل من الدعويين.

و لو كان بعد الشروع فى العمل و قبل ظهور الربح فالذى يختلج بخاطرى إنّنا إذا قلنا بأنّ المالك إذا فسخ المضاربه قبل ظهور الربح تجب عليه أجره المثل للعامل يقدم قول العامل بيمينه، لأنّ المالك يدعى كون عمله فى ماله مجانا، و الأصل عدمه، لأنّ العمل حق للعامل و قد صدر بالإذن. و إن قلنا بعدم فلا شىء أصلا.

إذا عرفت ذلك فوجه القول بالتحالف أنّ كلاً من المالك و العامل مدّع و مدعى عليه، لأنّ المالك يدعى كون عمل العامل له مجانا، و العامل يدعى استحقاق الحصة من الربح. و الأصل أنّها للمالك فيتحالفاً و يثبت للعامل أقل الأمرين من أجره المثل و ما يدعيه، لأنه إن كان ما يدعيه أقل فواضح عدم استحقاق الزائد، و إن كانت الأجره أقل فلائذّ الزيادة على الأجره قد اندفعت بيمين المالك.

لكن يردّ عليه أنّ يمين المالك لا فائده فيها إذا كانت الأجره بقدر الحصة، لأنه لو أقرّ أو ردّ اليمين على العامل فحلف لم يجب شىء زائد على الأجره و كذا لو كانت الحصة أقل، و فيما عدا ذلك فالقول بالتحالف هو الوجه، و لو أقاما بينه بنى على القولين كما سبق.

قوله: (و لو ادعى العامل القرض و المالك الإبضاع تحالفا و للعامل الأجره).

وجه التحالف: أنّ كلاً منهما يدعى على الآخر استحقاق ما الأصل كونه له مجانا، فالمالك يدعى استحقاق العمل بلا عوض، و العامل يدعى استحقاق ربح المال

و لو تلف المال أو خسر فادعى المالك القرض و العامل القراض أو الإيضاع قَدَم قول المالك مع اليمين. و لو شرط العامل النفقه أو أوجبناها و ادعى أنه أنفق من ماله و أراد الرجوع فله ذلك، سواء كان المال فى يده أو رده الى المالك. لانتقاله اليه بالقرض، فيحلف كلّ منهما لرد دعوى الآخر، و يكون الربح للمالك و عليه أجره المثل للعامل.

و لا يتصور هنا الاكتفاء بيمين أحدهما، أمّا العامل فلاّنه يدعى على المالك استحقاق جميع الربح، فلا بدّ من يمين المالك له، و أمّا المالك فلاّنه يدعى على العامل أنّ عمله الذى صدر منه له بلا عوض فلا بدّ من يمينه.

قوله: (و لو تلف المال أو خسر فادعى المالك القرض، و العامل القراض أو الإيضاع قَدَم قول المالك مع اليمين).

و ذلك لأنّ الأصل فى وضع اليد على مال الغير ترتب وجوب الرد عليه، لعموم قوله عليه السلام: «على اليد ما أخذت حتى تؤدى»، و لأنّ العامل يدعى على المالك كون ماله فى يده على وجه لو تلف لم يجب بدله، و المالك ينكره.

فان قيل: المالك أيضا يدعى على العامل شغل ذمته بماله و الأصل البراءة.

قلنا: زال هذا الأصل بتحقيق إثبات يده على مال المالك المقتضى لكونه فى العهده، و الأمر الزائد المقتضى لانتفاء العهده لم يتحقق، و الأصل عدمه، فيحلف المالك لنفى دعواه و يطالبه بالعوض.

قوله: (و لو شرط العامل النفقه أو أوجبناها و ادعى أنه أنفق من ماله و أراد الرجوع فله ذلك، سواء كان المال فى يده أو رده الى المالك).

و ذلك لأنّ المقتضى للاستحقاق معلوم و لم يعلم الاستيفاء به فيستصحب

و لو شرطاً لأحدهما جزءاً معلوماً و اختلفا لمن هو فهو للعامل. و لو أنكر القراض ثم ادعى التلف لم يقبل قوله، و كذا الوديعه ما كان، و لأنه منكر للأخذ من المال.

و هذا الحق لتأكده - باعتبار وجوبه في مقابله سفره أو بالشرط - لا يسقط بترك الأخذ، و لا يعد متبرعا بالإنفاق على نفسه و إنما لم يفرق بين كون المال في يده أو في يد المالك، لأن المقتضى للاستحقاق قائم على التقديرين، و المسقط غير معلوم.

قوله: (و لو شرطاً لأحدهما جزءاً معلوماً و اختلفا لمن هو فهو للعامل).

كذا ذكر في التذكرة، و علله بأن الشرط إذا أطلق انصرف الى نصيب العامل، لأن رب المال يستحق الربح بالمال و لا يحتاج الى شرط، كما لا يحتاج في شركة العنان الى شرط الربح، فإذا شرط كان الظاهر أنه شرط ذلك للعامل (١).

و فيه نظر، لأنه مع كونه مستحقاً بالمال فاشترطه في العقد أكثرى الوقوع، و لو لم يكن كذلك فالمذكور من غير تعيين يحتمل صرفه الى كل منهما. و توقف صحة العقد على الاشتراط للعامل لا يكفي في صرف الإطلاق اليه.

و دعوى الظاهر الذي ذكره إن أراد كون الغالب في العادات الاقتصار على ذكر نصيب العامل فليس بمعلوم، و إن أراد أن توقف صحة العقد عليه يقتضى كون الظاهر إرادته من الإطلاق فهو محل تأمل أيضاً.

و قد سبق أن التنازع في شيء من أركان العقد لا يقدم فيه قول مدعى الصحة و إن كان هذا القدر من الظاهر المدعى معه، و قد سبق مثل هذه المسألة في القراض و المساقاه، و للتوقف مجال.

قوله: (و لو أنكر القراض ثم ادعى التلف لم يقبل قوله، و كذا

ص: ١٧٥

و شبهها. أما لو كان الجواب: لا تستحق عندي شيئاً و شبهه لم يضمن. الوديعه و شبهها).

لأنه بإنكار أصل القراض مكذب لدعواه التلف، فلا تكون مسموعه لتضمن إنكاره الاعتراف بكونها كذبا.

و مثله القول فى الوديعه و العاربه، إلا أن الذى يلزمه فى ذلك ليس إلا الحبس فىلزم تخليد حبسه أو قبول البدل، و فيه رجوع الى قوله، إلا- أن يقال فائده عدم قبوله فى التلف تطويل حبسه لرجاء أن يقرّ إذا كانت العين باقيه، أو وجوب البدل عليه و إن ادعى التلف بغير تفريط.

قوله: (أما لو كان الجواب: لا يستحق عندي شيئاً و شبهه لم يضمن).

لعدم المنافاه بينهما، لأنه مع التلف بغير تفريط لا يستحق عنده شيئاً.

ص: ١٧٤

إشاره

المقصد السادس: في الوكالة و فصوله ثلاثه:

الأول: في أركانها

إشاره

الأول: في أركانها، و هي أربعه:

الأول: العقد

الأول: العقد: و هو ما يدل على استنابه في التصرف. و لا بد فيه من إيجاب دال على القصد كقوله: و كلتك، أو استتبتك، أو فوضت إليك، أو بع، أو اشتر، أو أعتق. قوله: (و هو ما يدل على استنابه في التصرف).

يندرج في هذا التعريف القراض و الشركه و المزارعه و المساقاه بل الوصيه و يمكن الاعتناء به بحمل دلالتة على الاستنابه على كون المطلوب منه هو الاستنابه، و معلوم أنّ هذه كعقود الاستنابه فيها أمر ضمنى، و ليست الوصيه استنابه و إنّما هي نقل ولايه.

قوله: (و لا بد فيه من إيجاب دال على القصد كقوله: و كلتك، أو استتبتك، أو فوضت إليك، أو بع، أو اشتر، أو أعتق).

قال في التذكرة: و لو قال بع و أعتق و نحوهما حصل الاذن- و هذا لا يكاد يسمى إيجابا بل هو أمر و اذن، و إنّما الإيجاب قوله: و كلتك. الى آخره.

ثم قال: و قوله: أذنت لك في فعله ليس صريحا في الإيجاب، بل هو اذن في الفعل (١). ثم احتج لصحة التوكيل بذلك بقول النبي صلى الله عليه و آله لعروه البارقي: «اشتر لنا شاه» (٢)، و قوله تعالى مخبرا عن أهل الكهف «فَلْيَأْتِكُمْ بَرِّزِقٍ مِنْهُ» (٣).

ص: ١٧٧

١- (١) التذكرة ١١٤: ٢. [١]

٢- (٢) سنن الترمذى ٣: ٥٥٩ حديث ١٢٥٨، سنن الدار قطنى ٣: ١٠ حديث ٢٩، مسند احمد ٤: ٣٧٦.

٣- (٣) الكهف: ١٩. [٢]

و لو قال: و كلتني؟ فقال: نعم، أو أشار بما يدل على التصديق كفى في الإيجاب. و من قبول: إما لفظا كقبلت أو رضيت و شبهه، أو فعلا كما لو قال:

و كلتك في البيع فباع، و الحاصل أنّ التوكيل لما لم يكن من العقود اللازمه صحّ باللفظ الدال على المراد، و إن لم يكن على نهج الألفاظ الواقعة إيجابا في غيره من العقود حيث أنّه بلفظ الماضي.

و إنّما لم يكن: أذنت لك في الفعل إيجابا صريحا في الوكاله و ان كان بلفظ الماضي، لأنّ الإذن في أصله أعم من الاستنابه. و لو قال: أو كلك بلفظ المضارع على قصد الإنشاء ففي افادته جواز التصرف نظر، لأنّه شبيه بالوعد لاحتمال الاستقبال.

قوله: (و لو قال: و كلتني، فقال: نعم، أو أشار بما يدل على التصديق كفى في الإيجاب).

إنّما يكفي إذا وقع ذلك على قصد الإنشاء دون الاخبار، و إنّما قلنا إنّه يكفي، لأنّ نعم كلمه جواب تحذف الجملة معها فهي نائبه منابها، لأنّ قوله نعم في قوه: نعم و كلتك.

و كذا الإشاره الواقعة جوابا الداله على المراد، و هذا و إن لم يعد إيجابا صريحا - إذ لم يحصل النطق به - إلا أنّه بمنزلته فيكفى فيه لما ذكرناه سابقا.

و اعلم أنّ قول القائل: و كلتني استفهام حذف أدياته، و الغرض به استدعاء الإنشاء على نهج الاستفهام التقريرى.

قوله: (و من قبول: إما لفظا كقبلت أو رضيت و شبهه، أو فعلا كما لو قال: و كلتك في البيع فباع).

قال في التذكرة: أنّ القبول يطلق على معنيين: أحدهما: الرضى و الرغبة فيما

و لا يشترط مقارنة القبول بل يكفى و إن تأخر. نعم يشترط عدم الرد منه فلو رد انفسخ العقد، و يفتقر فى التصرف الى تجديد الإيجاب مع فوض اليه و نقيضه الرد، و الثانى: اللفظ الدال عليه على النحو المعبر فى البيع و سائر المعاملات (١).

و يعتبر فى الوكالة القبول بالمعنى الأول دون الثانى، فيكفى إيجاد التصرف المستتاب فيه و الأصل فى ذلك أنّ الذين و كلهم النبى صلى الله عليه و آله لم ينقل عنهم سوى امثال أمره، و لحصول الغرض المطلوب من الاستتابه بذلك، لأن المقصود الأصلى من الاستتابه هو الإذن فى التصرف، فلا يتوقف على القبول لفظا كأكل الطعام.

قوله: (و لا يشترط مقارنة القبول بل يكفى و ان تأخر).

لأنّ الوكالة من العقود الجائزه، و لأنّ وكلاء النبى صلى الله عليه و آله لم ينقل عنهم قبول لفظى، و كان فعلهم متراخيا عن توكيله إياهم.

و لا- يقدرح تراخى القبول و إن طالت مدته كسنته، نص عليه فى التذكره، و أسند جواز التراخى إلى أصحابنا (٢)، و ظاهره أنّ ذلك اتفاقى.

قوله: (نعم يشترط عدم الرد منه).

لما قلناه من أنّ القبول هنا هو الرضى و الرغبه فى الفعل، و مع الرد لا رضى و لا رغبه.

قوله: (فلو رد انفسخ العقد و يفتقر فى التصرف الى تجديد الاذن مع

ص: ١٧٩

[١- ١] التذكره ١١٤: ٢. [١]

[٢- ٢] التذكره ١١٤: ٢. [٢]

علم الموكل. و يجب أن تكون منجزه، فلو جعلها مشروطه بشرط متوقع أو وقت مترقب بطلت. نعم لو نجز الوكالة و شرط تأخير التصرف الى وقت أو حصول في قوله: (انفسخ العقد) تسامح، إذ ليس هناك إلا الإيجاب و لا يسمى عقدا.

و لعله حاول التنبيه بذلك على أنّ الرد بعد العقد يقتضى فسخ العقد، و منع التصرف كالرد بعد الإيجاب.

و لا- خفاء في أنّ جواز التصرف موقوف على تجديد الإذن، لكن كون ذلك مشروطا بعلم الموكل حتى لو لم يعلم كان له أن يجدد القبول و يتصرف محل خفاء و مستنده قول الصادق عليه السلام: «من و كل رجلا على إمضاء أمر من الأمور فالوكالة ثابتة أبدا حتى يعلمه بالخروج منها كما أعلمه بالدخول فيها» (١)، فإن ذلك نص في الباب.

قوله: (و يجب أن تكون منجزه، فلو جعلها مشروطه بشرط متوقع، أو وقت مترقب بطلت).

يجب أن تكون الوكالة منجزه عند جميع علمائنا، فلو علقها بشرط و هو ممّا جاز وقوعه كدخول الدار، أو صفه و هي ما كان وجوده محققا كطلوع الشمس لم يصح.

و ذهب جمع من العامة إلى جوازها معلقه، لأنّ النبي صلى الله عليه و آله قال في غزاه موته: «أميركم جعفر، فإن قتل فزيد بن حارثه» (٢) الحديث.

و التأمير في معنى التوكيل، و لأنه لو قال: أنت و كيلى في بيع عبدى إذا قدم الحاج صحّ إجماعا، و فى كون التأمير توكيلا نظر و الفرق بين محل النزاع و المفروض ظاهر، لأنّ المعلق فيه هو التصرف لا التوكيل، و لا بحث فى جوازه.

و الى هذا أشار بقوله: (نعم لو نجز الوكالة و شرط تأخير التصرف الى وقت

ص: ١٨٠

١- ١) التهذيب ٢١٣: ٦ حديث ٥٠٢.

٢- ٢) تاريخ يعقوبى ٢: ٦٥. [١]

شرط جاز، كان يقول: وكتك الآن و لا تتصرف إلا بعد شهر.

و إذا فسد العقد لتعلقها على الشرط احتمال تسويغ التصرف عند حصوله بحكم الإذن، و فائده الفساد سقوط الجعل المسمى و الرجوع الى الأجره. أو حصول شرط جاز، كأن يقول: وكتك الآن و لا تتصرف إلا بعد شهر).

و أعلم أنّ قوله (فلو جعلها مشروطه بشرط) لا يريد به إلا التعليق، أمّا مطلق الاشتراط فلا، فلو قال: وكتك في كذا و شرطت عليك كذا ممّا لا مانع منه صحّ و اعلم أيضا أنّ توقيت الوكاله لا يلزم، لكن لا يجوز التصرف بعده.

قوله: (فإذا فسد العقد لتعلقها على الشرط احتمال تسويغ التصرف عند حصوله بحكم الإذن، و فائده الفساد سقوط الجعل المسمى و الرجوع الى الأجره).

هذا فرع على التوكيل معلقا على شرط.

و تحقيقه: أنّه إذا أوقع الوكاله معلقه كانت فاسده على ما سبق، فعلى الفساد هل يسوغ التصرف عند حصول المعلق عليه؟ احتمال المصنف ذلك، و وجه الاحتمال ما أشار إليه بقوله: (بحكم الإذن) و توضيحه: أنّ الإذن في التصرف على التقدير المخصوص حاصل، و الفرض حصول المعلق عليه، فيكون التصرف مأذونا فيه فيقع صحيحا.

و يحتمل العدم، لأنّ العقد فاسد إذ هو المفروض، و لا معنى للفساد إلا ما لا يترتب عليه أثره. و لأنّ الإذن الواقع في العقد المعلق المحكوم بفساده لا اعتداد به، لا امتناع بقاء الضمني مع ارتفاع المتضمن له، و الإذن إنّما وقع على ذلك الوجه المعين المخصوص.

و اعلم أنّ قول المصنف: (و فائده الفساد سقوط الجعل المسمى و الرجوع الى

الأجره) جواب سؤال يردّ على احتمال الصحة تقريره: إذا كان جواز التصرف-الذى هو فائده عقد الوكاله و أثره- ثابت على كل من تقديري الصحة و الفساد، فأى فارق بين الصحيح و الفاسد هنا؟ و جوابه: أنّ أثر الفساد لا يظهر فى الاستتابه و الإذن، بل إنّما يظهر فى الجعل إذا كانت الوكاله يجعل، فإنّه يبطل و يستحق الوكيل أجره المثل، كما فى المضاربه الفاسده حيث حكمنا بفساد استحقاق الحصه و نفذنا التصرف و أوجبنا للعامل الأجره.

و تنقيح المبحث: أنّ الوكاله تسليط على التصرف و لا يمتنع فيه التعليق، فإنّ القائل لو قال لغيره: إذا حضر الطعام فكل لم يكن هذا التعليق مخلا بجواز الأكل عند حضور الطعام، و إنّما يمتنع التعليق فيما يكون معاوضه أو كالمعاوضه.

و من ثم حكمنا بفساد الصداق بالشرط الفاسد فى عقد النكاح دون العقد، و حكمنا بفساد اشتراط الحصه فى المضاربه الفاسده دون الإذن فى التصرف، لأنّ شبهه المعاوضه فىهما يكون الصداق فى مقابل استحقاق الانتفاع بالبضع، و الحصه فى مقابل العمل المخصوص، فاخص ذلك بالبطلان و وجب مهر المثل و أجره المثل.

و كذا الوكاله المشتمله على الجعل، فإنّه لكون فى مقابل العمل يحصل به شبهه المعاوضه، فيجب أن يتوجه الفساد بالتعليق اليه، بل مطلق الفساد بأى سبب كان، و يبقى معنى الوكاله الذى هو عبارته عن الإذن فى التصرف.

لكن على هذا إطلاق الفساد على عقد الوكاله غير واضح، لأنّ الجعل خارج عن مفهوم الوكاله، و لهذا لا نعتبره فى صحة العقد، بخلاف عقد المضاربه، لأنّ اشتراط الحصه من أركان العقد، فيكون عقد الوكاله غير محكوم بفساده، و إن حكم بفساد ما اشتمل عليه.

كما إنّنا لا نحكم بفساد النكاح بفساد الصداق، فيسقط اعتبار ما ذكره

الثانى:الموكل:و يشترط فيه أن يملك مباشرة ذلك التصرف بملك أو ولاية،فلا يصح توكيل الصبى و إن كان مميزا أو بلغ المصنف من الجواب،لانتفاء السؤال أصلا و رأسا،بل يكون حكمه بفساد الوكاله بالتعليق أولا و احتمال تجويز التصرف معه،و كون فائده الفساد سقوط جعل المسمى آخر كالمتدافعين.

و هذا الذى ذكرناه كلام جيد منقح،إلا أنه يرد عليه أن التصرف فى مال الغير بالبيع و الشراء،و أنواع التصرفات من الأمور المبنية على التضييق،و ليس هو كأكل الطعام المبنى على التسامح فى العاده،و لهذا يكتفى فيه بقرائن الأحوال.

و لا- يشترط فيه اللفظ،بل يعتبر مجرد وضع الطعام بين يدي الغير إذا دلت القرينه على إرادته أكله.و الأمر فيه أسهل من إخراج الملك عن الغير،و تجديد ملك آخر له،و نحو ذلك،فلا بدّ فيه من الاحتياط التام.

و النكاح له حكم برأسه متفق عليه،و المضاربه إن كان الحكم فيها متفقا عليه فلا بحث فيه،و إلا توجه إليها الكلام،فالذى ينبغى التوقف عن الحكم بجواز التصرف كما فى غيره من العقود.

و أعلم أن قول المصنف:(لتعلقها على الشرط)لا يخلو من مناقشه،و المناسب أن يقول:(لتعلقها).

قوله: (و يشترط فيه أن يملك مباشرة ذلك التصرف بملك أو ولاية).

أى يملك مباشرة ذلك التصرف إما بحق الملك لنفسه،أو بحق الولاية عن غيره كالأب و الجدّ له.

قوله: (فلا يصح توكيل الصبى و إن كان مميزا أو بلغ

عشرا مطلقا على رأى. و لا المجنون، و لو عرض بعد التوكيل بطلت الوكالة. عشرا مطلقا على رأى).

لَمَّا كان تصرّف الوكيل بالوكالة محسوبا من تصرّف الموكل اشترط لصحة التوكيل أن يملك الموكل مباشرة الفعل الموكل فيه بملك أو ولاية، و إن منعه من إنشاء الفعل الجهل بالشىء - لكون العلم به شرطا لصحة ذلك الفعل كالباع المشروط بالعلم بالمبيع - فإن الجهل به لا يخل بصحة التوكيل.

فعلى هذا لا يصح توكيل الصبى على حال فى شىء من التصرفات، لأنه لا يملك مباشرة التصرف فى شىء، سواء كان مميزا أم لا، و سواء بلغ عشرا أم لا، و سواء كانت الوكالة فى المعروف أم لا.

و يجىء على قول الشيخ (١) و جماعه (٢) بجواز تصرفه بالعتق و الصدقة و الوصية فى المعروف استنادا إلى الرواية الدالة على جواز ذلك منه إذا بلغ عشرا أو بلغ خمسة أشبار (٣) جواز توكيله فى ذلك، لصحة مباشرته للتصرف. و هذا صحيح على القول به، إلا أن القول به - و إن كان مشهورا مستندا إلى النصوص (٤) - غير واضح فيمتنع توكيله مطلقا.

إذا عرفت ذلك فاعلم أن المراد بقول المصنف: (مطلقا) تعميم منع الصبى من التوكيل فى جميع التصرفات، لأنه لا يملك شيئا منها. و أشار بالرأى إلى قول المخالف بالجواز فى المواضع المذكورة.

قوله: (و لا المجنون، و لو عرض بعد التوكيل بطلت الوكالة).

لما قلناه من أن تصرف الوكيل تصرّف الموكل، و أنه لا بد أن يملك أهليه المباشرة - و كذا تبطل بتجدد كل ما يخرج عن أهليه المباشرة.

ص: ١٨٤

١ - ١) النهاية: ٦١١. [١]

٢ - ٢) منهم الشيخ المفيد فى المقنعة: ١٠١، و سلار فى المراسم: ٢٠٣، و ابن البراج فى المهذب ١١٩: ٢.

٣ - ٣) التهذيب ١٨١: ٩ حديث ٧٢٦ و ٧٢٩.

٤ - ٤) التهذيب ١٨١: ٩ و ١٨٢ حديث ٧٢٦ و ٧٢٩ و ٧٣٠.

و لا- توكيل القن إلا بإذن المولى، إلا فيما لا يتوقف على الإذن كالطلاق و الخلع. و لا التوكيل إلا بإذن موكله صريحا أو فحوى مثل: اصنع ما شئت. قوله: (و لا توكيل القن، إلا بإذن المولى، إلا فيما لا يتوقف على الإذن كالطلاق و الخلع).

إن أريد بالقن هنا الرقيق الذى لم تنقطع عنه سلطته المولى اندرج فيه المدبر و أم الولد، و هو أولى، لأن حجر الرقيه عليهما باق بحاله، بخلاف المكاتب.

و انما لم يصح توكيل القن، لأنه لا- يملك المباشرة، لكن ما يملك المباشرة فيه - هو الطلاق و الخلع، و نحوهما مما يدخله النيابة- يصح توكيله، و لو أذن له المولى صح مطلقا، لزوال المانع.

قوله: (و لا الوكيل إلا بإذن موكله صريحا، أو فحوى مثل: اصنع ما شئت).

لا- يصح توكيل الوكيل، لأنه لا- يملك المباشرة بحق الملك لنفسه، و لا بالولاية عن غيره، و إنما ملك المباشرة بإذن المالك فيجب الاقتصار على مقتضاه، فإن أذن له فى التوكيل صريحا فلا- بحث فى الجواز، و ان دل توكيله بفحواه على الإذن له فى التوكيل جاز أيضا.

و المراد بالفحوى فى العبارة: ما عدا الصريح كما يدل عليه السياق، و مثل له بقوله: (اصنع ما شئت)، لأنه ليس إذنا فى التوكيل صريحا، لأنه إنما يدل عليه بعمومه.

و المتبادر من الصريح: هو ما نص عليه فى اللفظ، و لأن المحتاج الى التمثيل فى العبارة هو الدال بالفحوى، لأنه الذى قد يخفى. و المعروف عند الأصوليين أن فحوى الخطاب هو ما لا يدل عليه اللفظ بمنطوقه، و إنما هو مسكوت عنه، لكن يستفاد من اللفظ بكون الحكم فيه أولى منه فى المنطوق، كتحريم الضرب المستفاد من تحريم

و الأقرب أن ارتفاع الوكيل عن المباشرة و اتساعه و كثرته بحيث يعجز عن المباشرة إذن في التوكيل معنى، التأفيف بطريق أولى (١).

إلا أن مثل هذا في الوكالة عزيز الوجود، و يتصور فيما لو و كله في أمرين قد جرت العادة بالتسامح في أحدهما. و الاذن للوكيل أن يوكل فيه غيره. و الآخر مما يطلب الاهتمام به عادة و لا يراد إلا مباشرة الوكيل له بنفسه و إذن له في التوكيل في الأخير و سكت عن الأول على وجه يشهد الحال و القرائن بأنه لم يسكت عنه إلا لظهور انه يرضى بالتوكيل فيه حيث رضى بالتوكيل في الأهم: إما لكون الوكيل ممن يترفع عن مباشرة نحو ذلك بنفسه، أو غير ذلك من الأسباب. و في معنى: (اصنع ما شئت) توكيله مفوضاً، و نحوه.

و اعلم أن المصنف منع في التذكرة جواز التوكيل بقوله: (اصنع ما شئت)، محتجا بان هذا القسم إنما هو في تصرفه بنفسه، و هو غير واضح، لأن عموم (ما) يتناول المدعى (٢).

قوله: (و الأقرب أن ارتفاع الوكيل عن المباشرة و اتساعه و كثرته بحيث يعجز عن المباشرة إذن في التوكيل معنى).

قد سبق في أن توكيل الوكيل مع حصول الإذن له فيه صريحا أو فحوى جائز قطعاً، و الأقرب عند المصنف الجواز إذا استفيد الاذن معنى بملاحظه حال الوكيل، باعتبار ترفعه عن مباشرة ما و كل فيه عادة، أو كونه لا يتأتى منه ما و كل فيه، أو حال الموكل فيه باعتبار كثرته بحيث لا يقوم به الوكيل وحده عادة. و المراد من كون ذلك إذنا معنى: انه مستفاد من ملاحظه معنى اللفظ، لا من نفس اللفظ، فهو في الحقيقة

ص: ١٨٦

١-١) إشاره إلى قوله تعالى في سورة الإسراء: ٢٣.

٢-٢) التذكرة ١١٦: ٢. [١]

فحينئذ الأقرب أنه يوكل فيما زاد على ما دلالة التراميه.

و وجه القرب: أن ذلك و إن لم يكن مستفادا من اللفظ لكن شاهد الحال دال عليه و قاض به، فإنّ توكيل الشريف الذي لا يليق بمثله دخول السوق أصلا في بيع ما لا يقع بيعه غالبا إلا في السوق لا يكاد يستفاد منه إلا توكيل غيره في ذلك.

و كذا القول في توكيل الشخص الواحد في مثل الزراعه في أماكن متعدده لا- يقوم بجمعها إلا بمساعد، و مثله ما لو حلف السلطان ليضربنّ زيدا، أو حلف من لا يحسن البناء أن يبني الجدار فإنه لا يعقل من ذلك إلا أمره به.

و يحتمل ضعيفا العدم، لأنه خلاف مدلول اللفظ الوضعي، و التصرف في مال الغير تابع لإذنه، و ليس بشيء، لأن ذلك مدلول اللفظ ايضا، و لا يضر كونه غير وضعي مع قيام الدال عليه، و الأول هو المختار، لكن في عباره المصنف مناقشتان:

الاولى: انه أسند في التذكرة القول بجواز التوكيل في هذين الموضوعين إلى جميع علمائنا فقال في الأول: و هو قول علمائنا أجمع، و في الثاني: فعندنا يجوز التوكيل و لا- نعلم فيه مخالفا (١). و ما هذا شأنه لا- ينبغي ان يقال فيه: الأقرب، خصوصا مع قوه دليله.

الثانية: أن الضمير في قوله: (و اتساعه و كثرته) لا مرجع له في العبارة، لأنه يجب أن يعود إلى الموكل فيه و ليس مذكورا، و كأنه اعتمد على ظهوره كما في قوله تعالى حَتَّى تَوَارَتْ (٢).

قوله: (فحينئذ الأقرب أنه يوكل فيما زاد على ما

ص: ١٨٧

١- ١) التذكرة ١١٥: ٢. [١]

٢- ٢) ص: ٣٢.

يتمكن منه لا-الجميع.و لا-المحجور عليه،إلا-فيما لا-يمنع الحجر تصرفه فيه كالطلاق و الخلع و استيفاء القصاص. و لا يوكل المحرم فى عقد النكاح محرما و لا محلا،و لا فى هذا فرع على القول بجواز التوكيل فى المسأله الثانيه،أى:فحينئذ كان الأقرب جواز التوكيل للوكيل فيما يعجز عن مباشرته.

الأقرب انه إنما يوكل فيما زاد على ما يتمكن منه لا-الجميع،لأن توكيل الوكيل خلاف الأصل.و إنما ثبت هنا للحاجه إلى المساعد،فيقتصر فيه على موضع الحاجه استصحابا لما كان،و هو الأصح.

و يحتمل جواز التوكيل فى الجميع،إذ لا أولويه لبعض على آخر،و لا استفاده الإذن فيه معنى فيكون كما لو أذن صريحا.

و يضعف بأنه يتخير فى التوكيل فى قدر ما تندفع به الحاجه،فأى بعض أراد و اقتضت المصلحه التوكيل فيه،أو يتساوى الجميع فى المصلحه و عدمها و كلّ فيه و باشر الباقي.و أما الإذن فإنما استفيد من دعاء الحاجه فيقتصر على موضعه،بخلاف الإذن لفظا.

قوله: (و لا المحجور عليه إلا فيما لا يمنع الحجر تصرفه فيه:

كالطلاق و الخلع و استيفاء القصاص).

أى:لا-يجوز توكيل المحجور عليه بسفه أو فلس بغير إذن من له الإذن،إلا-فيما لا يمنع الحجر تصرفه فيه كالطلاق و الخلع و استيفاء القصاص بالنسبه الى كل منهما،و الشراء فى الذمه و نحوه بالنسبه إلى المفلس.و كذا اجاره نفسه،إذ لا حق للغرماء فى ذلك،بل هو جلب مال بالنسبه إليهم.

قوله: (و لا يوكل المحرم فى عقد النكاح محرما و لا محلا،و لا فى

ابتیاع الصید. و للمکاتب أن یوکل، و للمأذون له فی التجاره فیما جرت العاده بالتوکیل فیہ، و للأب و الجد أن یوکلا عن الصغیر و المجنون، ابتیاع الصید).

ای: محرما و لا محلا ایضا، لامتناع مباشرته ذلك التصرف شرعا. و لو وکل فی شرائه بعد الإحلال فظاهرهم عدم الجواز فلا یعتد بهذا التوکیل، لعدم کونه مالکا لمباشره هذا التصرف الآن. و هو شرط عندنا فكان کما لو وکل فی طلاق امرأه سینکحها.

قال فی التذکره فی توکیل المحجور علیه ما صورته: و من جوّز التوکیل بطلاق امرأه سینکحها، و بیع عبد سیملکه فقیاسه تجویز توکیل المحجور علیه بما سیأذن له فیہ الولی، و کل هذا عندنا باطل (١).

قوله: (و للمکاتب أن یوکل).

لانقطاع سلطنه المولی عنه و تمكنه من التصرف.

قوله: (و للمأذون له فی التجاره فیما جرت العاده بالتوکیل فیہ).

أی: للعبد المأذون له فی التجاره التوکیل فیما جرت العاده بالتوکیل فیہ- و ان لم یصرح السید بالإذن فی التوکیل- لاستفاده ذلك من اللفظ بضمیمه العاده المطرده.

قوله: (و للأب و الجد أن یوکلا عن الصغیر و المجنون).

أی: الجد للأب، و توکیلهما عن المجنون الذی اتصل جنونه بصغره، أما من بلغ رشیدا ثم جن فإن ظاهر کلامهم أن الولاية علیه لهما ایضا، و یحتمل قویا کونهما للحاکم کالمتجدد سفهه.

و کیف کان، فکل من ثبت له الولاية علی غیره ملک مباشره التصرف عنه فله أن یوکل.

ص: ١٨٩

و للحاضر أن يوكل في الطلاق على رأى. و للحاكم أن يوكل عن السفهاء من يباشر الحكومه عنهم. قوله: (و للحاضر ان يوكل في الطلاق على رأى).

هذا قول ابن إدريس (١) و أكثر المتأخرين، لأن الطلاق قابل للنيابه و إلا لما صح التوكيل فيه من الغائب، و لعموم صحيح الأعرج عن الصادق عليه السلام: فى رجل يجعل أمر امرأته إلى رجل فقال: اشهدوا انى قد جعلت أمر فلانه إلى فلان فيطلقها، أ يجوز ذلك للرجل؟ قال: «نعم» (٢) المستفاد من ترك الاستفصال عن احتمالات المسؤول عنه، و لنقل ابن إدريس الإجماع فى الشقاق على جواز توكيل الزوج للحكم فى الطلاق، و صحه طلاقه لو أوقعه.

و قال الشيخ (٣)، و جماعه بعدم جواز التوكيل فيه من الحاضر (٤)، تنزيلا- لروايه زراره عن الصادق عليه السلام قال: «لا تجوز الوكاله فى الطلاق على الحاضر» (٥)، جمعا بينها و بين الروايه السابقه. و الأصح الأول، و روايه زراره ضعيفه، و مع ذلك فلا تدل على مدعى الشيخ صريحا، ثم ان الفعل إذا قبل النيابه فأى تفاوت بين الحاضر و الغائب.

قوله: (و للحاكم أن يوكل عن السفهاء من يباشر الحكومه عنهم).

و كذا يوكل من يباشر عنهم جميع ما يقتضيه الحال من التصرف لهم من بيع

ص: ١٩٠

١- (١) السرائر: ١٧٤.

٢- (٢) الكافي ١٢٩: ٦ حديث ١. [١]

٣- (٣) النهايه: ٥١١. [٢]

٤- (٤) منهم يحيى بن سعيد فى الجامع للسرائر: ٣١٩، و المحقق فى الشرائع ١٩٦: ٢، و الشهيد الأول فى اللمعه ٣٧١: ٢، و غيرهم. و

لمزيد الاطلاع انظر مفتاح الكرامه ٥٣٤: ٧. [٣]

٥- (٥) الكافي ١٣٠: ٦ حديث ٦. [٤]

و يكره لذوى المروآت مباشرة الخصومه، و يستحب لهم التوكيل. و للمرأه أن توكل فى النكاح، و للفاسق فى تزويج ابنته و ولده إيجابا و قبولا، و ليس سكوت السيد عن النهى عن تجاره عبده و شراء و غيرهما، و كذا غير السفهاء من الصبيان و المجانين إذا كان الحاكم وليا لهم، و كذا الحكم فى الوصى بغير خلاف فى ذلك، و لو منع الموصى الوصى من التوكيل لم يكن له ذلك.

قوله: (و يكره لذوى المروآت مباشرة الخصومه و يستحب لهم التوكيل).

المراد بهم: أهل الشرف و المناصب الجليله الذين لا يليق بهم الامتهان، روى العامه أن عليا عليه السلام و كل فى الخصومه عقيلًا، و و كـل أيضا عبد الرحمن بن جعفر، و قال: «إن للخصومه قحما، و ان الشيطان ليحضرها و انى اكره ان أحضرها» (١) و القحم: المهالك.

قوله: (و للمرأه أن توكل فى النكاح، و للفاسق فى تزويج ابنته و ولده إيجابا و قبولا).

أما المرأه فلأن لها أن تبشر النكاح عندنا فلها أن توكل فيه، خلافا للشافعيه (٢). و ولاية الفاسق على ولده فى التزويج ثابتة فله التوكيل، خلافا لبعض الشافعيه (٣)، و لا فرق فى ذلك بين كونه أنثى فيوكل عنها إيجابا، أو ذكرا فيوكل عنه قبولا.

قوله: (و ليس سكوت السيد عن النهى عن تجاره عبده إذنا له

ص: ١٩١

١- ١) المغنى لابن قدامه ٥: ٢٠٥، المجموع ١٤: ٩٨، نهج البلاغه: ٥١٧. [١]

٢- ٢) المجموع ١٤: ١٠٣.

٣- ٣) المجموع ١٤: ١٠٣.

إذنا له فيها، والأقرب بطلان الإذن بالإباق. و كل موضع للوكيل أن يوكل فيه فليس له أن يوكل إلا أميناً، إلا أن يعين الموكل غيره. فيها).

لأن السكوت أعم من الرضى و هذه مسألة ذكرت استطراداً، لمشايتها الباب.

قوله: (و الأقرب بطلان الإذن بالإباق).

وجه القرب: العمل بشاهد الحال، فإن حال السيد فى غضبه على الآبق و إرادته عوده يشهد بأنه يريد التضييق عليه مهما أمكن.

و لأن فيه مقابله له بضد مقصوده، لأن هربه للخلاص من سلطته مولاه، فيقابل بمنعه من كل تصرف، كما قوبل القاتل بحرمانه الإرث. و يحتمل العدم، استصحاباً لما كان إلى ان يحصل المزيل، و للتوقف هنا مجال.

قوله: (و كل موضع للوكيل أن يوكل فيه فليس له ان يوكل إلا أميناً، إلا أن يعين الموكل غيره).

المراد بالأمين: العدل، و إنما وجب كونه أميناً، لأن الواجب على الوكيل مراعاة الغبطه للموكل و لا غبطه فى توكيل الفاسق، فيتقيد جواز التوكيل بذلك، كما يتقيد البيع بعدم تسليم المبيع قبل تسلم الثمن، و كونه من نقد البلد حالاً.

و لو كان وكيل الوكيل بحيث يأتى بمتعلق الوكاله بحضور الوكيل فهل يشترط كونه أميناً؟ الظاهر نعم، كما يشترط تسلم الثمن أولاً، و إن كان قد أحضره المشتري و أبرزه و عدّه محافظه على الاحتياط للموكل.

و لو عين الموكل شخصاً للتوكيل لم يتجاوزّه و إن لم يكن أميناً، و كذا لو نصّ له على توكيل العدل و غيره.

و لو تجددت الخيانه وجب العزل، وكذا الوصى و الحاكم إذا ولى القضاء فى ناحيه. قوله: (و لو تجددت الخيانه وجب العزل).

أى: لو تجددت خيانه وكيل الوكيل بعد أن كان أميناً وجب على الوكيل عزله، لأن تركه يتصرف فى المال مع خيانه تضييع على المالك. وللشافعيه وجه: أنه لا يجوز عزله، لأنه لم يتحقق كونه وكيلًا فى العزل (١).

و لقائل أن يقول: إذا كان جواز التوكيل مشروطاً بالأمانه وجب اعتبار بقائها، لأن الغرض مراعاة الغبطه للمالك، و الوكاله من العقود الجائزه، فمتى زالت الأمانه التى هى الشرط انتفت الوكاله قضيه للشرطيه فلا يحتاج الى العزل.

نعم، إن أريد بالعزل: منعه من التصرف لكونه قد انعزل من الوكاله صح، لكنه خلاف ظاهر العبارة هنا و فى التذكرة (٢)، و كلام التذكرة أصرح حيث حكم بوجوب العزل، و حكى عن الشافعيه وجهين فى جوازه (٣).

قوله: (و كذا الوصى و الحاكم إذا ولى القضاء فى ناحيه).

أى: و كذا الوصى إذا أراد أن يوكل لا يوكل، إلا أميناً، فإن تجددت خيانه عزله على ما سبق.

و كذا الحاكم إذا ولى القضاء شخصاً فى ناحيه وجب أن يكون أميناً، فإذا تجددت الخيانه عزله. و وجهه و ما يأتى عليه مستفاد مما سبق، هذا هو الذى يستفاد من سياق العبارة.

و المراد بالحاكم: إما الإمام عليه السلام، أو منصوبه إذا فوض إليه توليه غيره القضاء، و لا يراد به الحاكم فى زمان الغيبه، لأن توليته غيره القضاء غير متصور، لأن

ص: ١٩٣

١-١) المجموع ١٤:١١٠.

٢-٢) التذكرة ٢:١١٦.

٣-٣) المجموع ١٤:١١٠.

و إذا أذن الموكل فى التوكيل فوكل الوكيل آخر كان الثانى وكيلا للموكل، لا ينعزل بموت الأول و لا بعزله و لا يملك الأول عزله، و إن أذن له أن يوكل لنفسه جاز، و كان الثانى وكيلا للوكيل ينعزل بموته و عزله و موت الموكل، و للأول عزله.

ذلك الغير إن كان بصفات الحكم فهو منصوب الإمام، و إلا فلا يتصور كونه قاضيا.

نعم، لو نصب الحاكم قيما للأطفال، أو وكيلا للغائب و نحوه اعتبر فيه العداله كما يعتبر فى وكيل الوكيل، بل أولى، لأن ذلك بالاحتياط أحرى، و على ما نزلنا عليه العبارة فقوله: (ولى) يجب قراءته بالتشديد.

قوله: (و إذا أذن الموكل فى التوكيل فوكل الوكيل آخر كان الثانى وكيلا للموكل لا ينعزل بموت الأول و لا بعزله، و لا يملك الأول عزله، و إن أذن له أن يوكل لنفسه جاز و كان الثانى وكيلا للوكيل ينعزل بموته و عزله و موت الموكل و للأول عزله).

إذا أذن الموكل للوكيل فى التوكيل فلا يخلو إما أن يأذن له فى التوكيل عن الموكل، أو عن الوكيل، أو يطلق فالأقسام ثلاثه:

الأول: أن يأذن له فى التوكيل عن الموكل، فالثانى وكيل للموكل كما أن الأول وكيله فليس لأحدهما عزل الآخر.

و لا ينعزل أحدهما بموت الآخر و لا جنونه، و إنما ينعزل أحدهما بعزل الموكل أو خروجه عن أهليه التوكيل.

الثانى: أن يأذن له فى التوكيل عن نفس الوكيل فإن الثانى وكيل للوكيل ينعزل بعزل الأول إياه، و بموته، و جنونه، و بانعزال الأول، لأنه وكيله و نائبه كما اقتضاه أصل الإذن، و هو أحد قولى الشافعيه، و الآخر العدم، لأن التوكيل فيما يتعلق بحق

الثالث: الوكيل: ويشترط فيه البلوغ والعقل، فلا تصح وكاله الصبي ولا المجنون.

و الأقرب جواز الموكل حق الموكل فيتوقف رفعه على الإذن من الموكل (١).

و يضعف بأنه و إن كان حقا للموكل بالتبعيه لأصل التوكيل، لكن لكونه فرعا عن الوكيل يجب أن يكون رفعه منوطا به. و لا يخفى أن للموكل عزله، لأن له رفع الأصل فالفرع أولى.

الثالث: أن يطلق بأن يأذن له في التوكيل، وفيه وجهان: أحدهما أنه وكيل عن الوكيل، لأن الغرض من ذلك تسهيل الأمر عليه، وأصحهما - وهو ظاهر اختياره في الكتاب - أنه وكيل عن الموكل، لأن التوكيل تصرف يتولاه بإذن الموكل فيقع عن الموكل.

و لأن المتبادر من الإذن في التوكيل كونه عن الموكل، حيث أن الحق بالأصل له فالنيابة عنه، و يجيء وجه ثالث و هو التردد بين الأمرين، لانتفاء المرجح، و لا يخفى أن الثاني أقرب.

قوله: (و يشترط فيه البلوغ والعقل، فلا تصح وكاله الصبي).

لأنه لا يملك التصرف، سواء كان مميزا أم لا، بلغ عشا أم لا و إن كان التصرف نحو الصدقه و الوصيه في المعروف.

و يجيء على القول بتسوية تصرفات ابن العشر و نحوه، في الصدقه و نحوها احتمال صحه كونه و كيلا عن غيره في ذلك، لصحه مباشرته له، نبه عليه في التذكرة (٢).

قوله: (و الأقرب جواز

ص: ١٩٥

١- (١) المجموع ١٥٤: ١٤.

٢- (٢) التذكرة ١١٦: ٢. [١]

توكيل عبده، و يستحب أن يكون الوكيل تام البصيره، عارفا باللغه التي يحاور بها. توكيل عبده).

أى: جواز توكيل الشخص عبده، لقبوله النيابة، لصحة كونه وكيلًا- عن غير السيد إذا أذن السيد. و كونه عبدا للموكل لم تثبت مانعيته للنيابة عنه، فيجب الحكم بالصحة.

و يحتمل ضعيفا العدم، لأن الوكالة تقبل الجعل و يلزمها الضمان مع التعدى، و كل منهما ممتنع هنا، لأن ثبوت مال للعبد على سيده أو بالعكس ممتنع فيمتنع توكيله إياه، لأن انتفاء اللازم يدل على انتفاء الملزوم. و ضعفه لمنع كون ذلك لازما لكل وكاله، و لا دليل عليه، و كونه أكثريا غير قادح، و الأصح الجواز.

و اعلم أنه لا نزاع فى أن المولى إذا استتاب عبده فى التصرف يصح تصرفه، إنما النزاع فى كونه وكاله أو إذنا، و تظهر الفائده فى بطلان الاستتابه ببيعه أو إعتاقه، و عدمه.

و يمكن أن يقال: إن الاستتابه ان كانت بلفظ التوكيل لم تصح إلا على القول بجواز توكيله، و إلا كان إذنا، لعدم الدليل الدال على التوكيل. و يجيء على احتمال تسويغ التصرف مع تعليق الوكاله تسويغ التصرف هاهنا- و إن لم تصح الوكاله- لكن على هذا تنتفى هذه الفائده أصلا.

قوله: (و يستحب أن يكون تام البصيره عارفا باللغه التي يحاور بها).

المراد كونه تام البصيره فيما و كل فيه، عارفا باللغه التي يحتاج ذلك النوع من التصرف إلى المحاوره بها ليكون مليا بتحقيق مراد الموكل.

و قال ابن البراج: بالوجوب (1)، و هو ظاهر عباره أبى الصلاح (2)، و هو ضعيف.

ص: ١٩٤

١- ١) نقله عنه العلامة فى المختلف: ٤٣٦.

٢- ٢) الكافى فى الفقه: ٣٣٧.

و يصح أن يكون الوكيل فاسقا و لو فى إيجاب النكاح، أو كافرا أو عبدا بإذن مولاه و إن كان فى شراء نفسه من مولاه أو فى إعتاق نفسه، قوله: (و يصح أن يكون الوكيل فاسقا و لو فى إيجاب النكاح، أو كافرا).

كل ما لا يكون الفسق أو الكفر مانعا من مباشرته يجوز أن يكون الفاسق و الكافر و كيلا فيه، خلافا لأبى الصلاح (١) و ابن البراج (٢)، حتى أن الفاسق يجوز أن يكون و كيلا فى إيجاب النكاح عند القائلين بسلب ولايته بالفسق، لأن سلب ولايته لا يقتضى سلب صحه عبارته.

نعم، لا- يجوز أن يكون الكافر و كيلا فى تزويج المسلمه، لأنه لا يملك مباشره ذلك لنفسه- أى بالولاية- لامتناع كونه وليا على المسلمه، فيمتنع أن يملكه بالنيابه عن غيره. و لأن الوكاله فى تزويجها نوع من السبيل عليها. و جوزة ابن إدريس تمسكا بالأصل (٣)، و هو ضعيف، لوجود المعارض و هو قوله تعالى وَ لَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ الْآيَةَ. (٤)

قوله: (أو عبدا بإذن مولاه و إن كان فى شراء نفسه من مولاه أو فى إعتاق نفسه).

أى: يجوز توكيل العبد لكن باذن السيد، لأن الغرض صحه عبارته و أهليته للتصرف، و المانع انما هو كون منافعه مملوكه لمولاه فمع إذنه يزول المانع، و لا فرق فى اشتراط إذن المولى بين توكيله فيما يمنع شيئا من حقوقه و عدمه، لان جميع منافعه ملك

ص: ١٩٧

١- ١) الكافى فى الفقه: ٣٣٧.

٢- ٢) نقله عنه العلامه فى المختلف: ٤٣٦.

٣- ٣) السرائر: ١٧٥.

٤- ٤) النساء: ١٤١. [١]

و ان يكون امرأه في عقد النكاح و طلاق نفسها و غيرها، لمولاه.

و ذهب في التذكرة إلى جواز التوكيل بدون إذنه إذا لم يمنع شيئاً من حقوقه (١). و فيه نظر، لأن المنافع إن كان هو: أن منفعه بجميعها ملك للمولى فلا- يجوز الانتفاع بها بدون إذنه، و لا يعتد بها في نظر الشرع بدون الإذن لم يفرّق فيها بين المانع من حقوق المولى و عدمه لا محصل لذلك، لأن جميع منفعه حقوق للمولى.

و إن كان المانع هو منافع التوكيل، لا انتفاع المولى و جب أن لا يفرق بين قليل المنافع و كثيرها، فيجوز أن يستغزله و يستنسجه حيث لا يمنع انتفاع المولى، كأن يغزل و هو يتردد في حوائج المولى، و لا يخفى بطلان ذلك.

و لا يقال: يلزم أن لا يجوز مخاطبه العبد و محاورته بما يستدعى تكلمه.

لأننا نقول: إن تم بطلان اللازم فقد خرج ذلك بإطباق الناس عليه و جريان العاده المطرده به، فجرى مجرى الشرب من ساقية الغير بغير إذنه.

و يصح توكيله في كل شيء حتى في شراء نفسه من مولاه على أصح القولين كما سبق في البيع، و يكفي في مغايره التوكيل للمبيع المغايره الاعتباريه، و كذا القول في توكيله في إعتاق نفسه.

قوله: (و أن تكون امرأه في عقد النكاح).

خلافاً للشافعي (٢)، و قد أسلفنا إن عبارتها في النكاح معتبره لنفسها و لغيرها.

قوله: (و طلاق نفسها و غيرها).

أما توكيلها في طلاق غيرها سواء كانت زوجه لزوجها أو لأجنبي فواضح، لأن الطلاق فعل يقبل النيابة كما أسلفنا، و عبارتها فيه معتبره، و هو أصح وجهي

ص: ١٩٨

١-١) التذكرة ١١٧: ٢.

٢-٢) المجموع ١٠٢: ١٤.

و إن يكون محجورا عليه لسفه أو فلس. و لا يصح أن يكون محرما في عقد النكاح، و شراء الصيد و بيعه، و حفظه و لا معتكفا في عقد البيع. و لو ارتد المسلم لم تبطل وكالته، الشافعيه (١).

و أما طلاق نفسها فلأذن المغايره بين الوكيل و المطلقه يكفي فيها الاعتبار، و قد بينا أن الطلاق تدخله النيباه. و منع الشيخ في المبسوط من توكيل المرأه في طلاق نفسها (٢)، و تبعه ابن إدريس (٣)، و هو ضعيف.

قوله: (و أن يكون محجورا عليه لسفه أو فلس).

لأنه صحيح العبارة و إن منع من التصرف في مال نفسه.

قوله: (و لا يصح أن يكون محرما في عقد النكاح، و شراء الصيد و بيعه و حفظه).

لامتناع إثبات المحرم يده على الصيد و تصرفه فيه بيع و غيره، و كذا النكاح و الإنكاح.

قوله: (و لا معتكفا في عقد البيع).

حيث لا يجوز له ذلك، فإن توقف دفع ضروره محقون الدم على فعله جازت الوكاله.

قوله: (و لو ارتد المسلم لم تبطل وكالته).

ظاهرهم انه لا فرق بين كون الرده عن فطره أو لا، و علله في التذكرة: بأن

ص: ١٩٩

١-١) المجموع ١٠٣:١٤.

٢-٢) المبسوط ٣٦٥:٢. [١]

٣-٣) السرائر: ١٧٥.

و لا يصح أن يتوكل الذمي على المسلم لذمي و لا لمسلم، و يكره أن يتوكل المسلم للذمي على المسلم. و للمكاتب أن يتوكل بجعل مطلقا و بغيره باذن السيد. التردد في تصرفه لنفسه لا لغيره (١).

قوله: (و لا يصح أن يتوكل الذمي على المسلم للذمي و لا لمسلم، و يكره أن يتوكل المسلم للذمي على المسلم).

الوكاله بالنسبه إلى الإسلام و الكفر ثمانيه مسائل، و ذلك لأن الوكيل: إما مسلم أو ذمي، و على التقديرين فالموكل: إما مسلم أو ذمي، و على التقديرات الأربعة فالموكل عليه: إما مسلم أو ذمي، منها مسألتان لا تصح الوكاله منها في صورتين: و كاله الذمي على المسلم للذمي أو لمسلم بإجماعنا، لقوله تعالى وَ لَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا (٢).

و يكره أن يتوكل المسلم للذمي على المسلم على المشهور، لا لتفاء المانع، و عباره الشيخ في النهايه تؤذن بعدم الجواز (٣)، و هو ضعيف، و ما عدا هذه الصور الثلاث فلا مانع في صحه التوكيل فيها.

قوله: (و للمكاتب أن يتوكل بجعل مطلقا و بغيره باذن السيد).

أما الأول فلان سلطنه السيد قد انقطعت عنه، و لا حجر عليه في التصرفات التي لا تضيع فيها.

و أما الثاني فلأنه محجور عليه في إتلاف أمواله و منافعه لأجل أداء عوض الكتابه، فإذا أذن السيد فلا مانع، و ذهب المصنف في التذكرة إلى الجواز إذا لم يمنع

ص: ٢٠٠

١- ١) التذكرة ١١٧: ٢. [١]

٢- ٢) النساء: ١٤١. [٢]

٣- ٣) النهايه: ٣١٧. [٣]

و إذا أذن لعبده فى التجاره لم يكن له أن يؤجر نفسه، ولا يتوكل لغيره.

و لو عيّن له التجاره فى نوع لم يجز التجاوز عنه. و لو وكل اثنين و شرط الاجتماع أو أطلق لم يجز لأحدهما التفرد بشىء من التصرف و إن كان فى الخصومه، و لو مات أحدهما بطلت الوكالة، و ليس للحاكم أن يضم الى الثانى أميناً، و كذا لو غاب. شيئاً من حقوق السيد كما سبق فى القن (١)، و قد بيّنا ضعفه.

قوله: (و إذا أذن السيد لعبده فى التجاره لم يكن له أن يؤجر نفسه و لا يتوكل لغيره، و لو عيّن له التجاره فى نوع لم يجز التجاوز عنه).

لأن ذلك خارج عن مقتضى الإذن.

قوله: (و لو وكل اثنين و شرط الاجتماع أو أطلق لم يجز لأحدهما التفرد بشىء من التصرف و ان كان فى الخصومه).

و ذلك لأن توكيله إياهما يؤذن بعدم رضاه بتصرف أحدهما، و لأن التوكيل، إنما صدر كذلك، و لا فرق بين الخصومه، و غيرها، و للشافعى قول بأن لكل واحد من الوكيلين الانفراد فى الخصومه بغير الاجتماع عليها (٢).

قوله: (و لو مات أحدهما بطلت الوكالة).

لأنها لم تثبت لأحدهما بالاستقلال كما بيناه.

قوله: (و ليس للحاكم أن يضم إلى الآخر أميناً، و كذا لو غاب).

لأنه لا ولاية للحاكم هنا، بخلاف الوصيين، لأن النظر فى حق الميت و اليتيم له، و لهذا لو لم يوص إلى أحد أقام الحاكم أميناً فى النظر لليتيم.

ص: ٢٠١

١-١) التذكرة ١١٧: ٢. [١]

٢-٢) الوجيز ١٩٢: ١.

و لو وكلهما فى حفظ ماله حفظاه معا فى حرز لهما. و لو شرط لهما الانفراد جاز لكل منهما أن يتصرف من غير مشاوره صاحبه فى الجميع. و الأقرب جواز وكاله الواحد عن المتخاصمين و عن المتعاقدين، فيتولى طرفى العقد حتى فى استيفاء القصاص من نفسه، و الدين منه، و الحد. فلو وكله شخص يبيع عبد و آخر بشراء عبد جاز أن يتولى الطرفين.

و لو غاب الموكل فمات أحد الوكيلين فليس ببعيد أن للحاكم أن يضم إلى الباقي أميناً فى التصرف الذى يتولاه الحاكم عن الغائب، و لو غاب أحد الوكيلين فالحكم كما لو مات.

قوله: (و لو وكلهما فى حفظ ماله حفظاه معا فى حرز لهما).

المراد بكونه لهما: أن يكون الإحراز فيه حقاً لهما معا، و لا يجوز لأحدهما الانفراد بحفظه و لا قسمته إن قبل القسمة، خلافاً لبعض الشافعية (١)، لأن المأذون فيه هو حفظهما معا فيجب اتباع الإذن.

قوله: (و لو شرط لهما الانفراد جاز لكل منهما أن يتصرف من غير مشاوره صاحبه فى الجميع).

أى: فى جميع متعلق الوكاله، لثبوت الوكاله لكل منهما بانفراده فى الجميع.

قوله: (و الأقرب جواز وكاله الواحد عن المتخاصمين و عن المتعاقدين، فيتولى طرفى العقد حتى فى استيفاء القصاص من نفسه و الدين منه و الحد).

هنا مسألتان:

إحدهما: أن يكون الواحد وكيلاً عن المتخاصمين فى تلك الخصومه، و وجه

ص: ٢٠٢

الجواز وجود المقتضى و هو التوكيل فيما تصح الاستتابة فيه، و ما يتخيل كونه مانعا - و هو نيابته عن الطرفين - لا يصلح للمانع له لتمكنه من إيراد الحجة عن أحدهما، و ذكر دافع الآخر من غير ميل معتمدا للحق كما هو شأن الوكيل.

و يحتمل عدم الجواز، لأنه لا بد من الاستقصاء و المبالغة فيختل الغرض، لأن غرض كل واحد منهما أن ينوب منابه فى تحقيق مطلوبه، و لا ريب فى تضاد مطلوبهما فيمتنع الجمع بينهما.

فإن قيل: الواجب الاستقصاء بالحق و أن أضر بأحد الجانبين.

قلنا: أولا: التوكيل و الاستتابة إنما وقعا فيما يريد الموكل، و لا ريب أنه إنما يريد دفع خصمه، و الاستقصاء فى التنقيب عليه ينافى ذلك.

و ثانيا: أن الاستقصاء على هذا التقدير يجب أن يكون من الجانبين، و الحق لا يكون فى الجانبين فيكون مستقصيا لما ليس بحق.

و ثالثا: أن الوكيل يجب عليه مجانبه الإضرار بالموكل فيما هو وكيل فيه، و الاستقصاء بالنسبة إلى خصمه مضر به، و فيه تعرض لتضييع حقه. و المسألة موضع توقف، و الشيخ فى المبسوط ذكر الوجهين ثم احتاط بالمنع (١).

الثانية: أن يكون الواحد و كيلا عن المتعاقدين و قد منع منه بعض الأصحاب (٢)، حكاها الشيخ فى المبسوط قولا (٣)، و هو محكى عن ابن إدريس فى باب أجر السمسار من السرائر (٤)، لأن الأصل فى العقد أن يكون من اثنين، أحدهما موجب و الآخر قابل.

ص: ٢٠٣

١- (١) المبسوط ٢: ٣٨٢.

٢- (٢) نقله العلامة عن ابن الجنيد فى المختلف: ٤٣٨.

٣- (٣) المبسوط ٢: ٣٨١.

٤- (٤) السرائر: ٢٣٧.

و الأقرب عند المصنف الجواز عملاً بعموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (١) ونحوه، و الاثنييه المعبره فى الإيجاب و القبول حاصله، فإن الوكيل من جهه كونه بائعاً مغاير له من جهه كونه مشترياً، و هذا القدر كاف فى تحقق الإيجاب و القبول. و لأنه يجوز للأب تقويم جاريه الابن على نفسه، و ليس المراد به إلا توليه طرفى العقد الناقل للملك، و هو الأصح.

و على هذا فيجوز أن يكون وكيلاً فى استيفاء القصاص من نفسه، سواء كان فى النفس أو فى الطرف، إذ لا مانع فان الغرض حاصل، و التهمه منتفيه، و منع منه بعض الشافعيه (٢).

و ينبغى تقييده بما إذا كان الموكل هو صاحب الحق، أما لو كان ولياً أو وكيلاً قد أذن له فى التوكيل فالمتجه منعه من توكيل من عليه القصاص إلا بالإذن، لأن غرض التشفى لا يحصل باستيفائه هو من نفسه كما يحصل بالاستيفاء منه قهراً.

و كذا يجوز توكيل المديون فى استيفاء الدين من نفسه، لما قدمناه، و فيه وجه بالمنع ضعيف و هو منقول عن السيد رحمه الله.

أما الحد فقد أطلق المصنف هنا جواز التوكيل فى استيفائه لمن ثبت عليه، و فى التذكرة منع من توكيل الإمام الجانى فى جلد نفسه، لأنه متهم بترك الإيلاء، بخلاف القطع، و جوز توكيل السارق فى قطع يده (٣). و ما ذكره فى التذكرة هو الصواب، لأن الحد: إما حق لله أو له و للآدمى فلا يجوز ارتكاب ما يؤذن بالإخلال بالإيلاء المعتبر فيه.

و اعلم أن العطف فى العبارة ب(حتى) لا يخلو من تكلف، لأن العطف بها إنما

ص: ٢٠٤

١-١) المائدة: ١. [١]

٢-٢) المجموع ١٤: ٩٨.

٣-٣) التذكرة ٢: ١٢٢. [٢]

و لو وکل زوجته أو عبد غيره ثم طلق الزوجه أو أعتق العبد لم تبطل الوكاله. و لو أذن لعبده فى التصرف فى ماله ثم أعتقه أو باعه بطل الإذن، لأنه ليس على حد الوكاله، بل هو إذن تابع للملك، و يحتمل بقاء وكالته لو يصح حيث يكون المعطوف من جمله المعطوف عليه نحو: قدم الحاج ب (حتى) المشاه، و كون ما بعدها من جمله ما قبلها هنا يحتاج الى تكلف ظاهر.

و قول المصنف: (فلو وكله شخص ببيع عبد، و آخر بشراء عبد جاز أن يتولى الطرفين) تفریع على ما سبق، فدليل صحته مستفاد مما ذكر. و لا يخفى أنه إنما يسوغ له ذلك إذا استقصى فى القيمة إلى الحد الممكن عادة، و لم يقصر فى إعلام ذوى الرغبات فى مكان البيع، و لم يجد عبدا بهذه الأوصاف يباع بدون ذلك، و إلا لم يجز الشراء.

و مراد المصنف معلوم، فإنه يريد بيان جواز تولي الطرفين له الموكلين، أما شروط البيع و الشراء فمستفاده من موضع آخر فهى معتبره هنا لا محاله، لا علم الموكلين بأنه يشتري لأحدهما وعن.

قوله: (لو وكل زوجته أو عبد غيره ثم طلق الزوجه أو أعتق العبد لم تبطل الوكاله).

لأنه لا مدخل للزوجيه و العبوديه فى صحه الوكاله، فلا تبطل بزوالهما.

و قد علم أن توكيل عبد الغير باذن مولاه ليس استخداما و لا أمرا، و إنما هو توكيل حقيقى و يقرأ (طلق) معلوما و (أعتق) مجهولا، و لو قرئ معلوما جاز و إن تفكك الضمير لعدم اللبس.

قوله: (و لو أذن لعبده فى التصرف فى ماله ثم أعتقه أو باعه بطل الإذن، لأنه ليس على حد الوكاله بل هو إذن تابع للملك، و يحتمل بقاء

أعتقه: و لو وكل عبد غيره ثم اشتراه لم تبطل وكالته.

وكالته لو أعتقه).

إذا أذن السيد لعبده في التصرف في ماله ثم أعتقه أو باعه بطل الإذن، لأنه ليس على حد الوكالة، وإنما هو استخدام تابع للملك فإذا زال الملك امتنع بقاؤه، هذا إذا كان الإذن بغير لفظ التوكيل و نحوه مما يؤدي مؤداه، أما إذا كان بلفظه فيحتمل بقاء حكم التوكيل بعد الإعناق و البيع عملا بالاستصحاب.

و لأن اذن المولى ليس بشرط في صحه توكيل عبده، و هو ظاهر، و ليس بمانع كما تقدم بيانه، فإذا وقع التوكيل لم يرتفع إلا بما يقتضى عزل الوكيل، و هو الأصح.

نعم يجب في صوره البيع استيذان المشتري، لا انتقال المنافع اليه.

و يحتمل البطالان، نظرا إلى أن توكيل العبد استخدام له و استيفاء لمنافعه فيزول بزوال الملك. و ضعفه ظاهر، لما عرفت من أن التوكيل الحقيقي غير ممتنع بالنسبه إليه، فإذا صدر لفظه وجب العمل بمقتضاه.

إذا عرفت ذلك فاعلم أن مقتضى عباره الكتاب أن المراد بالإذن في قوله: (و لو أذن لعبده في التصرف) الإذن الذى لا يكون بلفظ التوكيل و ما فى معناه بدليل قوله:

(لأنه ليس على حد الوكالة) فلا يكون قوله: (و يحتمل بقاء وكالته) واردا على الاذن المذكور، إذ ليس توكيلا كما عرفت، إلا أنه خلاف المتبادر الى الفهم من نظم العبارة.

و فيه كلام أيضا من وجه آخر، و هو أنه قد سبق فى أول الفصل أن الأقرب جواز توكيل عبده، و لا معنى لذلك إلا كونه توكيلا حقيقيا، فوجب ان لا- بزوال بزوال الملك كما لا- يزول التوكيل فى الزوجه بالطلاق، و كأن المصنف إنما اقتصر على قوله: (لو أعتقه دون البيع) نظرا إلى انه فى البيع تصير منافعه ملكا لشخص آخر، فيمتنع بقاء

الركن الرابع: متعلق الوكالة، وشروطه ثلاثة:

الأول: إن يكون مملوكا للموكل

الأول: إن يكون مملوكا للموكل، فلو وكله [على] طلاق زوجته سينكحها أو عتق عبد سيملكه، أو بيع ثوب سيشتريه لم يصح، الوكالة من دون الإذن.

و ضعفه ظاهر، لأن عدم جواز التصرف بدون إذن المشتري لا يقتضى زوال التوكيل، والذي ذكره المصنف في التذكرة في تصوير المسألة: هو أنه فرضها فيما إذا وكل السيد عبده في تصرف ثم باعه أو أعتقه، وبنى الحكم فيها ببقاء الإذن في التصرف على أن ذلك توكيل حقيقى أم لا.

ثم حكى أن بعض الفقهاء فصيل فقال: - إن كانت الصيغة: وكتك بقى الإذن، وإن أمره بالفعل ارتفع الإذن بالعتق و البيع (١). و مقتضى آخر كلامه أنه لا فرق بين وقوع الإذن بلفظ التوكيل أو لا، وإن كان أول كلامه قد ينافى ذلك، لأنه صدر المسألة بالتوكيل.

و الذى يقتضيه النظر الفرق بين التوكيل و الإذن، و كون احتمال البقاء و عدمه إنما هو على تقدير التوكيل، و أن الأصح البقاء، و وجه قوله: (و لو وكل عبد غيره ثم اشتراه لم تبطل وكالته) بعد ما ذكرناه واضح.

قوله: (أن يكون مملوكا للموكل).

أى: التصرف، فمن شرط صحه الوكالة أن يكون التصرف مملوكا للموكل فى وقت صدور عقد التوكيل، و الظاهر أن ذلك متفق عليه عندنا. و للشافعية خلاف فى ذلك، فاكتفى بعضهم بكونه مملوكا حال التصرف، فلو وكل المحرم فى النكاح بعد الإحلال صح عنده (٢).

ص: ٢٠٧

١ - ١) التذكرة ١٣٤: ٢. [١]

٢ - ٢) المجموع ١٠٦: ١٤.

و كذا لو وكل المسلم ذميا في شراء خمر أو بيعه أو المحرم محلا في ابتياع صيد أو عقد نكاح، أو الكافر مسلما في شراء مسلم أو مصحف.

و لا يشترط استقرار الملك، فلو وكل في شراء من ينعق عليه صح. و لو قال: اشتر لي من مالك كر طعام لم تصح، لأنه لا يجوز أن يشتري الإنسان بماله ما يملكه غيره.

قوله: (و كذا لو وكل المسلم ذميا في شراء خمر أو بيعه، أو المحرم محلا في ابتياع صيد أو عقد نكاح).

ربما يورد على العبارة: أن هذا قد سبق ذكره فتكون إعادته تكرارا.

و أجب عنه بأن المقتضى لذكره فيما مضى مخالف للمقتضى هنا، لأنه ذكر هناك باعتبار حال الموكل و حال الوكيل، و هنا باعتبار حال الموكل فيه. و اختلاف الاعتبار كاف في الاختلاف على سبيل الجملة.

قوله: (و لا يشترط استقرار الملك، فلو وكل في شراء من ينعق عليه صح).

لأن الموكل فيه هو الشراء و استقرار الملك و عدمه لا دخل له فيه.

قوله: (و لو قال: اشتر لي من مالك كر طعام لم يصح).

لأنه لا يجوز أن يشتري الإنسان بماله ما يملكه غيره، و ذلك لأن المعاضه تقتضى انتقال كل واحد من العوضين الى مالك العوض الآخر.

و هذا كما لو قال الراهن للمرتهن: بع الرهن لنفسك، فإنه لا يصح ذلك، إذ لا يتصور بيعه لنفسه. و كذا لو قال: بعه لي و اقبضه لنفسك، فان القبض لا يصح لمثل ما قلناه.

و لم ينظروا إلى دلاله القرائن هاهنا كما نظروا إليها في استفاده جواز التوكيل للوكيل بترفعه عما و كلّ فيه، و نحو ذلك تمسكا بظاهر اللفظ هنا، و تحكيما للعادة الجارية

و لو قال: اشتر لي في ذمتك و اقض الثمن عنى من مالك صح. و لو قال: اشتر لي من الدين الذى لى عليك صح، و يبرأ بالتسليم هناك لا طرادها بذلك.

فرع: لو قال: طلق زوجتى ثلاثا فهل يكون وكيلا- فى الرجعتين بينهما؟ لا- أستبعد ذلك، نظرا الى ان الموكل فيه هو الطلاق الشرعى، و لا يتم إلا بالرجعه. و لو علم منه انه يريد بذلك البينونه فالحكم كما قلناه حينئذ أقوى.

لكن يرد عليه أن ذلك توكيل فى تصرف لا- يملكه الموكل وقت التوكيل، فإن الرجعه إنما يملكها بعد الطلاق فحقه أن لا يصح. و ليس ببعيد أن يقال: إن التوكيل فى مثل هذا جائز، لأنه وقع تابعا لغيره، و نحوه ما لو وكله فى شراء شاتين و بيع إحداهما، أما لو وكله فيما لا يملكه استقلالا- كما لو وكله فى طلاق زوجته سينكحها- فإنه لا يصح.

و الفرق بين وقوع الشىء أصلا و تابعا كثير، لأن التابع وقع مكملا بعد الحكم بصحة الوكالة و استكمل أركانها. و قد وقع الإيماء الى ذلك فى التذكرة فى تخصيصات الموكل فى آخر الكلام على ما لو وكله فى شراء شاه بدینار فاشترى شاتين و باع إحداهما (١).

قوله: (و لو قال: اشتر لي فى ذمتك و اقض الثمن عنى من مالك صح).

لأن شراء الوكيل للموكل فى ذمته ممكن، و كذا أداء الوكيل دين الموكل من مال الوكيل ممكن.

قوله: (و لو قال: اشتر لي من الدين الذى لى عليك صح و يبرأ

ص: ٢٠٩

الثانى: أن يكون قابلاً للنيابه

الثانى: أن يكون قابلاً- للنيابه كأنواع البيع، و الحواله، و الشركه و القراض، و الجعاله، و المساقاه، و النكاح، و الطلاق و الخلع، و الصلح، و الرهن، و قبض الثمن، و الوكاله، و العاريه، و الأخذ بالشفعه و الإبراء، و الوديعة، بالتسليم الى البائع).

و ذلك لأن تعيين الدين فى مال بعينه أمر راجع الى المديون، لأنه مخير فى جهات القضاء.

و إنما يبرأ بتسليمه إلى البائع، لأن صاحب الدين إنما يملكه بقبضه إياه، أو ما يقوم مقام قبضه، و ليس المديون و كيلا- فى القبض، فإذا سلمه الى البائع عن الموكل تعين له، لكن هل يفترق بين أن يقع الشراء بالعين أو بالذمه؟ يحتمل الفرق، لأنه فى وقت الشراء لم يتعين المال المجموع ثمناً للموكل، و إنما هو باق على ملك المديون - أعنى الوكيل - فلا يتصور وقوعه عوضاً عما يشتره للموكل.

و يحتمل العدم، لأنه قد تعين للموكل بالتعيين و ان لم يتم الملك، و براهه المديون إنما تكون مع تمام الملك، و أما صحه البيع فيكفى فيها حصول أصل الملك. و ينبغى تأمل هذا البحث، لأنه لا يحضرنى الآن فيه شىء سوى ما ذكرته.

قوله: (الثانى: أن يكون قابلاً- للنيابه كأنواع البيع، و الحواله، و الضمان، و الشركه، و القراض، و الجعاله، و المساقاه، و النكاح، و الطلاق، و الخلع، و الصلح، و الرهن، و قبض الثمن، و الوكاله، و العاريه، و الأخذ بالشفعه و الإبراء و الوديعة).

لا- خلاف فى جواز التوكيل فى البيع إيجاباً و قبولاً- و فى جميع أنواعه كالسلم و الصرف و المرابحه و غيرها، و فى توابعه من القبض و الإقباض و الفسخ بالخيار بأنواعه، و الأخذ بالشفعه و إسقاطها.

و السر فيه أن الشخص قد يترفع عن التردد في الأسواق، وقد لا يحسن تجارته، أو لا يتفرغ لها لاشتغاله بغيرها من أمور الدين أو الدنيا، وقد يكون مأمورا بالتخدير كالمراه فأجاز الشارع التوكيل فيه دفعا للحاجه، و توسيعا على الآدمي، و توفيراً لزمانه على العباده التي هي السبب الأصلي في خلقه، و قد سبق في توكيل النبي صلى الله عليه و آله عروه البارقي في شراء شاه (١).

و كذا يجوز في الحواله إيجاباً و قبولاً فإنها اعتياض أو استيفاء، و كذا الضمان، و الشركه عقداً و مزجاً، و عقد القراض، و كذا في فعل متعلقه بأن يستتبع العامل إن أذن له المالك و إلا فلا، قاله في التذكرة (٢). و ينبغي أن يكون ذلك مما يتوقف على إذن المالك، لا في نحو المساومه و إيقاع عقد البيع و عقد الجعالة، و الفعل الذي هو متعلقها.

و كذا يصح في عقد المساقاه، و المزارعه، و الإجاره، و الفعل الذي هو متعلقها مع الإذن، و كذا عقد النكاح، و إيقاع الطلاق، و الخلع بطرفيه، و الرجعه، و ظاهر كلام التذكرة جواز التوكيل في اختيار الزوجات ممن أسلم عن أزيد من أربع (٣). و عقد الصلح، و الرهن، و قبض المرهون، و قبض الثمن في البيع كالمبيع و العوض في الصلح و غيره.

و كذا يصح التوكيل في الوكالة بأن يوكل شخصاً بان يوكل آخر على ما سبق، و كذا يصح التوكيل في العاريه بالنسبه إلى العقد و استيفاء المنافع مع الإذن، و كذا الإبراء و الهبه و عقد الوديعة و قبضها بإذن المالك، و قبض الأموال مضمونه كانت أو لا؟

ص: ٢١١

١- ١) سنن الترمذى ٣: ٥٥٩ حديث ١٢٥٨، سنن الدارقطنى ٣: ١٠ حديث ٢٩، مسند احمد بن حنبل ٤: ٣٧٦.

٢- ٢) التذكرة ٢: ١١٧. [١]

٣- ٣) التذكرة ٢: ١١٨. [٢]

و قسمه الصدقات، و استيفاء القصاص و الحدود مطلقا فى حضور المستحق و غيبته، و قبض الديات، و الجهاد على وجه، و إثبات حدود الآدميين لا- حدوده تعالى، و عقد سبق و الرمى، و العتق و الكتابه و التدبير، و الدعوى و إثبات الحجه و الحقوق و الخصومه و إن لم يرض الخصم، و سائر العقود و الفسوخ.

و الضابط كل ما لا غرض للشارع فيه فى التخصيص بالمباشره من فاعل معين. قوله: (و قسمه الصدقات، و استيفاء القصاص و الحدود مطلقا فى حضور المستحق و غيبته، و قبض الديات و الجهاد-على وجه- و إثبات حدود الآدميين لا حدود الله تعالى، و عقد سبق و الرمى، و العتق و الكتابه و التدبير، و الدعوى و إثبات الحجه و الحقوق، و الخصومه و إن لم يرض الخصم، و سائر العقود و الفسوخ، و الضابط: كل ما لا غرض للشارع فيه فى التخصيص بالمباشره من فاعل معين).

لا ريب فى أنه يجوز توكيل الإمام فى قبض الصدقات، و فى قسمتها على الفقراء، و فى توكيل المالك فى دفعها الى مستحقها، و توكيل الفقير من يقبضها عنه.

و كذا الخمس و الكفارات، و قد بعث النبى صلى الله عليه و آله عمّا له لقبض الصدقات و تفريقها (1).

و يجوز توكيل الفقيه فى زمان الغيبه فى صرف حصه الإمام عليه السلام إلى مستحقها فإن ذلك فعل قابل للنيابه. و ينبغى تعيين الحاكم المستحقين احتياطاً لكونه مال غائب، و يجوز توكيل المستحق للقصاص فى استيفائه، سواء كان فى النفس أم فى الطرف. و كذا الحدود مطلقاً، أى: سواء كانت حدود الآدميين كحد السرقة و القذف، أم حدود الله تعالى كحد الزنى، و لا فرق فى ذلك بين حضور المستحق و غيبته.

ص: ٢١٢

(١-١) سنن ابن ماجه ١: ٥٧٦ حديث ١٨٠٣، سنن الترمذى ٢: ٦٨ حديث ٦١٩.

و منع بعض الشافعية من التوكيل فى استيفاء حدود الأدميين فى غيبه المستحق، لأنه لا يتبين بقاء الاستحقاق عند الغيبه، لاحتمال العفو، و لأنه ربما يرق قلبه حال حضوره فيعفو فيشترط الحضور (١). و يضعف بأن الأصل البقاء، و الاحتمال لا أثر له لقيامه مع حضوره، و رجاء رقه قلبه لا ينهض مانعا.

و كذا يجوز التوكيل فى قبض الديات كسائر الأموال، و يجوز التوكيل فى الجهاد، لان الغرض حراسه المسلمين و حفظ عمود الدين، و ليس الغرض متعلقا بمعين فيوكل من وجب عليه من لم يتعلق به الوجوب إلا- أن يتعين المكلف لذلك بتعيين الإمام عليه السلام إياه لشده بلائه فى الحرب، أو جوده رأيه و وفور عقله، و نحو ذلك من المصالح. و كذا لو دهم المسلمين عدو و توقف الدفع عليه فإنه يتعين و إن لم يعينه الإمام عليه السلام فلا يجوز التوكيل، و هذا هو المراد بقول المصنف: (على وجه).

و كذا يجوز التوكيل فى إثبات حدود الأدميين و عقوباتهم، لأنه حق لآدمى لا يختص فعله بمباشر معين، و منع أبو يوسف من ذلك (٢).

أما حدود الله تعالى فقد صرح المصنف بالمنع من التوكيل فى إثباتها هنا، و صرح فى التذكرة بالجواز، محتجا بأن النبى صلى الله عليه و آله و وكل أنيسا فى إثبات الحد و استيفائه جميعا فإنه قال: «فإن اعترفت فارجمها» (٣) قال: و هذا يدل على انه لم يكن قد ثبت فقد و كله فى إثباته، و لأن الحاكم إذا استتاب نائبا فى عمل فإنه يدخل فى تلك النيابة الحدود و إثباتها، فإذا دخلت فى التوكيل بالعموم فبالترخيص أولى. ثم

ص: ٢١٣

١-١) المجموع ١٠١:١٤.

٢-٢) اللباب ١٣٢:٢، شرح فتح القدير ٧:٧.

٣-٣) سنن البيهقى ٢٢٦:٨.

حكى عن الشافعى القول بالمنع من التوكيل فى ذلك (١)، و رده (٢). و صرح فى التحرير بأنه لا يجوز التوكيل فى إثبات الحدود إلا فى حد القذف (٣).

إذا عرفت ذلك فاعلم أن منع المصنف هنا من التوكيل فى إثبات حدود الله تعالى ان أراد به: توكيل الإمام فغير واضح، و إلا صح خلافه كما فى التذكرة (٤). و إن أراد به توكيل واحد من المكلفين غيره فى إثباته فله معنى صحيح، فان ذلك الغير إن علم بالحال فإثباته حق له بالأصله حسبه لاستواء المكلفين فى ذلك، و إن لم يعلم فحد الله أوسع من أن يتولى الدعوى به و إثباته من لا يعلم كونه حقا. و جَوِّز فى التذكرة التوكيل فى الدعوى بحدود الله تعالى (٥)، و فيه ما علمته.

و كذا يجوز التوكيل فى عقد السبق و الرمى كسائر العقود، و كذا إيقاع العتق و التدبير و عقد الكتابه إيجابا و قبولا. و كذا يجوز التوكيل فى الدعوى على الغير، و لا- يفتقر إلى علمه بكون المدعى به حقا، لأنه نائب مناب الموكل فى إنشائها، فكأنه حاك لقوله، و كذا إثبات الحجج، أى: بيانها و إيضاها عند الحاكم كإحضار الشاهدين و استشهادهما و عدد الشياخ.

و كذا التوكيل فى إثبات الحقوق المالىه و غيرها كالخيار، و التحجير، و الاختصاص بأولويه بيت فى المدرسه، و مكان فى المسجد، و نحو ذلك. و كذا التوكيل فى الخصومه، سواء رضى الخصم أم لا، و سواء كان الموكل المدعى أو المدعى عليه،

ص: ٢١٤

١- ١) المجموع ١٤:٩٨.

٢- ٢) التذكرة ١١٨:٢. [١]

٣- ٣) التحرير: ٢٣٣. [٢]

٤- ٤) التذكرة ١١٨:٢. [٣]

٥- ٥) التذكرة ١١٨:٢. [٤]

أما ما لا- تدخله النيابة فلا- يصح التوكيل فيه، و هو كل ما تعلق به غرض الشارع بإيقاعه من المكلف به مباشرة كالطهاره مع قدره و إن جازت النيابة فى تغسيل الأعضاء مع العجز، و الصلاة الواجبه ما دام حيا، و كذا الصوم، و الاعتكاف، و الحج الواجب مع قدره، و النذر و اليمين و العهد، و ليس للآخر الامتناع. و منع ابن الجنيد من توكيل الحاضر فى الدعوى إلا برضى الخصم (١)، و اعتبر بعض العامه العذر كالمريض و التخدير (٢)، و بعضهم جوّز مع سفاهه الخصم و خبث لسانه، و الكل ضعيف.

و كذا يجوز فى سائر العقود من الوقف، و الهبه، و الحبس، و العمرى، و الرقبى، و الوصيه إيجابا و قبولا- و فعل متعلقها مع عدم المانع، و نحو ذلك. و منع بعض الشافعيه من التوكيل فى هذه لكونه قربه ضعيف، فإن القربه لا تنافى النيابة، و كذا يجوز التوكيل فى سائر الفسوخ.

و الحاصل أن كل فعل لم يتعلق غرض الشارع بإيقاعه من مباشر معين يجوز التوكيل فيه، فهذا هو الضابط و إن كان لا يستفاد هذا الحكم إلا بالتتابع و الاستقرار.

و ينبغى التنبيه بشىء، و هو أن كل ما تدخله النيابة و هو على الفور لا يصح التوكيل فيه إذا نافى التوكيل الفور، لأنه يؤدى الى إسقاطه.

قوله: (أما ما لا تدخله النيابة فلا يصح التوكيل فيه، و هو كل ما تعلق غرض الشارع بإيقاعه من المكلف به مباشرة كالطهاره، و إن جازت النيابة فى تغسيل الأعضاء مع العجز و الصلاة الواجبه ما دام حيا، و كذا الصوم و الاعتكاف و الحج الواجب مع قدره و النذر و اليمين و العهد،

ص: ٢١٥

١- ١) المختلف: ٤٣٦.

٢- ٢) قاله أبو حنيفة انظر: اللباب ١٣٩: ٢، الهدايه المطبوعه مع شرح فتح القدير ٥٥٩: ٧، المجموع ١٠٠: ١٤.

و المعاصى كالسرقة و الغصب و القتل بل أحكامها تلزم متعاطيها، و القسم بين الزوجات، لأنه يتضمن استمتاعا، و الظهار و اللعان و قضاء العده. و المعاصى كالسرقة و الغصب و القتل، بل أحكامها تلزم متعاطيها، و القسم بين الزوجات، لأنه يتضمن استمتاعا، و الظهار و اللعان و قضاء العده).

لا- شبهه فى أن كل فعل تعلق غرض الشارع بإيقاعه من المكلف به مباشرة لا يصح التوكيل فيه كالطهاره فلا يتصور التوكيل فيها.

نعم إذا عجز المكلف عن غسل الأعضاء أو مسحها فى المائيه أو الترابيه استتاب فى ذلك، و لا- تجوز الاستتابه فى النيه أصلا. فعلى هذا يجوز أن يستناب من ليس له أهليه التوكيل كالمجنون حتى لو غسله الساهى أجزأ، لأن الغرض إيصال الماء إلى أعضائه ناويا، فيجزي بأى وجه اتفق.

و فى الحقيقه ليس هذا توكيلا حقيقيا، و لو استتاب فى الغسل و لم ينو لم يعتد به. و تجوز الاستتابه فى التطهير من النجاسات مع قدره، لحصول الغرض بذلك، و هو إيصال الماء الى المحل النجس.

و لا تجوز الاستتابه فى الصلاه الواجبه فى حال الحياه قطعاً- إلا ركعتى الطواف حيث يجوز للمكلف الاستتابه فى الحج الواجب- أما المندوبه فيتصور فيها ذلك كصلاه الزياره و الطواف، لا نحو النوافل المرتبه، و ما جرى مجراها.

و كذا لا- تجوز النيباه فى الصوم ما دام المكلف حيا، و ظاهر إطلاقهم أنه لا- فرق بين الواجب و المندوب، و مثله الاعتكاف لاشرطه بالصوم، أما بعد الموت فيصح فعل الصوم عنه تبرعا، و بالإذن، و بعوض، و مجانا و إن لم يكن وليا. و كذا الاعتكاف لعموم قوله عليه السلام: «فدين الله أحق أن يقضى» (1) و لبعض العامه فى هذه المواضع

ص: ٢١٦

١- ١) صحيح البخارى ٣: ٤٦ باب ٤٢، صحيح مسلم ٢: ٨٠٤ حديث ١٥٤ و ١٥٥.

خلاف (١). أما الحج الواجب فلا تدخله النيابة مع قدره بخلاف المندوب، أما مع العجز فقد سبق جوازه.

و كذا لا يصح التوكيل فى النذر و العهد و اليمين فيقع لغوا، و كذا المعاصى كالسرقة و الغصب و القتل، و غير ذلك لا يتصور التوكيل فيها بل أحكامها تلزم متعاطيها أى فاعلها.

و كذا القسم بين الزوجات- و ان كان الوكيل محرماً للزوجه- لأنه يتضمن استمتاعاً، و كذا القول فى الظهار، لأنه زور و بهتان، و لأنه فى معنى اليمين. و كذا اللعان، لأنه يمين أو شهاده، و كذا الإيلاء، لأنه يمين، و قضاء العده لاستبراء الرحم، و كذا الرضاع، لأنه مختص بالمرضع و المرتضع، لأنه يختص بإنبات لحم المرتضع و انتشار عظمه بلبن المرضع.

فروع: يصح التوكيل فى القضاء، و الحكم بين الناس، و قسمه الفىء و الغنيمه، و كذا يجوز للحاكم أن يوكل من ينوب عنه فى الحجر، و يوكل الغرماء من يطلبه من الحاكم، أما المحجور عليه فلا يصح أن يستنيب من يحكم عليه بالحجر عنه.

الثانى: الظاهر أن رد السلام لا يصح التوكيل فيه بل هو متعلق بمن سلم عليه، و وجوبه فوري، فالتوكيل مؤد إلى فواته.

و لو سلم على جماعه فكل من رد منهم فقد أتى بالواجب أصاله.

و كذا القول فى سائر الواجبات الكفائيه كصلاه الجنازه، و إقامة الحجج العلميه، و رد الشبهه، و عمل الصنائع و نحوها. نعم يتصور توكيل من لا يجب عليه كالصبي فيما عدا نحو صلاه الجنازه و رد السلام، إلا على القول بأن أفعال الصبي شرعيه.

و هل يصح التوكيل فى السلام فيعدّ سلاماً شرعياً حتى يجب رد جوابه؟ فيه

ص: ٢١٧

و فى التوكيل بإثبات اليد على المباحه كالاتقاط، و الاصطياد، و الاحتشاش، و الاحتطاب نظر. نظر: ينشأ من إطلاق قوله تعالى وَ إِذَا حُيِّتُمْ بِتَحِيَّهِ (١)، و من حملة على المعهود.

الثالث: يجوز التوكيل فى قبض الجزيه و المطالبه بها، قال فى التذكرة: و فى إقباضها (٢)، و يشكل على بعض تفسيرات الصغار (٣) للزوم الإخلال به. و كذا يجوز التوكيل فى عقد الذمه من الطرفين.

قوله: (و فى التوكيل بإثبات اليد على المباحات كالاتقاط و الاصطياد و الاحتشاش و الاحتطاب نظر).

اختلف كلام الشيخ فى التوكيل فى تملك المباحات، فممنع منه فى الاحتطاب و الاحتشاش، و سوغه فى إحياء الموات (٤)، و الجمع بين الحكمين مشكل.

و قد بنى الأصحاب و جهى النظر فى مسأله الكتاب على أن تملك المباحات يفتقر إلى النيه أم لا-؟ فعلى القول بافتقاره يجوز التوكيل لا بدونه، و قد أسلفنا فيما مضى إن هذا البناء غير واضح، لأنه إنما يتم إذا قلنا بأن المباح يملك بالحيازه على وجه القهر كالإرث- و إن نوى عدم التملك- و لا دليل يدل على ذلك. و قد صرحوا بأن من حفر بئراً فى طريق لغرض الاستقاء منها مده مقامه عليها يكون أولى بها إلى أن يرتحل عنها، ثم هو و غيره سواء فيها. و تحقيق المسأله قد سبق، و الأصح صحة التوكيل فى ذلك.

إذا عرفت ذلك فاعلم إننا إذا جوزنا التوكيل فى هذا جوزنا الإجاره عليه،

ص: ٢١٨

١- (١) النساء: ٤.

٢- (٢) التذكرة ١١٨: ٢. [١]

٣- (٣) انظر: مجمع البيان: ٢٢، التفسير الكبير للرازى ٣٠: ١٥.

٤- (٤) المبسوط ٣٦١: ٢. [٢]

ولا- يصح التوكيل فى الشهاده إلا على وجه الشهاده على الشهاده، و لا فى كل محرم، و فى التوكيل على الإقرار إشكال، فإن أبطلناه ففى جعله مقرا بنفس التوكيل نظر. و إن منعناه معنا الإجاره، و به صرح فى التذكرة (١)، و ظاهر كلام صاحب الشرائع فى كتاب الشركه صحه الاستئجار مطلقا، نظرا إلى أنه بالإجاره تصير منافع الأجير مملوكه للمستأجر فيملك ما حازه (٢). و يضعف بأنه على القول بعدم صحه التوكيل فى الحيازه لا تتصور صحه الإجاره.

قوله: (و لا يصح التوكيل فى الشهاده- إلا على وجه الشهاده على الشهاده- و لا فى كل محرم).

الشهاده على الشهاده ليست توكيلا فى الشهاده، بل هى شهاده بكون فلان شاهدا. نعم فيها مشابهه ذلك و ملامحته، فلذلك عتبر المصنف بقوله: (إلا على وجه الشهاده على الشهاده).

و قوله: (و لا فى كل محرم) تكرر، لأنه قد تقدّم فى قوله: (و المعاصى).

قوله: (و فى التوكيل على الإقرار إشكال، فإن أبطلناه ففى جعله مقرا بنفس التوكيل نظر).

أمّا الإشكال فمنشؤه: من أن الإقرار هو إخبار الإنسان عن حق عليه، و الإخبار عن الغير لا- يكون إلا- شهاده فلا- يؤخذ به الموكل، كما لو قال: رضيت بما يشهد به على فلان، و لأن الأصل براءة الذمه فيستصحب حكمه إلى ان يتحقق الناقل الشرعى، و لم يثبت كون ذلك موجبا لشغل الذمه.

و من أن فعل الوكيل فعل الموكل فاخباره عنه كإخباره، و لأنه فعل يلزم حقا

ص: ٢١٩

١- (١) التذكرة ١١٨: ٢. [١]

٢- (٢) شرائع الإسلام ١٣٤: ٢. [٢]

الثالث: أن يكون معلوما نوعا ما من العلم لينتفى عظم الغرر

الثالث: أن يكون معلوما نوعا ما من العلم لينتفى عظم الغرر، فلو و كله في شراء عبد افتقر الى وصفه لينتفى الغرر، و يكفي لو قال: عبدا تركيا فأشبهه البيع، و لجواز إملال الولي عن غير مستطيع الإملال.

و يضعف بأن فعل الوكيل إنما يكون فعلا للموكل إذا كان التوكيل صحيحا، و القياس على البيع قياس مع الفارق، فان البيع إنشاء و الإقرار إخبار، و إملال الولي ليس إقرارا، و لهذا لو أنكر المولى عليه بعد زوال العذر لم يؤاخذ به، و الأصح أنه لا يصح، و جوزه الشيخ في الخلاف و المبسوط (١).

إذا تقرر هذا فعلى كل من الوجهين هل يكون التوكيل بالإقرار إقرارا بالشئ أم لا؟ فيه نظر: ينشأ من ان الإقرار إخبار و التوكيل إنشاء فلا- يكون التوكيل إقرارا، و تنافي لوازم الإخبار و الإنشاء ظاهر، لأن الأخبار يحتمل الصدق و الكذب و مقتضاه حاصل بغيره، و يقتضى تقدّم وجود المخبر عنه بخلاف الإنشاء.

و من أن التوكيل تضمّن الإخبار فيكون إقرارا، و فيه نظر، لأن ما تضمّنه التوكيل هو صورته الاخبار و ليس إخبارا حقيقه، للعلم بان قوله لزيد: عندي كذا في قوله: و كنتك بأن تقرّ عنى بأن لزيد عندي كذا لم يأت به للإخبار، بل لبيان اللفظ الذي يخبر به، فهو في الحقيقه من تتمه بيان الموكل فيه، و الأصح إنه لا يكون إقرارا.

و لا- يخفى ان عبارته المصنف لا- تخلو من مناقشه، لأنّ تفريع احتمال كونه مقرا بنفس التوكيل على القول ببطلان التوكيل غير ظاهر، بل ذلك آت على تقدير البطلان و الصحة، فكان حقا ان يقول: و في كونه مقرا بذلك نظر، كما صنع في الإرشاد.

قوله: (الثالث: ان يكون معلوما نوعا ما من العلم لينتفى عنه عظم الغرر، فلو و كله في شراء عبد افتقر الى وصفه لينتفى الغرر، و يكفي لو

ص: ٢٢٠

١- (١) الخلاف ٢: ٨٥ مسألة ٥ كتاب الوكالة، المبسوط ٢: ٣٦١.

و إن لم يستقص في الوصف، و لو أطلق فالأقرب الجواز. قال: عبدا تركيا و إن لم يستقص في الوصف).

لا- خلاف في أنه لا- يشترط أن يكون متعلق الوكاله معلوما من جميع الوجوه التي تتفاوت باعتبارها الرغبات، فإن الوكاله عقد شرع للارتفاق و دفع الحاجه فتناسبه المسامحه، و لأنّه من العقود الجائزه. و من ثم لم يشترط فيه القبول اللفظي و لا الفوريه في القبول، لكن يجب أن يكون معلوما مبينا من بعض الوجوه حتى لا يعظم الغرر.

و لا فرق في ذلك بين الوكاله العامه و الخاصه، كذا ذكره المصنف في التذكره (١) و غيره (٢)، و ضبط هذا لا يخلو من عسر، و يمكن رده إلى العرف إن انضبط ذلك عرفا.

فلو و كل شخص في شراء عبد- و هي وكاله خاصه- افتقر صحه توكيله إلى وصفه لينتفي عظم الغرر المذكور سابقا في كلام المصنف، فإن (عبدا) متوغل في الإبهام. أما لو قال: عبدا تركيا فإنه يصح و إن لم يستقص في الوصف بحيث يستوفي جميع الأوصاف المعبره في السلم التي بها ترفع الجهاله.

و يشكل بكون الغرر مانعا من صحه الوكاله هاهنا، و لا دليل على ذلك، فإن التوكيل في شراء عبد يقتضى الاستنابه في شراء اى عبد كان شراؤه مشتملا على مصلحه الموكل.

و لو سلم فلا- نسلم انتفاء الغرر بقوله: (تركيا)، للفتاوت الكثير جدا بين أفراده التركي، بخلاف ما لو قال: و كلتك في استيفاء دين من ديونى، أو مخاصمه غريم من غرمائى، أو إعتاق عبد من عبيدى، لعدم فهم المراد من ذلك.

و قول المصنف: (و لو أطلق فالأقرب الجواز) يقتضى الرجوع عما قدّمه من قوله: (فلو و كل في شراء عبد افتقر الى وصفه، لمنافاته إياه) و لذلك كان نظم العبارة

ص: ٢٢١

١- (١) التذكره ١١٩: ٢. [١]

٢- (٢) المبسوط ٣٩١: ٢.

و لو قال: و كلتك على كل قليل و كثير لم يجز، لتطرق الغرر، و عدم الأمن من الضرر، و قيل: يجوز و ينضبط التصرف بالمصلحة. غير حسن، و وجه القرب يعلم مما سبق. و قال الشيخ في المبسوط: لا يصح، لأنه غرر (١)، و قد علمت مما ذكرنا وجه رده، و لا ريب أن الوصف أحوط، و الجواز لا يخلو من قوه.

و احتمال شيخنا الشهيد وجهها ثالثاً، و هو التفصيل بأن المقصود بالبعد إن كان هو التجاره لم يفتقر إلى الوصف، لأن الغرض هو الاسترباح، و إن كان هو الخدمه افتقر. و يرد عليه: أن الاسترباح يتفاوت تفاوتاً بينا بتفاوت الأعيان.

قوله: (و لو قال: و كلتك على كل قليل و كثير لم يجز، لتطرق الغرر، و عدم الأمن من الضرر، و قيل: يجوز، و ينضبط التصرف بالمصلحة).

القائل بالجواز هو الشيخ في النهاية (٢)، و ابن إدريس (٣)، و جماعه (٤)، و منع من ذلك في المبسوط و الخلاف (٥)، للغرر العظيم و عدم الأمن من تصرف يوجب ضرراً على الموكل كهبه ماله، و تطبيق نساءه، و عتق رقيقه، و تزويجه نساء كثيرة، و إلزامه المهور العظيمه و الأثمان الجزيله. و ردّ بأن الضرر مدفوع بكون التصرف مشروطاً بالمصلحة، و أصل الغرر غير قاذح في عقد الوكاله.

و المصنف فرّق في التذكرة بين ما إذا و كله في كل قليل و كثير- من غير ان يصف ذلك الى نفسه- و بين ما إذا أضافه، فحكم بالبطلان في الأول لشده الإبهام و الغرر دون الثاني، و هذه عبارته: و لو ذكر الإضافة إلى نفسه فقال: و كلتك في كل أمر

ص: ٢٢٢

١-١) المبسوط ٢: ٣٩١.

٢-٢) النهاية: ٣١٧.

٣-٣) السرائر: ١٧٦.

٤-٤) منهم أبو الصلاح الحلبي في الكافي في الفقه: ٣٣٧، و سلار في المراسم: ٢٠١، و المحقق الحلبي في الشرائع ٢: ١٩٦، و

المقداد السيوري في التنقيح الرائع ٢: ٢٩٠. [١]

٥-٥) المبسوط ٢: ٣٩١، الخلاف ٢: ٨٧، مسأله ١٤ كتاب الوكاله.

هو الّى، أو فى كل أمورى، أو فى كل ما يتعلّق بى، أو فى جميع حقوقى، أو بكل قليل و كثير من أمورى، أو فوّضت إليك جميع الأشياء التى تتعلّق بى، أو أنت و كيلي مطلقا فتصرّف فى مالى كيف شئت، أو فصل الأمور المتعلّقه به التى تجرى فيها النيابة فقال:

وكلتك ببيع أملاكى و تطليق زوجاتى و إعتاق عبيدى، أو لم يفصل على ما تقدم، إلى أن قال: فالوجه عندى الصّحه فى الجميع.

و احتج بأنه لفظ عام فصّح فى ما تناوله، كما لو قال: بيع مالى كله، و لأنه لو فصل و ذكر جميع الجزئيات المندرجه تحت اللفظ العام صح التوكيل فيكون الإجمال صحيحا، ثم ذكر احتجاج المانع بالغرر و دفعه بأن الانضباط باعتبار المصلحه (١).

و البحث فى كلامه هذا يقع فى شيئين:

أحدهما: الفرق الذى ذكره و ليس بذلك الواضح، لأن التوكيل إنما يكون فيما يملكه الموكل، إذ لا يعقل توكيل شخص آخر فيما لا يملكه الموكل، فظاهر اللفظ و إن كان مطلقا إلا أن التوكيل و قرينه المقام يقيده.

الثانى: إن كون التصرف مقيدا بالمصلحه بدفع الغرر غير مانع، لأن الجهالة فى متعلق الوكاله باقيه، و مع ذلك فإن المصلحه فى الأمور المنتشره أمر خفى جدا، فلا بد من التزام أحد أمرين: إما كون الغرر غير مانع من صحه هذا العقد، أو القول ببطلان الوكاله فى هذه المسأله و نظائرها.

لكن يلزم القول بالبطلان فيما إذا و كله فى جميع أموره مفصله، لأن تفصيلها لا يدفع الغرر، و الذى يقتضيه النظر القول بالصّحه كقول ابن إدريس (٢) و إن كان اعتبار التعيين أحوط.

ص: ٢٢٣

١-١) التذكره ١١٩: ٢. [١]

٢-٢) السرائر: ١٧٥.

و لو قال: و كلتك بما إلى من تطليق زوجاتي، و عتق عبيدي، و بيع أملاكى جاز. و لو قال: بما إلى من كل قليل و كثير فإشكال. و لو قال: بيع مالى كله و اقض ديونى كلها جاز، و كذا بيع ما شئت من مالى و اقبض ما شئت من ديونى. قوله: (و لو قال: و كلتك بما إلى من تطليق زوجاتي، و عتق عبيدي، و بيع أملاكى جاز).

لاندفاع الغرر بالتفصيل.

قوله: (و لو قال: بما إلى من كل قليل و كثير فإشكال).

منشأ الاشكال معلوم مما سبق و هو الغرر، و اندفاعه بالتقييد بالمصلحه، و الفرق بين هذه و بين ما تقدم من قوله: (و كلتك على كل قليل و كثير) لم يجز إضافته هنا-القليل و الكثير-إلى نفسه و إطلاقه هناك، و فى الفرق تردد.

قوله: (و لو قال: بيع مالى كله و اقض ديونى كلها جاز، و كذا: بيع ما شئت من مالى و اقبض ما شئت من ديونى).

لا- فرق فى الجواز بين أن يكون ماله، و ديونه معلومه فى وقت التوكيل أو لا، للتقييد بالمصلحه، و منع بعض الشافعيه صحه التوكيل فى بيع ماله، للجها له (١)، و يجىء على قول الشيخ فى المبسوط عدم الصحه (٢).

و لو قال: و كلتك فى بيع شىء من مالى، أو فى بيع طائفه منه، أو قطعه منه، أو فى قبض شىء من ديونى و لم يعين فالظاهر عدم الصحه وفاقا للتذكره (٣)، لجها له متعلق

ص: ٢٢٤

١-١) المجموع ١٠٧:١٤.

٢-٢) المبسوط ٣٩١:٢.

٣-٣) التذكره ١١٩:٢. [١]

و لو قال: اشتر عبدا بمائه، أو اشتر عبدا تركيا فالأقرب الجواز. و التوكيل بالإبراء يستدعى علم الموكل بالمبلغ المبرئ عنه و لو قال: أبرئه من كل قليل و كثير جاز و لا يشترط علم الوكيل و لا علم من عليه الحق. الوكالة من الجملة بخلاف المقيّد بالمشيئة.

قوله: (و لو قال اشتر عبدا بمائه، أو اشتر عبدا تركيا فالأقرب الجواز).

وجه القرب معلوم مما سبق، و هو المفتى به، و احتاط الشيخ في المبسوط بعدم جواز التوكيل في شراء عبد تركي أو زنجي مطلقا من دون أن يسمى ثمنا (١).

و قد كان اللائق بنظم الكتاب أن يقدّم هذه المسألة على قوله: (و يكفي لو قال: عبدا تركيا)، لأنه إذا جزم بالجواز من دون تعيين الثمن لم يكن لقوله: (فالأقرب الجواز) بالنسبة الى هذه المسألة وجه.

قوله: (و التوكيل بالإبراء يستدعى علم الموكل بالمبلغ المبرئ عنه، و لو قال: أبرئه من كل قليل و كثير جاز، و لا يشترط علم الوكيل و لا علم من عليه الحق).

صرح المصنف في التذكرة بأنه لو وكله في أن يبرئه من الدين الذي عليه صح و إن لم يعلم الموكل قدره و لا الوكيل عندنا، و هو الذي يقتضيه النظر (٢).

و ينزل كلامه هنا على أن الموكل لم يقصد إبراءه من كل ما في ذمته قليلا كان أو كثيرا، فيشترط حينئذ علمه بالقدر ليصح الإبراء لا علم الوكيل، أما إذا قصد أبرأه مطلقا فهو بمنزلة ما لو وكله في إبراءه من كل قليل و كثير.

ص: ٢٢٥

١- (١) المبسوط ٢: ٣٩٢.

٢- (٢) التذكرة ٢: ١٢٠. [١]

و لو قال: بيع بما باع به فلان سلعته استدعى علم الوكيل بالمبلغ أو الموكل. و لو وكله بمخاصمه غرمائه جاز و ان لم يعينهم. و أما علم من عليه الحق فليس بشرط أصلا، و ربما قيل باشرطه بناء على ان الإبراء تمليك لا إسقاط، و سيأتي تحقيقه إن شاء الله تعالى.

قوله: (و لو قال: بيع بما باع به فلان سلعته استدعى علم الوكيل بالمبلغ أو الموكل).

اشترط في التذكرة لصحة البيع علم الوكيل بما باع به فلان، لأن العهده تتعلق به فلا بد أن يكون على بصيره من الأمر- و هو صحيح في موضعه- فاما ما هنا فان ظاهره اشتراط ذلك لصحة التوكيل (١).

و يرد عليه أنه لا دليل على ذلك، لأن علم الوكيل من دون إعلام الموكل لا يندفع به الغرر، فإن كان مانعا اشترط علم الموكل. ثم لا يجوز للوكيل البيع إلا إذا علم القدر، و إن لم يكن مانعا لم يشترط علم واحد منهما، لكن يجب على الوكيل الاستعلام قبل البيع و اعتماد المصلحه ثم بما ذا يثبت العلم بقدر ما باع به؟ لا أعلم فيه تصريحاً، و في الاكتفاء بقول نحو البائع أو المشتري أو الدلال توقف.

و لو نزلت عبارته الكتاب على أن المستدعى لذلك هو صحة البيع لا الوكالة- على انه خلاف الظاهر- لم يستقم، لأن علم الموكل لا يكفي لذلك من دون علم الوكيل، لأنه المتولى للبيع و عهدته عليه، فلا بد أن يكون على بصيره منه.

قوله: (و لو وكله في مخاصمه غرمائه جاز و إن لم يعينهم).

عملاً بمقتضى العموم، و في قول للشافعيه انه لا يجوز حتى يعين من يخاصمه، لاختلاف العقوبه (٢).

ص: ٢٢٤

١- (١) التذكرة ١٢٠: ٢. [١]

٢- (٢) المجموع ١٠٦: ١٤.

الفصل الثاني: في أحكامها، و مطالبه خمسسه:

الأول: في مقتضيات التوكيل

الأول: في مقتضيات التوكيل: إطلاق الإذن في البيع يقتضى البيع بثمن المثل حالاً بنقد البلد، إلا ما يتغابن الناس بمثله، و ليس له أن يبيع بدون ما قدره إن عيّن. و لو حضر من يزيد على ثمن المثل فالأقرب أنه لا يجوز بيعه بثمن المثل، قوله: (إطلاق الإذن في البيع يقتضى البيع بثمن المثل حالاً بنقد البلد، إلا ما يتغابن الناس بمثله).

لا خلاف في هذا الحكم، و الأصل فيه وجوب حمل إطلاق اللفظ على المعهود المتعارف، فإنّ البيع بدون ثمن المثل تخسير و هو خلاف الغالب، إلا القدر اليسير الذى جرت العاده بالمسامحه به و لا يعتد بنقصانه، كدرهم فى ألف فإن الناس يتغابنون بذلك و لا يناقشون به فلا يؤاخذ به الوكيل.

و كذا القول فى الحلول و النقد الغالب فى البلد، و من ثم يحمل إطلاق عقد البيع على الحلول و النقد الغالب.

قوله: (و ليس له أن يبيع بدون ما قدره إن عيّن).

إذ لا يجوز التصرف فى ماله إلا بمقتضى الإذن، فإن فعل فهو فضولى، و إن سلّم العين مع ذلك فهو عاد.

قوله: (و لو حضر من يزيد على ثمن المثل فالأقرب انه لا يجوز بيعه بثمن المثل).

وجه القرب انه تصرف يخالف الغبطه و المصلحه، و الوكيل مأخوذ عليه أن يكون تصرفه مشتملاً على الغبطه.

و لو حضر فى مده الخيار ففى وجوب الفسخ إشكال. و له أن يبيع على ولده و إن كان صغيرا على رأى، و يحتمل الجواز، لأن إطلاق الوكاله منزل على البيع بضمن المثل، فيجوز البيع به على كل حال. و يضعف بأن البيع بضمن المثل فى العاده الغالبه إنما هو حيث لا يوجد من يشتري بالزائد، فيحمل إطلاق الوكاله على ذلك، و هو الأصح.

قوله: (و لو حضر فى مده الخيار ففى وجوب الفسخ اشكال).

بناء على ما قرّبه من عدم جواز البيع بضمن المثل مع وجود من يشتري بزياده عنه، لو لم يحضر باذل الزياده إلا بعد وقوع البيع على الوجه المعترف، لكن كان ذلك فى مده خيار الموكل فهل يجب على الوكيل الفسخ بالخيار لبيع بالزياده؟ فيه إشكال ينشأ من وقوع البيع على الوجه المعترف، و الفسخ لطلب حصول الزياده تكسب، و هو غير واجب على الوكيل. و من أن تصرّف الوكيل مشروط بالغبطه، و لا غبطه فى إبقاء هذا البيع مع وجود بذل الزياده، و لأن البيع بالزياده مع تحقق بذلها واجب، و لا يتم إلا بالفسخ فيجب.

فإن قيل: قد امتثل ما يجب عليه، و الأصل براءه الذمه من وجوب غيره.

قلنا: لا نسلم فان الواجب عليه هو البيع بالزياده حيث أمكن عاده، و هو ممكن هنا فيتعين المصير اليه. و الأصح أن وكالته إن كانت شامله للفسخ بالخيار وجب الفسخ هنا و البيع بالزياده.

قوله: (و له أن يبيع على ولده و إن كان صغيرا على رأى).

منع الشيخ من بيع الوكيل على ولده الصغير، لأنه يكون موجبا قابلا، و لتطرق التهمه ببيعه على نفسه (1). و هو ضعيف لما سبق من جواز كون الواحد موجبا

ص: ٢٢٨

لا- على نفسه، إلا- أن يأذن الموكل فله أن يتولى الطرفين و إطلاق الإذن في الشراء يقتضى ابتياع الصحيح دون المعيب، بضمن المثل، بنقد البلد، حالاً، لا من نفسه و التوكيل في البيع يقتضى تسليم قابلاً باعتبارين، و التهمة مدفوعه بمراعاة المصلحه، و الأصح الجواز. و اعلم أن ولده الكبير كالأجنبي فيصح بيعه عليه عندنا- خلافاً لبعض الشافعية (١)- كما يصح بيعه على صديقه.

قوله: (لا على نفسه إلا بإذن الموكل فله ان يتولى الطرفين).

أطلق الشيخ المنع من بيع مال غيره بولايه، أو وكاله من بيعه على نفسه إلا الجرد و الأب (٢)، و قد سبق في الركن الثالث حكاية قول بأن الواحد لا يتولى طرفى العقد.

و الأصح أن الوكيل يجوز أن يبيع لنفسه إذا أذن له الموكل في ذلك لا بدونه، سواء منع أو أطلق، لأن المفهوم من استنابته في البيع البيع على غيره فلا- يتناوله الإطلاق، و ليس ببيع استفاده الاذن من القرينه القويه، كما لو قال: بعه بمائه و لا غرض لى متعلق بخصوص المشتري، و نحو ذلك.

قوله: (و إطلاق الاذن في الشراء يقتضى ابتياع الصحيح دون المعيب، بضمن المثل، بنقد البلد، حالاً، لا من نفسه).

لأن الغالب في المعامله هو ذلك فيحمل الإطلاق عليه، و لا أثر للزياده اليسيره التى يتغابن الناس بمثلها، و لا يجوز أن يشتري من نفسه، كما لا يجوز أن يبيع من نفسه إلا بالإذن كما سبق.

قوله: (و التوكيل في البيع يقتضى تسليم المبيع إلى المشتري،

ص: ٢٢٩

١- ١) المجموع ١٢٢: ١٤.

٢- ٢) المبسوط ٣٨١: ٢. [١]

المبيع إلى المشتري.

و لا يملك الإبراء من الثمن و لا قبضه، لكن هل له أن يسلم المبيع من دون إحضار الثمن؟ إشكال، الأقرب المنع، فيضمن لو تعذر قبض الثمن من المشتري. و لا يملك الإبراء من الثمن و لا قبضه).

أما الحكم الأول فلأن البيع يقتضى إزاله ملك البائع عن المبيع و دخوله فى ملك المشتري، فيجب التسليم إليه، لأنه من حقوقه، و جعله بعض الشافعية كقبض الثمن فى أن فيه وجهين (١).

و أما الحكم الثانى فلعدم تناول الوكالة لواحد من الأمرين، فإن مفهوم الوكالة غير مفهوم الإبراء من الثمن و قبضه، و لا يدل على واحد منهما بشىء من الدلالات. و قال أبو حنيفة: إنه يملك الإبراء من الثمن و يضمه (٢)، و لا فرق بين الصرف و غيره من أقسام البيع خلافاً للشافعية (٣).

قوله: (لكن هل له أن يسلم المبيع من دون إحضار الثمن؟ إشكال، الأقرب المنع، فيضمن لو تعذر قبض الثمن من المشتري).

لما ذكر من أن التوكيل فى البيع يقتضى تسليم المبيع لا قبض الثمن أو هم جواز تسليم المبيع قبل قبض الثمن فأراد بيان حكمه.

و منشأ الإشكال: من أن التوكيل فى البيع حيث اقتضى الاذن فى تسليم المبيع دون قبض الثمن و جب أن يثبت بدونه، عملاً بمقتضى التوكيل، إذ لو تخلف عنه لم يكن مقتضى له. و من إطلاقهم منع الوكيل من تسليم المبيع أولاً.

و وجه القرب فيما اختاره أن التوكيل فى البيع لم يقتض تسليم المبيع مطلقاً،

ص: ٢٣٠

١-١) المجموع ١٤:١١٦.

٢-٢) المجموع ١٤:١١٦.

٣-٣) المجموع ١٤:١١٦-١١٧. [١]

و لو دلت قرينه على القبض ملكه، بأن يأمره ببيع ثوب في سوق غائب عن الموكل، أو في موضع تضييع الثمن بترك قبض الوكيل. و ليس له بيع بعضه ببعض الثمن إلا مع القرينه، كما لو امره ببيع عبيدين. بل مع مراعاة الاحتياط للموكل في حفظ الثمن، إذ لا دليل يدل على سقوط هذا الحق فيجب الجمع بينهما، فإن تسلم الموكل الثمن أو إبراء المشتري منه، أو حصلت مقاصه به من دينه لم يتوقف تسليم المبيع إلى المشتري حينئذ على إذنه، وهذا هو الأصح.

فعلى هذا لو سلم الوكيل المبيع قبل قبض الثمن فتعذر أخذه من المشتري ضمنه الوكيل، لتضييعه إياه بالتسليم قبل قبضه. و قال بعض العامة لا يضمنه، بناء على اقتضاء البيع تسليم المبيع لا قبض الثمن (1)، و ليس بشيء.

قوله: (و لو دلت قرينه على القبض ملكه بأن يأمره ببيع ثوب في سوق غائب عن الموكل، أو في موضع تضييع الثمن بترك قبض الوكيل له).

الظاهر أن الوكيل إذا أخل بالقبض هنا فتعذر الوصول إلى الثمن يضمنه، لأنه المضيّع له، و مثله ما لو أذن له في البيع على متغلب و الموكل غائب أو عاجز عن الأخذ منه، و قد شهدت القرينه بأنه لولا رجاءه قبض الوكيل منه لم يأمره بالبيع.

قوله: (و ليس له بيع بعضه ببعض الثمن إلا مع القرينه، كما لو أمره ببيع عبيدين).

أى: ليس للوكيل في بيع شيء يبيع بعضه ببعض الثمن، لأن التوكيل إنما هو في بيع المجموع و هو مغاير للأجزاء، و لأن في التبعض إضراراً بالموكل فلو فعل كان فضولياً.

و لو دلت القرينه المستفاده من الحالات العرفيه على التبعض جاز فعله، كما

ص: ٢٣١

و لو نص على وحده الصفقة لم يجز له التجاوز، و له حينئذ ان يشتري من المالكين صفقه. و لو وكله فى الشراء ملك تسليم ثمنه، و قبض المبيع كقبض الثمن. لو أمره ببيع عشرين أو عبيد فإنه يملك العقد عليهم جملة و فرادى، للعرف المستمر فى ذلك، و انتفاء الضرر، و لندور اتفاق من يشتري الجميع جملة واحده، بخلاف العبد الواحد و نحوه من الأعيان، و الأقمشه و غيرها كذلك.

و ينبغى الرجوع فى ذلك إلى العرف، فإذا طرد بشىء و جب المصير اليه، و إلا - فالعين الواحده لا - يجوز تبعضها، و الأعيان المتعدده يجوز فيها الأمران.

و لو نص الموكل على شىء لم يجز تجاوزه، فإن فعل فهو فضولى، لانتفاء الإذن فيه، و إلى هذا أشار بقوله: (و لو نص على وحده الصفقة لم يجز التجاوز) سواء تعددت الأعيان أم لا.

قوله: (و له حينئذ أن يشتري من المالكين صفقه).

أى: للوكيل حينئذ - نص له الموكل على وحده الصفقة فى البيع أو الشراء - أن يشتري من المالكين صفقه، فيشتري العبدین مثلا فى عقد واحد و إن تعدد المالك، لتحقق اتحاد الصفقة باتحاد القبول. و قال الشافعى: لا يصح، لأن عقد الواحد مع الاثنین عقدان (١)، و يردده انه ليس عقدين و إنما هو واحد فى قوه اثنین.

قوله: (و لو وكله فى الشراء ملك تسليم الثمن، و قبض المبيع كقبض الثمن).

وجهه مستفاد مما سبق، لكن قال المصنف فى التذكرة: إن الموكل إذا منع الوكيل من تسليم المبيع لم يكن له تسليمه، محتجا بأنه من توابع البيع و تمام العقد.

و كون التسليم مستحقا للمشتري لا يقتضى كون المستحق هو تسليم الوكيل،

ص: ٢٣٢

و لو وكله فى التزويج كان له أن يزوجه ابنته، و له أن يرد بالعيب مع الإطلاق، و مع التعيين اشكال، فالممنوع منه غير المستحق (١). و ليس بواضح، لأنه إذا سلم المشتري الثمن الى الموكل انقطعت سلطنه الموكل عن المبيع، و وجب على من كان بيده تسليمه إلى مالكة. و كذا القول فى الثمن فى جانب الشراء فليأمل ذلك.

قوله: (و لو وكل فى التزويج كان له أن يزوجه ابنته).

كما إذا وكله فى البيع كان له أن يبيع من ابنه، و منع بعض العامة من ذلك (٢)، و ينبغى أن يجيء هنا على قول الشيخ المنع إذا كانت صغيره (٣).

و لو وكلته المرأة فى تزويجها لم يكن له أن يزوجه من نفسه، لروايه الحلبي عن الصادق عليه السلام (٤)، و احتمال فى التذكرة مع إطلاق الإذن الجواز (٥). نعم له أن يزوجه من ابنه و والده، و لبعض العامة وجهان (٦).

قوله: (و له الرد بالعيب مع الإطلاق، و مع التعيين اشكال).

المراد ب(الإطلاق): أمره بشراء شىء من غير أن يعين شخصه، و وجه ثبوت الرد هنا: أن التوكيل إنما ينزل على الشراء الصحيح، فإذا ظهر العيب كان له الرد و شراء ما وكل فيه و هو الصحيح، لكن مقتضى هذا التعليل أن لا يصح الشراء أصلاً.

و علل فى التذكرة صحة الشراء بأنه إنما يلزمه شراء الصحيح فى الظاهر،

ص: ٢٣٣

١- (١) التذكرة ١٢٣: ٢. [١]

٢- (٢) المجموع ١٢٢: ١٤.

٣- (٣) المبسوط ٣٨١: ٢. [٢]

٤- (٤) الكافي ٣٩٧: ٥ حديث ١.

٥- (٥) التذكرة ١٤٠: ٢. [٣]

٦- (٦) المجموع ١٢٥: ١٤.

فإن رضى المالك لم يكن له مخالفته. و ليس مكلفا بالسلامه فى الباطن، لأن ذلك لا يمكن الوقوف عليه فلا يجوز تكليفه به، و يعجز عن التحرز عن شراء معيب لا- يظهر عيبه فيقع الشراء للموكل- و هو قول أكثر الشافعية (١)- كما لو اشتراه بنفسه جاهلا بعيبه، و حكى عن بعضهم عدم وقوعه عن الموكل (٢)(٣).

لكن يلزم على تعليقه هذا عدم جواز الرد للوكيل هنا، لأن التوكيل فى الشراء لا فى الرد، و قد صرح به بعد هذا فقال: و هل يملك الوكيل الرد بالمعيب؟ أما عندنا فلا، لأنه إنما و كَّله فى الشراء لا فى الرد، و صرح به فى الزرع أيضا (٤).

و الحاصل أن القول بصحة الشراء للموكل ينافى جواز الرد من دون اذنه، و الاحتجاج بأنه أقامه مقام نفسه فى هذا العقد و لو احقه، و أنه ربما تعدّر الرد فيحصل الضرر ضعيف، لأنه إنما أقامه مقام نفسه فى الشراء خاصة. و كما يحتمل رضاه بالرد يحتمل عدمه، فمختار التذكرة لا يخلو من قوه.

أما مع التعيين- و هو التوكيل فى شراء شىء بعينه- فيه إشكال ينشأ: من أن التوكيل فى الشراء لا يندرج فيه التوكيل فى الرد كما سبق، و لأن المالك قد قطع نظر الوكيل و اجتهاده بالتعيين، و ربما كان قد اطلع على عيبه.

و من أن الظاهر و الغالب انه لا يرضى بالمعيب، و قد أقامه مقام نفسه فكان له الرد، و هو ضعيف، و الأصح عدم الجواز إلا بالإذن. قوله: (فإن رضى المالك لم يكن له مخالفته).

أى: إن رضى بالمعيب، و ينبغى أن يكون هذا إذا قلنا بأن للوكيل الرد

ص: ٢٣٤

١- ١) المجموع ١٢٦: ١٤.

٢- ٢) المجموع ١٢٦: ١٤ و ١٢٧.

٣- ٣) التذكرة ١٢٣: ٢. [١]

٤- ٤) التذكرة ١٢٣: ٢. [٢]

و لو استمهله البائع حتى يحضر الموكل لم تلزم إجابته، فإن ادعى رضى الموكل استحلف الوكيل إن ادعى علمه على نفى العلم. و لو ردّه فحضر الموكل و ادعى الرضى و صدّقه البائع بطل الرد إن فرضى المالك قبله. و لا خفاء فى أن هذا مستغنى عنه، لأن ثبوت الرد للوكيل إنما هو لشمول وكالته إياه، فإذا ملك الموكل منعه مما دل عليه صريح التوكيل فغيره أولى.

و لا سبيل إلى أن يراد رضى المالك بعد فسخ الوكيل، لأن فعله ماض عليه إذا لم يخالف المصلحه، و كأنه أراد التنبيه على الفرق فى هذا الحكم بين الوكيل و عامل المضاربه، فإن رضى المالك بالمعيب لا يمنع العامل من الرد، لأن له حقا فى العين فلا يسقط برضى غيره.

قوله: (و لو استمهله البائع حتى يحضر الموكل لم تلزم إجابته).

حيث ثبت للوكيل الرد بالعيب لو استمهله البائع فى الرد حتى يحضر الموكل فربما رضى بالعيب لم تلزم اجابته، لثبوت حق الرد و لا دليل على سقوطه، و لأنه لا يأمن فوات الرد بهرب البائع، و فوات الثمن بتلفه.

و يشكل بما إذا اقتضت المصلحه ذلك، أو كانت غبطه الموكل فى عدم رد ذلك المعيب، فان جواز الاقدام على الرد محل بحث، و بدون المصلحه يبعد القول بالجواز و إن كان ظاهر قوله: (لم يلزم) مشعرا به.

قوله: (فإن ادعى رضى الموكل استحلف الوكيل إن ادعى علمه على نفى العلم).

أى: إن ادعى البائع رضى الموكل بالمعيب لم يسقط الرد بذلك، و إن ادعى علم الوكيل بالرضى أحلفه على نفى العلم، لأنه فعل الغير.

قوله: (و لو ردّه فحضر الموكل و ادعى الرضى و صدّقه البائع بطل

قلنا بالعزل و إن لم يعلم الوكيل، لأن رضاه به عزل للوكيل عن الرد. و لو رضى الوكيل بالعيب فحضر الموكل و أراد الرد فله ذلك إن صدّقه البائع على الوكاله، أو قامت البيئه، و إلاّ ثبت الثمن على الوكيل. الرد- إن قلنا بالعزل- و إن لم يعلم الوكيل، لأن رضاه به عزل للوكيل عن الرد).

أى: لو رد الوكيل المعيب فحضر الموكل و ادعى انه رضى بالمعيب قبل أن يرده الوكيل و صدّقه البائع على ذلك بطل الرد- أى: تبين بطلانه من حين وقوعه- تفرّعا على القول بأن الموكل إذا عزل الوكيل و لم يعلم بالعزل ينعزل من حين عزله إياه.

و إنما قلنا إنه يتبين بطلان الرد بناء على هذا القول، لأن رضى الموكل بالمعيب يقتضى عزل الوكيل عن الرد، لأنه يقتضى سقوط حق الرد فتنتفى الوكاله المتعلقه به، فقول المصنف: (لأن رضاه). تعليل لقوله: (بطل الرد) على القول بانعزال الوكيل و إن لم يعلم بالعزل.

أما على القول بأنه لا- ينعزل ما لم يعلم بالعزل- و هو الأصح على ما سيأتى إن شاء الله تعالى- فإنّ الرد ماض و لا أثر لرضى الموكل. و إنما اعتبر المصنف تصديق البائع الموكل على دعوى الرضى، لأنه لو كذّبه لم يقبل قوله بدون البيئه، لثبوت انفساخ العقد ظاهرا برد الوكيل فلا تقبل دعوى الموكل ما ينافيه.

قوله: (و لو رضى الوكيل بالعيب فحضر الموكل و أراد الرد فله ذلك إن صدّقه البائع على الوكاله، أو قامت البيئه، و إلاّ ثبت الثمن على الوكيل).

أى: لو رضى الوكيل بالعيب فحضر الموكل و أراد الرد: فإما أن يصدّق البائع الوكيل على الوكاله، أو يكذّبه. و على التكذيب: فإما أن تقوّم البيئه، أو لا.

فإن صدّقه على الوكاله أو قامت البيئه بها نفذ رد الموكل، و إن انتفى كل من

الثانى: فى تنصيب الموكل: لا يملك الوكيل من التصرف إلا ما يقتضيه إذن الموكل صريحا أو عرفا، فلو وكله فى التصرف فى وقت معين لم يكن له التصرف قبله و لا بعده و لو عيّن له المكان تعيّن مع الغرض، كأن يكون السوق معروفا بوجوده النقد، أو كثره الثمن، أو حله، أو صلاح أهله، أو موده بين الموكل و بينهم، و إلا فلا. الأمرين حلف البائع على نفى العلم بأن الشراء بالوكالة- إن ادّعى عليه العلم- و يلزم الوكيل بالبيع ظاهرا، فيجب عليه أداء الثمن كما فى سائر النظائر، و لأن الظاهر أن من اشترى شيئا فهو له، و لامتناع حلف الوكيل إذ لو حلف لامتنع رد الموكل المبيع بيمينه، لامتناع ثبوت حق شخص بيمين غيره، و إحلاف الموكل ممتنع، لانه لا طريق له الى العلم بنيه الوكيل.

لكن هنا اشكال: و هو أن رضى الوكيل بالعيب إن كان حيث يصح منه شراء المعيب و يكون و كيلا فى الرد و عدمه، و كان رضاه على وفق المصلحه فلا. وجه لرد الموكل على كل حال، لأن فعل و كيلاه لازم له، و إن كان حيث لا يثبت له الرد، أو كان الرضى بالعيب على خلاف المصلحه فلا بد من شيء يدل على ذلك فى العبارة.

قوله: (الثانى: فى تنصيب الموكل: لا يملك الوكيل من التصرف إلا ما يقتضيه إذن الموكل صريحا أو عرفا، فلو وكله فى التصرف فى زمن معين لم يكن له التصرف قبله و لا بعده، و لو عيّن له المكان تعيّن مع الغرض، كأن يكون السوق معروفا بوجوده النقد، أو كثره الثمن، أو حله، أو صلاح أهله، أو موده بين الموكل و بينهم، و إلا فلا).

كان الأولى فى العبارة أن يقول: و لو عيّن له المكان تعيّن مع احتمال تعلق الغرض به، فإن الأحوال ثلاثه: أن يعلم تعلق الغرض، و أن يعلم نفيه، و أن يجهل

و لو عيّن المشتري تعيّن، و لو أمره بالبيع بأجل معيّن تعيّن.

و لو أطلق البطلان احتمال للجهاله، و الصحه لتقييده بالمصلحه. الأمران. ففي الأول و الثالث لا تجوز المخالفه كما صرح به في التذكرة (١)، و يجوز في الثاني، و في وجه للشافعيه لا يجوز أيضا (٢).

و الفرق بين الزمان و المكان: إن تعلق الغرض بالزمان أكثرى، فيجب اتباع تنصيب الموكل فيه. أما المكان فإن تعيينه غالبا يقع اتفاقا من غير باعث عليه، و إنما الغرض و المقصود حصول الثمن.

و لا يخفى ما في هذا الفرق، فإنه ما لم يعلم انتفاء تعلق الغرض لا تجوز المخالفه و ينبغي أن يستوى في ذلك الزمان و المكان، و لا يضر كون تعلق الغرض في أحدهما أكثريا.

و لا ريب أن عدم مخالفه تنصيب الموكل بحال أولى، و لو أراد النقل عن البلد الذي عيّن له فيه البيع، أو عن بلد التوكيل لم يجوز إلا بالإذن قطعا، فإن فعل كان ضامنا، و على ما سبق فيصح البيع ان لم يتعلق بمكان التوكيل غرض.

قوله: (و لو عيّن المشتري تعيّن، و لو أمره بالبيع بأجل معيّن تعيّن، و لو أطلق احتمال البطلان للجهاله، و الصحه لتقييده بالمصلحه).

يجب على الوكيل تتبع تخصيصات الموكل، و لا يجوز له العدول عنها، و لا- التجاوز عنها إلا في صوره السوق و نحوها عملا بمقتضى الإذن، و به صرح المصنف في التذكرة (٣).

و يراعى في تقييدات الموكل المفهوم منها بحسب العرف، فإذا عيّن له

ص: ٢٣٨

١-١) التذكرة ١:٢٥٥. [١]

١٤:١١٨. [٢-٢) المجموع

٢-٣) التذكرة ١:٢٥٥. [٢]

و لو وكله فى عقد فاسد لم يملكه، و لا الصحيح. المشتري أو الأجل لم يجز التجاوز، و إن وكله فى البيع نسيئه و أطلق فلم يعين الأجل ففيه وجهان: البطلان للجهالة و الغرر، و الصحة لأن هذا المقدار من الغرر غير قاذح.

و احتمال الضرر مدفوع بتقييد التصرف بالمصلحة، فيحمل الإطلاق على المتعارف بين الناس، و هذا أقوى و إن كان اعتبار التعيين أحوط. و تعبير المصنف فى التذكرة يشعر بسقوط الوجه الأول، فإنه قال: إذا وكله فى البيع نسيئه و لم يعين الأجل صح عندنا (١).

قوله: (و لو وكله فى عقد فاسد لم يملكه و لا الصحيح).

مثل أن يقول: اشتري لى شيئا إلى مقدم الحاج، أو مجيء الغله، و نحو ذلك.

و إنما لم يملك الفاسد، لأن الله تعالى لم يأذن فيه، و لأن الموكل لا يملكه فالوكيل أولى.

فعلى هذا لو اشترى كذلك و قبض المبيع كان ضمانه على الوكيل لا على الموكل، لانتفاء الوكالة شرعا، و انتفاء كون يده يده. و لا فرق فى ذلك بين كون الوكيل و الموكل عالين بالفساد و عدمه. و عبارته المصنف فى التذكرة قبل المطلب الثالث فى نسبه الوكالة إلى الجواز يتناول إطلاقها تضمين الموكل باذنه للوكيل فى العقد الفاسد و قبض الوكيل إياه (٢).

و الحكم غير ظاهر، لأن الأذن فى العقد الفاسد و القبض الفاسد لا اعتبار به شرعا.

و إنما لم يملك الصحيح، لأنه لم يأذن فيه فيقع فضوليا عندنا و عند أكثر العامة (٣). و قال أبو حنيفة: يملك بذلك الصحيح، لأن الشراء الفاسد يملك عقده،

ص: ٢٣٩

١-١) التذكرة ١:٢٦. [١]

٢-٢) التذكرة ١:٣٠. [٢]

٣-٣) المجموع ١٢١:١٤، بدائع الصنائع ٢٩:٥، المغنى لابن قدامة ٢٥٢:٥، الشرح الكبير المطبوع مع المغنى لابن قدامة ٢٤٠:٥.

و لو امره بالشراء بالعين أو فى الذمه تعين، و لو أطلق أو خيره تخير، و لو عين النقد أو النسيئه تعين. و لو أطلق حمل على الحلول بنقد البلد، فإن تعدد فالأغلب، فإن تساويا تخير. و لو باعها نقدا بماله بيعها نسيئه مع تعيين النسيئه صح البيع، إلا فإذا عقد له عقدا صحيحا فقد ملكه بما هو أولى (١)، و هو واضح البطلان.

قوله: (و لو أمره بالشراء بالعين أو فى الذمه تعين، و لو أطلق أو خيره تخير، و لو عين النقد أو النسيئه تعين).

وجهه معلوم مما قدمناه من وجوب تتبع تخصيصات الموكل.

و المراد من أمره بالشراء بالعين أو فى الذمه: أن ينص له على ذلك، فلو سلم إليه ألفا و قال: اشتر كذا بألف و لم يقل: بعينه، و لا قال: فى الذمه، بل قال: اصرف هذا فى الثمن تخير الوكيل بين الشراء بالعين و الذمه، لشمول اللفظ لكل منهما، و هو مقرب التذكرة (٢)، و أحد وجهى الشافعيه (٣). و لو دفع إليه ألفا و قال: اشتر بها كذا فالظاهر أنه أمر بالشراء بالعين، لدلاله الباء على المقابله.

قوله: (و لو أطلق حمل على الحلول بنقد البلد، فإن تعدد فالأغلب، فإن تساويا تخير).

لوجوب الحمل على الراجح الغالب مع وجوده، و مع انتفائه فلا أولويه.

قوله: (و لو باعها نقدا بماله بيعها نسيئه مع تعيين النسيئه صح

ص: ٢٤٠

١-١) بدائع الصنائع ٢٩:٥، المغنى لابن قدامه ٢٥٢:٥، الشرح الكبير المطبوع مع المغنى لابن قدامه ٢٤٠:٥.

٢-٢) التذكرة ١٢٧:٢. [١]

٣-٣) المجموع ١٣٢:١٤.

مع الغرض كالخوف على الثمن و شبهه و لو اشترى نسيئه بما أمره به نقدا صح، إلا مع الغرض كخوفه أن يستتضر ببقاء الثمن معه. و لو وكله فى بيع عبد بمائه فباع نصفه بها، أو أطلق فباع نصفه بثمان المثل للجميع صح و له بيع الآ-خر. البيع، إلا- مع الغرض كالخوف على الثمن و شبهه).

أى: لو باع العين المأمور ببيعها نسيئه نقدا بالثمن الذى يسوغ له بيعها به نسيئه: إما للتنصيص عليه، أو بكونه متعارفا بين الناس صح البيع إن علم أن لا غرض للموكل فى النسيئه، لأنه قد زاده خيرا، و ما على المحسنين من سبيل.

و إن علم أن له فى النسيئه غرضا كالخوف على الثمن فى الحال، أو احتياجه إليه فى وقت الحلول، و خوف خروجه من النفقه، و نحو ذلك لم تجز المخالفه و كان البيع فضوليا، و مثله ما لو جهل الوكيل الحال. فلو عبّر المصنف بما يشمل القسمين لكان أولى، و قريب منه قوله: (و لو اشترى نسيئه بما أمره به نقدا صح، إلا مع الغرض كخوفه أن يستتضر ببقاء الثمن معه).

قوله: (و لو وكله فى بيع عبد بمائه فباع نصفه بها، أو أطلق فباع نصفه بثمان المثل للجميع صح و له بيع الآ-خر).

أما الصحه فلأنه مأذون فى ذلك من جهه العرف، فان من رضى بمائه ثمنا للكل رضى بها ثمنا للنصف، و لأنه حصل له المائه و أبقى له زياده تنفعه و لا تضره، فكان بمنزله ما لو باعه بمائه و نصف عبد أو ثوب، كذا قال فى التذكره (١).

و لقائل أن يقول: ربما تعلق الغرض بما نص عليه الموكل، لأنه ربما أراد السلامه من نفقه العبد، أو خاف من ظالم يطلبه بسببه، و تعذر بيع النصف الآخر فلا بد من العلم بأن لا غرض للموكل فى المأمور به بخصوصه. و هذا وارد، إلا أنى لم أجد

ص: ٢٤١

و كذا لو امره ببيع عبدين بمائده فباع أحدهما بها. و لو و كله في شراء عبد معين بمائه فاشتره بخمسين صح، إلا أن يمنعه من الأقل. و لو قال: اشتره بمائه لا بخمسين فاشتره بأقل من مائه و أزيد من خمسين أو أقل من خمسين صح. ما يوافق.

و أما أن له بيع النصف الآخر، فلأنه مأذون له في بيعه و الأصل بقاؤه. و يحتمل المنع لحصول غرض الموكل من الثمن، فربما لم يؤثر بيع باقيه للاستغناء عنه. و قد ذكر هذا الاحتمال المصنف في التذكرة (1)، و ضعفه ظاهر.

قوله: (و كذا لو أمره ببيع عبدين بمائه فباع أحدهما بها).

وجهه معلوم مما سبق، بل الحكم هنا أولى، لانتفاء التشقيص و لأنه يجوز له بيع كل منهما بانفراده كما سبق، و لو نص له على بيعهما صفقة لم يجز التجاوز.

قوله: (و لو و كله في شراء عبد معين بمائه فاشتره بخمسين صح، إلا أن يمنعه من الأقل).

أما الصحة فلأنه مأذون في ذلك عرفاً، لأنه من رضى بالشراء بمائه رضى بالشراء بخمسين غالباً، نعم إذا نهاه عن ذلك و جب عدم مخالفته النهي.

قوله: (و لو قال: اشتره بمائه لا بخمسين، فاشتره بأقل من مائه و أزيد من خمسين، أو أقل من خمسين صح).

لأن الإذن في الشراء بمائه دل عرفاً على الشراء بما دونها بطريق أولى، خرج منه المحصور بصريح النهي فيبقى ما فوقها على مقتضى الإذن.

و فيما دونها وجهان، اختار المصنف هنا و في التذكرة منهما الصحة، لثبوت الإذن

ص: ٢٤٢

و لو قال:اشتر نصفه بمائه فاشترى أكثر منه بها صح. و لو قال:اشتر لى عبدا بمائه فاشترى مساويها بأقل صح. و لو قال:اشتر لى شاه بدينار،فاشترى شاتين ثم باع إحداهما بالدينار فالوجه صحه الشراء،و وقوف البيع على الإجازة. عرفا فيما نقص عن المائه سوى المنهى عنه،و هو الشراء بخمسين (١)،و هو المختار إلا أن يدل دليل على أنه لا يرضى بالشراء بما دون الخمسين،كما لو أراد نفع البائع و نحوه، فإن المتجه عدم جواز الشراء بما دون الخمسين حينئذ.

قوله: (و لو قال:اشتر نصفه بمائه فاشترى أكثر منه بها صح).

لاستفاده الاذن فى ذلك من العرف.

قوله: (و لو قال:اشتر عبدا بمائه فاشترى مساويها بأقل صح).

أى:لو قال:اشتر عبدا و لم يعينه بشخصه بمائه مثلا،فاشترى عبدا مساويا لها بأقل من المعين صح لمثل ما سبق،و فى بعض النسخ مساويه،و معناه:مساوى العبد المطلوب شراؤه،و النسخة الأولى أولى،لأن المطلوب شراؤه كلى،فكل ما تناوله ذلك الوصف مثلا فهو المطلوب شراؤه.

قوله: (و لو قال:اشتر لى شاه بدينار فاشترى شاتين،ثم باع إحداهما بالدينار فالوجه صحه الشراء و وقوف البيع على الإجازة).

أى:فاشترى شاتين بدينار،و لا بد من التقييد بكون كل واحد منهما تساوى ديناراً أو إحداهما،أما إذا نقصت كل واحد منهما عن دينار فإن الشراء لا يلزم و يكون فضوليا و إن كان مجموعهما يساوى أكثر من دينار،لأن المطلوب شراء شاه تساوى ديناراً.

إذا تقرر ذلك فلا ريب أن البيع فى مسأله الكتاب فضولى،لأنه لا يستفاد

ص:٢٤٣

و لو أمره بشراء سلعه معينه فاشتراها فظهر فيها عيب فالأقرب أن للوكيل الاذن فيه من الأمر بالشراء بحال.

و أما الشراء ففيه وجهان أصحهما- هو مختار الشيخ (1) و الأصحاب (2)- صححه شرائهما معا للموكل، لدلاله الاذن في شراء شاه بدينار على الاذن بشراء شاتين بدينار بطريق أولى، و شهاده العرف المطرد به.

و قد ورد ذلك في حديث عروه البارقي: أن النبي صلى الله عليه و آله أعطاه ديناراً و قال له: «اشتر لنا شاه»، قال: فأتيت الجلب فاشترت به شاتين بدينار، فجئت أسوقهما أو أقودهما فلقيني رجل بالطريق فساومني فبعت منه شاه بدينار و أتيت النبي بالدينار و بالشاه فقلت: يا رسول الله هذا دينار كم و هذه شاتكم، قال: «و كيف صنعت؟» فحدثته فقال: «اللهم بارك له في صفقه يمينه» (3).

و في وجه للشافعيه أن شراءهما معا لا يقع للموكل، لكن ينظر إن اشتراهما في الذمه فليموكل واحده بنصف دينار و الأخرى للوكيل، و يرد على الموكل نصف دينار، و إن أراد أن يقرر عقد الثانيه كان له ذلك، و إن اشتراهما بالعين فواحد باذنه و اخرى بدون اذنه فيبنى على حكم العقد الفضولي (4). و المذهب ما قدّمناه، و قد ذكره المصنف في التذكرة بقوله: و هو مذهبنا، نص عليه الشيخ في الخلاف جازما به (5) و عبارته هنا غير وافيه بذلك.

قوله: (و لو أمره بشراء سلعه معينه فاشتراها فظهر فيها عيب

ص: ٢٤٤

١- ١) المبسوط ٢: ٣٩٧.

٢- ٢) منهم فخر المحققين في الإيضاح ٢: ٣٤٥.

٣- ٣) سنن الترمذى ٣: ٥٥٩ حديث ١٢٥٨، [١] سنن الدار قطنى ٣: ١٠ حديث ٢٩، مسند احمد ٤: ٣٧٦. [٢]

٤- ٤) المجموع ١٤: ١٤٢.

٥- ٥) التذكرة ٢: ١٢٦، [٣] الخلاف ٢: ٨٨ مسأله ٢٢ كتاب الوكاله.

الرد بالعيب. و لو قال:بع بألف درهم فباع بألف دينار وقف على الإجازة. و ليس التوكيل بالخصومه إذنا فى الإقرار، و لا الصلح، و فالأقرب أن للتوكيل الرد بالعيب).

هذا رجوع عن الإشكال إلى الفتوى، و قد قدّمنا تحقيق هذه المسألة و بيان المختار.

قوله: (و لو قال:بع بألف درهم فباع بألف دينار وقف على الإجازة).

لأن المأتى به غير المأمور بتحصيله، و لا هو مشتمل على تحصيل ما أمر بتحصيله، و تصرّف الوكيل إنما هو بالإذن فإذا عدل عنه كان فضوليا.

و أحتمل قويا المصنف فى التذكرة جواز البيع بذلك و نحوه، إلا أن يكون له غرض صحيح فى التخصيص بالدراهم لاستفاده الاذن فى ذلك عرفا، فإن من رضى بدرهم رضى مكانه بدينار، فجرى مجرى ما إذا باعه بمائة درهم و دينار، و منع بيعه بالثياب لأنها من غير الجنس، ثم احتمل مع الزيادة الجواز (1).

و يشكل بأن القرائن العرفية و إن دلت على حصول الرضى بذلك التصرف، إلا أن ذلك لا يعد إذنا، و لأنه لا يكفى حصول الرضى بعد، بل لا بد من حصوله قبل التصرف أما بصريح الاذن أو لدلالته عليه بطريق أولى.

و إنما يكون ذلك حيث يكون المسكوت عنه من جنس المذكور لفظا و لأن فتح هذا الباب يفضى إلى الحكم على الغير بمجرد التخمين، و مال الغير يجب أن تكون صيانتة و حرمة أزيد من ذلك، نعم لو احتف التوكيل بقرائن قويه تشهد بشىء معين لم استبعد التعويل عليها.

قوله: (و ليس التوكيل بالخصومه إذنا فى الإقرار، و لا الصلح، و لا

ص: ٢٤٥

لا الإبراء. و لو وكله على الصلح عن الدم على خمر ففعل حصل العفو كما لو فعله الموكل، الإبراء).

لعدم دلالة على شيء من ذلك بإحدى الدلالات الثلاث: أما الحكم في الصلح و الإبراء فقد قال المصنف في التذكرة: لا نعلم فيه خلافا (١)، و أما الإقرار فقد قال أبو حنيفة و محمد: يقبل إقرار الوكيل إذا كان في مجلس الحكم فيما عدا الحدود و القصاص (٢). و قال أبو يوسف: يقبل في مجلس الحكم و غيره، لأن الإقرار أحد جوابي الدعوى فصح من الوكيل في الخصومه كالإنكار (٣)، و بطلانه معلوم.

قوله: (و لو وكله على الصلح عن الدم على خمر ففعل حصل العفو كما لو فعله الموكل).

أى: حصل العفو كما يحصل لو فعل ذلك الموكل، و قد سبق في كتاب الصلح التردد في حصول العفو لو صالحه عن القصاص بخمر، و هنا جزم المصنف بحصوله.

و وجه صحه الوكاله هنا: أن الصلح على الخمر و إن كان فاسدا فيما يتعلق بالعوض إلا أنه صحيح فيما يتعلق بالقصاص، لأن الغرض العفو فيصح التوكيل فيما لو فعله الموكل بنفسه لصح، لأننا نصحح التوكيل في العقد الفاسد. و وجه حصول العفو في المسألتين أن حقن الدماء أمر مطلوب، و العفو لذلك مبنى على التغليب، فيكفى للتمسك به أدنى سبب. و في كل من المقامين نظر:

أما الأول فلأن العقد الفاسد لما لم يكن مأذونا فيه شرعا لم يكن التوكيل توكيلا شرعيا، لأن الموكل فيه حينئذ أمر غير مشروع فلا يترتب على هذا التوكيل أثره، و كونه بحيث لو فعله الموكل يحصل العفو لا يقتضى حصوله بفعل من ليس

ص: ٢٤٦

١- ١) التذكرة ١٢٩: ٢. [١]

٢- ٢) المجموع ١١٥: ١٤، [٢] بدائع الصنائع ٢٤: ٦.

٣- ٣) المجموع ١١٥: ١٤، بدائع الصنائع ٢٤: ٦.

و لو صالح على خنزير أو أبرأ فإشكال. و ليس للوكيل بالخصومه أن يشهد لموكله فيها، إلا إذا عزل قبل الخصومه. بوكيل شرعا، و لهذا لو و كله فى شراء فاسد و قبض المبيع لا يتعلق الضمان بالموكل و إن كان لو فعله الموكل لتعلق الضمان، لأن يده ليست يد الموكل حينئذ.

و أما الثانى فلأن العفو و إن كان مبنيا على التغليب، إلا أنه لا دليل على حصوله بالعقد الفاسد المشتتمل على العوض الفاسد، لأن الفاسد لا يترتب عليه أثره، و الرضى الواقع فى ضمنه غير معتبر شرعا، لعدم اعتبار ما تضمنه، و الأصح بقاء القصاص إلى أن يحصل السبب الشرعى المقتضى للعفو.

قوله: (و لو صالح على خنزير أو أبرأ فإشكال).

أى: لو صالح الوكيل فى الصلح على الدم على خمر على خنزير أو أبرأه فإشكال ينشأ: من أن صاحب القصاص قد رضى بإسقاطه لا فى مقابله عوض، لأن الخمر لا يملكها المسلم، فهو بمنزلة التوكيل فى الإسقاط و الإبراء بأى طريق كان.

و من المخالفه لمقتضى الوكاله فكان كالعفو من الفضولى، و ضعف الأول ظاهر.

قوله: (و ليس للوكيل بالخصومه أن يشهد لموكله فيها إلا إذا عزل قبل الخصومه).

لا ريب أنه إذ كان عدلا تقبل شهادته على موكله، و له فى غير ما هو و كيل فيه، أما ما هو و كيل فيه فان شهد له فيه قبل العزل لم يقبل، لأنه متهم حيث يجر إلى نفسه نفعا، و هو ثبوت ولايه التصرف لنفسه.

و إن كان بعد العزل: فإن كان قد خاصم الغريم فيه حال و كالتة لم يقبل أيضا، لأنه متهم أيضا حيث يريد تمشيه قوله و إظهار الصدق فيما ادعاه أولا. و إن لم يخاصم سمعت شهادته عندنا و عند جمع من العامة (١)، و للشافعيه خلاف هذا إذا جرى

ص: ٢٤٧

و لو وكل اثنين بالخصومه ففي انفراد كل منهما إشكال. و لو وكله في الخصومه لم يقبل إقراره على موكله بقبض الحق، و لا غيره في مجلس الحكم و غيره. و لو أذن في تثبيت حق لم يملك قبضه، و بالعكس. الأمر على تواصل (١)، أما إذا طال الفصل فظاهر كلام المصنف في التذكرة التردد في القبول (٢)، و كل من الأمرين محتمل.

قوله: (و لو وكل اثنين بالخصومه ففي انفراد كل منهما إشكال).

ينشأ: من حصول الغرض بكل منهما، فإن المطلوب ذكر الدعوى أو الجواب عند الحاكم. و لا يتفاوت الحال في ذلك بالاجتماع و الانفراد، بخلاف المعاملات المفتقره إلى تعاضد الآراء لتحصيل المصلحه، و لعسر الاجتماع في الخصومه.

و من أن توكيله لاثنين يؤذن بعدم اكتفائه بكل منهما منفردا، و التعاضد مطلوب في إظهار الحججه و لا عسر في الاجتماع كما في المعاملات، و الأصح عدم جواز الانفراد.

قوله: (و لو وكله في الخصومه لم يقبل إقراره على موكله بقبض الحق و لا غيره، في مجلس الحكم و غيره).

قد سبق حكاية خلاف في ذلك لأبي حنيفة و صاحبيه (٣).

قوله: (و لو أذن في تثبيت حق لم يملك قبضه، و بالعكس).

أى: لو وكله في إثبات حق له على غيره لم يملك قبض ذلك الحق، و لو وكله في القبض فجحه من عليه الحق لم يملك الإثبات، لأن أحدهما غير الآخر فلا يكون التوكيل في أحدهما توكيلا في الآخر. و للشافعيه و غيرهم من العامه اختلاف في

ص: ٢٤٨

١-١) المغنى لابن قدامه ٥: ٢٤٨.

٢-٢) التذكرة ٢: ١٢٩. [١]

٣-٣) المجموع ١٤: ١١٥، بدائع الصنائع ٦: ٢٤.

و لو و كله فى بيع شىء، أو طلب شفعه، أو قسمه لم يملك تثبيته. و لو قال: اقبض حقى من فلان فله القبض من وكيله لا من وارثه لو مات، و لو قال: اقبض حقى الذى على فلان كان له مطالبه الوارث. و لو أذن لعبده فى عتق عبيده، أو لغريمه فى إبراء غرمائه أو حبسهم، أو لزوجه فى طلاق نسائه فالأقرب ذلك (١).

قوله: (و لو و كله فى بيع شىء، أو طلب شفعه أو قسمه لم يملك تثبيته).

لأن أحدهما غير الآخر، و كونه طريقا اليه عند الجحود لا يستلزم تعلق التوكيل به، لانتفاء الدليل.

قوله: (و لو قال: اقبض حقى من فلان فله القبض من وكيله لا- من وارثه لو مات، و لو قال: اقبض حقى الذى على فلان كان له مطالبه الوارث).

أى: لو وكل فى قبض حقه الذى على زيد، اختلف الحكم باختلاف صيغه التوكيل، ففي الأول إنما يقبض منه أو من وكيله لا من وارثه، لأن لفظه من للابتداء، فيقتضى أن يكون مبدأ القبض و منشؤه المديون فله القبض منه و من وكيله، لأن يد الوكيل يد الموكل و قبضه قبضه، و ليس له القبض من وارثه إذ ليست يد الوارث يد المورث.

و فى الثانى له أن يقبض مطلقا، لأن الموكل فيه هو قبض الحق من غير تعيين للمقبوض منه، فلا يختلف الحال باختلاف من بيده الحق.

قوله: (و لو أذن لعبده فى عتق عبيده، أو لغريمه فى إبراء غرمائه أو

ص: ٢٤٩

المطلب الثالث: في حكم المخالفة

المطلب الثالث: في حكم المخالفة:

إذا خالفه في الشراء: فإن اشترى في الذمه ثم نقد الثمن صح إن أطلق، ويقع له إن لم يجز الموكل، حبسهم، أو لزوجته في طلاق نسائه فالأقرب دخول المأذون).

وجه القرب صلاحية اللفظ لشموله، لأنه عام فيجب التمسك بعمومه، لانتفاء المخصص، بناء على أن المخاطب يدخل في عموم الخطاب، ويدخل عليه وجود المقتضى، وهو العموم وانتفاء المانع، إذ ليس إلا كونه مخاطبا وهو غير صالح للمانع.

ويحتمل العدم، بناء على عدم دخوله، فإن ذلك هو المتبادر إلى الفهم عرفا، فإن كونه الشخص معتقا ومعتقا ومبرأ ومبرئ لا ينتقل الذهن إليه عند إطلاق اللفظ ولا يتفاهمه أهل العرف، ولهذا لا يجوز له البيع من نفسه إلا بالأذن. والأصل بقاء الملك والزوجيه، وهو مختار الشيخ في المبسوط (1)، وفيه قوة، ولو دلت قرينه على إرادته دخوله عمل بها.

قوله: (المطلب الثالث: في حكم المخالفة: إذا خالفه في الشراء ثم نقد الثمن صح إن أطلق، ويقع له ان لم يجز الموكل).

المراد بالإطلاق: عدم إضافته الشراء إلى الموكل لفظا لكن مع قصده نيه، لأنه لو لم ينوه لم يكن لإجازته تأثير ولا فائده لقوله: (ثم نقد الثمن)، لأن الحكم ثابت مع المخالفة المذكورة، سواء نقد الثمن أم لا. وإنما يقع له حينئذ، لأن الخطاب معه وقد أضاف الشراء إلى نفسه فتلغو النيه ويشكل بما ذكره الشارح الفاضل من أنه أضافه إلى غيره في النيه ونفاه عن نفسه، والعقود تابعه للقصود فلا يقع له في نفس الأمر.

لكن يؤخذ به ظاهرا نظرا إلى أن البائع إنما يكلف بالأمر الظاهره، لامتناع تكليفه

و إن أجاز فالأقرب وقوعه له و إن أضاف الشراء للموكل وقف على الإجازة، و إن اشترى بالعين وقف على الإجازة، فإن فسخ الموكل بطل.

بما خفى عليه من الأمور الباطنة، فيكون وقوعه للوكيل على تقدير عدم إجازة الموكل ظاهرا لا في نفس الأمر.

و هذا كلام صحيح، إلا أن عبارته المصنف لا تأباه، لإمكان أن يريد بقوله:

(و يقع له) إلزامه به ظاهرا، لأنه المبحوث عنه، فإن البحث عن الأحكام الشرعية إنما هو باعتبار الظاهر.

قوله: (و إن أجاز فالأقرب وقوعه له).

وجه القرب: أنه عقد فضولى موقوف على الإجازة فيصح معها، و يحتمل البطلان بناء على أن الفضولى يقع باطلا.

كذا حقق الشارح الفاضل (1)، و احتمل الفاضل عميد الدين ألا يقع للموكل، لأنه لما اشتراه على خلاف ما أمره و لم يذكره فى العقد و لم يشتر بعين المال بل فى ذمته و جب أن يقع للوكيل، فلا ينتقل بالإجازة إلى الموكل، لأن الإجازة لا تنقل ما هو مملوك للغير ملكا مستقرا الى غيره.

و الصواب ما ذكره الأول، لأن العقود تابعه للقصد، و تحريره: أن هذا العقد يقع موقوفا فى نفس الأمر لازما ظاهرا، فإذا أجاز الموكل ثبت له ظاهرا و باطنا بالنسبة إلى الوكيل عملا بإقراره، و ان لم يجرز وقع للوكيل ظاهرا و يبطل بحسب الواقع.

هذا إن قلنا: إن الفضولى يقع موقوفا على الإجازة، و لو قلنا: بأنه يقع باطلا لحكمنا بأنه للوكيل ظاهرا دون نفس الأمر. لكن لا يخفى أن قول المصنف: (الأقرب). ملتفت فى ذلك إلى حال العقد الفضولى لا يخلو من إبهام، هذا تحقيق ما هنا.

قوله: (و إن أضاف الشراء للموكل وقف على الإجازة، و إن اشترى

ص: ٢٥١

ثم إن صدّقه البائع أو ثبت بالبينة وجب عليه رد ما أخذه، وإلا حلف وضمن الوكيل الثمن المدفوع.

بالعين وقف على الإجازة، فإن فسخ الموكل بطل، ثم إن صدقه البائع أو ثبت بالبينة وجب عليه رد ما أخذه، وإلا حلف وضمن الوكيل الثمن المدفوع).

أى: وإن أضاف الشراء للموكل لفظاً فى العقد فى صورته المخالفه وقف على الإجازة.

ولا- يخفى أن المصنف لو عطف (و إن اشترى بالعين) على ما قبله بلفظ كذا لكان أفصح، ولا- غنى عن قوله: (وقف على الإجازة). ولا- بد من فرض أنه بعد الثمن يستقيم كلامه الى آخر المسأله، فإن أجاز الموكل الشراء فلا بحث، ولظهوره تركه المصنف و إن فسخ بطل.

لكن على هذا التقدير هل يبطل البيع باطنا و ظاهرا فيجب على البائع رد الثمن المدفوع، أم باطنا خاصه فلا يجب؟ ينظر فى حال البائع: فإما أن يصدّق الوكيل على مخالفته للموكل، أو لا. وعلى التقدير الثانى: فإما أن تقوم البينه بالمخالفه، أو لا، فإن صدّقه أو قامت البينه بذلك وجب عليه رد ما أخذه ثمنا، لظهور بطلان البيع، و إن انتفى الأمران حلف لنفى العلم بالمخالفه إن ادعى عليه العلم بها، ثم يحكم بالبيع ظاهرا للوكيل، و يجب عليه للموكل عوض الثمن المدفوع، لاعترافه بأنه عاد بدفعه.

و أعلم أن قوله: (وقف على الإجازة)- فيما إذا أضاف الشراء للموكل، و إذا اشترى بالعين من غير اشعار بالقول بالبطلان يؤذن بأن المراد بالاحتمال المقابل للأقرب فى المسأله السابقه غير القول بالبطلان لانه- آت هنا، و لم يشعر كلامه به، إلا أنه ليس للعباره محمل صحيح سواه.

و لو خالفه فى البيع وقف على الإجازة. و لو أذن له فى الشراء بالعين فاشترى فى الذمه كان له الفسخ، و لو انعكس احتمال اللزوم، لأن إذنه فى عقد يوجب الثمن مع تلفه يستلزم الإذن فى عقد لا- يوجب الثمن إلا- مع بقاءه، و البطلان، للمخالفة، و تعلق الغرض و هو تطرق الشبهه فى الثمن، أو كراهه الفسخ بتلف العين. قوله: (و لو خالفه فى البيع وقف على الإجازة).

أى: فى كل صور المخالفه بخلاف مسأله الشراء، لانه قد يشتري فى الذمه و لا يضيف فيقع له مع عدم الإجازة.

قوله: (و لو اذن له فى الشراء بالعين فاشترى فى الذمه كان له الفسخ، و لو انعكس احتمال اللزوم، لأن اذنه فى عقد يوجب الثمن مع تلفه يستلزم الإذن فى عقد لا- يوجب الثمن إلا- مع بقاءه، و البطلان للمخالفة، و تعلق الغرض و هو تطرق الشبهه فى الثمن أو كراهه الفسخ بتلف العين).

إذا أذن الموكل للوكيل فى الشراء بالعين فاشترى فى الذمه فهو فضولى وجها واحدا، لأن إيجاب الثمن عليه على تقدير تلف المدفوع ضرر يبين، فلا يلزم من الإذن فى الشراء بالعين الإذن فى الشراء بالذمه.

و لو انعكس الفرض ففيه وجهان: أحدهما اللزوم، لاستفاده الإذن بطريق أولى، و ذلك لأن الإذن فى العقد الذى يتطرق اليه الضرر المذكور يقتضى الإذن فيما خلا عنه بطريق أولى، فيستفاد الاستلزام الذى ادعاه المصنف فى عبارته من باب مفهوم الموافقه إن تم، و هو الذى ترشد إليه عبارته التذكرة (1).

و ربما وجه بأن الإذن فى الشراء بالذمه يوجب الثمن على كل حال من حالتى التلف و عدم اذن فى مجموع، و الإذن فى الشراء على وجه يوجب الثمن مع بقاءه جزؤه،

ص: ٢٥٣

و لو باع بدون ثمن المثل وقف على الإجازة، وكذا لو اشترى بأكثر منه. و لو أذن له فى تزويج امرأه فزوجه غيرها، أو زوجه بغير إذنه فالأقرب الوقوف على الإجازة، فإن أجاز صح العقد، وإلا فلا، و الاذن فى الكل اذن فى اجزائه. و ليس بشىء، لأن الشراء بالعين ليس جزءا للشراء بالذمه بل هو مناف له، فلا يتعدى الإذن إليه من هذه الجهة. و أصحهما العدم، لأن المذكور ضرر باعتبار و نفع باعتبار آخر، فان الغرض قد يتعلق بتملك المبيع على كل حال.

و ربما عرض للبائع على تقدير تلف الثمن المعين ما يصرفه عن البيع، و ربما كره كون المدفوع ثمنا، لتطرق الشبهه عنده اليه و نحو ذلك من المقاصد، و الأصح أنه فضولى.

و اعلم أن المراد من قوله: (و البطلان للمخالفة) عدم اللزوم مجازا بقريته اللزوم المذكور فى الاحتمال الأول، و لأن الفضولى عنده موقوف، و كذا المراد بقوله:

(و كراهه الفسخ) الانفساخ و هو ظاهر.

قوله: (و لو باع بدون ثمن المثل وقف على الإجازة، و كذا لو اشترى بأكثر منه).

للمخالفة، سواء عيّن له ذلك الثمن أو أطلق فإن الإطلاق محمول عليه.

قوله: (و لو اذن له فى تزويج امرأه فزوجه غيرها أو زوجه بغير إذنه فالأقرب الوقوف على الإجازة، فإن أجاز صح العقد، و إلا فلا).

أى: لو أذن له فى تزويج امرأه معينه فزوجه غيرها، أو زوجه فضوليا ابتداء من غير سبق توكيل له الى آخره.

و وجه القرب فى المسألتين ما سيأتى إن شاء الله تعالى فى كتاب النكاح من

و الأقرب إلزام الوكيل بالمهر أو نصفه مع ادعاء الوكالة. أما لو عرفت الزوجه أنه فضولى فالوجه سقوط المهر مع عدم الرضى.

و لو وكله فى بيع عبد بمائه فباعه بمائه و أن عقد النكاح الفضولى موقوف على الإجازة و لا- يقع باطلا- من رأس، و كل من العقدین فضولى، أما الثانى فظاهر، إذ ليس هو من مسائل هذا الباب، و أما الأول فلأنه خلاف الموكل فيه، و البطلان قول آخر و هو المقابل للأقرب.

قوله: (و الأقرب إلزام الوكيل بالمهر أو نصفه مع ادعاء الوكالة).

أى: و الأقرب فى مسألتى الترويج السابقتين إلزام الوكيل بالمهر، أو نصفه على اختلاف القولين للأصحاب كما سيأتى بيانه، و بيان أن الأصح عدم لزوم شىء بمجرد ذلك إن شاء الله تعالى.

لكن هذا إنما هو على تقدير ادعائه الوكالة فى النكاح على الوجه المأتى به و جهاله المرأه، لأنه حينئذ يكون غارًا. أما إذا عرفت الزوجه أنه فضولى سواء كان بقوله، أو بوجه آخر، أو لأنه لم يدع الوكالة فى ظاهره أنه فضولى، و لأنه لا- غرور من قبله حينئذ، فالوجه عند المصنف سقوط المهر مع عدم الرضى، و الى هذا أشار بقوله: (أما لو عرفت الزوجه).

و هذا التفصيل الذى اختاره المصنف لم يذكره القائلون بوجوب المهر أو نصفه، بل أطلقوا القول بالوجوب، و ظاهر أنه لا وجه لضمان الوكيل شيئًا من المهر أو نصفه مع علمها بالحال، لاقدامها على ذلك عالمه.

و اعلم أن موضع هذه المسألة هو أحكام النزاع، و ذكرها هنا من حيث حصول المخالفه من الوكيل و استيفاء أحكامها يأتى هناك إن شاء الله تعالى.

قوله: (و لو وكله فى بيع عبد بمائه فباعه بمائه و

ثوب صح، و كل تصرف خالف الوكيل فيه الموكل فحكمه حكم تصرف الأجنبي. و إذا وكله في الشراء فامثل وقع الشراء عن الموكل، و ينتقل الملك ثوب صح).

أسند المصنف القول بالصح فيما إذا باع الوكيل بالثمن المعين و زياده من غير الجنس إلى علمائنا، سواء كانت الزيادة قليلة أو كثيره، و سواء كانت من الأثمان أو لا.

و يدل عليه أن الاذن بالبيع بمائه يقتضى الإذن بالبيع بها مع زياده بطريق أولى، و العرف قاض بذلك. و في وجه للشافعيه أنه لا يجوز للمخالفه (١)، و فيه منع.

و في بعض حواشى شيخنا الشهيد ما حاصله: أن الزيادة ليست من جنس الثمن المعين، و هى فى مقابل بعض العبد، فهى فى قوه بيع بعضه بثوب، و معلوم مخالفته، فاحتمل أن يصح البيع فيما قابل المائه، و يقف فيما قابل الثوب على الإجازة، كما لو أذن له ببيعه بمائه فباع بعضه بها. و نقل عن التحرير إشكالا فى المسأله (٢)، و لم أظفر به.

و لقائل أن يقول: ما ذكره مدفوع باستفاده الاذن فى ذلك بطريق أولى، و مقابله مجموع الثمن بمجموع المبيع و إن تضمن مقابله الأجزاء بالأجزاء، إلا أنه لا يلزم أن يكون بعض العبد مبيعا بثوب، و المخالفه الممنوع منها تتحقق بذلك لا بالمبيع بالمائه و الزيادة، فظهر الفرق بين هذه و بين ما إذا باع البعض بالثمن المعين، فإن البعض الآخر لا يجوز بيعه بثوب مثلا.

قوله: (و كل تصرف خالف الوكيل فيه الموكل فحكمه حكم تصرف الأجنبي).

يقع موقوفا على الإجازة لأن الوكيل أجنبي بالنسبه إلى ذلك التصرف.

قوله: (و إذا وكله فى الشراء فامثل وقع الشراء عن الموكل و ينتقل

ص: ٢٥٦

١-١) المجموع ١٤٠:١٤. [١]

٢-٢) التحرير ٣٣٨:١. [٢]

إليه لا إلى الوكيل، فلو اشترى أبا نفسه لم ينعق عليه.

الملك إليه لا إلى الوكيل).

لا خلاف في ذلك عندنا على ما ذكره في التذكرة (١)، وهو أصح القولين للشافعي (٢)، لأن الوكيل قبل عقدا لغيره فوجب أن ينتقل الملك إلى ذلك الغير دونه.

وقال أبو حنيفة: إنه يقع للوكيل أولا- ثم ينتقل إلى الموكل، لأن حقوق العقد تتعلق بالوكيل، بدليل أنه لو اشترى بأكثر من ثمنه دخل في ملكه و لم ينتقل إلى الموكل، ولأن الخطاب إنما جرى مع الوكيل و أحكام العقد تتعلق به (٣).

و جوابه: أن تعلق أحكام العقد بالوكيل ممنوع، و دخوله في ملكه لو اشترى للموكل بأزيد من ثمنه إنما هو ظاهرا حيث لا يضيف الشراء، و الخطاب إنما جرى على سبيل النيابة فيكون أثره للمنوب. و ينتقض بشراء الأب للطفل، و كذا الوصي فإنه ينتقل إلى الطفل ابتداء.

و يلزم على قوله؟ أنه لو اشترى الوكيل أبا نفسه و جب أن ينعق عليه، و اللازم البطلان اتفاقا. و من هذا يعلم أن تفرع المصنف قوله: (فلو اشترى أبا نفسه لم ينعق عليه). على عدم انتقال الملك إلى الوكيل غير حسن، لأن ذلك لا يخالف فيه أحد.

مسألة: إذا وكله في عقد كبيع و شراء تعلق أحكام العقد من رويه المبيع أو المشتري بالوكيل دون الموكل، حتى تعتبر رويه الوكيل للمبيع دون الموكل، و يلزم العقد بمفارقة الوكيل مجلس العقد، و لا يلزم بمفارقة الموكل إن كان حاضرا. و تسليم رأس المال في السلم، و التقابض حيث يشترط التقابض يعتبران قبل مفارقة الوكيل و الفسخ بخيار المجلس، و الرويه تثبت للوكيل، و الأقرب أنه يثبت للموكل. و قال

ص: ٢٥٧

١- ١) التذكرة ١٣٠: ٢. [١]

٢- ٢) المجموع ١٤٦: ١٤.

٣- ٣) بدائع الصنائع ٣٣: ٦، المجموع ١٤٧: ١٤. [٢]

و إذا باع بئمن معين ملك الموكل الثمن، و إن كان فى الذمه فلو كىل و الموكل المطالبه، بعض الشافعيه: تثبت للوكىل دون الموكل (١)(٢).

قوله: (و إذا باع بئمن معين ملك الموكل الثمن، و إن كان فى الذمه فلو كىل و الموكل المطالبه).

لا- ريب أن ملك الثمن ينتقل إلى الموكل فى الصورتين، لكن أنكر أبو حنيفه جواز مطالبه الموكل بالئمن محتجا، بأن حقوق العقد تتعلق بالوكىل (٣).

فإن قيل: إطلاق ثبوت المطالبه بالئمن للوكىل ينافى ما سبق من أنه لا يملك قبض الثمن إلا بالإذن.

فالجواب عنه من وجهين:

الأول: إن المنع من القبض لا- يقتضى المنع من المطالبه، إذ ليس من لوازم المطالبه القبض فىطالب به، و عند الإقباض يقبض الموكل. و فيه نظر، لأنه لا سلطنه للوكىل على الثمن بدون الإذن لعدم تناول التوكىل فلا يملك المطالبه به أيضا.

الثانى: إن هذا الكلام مسوق للرد على أبى حنيفه، حيث أنكر ثبوت المطالبه بالئمن للموكل فأطلق الحكم فى الوكىل، اعتمادا على ما سبق من أنه لا يملك القبض إلا بالإذن (٤).

و على ظاهر العبارة مؤاخذه، و هى أن حكمه بملك الموكل الثمن فى الأولى يوهم عدمه فى الثانى، كما أن حكمه بثبوت المطالبه لكل من الوكىل و الموكل فى الثانى يوهم خلافه فى الأولى، مع أن تعيين الثمن لا يدفع الاحتياج إلى المطالبه، و الظاهر أن خلاف أبى

ص: ٢٥٨

١-١) المجموع ١٣٥: ١٤.

٢-٢) هذه المسأله بأكملها لم ترد فى نسخه (ك)).

٣-٣) بدائع الصنائع ٣٣: ٦.

٤-٤) بدائع الصنائع ٣٣: ٦.

و ثمن ما اشتراه فى الذمه يثبت فى ذمه الموكل و للبائع مطالبه الوكيل إن جهل الوكاله، و حينئذ لو أبرأه لم يبرأ الموكل. و إذا اشترى معييا بثمان مثله و جهل العيب وقع عن الموكل، و إن علم وقف على الإجازة مع النسبه، و إلا قضى على الوكيل، حنيفه فى الصورتين معا.

قوله: (و ثمن ما اشتراه فى الذمه يثبت فى ذمه الموكل، و للبائع مطالبه الوكيل إن جهل الوكاله، و حينئذ لو أبرأه لم يبرأ الموكل).

لا خلاف فى هذه الأحكام عندنا، لكن نقل فى التذكرة (١) عن بعض العامه:

أن الثمن يثبت فى ذمه الوكيل تبعا، فللبائع مطالبه من شاء منهما، فإن أبرأ الوكيل لم يبرأ الموكل، و إن أبرأ الموكل برأ الوكيل أيضا (٢). و هذا إذا علم الوكاله، فإن جهلها فان ما يطالب به الوكيل. و متى ثبتت المطالبه للوكيل، فإذا أبرأه البائع من الثمن لم يبرأ الموكل، لأن الثمن فى ذمته فى نفس الأمر و لا شىء فى ذمه الوكيل.

و اعلم أنه إذا كان الثمن فى يد الوكيل فللبائع مطالبته به أيضا، سواء كان ما بيده معينا فى العقد أم لا، بأن دفعه إليه الموكل ليصرفه ثمنا فاشترى فى الذمه، و عبارته المصنف لا تنافى هذا، و سيأتى تحقيق ذلك فى كلامه قريبا إن شاء الله تعالى.

قوله: (و إذا اشترى معييا بثمان مثله و جهل العيب وقع عن الموكل).

لأن التوكيل محمول على شراء صحيح ظاهرا، لا فى نفس الأمر، لأن العيب قد يخفى على أهل المعرفة، فالتكليف بالسلامه فى نفس الأمر تكليف بما لا يطاق.

قوله: (فإن علم وقف على الإجازة مع علم النسبه).

أى: فان علم بالعيب وقت الشراء فهو فضولى، لعدم تناول التوكيل إياه

ص: ٢٥٩

١- ١) التذكرة ١: ٢٨٠: ٢. [١]

٢- ٢) المجموع ١٣٤: ١٤.

و إن كان بغبن و علم لم يقع عن الموكل إلا مع الإجازة، و إن جهل فكذلك. فيقف على الإجازة. لكن هذا إنما هو مع النسبه، و المراد بها نسبه الشراء إلى الموكل فى العقد، أما إذا خلا العقد من النسبه لفظا فإنه يقضى على الوكيل بالشراء ظاهرا إن لم يصدقه البائع على إرادته الموكل، فيطالبه بالثمن حينئذ، و هذا هو المراد بقوله:

(و إلا قضى على الوكيل).

قوله: (و ان كان بغبن و علم لم يقع عن الموكل إلا مع الإجازة).

لأن إطلاق الأمر بالشراء محمول على ثمن المثل، فإذا اشترى بزياده عالما بالحال كان فضوليا، فيقف على الإجازة مع النسبه، و بدونها يقضى على الوكيل. و إنما سكت عن ذلك، لاستفادته من المسأله السابقه.

قوله: (و إن جهل فكذلك).

أى: و إن جهل الغبن وقت الشراء فالحكم كما إذا كان عالما، و الفرق بين الغبن و العيب: أن العيب قد يخفى فلا يمكن التكليف بشراء الصحيح، بخلاف الغبن فإنه يمكن الوقوف عليه بأدنى ملاحظه، لاشتهار قيمه عند أهل المعرفه.

و فى حواشى شيخنا الشهيد: أن هذا من الفروق المنسوبه إلى المصنف، قال:

و فيه اعتراف بأن العيب إن كان مثله لا يخفى على مثله كان كالغبن، و إن الغبن إذا كان مثله يخفى على مثله كان كالعيب.

و فيه مناقشه، لأن الخفاء على مثله إذا لم يكن من أهل المعرفه لا أثر له، لأنه يجب عليه التفحص من أهل المعرفه. نعم يمكن أن يقال: إن بعض الغبن قد يخفى جدا كما فى قيم الجواهر و ما جرى مجراها، و بعض العيوب قد يسهل الوقوف عليها و يطلع عليها من أهل الخبره بسهوله، فيكون مقتضى الفرق المذكور اللزوم فيما يخفى غالبا من العيب و الغبن دون ما لا يخفى منهما.

و كل موضع يبطل الشراء للموكل، فإن سماه عند العقد لم يقع عن أحدهما، وإلا قضى به على الوكيل ظاهرا.

المطلب الرابع: في الضمان

المطلب الرابع: في الضمان: الوكيل أمين لا- يضمن ما يتلف في يده إلا مع تعد أو تفريط، ويده يد أمانه في حق الموكل فلا يضمن وإن كان بجعل. وإذا قبض الوكيل ثمن المبيع فهو أمانه في يده لا يلزمه تسليمه قبل طلبه، ولا يضمنه بتأخيره إلا مع الطلب و إمكان الدفع، ولا- يضمن مع العذر فان قوله: (و كل موضع يبطل الشراء للموكل فان سماه عند العقد لم يقع عن أحدهما).

قد سبق في أول المطلب أنه إذا سمى الموكل مع المخالفه، و لم يقم البينه عليها يضمن الوكيل الثمن المدفوع فيكون الشراء له ظاهرا.

و لعل المصنف يريد: لم يقع عن أحدهما في نفس الأمر، إلا أن قوله بعد: (و إلا قضى به على الوكيل ظاهرا) يشعر بأنه يريد في الأول عدم الوقوع عن أحدهما ظاهرا و باطنا، وإلا لم يكن للتفصيل وجه.

قوله: (المطلب الرابع: في الضمان: الوكيل أمين لا- يضمن ما يتلف بيده إلا بتعد أو تفريط، ويده يد أمانه في حق الموكل فلا يضمن و إن كان بجعل).

يلوح من كلامهم أنه لا خلاف في ذلك بين علماء الإسلام.

قوله: (و إذا قبض الوكيل ثمن المبيع فهو أمانه في يده، و لا- يلزمه تسليمه قبل طلبه، و لا يضمنه بتأخيره إلا مع الطلب و إمكان الدفع، و لا يضمن مع العذر، فان

زال فأخر ضمن. و لو وعده بالرد ثم ادعاه قبل الطلب لم يسمع منه إلا أن يصدّقه الموكل، و في سماع بينته إشكال. زال فأخر ضمن).

العذر قد يكون شرعياً كما لو كان يصلى فطلبه منه، أو ضاق الوقت فتشاغل بالصلاه. وقد يكون عرفياً كما لو كان في الحمام، أو يأكل الطعام، و نحو ذلك، صرح به في التذكرة (١).

(و ذهب في التذكرة في كتاب الوديعة إلى أنه لو أخر لكونه في صلاة نافله و نحوها ضمن) (٢)(٣).

قوله: (و لو وعده بالرد ثم ادعاه قبل الطلب لم يسمع منه إلا أن يصدّقه الموكل، و في سماع بينته إشكال).

أى لو وعد الوكيل الموكل برد الثمن حين طلبه منه، ثم ادعى حصول الرد قبل الطلب فيكون مرجع الضمير البارز في ادعاه هو الرد، و هو المتبادر إلى الفهم و المناسب لقوله: (قبل الطلب).

و يحتمل عوده إلى ما يدل عليه ما سيأتى من كلامه -و هو التلف- إلا أن الحكم هنا لا يختص بما إذا ادعى التلف قبل الطلب، بل ادعى حصوله قبل الوعد فالأمر كذلك أيضاً، فكان الأولى أن يقول: ثم ادعاه قبل الوعد، لأنه أشمل. و على كل تقدير فالحكم لا يختلف و إن كانت دعوى الرد قبل الطلب أظهر في التناقض.

إذا عرفت هذا، فإذا ادعى ذلك لم تسمع دعواه، لأنه مكذب لنفسه، لأن الوعد بالرد يقتضى بقاء الثمن عنده، إلا أن يصدّقه الموكل على دعواه، لأن إقراره على نفسه ماض. فلو أقام بينه بدعواه حيث لم يصدقه ففي سماعها إشكال ينشأ: من أن بينه بمنزله إقرار المدعى عليه يثبت بها ما لو أقر الخصم به حكم عليه بمقتضاه،

ص: ٢٦٢

١-١) التذكرة ١٣٠:٢. [١]

٢-٢) التذكرة ٢٠٥:٢. [٢]

٣-٣) ما بين القوسين لم يرد في نسخه «ك».

و لو لم يعده لكن مطلقه برده مع إمكانه، ثم ادعى التلف لم يقبل منه إلا بالبينة. و هاهنا لو أقر الموكل بذلك نفذ فكذا بالبينة، و اختاره الشيخ في المبسوط (١).

و من أن دعواه غير مسموعه فلا- تسمع بينه، لأن سماعها فرع سماع الدعوى، فحيث لم تكن مسموعه لم تقبل البينة، لأن شرط قبولها ممن له أهليه الدعوى سبق الدعوى الصحيحه عليها، و الشرط منتف هنا. و لأنه مكذب لها بوعده السابق، و كل من أكذب بينته لم تسمع منه، و هذا أقوى، لأن البينة ليست كالإقرار من كل وجه.

نعم لو أظهر تأويلا- لوعده كنسيانه، أو اعتماده على قول و كيله، أو مكتوب و رد اليه، و نحو ذلك قبل، لأن ذلك مما تعم به البلوى. و قد يعول الشخص في أمثال ذلك على ظاهر الحال فلو بلغت المؤاخذه به هذا الحد لزم الضرر.

قوله: (و لو لم يعده لكن مطلقه برده مع إمكانه، ثم ادعى التلف لم يقبل منه إلا بالبينة).

أى: لو لم يعد الوكيل الموكل بالرد في الصوره السابقه لكن مطلقه بالرد مع إمكانه، بأن أخره من غير عذر فإنه يصير ضامنا بذلك و يخرج عن الأمانه، فإذا ادعى التلف المعهود سابقا- هو التلف قبل الطلب- لم يقبل منه ذلك إلا بالبينة و إنما نزلنا العبارة على دعوى التلف المعهود، لأنه لولاها لم يحتج في تصوير المسأله إلى قوله: (و لو لم يعده)، لأنه لو ادعى التلف الطارئ بعد الوعد قبلت دعواه بالبينة، إذ لا تنافي حينئذ.

و إنما لم يقبل قوله إلا بالبينة، لأنه صار ضامنا و خرج من الأمانه، كذا علل في التذكرة (٢).

ص: ٢٤٣

[١- ١] المبسوط ٢: ٣٧٤. [١]

[٢- ٢] التذكرة ٢: ١٣٧. [٢]

و لو أمره بقبض دينار من مال مودع فقبض دينارين فتلفا فللمالك مطالبه من شاء بالزائد، و يستقر الضمان على الوكيل، و الأقرب ضمان المأذون فيه.

و يرد عليه أن الضمان لا ينافى قبول دعوى التلف باليمين، كما تقدّم في الغاصب مع أنه مؤاخذ بأشق الأحوال.

إذا عرفت ذلك، فإذا قامت البينة بالتلف قبل المطل فلا ضمان، سواء كان عالما بالتلف حين المطل أم لا.

قوله: (و لو أمره بقبض دينار من مال مودع فقبض دينارين فتلفا فللمالك مطالبه من شاء بالزائد، و يستقر الضمان على الوكيل).

أى: بالزائد على القدر المأذون فيه.

أما أن له مطالبه من شاء من المودع و الوكيل، فلأن المودع قد دفع الوديعة الى غير مالكها بغير اذنه فكان دفعا غير مبرئ، و الوكيل عاد بأخذ الزائد إذ لم يؤذن له فيه.

و أما استقرار الضمان على الوكيل، فلأن استقرار التلف في يده و الغرر نشأ منه، فإن رجوع على المودع رجوع المودع على الوكيل، و إن رجوع على الوكيل لم يرجع.

إذا عرفت ذلك فاعلم أن المتبادر من قوله: (فقبض دينارين) قبضهما دفعة واحدة، و هو المراد للمصنف، و إلا لم يستقم قوله: (و الأقرب ضمان المأذون فيه على إطلاقه)، لأنه لو قبض الدينارين على التعاقب لكان قبض الأول صحيحا لا ضمان على المودع بسببه.

و المراد من قوله: (و الأقرب ضمان المأذون فيه) ضمان الدينار الآخر، و أطلق عليه كونه مأذونا فيه باعتبار مساواته له في القدر. و وجه القرب أن المأمور في قبضه هو دينار واحد منفرد غير مختلط، و المقبوض خلاف ذلك، فالمقبوض غير المأذون فيه

و لو كان من مال الدافع لم يكن له مطالبه الباعث بأكثر من الدينار، و يطالب الرسول بالزائد. و لو أمره بقبض دراهم من دين له عليه، فقبض الرسول دنانير عوضها، فإن أخبره الرسول بالإذن بالصرف ضمن الرسول، و إلا فلا. فيتحقق ضمان المقبوض كله، و لأنه لا أولويه لأحد الدينارين على الآخر في كون أحدهما مضمونا دون الآخر.

و يحتمل العدم، للإذن في قبض دينار من غير تقييد بكونه واحدا منفردا، و الأذن في قبض دينار في الجملة ممكن، كما أن إبراء الذمه من دينار في الجملة ممكن و لا- حاجه إلى تشخيصه، فإذا انضم إلى المأذون في قبضه غيره لم يخرج بذلك عن كونه مأذونا فيه. و كون المجموع غير مأذون في قبضه لا يقتضى أن تكون أبعاضه كذلك، و لا حاجه إلى نسبه الضمان و عدمه إلى أحد الدينارين بخصوصه فيرد عدم الأولويه، إذ يكفي تعلق الحكم بدينار من الدينارين، و في هذا الاحتمال الأخير قوه.

قوله: (و لو كان من مال الدافع لم يكن له مطالبه الباعث بأكثر من الدينار، و يطالب الرسول بالزائد).

لأن قبضه لأحد الدينارين بإذن الباعث فهو وكيه فيه دون الزائد فهو عاد بقبضه، فإذا تلفا فضمن المأذون فيه على الأمر و الآخر على الرسول. و يلزم المصنف هنا ضمان الرسول كلا- منهما دون الباعث، لأن المأذون فيه هو دينار واحد غير مختلط إلى آخر التعليل السابق.

قوله: (و لو أمره بقبض دراهم من دين له عليه فقبض الرسول دنانير عوضها، فإن أخبره الرسول بالإذن في الصرف ضمن، و إلا فلا).

أما إذا أخبره بالإذن فلائنه قد غره فيكون الضمان على الرسول، لتلف

و لو وكله فى الإيداع فأودع و لم يشهد لم يضمن إذا أنكر المودع. و لو أنكر الأمر الدفع الى المودع فالقول قول الوكيل، لأنهما اختلفا فى تصرفه فيما هو وكل فيه. المقبوض عدوانا فى يده، إذ المفروض حصول التلف فى يد الرسول كما فى المسائل السابقه.

و أما إذا لم يخبره فإنه يكون قد صارفه من غير أمره، و قد دفع المديون إلى الرسول غير ما أمره به المرسل، و الصرف شرطه رضى المتصارفين، فصار الرسول وكيلا للباعث فى تأديته إلى صاحب الدين و مصارفته به، فإذا تلف فى يد وكيله كان من ماله.

قوله: (و لو وكله فى الإيداع فأودع و لم يشهد لم يضمن إذا أنكر المودع على أصح الوجهين).

و هو مقرب التذكرة (1) فى الوديعه، و إن استشكل الحكم فى الوكاله، و ذلك لأن الإخفاء فى الوديعه أمر مطلوب لكل من المودع و المودع، لأن ذلك وسيله إلى حفظها عن الظالم و المتغلب.

و لأن قول المودع مقبول فى الرد و التلف فلا يظهر للإشهاد كثير فائده، لأنه إذا قدم على الخيانه لم ينفع الإشهاد على وصولها إليه لإمكان دعوى التلف، بخلاف أداء الدين.

قوله: (و لو أنكر الأمر الدفع إلى المودع فالقول قول الوكيل، لأنهما اختلفا فى تصرفه فيما وكل فيه).

هل وقع على الوجه المأذون فيه فلا تتوجه عليه مطالبه و لم يصر خائنا أم لا؟ و الأصل براءة ذمته و عدم خيانه فبقدم قوله بيمينه.

ص: ٢٦٦

و لو كان وكيلا في قضاء الدين فلم يشهد بالقضاء ضمن على إشكال. و كل من في يده مال لغيره أو في ذمته له أن يمتنع من التسليم حتى يشهد صاحب الحق بقبضه، سواء قبل قوله في الرد أو لا، و سواء كان بالحق بينه أو لا. قوله: (و لو كان وكيلا في قضاء الدين فلم يشهد بالقضاء ضمن على إشكال).

قد سبق مثل هذا الإشكال في الرهن و أنه ينشأ: من امثال ما و كل فيه، و من التفريط بترك الإشهاد، و أن الأصح الضمان، إلا أن يؤدي بحضرة الموكل فيكون التقصير مستندا إليه.

قوله: (و كل من في يده مال لغيره أو في ذمته له أن يمتنع من التسليم حتى يشهد صاحب الحق بقبضه، سواء قبل قوله في الرد أو لا، و سواء كان بالحق بينه أو لا).

دفعاً لضرر اليمين عنه، و للشافعية تفصيل في ذلك حاصله: أن من بيده مال الغير: أما أن يقبل قوله في الرد بيمينه و لو ادعاه أو لا، فإن قبل قوله بيمينه لم يجز له التأخير، لاندفاع محذور الغرم عنه بيمينه.

و إن لم يقبل: فأما أن يكون بالحق بينه أو لا، فإن لم يكن به بينه فكذلك، لإمكان الجواب لو ادعى عليه مره أخرى: بأنك لا تستحق عندي شيئاً و الحلف على ذلك، و إلا كان له التأخير إلى الإشهاد، و الحق أن تجشم اليمين ضرر عظيم (1).

و اعلم أن قوله: (حتى يشهد صاحب الحق بقبضه) لا - يخلو من مناقشه، فإنه إذا لم يدفع إليه كيف يشهد بالقبض، و لو قال: حتى يشهد على قبضه كان أولى، و لا

ص: ٢٦٧

و إذا أشهد على نفسه بالقبض لم يلزمه دفع الوثيقه. و إذا باع الوكيل ما تعدى فيه برئ من الضمان بالتسليم الى المشتري، لأنه تسليم مأذون فيه، فكان كقبض المالك. و إذا وكله فى الشراء و دفع إليه الثمن، فهو أو فرق بين المديون و الغاصب فى ذلك.

قوله: (و إذا أشهد على نفسه بالقبض لم يلزمه دفع الوثيقه).

أى: إذا أشهد صاحب الحق على نفسه إلى آخره، و إنما لم يلزمه دفع الوثيقه، لأصاله براءة الذمه من دفع ملكه إلى غيره، و لأنه لا يأمن أن يدعى عليه الدافع بما أقبضه فيحتاج إلى اليمين لنسيان البينه، و نحو ذلك.

قوله: (و إذا باع الوكيل ما تعدى فيه برئ من الضمان بالتسليم إلى المشتري، لأنه تسليم مأذون فيه فكان كقبض المالك).

لا- ريب أن الملك ينتقل إلى المشتري فالتسليم إليه تسليم إلى المالك حقيقه، غايه ما فى الباب أنه لا يسوغ له التسليم إلا بعد قبض الموكل الثمن أو الإذن فيه قبله.

و هل يخرج من الضمان بمجرد البيع قبل التسليم؟ فيه وجهان أصحهما- و هو مقرب التذكرة (١)- العدم استصحابا لما كان إلى أن يثبت المزيل، و لعموم: «على اليد ما أخذت حتى تؤدى» (٢).

و الثانى: نعم، لزوال الملك بالبيع و انتقاله إلى آخر، و ضعفه ظاهر، لأن زوال الملك لا يقتضى زوال الحكم اللازم لليد إلى أن يحصل الأداء إلى المالك.

قوله: (و إذا وكله فى الشراء و دفع إليه الثمن فهو أو

ص: ٢٤٨

١- (١) التذكرة ١٣٠: ٢. [١]

٢- (٢) سنن البيهقى ٩٥: ٦، مستدرک الصحيحين ٤٧: ٢، مستدرک الوسائل ١٤٥: ٣.

الموكل المطالب به، وإن لم يسلم إليه و أنكر البائع كونه وكيلا طالبه، وإلا فالموكل. و لو تلف المبيع في يد الوكيل بعد أن خرج مستحقا طالب المستحق البائع أو الوكيل أو الموكل الجاهلين، و يستقر الضمان على البائع، الموكل المطالب به).

أما الوكيل فلأن الثمن في يده، و أما الموكل فلأن الشراء له و الوكيل نائب عنه.

و إطلاق العبارة يتناول ما إذا كان الشراء في الذمه و بالعين، و يشكل إذا كان الشراء بعين الثمن الذي في يد الوكيل، لأن حق البائع حينئذ منحصر في يد الوكيل.

قوله: (و إن لم يسلم إليه و أنكر البائع كونه وكيلا طالبه و إلا فالموكل).

أما الحكم الأول فلأن البيع لازم له ظاهرا، فالثمن عليه و المطالبه له.

و أما الثاني فلأنه إذا اعترف بأنه وكيل و معبر عن غيره، و الحال أن الثمن ليس في يده فلا حق له عنده، فالمطالبه للموكل خاصة.

و ذهب الشيخ إلى أنه يتخير بين المطالبه من شاء منهما، و يكون دخول الوكيل في هذا التصرف بمنزله دخول الضامن في الضمان، فإن أعطاه كان له الرجوع على الموكل بما وزن عنه (1)، و هو ضعيف.

قوله: (و لو تلف المبيع في يد الوكيل بعد أن خرج مستحقا طالب المستحق البائع، أو الوكيل أو الموكل الجاهلين، و يستقر الضمان على البائع).

إذا وكله في الشراء فاشترى عينا و قبضها الوكيل حيث يسوغ له القبض، و تلفت في يده بغير تفريط و ظهر استحقاقها كان المالك بالخيار في مطالبه كل من البائع و الوكيل و الموكل.

ص: ٢٦٩

و هل للوكيل الرجوع على الموكل إشكال. اما البائع فلا إثبات يده على العين، و مثله الوكيل، و أما الموكل فلأن الوكيل سفيره و يده يده فقبضه منسوب اليه. و إنما تكون يد الوكيل يد الموكل هاهنا إذا كان الوكيل جاهلا بالغصب، أما معه فلا، لأن الموكل لم يأذن له في قبض المغصوب مع أن الإذن فيه لا اعتبار به، و يستقر الضمان على البائع، لأن الغرور من قبله.

و المراد بالبائع: العالم بالغصب، فلو كان جاهلا به، لترتب يده على يد غيره فقرار الضمان على ذي اليد العالم بالحال الذي نشأ الغرور منه، فإن رجع المالك على البائع العالم فلا رجوع له على أحد، و إن رجع على الوكيل أو الموكل فله الرجوع على البائع، لما قلناه من أن قرار الضمان عليه.

و قال المصنف في التذكرة في هذه المسألة: إن للمالك مطالبه الوكيل، فإن لم يكن قد فرط رجوع بما غرمه على الموكل، لأنه أمينه لا ضمان عليه. و إن رجع على الموكل لم يرجع على الوكيل بل استقر الرجوع على الموكل (١).

و يشكل بأن قرار الضمان على البائع، و لعله يريد استقرار الضمان عليه بالنسبة إلى الوكيل لا منع الرجوع على البائع، أو أن ذلك فيما عدا زياده قيمه على الثمن، فإن قرار ذلك على الموكل.

قوله: (و هل للوكيل الرجوع على الموكل؟ إشكال).

أى: على تقدير جهل كل من الوكيل و الموكل بالغصب، و كون قرار الضمان على البائع لو رجع المالك على الوكيل فهل له الرجوع على الموكل؟ فيه إشكال ينشأ:

من أن يده يده و قبضه منسوب إليه، لأنه إنما وقع باذنه، و لأنه دخل على أن لا ضمان عليه بالتلف. و إنما يكون محسوبا من مال الموكل. و من أن المأذون في قبضه هو المبيع المنتقل إلى ملك الموكل دون ما ظهر استحقاقه، فبظهور الاستحقاق انكشف أنه غير

ص: ٢٧٠

مأذون في قبضه للوكيل.

و فيه نظر، لأن الإذن تعلق بقبض المبيع ظاهراً، لا امتناع تكليفه بما في نفس الأمر، فلا يزول الاذن بظهور الاستحقاق. و توسط شيخنا الشهيد فقوى عدم الرجوع إلاّ مع تعيين السلعه، نظراً إلى أنه مع تعيينها فقد وكله في قبضها فلا يتقيد ذلك بكون البيع صحيحاً، بخلاف ما إذا وكله في قبض المبيع. و فيه النظر السابق، و في الرجوع مطلقاً قوه كما اختاره في التذكرة (١)، و إن كان قرار الضمان على البائع.

إذا عرفت ذلك فاعلم أن في عبارته المصنف مناقشتين:

الاولى: قوله: (و لو تلف المبيع في يد الوكيل بعد أن خرج مستحقاً) غير جيد على إطلاقه، لأن تقييد التلف بكونه بعد خروجه مستحقاً يشعر بأنه لو تلف قبل ذلك لا يترتب عليه هذا الحكم، و ليس كذلك، بل هو فاسد، لأنه إذا تلف في يد الوكيل بعد علمه بالاستحقاق و تأخير الرد يكون قرار الضمان عليه و إن كان جاهلاً وقت قبضه.

الثانية: ان تقييد الوكيل و الموكل بكونهما جاهلين ليتوجه مطالبتهما غير جيد، بل يطالبان على كل حال جاهلين كانا أو لا.

نعم إذا كان الوكيل عالماً فلا شيء على الموكل، لأنه لم يوكله في قبض المغصوب، إنما وكله في قبض المبيع، و غايته أن يكون مبيعاً بحسب الظاهر، نعم استقرار الضمان على البائع إنما يكون مع جهلها.

و اعلم أن لهذه المسألة مزيد تحقيق يتم بمقدمه و بحثين:

أما المقدمه فهي: أن من اشترى عينا و تسلّمها و سلم ثمنها و تلفت في يده، ثم ظهر أنها مستحقه فإن مالکها بالخيار في الرجوع بقيمتها- إن كانت قيمه- على البائع و على المشتري، لأن كلا منهما جرت يده عليها، فإن رجع على البائع لم يرجع

ص: ٢٧١

على المشتري بالثمن إن كان بقدر قيمتها فما دون، لأن المشتري دخل على أنها إذا تلفت يكون تلفها منه في مقابل الثمن و إن كان الثمن أزيد من القيمة رجع بالزيادة من الثمن لفساد البيع، و كون العين مضمونه عليه يقتضى ضمانها بقيمتها دون ما زاد و إن رجع على المشتري رجع المشتري بالثمن كيف كان.

و لو زادت القيمة على الثمن فهل يرجع بالزيادة؟ فيه تردد، و الأصح الرجوع، لأنه دخل على أن المبدول في مقابلها هو الثمن فقط، فحيث غرم زيادة لم تكن محسوبة عليه تحقق غروره فيرجع بها على البائع لا محاله و لا يرجع بشيء آخر.

إذا تقرر ذلك نعود إلى البحثين:

فالأول: في قول المصنف: (و يستقر الضمان على البائع) و يجب تنزيله على أن المراد به ضمان ما زاد على الثمن من القيمة، مع استرجاع الثمن على تقدير تسليمه، إذ لا يتصور أن يجب على البائع رد الثمن، و ضمان القيمة أيضا، لأن يد المشتري يد ضمان بالثمن، على معنى أن تلف المبيع يكون منه في مقابله الثمن، فيتحصل من هذا أن قرار الضمان على الموكل، إلا- فيما زاد من القيمة على مقدار الثمن فان قرار الضمان فيه على البائع.

و إنما قلنا: إن قرار الضمان على الموكل، لأن الثمن المدفوع إلى البائع باق على ملكه، فإذا غرم البائع القيمة لم يكن للموكل استرجاع الثمن منه إن كان بقدر القيمة فما دون، نعم لو كان زائدا استحق أخذ الزائد.

و الثانى: إن المالك حيث أنه مخير في الرجوع على الثلاثة، فمتى رجع على البائع أو الموكل فحكمهما معلوم مما سبق، و إن رجع على الوكيل فما زاد من القيمة على الثمن يتخير في الرجوع به على البائع أو الموكل و قرار ضمانه على البائع، و هذا أصح الوجهين بالنسبة إلى الرجوع على الموكل.

و اما مقدار الثمن فإنه يرجع به على البائع إن كان قد قبض و لم يسترجعه

و لو قبض و كيل البيع الثمن و تلف فى يده، فخرج المبيع مستحقا رجوع المشتري على الوكيل مع جهله، و يستقر على الموكل، و إلا فعليه.

المطلب الخامس: فى الفسخ

المطلب الخامس: فى الفسخ:

الوكاله عقد جائز من الطرفين، لكل منهما فسخها، و تبطل بموت الموكل، و إن استرجعه فالرجوع به على الموكل قطعا و لا يجيء فيه أشكال، و إن كان فى يد الوكيل فلا رجوع له على أحد.

و من هذا يعلم أن إطلاق عباره المصنف الإشكال فى رجوع الوكيل على الموكل ليس بجيد، بل جزمه بتخير المستحق فى الرجوع على من شاء من الثلاثة الذين من جملتهم الوكيل ينافى هذا الاشكال.

قوله: (و لو قبض و كيل البيع الثمن و تلف فى يده، فخرج المبيع مستحقا رجوع المشتري على الوكيل مع جهله، و يستقر على الموكل، و إلا فعليه).

المسأله مفروضه فيما إذا كان و كيلا فى قبض الثمن و كان التلف بغير تفريط ليسلم من العدوان.

و وجه الرجوع على الوكيل: أنه أثبت يده على مال الغير بغير حق، و يرجع على الموكل لمثل ما قررناه سابقا لكن مع جهله، فيكون قرار الضمان على الموكل، بخلاف ما إذا كان عالما، إذ لم يقبض بوكاله الموكل حينئذ، لأنه إنما و كله فى قبض ما يكون ثمنا و لو بحسب الظاهر لا فى قبض مال الغير.

و لو أخر قوله: (مع جهله) عن قوله: (و يستقر على الموكل) لكان أولى، لأن الرجوع على الوكيل مع جهله و علمه، و إنما يستقر الضمان على الموكل مع جهله.

قوله: (المطلب الخامس: فى الفسخ: الوكاله عقد جائز من الطرفين

كل واحد منهما، أو جنونه، أو إغمائه، أو الحجر على الموكل لسفه، أو فلس فيما يمنع الحجر التوكيل فيه. ولا تبطل بفسق الوكيل إلا فيما يشترط فيه أمانته كولى اليتيم، وولى الوقف على المساكين، وكذا ينعزل لو فسق موكله.

أما وكيل الوكيل عن الموكل فإنه ينعزل بفسقه لا- بفسق لكل منهما فسحها، وتبطل بموت كل منهما، أو جنونه، أو إغمائه، أو الحجر على الموكل لسفه، أو فلس فيما يمنع الحجر التوكيل فيه، ولا يبطل بفسق الوكيل إلا فيما يشترط فيه أمانته كولى اليتيم وولى الوقف على المساكين).

كل موضع يشترط لصحة التوكيل كون الوكيل عدلا تبطل فيه الوكالة بفسق الوكيل، لخروجه حينئذ عن أهليه التصرف، وذلك كوكيل ولى اليتيم فإنه لا يجوز للولى على الطفل و من جرى مجراه تفويض التصرف له و عليه إلا لمن كان عدلا، وكذا وكيل ولى الوقف على المساكين، ونحوه من جهات القرب، ومثله وكيل قسمه الخمس و الزكوات و نحوها.

ولا يخفى أن عبارته الكتاب لا تخلو من مناقشه، وكان من حقه أن يقول:

كوكيل ولى اليتيم و ولى المساكين كما صنع فى التذكرة (1). وحمل الولى على الوكيل لا يخلو من بعد، مع أنه ليس وكيلاً لليتيم بل لوليه و كذا القول فى المساكين. ولو حملت العبارة على إرادته التشبيه، على معنى أن الوكيل ينعزل بالفسق حيث-تعتبر أمانته- كما ينعزل ولى اليتيم و ولى الوقف على المساكين لأشكال إطلاق قوله.

و كذا ينعزل لو فسق موكله، فإنه ليس كل موضع يفسق فيه الموكل ينعزل الوكيل الذى شرط أمانته، أما إذا حملت على المعنى الأول فإن هذا الحكم صحيح حينئذ، لخروج الموكل عن أهليه التوكيل.

قوله: (أما وكيل الوكيل عن الموكل فإنه ينعزل بفسقه لا بفسق

ص: ٢٧٤

موكله. و لا- تبطل بالنوم و إن طال زمانه، و لا السكر، و لا بالتعدى مثل أن يلبس الثوب أو يركب الدابة و إن لزمه الضمان، فإذا سلمه إلى المشتري برئ من الضمان. موكله).

قد سبق أن توكيل الوكيل قد يكون عن نفسه، و قد يكون عن موكله. فإن كان عن الموكل لم تبطل و كالتة بفسق الموكل و لا بفسق الوكيل الأول، و إنما تبطل بفسقه هو، بخلاف ما لو كان و كيلا عن الوكيل، حيث تشترط أمانته كما فى قسمه الزكوات، فإنه ينعزل بفسق نفسه و فسق موكله.

قوله: (و لا السكر).

لبقاء أهليه التصرف، نعم ينعزل الوكيل به حيث تشترط عدالته، و كذا لو فعله الموكل الذى تشترط عدالته أيضا.

قوله: (و لا بالتعدى).

مثل أن يلبس الثوب أو يركب الدابة و إن لزمه الضمان، إذ لا منافاه بين الوكاله و الضمان.

قوله: (فإذا سلم إلى المشتري برئ من الضمان).

و لا يبرأ بنفس البيع و إن انتقل به الملك، استصحابا لحكم الضمان إلى أن يحصل التسليم إلى المالك أو من جرى مجراه، و لو تلف حينئذ لتلف من مال الموكل.

و هل يشترط لزوال الضمان بالتسليم إلى المشتري قبض الموكل أو و كيله الثمن، أو اذنه فى ذلك؟ فيه تردد، و عدم الاشتراط ليس بذلك البعيد، لأن تلفه بعد قبض المشتري لا يقتضى ان يكون من مال البائع، و لتسليمه إلى المالك له حقيقه، و ينبغى تأمل ذلك.

ص: ٢٧٥

و لو قبض الثمن لم يكن مضمونا، فإن ردّ المبيع عليه بعيب عاد الضمان، لانتفاء العقد المزيل له على إشكال. و تبطل بعزل الوكيل نفسه في حضره الموكل و غيبته، قوله: (و لو قبض الثمن لم يكن مضمونا).

إذا كان بإذن الموكل، أو على القول بان له قبضه بمجرد التوكيل في البيع.

قوله: (فإن رد المبيع عليه بعيب عاد الضمان لانتفاء العقد المزيل له على اشكال).

ينشأ: من حصول البراءة بتسليم العين إلى المشتري، و حدوث الضمان يحتاج إلى سبب و لم يثبت كون انفساخ العقد سببا، و لانحصار طريق البراءة من الضمان حينئذ في التسليم إلى المشتري، لأنه المالك- و قد حصل- فيجب تحقق البراءة و استصحاب حكمها.

و من أن العقد المزيل للضمان هو القاطع لعلاقه الموكل بالعين، و هو منتف هنا، لأن بيع المعيب لا تنقطع به العلاقة، لأن العيب سبب الفسخ، و الأولى ممنوعه. و يمكن تنزيل عبارته المصنف على معنى آخر، و هو أن العقد المزيل للضمان قد انتفى فينتفى ما ترتب عليه، و ضعفه أيضا ظاهر، و الأصح عدم عوده.

و هنا شيء، و هو أن الوكيل هل له أن يسلم المبيع حينئذ من دون إذن مستأنف مطلقا، أم ذلك إذا لم يعلم المشتري وكالته؟ و هل ينعزل عن الوكالة بفعل هذا البيع أم تبقى وكالته؟ قوله: (و يبطل بعزل الوكيل نفسه في حضره الموكل و غيبته).

لأن الوكالة عقد جائز من الطرفين، و مقتضى ذلك انفساخ العقد بفسخ كل منهما، فإذا عزل نفسه ثم تصرف كان فضوليا.

و احتمال في التذكرة صحة التصرف لو كان عزل الوكيل نفسه في غيبه

و بعزل الموكل له، سواء أعلمه العزل أو لا- على رأى، و بتلف متعلق الوكالة كموت العبد الموكل فى بيعه، الموكل، عملاً بالاذن العام الذى تضمنته الوكالة، و كذا مع الحضور و عدم الرضى بعزله (١). و هذا الاحتمال لا- يخلو من وجه، لأن الاستنباه فى التصرف حق للموكل، و لا يزول هذا الاذن بعدم رضى الوكيل، و يؤيده ظاهر قوله عليه السلام: «فأمره ماض أبداً، و الوكالة ثابتة حتى يبلغه العزل» (٢) الحديث.

و فضل بعض الشافعية فقال: إن كانت الوكالة بصيغته الأمر لم يعزل بردها، لأن ذلك إذن و إباحه، فأشبهه إباحه الطعام (٣).

و أبو حنيفة شرط فى عزله نفسه حضور الموكل (٤).

قوله: (و بعزل الموكل له، سواء أعلمه العزل أو لا على رأى).

أى: يعزل الوكيل بعزل الموكل له، سواء أعلمه بالعزل أو لا على رأى، و سواء أشهد على العزل أو لا على رأى آخر.

و تحقيق المسألة: ان ابن الجنيدي (٥)، و الشيخ فى الخلاف و المبسوط (٦)، و جمع من المتأخرين شرطوا لانعزاله إعلامه بالعزل فلا يعزل بدونه (٧).

ص: ٢٧٧

١- (١) التذكرة ١٣٣: ٢. [١]

٢- (٢) الفقيه ٢: ٤٩ حديث ١٧٠، التهذيب ٦: ٢١٣ حديث ٥٠٣.

٣- (٣) المجموع ١٤: ١٥٥.

٤- (٤) المجموع ١٤: ١٥٦.

٥- (٥) نقله عنه العلامة فى المختلف: ٤٣٦.

٦- (٦) الخلاف ٢: ٨٥ مسألة ٣ كتاب الوكالة، المبسوط ٢: ٣٦٧.

٧- (٧) منهم المحقق الحلى فى الشرائع ٢: ١٩٣، و الشهيد الأول فى اللمعة: ١١٦.

و اکتفی الشیخ فی النہایہ (١)، و ابن البراج (٢)، و أبو الصلاح (٣) و ابن حمزہ (٤)، و ابن إدريس بالإشهاد علی العزل، فینعزل معه و إن لم یعلم، لا بدونه (٥).

و اختار المصنف هنا انعزاله بالعزل مطلقاً، لأن الوکاله عقد جائز، و حقه أن ینفسخ بالنفسخ علی جمیع الأحوال، و إلا لکان علی بعضها لازماً هذا خلف.

و الأخبار عن أمير المؤمنين و أبي عبد الله علیهما السلام بعدم الانعزال بدون الإعلام کثیره - و إن ضعف بعضها - فمنها صحیحه هشام بن سالم عن الصادق علیه السلام: عن رجل و کل آخر علی و کاله فی إمضاء أمر من الأمور، و أشهد له بذلك شاهدين، فقام الوکیل فخرج لإمضاء الأمر، فقال اشهدوا انی قد عزلت فلانا عن الوکاله؟ فقال: «إن کان الوکیل قد أمضى الأمر الذى و کل فيه قبل أن ینعزل عن الوکاله فإن الأمر واقع ماض علی ما أمضاه الوکیل، کره الموکل أم رضی»، قلت: فان الوکیل قد أمضى قبل أن یعلم بالعزل أو یبلغه أنه قد عزل عن الوکاله فالأمر ماض علی ما أمضاه؟ قال «نعم».

قلت: له فإن بلغه العزل قبل أن یمضى الأمر ثم ذهب حتى أمضاه لم یکن له ذلك بشیء؟ قال: «نعم، إن الوکیل إذا و کل ثم قام من المجلس فأمره ماض أبداً، و الوکاله ثابتة حتى یبلغه العزل عن الوکاله بثقه أو یشافهه بالعزل عن الوکاله» (٦).

و لأنه لو انعزل قبل العلم لحصل ضرر عظیم، لأنه ربما و کله فی بیع الجاریه فیطأها المشتري، أو الطعام فیأکله، أو الثوب فیقطعه أو ینقله إلى بلاد بعيده، و غیر

ص: ٢٧٨

١- (١) النہایہ: ٣١٨.

٢- (٢) نقله عنه العلامه فی المختلف: ٤٣٧.

٣- (٣) الکافی فی الفقه: ٣٣٨. [١]

٤- (٤) الوسيله: ٢٨٣.

٥- (٥) السرائر: ١٧٦.

٦- (٦) الفقيه ٣: ٤٩ حديث ١٧٠، التهذيب ٦: ٢١٣ حديث ٥٠٣.

و كذا لو وَّكَّله في الشراء بدينار دفعه اليه فتلف أو ضاع أو اقترضه الوكيل و تصرف فيه، سواء وَّكَّله في الشراء بعينه أو مطلقاً، لأنه وَّكَّله في الشراء به، و معناه أن ينقده ثمنا قبل الشراء أو بعده. ذلك من الأمور التي تعم البلوى بها جمعاً كثيراً، أو يشق الحكم ببطانها إلى حد لا يكاد يطاق، وهذا القول أصح. فعلى هذا إنما ينعزل إذا بلغه ذلك بقول ثقه لا كالفاسق و الصبي لما تضمنته روايه هشام.

قوله: (و كذا لو وَّكَّله في الشراء بدينار دفعه إليه فتلف أو ضاع، أو اقترضه الوكيل و تصرف فيه، سواء وَّكَّله في الشراء بعينه أو مطلقاً، لأنه وَّكَّله في الشراء به، و معناه: أن ينقده ثمنا قبل الشراء أو بعده).

أى: و كذا تبطل الوكالة لو وَّكَّله في الشراء بدينار دفعه إليه فتلف بوقوعه في نحو البحر و ما جرى مجرى ذلك، أو ضاع بنحو سرقة سارق، لفوات متعلق الوكالة، و كذا لو اقترضه الوكيل و تصرف فيه.

و الظاهر أن التقييد بتصرفه فيه إنما يحتاج إليه إذا كان الاقتراض بدون إذن الموكل، أما بإذنه فإنه يخرج عن ملكه بالاقتراض فيفوت متعلق الوكالة حينئذ.

و لا فرق في ذلك بين أن يكون قد وَّكَّله في الشراء بعينه أو مطلقاً، لأنه وَّكَّله في الشراء به. و معناه أن ينقده ثمنا في الجملة أعم من أن يكون ذلك حين الشراء أو بعده، فإذا ذهب أو خرج عن ملك الموكل فقد تعسر الشراء به فتعذر فعل متعلق الوكالة. و لأنه لو صح الشراء حينئذ للزم الموكل ثمن لم يلتزمه و لا رضى بلزومه.

و أعلم أن قول المصنف في تفسير التوكيل في الشراء بالدينار أن (معناه أن ينقده ثمنا قبل الشراء أو بعده) على ظاهره مؤاخذة، لأنه ليس معنى التوكيل في ذلك أن ينقده قبل الشراء ثمنا و هو ظاهر.

و كأنه أراد بما قبل الشراء حين إيقاع العقد، و لا يضر وجوب تأخير التسليم

و لو عزل الوكيل، عوضه دينارا و اشترى به وقف على الإجازة، فان أجازته، وإلا وقع عن الوكيل. و لو وكله فى نقل زوجته، أو بيع عبده، أو قبض داره من فلان، فثبت بالبينه طلاق الزوجه و عتق العبد و بيع الدار بطلت الوكالة. عن قبض المبيع، لأنه ربما كان مقبوضا أو أذن الموكل، أو يقال: هذا معناه اللغوى و إن دل العرف و رعايه الاحتياط على خلافه.

قوله: (فلو عزل الوكيل عوضه دينارا و اشترى به وقف على الإجازة، فان أجازته و إلا وقع عن الوكيل).

و ذلك لأنه بعزل الوكيل لا- يتعين للموكل و يصير من ماله فيبقى على ملك الوكيل، فإذا اشترى به للموكل وقف على إجازته، فإن أجازته فهو له، وإلا وقع عن الوكيل. و إن أضاف الشراء للموكل إذا لم يصدقه البائع مع الإضافة على أن الشراء بعين مال الوكيل و لم يثبت ذلك بالبينه، وإلا بطل.

و اعلم أن إطلاق قوله: (فإن أجازته) يقتضى وقوع البيع للموكل مع الإجازة و إن كان الشراء بعين الدينار الذى هو باق على ملك الوكيل، و هو مناف لما تقدم فى متعلق الوكالة من أنه لا يصح أن يشتري الإنسان بعين ماله ما يملكه غيره بذلك العقد، و كلام التذكرة موافق لما هنا (١).

و لو وكله فى عزل الدينار و قبضه للموكل لم يكن له الشراء به بالوكالة، لفوات متعلقها، و هذا مال غيره.

قوله: (و لو وكله فى نقل زوجته، أو بيع عبده، أو قبض داره من فلان، فثبت بالبينه طلاق الزوجه و عتق العبد و بيع الدار بطلت الوكالة).

لزوال تصرف الموكل الذى هو مدار صحه الوكالة.

ص: ٢٨٠

و تبطل الوكالة بفعل الموكل متعلق الوكالة و ما ينافيها، مثل أن يوكله في طلاق زوجته ثم يطأها، فإنه يدل عرفاً على الرغبة و اختيار الإمساك، و كذا لو فعل ما يحرم على غير الزوج، بخلاف التوكيل في بيع سريره. قوله: (و تبطل الوكالة بفعل الموكل متعلق الوكالة و ما ينافيها، مثل أن يوكله في طلاق زوجته ثم يطأها، فإنه يدل عرفاً على الرغبة و اختيار الإمساك، و كذا لو فعل ما يحرم على غير الزوج، بخلاف التوكيل في بيع سريره).

أما بطلان الوكالة بفعل الموكل متعلقها، كما لو وكله في بيع العبد ثم باعه فلامتناع تحصيل الحاصل. و مثله في الحكم فعل الموكل ما ينافي الوكالة، كما لو أعتق العبد في المثل فإنه بالإعتاق يخرج عن ملكه و يمتنع تصرفه فيه بالبيع فكذا تصرف وكيله.

أما لو وكله في طلاق زوجته ثم وطأها ففي كون ذلك منافياً للوكالة فتبطل به تردد ينشأ: من دلالة الوطء على الرغبة فيها، و اختيار إمساكها. و لأنه لو وطأها بعد الطلاق الرجعي لكان رجعه، فلأن يقتضى رفع وكالة الطلاق أولى، لأنها أضعف من الطلاق.

و من أن الوكالة قد ثبتت، و منافاه الوطء لها غير معلومه، و دعوى الأولويه ممنوعه. و الفرق قائم، فإن الطلاق سبب قطع علاقه النكاح فينافيه الوطء الذي هو من توابعه، بخلاف الوكالة، و أبعد منه فعل ما يحرم على غير الزوج.

و الفرق الذي ادعاه بين الزوجه و السريه غير ظاهر، فإن الوطء إن نافي الوكالة في الطلاق من حيث الدلالة على الرغبة نافي الوكالة في البيع. و اعلم أن المصنف في التذكرة احتمل بطلان الوكالة في الطلاق بالوطء، و استشكل الحكم في

و لو و كله فى بيع عبد ثم أعتقه عتقا صحيحا، أو باعه كذلك بطلت الوكالة، و لا تبطل مع فساد بيعه و عتقه مع علمه، و مع جهله إشكال. و الأقرب فى التدبير الإبطال. و لو بلغ الوكيل الوكالة فردها بطلت، و افتقر الى تجديد عقد، و له غير الوطاء و لم يفت بشىء (١)، و للتوقف مجال.

قوله: (و لو و كله فى بيع عبده ثم أعتقه عتقا صحيحا، أو باعه كذلك بطلت الوكالة، و لا تبطل مع فساد بيعه و عتقه مع علمه، و مع جهله إشكال).

قد سبق ذكر هذه المسألة، و إنما أعادها ليبنى عليها قوله.

أما وجه الأول فلأنه مع العلم لم يحصل ما يقتضى العزل، لأن فاسد البيع و العتق لا يقتضى الخروج عن الملك، و لا يدل على اراده العزل به بشىء من الدلالات.

و أما الإشكال فممنشؤه من بقاء الملك و سلطنه التصرف و الشك فى سبب العزل، و من أن العقد الصحيح سبب فى العزل و قد قصده و حاول إيجاداه.

و فيه نظر، لأن العقد الصحيح سبب فى العزل، من حيث ترتب الخروج عن الملك عليه، و ذلك مفقود مع ظهور فساد. نعم إن قصد بالمأتى به العزل فليس ببعيد الانعزال به، و إلا فلا.

قوله: (و الأقرب فى التدبير الإبطال).

وجه القرب: أنه يقتضى بقاء الملك إلى حين الوفاء ثم زواله بالعتق، فهو مناف للوكالة فى بيعه أو عتقه قبلها، و قد علم أن فعل ما ينافيها موجب للعزل. و يحتمل ضعيفا العدم، لبقاء الملك و سلطنه التصرف، و التدبير غير لازم، و ليس بشىء.

قوله: (و لو بلغ الوكيل الوكالة فردها بطلت و افتقر فيها إلى تجديد

ص: ٢٨٢

أن يتصرف بالاذن مع جهل الموكل، و مع علمه إشكال. و جحد الوكيل الوكالة مع العلم بها رد لها على اشكال، لا مع الجهل أو غرض الإخفاء. عقد، و له أن يتصرف بالاذن مع جهل الموكل).

لبقاء الإذن فإن الوكيل لا يملك إبطاله، إذ هو استنابه من الموكل في تصرف يتعلق به، كما لو أذن له في أكل طعام فرد الإذن ثم أراد الأكل فإنه لا يمنع لبقاء حكم الإذن.

فإن قلت: فأى معنى لبطلان الوكالة حينئذ؟ قلت: قد قيل: إن أثره يظهر في سقوط الجعل، و هو محتمل.

قوله: (و مع علمه إشكال).

أى: مع علم الموكل برد الوكيل الوكالة، و منشأ الإشكال: من الشك في بقاء الإذن، لاحتمال اكتفاء الموكل في عزل الوكيل بعزل نفسه، بل سكوته يشعر برضاه به.

و من أن الأصل بقاء الإذن حتى يحصل المزيل، و مع الشك فالاستصحاب يقتضى البقاء. و المتجه أنه إن وجد قرينه تدل على الرضى بالرد و عدمه عوّل عليها، و إلاً فالأحوط عدم التصرف.

قوله: (و جحد الوكيل الوكالة مع العلم بها ردّها على اشكال، لا مع الجهل أو غرض الإخفاء).

منشأ الإشكال: من أن الرد و الجحود متنافيان، لأن الرد يستدعى الاعتراف بصدورها و الجحود إنكار لها، و أحد المتنافيين لا يستلزم الآخر.

و من أن الأصل في جحود المسلم الصدق، و هو يستدعى حصول الرد.

و يقوى الأول أن سبب التوكيل قد تحقق، لأنه المفروض، و سبب العزل غير

و صورہ العزل أن يقول:فسخت الوكاله،أو نقضتها،أو أبطلتها، أو عزلتك،أو صرفتك عنها،أو أزلتك عنها،أو ينهاه عن فعل ما أمره به،و في كون إنكار الموكل الوكاله فسحا نظر. متحقق،و الجحود بنفسه لا- يكون عزلا-لأن العزل إنشاء،و هذا خير و لا مستلزما له،لأن كونه صدقا لا- يتوقف على الرد لاحتمال إرادته معنى آخر،و مجرد تطرق الاحتمال مع الشك في حصول سبب العزل كاف في التمسك بعدمه.

على أن كونه صدقا غير مقطوع به،و إنما الأصل يقتضى حمل إخبارات المسلم على الصدق،فإذا دل الدليل على كونه كذبا للعلم بعدم مطابقتها الواقع لم يجب أن يحكم بوجود سبب آخر شرعى لم يدل دليل على وجوده ليكون مخرجا عن الكذب،و الأصح أنه لا يكون ردا.

قوله: (و صورہ العزل أن يقول الموكل:فسخت الوكاله،أو نقضتها، أو أبطلتها،أو عزلتك،أو صرفتك،أو أزلتك عنها،أو نهاه عن فعل ما أمره به).

أى:و صورہ العزل بالقول،لأنه قد يحصل بأمر أخرى تقدمت.و في نسخه:

أو أرسلتك عنها،و الظاهر أنه غلط.

قوله: (و في كون إنكار الموكل الوكاله فسحا نظر).

منشأ النظر هنا يظهر مما سبق في جحود الوكيل،و الأصح عدم كونه فسحا كما في جحد الوكيل.

الفصل الثالث: في النزاع، وفيه بحثان:

الأول: فيما تثبت به الوكاله

الأول: فيما تثبت به الوكاله: وهو شيان: تصديق الموكل، وشهاده عدلين ذكرين ولا تثبت بتصديق الغريم، ولا بشهاده النساء، ولا بشاهد و امرأتين، ولا بشاهد و يمين. ولا بد من اتفاقهما، فلو شهد أحدهما انه وكله يوم الجمعة أو انه قوله: (الفصل الثالث: في النزاع: وفيه بحثان:

الأول: فيما تثبت به الوكاله: وهو شيان: تصديق الموكل وشهاده عدلين ذكرين، ولا تثبت بتصديق الغريم، ولا بشهاده النساء، ولا بشاهد و امرأتين، ولا بشاهد و يمين).

لا- خلاف عندنا في عدم ثبوت الوكاله بما يثبت به المال، لأن الغرض من الوكاله الولايه على التصرف، وترتب المال عليها أمر مترتب عليها، وليس هو المقصود الأصلي بخلاف الوصيه بالمال. وقال بعض العامه: إنه يقبل في الوكاله بالمال شاهد و امرأتان، و شاهد و يمين (١).

فإن قلت: لو ادعى شخص أنه يستحق على آخر كذا جعل و كاله تثبت بشاهد و يمين.

قلت: لا- يحضرني الآن به تصريح، و وجه الثبوت ظاهر إذ لا غرض في الولايه حينئذ، و لو كان ذلك قبل العمل فظاهر إطلاقهم عدم الثبوت، و أما الثبوت بتصديق الغريم و عدمه فسيأتي الكلام عليه إن شاء الله تعالى.

قوله: (فلو شهد أحدهما أنه وكله يوم الجمعة، أو أنه وكله بلفظ

ص: ٢٨٥

و كله بلفظ عربى، و الآخر يوم السبت أو بالعجميه لم تثبت ما لم ينضم إلى شهاده أحدهما ثالث. و لو شهد أحدهما أنه أقر بالوكاله يوم الجمعه أو بالعرييه، و الآخر يوم السبت أو بالعجميه ثبت، و كذا لو شهد أحدهما بلفظ و كلتك، و الآخر عربى، و الآخر يوم السبت أو بالعجميه لم يثبت ما لم ينضم إلى شهاده أحدهما ثالث).

و ذلك لأن العقد المشهود به متعدد، فان الواقع يوم الجمعه غير الواقع يوم السبت، و لم يكمل النصاب بالنسبه إلى كل واحد من العقدين.

إذا عرفت ذلك فاعلم أن قوله: (فلو شهد أحدهما.) تفریع على ما دل عليه قوله: (و شهاده عدلين ذكرين) بعد قوله: (فيما تثبت به الوكاله) فإنه يدل على كون ما شهد به العدلان شيئاً واحداً ليتحقق تعدد الشهاده بالنسبه إليه، بخلاف ما لو اختلف المشهود به. و هذا المدلول و إن كان خفياً إلا أنه مراد، و هو صحيح فى نفسه فصح التفریع.

قوله: (و لو شهد أحدهما أنه أقر بالوكاله يوم الجمعه أو بالعرييه، و الآخر يوم السبت أو بالعجميه يثبت).

لاتفاق الشاهدين على حصول التوكيل، و الأصل عدم التعدد فى العقد، فالمقتضى للثبوت موجود—و هو شهاده الشاهدين—و المانع—و هو التعدد—مشكوك فيه فيجب التمسك بالمقتضى.

و لا يلزم من تعدد الإقرار تعدد الوكاله، إذ لا يلزم من تعدد الخبر تعدد المخبر عنه، فإنه يخبر عن الشىء الواحد بعبارات متعدده و بألفاظ مختلفه.

قوله: (و كذا لو شهد أحدهما بلفظ: و كلتك، و الآخر: استنتبتك، أو

استنتك أو جعلتك وكيلا- أو جريا، فإن كانت الشهادة على العقد لم تثبت، وإن كانت على الإقرار تثبت. و لو قال أحدهما: أشهد أنه وكله، وقال الآخر: أشهد أنه أذن له فى التصرف تثبت، لأنهما لم يحكيا لفظ الموكل.

و لو شهد أحدهما أنه وكله فى البيع، و الآخر أنه وكله و زيدا، أو أنه لا يبيعه حتى يستأمر زيدا لم جعلتك و كيلا أو جريا، فإن كانت الشهادة على العقد لم تثبت، و إن كانت على الإقرار تثبت).

أى: و كذا الحكم لو شهد أحدهما بلفظ: و كلتك، و الآخر: استنتك إلى آخره، فإن الشهادة إن كانت على العقد كان كما لو شهد أحدهما بأنه وكله يوم الجمعة و الآخر يوم السبت فلا تثبت لتعدد العقد.

و إن كانت على الإقرار فهى كما لو شهد أحدهما أنه أقر يوم الجمعة و الآخر يوم السبت فثبت. فعلى هذا لا يحكم الحاكم بالثبوت و عدمه إلا بعد الاستفصال، لأن اللفظ محتمل لأن يكون المحكى إنشاء أو اخبارا.

و اعلم أن الجرى- بالراء المهملة كغنى:- الوكيل للواحد و الجمع و المؤنث، ذكره فى القاموس (1)، و كأنه سمى بذلك لأنه جرى مجرى الموكل.

قوله: (و لو قال أحدهما: أشهد أنه وكله، و قال الآخر: إنه أذن له فى التصرف تثبت).

لأنهما لم يحكيا لفظ الموكل، فالاختلاف إنما هو فى عبارتهما و ذلك غير قادح.

قوله: (و لو شهد أحدهما أنه وكله فى البيع، و الآخر أنه وكله و زيدا، أو أنه لا يبيعه حتى يستأمر زيدا لم

ص: ٢٨٧

تم الشهاده.و لو شهد أحدهما أنه وكله في بيع عبده،و الآخر أنه وكله في بيع عبده و جاريته تثبت وكاله العبد،فإن شهد باتحاد الصفقه فإشكال. و كذا لو شهد أحدهما أنه وكله في بيعه لزيد،و الآخر في بيعه تتم الشهاده).

لأن مقتضى الشهاده الأولى استقلاله بالبيع و الثانيه عدمه،لأن كونه وكيلا مع آخر يقتضى منع الانفراد بالتصرف،و ذلك يقتضى تعدد العقد المشهود به.

قوله: (و لو شهد أحدهما أنه وكله في بيع عبده،و الآخر أنه وكله في بيع عبده و جاريته تثبت وكاله العبد).

لاتفاقهما على وكاله العبد،و زياده الثاني لا يقدح،لعدم استلزام تعدد العقد، لأن من وكل في بيع عبد و جاريه فقد وكل في بيع العبد،إذ لا يتعين لجواز بيعه الجاريه معه كما سبق في مقتضيات التوكيل.

قوله: (فإن شهد باتحاد الصفقه فإشكال).

أى:فإن شهد الشاهد بالوكاله في بيع العبد و الجاريه بأنه وكله في بيعهما صفقه واحده ففي ثبوت الوكاله في بيع العبد إشكال ينشأ:من اتفاق الشاهدين على الوكاله في بيع العبد.

و من أن الوكاله في بيع العبد مطلقا مغايره للوكاله في بيعه منضمنا إلى الجاريه لا غير،بل منافية لها،فشهاده كل من الشاهدين على توكيل مغاير للآخر فلا يثبت واحد منهما،و هو الأصح،و ضعف الاحتمال الأول ظاهر.

و لا فرق بين هذه و بين شهاده شاهد بتوكيله في البيع و آخر بتوكيله و زيدا، بل الحكم بعدم الثبوت هنا أقوى،لنص على اتحاد الصفقه هنا،و استفاده الاجتماع على البيع من ظاهر اللفظ هناك.

قوله: (و كذا لو شهد أحدهما أنه وكله في بيعه لزيد،و الآخر في بيعه

لزيد و ان شاء لعمر و لو شهدا بوكالته ثم قال أحدهما: قد عزله لم تثبت الوكالة و لو كان الشاهد بالعزل ثالثا تثبت الوكالة دونه. و كذا لو شهدا بالوكالة و حكم بها الحاكم، ثم شهد أحدهما بالعزل تثبت الوكالة دون لزيد و إن شاء لعمر و).

أى: و كذا تثبت الوكالة، و المشبه به هو الحكم فيما لو شهد أحدهما انه و كله فى بيع عبده، و الآخر أنه و كله فى بيع عبده و جاريته.

و وجه الثبوت: كمال النصاب فى الوكالة بالبيع لزيد، و الزيادة لا تستلزم التعدد، و سكوت الآخر عنها أما لهدم سماعه إياها، أو عروض نسيان، أو لاقتصاره على الشهادة بأحد متعلقى الوكالة باختياره. و استشكل المصنف الحكم فى التذكرة (١)، و لا وجه للإشكال.

قوله: (و لو شهدا بوكالته ثم قال أحدهما: قد عزله لم تثبت الوكالة).

لرجوع أحد الشاهدين عن الشهادة قبل الحكم، خلافا لبعض الشافعية (٢).

قوله: (و لو كان الشاهد بالعزل ثالثا تثبت الوكالة دونه).

أى: دون العزل: لتمام النصاب بالنسبة إلى الوكالة دون العزل، بخلاف المسألة السابقة: لأن الشهادة بالعزل لما كانت من أحد شاهدى الوكالة كان رجوعا من أحد الشاهدين فلم يتم النصاب.

قوله: (و كذا لو شهدا بالوكالة و حكم بها الحاكم، ثم شهد أحدهما بالعزل، تثبت الوكالة دون

ص: ٢٨٩

١- (١) التذكرة ١٤٣: ٢. [١]

٢- (٢) انظر المغنى لابن قدامه ٢٦٥: ٥ و ٢٦٧.

العزل، والأقرب الضمان، ولو شهدا معا بالعزل تثبت. ولا تثبت الوكالة بخبر الواحد، ولا العزل. العزل).

لنفوذ الحكم قبل رجوع الشاهد فلا يؤثر فيه رجوعه، وكذا لو رجع الشاهدان.

قوله: (و الأقرب الضمان).

وجه القرب: أنه سألط الغير على التصرف فى مال غيره بغير حق بشهادة يعلم بطلانها، فكان ضامنا لما يترتب عليها من تلف مال الغير أو نقصانه. ويحتمل ضعيفا العدم، فإنه أخبر بالصدق فى كل من الوكالة والعزل، ولا ضمان على من أخبر بالصدق، ولا يعد ذلك رجوعا.

و ليس بشىء، لأن شهادته بالوكالة و سكوته عن العزل قبل الحكم يقتضى الاستناد فى بقاء التوكيل إلى زمان الحكم إلى شهادته، وشهادته بالعزل قبل ذلك تقتضى الرجوع عن تلك الشهادة فيضمن ما تلف بشهادته، وهو الأصح. و سيأتى إن شاء الله تعالى فى الشهادات بيان مقدار ما يضمنه الشاهد برجوعه.

قوله: (و لو شهدا معا بالعزل ثبت).

أى: لو شهد الشاهدان بالوكالة معا بالعزل لا- على طريق الرجوع ثبت العزل أيضا كما ثبتت الوكالة، لا- لتمام النصاب فى الموضوعين.

قوله: (و لا تثبت الوكالة بخبر الواحد و لا العزل).

بإجماعنا وفاقا لأكثر العامه (١)، و قال أبو حنيفة: تثبت الوكالة بخبر الواحد و إن لم يكن ثقفا، و يجوز التصرف للمخبر بذلك إذا غلب على ظنه صدق المخبر بشرط الضمان إن أنكر الموكل، و يثبت العزل بخبر الواحد إذا كان رسولا (٢)، و ليس بشىء.

ص: ٢٩٠

١- (١) انظر: المغنى لابن قدامه ٥: ٢٦٧، الشرح الكبير المطبوع مع المغنى لابن قدامه ٥: ٢٦٦.

٢- (٢) المصدرين السابقين.

و يصح سماع البينه بالوكاله على الغائب، و تقبل شهادته على موكله، و لو فيما لا ولايه له فيه. و لو شهد المالكان بأن زوج أمتهمما و كلّ في طلاقها لم تقبل، و كذا لو فإن قلت: قد سبق أن الوكيل إذا بلغه العزل من ثقه انعزل، و هذا يقتضى ثبوت العزل بخبر الواحد.

قلنا: انعزاله في هذه الحاله مشروط بثبوت العزل بعد ذلك، و فائده الاخبار حينئذ كون العزل الواقع غير نافذ لولاه، لجهل الوكيل به لا ثبوت العزل في الواقع به.

قوله: (و يصح سماع البينه بالوكاله على الغائب).

و معناه على ما ذكره في التذكرة: أن يدعى أن فلانا الغائب وكنى في كذا، و يقيم البينه على ذلك إجماعا منا (١)، و به قال الشافعي (٢)، لأنه لا يعتبر رضاه في سماع البينه فلا يعتبر حضوره خلافا لأبي حنيفة (٣).

قوله: (و تقبل شهادته على موكله، و له فيما لا ولايه له فيه).

أى: تقبل شهادته عليه مطلقا، سواء شهد عليه فيما هو وكيل فيه أم لا لانتفاء المحذور.

أما له فإنما تقبل فيما لا ولايه له فيه، لأنه يثبت لنفسه حقا، إلا أن يعزله قبل الخصومه كما سبق، خلافا لبعض العامة (٤).

قوله: (و لو شهد المالكان بأن زوج أمتهمما و كلّ في طلاقها لم يقبل، و كذا لو

ص: ٢٩١

١- ١) تذكرة الفقهاء ١٤٣: ٢. [١]

٢- ٢) المغنى لابن قدامه ٥: ٢٦٧.

٣- ٣) المغنى لابن قدامه ٥: ٢٦٧، الشرح الكبير المطبوع مع المغنى لابن قدامه ٥: ٢٦٧.

٤- ٤) المغنى لابن قدامه ٥: ٢٦٧.

شهدا بالعزل، و يحكم الحاكم بعلمه فيها.

البحث الثانى: فى صور النزاع

اشاره

البحث الثانى: فى صور النزاع و هى ست مباحث:

أ: لو اختلفا فى أصل الوكاله

أ: لو اختلفا فى أصل الوكاله قدام قول المنكر مع يمينه و عدم البيئه، سواء كان المدعى هو الوكيل أو الموكل، فلو ادعى المشتري النيايه و أنكر الموكل قضى على المشتري بالثمن، سواء اشترى بعين أو فى الذمه، شهدا بالعزل).
لأنهما يجران إلى أنفسهما نفعاً فى الصورتين.

أما الأولى فلاقتضاء الشهاده زوال حق الزوج من البضع الذى هو ملكهما، و أما الثانية فلاقتضاءها إبقاء النفقه على الزوج.
قوله: (و يحكم الحاكم بعلمه فيها).

أى: فى الوكاله، فإذا علم وكاله شخص لم يحتج فى الثبوت إلى إقامه البيئه كغيرها من الحقوق.

قوله: (البحث الثانى: فى صور النزاع: و هى ست مباحث:

الأول: لو اختلفا فى أصل الوكاله قدم قول المنكر مع يمينه و عدم البيئه، سواء كان المدعى هو الوكيل أو الموكل).

المراد باختلافهما فى أصل الوكاله: اختلافهما فى صدور التوكيل، و هو مقابل ما سيأتى إن شاء الله تعالى فى البحث الثانى من الاختلاف فى صفه التوكيل، و كون الوكيل مدعياً ظاهراً كثيراً.

أمّا كون الموكل مدعياً ففى نحو ما لو كان التوكيل فى بيع شىء مشروطاً فى عقد لازم، فادعى الموكل حصوله ليخرج من العهده و يصير العقد لازماً و أنكره الوكيل، و نحو ذلك.

قوله: (فلو ادعى المشتري النيايه و أنكر الموكل قضى على المشتري بالثمن، سواء اشترى بعين أو فى الذمه، إلا أن يذكر فى العقد

إلا أن يذكر في العقد الابتياح له فيبطل. و لو زوجه امرأه فأنكر الوكاله و لا- بينه حلف المنكر و الزم الوكيل المهر، و قيل:النصف، و قيل: يبطل العقد ظاهرا، الابتياح له فيبطل).

أى: لو ادعى المشتري لشيء أنه و كيل لزيد فى ذلك الشراء و أنكر زيد -المدعى عليه- الوكاله حلف و اندفع الشراء عنه ظاهرا، سواء اشترى بعين من نقد و غيره أو فى الذمه.

لكن يستثنى من ذلك ما إذا ذكر فى العقد الابتياح لزيد فإنه يبطل ظاهرا، لانتفاء الوكاله بيمينه. و يجب أن يستثنى أيضا ما إذا عرف البائع، أو قامت البينه على أن العين التى وقع الشراء بها ملك لزيد فإنه يبطل هنا أيضا، و سيأتى فى كلام المصنف إن شاء الله تعالى فى البحث الثانى فى شراء الجاربه مثل ذلك.

قوله: (و لو زوجه امرأه فأنكر الوكاله و لا بينه حلف المنكر و الزم الوكيل المهر، و قيل:النصف، و قيل:ببطلان العقد ظاهرا).

الأول قول الشيخ فى النهايه (١)، و ابن البراج (٢)، و حجته أن المهر يجب جميعا بالعقد، و إنما ينتصف بالطلاق، و قد فات بتقصير الوكيل بترك الإشهاد فيضمونه كما دلت عليه الروايه (٣).

و الثانى قوله فى المبسوط (٤)، و حجته ما رواه عمر بن حنظله عن الصادق عليه السلام: فى رجل قال لآخر: اخطب لى فلانه، فما فعلت من شيء مما قاوت من صدق،

ص: ٢٩٣

١- ١) النهايه: ٣١٩.

٢- ٢) نقله عنه العلامه فى المختلف: ٤٣٧.

٣- ٣) التهذيب ٢١٣: ٦ حديث ٥٠٤.

٤- ٤) المبسوط ٣٨٦: ٢.

و يجب على الموكل الطلاق أو الدخول مع صدق الوكيل. نعم لو ضمن الوكيل المهر فالوجه وجوبه أجمع عليه، و يحتمل أو ضمنت من شىء، أو شرطت فذلك رضاء لى و هو لازم لى، و لم يشهد على ذلك، فذهب فخطب و بذل عنه الصداق و غير ذلك مما طالبوه به و سألوه، فلما رجع إليه أنكر؟ قال: «يغرم لها نصف الصداق، و ذلك أنه هو الذى ضيِّع حقها، فأما إذا لم يشهد لها عليه بذلك الذى قال: حل لها أن تتزوج، و لا تحل للأول فيما بينه و بين الله تعالى إلا أن يطلقها، لأن الله تعالى قال فإمسأك بمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ (١)، فإن لم يفعل فهو مأثوم فيما بينه و بين الله تعالى، و كان الحكم الظاهر -حكم الإسلام- قد أباح لها أن تتزوج» (٢)، و لأنه فسخ قبل الدخول فيجب معه نصف المهر.

و الثالث نقله المحقق نجم الدين و قواه (٣)، و كذا المصنف فى المختلف، فإنه قال بعد أن حكاه عن بعض علمائنا: و فيه قوه و هو المختار، لأنه إذا حلف على نفى الوكالة انتفى النكاح ظاهراً، و من ثم ساغ لها أن تتزوج فينتفى المهر أيضاً، فلا وجه لغرم الوكيل لجميعة أو نصفه، نعم لو كان الوكيل قد ضمنه اتجه ذلك، و الرواية لا تأبى الحمل عليه (٤).

قوله: (و يجب على الموكل الطلاق، أو الدخول مع صدق الوكيل).

لا ريب فى وجوب ذلك عليه على تقدير صدق الوكيل، و قد نطق الكتاب و السنه بذلك.

قوله: (نعم لو ضمن الوكيل المهر فالوجه وجوبه أجمع عليه،

ص: ٢٩٤

١- (١) البقره: ٢٢٩. [١]

٢- (٢) الفقيه ٣: ٤٩ حديث ١٦٩، التهذيب ٦: ٢١٣ حديث ٥٠٤.

٣- (٣) شرائع الإسلام ٢: ٢٠٦.

٤- (٤) المختلف: ٤٣٧.

نصفه. ثم المرأه إن ادعت صدق الوكيل لم يجز أن تتزوج قبل الطلاق، و يحتمل نصفه).

هذا استدراك مما دل عليه القول الثالث- و هو بطلان العقد ظاهرا- فإنه يدل على عدم وجوب شيء من المهر، لأن وجوب المهر أو بعضه فرع صحة العقد، فإذا انتفى الأصل انتفى الفرع.

إلا- أن هذا إنما هو حيث لا- يضمن الوكيل للزوجه المهر، فإن ضمنه فالوجه عند المصنف وجوب جميعه، لأنه يثبت بالعقد باعتراف الوكيل، و لم يحصل ما يقتضى سقوط نصفه- و هو الطلاق. و يحتمل على هذا التقدير وجوب النصف خاصه، لأن انتفاء النكاح ظاهرا باليمين بمنزله الفسخ فينتصف به المهر.

إذا عرفت ذلك فاعلم أن قول المصنف: (نعم لو ضمن الوكيل المهر فالوجه وجوبه اجمع) بناء على القول بالبطلان، لأن مختار المصنف فى هذا الكتاب الوجوب على الوكيل بمجرد العقد و ترك الاشهاد، لكنه فى أحكام المخالفه لم يجزم بالجميع أو النصف، و هنا جزم بالجميع فى أول كلامه حيث قال: (و لو زوجه امرأه فأنكر الوكاله و لا- بينه حلف المنكر و الزم الوكيل المهر) فكيف يستقيم أن يكون ما ذكره آخره هو مختاره فى المسأله كما يظهر من كلام الشارحين (1)؟ على أنه لا- معنى للاستدراك المستفاد من لفظه (نعم) حينئذ، و لا ريب أن تأمل أول الكلام و آخره يأبى ما فهماه.

قوله: (ثم المرأه إن ادعت صدق الوكيل لم يجز أن تتزوج قبل الطلاق).

لأنها باعترافها زوجها، بخلاف ما إذا لم تكن عالمه بالحال و لم تعترف بصدقه،

ص: ٢٩٥

ولا يجبر الموكل على الطلاق، فيحتمل تسلط المرأة على الفسخ، أو الحاكم على الطلاق. و لو زوج الغائب بامرأه لادعائه الوكاله فمات الغائب لم ترثه، إلا- أن يصدقها الورثه أو تثبت الوكاله. لانتفاء الزوجيه ظاهرا بيمينه، و قد سبق فى الروايه (1) التصريح بذلك.

قوله: (و لا يجبر الموكل على الطلاق فيحتمل تسلط المرأة على الفسخ أو الحاكم على الطلاق).

لا- ريب أنه لا- يتصور إجبار الموكل على الطلاق، فإنه لا نكاح ظاهرا فكيف يتصور مطالبته بالطلاق؟ و بقاء المرأة ممنوعه عن النكاح و النفقه ضرر عظيم، فيحتمل تسلطها على الفسخ دفعا للضرر، و يحتمل تسلط الحاكم على الطلاق، لأن له ولايه على الممتنع، و لا ريب أن المنكر ممتنع على تقدير وقوع التوكيل، إذ الواجب عليه القيام بحقوق الزوجيه أو الطلاق.

فرع: لو قال: إن كانت فلانته زوجتى فهى طالق صح، و لا يعد ذلك تعليقا قادحا، لأن الطلاق إنما يقع على هذا التقدير، حتى لو طلق بدون هذا الشرط لم يقع الطلاق بحسب الواقع إلا على تقدير تحققه.

قوله: (و لو زوج الغائب بامرأه لا دعائه الوكاله فمات الغائب لم ترثه، إلا أن يصدقها الورثه أو تثبت الوكاله).

بالبينه، و مع انتفاء الأمرين فلها إحلاف الورثه على نفى العلم إن ادعت عليهم العلم، فان حلفوا فلا ميراث، و إلا حلفت مع علمها و ورثت.

ص: ٢٩٦

و لو ادعى وكاله الغائب فى قبض ماله من غريم فأنكر الغريم الوكاله فلا يمين عليه، و لو صدقه و كانت عينا لم يؤمر بالتسليم. و لو دفع اليه كان للمالك مطالبه من شاء بإعادتها، فإن تلفت الزم من شاء مع إنكار الوكاله، و لا يرجع أحدهما على الآخر. و كذا لو كان الحق قوله: (و لو ادعى وكاله الغائب فى قبض ماله من غريم فأنكر الغريم الوكاله فلا يمين عليه).

أى: و إن ادعى عليه العلم، لأن اليمين إنما تتوجه حيث يكون المنكر بحيث لو أقر لنفذ إقراره، و ليس كذلك هنا، لكن سيأتى أن فى نفوذ الإقرار لو كان الحق دينا اشكالا.

قوله: (و لو صدقه و كانت عينا لم يؤمر بالتسليم).

لأن ذلك إقرار فى حق المالك فلا ينفذ، لكن لو دفع العين لم يمنع منه أيضا.

قوله: (و لو دفع اليه كان للمالك مطالبه من شاء بإعادتها، فإن تلفت الزم من شاء مع إنكار الوكاله، و لا يرجع أحدهما على الآخر).

أى: لو دفع من بيده عين مال الغير مع تصديقه إياه على دعواه إلى مدعى الوكاله فى قبضها، و أنكر المالك التوكيل حلف و انتفت الوكاله ظاهرا، و يتخير فى مطالبه من شاء منهما بإعادته العين، لأن من بيده العين عاد بدفعها، و القابض عاد بإثبات اليد عليها.

فإن تلفت فى يد القابض بغير تفريط الزم من شاء منهما بعوضها، لما قلناه، و لا يرجع أحدهما على الآخر، لانفاقهما على أن المالك كاذب فى إنكار الوكاله و ظالم فى المطالبه بالعوض، و المظلوم لا يرجع على غير ظالمه.

قوله: (و كذا لو كان الحق

دينا على إشكال، دينا على إشكال).

أى: وكذا لا يؤمر بالتسليم لو كان الحق دينا، ومنشأ الاشكال: من أن التسليم المأمور به على تقدير ثبوت الأمر به إنما يكون عن الموكل. ولا ينفذ إقرار من عليه الدين على المدين، لأنه إقرار على الغير، فامتنع كونه عن الموكل المقتضى لامتناع الأمر به، وهو قول الشيخ فى المبسوط (١).

و من حيث أن هذا التصديق اقتضى وجوب تسليم هذا القدر من مال نفسه فيجب نفوذه، لأن إقرار العقلاء على أنفسهم جائز، وهو قول ابن إدريس (٢).

و اعترض بأمرين:

أحدهما: إنَّ هذا التسليم لا يبرئ الذمه ظاهراً فلا يؤمر به، لأن لمن عليه الحق الامتناع من الأداء إلى أن يحصل الإشهاد المقتضى لحصول البراءة ظاهراً.

الثانى: إنَّ التسليم لو أمر به لكان إما على جهه كون المدفوع مال الغائب، أو مال الدافع، والقسمان باطلان، لأن الغائب لم يثبت توكيله فيكون التسليم لماله، و الدافع إنما يجب عليه تسليم مال الغائب، والملازمه ظاهره.

و يجاب عن الأول: بأن الإشهاد الذى يجوز الامتناع من الأداء إلى حصوله إنما يراد به إشهاد المدفوع إليه، لأنه على تقدير إنكار التوكيل يرجع إلى ماله الذى دفعه بالبينه، واحتمال تلفه بغير تفريط أو عدم الظفر بالمدفوع اليه لا يقدح، وإلا لقدح فى الدفع إلى المدين و إن أشهد، لاحتمال موت الشاهدين، أو ظهور فسقهما، أو مطالبته فى بلد لا يتمكن من الوصول إليها.

و عن الثانى: بأن تسليم ذلك القدر من مال المديون على أنه مال الغائب له اعتباران: أحدهما: كونه مال الغائب فى حق المديون، و الآخر: كونه مال الغائب فى حق الغائب نفسه، وإقرار المديون نافذ بالنسبه إلى الاعتبار الأول، لأنه فى حقه

ص: ٢٩٨

١- ١) المبسوط ٣٨٧: ٢.

٢- ٢) السرائر: ١٧٨.

إلا- أنه لو دفعه هنا لم يكن للمالك مطالبه الوكيل، لأنه لم ينتزع عين ماله، إذ لا يتعين إلا بقبضه أو قبض وكيله. وللغريم العود على الوكيل مع بقاء العين أو تلفها بتفريط، خاصة، وهو كاف في وجوب التسليم، كما أنه إذا ادعى شخص زوجه امرأه فأنكرت وحلفت فأننا نعتبر دعواه إقرارا بزوجيتها في حق نفسه، وإن انتفت الزوجيه بالنسبه إليها فلزوجيتها اعتباران بالنسبه إليه و بالنسبه إليها، كما قلناه في أن لكون المدفوع من مال الغائب اعتبارين: أحدهما بالنسبه إلى المديون، و الآخر بالنسبه إلى الغائب.

و يؤيده عموم قوله عليه السلام: «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز» (١) و لم يثبت المخصص في محل النزاع، و الأصح مختار ابن إدريس (٢)، فعلى هذا لو لم يعترف المديون بالوكاله فادعى عليه العلم حلف على نفيه.

قوله: (إلا أنه لو دفعه هنا لم يكن للمالك مطالبه الوكيل، لأنه لم ينتزع عين ماله، إذ لا يتعين إلا بقبضه أو قبض وكيله).

لما قاله المصنف، و كذا لو كان الحق دينا أو هم استواء الدين و العين في الأحكام المذكوره في العين، فاستدرك لدفع هذا الوهم بقوله: (إلا أنه لو دفعه هنا لم يكن للمالك مطالبه الوكيل)، يعنى على تقدير إنكار الوكاله و حلفه، لأن الوكيل لم ينتزع عين ماله، لا انتفاء الوكاله ظاهرا فلا يتعين المقبوض له.

قوله: (و للغريم العود على الوكيل مع بقاء العين أو تلفها بتفريط).

أما الأول فظاهر، لبقاء عين ما دفعه و الوكيل لا يدعى استحقاقه، و كذا المدين و قد استوفى دينه فيجب ردها إلى الدافع، و منه يظهر تقريب ما إذا تلفت العين

ص: ٢٩٩

١- ١) عوالى اللآلى ٢: ٢٥٧.

٢- ٢) السرائر: ١٧٨.

و لا- درك لو تلفت بغير تفريط. و كل موضع يجب على الغريم الدفع لو أقر تلزمه اليمين لو أنكر. و لو ادعى أنه وارث صاحب الحق فكذبه حلف على نفي العلم، فإن صدقه على أن لا وارث سواه لزمه الدفع.

بتفريط، لأن التالف في ذمه الوكيل.

قوله: (و لا درك لو تلفت بغير تفريط).

لاتفاق الدافع و القابض على براءة ذمه القابض من عهدها، لأنه بزعمهما و كيل، و المدين ظالم بمطالبتة و أخذه.

قوله: (و كل موضع يجب على الغريم الدفع لو أقر يلزمه اليمين لو أنكر).

لأن فائده اليمين إقراره، أو رده فيحلف المدعى، فيكون كما لو أقر المنكر فحيث لا ينفذ إقراره لا يتوجه عليه اليمين.

فإن قيل: إنَّ المردوده قد قيل انها كالبينه، فيجب توجه اليمين هنا و إن لم يجب الدفع بإقراره.

قلنا: هي كالبينه بالنسبة إلى المتخاصمين دون الغائب فلا يزيد على الإقرار هنا.

قوله: (و لو ادعى أنه وارث صاحب الحق فكذبه حلف على نفي العلم).

المراد: أنه لو ادعى شخص على من عنده مال زيد أنه وارثه و أن لا وارث غيره، فأنكر المدعى عليه و لا بينه، فادعى عليه العلم بالحال و أنكر حلف على نفي العلم، لأنه لو أقر لنفذ إقراره.

و ينبغي أن يكون ذلك بعد ثبوت الموت، و مقتضى كلامه في التذكرة: أن إقرار

و لو ادعى إichاله الغائب عليه فصدقه أحتمل قويا وجوب الدفع إليه، و عدمه، لأن الدفع غير مبرئ، لاحتمال إنكار المحيل. من بيده المال بالموت كاف (1)، و إطلاق العبارة هنا يشعر بذلك. و يشكل إذا كان المال عينا بأنه إقرار فى حق الغير، فكيف يتصور نفوذه بحيث يلزمه الحاكم بالتسليم، و لا خفاء فى بعد ذلك.

إذا عرفت ذلك فاعلم أنه إنما توجهت اليمين على نفي العلم على من بيده المال حينئذ للحكم بانتقال المال إلى الوارث حينئذ فى الجملة، فإذا اتفقا على أن لا- وارث سوى المدعى لم يكن ذلك إقرارا فى حق الغير لانتفاء العلم بانتقاله إلى غيره ليكون إقرارا فى حقه، فمع الإنكار يتوجه عليه اليمين.

و مثله ما لو ثبت أن زيدا باع مالا- له فى يد الغير، فادعى عمرو أنه المشتري، و ادعى العلم على من بيده المال، فان صدقه أمر بالتسليم، و إلا حلف على نفي العلم.

و من هذا يعلم وجه قوله: (و إن صدقه على أن لا- وارث سواه لزمه الدفع)، أما لو صدقه على أنه وارث فى الجملة لم يجز دفع شيء إليه، لامتناع تسلطه على القسمة، نعم له أن يبيع استحقاقه عليه و على غيره.

قوله: (و لو ادعى إichاله الغائب عليه فصدقه أحتمل قويا وجوب الدفع إليه و عدمه، لأن الدفع غير مبرئ لاحتمال إنكار المحيل).

وجه الأول: اتفاقهما على أن كذا فى ذمه المصدق للمدعى، لأن الحوالة ناقله، و ما ذكره المصنف وجهها للاحتمال الثانى ضعيف، لأن منع المستحق من حقه لو جاز لاحتمال الإنكار الذى يصير الدفع غير مبرئ، لمنع المستحق مطلقا، لبقاء الاحتمال مع الإشهاد. و إنما يمنع المستحق ليشهد على نفسه فقط، و الأصح وجوب الدفع.

ص: ٣٠١

و لو قال الغريم للوكيل: لا تستحق المطالبه لم يلتفت إليه، لأنه تكذيب لبينه الوكاله على اشكال. و لو قال: عزلك الموكل حلف الوكيل على نفي العلم إن ادعاه، و إلا فلا، و كذا لو ادعى الإبراء أو القضاء.

ب: أن يختلفا في صفة التوكيل

ب: أن يختلفا في صفة التوكيل، بأن يدعى الوكاله في بيع العبد، أو البيع بألف، أو نسيئه، أو في شراء عبد، أو بعشره فقال الموكل: بل في بيع الجاربه، أو بألفين، أو نقدا، أو في شراء جاربه، أو بخمسه قدم قول الموكل قوله: (و لو قال الغريم للوكيل: لا تستحق المطالبه لم يلتفت إليه، لأنه تكذيب لبينه الوكاله على اشكال).

ينشأ: من أن عدم استحقاق المطالبه قد لا يكون لكذب البينه، لإمكان طروء العزل أو الإبراء عن الحق، أو الأداء إلى الموكل، أو إلى وكيل آخر، و غير ذلك فتسمع دعواه.

و من أن مقتضى إقامه البينه استحقاق المطالبه، فنفيه ذلك، رد لمقتضاها فلا يلتفت إليه.

و التحقيق: أن هذا القول قدر مشترك بين تكذيب البينه و بين الدعوى الشرعيه فلا يلتفت إليه، لاشتراكه بين ما يسمع و غيره، و لأنه لا يعد دعوى شرعيه فلا يستحق الجواب، كما لو ادعى أن هذه ابنه أمتى حتى يأتي بما يكون دعوى، كما أشار إليه المصنف بقوله: (و لو قال: عزلك الموكل حلف الوكيل على نفي العلم إن ادعاه و إلا فلا، و كذا لو ادعى الإبراء أو القضاء).

قوله: (أن يختلفا في صفة التوكيل بان يدعى الوكاله في بيع العبد، أو البيع بألف أو نسيئه، أو في شراء عبد، أو بعشره فقال الموكل: بل في بيع الجاربه، أو بألفين، أو نقدا، أو في شراء جاربه، أو بخمسه قدم قول الموكل

مع اليمين. و لو ادعى الإذن فى شراء الجارىه بألفين، فقال: بل أذنت فى شراء غيرها، أو فيها بألف و حلف، فإن كان الشراء بالعين بطل العقد إن اعترف البائع أنّ الشراء لغيره أو بمال غيره، مع اليمين).

لا يخفى أن توجه اليمين فى هذه الدعوى إنما يكون إذا وقعت بعد التصرف، لأنها قبله تندفع بمجرد الإنكار.

و وجه تقديم قول الموكل بيمينه: أن الموكل منكر، لأن الأصل عدم صدور التوكيل الذى يدعيه الوكيل، و لأن ذلك فعل الموكل و هو أعرف بحاله و مقاصده الصادره عنه.

فإن قيل: الموكل يدعى على الوكيل الخيانه بتصرفه على خلاف ما أمره، فيجب أن يقدم قوله باليمين، لأمانته، و الأصل عدم الخيانه.

قلنا: هذا إنما يتجه إذا اتفقا على الوكاله، و ذلك منتف هنا، لأن اختلافهما فى صفة التوكيل يفضى إلى الاختلاف فى أصل التوكيل، فلا تكون و كالتة عنه محققه الحصول، فلا وجه لتقديم قوله حينئذ.

قوله: (و لو ادعى الإذن فى شراء الجارىه بألفين، فقال: بل أذنت فى شراء غيرها، أو فيها بألف و حلف، فإن كان الشراء بالعين بطل العقد إن اعترف البائع أنّ الشراء لغيره أو بمال غيره).

هذه من جمله المسائل التى سبق بيان حكمها، و أن قول الموكل بيمينه مقدم فيها، و إنما أعادها لبيان ما يتفرع عليها من المسائل و يلحقها من الأحكام.

و حاصلها: أنه إذا وقع الاختلاف المذكور و حلف الموكل نظر: فإما أن يكون الشراء للجارىه بعين مال الموكل، أو فى الذمه، و الثانى سيأتى فيما بعد إن شاء الله تعالى،

و إلا حلف على نفي العلم إن ادعاه الوكيل عليه فيغرم الوكيل الثمن للموكل، و لا تحل له الجارية، لأنها مع الصدق للموكل، و مع الكذب للبائع فيشترها ممن هي له في الباطن.

فإن امتنع رفع الأمر إلى الحاكم ليأمر صاحبها ببيعها برفق، و ليس له جبره عليه، و أما الأول فحكمه بطلان العقد ظاهرا إن اعترف البائع أن الشراء لغير الوكيل، أو بمال غيره يعنى الموكل، و كذا لو قامت البيّنة على ذلك، لأنها تفيد ما يفيد إقرار المدعى عليه.

و إنما قلنا: إن العقد يبطل ظاهرا، لأن التوكيل في ذلك انتفى بيمين الموكل فكان العقد فضوليا، و قد انفسخ برده إياه المستفاد من إنكار التوكيل و الحلف على عدمه، لا امتناع الرضى به مع الاقدام على اليمين عادة، و أما بطلانه باطنا فهو دائر مع كذب الوكيل في دعواه و عدمه.

قوله: (و إلا حلف على نفي العلم إن ادعاه الوكيل عليه).

أى: و إن لم يعترف البائع بواحد من الأمرين - و لا بد من التقييد بأنه لم يقم على ذلك بينه - حلف البائع على نفي العلم بشيء من الأمرين إن ادعى عليه الوكيل العلم بواحد منهما لا بدونه.

قوله: (فيغرم الوكيل الثمن للموكل، و لا تحل له الجارية، لأنها مع الصدق للموكل، و مع الكذب للبائع فيشترها ممن هي له في الباطن، فإن امتنع رفع الأمر إلى الحاكم ليأمر صاحبها ببيعها برفق، و ليس له جبره عليه).

أى: إذا حلف البائع - إن ادعى عليه الوكيل العلم - بعد حلف الموكل لم يبطل العقد، بل يقع للوكيل ظاهرا، فيغرم الثمن للموكل، لأن الفرض أنه اشترى

فإن قال: إن كانت الجارية لى فقد بعتهها، أو قال الموكل: إن كنت أذنت لك فى شرائها بألفين فقد بعتهها فالأقرب الصحه، لأنه أمر واقع يعلمان وجوده فلا يضر جعله شرطاً.

و كذا كل شرط علما وجوده فإنه لا يوجب شكاً فى البيع و لا وقوفه. بعين ماله.

و لا- تحل له الجارية قطعاً، لأنه إن كان صادقاً فى دعوى الوكاله فهى للموكل، و إن كان كاذباً فهى للبائع، لأنه اشتراها بعين مال الموكل فضولاً- و قد رد الموكل الشراء فانفسخ. و لكن طريق حلها له: أن يشتريها ممن هى له فى الباطن، فإنه يعلمه فليحتل فى ذلك بنفسه و غيره.

فإن امتنع من هى له من البيع رفع الأمر إلى الحاكم، لأنه المرجع، و لقوله تأثير فى النفوس فىأمر من أخبره الوكيل بأنه صاحبها يبيعها منه برفق، و لا- يجوز إجباره على ذلك، لانتفاء الملك عنه ظاهراً، و على انه لا يجب بيع مال شخص على آخر بغير سبب يقتضيه.

قوله: (فإن قال: إن كانت الجارية لى فقد بعتهها، أو قال الموكل:

إن كنت أذنت لك فى شرائها بألفين فقد بعتهها فالأقرب الصحه، لأنه أمر واقع يعلمان وجوده فلا يضر جعله شرطاً، و كذا كل شرط علما وجوده فإنه لا يوجب شكاً فى البيع و لا وقوفه).

أى: فإن قال من هى له فى الباطن، و ما قربه المصنف قريب، لأن التعليق إنما ينافى الإنشاء فى العقود و الإيقاعات حيث يكون المعلق عليه مجهول الحصول، أما مع العلم بوجوده فلا، لانتفاء الشك حينئذ فى الإنشاء.

و لا- ريب أن بيع الجارية إنما يتصور إذا كانت ملكاً للبائع، فهذا شرط بحسب الواقع ذكره أو لم يذكره. فإذا ذكره فقد صرح بالواقع. و يحتمل ضعيفاً عدم الصحه،

و إن اشترى فى الذمه صح الشراء له، فان كان صادقا توصل إلى شرائها من الموكل، فإن امتنع أذن الحاكم فى بيعها أو بعضها و توفيه حقه من ثمنها. نظرا إلى صورته التعليق، ولأنه اعترف بانتفاء الشرط فىكون البيع باطلا بزعمه، و ضعفه ظاهر، إذ المطلوب حصول البيع باطنا بحسب الواقع لا بزعمه.

لكن هنا مناقشه، و ذلك أن قوله: (يعلمان وجوده) يستقيم بالنسبه إلى الوكيل و الموكل، أما بالنسبه إلى البائع فلا، لأنه ربما لم يعلم الحال على حسب الواقع، إلا أن يقال: يكفيه للعلم بوقوع الشرط و صحه العقد قول الوكيل و إن لم ينفذ ذلك فى حقه، و لهذا يحكم بصحه النكاح بمجرد دعوى الوكاله عن الغير مع جهل العاقد الآخر بها، و كذا سائر العقود.

قوله: (و إن اشترى فى الذمه صح الشراء له، فإن كان صادقا توصل إلى شرائها من الموكل، فان امتنع أذن الحاكم فى بيعها، أو بعضها و توفيه حقه من ثمنها).

هذا هو القسم الثانى، و هو كون شراء الوكيل للجاريه لا بعين مال الموكل بل فى ذمته، و حكمه وقوع الشراء له ظاهرا إن لم يثبت أنه أضاف الشراء إلى الموكل.

ثم أنه لا يخلو: إما أن يكون صادقا فى دعوى التوكيل و وقوع الشراء للموكل، أو لا، فإن كان صادقا توصل الى شراء الجاريه من الموكل بأى طريق أمكنه، فإن امتنع قال المصنف: أذن الحاكم فى بيعها أو بيع بعضها و توفيه الثمن.

و يشكل بأن الحاكم لا يعلم صدق الوكيل، و قد لزمه البيع ظاهرا فكيف يأمر بخلاف ما يعلم؟.

و يجب بأن لا محذور فى هذا الإذن بالنسبه إليه، لأنها إن كانت للوكيل فلا

حرج، وإن كانت لغيره، وقد امتنع من أخذها ورد مال الوكيل إليه تسلط الحاكم على الإذن في البيع فيصادف محلا على هذا التقدير.

و هذا صحيح في نفسه، إلا- انه ينبغي أن لا- يتعين على الوكيل استئذان الحاكم، بل يستقل هو بالبيع و استيفاء الثمن، كما في المديون المماطل إذا ظفر صاحب الدين له بشيء يخالف جنس دينه مع العجز عن الإثبات عند الحاكم، وقد صرح المصنف بهذا في التذكرة (١)، إلا أن الأول أولى.

و الفرق بين ما هنا و بين مسألة المديون: أنه متى أقر صاحب الدين بمال المديون لم يأمن أن يعلم به المديون فيطالب به فينتزعه الحاكم و يسلمه إليه، و هذا المحذور متنف هنا. و قريب منه قوله: (و لو اشتراها الوكيل من الحاكم بماله على الموكل جاز).

و قد أورد عليه أن الحاكم إن ثبت عنده دعوى الوكيل فلا شراء بل يلزم بها الموكل، و إلا فالثابت كونها للوكيل ظاهرا فكيف يبيعه إياها؟ و أجيب عنه بالحمل على أن المراد أنه إذا طلب الحاكم من الموكل البيع فامتنع تولى الحاكم البيع، فان كان الوكيل صادقا فللحاكم ولايه على الممتنع في مثل ذلك و إن كان كاذبا لغت الصيغه، لأن الملك للوكيل.

و اعلم أنه متى كان الوكيل مخالفا للموكل بحسب الواقع و اشترى في الذمه، و أضاف الشراء إلى الموكل، أو نواه و لم يرض الموكل بطل العقد، و تبقى الجارية على ملك البائع و إن كان الشراء ظاهرا للوكيل حيث لا يثبت أنه أضاف الشراء للموكل في العقد، و قد صرح المصنف في التذكرة بالبطان إن سمى الموكل أو نواه (٢)، و إن لم يتعرض إليه هنا.

ص: ٣٠٧

١- (١) التذكرة ١٣٥:٢. [١]

٢- (٢) التذكرة ١٢٧:٢. [٢]

و لو اشتراها الوكيل من الحاكم بماله على الموكل جاز.

و لو ادعى الإذن فى البيع نسيئه قدام قول الموكل مع يمينه و يأخذ العين، فان تلفت فى يد المشتري رجوع على من شاء بالقيمه، فإن رجوع على المشتري رجوع على الوكيل بما أخذ منه من الثمن، و إن رجوع على الوكيل لم يكن للوكيل أن يرجع فى الحال، بل عند الأجل بأقل الأمرين من الثمن و القيمه. قوله: (و لو ادعى الإذن فى البيع نسيئه قدام قول الموكل مع يمينه و يأخذ العين، فان تلفت فى يد المشتري رجوع على من شاء بالقيمه، فإن رجوع على المشتري رجوع على الوكيل بما أخذ منه من الثمن، و إن رجوع على الوكيل لم يكن للوكيل أن يرجع فى الحال، بل عند الأجل بأقل الأمرين من الثمن و القيمه).

من صور الاختلاف فى صفه الوكاله: ما إذا ادعى الوكيل الإذن فى بيع مال الموكل نسيئه-و قد باعها كذلك-و أنكر الموكل فالقول قول الموكل بيمينه.

ثم المشتري إما أن ينكر الوكاله، أو يعترف بها. فإن أنكرها و قال: إن البائع إنما باع ملكه احتاج الموكل إلى البيئه، و مع عدمها فالقول قول المشتري بيمينه أنه لا- يعلم بالوكاله-لأنها يمين على نفي فعل الغير، فان حلف أقرت فى يده، و يرجع على الوكيل بالقيمه، لتعذر استرداد العين، و إن نكل ردت اليمين على الموكل.

فإذا حلف على ثبوت الوكاله حكم ببطلان البيع، و إن نكل فهو كما لو حلف المشتري.

و نكول الموكل عن يمين الرد فى خصومه المشتري لا- يمنعه من الحلف على الوكيل، فإذا حلف عليه فله أن يغرم الوكيل قيمه المبيع أو مثله، و الوكيل لا يطالب المشتري بشيء حتى يحل الأجل مؤاخذه له بموجب تصرفه، فإذا حل نظر فإن رجوع

عن قوله الأول و صدق الموكل فلا- يأخذ من المشتري إلا- أقل الأمرين من الثمن و قيمه، لأنه إن كان الثمن أقل فهو موجب عقده و تصرفه فلا يقبل رجوعه فيما يلزم زياده على الغير.

و إن كانت قيمه أقل فهي التي غرمها فلا يرجع زياده عليها، لاعترافه آخرًا بفساد العقد، و إن لم يرجع بل أصرّ على قوله الأول طالب بالثمن كله. فان كان بقدر قيمه أو أقل فلا بحث، و إن زاد فالزياده للموكل بزعمه و هو ينكرها فيحفظها أو يدفعها إلى الحاكم، كل محتمل، و الثاني أوضح دليلًا. و لو توصل إلى إيصالها إلى الموكل بصوره هديه و نحوها لكان طريقًا إلى البراءة، و حينئذ فيجب مع إمكانه تقديمه على التسليم إلى الحاكم.

فإن قيل: إذا أنكر الموكل التوكيل في البيع نسيئه كان ذلك عزلا للوكيل على رأى، فكيف يملك الوكيل بعده استيفاء الثمن؟.

أجيب بأن الموكل قد ظلمه بزعمه بتغيريمه، و قد ظفر بجنس حقه من ماله فيجوز أخذه، بل لو كان من غير الجنس جاز أيضا. و لا يتخرج على القولين في الظفر بغير جنس الحق في غير هذه الصوره، لأن المالك ثم يدعيه لنفسه و يمنع الغير عنه، بخلاف الموكل فأولى مصارفه التسليم إلى الوكيل الغارم، كذا قيل، و هذا يتم فيما عدا الزيادة.

و قيل: إن الجواب لا يكون دافعا للسؤال، لأن الجواب حينئذ راجع إلى أن الأخذ ما يشاء من الوكالة.

و جوابه: إن السؤال حاصله هكذا: قد عزل فكيف استحق الأخذ؟.

و جوابه حينئذ ما ذكر هذا حكم ما إذا أنكر الوكالة، و أما إذا اعترف بها فإما أن يصدق الموكل فالبيع باطل و عليه رد المبيع مع بقاءه، و مع تلفه يتخير المالك في تغريم كل من الوكيل و المشتري، لعدوان الوكيل بالتسليم و المشتري بالأخذ، و قرار الضمان

على المشتري، لحصول الهلاك في يده.

نعم يرجع بالثمن الذى دفعه مع بقائه، لفساد البيع، وإن صدق الوكيل قدّم قول الموكل بيمينه، لأنه منكر، فإذا حلف أخذ العين، و مع تلفها رجع بالقيمه على من شاء منهما.

فإن رجع على المشتري رجع على الوكيل بالثمن، إذ لا- حق له فيه، وإن رجع على الوكيل قبل الأجل رجع به بعد الحلول على المشتري لا- قبله، و حكم زيادته على قيمه لو كانت ما تقدم. و إن نكل حلف المشتري لتصديقه الوكيل و بقيت له، ثم تكون الخصومه بين الوكيل و الموكل، فان حلف الوكيل اندفع عنه الغرم، و إلا فلا.

إذا عرفت ذلك فأرجع إلى عبارته الكتاب، و أعلم أن قول المصنف: (قدم قول الموكل مع يمينه). إنما هو بالنسبه إلى الوكيل، أما بالنسبه إلى المشتري فإنما يقدم قوله إذا اعترف المشتري بالوكاله، أو يثبت ذلك بالبينه كما سبق أول البحث.

و قوله: (فإن رجع على المشتري بالقيمه رجع على الوكيل بما أخذ منه من الثمن) إنما يستقيم إذا ثبت أصل التوكيل، و حلف الموكل على نفى ما يدعيه الوكيل، إلا أنه إذا رجع الموكل بالقيمه على المشتري رجع على الوكيل بأكثر الأمرين من قيمه و الثمن إذا كان جاهلا بالمخالفه.

أما إذا كان الثمن أكثر فظاهر، لفساد البيع، و أما إذا كانت قيمه أكثر، فلأن المغرور يرجع على من غره مع احتمال عدم الرجوع بالزياده، لأن التلف في يده و قد قبض العين مضمونه، و قد سبق في البيع أن في الرجوع بالزياده إشكال.

و قوله: (و إن رجع على الوكيل لم يكن للوكيل ان يرجع في الحال بل عند الأجل بأقل الأمرين) إنما يستقيم إذا لم تثبت الوكاله بالنسبه إلى المشتري، لكن نكل الموكل عن اليمين على عدم الاذن في النسيئه، فحلف المشتري ثم رجع الوكيل إلى تصديق الموكل، و بدون ذلك يرجع بالثمن كله، و يسلم الزياده إلى الحاكم أو

يحفظها، و يتوصل إلى إيصالها إلى الموكل بأى طريق أمكن. وهذا إنما هو إذا كان وكيلا- فى القبض و لم يقل: إنَّ الإنكار يوجب العزل، فلو لم يكن وكيلا فيه.

كما يمكن حمل عبارته الكتاب عليه، لإطلاقها، أو كان وكيلا- و قلنا ينعزل بالإنكار، فإنما يرجع بأقل الأمرين مع الرجوع عليه خصوصا على القول بأن الإنكار لا يقتضى العزل، و هنا مباحث:

الأول: ظاهر إطلاق قولهم: إنَّ الموكل إذا حلف على عدم الاذن فى النسيئه استرد العين، الاكتفاء باليمين الواقعه بتحليف الوكيل إذا اعترف المشتري بأصل التوكيل. و يشكل ذلك بأن أثر اليمين إنما هو بالنسبه إلى المتخاصمين، إلا أن يقال: اليمين على نفى التوكيل فى ذلك التصرف يقتضى رفع ذلك التصرف فينبغى تأمل ذلك.

الثانى: وقع فى عبارته التذكرة (١) و غيرها (٢) مثل ما ذكرناه فى آخر البحث، من أنه إذا نكل الموكل عن الحلف لنفى الاذن فى النسيئه، و قد صدق المشتري الوكيل حلف المشتري. و المراد حلفه على ان الموكل أذن فى ذلك، فلو نكل عن اليمين المردوده و نكل الوكيل فلا تصريح فى كلامهم بحكم ذلك، و ينبغى أن يكون كما لو حلف الموكل.

الثالث: لو ادعى الموكل على المشتري العلم، و نكل عن اليمين على نفيه مع الإنكار فردت على البائع فنكل ففى الحكم تردد.

الرابع: لم يذكر فى التذكرة حكم ما إذا اعترف البائع بالوكاله، و لم يصدق واحدا منهما بأن قال: لا أعلم الحال. و حكمه أنه إذا حلف الموكل استرد العين، و مع

ص: ٣١١

١- ١) التذكرة ١٣٦: ٢. [١]

٢- ٢) تحرير الأحكام ٢٣٦: ١.

و لو ادعى الإذن فى البيع بألف، فقال: إنما أذنت بألفين حلف الموكل ثم يستعيد العين، و مع التلف المثل أو القيمه على من شاء، فإن رجع على المشتري لم يرجع على الوكيل إن صدقه، و إن رجع على الوكيل رجع الوكيل عليه بأقل الأمرين من ثمنه و ما اغترمه. تلفها: إن رجع على البائع ينبغى أن يرجع على الوكيل بأكثر الأمرين، و إن رجع على الوكيل رجع بعد الحلول بأقل الأمرين إن رجع إلى تصديق الموكل، و إلا فبالثمن، و حكم الزيادة على القيمه فى يده ما سبق فى الأول.

قوله: (و لو ادعى الاذن فى البيع بألف فقال: إنما أذنت بألفين حلف الموكل ثم استعيد العين، و مع التلف المثل أو القيمه على من شاء، فإن رجع على المشتري لم يرجع على الوكيل إن صدقه، و إن رجع على الوكيل رجع الوكيل عليه بأقل الأمرين من ثمنه و ما اغترمه).

الحكم فى هذه كالحكم فى المسأله السابقه بغير تفاوت، و قول المصنف: (حلف الموكل ثم استعيد العين.) إنما يستقيم بعد ثبوت أصل التوكيل مع حلفه على نفي ما يدعيه الوكيل.

(و اعلم أن إطلاق العبارة يقتضى عدم الفرق بين أن يكون قد ادعى حصول الرد أو التلف قبل الجحود أو بعده، و قد حكى عن أكثر الشافعيه سماع بينته لو ادعى الرد بعد الجحود، بان غايته أن يكون بالجحود عاصيا، فإذا رجع إلى الاعتراف، أو قامت عليه البيئه فادعى الرد بعد الجحود لم يكن مكذبا.

و اختار المصنف هذا الفرق فى الإرشاد، و قرب فى التحرير عدم القبول من غير تفصيل. و الذى سبق فى عبارته هذا الكتاب فى الضمان من الوكاله يدل بمفهومه على صحه هذا التفصيل، و القول به لا - يخلو من قوه، لأن التنافى بين الكلامين السابقين، أما اللاحق فلا، و إلا لزم أنه لو اعترف بالقبض ثم ادعى تجدد التلف لا

ج: أن يختلفا في التصرف، كان يقول: تصرفت كما أذنت من بيع أو عتق، فيقول الموكل: لم تتصرف بعد فالأقرب تقديم قول الوكيل، لأنه أمين وقادر على الإنشاء والتصرف إليه.

و يحتمل تقديم قول الموكل، للأصل الدال على عدم إلزام الموكل بإقرار غيره. تسمع دعواه، وهو باطل (١).

وقوله: (فإن رجع على المشتري لم يرجع على الوكيل إن صدّقه) ليس بجيد، لأنه مع تصديقه إياه لا يستحق الوكيل الثمن المدفوع إليه و الموكل لا يدعيه، وقد أغرم المشتري عوض العين فلا مصرف أولى به من هذا.

نعم لو كان فيه زياده عن القيمة اتجه أن لا يرجع بها.

وقوله: (و إن رجع على الوكيل رجوع عليه بأقل الأمرين من ثمنه و ما اغترمه).

لا يخفى أن ذلك إنما هو إذا لم يثبت أصل التوكيل و رجع الوكيل الى تصديق الموكل، فليتأمل ذلك.

قوله: (الثالث: أن يختلفا في التصرف، كأن يقول: تصرفت كما أذنت من بيع أو عتق فيقول الموكل: لم تتصرف بعد فالأقرب تقديم قول الوكيل، لأنه أمين وقادر على الإنشاء والتصرف إليه. و يحتمل تقديم قول الموكل، للأصل الدال على عدم إلزام الموكل بإقرار غيره).

جزم المصنف في التذكرة بأن هذا النزاع بعد عزل الوكيل، فالقول قول الموكل بيمينه، واستقرب كون النزاع قبل العزل مثله (٢)، و تردد في التحرير (٣).

ص: ٣١٣

١ - ١) ما بين القوسين لم يرد في (٥).

٢ - ٢) التذكرة ١٣٧: ٢. [١]

٣ - ٣) التحرير ٢٣٦: ١. [٢]

و لو قال: اشترت لنفسى أو لك قدم قوله مع اليمين. و لو قال: اشترت بمائه، فقال الموكل: بخمسين احتمال تقديم قول الوكيل، لأنه أمين، و الموكل، لأنه غارم، و الوكيل إن كان الشراء بالعين، لأنه الغارم لما زاد على الخمسين، و الموكل إن كان الشراء فى الذمه، لأنه الغارم. و حاصل الوجهين يرجع إلى أن الأصل عدم التصرف، و الأصل بقاء الملك على مالكه فيقدم قول الموكل، و أن الاختلاف فى فعل الوكيل و هو أعلم به.

و الظاهر من كون التصرف إليه و قدرته على الإنشاء إيقاع الفعل، لانتهاء المقتضى للتأخير فيقدم قول الوكيل، و هو قول الشيخ (١). و يؤيد هذا أنه لولاه لحصل الضرر، فإنه ربما كان صادقا و تعذر إقامه البينه، و لم يتمكن من انتزاعه ممن اشتراه فتكليفه بذلك ضرر بين.

و لا يخفى أن تقديم قول الموكل أمتن دليلا، و تقديم قول الوكيل أنسب بكونه أمينا و متصرفا لغيره، فالتوقف مجال، و إن كان لتقديم قول الوكيل وجه لثلا يلزم الإضرار به، و لأنه محسن فيجب أن ينتفى عنه السبيل.

قوله: (و لو قال: اشترت لنفسى أو لك قدم قوله مع اليمين).

لأن ذلك راجع إلى قصده، و لا يعلم إلا من قبله.

قوله: (و لو قال: اشترت بمائه، فقال الموكل: بخمسين احتمال تقديم قول الوكيل لأنه أمين، و الموكل لأنه غارم، و الوكيل إن كان الشراء بالعين لأنه الغارم لما زاد على الخمسين، و الموكل إن كان الشراء فى الذمه لأنه الغارم).

أى: إذا وقع الاختلاف بين الوكيل و الموكل فى الثمن الذى وقع الشراء به فقال الوكيل: اشترت بمائه، و قال الموكل: بل بخمسين، و الحال أن المبيع يساوى مائه

ص: ٣١٤

كما ذكره في التحرير (١)، وإلا لم يكن الشراء صحيحا-ففيه احتمالات ثلاثه:

تقديم قول الوكيل، لأنه أمين، ولأن الاختلاف في فعله، ولأنه ربما كان صادقا و تعذر عليه إقامة بينه فيلزم إضراره بالغرم، ولأنه محسن بتصرفه للموكل و ما على المحسنين من سبيل، ولأن الظاهر أن الشيء انما يشتري بقيمته.

و تقديم قول الموكل، لأن الأصل عدم الزائد، ولأن ذلك إثبات حق للبائع على الموكل.

و التفصيل بأنه إن كان الشراء بالعين-أى بعين مال الموكل-قدم قول الوكيل، لأن الموكل حينئذ يطالبه برد ما زاد على الخمسين، والأصول تقتضى تقديم قول الغارم، و ان كان فى الذمه قدم قول الموكل، لأن الوكيل يطالبه بالزائد فهو الغارم، و هذا التفصيل مذهب أبى حنيفة (٢).

و قد رده المصنف فى التذكرة بإبطال الفرق المذكور، من حيث ان الغارم فى الموضوعين هو الموكل، لأن الوكيل إما أن يطالبه بالثمن، أو يؤديه من مال الموكل الذى فى يده (٣).

و يدل على ضعف الاحتمال الثانى أنه و إن كان الأصل عدم الزائد و عدم ثبوت حق آخر للبائع على الموكل، إلا أن الأصل عدم استحقاق الغير العين بالثمن الأقل. و الظاهر عدم شراء ما يساوى مائه بخمسين، فحينئذ الاحتمال الأول أقوى، و هو مختار الشيخ فى المبسوط (٤)، و الثانى مختار نجم الدين بن سعيد (٥).

ص: ٣١٥

١- (١) التحرير ١: ٢٣٦. [١]

٢- (٢) انظر: المغنى لابن قدامه ٥: ٢٢٢.

٣- (٣) التذكرة ٢: ١٤٠. [٢]

٤- (٤) المبسوط ٢: ٣٩٢.

٥- (٥) شرائع الإسلام ٢: ٢٠٦. [٣]

د: أن يختلفا في الرد، فلو ادعى الوكيل رد العين أو رد ثمنها قَدَّم قول الموكل على رأى، وقول الوكيل إن كان بغير جعل على رأى. و لو أنكر الوكيل قبض المال ثم ثبت بينه، أو اعتراف فادعى الرد أو التلف لم تسمع بينته. قوله: (الرابع: أن يختلفا في الرد، فلو ادعى الوكيل رد العين أو رد ثمنها قدم قول الموكل على رأى، وقول الوكيل إن كان بغير جعل على رأى).

الأول قول ابن إدريس (١)، و ابن سعيد في الشرائع (٢)، عملاً بعموم: «البينه على المدعى و اليمين على من أنكر» (٣)، فإن الأصل عدم الرد.

و الثانى قول الشيخ فى المبسوط (٤)، و ابن البراج (٥)، و اختاره الشيخ نجم الدين فى النافع (٦)، و هو الأصح، لأن الوكيل أمين، و قد قبض المال لمحض مصلحه الموكل كالمستودع فهو محسن، و لأنه ربما ادى عدم قبول قوله إلا بالبينه إلى الاعراض عن قبول الوكاله، و ذلك ضرر لما فى التوكيل من الرفق العظيم.

قوله: (و لو أنكر الوكيل قبض المال ثم ثبت بينه أو اعتراف فادعى الرد أو التلف لم تسمع بينته).

لأنه قد أكذبها بإنكار القبض أولاً، و لو ادعى على الموكل العلم بصحة دعوى التلف فهل له إحلافه؟ سبق فى الوديعه مثله، و يجيء على ما سبق فى المطلب

ص: ٣١٦

١-١) السرائر: ١٧٨.

٢-٢) شرائع الإسلام ٢٠٣: ٢.

٣-٣) مستدرک الوسائل ٣: ١٩٨، [١] عوالى اللآلى ١: ٤٥٣ حديث ١٨٨. [٢]

٤-٤) المبسوط ٣٧٢: ٢. [٣]

٥-٥) جواهر الفقه (المطبوع ضمن الجوامع الفقهيه): ٤٢٥.

٦-٦) المختصر النافع: ١٥٥.

و يقبل قول الوصى فى الإنفاق بالمعروف، لا فى تسليم المال الى الموصى له، و كذا الأب و الجد له و الحاكم و أمينه لو أنكر الصبى بعد رشده التسليم إليه، و الشريك و المضارب و من حصلت فى يده ضاله. الرابع فى الضمان أنه لو أظهر تأويلا كاستناده فى الإنكار إلى نسيان و نحوه سمعت.

و أعلم أن إطلاق العبارة يقتضى عدم الفرق بين أن يكون قد ادعى حصول الرد أو التلف قبل الجحود أو بعده، و قد حكى عن أكثر الشافعية سماع بينته لو ادعى الرد بعد الجحود، لأن غايته ان يكون بالجحود غاصبا، فإذا رجع الى الاعتراف، أو قامت عليه البيه فادعى الرد بعد الجحود لم يكن مكذبا لبيته (1). و اختار المصنف هذا الفرق فى الإرشاد، و قرب فى التحرير عدم القبول من غير تفصيل (2).

و الذى سبق فى عبارته هذا الكتاب فى الضمان من الوكاله يدل بمفهومه على صحه هذا التفصيل، و القول به لا يخلو من قوه، لأن التنافى بين الكلامين السابقين، أما اللاحق فلا، و إلا لزم أنه لو اعترف بالقبض ثم ادعى تجدد التلف لا تسمع دعواه، و هو باطل.

قوله: (و يقبل قول الوصى فى الإنفاق بالمعروف، لا فى تسليم المال الى الموصى له، و كذا الأب و الجد له، و الحاكم و أمينه لو أنكر الصبى بعد رشده التسليم إليه، و الشريك، و المضارب، و من حصل فى يده ضاله).

أما قبول قوله فى الإنفاق بالمعروف- أى: الإنفاق المأمور به شرعا الخالى من الإسراف- فلأنه أمين يساعده ظاهر الحال على ذلك، فإن الطفل لا بد له من إنفاق بحسب العاده، فإذا اختلف الوصى و الطفل بعد كماله فى قدر الإنفاق قدم قول الوصى بيمينه فيما لا يتضمن إسرافا عملا بالظاهر، و لأن الإنفاق تتعذر إقامه البيه

ص: ٣١٧

١- ١) انظر: المجموع ١٦٧: ١٤، الوجيز ١٩٤: ١.

٢- ٢) التحرير ٢٣٦: ١. [١]

ه: أن يختلفا في التلف، فلو ادعى الوكيل تلف المال أو تلف الثمن الذى قبضه، فكذبه الموكل قدام قول الوكيل مع اليمين، وكذا الأب والجد والحاكم وأمينه، وكل من فى يده أمانه.

ولا فرق بين السبب الظاهر والخفى. عليه، فلو لم يقبل فيه يمين المنفق لأدى ذلك الى ضياع مصلحة الطفل.

أما إذا ادعى تسليم المال فإنه يكلف البينة، لعموم الخبر (١)، ولا شعار قوله تعالى فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهَدُوا عَلَيْهِمْ (٢) بذلك، ولأنه لم يأت منه على ذلك فيكلف تصديقه.

وكذا القول فى كل ولى - وهو الأب، والجد له، والحاكم، وأمينه، ووكيل أحدهم، والمجنون والسفيه بعد الكمال كالصبي -، والقول فى الشريك بالنسبة إلى الإنفاق بالمعروف والرد، وعامل المضاربه ومن حصل فى يده ضاله كالوصى فيما قلناه.

قوله: (الخامس: ان يختلفا فى التلف، فلو ادعى الوكيل تلف المال، أو تلف الثمن الذى قبضه، وكذبه الموكل قدام قول الوكيل مع اليمين، وكذا الأب والجد والحاكم، وكل من فى يده أمانه، ولا فرق بين السبب الظاهر والخفى).

إنما قدام قول كل واحد ممن ذكر فى دعوى التلف، لأنه أمين قبض المال لمصلحة غيره، وربما كان صادقاً فى دعواه، وتعدر عليه إقامة البينة فأفضى الحال الى الغرم، الموجب لامتناع الناس من الدخول فى الأمانات مع شدة الحاجة إليها، وفرق بعض العامة بين التلف بأمر ظاهر فأوجب إقامة البينة عليه دون الخفى (٣).

ص: ٣١٨

١-١) إشاره لقوله صلى الله عليه وآله: «البينة على المدعى واليمين على من أنكر».

٢-٢) النساء: ٦. [١]

٣-٣) المجموع ١٦٦: ١٤. [٢]

و لو قال بعد تسليم المبيع: قبضت الثمن و تلف فى يدى قَدَم قوله، لأن الموكل يجعله خائناً بالتسليم قبل الاستيفاء.

و لو ظهر فى المبيع عيب رَدّه على الوكيل دون الموكل، لأنه لم يثبت وصول الثمن اليه، و الأقرب رَدّه على الموكل. و لو قال: قبله قَدَم قول الموكل، لأن الأصل قوله: (و لو قال بعد تسليم المبيع: قبضت الثمن و تلف فى يدى قَدَم قوله).

لأن الموكل يجعله خائناً بالتسليم قبل الاستيفاء فيقدم قوله بيمينه، لأنه يحاول بذلك دفع الخيانة و الغرم عن نفسه، و أصاله عدم القبض معارضه بأصاله براءة الذمه من وجوب الغرم، و يبقى تقديم قول الوكيل فى عدم الخيانة بغير معارض.

قوله: (و لو ظهر فى المبيع عيب رَدّه على الوكيل دون الموكل، لأنه لم يثبت وصول الثمن اليه، و الأقرب رده على الموكل).

أى: لو ظهر فى المبيع عيب و أراد المشتري رَدّه فإنما يرَدّه على الوكيل دون الموكل، لأنه لم يثبت وصول الثمن اليه، قاله الشيخ رحمه الله (١)، و المراد: أنه إذا علم المشتري بالوكالة كما يرشد اليه تعليل الشيخ.

و الأقرب عند المصنف رَدّه على الموكل دون الوكيل، لأنه أمين و نائب عن الموكل، و البائع فى الحقيقة هو الموكل، و لا أثر لوصول الثمن اليه و عدمه، بل لا يجوز رَدّه على الوكيل، لأنه ينزل بفعل متعلق الوكالة، إلا أن يكون وكيلاً فى قبضه على تقدير الرد. و كيف كان فقول الشيخ ضعيف، و كذا تعليقه.

قوله: (و لو قال قبله: قَدَم قول الموكل، لأن الأصل

ص: ٣١٩

بقاء حقه. و لو أقر بقبض الدين من الغريم قَدَم قول الموكل على إشكال.

و:أن يختلفا فى التفريط أو التعدى

و:أن يختلفا فى التفريط أو التعدى فالقول قول الوكيل.

بقاء حقه).

أى: لو قال الوكيل قبل تسليم المبيع: قبضت الثمن و تلف فى يدي قَدَم قول الموكل، لأن الأصل عدم القبض و بقاء حق الموكل عند المشتري، و قول الوكيل فى التلف إنما يقدّم إذا ثبت وصول المال إليه.

قوله: (و لو أقر بقبض الدين من الغريم قَدَم قول الموكل على إشكال).

أى: لو أقر الوكيل بقبض الدين من الغريم أنه قبضه و أنكره الوكيل قَدَم قول الموكل على إشكال ينشأ: من أن الاختلاف فى فعل الوكيل فيقدّم قوله فيه و لأنه أمين، و من أصاله بقاء حق الموكل عند الغريم.

و الفرق بين هذه و بين التى قبلها: أن الاختلاف إنما هو فى فعل الوكيل، و قول الموكل معتضد بالأصل و ليس ثم ما ينافيه، بخلاف الأولى، لأن قول الموكل فيها و إن كان معتضدا بالأصل إلا أنه يقتضى خيانه الوكيل، و تضمينه تسليمه المبيع قبل القبض فيكون القول قوله.

و تردد فى الفرق صاحب الشرائع نظرا إلى أن كلا- من المسألتين من فروع اختلاف الموكل و الوكيل فى التصرف، فإن كان المقدم قول الموكل فلا فرق بينهما، و كذا لو قلنا بتقديم قول الوكيل (1)، و رضى هذا الإشكال شيخنا الشهيد فى حواشيه.

و لقائل أن يقول: إن قَدَمنا قول الموكل فى الاختلاف فى التصرف فالمتجه تقديم قول الوكيل فى المسألة السابقة، لقوه جانبه بدفع دعوى خيانه عنه و الغرم، و إن قَدَمنا قول الوكيل فهما سواء فى الحكم و إن كان مدركه فى هذه أقوى، و قد عرفت أن تقديم قول الوكيل فى التصرف لا يخلو من وجه.

ص: ٣٢٠

اشاره

المقصد السابع: فى السبق و الرمى و فيه بابان.

الأول: فى السبق

اشاره

الأول: فى السبق:

مقدمه

مقدمه: السبق بسكون الباء: المصدر، و بالتحريك: العوض، و هو الخطر و الندب و الرهن، يقال: سَبَقَ بتشديد الباء إذا أخرج السبق و إذا أحرزه:

و السابق هو المتقدم بالعنق و الكتد، و قيل بالاذن قوله: (مقدمه: السبق بسكون الباء: المصدر، و بالتحريك: العوض، و هو الخطر و الندب و الرهن).

الخطر و الندب محركتان، و قد يقال الندب للرشق، و قد يقال للخطر الفرع و الوجب.

قوله: (و السابق هو المتقدم بالعنق و الكتد و قيل بالاذن).

الكتد بفتح التاء و كسرهما: هو الكاهل، و هو العالى ما بين أصل العنق و الظهر، و هو من الخيل مكان السنام من البقر، و هو مجتمع الكتفين. و فى القاموس:

الكتد محرکه: مجتمع الكتفين من الإنسان و الفرس كالكتد، أو هما الكاهل، أو ما بين الكاهل الى الظهر (١).

إذا تقرر ذلك فالقول الأول هو مختار الشيخ (٢)، و أكثر الأصحاب (٣). و قال ابن الجنيدي بالثاني (٤)، محتجا بقول النبي صلى الله عليه و آله: «بعثت و ساعه كفرسى»

ص: ٣٢١

١- (١) القاموس المحيط ٣٤٤: ١ [١] كتد.

٢- (٢) المبسوط ٢٩٥: ٦.

٣- (٣) منهم المحقق فى الشرائع ٢٣٥: ٢، و ولد العلامة فى الإيضاح ٣٦٣: ٢.

٤-٤) نقله عنه ولد العلامة فى إضاح الفوائد.

رهان كاد أحدهما أن يسبق الآخر بأذنه» (١).

و ردّ بالحمل على المبالغه، و أن ذلك خرج مخرج ضرب المثل على حد قوله عليه السلام: «من بنى مسجدا و لو كمفحص قطاه بنى الله له بيتا فى الجنة» (٢)، مع امتناع بناء مسجد كذلك، لأن أحد الفرسين قد يرفع رأسه فيقدم اذن الآخر عليه مع كون الأول هو السابق، و العمل على المشهور.

و ان كان الرد غير قادح، لأن المراد: التقدم بسبب العدو.

و الأعضاء التى جرى ذكرها فى كلام الأكثر لاعتبار السبق بها ثلاثه:

الكتد، و الأقدام، و العنق، فيحصل السبق بالأقدام، فأى الفرسين تقدمت يداه عند الغايه فهو السابق، لأن السبق يحصل بهما و الجرى عليهما.

و كذا يحصل بالكتد، فأى الفرسين سبق كتده فهو السابق، سواء تساويا فى الطول و القصر أو اختلفا.

و كذا يحصل بالعنق، فأى الفرسين سبق عنقه أو بعضه مع تساويهما فى الطول و القصر فهو السابق.

و كذا إن اختلفا و سبق القصير، و إن سبق الطويل بجميع العنق أو بأزيد مما به التفاوت فقد سبق، و إن كان بأقل فالقصير هو السابق، لأنه يكون قد سبق بكتده و لا اعتبار بالعنق، و لو دفع أحد الفرسين عنقه بحيث لم يمكن اعتبار السبق به فالاعتبار بالكتد و الاقدام.

و أعلم أن الجمع بين الأمرين، أعنى المتقدم بالعنق و الكتد فى كلام المصنف

ص: ٣٢٢

١- ١) كتر العمال ١٩٥: ١٤ حديث ٣٨٣٥٠ و ٥٤٧ حديث ٣٩٥٧١.

٢- ٢) من لا يحضره الفقيه ١: ١٥٢ حديث ٧٠٤.

و هو المجلّي، و المصلّي هو الثاني، لأنه يحاذى رأسه صلوى المجلّي.

و الصلوان: عظمان نابتان عن يمين الذنب و شماله، و التالى هو الثالث، و البارع هو الرابع، و المرتاح الخامس، و الخطى السادس، و العاطف السابع، و المؤمل الثامن، و اللطيم التاسع، و السكيت العاشر، و الفسكل الأخير. نظرا الى أن العنق قد يكون فى أحد الفرسين أطول، و قد ينفرد أحدهما برفع الرأس، فإذا اعتبر مع تقدّم العنق تقدم الكتد فقد حصل السبق قطعا.

قوله: (و هو المجلّي، و المصلّي هو الثاني، لأنه يحاذى رأسه صلوى المجلّي، و الصلوان عظمان نابتان عن يمين الذنب و شماله، و التالى هو الثالث، و البارع هو الرابع، و المرتاح الخامس، و الخطى السادس، و العاطف السابع، و المؤمل الثامن، و اللطيم التاسع، و السكيت العاشر، و الفسكل الأخير).

هذه أسماء خيل الحلبه، و هى بالحاء المهمله و إسكان اللام خيل تجمع للسباق من كل أوب لا تخرج من اسطبل واحد.

فالمجلّي: هو السابق كأنه جلى عن نفسه، أى عبر عنها و أظهرها بسبقه، أو جلى عن صاحبه و أظهر فروسيته، أو جلى همه بأنه سبق. و التالى للمصلّي هو الثالث، و يليه البارع، و سمّى بذلك لأنه برع المتأخر عنه أى فاته، ثم المرتاح و سمى بذلك لأن الارتياح النشاط، فكأنه نشط فلحق بالسوابق، و يليه الخطى، لأنه خطى عند صاحبه حيث لحق بالسوابق، أى صار ذا حظوه عنده، أى نصيب أو فى مال الرهان، ثم العاطف، لأنه عطف إليها أى مال إليها، أو كر عليها فلحقها، ثم المؤمل مؤمل سبقه أو كونه إحدى السوابق، ثم اللطيم كأمر، ثم السكيت مصغرا، قال فى الجمهره فى باب ما تكلم به العرب مصغرا: و السكيت آخر فرس يجىء فى الرهان و هو الفسكل.

و المحلل: هو الذى يدخل بين المتراهنين إن سبق أخذ، و إن سبق لم يغرم. و عبارته المصنف هنا، و صريح كلامه فى التذكرة أن الفسكل غير العاشر (١)، و نقل الشهيد فى حاشيته عن نبطويه تصديق ما ذكرته عن الجمهوره، و ذكر أن السكيت إنما سُمى كذلك لانقطاع العدد عنده، أو لسكوت ربه إذا قيل لمن هذا، و أنهم كانوا يجعلون فى عنقه حبلا، و ربما أركبوه فردا يركضه.

و ذكر فى الصحاح و القاموس: أن القاشر و القاشور: الجائى فى آخر خيل الحلبه (٢)، فىكون هو السكيت بناء على أن خيل الحلبه التى لها أسماء عند العرب عشره كما صرح به بعض المعتمدين. و ذكر فى القاموس: أن الفسكل كقنفذ و زبور و برزون: الفرس الذى يجيء فى الحلبه آخر الخيل (٣).

قوله: (و المحلل: هو الذى يدخل بين المتراهنين ان سبق أخذ و إن سبق لم يغرم).

أى الذى يدخل على وجه يتناوله العقد بالشرط المذكور، و إنما سُمى محللا لتحريم العقد المذكور بدونه إذا أخرج السبق كل من المتسابقين عند ابن الجنيد منّا (٤) و الشافعى (٥)، لأنه قمار.

ص: ٣٢٤

١- ١) تذكره الفقهاء ٣٥٤: ٢. [١]

٢- ٢) الصحاح ٧٩٢: ٢، [٢] القاموس المحيط ١١٧: ٢. [٣] قشر.

٣- ٣) القاموس ٢٩: ٤. [٤] فسل.

٤- ٤) نقله عنه العلامة فى المختلف: ٤٨٤.

٥- ٥) انظر: المجموع ١٥٠: ١٥.

و الغايه:مدى السباق.

و المناضله:المسابقه و المراماه، و فى هذا الباب مطلبان:

المطلب الأول:فى الشروط

اشاره

المطلب الأول:فى الشروط،و هى تسعه:

أ:العقد

أ:العقد،و لا بد فيه من إيجاب و قبول،وقيل:إنها جعله يكفى فيها الإيجاب و هو البذل.

ب:ما يسابق عليه

ب:ما يسابق عليه:و إنما يصح على ما هو عدّه للقتال،و هو من الحيوان:كل ماله خف أو حافر و يدخل تحت الأول الإبل و الفيله،و تحت الثانى الفرس و الحمار و البغل،فلا تصح المسابقه بالطيور،و لا على الاقدام، و لا بالسفن،و لا بالمصارعه،و لا برفع الأحجار.

قوله: (العقد:و لا بد فيه من إيجاب و قبول،وقيل:إنها جعله يكفى فيها الإيجاب و هو البذل).

اختلف الأصحاب فى أن المسابقه لازم كالإجاره،أو جائز كالجعله،فقال الشيخ (١)و جماعه بالأول (٢)،تمسكا بالأصل،و لوجود بعض خواص الجعله فيها مثل إبهام العامل و جواز البذل من الأجنبى.و قال ابن إدريس (٣)،و جماعه بالثانى (٤)،لعموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (٥)و عموم قوله عليه السلام:«المؤمنون عند

ص:٣٢٥

١- (١)المبسوط ٣٠٠:٦.

٢- (٢) منهم ابن إدريس كما نقله عنه العلامة الحلى فى المختلف ٤٨٤.

٣- (٣) السرائر:٣٧٦.

٤- (٤) منهم ولد العلامة فى إيضاح الفوائد ٢:٣٦٧.

٥- (٥) المائده:١. [١]

و فى تحريم هذه مع الخلو عن العوض نظر. شروطهم» (١).

و اعترض المصنف فى المختلف بالقول بموجب الآيه، فإن الوفاء بالعقد العمل بمقتضاه على وجه اللزوم إن كان لازماً، وإلا فالجواز، و بالتقضى بنحو الوديعه و العاربه لو أريد العموم (٢).

و جوابه: أن الوفاء بالعقد هو العمل بمقتضاه من دون القيد الذى ذكره، فإن المفهوم لغه و عرفاً من الوفاء بالقول هو العمل بمدلوله. ثم إنه لا معنى لوجوب الوفاء بالعقد على وجه الجواز، فإن وجوب الوفاء به ينافى الجواز، و الآيه مخصوصه بما عدا الجائز، فإن العام المخصوص حجه فى الباقي، و الأصح اللزوم.

و الأصل الذى ادعاه الشيخ مدفوع بوجود الناقل و هذا عقد برأسه فلا يمتنع اختصاصه ببعض الخواص، و قول المصنف يكفى فيه الإيجاب و هو البذل المراد به: بذل العوض من مخرجه كائناً من كان من غير احتياج الى قبول.

قوله: (و فى تحريم هذه مع الخلو عن العوض نظر).

ينشأ: من أن الأصل الجواز، و لأنها قد تراد لغرض صحيح، و من أنها ليست مما يقصد للحرب، و لقوله عليه السلام: «لا سبق إلا فى نصل أو خوف أو حافر» (٣) و هو يأسكان الباء يقتضى نفي المشروعيه فيما عدا الثلاثه، و على روايه الفتح فلا دلالة فيه إلا على تحريم العوض فيما عداها.

و كيف كان فظاهر المذهب التحريم، إلا أن وجهه غير ظاهر، لأن هذه قد تراد لغرض صحيح ينفع فى معالجه العدو، و لم يثبت فى الشرع تحريم شىء من هذه

ص: ٣٢٦

١- ١) التهذيب ٧: ٣٧١ حديث ١٥٠٣، الاستبصار ٣: ٣٣٢ حديث ٨٣٥.

٢- ٢) المختلف: ٤٨٤.

٣- ٣) قرب الاسناد: ٤٢، [١] الكافي ٥: ٤٨ و ٥٠ حديث ٦ و ١٤. [٢]

ج:تقدير المسافه ابتداء و انتهاء،فلو شرط للسابق حيث يسبق من غير تعيين غايه لم يجز،لأن أحدهما قد يكون سريعا في أول عدوه مقصّر را في انتهائه،و بالعكس. الأفعال،و لا- تعد بنفسها لهوا و لعبا.و من نظر في أن الإنسان لو أراد أن يعتاد شده العدو،ليكون عند لقاء العدو قادرا على النكوص عنه،و الانتقال من جانب الى آخر ذا قدره على المصابره في حال المشى و العدو،متمكنا من الفرار حيث يجوز له لم نجد الى القول بتحريم ذلك سيلا.

و لا ريب أنه إن انضم الى آخر فتعاديا كان أدخل في مطلوبه،و ليس للضميمه أثر في التحريم.و المشهور عندنا أنه يجوز اتخاذ الحمام للأنس و إنفاذ الكتب،و يكره للتفرج و التطير.أما الرهان عليها فحرام قطعا،و هذا قريب مما قلناه.

قوله: (الثالث:تقدير المسافه ابتداء و انتهاء،فلو شرط للسابق حيث يسبق من غير تعيين غايه لم يجز،لأن أحدهما قد يكون سريعا في أول عدوه مقصّرا في انتهائه و بالعكس).

تنقيح ما ذكره من الدليل:أنه لو لم يقدر المسافه لأدى ذلك الى التنازع و التجاذب،فإن الأغراض تختلف بذلك اختلافا ظاهرا،لأن من الخيل ما يكون سريعا في أول عدوه خاصه فصاحبه يطلب قصر المسافه،و منها ما يكون سيره في الابتداء ضعيفا ثم يقوى فصاحبه يطلب طول المسافه،فلا بد من التنصيص على ما يقطع النزاع.

فإن قيل:هذا لا يدل على تمام المدعى،بل إنما يدل على وجوب تعيين الغايه.

قلنا:بل يدل لأن طول المسافه و قصرها إنما يتحقق مع تعيين الغايه و أيضا فإنه لولا تعيين المسافه لأمكن ادامه السير على وجه يترتب عليه الضرر،و يفوت به مطلوب المسابقه.و هذا على القول بجواز العقد،أما على اللزوم فاشترط التعيين.

و لو شرط المال لمن سبق فى وسط الميدان فإشكال، و لو استبقا بغير غايه لينظر أيهما يقف أولا لم يجز.

د:تقدير الخطر

د:تقدير الخطر، و يصح أن يكون دينا أو عينا، حالا و مؤجلا، ظاهر، لأنه فى معنى الإجاره.

قوله: (و لو شرط المال لمن سبق فى وسط الميدان فإشكال، و لو استبقا بغير غايه لينظر أيهما يقف أولا لم يجز).

أى: لو شرط المال لمن سبق فى وسط الميدان مع قطع النظر عن السبق عند الغايه، و ذلك من غير تعيين للوسط على ما ترشد إليه عبارته التذكيره، و هى هذه:

و لو عينا غايه و شرطا أن السبق إن اتفق فى وسط الميدان كفى و كان السابق فائزا فالأقرب المنع (١).

لأننا لو اعتبرنا السبق خلال الميدان لاعتبرنا السبق بلا غايه معينه، فعلى هذا يكون منشأ الاشكال مما ذكره، و من أصاله الجواز، و عموم النصوص المتناوله لذلك.

و يمكن أن يكون المراد مع تعيين الوسط الذى يراد عنده السبق، و منشأ الإشكال حينئذ: من انه خلاف المنقول من فعل النبى صلى الله عليه و آله، و لأن ذلك يقتضى خروج الغايه عن كونها غايه، و من أصاله الجواز. و الأصح العدم، لأن شرعيه ذلك على خلاف الأصل، فيقتصر فيه على مورد النص.

قوله: (الرابع: تقدير الخطر، و يصح أن يكون عينا أو دينا، حالا و مؤجلا).

لا ريب أن المال غير شرط فى عقد المسابقه، لكن لو شرط وجب تعيينه، حذرا من تطرق الجهاله المفضيه إلى التنازع.

و لا فرق بين كونه عينا أو دينا، و لا بين كون الدين حالا أو مؤجلا لكن

ص: ٣٢٨

و أن يبذله المتسابقان أو أحدهما أو غيرهما، و يجوز من بيت المال.

ه: تعيين ما يسابق عليه بالمشاهدة

ه: تعيين ما يسابق عليه بالمشاهدة، و لا يكفي العقد على فرسين بالوصف، و مع التعيين لا يجوز إبداله. يشترط تعيين الأجل بما لا يحتمل الزيادة و النقصان، و اشتراط تقدير الخطر على القول بجواز العقد و لزومه من غير تفاوت، إلا أنه يلزم القائلين بالجواز اغتفار الجهالة كالجعله.

قوله: (و أن يبذله المتسابقان، أو أحدهما، أو غيرهما، و يجوز من بيت المال).

أن يبذل المتسابقان المال فلا بحث في الجواز، و إن بذله أحدهما دون الآخر على أن الباذل إن سبق أحرز ماله و إن سبق أحرزه الآخر صح عندنا و عند الشافعي (١)، لأن غير المخرج منهما يكون محللا، خلافا لمالك (٢).

و لو أخرج المال غيرهما: فإن كان المخرج الإمام عليه السلام جاز إجماعا، و إن كان غيره جاز عندنا و عند الشافعي، خلافا لمالك (٣)، لأن ذلك قربه و مصلحه للمسلمين، و كذا يجوز من بيت مال المسلمين، لأنه من المصالح.

قوله: (الخامس: تعيين ما يسابق عليه بالمشاهدة و لا يكفي العقد على فرسين بالوصف و مع التعيين لا يجوز إبداله).

لما كان الغرض الأقصى من المسابقة امتحان الفرسين لتعرف شده عدو كل منهما و التمرين على ذلك و جب تعيينهما في العقد، فلا يكفي العقد على فرسين بالوصف، لما قلناه من تعلق الغرض هنا بالشخص، و ظاهر أنه مع التعيين لا يجوز

ص: ٣٢٩

١- ١) المجموع ١٣٣: ١٥.

٢- ٢) المجموع ١٣٣: ١٥، المغنى لابن قدامة ١١: ١٣١.

٣- ٣) المصدرين السابقين.

و:تساوى ما به السباق فى احتمال السبق

و:تساوى ما به السباق فى احتمال السبق، فلو كان أحدهما ضعيفا يعلم قصوره عن الآخر لم يجز.

ز:تساوى الدابتين فى الجنس

ز:تساوى الدابتين فى الجنس، فلا يجوز المسابقه بين الخيل و البغال، و لا بين الإبل و الفيله، و لا بين الإبل و الخيل.

و لو تساويا جنسا لا صنفا فالأقرب الجواز كالعربى و البرذون و البختى و العرابى. الأبدال و إن قلنا بجواز العقد.

قوله: (السادس:تساوى ما به السباق فى احتمال السبق.).

لأن الغرض الاستعلام، و إنما يتحقق ذلك مع احتمال سبق كل منهما، لأنه إذا علم سبق واحده لم يكن للاستعلام معنى.

و المراد من التساوى فى احتمال السبق: ثبوت الاحتمال فى حق كل منهما، فلا يمنع من السباق، إلا إذا قطع بسبق واحده كما هو صريح عبارته التذكرة (١)، و مقتضى ذلك أن رجحان احتمال السبق بالنسبه إلى واحده غير قادح فى الجواز ما لم يبلغ حد القطع، و عبارته الكتاب قد تشعر بخلافه.

قوله: (و لو تساويا جنسا لا صنفا فالأقرب الجواز كالعربى و البرذون و البختى و العرابى).

وجه القرب حصول الشرط و هو احتمال سبق كل منهما، لأن الكلام على تقديره، و لتناول اسم الجنس للصنفين.

و يحتمل العدم، للبعد بين العربى و البرذون فصارا كالجنسين، و الأصح الأول، و أعلم أن العربى من الخيل، خلاف البرذون و البختى من الإبل، خلاف العرابى.

ص: ٣٣٠

ح:إرسال الدابتين دفعه،فلو أرسل أحدهما قبل الآخر ليعلم هل يدركه الآخر أو لا لم يجز.

ط:جعل العوض للسابق منهما أو منهما و من المحلل

ط:جعل العوض للسابق منهما أو منهما و من المحلل،و لو جعل لغيرهما لم يجز،و لا يجوز لو جعله للمسبوق،و لا جعل القسط و الأوفر للمصلى و الأدون للسابق،و يجوز العكس قوله: (الثامن:إرسال الدابتين دفعه،فلو أرسل أحدهما قبل الآخر ليعلم هل يدركه الآخر أو لا لم يجز).

لأذن الغرض من العقد استعمال حال الدابتين،و إنما يعلم بإرسالهما دفعه، لأن السبق هنا ربما كان مستندا إلى إرسال أحدهما أولا،و أيضا فإن استعمال ادراك الآخر للأول غير استعمال السبق فلا يجوز العقد عليه.

قوله: (التاسع:جعل العوض للسابق منهما،أو منهما و من المحلل، و لو جعل لغيرهما لم يجز،و لا يجوز لو جعله للمسبوق،و لا جعل القسط الأوفر للمصلى و الأدون للسابق،و يجوز العكس).

لما كان الغرض الأقصى من شرعيه بذل العوض فى المسابقه الحث على السبق و التمرن على ذلك و جب أن يكون اشتراطه للسابق من المتسابقين إن لم يكن بينهما محلل،أو منهما و من المحلل إذا كان بينهما،فلو جعل لغيرهما لم يجز،لأنه مفوت للغرض.

و كذا لو جعل للمسبوق،لأن كلا منهما يحرص على كونه مسبقا لتحصيل العوض فيفوت الغرض،و من ثم لم يجز جعل القسط الأوفر للمصلى و الأدون للسابق.

أما العكس،و هو أن يجعل الأوفر للسابق و الأدون للآخر فإنه جائز،و ذكر المصنف فى التذكرة تفصيلا حاصله:أن المال إن كان من ثالث لم يجز ذلك،لأن المسبوق إذا كان يتحصل على شيء كان مظنه التكاثر فيفوت مقصود العقد،أما إذا

و هل يجوز جعله للمصلى لو كانوا ثلاثة؟ نظر، وكذا الإشكال فى جعل قسط للفسكل. و لو جعل العوض للمحلل خاصة جاز، وكذا لو قال: من سبق منّا كان منهما فلا مانع، لأنه فى الحقيقة راجع الى جعل التفاوت بين القسطين هو الخطر (1).

و هذا التفصيل لا بأس به، لكن سيأتى أنهم إذا كانوا ثلاثة جاز ان يجعل الأدون للمصلى، و هو بظاهرة مناف لهذا، إلا أن يقال: للمصلى فى هذه الصورة سبق فى الجملة بالنسبة الى الثالث فلا يمتنع اشتراط شىء قليل له، بخلاف ما هنا.

قوله: (و هل يجوز جعله للمصلى لو كانوا ثلاثة؟ نظر، وكذا الإشكال فى جعل قسط للفسكل).

منشأ النظر: من أن المصلى سابق بالنسبة الى الثالث فهو سابق فى الجملة، فإذا جعل العوض له كان ذلك باعثة لكل منهم على عدم التأخر. و ليس بشىء، لأن الغرض من شرعيه هذا العقد السابق، و هذا الاشتراط يقتضى التحريض على عدمه.

و منشأ الإشكال: أصالة الجواز، و اشتراط الأكثر للسابق كاف فى التحريض على سبق كل منهم فىحصل به مقصود العقد. و من أن المسبوق إذا علم أنه يحصل على شىء قل جدّه و نشاطه فى الحرص على كونه سابقا، و مال الى عدم اجتهاد نفسه و فرسه فى فوت الغرض، و الأصح عدم الجواز. و أعلم أن المصنف حكى فى المختلف قولاً بجواز جعل العوض بحزب (2) السابق و قواه (3)، و هو محتمل.

قوله: (و لو جعل العوض للمحلل خاصة جاز، وكذا لو قال: من

ص: ٣٣٢

١- ١) تذكرة الفقهاء، ٣٥٧: ٢. [١]

٢- ٢) هكذا ورد رسم الكلمة فى الخطبتين و الحجرية، و لا وجود لها فى المختلف، بل الموجود الكتد و الهادى.

٣- ٣) المختلف: ٤٨٤.

فله السبق، و لا يشترط المحلل، و الأقرب عدم اشتراط التساوى فى الموقف. سبق فله السبق).

المراد: جعله للمحلل على تقدير سبقه، و لا شبهه فى جوازه، و فى معناه قولهما:

(من سبق منّا فله السبق) بالفتح.

قوله: (و لا يشترط المحلل).

خلافًا لابن الجنيّد (١) منّا، و للشافعى (٢)، حيث شرطاه إذا كان العوض منهما، لقول النبى صلى الله عليه و آله: «من أدخل فرسا بين فرسين و هو لا يأمن أن يسبق فلا بأس، و من أدخل فرسا بين فرسين و هو يأمن أن يسبق فإنّ ذلك هو القمار» (٣).

وجه الاحتجاج به: أنه إذا علم أن الثالث لا يسبق فهو قمار، فمع عدمه أولى، و لأنه بدونه شبهه بالقمار. و يضعف بمنع الأولويه، فإن القطع بعدم سبق من تضمنه عقد السباق مناف للصحة مطلقًا، لمنافاته لمقصود المسابقة و استثناء الشارع جواز هذا العقد أخرجه عن كونه قمارًا.

إذا عرفت ذلك فاعلم أنه يشترط فى المحلل ما يشترط فى غيره، من مكافأه دابته لدابتى المتسابقين، و تعيين فرسه فى العقد كما فى المستبقين.

قوله: (و الأقرب عدم اشتراط التساوى فى الموقف).

وجه القرب التمسك بالأصل، لعدم الدليل الدال على الاشتراط فإن الأخبار مطلقه. و يحتمل العدم، لانتفاء معرفه جوده عدو الفرس و فروسيه الفارس مع عدم التساوى، لأن عدم السبق قد يكون مستندا اليه فيخل بمقصود العقد، و ما أشبه هذه بمسأله إرسال احدى الدابتين قبل الأخرى، و الذى يقتضيه النظر اشتراط التساوى فى الموقف.

ص: ٣٣٣

١- ١) نقله عنه العلامة فى المختلف: ٤٨٤.

٢- ٢) المجموع ١٣١: ١٥.

٣- ٣) سنن أبى داود ٣: ٣٠ حديث ٢٥٧٩، [١] جامع الأصول ٥: ٣٩ حديث ٣٠٣٦.

المطلب الثاني: فى الأحكام

المطلب الثانى: فى الأحكام: عقد المسابفة و الرمايه لازم كالإجاره، و قيل جائز كالجعله، و هو الأقرب، فلكل منهما فسخه قبل الشروع. و يبطل بموت الرامى و الفرس، و لو مات الفارس فللوارث الإتمام على إشكال. قوله: (المطلب الثانى: فى الأحكام: عقد المسابفة و الرمايه لازم كالإجاره، و قيل جائز كالجعله، و هو الأقرب، فلكل منهما فسخه قبل الشروع).

قد سبق ان الأصح للزوم، و قوله: (لكل منهما فسخه قبل الشروع) تفرير على القول بالجواز.

لا يقال: إذا كان العقد جائزاً لم يتفاوت جواز الفسخ قبل الشروع و بعده.

لأننا نقول: حكم ما بعد الشروع و ظهور الفضل مخالف لما قبله، لأنه جهه العقد، بل بسبب آخر كما سيأتى بيانه ان شاء الله تعالى.

قوله: (و يبطل بموت الرامى و الفرس).

قطعاً، لأن الرامى بخصوصه مقصود فى عقد الرمى، كالفرس فى عقد المسابفة.

قوله: (و لو مات الفارس فللوارث الإتمام على إشكال).

ينشأ: من أن الفارس غير مقصود فى المسابفة، إنما المقصود امتحان الفرس، و حقوق الميتم تنتقل الى الوارث، و الإتمام حق له، و من أن العقد لم يتناول من عدا الميتم، و امتحان الفرس و إن كان هو المقصود، إلا أن الفارس مقصود تبعاً، و الأصح العدم.

فإن قيل: أى وجه للإشكال على القول بجواز العقد، فإن المتبادر من كون الوارث له الإتمام أنه حق له، و مع الجواز فلا حق لأحد المتعاقدين فى العقد على الآخر.

و لو أراد أحدهما الزيادة أو النقصان لم تجب إجابته و إن كان بعد الشروع و ظهور الفضل، مثل أن يسبق بفرسه في بعض المسافه، أو يصيب بسهام أكثر فللفاضل الفسخ لا المفضول على إشكال. قلنا: المراد أن له الإتمام بذلك العقد من غير احتياج الى عقد جديد أعم من أن يكون ذلك على وجه اللزوم أو الجواز.

قوله: (و لو أراد أحدهما الزيادة أو النقصان لم تجب إجابته).

سواء قلنا بجواز العقد أم بلزومه، أما إذا قلنا باللزوم فظاهر، لو جوب الوفاء به، فإن أرادنا ذلك فسخا العقد ثم عقدا غيره.

و أما على الجواز فلأن الزيادة و النقصان في العمل أو المال منوط برضى الآخر، بل أصل العمل منوط به.

قوله: (و إن كان بعد الشروع و ظهور الفضل، مثل أن يسبق بفرسه في بعض المسافه، أو يصيب بسهام أكثر فللفاضل الفسخ لا المفضول على إشكال).

أى: و إن كان الفسخ-بناء على جواز العقد-بعد الشروع: فإن لم يظهر لأحدهما على الآخر فضل فكما لو فسخ قبل الشروع، و إن ظهر لأحدهما فضل على الآخر و حصلت علامات السبق فللفاضل الفسخ، لأنه يترك بعض حقه.

و أما المفضول ففي جواز فسخه إشكال ينشأ: من أنه لو جاز لأدى إلى سد باب المسابقه، فإنه متى أحس أحد المتسابقين بغلبه صاحبه له عدل الى الفسخ. و من أن الغرض جواز العقد، و قضيه الجواز التسلط على الفسخ في كل وقت. و يضعف بان هذا مقتضى العقد، و اللزوم هنا حصل لعارض فلا منافاه، و الأصح عدم اللزوم، و هو مقرب التذكرة (١).

ص: ٣٣٥

و على القول باللزوم يجب البدء بالعمل لا بتسليم السبق، و يجوز ضمانه و الرهن به، و أعلم أن المصنف ذكر في التذكرة تفرّيعاً على لزوم العقد: أن الفاضل يجوز له ترك العمل إذا لم يحتمل الحال ان يدركه الآخر و يسبقه، معللاً بأنه يترك حق نفسه.

و يشكل بان لزوم العقد يقتضى وجوب إتمام العمل، و ليس الإتمام نفس حقه و إنما هو مستلزم له.

قوله: (و على القول باللزوم يجب البدء بالعمل لا بتسليم السبق).

الظاهر أنه لا خلاف في ذلك، و هذا بخلاف الإجماع، فإن الأجر يسلم إلى المؤجر بالعقد، و الفرق أن الأمر في المسابقة مبني على الخطر و الاحتمال فيقيد بالعمل.

قوله: (و يجوز ضمانه و الرهن به).

لا يخفى أن ضمان السبق على القول بجواز عقد السبق كضمان مال الجعالة قبل العمل، و كذا الرهن به، فمتى لم نجوزهما في الجعالة لم نجوزهما هنا. و أما على اللزوم فإنه يجوز كل منهما.

و قد صرح المصنف هنا بجواز الضمان و الرهن، و الظاهر أنه يريد بذلك البناء على اللزوم، لأنه في سياقه، و به صرح في التذكرة (١)، و وجه الجواز ثبوت العوض بالعقد اللازم.

و حكى المصنف في التذكرة عن بعض الفقهاء اشكالا حاصله: أن وجوب البدايه بالعمل لا بتسليم العوض يدل على أن المال لا يستحق إلا بالعمل، و حينئذ فيكون ضمانه ضمان ما لم يجب، و إنما جرى سبب وجوبه. قال: و ضمان هذا أبعد من ضمان نفقه العبد، فإن الظاهر استمرار النكاح و الطاعه، و سبق من شرط له السبق أمر ضعيف، و يؤيده أن السبق ليس امراً مستندا الى اختيار المتسابقين.

ص: ٣٣٦

فإن فسدت المعامله بكون العوض ظهر خمرا رجع إلى أجر مثله في جميع ركضه لا في قدر السبق، وقيل: يسقط المسمى لا إلى بدل.

و لو فسد لاستحقاق العوض وجب على البازل مثله أو قيمته، و يحتمل اجره المثل، و قد يتفق سبب أحدهما و قد لا يتفق فلا يكون العوض معلوم الثبوت، لعدم ثبوت ما هو مجعول في مقابله فكيف يصح ضمانه بخلاف الأجره التي هي في مقابل المنفعه الموجوده تبعا للعين و من ثم تعد مالا؟ وهذا الإشكال واضح متين.

قوله: (فان فسدت المعامله بكون العوض ظهر خمرا رجع الى أجر مثله في جميع ركضه لا في قدر السبق. و قيل يسقط المسمى لا الى بدل. و لو فسد لاستحقاق العوض وجب على البازل مثله أو قيمته، و يحتمل اجره المثل).

إذا فسدت المعامله بعد المسابقه من جهه العوض فللفساد طريقان: أحدهما أن يظهر كون العوض المعقود عليه مما لا يملك في شرع الإسلام، كما لو ظهر خمرا ففي استحقاق السابق على البازل شيئا قولان: أحدهما: لا يستحق شيئا-اختاره الشيخ نجم الدين بن سعيد- (1) لأنه لم يعمل شيئا و فائده عمله راجعه إليه، بخلاف ما إذا عمل في الإجاره أو الجعاله الفاسدين فإنه يرجع الى أجره مثل عمله، لأن فائده العمل للمستأجر و الجاعل.

و أصحهما- و اختاره المصنف هنا، و في التذكرة (2)- و جوب اجره المثل، لأن كل عقد استحق المسمى في صحيحه فإذا وجد المعقود عليه في الفاسد وجب عوض المثل، و العمل في القراض قد لا ينتفع به المالك و مع ذلك يكون مضمونا، فيرجع الى

ص: ٣٣٧

١- ١) شرائع الإسلام ٢: ٢٤٠.

٢- ٢) التذكرة ٢: ٣٥٧. [١]

و ليس لأحدهما أن يجنب الى فرسه فرسا يحرضه على العدو، و لا اجره المثل بجميع ركضه لا الى القدر الذى سبق به لترتبه على جميع ركضه.

الثانى: أن يكون سبب الفساد استحقاق العوض، و مقتضى عباره المصنف أن القول بسقوط المسمى لا الى بدل غير آت هنا، و هو ظاهر عباره الشرائع (1)، و يلوح من عباره التذكرة عدم الفرق، و هو الصواب، فان الدليل فى الموضوعين واحد و كذا الفتوى.

إذا عرفت ذلك فاعلم أنه مع ظهور العوض مستحقا هل يجب مثله إن كان مثليا و إلا فقيمته، نظرا إلى أنهما أقرب شىء الى ما وقع التراضى عليه كالصداق إذا ظهر فساده عند بعضهم؟ أم تجب اجره المثل، لأن العوض المسمى إذا فات و جب قيمه العوض الآخر و هى أجره مثله كما فى سائر المعاوضات؟ وجهان أصحهما الثانى؟ و كيف تجب قيمه ما حكم ببطلان كونه عوضا؟ ثم كيف اعتبار اجره المثل؟ ذكر فيه وجهان:

أحدهما: أن ينظر الى الزمان الذى وقعت المسابقة فيه، و أنه كم قدره فيعطى اجره المثل، بناء على أن الحر إذا غصب على نفسه استحق اجره مثل تلك المده.

و الثانى: أنه يجب ما تجرى المسابقة بمثله فى مثل تلك المسافة فى عرف الناس غالبا، قال فى التذكرة: و هذا و ان كان أقرب لكن يشكل بانتفاء العرف فيه بين الناس (2). و ما ذكره صحيح، لكن انتفاء العرف لا- يوجب العدول الى الطرف الآخر الضعيف، فإن أمكن الوقوف عليه و إلا اصطالحا.

قوله: (و ليس لأحدهما أن يجنب الى فرسه فرسا يحرضه على العدو، و لا

ص: ٣٣٨

١- ١) شرائع الإسلام ٢: ٢٤٠.

٢- ٢) تذكره الفقهاء ٢: ٣٥٧. [١]

يصيح به فى وقت سباقه. و لو قال: آخر من سبق فله عشره فأىهم سبق استحقها، و لو جاؤوا جميعا فلا شىء لأحدهم، و لو سبق اثنان أو أربعة تساوا، و يحتمل أن يكون لكل واحد عشره. يصيح به فى وقت سباقه).

فى الحديث: «لا جلب و لا جنب» (١) فالجلب: هو ان يتبع الرجل فرسه فيزجره و يجلب عليه و يصيح حثا له على الجرى. و الجنب بالتحريك: ان يجنب فرسا الى فرسه الذى يسابق عليه، فإذا فتر المركوب تحول الى المجنوب فمنهى عنهما، ذكره ابن الأثير فى النهايه (٢) و غيره (٣).

قوله: (و لو قال: آخر من سبق فله عشره، فأىهم سبق استحقها، و لو جاؤوا جميعا فلا شىء لأحدهم، و لو سبق اثنان أو أربعة تساوا، و يحتمل أن يكون لكل واحد عشره).

أى: لو قال آخر غير المتسابقين: من سبق فله عشره، فإن سبق واحد فلا بحث فى استحقاقه إياها، و إن جاؤوا جميعا فليس فيهم سابق فلا شىء لهم. و لو سبق ما فوق واحد ففى قدر الاستحقاق وجهان:

أحدهما: -و اختاره الشيخ (٤) و المصنف- توزيع العشره على السابقين، لأن من يحتمل اراده كل فرد فرد من المتسابقين، و مجموع من سبق أعم من أن يكون واحدا أو متعددا، و مع الاحتمال فالأصل براءه الذمه من وجوب ما زاد على عشره فيقتسمها السابقون.

ص: ٣٣٩

١- ١) الكافى ٥: ٣٦١ حديث ٢، [١] التهذيب ٧: ٣٥٥ حديث ١٤٤٥، سنن النسائى ٦: ١١١، الجامع الصغير ٢: ٧٤٦ حديث ٩٨٧٤.

٢- ٢) النهايه ١: ٣٠٣. [٢]

٣- ٣) الصحاح ١: ١٠٣ «[٣] جنب».

٤- ٤) المبسوط ٦: ٢٩٤. [٤]

و لو قال: من سبق فله عشرة، و من صلى فله خمسة، فسبق خمسة و صلى خمسة فللخمس عشرة أو لكل واحد على الاحتمال، و الثانى: استحقاق كل واحد منهم عشرة، لأن من للعموم فهى بمعنى كل فرد فرد، و لأن الحكم فى جميع القضايا الكلية إنما هو على كل فرد فرد، و لأن من مفرد و لهذا يعود إليها الضمير مفردا فهى بمعنى أى، و لأن العوض فى مقابل السبق و قد وقع من كل واحد منهم فيستحق كل منهم كمال العوض. و قد صرح المصنف فى كتاب الجعالة بأنه لو قال قائل: من دخل دارى فله دينار، فدخلها جماعه استحق كل منهم دينارا، لأن كل واحد منهم قد صدر منه دخول كامل (١)، و هذا أقوى.

لا يقال: فعلى هذا لا يكون العوض معلوما حال العقد، إذ لا يعرف قدر السابقين حينئذ، فيلزم عدم صحته على القول باللزوم.

لأننا نقول: هذا القدر غير قادح، و إلا لم يصح: من سبق فله كذا، و من صلى فله كذا على قول الشيخ أيضا، لإمكان انتفاء المصلى (٢).

فإن قيل: السبق هنا لكل منهم أمر إضافى، لأنه إنما يتحقق بالنسبة إلى المتخلف خاصة، فلا- يكون تمام السبق إلا لمجموع السابقين.

قلنا: لما كان البذل لمن ثبت له السبق و جب استحقاق كل منهم العوض، لثبوت ذلك المعنى له، و إلا لوجب أن لا يستحق شيئا.

قوله: (و لو قال: من سبق فله عشرة، و من صلى فله خمسة فسبق خمسة و صلى خمسة فللخمس عشرة أو لكل واحد على الاحتمال).

أى: فللخمس السابقين عشرة على ما اختاره سابقا، و على الاحتمال الذى ذكره يكون لكل واحد عشرة و هو الأقوى.

ص: ٣٤٠

١- ١) قواعد الأحكام: ٢٠١.

٢- ٢) المبسوط ٢٩٢: ٦. [١]

و للثانيه خمسه أو لكل واحد، و يحتمل البطلان على الأول، لإمكان سبق تسعه، فيكون لكل من السابقين درهم و تسع و للمصلى خمسه. و لو قال لاثنين: أيكما سبق فله عشره، و أيكما صلى فله عشره لم يصح، و لو قال: و من صلى فله خمسه صح. قوله: (و للثانيه خمسه، أو لكل واحد، و يحتمل البطلان على الأول، لإمكان سبق تسعه فيكون لكل واحد من السابقين درهم و تسع و للمصلى خمسه).

أى: و للخمسه الثانيه-أى المصلى-خمسه على ما اختاره المصنف أو لكل منهم على الاحتمال.

و هنا احتمال ثالث و هو بطلان هذا البذل من البازل حال البذل، لأن العوض الأدون إذا جعل للأسبق و الآخر لغيره لم يكن السبق مطلوباً للمتسابقين فيفوت مقصود المسابقه، و هو هنا كذلك، لأن كل واحد منهم يجوز تعدد السابقين و اتحاد المصلى المقتضى لكون نصيب السابق بقدر المصلى أو أدون فيقل جده و حرصه فى اجتهاد نفسه و فرسه، و غرض المسابقه الحث على السبق بالتفضيل فى الجعل على جميع الأحوال الممكنه، و هذا إنما هو على ما اختاره المصنف من اقتسام المتسابقين العشره، أما على ما اخترناه من أن لكل واحد عشره فلا مانع من الصحه.

قوله: (و لو قال لاثنين: أيكما سبق فله عشره، و أيكما صلى فله عشره لم يصح).

لمنافاته مقصود المسابقه كما أشرنا إليه سابقاً.

قوله: (و لو قال: و من صلى فله خمسه صح).

هذا خلاف ما ذكره من الإشكال فى جواز جعل قسط للفسكل، لأنه إذا كان المتسابقان اثنين كان المتأخر بمنزله الفسكل، فيكون رجوعاً عن الإشكال الى

و لو قال لثلاثه: من سبق فله عشره، و من صلى فله عشره صح. و لو قال: من سبق فله عشره و من صلى فله خمس، فسبق أحد الثلاثه و صلى آخر و تأخر ثالث فلا شيء للمتأخر. و يجوز أن يخرج أحدهما أكثر مما يخرج الآخر و يختلفا، فلو قال الجزم، و الأصح أنه لا يصح، لأنه مخالف لمقصود المسابقه.

قوله: (و لو قال لثلاثه: من سبق فله عشره، و من صلى فله عشره صح).

وجهه: أن المصلى سابق بالإضافه إلى المتأخر، فيصح بذل العشره له، لا تصافه بالسبق، و قد ذكر المصنف ذلك هنا و فى التذكرة و التحرير (١).

و يشكل بأنه لا يجوز مساواه الأعلى و الأدنى فى الجعل، لأن العوض إذا كان واحدا ضعف الباعث على اجتهاد الفارس نفسه و فرسه على تحصيل سبق، و فى حواشى شيخنا الشهيد احتمال البطلان، و هو المتجه.

قوله: (و لو قال: من سبق فله عشره، و من صلى فله خمس فسبق أحد الثلاثه و صلى آخر و تأخر ثالث فلا شيء للمتأخر).

لا كلام فى صحه هذا الفرض، لأن المصلى أدون ممن قبله و أعلى ممن بعده فجاز أن يجعل له قسط أدون.

إذا عرفت ذلك فاعلم أنه قد يسأل عن كيفية البذل على القول بلزوم عقد المسابقه، و إن العقد حينئذ هل يكون بين المتسابقين فقط، أو بينهما و بين البازل و يتحقق اللزوم بالعقد؟ و الذى ينساق اليه النظر هو الثانى، فيكون هو الموجب فيقبلان. و ينبغى التأمل لذلك، لأنى لم أظفر بشيء هاهنا.

قوله: (و يجوز أن يخرج أحدهما أكثر مما يخرج الآخر و يختلفا، فلو

ص: ٣٤٢

أحدهما: إن سبقتني فلك على عشرة و إن سبقتك فلي عليك خمسة أو قفيز حنطه جاز. و لو أخرجوا عوضين و أدخلوا المحلل و قالوا: من سبق فله العوضان، فإن تساوا أحرز كل منهما سبقه و لا شيء للمحلل، و كذا لو سبقا المحلل.

و لو سبق المحلل خاصة أو أحدهما خاصة أحرزهما السابق.

و لو سبق أحدهما و المحلل، أحرز السابق مال نفسه، و كان مال المسبوق بين السابق و المحلل نصفين. قال أحدهما: إن سبقتني فلك على عشرة، و إن سبقتك فلي عليك خمسة أو قفيز حنطه جاز).

مثال إخراج أحدهما أكثر: ما إذا بذل واحد عشرة للآخر على تقدير سبقه و الآخر خمسة، و مثال اختلافهما في جنس الإخراج: إخراج أحدهما عشرة و الآخر قفيز حنطه.

قوله: (و لو أخرجوا عوضين و أدخلوا المحلل و قالوا: من سبق فله العوضان، فإن تساوا أحرز كل منهما سبقه و لا شيء للمحلل، و كذا لو سبقا المحلل، و لو سبق المحلل خاصة أو أحدهما خاصة أحرزهما السابق، و لو سبق أحدهما و المحلل أحرز السابق مال نفسه و كان مال المسبوق بين السابق و المحلل نصفين).

إذا أخرج المتسابقان العوضين منهما و أدخلوا بينهما المحلل، و قالوا: من سبق فله العوضان فالأحوال سبعة، و الذي ذكره المصنف خمسة:

الأول: أن ينتهوا إلى الغاية على حد سواء، فيجوز كل من المتسابقين مال نفسه، و لا شيء للمحلل، لانتفاء السابق.

الثاني: أن يسبق المخرجان- فيصلا معا سواء و يتأخر المحلل عنهما،

فكذلك، لاستوائيهما في السبق و لا شيء للمحلل، لأنه مسبق.

الثالث: أن يسبق المحلل و يأتي المخرجان بعده على سواء أو تفاضل فيستحق المحلل العوضين معا، لسبقه لكل من المخرجين.

الرابع: أن يسبق أحد المخرجين و هنا ثلاث صور، لأنه: إما أن يأتي بعده المحلل و المخرج سواء، أو يكون المحلل مصليا و الآخر بعده، أو بالعكس، و في جميع هذه الأحوال لا يختلف الحال عندنا في أن السابق يحوز العوضين معا، لسبقه.

و قال بعض العامة، أن المحلل إذا كان مصليا و المخرج الآخر بعده يحوز سبق المتأخر و يبقى السابق على مال نفسه، و في الصورتين الأخيرتين لا شيء للمحلل، و لكل من المخرجين مال نفسه، و لا يحوز السابق مال الآخر، لأنه إذا كان كل من المتسابقين يغنم و يغرم كان قمارا فاسدا (1).

الخامس: أن يسبق المحلل و أحد المخرجين، بأن يأتيا إلى الغاية على سواء و يتأخر المخرج الآخر فيحوز السابق من المخرجين سبق نفسه و يكون مال المسبق بين المخرج السابق و المحلل، لتشاركهما في سبب الاستحقاق و هو السبق.

و على قول ذلك البعض من العامة مال المسبق للمحلل خاصة، و قد سبق رده. و لا يخفى أنه لا يكون مجموع العوضين بين المحلل و السابق، لأن مال السابق باق على ملكه، و إنما يخرج منه إذا صار مسبقا و هو منتف هنا.

إذا عرفت ذلك فهنا مباحث:

الأول: المال المخرج من كل من المتسابقين يجوز أن يطلق عليه العوض، لجريان العقد عليه و العوضان، لأن ما أخرجه أحدهما عوض عن سبق الآخر.

الثاني: إنما اقتصر المصنف على ذكر الصور الخمس لأن الأحكام إنما تختلف

ص: ٣٤٤

و لو شرط السبق بإقدام معلومه كثلاثه أو أكثر أو أقل لم يصح، لعدم ضبطه، وعدم وقوف الفرسين عند غايه بحيث تعرف المساحه بينهما. عندنا باعتبارها.

الثالث: إذا دخل المحلل بين المتسابقين فينبغي ان يجرى فرسه بين فرسيهما، فان لم يتوسطهما و عدل الى يمين و شمال جاز و إن أساء بفعله إذا تراضيا به، و ان لم يتراضيا على ذلك لم يكن له العدول عن الوسط.

و لو اختلفا في ذلك فرضى أحدهما بعدوله عن الوسط دون الآخر قدّم اختيار من يطلب التوسط دون الانحراف، لأنه أعدل بينهما و امنع من تنافرهما. و لو رضيا بإخراجه عن التوسط، و دعى أحدهما الى ان يكون متيامنا و الآخر الى ان يكون متياسرا لم يعمل على قول واحد منهما و جعل وسطا، لأنه العدل و المتعارف فهذا موضع المحلل.

و أما المتسابقان: فان اتفقا على كون أحدهما عن يمين و الآخر عن شمال فلا بحث، و إلا أقرع بينهما و أقر كل واحد منهما في موضع قرعته من يمين و شمال، ذكر ذلك كله المصنف في التذكرة (١).

قوله: (و لو شرط السبق بإقدام معلومه كثلاثه، أو أكثر، أو أقل لم يصح، لعدم ضبطه، و عدم وقوف الفرسين عند غايه بحيث تعرف المسافه بينهما).

اختار المصنف في التذكرة جواز هذا الشرط، و حكى عن بعض الشافعيه المنع (٢)، ثم قال: و لا وجه له (٣). و لا- ريب أنه إن انضبط ذلك و أمكن الوقوف عليه لا مانع من صحته.

ص: ٣٤٥

١-١) التذكرة ٣٥٧: ٢. [١]

٢-٢) كفايه الأختيار ١٥٢: ٢.

٣-٣) التذكرة ٣٥٩: ٢. [٢]

إشارة

الباب الثاني: في الرمي.

مقدمه

مقدمه: الرشق: بفتح الراء الرمي، و بالكسر: عدده. و يوصف السهم بالحابي: و هو ما وقع بين يدي الغرض ثم وثب إليه فأصابه، و هو المزدلف.

و الخاصر، و هو ما أصاب أحد جانبي الغرض، و منه الخاصره.

و الخاصل: و هو المصيب للغرض كيفما كان.

و الخازق: و هو ما خدشه ثم وقع بين يديه.

و الخاسق: و هو ما فتح الغرض و ثبت فيه.

و المارق: و هو ما نفذ [من] الغرض و وقع من ورائه.

و الخارم: و هو الذي يخرم حاشيته.

و الغرض: ما يقصد إصابته، و هو الرقعه المتخذة من قرطاس، أو رق أو جلد، أو خشب، أو غيره.

و الهدف: ما يجعل فيه الغرض من تراب أو غيره.

قوله: (الرشق بفتح الراء: الرمي، و بالكسر: عدده).

الذي في القاموس و الصحاح: أن الرشق بالفتح المصدر و بالكسر الاسم (١)، و في النهاية لابن الأثير: أن الرشق بالكسر هو الوجه من الرمي، و إذا رمى القوم كلهم دفعه واحده قالوا رشقا. و الرشق أيضا أن يرمى الرامي بالسهم كلها (٢).

و في التذكرة: أنه بالكسر عدد الرمي الذي يتفقان عليه، و أهل اللغة يقولون:

ص: ٣٤٦

١- (١) القاموس المحيط ٢٤٤: ٣ «[١] رشق»، الصحاح ٤١٨١: ٤ «[٢] رشق».

٢- (٢) النهاية في غريب الحديث و الأثر ٢٢٥: ٢ «[٣] رشق».

هو عبارته عما بين العشرين الى الثلاثين (١). و يسمى أيضا الوجه.

و اغتراق السهم: هو أن يزيد في مد القوس بفضل قوته حتى يستغرق السهم فيخرج من جانب الوتر المعهود الى الجانب الآخر.

و أعلم أن السهم يوصف بأوصاف:

الأول: الحابى، قال المصنف فى التذكرة: وقد اختلف فيه، فقليل أن أبا حامد الاسفراينى و هم هنا حيث جعل الحوابى صفه من صفات السهم، و سماه حوابى - بإثبات الياء - و فسره بأنه السهم الواقع دون الهدف ثم يحبو اليه حتى يصل إليه، مأخوذ من حبو الصبى، و هو نوع من الرمى المزدلف يفترقان فى الاسم، لان المزدلف أحد و الحابى أضعف و يستويان فى الحكم.

ثم حكى عن قوم: إن الحواب - بإسقاط الياء - نوع من الرمى و هو ثالث المحاطه و المبادره، و المراد به ان يحتسب بالإصابة فى الشن و الهدف و يسقط الأقرب من الشن ما هو أبعد منه.

ثم قال: و المشهور أن الحابى ما وقع بين يدى الغرض ثم وثب اليه فاصابه، و هو المزدلف (٢)، و فسر المزدلف فى التحرير: بأنه الذى يضرب الأرض ثم يثب الى الغرض (٣)، و هو التفسير الأول.

الثانى: الخاصر، و يسمى أيضا جائزاً، و فى التذكرة: يقال أجاز بالسهم إذا سقط وراء الهدف، و عده من الخطأ، لأنه منسوب الى سوء الرمى.

الثالث: الخاصل، فى التذكرة: و هو يطلق على القارع: و هو ما أصاب الشن و لم يؤثر فيه، و على الخارق: و هو ما أثر و لم يثبت، و على الخاصق: و هو ما يثبت (٤). و لم

ص: ٣٤٧

١ - ١) تذكرة الفقهاء ٣٦٠: ٢. [١]

٢ - ٢) التذكرة ٣٦٠: ٢. [٢]

٣ - ٣) التحرير ٢٦١: ٢. [٣]

٤ - ٤) التذكرة ٣٦٠: ٢. [٤]

يذكر إطلاقه على المارق، و على تعريفه بأنه المصيب كيف كان يجب أن يطلق عليه.

و فى التحرير: إن الخارق يطلق على الخاسق أيضا (١).

الرابع: الخارم، و فسرته فى التحرير: بأنه الذى يصيب طرف القرطاس فلا يثقبه، و لكن يخرق الطرف و يخرمه (٢).

الخامس: الطامح، و له تأويلان:

أحدهما: أنه الذى قارب الإصابه و لم يصب و يكون مخطئا.

و الثانى: أنه الواقع بين الشن و رأس الهدف، فيكون مخطئا إن شرطت الإصابه فى الشن، و مصيبا ان شرطت فى الهدف. و فى التحرير: و أما الطامح و الفاخر فهو الذى يشخص عن كبد القوس ذاهبا الى السماء (٣).

السادس: العاضد، و هو الواقع من أحد الجانبين فيكون كالجائر على أحد التأويلين.

السابع: الطائش: السهم الذى لا يعرف مكان وقوعه، و الطائش محسوب عليه فى الخطأ.

الثامن: الغائر، و هو السهم المصيب الذى لا يعرف راميته، و يحتسب به لواحد من الراميين للجهل به.

التاسع: الخاطف، و هو المرتفع فى الهواء يخطف نازلا، فإن أخطأ به كان محسوبا عليه، لأنه من سوء رميه، و إن أصاب به ففى الاحتماب و جهان، نظرا الى حصول الإصابه، و أن تأثير الرمى فى ارتفاع السهم، فأما سقوطه فثقله، فيكون مصيبا بغير فعله. فعلى هذا هل يحسب من الخطأ؟ و جهان أيضا، نظرا إلى أنه لا واسطه،

ص: ٣٤٨

١-١) التذكرة ٢: ٣٦٠. [١]

٢-٢) التحرير ٢: ٢٦١. [٢]

٣-٣) التحرير ٢: ٢٦١. [٣]

و المبادره:هى أن يبادر أحدهما إلى الإصابه مع التساوى فى الرشق.

و المحاطه هى إسقاط ما تساويا فيه من الإصابه. فإذا لم يكن مصيبا عد مخطئا و إن الإصابه قد حصلت، و اسوأ الأحوال أن يكون وجودها كعدمها.

و فضيل فى التذكره:بأنه إن نزل بعد ارتفاعه فاتر الحده لا- يقطع مسافه احتسب خاطئا، و إن نزل فى بقيه حدته احتسب له صائبا، لأن الرمى بالفتور منقطع و بالحده مندفع (١).

و زاد فى التحرير أوصافا:

الأول:الصادر، و جمعه صوادر، و هو الذى أصاب الغرض و نفذ فيه و مضى و لم يؤثر.

الثانى:الفاخر، و هو الذى يشخص عن كبد القوس ذاهبا الى السماء.

الثالث:المغطط، و هو الذى يميل يمينا و شمالا.

الرابع:الزاهق، و هو الذى يتجاوز الغرض من غير اصابه.

الخامس:الحابص، و هو الذى يقع بين يدي الرامى.

السادس:الدابر، و هو الذى يخرج من الهدف، و هو المارق أيضا.

السابع:المرتدع، و هو الذى أصاب الهدف، و يشدخ عوده و يكسر (٢).

قوله: (و المبادره:هى أن يبادر أحدهما إلى الإصابه مع التساوى فى الرشق، و المحاطه:هى إسقاط ما تساويا فيه من الإصابه).

لا يخفى فساد ما ذكره من تعريفهما، لأن المتبادره على ما ذكره صادقه مع اشتراط المحاطه فى العقد، فان من بدر من المتسابقين حينئذ صدق تعريف المبادره

ص: ٣٤٩

[١- (١) التذكره ٣٦٠:٢. [١]

[٢- (٢) التحرير ٢٦١:٢. [٢]

و فى هذا الباب مطلبان:

الأول: فى الشروط

أشاره

الأول: فى الشروط، وهى اثنا عشر بحثاً:

أ: العقد

أ: العقد، و قد سبق.

بالنسبه اليه، و كذا القول فى تعريف المحاطه صادق مع اشتراط المبادره إذا تحققت الإصابه من الجانبين.

و مع ذلك فالغرض من بيان معنى اللفظين غير حاصل فى ذلك، و الصحيح ما ذكره فى التذكرة، فإنه قال فى تعريف المبادره: هى أن يشترط الاستحقاق لمن بدر إلى إصابه خمس من عشرين، فإذا رمى عشرين فأصاب أحدهما خمس و الآخر أربعة فالأول ناضل، و لو رمى أحدهما عشرين فأصاب خمس، و رمى الآخر تسعة عشر فأصاب أربعة لم يكن الأول ناضلاً حتى يرمى الثانى سهماً، فإن أصاب فقد استويا، و إلا كان ناضلاً (١). و كان عليه أن يزيد فيه: مع التساوى فى الرشق، فظهر من هذا أنه متى تحققت إصابه العدد المشترط من واحد خاصه مع الاستواء فى الرشق و إن كان دون مجموع العدد المشترط فى العدد تحقق كونه ناضلاً و لم يجب الإكمال.

و قال فى تعريف المحاطه: هى أن يشترط الاستحقاق لمن خلص له من الإصابه عدد معلوم بعد مقابله إصابات أحدهما بإصابات الآخر و طرح ما يشتركان فيه، فإذا شرط عشرين رشقا و خلوص خمس إصابات، فرمى عشرين فأصاب أحدهما عشره و الآخر خمس فالأول هو السابق، و إن أصاب كل واحد منهما خمس أو عشره فلا سبق هنا (٢).

و كان عليه أن يزيد فيه: مع إكمال العدد كله، فإنه ليس المراد الخلوص كيف

ص: ٣٥٠

١- (١) التذكرة ٢: ٢٦٢. [١]

٢- (٢) التذكرة ٢: ٢٦٢. [٢]

ب: العلم بعدد الرشق

ب: العلم بعدد الرشق، و هو شرط فى المحاطه قطعاً، و فى المبادره على اشكال.

ج: العلم بعدد الإصابه

ج: العلم بعدد الإصابه كخمسه من عشرين.

د: العلم بصفتها

د: العلم بصفتها، فيقولان: خواصل، أو خواسق، أو غيرهما كان، بل بعد إكمال جميع العدد المشترط.

قوله: (العلم بعدد الرشق، و هو شرط فى المحاطه قطعاً، و فى المبادره على إشكال).

أما اشتراطه فى المحاطه فظاهر، لأن المراد خلوص إصابه كذا بعد مقابله الإصابات من الجانبين من عدد يجب إكماله فلا بد من تعيينه، و إلا أفضى إلى الجهاله و التنازع.

و أما المبادره فمنشأ الإشكال: من أن الاستحقاق متعلق بالبدار إلى إصابه العدد المعين حيث اتفق، و لا- يجب إكمال العدد المشروط فلا حازه إلى تعيينه، و لأصاله البراه من الاشتراط، و اختاره الشارح الفاضل (١).

و من أنه لولا ذلك لكان- إذا لم تتفق الإصابه المشترطه لهما أو لأحدهما- لا يكون لهما غايه يقفان عندها، فربما طلب أحدهما الرمى بمقتضى العقد و امتنع الآخر فيحصل التنازع و التجاذب على وجه لا سبيل الى قطعه، إذ لو الزم الممتنع بالإجابه أمكن أن يستمر عدم الإصابه إلى غير النهايه، و بالاشترط افتى الشيخ فى المبسوط (٢)، و ابن إدريس (٣)، و ابن سعيد (٤).

ص: ٣٥١

١- ١) إيضاح الفوائد ٣٧٠: ٢.

٢- ٢) المبسوط ٢٩٦: ٦.

٣- ٣) السرائر: ٣٧٦.

٤- ٤) شرائع الإسلام ٢٣٨: ٢. [١]

و لو شرطاً الخواسق و الحوابى معا صح، و لو أطلقاً فالأقرب حملة على الخواصل. و التحقيق أن يقال: لا وجه لهذا الاشكال على تقدير لزوم العقد، بل لا بد من الاشتراط دفعا للغرر و الجهالة و حسما لماده التنازع. و كذا على القول بالجواز، لأنه بدون التعيين متى ظهرت علامات الفضل لأحد الراميين لا يجوز للمفضول الفسخ، فلا بد من غايه معيّنه يقفان عندها تكون حاسمه لماده النزاع.

قوله: (و لو شرطاً الخواسق و الحوابى معا صح).

أى: شرطاً الجمع بين الوصفين فى إصابه عدد معين، كخمسه، ثلاثه منها خواسق مثلاً و الباقي حوابى. و لا شك فى جوازه، إلا أنه لا وجه لافراد هذين الوصفين إذ جميع أوصاف الرمى كذلك. و لعله يريد: الجمع بينهما فى سهم واحد و هو صحيح أيضاً، إذ لا منافاه بين كون السهم حابياً و خاسقاً.

قوله: (و لو أطلقاً فالأقرب حملة على الخواصل).

وجه القرب أن ذلك هو القدر المشترك بين الجميع فهو المطلق معنى فيحمل الإطلاق لفظاً عليه، إذ الأصل البراءة من وجوب التعيين، و لأن اسم الإصابه واقع على الجميع فيكفى اشتراطه.

و يحتمل اشتراط التعيين، لأن إخلاء العقد من التعيين أعم من الإطلاق و عدمه، و لا دلالة للعام على الخاص بإحدى الدلالات، و اختاره الشيخ فى المبسوط (١)، و المصنف فى التحرير (٢)، و اختار فى التذكرة الأول (٣)، و هو أقوى. و ليس العقد خالياً عن التعيين، لأن اشتراط الإصابه فى قوه اشتراط المطلق، و لا غرر هنا.

ص: ٣٥٢

١- (١) المبسوط ٢٩٦: ٦.

٢- (٢) تحرير الأحكام ٢٦٣: ١. [١]

٣- (٣) التذكرة ٣٦١: ٢. [٢]

ه: تساويهما في عدد الرشق و الإصابه و صفتها و سائر أحوال الرمي

ه: تساويهما في عدد الرشق و الإصابه و صفتها و سائر أحوال الرمي، فلو جعلنا رشق أحدهما عشره و الآخر عشرين، أو إصابه أحدهما خمسه و الآخر ثلاثه، أو أحدهما خواسق و الآخر خواصل، أو يحط أحدهما من إصابته سهمين، أو يحط سهمين من إصابته بسهم من إصابه صاحبه، أو يرمى أحدهما من بعد و الآخر من قرب، أو يرمى أحدهما و بين أصابعه سهم و الآخر سهمان، أو يحط أحدهما واحدا من خطائه لا له و لا عليه لم يصح.

و: العلم بقدر الغرض

و: العلم بقدر الغرض إما بالمشاهده أو بالتقدير، لاختلافه في السعه و الضيق.

ز: معرفه المسافه

ز: معرفه المسافه إما بالمشاهده، أو بالتقدير كمائه ذراع.

ح: تعيين الخطر

ح: تعيين الخطر.

ط: جعله للسابق

ط: جعله للسابق.

قوله: (تساويهما-الى قوله-و لا عليه لم يصح).

وجهه في جميع المسائل عدم التكافؤ الذي هو مناط الصحه، لأن الفرض استناد اصابه المصيب منهما بحذقه، لا بسبب آخر من زياده رشقه أو قرب موقفه.

و المراد من كونه لا له و لا عليه في قوله: (أو يحط أحدهما واحدا من خطأه لا له و لا عليه). إسقاطه بحيث لا يكون محسوبا من الرمي فيرمى بدله.

قوله: (العلم بقدر الغرض إما بالمشاهده أو بالتقدير، لاختلافه في السعه و الضيق).

و شرط في التذكرة أيضا العلم بموضعه من الهدف: و هو تراب يجمع أو حائط يبنى لينصب فيه الغرض، و الغرض: جلد، أو شن-و

هو الجلد البالى - أو قرطاس

ص: ٣٥٣

ي: تماثل جنس الآله لا شخصها، و لا تعيين السهم، و لو عينهما لم يتعين. يدور عليه شنبر (١) و قيل: ما ينصب في الهدف يقال له القرطاس سواء كان من كاغذ أو غيره، و ما تعلق في الهواء فهو الغرض، و الرقعه عظم و نحوه في وسط الغرض. و قد يجعل في الشن نقش كالهلال يقال له الدائره، و في وسطها نقش يقال له الخاتم (٢).

و شرط في التذكرة شرط آخر و هو معرفه قدر الدائره من الغرض ان شرطت الإصابه فيها (٣).

قوله: (تماثل جنس الآله لا شخصها، و لا تعيين السهم، و لو عينهما لم يتعين).

أما تماثل جنس الآله فإنه معتبر في نحو السهام و المزاريق (٤)، فلا يجوز اشتراط رمى واحد منهما بالسهام و آخر بالمزاريق و نحو ذلك، و استشكل الحكم في التذكرة (٥).

و أما بالنسبه إلى القوس فان التماثل شرط مع إطلاق العقد على الرمي، فلو أراد أحدهما الرمي بقوس عربيه و الآخر بقوس عجميه لم يكن لهما ذلك، و لو اشترطا ذلك في العقد جاز، كذا ذكره المصنف في التحرير (٤).

و في التذكرة: أنه إن كان هناك عرف بجنس معين من القوسين حمل الإطلاق عليه و إلا- كانا بالخيار فيما اتفقا عليه من القوسين إذا كانا فيهما متساويين، و إلا قيل

ص: ٣٥٤

١- ١) قال الشيخ الطوسي في المبسوط ٦:٣٠٨ «[١] الشنبر: هو الجريد المحيط بالشن، كشنبر النخل».

٢- ٢) التذكرة ٢:٣٦٢. [٢]

٣- ٣) التذكرة ٢:٣٦٢. [٣]

٤- ٤) المزاريق، جمع مفرد المزارق: أي الرمح القصير. المعجم الوسيط ١:٣٩٣.

٥- ٥) التذكرة ٢:٣٦١. [٤]

٦- ٦) التحرير ١:٢٦٣. [٥]

و لو لم يعينا الجنس انصرف الى الأغلب في العاده، فإن اختلفت فسد.

يا: تعيين الرماه

يا: تعيين الرماه، فلا- يصح مع الإبهام، لأن الغرض معرفه حذق الرامى. و في الحيوان يعتبر تعيين الحيوان لا الراكب، لأن الغرض هناك معرفه عدو لهما: إن اتفقتما و إلا فسخ العقد بينكما (١).

و كلامه هنا مخالف لما في التذكره و التحرير معا، لأن إطلاقه اشتراط تماثل جنس الآله و حكمه بفساد العقد مع الاختلاف عاده كالصريح في المخالفه، أما تعيين شخص الآله فقد أطبقوا على عدم اشتراطه، بل لو عيّنه لم يتعين و جاز الإبدال و يفسد الشرط، لأنه قد تعرض له أحوال خفيه تحوج إلى الإبدال، و في المنع منه تضييق لا فائده فيه، فكان كما لو عيّن المكتل في السلم.

و لا يخفى أن بين القوس و السهم و بين المكتل فرقا بيّنا، و تعلق الغرض بشخص الآله أمر واضح، فإنه ربما كان للقوس و السهم مدخل في الإصابه بخلاف المكتل فإنه لا غرض متعلق به، بل الغرض متعلق بحصول الكيل على الوجه الصحيح.

قوله: (و لو لم يعين الجنس انصرف الى الأغلب في العاده، فإن اختلفت فسد).

أما الحمل على العاده مع استقرارها فظاهر، لأنه جار مجرى التقييد لفظا، و أما الفساد مع الاختلاف فلأنه لولاه لأدى إلى التنازع و التجاذب فيفوت غرض المسابقه.

قوله: (و في الحيوان يعتبر تعيين الحيوان لا الراكب، لأن الغرض هناك معرفه عدو

ص: ٣٥٥

الفرس لا حذق الراكب. و كل ما يعتبر تعيينه لو تلف انفسخ العقد، و ما لا يعتبر يجوز إبداله لعذر و غيره.

و لو تلف قام غيره مقامه، فلو شرطاً أن لا يرميا إلا بهذا القوس أو هذا السهم، أو لا يركب إلا هذا الراكب فسد الشرط.

و تصح المناضله على التباعد كما تصح على الإصابه، فلا تعتبر الفرس لا حذق الراكب).

أى: و فى مسابقه الحيوان يعتبر تعيين الحيوان، و لا يخفى أن ما ذكره من التعليل غير واضح، لأنّ حذق الراكب و تعلمه الفروسية أمر مطلوب، و مدخلية فى الحرب أمر لا يدفع، و اختلاف الفرسان باعتبار الفروسية فى إظهار النكايه فى العدو مع اتحاد الفرس أمر ظاهر.

ثم فى الجمع بين هذا و بين ما ذكره من الإشكال فى أن الوارث له الإتمام لو مات الفارس نظر، فإنه إن ثبت جواز إبدال الراكب مع اشتراط تعيينه، و قلنا بلزوم العقد أو بجوازه و قد ظهر فضل الميت، ينبغى الجزم بأن للوارث الإتمام. و كذا الكلام فى قوله: أو لا يركب إلا هذا الراكب فسد الشرط، و قد وقع التصريح بذلك فى عبارات القوم.

قال فى التذكرة فى مسأله اشتراط تساوى المتسابقين فى مبدأ السباق: فلو شرطاً تقدم موقف أحدهما أو تقدم غايته لم يجوز، لأنه مناف للغرض إذ المقصود من المسابقه معرفه فروسية الفارس و جوده سير الفرس، و إنما يعرف ذلك مع تساوى المبدأ و المنتهى فيهما (1)، و هذا تصريح بما قلناه.

قوله: (و تصح المناضله على التباعد كما تصح على الإصابه فلا يعتبر

ص: ٣٥٦

يب: إمكان الإصابه المشروطه لا امتناعها

يب: إمكان الإصابه المشروطه لا امتناعها، كما لو شرط الإصابه من خمسمائه ذراع، أو إصابه مائه على التوالى. و لا وجوبها كإصابه الحاذق واحدا من مائه، شروط الإصابه).

وجهه: إنَّ البعد فى الرمى و زياده ذهاب السهم أمر مطلوب كالإصابه، و ذلك لأنه يفيد فى مقابله العدو من بعد إرهابه، و كذا إيقاع السهام فى القلاع، و حيث كان مقصودا برأسه لم تشترط الإصابه، و القول بجواز ذلك مقرب التذكره، و اشترط تساوى القوسين فى الشده، و مراعاة خفه السهم و رزانه، لأن لهما تأثيرا عظيما فى ذلك (١).

و اعلم أن التعليل المذكور يشعر بجواز المناضله على التباعد إلى جهه فوق، للاحتياج اليه فيما إذا كان العدو فى علو.

قوله: (إمكان الإصابه المشروطه).

المراد بإمكان الإصابه: كونها ممكنه بحسب العاده متوقعا حصولها.

قوله: (لا امتناعها، كما لو شرط الإصابه من خمسمائه ذراع، أو إصابه مائه على التوالى).

المراد عدم امتناعها بمجرى العاده، فإنَّ ذلك -اشتراط الممتنع -مخل بمقصود المتناضلين من بذل المال، لأن الغرض المناضله طمعا فى تحصيله، و مع عدم الإمكان لا يتأتى ذلك، و ذلك كما لو شرط الإصابه من خمسمائه ذراع، أو إصابه مائه على التوالى.

قوله: (و لا وجوبها كإصابه الحاذق واحدا من مائه).

كما لا -يجوز اشتراط الممتنع عاده كذا لا- يجوز اشتراط محقق الوقوع فى العاده، لمنافاته الغرض من حصول الحذق فى الرمى، كإصابه الحاذق واحدا من مائه

ص: ٣٥٧

و الوجه صحه الأخير لفائده التعليم و النادر الأقرب صحته كبعد أربعمائه. على هيئه الخاصل كما صرح به فى التذكره (١).

و لا- يخفى ان المتبادر من قوله: (إمكان الإصابه المشروطه لا امتناعها و لا وجوبها) أنه لا يشترط الامتناع و لا الوجوب، لأنه فى سياق الشروط، و الأمر سهل لأن المطلوب معلوم، فإنه لا يخفى أن المراد اشتراط إمكان الإصابه لصحه العقد، فلا يصح اشتراط الممتنع و لا الواجب.

قوله: (و الوجه صحه الأخير لفائده التعليم).

الذى تقتضيه العبارة كون الأخير هو الواجب عادة-إصابه الحاذق واحدا من مائه-و الذى يدل عليه التعليل خلاف ذلك، فإن فائده التعليم لا تترتب على هذا، و لعله يريد الأخير من الأمرين اللذين مثل بهما للممتنع، و كيف كان فالعبارة لا تخلو من شىء.

و وجه ما اختاره المصنف ما أشار إليه من أن الغرض فائده التعليم، و لا ريب أن التوجه إلى الإتيان بالأمر الذى يندر وقوعه فى العاده يكسب حذقا و استعدادا، و ربما اتفق حصوله فإنه غير ممتنع، بخلاف الإصابه من خمسمائه ذراع و ما فوقه. و يحتمل العدم، لإطلاق عدم الجواز و عدم حصول الغرض منه، و فى الأول قوه.

قوله: (و النادر الأقرب صحته كبعد أربعمائه).

وجه القرب التمسك بعموم أوْفُوا بِالْعُقُودِ (٢) و إمكان تحصيل المقصود، و لأن غرض التحذق فى الرمى يحصل بطريق أقوى، لأن الرامى يجتهد كمال الاجتهاد حينئذ فى الإصابه فيستفيد ذلك.

و يحتمل العدم، لأن هذه المعامله إنما شرعت تحريضا على الرمى و الاجتهاد فيه باشتراط المال فيها، فإذا كان المشروط بعيد الحصول تبرمت النفوس به. و الأول

ص: ٣٥٨

[١- ١] التذكره ٣٦٥: ٢. [١]

[٢- ٢] المائده: ١. [٢]

و لا- يشترط تعيين المبتدئ بالرمل بل يقرع، ثم لا- ينسحب فى كمال الرشق، أقوى، لأن اشتراط مثل هذا أدخل فى حصول الحذق. وقد قيل (١) إنه ما أصاب من أربعمائه ذراع إلا عقبه بن عامر الجهنى، ذكره المصنف فى التذكرة (٢).

قوله: (و لا يشترط تعيين المبتدئ بالرمل بل يقرع، ثم لا ينسحب فى كمال الرشق).

التناضل يخالف التسابق، فإن المتسابقين بالخيل و شبهها يجريان معا ليعرف السابق منهما، إذ لا يعرف بدونه. و أما التناضل فلا بد فيه من الترتب، حذرا من اشتباه الحال بين المصيب و المخطئ، إلا أن يعرف بتعليم الشاب بما يميز كل واحده عن صاحبته، كذا قال فى التذكرة (٣).

و لا- يندفع به الاشتباه، فإن إحداهما لو مرقت من الغرض مثلا و وقعت مع التى لم تصب اشتبه الحال، و حينئذ فيجب: إما تعيين المبتدئ بالرمل و كيفيته: أن يتراميان سهما سهما أو أزيد، أو يستخرج المبتدئ بالقرعه، ثم لا ينسحب الحكم بالقرعه فى كمال الرشق، بل من أخرجته القرعه يبتدئ فى كل مره. و وجه عدم اشتراط تعيين المبتدئ و الاكتفاء بالقرعه: أن الشارع جعلها فى كل أمر مشكل.

و لا يقال: إن الإخلال بتعيين المبتدئ فى العقد يقتضى وقوعه على الغرر و الجهالة، لأن الأغراض تتعلق بالبداء، و الرماه يتنافسون فى ذلك تنافسا ظاهرا لحكمه مقصوده عند العقلاء فان المبتدئ يجد الغرض خاليا من الخلل، و هو على ابتداء النشاط فتكون اصابته أقرب.

لأننا نقول: هذا إذا لم يكن الى التعيين طريق، أما معه فلا، حيث أن تعيين

ص: ٣٥٩

١- ١) فى «٥» و الحجرية: نقل.

٢- ٢) التذكرة ٣٦٢: ٢. [١]

٣- ٣) التذكرة ٣٦٣: ٢. [٢]

و لا ذكر المبادره و لا المحاطه، و لا يحمل المطلق على المبادره.

المبتدئ ليس من الأمور المعدوده من أركان العقد كعدد الإصابه فيكتفى فيه بالقرعه.

و ينبغي أن يقيد قول المصنف: (ثم لا- ينسحب في كمال الرشق) بما إذا أخرجت القرعه المبتدئ في كل رشق و إلا- اتجه الانسحاب. و قد ذكره المصنف في التذكره احتمالاً، بل ذكر احتمالين إذا أخلاً بتعيين المبتدئ: أحدهما البطلان، و الآخر الاكتفاء بالقرعه، و لم يرجح واحدا منهما (١).

قوله: (و لا ذكر المبادره و لا المحاطه).

أى: لا يشترط في صحه العقد أن يذكر كون الإصابه مبادره أو محاطه، و قد سبق تفسيرهما عملاً بأصالة عدم الاشتراط و انتفاء الدليل الدال عليه، و لا جهاله، لأن الإطلاق منزّل على أحدهما، و هذا أحد القولين.

و الآخر اشتراط تعيين أحدهما حذراً من التنازع و التجاذب، فإن الأغراض تختلف باعتبارهما اختلافاً ظاهراً، فإنه ربما كان الرامى باعتبار المبادره ناضلاً ثم يصير بمقتضى المحاطه منضولاً و بالعكس، و الأصح الأول، فحينئذ ينزّل إطلاق العقد على المحاطه أم المبادره؟ قيل بالثاني، لأن المتبادر من اشتراط السبق لمن أصاب عدداً معيناً استحقاقه إياه متى ثبت له ذلك الوصف، و لأن الغالب في المناضله هو المبادره.

و قيل بالأول، و هو الأصح، لأن اشتراط السبق إنما يكون بأصالة معيّنه من أصل العدد المشترط في العقد، و ذلك يقتضى، إكمال العدد كله لتكون الإصابه المعيّنه منه، فإنهما إذا عقدا على أن من أصاب خمسة من عشرين كان له كذا كان مقتضاه رمى كل منهما عشرين و إلا لم يتحقق كون الخمسه التى حصلت الإصابه بها من العشرين، و ذلك هو معنى المحاطه، إذ المراد بها: خلوص إصابه الخمسه من رمى

ص: ٣٦٠

إشاره

المطلب الثاني: في الأحكام:

أقسام المناضله ثلاثه

أقسام المناضله ثلاثه:

المبادره

المبادره: مثل من سبق إلى إصابه خمس من عشرين فهو السابق، فلو أصاب أحدهما خمسه من عشره و الآخر أربعه، فالأول سابق و لا يجب الإكمال.

و لو أصاب كل منهما خمسه فلا سبق، و لا يجب الإكمال أيضا.

العشرين لو احد، و الى هذا أشار المصنف بقوله: (و لا يحمل المطلق على المبادره)، لأنه إذا لم يشترط التعيين و لم يحمل المطلق على المبادره تعين أن يحمل على المحاطه لانتفاء قسم ثالث.

قوله: (المطلب الثاني: في الأحكام: أقسام المناضله ثلاثه).

أراد بالأقسام الثلاثه: المبادره، و المناضله، و المحاطه. و في عدّه الأقسام ثلاثه نظر، لأن المناضله هي المحاطه، و ليس ثم إلا الاختلاف في التسميه، فإنه لا بد في كل منهما من مقابله الإصابات و خلوص القدر المشترط اصابتها لأحدهما مع إكمال ما لا تنتفي الفائده مع إكماله على ما سيأتي بيانه ان شاء الله تعالى.

و قد صرح المصنف بنحو ذلك في التحرير فإنه قال: و لو قال: أينا نضل صاحبه بثلاث من عشرين فهو سابق. فهو محاطه، و يسمّى أيضا مناضله (1)، و في التذكرة لم يذكر المناضله مع المحاطه و المبادره، نعم حكى عن بعضهم أن الأقسام ثلاثه: المبادره، و المحاطه، و الحوابي: و هي أن يرميا على أن يسقط الأقرب و الأشد الأبعد (2)، و كيف كان فكلامه هنا لا يخلو من شيء.

قوله: (المبادره: مثل من سبق إلى إصابه خمس من عشرين - إلى

ص: ٣٦١

و يحكم بالسبق لو أصاب أحدهما خمسة من تسعه و الآخر أربعة منها بدون العاشر.

و المفاضله

و المفاضله: مثل من فضل صاحبه بإصابه واحده أو اثنين أو ثلاثة من عشرين فهو السابق.

و يجب الإكمال مع الفائده، فلو شرطاً ثلاثة، فرميا اثنتى عشره فأصابها أحدهما و أخطأه الآخر لم يجب الإكمال.

و لو أصاب عشرا لزمهما رمى الثالثه عشره، فإن أصابها، أو أخطأها، أو أصابها الأول فقد سبق و لا إكمال، فإن أصابها الثانى خاصه لزمها الرابعه عشره، و هكذا. و لو رميا ثمانى عشره، فإن أصابها، أو أخطأها، أو تساويا فى قوله -بدون العاشر-.

أشار بقوله: (مثل) الى بيان صفه المبادره و ذكر صوراً ثلاثاً، و متى استويا فى الرشق مع تحقق الإصابه لم يجب الإكمال، سواء أصاب أحدهما أو كلاهما، و إلاً وجب.

قوله: (و لو أصاب عشرا لزمهما رمى الثالثه عشره).

أى: لو أصاب أحدهما عشرا و أخطأ الآخر الجميع و قد رميا اثنتا عشره.

قوله: (فإن أصابها الثانى خاصه لزمها الرابعه عشره و هكذا).

لأنه إذا انفرد الثانى بإصابتها رضى له أن لا- يفضله الأول، لإمكان إصابه السبع الباقيه، فإذا رميا الرابعه فأصابها، أو أخطأها، أو أصابها الأول خاصه فلا إكمال، لانتفاء الفائده فإنّ الأول قد فضل، و إن أصابها الثانى خاصه وجب رمى الخامسه عشره، و هكذا الى العشرين.

قوله: (و لو رميا ثمانى عشره فأصابها، أو أخطأها، أو تساويا فى

الإصابة فيها لم يجب الإكمال.

والمحاطه

والمحاطه: مثل من أصاب خمسا من عشرين فهو السابق، فلو أصابا خمسه من عشره تحاطا و أكملوا، وكذا لو أصاب أحدهما تسعه منها و الآخر خمسه.

و لو لم يكن فى الإكمال فائده من رجحان، أو مساواه، أو منع عن التفرد بالإصابة بأن يقصر عن العدد لم يجب الإكمال، كما لو أصاب أحدهما خمسه عشر منها و الآخر خمسه. الإصابة فيها لم يجب الإكمال).

إذا كانت الصورة المذكوره بحالها-و هو أن يشترط الفضل بثلاث من عشرين-إذا رميا ثمانى عشره فأصاباها فقد حصل اليأس من فضل أحدهما صاحبه، و كذا إذا اخطأها، أو أصابا بعضهما و تساويا فى ذلك، لأن أقصى ما هناك أن ينفرد أحدهما بإصابتها و ذلك لا يقتضى الفضل، فلا فائده فى الإكمال.

قوله: (و لو لم يكن فى الإكمال فائده من رجحان أو مساواه-إلى قوله-و الآخر خمسه).

أى: لو لم يكن فى إكمال العدد المشترط فائده لم يجب الإكمال فى المحاطه، أما معها فيجب.

و تتصور الفائده بأن يستفيد المسبوق بالإكمال الرجحان، كما لو رميا اثنتى عشره فأصابها أحدهما و أصاب الآخر منها تسعه، فإن المسبوق يجوز تفرد بإصابه جميع ما بقى فيصير هو السابق، أو يستفيد المساواه، كما لو رميا سبعة عشر فأصابها أحدهما و أصاب الآخر أربعة عشر، فإنه يجوز أن ينفرد بإصابه الثلاثة الباقية فيستويان. أو يستفيد منع السابق عن التفرد بالإصابة مع عدم المساواه، كان يرميا خمسه عشر فيصيبها أحدهما و يصيب الآخر منها ستة، فإنه يجوز أن ينفرد المسبوق

و لو أصاب الأول أربعة عشر وجب الإكمال ما لم تنتف الفائدة قبله. و لو شرط جعل الخاسق بإصابتين جاز. و يجوز عقد النضال بين حزبين، كما يجوز بين اثنين. بإصابه الخمسه الباقيه، فيقصر عدد إصابه الأول عن الخمسه بواحد.

و قوله: (كما لو أصاب أحدهما).

مثال ما إذا انتفت الفائدة أصلا و بيان انتفائها: أن اقصى ما هناك إصابه المسبوق ما بقى دون السابق، فيبقى للسابق بعد المحاطه اصابه خمسه.

قوله: (و لو أصاب الأول أربعة عشر وجب الإكمال ما لم تنتف الفائدة قبله).

أى: فى المثال السابق لو أصاب الأول أربعة عشر-و المراد به الذى فرض أنه أصاب خمسه عشر-و الآخر خمسه وجب الإكمال، لإمكان إصابه الآخر الستة الباقيه، و إخطاء الأول إياها ما لم تنتف الفائدة قبل الإكمال، و يتحقق انتفاؤها حيث يكون فرض إصابه الآخر ما بقى، و إخطاء الأول إياه لا يقتضى نقصان ما يبقى له بعد المحاطه عن خمسه.

قوله: (و لو شرط جعل الخاسق بإصابتين جاز).

أى: بإصابتين دون الخسق، و وجه الجواز أن الخاسق يشتمل على الإصابه و الثبوت، فجاز أن يجعل تلك الزيادة قائمه مقام إصابه اخرى.

قوله: (و يجوز عقد النضال بين حزبين، كما يجوز بين اثنين).

و يكون كل واحد من الحزبين بمنزله رام واحد، و يدل على الجواز ما روى عن النبى صلى الله عليه و آله: مر بحزبين من الأنصار يتناضلون فقال: «أنا مع الحزب

ولا يشترط تساوى الحزبين عددا بل تساوى الرميات، فيرامى واحد ثلاثه ليرمى هو ثلاثه و كل واحد واحدا، فإن عقد النضال جماعه على أن يتناضلوا حزبين احتمل المنع، لأن التعيين شرط الجواز، فينصب لكل حزب رئيس يختار واحدا من الجماعه، و الآخر آخر فى مقابله الأول، ثم يختار الأول ثانيا و الثانى ثانيا فى مقابله ثانى الأول، و هكذا، إلى أن الذى فيه ابن أدرع» (١)، فأقرهم على ذلك، و لأن المقصود التحريض على الاستعداد للجهاد، و هو فى الأحزاب أشد تحريضا و أكثر اجتهادا.

إذا عرفت ذلك، فالمراد من تناضل الحزبين دخول جماعتين فى النضال، يتقدم كل واحد منهم فيعقد النضال على جميعهم، و يكون كل حزب فيما يتفق لهم من الإصابه و الخطأ كالشخص الواحد.

قوله: (و لا يشترط تساوى الحزبين عددا بل تساوى الرميات، فيرامى واحد ثلاثه، ليرمى هو ثلاثه، و كل واحد واحدا).

هذا أحد الوجهين، و وجهه: أن الحزب بمنزله الشخص الواحد فجاز أن يقابل به الواحد. و أصحهما - و اختاره فى التذكرة - (٢) اشتراط تساويهما عددا، لأن التكافؤ شرط، و ربما كانت الإصابه مستنده الى كثره العدد.

قوله: (فإن عقد النضال جماعه على أن يتناضلوا حزبين احتمل المنع، لأن التعيين شرط الجواز، فينصب لكل حزب رئيس يختار واحدا من الجماعه، و الآخر آخر فى مقابله الأول، ثم يختار الأول ثانيا، و الثانى ثانيا فى مقابله ثانى الأول، و هكذا الى أن

ص: ٣٦٥

١- (١) جامع الأصول ٥:٤٤ حديث ٣٠٤٣، عوالى اللالكى ٣:٢٦٦ حديث ٥، مستدرک الوسائل ٥:١٦٦:٢ حديث ٣.

٢- (٢) التذكرة ٢:٣٦٣.

ينتهي على الجماعه. ينتهي على الجماعه).

حيث أنه يجوز عقد النضال بين حزبين لكل حزب رئيس، فهل يشترط تعيين رماه كل حزب منهما قبل العقد باتفاق و مرضاه، فيعرف كل واحد من الرئيسين من يرمى معه بأن يكون حاضرا يراه أو غائبا يعرفه؟ أم يجوز أن يعقد الزعيمان عليهم ليقرعا على من يكون في كل حزب؟.

فيه وجهان أصحهما الأول، لأن تعيين الرامي شرط في العقد فإنه من أركانه، ولأنه ربما أخرجت القرعة الحدّاق لأحد الحزبين و الضعفاء للحزب الآخر فيخرج عن مقصود التنازل، و هو مختار المصنف في التذكرة (١)، و اختار في التحرير الثاني (٢).

إذا عرفت ذلك فحيث شرطنا تعيينهم قبل العقد فلا بد من أن ينصب لكل حزب رئيس لينوب عنهم في العقد فلا يكفي للحزبين رئيس واحد، و لا بد أن يكون مطاعا بينهم. و ينبغي أن يكون مقدّما عليهم في الرمي، لأن صفه الزعيم في العرف أن يكون مقدّما في الصنائه مطاعا في الجماعه، و حينئذ فيعين كل منهما من يكون معه أما بالإشارة إن حضروا و إن لم يعرفوا، و أما بأسمائهم إذا عرفوا، فيختار أحد الزعيمين واحدا من الجماعه و الآخر آخر في مقابله، ثم يختار الأول ثانيا و الثاني ثانيا في مقابله ثاني الأول، ثم يعود الأول و يختار ثالثا و كذا الثاني، و هكذا الى آخر الجماعه. و ليس لأحدهما أن يختار الثلاثة مثلا في حاله واحده، لأنه لا يختار إلا الأحذق فيجتمع الحدّاق في حزب و الضعفاء في حزب فيفوت مقصود التنازل.

و لو تنازعا في المتقدم في الاختيار عدلوا إلى القرعه، و لا محذور هنا لأنها قرعه في الاختيار قبل العقد و ليست قرعه فيه، و الى هذا أشار المصنف بقوله:

(و الابتداء بالقرعه) و إن لم يكن صريحا في المراد، لأن القرعه حيث يقع التنازع لا مع الاتفاق على ابتداء واحد. و لا يمكن أن يريد بها القرعه بعد العقد، لأنه لا ابتداء

ص: ٣٦٦

١- ١) التذكرة ٣٦٣: ٢. [١]

٢- ٢) التحرير ٢٦٥: ٢. [٢]

و الابتداء بالقرعه، فإن شرط الزعيم السبق على نفسه لم يلزم حزبه شىء، وإلا- كان عليهم بالسويه، و يكون للآخر بالسويه من أصاب و من لم يصب.

و يحتمل القسمة على قدر الإصابه فيمنع من لم يصب. هنا، و إنما يقع التعيين بالقرعه.

و ارجع الى عبارته الكتاب و الحظ ما فيها من الإبهام، فإن المتبادر من سياق الكلام أن احتمال المنع جار فى التناضل بين حزبين، و ليس بمراد و لا صحيح، لأن الناضل بين حزبين جائز و إنما التنازع فى جواز العقد قبل التعيين. نعم بعد تأمل الدليل الذى ذكره و تحصيل مدعى ينطبق عليه يفهم المراد.

ثم المتبادر من قوله: (فينصب لكل حزب رئيس). تفرعه على احتمال جواز العقد بين حزبين من غير تعيين و هو فاسد، لأن هذا إنما يكون إذا قلنا بالمنع و اشترطنا التعيين قبل العقد، أما على الجواز فإن التعيين بعد العقد لا يكون بفعلهما بل بالقرعه.

قوله: (فإن شرط الزعيم السبق على نفسه لم يلزم حزبه شىء، وإلا كان عليهم بالسويه، و يكون الآخر بالسويه من أصاب و من لم يصب).

و يحتمل القسمة على قدر الإصابه فيمنع من لم يصب).

السبق فى عقد النضال بين حزبين أما أن يكون من أجنبى، أو من الزعيم خاصه، أو من أحد الحزبين فقط، أو من كل منهما، و لا بحث فى الصحه على التقديرات لكن إذا أخرجه أحد الحزبين أو كلاهما و لم يسموا قسط كل واحد من الجماعه يشتركون فى التزامه بالسويه على عددهم من غير تفاضل فيه، لانتفاء المرجح عند إطلاق العقد. و يحتمل توزيع الغرم على قدر الخطأ على نحو توزيع القسمة على قدر الإصابه.

و إن سَمُوا قسط كل واحد منهم و تساوا فلا بحث، و إن تفاضلوا فوجهان

أصحهما الجواز، لأنه شرط صدر باختيارهم و لا- مانع منه، فإنه يجوز ان يلتزم المال كل واحد منهم أو أجنبي، و أضعفهما العدم، لاستوائهم فى العقد فوجب أن يتساووا فى التزام العوض، و ليس بشىء.

و لم يتعرض المصنف الى هذا القسم، إذ المتبادر من قوله: (و إلا كان عليهم بالسويه) إنه إذا لم يشترط الزعيم السبق على نفسه كان بمقتضى الإطلاق عليهم بالسويه و إن كان مدلول العبارة أعم من التعيين و عدمه، إذ لا- يمكن أن يريد أنه مع التعيين بالتفاوت يكون عليهم بالسويه.

و قوله: (و يكون الآخر بالسويه من أصاب و من لم يصب). معناه: و يكون الحزب الآخر و هو المصيب بالسويه فى قسمه السبق من أصاب و من لم يصب، لا اشتراكهم فى العقد على وجه صاروا بمنزلة الشخص الواحد فى أخذون بالسويه كما أن المنضولين يعطون بالسويه.

و تحتمل القسمة على عدد الإصابات، فىكون لمن كثرت إصابته أكثر، و يمنع من لم يصب، لأنهم بالإصابة قد استحقوا فلا يستوى قليل الإصابة و كثيرها.

و يضعف بأن الحزب بمنزلة الشخص الواحد، فإذا شرط المال للحزب الناצל كان مقتضى الاشتراط الاستواء فيه. نعم لو شرطت القسمة على قدر الإصابة اتبع الشرط، و كذا لو شرط عدم غرم المصيب من الحزب المنضول، أو توزيعه على قدر الخطأ، لأنه شرط لا ينافى مقتضى العقد.

و لا- يخفى ما فى قوله: (و يكون الآخر بالسويه) من اللبس و الخفاء، إذ لا يعرف ما المراد بالآخر، فإن الزعيم فى قوله: (فإن شرط الزعيم) قد يراد به أحدهما، و قد يراد كل منهما، لأن الشرط قد يكون من واحد من الحزبين، و قد يكون منهما، و قد يكون من واحد من الزعيمين، و قد يكون منهما و لا يكون لقوله: (و يكون الآخر بالسويه) إلا على تقدير أن يكون الشرط من أحد الزعيمين فقط، أو أحد الحزبين

و يشترط قسمه الرشق بين الحزبين بغير كسر، فيجب إذا كانوا ثلاثة الثلث، و أربعة الربع. و لو كان في أحد الحزبين من لا يحسن الرمي بطل العقد فيه و في مقابله، و يتخير كل من الحزبين لتبعض الصفقه. فقط. نعم يمكن الاعتناء بالعبارة فيقال: و إلا كان عليهم بالسويه، إنما يكون ذلك إذا صاروا منضولين فيراد بقوله: (و يكون الآخر) الحزب الناصلون.

قوله: (و تشتط قسمه الرشق بين الحزبين بغير كسر، فيجب إذا كانوا ثلاثة الثلث، و أربعة الربع).

أى: يشترط لصحة النضال بين الحزبين أن يكون الرشق - و هو عدد الرمي المشترك بينهما - بحيث ينقسم عليهم بغير كسر، فإذا كان الحزب ثلاثة و جب ان يكون للعدد ثلث صحيح، و إن كان أربعة و جب ان يكون ربع صحيح، فلا يجوز اشتراط نحو الأربعة و الحزب ثلاثة، لأن السهم لا يقبل القسمة و لا يتعين محله مع الإطلاق. و لو شرط لواحد منهم لم يصح عندنا، لوجوب استوائهم في عدد الرمي بحيث يحصل التكافؤ. و اعلم ان المراد من قوله: (و تشتط قسمه الرشق بين الحزبين). اشتراط انقسام الرشق بغير كسر في صحة العقد، فأطلق القسمة و أراد الانقسام.

قوله: (و لو كان في أحد الحزبين من لا يحسن الرمي بطل العقد فيه و في مقابله، و يتخير كل من الحزبين لتبعض الصفقه).

أى: لو أدخل أحد الزعيمين في أحد الحزبين من لا يحسن الرمي أصلاً، لعدم العلم بحاله، كما لو حضر غريب لا يعرفونه فأخذه أحد الزعيمين في حزبه بظن أنه جيد الرمي فظهر خلافه بطل العقد فيه، لأنه معقود عليه في عمل معدوم منه لا يمكن صدوره عنه، فكان بمنزله من استؤجر للكتابة و هو لا يحسنها فإنَّ الإجاره باطله، فإذا بطل العقد فيه و جب ان يبطل في مقابله من الحزب الآخر، لأن العقد إنما جرى عليه

و لو ظهر قليل الإصابه فقال حزبه:ظنناه كثير الإصابه،أو كثير الإصابه فقال الحزب الآخر:ظنناه قليل الإصابه لم يسمع. و لو قال المسبوق:اطرح فضلك و أعطيك دينارا لم يجز. و إذا شرطا الخاصل،و هى الإصابه المطلقه اعتد بها كيف ما وجدت بشرط الإصابه بالنصل،فلو أصاب بعرضه أو بفوقه لم يعتد به،لأنه من سيئ الخطأ. لكونه مقابله،و حينئذ فيتخير كل من الحزبين فى فسح العقد على القول بلزومه لتبعض الصفقه.

قوله: (و لو ظهر قليل الإصابه فقال حزبه:ظنناه كثير الإصابه،أو كثير الإصابه فقال الحزب الآخر:ظنناه قليل الإصابه لم يسمع).

اى:لو ظهر الشخص الذى أدخله أحد الزعيمين فى حزبه يحسن الرمى لكنه قليل الإصابه فلا فسح لأصحابه،و ليس لهم طلب البدل عنه و ان قالوا:ظنناه كثير الإصابه،بل صوابه و خطؤه لحزبه و هو بمنزله من عرفوه. كما أنه لو ظهر كثير الإصابه أجود رميا لم يكن للحزب الآخر الفسخ و لا طلب البدل،و ذلك لان العقد قد جرى عليه صحيحا مستوفيا شروطه فكان كأحدهم فى لزومه أو جوازه.

قوله: (و لو قال المسبوق:اطرح فضلك و أعطيك دينارا لم يجز).

لأنه مفوت للغرض من المناضله و مخالف لوضعها.

قوله: (و إذا شرط الخاصل-و هى الإصابه المطلقه-اعتد بها كيف ما وجدت بشرط الإصابه بالنصل،فلو أصاب بعرضه أو بفوقه لم يعتد به، لأنه من سيئ الخطأ).

لا-ريب أن الخاصل هو المصيب للغرض كيف ما اتفق،سواء قرع أو خسق أو خرق،لكن يشترط لكونه مصيبا أن تقع إصابه الغرض بالنصل.

و لو أطارت الريح الغرض فوق في موضعه احتسب له، أما لو شرط الخاسق، فإن ثبت في الهدف و كان بصلابه الغرض احتسب له، و إلا فلا يحتسب له و لا عليه. و لو أصابه في الموضع الذى طار إليه، فإن كان على صوب المقصد حسب له، و إلا عليه. و قد اختلف فيما يسمى نصلاً: فقيل: إنه اسم للحديد المسمى زجا، و قيل:

إنه اسم لطرف الخشبه الذى يوضع فيه الزج من الحديد.

فلو أصاب بعرض السهم احتسب مخطئاً، لأنه منسوب الى سوء رميه فهو من سيئ الخطأ، و إن أصاب بفوق السهم—و هو الجزء الذى يدخل فيه الوتر، و ربما أطلق عليه القمدح، و قيل: إن القمدح اسم لجميع الخشبه المريشه—فالأصح أنه كذلك، لأنه منسوب الى سوء رميه.

قوله: (و لو أطارت الريح الغرض فوق في موضعه احتسب له، أما لو شرط الخاسق: فان ثبت في الهدف و كان بصلابه الغرض احتسب له، و إلا فلا— يحتسب له و لا— عليه، و لو أصابه في الموضع الذى طار إليه: فإن كان على صوب المقصد حسب له، و إلا عليه).

إذا أطارت الريح الغرض عن موضعه: فأما أن يقع السهم في غير الغرض، و في غير الموضع الذى كان فيه فيحتسب به مخطئاً، لأنه وقع في غير محل الإصابه قبل الريح و بعدها.

و أما أن يقع في الموضع الذى كان فيه الغرض من الهدف فيحتسب مصيباً، لوقوعه في محل الإصابه.

و أما أن يقع في الغرض بعد زواله عن موضعه: فأما أن يكون زواله بعد خروج السهم فيحتسب به من الخطأ، لوقوعه في غير محل الإصابه عند خروج السهم، و إما أن يخرج السهم بعد زواله عن موضعه و علم الرامى بزواله فينظر في

الموضع الذى صار فيه: فإن لم يكن مماثلاً لموضعه من الهدف لم يحتسب به مصيباً ولا مخطئاً، لخروجه عن محل الصواب و الخطأ، وإن كان مماثلاً احتسب به مصيباً، لأنه قد صار محلاً للإصابة، ذكر ذلك كله فى التذكرة (١).

ولا بد من تقييد القسم الأخير بأن لا تكون إطاره الريح الغرض الى موضع هو أقرب الى موقف الرامى من موضعه الأول، وإلا لوجب أن لا يحتسب به صواباً ولا خطأ، إذ ليس فى محل واحد منهما.

إذا عرفت ذلك فارجع الى عبارته الكتاب، وأعلم أن القسم الأول مما ذكره فى عبارته لا بحث فى صحته، وأما الأخير وهو قوله:- (و لو أصابه فى الموضع الذى طار إليه). - فلا بد من تقييده بان تكون إزالة الريح الغرض قبل خروج السهم بحيث يقصده الرامى، وكون موضعه الذى صار فيه مماثلاً لموضعه من الغرض، وليس أقرب الى موقف الرامى، لأنه إذا لم يماثل موضعه الثانى موضعه الأول لم يكن على وفق الشرط فلم يعتد به ولو كان زواله بعد خروج السهم لم يكن موضعه محلاً للإصابة عند خروج السهم، اللهم إلا أن يريد بكونه على صوب المقصد تماثل الموضعين و عبور السهم إليه من موضعه الذى كان فيه، فإنه يستغنى عن القيد الأولين حينئذ.

إلا- أنه يرد عليه كونه مستدر كالأندراج فى القسم الأول، وهو وقوع السهم فى موضعه. ثم أن قوله (و إلا- فلا) لا يستقيم على إطلاقه حينئذ، لأنه إذا قصده فى موضعه الذى طار اليه و تماثل الموضعان عدّ مصيباً.

و لو كانا قد شرطاً الخاسق فأطارت الريح الغرض فوق السهم فى الهدف و ثبت: فإن كان بصلا به الغرض احتسب له قطعاً، وإلا لم يحتسب له ولا عليه، بل يهدر لفقده ما به تتميز الإصابة من الخطأ.

ص: ٣٧٢

و لو أخطأ لعارض مثل كسر قوس، أو قطع وتر، أو عروض ريح شديده لم يحسب عليه، و لو أصاب ففي احتسابه له نظر. و مثل ما هنا ذكر المصنف في التذكرة (١)، و على ما ذكره من التفصيل في المسألة التي قبلها و التي بعدها، و هو أنه إذا عرف قوه السهم بحيث يخرق احتسب خاسقا ينبغي اعتبار مثله هنا.

قوله: (و لو أخطأ لعارض مثل: كسر القوس، أو قطع وتر، أو عروض ريح شديده لم يحسب عليه).

أى: لو حصل الخطأ مستندا إلى عروض أمر: كانكسار القوس، أو قطع الوتر، أو مرور إنسان و نحوه، أو حدوث عله في يد الرامى لم يحسب ذلك عليه.

و قيد في التذكرة انقطاع الوتر و انكسار القوس و السهم بأن لا يكون وقوع ذلك من تقصيره و سوء رميه و إلا حسب عليه (٢)، و هو حسن. و كذا لو عرض للسهم ريح شديده مثلها يغير السهم عن هيئته.

أما لو كانت الريح ضعيفه ففي احتساب ذلك في الخطأ و جهان: أحدهما الاحتساب، لأننا على يقين من عدم الإصابه و فى شك من تأثير الريح.

و الثانى للشك فى سبب الخطأ. و ذكر فى التذكرة الوجهين و لم يرجح شيئا منهما (٣)، و لكل منهما وجه.

قوله: (و لو أصاب ففي احتسابه له نظر).

أى: لو أصاب مع وجود العارض كالريح الشديده، و منشأ النظر: من تيقن حصول الإصابه و الشك فى استنادها الى الريح، و من أن شأن الريح القويه تغير السهم عن هيئته، فسبب الإصابه مشكوك فى كونه الريح أو الرامى.

ص: ٣٧٣

[١ - ١] التذكرة ٢: ٣٦٦. [١]

[٢ - ٢] التذكرة ٢: ٣٧٠. [٢]

[٣ - ٣] التذكرة ٢: ٣٦٦. [٣]

و لو شرط الخاسق فمرق حسب له، و لو خرقة حسب عليه، و لو ثقبه ثقباً يصلح للخسق فوقع بين يديه فالأقرب احتسابه له، و المصنف فى التذكرة جزم مع الريح الضعيفه باعتبار الإصابه، و يمكن مجيء الوجهين اللذين ذكرهما فى الخطأ هنا. و حكم بأن الريح الشديده إن كانت موجوده عند إرسال السهم عليه كان محسوبا فى الإصابه، لأن الظاهر أنه اجتهد فى التحرز من تأثير الريح بتحريف سهمه فأصاب باجتهاده، و إن حدثت بعد إرسال السهم فإشكال.

و الذى يقتضيه النظر أنه متى كان للعارض دخل فى الإصابه أو الخطأ، لم يحتسب له و لا عليه، و إلا احتسب، و يعرف ذلك بقوه الرمى و ضعفه، و استقامته و عدمه، و مع الشك يتمسك بالأصل.

قوله: (و لو شرط الخاسق فمرق حسب له، و لو خرقة حسب عليه).

لأنه إذا مرق فقد أتى بأعلى من المشروط فيكون إصابه و زياده، فإنه ليس الغرض الثبوت و إنما الغرض أن يقوى الرمي بحيث يتأتى معها الثبوت، و هو مقرب التحرير (1)، بخلاف ما إذا خرقت فإنه أدون.

قوله: (و لو ثقبه ثقباً يصلح للخسق و وقع بين يديه فالأقرب احتسابه له).

المراد بصلاحيته للخسق: أن يكون صالحاً للثبوت، فلو ثقبه ثقباً لا يصلح له فليس بخاسق قطعاً. و وجه القرب: أن الغرض حصول الإصابه على الوجه المخصوص و قد حصل، لأن الفرض أن الثقب صالح للثبوت فيه، و السقوط يحتمل أن يكون لسعه الثقب، و ذلك يدل على جوده الرمي.

ص: ٣٧٤

و لو وقع فى ثقب قديم و ثبت احتمال الاحتساب له و عدمه. و إذا تم النضال ملك الناضل العوض، و له التصرف فيه كيف شاء، و له أن يختص به، و أن يطعم أصحابه، و لو شرط إطعامه لحزبه فالوجه الجواز. و يحتمل العدم، لانتفاء الوصف و الشك فى سببه، و اختار فى التذكرة الثانى (١)، و هو أقرب، إلا أن يعلم استناد السقوط إلى سعة الثقب أو ضعف الغرض و نحو ذلك.

قوله: (و لو وقع فى ثقب قديم و ثبت احتمال الاحتساب له و عدمه).

وجه الأول: أنه قد أصاب و ثبت فتحقق الخسق، و وجه العدم: أنه لم يخرق فلا يكون خاسقاً. و قال فى التذكرة: الوجه أن يقول: إن عرفنا قوه السهم بحيث يخرق احتساب خاسقاً، و إلا فلا (٢)، و هذا التفصيل أظهر.

قوله: (و إذا تم النضال ملك الناضل العوض و له التصرف فيه كيف شاء، و له ان يختص به و أن يطعم صاحبه).

يستفاد من قوله: (و إذا تم النضال ملك الناضل العوض) أنه لا يملكه قبل ذلك، و هذا ينافى جواز الرهن به و ضمانه، و لا شبهه انه إذا ملكه تصرف فيه كيف شاء.

قوله: (و لو شرط إطعامه لحزبه فالوجه الجواز).

وجهه: عموم: «المسلمون عند شروطهم» (٣) فإنه لم يقدّم دليل على بطلان هذا الشرط، و هو مختار المصنف فى المختلف (٤).

و قيل يبطل الشرط و العقد معاً، لأن عوض العمل يجب أن يكون للعامل كالأجاره، فاشترط خلافه مناف لمقتضاه، و يبطلانه يبطل العقد، و اختاره الشيخ فى

ص: ٣٧٥

١-١) التذكرة ٣٦٧: ٢. [١]

٢-٢) التذكرة ٣٦٧: ٢. [٢]

٣-٣) الكافي ٥: ٤٠٤ حديث ٨، [٣] التهذيب ٧: ٣٧٣ حديث ٧٠، الاستبصار ٣: ٢٣٢ حديث ٨٣٥.

٤-٤) المختلف: ٤٨٤.

و لو قال لرام: ارم خمسه عنى و خمسه عنك، فإن أصبت فى خمستك فلك دينار لم يجز. و لو قال: ارم فإن كانت إصابتك أكثر العشره فلك دينار صح. و لو شرطاً احتساب القريب و ذكرنا حدّ القرب جاز، المبسوط (١)، و اختار فى الخلاف بطلان الشرط دون العقد (٢)، و الأول ليس بذلك البعيد، لأن هذا العقد ليس معاوضه حقيقه، و لا هو على نهج المعاوضات، لوقوع المال ممن لا دخل له فى المسابقه، و لا يصل إليه شىء من العوض الآخر فيكون عموم:

«المسلمون عند شروطهم» (٣) بالنسبه الى هذا الفرد لا معارض له.

قوله: (و لو قال لرام: ارم خمسه عنى و خمسه عنك فإن أصبت فى خمستك فلك دينار لم يجز).

لامتناع المناضله من شخص واحد، لأن الغرض حصول التحذق بمناضله شخصين ليجتهد كل منهما فى أن يكون ناضلاً، و ذلك منتف فى الشخص الواحد فلا يكون وضع المناضله حاصلًا.

قوله: (و لو قال: ارم فإن كانت إصابتك أكثر العشره فلك دينار صح).

لا مانع من الصحه هنا، لأن ذلك بالجعله أشبه، نعم لو أراد بذلك مناضله نفسه لم يصح لمخالفته وضع المناضله.

قوله: (و لو شرطاً احتساب القريب و ذكرنا حد القرب جاز).

أى: إذا شرطاً فى العقد احتساب القريب من الغرض دون البعيد منه، و ذكرنا

ص: ٣٧٤

١- ١) المبسوط ٣٠٢: ٦. [١]

٢- ٢) الخلاف ٣: ٢٠٥ مسأله ١٠ كتاب السبق.

٣- ٣) الكافى ٥: ٤٠٤ حديث ٨، [٢] التهذيب ٧: ٣٧٣ حديث ٧٠، الاستبصار ٣: ٢٣٢ حديث ٨٣٥.

و إن لم يذكر احتمال الفساد، والتنزيل على أن الأقرب يسقط الأبعد كيف كان، و لو شرطاً ذلك لزم قطعاً.

و لو شرطاً إسقاط مركز القرطاس ما حوالية احتمال الصحة و البطلان، لتعذره. حد القرب من ذراع أو أقل أو أكثر جاز و صار الحد المضبوط كالغرض و الشن في وسطه كالسداره. و لو لم يذكره و كان للرماء عادة مطرده حمل اللفظ المطلق على القدر المعتاد عندهم، كما يحمل الدرهم عند الإطلاق على المعتاد.

قوله: (و إن لم يذكر احتمال الفساد، والتنزيل على أن الأقرب يسقط الأبعد كيف كان).

أى: إن لم يذكر في العقد حد القرب احتمال الفساد و الصحة، لكن إذا لم يكن للرماء عادة مطرده. وجه الفساد: الجهالة و الغرر، و الصحة: لأن ذلك غير قاذح للتنزيل على أن الأقرب يسقط الأبعد كيف كان- أى كيف اتفق ذلك- من غير تقييد بحد، و الفساد أوجه، لعدم استفادة هذا المعنى من اشتراط احتساب القريب.

أما لو شرطاً ذلك في العقد فإنه يلزم قطعاً، لأنه نوع من الرمي معتاد بين الرماة، و هو ضرب من المحاطة، و إلى هذا أشار بقوله: (فإن شرطاً ذلك لزم قطعاً) كما إذا قالوا: نرمى عشرين رشقاً على أن يسقط الأقرب الأبعد فمن فضل له خمسة فهو ناضل.

قوله: (و لو شرطاً إسقاط مركز القرطاس ما حوالية احتمال الصحة، و البطلان لتعذره).

أى: لو شرطاً لإسقاط إصابه مركز القرطاس إصابه ما حوالية، و وجه الجواز: الأصل، و أن فيه التحريض على الحذق، و وجه البطلان: أن وسط القرطاس متعذر قصده، و إصابته اتفاهيه فقد يصيبه الأحذق. و فيه نظر، لأننا نمنع تعذره، و ندوره

و لو انكسر السهم بنصفين فأصاب بالمقطع من الذى فيه الفوق حسب،و إن أصاب بالنصل من الآخر فإشكال. لا- يخل بالصحة،فيكون الأول أوجه.

قوله: (و لو انكسر السهم بنصفين فأصاب بالمقطع من الذى فيه الفوق حسب،و إن أصاب بالنصل من الآخر فإشكال).

لو انكسر السهم نصفين من غير تقصير من الرامى كما قيد به فى التذكرة (١)، و الظاهر أن أثر هذا القيد إنما يظهر إذا أخطأ،أما مع الإصابه الشديده فالذى يقتضيه النظر عدم التفاوت فى الحكم.

و الحاصل أنه إذا انكسر فأصاب بالمقطع-أى موضع الكسر من الذى فيه الفوق إصابه شديده-فهو مصيب و إن أصاب بالنصل فإشكال ينشأ:من أنه لم يبق فيه تحامل الوتر و اعتماده المقروع فالمؤثر إنما هو النصف الذى فيه الفوق.

و من أن اشتداده مع الانكسار و اصابته يدل على جوده الرمى و غايه الحذق فيه،و الحكم موضع تأمل و إن كان احتسابه-إذا كان قويا شديدا-لا يخلو من قوه، و لو أصاب بهما فقد حكى المصنف فى التذكرة باحتساب ذلك إصابتين،قال:و كذا لو رمى سهمين دفعه فأصاب بهما،تحسب له إصابتان (٢).

ص: ٣٧٨

[١-١] التذكرة ٢:٣٧٠. [١]

[٢-٢] التذكرة ٢:٣٧٠. [٢]

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 اي، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلي، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

البريد الإلكتروني : Info@ghbook.ir

هاتف المكتب المركزي ٠٣١٣٤٤٩٠١٢٥

هاتف المكتب في طهران ٠٢١ - ٨٨٣١٨٧٢٢

قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩ شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.

مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية
اصبحان

الغمامة



للحصول على المكتبات الخاصة الاخرى
ارجعوا الى عنوان المركز من فضلكم
www.Ghaemiyeh.com

www.Ghaemiyeh.net

www.Ghaemiyeh.org

www.Ghaemiyeh.ir

و للايحاء من فضلكم

٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٥٩

