



مركز  
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

للغلام



اشرافيية  
عليه صلوات الله  
عليه وآله

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

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ  
وَأَمَّا خِرَافُ الدَّبَابِ

فَلَا يَتَّبِعُهَا إِلَّا الَّذِينَ يَدْعُونَ  
لَهَا سُبْحَانَ اللَّهِ مُدْمِنِينَ

تَأْتِي

الْقُبُورَ لِتُضِلَّهُمْ

عَنِ صِرَاطِ رَبِّهِمْ وَالْحَبَابُ  
الْمُرْتَجِلُونَ

وَأَمَّا حَتَّىٰ

﴿ ٩ ﴾

مَجْنُونٍ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

# رياض المسائل فى تحقيق الاحكام بالدلائل

كاتب:

سيد على بن محمد طباطبائى ( صاحب رياض المسائل )

نشرت فى الطباعة:

مؤسسه آل البيت ( عليهم السلام ) لاحياء التراث

رقمى الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

# الفهرس

٥	الفهرس
٩	رياض المسائل فى تحقيق الاحكام بالدلائل المجلد ٩
٩	اشاره
١٠	اشاره
١٤	تممه كتاب البيع
١٤	الفصل السادس فى بيع الثمار
٥٨	الفصل السابع فى بيع الحيوان
٥٨	اشاره
٦٦	و يلحق بهذا الباب مسائل
٦٦	اشاره
٦٦	الأولى المملوك يملك فاضل الضريبه
٧٤	الثانيه من اشترى عبداً له مال كان ماله للبائع إنا مع الشرط
٧٧	الثالثه: يجب على البائع استبراء الأمه
٩٣	الرابعه يكره التفرقه بين الأطفال و أمهاتهم حتى يستغنوا
٩٧	الخامسه إذا وطئ المشتري الأمه ثم بان استحقاتها انتزعتها المستحق
١٠١	السادسه يجوز ابتياع ما يسيبه الظالم
١٠٤	السابعه إذا دفع إلى مأذون مالا ليشترى نسمة و يعتقها
١٠٨	الثامنه: إذا اشترى عبداً فدفع البائع إليه عبيدين ليختار أحدهما فأبى واحد
١١٢	التاسعه إذا وطئ أحد الشريكين الأمه سقط عنه من الحد ما قابل نصيبه
١١٩	العاشره المملوكان المأذون لهما فى التجاره إذا ابتاع كل منهما صاحبه حكم للسابق
١٢٤	الفصل الثامن فى السلف
١٢٤	اشاره
١٢٥	الأول فى الشروط
١٢٥	اشاره

- الأول ذكر الجنس و الوصف ..... ١٢٥
- الثانى قبض رأس المال قبل التفرق ..... ١٢٩
- الثالث تقدير المبيع بالكيل أو الوزن ..... ١٣٢
- الرابع تعيين الأجل بما يرفع احتمال زياده و النقصان ..... ١٣٥
- الخامس أن يكون وجوده غالباً حين حلوله ..... ١٣٥
- الثانى فى أحكامه و هى مسائل ..... ١٣٧
- اشاره ..... ١٣٧
- الأولى لا يجوز بيع السلم قبل حلوله ..... ١٣٧
- الثانيه إذا دفع دون الصفه و رضى المسلم صح ..... ١٤٧
- الثالثه إذا تعدّر عند الحلول،أو انقطع فطالب كان مختيراً بين الفسخ و بين الصبر ..... ١٤٨
- الرابعه إذا دفع من غير الجنس و رضى الغريم و لم يساعره احتسب بقيمته يوم الإقباض ..... ١٥١
- الخامسه عقد السلف قابل لاشتراط ما هو معلوم ..... ١٥٢
- النظر الثالث فى لواحقه ..... ١٥٥
- اشاره ..... ١٥٥
- الأول فى دين المملوك ..... ١٥٥
- القسم الثانى فى القرض ..... ١٦٢
- خاتمه ..... ١٩٢
- كتاب الرهن و أركانه أربعة ..... ١٩٦
- اشاره ..... ١٩٦
- الأول فى تعريف الرهن ..... ١٩٦
- الثانى فى الحق ..... ٢١٤
- الثالث فى الراهن ..... ٢١٨
- الرابع فى المرتهن ..... ٢٢٣
- و يلحق به مسائل النزاع،و هى أربع ..... ٢٣٨
- اشاره ..... ٢٣٨
- الأولى يضمن المرتهن قيمه الرهن ..... ٢٣٨

- ٢٤١ ..... الثانيه لو اختلفا فيما عليه الرهن فالقول قول الراهن
- ٢٤٢ ..... الثالثه لو قال القابض هو رهن، وقال المالك هو وديعه، فالقول قول المالك مع يمينه
- ٢٤٤ ..... الرابعه إن اختلفا في التفريط فالقول قول المرتهن مع يمينه
- ٢٤٥ ..... كتاب الحجر
- ٢٤٥ ..... اشاره
- ٢٤٥ ..... أسباب الحجر
- ٢٤٦ ..... يزول حجر الصغير بوصفين
- ٢٤٦ ..... اشاره
- ٢٤٦ ..... الأول البلوغ
- ٢٥٤ ..... الثاني الرشد
- ٢٦٨ ..... كتاب الضمان
- ٢٦٨ ..... اشاره
- ٢٦٨ ..... الأول ضمان المال
- ٢٨٧ ..... القسم الثاني في الحوالة
- ٢٩٨ ..... القسم الثالث الكفاله
- ٣٠٨ ..... كتاب الصلح
- ٣٢٥ ..... كتاب الشركه
- ٣٤١ ..... كتاب المضاربه
- ٣٧٣ ..... كتاب المزارعه و المساقاه
- ٣٧٣ ..... اشاره
- ٣٧٣ ..... أما المزارعه
- ٣٧٣ ..... اشاره
- ٣٧٦ ..... و شروطها ثلاثه
- ٣٧٦ ..... اشاره
- ٣٧٦ ..... الأول أن يكون النماء مشاعاً
- ٣٧٨ ..... الثاني أن يقدر لها مدته معلومه

٣٨٠ ..... نالئها أن تكون الأرض مما يمكن الانتفاع بها -

٤٠٣ ..... المسافاه

٤١٨ ..... كتاب الوديعه و العاريه -

٤١٨ ..... اشاره -

٤١٨ ..... الوديعه

٤٤٨ ..... أمنا العاريه -

٤٤٤ ..... تعريف مركز -



سرشناسه: طباطبائى كربلايى، على بن محمد على، ١١٦١ - ١٢٣١ق.

عنوان و نام پديد آور: رياض المسائل فى تحقيق الاحكام بالدلائل / تاليف محمد على الطباطبايى؛ تحقيق موسسه آل البيت (ع) لاحياء التراث.

مشخصات نشر: قم: موسسه آل البيت (عليهم السلام) لاحياء التراث، ١٤١٨ق. = ١٣٧٦-

مشخصات ظاهري: ١٦ ج.: نمونه.

فروست: موسسه آل البيت عليهم السلام لاحياء التراث؛ ٢٠٤، ٢٠٥، ٢٠٦، ٢٠٧، ٢١٢، ٢١٤.

شابك: دوره: ٩٦٤-٣١٩-٠٨٨-٩؛ ٧٥٠٠ ريال: ج. ٩: ٩٦٤-٣١٩-١١١-٧؛ ٨٥٠٠ ريال: ج. ١١: ٩٦٤-٣١٩-٢٧٣-٣؛ ٨٥٠٠ ريال: ج. ١٢: ٩٦٤-٣١٩-٢٧٤-١؛ ٨٥٠٠ ريال: ج. ١٣: ٩٦٤-٣١٩-٢٧٥-X؛ ١٥: ٩٦٤-٣١٩-٢٧٧-٦؛ ٩٠٠٠ ريال: ج. ١٦: ٩٦٤-٣١٩-٢٧٨-٤

وضعت فهرست نويسى: برون سپارى

يادداشت: عربى.

يادداشت: كتاب حاضر شرحى بر مختصر النافع محقق حلى است.

يادداشت: ج. ٩ (چاپ اول: ١٤١٩ق. = ١٣٧٧).

يادداشت: ج. ١١ - ١٣ (چاپ؟: ١٤٢١ق. = ١٣٧٩).

يادداشت: ج. ١٥ و ١٦ (چاپ؟: ١٤٢٢ق. = ١٣٨٠).

يادداشت: كتابنامه.

موضوع: محقق حلى، جعفر بن حسن، ٦٧٢ - ٦٠٢ق. المختصر النافع -- نقد و تفسير

موضوع: فقه جعفرى -- قرن ٧ق.

شناسه افزوده: محقق حلى، جعفر بن حسن، ٦٧٦ - ٦٠٢ق. المختصر النافع. شرح

شناسه افزوده: موسسه آل البيت (عليهم السلام) لآحياء التراث

رده بندي كنگره: BP182/م3م30216/1376

رده بندي ديويي: 297/342

شماره كتابشناسي ملي: م 4774-77

ص: 1

**اشاره**







الفصل السادس فى بيع الثمار

الفصل السادس فى بيع الثمار اعلم أنه لا يجوز بيع ثمره النخل بل مطلقاً، كما يأتى قبل ظهورها المفسّر بالبروز إلى الوجود، وإن كانت بعدُ فى [فى بعد] الطلع أو الكمام، فى كلام جماعه (١)، ويشهد له بعض المعترضه الآتيه، عاماً واحداً، بمعنى ثمره ذلك العام وإن وجدت فى شهر أو أقل.

للغرر، والإجماع المستفيض النقل فى كلام جماعه، كالغنيه و السرائر و المختلف و التذكره و التنقيح و الدروس و نكت الإرشاد و المسالك و الروضه (٢)، و المفلح الصيمرى فى شرح الشرائع؛ و هو و ما قبله الحجه.

مضافاً إلى المعترضه المستفيضه الناهيه عنه فحوى فى بعض، و نصاً

ص: ٥

---

١- منهم: الشيخ فى النهايه: ٤١٤، و الشهيد فى الدروس ٣: ٢٣٤، و الشهيد الثانى فى الروضه ٣: ٣٥٤.

٢- الغنيه (الجوامع الفقهيّه): ٥٨٦، السرائر ٢: ٣٥٩، المختلف: ٣٧٦، التذكره ١: ٥٠٢، التنقيح الرائع ٢: ١٠٤، الدروس ٣: ٢٣٤، المسالك ١: ٢٠٤، الروضه ٣: ٣٥٤.

فى الباقى.

فمن الأول النصوص الآتية المانعة عن بيعها قبل بدو الصلاح.

و نحوها المعبران، أحدهما الصحيح، و الثانى الموثق كالصحيح على الصحيح: « لا تشتري النخل حولاً واحداً حتى يطعم، و إن شئت أن يتباعه سنتين فافعل » (١).

و الخبر: « إذا بيع الحائظ فيه النخل و الشجر سنة واحده فلا يباعن حتى تبلغ ثمرته » (٢).

و من الثانى الموثق كالصحيح: عن بيع الثمره هل يصلح شراؤها قبل أن يخرج طلعتها؟ قال: « لا، إلا أن يشتري معها غيرها رطبه أو بقلًا، فيقول: اشتري منك هذه الرطبه » إلى أن قال: « فإن لم تخرج الثمره كان رأس مال المشتري فى الرطبه و البقل » (٣).

و هو و إن دلّ على الجواز مع الضميمة مطلقاً، إلا أن اللازم وفقاً للتذكرة (٤) حملها على المقصوده بالأصالة و كون الثمره تابعه غير مقصوده؛ جمعاً بين الأدلة، و التفاتاً إلى الإشعار به فى ذيل الروايه من العله بأنه إن لم تخرج الثمره كان رأس ماله فى الرطبه، بناءً على الغالب من عدم

ص: ٦

١- الأول: التهذيب ٧/٨٨، الإستبصار ٣/٨٥، الوسائل ٢١٣:١٨، أبواب بيع الثمار ب ١ ح ٩. الثانى: التهذيب ٧/٨٨، الإستبصار ٣/٨٦، الوسائل ٢١٤:١٨، أبواب بيع الثمار ب ١ ح ١٠.

٢- الفقيه ٣/١٥٧، ٦٩٠، التهذيب ٧/٨٧، الإستبصار ٣/٨٦، الوسائل ٢١٢:١٨، أبواب بيع الثمار ب ١ ح ٧.

٣- الكافي ٥/١٧٦، الفقيه ٣/١٣٣، ٥٧٨، التهذيب ٧/٨٤، ٣٦٠، الإستبصار ٣/٨٦، الوسائل ٢١٩:١٨، أبواب بيع الثمار ب ٣ ح ١.

٤- التذكرة ٥٠٢:١. و ادعى عليه فى المسالك (١:٢٠٤) الشهره. (منه رحمه الله).

دفع الثمن في مثل هذه الصورة إلّا بعد أن تكون الضميمة بالذات مقصوده دون الثمره.

و به يقيد إطلاق المعبره المتقدمه ككلام الجماعه،و إن كان الأحوط الترك مطلقاً و لو مع الضميمة،فراراً من الشبهه الناشئه من الإطلاقات المزبوره،هذا.

و يستفاد من الصحاح الجواز من دون ضميمة أيضاً،لكن مع الكراهه،منها:عن شراء النخل و الكرم و الثمار ثلاث سنين أو أربع سنين، قال:« لا بأس به،يقول:إن لم يخرج في هذه أخرج من قابل،و إن اشتريته سنه فلا تشتريه حتى يبلغ،و إن اشتريته ثلاث سنين قبل أن يبلغ فلا بأس» و عن الرجل يشتري الثمره المسماه من أرض فتهلك تلك الأرض كلها،فقال:« اختصموا في ذلك إلى رسول الله صلى الله عليه و آله و كانوا يذكرون ذلك،فلما رأهم لا يدعون الخصومه نهاهم عن ذلك البيع حتى تبلغ الثمره و لم يحرمه،و لكن إنما فعل ذلك من أجل خصومتهم» (١).

و فيه دلالة على كون النهى للإرشاد و رفع المنازعه،و في غيره كونه للكراهه،كالصحيح:« إنما يكره شراؤها سنه واحده قبل أن يطلع مخافه الآفه حتى تستبين» (٢).

و نحوهما في عدم كون النهى للحرمة الخبر:« خرج رسول الله صلى الله عليه و آله فسمع ضوضاء،فقال:ما هذا؟فقيل:تبايع الناس بالنخل،فقعد النخل العام،فقال صلى الله عليه و آله:أمّا إذا فعلوا فلا يشتروا النخل حتى يطلع فيه شيء،

ص:٧

١- الكافي ١٧٥/٥:٢، التهذيب ٧/٨٥:٣٦٤، الإستبصار ٣/٨٧:٢٩٩، الوسائل ١٨:٢١٠ أبواب بيع الثمار ب ١ ح ٢.

٢- التهذيب ٧/٨٧:٣٧٣، الإستبصار ٣/٨٦:٢٩٢، الوسائل ١٨:٢١٣ أبواب بيع الثمار ب ١ ح ٨.



و لم يحرمه» (١).

و لذلك جمع الشيخ بينها و بين المتقدمه عليها في الكتابين بالكراهه (٢)، لكن فتواه بها بمجرّد ذلك غير معلومه، فلعلّها لمجرّد الجمع بين الأخبار المختلفه، مع احتمال الحرمه و الاستحباب معاً في ذيل الباب المذكور فيه الأخبار المزبوره، المشعر بل الظاهر في تردده في الكراهه، مع احتمال إرادته الكراهه في البيع بعد ظهورها قبل بدوّ الصلاح، كما تشعر به عبارته، سيّما بعد ضمّ سياق بعضها إلى بعض، و لذا نسب جماعه القول بالكراهه إليه في المسأله الآتیه دون هذه المسأله (٣).

و كيف كان، ففتواه هنا بالكراهه لو كانت، مع أنّها غير معلومه شاذّه، كما دلّ عليها من النصوص و إن كانت بحسب الأسانيد معتبره، لا تقاوم شيئاً ممّا قدّمناه من الأدلّه، سيّما الإجماعات المحكيه المستفيضه التي كلّ واحد منها في حكم روايه صحيحه معتضده بالشهره العظيمه.

مضافاً إلى ضعف دلالة الصحاح بالضرورة، فالأول: بقرب احتمال إرادته بدوّ الصلاح من البلوغ المنهى عن بيع الثمره قبله، بل لعله الظاهر، كما لا يخفى على المتأمل المتدبّر.

و الثاني: أولاً: بأعميه الكراهه من المعنى المصطلح في هذه الأزمان المتأخره، فيحتمل الحرمه، بل يتعيّن، بشهاده الأخبار الظاهره فيها لمكان النهي، بالضرورة.

ص: ٨

١- الكافي ٥/١٧٤، التهذيب ٧/٨٦، الإستبصار ٣/٨٨، الوسائل ١٨:٢٠٩ أبواب بيع الثمار ب ١ ح ١.

٢- التهذيب ٧:٨٨، الاستبصار ٣:٨٨.

٣- منهم: العلامة في المختلف: ٣٧٦، و الفاضل المقداد في التنقيح ١٠٥:٢، و البحراني في الحدائق ١٩:٣٢٤.

و ثانياً: باحتمال أن يراد من طلوع الثمره بلوغها و بدوّ و صلاحها، و لا بأس به و إن بُعِد؛ جمعاً بين الأدلّه.

و بنحوه يجاب عن الثالث، فتأمل، مضافاً إلى قصور سنده بالجهالة و وجه آخر لضعف الدلاله.

فاحتمال بعض متأخري متأخري الطائفة المصير إلى الجواز مع الكراهه (١) ضعيف غايته.

و لا أزيد من عام واحد (٢)، على الأظهر الأشهر، بل عن الحلّي عليه الإجماع (٣)؛ و هو الحجه.

و المناقشه فيه بخروج من سيأتي كما في المختلف (٤) مردوده، بناءً على ما عليه أصحابنا من عدم القدح فيه بمثل ذلك بالبديهه، هذا.

مضافاً إلى أكثر ما مرّ من الأدلّه من لزوم الغرر، و الجهاله، و فحوى الأخبار الآتية، فتأمل، و إطلاق الموثقه الثانيه (٥) بل عمومها الناشئ من ترك الاستفصال.

مضافاً إلى مفهوم بعض المعبره بالشهره، و ما قدّمناه من الأدلّه: عن النخل و الثمر يتناعهما الرجل عاما واحداً، إلى أن قال: « فإذا أثمرت فابتعها أربعه أعوام إن شئت مع ذلك العام أو أكثر من ذلك أو أقل » (٦).

ص: ٩

١- الحدائق ٣٢٩: ١٩.

٢- عطف على قوله: عاما واحداً، في ص ٥. أي: لا يجوز بيع ثمره النخل قبل ظهورها أزيد من عام واحد.

٣- السرائر ٣٥٩: ٢.

٤- المختلف: ٣٧٦.

٥- المتقدمه في ص: ٦.

٦- التهذيب ٧: ٩١/٣٨٧، الإستبصار ٣: ٨٨/٣٠٢، الوسائل ١٨: ٢١٤ أبواب بيع الثمار ب ١ ح ١٢.

خلافاً للمقنع و التذكرة (١)، فجوزاه، كما حكاها جماعه؛ استناداً إلى الأصل و العمومات، و الصحيح: عن شراء النخل، فقال: « كان أبى يكره شراء النخل قبل أن يطلع ثمره السنه، و لكن السنين و الثلاثه، كان يقول:

إن لم يحمل فى هذه السنه حمل فى السنه الأخرى» و عن الرجل يبتاع النخل و الفاكهه قبل أن يطلع، فيشتري سنتين أو ثلاثاً أو أربعاً؟ فقال:

« لا بأس » (٢) الحديث.

و ربما يستدل له بإطلاق المعتبرين (٣) و الصحيح الأول (٤) من الصحاح، المتوهم معارضتها لهما، من حيث تخصيص المنع فى الأولين قبل أن يطعم بالحوال الواحد، المشعر بالجواز فيما زاد، مع التصريح به فيه أخيراً، و إطلاق جواز البيع ثلاث سنين قبل البلوغ فى الأخير، و هو كالأول أعم من ظهور الثمره قبل بدو الصلاح و عدمه إن كان الأمران مراداً بهما بدو الصلاح، و إن أريد بهما مجرد ظهور الثمره و إن بعد كان الخبران نصين فى الجواز قبله.

و فى الجميع نظر؛ لاندفاع الأولين بما مرّ، سيما أدلّه نفي الغرر.

و تاليهما: باحتمال الطلوع فيه بدو الصلاح، كما مرّ.

و يكون المراد يقول: « إن لم يحمل » إلى آخره: إن خاست.

و ارتكاب هذا الحمل فيه و إن بعد أولى من ارتكاب الحمل فيما مرّ؛ لكونه بوجوه كثيره أعظمها الشهره و أدلّه نفي الغرر المتفق عليها فتوى

ص: ١٠

١- المقنع: ١٢٣، التذكرة ٥٠٢: ١.

٢- التهذيب ٨٧/٧: ٣٧٣، الإستبصار ٣/ ٨٦: ٢٩٢، الوسائل ١٨: ٢١٣ أبواب بيع الثمار ب ١ ح ٨.

٣- المتقدمين فى ص: ٥.

٤- المتقدم فى ص: ٧.

و رواية بالترجيح أولى و أظهر.

و ربما يستأنس لحمل الطلوع فيه على البلوغ بملاحظه الصحيح الأوّل، حيث اشترط فى نفى بأس الشراء ثلاث سنين وقوعه قبل البلوغ الذى مرّ أنّ الظاهر منه بدوّ الصلاح و جعله المعيار له دون غيره، مع تضمّنه قوله فى الصدر تعليلاً للجواز: «إن لم يخرج فى هذه السنه أخرج من قابل» (١). و لو كان المعيار هو الظهور لكان التبديل به عن البلوغ أولى، كما لا يخفى.

و منه يظهر الجواب عن الاستناد إليه و إلى المعتبرين من حيث جعلهما المعيار فى الجواز مع تعدّد السنين و المنع مع الاتّحاد هو قبل الإطعام الظاهر فى بدوّ الصلاح، مع حكاية التصريح به عن الصحاح، قال:

أطعمت النخلة إذا أدرك ثمرها، و أطعمت البسره أى صار لها طعم (٢).

ثم لو سلّم الإطلاق المتوهم لأجيب عنه بالتقييد بما تقدّم، لما تقدّم، فالقول بالمنع متعين.

و كذا لا يجوز بيعها سنه واحده بعد ظهورها مطلقاً، بشرط التبقية أو مطلقاً ما لم يبد صلاحها، و هو أن يحمرّ أو يصفّر على الأظهر الأشهر وفاقاً للإسكافى و الصدوق و الطوسى و الحلبي و ابن حمزه و ابن زهره العلوى (٣)، مدّعياً هو كالمبسوط و الخلاف عليه الإجماع؛ و هو الحجه.

ص: ١١

١- راجع ص: ٧.

٢- الصحاح ١٩٧٥: ٥.

٣- حكاة عن الإسكافى فى المختلف: ٣٧٦، الصدوق فى المقنع: ١٢٣، الطوسى فى المبسوط ١١٣: ٢، و الخلاف ٣: ٨٥، الحلبي فى الكافى فى الفقه: ٣٥٦، ابن حمزه فى الوسيله: ٢٥٠، ابن زهره فى الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٥٨٦.

مضافاً إلى المعتبره المستفيضه، منها زياده على أكثر النصوص المتقدمه، كالمعتبره الثلاثه الأول و الأولى من الصحاح المقابله لها المعتبره بالشهره، مع كون أسانيد بعضها معتبره، و هي مستفيضه، منها الصحيح:

« لا تباع الثمره حتى يبدو صلاحها » (١).

و الموثق: عن الفاكهه متى يحل بيعها؟ قال: « إذا كانت فاكهه كثيره فى موضع واحد فأطعم بعضها فقد حل بيع الفاكهه كلها، فإذا كان نوعاً واحداً فلا يحل بيعه حتى يطعم، فإن كان أنواعاً متفرقه فلا يباع منها شىء حتى يطعم كل نوع منها وحده ثم تباع تلك الأنواع » (٢).

و المرسل كالموثق: عن بيع الثمره قبل أن تدرك، فقال: « إذا كان فى ملك بيع له غلّه فقد أدركت فبيع ذلك حلال » (٣).

و قريب منه الصحيح: « إذا كان الحائط فيه ثمار مختلفه فأدرك بعضها فلا بأس ببيعها جميعاً » (٤).

و هما دالان على المنع فى غير محل المنطوق الذى منه المفروض، صريحاً فى الأول، و ظاهراً فى الثانى بملاحظه الأول.

و الخبران، فى أحدهما: عن رجل اشترى بستاناً فيه نخل ليس فيه غير بسر أخضر، فقال: « لا حتى يزهو » قلت: و ما الزهو؟ قال: « حتى

ص: ١٢

- 
- ١- الكافى ٥/١٧٥:٤، التهذيب ٧/٨٥:٣٦٥، الإستبصار ٣/٨٧:٣٠٠، الوسائل ١٨:٢١١ أبواب بيع الثمار ب ١ ح ٤.
  - ٢- التهذيب ٧/٩٢:٣٩١، الإستبصار ٣/٨٩:٣٠٤، الوسائل ١٨:٢١٨ أبواب بيع الثمار ب ٢ ح ٥.
  - ٣- الكافى ٥/١٧٥:٦، التهذيب ٧/٨٤:٣٦١، الإستبصار ٣/٨٧:٢٩٦، الوسائل ١٨:٢١٧ أبواب بيع الثمار ب ٢ ح ٢؛ بتفاوت.
  - ٤- الكافى ٥/١٧٥:٥، التهذيب ٧/٨٥:٣٦٢، الإستبصار ٣/٨٧:٢٩٧، الوسائل ١٨:٢١٧ أبواب بيع الثمار ب ٢ ح ١.

يتلّون» (١) وفي الثاني: «لا تشتريه حتى يتبين صلاحه» (٢).

و المروى عن كتاب علي بن جعفر: عن شراء النخل سنه واحده، قال: «لا يشتري حتى يبلغ» (٣).

و نحوها المروى في حديث المناهى المروى في آخر الفقيه: «نهى أن تباع الثمار حتى تزهر» (٤).

و هى مع استفاضتها و اعتضاها بالأخبار الأوّله واضحه الدلاله، للتصريح فيها منطوقاً فى بعض و مفهوماً فى آخر بالمنع قبل بدوّ الصلاح، كما فى جملة منها، و الصحيح: هل يجوز بيع النخل إذا حمل؟ فقال:

«لا يجوز بيعه حتّى يزهر» قلت: و ما الزهر جعلت فداك؟ قال: «يحمّر و يصفّر و شبه ذلك» (٥).

أو قبل البلوغ كما فى بعض، أو الإطعام، كما فى آخر، أو الإدراك، كما فى ثالث.

و ظاهر هذه الألفاظ المتبادر منها عند الإطلاق هو بدوّ الصلاح، و قد مرّ عن الصحاح (٦) ما يدلّ عليه فى الثانى، و أخبارهم عليهم السلام يكشف بعضها

ص: ١٣

١- الكافي ٥: ١٧٦، التهذيب ٧: ٣٥٩/٨٤، الإستبصار ٣: ٢٩٤/٨٦، الوسائل ١٨: ٢١٢ أبواب بيع الثمار ب ١ ح ٥.

٢- التهذيب ٧: ٩١/٣٨٨، الإستبصار ٣: ٨٩/٢٠٣، الوسائل ١٨: ٢١٤ أبواب بيع الثمار ب ١ ح ١٣.

٣- مسائل علي بن جعفر: ١٦٩/٢٨٤، الوسائل ١٨: ٢١٧ أبواب بيع الثمار ب ١ ح ٢٢.

٤- الفقيه ٤: ٢/١، الوسائل ١٨: ٢١٥ أبواب بيع الثمار ب ١ ح ١٤.

٥- الكافي ٥: ١٧٥/٣، الفقيه ٣: ١٣٣/٥٨٠، التهذيب ٧: ٨٥/٣٦٣، الإستبصار ٣: ٨٧/٢٩٨، الوسائل ١٨: ٢١١ أبواب بيع الثمار ب ١ ح

٣.

٦- راجع ص: ٤٠١٤.

عن بعض.

خلافاً للمفيد و الديلمى و الحلّى و التذكرة و الروضتين (١)، فالجواز مع الكراهة؛ عملاً في الأول بالأصل و العمومات و الصحيحه المتقدمه (٢) سندا للمقنع في المسأله السابقه، لتصريحها بالكراهه قبل أن تطلع ثمره السنه، و المراد بها الكراهه الاصطلاحيه، بقريته ما مرّ في بعض المعترضه السابقه من أنه عليه السلام نهاهم عن ذلك و لم يحزّمه (٣)، فتصرف الأخبار الناهيه إليها، مع احتمالها الحمل على التقيّه، كما يستفاد من بعض المعترضه، كالصحيح: عن بيع النخل ستين، فقال: «لا بأس» قلت: جعلت فداك، إنّ ذا عندنا عظيم، قال: «أما إنك إن قلت ذلك لقد كان رسول الله صلى الله عليه و آله أحلّ ذلك فتظلموا» فقال عليه السلام: «لا تباع الثمره حتى يبدو صلاحها» (٤).

و في الثانى إلى الصحيحه المتضمّنه للكراهه (٥)، و إلى الشبهه الناشئه من الخلاف في المسأله فتوى و روايه.

و المناقشه في الجميع واضح؛ لاندفاع الأولين بما مرّ من الأدلّه، كاندفاع الثالث بها و بمتروكيه الظاهر إن أريد من الطلوع فيه مجرد الظهور، و بأعميه الكراهه من المعنى المصطلح عليه بين متأخري الطائفه إن أريد به البلوغ، كما عليه بناء الحجّه، و مرّت إلى صحته الإشاره (٦)، فيحتمل

ص: ١٤

---

١- المفيد في المقنع: ٦٠٢، الديلمى في المراسم: ١٧٧، الحلّى في السرائر ٣٥٩: ٢، التذكرة ٥٠٤: ١، اللمعه (الروضه البهيه ٣): ٣٥٥.

٢- في ص: ٩.

٣- راجع ص: ٧.

٤- راجع ص: ١٢.

٥- المتقدمه في ص: ٩.

٦- راجع ص: ٨.

الحرمة، فلتصرف إليها، جمعاً بين الأدلة، سيما بعد ملاحظته الصحيحة المضاهيه له في السياق و العبارة، المصرّحه بالنهي الظاهر في الحرمة (١).

و دلالة القرينه المزبوره على الكراهه الاصطلاحيه غير معلومه إلّا بعد معلوميه تعلق نهيه صلى الله عليه و آله الذى ليس للحرمة بيع الثمره سنه واحده، و ليس فى المعتبره المتضمّنه لهذه القرينه ذكر لذلك، بل و لا إيماء إليه و لا إشاره، فيحتمل تعلقه إلى بيعها سنتين قبل بدوّ صلاحها لا مطلقاً.

و لعلّه يشير إليه الصحيحه المستشهد بها للحمل على التقيه، حيث إنّ الظاهر منها وقوع التظلم فى مورد السؤال فيها، و هو البيع سنتين الذى يأبى عنه العامه، كما يشعر إليه سياق الروايه، و يستشعر أيضاً من عباره الغنيه (٢)، بل حكى التصريح به عن السرائر و التذكره (٣). و الظاهر أنّ قضيه التظلم الذى تعقبها النهى الذى ليس للحرمة بمقتضى المعتبره المتقدمه مع هذه القضيه واحده.

و من هنا انقدح وجه الجواب عن الاستشهاد بهذه الصحيحه لحمل أخبار المنع على التقيه، فإنّ ما منعت عنه العامه بمقتضى الروايه و عباره الغنيه هو البيع قبل بدوّ صلاح الثمره سنتين لا خصوص السنه الواحده، كما هى مورد الروايات السابقه.

و للمحكى عن ظاهر الديلمى (٤)، فالتفصيل بين السلامه من الآفه إلى أوان بلوغ الثمره فالصحه، لكن لم يذكر عنه الكراهه، و عدمها فالأوّل،

ص: ١٥

١- راجع ص: ٥.

٢- الغنيه (الجوامع الفقهيّه): ٥٨٦.

٣- السرائر ٣٥٨: ٢، التذكره ٥٠٤: ١.

٤- حكاه عنه فى الحدائق ٣٣٣: ١٩، انظر المراسم: ١٧٧.



بمعنى تبين فساد معامله؛ جمعاً بين الأدلّه.

و هو مع الندره و عدم وضوح الشاهد عليه و الحجّج يتوجّه عليه المناقشات السابقه، فهو أضعف من سابقه بالضروره.

نعم لو ضمّ إليها شيء يجوز بيعه منفرداً أو بيعت أزيد من سنه، أو بشرط القطع في الحال و إن لم يقطع بعد ذلك مع تراضيها عليه جاز إجماعاً في الظاهر، و صرح به في الأخيرين في الغنيه و الخلاف و المبسوط و التذكره (١)، و في الجميع في السرائر و التنقيح و شرح الشرائع للصيمري (٢)؛ و هو الحجّج.

مضافاً إلى الأصل، و العمومات السليمه عمّا يصلح للمعارضه عدا ما ربما يتوهم منه من إطلاق الأخبار المانع.

و المناقشه فيه واضحه؛ لاختصاصها بحكم التبادر بغير صوره البيع بأحد الأمور المزبوره، مع التصريح في بعضها بعد المنع بجوازه بالضميمه في صوره بيع الثمره قبل طلوعها، المستلزم لجوازه هنا بطريق أولى إن حمل الطلوع فيه على الظهور، و إلّا فهو نصّ في المقام جدّاً.

و في آخر منها مستفيض بجواز البيع سنتين فصاعداً قبل البلوغ، كما في بعضها، أو الطلوع، كما في الآخر، و طريق الاستدلال به ظاهر مما قدّمنا.

و في ثالث بالجواز مع القطع، كما قيل (٣).

ص: ١٦

١- الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٥٨٦، الخلاف ٣: ٨٥، المبسوط ١: ١١٣، التذكره ١: ٥٠٤.

٢- السرائر ٢: ٣٦٠، التنقيح الرائع ٢: ١٠٤.

٣- مفاتيح الشرائع ٣: ٥٦.

و ينبغي تقييده ككلام الأصحاب، و به صرح بعضهم (١) بكون المشروط قطعها ممّا ينتفع به عند العقلاء، فإنّ المعامله بدونه تعدّ سفهاً عرفاً، كما مراراً قد مضى.

و ألحق الفاضل بالثلاثة بيعها على مالك الأصل، و بيع الأصول مع استثناء الثمره (٢).

و فيهما نظر؛ لخروج الثانى عن محلّ الفرض، فإنّه لا بيع هنا و لا نقل ثمره، و عدم وضوح دليل على الأوّل عدا التبعية، و لا تكون إلّا إذا بيعت مع الأصل، و لذا قال بالبطلان فى التحرير، و حكى عن الخلاف و المبسوط (٣) (٤). و يجوز بيعها مع أصولها مطلقاً و إن لم بيد صلاحها و كان عارياً من الشرائط الثلاثة، إجماعاً، فإنّها فى معنى الضميمه جدّاً.

ثم إنّ تفسير البدو بالأحمر و الاصفرار خاصّه فى العبارة هو الأظهر الأشهر بين الطائفة، كما عن الإسكافى و الطوسى و القاضى و الصهرشتى (٥)،

ص: ١٧

١- الحدائق ٣٣٥: ١٩.

٢- كما فى قواعد الأحكام ١٣٠: ١.

٣- التحرير ١٨٨: ١، الخلاف ٨٧: ٣، المبسوط ١١٤: ٢.

٤- نعم ادعى الإجماع عليه فى القواعد (١٣٠: ١) و هو حسن إن تمّ. (منه رحمه الله).

٥- هو الشيخ الثقة الجليل نظام الدين أبو الحسن أو أبو عبد الله سليمان بن الحسن بن سليمان الصهرشتى، و كان عالماً كاملاً، فقيهاً، وجهاً، ديناً، ثقة، شيخاً من شيوخ الشيعة، و من كبار تلامذه السيد المرتضى و الشيخ أبى جعفر الطوسى، و يروى عنهما و عن الشيخ المفيد، و أبى يعلى الجعفرى، و أبى الحسين النجاشى، و أبى الفرج القزوينى، و أبى عبد الله الحسين بن الحسن بن بابويه ابن أخى الصدوق و جدّ الشيخ منتجب الدين صاحب الفهرست، و أبى الحسن القتال و يروى عنه الشيخ حسن بن الحسين بن بابويه المعروف بحسكا. له كتب عديدة: منها: كتاب قبس المصباح فى الأدعية و هو ملخص مصباح المتهجد لأستاذه أبى جعفر الطوسى، شرح النهاية للطوسى أيضاً، النفيس فى الفقه، تنبيه الفقيه، النوادر، التبيان فى عمل شهر رمضان، نهج المسالك إلى معرفه المناسك، شرح ما لا يسع جهله، عمده الولى و غيرها. و قد ينقل عنه فى بعض الكتب الفقيهه كالمعتبر و الذكرى و غايه المراد و غيرهما. و لمزيد الاطلاع انظر: معالم العلماء: ٥٦/ ٣٧٣، فهرست منتجب الدين: ٨٥/ ١٨٤، أمل الآمل ١٢٨: ٢، ١٢٩/، ٣٥٨، ٣٦٠، رياض العلماء ٢: ٤٤٥، ٤٤٩، رجال بحر العلوم ٢: ٤٠، ٤٢، روضات الجنات ١١: ٤، ١٣، أعيان الشيعة ٧: ٢٩٦، الكنى و الألقاب ٢: ٣٩٥.

و الحلّى (١)، وهو مختار الشهيدين و الفاضل فى أكثر كتبه (٢).

و عليه دلّت أكثر النصوص المتقدّمة و إن اختلفت فى الظهور و الصراحة، فمن الأوّل: المعبره المستفيضه المعبره عنه بالإطعام، كما فى بعض، و البلوغ، كما فى آخر، و الإدراك، كما فى ثالث.

و من الثانى: المعبران المعبران عنه بالزهو المفسّر فيهما و فى كلام أهل اللغة كما حكاه جماعه (٣) بالتلّون، كما فى أحدهما (٤)، و الاحمرار و الاصفرار كما فى الثانى (٥).

و قصور سندهما منجبر بالشهره العظيمه، و يرجع إليهما الأخبار الأوّله بحمل الألفاظ الثلاثه فيها على ما فيهما لصدقها مع الاحمرار و الاصفرار جدّاً.

ص: ١٨

---

١- حكاه عن الإسكافى فى المهذب البارع ٢:٤٣٦، الطوسى المبسوط ٢:١١٤، القاضى فى المهذب ١:٣٨٠، الحلّى فى السرائر ٢:٣٦١.

٢- الشهيدان فى اللمعه و الروضه ٣:٣٥٥، الفاضل فى التذكره ١:٥٠٣، و التحرير ١:١٨٨، و القواعد ١:١٣٠.

٣- منهم: الفاضل المقداد فى التنقيح ٢:١٠٦، و المجلسى فى مرآه العقول ١٩:١٧٥.

٤- راجع ص: ١٢.

٥- راجع ص: ١٣.

و نحوهما فى الصراحه أخبار عاميه منجره بالشهره، منها: « نهى رسول الله صلى الله عليه و آله عن بيع الثمره حتى تُشَقَّح » قيل: و ما التشقيق؟ قال:

« تحمّر و تصفرّ و يؤكل منها » (١).

و منها: عن قوله « حتى ترهوا؟ » قال: « تحمّر و تصفرّ » (٢).

خلافاً للماتن فى الشرائع و الفاضل فى الإرشاد (٣)، فزاد: أو بلوغ غايه يؤمن عليها الفساد. و لعله للجمع بين ما مرّ و بين الخبر الذى مرّ، و فيه: « لا، حتى يثمر و يؤمن ثمرتها من الآفه » (٤) و نحوه خبران عاميان (٥).

و ضعف الجميع سنداً، بل و دلالة باحتمال أن يراد بزمان أمن الثمره من الآفه زمان احمرارها و اصفرارها كما صرح به بعض الأجله (٦)، مع عدم المقاومه لما مرّ جداً يضعف الاستناد إليه قطعاً، مع احتمال إرادته الفاضلين من الترديد التنبيه على تعدد القولين، و لم نقف على القائل الثانى خاصه، و لا ريب فى ضعفه و إن وجد القائل به، و عليه فالمرجع فيه إلى العاده.

و ربما حدّ فى النبويه العاميه بطلوع الثريا (٧).

و ردّها بالضعف سنداً جماعه (٨)، و زاد بعضهم القصور من حيث

ص: ١٩

- ١- صحيح البخارى ٣: ١٠١، سنن البيهقى ٥: ٣٠١، سنن أبى داود ٣: ٢٥٣/ ٣٣٧٠.
- ٢- صحيح البخارى ٣: ١٠١، سنن البيهقى ٥: ٣٠٠.
- ٣- الشرائع ٢: ٥٢، الإرشاد ١: ٣٦٣.
- ٤- التهذيب ٧: ٩١/ ٣٨٧، الإستبصار ٣: ٨٨/ ٣٠٢، الوسائل ١٨: ٢١٤، أبواب بيع الثمار ب ١ ح ١٢.
- ٥- سنن البيهقى ٥: ٣٠٠، سنن أبى داود ٣: ٢٥٢/ ٣٣٦٨، مسند أحمد ٢: ٤٢؛ بتفاوت يسير.
- ٦- الحدائق ١٩: ٣٣٩.
- ٧- مسند أحمد ٢: ٤٢، سنن البيهقى ٥: ٣٠٠.
- ٨- منهم: الشهيد الثانى فى المسالك ١: ٢٠٥، السبزوارى فى الكفايه: ١٠٠، و صاحب الحدائق ١٩: ٣٣٥.

و كذا لا يجوز بيع ثمره الشجره سنه حتى تظهر و يبدو صلاحها لعين ما مرّ، و إن اختصّ بعضها بالنخل.

مضافاً إلى الموثق: عن الكرم متى يحلّ بيعه؟ فقال: «إذا عقد و صار عقوداً، و العقود اسم الحصرم بالنبطيه» (٢).

و هو أى بدوّ الصلاح هنا أن ينعقد الحبّ و إن كان فى كِمام، بكسر الكاف، جمع أكمّه بفتح الهمزه و كسر الكاف و فتح الميم مشدّده، و هى غطاء الثمره و النور كالرمان، و كذا لو كان فى كِمامين، كالجوز و اللوز.

و على هذا التفسير كما هنا و فى أكثر كتب الفاضل (٣) لم يختلف الظهور و بدوّ الصلاح، و إنّما يختلفان فى النخل خاصّه.

و يظهر الاختلاف هنا أيضاً على غيره من جعل البدوّ تناثر الزهر بعد الانعقاد، كما عن النهايه و الكامل و السرائر و التحرير و الدروس (٤)، بل ادعى عليه الشهره المطلقه أو المتأخّره خاصّه جماعه (٥)؛ أو تلوّن الثمره، أو صفاء لونها، أو الحلاوه و طيب الأكل فى مثل التفاح، أو النضج فى مثل البطيخ، أو تناهى عظم بعضه فى مثل القنّاء، كما عن المبسوط و المهذب (٦).

و منشأ الاختلاف فى التفاسير اختلاف النصوص فى التعبير، فبين

ص: ٢٠

١- منهم: الأردبيلي فى مجمع الفائده و البرهان ٢٠٦: ٨.

٢- الكافي ٥: ١٧٨/ ١٨ بتفاوت يسير، التهذيب ٧: ٨٤/ ٣٥٨، الوسائل ٢١٢: ١٨ أبواب بيع الثمار ب ١ ح ٦.

٣- انظر التذكرة ٥٠٤: ١، و التحرير ١٨٨: ١، و القواعد ١٣٠: ١.

٤- النهايه: ٤١٤، السرائر ٣٦٣: ٢، التحرير ١٨٨: ١، الدروس ٢٣٥: ٣.

٥- منهم الفاضل المقداد فى التنقيح ١٠٧: ٢.

٦- المبسوط ١١٤: ١، المهذب ٣٨١: ١.

ما عتبر فيه بالانعقاد و الصيروره حصراً، كما مرّ في الموثق، و به استدلال للأول. و فيه نظر.

و ما عتبر به بزياده سقوط الورد، كما في القول الثاني، و فيه: « ثمره الشجره لا بأس بشرائها إذا صلحت ثمرته » فقبل له: و ما صلاح ثمرته؟ فقال: « إذا عقد بعد سقوط ورده » (١).

و ما عتبر بالطعم أو البلوغ أو الإدراك الراجع بحكم التبادر إلى القول الثالث، و هو المعتبره المستفيضه المتقدم إليها الإشاره. و خيرها أوسطها؛ لانجبار ضعف ما دلّ عليه سنداً بالشهره المحكيه جداً، و قصور الأخبار الأخيره عن المقاومه له دلالة، لاحتمال إرجاع ما فيها من الألفاظ الثلاثه إليه جداً، كما فعل فيما تقدّم.

و لا ريب أنّ الأخير أحوط، فلا يترك مهما أمكن.

و إذا أدرك بعض ثمره البستان جاز بيع ثمرته أجمع بلا خلاف، بل عليه الإجماع في كلام جماعه، كالمختلف و المسالك و شرح الشرائع للصيمري و غيرهم (٢)؛ و هو الحجبه.

مضافاً إلى المعتبره المستفيضه المتقدم إليها الإشاره، و فيها الصحيح و المرسل كالموثق: « إذا كان الحائط فيه ثمار مختلفه فأدرك بعضها فلا بأس ببيعه جميعاً » (٣) كما في الأول.

و في الثاني: عن بيع الثمره قبل أن تدرك، فقال: « إذا كان في ملكك

ص: ٢١

١- التهذيب ٧/٩١: ٣٨٨، الإستبصار ٣/٨٩: ٢٠٣، الوسائل ١٨: ٢١٤ أبواب بيع الثمار ب ١ ح ١٣.

٢- المختلف: ٣٧٦، المسالك ١: ٢٠٥، و انظر الحدائق ١٩: ٣٣٧.

٣- الكافي ٥/١٧٥: ٥، التهذيب ٧/٨٥: ٣٦٢، الإستبصار ٣/٨٧: ٢٩٧، الوسائل ١٨: ٢١٧ أبواب بيع الثمار ب ٢ ح ١.

بيع له غلّه قد أدرك فيبيع كله حلال» (١).

و إطلاق النص و كلام الأصحاب يقتضى عدم الفرق فى الضميمة بين أن تكون متبوعه أو تابعه.

و لا- ريب فى الأولى؛ للقاعده المطّرده من صحه المعامله مع الضميمة التى تكون بالذات مقصوده مخرجه لها عن الغرر و المجازفه، و قد تقدّم إلى ذكرها مراراً الإشاره.

و كذا فى الثانى بعد ما عرفت من إطلاق النص و الفتوى المخرجين لها عمّا دلّ على فساد المعامله و لو بضمّ ضميمة ليست بالذات مقصوده إذا اشتملت على الغرر و الجهاله.

و من هنا انقدح وجه القدح فى استدلال جماعه (٢) بقاعده الضميمة المزبوره لصحه هذه المعامله مطلقاً و لو فى الصوره الثانى، فإنّها لم تنهض بإثباتها إلّا فى الصوره الأولى خاصّه.

و لعلّ الوجه فيه أنّ الضميمة هنا ليست لدفع الغرر و الجهاله حتى يأتى فيها التفصيل المتقدم إليه الإشاره، لاختصاص مثله بما يتصوّر فيه الأمران لو خلا- عنها، و ليس منه مفروض المسأله، بناءً على أنّ المنع عن بيع الثمره قبل بدوّ صلاحها إنّما هو تعبد محض نهض بإثباته الأخبار المانع، لولاها لتعيّن المصير إلى الجواز، نظراً إلى الأصل، و العمومات السليمه عن معارضه الغرر و المجازفه، لاندفاعهما بالمشاهده، و لذا صار

ص: ٢٢

١- الكافى ٥/١٧٥:٥، التهذيب ٧/٨٤:٣٦١، الإستبصار ٣/٨٧:٢٩٦، الوسائل ١٨:٢١٧ أبواب بيع الثمار ب ٢ ح ٢.

٢- منهم: الشهيد الثانى فى المسالك ١:٢٠٥، و الأردبيلى فى مجمع الفائده ٨:٢٠٧، و صاحب الحدائق ١٩:٣٣٧.

إليه جماعه (١) بعد حملهم تلك الأخبار على الكراهه بشهاده بعضها كما زعموه، بل ضمّها هنا ليس إلا للذّب و الفرار عن الدخول تحت إطلاق تلك الأخبار بناءً على اختصاصها بحكم التبادر بغير المضمار.

و لو أدرك ثمره بستان ففي جواز بيع بستان آخر لم يدرك منضمّاً إليه تردّد ينشأ من إطلاق تلك الأخبار المانع عن بيع الثمره قبل بدوّ الصلاح، و اختصاص ما تقدّم من الإجماع و المعتبره بالمسأله الأولى خاصّه، و ليس مثلها المسأله، فإنّ لكلّ بستان حكمه.

مضافاً إلى ظاهر بعض المعتبره، كالموثق: عن الفاكهه متى يحلّ بيعها؟ قال: «إذا كانت فاكهه كثيره في موضع واحد فأطعم بعضها فقد حلّ بيع الفاكهه كلّها، فإذا كان نوعاً واحداً فلا يحلّ بيعه حتى يطعم، فإن كان أنواعاً متفرقه فلا يباع منها شيء حتى يطعم كلّ نوع منها وحده ثم تباع تلك الأنواع» (٢).

و ممّا عرفت من انصراف إطلاق تلك الأخبار بحكم التبادر إلى غير صوره الضميمه، فينتجه الحكم بالصحه معها، بناءً على ما عرفت من عموم أدلتها السليمه مع الضميمه عن معارضه الأخبار المانع، و أنّه لا غرر هنا، و كون المنع على تقديره إنّما هو تعبد محض لا للمجازفه.

و معارضه الموثقه بأقوى منها من المعتبره سنداً و دلالة، و هو الروايه الثانيه المتقدّمه في المسأله السابقه (٣)، لشمولها للمسأله؛ مضافاً إلى ضعف

ص: ٢٣

---

١- منهم: الشيخ في التهذيب ٧: ٨٨، و العلّامه في التذكره ١: ٥٠٢، و المحقق الثاني غ في جامع المقاصد ٤: ١٦٢، و الشهيد في المسالك ١: ٢٠٥، و صاحب الحقائق ١٩: ٣٣٣.

٢- التهذيب ٧: ٩٢، الإستبصار ٣: ٨٩، الوسائل ١٨: ٢١٨ أبواب بيع الثمار ب ٢ ح ٥.

٣- راجع ص: ٢١.



دلالة الموثقة بقرب احتمال خروجها عن مفروض المسألة باشتراطها في صحه بيع الثمره مع الضميمة اتحاد النوع، و لم يقل به أحد من الطائفة، فيكون حينئذٍ شاذّه، و صرّح بذلك بعض الأجلّه (١).

و منه يظهر أنّ الجواز أشبه و مع ذلك هو بين المتأخّرين أشهر. خلافاً للمبسوط و الخلاف (٢). و هو ضعيف.

و يصحّ بيع ثمر الشجره بعد انعقاد الحبّ مطلقاً و لو كان في الأكمام منضمّاً إلى أصوله كان أ و منفرداً بلا. خلاف أجده؛ للأصل، و العمومات السليمه عمّا يصلح للمعارضه، عدا توهم لزوم الغرر و الجهاله باستتار الثمره. و يندفع بجواز البيع بناءً على أصاله الصحه، كما مرّ في بحث بيع المسك في فأره و نحوه إلى ذكره الإشاره (٣).

و كذا يجوز بيع الزرع قائماً على أصوله مطلقاً، قصد فصله أم لا و حصيداً أي محصوداً و إن لم يعلم ما فيه؛ استناداً في الأوّل إلى أنّه قابل للعلم مملوك فتناوله الأدلّه من عمومات الكتاب و السنه.

و في الثاني إلى أنّه حينئذٍ غير مكيل و لا موزون، بل يكفي في معرفته المشاهده، فتناوله تلك الأدلّه.

مضافاً إلى المعتبره المستفيضه فيهما، منها الصحاح، في أحدها:

أ يحلّ شراء الزرع الأخضر؟ قال: «نعم لا بأس به» (٤).

و في الثاني: «لا بأس بأن تشتري زرعاً أخضر ثم تتركه حتى تحصده»

ص: ٢٤

١- الحدائق ٣٣٨: ١٩.

٢- المبسوط ١١٤: ٢، الخلاف ٨٨: ٣.

٣- راجع ص: ٢٤٦ ج ٨.

٤- الكافي ٥: ٢٧٤، التهذيب ٧: ١٤٢، الإستبصار ٣: ١١٣، الوسائل ١٨: ٢٣٤ أبواب بيع الثمار ب ١١ ح ٢.

إن شئت أو تعلقه قبل أن يسنبل و هو حشيش» (١).

و قريب منه الثالث و غيره: «لا بأس أن تشتري زرعاً أخضر، فإن شئت تركته حتى تحصده، و إن شئت بعته حشيشاً» (٢).

و منها الموثق: عن شراء القصيل يشتره الرجل، فلا يقصله و يبدو له في تركه حتى يخرج سنبله شعيراً أو حنطه و قد اشتراه من أصله على أن ما يلقاه من خراج فهو على العلج (٣)، فقال: «إن كان اشترط عليه الإبقاء حين اشتراه إن شاء قطعه قصيلاً و إن شاء تركه كما هو حتى يكون سنبلًا، و إلّا فلا ينبغي له أن يتركه حتى يسنبل» (٤).

و منها الخبر: عن بيع حصائد الحنطه و الشعير و سائر الحصائد، قال:

«حلال بيعه فليبعه بما شاء» (٥).

و لا خلاف في شيء من ذلك إلّا ما يحكى عن المقنع في الأوّل، حيث شرط كونه سنبلًا أو القصيل (٦).

و له الخبر: عن الحنطه و الشعير أشتري زرعه قبل أن يسنبل و هو حشيش؟ قال: «لا إلّا أن يشتره لقصيل يعلقه الدوابّ ثم يتركه إن شاء»

ص: ٢٥

١- الكافي ٥/٢٧٤، التهذيب ٧/١٤٢: ٦٢٩، الإستبصار ٣/١١٢: ٣٩٥، الوسائل ١٨: ٢٣٤ أبواب بيع الثمار ب ١١ ح ١.

٢- التهذيب ٧/١٤٤: ٦٣٩، الإستبصار ٣/١١٢: ٣٩٤، الوسائل ١٨: ٢٣٥ أبواب بيع الثمار ب ١١ ح ٦.

٣- العلج: الكافر، قال في الوافي ١٨: ٥٤٩: يعني على أن يكون الخراج على البائع دون المشتري، فإنّ الزرع و الأ-كره كانوا يومئذٍ من كفّار العجم.

٤- الكافي ٥/٢٧٥: ٦٢٥، الفقيه ٣/١٤٨: ٦٥١، التهذيب ٧/١٤٢: ٦٢٦، الإستبصار ٣/١١٢: ٣٩٦، الوسائل ١٨: ٢٣٦ أبواب بيع الثمار ب ١١ ح ٧.

٥- الكافي ٥/٢٧٦: ٤٦٢، التهذيب ٧/١٤١: ٦٢٢.

٦- المقنع: ١٣١.

حتى يسنبل» (١).

و فيه مضافاً إلى الضعف سنداً بالبطنى قصور عن المقاومه لما مرَّ جداً من وجوه شتى.

و أما الموثق: «لا تشتري الزرع ما لم يسنبل، فإذا كنت تشتري أصله فلا بأس بذلك..» (٢) فليس له فيه حجه؛ لظهور السياق في أن المراد بالزرع هو الحاصل، وقد مرَّ أنه لا يجوز بيعه قبل بدو صلاحه الذى هو انعقاد حبه، والشاهد عليه قوله عليه السلام: «فإذا كنت تشتري أصله» إلى آخره، فتأمل.

ثم إن ظاهر النصوص و الفتاوى استحقاق المشتري الصبر إلى أوان البلوغ، فيجب على البائع الصبر إليه جداً، إلا أن الموثق الأولى ظاهره في خلافها حيث دلت على أنه لا- ينبغى الترك حتى يسنبل مع عدم شرط الإبقاء، ولكن ليس نصاً فى التحريم، بل ولا ظاهراً، بل ربما أشعرت اللفظه بالكراهه جداً، فلا بأس بحملها عليها؛ لذلك، أو جمعاً.

و أما حملها على صوره البيع قصيلاً كما يشعر به صدرأ فلا وجه له أصلاً، أولاً: بضعف إشعار الصدر، فإن شراء القصيل أعم من شرائه قصيلاً.

و ثانياً: بأن شراءه كذلك ينافى التفصيل فى الجواب بقوله: «إن كان اشترط عليه الإبقاء» الى آخره، ظاهراً؛ لمنافاه اشتراط الإبقاء الشراء قصيلاً، إذ معناه الشراء بشرط القطع جداً، و صرح به الحامل ايضاً (٣).

ص: ٢٦

١- الفقيه ٣/١٤٩: ٦٥٥، الوسائل ١٨: ٢٣٧ أبواب بيع الثمار ب ١١ ح ١٠.

٢- التهذيب ٧/١٤٤: ٦٣٧، الإستبصار ٣/١١٣: ٤٠٢، الوسائل ١٨: ٢٢٠ أبواب بيع الثمار ب ٣ ح ٣.

٣- الحدائق ١٩: ٣٦٥.

و يجوز بيع الخُضر كالثَّاء و الباذنجان و البطيخ و الخيار بعد انعقادها و ظهورها، و إن لم يتناه عظمها على المشهور. خلافاً للمبسوط، اشترطه، كما مرَّ (١).

لقطه و لقطات معينه معلومه العدد.

كما يجوز شراء الثمره الظاهره و ما يتجدد في تلك السنه و في غيرها مع ضبط السنين؛ لأنَّ الظاهره منها بمنزله الضميمة إلى المعدوم سواء كانت المتجدده من جنس الخارجه أم غيره.

و المرجع في اللقطه العرف، فما دلَّ على صلاحيته للقطع يُقطع، و ما دلَّ على عدمه لصغره أو شكَّ فيه لا يدخل. أمَّا الأوَّل فواضح، و أمَّا المشكوك فيه فلاصالة بقائه على ملك مالكة، و عدم دخوله فيما أُخرج باللقط.

و كذا يجوز بيع ما يجزَّ كالرطب بفتح الراء و سكون الطاء، نبت خاص، قيل (٢) له أوراق صغار ذو بسط في الجملة، يقال له بالفارسيه: اسبست، كما عن الصحاح و المغرب (٣) جزّه و جزّات و كذا ما يخرط أصل الخرط أن يقبض باليد على أعلى القضيبي ثم يمرّها عليه إلى أسفله ليأخذ منه الورق، و منه المثل السائر دونه خرط القتاد، و المراد هنا ما يقصد من ثمرته ورقه كالجنّاء و التوت بالتاءين من فوق خرطه و خرطات و دليل الجواز في الكلّ بعد الوفاق في الظاهر الأصل، و العمومات السليمه عن المعارض، مضافاً إلى المعبرين في الأخيرين أحدهما الموثق

ص: ٢٧

١- في ص: ٢٠.

٢- مجمع الفائدة و البرهان ٨: ٢١٠.

٣- الصحاح ١: ٢٠٣، المغرب ١: ٢١٠.

عن ورق الشجر، هل يصلح شراؤه ثلاث خرطات أو أربع خرطات؟ فقال: «إذا رأيت الورق في شجره فاشتر منه ما شئت من خرطه» (١).

و هو فى غاية الظهور فيما عليه المشهور من اشتراط الصحة بالظهور.

خلافاً للمحكى عن ظاهر ابن حمزه فى نحو الجزه الثانيه و الثالثه، فجوز بيعها منفرده قبل الظهور (٢). و هو بأدله الغرر و الجهاله محجوج.

و بها و بالموثقه يقيّد إطلاق الروايه الثانيه: عن الربطه ببيعها هذه الجزه و كذا و كذا جزه بعدها؟ قال: «لا بأس به» و قال: «كان أبى عليه السلام يبيع الحنء كذا و كذا خرطه» (٣). مع ظهور صدرها فيما دلّت عليه الموثقه.

و لو باع الأصول من النخل بعد التأبير فالثمره للبائع بلا- خلاف إلما من ابن حمزه، فحكم بأنّها قبل البدؤ للمبتاع مطلقاً (٤). و المعتبره و غيرها من الأدله عليه حجه.

و كذا لو باع الشجره بعد انعقاد الثمره كانت للبائع مطلقاً، مستوره كانت أو بارزه ما لم يشترطها المشتري فيدخل هنا و سابقاً، على الأشهر الأقوى.

خلافاً للمبسوط و القاضى فى المستوره، كالورد الذى لم يفتح، فحكما بالدخول مطلقاً، اشترط أم لا (٥). و الكلام فى المقامين و ما يتعلّق

ص: ٢٨

١- الكافى ٥/١٧٦، الفقيه ٣/١٣٣، التهذيب ٧/٨٦، الوسائل ١٨:٢٢١ أبواب بيع الثمار ب ٤ ح ٢.

٢- انظر الوسيله: ٢٥٣.

٣- الكافى ٥/١٧٧، التهذيب ٧/٨٦، الوسائل ١٨:٢٢١ أبواب بيع الثمار ب ٤ ح ٣.

٤- الوسيله: ٢٥٠.

٥- المبسوط ٢:١٠٢، القاضى فى المهذب ١:٣٧٥.

بهما قد مضى فى بحث ما يدخل فى المبيع مفضلاً (١).

و حيث ما كانت الثمره للبائع وجب عليه أى المشتري تبقيتها إلى أوان بلوغها و أخذها عرفاً بحسب تلك الشجره، من بسر أو رطب أو تمر أو عنب أو زبيب.

و إن اضطرب العرف فالأغلب.

و مع التساوى فى الحمل على الأقل، اقتصاراً فيما خالف الأصل الدالّ على حُرْمه التصرف فى مال المشتري على المتيقن، أو الأ-كثر، بناءً على ثبوت أصل الحقّ فيستصحب إلى أن يثبت المزيل، أو اعتبار التعيين و بدونه يبطل، للاختلاف المؤدى إلى الجهالة، أو جه.

و لا خلاف فى أصل الحكم. و مستندهم فيه مع مخالفته الأصل المتقدم للعبد غير واضح، و استناد البعض (٢) إلى استلزام كون الثمره للبائع ذلك غير بين.

و حديث نفى الضرر بالمثل معارض، فإن كان إجماع أو قضاء عاده بذلك، و إلّا فالأمر على الفقير ملتبس.

نعم، ربما يستأنس له بنصوص الزرع المتقدمه الداله عليه فيه بأوضح دلالة، و لعلّه مع عدم الخلاف كافٍ للحجه فى المسأله.

و يجوز أن يستثنى البائع ثمره شجره معينه أو شجرات بعينها، أو حصّه مشاعه كالنصف و الثلث أو أرتالاً معلومه بحيث يزيد عنها بقدر ما يقابل الثمن، بلا خلاف إلّا من الحلبي (٣) فى الأخير، فمنعه للجهاله.

ص: ٢٩

١- راجع ص: ٣٥٢ ج ٨.

٢- المسالك ١: ٢٠٥.

٣- انظر الكافى فى الفقه: ٣٥٦.

و فى المسالك:الأصحاب على خلافه (١)؛ لمنع الجهاله بعد تعيّن مقدار الثمره المبيعه بالمشاهده، و به مع ذلك روايه صريحه، صحيحه عند جماعه (٢)، و فيها: إن لى نخلاً بالبصره، فأبيعه و أسمى الثمن، و أستثنى الكثر من التمر أو أكثر أو؟ العدد من النخل، قال: «لا بأس» (٣).

و نحوها اخرى لراويها عن الكافى مرويه: فى الرجل يبيع الثمره ثم يستثنى كيلا و تمراً، قال: «لا بأس به» قال: و كان مولى له عنده جالساً فقال المولى: إنه ليبيع و يستثنى [أو ساقاً] يعنى أبا عبد الله عليه السلام قال: فنظر إليه و لم ينكر ذلك من قوله (٤).

و لو خاست الثمره بأمر منه سبحانه سقط من الثنيا و هو المستثنى بحسابه و نسبته إلى الأصل فى الصورتين الأخيرتين خاصه، بخلاف الأولى، فإن استثناءها كبيع الباقي منفرداً، فلا يسقط منها بتلف شىء من المبيع، لامتياز حق كل واحد عن صاحبه، بخلاف الأخيرتين، لأنه فيهما شائع فى الجميع، فيوزع الناقص عليهما إذا كان التلف بغير تفریط.

و طريق توزيع النقص على الحصه المشاعه جعل الذاهب عليهما و الباقي لهما.

و أما فى الأبطال المعلومه فيعتبر الجملة بالتخمين و ينسب إليها

ص: ٣٠

١- المسالك ١:٢٠٥.

٢- روضه المتقين ٧:٧٧، كفايه الأحكام: ١٠٠؛ و انظر مجمع الفائده ١١:٥٤٧.

٣- الكافى ٥:١٧٥، التهذيب ٧:٨٥، الإستبصار ٣:٨٧، الوسائل ١٨:٢١١ أبواب بيع الثمار ب ١ ح ٤.

٤- الفقيه ٣:١٣٢، الوسائل ١٨:٢٤٢ أبواب بيع الثمار ب ١٥ ح ١. ما بين المعقوفين من المصدر.

المستثنى، ثم ينظر الذاهب فيسقط منه بتلك النسبه.

و لا يجوز بيع ثمره النخل بتمر منها إجماعاً، كما فى المبسوط و المختلف و المسالك و الروضه و شرح الشرائع للمفلح الصيمرى و المهذب (١)، و غيرها من كتب الجماعه (٢)؛ و هو الحجه.

مضافاً إلى النصوص المستفيضة، منها الصحيح: «نهى رسول الله صلى الله عليه و آله عن المحاقله و المزابنه» (٣). و نحوه الموثق (٤).

و النبوى: أنه نهى عن بيع المحاقله و المزابنه. و المحاقله: بيع الزرع و هو فى سنبله بالبر، و المزابنه: بيع التمر فى رؤوس النخل بالتمر (٥).

و يستفاد منه ما فى العبارة و كلام الجماعه كافه من أن هذه المعامله هى المزابنه و أن المعامله الآتية هى المحاقله، مع أن ذلك محكى عن جملة من أهل اللغة (٦).

إلما أن المستفاد من ذيل الخبرين الأولين سيمّا الثانى عكس التفسيرين؛ إذ فيه: المحاقله بيع النخل بالتمر، و المزابنه بيع السنبل بالحنطه، و حُمِل على و هم الراوى (٧). و لا بأس به؛ جمعاً، فإن ما عليه

ص: ٣١

- ١- المبسوط ١١٧:٢، المختلف: ٣٧٧، المسالك ٢٠٥:١، الروضه ٣٦١:٣، المهذب البارع ٤٣٩:٢.
- ٢- انظر الخلاف ٩٤:٣، و مرآه العقول ٣٦١:١٩، و الحدائق ٣٥٢:١٩.
- ٣- الكافي ٥/٢٧٥، التهذيب ٧/١٤٣:٦٣٣، الإستبصار ٣/٩١:٣٠٨، الوسائل ١٨:٢٣٩ أبواب بيع الثمار ب ١٣ ح ١.
- ٤- التهذيب ٧/١٤٣:٦٣٥، الإستبصار ٣/٩١:٣٠٩، الوسائل ١٨:٢٣٩ أبواب بيع الثمار ب ١٣ ح ٢.
- ٥- معانى الأخبار: ٢٧٧، الوسائل ١٨:٢٤٠ أبواب بيع الثمار ب ١٣ ح ٥.
- ٦- الفائق ٢٩٨:١، تهذيب اللغة ٢٢٧:١٣، المصباح المنير: ٢٥١.
- ٧- التذكرة ٥٠٨:١.



الأصحاب أقوى، لإجماعهم عليه ظاهراً، مع اعتضاده بالنبوى المتقدم، المنجبر ضعفه بعملهم جداً.

مع أنه لا- ثمره للاختلاف يتعلّق بالباب؛ للإجماع على تحريمهما مطلقاً، سمّيت إحداهما باسم الأخرى أم لا. نعم، ربما تظهر فى الكفارة بالحنث فى نحو ما لو نذر ترك المزابه مثلاً و قلنا بصحته، فباع ثمره النخل بتمرها لزمّت على الأول دون الثانى.

و هل يجوز بيعها بتمر من غيرها؟ فيه قولان، أظهرهما وأشهرهما سيّما بين المتأخّرين المنع وفاقاً لأحد قولى الطوسى و القاضى، و للمفيد و ابن زهره و ابن حمزه و التقى و الديلمى و الحلّى (١)، بل ظاهر الغنيه الإجماع عليه؛ و هو الحجه.

مضافاً إلى إطلاق النصوص المتقدمه، و نصوص أخر، كالوارد فى العريّه و فيه: «هى النخلة تكون للرجل فى دار رجل آخر، فيجوز أن يبيعها بخرصها تماً، و لا يجوز ذلك فى غيره» (٢).

و دلّلته كما ترى ظاهره إن جوّزنا بيع ثمره العريّه بتمر من نفسها، و إلّا فهى صريحه، لاختصاص الرخصه حينئذٍ ببيعها بتمر من غيرها، و مقتضاه رجوع الإشاره فى لفظه «ذلك» إليه، و هو صريح فى المنع هنا، كما لا يخفى.

ص: ٣٢

---

١- الطوسى فى المبسوط ٢: ١١٨، القاضى فى المهذب ١: ٣٨٣، المفيد فى المقنع: ٦٠٣، ابن زهره فى الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٥٨٩، ابن حمزه فى الوسيله: ٢٥٠، التقى فى الكافى فى الفقه: ٣٥٦، الديلمى فى المراسم: ١٧٨، الحلّى فى السرائر ٢: ٣٦٧.

٢- الكافى ٥: ٢٧٥، التهذيب ٧: ١٤٣/٦٣٤، الإستبصار ٣: ٩١/٣١١، الوسائل ١٨: ٢٤١ أبواب بيع الثمار ب ١٤ ح ١.

و به یضعّف احتمال العهدیه فی اللام فی النصوص و رجوعها إلى تمر نفس النخلة المذكور سابقاً؛ فإنّ أخبارهم عليهم السلام يكشف بعضها عن بعض، مع بُعدہ فی الخبرین الأولین منها جدّاً، إذ لم يتقدّم لتمرها ذکر فیہما سابقاً، و الحمل كما فی أحدهما و النخل كما فی ثانيہما أعمّ من التمر جدّاً، فكيف يمكن جعل اللام للعهد و الإشاره إليہما، فتأمل جدّاً.

و القول الثانی و هو الجواز للنہایه و جماعه (۱)؛ للأصل، و العمومات المخصّصین بما مرّ من الأدله، و المعترین، أحدهما الصحیح: فی رجل قال لآخر: یعنی ثمره نخلك هذا الذى فيها بقفیزین من تمر أو أقلّ أو أكثر یسمی ما شاء فباعه، فقال: «لا بأس به» و قال: «التمر و البسر من نخله واحده لا بأس به» (۲) الحدیث.

و ثانيہما الموثق: سمعت أبا عبد اللّٰه عليه السلام یقول: «إنّ رجلاً- كان له على رجل خمسة عشر وسقاً من تمر و كان له نخل، فقال له: خذ ما فی نخلی بتمرک، فأبى أن یقبل، فأتی النبی صلی الله علیه و آله فقال: یا رسول الله إنّ لفلان علیّ خمسة عشر وسقاً من تمر فكلمه يأخذ ما فی نخلی بتمره، فبعث النبی صلی الله علیه و آله فقال: یا فلان خذ ما فی نخله بتمرک، فقال: یا رسول الله لا- یفی، و أبى أن یفعل» الحدیث، و فی آخره: «إنّ ربیعه الرأى لثمّیا بلغه هذا عن النبی صلی الله علیه و آله قال: هذا ربا» قلت: أشهد باللّٰه إنّه لمن الكاذبین، قال:

« صدقت » (۳).

ص: ۳۳

- 
- ۱- النہایه: ۴۱۶، حکاه فی المختلف: ۳۷۸ عن القاضی فی الكامل و اختاره هو أيضاً، الکفایه: ۱۰۰.
  - ۲- الکافی ۵/ ۱۷۶، التهذیب ۷/ ۸۹، الإستبصار ۳/ ۹۱، الوسائل ۳۱۰، ۲۲۳: ۱۸ أبواب بیع الثمار ب ۶ ح ۱.
  - ۳- التهذیب ۷/ ۹۱، الإستبصار ۳/ ۹۲، الوسائل ۳۱۲، ۲۲۴: ۱۸ أبواب بیع الثمار ب ۶ ح ۳.

و فيهما مضافاً إلى قصور الثاني سنداً لمقاومه ما مرَّ جداً مخالفة الأول منهما و إن صحَّ سنده للمجمع عليه، أولاً: بإطلاق جواز البيع بالتمر في صدره بل عمومته الشامل لما إذا كان من النخلة جداً.

و ثانياً: بوقوع التصريح به في قوله: «التمر و البسر من نخله واحده لا بأس به». و لذا حمّله الشيخ على العريه.

و الذبّ عن ذلك بتقييد الإطلاق في الأول، و دعوى عدم القدح في الحجّيه بخروج البعض للندره في الثاني لا يفيد؛ فإنّ أمثال ذلك و إن لم يقدح فيها ابتداءً إلّا أنّه قادح في مقام التعارض جداً.

و عدم ظهور الثاني في البيع الذي هو خاصّة بمقتضى النصوص و الفتاوى محلّ المنع، فيحتمل الصلح، و قد حمّله الشيخ و المختلف عليه (١)، و هو متعيّن، جمعاً.

و كذا لا يجوز بيع السنبل كما في أكثر النصوص و الفتاوى، بل في المبسوط و المسالك الاتفاق عليه (٢)، فيرجع إليه التعبير في بعضها ببيع الزرع بحبّ منه إجماعاً، نصّاً و فتوى.

و الجميع مع الإشارة إلى المستند في أنّ هذه المعامله هي المحاقله قد تقدم (٣).

و في جواز بيعه بحبّ من غيره قولان، أظهرهما وفاقاً لمن مضى التحريم لعين ما مضى (٤)؛ مضافاً إلى خصوص الموثق (٥) هنا،

ص: ٣٤

١- الشيخ في الخلاف ٣:٩٤، المختلف: ٣٧٨.

٢- المبسوط ٢:١١٧، المسالك ١:٢٠٦.

٣- راجع ص: ٣٠.

٤- راجع ص: ٣٢.

٥- الكافي ٥: ٢٧٥، الفقيه ٣: ١٥٢، ٦٦٩، التهذيب ٧: ١٤٣، ٦٣٢، الوسائل ١٨: ٢٣٨ أبواب بيع الثمار ب ١٢ ح ٣، ٤.

الآمر بشراء الزرع بالورق، المَعْلَل بأن أصله طعام، المشعر بل الظاهر في المنع عن بيعه بالطعام مطلقاً.

و القول الثاني لمن تقدّم (1)؛ استناداً منهم إلى العمومين المخصّصين بما مرّ، والصحيح: «لا بأس بأن يشتري زرعاً قد سنبل و بلغ بحنطه» (2).

و فيه: أنّه مع مخالفته إطلاقه الشامل لما إذا بيع بحنطه منه الإجماع، و احتمال اختصاصه بصوره عدم التجانس بينها و بين السنبل، كأن كان أرزاً بيع بها، و لا- كلام في الجواز حينئذ في ظاهر الأصحاب قاصر عن المقاومة لما مرّ جداً، فالاستدلال به ضعيف.

و أضعف منه الاستدلال بالمعتبرين، أحدهما الموثق: عن بيع حصائد الحنطه و الشعير و سائر الحصائد، قال: «حلال فليبعه بما شاء» (3).

و ثانيهما الحسن: عن رجل اشترى من رجل أرضاً جرباناً معلومه بمائه كتر على أن يعطيه من الأرض، قال: «حرام» فقلت: جعلت فداك فإنّي اشترى منه الأرض بكيل معلوم و حنطه من غيرها؟ قال: «لا بأس بذلك» (4).

لقصور سندها عن المقاومة لما مرّ أولاً، و خروجهما عن محلّ البحث ثانياً؛ لظهور الأوّل في الحصائد، و ليس الكلام فيها، بل فيما لم يحصد و يكون على أصله قائماً، و أحدهما غير الآخر، كما ترى، و على

ص: ٣٥

١- راجع ص: ٣٢.

٢- التهذيب ٧/١٤٢: ٦٢٩، الإستبصار ٣/١١٢: ٣٩٥، الوسائل ١٨: ٢٣٧ أبواب بيع الثمار ب ١٢ ح ١.

٣- الكافي ٥/٢٧٦: ٤، التهذيب ٧/١٤١: ٦٢٢.

٤- الكافي ٥/٢٦٥: ٨، الفقيه ٣/١٥١: ٦٦٦، التهذيب ٧/١٤٩: ٦٦١، الوسائل ١٨: ٢٣٧ أبواب بيع الثمار ب ١٢ ح ٢.

تقدير التجوز في الحصائد بأن يراد منها الزروع الآتية إليها يأتي في عمومها ما مضى في إطلاق الصحيح المتقدم جداً، مع أن الموجود في التهذيب المروى فيه بدل « بما شاء » « إن شاء » فلا دلالة فيه أصلاً.

و الثاني في بيع الأرض بحاصلها و غيره لا بيع الزرع بهما، و تأويله إليه بإضمار أو تجوز مع عدم إمكان الاستدلال به حيث لا داعي يلجئ إليه أصلاً.

و اعلم أن مقتضى الأصل و اختصاص النصوص و كثير من الفتاوى بالمنع عن بيع ثمره النخل بالتمر و السنبل المتبادر منه نحو الحنطة به، حلّ بيع باقى الثمار على أصولها و لو بمجانستها مطلقاً، منها أو من غيرها، و به صرح جماعة من أصحابنا (١).

خلافاً لآخرين (٢)، فعدوا المنع إليها، و ألحقوها بالمزابه إذا كانت في الأشجار، و بالمحاقله إذا كانت في الزروع؛ نظراً منهم إلى أن أحد أدله المنع فيهما احتمال تحقق الربا، بناءً على أنهما بيع ثمرتين ربويتين مكيلتين أو موزونتين، و الغالب التفاوت، فحصل شرط الربا؛ و لأنّ بيع أحد الربويتين بالآخر مشروط بالعلم بمساواتهما قدرًا، كما مضى، و معلوم أنّها غير ظاهره هنا.

و هو كما ترى؛ فإنّ الأثمار على الأصول و الأشجار ليست مقدّره بأحد التقديرين جداً، بل يباع مشاهدته عرفاً و عادةً و شرعاً، و المعتبر من المكيل

ص: ٣٦

١- منهم: ابن زهره فى الغنيه: ٥٨٩، و السبزوارى فى الكفايه: ١٠٠، و البحرانى فى الحدائق ١٩: ٣٥٧.

٢- كالشهيد الأول فى الدروس ٣: ٢٣٧، و المحقق الثانى فى جامع المقاصد ٤: ١٧٠، و الشهيد الثانى فى الروضه ٣: ٣٦١.

و الموزون في الربا ما قدر بهما فعلاً لا تقديراً، كما تقدم نصاً و فتوى.

مضافاً إلى وقوع التصريح بنفي الربا في بعض ما مضى من النص (١)، فلا وجه للاستناد إليه أصلاً.

و أمّا الاستناد في الثمار إلى العلة المنصوصه في المنع عن بيع الرطب بالتمر من النقصان عند الجفاف (٢) على تقدير القول بالتعديده بالعله المنصوصه فغير مُجدد، أولاً: بأخصّيتها من المدعى، لعدم شمولها ما لو بيع أثمار الأشجار بمجانستها مع التوافق في الرطوبه و اليبوسه.

و ثانياً: باختصاصها بالمعوضين المقدرين أحد التقديرين فعلاً و ليس المقام منه قطعاً، و احتمال التعديده إليه بعيد جداً، بناءً على قوه احتمال مدخلية للخصوصيه في العله هنا، فتأمل جداً.

نعم، ربما يستأنس لهم في الجملة بالموثوق المتقدم، الأمر بشراء الزرع بالورق. و لا ريب أنّ ما ذكره أحوط، سيما في بيع الرطب باليابس.

و يجوز بيع العريه بخرصهها إجماعاً، كما في الغنيه و الخلاف و المسالك و المهذب (٣) و شرح الشرائع للصيمري، و غيرها من كتب الجماعه (٤)؛ و هو الحجه المقيده لإطلاق النصوص المتقدمه.

مضافاً إلى بعض المعتمده: «رخص رسول الله صلى الله عليه و آله في العرايا أن تشتريها بخرصها تمرّاً» ثم قال: «و العرايا جمع عريّه و هي النخله تكون للرجل في دار رجل آخر فيجوز له أن يبيعهها

ص: ٣٧

١- راجع ص: ٣٣.

٢- انظر الوسائل ١٨:١٤٨ أبواب الربا ب ١٤.

٣- الغنيه (الجوامع الفقهيّه): ٥٨٩، الخلاف ٣:٩٥، المسالك ١:٢٠٦، المهذب البارع ٢:٤٤٠.

٤- كشف الرموز ١:٥٠٧، ملاذ الأخيار ١١:٢٢٤، الحدائق ١٩:٣٥٧.

بخرصها» (١).

و اكنفى عنه الماتن بقوله: فيشترىها صاحب المنزل بخرصها تمراً و ظاهر النص و العبارة كما ترى أنّ العريه ما تكون في الدار خاصه، و حكي عن القاضي في الكامل (٢).

خلافاً للأكثر، فألحقوا البستان بالدار، و في الغنيه و المسالك الإجماع عليه (٣)؛ و هو الحجه.

مضافاً إلى التصريح به عن أهل اللغة (٤)، و إطلاق المروي عن معاني الأخبار عنه صلى الله عليه و آله أنّه رخص إلى أن قال-  
واحدتها عريه، و هي النخلة التي يعريها صاحبها رجلاً محتاجاً، و الإعراء: أن يبتاع تلك النخلة من المعري بتمر لموضع حاجته  
(٥).

و ظاهر الإطلاق مضافاً إلى التعليل كما ترى ينادى بالعموم للبستان، بل و غيره أيضاً كالخان و نحوه، و السند و إن قصر إلّا أنّه بالشهره منجبر.

و منه يظهر وجه التعديه إلى مستعير الدار و مستأجرها، كما في كلام جماعه (٦). و ليس في الروايه الأولى كالعبارة من حيث التقييد فيهما بصاحب الدار منافاه لذلك؛ لصدق الإضافة بأدنى ملابسه.

نعم، يستفاد منه الاختصاص بالبيع عن صاحب الدار دون غيره،

ص: ٣٨

١- تقدّم مصدره في ص: ٣٢.

٢- حكاه عنه في المختلف: ٣٧٨.

٣- الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٥٨٩، المسالك ١: ٢٠٦.

٤- لم نعره عليه فيما بأيدينا من كتب اللغة، و تُسب إلى أهل اللغة في الدروس ٣: ٢٣٨، و المهذب البارع ٢: ٤٤١، و جامع المقاصد ٤: ١٧١، و المسالك ١: ٢٠٦.

٥- معاني الأخبار: ٢٧٧، الوسائل ١٨: ٢٤١ أبواب بيع الثمار ب ١٤ ح ٢.

٦- منهم: الشهيدان في الدروس ٣: ٢٣٨ و المسالك ١: ٢٠٦.

و لا كلام فيه، وفاقاً لظاهر الأصحاب.

و مقتضى الأصل و اختصاص النصوص بحكم التبادر و الصراحة فى الجملة بالنخلة الواحده بتمر من غيرها، عدم التعديه إلى ما لم تتكمل فيه القيود الثلاثه.

فلا- عريّه فيما عدا النخل مطلقاً، قلنا بالمزانه فيه أم لا، و فائده انتفائها على الأول حرمتها، و على الثانى جوازها من دون قيودها، و فى المسالك ادعى الوفاق على أصل الانتفاء هنا (١).

و لا فى المتعدّد منها إلّا مع تعدّد الموضع أو المالك، لا العقد.

و لا بتمرٍ منها مطلقاً، وفاقاً لأكثر أصحابنا، مؤيداً باستلزام جوازه اتحاد الثمن و المثلث الممنوع منه اتفاقاً.

و قيل بالجواز فيه؛ لإطلاق النص (٢). و فيه ما مرّ.

و فصل بعض (٣) بين صورتى اشتراط كون التمر منها فالأول، و إلّا فالثانى إن صبر عليه حتى يصير تمرأً، و إلّا فالعقد يجب كونه حالاً؛ للزوم بيع الكالى بالكالى بدونه جدّاً.

و المراد بخزصها البيع بمقدارها، فلو اشتراها بزائد أو ناقص لم يجز اتفاقاً، نصّاً و فتوى.

و هل المعتبر فيه المماثله بين ثمره النخل عند صيرورتها تمرأً و بين التمر الذى هو الثمن، أو المماثله بين ما عليها رطباً و بين التمر؟ قولان.

للأول المحكى عن الأكثر (٤)، بل ظاهر الكلّ استلزام الثانى بيع

ص: ٣٩

١- المسالك ١: ٢٠٦.

٢- قال به العلامة فى المختلف: ٣٧٨.

٣- كالعامة فى التذكرة ١: ٥٠٩.

٤- حكاة الشهيد الثانى فى المسالك ١: ٢٠٦.



الرطب بالتمر متساوياً، الممنوع منه، كما مضى (١).

الثاني كما عن التذكرة (٢) أنه مستثنى.

و ظاهر إطلاق النص و الفتاوى و صريح جملة منها أنه لا يعتبر مطابقه ثمرتها جافه لثمنها فى الواقع، بل يكفى المطابقه فى ظن الخارص عند العقد، فلو زادت عند الجفاف عنه أو نقصت لم يقدح فى الصحه.

خلافاً لمن شدّ، فاعتبر فيها المطابقه (٣). و يأتى عليه المنع عن التصرف فى ثمره النخله بالأكل و نحوه إلى استعلام المطابقه و عدمها بالجفاف.

و فى اشتراط التقابض فى المجلس قولان، أظهرهما و عليه الأكثر لاء لإطلاق النصّ و الفتوى. و عن المبسوط نعم (٤). و هو ضعيف جداً، بل فى بعض العبارات الإجماع على خلافه (٥).

و يجوز بيع الزرع قصيلاً أى مقطوعاً بالقوّه، بأن شرط قطعه قبل حصاده و على المشتري قطعه عملاً بمقتضى الشرط.

و لو امتنع عنه فلبائع إزالته و تفرغ أرضه منه، إمّا مطلقاً، كما عليه جماعه (٦)، أو بشرط الإذن من الحاكم أو تعذره، كما عليه شيخنا

ص: ٤٠

١- و لكن قد عرفت ما فيه (منه رحمه الله). راجع ص ٣٦.

٢- التذكرة ٥٠٩: ١.

٣- نسبه فى المسالك ١: ٢٠٦ إلى « قيل »، و ذكر فى الجواهر ٢٤: ١١٢ أنه لم يتحقق القائل بذلك، و ربما يوهم من عباره المبسوط ٢: ١١٩ و الوسيله: ٢٥٠، و لكن المراد منها المطابقه بين الثمن المبذول و الثمره المخروصه.

٤- المبسوط ٢: ١١٩.

٥- كما فى التذكرة ٥٠٩: ١.

٦- التذكرة ٥٠٤: ١، جامع المقاصد ٤: ١٦٤، الكفايه: ١٠٠، الحدائق ١٩: ٣٦٥.

الشهيد الثاني (١). وهو أقوى؛ اقتصاراً فيما خالف الأصل على المتيقن.

والمستند في الجواز حينئذٍ بعد الوفاق على الظاهر حديث نفى الضرر (٢) المتفق عليه فتوى ورواية.

ومنه بعد الوفاق على الظاهر ينقذح الوجه في أن له المطالبة بأجره أرضه عن المدّة التي بقي فيها بعد إمكان قصله مع الإطلاق، وبعد المدّة التي شرطاً قصله فيها مع التعيين.

ولو كان شراؤه قبل أوان قصله وجب على البائع الصبر إلى أوان بلوغه مع الإطلاق، كما لو باع الثمرة و الزرع للحصاد.

ولو تركه أي البائع القصل كان له ذلك، وأن يطالبه أي المشتري بأجره أرضه عن زمن العدوان و أرش النقص في الأرض إن حصل بسببه، إذا كان التأخير بغير رضاه.

و يجوز أن يبيع ما ابتاعه من الثمرة على أصولها بزيادة عن الثمن أو نقص قبل قبضها بلا خلاف هنا، وإن قيل بالمنع فيما عداه (٣)، بل في المسالك الإجماع عليه (٤)؛ وهو الحجة بعد الأصل، و العمومات السليمة عمّا يصلح للمعارضه، لاختصاص النصوص المانعه بالمكيل و الموزون خاصه، و ليس الثمرة على الشجره مكيله و لا موزونه بالضروره.

مضافاً إلى صريح الصحيحين، أحدهما: في رجل اشترى الثمرة ثم

ص: ٤١

١- كما في المسالك ٢٠٦:١.

٢- الكافي ٥: ٢٩٢، التهذيب ٧: ١٤٦/٦٥١، الوسائل ٣٢: ١٨، أبواب الخيار ب ١٧ ح ٣.

٣- حكاة عن ابن أبي عقيل في المختلف: ٣٩٣، انظر المهذب ٢: ٤٠٠.

٤- المسالك ٢٠٦:١.

يبعها قبل أن يقبضها، قال: «لا بأس» (١) ونحوه الثانى بزياده قوله: «إن وجد ربحاً فليبع» (٢) ونفى البأس فيهما يقتضى نفى الكراهه أيضاً.

فلا- وجه لقوله على كراهيه و لعلها لإطلاق بعض الأخبار (٣) و الفتاوى بالمنع، لكنّه سابقاً لم يجعله سبباً للكراهه مطلقاً، بل خصّها بالمقدّر بأحد التقديرين خاصّه (٤)، كما اشترطه أكثر النصوص و فتاوى الجماعه.

و لو كان بين اثنين أو جماعه نخل أو زرع، أو شجره فتقبل أحدهما بحصّه صاحبها أى الثمره المدلول عليها بالنخله، مع أنّ فى بعض النسخ صاحبه بتذكير الضمير، وهو الأظهر بحسب السياق من نفس الثمره خاصّه، كما يستفاد من جماعه (٥)، أو من ثمره مطلقاً و لو من غيرها، كما يستفاد من آخرين (٦) بوزن معلوم صحّ للصّحاح، منها: عن الرجلين يكون بينهما النخل فيقول أحدهما لصاحبه:

اختر إما أن تأخذ هذا النخل بكذا و كذا كيلاً مسمّى و تُعطينى نصف هذا الكيل زاد أو نقص، و إما أن آخذه بذلك، قال: «لا بأس» (٧).

ص: ٤٢

- 
- ١- التهذيب ٧/٣٧٧ ٨٩، الوسائل ١٨:٢٢٥ أبواب بيع الثمار ب ٧ ح ٣.
  - ٢- الفقيه ٣/١٣٢ ١٣٢، التهذيب ٧/٨٨ ٣٧٦، الوسائل ١٨:٢٢٥ أبواب بيع الثمار ب ٧ ح ٢.
  - ٣- التهذيب ٧/٣٦ ١٥٢، الوسائل ١٨:٦٨ أبواب أحكام العقود ب ١٦ ح ١٥.
  - ٤- راجع ص: ٣٦١ ج ٨.
  - ٥- منهم: العلامه فى التذكرة ١٠:٥١، والشهيد فى اللمعه (الروضه البهيّه ٣:٣٦٨)، و المحقق الثانى فى جامع المقاصد ١٧٥:٤.
  - ٦- انظر الروضه البهيّه ٣:٣٧٠، و مجمع الفائده و البرهان ٢٢١:٨.
  - ٧- الكافي ٥/١٩٣ ٢، الفقيه ٣/١٤٢ ٦٢٣، التهذيب ٧/١٢٥ ٥٤٦، الوسائل ١٨:٢٣١ أبواب بيع الثمار ب ١٠ ح ١.

و منها: « أن رسول الله صلى الله عليه و آله.. (١) بعث عبد الله بن رواحه فقوم عليهم قيمه و قال: إما أن تأخذوه و تعطون نصف الثمر، و إما أن أعطيك نصف الثمره و آخذه، فقالوا: بهذا قامت السماوات و الأرض» (٢).

و نحوه الثالث (٣) بزيادة ظهور في كون الثمن من الثمر؛ لعدم اختلاف نسخته بتبديل أحد اللفظين مكان الآخر، كما في الثاني.

و بهذه النصوص يقيّد إطلاق المنع في النصوص الواردة في المزابنه و المحاقله (٤) إن قلنا بكونه بيعاً، و مع ذلك لا خلاف فيه بين الطائفة عدا الحلّي (٥)، فنفاه رأساً، نظراً منه إلى عدم كونه بيعاً و إلّا لجا في المزابنه، و لا صلحاً و إلّا لجا في الغرر و الجهاله إن كان العوض مشروطاً من نفس الثمره، و إن كان في الذمه لزم و وجب أداء الثمن مطلقاً، كانت الثمره باقيه أو تالفه، مع أن جماعه اشترطوا في الصحة السلامه من الآفه (٦).

و هو على أصله حسن، غير مستحسن على غيره؛ لاحتمال كونه معامله أخرى غير الأمرين، أو هما و تكون من قاعدتهما مستثناه قد نهضت بإثباتها و الاستثناء النصوص المزبوره المعتضده بعد الصحة و الكثره بالشهره العظيمة التي كادت تكون لنا الآن إجماع الطائفة.

ص: ٤٣

١- ورد الحديث هكذا: « عن أبي عبد الله عليه السلام أن أباه حدّثه أن رسول الله صلى الله عليه و آله أعطى خيبر بالنصف، أرضها، و نخلها، فلما أدركت الثمره بعث...».

٢- الكافي ٥/٢٦٦، التهذيب ٧/١٩٣، الوسائل ١٨:٢٣٢ أبواب بيع الثمار ب ١٠ ح ٢.

٣- الكافي ٥/٢٦٧، الوسائل ١٨:٢٣٣ أبواب بيع الثمار ب ١٠ ح ٣.

٤- انظر الوسائل ١٨:٢٣٩ أبواب بيع الثمار ب ١٣.

٥- السرائر ٢:٣٧٢.

٦- منهم: العلامة في الإرشاد ١:٣٦٤، و الشهيد الأوّل في الدروس ٣:٢٣٨، و الفاضل المقداد في التنقيح ٢:١١٣.

و ظاهرها تأديبه بما دلّ على ما اتّفقا عليه بأيّ عبارته.

خلافًا لظاهر الجماعه المحكى عنهم في الروضه (1)، فاشترطوا في صيغتها الوقوع بلفظ القبالة. و حجّتهم غير واضحه.

و ظاهر الصحيح الأوّل و غيره أنّ المتقبّل يملك الزائد و عليه الناقص.

و أمّا الحكم بأنّ قراره مشروط بسلامه الثمره من الآفه الإلهيه بحيث لو حصلت فسدت المعامله رأساً أو في الجملة و رجع الأمر إلى ما كانا عليه من الشركه فوجهه غير واضح، و إن ذكره جماعه، و النصوص كما ترى عن بيانه خاليه.

و توجيهه بأنّ المتقبّل لما رضى بحضّه معينه في العين صار بمنزله الشريك غير نافع؛ لأنّ كون العوض منها غير لازم و إن جاز، فالرضا إنّما وقع بالقدر لا به مشتركاً، إلّا أن ينزل على الإشاعه.

فالمتّجه وفقاً لظاهر الروضه و جماعه (2) عدم اشتراطها في الصحه إن لم يشترط كون الثمن من نفس الثمره، أو اشترط و لم ينزل على الإشاعه.

و لو كان النقص لا بآفه بل بخلل في الخرص لم ينقص شيء؛ للأصل، و ظاهر النص. و كذا لا ينقص لو كان بتفريط المتقبّل بلا إشكال.

ثم إنّ ظاهر العبارة هنا و في الشرائع (3) عدم لزوم هذه المعامله و أنّ غايتها الجواز و الصحه؛ و لعلّه نظر إلى قصور النصوص المزبوره عن إفاده

ص: ٤٤

١- الروضه ٣٦٩: ٥.

٢- الروضه ٣٦٩: ٣، ٣٧٠، المحقق الثاني في جامع المقاصد ١٧٨: ٤، الأردبيلي في مجمع الفائده ٢٢١: ٨، صاحب الحدائق ٣٦٤: ١٩.

٣- الشرائع ٥٥: ٢.

اللزوم بالبديهة.

و فيه مناقشه؛ لدلالاتها فى الظاهر على كونها عقداً، مع الاتفاق عليه ظاهراً، والأصل فيه اللزوم، نظراً إلى العمومات الآمره بالوفاء به من الكتاب و السنه.

و إذا مرّ الإنسان بثمره النخل و الفواكه جاز له أن يأكل ما لم يضرب به و يفسده، بأن يأكل منه كثيراً بحيث يؤثر فيها أثراً بيناً و يصدق معه مسمّاه عرفاً، و يختلف ذلك بكثرة الثمره و المازّه و قلتها جداً.

و ليس من هذا الشرط الإفساد بكسر الغصن و نحوه و إن كان فى حدّ ذاته حراماً.

أو يقصد المرور إليه للأكل، بل يكون المرور اتفاقياً، بأن يكون الطريق قريبه منها بحيث يصدق عليه المرور عرفاً، لا أن يكون طريقه على نفس الشجره.

على الأشهر الأظهر بين الأصحاب، بل لم نقف على مخالف فيه من قدمائهم إلّا ما يحكى عن المرتضى رحمه الله فى بعض كتبه (١)، بل ادعى عليه فى الخلاف و السرائر الوفاق (٢)؛ و هو الحجه.

مضافاً إلى النصوص المستفيضه المعتضد بعضها، و المنجبر قصور باقيها بالشهره العظيمه التى كادت تكون من القدماء إجماعاً، و بعمل نحو الحلّى الذى لا يرى العمل بالأخبار إلّا ما تواتر منها أو تعاضد بالإجماع جداً، مع أنّه قد ادّعاها صريحاً هنا (٣).

ص: ٤٥

١- حكاه عنه فى المسالك ٢٠٧: ١.

٢- الخلاف ٥٤٦: ٢، السرائر ١٢٦: ٣.

٣- السرائر ١٢٦: ٣.

منها المرسل كالصحيح على الأشهر الصحيح: عن الرجل يمرّ بالنخل و السنبل و الثمره، أ فيجوز له أن يأكل منها من غير إذن صاحبها في ضروره أو من غير ضروره؟ قال: «لا بأس» (١).

و منها: عن الرجل يمرّ بالبستان و قد حيط عليه أو لم يحط، هل يجوز له أن يأكل من ثمره و ليس يحمله على الأكل من ثمره إلّا الشهوه له، و له ما يغنيه عن الأكل من ثمره، و هل له أن يأكل من جوع؟ قال: «لا بأس أن يأكل و لا يحمله و لا يفسده» (٢).

و منها: أمر بالثمره فأكل منها، قال: «كل و لا تحمل» (٣).

و منها: «لا بأس أن يمرّ على الثمره و يأكل منها و لا يفسد» (٤) إلى غير ذلك من النصوص الكثيره.

و من الأخبار الأخيره منها يظهر أنه لا يجوز أن يفسد و يأخذ معه شيئاً و هو إجماع كما يأتي، بل ظاهر الأصحاب أنه شرط.

و في جواز ذلك أى الأكل مع الشروط في غير النخل من الزرع و الخضر تردّد ينشأ من قبح التصرف في مال الغير، المعتضد بنص الكتاب الدالّ على النهي عن أكل أموال الناس بالباطل بغير تراص (٥).

ص: ٤٦

١- التهذيب ٧/٣٩٣، الإستبصار ٣/٣٠٦، الوسائل ١٨:٢٢٦ أبواب بيع الثمار ب ٨ ح ٣.

٢- التهذيب ٦/١١٣٥، الوسائل ١٨:٢٢٧ أبواب بيع الثمار ب ٨ ح ٥.

٣- التهذيب ٧/٣٨٠، الإستبصار ٣/٣٠٥، الوسائل ١٨:٢٢٧ أبواب بيع الثمار ب ٨ ح ٤.

٤- الكافي ٣/٥٦٩، المحاسن ٧/٥٢٨، الوسائل ١٨:٢٢٩ أبواب بيع الثمار ب ٨ ح ١٢.

٥- النساء: ٢٩.

و الخبيرين، أحدهما الصحيح: عن الرجل يمرّ بالثمره من الزرع و النخل و الكرم و الشجر المباطيخ (١) و غير ذلك من الثمر، أ يحلّ له أن يتناول منه شيئاً و يأكل بغير إذن صاحبه، و كيف حاله إن نهاه صاحب الثمره أو أمره القيم و ليس له، و كم الحدّ الذى يسعه أن يتناول منه؟ قال:

« لا يحلّ له أن يأخذ منه شيئاً » (٢).

و الثانى المرسل: قلت له: الرجل يمرّ على قراح (٣) الزرع، يأخذ من السنبل؟ قال: « لا » قلت: أى شىء السنبله؟ قال: « لو كان كلّ من يمرّ أخذ سنبله كان لا يبقى شىء » (٤).

و سنده و إن قصر إلّا أنّه بالتعليل فيه المؤيد بالاعتبار منجبر.

و من الخبر الذى مرّ، المرجح على ما هنا بصراحه الدلاله و عمل الأكثر، فليحمل الخبران هنا على الكراهه، أو عدم الإذن، كما ربما يستشعر من أولهما، أو الحمل، كما هو ظاهر الثانى، بل الأوّل أيضاً.

و لا ريب أنّ الترك هنا بل و سابقاً أيضاً أحوط و أولى، بل ربما كان متعيّناً.

و لا وجه لتخصيص التردّد بالحكم هنا مع جريانه فيما سبق جداً إلّا وجود القائل بالمنع هنا زائداً على المرتضى، و عدم حكايه إجماع هنا، مع اختصاص كثير من الفتاوى المجوّزه المحكيه فى المختلف (٥) بالحكم

ص: ٤٧

١- المبطنه: منبت البطيخ. لسان العرب ٣: ٩.

٢- التهذيب ٧: ٩٢/٣٩٢، الإستبصار ٣: ٩٠/٣٠٧، الوسائل ١٨: ٢٢٨ أبواب بيع الثمار ب ٨ ح ٧.

٣- القَرَاخُ: المزرعه التى ليس عليها بناء و لا فيها شجر، و الجمع أَقْرَحَةٌ. الصحاح ١: ٣٩٦.

٤- التهذيب ٦: ٣٨٥/١١٤٠، الوسائل ١٨: ٢٢٧ أبواب بيع الثمار ب ٨ ح ٦.

٥- المختلف: ٦٨٧.



سابقاً.

ثم إنَّ اشتراط الشرطين في العبارة في الإباحة مقطوع به و بثالث هو ما حكم به فيها من عدم جواز الحمل بين الطائفة، بل لعلَّه إجماع؛ و هو الحجج.

مضافاً إلى الأصل، و اختصاص النصوص المبيحة بصوره المرور خاصه.

و نفى البأس عنه في الروايه الأخيره (١) مع قصور السند، و عدم الجابر فيه لعلَّه مصروف إلى الأكل المعطوف عليه، فكأنه قال: لا بأس بالأكل بعد المرور اتفاقاً، فثبت الشرط الثاني.

و إثبات الأخيرين من الأصل و النصوص مشكل؛ لاندفاع الأول بإطلاق الرخصه، و عدم نهوض الثاني إلَّا بالنهي عنهما، و غايته الحرمة، و هي أعم من الشرطيه، فإثباتها بذلك كما في كلام جماعه (٢) لا يخلو عن مناقشه.

نعم الظاهر التلازم بينهما في النهي عن الإفساد إذا فسّر بما مرّ، و هو عدم الأكل زائداً، إلى آخر ما تقدّم (٣) و لا إن فسّر بالمعنى الآخر.

و زيد على الثلاثه شروط أخر، هي عدم العلم بالكراهه و عدم ظنّها، و كون الثمره على الشجره.

و لا بأس بها؛ اقتصاراً فيما خالف الأصل على المتيقن المتبادر من أخبار الرخصه.

و ما ربما يظهر منه المنافاه للشرط الأول قاصر السند، غير معلوم الجابر في المحلّ.

ص: ٤٨

---

١- المتقدمه في ص: ٤٦.

٢- منهم العلامه في التذكره ١: ٥١٠، الشهيد الثاني في المسالك ١: ٢٠٧، السبزواري في الكفايه: ١٠١.

٣- في ص: ٤٤.

#### الفصل السابع:

فى بيع الحيوان إذا تلف الحيوان المبيع فى الثلاثه الأيام التى هى مده الخيار فيه فهو من مال البائع مطلقاً و لو كان بعد حصول القبض من المشتري إذا لم يكن التلف بسببه، و لا- عن تفريط منه لما مرّ مفضيلاً فى المسأله الخامسه من أحكام الخيار، من أنّ التلف فى زمان الخيار ممّن لا خيار له، فلا نعيده (١).

و لا- يمنع العيب الحادث فى الحيوان من غير جهه المشتري فى زمن الخيار من الردّ ب أصل الخيار مطلقاً، بلا خلاف فى الظاهر؛ لأنه مضمون على البائع بالوفاق على الظاهر، و المعتبره المتقدّمه فى خيار الحيوان، منها الصحيح: على من ضمان الحادث فى الحيوان؟ قال: «على البائع حتى ينقضى الشرط ثلاثه أيام» (٢) و حينئذٍ لا يكون مؤثراً فى رفع الخيار.

و فى جواز الردّ بالعيب أيضاً و عدمه قولان؛ للأوّل كما هو ظاهر الأكثر، و لعلّه الأظهر أنّه مضمون على البائع.

و تظهر الثمره فيما لو أسقط الخيار الأصلى و المشتراط، فله الردّ بالعيب على الأوّل و لا على الثانى. و فى ثبوت الخيار بعد انقضاء الثلاثه

ص: ٤٩

١- راجع ص: ٣٢٤ ج ٨.

٢- الكافى ٥/١٦٩:٣، الفقيه ٣/١٢٦:٥٥١، التهذيب ٧/٢٤:١٠٣، الوسائل ١٤:١٨ أبواب الخيار ب ٥ ح ٢.

وعدمه، فعلى الثانى يسقط الخيار، و يبقى على الأول؛ إذ لا يتقيّد خيار العيب بالثلاثة و إن اشترط حصوله فيها فما قبلها، و غايته ثبوته فيها بسببين، و هو غير قادح، فإنّها معرّفات يمكن اجتماع كثير منها فى وقت واحد، كما فى خيار المجلس و الشرط و الغبن إذا اجتمعت فى بيع واحد قبل التفرّق.

و لو كان حدوث العيب بعد الثلاثة منع الرّد بالعيب السابق؛ لكونه غير مضمون على البائع مع تغيّر المبيع، فإنّ رده مشروط ببقائه على ما كان، فيثبت فى السابق الأرش خاصّه.

و إذا بيعت الحامل فالولد للبائع على الأظهر الأشهر ما لم يشترطه المشتري و قد مرّ البحث فيه و فى أنّه للمشتري مع الشرط مفضّلاً فى بحث ما يدخل فى المبيع، فلا نعيده ثانياً (١).

و يجوز ابتياع بعض الحيوان مشاعاً مع التعيين، كالنصف و الربع، إجماعاً فى الظاهر، و المحكى فى شرح القواعد للشيخ على رحمه الله و كلام غيره (٢) صريحاً؛ و هو الحجّه.

مضافاً إلى الأصل، و العمومات السليمه عمّا يوجب فساد المعامله من نحو الجهاله بالضروره، و فحوى النصوص الآتية إن قلنا بها.

و لا- يجوز مفروضاً و لو كان رأساً أو جلدًا، و لا- غير معيّن كشيء أو جزء، إجماعاً منهم فى المقامين على الظاهر، مضافاً إلى الإيماء إليه فى بعض عبارات الجماعه (٣)؛ و هو الحجّه، مضافاً إلى الأدلّه الآتية للمنع فى

ص: ٥٠

١- راجع ص: ٣٥٢ ج ٨.

٢- جامع المقاصد ٤: ١٣٥؛ تذكره الفقهاء ١: ٤٩٧.

٣- مجمع الفائدة ٨: ٢٢٦.

الأول، والجهالة بلا شبهه في الثاني.

و أما لو باع الشاه مثلاً و استثنى الرأس أو الجلد منها ففي روايه السكوني (١) و نحوها المروى عن العيون (٢): أن البائع يكون شريكاً بنسبه قيمه ثنياه و مستثناه، فلو قُوم الشاه بجميعها بعشره و بدون المستثنى تسعه كان البائع شريكاً بالعشر، و به أفتى في النهايه (٣) و الخلاف و المبسوط، و تبعه القاضى (٤).

و لا ريب في ضعفه؛ لقصور سند الروايه أولاً، و عدم مقاومتها للقواعد الآتيه في كلام الجماعه ثانياً، و مخالفتها للاعتبار ثالثاً، فإن الشركه بالنسبه التزام بغير ما وقع عليه التراضى جداً.

و متى حكمنا ببطالان الاستثناء لم يبق في اللفظ ما يدل على جزء مشاع أصلاً، فكان طرحها متعيناً، فقد ورد عنهم عليهم السلام: خذوا ما شابه أحكامنا و اتركوا ما خالفها (٥)، و لعله لذا اختار الأ-كثر خلافها و إن اختلفوا في المسأله بعد ذلك على أقوال أربعه، فبين مصحح البيع و الشرط مطلقاً، فله عين المستثنى، كما في الانتصار (٦)، و عن المفيد و الإسكافي و التقى و الحلبي (٧)، عملاً بمقتضى الأصل و العمومات بلزوم العقود و الشروط مع

ص: ٥١

١- الكافي ٥/٤٠٤، التهذيب ٧/٨١، الوسائل ٣٥٠، الوسائل ١٨:٢٧٥ أبواب بيع الحيوان ب ٢٢ ح ٢.

٢- عيون الأخبار ٢/٤٣٣، الوسائل ١٨:٢٧٦ أبواب بيع الحيوان ب ٢٢ ح ٣.

٣- مدعيًا عليه الإجماع (منه رحمه الله) و في «ح» و «ر» جعلت متناً.

٤- النهايه: ٤١٣، الخلاف ٩٢:٣، المبسوط ١١٦:٢، القاضى في المهذب ٣٨٢:١.

٥- انظر الوسائل ١٠٦:٢٧ أبواب صفات القاضى ب ٩ ح ٢١، ١.

٦- مدعيًا عليه الإجماع (منه رحمه الله).

٧- الانتصار: ٢١٢، المفيد في المقنعه: ٦٠٠، و حكاه عن الإسكافي في المختلف: ٣٨٤، التقى في الكافي: ٣٥٤، الحلبي في السرائر

٢:٣٥٥

تعيّن المستثنى. وفيه منع على إطلاقه.

و مبطلٍ لهما كذلك؛ استناداً إلى إفضائه إلى الضرر و التنازع؛ لأنّ المشتري قد يختار تبقية هذا الحيوان، و هو يؤدّي إلى عدم انتفاع البائع بحقّه، و إن اختار البائع ذبحه ليتوصّل إلى حقّه كان فيه منع المشتري من التصرف بماله بما يختار من التصرفات، و ربما كانت التبقية أنفع له من الذبح، فيؤدّي إلى التنازع. و فيه ما في سابقه من المنع على إطلاقه.

و مفصّلٍ تاره بين حيّ الحيوان فالثاني، و مذبوحه فالأوّل، كما في القواعد (١). و هو الأقوى؛ جمعاً بين دليلي القولين، مع سلامتهما عن الإيرادين المتقدّمين في البين.

و أخرى كذلك، لكن بزياده إلحاق ما يراد ذبحه بالمذبوح، كما في المختلف و كلام جماعه (٢)؛ لعدم ورود دليل المنع المتقدّم فيه أيضاً.

و فيه نظر؛ فإنّ إرادته الذبح قد لا تجامعه، فقد يحصل البداء، فيؤدّي إلى المحذور من الضرر و التنازع.

مضافاً إلى عدم انحصار دليل المنع في ذلك، بل منه الجهالة؛ لتفاوت لحم الرأس قلّه و كثرة بتفاوت المذبح، و الجلد دقّه و ضخامه، إلّا أن يقال بعدم عدّ مثل ذلك في العرف جهالةً و شرائه سفاهةً. و لعلّه كذلك في الرأس ظاهراً، إلّا أن الدليل الأوّل قائم جدّاً.

و لو اشترك جماعه في شراء الحيوان و اشترط أحدهم الرأس و الجلد بماله من الثمن كان له منه أى المبيع بنسبه ما نقد، لا ما

ص: ٥٢

١- القواعد ١: ١٢٩.

٢- المختلف: ٣٨٤؛ و انظر جامع المقاصد ٤: ١٣٦، و المسالك ١: ٢٠٨، و الروضه ٣: ٣١١.

شرط للحسن، بل ربما عدّ من الصحيح: في رجل شهد بغيراً مريضاً و هو يباع فاشتراه رجل بعشره دراهم، و أشرك فيه رجلاً بدرهمين بالرأس و الجلد، فقضى أنّ البعير برئ فبلغ ثمانيه دنانير، فقال: «لصاحب الدرهمين خمس ما بلغ، فإن قال: أريد الرأس و الجلد ليس له ذلك، هذا الضرار، و قد اعطى حقّه إذا اعطى الخمس» (١).

و يأتي ما مرّ فيه، مع ظهوره كما سبق فيما يقصد ذبحه لا مطلقاً، فلا وجه للتعميم على تقدير العمل بهما بعد وجود القول بالفصل بين مورده فالجواز، و غيره فالمنع، كما مضى.

إلّا أنّي لم أقف على مخالف هنا عدا شيخنا الشهيد الثاني و من تبعه من بعض أصحابنا (٢)، حيث جعلوا الحكم فيه و فيما سبق واحداً. و هو كذلك إن لم يكن انعقد الإجماع على خلافه، و ربما احتمله في شرح القواعد المحقق الثاني (٣)، و لعلّه وجه الفرق بينهما في العبارة و غيرها من التردّد في الأول و الجزم بالحكم هنا.

و هو حسن إن تمّ، و إلّا فمجرد صحه السند على تقديرها غير كافٍ في الخروج عن مقتضى القواعد المتقدّمه جدّاً مع إمكان تأويل الروايه إلى ما يلائمها.

و لو قال: اشتر حيواناً بشركتي أو بيننا صحّ البيع لهما، فإنّ الأمر بالشراء كذلك توكيل، و لا خلاف فيه و لا في أنّ على كلّ

ص: ٥٣

١- الكافي ٥: ٢٩٣، التهذيب ٧: ٨٢/٣٥١، الوسائل: أبواب بيع الحيوان ب ٢٢ ح ١.

٢- الشهيد الثاني في المسالك ١: ٢٠٨، المحقق الأردبيلي في مجمع الفائدة ٨: ٢٢٩.

٣- جامع المقاصد ٤: ١٣٧.

واحد منهما نصف الثمن لا غير، فإن الظاهر من الشركه المطلقه هو التساوى فى الحصه؛ مضافاً إلى عدم إمكان الترجيح إلا مع قيام قرينه عليه، فتتبع.

و إن أدّى أحدهما الجميع بإذن الآخر صريحاً أو فحوى و لو بمقتضى العاده المعلومه لهما فى الإنقاد عنه لزم الغرم له، وإلا فلا.

و لو تلف المبيع بعد قبضه بإذن الآخر و لو فحوى فهو منهما، فإن ذلك مقتضى الشركه جدّاً، و يرجع على الآخر بما نقد عنه إذا كان بإذنه لا مطلقاً.

و لو زاد الأمر على ذلك و قال: اشتره على أن يكون الربح لنا أى بيننا و لا خسران عليك إن حصل لم يلزم الشرط وفقاً للحلّى و جماعه من المتأخرين (١)، قال: لأنّه مخالف لأصول المذهب، لأنّ الخسران على رؤوس الأموال بغير خلاف، فإذا شُرط على واحد من الشريكين كان هذا الشرط مخالفاً للكتاب و السنّه، لأن السنه جعلت الخسران على رؤوس الأموال (٢).

و يضعّف بإمكان التعويل فى ذلك إلى الكتاب و السنه من حيث أمرهما بالوفاء بالعقود و الشروط، و تصريحهما بجواز أكل مال الغير مع التراضى، و قد حصل هنا كما هو المفروض، قال سبحانه إلا أن تكون تجارة عن تراضٍ منكم (٣).

ص: ٥٤

---

١- الحلّى فى السرائر ٢:٣٤٩؛ و انظر الشرائع ٢:٥٧، و التنقيح الرائع ٢:١٢٠، و المسالك ١:٢٠٨.

٢- انظر الوسائل ١٩:٥ أبواب الشركه ب ١.

٣- النساء: ٢٩.

و فى روايه صحيحه إذا شارك رجل فى جاريه له و شرط للشريك الربح دون الخساره جاز إذا طابت نفس صاحب الجاريه  
(١).

و قريب منه فى أخرى: فى رجل شارك رجلاً فى جاريه، فقال له: إن ربحت فللك، و إن وضعت فليس عليك شىء، فقال: «لا بأس  
بذلك إذا كانت الجاريه للقائل» (٢) فتأمل.

فدعوى مخالفه الشرط لهما لا وجه لها، و اقتضاء الشركه عموم الخساره على إطلاقه محل مناقشه، فقد يخص ذلك بصوره عدم  
اشراطها على أحدهما، و أنى له بدفعه، فالمصير إلى الجواز لا يخلو عن قوه، وفاقاً للطوسى و القاضى و المختلف و الدروس  
(٣) كما حكى.

و ظاهر العبارة و القواعد فساد الشرط خاصه. و وجهه ليس بواضح، و مقتضى الشرطيه فساد الشركه من أصلها بفساد  
شرطها، فتأمل جداً.

و يجوز النظر إلى وجه المملوكه و محاسنها إذا أراد شراءها إجماعاً حكاه جماعه (٤)، و المعتبره به مع ذلك مستفيضه  
(٥)، منجبر قصور أسانيدها بالأصل السالم عما يصلح للمعارضه إذا لم يكن بتلذذ و لا ريبه؛

ص: ٥٥

- 
- ١- الكافى ٥/٢١٢: ١٦، التهذيب ٧/٣٠٤٧١، الوسائل ١٨: ٢٦٥، أبواب بيع الحيوان ب ١٤ ح ١.
  - ٢- التهذيب ٧/٨١١: ٣٤٧، الإستبصار ٣/٢٨٣٨٣، الوسائل ١٨: ٢٦٦، أبواب بيع الحيوان ب ١٤ ح ٢.
  - ٣- الطوسى فى النهايه: ٤١١، القاضى حكاه عنه فى المختلف: ٣٨٢، المختلف: ٣٨٢، الدروس: ٢٢٤.
  - ٤- منهم الشهيد الثانى فى المسالك ١: ٤٣٥، و انظر الحدائق ٢٣: ٤٩.
  - ٥- انظر الوسائل ١٨: ٢٧٣، أبواب بيع الحيوان ب ٢٠.



مضافاً إلى الاعتضاد بعمل الطائفة.

و جَوِّزَ فِي التَّذْكَرَةِ (١) النَّظْرَ إِلَى مَا عَدَا الْعُورَةَ مَطْلَقاً. وَلَا يَخْلُو عَنْ قُوَّةِ، وَ سَيَأْتِي التَّحْقِيقَ فِي الْمَسْأَلَةِ فِي كِتَابِ النِّكَاحِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ سُبْحَانَهُ.

و يَسْتَحِبُّ لِمَنْ اشْتَرَى رَأْساً أَى رَقِيقاً مَطْلَقاً، ذَكَراً كَانَ أَوْ أُنْثَى؛ تَبَعاً لِإِطْلَاقِ النَّصِّ وَ الْفَتْوَى أَنْ يَغْتَبِرَ اسْمَهُ عِنْدَ شِرَائِهِ، بَلْ قِيلَ مَطْلَقاً (٢)، وَ لَوْ بِالِانْتِقَالِ بِنَحْوِ مِنَ الْهَبَةِ وَ الصَّلْحِ وَ أَنْ يَطْعَمَهُ شَيْئاً حَلِوًّا، وَ يَتَصَدَّقَ عَنْهُ بِأَرْبَعَةِ دَرَاهِمٍ شَرْعِيَّةً.

وَ يَكْرَهُ أَنْ يَرِيَهُ ثَمَنَهُ فِي الْمِيزَانِ كُلِّ ذَلِكَ لِلرُّوَايَاتِ، مِنْهَا: «إِذَا اشْتَرَيْتَ رَأْساً فَلَا تَرِيَنَّ ثَمَنَهُ فِي كِفَّةِ الْمِيزَانِ، فَمَا مِنْ رَأْسٍ يَرَى ثَمَنَهُ فِي كِفَّةِ الْمِيزَانِ فَأُفْلِحَ، فَإِذَا اشْتَرَيْتَ رَأْساً فَعَبَّرَ اسْمَهُ وَ أَطْعَمَهُ شَيْئاً حَلِوًّا إِذَا مَلَكَتَهُ، وَ تَصَدَّقَ عَنْهُ بِأَرْبَعَةِ دَرَاهِمٍ» (٣).

وَ ظَاهِرُهُ كَغَيْرِهِ تَرْتَّبُ الْكِرَاهَةَ عَلَى رُؤْيِهِ الثَّمَنِ فِي الْمِيزَانِ، وَ لَذَا عَبَّرَ بِهِ فِي الْعِبَارَةِ وَ كَلَامِ جَمَاعِهِ (٤). وَ رَبَّمَا قِيلَ بِهَا مَطْلَقاً وَ لَوْ لَمْ يَكُنْ فِي الْمِيزَانِ بَلْ خَارِجاً؛ حَمَلًا لِلنَّصِّ عَلَى الْمُتَعَارَفِ مِنْ وَضْعِ الثَّمَنِ فِي كِفَّةِ الْمِيزَانِ عِنْدَ الشِّرَاءِ (٥).

وَ هُوَ حَسَنٌ لَوْ قَامَ دَلِيلٌ عَلَى الْكِرَاهَةِ مَطْلَقاً، وَ هُوَ غَيْرٌ وَاضِحٌ جَدًّا.

ص: ٥٦

١- التذكرة ٥٠١: ١.

٢- الدروس ٢٢٤: ٣.

٣- الكافي ٥/١٤٢١٢، التهذيب ٧/٣٠٢٧٠، الوسائل ١٨: ٢٥١ أبواب بيع الحيوان ب ٦ ح ١.

٤- كالشهيدي في الدروس ٣: ٢٢٤، و السبزواري في الذخيرة: ١٠١، و البحراني في الحدائق ١٩: ٤١٧.

٥- الحدائق ١٩: ٤١٧.

إشارة

و يلحق بهذا الباب مسائل:

الأولى المملوك يملك فاضل الضريبه

الأولى: المملوك يملك فاضل الضريبه فعليه بمعنى المفعوله، و المراد بها ما يؤدى العبد إلى سيده من الخراج المقدر عليه.

و المستند فى الحكم الصحيح: « إذا أدى إلى سيده ما كان فرض عليه فما اكتسب بعد الفريضه فهو للملوك » إلى أن قال: قلت له: فللملوك أن يتصدق مما اكتسب و يعتق بعد الفريضه التى كان يؤديها إلى سيده؟ قال:

« نعم و أجر ذلك له » قلت: فإن أعتق مملوكاً مما اكتسب سوى الفريضه لمن يكون ولاء المعتق؟ قال: فقال: « يذهب فيتوالى إلى من أحب، فإذا ضمن جريرته و عقله كان مولاه و يرثه » (١) الحديث.

قيل: و أفتى به الشيخ فى النهايه و تبعه القاضى (٢).

و فيه نظر، فإن المحكى من عبارته فى المختلف هو تملك التصرف خاصه، و لعله لذا نسبه دون التملك إليهما فى المهذب (٣). نعم، القول بذلك محكى فيه عن الصدوق و الإسكافى (٤)، حيث قال: يملك العين لكن لا مستقراً.

و كيف كان الأقوى: ما قيل من أنه لا يملك شيئاً مطلقاً إلا أن يأذن له المولى فى التصرف فيحصل له إباحته خاصه.

ص: ٥٧

١- الكافى ٦: ١٩٠، الفقيه ٣: ٧٤، التهذيب ٨: ٢٢٤، المقنع ١٦١، الوسائل ١٨: ٢٥٥ أبواب بيع الحيوان ب ٩ ح ١.

٢- قاله فى المختلف: ٦٢٤، و هو فى النهايه: ٥٤٣، و المهذب ٢: ٣٥٩.

٣- المهذب البارع ٢: ٤٥٠.

٤- المختلف: ٦٢٤.

و هذا القول هو الأشهر بين أصحابنا كما حكاه جماعه منا (١)، و هو الظاهر من تتبع كلماتهم جداً، حيث لم أقف على مخالف لهم في ذلك إلا نادراً، بل ادعى الشيخ في الخلاف في كتاب الزكاه و الفاضل في نهج الحق عليه إجماعنا صريحاً (٢)، و دلّ عليه كلام الحلّي المحكى في المختلف (٣) في كتاب العتق ظاهراً (٤)، حيث قال: إنّه لا يملك عندنا. و نحوه عبارته المبسوط المحكيه عنه في كتاب الكفّارات (٥). و ربما كان في عبارته الانتصار إشعار به، بل ظهور جداً مع فتواه به فيه صريحاً (٦).

و هو الحجه المؤيّد به بأصالة عدم الملكيه السالمه كالإجماعات المحكيه عمّا يصلح للمعارضه سوى الروايه السابقه، و هي مع اختصاصها بفاضل الضريبه، بل و دلالتها على العدم فيما عداه بمفهوم الشرطيه تأوّلها الأصحاب بإرادته جواز التصرف و الإباحه دون الملكيه.

و هو و إن كان ينافيه ظاهر سياقها، إلا أنّه لا بأس به، جمعاً بين الأدلّه.

مع منافاه إطلاقها لما أجمع عليه الطائفه من ثبوت الحجر عليه في

ص: ٥٨

---

١- منهم ابن زهره في الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٥٦٧، العلامه في التذكره ١: ٤٩٨، المحدث الكاشاني في المفاتيح ٣: ٤٣.

٢- الخلاف ٢: ٤٢، نهج الحق: ٤٨٤.

٣- المختلف: ٦٢٤.

٤- و نحوه الفاضل في المنتهى في مسأله زكاه العبد لكن في ما عدا فاضل الضريبه و أرش الجنايه، قال: و لو ملكه مولاه شيئاً لم يملكه؛ لأنّه مال فلا يملك التملك كالبهيمة، قاله أصحابنا، فلا تجب الزكاه على العبد و تجب على السيد، و للشافعي قولان (المنتهى ١: ٤٧٢) (منه رحمه الله).

٥- المختلف: ٦٧٠، المبسوط ٦: ٢١٧.

٦- الانتصار: ٢١٣.

تصرفاته بالكلية، حيث دلت على جواز عتقه و شبهه، و هو مضافاً إلى انعقاد الإجماع على خلافه قد منع عنه الكتاب و السنه عموماً في بعض و صريحاً في آخر، قال الله سبحانه ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ [١] (١) و لا ريب في شمول الشيء المنفى قدرته عليه للتصرف لغه و إجماعاً لو لم نقل بشموله لنحو التملك أيضاً، فإنه شيء جداً، و مقتضى العموم الناشئ من وقوع الشيء نكرة في سياق النفي الشمول له قطعاً، فهو حجة أخرى لنفي الملك مطلقاً، و لعله لذا استدلل به لذلك أصحابنا.

و قريب منه في ذلك الآيه الأخرى الآتية (٢).

و في الصحيح: في المملوك ما دام عبداً: « فإنه و ماله لأهله، لا يجوز له تحرير و لا كثير عطاء و لا وصيه إلا أن يشاء سيده » (٣).

و هو كما ترى ظاهر بل لعله صريح في عدم جواز التصرفات التي إباحتها الروايه الأولى مطلقاً و أنه لا يملك أصلاً.

و ما ربما يتوهم فيه من المناقشه في الأول بتقييد إطلاقه بغير فاضل الضريبه فإن هذه الروايه مطلقة و تلك مقيدة، و في الثاني بأن اللام في « لأهله » و إن كان ظاهراً في الملكيه إلا أن إضافه المال إلى العبد ظاهره في ثبوتها له أيضاً بالبديهه، و حيث لم يجتمعا وجب المصير إلى التأويل في أحدهما بإرجاعه إلى الآخر بنحو من التوجيه، و هو إرادته جواز التصرف

ص: ٥٩

١- النحل: ٧٥.

٢- في ص: ٦٥.

٣- التهذيب ٩: ٢١٦، ٨٥٣، الإستبصار ٤: ١٣٥، ٥٠٧، الوسائل ١٩: ٤١٠، أبواب أحكام الوصايا ب ٧٨ ح ١.

خاصه، بناءً على كفايه أدنى ملابسه في صحه الإضافه جدًّا، و حيث لا مرجح وجب التوقف، و به تخرج الروايه عن الحجيه.

مدفوع، فالأول: باشرط التكافؤ في حمل المطلق على المقيّد المفقود في المقام؛ لاعتضاد الأوّل بالأصل، و الإجماعات المحكيه، و الشهره العظيمة المتحقّقه، فلا- يمكن المصير إلى الخمل المزبور في المسأله، كما لا يمكن الجمع بينهما بحمل التصرف في الصحيحه على الواقع بإذن المالك، جمعاً بينها و بين الثانيه و نحوها من الأدله حمل المطلق على المقيّد، فإنّه فرع العمل بها، مع أنّك قد عرفت المنع عنه مطلقاً، لعدم التكافؤ أصلاً.

و الثاني: بمنع فقد المرجح، فإنّ القرينه على صرف التوجيه المتقدم إلى إضافه المال إلى العبد قائمه، فإنّ اللام في الروايه مفيده للملكيه بالبديهه، نظراً إلى سياق الروايه حيث تضمّنت العبد و ضمّته إلى ماله أولاً و صرفت الحكم المستفاد من اللام إليهما، و لا ريب أنّه بالإضافه إلى العبد معناها الحقيقي، و هو الملكيه أو الاختصاص، فلو حمل على المعنى المجازي أو حقيقى آخر غيرهما لو كان لزم استعمال اللفظ الواحد في الاستعمال الواحد في معنييه الحقيقيين أو المتخالفين بالوصفين، و هما مرغوب عنهما، سيّما الثاني عند المحققين، فتعيّن المصير إلى صرف التوجيه إلى الطرف المقابل حيث لا قرينه مثل ذلك و غيره فيه يوجب العكس بالبديهه، فتأمل.

و من هنا انقدح الوجه في صحه ما أجاب به الجماعه عن النصوص

المستفيضة الآتية في المسألة الآتية (١) وفي بحث العتق إن شاء الله سبحانه، المضيفه للمال إلى العبد، الظاهره لذلك في الملكيه، من صحه الإضافه بأدنى ملابسه، وهو وإن كان في حد ذاته بعيداً إلا أن المصير إليه بملاحظه ما سلف كان متعیناً جداً. مضافاً إلى الصوارف الأخر التي تقدّمت من الأدلّه على عدم الملكيه.

و قريب من الصحيحه المزبوره ما في صحيحه أخرى طويله متضمّنه للقضيّه المشهوره بين ابن أبي ليلى و ابن شبرمه، و فيها من كلام مولانا الصادق عليه السلام بعد قول الراوى له: قلت: أليس قد أوصى للعبد بثلث ماله:

« إنَّ العبد لا وصيه له، إنَّ ماله لمواليه » (٢).

و نحو هذه الأدلّه في عدم الملكيه نصوص أخر وارده في مباحث الوصيه و إن اختلفت في الدلاله، فبين ظاهره في ذلك و لو بالمعونه، كالصحيح: في مكاتب كانت تحته امرأه حرّه فأوصت له عند موتها بوصيه، فقال أهل الميراث: لا نجيز وصيتها، إنّه مكاتب لم يعتق و لا يرث، فقضى أنّه يرث بحساب ما أعتق منه، و يجوز له الوصيه بحساب ما أعتق منه.

و قضى في مكاتب اوصى له بوصيه و قد قضى نصف ما عليه فأجاز نصف الوصيه (٣). الحديث.

و وجوه الدلاله فيه واضحه أقواها تعليل الورثه عدم الإجازه بأنّه بعد مملوك لم يعتق، و هو ظاهر في اشتهاار عدم تملكه للوصيه بالعبوديه في

ص: ٦١

١- في ص: ٦٥.

٢- الكافي ٧/٢٦، التهذيب ٩/٢١٧، الوسائل ١٩:٣٥٤ أبواب أحكام الوصايا ب ٣٩ ح ٥.

٣- الكافي ٧/٢٨، الفقيه ٤/١٦٠، التهذيب ٩/٢٢٣، الوسائل ١٩:٤١٣ أبواب أحكام الوصايا ب ٨٠ ح ١.

تلك الأزمنة، و يومئ إليه ما ذكره الأصحاب في المنع عن الوصية لمملوك الغير من التعليل بعدم المالكية.

و مشعره به، و هي كثيرة، و إن اختلفت في الإشعار ضعفاً و قوّة، فمنها النصوص المتواتره المجمع عليها الداله على نفى الموارثه بالرقية (١).

و قد جعله الفاضل في المختلف حجه مستقله، فقال: و لأنه لو ملك لدخل المال في ملكه بالأسباب الموجه للدخول من غير اختيار كالميراث و شبهه، و التالي باطل إجماعاً، فكذا المقدم (٢).

و لا يخلو عن مناقشه؛ لإمكان دفع الملازمه حيث لم يقم عليها حجه ظاهره، فيحتمل كون نفى التوارث تعديداً، كما اتفق مثله في منع الوارث عن الميراث إذا كان قاتلاً مع كونه يملك للمال إجماعاً و إن كان وجه الحكمه فيه ظاهراً.

و نحوه في الضعف استدلاله الآخر بقوله: و لأنه لو ملك لما جاز له أخذه منه قهراً، و التالي باطل إجماعاً، و لما رواه محمد بن إسماعيل في الصحيح عن مولانا الرضا عليه السلام قال: سألته عن رجل يأخذ من أمّ ولده شيئاً و هبه لها بغير طيب نفسها من خدم أو متاع، أ يجوز ذلك؟ قال: «نعم إذا كانت أمّ ولده» (٣).

لمنع الملازمه، لعدم الدليل عليها من كتاب أو سنّه أو إجماع حتى في المسأله، إلا أن يدعى الاستقراء، و هو حسن، مع أن في الاستناد لإبطال التالي بالصحيح ما ترى، فلعلّ تجويز الاسترداد منها بناءً على كون

ص: ٦٢

١- انظر الوسائل ٢٦:٤٣ أبواب موانع الإرث ب ١٦.

٢- المختلف: ٦٢٤.

٣- التهذيب ٨: ٢٠٦/٧٢٩، الوسائل ٢٣: ١٦٩ أبواب الاستيلاء ب ١ ح ٢.

الموهوب لها هبه لغير ذى رحم و يجوز ذلك فيها إجماعاً، فتوى و نصياً، و ربما كان فى الشرطيّه فى ذيله إشعار بذلك أيضاً، فتأمل جدّاً.

و منها النصوص الواردة فى وصيّه المولى لمملوكه بثلث ماله و أنّه يعتق بحسابه (١)، و هو ظاهر فى عدم إعطائه ثلثه، و لا وجه له فى الظاهر إلّا عدم تملكه [له]، فتأمل.

و بالجمله تتبع النصوص الواردة فى العتق و الوصيه للملوك [للمملوك] يكشف عن عدم الملكيه له من دون ربيبه، فلا يقاومها سيما بعد اعتضادها بما قدّمناه من الأدله شىء من الروايه السابقه و غيرها، كالمستدلّ به للقول باستثناء أرش الجنايه خاصّه، كما حكى قولاً فى الروضه (٢)، و قال به القاضى و النهايه (٣) لكن مع إلحاق ما يُملكه مولاه و فاضل الضريبه، و هو الموتق: ما تقول فى رجل يهب لعبده ألف درهم أو أقلّ أو أكثر، فيقول:

حللنى من ضربى إتيّاك، و من كلّ ما كان منى إليك ممّا أخفتك و أرهبتك، فيحلّله و يجعله فى حلّ رغبه فيما أعطاه، ثم إنّ المولى بعد أصاب الدراهم التى أعطاه فى موضع قد وضعها فيه العبد و أخذها المولى، إحلال له هى؟ فقال: «..لا يحلّ له؛ لأنّه افتدى بها نفسه من العبد مخافه العقوبه و القصاص يوم القيامه» قال: فقلت: فعلى العبد أن يزكّيها إذا حال عليه الحول؟ قال: «لا إلّا أن يعمل له بها» (٤) الحديث.

و فيه مضافاً إلى ما مرّ قصور السند، و تضمّنه عدم جواز أخذ

ص: ٦٣

١- الوسائل ١٩:٤١٥ أبواب أحكام الوصايا ب ٨٢.

٢- الروضه البهيّه ٣:٣١٢.

٣- القاضى فى المهذب ٢:٣٥٩، النهايه: ٥٤٣.

٤- الفقيه ٣: ١٤٦/٣، التهذيب ٨: ٢٢٥/٨، الوسائل ١٨: ٢٥٦ أبواب بيع الحيوان ب ٩ ح ٣.



المولى ذلك منه و هو مخالف للإجماع كما فى عبارته المختلف المتقدمه (١)، و نحوها ما صرح به أيضاً بعدها بأدنى فاصله، فقال: لو فرضنا أنّ العبد يملك فإنه لا يملك ملكاً تاماً؛ إذ لمولاه انتزاعه منه إجماعاً (٢).

مضافاً إلى احتمال حمله على التقيه؛ لأنّ الملكيه مذهب جماعه من العامه (٣)، كما يستفاد من عبارات هؤلاء النقله للإجماعات المتقدمه (٤)، مع ظهور ذيله فى ذلك من حيث تضمنه استحباب الزكاه فى مال التجاره، و هو مذهب العامه، و إن اشتهر أيضاً بين الطائفه.

و به يمكن الجواب عن الأخبار المتوهم منها الدلاله على الملكيه مطلقاً، أظهرها دلالة الخبر: عن رجل قال لمملوكه: أنت حرّ، و لى مالك، قال: «لا يبدأ بالحرّيه قبل المال، يقول لى مالك، و أنت حرّ، برضا المملوك» (٥).

و فيه مع ذلك قصور السند، للجهاله، و إن عدّه من الحسن بل الصحيح جماعه (٦)، و أنّه معارض بكثير من المعبره الداله على كون مال المعتق للمالك إذا كان جاهلاً بماله مطلقاً و لو لم يستثن (٧).

و أما الخبر: «أنّ علياً عليه السلام أعتق عبداً فقال له: إنّ ملكك لى و لك،

ص: ٦٤

١- فى ص: ٦٢.

٢- المختلف: ٦٢٤.

٣- منهم ابنا قدامه فى المغنى و الشرح الكبير ٤: ٣٢١، و ابن حزم فى المحلى ٨: ٣٢٠.

٤- فى ص: ٥٨.

٥- الكافى ٦: ١٩١، الفقيه ٣: ٩٢/٣٤٤، التهذيب ٨: ٢٢٤/٨٠٦، الإستبصار ٤: ١١/٣٣، الوسائل ٤٨: ٢٣، أبواب العتق ب ٢٤ ح ٥.

٦- منهم: الأردبيلى فى مجمع الفائده و البرهان ٨: ٢٥١، و المجلسى فى روضه المتقين ٦: ٣٩٤.

٧- انظر الوسائل ٤٧: ٢٣، أبواب العتق ب ٢٤.

و قد تركته لك» (١) فمع قصور السند غير واضح الظهور في المنافاه لمذهب المشهور و غيره؛ لإجماله إن ارتكب المجاز في إحدى اللامين، و مخالفته الإجماع إن حملناه على الحقيقه، لإفادتهما التشريك بالبديهه، و لا قائل به من الطائفه.

مع منافاته صريح الآيه ضَرَبَ لَكُمْ مَثَلًا مِنْ أَنْفُسِكُمْ هَلْ لَكُمْ مِنْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ مِنْ شُرَكَاءَ فِي مَا رَزَقْنَاكُمْ فَأَنْتُمْ فِيهِ سَوَاءٌ [١] (٢) الآيه لتصريحها بأن ليس للعبيد في أموال الموالى شركه.

فاستدلال بعض الأجله (٣) بهذه الروايه لقوله بإطلاق ثبوت الملكيه له تبعاً للماتن في الشرائع (٤) ضعيف غايته، كضعف استدلاله بما أشرنا إليه من الأخبار المتقدمه.

و يتحصّل ممّا طولنا به الكلام في المسأله القطع بعدم الملكيه فيما عدا فاضل الضريبه و أرش الجنايه، و كذلك فيهما على الظاهر المشهور بين الطائفه.

### الثانيه من اشترى عبداً له مال كان ماله للبائع إلّا مع الشرط

الثانيه: من اشترى عبداً مثلاً و كان له مال كان ماله للبائع إلّا مع الشرط فيكون للمشتري، على الأظهر الأشهر بين الطائفه، كما حكاه جماعه (٥)؛ للمعتبره، منها الصحيح: عن رجل باع مملوكاً فوجد له مالاً،

ص: ٦٥

١- التهذيب ٨: ٢٣٧/٨، الوسائل ٢٣: ٤٩ أبواب العتق ب ٢٤ ح ٧. و فيهما: «إِنَّ مَلَكَتْ لِي، و لكن قد تركته لك».

٢- الروم: ٢٨.

٣- الحدائق ١٩: ٣٩٦.

٤- الشرائع ٢: ٥٨.

٥- منهم: السبزواري في الكفايه: ١٠١، و المحقق في الشرائع ٢: ٥٨، و صاحب الحدائق ١٩: ٤٠٠.

فقال: «المال للبائع، إنما باع نفسه، إلا أن يكون شرط عليه أن ما كان له من مال أو متاع فهو له» (١).

و نحوه خبران آخران، مروى أحدهما فى الفقيه (٢)، و ثانيهما عن أمالى ولد الشيخ (٣).

و هذان الحكمان على المختار واضحان؛ لعدم دخول المال فى لفظ المبيع لغه و عرفاً، فيكون للبائع جداً، إلا مع الشرط أو ما فى حكمه من جريان العاده بدخوله كثياب البدن و نحوها إن حصلت فىدخل.

و يشكل الحكمان على غيره؛ إذ لا وجه لهما حينئذٍ، إذ لا- موجب لكونه للبائع فى الأول و للمشتري فى الثانى، بل يتبع المال مالكة، فهما أقوى دليل على المختار و أولى بالدلاله عليه من دلاله إضافه المال إلى العبد فى النصوص على خلافه، لكفايه أدنى ملابسه فى الإضافه، كما مضت إليه و إلى ما يدل على تعين إرادته الإشاره (٤).

و قيل (٥) بأنه للبائع مع جهله به و للمشتري مع علمه؛ للصحيح:

الرجل يشتري المملوك و له مال، لمن ماله؟ فقال: «إن كان علم البائع أن له مالاً فهو للمشتري، و إن لم يكن له علم فهو للبائع» (٦).

ص: ٦٦

١- الكافي ٥/٢١٣:٢، التهذيب ٧/٣٠٦٧١، الوسائل ١٨:٢٥٢ أبواب بيع الحيوان ب ٧ ح ١.

٢- الفقيه ٣/١٣٨:٦٠٤، الوسائل ١٨:٢٥٣ أبواب بيع الحيوان ب ٧ ح ٤.

٣- أمالى الطوسى: ٣٩٧، الوسائل ١٨:٢٥٤ أبواب بيع الحيوان ب ٧ ح ٥.

٤- راجع ص: ٦١.

٥- نقل القول عن الإسكافى فى المختلف: ٣٨٠.

٦- الكافي ٥/٢١٣:١، الفقيه ٣/١٣٨:٦٠٥، التهذيب ٧/٣٠٧٧١، الوسائل ١٨:٢٥٣ أبواب بيع الحيوان ب ٧ ح ٢.

و هو ضعيف؛ لقصور الخبر عن مقاومه لما مرّ و إن صحّ السند؛ لكثرة العدد، و الاعتضاد بالأصل و بعمل الأكثر، فليطرح، أو يؤوّل إلى الأوّل بالحمل على صورته الشرط، كما فى المختلف (١)، أو ما فى معناه من قضاء العاده بدخوله كما مرّ، و لعله أظهر.

و به يظهر اتّحاده مع المعتره فى الدلاله على عدم الملكيه، و عدم انطباقها على القول بها؛ إذ لا- وجه لتأثير العلم و عدمه فى دخول ملك العبد من دون عقد فى ملك البائع و المشتري. و انطباقها على الأوّل واضح؛ لأنّ كون المال للبائع على تقدير الجهل مقتضى الأصل، فإنّه ملكه فيتبعه، و للمشتري على تقدير العلم مقتضى العاده الجاريه مجرى الشرط فيتبع، كما حملنا عليه الروايه.

ثم مع الدخول بأحد الأمرين ينبغى أن يراعى فيه شروط البيع من كونه معلوماً لهما أو ما فى حكمه، و سلامته من الربا بأن يكون الثمن مخالفاً لجنسه الربوى أو زائداً عليه، و قبض مقابل الربوى فى المجلس إن كان صرفاً، و غيرها.

و على هذا التفصيل يحمل إطلاق الصحيح: قلت له: الرجل يشتري المملوك و ماله، قال: «لا بأس به» قلت: فيكون مال المملوك أكثر ممّا اشتراه، قال: «لا بأس به» (٢).

و هو كالنصوص السابقه ظاهر الانطباق على المختار دون غيره، فالعجب من نحو الماتن كيف حكم بهذا الحكم هنا على الإطلاق مع

ص: ٦٧

١- المختلف: ٣٨٠.

٢- الكافي ٥/٢١٣، الفقيه ٣/١٣٩، التهذيب ٧/٧١، الوسائل ١٨:٢٥٤ أبواب بيع الحيوان ب ٨ ح ١.

حكمه بالملك الغير المجامع له سابقاً؟! اللهم إلاً أن يريد بمال العبد هنا مال مولاه، وإنما أضيف إليه لتسليطه المولى و إباحته له فيحصل أدنى الملايسه الكافى فى صدق الإضافه، و بهذا الوجه تخرج النصوص عن مورد المسأله السابقه من ثبوت الملكيه أو عدمها بالبديهه.

### الثالثه: يجب على البائع استبراء الأمه

الثالثه: يجب على البائع و من فى حكمه إن قلنا بإلحاقه به استبراء الأمه الموطوءه له حال بلوغها فى قبل أو دبر، عزل أم لا، فى ظاهر إطلاق النصوص و الفتاوى قبل بيعها بل مطلق الانتقال على الأشهر الأقوى، بل ربما يستفاد من الخلاف و الغنيه الإجماع عليه (١).

بترك وطئها مطلقاً و لو دبراً، دون سائر الاستمتاع، فى زمان يأتى عليها بحيضه واحده إن لم تُبَع فى أثنائها، و إلاً فىكفى تمامها على الأشهر الأقوى إن كانت ممّن تحيض و حدّها البالغه تسع سنين، بلا خلاف يوجد إلاً نادراً.

و بخمسه و أربعين يوماً من حين الوطء إن لم تحض بعد، أو انقطع عنها حيضها و كانت فى سنّ من تحيض.

و كذا يجب الاستبراء بما ذكر كقيته و قدراً على المشتري إذا لم يستبرئها البائع مطلقاً، علم بوطئه لها أو جهل، و لا يجب إذا علم العدم اتفاقاً، نصّاً و فتوى.

و لا- خلاف فى شىء من ذلك إلاً من الحلّى (٢) فى إلحاق مُطلق الانتقال بالبيع، التفاتاً إلى الأصل، و اختصاص الموجب به خاصه، فالإلحاق

ص: ٦٨

١- الخلاف ٣:١٣١، الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٦١٢.

٢- السرائر ٢:٣٤٦.

لا بدّ له من حجّه، وليست سوى دعوى الاشتراك فى الحكمة الموجهة فى الملحق به، وليست بمنصوصه.

و المناقشه فيه واضحه بعد ملاحظه خصوص الروايه الآتية فى المسببه (١) المندفع أخصّيتها من المدعى بعدم القول بالفرق بين الطائفه.

مضافاً إلى ظواهر كثير من المعتبره الظاهره فى الحكمة، كالصحيح:

فى رجل ابتاع جاريه لم تطمّث، قال: «إن كانت صغيره لا يتخوّف عليها الحمل فليس عليها عدّه فليطأها إن شاء، وإن كانت قد بلغت و لم تطمّث فإنّ عليها العدّه» (٢).

و قريب منه الخبر الذى ضعف سنده بالشهره العظيمه منجر: عن الجاربه التى لا يخاف عليها الجبل، قال: «ليس عليها عدّه» (٣).

لظهوره فى فهم الراوى دوران وجوب العدّه مدار خوف الجبل و أنّ إشكاله فى الحكم مع عدم الخوف، و قد قرّره عليه السلام على ذلك، فتدبر.

و يشهد له سقوط الاستبراء فيمن لا يخاف عليها الجبل أصلاً، كالصغيره و نحوها، و فى المشتره من المرأه، فتأمل جدّاً، و لعله لذا رجع عنه فى باب السرارى و ملك الأيمان (٤).

و منه أيضاً فى الاكتفاء بتمام الحيضه إن بيعت فى الأثناء، فلم يكتف

ص: ٦٩

١- انظر ص: ٧٢.

٢- الكافى ٥: ٤٧٣، التهذيب ٨: ١٧١/٥٩٥، الإستبصار ٣: ٣٥٧/١٢٧٨، الوسائل ٨٣: ٢١ أبواب نكاح العبيد و الإمام ب ٣ ح ١.

٣- التهذيب ٨: ١٧١/٥٩٦، الإستبصار ٣: ٣٥٧/١٢٧٩، الوسائل ٨٣: ٢١ أبواب نكاح العبيد و الإمام ب ٣ ح ٢.

٤- السرائر ٢: ٦٣٤.

به (١).

و يردّه الإجماع المحكى فى الخلاف (٢)، و المعتبره، كالصحيحين، فى أحدهما: عن رجل اشترى جاربه و هى حائض، قال: «إذا طهرت فليمسها إن شاء» (٣).

و الموثق: عن رجل اشترى جاربه و هى طامث أ يستبرئ رحمها بحيضه أخرى أم تكفيه هذه الحيضه؟ قال: «لا، بل تكفيه هذه الحيضه، فإن استبرأها بأخرى فلا بأس، هى بمنزله فضل» (٤).

و من المبسوط (٥)، فألحق بالوطء سائر وجوه الاستمتاع؛ للموثق:

عن الرجل يشترى الجاربه و هى حبلى، أ يطؤها؟ قال: «لا» قلت: فدون الفرج؟ قال: «لا يقربها» (٦).

و يردّه مضافاً إلى الأصل، و انتفاء وجه الحكمه الإجماع الذى حكاه فى الخلاف (٧)، و خصوص المعتبره، كالصحيح: قلت: يحلّ

ص: ٧٠

١- السرائر ٢: ٦٣٥.

٢- الخلاف ٣: ١٣١.

٣- التهذيب ٨: ١٧١، ٥٩٥، الإستبصار ٣: ٣٥٧/١٢٧٨، الوسائل ٨٣: ٢١ أبواب نكاح العبيد و الإمام ب ٣ ح ١. و الثانى: الكافى ٥: ٤٧٣، الوسائل ٨٣: ٢١ أبواب نكاح العبيد و الإمام ب ٣ ذيل الحديث ١.

٤- التهذيب ٨: ١٧٤، ٦٠٦، الإستبصار ٣: ٣٥٩/١٢٨٦، الوسائل ٩٦: ٢١ أبواب نكاح العبيد و الإمام ب ١٠ ح ٢.

٥- المبسوط ٢: ١٤٠.

٦- التهذيب ٨: ١٧٧، ٦٢٠، الإستبصار ٣: ٣٦٢/١٣٠٢، الوسائل ٨٨: ٢١ أبواب نكاح العبيد و الإمام ب ٥ ح ٥.

٧- الخلاف ٣: ١٣٢.

للمشترى ملامستها؟ قال: «نعم، ولا يقرب فرجها» (١).

والموتوق: أ يحل له أن يأتيها فيما دون فرجها؟ قال: «نعم» (٢).

و نحوه خبران آخران، في أحدهما: «ولكن يجوز ذلك فيما دون الفرج» (٣). وفي الثاني: «لا بأس بالتفخيذ لها حتى تستبرئها، وإن صبرت فهو خير لك» (٤).

فلتحمل الموتوقه على الاستحباب، كما يستفاد من هذه الرواية.

و من المفيد في مبلغ العده الثانيه، فجعله أشهراً ثلاثه (٥).

و لا مستند له سوى القياس على الحره المطلقه.

و المناقشه فيه واضحه، سيما بعد اتحاد عدّه الأمه المطلقه لمقدار عدتها في المسأله بالإجماع و أكثر النصوص المعتمده.

و مع ذلك النصوص برده هنا مستفيضه زياده على الإجماع في الخلاف (٦)، منها: عن الجاربه التي لم تبلغ المحيض و يخاف عليها الحبل، قال: «يستبرئ رحمها الذي يبيعها بخمس و أربعين ليله و الذي يشتريها بخمس و أربعين ليله» (٧).

ص: ٧١

١- التهذيب ٨/ ١٧٣: ٦٠٥، الإستبصار ٣/ ٣٦٠: ١٢٩١، الوسائل ٩٠: ٢١ أبواب نكاح العبيد و الإماء ب ٦ ح ٥.

٢- التهذيب ٨/ ١٧٧: ٦٢١، الإستبصار ٣/ ٣٦٣: ١٣٠٣، الوسائل ١٠٥: ٢١ أبواب نكاح العبيد و الإماء ب ١٨ ح ٥.

٣- الفقيه ٣/ ٢٨٢: ١٣٤٦، التهذيب ٨/ ٢١٢: ٧٥٩، علل الشرائع: ٥٠٣، الوسائل ٢٦١: ١٨ أبواب بيع الحيوان ب ١١ ح ٥.

٤- التهذيب ٨/ ١٧٨: ٦٢٣، الإستبصار ٣/ ٣٦٣: ١٣٠٤، الوسائل ٨٧: ٢١ أبواب نكاح العبيد و الإماء ب ٥ ح ١.

٥- المقنع: ٦٠٠.

٦- الخلاف ٨٠: ٥.

٧- الكافي ٥/ ٤٧٣: ٥، الوسائل ٢٥٨: ١٨ أبواب بيع الحيوان ب ١٠ ح ٣.



و منها: في الرجل يشترى الجارية و لم تحض أو قعدت عن المحيض، كم عدتها؟ قال: «خمسة و أربعون يوماً» (١) و نحوه آخر (٢).

و في الصحيح و الموثق: في كم يستبين له حبل؟ قال: «في خمس و أربعين ليلة» (٣).

هذا، و كلامه في المقنعه في باب لحوق الأولاد (٤) يوافق ما في العبارة.

و من الصحيحين (٥) في مقدار العدة الأولى، فجعله حيضتين، مؤذنين بكون الواحد مذهب العامة.

و هما شاذان مردودان بفحوى المعتبره المتقدمه المكتفيه بتمام الحيضه، و صريح أخبار معتبره أخر، منها: «استبرئوا سبباً لكم بحيضه» (٦).

و قصور السند بالفتاوى منجبر، و حملهما على الاستحباب كما فعله الشيخ (٧) غير بعيد، كما دلّ عليه صريح الموثق المتقدم، و لعلّ العامة في

ص: ٧٢

١- التهذيب ٨/١٧٢: ٦٠٠، الإستبصار ٣/١٢٨٣ ٣٥٨، الوسائل ٢١: ٨٤ أبواب نكاح العيب و الإماء ب ٣ ح ٦.

٢- التهذيب ٨/١٧٢: ٥٩٩، الإستبصار ٣/١٢٨٢ ٣٥٨، الوسائل ٢١: ٨٤ أبواب نكاح العيب و الإماء ب ٣ ح ٥.

٣- الكافي ٥/٤٧٢: ١، الوسائل ١٨: ٢٥٧ أبواب بيع الحيوان ب ١٠ ح ١.

٤- المقنعه: ٥٣٨.

٥- الأول التهذيب ٨/١٧٣: ٦٠٥، الإستبصار ٣/١٢٩١ ٣٦٠، الوسائل ٢١: ٩٠ أبواب نكاح العيب و الإماء ب ٦ ح ٥. الثاني: التهذيب

٨/١٧١: ٥٩٤، الإستبصار ٣/١٢٨٧ ٣٥٩، الوسائل ٢١: ٩٥ أبواب نكاح العيب و الإماء ب ١٠ ح ١.

٦- التهذيب ٨/١٧٦: ٦١٥، الوسائل ٢١: ١٠٤ أبواب نكاح العيب و الإماء ب ١٧ ح ١.

٧- التهذيب ٨: ١٧٥.

المدينه أنكرت استحباب الحيضتين.

و من بعض المحققين فى تعميم الوطء للدبر، فخصّه بالقبل (١)، و هو الظاهر من الحلى (٢) حيث أوجب الاستبراء بتركه خاصّه للمشترى؛ و لعله للأصل، و اختصاص الموجب من النص بحكم التبادر بمحلّ الفرض، فلا يجوز التعدى إلى الغير.

و لا يخلو عن قرب إن لم يحصل بوطء الدبر خوف سبق الماء فى القبل الموجب لخشية الحبل، بل حصل القطع بعدمه بالعزل و نحوه.

و منه يظهر الوجه فى الإشكال فى تعميم الوطء له مع العزل الموجب للقطع بعدم الحبل من هذا الوطء، و لا فرق فيه بين القبل و الدبر إلا أنّ التعميم مطلقاً كما ذكرنا وفاقاً لظاهر أكثر الأصحاب هنا طريق الاحتياط.

و يسقط الاستبراء عن الصغيره الغير البالغه و اليائسه عن الحيض، بالبلوغ إلى سنّ اليأس و المستبرأه بلا خلاف فى الثلاثه، و هو الحجّه.

مضافاً إلى الأصل، و اختصاص النصوص بحكم التبادر فى بعض، و به و بوجه الحكمه فى الباقي بغير الثلاثه، فالتعديده لمخالفتها الأصل لا بدّ لها من حجّه و دلالة هى فى المقام مفقوده.

مع تضافر المعبره بعدمها بالضروره، منها مضافاً إلى ما مرّ إليه الإشاره الموثق كالصحيح، بل ربما عدّ من الصحيح: عن الرجل يشتري الجاريه التى لم تبلغ المحيض و إذا قعدت عن المحيض، ما عدّتها؟ و ما يحلّ للرجل من الأمه قبل أن تحيض؟ قال: «إذا قعدت عن المحيض أو

ص: ٧٣

١- الدروس ٣: ٢٢٩، مجمع الفائده ٨: ٢٦٧.

٢- السرائر ٢: ٣٤٦.

لم تحض فلا عدّه لها» (١) الحديث.

و من النصوص الثالثه الأخبار الدالّه على السقوط عن أمه المرأه و أنّه يقبل قول البائع العدل إذا أخبر بالاستبراء أو عدم الوطء أصلاً، و هي مستفيضه.

فمِمّا يتعلّق بالأوّل المعترضه، منها الصحيح: «عن الأمه تكون لامرأه فتبيعها، قال: «لا بأس أن يطأها من غير أن يستبرئها» (٢) و نحوه الموثق كالصحيح (٣)، بل قيل: صحيح (٤).

و في مضاهيه في الوصفين على القولين: اشترت جاريه بالبصره من امرأه فخبّرتنى أنّه لم يطأها أحد، فوَقعت عليها و لم أستبرئها، فسألت ذلك أبا جعفر عليه السلام، فقال: «هو ذا أنا قد فعلت ذلك و ما أريد أن أعود» (٥).

و ربما يستشعر منه اشتراط الحكم هنا بعدم معلوميّه و طء في ملك المرأه بتحليل و نحوه، بل مطلقاً، و مقتضاه وجوب الاستبراء عند عدم الشرط، و لعلّه كذلك، و يعضده انسحاب وجه الحكمه هنا أيضاً، إلّا أنّ مقتضاه الاكتفاء باحتمال الوطء لا اشتراط العلم به.

و لا ريب أنّه أحوط إذا لم تخبر بعدم الوطء، بل مطلقاً، كما عن

ص: ٧٤

- ١- التهذيب ١٧٢/٥٩٨، الإستبصار ٣٥٧/١٢٨١، الوسائل ٨٤:٢١ أبواب نكاح العيد و الإمام ب ٣ ح ٤؛ بتفاوت يسير.
- ٢- التهذيب ٨/١٧٤، الإستبصار ٣/٣٦٠، الوسائل ٩١:٢١ أبواب نكاح العبيد و الإمام ب ٧ ح ١.
- ٣- التهذيب ٨/١٧٤، الإستبصار ٣/٣٦٠، الوسائل ٩١:٢١ أبواب نكاح العبيد و الإمام ب ٧ ذيل حديث ١.
- ٤- مجمع الفائدة ٢٧٠:٨.
- ٥- التهذيب ٨/١٧٤، الإستبصار ٣/٣٦١، الوسائل ٩١:٢١ أبواب نكاح العبيد و الإمام ب ٧ ح ٢.

الحلّى و فخر المحققين (١)، و إن كان فى تعينه نظر، لإطلاق الصحيحين الأولين المعتضدين بالأصلين (٢)، و بإطلاق الفتاوى فى البين، فيقيّد بهما الحكمه إن عمّت، مع أنّ عمومها محلّ نظر، لاحتمال الخوف الذى هو الأصل فيها الغالب كما فى الشراء من الرجل لا مطلقه.

و ينبغى القطع باشتراط عدم المعلومه؛ التفاتاً إلى الحكمه و عليه ينزل الإطلاقات. و يفرق حينئذٍ بين الشراء منها و من الرجل بوجوب الاستبراء فى الثانى مطلقاً إلّا مع العلم أو ما فى حكمه بعدم الوطاء أصلاً، و عدمه فى الأوّل كذلك إلّا مع العلم بالدخول المحترم أو المطلق على الأقوى.

و ممّا يتعلّق بالثانى المستفيضه، و هى ما بين مطلقه فى المخبر، كالخبر: «إذا اشترت جاريه فضمن لك مولاهما أنها على طهر فلا بأس أن تقع عليها» (٣).

و مقيدّه له بالوثاقه و الأمانه، منها: فى رجل يشتري الأمه من رجل فيقول: إنى لم أطأها، فقال: «إن وثق به فلا بأس بأن يأتيها» (٤).

و منها: الرجل يشتري الجارية و هى طاهر و يزعم صاحبها أنّه لم يمسه منذ حاضت، فقال: «إن ائتمنته فمسه» (٥).

ص: ٧٥

١- الحلّى فى السرائر ٢: ٣٤٦، فخر المحققين فى إيضاح الفوائد ٣: ٣٦٠.

٢- أى: أصاله عدم الدخول و أصاله عدم وجوب الاستبراء. (منه رحمه الله).

٣- التهذيب ٨: ١٧٣/ ٦٠٢، الإستبصار ٣: ٣٥٩/ ١٢٨٨، الوسائل ٩٠: ٢١ أبواب نكاح العبيد و الإمام ب ٦ ح ٣.

٤- الكافى ٥: ٤٧٢/ ٤، التهذيب ٨: ١٧٣/ ٦٠٣، الإستبصار ٣: ٣٥٩/ ١٢٨٩، الوسائل ٨٩: ٢١ أبواب نكاح العبيد و الإمام ب ٦ ح ١.

٥- التهذيب ٨: ١٧٣/ ٦٠٤، الإستبصار ٣: ٣٦٠/ ١٢٩٠، الوسائل ٩٠: ٢١ أبواب نكاح العبيد و الإمام ب ٦ ح ٤.

وقصور الأولى بالجهالة و الثانية بالاشتراك بل احتمال الضعيف بالقرينه (١) منجبر بالشهره، مع أنّهما معدودان في الحسن و الصحيح في كلام جماعه (٢).

مضافاً إلى كون الأولى في الكافي صحيحه، أو حسنه كالصحيحه، و وجود من أجمعت على تصحيح ما يصح عنه العصابه في سند الثانيه، مع اعتضادهما بالأصل، و اختصاص النصوص المثبتة للحكم بحكم التبادر بغير مفروض المسأله.

و دعوى عموم الحكمه لنحوها غير ظاهره يظهر وجهه ممّا تقدّم إليه الإشاره.

فإذاً الأظهر ما عليه الأكثر، بل ربما يظهر من الغنيه الإجماع عليه (٣).

خلافاً للفاضلين المتقدم ذكرهما (٤)، فأوجب الاستبراء هنا أيضاً؛ لروايات هي ما بين قاصره السند، أو ضعيفه الدلاله، أو مخالفه في الظاهر للمجمع عليه بين الطائفه، فأولاهما: أشتري الجاريه من الرجل المأمون، فيخبرني أنه لم يمسيها منذ طمشت عنده و طهرت، قال: «ليس بجائر أن تأتيها حتى تستبرئها بحيضه» (٥) الحديث.

ص: ٧٦

١- يعني احتمال أن يكون المراد بأبي بصير هو يحيى بن القاسم الضعيف بقرينه روايه شعيب العرقوفى عنه.

٢- كالشهيدي الثاني في المسالك ١: ٢٠٩، و المحقق الأردبيلي في مجمع الفائده ٨: ٢٦٢، و المجلسي في ملاذ الأخيار ١٣: ٣٢٥.

٣- الغنيه (الجوامع الفقهيّه): ٦١٢.

٤- راجع ص: ٧٥.

٥- الفقيه ٣: ٢٨٢/ ١٣٤٦، التهذيب ٨: ٢١٢/ ٧٥٩، علل الشرائع: ٥٠٣/ ١، الوسائل ١٨: ٢٦١ أبواب بيع الحيوان ب ١١ ح ٥.

و ثانیتها الصحیح: عن جاریه تشتري من رجل مسلم یزعم أنه قد استبرأها، أ یجزئ ذلك أم لا بد من استبرائها؟ قال: «أستبرئها بحیضتین» (١).

و ثالثتها الصحیح: فی رجل اشتری جاریه و لم یکن صاحبها یطؤها، أ یستبرئ رحمها؟ قال: «نعم» (٢).

فلتطرح، أو تؤوّل بما يؤوّل إلى الأوّل بالحمل على عدم أمانه المخبر، و الأوّل الظاهر فیها بحسب السند قاصر، أو على الاستحباب، كما یشعر به الصحیح الأوّل، من حیث تضمّنه الأمر بالاستبراء حیضتین الذی هو للاستحباب بلا خلاف فی الظاهر.

و یفصح عنه الخبر بل الحسن كما قیل - (٣): أ فرأیت إن ابتاعها و هی طاهره و زعم صاحبها أنه لم یطأها منذ طهرت، فقال علیه السلام: «إن كان عندك أميناً فمسّها» و قال علیه السلام: «إنّ ذا الأمر شدید، فإن كنت لا بدّ فاعلاً فتحفظ لا تنزل علیها» (٤).

فما علیه الأكثر أقوى، و إن كان الاحتیاط الأكید فیما ذكره جدّاً، كاعتبار العداله بعده، وفاقاً لظاهر العبارة و جماعه (٥)، و إن كان الاكتفاء بمن تسكن النفس إلیه لا یخلو عن قوّه؛ لظاهر المعبره المتقدمه، لخلوّها عن اعتبارها بالمعنى المصطلح بین المتشرّعه، و إنّما غایتها اشتراط الأمانه

ص: ٧٧

١- التهذیب ٨/١٧٣: ٦٠٥، الإستبصار ٣/٣٦٠: ١٢٩١، الوسائل ٩٠: ٢١ أبواب نکاح العیید و الإمام ب ٦ ح ٥.

٢- الکافی ٥/٤٧٢: ٢، الوسائل ٢٥٧: ١٨ أبواب بیع الحیوان ب ١٠ ح ١.

٣- قال به المحدث المجلسی فی ملاذ الأخیار ١٣: ٣٣٤.

٤- الکافی ٥/٤٧٣: ٧، التهذیب ٨/١٧٢: ٦٠١، الإستبصار ٣/٣٥٨: ١٢٨٥، الوسائل ٨٩: ٢١ أبواب نکاح العیید و الإمام ب ٦ ح ٢.

٥- منهم الشیخ فی النهایه: ٤١٠، الشهیة الثانی فی المسالك ٢٠٩: ١، و الروضه ٣: ٣١٥.

و الوثاقه، و هما أعم منها لغهً و عادةً.

و لا يجوز أن توطأ الأمه الحامل قُبلاً حتى يمضى لحملها أربعة أشهر كما عن المفيد و الحلبي (١)، و فى الغنيه مدّعياً فى الظاهر عليه إجماع الطائفه (٢)؛ و هو الحججه لا- الروايه الآتية، لزياده فيها ليست فى كلام هؤلاء الجماعه، بل حكيت عن النهايه (٣) خاصه، و تبعه من المتأخرين جماعه، كالماتن فى الشرائع و الفاضل فى الإرشاد و القواعد و شيخنا فى الروضه و المسالك (٤).

و لا ريب فى الحرمة قبل انقضاء هذه المدّه؛ للمعتبره المستفيضه التى كادت تكون متواتره (٥)، و هى مع ذلك معتضده بالشهره العظيمه، كما فى الدروس (٦)، و إجماع الغنيه، و أصاله بقاء الحرمة السليمه عمّا يصلح للمعارضه عدا قوله سبحانه أو ما مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ [١] (٧). و هو معارض بالآيه الأخرى وَ أَوْلَاتُ الْأَحْمَالِ أَجْلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ [٢] (٨) و بعد التساقط بموجب التعارض تبقى الأصاله المزبوره عن معارضه الآيه الأولى سليمه.

و إلى التعارض مع ترجيح الثانيه على ما ذكره بعض الأجله (٩) يشير

ص: ٧٨

١- المفيد فى المقنعه: ٥٤٤، الحلبي فى الكافي: ٣٠٠.

٢- الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٦١٢.

٣- النهايه: ٤٩٦.

٤- الشرائع ٢: ٥٩، الإرشاد ١: ٣٦٦، القواعد ١: ١٣٠، الروضه ٣: ٣١٦، المسالك ١: ٢٠٩.

٥- انظر الوسائل ٢١: ٩١ أبواب نكاح العبيد و الإماء ب ٨.

٦- الدروس ٣: ٢٢٨.

٧- النساء: ٣.

٨- الطلاق: ٤.

٩- الحدائق ١٩: ٤٤٨.

بعض المعتره، كالصحيح: في الأمه الحبلى يشترىها الرجل، قال: «سئل أبى عن ذلك فقال: أحلتها آيه و حرمتها آيه فأنا ناه عنها نفسى و ولدى» (١) و النهى حقيقه فى الحرمه.

و تخصيصه إياه بنفسه و ولده غير مشعر بالكراهه، فلعله للتقيه (٢)، كما صرح به جماعه (٣).

فإذا الروايه من أدله الحرمه كالمستفيضه، منها الصحيح: الرجل يشترى الجاريه و هى حامل، ما يحلّ منها؟ قال: «ما دون الفرج» (٤).

و الموثقات الثلاث، فيما عدا الثالث منها: عن الجاريه يشترىها الرجل و هى حبلى، أ يطؤها؟ قال: «لا» (٥). و نحوهما المرويان عن قرب الإسناد (٦).

ص: ٧٩

١- الكافى ٥/٤٧٤، التهذيب ٨/١٧٦: ٦١٦، الإستبصار ٣/٣٦٢: ١٢٩٨، الوسائل ٩٢: ٢١ أبواب نكاح العبيد و الإمام ب ٨ ح ٢.  
٢- سيمًا بعد ملاحظه الصحيح: قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عمًا يروى الناس عن على عليه السلام فى أشياء من الفروج لم يكن يأمر بها و لا ينهى عنها إلّا أنه ينهى عنها نفسه و ولده، فقلت: و كيف يكون ذلك؟ قال: «قد أحلتها آيه و حرمتها آيه أخرى» قلت: فهل يصير إلّا أن تكون إحداهما قد نسخت الأخرى، أو هما محكمتان جميعاً، أو ينبغى أن يعمل بهما؟ فقال: «قد بين لكم إذ نهى نفسه و ولده» قلت: ما منعه أن يبين ذلك للناس؟ فقال: «خشى أن لا يطاع، و لو أنّ علياً عليه السلام ثبتت له قدماه أقام كتاب الله و الحق كلّه». الكافى ٥/٥٥٦: ٨. (منه رحمه الله).

٣- منهم الأردبيلى فى مجمع الفوائد ٨: ٢٧٦، و البحرانى فى الحقائق ١٩: ٤٤٧.

٤- الكافى ٥/٤٧٥، التهذيب ٨/١٧٦: ٦١٨، الإستبصار ٣/٣٦٢: ١٣٠٠، الوسائل ٨٧: ٢١ أبواب نكاح العبيد و الإمام ب ٥ ح ٣.

٥- الأولى: التهذيب ٨/١٧٧: ٦٢٠، الإستبصار ٣/٣٦٢: ١٣٠٢، الوسائل ٨٨: ٢١ أبواب نكاح العبيد و الإمام ب ٥ ح ٥. الثانيه: التهذيب

٨/١٧٦: ٦١٩، الإستبصار ٣/٣٦٢: ١٣٠١، الوسائل ٩٣: ٢١ أبواب نكاح العبيد و الإمام ب ٨ ح ٦.

٦- قرب الإسناد: ٣١٠/١٢٠٩، الوسائل ٩٤: ٢١ أبواب نكاح العبيد و الإمام ب ٨ ح ٨.



وفيه: عن الجارية الحبلى يشترىها الرجل فيصيب منها دون الفرج؟ فقال: «لا بأس» قلت: فيصيب منها في ذلك؟ قال: «تريد تغزّه»  
(١).

و الخبران (٢)، في أحدهما: «عشر لا يحلّ نكاحهنّ ولا غشيانهنّ» و عدّ منها «أمتك و هي حبلى من غيرك». و فى الموثق: عن رجل اشترى جارية حاملاً و قد استبان حملها فوطئها، قال: «بئس ما صنع» (٣).

إلى غير ذلك من النصوص الآتية التى بملاحظتها و سابقتها ربما يحصل القطع بأنّها متواترة، و هى ما بين ظاهره و صريحه فى الحرمه.

فالقول بالكراهه كما عن الخلاف و الحلّى (٤) ضعيف، و إن ادعى الأوّل عليه الإجماع؛ لوهنه بمصير الأ-كثر إلى خلافه، مع معارضته بالإجماع المتقدم، فلا يقاوم ما مرّ من الأدلّه.

و نحوه باقى أدلّه الجواز؛ لضعف الآيه المتقدمه بما مرّ إليه الإشاره، و الروايه: «ما أحبّ للرجل المسلم أن يأتى الجارية حبلى قد حبلت من غيره حتى يأتيه فيخبره» (٥) بقصور السند بالجهاله، و المتن عن وضوح الدلاله؛ لأعميته: «ما أحبّ» من الكراهه.

ص: ٨٠

١- الكافى ٥/٤٧٥، الوسائل ٨٨:٢١ أبواب نكاح العبيد و الإماء و بدلها فى «ح» و «ت» و «ر»: يزيد نفره.

٢- الفقيه ٣/٢٨٦، ١٣٦٠، التهذيب ٨/١٩٨، ٦٩٦، ٦٩٥، الوسائل ١٠٦:٢١ أبواب نكاح العبيد و الإماء ب ١٩ ح ٢، ١؛ بتفاوت يسير.

٣- الكافى ٥/٤٨٧، الفقيه ٣/٢٨٤، ١٣٥١، التهذيب ٨/١٧٨، ٦٢٤، الوسائل ٩٤:٢١ أبواب نكاح العبيد و الإماء ب ٩ ح ١.

٤- الخلاف ٨٥:٥، الحلّى فى السرائر ٢:٦٣٥.

٥- التهذيب ٨/١٧٨، ٦٢٣، الإستبصار ٣/٣٦٣، ١٣٠٤، الوسائل ٨٧:٢١ أبواب نكاح العبيد و الإماء ب ٥ ح ١.

فإذا الأقوى ما عليه الجماعه من الحرمة قبل المدّه.

و فيما بعدها أقوال مختلفه باختلاف الأنظار فى الجمع بين أخبار المسأله، أشهرها كما فى الدروس (١)، و لعلّه الظاهر من كلام الجماعه الجواز مع الكراهه؛ استناداً فى الثانى إلى الشبهه الناشئه من إطلاق النهى فى النصوص المتقدّمه و كلام جماعه (٢).

و فى الأوّل إلى الأصل، و العمومات، و الصحيح: قلت: و إن كانت حبلى فمالى منها إن أردت؟ قال: «لك ما دون الفرج إلى أن تبلغ فى حبلها أربعة أشهر و عشره أيام فلا بأس بنكاحها فى الفرج» (٣) الحديث. و به يقيد الإطلاق المتقدّم.

و فيه إشكال، أوّلاً: بقصوره عن المقاومه لما تقدّم عدداً، مع بُعد التقييد فيها جدّاً، فإنّ أظهر أفراد الحبلى المنهى عن وطئها فيه هو من استبان حملها، و ليس إلّا بعد انقضاء المدّه المزبوره غالباً، و بذلك صرح بعض أصحابنا (٤).

و ثانياً: بمعارضته بكثير من المعتبره المصرّحه بالمنع إلى حين الوضع، كالصحيح: «فى الوليده يشتريها الرجل و هى حبلى، قال:

« لا يقربها حتى تضع ولدها» (٥).

ص: ٨١

١- الدروس ٣:٢٢٩.

٢- منهم: الشيخ فى التهذيب ٨:١٧٨، و الاستبصار ٣:٣٦٣، و السبزوارى فى الكفايه: ١٠١.

٣- التهذيب ٨:١٧٧/٦٢٢، الإستبصار ٣:٣٦٤/١٣٠٥، الوسائل ٩٢:٢١ أبواب نكاح العبيد و الإمام ب ٨ ح ٣.

٤- مجمع الفائده ٨:٢٧٦.

٥- الكافي ٥:٤٧٥/٣، التهذيب ٨:١٧٦/٦١٧، الإستبصار ٣:٣٦٢/١٢٩٩، الوسائل ٩١:٢١ أبواب نكاح العبيد و الإمام ب ٨ ح ١.

و نحوه النبوی المروى عن العيون: «نهى عن وطء الحبالى حتى يضعن» (١).

و حملهما على الكراهه فرع المكافأه و رجحان الأولى، و ليس، لاعتضاد هذين بالأصل و إطلاق النصوص المتقدمين، و تأيدهما بظاهر الصحيح الأول من حيث دلالاته على انحصار الأمر بين الإباحه المطلقه، كما دلت عليه الآيه الأولى، أو الحرمة كذلك، كما صرّحت به الثانيه، و حيث ظهر لنا الحرمة فى الجملة بالأدله السابقه تعين ترجيح الآيه الثانيه، و هى فى الحرمة إلى الوضع صريحه، و لا آيه هنا تدلّ على التفصيل بين المدتين بالبديهه.

و ثالثاً: بتطرّق الوهن إليه بخلوّه فى الكافى من التحديد إلى الغايه (٢)، بل الروايه فيه مطلقه و بالغايه غير مقيده، و ليست الشهره بمجرّدها هنا توجب الرجحان و التقويه، بحيث يتقوى و يترجّح على تلك الأدله، مع أنّ عبائر المقيدين للحرمة بهذه المدّه مختلفه، فبين من عبّر بنفس ما فى الروايه (٣)، و من عبّر بالأربعه أشهر و أسقط الزياده (٤).

فإذاً القول بالحرمة قوى غايه القوّه، وفاقاً للمفيد فى المقنعه فى باب لحوق الأولاد، و الفاضل فى المختلف و المحقق الثانى و الشهيد فى اللمعه (٥)، مع أنّه طريق الاحتياط فى المسأله.

ص: ٨٢

١- عيون الأخبار ٢٧١/٦٣، الوسائل ٢١:٩٣ أبواب نكاح العبيد و الإمام ب ٨ ح ٧.

٢- انظر الكافى ٤٧٤/٥.

٣- منهم: الشيخ فى النهايه: ٤٩٦، و ابن حمزه فى الوسيله: ٣٠٨، و المحقق فى الشرائع ٢: ٥٩.

٤- منهم: المفيد فى المقنعه: ٥٤٤، و ابن زهره فى الغنيه (الجوامع الفقهيّه): ٦١٢ و أبو الصلاح فى الكافى فى الفقه: ٣٠٠.

٥- المقنعه: ٥٤٤، المختلف: ٥٧٢، المحقق الثانى فى جامع المقاصد ٤: ١٥٤، اللمعه (الروضه البهيّه ٣): ٣١٦.

و هنا أقوال آخر مداركها غير معلومه، و إن كان يجمع بها النصوص المختلفه؛ لخلوّها عن شاهد و قرينه.

ثم إنّ تخصيص العبارة الوطء بالقبل ظاهر الأكثر، و ادّعى عليه في الدروس الشهره (١)؛ و لعلّه للأصل، و اختصاص النصوص بحكم التبادر و الغلبه به دون الدبر.

و قيل بالحاقه به (٢)؛ للإطلاق. و فيه ما مرّ.

و لورود النهى عن القرب الشامل لقربه في بعض الأخبار.

و فيه مضافاً إلى قصور السند و ضعف الدلاله باحتمال إرادته الغالب مخالفه للإجماع و النصوص إن ابقى على عمومته، و إلّا فاللازم ترجيح ما يوافق الأصل من بين أفرادها، فتأمل. و لا ريب أنّه أحوط.

و اعلم أنّه لو وطئها أى الحامل المستتين حملها عزل استحباباً، كما عن التحرير و القواعد (٣)؛ و لعلّه لإشعار بعض النصوص الآتية به، مع عدم دليل على وجوبه من أمر أو غيره عدا ما ربما يتوهم من الأخبار الناهيه عن وطئها، و هو أعمّ من الأمر بالعزل جدّاً.

و لو لم يعزل كره له بيع ولدها بل حرم، وفاقاً لجماعه من قدمائنا، كالمفيد و الشيخ في النهايه و ابن حمزه و الحلبي و الديلمي و ابن زهره العلوي (٤) مدّعيّاً عليه الإجماع؛ و هو الحججه، مضافاً إلى ظواهر النصوص الآتية.

ص: ٨٣

١- الدروس ٢٢٨:٣.

٢- التنقيح الرائع ١٢٤:٢.

٣- التحرير ١٩١:١، القواعد ١٣٠:١.

٤- المفيد في المقنعه: ٥٤٤، النهايه: ٥٠٧، ابن حمزه في الوسيله: ٣٠٨، الحلبي في الكافي: ٣٠١، الديلمي في المراسم: ١٥٦، ابن زهره في الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٦١٢.

و استحب أن يعزل له من ميراثه قسطاً يعيش به، ففى الموثق المتقدم صدره إلى قوله: «بئس ما صنع» قلت: فما تقول فيه؟ قال: «أ عزَل عنها أم لا؟» فقلت: أجبني فى الوجهين، قال: «إن كان عزل عنها فليتق الله سبحانه و لا يعود، و إن كان لم يعزل عنها فلا يبيع ذلك الولد و لا يورثه، و لكن يعتقه و يجعل له شيئاً من ماله يعيش به، فإنه غداً بنطفته» (١).

و نحوه فى الأمر بالعتق خبران آخران (٢)، ظاهرهما كالأول و جوب العتق، من حيث الأمر به. بل فى أحدهما أن عليه ذلك، و هو كالصريح فى الوجوب.

إلا أن ظاهر متأخرى الأصحاب كآفه و جمع من القدماء (٣) الاستحباب؛ و لعله لقصور الأسانيد مع أصاله البراءة.

و فيهما مناقشه، فإن كان إجماع، و إلا فالوجوب لا يخلو عن قوه؛ لاعتبار سند الروايات، سيما الأولى، و اعتضاد بعضها ببعض، لكن مخالفه الأصحاب مشكله، و لا ريب أن الوجوب أحوط.

### الرابعه يكره التفرقه بين الأطفال و أمهاتهم حتى يستغنوا

الرابعه: يكره التفرقه بين الأطفال و أمهاتهم حتى يستغنوا عنهم، بلا- خلافاً، بل سيأتى عن جماعه التصريح بالحرمة؛ و هو الحجة، مضافاً إلى المعبره المستفيضه، العاميه و الخاصيه.

ص: ٨٤

١- راجع ص: ٨٠.

٢- الأول: الكافى ٥: ٤٨٨، التهذيب ٨: ١٧٩/ ٦٢٦، الوسائل ٩٤: ٢١ أبواب نكاح العبيد و الإمام ب ٩ ح ٢. الثانى: الكافى ٥: ٤٨٧/ ٤٨٧.

٢، التهذيب ٨: ١٧٨/ ٦٢٥، الوسائل ٩٥: ٢١ أبواب نكاح العبيد و الإمام ب ٩ ح ٣.

٣- منهم: المفيد فى المقنعه: ٥٤٤، و الشيخ فى النهايه: ٥٠٧، و ابن حمزه فى الوسيله: ٣٠٨.

ففى النبوى: « من فرّق بين والده و ولدها فرّق الله تعالى بينه و بين أحبّته » (١).

و فى الصحيح: أنّه اشترى لمولانا الصادق عليه السلام جاريه من الكوفه.

فذهبت تقوم فى بعض الحاجه، فقالت: يا أمّياه، فقال عليه السلام لها: « أ لك أمّ؟ » قالت: نعم، فأمر بها فردّت، و قال: « ما أمنت لو حبستها أن أرى فى ولدى ما أكره » (٢).

و فى الخبر: الجاريه الصغيره يشتريها الرجل، فقال: « إن كانت قد استغنت عن أبويها فلا بأس » (٣).

و اختلف الأصحاب فى حدّه أى الاستغناء، فقيل: سبع سنين مطلقاً (٤) و قيل: أن يستغنى عن الرضاع كذلك (٥)، و قيل بالتفصيل بين الأنتى فالأول، و الذكر فالثانى (٦)، و قيل فيه أقوال أخر مختلفه مبنيّه عند جماعه (٧) على الاختلاف فى مدّه الحضانه، و سيأتى إن شاء الله تعالى ترجيح الثالث ثمه.

إلّا أنّه لا إشعار فى شىء من نصوص المسأله بشىء من الأقوال

ص: ٨٥

- 
- ١- عوالى اللآلى ٢/٢٤٩: ٢٠، المستدرک ١٣: ٣٧٥ أبواب بيع الحيوان ب ١٠ ح ٤، و انظر مسند أحمد ٥: ٤١٣، و مستدرک الحاكم ٢: ٥٥.
  - ٢- الكافى ٥/٢١٩: ٣، التهذيب ٧/٣١٣، الوسائل ١٨: ٢٦٤ أبواب بيع الحيوان ب ١٣ ح ٣.
  - ٣- الكافى ٥/٢١٩: ٤، الوسائل ١٨: ٢٦٥ أبواب بيع الحيوان ب ١٣ ح ٥.
  - ٤- قال به المحقق فى الشرائع ٢: ٥٩، و العلامه فى القواعد ١: ١٣٠، و الشهيد فى اللمعه (الروضه ٣): ٣٢٨.
  - ٥- قال به العلامه فى القواعد ١: ١٣٠.
  - ٦- قال به المحقق الثانى فى جامع المقاصد ٤: ١٥٩، و الشهيد الثانى فى المسالك ١: ٢١٠.
  - ٧- كالمحقق الثانى فى جامع المقاصد ٤: ١٥٨، و الشهيد الثانى فى المسالك ١: ٢١٠.

المزبوره، بل هي بخلاف بعضها كالثاني ظاهره الدلاله.

و لا يترك الاحتياط في المسأله، سيما على القول بالحرمة، وقد أشار إليه بقوله: و منهم من حرّم التفرقه، كالإسكافي و المفيد و القاضي و الديلمي و أحد قولي الطوسي و الشهيدين و المحقق الثاني (١)، و عن التذكرة عليه الشهره (٢).

و لا يخلو عن قوّه؛ لظواهر كثير من المعتبره، بل صريح بعضها، ففي الصحيح: في الرجل يشتري الغلام و الجارية و له أخ أو أخت أو أب أو أمّ بمصر من الأمصار، قال: «لا يخرجّه إلى مصر آخر [إن كان صغيراً] أو لا تشتريه، و إن كان له أمّ فطابت نفسها و نفسه فاشتره إن شئت» (٣).

و فيه: «بيعهما جميعاً أو أمسكوهما جميعاً» (٤).

و في الموثق كالصحيح: عن أخوين مملوكين هل يفرّق بينهما و بين المرأة و ولدها؟ فقال: «لا، هو حرام إلّا أن يريدوا ذلك» (٥).

و هذه النصوص مع وضوح أسانيدها و قوّه دلالتها ظهوراً في الأولين

ص: ٨٤

١- حكاية عن الإسكافي في المختلف: ٣٨١، المفيد في المقنع: ٥٤٥، القاضي في المهذب ٣١٨: ١، الديلمي في المراسم: ١٧٧، الطوسي في النهاية: ٤١٠، الشهيدين في اللمعة و الروضة البهية ٣١٨: ٣، المحقق الثاني في جامع المقاصد ١٥٧: ٤.  
٢- التذكرة ٥٠١: ١.

٣- الكافي ٥: ٢١٩، الفقيه ٣: ١٤٠/١٤١، التهذيب ٧: ٦٧/٦٨، الوسائل ١٨: ٢٦٣، أبواب بيع الحيوان ب ١٣ ح ١.

٤- الكافي ٥: ٢١٨، الفقيه ٣: ١٣٧/١٣٨، التهذيب ٧: ٧٣/٧٤، الوسائل ١٨: ٢٦٤، أبواب بيع الحيوان ب ١٣ ح ٢.

٥- الكافي ٥: ٢١٨، الفقيه ٣: ١٣٧/١٣٨، التهذيب ٧: ٧٣/٧٤، الوسائل ١٨: ٢٦٥، أبواب بيع الحيوان ب ١٣ ح ٤.

من حيث النهى و الأمر، و صراحه فى الثالث من حيث التصريح بلفظ التحريم الناص على المنع معتضده بفتوى عضاء الطائفه، و الشهره المحكيه، بل المتحققه، مع سلامتها عما يصلح للمعارضه عدا الأصل و العمومات المثبتين للمالك السلطنه. و يخصان بما مر من الأدله.

و ليس فى النبوى و تاليه مع قصور سند الأول ما ينافيه أيضاً نصاً، بل و لا ظهوراً، بل ربما كان فيهما سيما الأول إشعار بالتحريم جداً.

فالقول بالكراهه كما هنا و فى الشرائع و القواعد و الإرشاد و المختلف و السرائر (١) ضعيف، كتخصيص الحكم كراهه أو تحريماً فى العبارة و غيرها بالأُم و ولدها، و تعميمه لصورتى المراضاه بالفرقه و عدمها.

بل الأصلح التعديه إلى غير الأم من الأرحام المشاركه لها فى الاستيناس و الشفقه كالأب و الأخ و الأخت و العمه و الخاله، وفاقاً للإسكافى و جماعه (٢)؛ لتصريح الصحيح الأول و الموثق بمن عدا الأخيرين، و ظهور الحكم فيهما بعدم القائل بالفرق، مع قوه احتمال قطعيه المناط فى المنع هنا.

و تخصيص (٣) المنع بصوره عدم المراضاه؛ لتصريح الخبرين بالجواز فيما عداها، مضافاً إلى الأصل، و اختصاص النصوص المانعه غيرهما بحكم التبادر و غيره بالصوره الأولى.

و منه يظهر الوجه فى عدم تعديه الحكم إلى البهيمة، بل يجوز التفرقه بينهما بعد الاستغناء عن اللبن مطلقاً، و قبله إن كان ممّا يقع عليه الزكاه، أو

ص: ٨٧

١- الشرائع ٢: ٥٩، القواعد ١: ١٣٠، الإرشاد ١: ٣٦٦، المختلف: ٣٨١، السرائر ٢: ٣٤٧.

٢- حكاة عن الإسكافى فى المختلف: ٣٨١؛ و انظر الجامع للشرائع: ٢٦٣، و الدروس ٣: ٢٢٦، و جامع المقاصد ٤: ١٥٨، و المسالك

١: ٢١٠، و مفاتيح الشرائع ٣: ٤٢.

٣- عطف على التعديه.



كان له ما يمونه من غير لبن أمه.

قيل: و موضع الخلاف بعد سقى الأم اللبأ، أما قبله فلا يجوز مطلقاً؛ لما فيه من التسيب إلى هلاك الولد، فإنه لا يعيش بدونه، على ما صرح به جماعه (١).

### الخامسه إذا وطئ المشتري الأمه ثم بان استحقاتها انتزعا المستحق

الخامسه: إذا وطئ المشتري الأمه المبتاعه جهلاً منه بالغصبه ثم بان استحقاتها لغير البائع بالبينه و نحوها انتزعا المالك المستحق لها، اتفاقاً، فتوى و نصاً مستفيضاً، منها الصحيح: في وليده باعها ابن سيدها و أبوه غائب، فاستولدها الذي اشتراها إلى أن قال -: «الحكم أن يأخذ وليدته و ابنها» (٢) و نحوه الموثق و غيره ممّا سيأتى (٣).

و له أى للمالك على المشتري عقرها أى نصف العشر من ثمنها إن كانت ثيباً، و العشر منه إن كانت حين الوطاء بكراً على الأشهر الأقوى، بل عليه الإجماع فى الخلاف (٤)؛ عملاً بالمعتبره الوارده فى التحليل، كالصحيح أ رأيت إن أحلّ له ما دون الفرج فغلبته الشهوه فافتضها، قال: «لا ينبغى له ذلك» قلت: فإن فعل، أ يكون زانياً؟ قال: «لا، و يكون خائناً و يغرم لصاحبها عشر قيمتها إن كانت بكراً، و إن لم تكن بكراً فنصف عشر قيمتها» (٥).

ص: ٨٨

١- منهم: العلامة فى التذكرة ٥٠١: ١، و المحقق الثانى فى جامع المقاصد ١٥٨: ٤، و الشهيد الثانى فى الروضه ٣١٨: ٣.

٢- التهذيب ٧/ ٧٤: ٣١٩، الإستبصار ٣/ ٨٥: ٢٨٨، الوسائل ٢٠٣: ٢١ أبواب نكاح العبيد و الإمام ب ٨٨ ح ١.

٣- فى ص: ٩٠.

٤- الخلاف ٣: ١٥٨.

٥- الكافى ٥/ ٤٦٨، الفقيه ٣/ ٢٨٩: ١٣٧٧، التهذيب ٧/ ٢٤٤: ١٠٦٤، الوسائل ١٣٢: ٢١ أبواب نكاح العبيد و الإمام ب ٣٥ ح ١.

و في تزويج الأمه المدلّسه نفسها بالحرّه، كالصحيح: في رجل تزوّج بامرأه فوجدها أمه دلّست نفسها، قال: «إن كان الذي زوّجها إياه من غير مواليتها فالنكاح فاسد» قلت: كيف يصنع بالمهر إلى أن قال:- «و إن زوّجها إياه وليّ لها ارتجع على وليّها بما أخذته منه، و لمواليها عشر قيمتها إن كانت بكرًا، و إن كانت غير بكر فنصف عشر قيمتها بما استحلّ من فرجها» قلت: فإن جاءت منه بولد؟ قال: «أولادها منه أحرار» (١) الحديث.

و مغايره المورد للمقام مدفوعه باتّحاد طريق المسألتين، و بإشعار الثاني بالعموم و انسحاب الحكم في البين لوجهين، أجودهما تعقيبه بما هو كالتعليل له من استحلال الفرج المتحقق هنا، و ثانيهما الفحوى، كما استدلّ به لذلك بعض أصحابنا (٢).

و قيل: كما عن الطوسى و الحلّى (٣) أنّه يلزمه مهر أمثالها لأنّه القاعده الكلّيه في عوض البضع، و أنّه بمنزله قيمه المثل في غيره.

و هو حسن لولا ما مرّ من الدليل المعتضد بعمل الأكثر.

و لا فرق في ثبوت العقر أو المهر بالوطء بين علم الأمه بعدم صحه البيع و جهلها، على أصحّ القولين، و هو الذى يقتضيه إطلاق العبارة و غيرها؛ لأنّ ذلك حقّ للمولى، و لا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى [١].

و في الدروس: لا يرجع عليه بالمهر إلّا مع الإكراه؛ استناداً إلى أنّه لا مهر لبغى (٤).

ص: ٨٩

- 
- ١- الكافي ٥/٤٠٤، التهذيب ٧/٤٢٢، الإستبصار ٣/٢١٦، الوسائل ١٨٥:٢١ أبواب نكاح العبيد و الإماء ب ٦٧ ح ١.
  - ٢- مجمع الفائده ٨:٢٨٩، الحقائق ١٩:٤٥٢.
  - ٣- الطوسى في المبسوط ٣:١٠٢، الحلّى في السرائر ٢:٣٤٧.
  - ٤- الدروس ٣:١١٥، و انظر ص ٢٣٠.

و يَضَعُف بما مَرَّ، و أَنَّ المهر المنفَى مهر الحرّه بظاهر الاستحقاق المستفاد من اللام فى لبغى، و نسيه المهر، و من ثم يطلق عليها المهيره.

و عليه أجره المنافع المستوفاه له منها و قيمه الولد إن كان قد أولدها يوم سقط حياً لأنه نماء ملكه فيتبعه. و إنما عدل إلى قيمه مع اقتضاء الأصل الرقبه؛ لما دلّ على أنّ الولد يتبع الأشرف، من المعتبره المستفيضه (١).

مضافاً إلى خصوص الموثق: فى الرجل يشتري الجاربه من السوق فيولدها ثم يجىء مستحق الجاربه، فقال: « يأخذ الجاربه المستحق، و يدفع إليه المبتاع قيمه الولد، و يرجع على من باعه بثمان الجاربه و قيمه الولد التى أخذت منه » (٢).

و للمرسل كالصحيح على الصحيح: فى رجل اشترى جاربه فأولدها فوجدت الجاربه مسروقه، قال: « يأخذ الجاربه صاحبها و يأخذ الرجل ولده بقيمته » (٣).

و نحوهما الخبر (٤) الذى قصور سنده بالجهاله منجبر بفتوى الأكثر، بل الإجماع كما فى الخلاف (٥).

ص: ٩٠

١- الوسائل ٢١:١٢١ أبواب نكاح العبيد و الإماء ب ٣٠.

٢- التهذيب ٧:٨٢/٣٥٣، الإستبصار ٣:٨٤/٢٨٥، الوسائل ٢١:٢٠٥ أبواب نكاح العبيد و الإماء ب ٨٨ ح ٥.

٣- الكافى ٥:٢١٥/١٠، التهذيب ٧:٦٥/٢٨٠، الإستبصار ٣:٨٤/٢٨٦، الوسائل ٢١:٢٠٤ أبواب نكاح العبيد و الإماء ب ٨٨ ح ٣.

٤- الكافى ٥:٢١٦/١٣، التهذيب ٧:٦٤/٢٧٦، الإستبصار ٣:٨٤/٢٨٧، الوسائل ٢١:٢٠٤ أبواب نكاح العبيد و الإماء ب ٨٨ ح ٢.

٥- الخلاف ٣:١٥٩.

خلافاً للمفيد، فحكم برقيه الولد (١)؛ و له الصحيح المتقدم (٢).

و حمله الشيخ على أنّ المراد بالولد قيمته، إقامةً للمضاف إليه مقام المضاف (٣)؛ جمعاً بينه و بين ما مرّ (٤) و غيره، كالخبر: رجل اشترى جاريه من سوق المسلمين فخرج بها إلى أرضه فولدت منه أولاداً، ثم أتاها من يزعم أنّها له، و أقام على ذلك البيّنه، قال: «يقبض ولده، و يدفع إليه الجاربه و يعوّضه من قيمه ما أصاب من لبنها و خدمتها» (٥) فإنّ المراد بقبض الولد قبضه بالقيمه.

و يستفاد من الموثّق الوجه في أنّه يجوز للمشتري أن يرجع بالثمن و قيمه الولد اللذين غرمهما للمالك على البائع الغارّ له مع جهله.

و لو كان عالماً باستحقاقها حال الانتفاع لم يرجع بشيء.

و لو علم مع ذلك بالتحريم كان زانياً و الولد رقّاً؛ لأنّه نماء ملكه فيتبعه، و للصحيح: «في رجل أقرّ على نفسه أنّه غصب جاريه فولدت الجاربه من الغاصب، قال: «تردّ الجاربه و الولد على المغصوب إذا أقرّ بذلك الغاصب أو كانت عليه بيّنه» (٦).

ص: ٩١

١- المقنعه: ٦٠١.

٢- في ص: ٨٨.

٣- الاستبصار ٨٥: ٣.

٤- و ادّعى في المبسوط (٣: ١٠٢) و الخلاف (٣: ١٥٩) الإجماع على انعقاد الولد على الحرّيه فيضعّف به ما ذكره المفيد من الرقيه. (منه رحمه الله).

٥- التهذيب ٧: ٨٣/ ٣٥٧، الاستبصار ٣: ٨٥/ ٢٨٩، الوسائل ٢٠٤: ٢١ أبواب نكاح العبيد و الإمام ب ٨٨ ح ٤.

٦- الكافي ٥: ٥٥٦/ ٩، التهذيب ٧: ٤٨٢/ ١٩٣٦، الوسائل ١٧٧: ٢١ أبواب نكاح العبيد و الإمام ب ٦١ ح ١.

و عليه الحدّ بموجب الزنا، و المهر اتفاقاً؛ لفحوى ما مضى.

و لو اختلف حاله بأن كان جاهلاً عند البيع ثم تجدد له العلم رجع بما غرّمه حال الجهل و سقط الباقي.

و فى رجوعه بالعقر مع الجهل قولان من أنّ المغرور يرجع على من غرّه بما لا- يحصل فى مقابلته نفع كالعماره و النفقه و نحوهما، أمّا ما حصل له فى مقابلته نفع كالثمره و السكنى و عوض البضع فلا.

و من أنّه دخل على إباحه هذه الأشياء بغير عوض، فإذا غرم عوضها رجع به المغرور على من غرّه.

و أشبههما عند الماتن هنا و غيره (١) الرجوع إمّا لما مرّ، أو لفحوى الرجوع بقيمه الولد المستلزم ثبوته فيه مع كونه نفعاً عظيماً فى مقابله الثمن المدفوع جدّاً إياه هنا بطريق أولى، فتأمل.

### السادسه يجوز اتباع ما يسيبه الظالم

السادسه: يجوز اتباع ما يسيبه الظالم مطلقاً، مسلماً كان أم كافراً و إن كان للإمام بعضه فيما لو أخذ غيله و نحوها ممّا لا قتال فيه، فإنّه لا أخذه و عليه الخمس أو كلّ فيما لو أخذ بالقتال بغير إذن منه عليه السلام، فإنّه حينئذٍ بأجمعه له عليه السلام على الأظهر الأشهر، بل عن الخلاف و الحلّى الإجماع عليه (٢) خلافاً للماتن، فجعله كالأوّل (٣).

و من هنا ينقذ وجه احتمال كون التريديد بسبب الخلاف فى أنّ المغنوم بغير إذن الإمام هل هو له، كما هو المشهور و وردت به الروايه (٤)،

ص: ٩٢

١- الماتن فى الشرائع ٢: ٥٩؛ و انظر الدروس ٣: ٢٣٠. و التنقيح الرائع ٢: ١٢٧، و الروضه ٣: ٣٢٧.

٢- الخلاف ٤: ١٩٠، الحلّى فى السرائر ٢: ٣٤٨.

٣- المختصر النافع: ٦٤.

٤- التهذيب ٤: ١٣٥/٣٧٨، الوسائل ٩: ٥٢٩ أبواب الأنفال ب ١ ح ١٦.

أم لآخذه و عليه الخمس، نظراً إلى قطع الروايه؟ و كيف ما كان، لا خلاف في إباحه التملك له حال الغيبه للشيعة، و أنه لا يجب إخراج حصّيه الموجودين من الهاشميين؛ لإباحه الأئمه عليهم السلام ذلك لتطيب مواليدهم كما في النصوص المستفيضه (١) المتفق عليها بين الطائفة، كما حكاها جماعه (٢).

و تمام الكلام في المسأله يطلب من كتاب الخمس، فإنه محلّه.

و لا ريب في ثبوت الرخصه لنا.

و أما غيرنا فعن الأصحاب و به صرح جماعه (٣) أنه تقرّ يده عليه و يحكم له بظاهر الملك؛ للشبهه الناشئه عن اعتقادهم المملكه كتملك الخراج و المقاسمه، فلا يؤخذ منه من دون رضاه مطلقاً، لا سراً و لا علانیه.

فإن كان إجماع، و إلّا فما ذكروه محلّ ريبه و مناقشه، فإنّ ظاهر الأخبار و كلام الأصحاب اختصاص الإباحه له بالشيعة و حصول التملك لهم بمجرد الاستيلاء عليه و لو من دون بذل عوض.

إلّا أن يقال: إن هذه يد ظاهراً، و لا بدّ من بذل عوض في مقابلها، فيكون استنقازاً لا بيعاً حقيقه. و لكنّه كما ترى، و الاحتياط لا يخفى.

و لو اشترى أمه سرقت من أرض الصلح ردّها على البائع و استعاد ثمنها منه إن كان حياً فإن مات البائع و لا عقب و لا وارث له سعت الأمه في ثمن رقبتها على روايه مسكين السمان (٤) الصحيحه

ص: ٩٣

١- انظر الوسائل ٩:٥٤٣ أبواب الأنفال ب ٤.

٢- منهم: الشهيد الثاني في المسالك ١:٢١٠، و المحقق الأردبيلي في مجمع الفائده ٨:٢٨٢، و السبزواري في الكفايه: ١٠٢، و صاحب الحدائق ١٩:٤٦٢.

٣- منهم: الشهيد الأول في الدروس ٣:٢٣٣، و المحقق الثاني في جامع المقاصد ٤:١٣١، و الشهيد الثاني في المسالك ١:٢١٢.

٤- التهذيب ٧: ٨٣/٣٥٥، الوسائل ١٨:٢٧٧ أبواب بيع الحيوان ب ٢٣ ح ١.

إليه،القاصره بجهالته،و لكن عمل بها النهايه و تبعه القاضى و الشهيد الأوّل (١).

و فيها مضافاً إلى القصور بالجهاله مع عدم جابر لها فى المسأله مخالفتها للقواعد المقرّره،إحداها:وجوب الردّ على البائع أو وارثه مع فقده،فإنّه غير مالك و لا ذو يد شرعيّه،فكيف يجوز تسليم المال المعصوم إليه،بل لا يجوز بالضروره.

و ثانيها:أنّ استسعاءها فى الثمن المدفوع إلى البائع كما فيها يقتضى أخذه من غير أخذه،لأنّ ما بيدها لمالكها.

و ما ربما يعتذر به عن الأوّل:بأنّ البائع لم يثبت كونه سارقاً،و يده أقدم،و مخاطبته بالردّ ألزم،خصوصاً مع بُعد دار الكفر.

و عن الثانى:بأنّ مال الحربى فىء فى الحقيقه و بالصلح صار محترماً احتراماً عرضياً،فلا يعارض ذهاب مال محترم احتراماً حقيقياً.

مضعّف،فالأوّل:بأنّ يده إن كانت شرعيه فالبيع صحيح ماضٍ و لا ردّ،و إن كانت يد عدوان لم يجز التسليم إليه،و مخاطبته بالردّ لا تقتضى جواز تسليم من هى فى يده و إن وجب عليه السعى فى ذلك،فإنّ له طريقاً إليه،إمّا بمراجعته المالك أو الحاكم.

و الثانى:بأنّ الاحترام يقتضى عصمه المال،و لا تفاوت فى ذلك بين كون الاحترام حقيقياً أو عرضياً،و المتلف للمال المحترم ليس هو مولى الجاريه حقيقه،بل الذى غرّه،و المغرور يرجع على الغارّ لا من لم يغرّه لا مباشرهً و لا تسببياً،و حقيقه الحال أنّ كلّاً منهما مظلوم بضياح ماله،

ص: ٩٤

و لا يرجع أحد المظلومين على الآخر، بل على ظالمه.

و لما ذكرنا قيل: كما عن الحلّي (١) يحفظها كاللقطه. و لو قيل تدفع إلى الحاكم و لا تكلف الأمة السعى لأداء الثمن كان حسناً لكن لا مطلقاً، بل يجب التسليم إلى المالك أو وكيله، فإن تعذر الوصول إليهما فإلى الحاكم. و يمكن تنزيل الإطلاق عليه بحمله على تعذر الوصول إلى المالك و من في حكمه، و لعله الغالب، لبعده دار الكفر.

و صار إلى هذا القول كثير من المتأخرين (٢)، و وجهه واضح ممّا قررناه.

و ظاهره كسابقه أنّ الدفع إلى الحاكم إنّما هو لكونه ولياً عن الغائب، و أنّه يجب إيصاله إليه.

خلافاً لتوهم بعض من تأخر (٣)، فحسب أنّ ذلك من حيث كونه نائباً عن الإمام، و أنّ الجارية له عليه السلام يجب عليه إيصاله إلى مصارفه. و ليس في كلام الجماعة ما يوجب التوهم، بل عبارات جمله منهم بخلافه مصرّحه، و متعلّق الموت في الرواية ليس هو المالك بالضرورة بل إنّما هو البائع خاصّه.

### السابعه إذا دفع إلى مأذون مالا يشتري نسمة و يعتقها

السابعه: إذا دفع رجل إلى عبد لغيره مأذون منه للتجاره مالا يشتري نسمة و يعتقها عنه و يحج عنه ببقية المال، فاشترى

ص: ٩٥

١- انظر السرائر ٣:٣٥٦.

٢- كالمحقق في الشرائع ٢:٦١، و العلماءه في المختلف: ٣٨٤، و الفاضل المقداد في التنقيح ٢:١٣٠، و المحقق الثاني في جامع المقاصد ٤:١٤٨، و الشهيد الثاني في المسالك ١:٢١٢، و الروضة ٣:٣٤٦.

٣- الشهيد في الدروس ٣:٢٣٣، مجمع الفوائد ٨:٢٩١.



المأذون أباه و تحاقَّ أى تخالف فى الحق كلَّ من مولاه و مولى الأب المعتق و ورثه الأمر بعد العتق و الحج، و كل يقول: اشترى العبد بمالى، ففى روايه ابن أشيم بفتح الهمزه و سكون الشين المعجمه و فتح الياء المنقطه تحتها نقطتين، عن أبى جعفر عليه السلام، الوارده فى القضيّه (١) أنه مضت الحجّه و يردّ المعتق على مولاه رقاً، ثم أىّ الفريقين أقام البيئه كان له رقاً.

و فى السند ضعف بجهاله الراوى، أو غلوه كما حكم به الشهيد الثانى وفاقاً للمحقق الثانى (٢).

و فى المتن مخالفه لأصول المذهب من حيث اشتماله على الأمر بردّ العبد إلى مولاه مع اعترافه ببيعه و دعواه فساد، و مدعى الصحه مقدّم؛ و على مضى الحجّه، مع أنّ ظاهر الأمر حجّه بنفسه و لم يفعل؛ و على مجامعه صحه الحج لعوده رقاً، و قد حجّ بغير إذن السيد.

و ما يعتذر به عن الأوّل: بأنّ المأذون بيده مال لمولى الأب و غيره، و بتصادم الدعاوى المتكافئه يرجع إلى أصاله بقاء الملك على مالكة، و أنّه لا يعارضه فتواهم بتقديم دعوى الصحه على الفساد، لأنّها مشتركه بين متقابلين متكافئين هما مولى المأذون و ورثه الأمر فتساقطا.

مضعف بمنع تكافئها، مع كون من عدا مولاه خارجاً، و الداخلى متقدّم، فسقطا دونه، و لم يتمّ الأصل، و هو بقاء الملك.

و منه يظهر عدم تكافؤ الدعويين الأخيرين، لخروج الأمر و ورثته عمّا

ص: ٩٦

١- الكافي ٧/٦٢: ٢٠، التهذيب ٧/٢٣٤: ١٠٢٣، الوسائل ١٨: ٢٨٠ أبواب بيع الحيوان ب ٢٥ ح ١.

٢- الشهيد الثانى فى المسالك ١: ٢١٠، المحقق الثانى فى جامع المقاصد ٤: ١٤٤.

فى يد المأذون التى هى بمنزله يد سيده، و الخارجة لا- تكافئ الداخلة، فتقدم، و إقرار المأذون بما فى يده لغير المولى غير مسموع.

فالاعتذار ضعيف، كالاعتذار بحمل الروايه على إنكار مولى الأب البيع لا فساده، هرباً من تقديم مدعى الفساد، و التجاءً إلى تقديم منكر بيع عبده؛ لمنافاته لمنطوق الروايه و مفروض عبائر الجماعه الدالين على دعوى كونه اشترى بماله.

و لما ذكرنا حصل فى الفتوى اضطراب و اختلاف، فبين من عكف على ظاهر الروايه، كالقاضى و النهايه (١). و المناقشه فيه بعد ما عرفت واضحه.

و بين من حكم لمولى المأذون بعد حلفه باسترقاق العبد المعتقد؛ لأن يده على ما بيد المأذون، فيكون قوله مقدماً على من خرج عند عدم البيئه.

ذهب إليه الماتن فى الشرائع، و الفاضل فى المختلف و القواعد، و الشهيدان فى الروضتين و المسالك، و المحقق الثانى فى شرح القواعد، تبعاً للحلى (٢).

و عليه لا فرق بين كون العبد الذى أعتقه المأذون أباً له أو لا، و إن كانت الروايه تضمنت الأول؛ لاشتراكهما فى المعنى المقتضى لترجيح قول ذى اليد.

و لا بين دعوى مولى الأب شراءه من ماله، بأن يكون قد دفع للمأذون مالاً يتجر به فاشترى أباه من سيده بماله، و عدمه؛ لأنه على

ص: ٩٧

١- نقله عن القاضى فى المختلف: ٣٨٤، النهايه: ٤١٤.

٢- الشرائع ٢: ٦٠، المختلف: ٣٨٥، القواعد ١: ١٢٩، اللمعه (الروضه البهيه ٣): ٣٣٠، المسالك ١: ٢١٠، جامع المقاصد ٤: ١٤٣، الحلى فى السرائر ٢: ٣٥٧.

التقدير الأول يدعى فساد البيع، ومدعى صحته مقدم، و على الثاني خارج، لمعارضه يده القديمه يد المأذون الحادته فتقدم، و الروايه تضمنت الأول.

و لا بين استيجاره على حج و عدمه؛ لعدم مدخليته لذلك فى الترجيح، و إن كانت الروايه تضمنت الأول.

و ذكر الماتن هنا و تبعه ابن فهد فى الشرح (١) أنه يناسب الأصل فى نحو المسأله الحكم بامضاء ما فعله المأذون ما لم تقم بينه تنافيه و كأنه يريد بالأصل أصاله صحه ما فعل من شراء و عتق و حج و غيرها.

قال فى الدروس: و هو قوى إذا أقرّ بذلك؛ لأنه فى معنى التوكيل، إلا أن فيه طرحاً للروايه المشهوره (٢).

و يضعف أولاً: بأن إقرار الوكيل إنما يعتبر إذا لم يكن إقراراً على الغير، و معلوم أن إقرار العبد على ما فى يده إقرار على سيده، فلا يسمع.

و ثانياً: بأن دعواه اشتهاار الروايه غير واضحه إن أراد بحسب الفتوى و العمل، إذ لم يعمل به إلا من مرّ إليه الإشاره، و هو بالإضافه إلى باقى الجماعه نادر بالبديعه، و جيده إن أراد الشهره بحسب الروايه، إلا أنها بمجرد غير كافيه فى الاستناد إليها بالضروره.

هذا كله مع عدم البينه، و معها تقدم إن كانت لواحد، و لو كانت لاثنين أو للجميع بنى على تقديم بينه الداخل أو الخارج عند التعارض، فعلى الأول: الحكم لمولى المأذون كما تقدم، لكن من دون يمين.

ص: ٩٨

١- المهذب البارع ٢:٤٦٤.

٢- الدروس ٣:٢٣٣.

و على الثانى: يتعارض الخارجان، و الأقوى وفقاً لجماعه (١) تقديم بينه الدافع، عملاً بمقتضى صحه البيع.

مع احتمال تقديم بينه مولى الأب، لادعائه ما ينافى الأصل و هو الفساد، و توضيحه أن مولى الأب بالإضافة إلى ورثه الدافع مدع خارج، فتقدم بينته؛ لأنه مدع بأحد تفاسير المدعى، لأنه يدعى ما ينافى الأصل.

و يضعف: بأنه مدع و خارج بالإضافة إلى مولى المأذون، كما أن الآخر أيضاً مدع و خارج بالإضافة إليه، و لا يلزم من كون دعوى أحدهما توافق الأصل و دعوى الآخر تخالفه أن يكون أحدهما بالإضافة إلى الآخر مدعياً و خارجاً، فترجيح بينته و تقديم بينه مدعى الفساد إنما يكون حيث لا يقطع بكون الآخر مدعياً، فأما إذا قطع به و أقام بينتين فلا بد من الترجيح، و هو ثابت فى جانب مدعى الصحه.

### الثامنه: إذا اشترى عبداً فدفعت البائع إليه عبيد ليختار أحدهما فأبق واحد

الثامنه: إذا اشترى رجل من غيره عبداً فى الذمه فدفعت البائع إليه عبيد ليختار أحدهما فأبق واحد منهما من يده من دون تفريط قيل كما عن الطوسى و القاضى (٢) يرتجع المشتري نصف الثمن من البائع و يأخذ فى الفحص عن الآبق.

ثم إن وجدته ردّ الثمن المرتجع و تخير بينهما و اختار أيهما شاء و إلما يجده كان العبد الآخر الموجود بينهما نصفين لروايه النوفلى عن السكونى عن أبى عبد الله (٣) عليه السلام.

ص: ٩٩

١- منهم: العلامة فى القواعد ١: ١٢٩، و التذكرة ١: ٤٩٩، و المحقق الثانى فى جامع المقاصد ٤: ١٤٥، و الشهيد الثانى فى المسالك ١: ٢١٠، و صاحب الحدائق ١٩: ٤٧٠.

٢- الطوسى فى النهايه: ٤١١، القاضى فى الكامل على ما نقله عنه فى المختلف: ٣٨٢.

٣- التهذيب ٧: ٣٥٤/٨٢، الوسائل ١٨: ٢٦٨ أبواب بيع الحيوان ب ١٦ ذيل الحديث ١.

و فى الروايه كما ترى ضعف من حيث السند بالراويين، و المتن بمخالفته لأصول المذهب، من حيث إنَّ التالف مضمون على المشتري، لقبضه بالسوم، و له المطالبه بالمبيع، لأنَّه موصوف فى الذمّه، و لا وجه لكون العبد الباقي بينهما، فإنَّ المبيع ليس نصف كل واحد منهما.

و حينئذٍ المعتمد الرجوع إلى ما يناسب الأصل و هو أن يضمن المشتري له أى للبائع الآبق، و يطالبه بما ابتاعه منه فى الذمّه.

و لا-ريب فى الثانى. و بينى الأوّل على ضمان المقبوض بالسوم، و هو الذى قبضه ليشتريه فتلف فى يده بغير تفريط. و حيث إنَّ ذلك هو الأظهر الأشهر صحّ الحكم هنا؛ لأنَّ القبض هنا فى معنى القبض بالسوم، إذ الخصوصيه (1) ليست لقبض السوم، بل لعموم ما دلّ على ضمان اليد المشترك بينهما.

و يأتى على القول بعدم الضمان ثمّ عدمه هنا؛ لاتّحاد دليل العدم، و هو القبض بإذن المالك مع عدم تفريط، فيكون كالودعى.

بل قيل: يمكن عدم الضمان هنا و إن قلنا به ثمّه؛ لأنَّ المقبوض بالسوم مبيع بالقوّه، أو مجازاً بما يؤول إليه، و صحيح المبيع و فاسده مضمون. بخلاف صوره الفرض؛ لأنَّ المقبوض فيه ليس كذلك، لوقوع البيع سابقاً و إنّما هو محض استيفاء حقّ. لكن يندفع ذلك بأنّ المبيع لما كان أمراً كلياً و كان كلّ واحد من المدفوع صالحاً لكونه فرداً له كان فى قوّه المبيع، بل دفعهما للتخيير حصر له فيهما فيكون بمنزله المبيع حيث إنّه

ص: ١٠٠

---

١- أى خصوصيه الضمان. (منه رحمه الله).

منحصر فيهما، فالحكم بالضمان ها هنا أولى منه (١). انتهى.

و مبناه على أنّ لخصوصية القبض بالسوم بالمعنى المعروف مدخلاً في الضمان، وقد عرفت فساده، مع اعتراف القائل به قبل الكلام.

و كيف كان، فالأجود وفاقاً لأكثر من تأخر الضمان مع تاليه من المطالبه بما ابتاعه، و هو خيره الفاضلين و الشهيدين و ثاني المحققين و المفلق الصيمرى و غيرهم (٢) تبعاً للحلى (٣)؛ التفاتاً إلى الأصول، و تضعيفاً للروايه بما مر.

و لما قيل فى تنزيلها من البناء على أنّ العبدین متساويان فى قيمه و مطابقان فى الوصف، و أنّ حق المشتري منحصر فيهما كما فى الدروس (٤).

أو البناء على تساوى العبدین من كل وجه، ليلحق بمتساوى الأجزاء، فيجوز بيع عبد منهما كما يجوز بيع قفيز من صبره، و يتزل على الإشاعه، فيكون التالف منهما و الباقي لهما، كما فى المختلف (٥):

بأنّ (٦) انحصار الحق فيهما إنّما يكون لو ورد البيع على عينهما، و هو خلاف المفروض، و مجرد دفعه الاثنین ليس تشخيصةً و إن حصر الأمر

ص: ١٠١

١- الروضه ٣:٣٤٨.

٢- المحقق فى الشرائع ٢:٦٠، العلامه فى القواعد ١:١٣٠، و التحرير ١:١٩٢، و التذکره ١:٥٠٠، الشهيدان فى اللمعه و الروضه ٣:٣٤٧، و المسالك ١:٢١١، المحقق الثانى فى جامع المقاصد ٤:١٤٩.

٣- انظر السرائر ٢:٣٥٠.

٤- الدروس ٣:٢٣٠.

٥- المختلف: ٣٨٢.

٦- أى: تضعيفاً لما قيل.. بأنّ.

فيهما، لأصالة بقاء الحق في الذمه إلى أن يثبت المزيل شرعاً، وعدم تضمين التالف مخالف لما عليه الأكثر، كما مرّ، و توجيهه بما تقدّم ضعفه قد ظهر، فاندفع التنزيل الأوّل.

و يندفع الثاني بأنّه لو صحّ لنا في ارتجاع نصف الثمن كما صرّحت به الروايه، هذا، مع أنّ في عدّ العبدین من متساوی الأجزاء و تنزيل بيع أحدهما منزله بيع قفيز من الصبره و تنزيله على الإشاعه مناقشه واضحه.

و لو ابتاع عبداً من عبيدين أى أحدهما كلياً لم يصحّ على الأصحّ الأشهر كما في المهذّب و غيره (١)، و لعلّه عليه عامّه من تأخّر، وفاقاً للحلّي (٢) مدّعياً الإجماع عليه من حيث الاتفاق على أنّ المبيع إذا كان مجهولاً كان البيع باطلاً. و عليه لا فرق بين أن يكونا متساويين في القيمة و الصفات أم مختلفين فيهما؛ للاشتراك في العله المقتضيه للبطان.

و حكى الشيخ في الخلاف في باب البيوع عن روايه الأصحاب الجواز على الإطلاق، مدّعياً الإجماع عليه (٣)، و ظاهره الميل إليه، إلّا أنّه رجع عنه في باب السلم (٤)، فلا عبره بقوله الأوّل كدعواه الإجماع عليه، و استناده به و بالروايه، و بعموم قوله عليه السلام: «المؤمنون عند شروطهم» (٥) لضعف الأوّل بمخالفته نفسه، مع شهره خلافه الظاهره في وهنه.

ص: ١٠٢

١- المهذب البارع ٢:٤٦٦؛ و انظر الشرائع ٢:٦٠، و القواعد ١:١٣٠، و جامع المقاصد ٤:١٥٠، و المسالك ١:٢١١.

٢- السرائر ٢:٣٥٠.

٣- الخلاف ٣:٣٨.

٤- الخلاف ٣:٢١٧.

٥- عوالي اللئلي ١٧٣/٢٩٣:١، المستدرک ١٣:٣٠١ أبواب الخيار ب ٥ ح ٧.

و الثاني: بعدم الدلالة على وقوع البيع كذلك، بل الظاهر وقوعه في الذمه، مع ما يظهر من كلامه أن هذه الرواية هي الرواية السابقة (١)، وقد عرفت ما فيها من قصور السند، والمخالفة لأصول المذهب.

و الثالث: بالمعارضه بما دلّ على المنع عن بيع الغرر، و منه محلّ الفرض.

و يأتي على التنزيل الثاني للمختلف (٢) القول بالصححه مع تساويهما من كلّ وجه، كما يصحّ بيع قفيز من صبره متساويه الأجزاء. و يضعف بمنع تساوي العبدین على وجه يلحق المثلى، مضافاً إلى ما مرّ.

### التاسعه إذا وطئ أحد الشريكين الأمه سقط عنه من الحدّ ما قابل نصيبه

التاسعه: إذا وطئ أحد الشريكين أو الشركاء في الأمه إيّاها فعل حراماً و سقط عنه من الحدّ ما قابل نصيبه و نصيب شريكه إذا كان بحكمه، كولدته، فإنّه لأحدّ على الأب في نصيب ابنه، كما لا حدّ عليه لو كانت بأجمعها له و حدّ للباقي مع انتفاء الشبهه بما قابله، و هو النصف في المثال، و قس عليه الغير.

و طريقه مع عدم الاحتياج إلى تبعض الجلده الواحده واضح، و أمّا معه فقيل (٣): يحتمل اعتبار مقدار السوط و كيفيته الضرب. و الأظهر الأخذ بنصف السوط أو ربهه و هكذا؛ للصحيح: قال في نصف الجلده و ثلثها:

« يؤخذ بنصف السوط و ثلثي السوط » (٤).

و مع الشبهه بنحو من توهم حلّ الوطء من حيث الشركه يدرأ الحدّ

ص: ١٠٣

١- المتقدمه في ص: ١٠٠.

٢- راجع ص: ١٠٢.

٣- مجمع الفائده و البرهان ٢٩٣: ٨.

٤- الكافي ١٧٥/٥، المحاسن: ٣٧٨/٢٧٣، الوسائل ٢٨: ١٦ أبواب مقدمات الحدود ب ٣ ح ١.



عنه بالكلية اتفاقاً، فتَوَى و نصّاً، فقال عليه السلام: «ادرءوا الحدود بالشبهات» (١).

و بهما يقيد إطلاق المستفيضه الوارده فى المسأله، كالصحيح:

سمعت عباد البصرى يقول: كان جعفر عليه السلام يقول: «يدرأ عنه من الحدّ بقدر حصّته منها، و يضرب ما سوى ذلك» يعنى: فى الرجل إذا وقع على جاريه له فيها حصّه (٢).

و الخبرين، أحدهما الحسن: فى رجلين اشترى جارياً فنكحها أحدهما دون صاحبه، قال: «يضرب نصف الحدّ، و يغرم نصف القيمه إذا أحبل» (٣).

و فى الثانى: فى جاريه بين رجلين وطئها أحدهما دون الآخر فأحبلها، قال: «يضرب نصف الحدّ، و يغرم نصف القيمه» (٤).

إلى غير ذلك من النصوص الآتية المرويّه هى كالمتمدّمه فى الكافى فى كتاب الحدود فى باب الرجل يأتى الجاربه و لغيره فيها شركه.

ثم إن حملت منه قومّت عليه حصص الشركاء و أخذت خاصّه دون ما قابل نصيبه؛ للخبرين المتقدّمين.

و آخريّن، فى أحدهما: قوم اشتركوا فى شراء جاريه فائتمنوا بعضهم و جعلوا الجاربه عنده فوطئها، قال: «يجلد الحدّ و يدرأ عنه من الحدّ بقدر ما له فيها، و تُقوم الجاربه و يغرم ثمنها للشركاء، فإن كانت القيمه فى اليوم

ص: ١٠٤

١- الفقيه ٤/٥٣: ٩٠، الوسائل ٢٨: ٤٧، أبواب مقدمات الحدود ب ٢٤ ح ٤.

٢- الكافى ٧/١٩٥: ٨، الوسائل ٢٨: ١١٩، أبواب حدّ الزنا ب ٢٢ ح ٣.

٣- الكافى ٧/١٩٥: ٧، التهذيب ١٠/٩٨: ٣٠، الوسائل ٢٨: ١٢١، أبواب حدّ الزنا ب ٢٢ ح ٨.

٤- الكافى ٧/١٩٥: ٦، التهذيب ١٠/٩٧: ٣٠، الوسائل ٢٨: ١٢١، أبواب حدّ الزنا ب ٢٢ ح ٧.

الذى وطئ أقل مما اشترت به فإنه يلزم أكثر الثمن، لأنه قد أفسد على شركائه، وإن كان القيمة فى اليوم الذى وطئ أكثر مما اشترت به يلزم الأكثر» (١).

و مقتضاه الأخذ مع اختلاف القيم بأعلاها من قيمه الشراء و قيمتها يوم الوطء، و هو المحكى عن القائل الآتى.

و فيه أقوال أخر، مختلفه بين مثبت لقيمه يوم الإحبال، و مبدل لها بقيمه يوم التقويم، و ملزم لأعلاهما.

و دوران الإلزام بالقيمه مدار إفساد الأمه، و ليس إلّا الإحبال، فإنه الذى يتحقق به الإفساد الموجب لعدم إمكان التصرف فيها و خروجها عن الملكيه فى الجملة.

و أظهر منه فى الدلاله عليه بعد الأصل مفهوم قوله عليه السلام فيما مرّ من الخبر: «و يغرم نصف القيمه إذا أحبل». و به أفتى الحلى (٢) و تبعه الأكثر، بل لعله عليه عامه من تأخر.

و قصور السند بفتاويهم منجبر، مضافاً إلى الأصل، و قصور الأخبار الآتية عن المقاومه له من حيث السند و العمل، و اعتضاده بالخبرين المتقدمين.

و قيل كما عن النهايه (٣) أنها تقوم بمجرد الوطء للخبر: عن رجال اشتركوا فى أمه فائتمنوا بعضهم على أن تكون الأمه عنده فوطئها،

ص: ١٠٥

---

١- الكافى ٧: ١/١٩٤، التهذيب ١٠: ٩٦/٢٩، الوسائل ٢٨: ١١٩ أبواب حد الزنا ب ٢٢ ح ٤.

٢- السرائر ٢: ٣٥٢.

٣- النهايه: ٤١١.

قال: «يدراً عنه من الحدِّ بقدر ما له فيها من النقد، ويضرب بقدر ما ليس له فيها، وتقوم الأمه عليه بقيمه و يلزمها، فإن كانت قيمه أقل من الثمن الذى اشترت به الجارية الزم ثمنها الأول، وإن كانت قيمتها فى ذلك اليوم الذى قومت فيه أكثر من ثمنها الزم ذلك الثمن و هو صاغر، لأنه استفرشها» (١).

و ردّ بقصور السند بالجهالة، و المتن بالدلالة، لاحتماله ككلام القائل الحمل على صورة الحمل خاصه.

و هو حسن لولا ما فى ذيله من قوله: قلت: فإن أراد بعض الشركاء شراءها دون الرجل؟ قال: «ذلك له، و ليس له أن يشتريها حتى يستبرئها، و ليس على غيره أن يشتريها إلما بالقيمه». و هو كما ترى كالنص فى جواز شراء بعض الشركاء لها، المنافى للحمل المزبور جداً، فإنه لا تباع المستولده قطعاً، مضافاً إلى قوله: «حتى يستبرئها» الصريح فى عدم حبلها.

و تقييد الذيل بصوره عدم الحبل ملازم للتفكيك بينه و بين الصدر، و لا يرتفع إلّا بتكلف جداً.

و هو و إن كان فى مقام الجمع حسناً، إلما أنه ليس بأولى من حمل الإحبال فى الخبر المتقدم على الوطاء مجازاً، تسميه للسبب باسم المسبب و يكون تأكيداً لمفروض الصدر جداً.

و يحتمله التعليل بالإفساد فى الخبر الآخر بإرادته الاستفراش المصرح به فى هذا الخبر. و حاصله حينئذٍ لزوم قيمه عليه، لمكان الإفساد باحتمال الحبل لا نفسه.

ص: ١٠٦

---

١- الكافي ٢/٢١٧، التهذيب ٧/٣٠٩، الوسائل ١٨:٢٦٩ أبواب بيع الحيوان ب ١٧ ح ١.

و هو كالأوّل و إن بَعُد، إلّا أنّه ليس بأبعد من الحمل الأوّل في هذا الخبر.

مع تأيّد هذا الحمل بصريح الخبر: عن رجل أصاب جاريه من الفىء فوطئها قبل ان يقسّم، قال: «تقوم الجارية، و تدفع إليه بالقيمه و يحطّ منها ما يصيبه منها من الفىء، و يجلد الحدّ و يدرأ عنه من الحدّ بقدر ما كان له فيها» فقلت: و كيف صارت الجارية تدفع إليه هو بالقيمه دون غيره؟ قال:

«لأنّه وطئها و لا يؤمن أن يكون ثمّ حبل» (١).

إلّا أنّ الاستفادة منه كون الحبل سبباً للتقويم عليه، و هو غير صالح لوجوبه باحتماله، بل مقتضاه الصبر إلى تحقق الحبل فإن تحقق وجب، و إلّا بقيت الشركه بحالها، و ليس التقويم فوراً بواجب قطعاً.

فإذاً المصير إلى ما عليه الأكثر أظهر، سيّما مع قصور الخبرين الأخيرين، و عدم جابر لهما في البين، مع منافاتهما الأصول المعتضده بالشهره العظيمه التي كادت تكون إجماعاً، بل لعلّها الآن إجماع في الحقيقه، و المؤيده بظاهر الخبرين المتقدم إلى ذكرهما الإشاره. و صرفهما عن ظاهرهما بالنصوص المقابله فرع المكافأه، و هي لما عرفت في المقام مفقوده. و لكن الاحتياط بالتقويم عليه بالوطء مع استرضاء الطرفين لا يترك في المسأله.

و على التقديرين ينعقد الولد حرّاً مطلقاً، و لو كان الوطء عن زنا، في ظاهر إطلاق العباره و صريح جماعه (٢)، و هو ظاهر النصوص

ص: ١٠٧

١- الكافي ٧:٢/١٩٤، الفقيه ٤:٩٦/٣٣، التهذيب ١٠:١٠٠/٣٠، الوسائل ٢٨:١٢٠ أبواب حد الزنا ب ٢٢ ح ٦.

٢- منهم: المحقق في الشرائع ٢:٦٠، و العلّامه في القواعد ١:١٢٩، و صاحب الحدائق ١٩:٤٧٨.

المتقدّمه الأمره بالتقويم لمكان الحمل، الصريحه فى كونه عن زنا، لمكان الحكم بالحدّ المنحصر فى صورته بالنص و الإجماع، و لو لا أنّه حرّ لما حصل بحمله استيلاء و إفساد موجب للتقويم.

و لعلّ الحكمه أنه ليس زنا محضاً بسبب ملكه لبعضها الموجب لحصول الفراش، كما صرّح به بعض النصوص المتقدّمه، و من هنا حكم جماعه (١) بأنّ الواجب هنا من الحدّ الجلد خاصّه و إن كان محصناً، لأنّه الذى يقبل التبويض.

و هو حسن؛ لإطلاق النصوص المتقدّمه، إلّا أنّه ربما ينافيه بعض المعتره: عن رجل وقع على مكاتبته، قال: «إن كانت أدت الربع جلد و إن كان محصناً رجم، و إن لم يكن أدت شيئاً فليس عليه شيء» (٢).

لكن ربما يعارضه إطلاق الخبرين، أحدهما الصحيح: عن جاريه بين رجلين أعتق أحدهما نصيبه منها، فلمّا رأى ذلك شريكه وثب على الجاريه فوق وقع عليها، قال: فقال: «يجلد الذى وقع عليها خمسين جلده، و يطرح عنه خمسون جلده، و يكون نصفها حرّاً، و يطرح عنها من النصف الباقي الذى لم يعتق إن كانت بكرّاً عشر قيمتها، و إن كانت غير بكر نصف عشر قيمتها، و تستسعى هى فى الباقي» (٣) و نحوه الثانى (٤)، فتأمل.

ص: ١٠٨

- 
- ١- منهم: الشهيد الثانى فى المسالك ١: ٢١١ و المحقق الأردبيلى فى مجمع الفائدة ٨: ٣٩٣، و صاحب الحدائق ١٩: ٤٧٥.
  - ٢- الكافى ٧: ٣/١٩٤، التهذيب ١٠: ٩٥/٢٩، الإستبصار ٤: ٧٨٥/٢١٠، الوسائل ٢٨: ١٢٠، أبواب حد الزنا ب ٢٢ ح ٥.
  - ٣- الكافى ٧: ٤/١٩٥، التهذيب ١٠: ٩٩/٣٠، الوسائل ٢٨: ١١٨، أبواب حد الزنا ب ٢٢ ح ١.
  - ٤- الكافى ٧: ٥/١٩٥، التهذيب ١٠: ١٠١/٣١، الوسائل ٢٨: ١١٩، أبواب حد الزنا ب ٢٢ ح ٢.

و كيف كان يجب على الواطئ قيمه حصص الشركاء منه أى من الولد عند الولاده و السقوط حيّاً إن قوّمت حائلاً، و إلّا دخلت قيمه الولد معها، كما ذكره جماعه من أصحابنا (١). و الظرف متعلق بالقيمه، أى القيمه عند الولاده.

بلا- خلاف؛ توفيه لحق الشركاء من النماء، و التفاتاً إلى فحوى المعتبره الوارده فى وطء الشركاء الأمه المشتركه مع تداعيهم الولد، منها الصحيح: «إذا وطئ رجلان أو ثلاثه جاريه فى طهر واحد فولدت و ادّعوه جميعاً أقرع الوالى بينهم، فمن خرج كان الولد ولده و يردّ قيمه الولد على صاحب الجاربه» (٢) و نحوه صحيحان آخران (٣).

و ذكر جماعه (٤) أنه يجب على الأب مضافاً إلى ذلك أرش العقر بسبب الوطاء، سواء كانت بكرّاً أم ثيباً، و هو العشر أو نصفه مستثنى منهما قدر نصيبه، و لعلّه يومئ إليه الخبران المتقدمان الملزمان لهما على أحد الشريكين لها.

مضافاً إلى النصوص المتقدمه، الملزمه لهما على الواطئ للأمه المحلّل له منها ما دون المواقعه، و للأمه المدلّسه نفسها بالحرّه (٥).

ص: ١٠٩

١- منهم: المحقق فى الشرائع ٢:٦٠، و العلامه فى القواعد ١:١٢٩، و صاحب الحدائق ١٩:٤٧٨.

٢- التهذيب ٨:٥٩٠/١٦٩، الإستبصار ٣:١٣١٨/٣٦٨، الوسائل ٢١:١٧١ أبواب نكاح العبيد و الإماء ب ٥٧ ح ١.

٣- الكافى ٥:١/٤٩٠، التهذيب ٧:٥٩١/١٦٩، الإستبصار ٣:١٣١٩/٣٦٨، الوسائل ٢١:١٧١ أبواب نكاح العبيد و الإماء ب ٥٧ ح ٢، ٣.

٤- منهم: الشهيد الثانى فى المسالك ١:٢١١، و المحقق الأردبيلى فى مجمع الفائده ٨:٢٩٤، و صاحب الحدائق ١٩:٤٨٠.

٥- راجع ص ٨٩.

و يحصل بملاحظتها و إن غايرت مورد المسأله المظنه القويه بلزوم أحد الأمرين في و طء كل مملوكه، منفرده كانت لأحد بالملكه أو مشتركه مطلقاً، حتى لو كانت هي الشريكه.

و ليس فيها كغيرها إضافه أرش البكاره، بل ظاهرها التداخل و أنه هو الزائد على عقر الثيبه، ففتوى المسالك (١) بلزومه أيضاً ضعيفه، كفتوى الحلّى (٢) بعدم لزوم عقر الشيبه، و إن انتصر له بعض (٣)؛ لخلوّ النصوص المتقدمه الوارده بتقويم الأمه في المسأله عنه، مع ورودها في مقام بيان الحاجه؛ للزوم تقييدها بما قدّمناه من الحجّه، كتقييدها بما دلّ على لزوم قيمه الولد مع خلّوها عنها أيضاً بالضروره.

ثم إنّه ذكر جماعه من غير خلاف يعرف أنّها لا تدخل في ملك الواطئ بمجرد الحمل، بل بالتقويم و دفع قيمه أو الضمان مع رضا الشريك، فكسبها قبل ذلك للجميع، و كذا حق الاستخدام، و لو سقط الولد قبل التقويم استقرّ ملك الشركاء.

و هو كذلك؛ للأصل، و استصحاب بقاء الملك، و هو لا ينافي قهره التقويم المستفاده من النصوص المتقدمه. و اعتبار الرضا في عبائر الجماعه ليس لصحّه التقويم كما توهم، بل لضمان قيمه الثابته بعده.

### **العاشره المملوكان المأذون لهما في التجاره إذا ابتاع كل منهما صاحبه حكم للسابق**

العاشره: المملوكان المأذون لهما في التجاره إذا ابتاع كل منهما لمولاه صاحبه من مولاه حكم للسابق عقداً و لو بتقدّم قبوله على قبول الآخر، من غير توقّف على إجازته، و للآخر أيضاً إذا كان معها، و إلّا

ص: ١١٠

١- المسالك ٢١١:١.

٢- السرائر ٣٥٢:٢.

٣- كالبحراني في الحدائق ١٩:٤٨٠.

بطل، لبطلان الإذن بزوال الملك، إلا أن يكون بطريق الوكالة فيصح مطلقاً.

و الفرق بين الإذن و الوكالة أنّ الإذن ما جعلت الاستنابه فيه تابعه للملك تزول عرفاً بزواله بالبيع و نحوه، و الوكالة ما أباحت التصرف المأذون فيه مطلقاً.

و الفارق بينهما مع اشتراكهما في الإذن المطلق إمّا تصريح المولى بالخصوصيتين، أو دلالة القرائن عليه، و مع عدمهما فالظاهر حملة على الإذن، لدلاله العرف عليه.

و على ما ذكرنا يحمل إطلاق العبارات ببطلان اللاحق، بحمله على عدم اللزوم المطلق المتردد بين البطلان بالمعنى الأخصّ و الأعمّ.

و لو اشتبه السابق أو السابق مُسِّحت الطريق التي سلكها كل واحد منهما إلى مولى الآخر و حكم بالسبق للأقرب منهما طريقاً مع تساويهما في المشى قوّه و ضعفاً، وفاقاً للطوسي (1)؛ للخبر: في رجلين مملوكين مقوّض إليهما يشتريان و يبيعان بأموالهما، فكان بينهما كلام، فخرج هذا يعدو إلى مولى هذا، و هذا إلى مولى هذا، و هما في القوّه سواء، فاشتري هذا من مولى هذا العبد، و ذهب هذا فاشتري من مولى هذا العبد الآخر و انصرفا إلى مكانهما، فتشبت كل واحد منهما بصاحبه و قال: أنت عبدى قد اشتريتك من سيدك، قال: « يحكم بينهما من حيث افترقا بذرع الطريق، فأيهما كان أقرب فهو الذى سبق الذى هو أبعد، و إن كانا سواء فهما رُداً على مواليهما، جاءا سواء و افترقا سواء، إلا أن يكون أحدهما سبق صاحبه، فالسابق هو له إن شاء باع و إن شاء أمسك، و ليس له أن

ص: ١١١



و ضعف سنده يمنع من العمل به، و لذا أعرض عنه الحلّي (٢) و أكثر المتأخرين و أوجبوا الرجوع إلى الأصل، و إن اختلفوا في مقتضاه، فبين من حكم بالقرع مطلقاً، كالفاضل و شيخنا في الروضه و غيرهما (٣)، فإنها لكل أمر مشكل.

و من فرّق بين صورتى الاشتباه فى السابق فكذلك، و الاشتباه فى السبق فالبطلان كصوره الاقتران، و هو خير المذهب (٤)؛ استناداً فى الأول إلى ما مرّ، و فى الثانى إلى جواز الاقتران مع عدم معلوميته السبق المصحح للبيع فلا يجوز الحكم بالمسبب مع الجهل بالسبب. و فيه نظر.

و الأول أظهر، و عليه يستخرج فى الصورة الأولى برقتين مكتوب فى إحداهما السابق و فى الأخرى المسبوق، و فى الثانى بثلاث رقع يكتب فى الثالثه الاقتران، ليحكم بالوقوف معه أو البطلان، على اختلاف القولين إن كان.

فإن اتفقا طريقاً بطل العقدان معاً، كصوره الاقتران؛ لتدافعهما، وفاقاً للحلّي و الفاضل و كثير من المتأخرين (٥)، و إن اختلفوا فى

ص: ١١٢

- 
- ١- الكافي ٣/٢١٨، الفقيه ٣:٣٢/١٠، التهذيب ٧/٣١٠، الإستبصار ٣:٢٧٩/٨٢، الوسائل ١٨:٢٧١ أبواب بيع الحيوان ب ١٨ ح ١؛ بتفاوت يسير.
  - ٢- السرائر ٢:٣٥٢.
  - ٣- الفاضل فى المختلف: ٣٨٣، و التذكرة ١:٥٠٠، الروضه ٣:٣٣٨؛ و انظر جامع المقاصد ٤:١٤٧، و الجامع للشرائع: ٢٦٢.
  - ٤- المذهب البارع ٢:٤٧١.
  - ٥- الحلّي فى السرائر ٢:٣٥٢، الفاضل فى القواعد ١:١٢٩، و التذكرة ١:٤٩٩؛ و انظر الجامع للشرائع: ٢٦٢، و المسالك ١:٢١١، و الحدائق ١٩:٤٨٢.

إطلاق البطالان، كما عن الأول، أو تقييده بصوره عدم الإجازة أو الوكاله، كما عليه الباقون، و يمكن تنزيل الأول عليه، كما مرّت الإشارة إليه.

و فى روايه مرسله (١) عمل بها النهايه و بعض من تبعه (٢) أنه يقرع بينهما و فيها ما فى الروايه السابقه، مضافاً إلى عدم وجه للقرعه فى صوره الاقتران، لأنها لإظهار المشتبه، و لا اشتباه هنا.

و ما أجاب به الماتن عن الأخير من جواز ترجيح أحدهما فى نظر الشرع فيقرع (٣) مضعف بأنّ التكليف منوط بأسبابه الظاهره، و إلّا لزم التكليف بالمحال.

و الأجود أن يضعف بعدم كفايه الجواز فى القرعه؛ لمعارضته بجواز عدم الترجيح فى نظر الشرع الموجب للفساد، فالرجوع إلى القرعه موجب لخروج الفاسد لا محاله، فتأمل.

نعم يصحّ فيما لو ثبت صحه أحدهما فى الجملة فى الشريعه، و ليس بثابت بالضروره، هذا.

و يظهر من المحقق الثانى فى شرح القواعد الميل إلى الحكم بصحه العقدين معاً (٤)؛ التفاتاً إلى أصاله بقاء الإذن، و عدم وضوح بطلانه بمجرد الشروع فى البيع؛ إذ المبطل إن كان الخروج عن الملك فإنما يتحقق بتمام

ص: ١١٣

١- الكافي ٣/٢١٨، التهذيب ٧/٣١١/٧٣، الوسائل ١٨:٢٧٢ أبواب بيع الحيوان ب ١٨ ح ٢.

٢- النهايه: ٤١٢، و تبعه ابن البراج فى الكامل على ما نقله عنه فى المختلف: ٣٨٣.

٣- انظر نكت النهايه: ٣٩٦.

٤- جامع المقاصد ٤:١٤٦.

العقد؛ و إن كان الشروع فيه بناءً على تضمّنه القصد إلى إخراجِه عن ملكه الملازم للقصد إلى منعه عن التصرف ففيه منع؛ لعدم التلازم بين القصدین، لفقْد ما يدلّ عليه بشيء من الدلالات في البين.

ثم إنّ هذا كلّه إذا كان شراؤهما لمولاهما كما قلناه، أمّا لو كان لأنفسهما كما يظهر من الروايه السابقه (1) فإن أحلنا ملك العبد بطلا، و إن أجزناه صحّ السابق و بطل المقارن و اللاحق حتماً؛ إذ لا يتصوّر ملك العبد لسيدّه جدّاً.

ص: ١١٤

---

١- في ص: ١١٢.

الفصل الثامن في السلف هو و السلم عبارتان عن معنى واحد و هو ابتياع مال موصوف مضمون في الذمه إلى أجل معلوم بمال كذلك حاضر مقبوض في المجلس أو في حكمه ممّا لم يكن حاضراً في المجلس ثم أحضر و قبض فيه قبل التفرق.

و كذا ما كان حاضراً فيه موصوفاً غير معيّن إذا عُيّن فيه؛ لأنّه بالتعيين فيه مع القبض يصير في حكم الحاضر.

و ما كان ديناً على البائع على قولٍ، فإنّه في حكم الحاضر، بل المقبوض.

و الابتياح جنس، و مضمون فصل يخرج به ابتياع الأعيان الحاضره، و إلى أجل فصل يخرج به البيع بالوصف حالماً، و قوله: معلوم، إشاره إلى شرط من شرائط السلف.

و الأصل فيه بعد الإجماع في الغنيه و المختلف و عن التذكره (1) عمومات الكتاب و السنّه، و خصوص الصحيح و غيره من المعتمره: عن رجل باع بيعاً ليس عنده إلى أجل و ضمن البيع، قال: «لا بأس به» (2) مضافاً إلى ما يأتي في المباحث الآتيه.

ص: ١١٥

١- الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٥٨٩، المختلف: ٣٦٤، التذكره ٥٤٧: ١.

٢- الكافي ٥: ٢/٢٠٠، التهذيب ٧: ١١٧/٢٧، الوسائل ١٨: ٢٩٢ أبواب السلف ب ٥ ح ١، و انظر الحديثين ٧، ٢ من الباب نفسه.

و ينعقد بقول المسلم و هو المشتري-:أسلمت إليك، أو:أسلفتك، أو:سلفتك، بالتضعيف، و في:سلمتك، وجه متروك بين الفقهاء، كذا في كذا، و يقبل المسلم إليه و هو البائع بقوله:قبلت، و شبهه، و لو جعل الإيجاب منه جاز بلفظ البيع، و التمليك على قول، و أسلمت منك، و أسلفت، و تسلّفت و نحوه، و القبول من المسلم هنا:قبلت، و شبهه، كذا قالوه.

و النظر فيه في أمور ثلاثة شروطه و أحكامه و لواحقه

## الأول في الشروط

### إشاره

الأول: في الشروط المصحّحه و هي خمس

### الأول ذكر الجنس و الوصف

الأول: ذكر الجنس و المراد به هنا الحقيقه النوعيه، كالشعير و الحنطه، و الوصف الرافع للجهاله، الفارق بين أصناف ذلك النوع، بعبارات معلومه عند المتعاقدين، ظاهره الدلاله في العرف و اللغه.

و ليس المراد مطلق الوصف، بل الذى يختلف لأجله الثمن اختلافاً ظاهراً لا يتسامح بمثله في السلم عاده، فلا يقدر الاختلاف اليسير المتسامح به فيه غير المؤدى إليه.

و المرجع في الأوصاف إلى العرف، و ربما كان العامى أعرف بها من الفقيه و حظّه منها الإجمال.

و المعتبر من الوصف ما يتناوله الاسم المزيل لاختلاف أثمان الأفراد الداخلة في المعين و لا يبلغ فيه الغايه، فإن بلغها و أفضى إلى عزّه الوجود بطل، بلا خلاف يظهر.

قيل: لأنّ عقد السلف مبنى على الغرر؛ لأنّه بيع ما ليس بمرئى، فإذا كان عزيز الوجود كان مع الغرر مؤدياً إلى التنازع و الفسخ، فكان منافياً

للمطلوب من السلف (١).

و الأصل فى هذا الشرط بعد الإجماع أدلّه نفى الغرر، و النصوص الآتية فى تضاعيف الفصل.

فلا يصحّ السلم فيما لا يضبطه الوصف كاللحم نيّه و مشويّه و الخبز بأنواعه و الجلود بلا خلاف فى الأولين، بل عليه الإجماع فى الغنيه (٢)(٣)؛ لما مرّ.

مع التصريح بالمنع عن الأوّل فى الخبر: عن السلف فى اللحم، قال:

« لا تقرّبته، فإنّه يعطيك مرّه السمين، و مرّه التاوى (٤)، و مرّه المهزول، و اشتر معاينه يدأ بيد» و عن السلف فى روايا الماء، فقال: « لا تقرّبها، فإنّه يعطيك مرّه ناقصه، و مرّه كامله، و لكن اشتره معاينه و هو أسلم لك و له» (٥).

و قصور السند منجبر بالعمل، إلّا أنّ ظاهره التعليل بغير ما فى العبارة و فتوى الجماعه.

و لكن يدفعه عدم الدلاله على حصر العله المجامع للتعليل أيضاً بما فى العبارة.

ص: ١١٧

١- جامع المقاصد ٢١٠:٤.

٢- الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٥٨٩.

٣- و كذا فى السرائر (٢:٣٠٨) و التذكرة (١:٥٤٩) و فى الخلاف (٣:٢٠٤) الإجماع فى اللحم خاصه (منه رحمه الله).

٤- التاوى: الهالك. القاموس المحيط ٣٠٩:٤.

٥- الكافى ١٢/٢٢٢:٥، الفقيه ١٦٧/٣٣٨:٣، التهذيب ٧:١٩٣/٤٥، الوسائل ١٨:٢٨٧ أبواب السلف ب ٢ ح ١.

و على المشهور في الأخير، وفاقاً للحلّى (١)؛ لتعدّر الضبط بالوصف، و عدم إفاده الوزن الوصف المعبر، لأنّ أهمّ أوصافها المختلف باختلافه أثمانها السمك و الغلظ، و لا يحصل به.

خلافاً للطوسى و القاضى (٢)، فيصح؛ لإمكان الضبط بالمشاهده، و للخبرين، فى أحدهما: قلت: إني رجل قصاب، أبيع المسوك قبل أن أذبح الغنم؟ فقال: «ليس به بأس، و لكن انسبها غنم أرض كذا و كذا» (٣).

و فى الثانى: رجل اشترى الجلود من القصاب فيعطيه كل يوم شيئاً معلوماً، فقال: لا بأس» (٤).

و فيهما ضعف سنداً، و فى الأخير دلالة أيضاً؛ لعدم الإشعار فيه ببيع السلف، و لا بالبيع قبل الذبح، فيحتمل أن يبيعه مشاهدَةً و يدفع إليه كل يوم قدرًا معلوماً، فالاستناد إليهما سيّما الثانى ضعيف جدًّا، كالاستناد إلى الأوّل، للخروج عن السلم بناءً على أنّ المبيع فيه أمر فى الذمّة مؤجّل إلى مدّه، و هو معيّن بالمشاهده على ما ذكره.

قيل: و يمكن الجمع بمشاهده جملة يدخل المسلم فيه فى ضمنها من غير تعيين، و هو غير مخرج عن وضعه، كاشتراطه من غله قريه معينه لا تخيس (٥) عادةً، و حينئذ فتكفى مشاهده الحيوان عن الإمعان فى

ص: ١١٨

١- انظر السرائر ٣٠٧:٢.

٢- الطوسى فى الخلاف ١٩٨:٣، حكاه فى المختلف عن القاضى فى الكامل: ٣٦٦.

٣- الكافى ٩/٢٠١، التهذيب ٧/١١٩/٢٨، الوسائل ١٨:٢٩٣ أبواب السلف ب ٥ ح ٤. الممشك: الجلد. القاموس المحيط ٣:٣٢٩.

٤- الكافى ١٠/٢٢١، الفقيه ٥:١٠/١٦٥، التهذيب ٣:٧٣٠/١٦٥، الوسائل ٧:١٢٠/٢٨، أبواب السلف ب ٣ ح ٧.

٥- خاس البيع و الطعام، كأنّه كسد حتى فسّد. الصحاح ٣:٩٢٦.

و هو حسن، و لكن المشهور المنع مطلقاً.

و نحو المذكورات الجواهر مطلقاً، و اللآلى الكبار؛ لتعدّر ضبطها على وجه يرفع بسببه اختلاف الثمن، و تفاوت (٢) الثمن فيها تفاوتاً باعتباريات لو ذكرت لأدت إلى عسر وجودها الموجب للبطلان كما مضى، و بدونها لا يحصل العلم بوصفها.

أمّا اللآلى الصغار التي لا تشتمل على أوصاف كثيرة تختلف باختلافها القيمة فيجوز مع ضبط ما يعتبر فيها من الوزن و العدد مع بعض الصفات.

و ضابطها كلّ ما يباع بالوزن و لا يلاحظ فيه الأوصاف الكثيره عرفاً.

و تحديد بعض إياه بما يطلب للتداوى دون التزيّن، أو ما يكون وزنه سدس دينار (٣)، رجوع إلى ما لا دليل عليه.

و كذا القول في بعض الجواهر التي لا يتفاوت الثمن باعتبارها تفاوتاً بيناً كبعض العقيق، على ما فى الدروس و غيره (٤).

و يجوز فى الأمتعه و الحيوان كلّه، صامتاً كان أم ناطقاً و الحبوب و الفواكه و الطيب و نحو ذلك و بالجمله كلّ ما يمكن ضبطه بالوصف الموصف (٥)، بلا خلاف يعرف، بل على الثانى الإجماع فى الغنيه (٦)؛ للأصل، و العمومات، و الصحاح المستفيضه و غيرها من

ص: ١١٩

١- قال به الشهيد الثانى فى الروضه ٣:٤٠٦.

٢- عطف على التعدّر. (منه رحمه الله).

٣- جامع المقاصد ٤:٢١٢.

٤- الدروس ٣:٢٤٨؛ و انظر الروضه ٣:٤٠٦، و الحدائق ٢٠:١٤.

٥- أى سابقاً.

٦- الغنيه (الجوامع الفقهيّه): ٥٨٩.



المعتبره، ففي الصحيح وغيره: «لا بأس بالسلم في المتاع إذا وصفت الطول والعرض» (١).

و نحوهما الموثق كالصحيح: عن السلم وهو السلف في الحرير و المتاع الذي يصنع في البلد الذي أنت به؟ قال: «نعم إذا كان إلى أجل معلوم» (٢).

و في الصحيح و الموثق كالصحيح: «لا بأس بالسلم في الحيوان إذا وصفت أسنانها» (٣).

و في الصحيح: «إن أبا جعفر عليه السلام لم يكن يرى بأساً بالسلم في الحيوان بشيء معلوم إلى أجل معلوم» (٤).

و فيه: عن السلف في الطعام بكييل معلوم إلى أجل معلوم، قال:

«لا بأس به» (٥).

و النصوص بذلك كثيره تمرّ بك في المباحث الآتية.

### الثاني قبض رأس المال قبل التفرق

الثاني: قبض رأس المال أي الثمن قبل التفرق بالبدن.

و الأصل في شرطيته في صحه السلم الإجماع في الظاهر، المحكى في الغنيه و عن التذكرة (٦) صريحاً.

ص: ١٢٠

- ١- الكافي ١/١٩٩، التهذيب ٧: ١١٣/٢٧، الوسائل ١٨: ٢٨٣ أبواب السلف ب ١ ح ١.
- ٢- الكافي ٢/١٩٩، التهذيب ٧: ١١٤/٢٧، الوسائل ١٨: ٢٨٩ أبواب السلف ب ٣ ح ٤.
- ٣- الكافي ٥: ٣/٢٢٠، الوسائل ١٨: ٢٨٤ أبواب السلف ب ١ ح ٣.
- ٤- الكافي ٥: ٥/٢٢٠، الوسائل ١٨: ٢٨٨ أبواب السلف ب ٣ ح ٢.
- ٥- الكافي ٥: ٢/١٨٥، التهذيب ٧: ١٢١/٢٨، الوسائل ١٨: ٢٩٥ أبواب السلف ب ٦ ح ١.
- ٦- الغنيه (الجوامع الفقهيه): ٥٨٩، التذكرة ٥٥٦: ١.

خلافاً للإسكافي (١)، فجوز التأخير إلى ثلاثة أيام. وهو شاذ، وفي المهذب و الدروس و المسالك (٢) أنه متروك.

فلو باع مسلماً و لم يقبض من الثمن قبل التفريق شيئاً بطل رأساً.

و لو قبض بعض الثمن ثم افترقا بطل فيما لم يقبض و صحَّ في المقبوض و لكن يتخير البائع في الفسخ؛ لتبعض الصفقة، إلا إذا كان عدم الإقباض بتفريطه فلا خيار له.

و لو كان الثمن ديناً على البائع فبيع المسلم فيه به صحَّ على الأ شبه وفاقاً لنهايه (٣)، و عليه الماتن هنا و في الشرائع و الفاضل في التحرير (٤)، إما لأن ما في الذمه بمنزله المقبوض، أو للأصل، و العمومات، و انحصار دليل هذا الشرط في الإجماع، و ليس بمتيقن بل و لا ظاهر في محل النزاع؛ لمكان الاختلاف.

مضافاً إلى التأيد بالخبر: في رجل كان له على رجل دراهم، فعرض عليه الرجل أن يبيعه بها طعاماً إلى أجل مسمى، فقال: «لا بأس بذلك» (٥) الخبر.

و لا ينافيه النهى عنه في الذيل؛ لإشعار السياق بورود ذلك للتقته.

و أولى بالجواز ما حوسب به عن الثمن الكلى دون أن يقع البيع به، و عليه الأكثر لما يأتي.

خلافاً للأشهر في الأول دون الثاني، فيبطل؛ لأنه يبيع دين بدين منهى

ص: ١٢١

١- كما حكاه عنه في المختلف: ٣٦٤.

٢- المهذب البارع ٤٧٣:٢، الدروس ٢٥٦:٣، المسالك ٢١٣:١.

٣- النهايه: ٣٩٧.

٤- الشرائع ٣٢:٢، التحرير ١٩٥:١.

٥- التهذيب ١٨٦/٤٣:٧، الوسائل ٢٩٨:١٨ أبواب السلف ب ٨ ح ١؛ بتفاوت يسير.

عنه، أمّا كون المسلم فيه ديناً فواضح، و أمّا الثمن الذى فى الذمه فلائنه دين فى ذمه المسلم إليه، فإذا جعل عوضاً للمسلم فيه صدق بيع الدين بالدين، لأنّ نفس الدين قد قرب بالباء فصار ثمناً. ولا كذلك المحاسبه عليه قبل التفرق إذا لم يشترطه ثمناً؛ لأنّه استيفاء دين قبل التفرق مع عدم ورود العقد عليه، فلا يقصر عمّا لو أطلقا الثمن ثم أحضره قبل التفرق.

و إنّما يفتقر إلى المحاسبه مع تخالفهما جنساً أو وصفاً، أمّا لو اتفق ما فى الذمه فيهما وقع التهاتر و التساقت قهرياً و لزم العقد.

و للدروس فى الثانى (١)، فاستشكل فيه؛ استناداً إلى أنّه يلزم منه كون مورد العقد ديناً بدين.

و مبنى القولين على أحد تفسيرى بيع الدين بالدين، و هو شموله لما صار ديناً بالعقد و إن لم يكن ديناً قبله، و عليه الأكثر.

و فيه نظر يتّضح وجهه بالتدبر فيما ذكره شيخنا فى الروضه فى كتاب الدين: من أنّ الدين الممنوع منه ما كان عوضاً حال كونه ديناً بمقتضى تعلق الباء به، و المضمون عند العقد ليس بدين، و إنّما يصير ديناً بعده فلم يتحقّق بيع الدين بالدين (٢).

و هو فى غايه الجوده، و إن ناقض نفسه فى المسأله فى الكتاب المتقدم إلى ذكره الإشاره. فضّعّف القولان بالضروره.

و تزيد على الثانى الحججه بما أورده عليه شيخنا فى المسالك و الروضه (٣) فى المسأله: من أنّ بيع الدين بالدين لا يتحقّق إلّا إذا جعلاً فى

ص: ١٢٢

١- الدروس ٢٥٦:٣.

٢- الروضه البهيه ٢٠:٤.

٣- المسالك ٢١٣:١، الروضه ٤١٠:٣.

نفس العقد متقابلين في المعاوضه، قضيه للباء. و هي هنا منفيه؛ لأنّ الثمن فيه أمر كلى و تعيينه بعد العقد فى شخص لا يقتضى كونه هو الثمن الذى جرى عليه العقد، و مثل هذا التقاصّ و التحاسب استيفاء لا معاوضه، و لو أثر مثل ذلك لأثر مع إطلاقه ثم دفعه فى المجلس، لصدق بيع الدين بالدين عليه ابتداءً.

فإذا القول بما فى المتن أظهر لكنّه يكره لشبهه الخلاف.

فالاحتياط عنه أجود، بل لعلّه المتعين؛ للصحيح: عن الرجل يكون له على الرجل طعام أو بقر أو غنم أو غير ذلك، فأتى المطلوب الطالب لبتاع منه شيئاً؟ قال: «لا يبيعه نسيئاً، فأما نقداً فليبيعه بما شاء» (١) فتأمل.

### الثالث تقدير المبيع بالكيل أو الوزن

الثالث: تقدير المبيع المسلم فيه بالكيل أو الوزن المعلومين فيما يكال أو يوزن، و فيما لا يضبط بيعه سلفاً إلّا به، و إن جاز بيعه جزافاً كالحطب و الحجاره، بلا خلاف.

استناداً فى الأوّل إلى ما دلّ عليه فى مطلق البيع من حديث النهى عن بيع الغرر و المجازفه، مع التأيد بخصوص المعبره، كالصحيح: عن السلم فى الطعام بكيل معلوم إلى أجل معلوم، قال: «لا بأس به» (٢).

و الموثق: «لا بأس بالسلم كيلاً معلوماً إلى أجل معلوم، لا يسلم إلى دياس و لا إلى حصاد» (٣).

مضافاً إلى صريح النبوى العامى: «من أسلف فليسلف فى كيل معلوم

ص: ١٢٣

١- التهذيب ٧:٢٠٧/٤٨، الوسائل ١٨:٤٥ أبواب أحكام العقود ب ٦ ح ٨.

٢- الكافى ٥:٢/١٨٥، التهذيب ٧:١٢١/٢٨، الوسائل ١٨:٢٩٥ أبواب السلف ب ٦ ح ١.

٣- الكافى ٥:١/١٨٤، الفقيه ٣:٧٤٠/١٦٧، التهذيب ٧:١١٦/٢٧، الوسائل ١٨:٢٨٩ أبواب السلف ب ٣ ح ٥.

إلى أجلٍ معلوم» (١) وقصور السند بالعمل مجبور.

و فى الثانى: إلى الدليل الأوّل من لزوم الغرر، مع عدم اندفاعه هنا إلّا بأحد الأمرين، وإن اندفع بالمشاهدة فى غير السلف؛ لعدم إمكانه فيه بالضرورة إلّا على احتمالٍ تقدّم إلى ذكره الإشاره من الاكتفاء بمشاهده جمله يدخل المسلم فيه فى ضمنها من غير تعيين (٢)، إلّا أنّه لم يعتبره هنا أحد من الطائفة، حتى من احتمل اعتباره فى المسأله السابقه.

و لا يكفى التقدير ب العدد إجماعاً فى المعتمد بأحد التقديرين.

و كذا لو كان ممّا يعدّ و يباع به فى مطلق البيع مطلقاً، وفاقاً للطوسى و التذكره (٣)؛ للتفاوت المفضى إلى الغرر و الجهاله.

خلافاً للإسكافى (٤)، فيجوز كذلك؛ للأصل. و يندفع بما مرّ.

و لجماعه من المتأخرين كالشهيدين و غيرهما (٥)، فالتفصيل بين ما يكثر فيه التفاوت كالرّمان و البطيخ و الباذنجان فالأوّل، و ما يقلّ فيه كالصنف الخاص من الجوز و اللوز فالثانى؛ للتسامح عادةً فى مثله فيندفع معه الغرر.

و هو حسن إن كان التفاوت اليسير كذلك، و إلّا فالأوّل أظهر، و لعلّ هذا مراد المفصّل.

ص: ١٢٤

---

١- مسند أحمد ١: ٢١٧، صحيح مسلم ١٢٨، ١٢٢٦/١٢٧: ٣، سنن أبى داود ٣: ٣٤٦٣/٢٧٥، سنن النسائى ٧: ٢٩٠، الجامع الصغير ٢: ٨٤٣٣/٥٦٩.

٢- راجع ص: ١١٨.

٣- الطوسى فى المبسوط ٢: ١٨٨، التذكره ١: ٥٥٦.

٤- على ما نقله عنه فى المختلف: ٣٦٧.

٥- الشهيد الأوّل فى الدروس ٣: ٢٥٣، الشهيد الثانى فى الروضه ٣: ٤١١؛ و انظر قواعد الأحكام ١: ١٣٦، و التحرير ١: ١٩٥.

و بالجمله: الضابط للصححة الانضباط الدافع لاختلاف الثمن، فحيث حصل بالعدد جاز السلم، وإلا فالأقرب المنع.

و عليه يتعين الضبط بالوزن أو الكيل في المقدّر بهما، وبالأول في غيره مطلقاً، وبالثاني فيما لا يتجافى في المكيال كالجوز و اللوز، دون ما يتجافى كالبطيخ و الباذنجان و الرمان فيتعين فيه الأول.

و يعتبر في مثل الثوب ضبطه بالذرع، و إن جاز بيعه بدونه مع المشاهده، كما مرّ إليه الإشاره. و كان عليه أن يذكره أيضاً؛ لخروجه عن الاعتبار المذكوره.

و حيث قد عرفت اعتبار الضبط بالوزن أو الكيل فيما لا يضبط إلا به و إن جاز بيعه بالجزاف ظهر لك الوجه في أنه لا يصح السلم في نحو القصب أطناناً، و لا في الحطب حُزماً، و لا في الماء قريباً مع ورود النهي عن الأخير في بعض النصوص و قد تقدّم (١).

و كما يشترط تقدير المسلم فيه بأحد ما تقدّم كذا يشترط التقدير في الثمن لكن بما تقدّر في مطلق البيع، فيعتبر المقدّر بأحد الاعتبار الثلاثه به، و ما عداه بما يعتبر به من الذرع و نحوه، فلو كان ممّا يباع جزافاً جاز الاقتصار على مشاهدته كما لو بيع.

و قيل: يكفي هنا التقدير ب المشاهده مطلقاً، كما عن المرتضى (٢)، و قد تقدّم الكلام فيه فيما مضى (٣) و أنّ العمل على الأول أشهر و أقوى.

ص: ١٢٥

١- في ص: ١١٧ الرقم (٤).

٢- الناصريات (الجوامع الفقيهيه): ٢١٧.

٣- راجع ص: ٢٥١ من ج ٨.

## الرابع تعيين الأجل بما يرفع احتمال الزيادة و النقصان

الرابع: تعيين الأجل المشترط بما يرفع احتمال الزيادة فيه و النقصان عند المتعاقدين، بلا خلاف، بل عليه الإجماع فى نهج الحق و الغنيه (١)(٢)؛ و هو الحجّه.

مضافاً إلى النبوى العام (٣)، و الصحاح المستفيضه و غيرها من المعتبره (٤) المتقدّمه إلى جمله منها الإشاره.

و أخصّيه موارد الأخيره بعدم القائل بالفرق مدفوعه.

## الخامس أن يكون وجوده غالباً حين حلوله

الخامس: أن يكون وجوده أى المسلم فيه غالباً حين حلوله بحلول أجله المشترط فيه فى البلد الذى شرط تسليمه فيه أو بلد العقد حيث يطلق، على أحد الأقوال الظاهر من الماتن هنا، حيث لم يذكر اشتراط ذكر محلّ التسليم، و هو ظاهر فى الصححه بدونه، و إلّا لا يشترطه، أو فيما قارب البلدين بحيث ينقل إليه عادةً، و لا يكفى وجوده فيما لا يعتاد نقله منه إليه إلّا نادراً، كما لا يشترط وجوده حال العقد حيث يكون مؤجلاً، و لا فيما بينهما.

و اعتبار غلبه الوجود فيه عند الحلول هو المشهور بين الأصحاب، بل لا يكاد يعرف لهم مخالف فى ذلك، إلّا ما ربما يتوهم من عبارتى القواعد و الدروس، حيث بدّل الغلبه بالإمكان فى الأوّل، و بالقدره على التسليم فى الثانى (٥).

و هما و إن أورثا التوهم فى بادئ النظر، إلّا أنّ التدبّر فى كلامهما

ص: ١٢٦

١- نهج الحق: ٤٨٧، الغنيه (الجوامع الفقهيّه): ٥٨٩.

٢- و عن الخلاف (٣: ١٩٧) و التذكره (١: ٥٤٨). (منه رحمه الله).

٣- المتقدم فى ص: ١٢٣.

٤- انظر الوسائل ١٨: ٢٨٨ أبواب السلف ب ٣.

٥- القواعد ١: ١٣٧، الدروس ٣: ٢٥٦.

يقتضى المصير إلى التأويل فيهما، بحملهما على ما ذكره بعض الأصحاب (١): من أنّ المراد بإمكان وجوده و القدره على تسليمه كونه بحيث يوجد كثيراً عادةً بحيث لا يندر تحصيله، فالمراد إمكان وجوده عادةً، فإنّ الممكن عادةً هو الذي لا يعزّ وجوده.

فقد صرّحاً أولاً باشتراط عدم الاستقصاء في الأوصاف الموجب لعزّه الوجود و البطلان معه. و ثانياً بما يفصح عن إرادتهما الحمل من الإمكان و ما في معناه صريحاً:

فقال الأول: و لو طرأ الانقطاع بعد انعقاد السلم كما لو أسلم فيما يعمّ وجوده و انقطع لحاجه، أو وجد وقت الحُلُول عامّاً ثم أّخر التسليم لعارض ثم طالب بعد انقطاعه تخير المشتري. إلى آخر كلامه.

و هو كما ترى كالصريح، بل صريح في جعل المعيار في انعقاد السلم هو عموم الوجود، و نحوه كلام آخر له يقرب من هذا في الدلاله عليه.

و قال الثاني: و لو أسلم فيما يعسر وجوده عند الأجل مع إمكانه كالكثير من الفواكه في البواكير فإن كان وجوده نادراً بطل، و إن أمكن تحصيله لكن بعد مشقّه فالوجه الجواز؛ لإلزامه به مع إمكانه، و يحتمل المنع: لأنّه غرر.

فهو كالصريح في عدم جعل المعيار مجرّد الإمكان بالمعنى المتوهم، بل جعله إيّاه بالمعنى المتقدّم، فنسبه الخلاف إليهما في المسأله ليست بجيّد.

و من عباره الدروس يظهر نوع إيحاء إلى وجه اشتراط هذا الشرط،

ص: ١٢٧



و يفصح عنه صريحاً ما مرّ في توجيه البطلان مع الاستقصاء في الأوصاف المنجّر إلى عزّه الوجود. و هو و إن احتاج الاستناد إليه لذلك إلى نوع تأمل إلا أنه صالح لاعتضاد عدم الخلاف الذي هو الحجه في المقام، و ليس في شيء من النصوص ما يخالف ذلك، كما يظهر بالتأمل فيها و التدبّر.

ثم إنّ الوجود عند الأجل بأى معنى اعتبر أعمّ من التجدّد فيه بعد عدمه في زمن العقد، و إليه أشار بقوله: و لو كان معدوماً وقت العقد و ما بينهما، أو وجوده فيه إلى الأجل.

## الثانى فى أحكامه و هى مسائل

### إشاره

الثانى: فى أحكامه، و هى مسائل:

### الأولى لا يجوز بيع السلم قبل حلوله

الأولى: لا- يجوز بيع السلم قبل حلوله بحلول الأجل مطلقاً، على من هو عليه كان أو غيره، حالاً أو مؤجّلاً، بلا خلاف يظهر، إلا من بعض من ندر ممّن تأخّر (1)، فجوّزه مطلقاً؛ التفاتاً إلى أنه حق مالى فيجوز بيعه. و لا ينافيه عدم استحقاق المشتري الأول له؛ لتعلّق عدم الاستحقاق بالمطالبه دون الملكيه، فإنّها حاصله و إن لم يجز له قبل الأجل المطالبه.

و القدره على التسليم المشترطه فى صحه المعامله إنّما هى فى الجملة لا حين إجراء عقد المعامله، و إلا لما صحّ ابتياع الأعيان الغائبه إلا بعد حضورها و إمكان القدره على تسليمها حين المعامله، و هو فاسد بالإجماع و الضروره.

و ربما يضعّف بابتناؤه على حصول الملكيه.

و المناقشه فيه واضحه؛ إذ هى فرع الانتقال، و هو مشروط بانقضاء المدّه، و ليس، كما هو مفروض المسأله.

ص: ١٢٨

و منه يظهر أنّ صرف الاستحقاق المنفى إلى المطالبه خاصّه دون الملكيه فاسد بالبديهه بعد ما ظهر من اشتراطها بانقضاء المدّه المشترطه فى الانتقال حين المعامله، فما لم يتحقّق كما هو المفروض لم تحصل الملكيه. و فيه نظر.

إلّا أنّ ظاهر الغنيه و التنقيح و المحقق الثانى فى شرح الإرشاد كالفاضل الأردبيلى فى شرح الإرشاد (١) انعقاد الإجماع على الحكم على الإطلاق المستفاد من العبارة و غيرها من عبارات الجماعه، فلا ريب فى المسأله بحمد الله سبحانه.

و يجوز بيعه بعده و بعد القبض بالضروره و كذا إن لم يقبضه مطلقاً، و لو بمجانس الثمن، ربويين كانا أو غيره، على الأظهر الأشهر بين الطائفه إذا لم يكن بين الثمنين الربويين مع التجانس تفاوت زياده و لا نقيصه؛ للأصل، و العمومات، و الصحاح المستفيضة و غيرها من المعتميره. و مواردنا و إن اختصّت بالبيع على من هو عليه، إلّا أنّه لا قائل بالفرق بين الطائفه.

خلافاً للتهذيب (٢)، فمنع من البيع بالدراهم إذا كان الثمن الأوّل كذلك؛ للخبر: عن الرجل له على آخر تمر أو شعير أو حنطه أ يأخذ بقيمته دراهم؟ قال: «إذا قومه دراهم فسد، لأنّ الأصل الذى اشترى به دراهم، فلا يصلح دراهم بدراهم» (٣).

ص: ١٢٩

١- الغنيه (الجوامع الفقيهه): ٥٨٩، التنقيح الرائع ٢: ١٤٥، مجمع الفائده و البرهان ٨: ٣٦٠.

٢- التهذيب ٧: ٣٠.

٣- التهذيب ٧: ١٢٩/٣٠، الإستبصار ٣: ٢٤٦/٧٤، الوسائل ١٨: ٣٠٨ أبواب السلف ب ١١ ح ١٢.

و ضعف سنده يمنع من العمل به، مع احتمال ككلام التهذيب الحمل على صورته التفاوت بالزيادة و النقيصه، كما فهمه منه الجماعة، و لذا لم ينسبوا إليه القول الأول بالمره، بل نسبوه إلى هذا القول، و له فيه موافق كثير من الطائفه كالإسكافي و العماني و القاضي و ابن زهره و الحلبي و ابن حمزه (١)، و ادعى في الدروس أنه مذهب الأكثر (٢)، و عن الحلبي دعوى الإجماع عليه، و هي ظاهر الغنيه، و اختاره جمع ممن تأخر (٣)؛ لكثير من تلك الصحاح، و هي مستفيضه، منها فيمن أعطى رجلاً ورقاً بوصيف إلى أجل مسمى، فقال له صاحبه: بعد لا أجد وصيفاً، خذ مني قيمه وصيفك اليوم ورقاً، قال: «لا يأخذ إلا وصيفه أو ورقه الذي أعطاه أول مره لا يزداد عليه شيئاً (٤).

و منها: «من اشترى طعاماً أو علفاً.. فإن لم يجد شرطه و أخذ ورقاً لا محاله قبل أن يأخذ شرطه فلا يأخذ إلا رأس ماله لا تظلمون و لا تظلمون [١]» (٥).

و منها: عن الرجل يسلف في الحنطه و التمر بمائه درهم، فيأتي

ص: ١٣٠

١- حكاة عن الإسكافي و العماني و القاضي في المختلف: ٣٦٥، ابن زهره في الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٥٨٩، الحلبي في الكافي: ٣٥٨، ابن حمزه في الوسيله: ٢٥١.

٢- الدروس ٣: ٢٥٨.

٣- منهم: العلامة في التحرير ١: ١٩٦، و الشهيد الثاني في الروضه ٣: ٤٢١، و صاحب الحدائق ٣٦: ٢٠.

٤- الكافي ٥: ٢/٢٢٠، التهذيب ٧: ١٣٣/٣٢، الإستبصار ٣: ٢٤٩/٧٥، الوسائل ١٨: ٣٠٧ أبواب السلف ب ١١ ح ٩؛ بتفاوت يسير.

٥- التهذيب ٧: ١٣٤/٣٢، الإستبصار ٣: ٢٥٠/٧٥، الوسائل ١٨: ٣٠٩ أبواب السلف ب ١١ ح ١٥.

صاحبه حين يحلّ الذي له، فيقول: و الله ما عندي إلّا نصف الذي لك، فخذ منّي إن شئت بنصف الذي لك حنطه و بنصفه ورقاً، فقال: « لا بأس إذا أخذ منه الورق كما أعطاه» (١).

و منها: عن الرجل يسلف في الغنم ثيان و جذعان و غير ذلك إلى أجل مسمّى، قال: « لا بأس إن لم يقدر الذي عليه الغنم على جميع ما عليه يأخذ صاحب الغنم نصفها أو ثلثها و يأخذ رأس مال ما بقي من الغنم دراهم، و يأخذون دون شروطهم، و لا يأخذون فوق شروطهم» قال:

« و الأكسبه أيضاً مثل الحنطه و الشعير و الزعفران و الغنم» (٢).

خلافاً للمفيد و الحلّيين و كثير من المتأخرين (٣)، حتى ادّعى جماعه (٤) منهم عليه الشهره؛ للأصل، و العمومات السليمه عمّا يصلح للمعارضه سوى الصحاح المتقدّمه، و هي غير صريحه الدلاله على وقوع المعامله الثانيه، فيحتمل ورودها في الفسخ خاصّه. و لا ريب في المنع عن الزياده حينئذٍ مع التجانس و الكيل و الوزن كما هو مفروض المسأله؛ لأنّها ربا محض، منعت عنه الشريعه، و ذلك فإنّ بالفسخ يستحق المسلم ثمنه خاصّه فلا يجوز له حينئذٍ أخذ الزياده، و لا كذلك مع عدم الفسخ و إبقاء المعامله، فإنّ ما يستحقه في هذه الصوره هو المسلم فيه دون الثمن الأوّل،

ص: ١٣١

١- التهذيب ٧: ١٣٥/٣٢، الإستبصار ٣: ٢٥١/٧٥، الوسائل ١٨: ٣٠٩ أبواب السلف ب ١١ ح ١٦.

٢- الكافي ٥: ٨/٢٢١، الوسائل ١٨: ٣٠٣ أبواب السلف ب ١١ ح ١.

٣- المفيد في المقنعه: ٥٩٦، ابن إدريس في السرائر ٢: ٣١١، العلّامه في المختلف: ٣٦٤، المحقق في الشرائع ٢: ٦٥، الأردبيلي في مجمع الفائده ٨: ٣٦١، صاحب الحدائق ٢٠: ٤٣.

٤- منهم: السبزواري في الكفايه: ١٠٢، و صاحب الحدائق ٢٠: ٤٠.

فله أن يبيعه بأضعاف الثمن الذى دفعه، و لا موجب للربا فيها بالمرّه. هذا.

مضافاً إلى إطلاق كثير من المعتبره، منها المرسل كالموثق: فى الرجل يسلف الدراهم فى الطعام إلى أجل فيحلّ الطعام فيقول: ليس عندى طعام و لكن انظر ما قيمته فخذ منى ثمنه، قال: « لا بأس بذلك» (١).

و الخبر: الرجل يسلفنى فى الطعام فيجىء الوقت و ليس عندى طعام، أُعطيته بقيمته دراهم؟ قال: « نعم» (٢).

و المسأله محلّ تردّد، و إن كان الأوّل لا- يخلو عن قوّه؛ للإجماعات المحكيه و ظهور الصحاح سيّما الأوّل منها فى المعامله الثانيه، و لو سلّم عدمه فإطلاقها بل عمومها يشملها أيضاً بالضروره، سيّما مع التعليل فى بعضها بقوله « لا تُظلمُونَ وَ لا تُظلمُونَ» [١] الذى هو كالنص فى العموم، و هى بالنظر إلى الأصل و العمومات خاصّه، فلتقدّم.

و النصوص المعارضه قاصره السند، ضعيفه الدلاله؛ لاحتمالها الحمل على صورته عدم الزيادة أو عدم المجانسه، و لا ريب فى الجواز فيهما فتوى و روايه، ففى الصحيح عن رجل أسلف رجلاً دراهم بحنطه حتى إذا حضر الأجل لم يكن عنده طعام و وجد عنده دوابّ و رقيقاً و متاعاً، يحل له أن يأخذ من عروضه ذلك بطعامه؟ قال: « نعم، يسمّى كذا و كذا بكذا و كذا صاعاً» (٣).

ص: ١٣٢

- ١- الكافى ٥:٦/١٨٥، التهذيب ٧:١٢٧/٣٠، الإستبصار ٣:٢٥٢/٧٥، الوسائل ١٨:٣٠٥ أبواب السلف ب ١١ ح ٥.
- ٢- الكافى ٥:١٢/١٨٧، التهذيب ٧:١٢٨/٣٠، الإستبصار ٣:٢٥٣/٧٥، الوسائل ١٨:٣٠٦ أبواب السلف ب ١١ ح ٨.
- ٣- الكافى ٥:٧/١٨٦، التهذيب ٧:١٣٠/٣١، الإستبصار ٣:٢٥٤/٧٦، الوسائل ١٨:٣٠٥ أبواب السلف ب ١١ ح ٦.

و صريحه كالصحيح المتقدمه و غيرها جواز بيع الطعام على من هو عليه قبل القبض من دون كراهه.

خلافاً لظاهر الماتن، فخصّ الحكم بالجواز من دونها بما عده لقوله: على كراهيه فى الطعام على من هو عليه و هو المسلم إليه و على غيره و هو ظاهر الغنيه مدّعياً عليه إجماع الطائفه، إلّا أنّه أبدل الكراهه بالحرمة (1)، و لعلهما نظراً إلى ما تقدّم فى بيعه قبل قبضه من إطلاق النصوص المانع.

و يدفعه أنّ هذه النصوص خاصّه مقدّمه على تلك، لكن فى مواردّها و هو البيع ممّن هو عليه خاصّه.

و لكن الكراهه على الإطلاق غير بعيدة بناءً على المسامحه فى أدلتها فتكفى فيها بشبهه الخلاف، و الإجماع المدعى، و الإطلاق الذى مضى.

و كما يجوز بيعه مطلقاً و لو مرابحه و كان كلّ من الثمين ربويًا كذا يجوز بيع بعضه كذلك، و صرح بجوازه فى الجمله بعض الصحاح المتقدمه، و هى متّفقه الدلاله على جواز توليته و توليه بعضه بمعنى بيعهما برأس المال، و لا فائده لذكرهما إلّا التنبيه على عموم الجواز فى بيع الجميع و البعض المذكور سابقاً لصورتى المرابحه و المواضعه مطلقاً؛ دفعاً للقولين المتقدمين من المنع عن البيع بمجانس الثمن الأوّل مع ربويتهما إمّا مطلقاً، كما فى أحدهما، أو فى صورته تفاوتهما بالزيادة و النقيصه كما فى الثانى.

و كذا حكم بيع الدين فلا يجوز قبل الأجل مطلقاً، و يجوز بعده كذلك، بلا خلاف فى الأخير إلّا فى البيع على غير من هو عليه،

ص: ١٣٣

فمنعه الحلي مدعيًا لإجماع عليه (١). والأظهر الأشهر خلافه؛ للأصل، و العمومات السليمة عن المعارض سوى الإجماع المحكي، و هو بعد اشتهاار خلافه عن التخصيص قاصر.

و أما الأول ففيه خلاف، فبين مصرّح بالمنع، كالشهيد في الدروس (٢)، و هو ظاهر الإرشاد (٣) و المتن، لظاهر التشبيه.

و مصرّح بالجواز، كما في الروضة و عن التذكرة (٤)، و هو ظاهر المختلف و اللمعه و جماعه (٥).

و مستند القولين قد مرّ، و ضعف الثاني منهما قد ظهر، لكن في جريان وجه الضعف هنا مطلقاً نظر ينشأ من ابتناؤه ثمّه إمّا على الإجماع الظاهر المحكي، و هو مفقود هنا، أو على عدم انتقال السلم حين العقد المستلزم لعدم الملكيه للبائع.

و منه ينقدح فساد المعامله قبل حلول الأجل، و لا كذلك مطلق الدين؛ لحصول الملكيه بمجرد السبب في بعض أفراده، و غايه الأمر توقّف المطالبه على انقضاء الأجل، كما في مهر الزوجه و القرض المشترط فيهما الأجل اللازم.

و لعلّه لذا أفتى الأصحاب من غير خلاف يعرف بالمنع في السلف، و اختلفوا في المسأله، و صار إلى الجواز فيها الجماعه المزبوره التي يمكن

ص: ١٣٤

١- السرائر ٥٥:٢.

٢- الدروس ٣١٣:٣.

٣- الإرشاد ٣٩١:١.

٤- الروضة ١٩:٤، التذكرة ٣:٢.

٥- المختلف: ٤١١، اللمعه (الروضة البهيه ٤): ١٩؛ و انظر المسالك ٢١٧:١، و الكفايه: ١٠٤.

أن يطلق عليهم بالإضافه إلى المخالف الشهره.

و يحتمل إرجاع التشبيه فى العبارة إلى ما يوافق هؤلاء الجماعة، بأن يراد منه التشبيه للسلف فى أصل جواز البيع لا مطلقاً.

و حيث جاز فإن باعه بما هو حاضر مشخّص بنحو الإشاره صحّ بلا خلاف و لا ريبه؛ للأصل، و العمومات التى هى عن المعارض سليمه.

و كذا صحّ إن باعه بمضمون حالّ إطلاق العبارة يقتضى عدم الفرق فيه بين ما لو كان مؤجلاً ثم حلّ الأجل، أو كان غير مؤجل فى الأصل، كما إذا بيع بدينار كلّى غير مستقرّ فى ذمّه قبل البيع. و لا إشكال فيه؛ لما مرّ، مع عدم صدق الدين عليه حقيقه كما يأتى.

و يشكل فى الأموال إن لم يكن إجماع، كما هو ظاهر الروضه (1)، حيث جعل الجواز أقوى. و هو مشعر بل ظاهر فى وقوع الخلاف، و وجهه قوّه احتمال صدق الدين عليه، بناءً على تضمّنه الأجل و لو فى الزمان السابق على العقد، فيلزم حينئذ بيع الدين بالدين.

و وجه الجواز إمّا الشك فى الصدق، أو لزوم الاقتصار فى المنع عن بيع الدين بالدين المخالف للأصل على محلّ الوفاق، و ليس منه محلّ الفرض، لوقوع الخلاف. و الخبر المانع عنه و إن كان عامّاً إلّا أنّه قاصر سنداً يشكّل الاعتماد عليه فيما عدا الإجماع.

و ربما يوجّه باختصاص الدين بالمؤجل، كما فى كلام الأصحاب

ص: ١٣٥



و جماعه من أهل اللغة (١)، و محلّ الفرض بعد انقضاء أجله ليس كذلك.

و فيه نظر؛ إذ لا يبعد أن يكون المراد من اعتبار الأجل فيه اعتباره حين ثبوته، بمعنى أنّ الدين ما يضرب فيه الأجل أوّل مرّه، و لا ينافيه خلّوه عنه فى ثانى الحال، و لذا أنّ الأصحاب يطلقون على الدين بعد حلول أجله لفظه إطلاقاً حقيقياً، و هو المتداول عرفاً، و لا يصلح السلب عنه فيه حينئذٍ جدّاً.

و كيف كان فالمنع أقوى.

و يحتمل أن يراد بالمضمون الحالّ فى العبارة و غيرها هو المعنى الثانى، و لعلّه الظاهر، فلا خلاف فيه.

و لو شرط تأجيل الثمن قيل: يحرم كما عن الحلّى (٢) و تبعه كثير (٣) لأنّه بيع دين بدين منهى عنه بالنص و الإجماع.

و فيه نظر؛ لأنّ الدين الممنوع عن بيعه بمثله ما كان عوضاً حال كونه ديناً بمقتضى تعلق الباء به، و المضمون عند العقد ليس بدين و إنّما يصير ديناً بعده، فلم يتحقق بيع الدين به، و لأنّه يلزم مثله فى بيعه بحالّ، و لم يلتزموه، و الفرق غير واضح.

و دعوى إطلاق اسم الدين عليه إن أرادوا به قبل العقد فممنوع، أو بعده فمشارك بين الحالّ المؤجّل، فيلزم أن لا يصحّ بحال كما مر.

و إطلاقهم له عليه عرفاً إذا بيع به فيقولون: باع فلان ماله بالدين، مجاز

ص: ١٣٦

١- القاموس ٤: ٢٢٦، الصحاح ٥: ٢١١٧.

٢- السرائر ٢: ٥٦.

٣- كالعلامة فى المختلف: ٤١٠، و الأردبيلى فى مجمع الفائدة ٨: ٣٦٠، و صاحب الحدائق ٢٠: ٤٧.

يقصد به أن الثمن بقى فى ذمته ديناً بعد البيع، و لو اعتبر مثل هذا الإطلاق جاء مثله فى الحالّ إذا لم يقبضه، خصوصاً إذا أمهله به من غير تأجيل، فتأمل.

و لذا قيل: يكره كما عن النهاية (١) و هو الأشبه بالأصل السليم عن المعارض كما ظهر، و هو خيرُه الشهيد الثانى (٢).

هذا إذا كان الثمن ديناً بالعقد، كما هو فرض المتن و الأصحاب.

و أمّا لو باع ديناً فى ذمّه زيد بدين آخر له فى ذمته، أو فى ذمه ثالث، أو ديناً فى ذمّه زيد بدين للمشتري فى ذمّه عمرو لم يجز قولاً واحداً، كما فى المهذب و غيره (٣) لأنه بيع دين بدين بلا إشكال.

و الأصل فيه بعد الإجماع النبوى العامى المانع عن بيع الكالى بالكالى (٤)، و الخاصى: «لا يباع الدين بالدين» (٥).

قال فى القاموس: الدين ماله أجل، و ما لا أجل له فقرض (٦)، و الكالى و الكلاء بالضم النسيئه (٧). و نحوه فى الأوّل المحكى عن النهاية الأثيريه و الغريبين (٨)، و هو ظاهر الأصحاب أيضاً، و ربما يحكى عن بعض

ص: ١٣٧

١- النهاية: ٣١٠.

٢- المسالك ٢١٧: ١.

٣- المهذب البارع ٤٧٦: ٢، انظر المسالك ٢١٧: ١، و الحدائق ٤٨: ٢٠.

٤- مستدرک الحاكم ٥٧: ٢، الجامع الصغير (للسيوطى) ٩٤٧٠/٦٩٨: ٢.

٥- الكافى ١٠٠/١: ٥، التهذيب ١٨٩/٤٠٠: ٦، الوسائل ٢٩٨: ١٨ أبواب السلف ب ٨ ح ٢.

٦- القاموس المحيط ٢٢٦: ٤.

٧- القاموس المحيط ٢٧: ١.

٨- حكاة عنهم صاحب الحدائق ٤٨: ٢٠.

أهل اللغة أنه القرض (١). و هو ضعيف.

### الثانيه إذا دفع دون الصفه و رضى المسلم صح

الثانيه: إذا دفع المسلم إليه المسلم فيه دون الصفه أو المقدار المشترطين فيه لا يجب على المسلم قبوله، وإن كان أجود من وجه آخر؛ لأنه ليس نفس حقه، مع تضرره به.

و لو رضى المسلم بذلك صح و لو كان ذلك لأجل التعجيل، بلا خلاف، بل فى الغنيه الإجماع عليه (٢)؛ لأنه أسقط حقه من الزائد برضاه، و النصوص به مع ذلك مستفيضه، منها الصحاح، فى أحدها:

عن الرجل يسلم فى وُصْفَاءِ بِأَسْنَانٍ مَعْلُومَةٍ وَ لَوْنٍ مَعْلُومٍ، ثُمَّ يَعْطَى دُونَ شَرْطِهِ أَوْ فَوْقَهُ، فَقَالَ: «إِذَا كَانَ مِنْ طَيِّبِهِ نَفْسٌ مِنْكَ وَ مِنْهُ فَلَا بَأْسَ» (٣).

و فى الثانى و الثالث: «و يأخذون دون شرطهم و لا يأخذون فوق شرطهم» (٤).

و منها: أ رأيت إن أسلم فى أسنان معلومه أو شىء معلوم من الرقيق، فأعطاه دون شرطه أو فوقه بطيبه النفس منهم، قال: «لا بأس» (٥).

و نحوه ما لو رضى بغير الجنس.

و لو دفع المسلم فيه بالصفه و جب القبول أو إبراء المسلم إليه

ص: ١٣٨

١- المصباح المنير: ٢٠٥.

٢- الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٥٨٩.

٣- الكافى ٥/٢٢١، التهذيب ٧/٢٠٠، الوسائل ١٨:٢٩٩ أبواب السلف ب ٩ ح ١.

٤- الكافى ٩/٢٢١، الفقيه ٣/٢٣٦، التهذيب ٧/١٣٢، الإستبصار ٣/٢٤٨، الوسائل ١٨:٣٠٣ أبواب السلف ب ١١ ح ١.

٥- الكافى ١/٢٢٠، الفقيه ٣/٧٣٣، التهذيب ٧/١٧٧، الوسائل ١٨:٢٩٩ أبواب السلف ب ٩ ح ٢.

بعد حلول الأجل، و لو امتنع قَبْضَه الحاكم مع الإمكان، و إلا فيخلى بينه و بينه و يبرأ بمجردَه على الظاهر.

و كذا يجب القبول أو الإبراء بعد الحلول لو دفع إليه فوق الصفه في المشهور بين الأصحاب؛ قيل: لأنه خير و إحسان، فالامتناع منه عناد، و لأنّ الجوده صفه لا يمكن فصلها، فهي تابعه (١) و لا كذلك لو دفع أكثر قدرأً يمكن فصله و لو في ثوب.

و فيهما نظر، فالأول: بعدم دليل على وجوب قبول الإحسان، و لا يلزم أن يكون الامتناع منه عناداً، بل هو مطالبه لحقّه المشترط، و المؤمنون عند شروطهم؛ مضافاً إلى اختلاف الأغراض، فقد يتعلّق بخصوص المشترط دون الزائد، كما يتفق في كثير من الأحيان. هذا مضافاً إلى التأييد بمفهوم الصحيح المتقدم [عن رجل يسلف في وصف أسنان معلومه و لون معلوم ثم يعطى فوق شرطه فقال إذا كان على طيبه نفس منك و منه فلا بأس]. و الثاني: بأن عدم إمكان الفصل و تابعيّه الوصف لا يوجب على المسلم قبول ذلك المدفوع مع إمكان العدول عنه إلى الغير، و لعلّه لذا حكى عن الإسكافي (٢) القول بعدم وجوب القبول كما قالوا به بلا خلاف في دفع الأكثر بحسب المقدار. و هو كما ترى في غايه القوه و إن كان الأحوط للمسلم القبول.

### الثالثه إذا تعذر عند الحلول، أو انقطع فطالب كان مخيراً بين الفسخ و بين الصبر

الثالثه: إذا تعذر المسلم فيه عند الحلول، أو انقطع حيث يكون مؤجلاً ممكن الحصول بعد الأجل عادةً فاتفق عدمه ابتداءً أو بعد وجوده فطالب المسلم البائع إياه كان مخيراً بين الفسخ و استرداد الثمن أو مثله و بين الصبر إلى وجوده و لم يفسخ العقد. بلا خلاف

ص: ١٣٩

١- الروضه ٣: ٤٢٢.

٢- كما في المختلف: ٣٦٧.

فى الأخرى؛ لأنّ تناول الدفع لهذه السنه لقضيّه الأجل، و مورد العقد إنّما هو الذمه.

و على الأظهر الأشهر فى الأول، بل عليه عامّه من تأخر، و ربما أشعر عباره المختلف و الدروس (١) بالإجماع عليه، بل ربما كانت الأولى ظاهره فى انعقاده؛ و هو الحجه.

مضافاً إلى النصوص المستفيضة التى هى بين صريحه فى ذلك، كالموثق: عن رجل أسلف فى شىء يسلف الناس فيه من الثمار، فذهب زمانها و لم يستوف سلفه، قال: «فليأخذ رأس ماله أو لينظره» (٢).

و ظاهره فيه، كالصحيح المتقدمه فى بيع السلف بعد حلول الأجل (٣)، كذا قيل (٤).

و فيه نظر يظهر وجهه ممّا تمّ قد مرّ، و لعلها صالحه للتأييد و إن كان بعضها ظاهراً فى البيع.

و منه زياده على ما مرّ يظهر أنّ له أن لا يفسخ و لا يصبر بل يأخذ قيمته حينئذ.

و خلاف الحلى بعدم الخيار (٥) شاذ لا يلتفت إليه فى المضمار.

و ليس هذا الخيار فورياً؛ للأصل السالم عن المعارض، فله الرجوع بعد الصبر إلى أحد الأمرين المخير بينهما ما لم يصرح بإسقاط الخيار،

ص: ١٤٠

١- المختلف: ٣٦٦، الدروس ٢٥٧: ٣.

٢- الفقيه ٧٢٨/١٦٥: ٣، التهذيب ١٣١/٣١: ٧، الإستبصار ٢٤٧/٧٤: ٣، الوسائل ١٨: ٣٠٩ أبواب السلف ب ١١ ح ١٤.

٣- فى ص: ١٣١.

٤- الروضه البهيه ٣: ٤٢١.

٥- السرائر ٢: ٣١٧.

و يسقط معه، كما في الدروس و الروضه (١).

و لو كان أحد موجبي الخيار من التعذر و الانقطاع بعد بذله له و رضاه بالتأخير سقط خياره؛ لمجيء التقصير من قبله. و لا ينافيه إطلاق النص المتقدم؛ لعدم شموله في الظاهر لمحلّ الفرض، و لا كذلك لو كان بعدم المطالبة أو بمنع البائع مع إمكانه.

و في حكم انقطاعه عند الحلول موت المسلم إليه قبل الأجل و قبل وجوده؛ نظراً إلى أنه دين فيشملة عموم ما دلّ على حلول ما على الميت من الدين بالموت. و لا كذلك العلم قبل الأجل بعدم المسلم فيه بعده، بل يتوقف الخيار على الحلول؛ اقتصاراً فيما خالف الأصل الدالّ على لزوم العقد على مورد النص و الإجماع، و التفاتاً إلى عدم وجود المقتضى له الآن؛ إذ لم يستحق حينئذ شيئاً.

و لو قبض البعض و تأخر الباقي تخير أيضاً بين الصبر و الفسخ في الجميع، و الفسخ في الباقي؛ التفاتاً في الأول: إلى ضرر تبعض الصفقة.

و في الثاني: إلى المعبره، منها الصحيحان، في أحدهما: رأيت إن أوفاني بعضاً و عجز عن بعض، أ يجوز أن آخذ بالباقي رأس مالي؟ قال:

« نعم، ما أحسن ذلك » (٢).

و في الثاني: « لا بأس إن لم يقدر الذي عليه الغنم على جميع ما عليه أن يأخذ صاحب الغنم نصفها أو ثلثها أو ثلثيها و يأخذ رأس مال ما بقي من الغنم دراهم » (٣).

ص: ١٤١

١- الدروس ٣:٢٥٧، الروضه ٣:٤٢٣.

٢- الكافي ٥:٣/١٨٥، التهذيب ٧:١٢٢/٢٨، الوسائل ١٨:٣٠٤ أبواب السلف ب ١١ ح ٢.

٣- الكافي ٩:٨/٢٢١، الفقيه ٣:٢٣٦/١٦٧، التهذيب ٧:١٣٢/٣٢، الإستبصار ٣:٢٤٨/٧٤، الوسائل ١٨:٣٠٣ أبواب السلف ب ١١ ح ١.

و فى تخير المسلم إليه مع الفسخ فى البعض وجه قوى؛ لتبعض الصفقه عليه، إلا أن يكون التأخير من تقصيره فلا خيار له.

### الرابعه إذا دفع من غير الجنس و رضى الغريم و لم يساعره احتسب بقيمته يوم الإقباض

الرابعه: إذا دفع المديون إلى المدين من غير الجنس الذى استدانه على أنه قضاء منه و رضى الغريم به و لم يساعره وقت الدفع احتسب بقيمته يوم الإقباض مطلقاً، سلفاً كان الدين أم لا، كان المدفوع عروضاً أم غيرها، بلا خلاف، بل عليه الوفاق فى المسالك و الكفايه و غيرهما (١)؛ و هو الحججه.

مضافاً إلى المعتبره المستفيضه، منها الصحيحتان المكاتبان المرويه إحداهما فى التهذيب: فى رجل كان له على رجل مال، فلما حلّ عليه المال أعطاه به طعاماً أو قطناً أو زعفراناً، و لم يقاطعه على السعر، فلما كان بعد شهرين أو ثلاثه ارتفع الطعام و الزعفران و القطن أو نقص، بأى السعرين يحسبه؟ هل لصاحب الدين سعر يومه الذى أعطاه و حلّ ماله عليه، أو السعر الثانى بعد شهرين أو ثلاثه يوم حاسبه؟ فوقّع عليه السلام: «ليس له إلا على حسب سعر وقت ما دفع الطعام إن شاء الله تعالى» (٢) الخبر.

و نحوها الثانيه المرويه عن الكافى (٣).

و منها الموثقات، فى أحدها: عن الرجل يكون لى عليه المال فيعطينى بعضاً دنانير و بعضاً دراهم، فإذا جاء يحاسبينى ليوفينى يكون قد تغير سعر الدنانير، أى السعرين أحسب له، الذى يوم أعطانى الدنانير، أو سعر يومى الذى أحاسبه؟ فقال: «سعر يوم أعطاك الدنانير، لأنك حبست

ص: ١٤٢

١- المسالك ١: ٢١٧، الكفايه: ٩٦؛ و انظر التنقيح الرائع ٢: ١٤٩.

٢- التهذيب ١٩٦/٤٣٢، الوسائل ١٨: ٨٥ أبواب أحكام العقود ب ٢٦ ح ٥.

٣- الكافى ٥: ٣/١٨١، الوسائل ١٨: ٨٤ أبواب أحكام العقود ب ٢٦ ح ٤.

عنه منفعتها» (١). و نحوه الآخرا (٢).

و الخبران، في أحدهما: في الرجل يكون له على الرجل دراهم فيعطيه دنانير و لا يصارفه، فتعير الدنانير بزياده أو نقصان، قال: «له سعر يوم أعطاه» (٣).

و علل مع ذلك بأن جعل المدفوع قضاءً يقتضى كونه من جنس الدين، فلما لم يكن عند الدفع الذى هو وقت القضاء من جنسه فلا بد من احتسابه على وجه يصير من الجنس، و ذلك باعتبار قيمته يومئذ، سواء كان مثلياً أو قيمياً.

### الخامسة عقد السلف قابل لاشتراط ما هو معلوم

الخامسة: عقد السلف قابل لاشتراط ما هو معلوم غير موجب للجها له فلا يبطل باشتراط بيع فيه أو هبه شىء أو عمل محلل، أو صنعه كأن يقول: أسلمت إليك هذه العشرة الدراهم فى خمسين مثلاً من تمر إلى مدّه كذا بشرط أن تبيع منى أو توهب لى هذا الكتاب مثلاً، أو تعلمنى الصنعه الفلانيه، و نحو ذلك ممّا يصحّ اشتراطه.

للأصل، و العمومات السليمه عن المعارض عدا روايه (٤) قاصره السند، مجمله الدلاله، من حيث تضمّنها النهى عن سلف و بيع و عن بيعين

ص: ١٤٣

١- الكافى ١٦/٢٤٨: ٥، الفقيه ٣: ٨٣٥/١٨٥، التهذيب ٧: ٤٥٨/١٠٧، الوسائل ١٨: ١٨٣ أبواب الصرف ب ٩ ح ٢.

٢- الفقيه ٣: ٨٢٩/١٨٤، التهذيب ٧: ٤٥٩/١٠٧، الوسائل ١٨: ١٨٤ أبواب الصرف ب ٩ ح ٤، ٣.

٣- الأول: التهذيب ٧: ٤٦١/١٠٨، الوسائل ١٨: ١٨٥ أبواب الصرف ب ٩ ح ٥. الثانى: الكافى ٥: ٣/٢٤٥، التهذيب ٧: ٤٥٧/١٠٦، الوسائل ١٨: ١٨٣ أبواب الصرف ب ٩ ح ١.

٤- التهذيب ٧: ١٠٥/٢٣٠، الوسائل ١٨: ٣٧ أبواب أحكام العقود ب ٢ ح ٤.



فى بيع واحد، فلعل المراد به ما قيل فى تفسيره: من أن المراد أن يقول:

بعتك منّا من طعام حالاً بعشره و سلفاً بخمسه، و وجه المنع عنه حيثئذٍ ظاهر على الأصح الأشهر.

و قد مرّ الكلام فيه فى بيع شيئين بثمانين مختلفين إلى أجلين (١)، و قد مرّ الكلام فى نظير المسأله فى بحث جواز الجمع بين أمور مختلفه فى صيغه واحده (٢).

و هنا مسألتان:

الأولى: لو أسلف فى غنم و شرط أصواف نعجات بعينها كأن يقول: أسلمت إليك هذه المائه فى عشرين شاه مؤجلاً إلى كذا بشرط أن تعطينى أصواف هذه النعجات بعينها قيل: كما عن الشيخ و الفاضل (٣) يصح للأصل، و ما سيأتى من ضعف دليل المانع.

و الأشبه عند الماتن وفاقاً للحلى (٤) المنع عن الصحة؛ لأنّ السلم فى المشاهد لا يجوز، لأنّه بيع مضمون و من شرط صحته الأجل، و أن بيع الصوف على ظهر الغنم لا- يجوز للجهاله و يضعف الأوّل: بأنّه يجوز السلم حالاً إذا كان من قصدهما الحلول بقول: أسلمت إليك مثلاً، فيكون قد تجوّز باستعمال لفظ «أسلمت» مكان «بعث» و لأنّ السلم قسم من أقسام البيع، و كما يجوز استعمال «بعث» فى السلم فليجز استعمال «أسلمت» فى البيع، لعدم الفارق.

ص: ١٤٤

١- راجع ج ٨ ص ٣٣٠.

٢- راجع ج ٨ ص ٣٧٨.

٣- الشيخ فى النهايه: ٣٩٩، العلامه فى المختلف: ٣٦٦، و التحرير ١: ١٩٧، و القواعد ١: ١٣٧.

٤- انظر السرائر ٢: ٣١٦.

و فيه نظر. و الأولى الجواب عنه بأن اشتراطها ليس مسلماً فيها، بل شرط فيه خارج عنه، و هو جائز كباقي الشروط الجائزه بحكم ما تقدم في صدر المسأله، و لعلّه لذا اقتصر الماتن في التعليل على الثاني خاصه.

و الثاني: يمنع المنع عن بيع الصوف على الظهر، بل هو جائز.

و في المذهب: أنّ موضوع المسأله أن يكون شرط الأصواف أن يجزّ حالاً، فلو عيّنها و شرط تأجيل الجزّ إلى أمد السلف أو شرط أصواف نعجات في الذمه غير مشاهده لم يصحّ قولاً واحداً (١).

و الثانيه: لا يجوز استناد السلف إلى معيّن؛ لأنّه ابتياع مضمون كلّى في الذمه غير مشخص إلّا بقبض المشتري.

و يتفرّع عليه أنّه لو شرط ثوباً من غزل امرأه معيّنه أو غلّه من قراح أى مزرعه بعينه لم يضمن و لا يصحّ؛ لأنّ تشخيص المسلم فيه بأحد الأمور المزبوره خروج عن حقيقه السلف، كما مرّت إليه الإشاره.

نعم، لو استند إلى معيّن قابل للإشاعه و لا يفضى التعسّر فيه إلى عسر التسليم عادةً جاز، كما لو أسلف على مائه رطل من تمر البصره، فإن ذلك يجري مجرى الصفات المشترطه في السلف في الحداره و الصرايه، و عليه يحمل الخبران، أحدهما الصحيح: عن رجل اشترى طعام قريه بعينها، فقال: «لا بأس، إن خرج فهو له، و إن لم يخرج كان ديناً عليه» (٢).

و ثانيهما: في الرجل يشتري طعام قريه بعينها: «و إن لم يسمّ له قريه بعينها أعطاه من حيث شاء» (٣).

ص: ١٤٥

١- المذهب البارع ٤٧٨: ٢.

٢- الفقيه ١٣٢/٥٧٤: ٣، التهذيب ١٦٢/٣٩: ٧، الوسائل ١٨: ٣١٣ أبواب السلف ب ١٣ ح ١.

٣- الكافي ١١/١٨٦: ٥، التهذيب ١٦٣/٣٩: ٧، الوسائل ١٨: ٣١٤ أبواب السلف ب ١٣ ح ٣.

النظر الثالث: في لواحقه، وهي قسمان:

**الأول في دين المملوك**

الأول: في دين المملوك، و اعلم أنه لا - خلافاً حتى ممن قال بمالكيته أنه ليس له ذلك أى أخذ الدين مطلقاً، و لو لمولاه؛ لمحجوريته بالنصّ و الإجماع المانعين عن مطلق تصرّفاته.

إلّا مع الإذن، فلو بادر إلى الاستدانه من دون إذن من المولى بالمرّه لزم في ذمّته، و يتبع به إذا أُعتق، و لا يلزم المولى شىء، بلا خلاف فيه؛ للأصل، و الصحيح: «إن لم يكن أذن له أن يستدين فلا شىء على المولى، و يستسعى العبد في الدين» (١).

و قريب منه ظاهر الموثق: عن مملوك يشتري و يبيع قد علم بذلك مولاه حتى صار عليه مثل ثمنه، قال: «يستسعى فيما عليه» (٢).

و ظاهرهما أنه يتبع به في حال الرقّ بالاستسعاء، و به أفتى ظاهراً بعض الأصحاب (٣) تبعاً للفاضل في المختلف (٤).

و يشكل برجوعه إلى ضمان المولى في الجملة، فإنّ كسبه له بالضروره.

و يمكن دفعه بجواز التزامه في صورته علم المولى باستدانته مع عدم منعه عنها الرجوع إلى الإذن بالفحوى، كما هو ظاهر الموثقه و الصحيحه،

ص: ١٤٤

- ١- الكافي ٥: ٣/٣٠٣، التهذيب ٦: ٤٤٥/٢٠٠، الإستبصار ٣: ٣١/١١، الوسائل ١٨: ٣٧٣ أبواب الدين و القرض ب ٣١ ح ١.
- ٢- التهذيب ٦: ٤٤٦/٢٠٠، الإستبصار ٣: ٣٢/١٢، الوسائل ١٨: ٣٧٦ أبواب الدين و القرض ب ٣١ ح ٦.
- ٣- كالفيض الكاشاني في مفاتيح الشرائع ٣: ١٣٥.
- ٤- المختلف: ٤١٤.

و إن كانت بالإضافة إلى إذن الفحوى مطلقه أو عامه، إلا أنها محتمله للتقييد بالصورة المزبوره، جمعاً بين الأدله.

و يفرق حينئذ بين الإذن الصريح و الفحوى، باستلزام الأوّل الضمان على السيد مطلقاً، حتى مع عجز المملوك عن السعى أصلاً، و اختصاص الضمان عليه بصوره قدره العبد على السعى، و عدمه مطلقاً مع العجز على الثانى.

و فى الصحيح: فى الرجل يستأجر مملوكاً فيستهلك مالاً كثيراً، فقال:

« ليس على مولاه شىء و ليس لهم ان يبيعه، و لكن يستسعى، و إن عجز عنه فليس على مولاه شىء و لا على العبد شىء» (١).

و نحوه الخبر (٢)، لكن بتبديل «عجز عنه» بـ «حجر عليه مولاه». و عليه يمكن حمل الخبرين الأمرين بالسعى على صورته رضاء السيد و إلا فيتبع به بعد العتق. و هو غير بعيد لو لم يكن فى السند قصور و فى المتن تصحيف، هذا.

و ربما يحمل الاستسعاء على ما بعد العتق، فيندفع الإشكال، و لكن يلزم آخر و هو عدم استسعاء الحرّ فيما عليه، إلا أن يكون هذا مستثنى، لكنّه فرع ظهور الخبرين فى الحمل، و هو محلّ نظر، بل لعلهما فى الاحتمال الأوّل ظاهران، كما لا يخفى.

و لو أذن له المولى فى الاستدانة لزمه الدين دون المملوك بلا- خلاف فيما لو كانت للمولى مطلقاً، أو للعبد و كانت لما يتعلّق بنفقته اللازمه على مولاه، و قد حكى فى المختلف و المهذب و الروضه و غيرها (٣).

ص: ١٤٧

١- التهذيب ٦: ١١٤٤/٣٨٥، الوسائل ١٩: ١١٤ أبواب أحكام الإجاره ب ١١ ح ٣.

٢- التهذيب ٧: ١٠٠٠/٢٢٩، الوسائل ١٨: ٣٧٤ أبواب الدين و القرض ب ٣١ ح ٤.

٣- المختلف: ٤١٤، المهذب البارع ٢: ٤٧٩، الروضه ٤: ٤٥؛ و انظر الحدائق ٢٠: ٢١٧.

و كذا إن استبقاه أو باعه يلزم المولى مطلقاً، و لو كانت للعبد في غير ما يتعلق بنفقته، بلا خلاف، كما قيل (١)، بل عليه الإجماع في المذهب (٢)؛ للخبرين، في أحدهما: عن غلام كنت أذنت له في الشراء و البيع، فوقع عليه مال للناس و قد أعطيت به مالاً كثيراً، فقال أبو عبد الله عليه السلام: «إن بعته لزمك ما عليه، و إن أعتقته فالمال على الغلام و هو مولاك» (٣) و نحوه الثاني (٤).

و قصور السند فيهما بالجهالة منجبر في المسألة بعدم الخلاف فيها بين الطائفة، و وجود عثمان بن عيسى الذي أجمعت على تصحيح ما يصح عنه العصابه.

و هما و إن اختصاً بصوره البيع خاصه إلا أن ثبوت الحكم فيها يستلزم الثبوت في الأولى بطريق أولى، لكن يرد عليهما ما سيأتي الإشارة إليه قريباً إن شاء الله تعالى.

فإذا العمده في الحجته هو عدم الخلاف و الإجماع المدعى.

و أما لو أعتقه و كانت الاستدانة للعبد فيما لا يتعلق بنفقته، بل كانت لغيرها من مصالحه فروايتان إحداهما أنه يسعى في الدين و يؤخذ به، رواها عجلان عن مولانا الصادق عليه السلام: في رجل أعتق عبداً له و عليه دين، قال: «دينه عليه

ص: ١٤٨

١- قال به البحراني في الحدائق ٢١٧: ٢٠.

٢- المذهب البارع ٤٧٩: ٢.

٣- التهذيب ٤٣١/١٩٦، الوسائل ٣٧٣: ١٨ أبواب الدين و القرض ب ٣١ ح ٢.

٤- الكافي ١/٣٠٣، التهذيب ٤٤٣/١٩٩، الإستبصار ٣: ٢٩/١١، الوسائل ٣٧٤: ١٨ أبواب الدين و القرض ب ٣١ ح ٣.

لم يزد العتق إلّا خيراً» (١) وقد عمل بها النهايه و تبعه القاضى و جماعه (٢).

و فيها قصور سندا بالضعف و الجهاله.

مضافاً إلى القصور فى الدلاله، لاحتمالها أولاً: الحمل على إرادته المولى من الضمير المجرور بعلى الثانيه، و ليست نصّاً فى دفعه الذيل و التّمه.

و ثانياً: الحمل على ما إذا لم يقع بإذن المولى الاستدانه.

و به يجاب عن المعتبرين السابقين لو تمسك بهما فى البين، فإنّ الإذن فى التجاره فيهما غير ملازم للإذن فى الاستدانه جدّاً.

و لعلّ الوجه فى تضمين المولى للدين فى صورته البيع فيهما هو حيلولته بين أصحاب الدين و بين العبد بالبيع، لا من حيث إنّ المال لازم بأصل الإذن فى التجاره و الحال أنّ الإذن لم يحصل فى الاستدانه.

و على الوجه يحمل إطلاق النص: فى عبد بيع و عليه دين، قال:

« دينه على من أذن له فى التجاره و أكل ثمنه» (٣) مع احتمال الحمل على صورته الإذن فى الاستدانه، و ليس فيه ما ينافيه بالمزّه.

و فى الأخرى: أنّه لا يسقط عن ذمّه المولى، و هى مع كونها أشهر كما هنا و فى الشرائع و غيرهما (٤)، أصحّ سندا ظاهراً و فيها:

قلت له: رجل يأذن لمملوكه فى التجاره فيصير عليه دين، قال: «إن كان أذن

ص: ١٤٩

١- التهذيب ٨: ٢٤٨/٨٩٥، الإستبصار ٤: ٦٤/٢٠، الوسائل ٢٣: ٩٠ أبواب العتق ب ٥٤ ح ١.

٢- النهايه: ٣١١، نقله عن القاضى فى المختلف: ٤١٤؛ و انظر الكافى فى الفقه: ٣٣١، و المختلف: ٤١٤.

٣- التهذيب ٨: ٢٤٨/٨٩٧، الإستبصار ٤: ٦٣/٢٠، الوسائل ٢٣: ٩٠ أبواب العتق ب ٥٥ ح ٢.

٤- الشرائع ٢: ٧٠؛ و انظر مفاتيح الشرائع ٣: ١٣٥.

له أن يستدين فالدین علی مولاه، و إن لم یکن أذن له» إلی آخره، و قد مضی (١).

و عمومہ الناشئ عن ترک الاستفصال یشمل صور العتق و البیع و الاستبقاء.

و هو و إن احتمل التخصیص بالأخیرتین جمعاً بینہ و بین المعتبرین المتقدمین و غیرہما بحملہ علیہما، لوقوع تقييد الحكم بهما بالبیع فیہما مع التصریح فیہما بلزوم الدین علی العبد فی صورہ العتق دون المولی. إلا أنه ليس بأولى من الجمع بينهما بحمل الخبرين علی صورہ عدم الإذن فی الاستدانہ جداً. بل هذا من حيث الاعتضاد بالشهره المحكيه فی كلام جماعه، بل ربما كانت متحققه، مضافاً إلی مخالفه الأوّل للقاعده الشرعيه، فإنّ العبد بمنزله الوكيل و إنفاقه علی نفسه و تجارته بإذن المولی إنفاق لمال المولی كما لو لم یعتق أولى ثم أولى.

فالعمل بهذه الروايه أقوى، وفاقاً للإستبصار و الحلّي و جماعه من المتأخرين (٢)، سيما مع اعتضاده باستصحاب الحكم بالضمان علی المولی الثابت فی حال عدم العتق للاستبقاء و جريانه إلی صورته جداً.

و لو مات المولی كان الدین أى دين العبد الذى لزم ذمته فى تركته، و لو كان له غرماء كان غريم المملوك كأحدهم لا یقدم أحدهم علی الآخر، بلا خلاف یظهر.

للموثق: عن رجل مات و ترك علیہ ديناً و ترك عبداً له مال فى تجاره و ولداً، و فى يد العبد مال و متاع و علیہ دين استدانہ العبد فى حياه سيده فى

ص: ١٥٠

١- فى ص ١٤٦ الرقم (١).

٢- الاستبصار ٣: ١١، الحلّي فى السرائر ٢: ٥٨؛ و انظر جامع المقاصد ٥: ٢٠٤، و الروضه ٤: ٤٥، و الكفايه: ١٠٤.

تجاره، وإنَّ الورثة و غرماء الميت اختصموا فيما فى يد العبد من المال و المتاع و فى رقبه العبد، فقال: «أرى أن ليس للورثة سبيل على رقبه العبد، و لا على ما فى يده من المتاع و المال إلَّا أن يضمّنوا دين الغرماء جميعاً فيكون العبد و ما فى يده للورثة، فإن أبوا كان العبد و ما فى يده للغرماء، يقوم العبد و ما فى يده من المال، ثم يقسّم ذلك بينهم بالحصص، فإن عجز قيمه العبد و ما فى يده عن أموال الغرماء رجعوا على الورثة فيما بقى لهم إن كان الميت ترك شيئاً» (١) الحديث.

و فى القاصر سنداً بالضعيف و عدّه من المجاهيل جدّاً: الرجل يموت و عليه دين، و قد أذن لعبده فى التجاره، و على العبد دين، فقال: «يبدأ بدين السيد» (٢).

و هو كما ترى منافٍ لما مضى، فليطرح أو يؤوّل بما يؤوّل إلى الأوّل بتعميم دين السيّد لدين عبده، و يجعل صدق الابتداء بالإضافه إلى الإرث و الوصايا.

و يحتمل الحمل على صورته الإذن فى التجاره دون الاستدانه، و يخصّ حينئذٍ دين السيد بدين نفسه دون عبده، و يجعل الأمر بأداء دين العبد المفهوم من الأمر بالابتداء بدين السيّد للاستحباب، فلا منافاه.

و لو كان مأذوناً فى التجاره خاصّه دون الاستدانه فاستدان لم يلزم المولى دينه مطلقاً، إجماعاً فى الظاهر؛ للأصل.

ص: ١٥١

١- الكافى ٢/٣٠٣، التهذيب ١٩٩/٤٤٤، الإستبصار ١١/٣٠، الوسائل ٣٧٥:١٨ أبواب الدين و القرض ب ٣١ ح ٥.

٢- التهذيب ٢٤٨/٨٩٦، الإستبصار ٢٠/٦٥، الوسائل ٩٠:٢٣ أبواب العتق ب ٥٥ ح ١.



و هل يسعى العبد فيه؟ أى فى الدين قيل: نعم مطلقاً، كما عن النهايه (١)؛ للصحيحه المتقدّمه (٢).

وقيل: كما عن الحلّى و جماعه (٣) يتبع به إذا أُعتق كذلك و هو أشبه و أشهر، و فى الخلاف الإجماع (٤)، و هو مع ذلك أوفق بالأصل.

و يجاب عن الصحيحه بما مرّ من الحمل على علم المولى باستدانته مع عدم منعه عنها، الظاهر فى حصول الإذن منه له بالفحوى، و لا كلام فيه جدّاً؛ أو على الاستسعاء برضاء المولى، كما أفصح عنه الخبر الذى مضى؛ أو على تقييد الاستسعاء بما بعد العتق.

و اختار جماعه التفصيل و إن اختلفوا فيه، فبين من أورده على صورتى علم المدين بعدم الإذن فى الاستدانته فالثانى، و إلّا فالأوّل، كما عن ابن حمزه (٥).

و بين من أورده على صورتى الدين لمتعلّق التجاره فالأوّل، و لغيره فالثانى، كما عليه الفاضل و المحقق الثانى و جماعه (٦).

و لا يخلو عن قوّه إن حصل الإذن بالفحوى فى الاستدانته فى الصوره الأولى بمجرّد التعلّق بالتجاره، و إلّا فما فى المتن أقوى.

ص: ١٥٢

١- النهايه: ٣١١.

٢- فى ص: ١٤٦.

٣- الحلّى فى السرائر ٢: ٥٨؛ و انظر الشرائع ٢: ٧٠، و الكفايه: ١٠٤.

٤- الخلاف ٣: ١٧٩.

٥- الوسيله: ٢٧٤.

٦- العلّامه فى المختلف: ٤١٤، المحقق الثانى فى جامع المقاصد ٥: ٢٠٥؛ و انظر الروضه ٤: ٤٧، و المسالك ١: ٢٢٤.

القسم الثاني: في القرض.

و فيه أجر عظيم و ثواب جسيم ينشأ من معونه المحتاج تطوعاً و تقرباً إليه سبحانه.

ففي النبوي: « من كشف عن مسلم كربه من كرب الدنيا كشف الله تعالى عنه كربه من كرب يوم القيامة » (١).

و النصوص بفضلته و ذمّ منعه من المحتاج إليه مستفيضه (٢).

و هو أفضل من الصدقة، كما رواه الشيخ و جملة ممن تأخر عنه في الكتب الفقهيه من أن القرض أفضل من الصدقة بمثله من الثواب (٣)، و معناه كما فهمه جماعه (٤) أنّ ثواب القرض ضعف ثواب الصدقة.

و ربما أشكل الجمع بينه و بين غيره من المعتبره المرويّه في الكافي و عن هدايه الصدوق و نوادر الراوندي (٥): من أنّ الصدقة الواحده بعشره و القرض بثمانيه عشر، حيث إنّ ظاهر الخبر أنّ درهم الصدقة بعشره، و درهم القرض بعشرين.

و ربما يدفع بأنّ المفاضله و المضاعفه إنما هي في الثواب، و لا ريب أنّه إذا تصدّق بدرهم فإنّه إنما يصير عشره باعتبار ضمّ الدرهم المتصدّق به

ص: ١٥٣

١- مسند أحمد ٢: ٢٥٢، صحيح مسلم ٤: ٣٨/٢٠٧٤، سنن ابن ماجه ١: ٢٢٥/٨٢؛ بتفاوت يسير.

٢- انظر الوسائل ١٨: ٣٢٩ أبواب الدين و القرض ب ٦.

٣- النهايه: ٣١١، السرائر ٢: ٥٩، التحرير ١: ١٩٩، التذكرة ٢: ٤.

٤- منهم: المحقق الثاني في جامع المقاصد ٥: ٢٠، و الشهيد الثاني في المسالك ١: ٢١٩، و صاحب الحدائق ١٠٧: ٢٠.

٥- الكافي ١: ٣٣، الهدايه: ٤٤، نوادر الراوندي: ٦.

حيث إنه لا يرجع، والحاصل من الثواب الذي اكتسبه بالصدقة في الحقيقة مع قطع النظر عن ذلك الدرهم إنما هو تسعة، وعلى هذا فتواب القرض و هو ثمانية عشر ضعف التسعة، لأن المفاضلة إنما هي في الثواب المكتسب خاصه.

قيل: و السرّ في المضاعفه أنّ الصدقه تقع في يد المحتاج وغيره و القرض لا يقع إلّا في يد المحتاج غالباً، و أنّ درهم القرض يعود فيقرض و درهم الصدقه لا يعود (١). و إلى الأوّل أُشير في الخبر المروى عن الهدايه:

« و إنّما صار القرض أفضل من الصدقه لأنّ المستقرض لا يستقرض إلّا من حاجه» (٢).

ثم إنّ ترتّب الثواب عليه فضلاً عن زيادته على ثواب الصدقه فرع التقرب به إلى الله تعالى، فلو خلا- عنه لم يترتب عليه الثواب فضلاً عن فرعه و هو الزيادة و وجهه واضح.

مضافاً إلى الخبرين المروى أحدهما في الكافي و الثاني عن تفسير على بن إبراهيم، ففيهما: «الرباء رباءان، أحدهما حلال و الآخر حرام، فأما الحلال فهو أن يقرض الرجل أخاه قرضاً طمعاً أن يزيده و يعوّضه أكثر مما يأخذه من غير شرط بينهما.. فهو مباح له، و ليس له عند الله تعالى ثواب فيما أقرضه، و هو قوله تعالى فَلَا يَرْبُوا عِنْدَ اللَّهِ [١] (٣) و أمّا الحرام فالرجل يقرض قرضاً بشرط أن يردّ أكثر ممّا أخذه، فهذا هو الحرام» (٤).

ص: ١٥٤

١- كما قال به الشهيد الثاني في الروضه ١١: ٤.

٢- الهدايه: ٤٤.

٣- الروم: ٣٩.

٤- الكافي ١٤٥/٥: ١٥٩، الوسائل ١٨: ١٦٠ أبواب الربا ب ١٨ ح ١.

و حيث إنّه لا خلاف نصّاً و فتوى في إفادته انتقال الملك بمجرد الدالّ عليه أو مع ضميمه التصرف، على الخلاف الآتي، لا جرم  
وجب الاقتصار فيه لمخالفته الأصل على ما يتحقّق به الانتقال بالإجماع و الضروره، و هو ما إذا كان بعقد يتضمّن الإيجاب و  
القبول، فلا- يكفى المعاطاه فيه و إن اكتفى بها في حصول إباحه التصرف، مع أنّه لا خلاف في الأمرين، بل ظاهرهم الإجماع عليه  
و على كونه من العقود الجائزه.

و الصيغه: أقرضتك، أو انتفع به، أو تصرف فيه، أو ملكتك، أو خذ هذا، أو اصرفه و عليك عوضه، و ما أدّى هذا المعنى؛ لأنّه كما  
عرفت من العقود الجائزه، و هي لا تنحصر في لفظ بل تتأدّى بما أفاد معناها.

و إنّما يحتاج إلى ضميمه « و عليك عوضه» ما عدا الصيغه الأولى، فإنّها صريحه في معناه لا- يفتقر إلى ضميمه، فيقول  
المقترض: قبلت، و شبهه ممّا دلّ على الرضا بالإيجاب.

و استقرب في الدروس الاكتفاء بالقبض؛ لأنّ مرجعه إلى الإذن في التصرف (١).

و هو حسن إن أُريد إفادته إباحه التصرف، و فيه نظر إن أُريد إفادته الملك المترتب على صحه القرض، إذ لا دليل عليه، و ما  
استدلّ به لا يؤدّي إليه؛ فإن الإذن في التصرف لا يؤدّي إلّا إباحته.

و يجب الاقتصار على أخذ العوض مثلاً- أو قيمه، من دون زياده، عيناً كانت أو صفه، ربويه كانت العين المستقرضه أم غيرها،  
إجماعاً، كما في المختلف و المسالك و غيرهما (٢)، بل حكى في العيّه

ص: ١٥٥

١- الدروس ٣:٣١٨.

٢- المختلف: ٤١٥، المسالك ١:٢١٩، مجمع الفائده ٩:٦١.

بعض الأجله إجماع المسلمين كافة (١)؛ و هو الحججه.

مضافاً إلى أدله عموم تحريم الربا و الزيادة من الكتاب (٢) و السنه (٣)، و هى كإطلاق العبارة و إن عمّت صورتى اشتراطها و عدمها إلّا أنّها مخصّيه بالصوره الأولى خاصّه، بلا خلاف، كما فى المسالك و غيره (٤)؛ و هو الحججه المخصّيه؛ مضافاً إلى المعتمره المستفيضه الآتیه.

و حينئذٍ لو شرط النفع و لو بزياده الوصف كالصحيح عوض المكسّره حرم بلا- خلاف فيما عدا المثال إلّا نادراً؛ لعموم ما مرّ، مضافاً إلى عموم النهى عن قرض يجزّ نفعاً فى النبوى العامى (٥)، و خصوص المعتمره، منها الصحيح: «من أقرض رجلاً ورقاً فلا يشترط إلّا مثلها، فإن جوزى بأفضل منها فليقبل، و لا يأخذ أحد منكم ركوب دابه أو عاريه متاع يشترط من أجل قرض ورقه» (٦).

و الصحيح: عن رجل كانت لى عليه مائه درهم عدداً فقضاها مائه وزناً، قال: «لا بأس ما لم يشترط» قال: و قال: «جاء الربا من قبل الشروط، إنّما تفسده الشروط» (٧).

و أصرح منهما الخبر المروى عن قرب الإسناد: عن رجل أعطى

ص: ١٥٦

- ١- مجمع الفائدة ٩:٦٠.
- ٢- البقره: ٢٧٨، ٢٧٦، ٢٧٥، آل عمران: ١٣٠.
- ٣- انظر الوسائل ١١٧: ١٨ أبواب الربا ب ١.
- ٤- المسالك ١: ٢١٩؛ و انظر مفاتيح الشرائع ٣: ١٢٥، و الحدائق ١١٦: ٢٠.
- ٥- الجامع الصغير ٢٨٤/٦٣٣٦، سنن البيهقى ٥: ٣٤٩، دعائم الإسلام ١٦٧/٦١: ٢، المستدرک ١٣: ٤٠٩ أبواب الدين و القرض ب ١٩ ح ٢.
- ٦- التهذيب ٦: ٤٥٧/٢٠٣، الوسائل ١٨: ٣٥٧ أبواب الدين و القرض ب ١٩ ح ١١.
- ٧- الكافى ٥: ١/٢٤٤، التهذيب ٧: ٤٨٣/١١٢، الوسائل ١٨: ١٩٠ أبواب الصرف ب ١٢ ح ١.

رجلاً مائه درهم على أن يعطيه خمسه دراهم أو أقل أو أكثر، قال: «هذا الربا المحض» (١).

و على التحريم المستفاد من هذه الأدله يحمل عموم البأس فى الزيادة مطلقاً، أو مع الشرط خاصه، المستفاد من مفاهيم الأخبار الآتية، فإن أخبارهم عليهم السلام بعضها يكشف عن بعض.

و كذا فى المثال، على الأظهر الأشهر، سيما بين من تأخر؛ لعموم النبوى المتقدم، المنجبر بفتاويهم. و لا ينافيه التخصيص بصوره الاشتراط؛ فإن العام المخصص حجه فى الباقي؛ مضافاً إلى إطلاق المعتبره المتقدمه، بل عمومها الشامل لمفروض المسأله.

مضافاً إلى خصوص الصحيح: «إذا أقرضت الدراهم ثم جاءك بخير منها فلا بأس إن لم يكن بينكما شرط» (٢).

و البأس و إن كان أعم من الحرمة إلا أنه محمول عليها بما تقدم إليه الإشاره من الضميمه.

خلافاً للحلبى و النهايه و جماعه (٣)، فجوزوا الزيادة فيه مطلقاً و لو مع الشرط، و زاد الأوّل ما شابه المثال، فجوز زياده مطلق الأوصاف مطلقاً؛ استناداً إلى الصحيح: عن الرجل يقرض الرجل الدراهم الغله و يأخذ منه الدراهم الطازجيه طيبه بها نفسه، قال: «لا بأس» (٤).

ص: ١٥٧

١- قرب الإسناد: ١٠٥٥/٢٦٥، الوسائل ١٨:٣٥٩ أبواب الدين و القرض ب ١٩ ح ١٨.

٢- الكافى ٥:٣/٢٥٤، التهذيب ٦:٤٩٩/٢٠١، الوسائل ١٨:٣٦٠ أبواب الدين و القرض ب ٢٠ ح ١.

٣- الحلبي فى الكافى: ٣٣١؛ النهايه: ٣١٢؛ و انظر الوسيله: ٢٧٢، و مجمع الفائده ٩:٦٢، و حكاة فى المختلف عن ابن البراج: ٤١٥.

٤- الكافى ٥:٤/٢٥٤، الفقيه ٣:٨٢١/١٨١، التهذيب ٧:٤٩٩/١١٥، الوسائل ١٨:١٩٢ أبواب الصرف ب ١٢ ح ٥، الدرهم

الغله: المغشوش. (مجمع البحرين ٥:٤٣٦). الطازجيه: البيض الجيده. مجمع البحرين ٢:٣١٥.

و ليس فيه دلالة؛ فإنَّ ظاهره إعطاء الزائد الصحيح بدون الشرط، و لا- خلاف فيه، كما في الروضة (١)، بل عليه الإجماع في المختلف و الغنيه (٢)، و به أفتى الأصحاب كآفه، و تبعهم الماتن فقال: نعم لو تبرّع المقرض بزيادة في العين أو الصفه لم يحرم إجماعاً، كما في الكتب الثلاثه، و الصحاح و غيرها بذلك مستفيضه، منها زياده على الصحيحين المتقدم إلى ذكرهما الإشارة الصحيح: عن الرجل يستقرض الدراهم البيض عدداً ثم يعطى سوداً وزناً و قد عرف أنها أثقل مما أخذ، و تطيب نفسه أن يجعل له فضلها، فقال: «لا بأس به إذا لم يكن فيه شرط، و لو وهبها له كلاً كان أصلح» (٣).

و الصحيح: عن الرجل يستقرض من الرجل قرضاً و يعطيه الرهن إمّا خادماً و إمّا آنيه و إمّا ثياباً، فيحتاج إلى شيء من منفعتة، فيستأذنه فيه فيأذن له، قال: «إذا طابت نفسه فلا بأس» فقلت: إنَّ من عندنا يرون (٤) أن كل قرض يجزّ منفعه فهو فاسد، قال: «أو ليس خير القرض ما جزّ منفعه» (٥).

و نحوه في الحكم بأنَّ خير القرض ما جزّ منفعه خيران (٦) معتبراً

ص: ١٥٨

١- الروضة ١٤: ٤.

٢- المختلف: ٤١٥، الغنيه (الجوامع الفقيهه): ٥٩١.

٣- الكافي ١/٢٥٣، الفقيه ٥: ١٨٠/١٨٥، التهذيب ٣: ٤٧٠/١٠٩، الوسائل ٧: ١٩١/١٨ أبواب الصرف ب ١٢ ح ٢.

٤- في المصادر: يروون.

٥- الكافي ١/٢٥٥، الفقيه ٥: ١٨١/١٨٩، التهذيب ٣: ٤٥٢/٢٠١، الوسائل ٦: ٣٥٤/١٨ أبواب الدين و القرض ب ١٩ ح ٤.

٦- الأول: الكافي ٥: ٢/٢٥٥، التهذيب ٥: ٤٥٣/٢٠٢، الإستبصار ٣: ٢٢/٩، الوسائل ١٨: ٣٥٥/١٨ أبواب الدين و القرض ب ١٩ ح

٥. الثاني: الكافي ٥: ٣/٢٥٥، الوسائل ٥: ٣٥٥/١٨ أبواب الدين و القرض ب ١٩ ح ٦.

السند، في أحدهما صفوان و ابن بكير، و في الثاني ابن أبي عمير، و هؤلاء حكى على تصحيح ما يصح عنهم إجماع العصابة (١).

و يستفاد منها كنفى البأس فيها و في غيرها ممّا مضى و غيره أنّه لا يكره أيضاً.

مضافاً إلى ما روى في العامى من أنّ النبى صلى الله عليه و آله اقترض بكرة فردّ بازلاً رباعياً و قال: «إنّ خير الناس أحسنهم قضاءً» (٢).

و نحوه في الخاصى أيضاً، و هو الموثق كالصحيح: «إنّ رسول الله صلى الله عليه و آله كان يكون عليه الثنى فيعطى الرباع» (٣).

و في الصحيح: عن الرجل يستقرض من الرجل الدرهم فيرد عليه المتقال، أو يستقرض المتقال فيردّ عليه الدرهم، فقال: «إذا لم يكن شرط فلا- بأس، و ذلك هو الفضل، إنّ أبى رحمه الله كان يستقرض الدراهم الفسولة (٤) فيدخل عليه الدراهم الجلال (٥) فيقول: يا بنى، ردّها على الذى استقرضتها منه، فأقول: يا أبه، إنّ دراهمه كانت فسولة، و هذه خير منها، فيقول:

يا بنى، إنّ هذا هو الفضل، فأعطه إيّاها» (٦).

نعم، ربما تنافى أخبار المانع عن الزيادة مطلقاً، كالصحيح: عن

ص: ١٥٩

١- انظر رجال الكشى ٦٧٣، ٨٣٠: ٢.

٢- سنن البيهقى ٣: ٣٥٣، صحيح مسلم ١١٨/١٢٢٤: ٣؛ بتفاوت.

٣- الكافى ٥/٢٥٤، الوسائل ١٨: ١٩٢ أبواب الصرف ب ١٢ ح ٦.

٤- الدراهم الفسولة: أى الرذلة. مجمع البحرين ٥: ٤٣٩.

٥- فى التهذيب و الفقيه: الجياد.

٦- الكافى ٥/٢٥٤، الفقيه ٣: ٨١٦/١٨٠، التهذيب ٧: ٥٠٠/١١٥، الوسائل ١٨: ١٩٣ أبواب الصرف ب ١٢ ح ٧.



الرجل يسلم في بيع أو تمر عشرين ديناراً و يقرض صاحب السلم عشرة دنانير أو عشرين ديناراً، قال: «لا يصلح إذا كان قرضاً يجزّ شيئاً» (١) الخبر.

و طريق الجمع بينه و بين ما مرّ حمل هذا و ما ضاهاه على صورته الشرط أو التقيّه، كما يستفاد من بعض ما مرّ، أو كراهه الأخذ خاصّه، وهذا أجود، و ليس عليه منافاه، فإنّ موارد ما دلّ على الفضل في الزيادة هو صورته الإعطاء خاصّه، و لا كذلك ما دلّ على المنع؛ فإنّ موارد ما دلّ على الأخذ خاصّه.

و لا فرق في الجواز مع عدم الشرط بين أن يكون من يتتبعها ذلك أم لا؛ لإطلاق النصوص الماضية.

مضافاً إلى خصوص بعض المعتمده: عن رجل أقرض رجلاً دراهم فردّ عليه أجود منها بطيبه نفسه، و قد علم المستقرض و القارض أنّه إنّما أقرضه ليعطيه أجود منها، قال: «لا بأس إذا طابت نفس المستقرض» (٢).

و قصور السند بالجهالة منجبر بوجود الحسن بن محبوب فيه، و قد أجمعت على تصحيح ما يصحّ عنه العصابه.

نعم يكرهه، وفاقاً للدروس (٣)؛ مسامحةً في أدلتها، كما مرّ غير مرّه.

ثم إنّ ظاهر الأصحاب من غير خلاف يعرف، بل في المسالك و عن السرائر (٤) الإجماع عليه: فساد القرض مع شرط النفع، فلا يجوز التصرف

ص: ١٦٠

١- التهذيب ٢٠٤/٤٦٢:٦، الإستبصار ١٠/٢٧:٣، الوسائل ١٨:٣٥٦ أبواب الدين و القرض ب ١٩ ح ٩.

٢- الكافي ٢/٢٥٣:٥، التهذيب ٢٠٠/٤٤٧:٦، الوسائل ١٨:١٩٢ أبواب الصرف ب ١٢ ح ٤.

٣- الدروس ٣:٣١٩.

٤- المسالك ١:٢١٩، السرائر ٢:٦٠.

فيه و لو بالقبض، و معه و مع العلم يكون مضموناً عليه كالبيع الفاسد، للقاعده المشهوره: كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفساده خلافاً لابن حمزه فجعله أمانه (١).

و الأصل في حرمه التصرف بعد الإجماع ظواهر النصوص المتقدمه المصرّحه بفساد الزيادة مع اشتراطها، المستلزم لفساد الشروط بها؛ لا ابتداء العقد و المراضاه فيه عليها، و انتفاؤها يستلزم انتفاء الشروط بها المتوقّف عليها قطعاً.

فمناقشه بعض الأصحاب في ذلك بعد تسليمه دلالة النصوص على فساد الشرط و حرمه الزيادة غفله و اوضحه (٢).

و حيث حلّت الزيادة بالتبرّع بها فلا يخلو إمّا أن تكون حكميّة، كما لو دفع الجيّد بدل الردي أو الكبير بدل الصغير، فالظاهر أنّه يملكه المقرض ملكاً مستقراً بقبضه، كما قيل (٣).

و إن كانت عينيّه ففي كون المجموع وفاءً أو يكون الزائد بمنزله الهبه فيلزمه أحكامها نظر. و لعلّ الثاني أظهر؛ لأصاله بقاء الملك على أصله، مضافاً إلى إطلاق الهبه عليه في بعض الصحاح المتقدمه، لكنه في الزيادة الحكميّة.

و اعلم أنّ ما يصحّ إقراضه هو كلّ ما صحّ إحصاء قدره و وصفه، فيجوز أن يقترض الذهب و الفضّه وزناً، و الحبوب كالحنطه و الشعير و التمر و الزبيب كيلاً و وزناً، و الخبز وزناً بلا خلاف، كما في المسالك

ص: ١٤١

١- الوسيله: ٢٧٣.

٢- الحدائق ١١٧: ٢٠.

٣- الحدائق ١١٨: ٢٠.

و غيره (١) و عدداً على الأظهر الأشهر، بل عليه الإجماع في المختلف و التذكرة و المسالك و عن السرائر و المبسوط (٢)؛ و هو الحجج.

مضافاً إلى الأصل، و العمومات، و النصوص المنجبر قصور أسانيدھا بالشهره العظیمه، منها: «لا بأس باستقراض الخبز» (٣).

و منها: «إننا نستقرض الخبز من الجيران، فنردّ أصغر منه أو أكبر؟ فقال عليه السلام: «إننا نستقرض الجوز الستين و السبعين عدداً فيه الصغير و الكبير، فلا بأس» (٤) و نحوه غيره (٥).

و هما صريحان في جواز الاقتراض و الردّ مع التفاوت. خلافاً للدروس، فاشتراط فيه عدم العلم به (٦)، و لعلّ المراد التفاوت الذي لا يتسامح به عادةً.

و كلّ ما يتساوى أجزاءه قيمه و منفعه و يتقارب صفاته و يعبر عنه بالمثل يثبت في الذمّه مثله كالحبوب، بلا خلاف، كما في المسالك و غيره (٧)، بل عليه الإجماع في الغنيه (٨)، و شرح الشرائع للمفلح الصيمري.

و ربما ألحق به العين المستقرضه جماعه (٩)، فيجب قبولها؛ للأولوية.

ص: ١٦٢

- ١- المسالك ١:٢١٩؛ و انظر الدروس ٣:٣٢١.
- ٢- المختلف: ٤١٥، التذكرة ٥:٢، المسالك ١:٢١٩، السرائر ٦٠:٢، المبسوط ١٦١:٢.
- ٣- التهذيب ١٠٤١/٢٣٨، الوسائل ٧:٣٦١، أبواب الدين و القرض ب ٢١ ح ٣.
- ٤- الفقيه ٤٩٣/١١٦، الوسائل ٣:٣٦١، أبواب الدين و القرض ب ٢١ ح ١.
- ٥- التهذيب ٧١٩/١٦٢، الوسائل ٧:٣٦١، أبواب الدين و القرض ب ٢١ ح ٢.
- ٦- الدروس ٣:٣٢١.
- ٧- المسالك ١:٢٢٠؛ و انظر التذكرة ٥:٢.
- ٨- الغنيه (الجوامع الفقيهه): ٥٩١.
- ٩- منهم: الشهيد الأول في الدروس ٣:٣٢٠، و الفاضل المقداد في التنقيح الرائع ١٥٦:٢، و البحراني في الحقائق ١٣٧:٢٠.

و إذا تعدّر ينتقل إلى قيمته وقت المطالبه و التسليم؛ لأنّ الثابت في الذمّه إنما هو المثل إلى أن يطالب به، و به أفتى شيخنا في المسالك و تبعه جماعه (١).

و قيل: وقت القرض؛ لسبق علم الله تعالى بتعدّر المثل وقت الأداء (٢).

و يضعّف بأنّه لا منافاه بين وجوب المثل وقت القرض طرداً للقاعده الإجماعيه و الانتقال إلى قيمه عند المطالبه لتعدّره.

و قيل: وقت التعدّر؛ لأنّ وقت الانتقال إلى البدل الذي هو قيمه (٣).

و يضعّف بأن تعدّره بمجردّه لا يوجب الانتقال إلى قيمه؛ لعدم وجوب الدفع حينئذٍ، فيستصحب الواجب إلى أن يجب دفعه بالمطالبه، فحيث لم يوجد الآن ينتقل إلى قيمه.

و لا ريب أنّ العمل بأعلى القيم أحوط.

و ما ليس كذلك و يعبر عنه بالقيمي يثبت في الذمّه قيمته، وفاقاً للمشهور، كما في المسالك و غيره (٤)؛ لاختلاف الصفات، فالقيمه أعدل.

و قيل: بل يثبت مثله أيضاً (٥)؛ لأنّه أقرب إلى الحقيقه، و لخبرين عاميين (٦) و اردن في مطلق الضمان.

و عورضا بآخر (٧)، مع أنّه لا قائل به عدا الماتن في الشرائع، و نسب إلى ظاهر الاخلاف (٨).

ص: ١٦٣

- ١- المسالك ١:٢٢٠؛ و تبعه الشهيد في الدروس ٣:٣٢١، و الأردبيلي في مجمع الفوائد ٩:٦٩، و السبزواري في الكفايه: ١٠٣.
- ٢- قال به العلّامه في القواعد ١:١٥٧.
- ٣- كما قال به في السرائر ٢:٦٠، راجع الحدائق ١٣٦:٢٠.
- ٤- المسالك ١:٢٢٠؛ و انظر التنقيح الرائع ٢:١٥٦، الكفايه: ١٠٣.
- ٥- كما قال به المحقق في الشرائع ٢:٦٨.
- ٦- سنن البيهقي ٦:٩٦.
- ٧- سنن البيهقي ٦:٩٦.
- ٨- الخلاف ٣:١٧٥.

وقيل بضمنان المثل الصورى فيما يضبطه الوصف و هو ما يصحّ السلم فيه، وضمنان ما ليس كذلك بالقيمه كالجوهر، و هو مختار التذكره (١)؛ لخبرين عاميين (٢) فى الأوّل، ظاهرهما الوقوع مع التراضى، و لا شبهه فى جواز دفع المثل معه مطلقاً.

و على اعتبار القيمه مطلقاً أو على بعض الوجوه، فهل المعتبر قيمه وقت التسليم، أو وقت القرض، أو وقت التصرف؟ فيه أقوال (٣).

قيل: و لا- اعتبار لقيمه يوم المطالبه هنا قولاً واحداً، إلّا على القول بضمنانه بالمثل، فيتعدّر، فيعتبر يوم المطالبه كالمثل، على أصحّ الأقوال (٤).

و يملك الشىء المستقرض المقترض أى يملكه المقترض بالقبض لا بالتصرّف، على الأظهر الأشهر، بل عليه عامه من تأخّر، و فى ظاهر السرائر و التذكره دعوى إجماعنا عليه (٥)؛ لأنّ التصرف فرع الملك فيمتنع كونه شرطاً فيه، و إلّا دار.

قيل: و فيه نظر؛ لمنع تبعيته للملك مطلقاً، إذ يكفي فيه إذن المالك، و هو هنا حاصل بالعقد، بل بالإيجاب (٦).

و يضعف أولاً- بأنّ الإذن إنّما حصل من المالك بأن يكون المقترض مالكاً و يكون عليه العوض، لا- مطلقاً، كما فى سائر المعاوضات، فإنّها على

ص: ١٦٤

١- التذكره ٥:٢.

٢- سنن البيهقى ٢١:٦.

٣- قال بالأول المحقق فى الشرائع ١٨:٢، و بالثانى المحقق الثانى فى جامع المقاصد ٢٤:٥، و بالثالث الشهيد الثانى فى المسالك ٢٢٠:١.

٤- المسالك ٢٢٠:١.

٥- السرائر ٦٠:٢، التذكره ٦:٢.

٦- المسالك ٢٢٠:١.

تقدير بطلانها لا يجوز التصرف بالإذن الحاصل بتوهم الصحة.

و ثانياً: بعدم كفايه الإذن في كثير من التصرفات المجمع عليها هنا المتوقفه على الملك، كالوطء المتوقف عليه، أو على التحليل المتيقن فقده في المقام، فانحصر الوجه في إباحته في الأول، و كالبيع و نحوه، فيأنه لا يجوز لغير مالكة إلّا بالوكالة أو فضولاً، و معلوم انتفاؤهما.

و من هنا ظهر ضعف القول بعدم حصول الملك إلّا بالتصرف، كما عن ظاهر الخلاف (١)، مع احتمال مخالفته الآن للإجماع، كما يستفاد من بعض الأصحاب (٢)، و مع ذلك المعتبره برده صريحه، منها الصحيح: رجل دفع إلى رجل مالاً قرضاً، على من زكاته، على المقرض أو المقترض؟ قال: «لا، بل زكاتها إن كانت موضوعه عنده حولاً على المقرض» قال:

قلت: فليس على المقرض زكاتها؟ قال: «لا يزكى المال من وجهين في عام واحد، و ليس على الدافع شيء، لأنه ليس في يده شيء إنما المال في يد الآخذ، فمن كان المال في يده زكاه» قال: قلت: أ فيزكى مال غيره من ماله؟ قال: «إنه ماله ما دام في يده، و ليس ذلك المال لأحدٍ غيره» ثم قال:

« يا زراره، أ رأيت و ضيعه ذلك المال و ربحه لمن هو؟ و على من هو؟ » قلت: للمقترض، قال: « فله الفضل و عليه النقصان، و له أن ينكح و يلبس منه و يأكل » (٣) الحديث.

و قريب منه الموثق: عن رجل استودع رجلاً ألف درهم فضاقت،

ص: ١٦٥

١- الخلاف ١٧٧: ٣.

٢- المسالك ٢٢١: ١.

٣- الكافي ٥٢٠/٦: ٣، التهذيب ٣٣/٨٥: ٤، الوسائل ١٠٠: ٩ أبواب من تجب عليه الزكاه و من لا تجب عليه ب ٧ ح ١.

فقال الرجل: كانت عندى وديعه، وقال الآخر: إنما كانت عليك قرضاً، قال: «المال لازم له إلا أن يقيم البينه أنها كانت وديعه»  
(١)فتأمل.

وقالوا: وتظهر ثمره الخلاف فى جواز رجوع المقرض فى العين ما دامت باقيه، ووجوب قبولها لو دفعها المقرض، و فى النماء قبل التصرف، إن قلنا بكون التصرف ناقلاً للملك حقيقه أو ضمناً، يعنى: قبل التصرف بلحظه يسيره، كما فى العبد المأمور بعته عن الأمر غير المالك، فإنه للمقترض على المختار، و للمقرض على القول الآخر، و لو قيل فيه بالكشف فيه احتمالان.

ثم ليس فى كلامهم تصريح ببيان المراد بالتصرف الموجب للملك، على ما ذكر فى المسالك (٢)، و يشعر بعض العبارات (٣) بأن المراد التصرف المتلف للعين أو الناقل، و عن ظاهر الشهيد فى بعض التحقيقات أن المراد مطلق التصرف (٤)، كما هو الظاهر، و عليه فيعود الخلاف مع المشهور لفظياً، فإن القبض نوع من التصرف، فتأمل.

و على المختار ليس للمقرض الرجوع فى العين، وفاقاً للأكثر، بل عليه عامه من تأخر، بل و ربما يستشعر من كثير من العبارات الإجماع عليه (٥)؛ لأن فائده الملك أن لا يتسلط عليه غيره إلا برضاه، و الثابت بالعقد و القبض للمقرض إنما هو البديل فيستصحب الحكم إلى أن يثبت المزيل،

ص: ١٦٦

- 
- ١- الكافى ٥/٢٣٩، الفقيه ٣/٨٨٣/١٩٤، التهذيب ٧/٧٨٨/١٧٩، الوسائل ١٩:٨٥ أبواب أحكام الوديعه ب ٧ ح ١.
  - ٢- المسالك ١:٢٢١.
  - ٣- المسالك ١:٢٢١.
  - ٤- حكاه عنه فى المسالك ١:٢٢١.
  - ٥- كالسرائر ٢:٦٠، و التذكرة ٢:٦.

و ليس بثابت سوى دعوى الإجماع على جواز العقد، و هي مع فتوى الأكثر بما ينافيه من عدم جواز الرجوع في العين يتطرق إليها الوهن.

و على تقدير صحتها يحتمل أن يكون المراد بالجواز عدم وجوب إمهال المقترض إلى قضاء الوطر من العين، و إن كانت قضيه العرف ذلك، كما صرح به في الدروس (١).

و هذا الجمع أجود ممّا ذكره في المسالك: من أنّ المراد بالجواز تسلط المقترض على أخذ البدل إذا طالب به متى شاء، و أنّه إذا أرادوا بالجواز هذا المعنى فلا مشأحه في الاصطلاح، و إن كان مغايراً لغيره من العقود الجائزه من هذا الوجه (٢).

و ذلك فإنّ مظهر الجواز و اللزوم إنّما هو بالنسبه إلى مال القرض، فإن قلنا بجواز العقد ترتب عليه صحه الرجوع في العين، كما هو مقتضى العقود الجائزه. و إن قلنا بلزومه فليس له إلما العوض المستقرّ في الذمه و إن كانت العين موجوده، كما هو مقتضى العقود اللازمه.

و مجرّد تسميته جائزاً مع ترتب ثمره اللزوم عليه من عدم جواز الرجوع في العين غير مجدٍ، فإنّ ثمره الجواز بالمعنى الذى ذكره ثابت بأصل العقد، سواء سمى جائزاً أو لازماً، و ليس كذلك لو أريد بالجواز ما ذكرناه، فإنّه مخالف لمقتضى العقد بحسب العرف، فإنّ مقتضاه بحسبه إنّما هو الرضاء بالإمهال إلى حين قضاء الوطر من العين.

و قريب منه فى الضعف الوجه الذى ذكره بعض الأفاضل: من أنّه ليس ببعيد ان يكون النزاع فيما قبل الفسخ يعنى إذا تحقق العقد مع الشرط

ص: ١٦٧

١- الدروس ٣:٣٢٤.

٢- المسالك ١:٢٢١.



و حصل المملّك الناقل، فمع عدم طريان الفسخ عليه بالتقاييل من الجانبين أو من جانب واحد هل يجوز الرجوع في العين مع كراهه المقترض أم لا؟ (١). وذلك فإنّ النزاع حينئذٍ يصير قليل الفائدة؛ إذ للمقرض أن يفسخه و يأخذ ماله، و للمقترض أيضاً الفسخ و إعطاء العين، فليس للمقرض عدم القبول، هذا، مع احتمال حصول الفسخ بمجرد مطالبه العين أو ردّها من دون احتياج إلى عباره أُخرى.

و لا- يلزم اشتراط الأجل فيه بلا خلاف يعرف إلّا ممّن ندر من بعض من تأخّر (٢)، و ربما أشعر عباره الماتن في الشرائع و كذا غيره بالإجماع عليه (٣)؛ و هو الحجة.

مضافاً إلى الإجماع المدّعى في كلام جماعه على جواز أصله (٤)، المستلزم لجواز شرطه بالبديهه، إلّا أنّ في الاستناد إليه نوع خفاء و مناقشه بعد ما مرّ إليه الإشاره من وهنه بمصير أكثر الأصحاب إلى عدم جواز الرجوع في العين الذي ينافيه، و أنّ المراد بالجواز في كلامهم غير المعنى المعروف بينهم، و هو عدم لزوم الأجل الذي هو مقتضى العقد بحسب العرف.

و الإجماع على عدم لزومه ثابت إلّا أنّه لا يدلّ إلّا على عدم لزومه بمجرد العقد، و هو لا ينافى لزومه مع الشرط إلّا أن يجاب بما يأتي.

ص: ١٤٨

- ١- مجمع الفائدة و البرهان ٩:٧٨.
- ٢- الحدائق ١٣٢:٢٠، و انظر مجمع الفائدة ٩:٨٠، و مفاتيح الشرائع ٣:١٢٦.
- ٣- الشرائع ٢:٦٨؛ و انظر مفاتيح الشرائع ٣:١٢٦، و الحدائق ١٣٢:٢٠.
- ٤- مجمع الفائدة و البرهان ٩:٧٥، الحدائق ١٣٠:٢٠.

و بالإجماعين يخصّص ما دلّ على لزوم الوفاء بالعقود و الشروط كتاباً و سنّه (١).

و ربما يزداد عليهما بدلاله الكتاب و السنه المتواتره على استحباب القرض و المداينه (٢) و لا يتعلّق بخصوص إجراء الصيغه، بل بمدلولها و هو تأخير المطالبه للعين المستقرضه إلى مدّه قضاء الوطر منها، كما مرّت إليه الإشاره، و استحباب التأخير هو عين معنى الجواز.

و فيه نظر، أوّلاً: بمنع تعلّق الاستحباب بخصوص المدلول، بل بسببه الذى هو إجراء الصيغه و إن كان الوجه فى تعلّقه به هو رجحان العمل بمسببه، فيرجع حاصل الأدلّه إلى استحباب الإقدام إلى القرض و إيجاب سببه، و لا ينافيه وجوب المسبّب بعده، و إن هو إلّا كالتجاره، فقد تضافرت الأدلّه باستحبابها مع وجوب العمل بمقتضيات أسبابها، كصيغ البيوع و نحوها، و ككثير من العبادات المستحبه الواجبه بالشروع فيها.

و بالجمله استحباب الشئ ابتداءً غير وجوبه استدامهً، فاستحباب الإقراض ابتداءً لا ينافى وجوب العمل بمقتضى عقده بعد إيجاده.

و ثانياً: بأنّ ذلك بعد تسليمه إنّما يتوجّه بالنظر إلى نفس العقد، و أنّه بمجردّه لا يقتضى وجوب التأخير، بل غايته الاستحباب، كما يستفاد من أدلّه استحبابه، و لا كلام فيه، لما مرّ من الإجماع على جواز العقد المستلزم لعدم وجوب التأخير، و لكنّه لا ينافى لزومه بسبب آخر غير نفس العقد المجرد، و هو العقد المركّب من الشرط، لعموم ما دلّ على لزوم الوفاء بالعقود، مضافاً إلى ما دلّ على لزوم الوفاء بالشروط.

ص: ١٦٩

١- المائده: ١؛ و انظر الوسائل ٣٢٦: ٢٣ أبواب النذر و العهد ب ٢٥.

٢- الوسائل ٣٢٩: ١٨ أبواب الدين و القرض ب ٦.

و ذلك كما لو أوقع عقد البيع حالاً، فإنه لا يقتضى وجوب التأخير فى أحد العوضين إلى أجل، و لا كذلك لو أوقع مؤجلاً، فقد يكون عقد القرض بنفسه لا يفيد لزوم أجل، و مع شرطه يفيد لزومه.

و بالجملة لا منافاه بين جواز أجل القرض نظراً إلى نفس العقد و لزومه باشرطه فيه، لتغاير السببين، كما لو اشترط أجله فى عقد آخر لازم، كما عليه الأكثر، و إن خالف فيه بعض من شدّ و ندر (١)، فالاستدلال بذلك على المطلوب غير مفهوم.

إلّا أن يقال بالفرق بين القرض و البيع بعدم دلالة عقده على أجل، بخلاف القرض؛ لدلالته عليه بحسب العرف كما مرّ، فإذا لم يجب الوفاء به مع دلالة العقد الذى هو الأصل فى لزوم الوفاء به و بالشرط المذكور فى ضمنه عليه فعدم وجوب الوفاء به إذا دلّ عليه الشرط أولى، فتأمل.

و قريب منه استدلال بعض الأفاضل (٢) على ضده و هو لزوم الأجل بعد اشترطه بما مرّ من العمومين، و خصوص قوله سبحانه إذا تدائنتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه [١] (٣). و الخبرين المروى أحدهما عن ثواب الأعمال: «من أقرض قرضاً و ضرب له أجلاً و لم يؤت به عند ذلك الأجل، كان له من الثواب فى كل يوم يتأخر عن ذلك الأجل مثل صدقه دينار واحد كل يوم» (٤).

و نحوه الثانى المروى عن الفقه الرضوى (٥).

ص: ١٧٠

١- انظر الدروس ٣:٣٢٤.

٢- الحدائق ٢٠:١٣٠، مفاتيح الشرائع ٣:١٢٦.

٣- البقره: ٢٨٢.

٤- ثواب الأعمال: ١٣٨، الوسائل ١٨:٣٢٩ أبواب الدين و القرض ب ٦ ح ١.

٥- فقه الرضا (عليه السلام): ٢٥٧، المستدرک ١٣:٣٩٦ أبواب الدين و القرض ب ٦ ح ٤.

و ذلك فإنَّ غايه الأدلّه صحّه التأجيل، و لا كلام فيها، و ثمرتها إنّما هو جواز تأخير الدفع إلى الأجل و وجوبه بعده، و هو غير لزومه الذي هو عبارته عن وجوب التأخير إليه، و إنّما الكلام فيه.

هذا مضافاً إلى قصور سند الخبرين مع عدم معاضد لهما في البين، و ضعف دلالة الكتاب من وجه آخر، و هو اختصاصه بالدين، و هو غير القرض بنصّ أهل اللغة، فقد صرح في القاموس و غيره بأنّه لا- أجل فيه، بخلاف الدين، فإنّه الذي فيه الأجل (١). فالاستدلال به على لزومه في القرض على تقدير تماميته بفساد الوجه الأوّل غير تامّ من هذا الوجه.

نعم في المضمّر: عن رجل أقرض رجلاً دراهم إلى أجل مسمّى ثم مات المستقرض، أ يحلّ مال القارض بعد موت المستقرض منه، أم لورثته من الأجل ما للمستقرض في حياته؟ فقال: «إذا مات فقد حلّ مال القارض» (٢).

و هو مشعر بلزوم التأجيل في القرض كالدين، من حيث التقرير و المفهوم، إلّا أنّ قصور السند بالإضمار و المتن للإجماع أوجب هجره في المضمار.

و أمّا القدح فيه بالدلالة بمنع الظهور بالكليّة، بنحو ما أُجيب به عن الخبرين المتقدّم إلى ذكرهما الإشارة، من أنّ غايته الدلالة على صحّه الأجل لا- اللزوم الذي هو مفروض المسألة، لعلّه محلّ مناقشه يستخرج وجهها من النظر إلى لفظه «حلّ» الظاهره في عدم استحقاق المطالبه قبل انقضاء المده المضروبه حال حياها المستقرض بالضروره، فتأمل.

ص: ١٧١

١- القاموس المحيط ٢٢٦:٤؛ و انظر لسان العرب ١٦٧:١٣.

٢- التهذيب ٤٠٩/١٩٠، الوسائل ١٨:٣٤٤ أبواب الدين و القرض ب ١٢ ح ٢.

و كذا لا يتأجل الدين الحال بتأجيله، بأن يعبر عنه صاحب الدين بعباره تدلّ عليه من غير ذكره في عقد، بأن يقول: أجلتكَ في هذا الدين مدّه كذا؛ إذ ليس ذلك بعقد يجب الوفاء به، بل هو وعد يستحبّ الوفاء به.

و أشار بقوله: مهراً كان الدين، أو غيره إلى خلاف بعض العامّة، حيث ذهب إلى ثبوت التأجيل في ثمن المبيع و الأجره و الصداق و عوض الخلع دون القرض و بدل السلف (١)، و إلى خلاف آخرين منهم من ثبوته في الجميع (٢).

و لو غاب صاحب الدين غيبه منقطعه نوى المستدين قضاءه وجوباً إجماعاً كما قيل (٣)، و كذا الحكم في كلّ من عليه حق، سواء كان ذو الحق غائباً أم حاضراً، و إنما ذكر الوجوب مع الغيبه المنقطعه تأكيداً، و وجه الوجوب بأنه من أحكام الإيمان، كما قالوا في العزم على الواجب الموسع، لا لكونه بدلاً عن التعجيل. و فيه نظر، إلّا أن يكون إجماعاً.

و الأجود الاستدلال عليه في محلّ الفرض بالنصوص المرويه في باب الدين في الكتب الثلاثة، الداله على أن من استدان ديناً فلم ينو قضاءه كان بمنزله السارق (٤). و به صرح في الرضوى أيضاً (٥).

ص: ١٧٢

١- حكاه عن أبي حنيفه في المغنى و الشرح الكبير ٤:٣٨٤.

٢- كما نقله عن مالك و الليث في المغنى و الشرح الكبير ٤:٣٨٤.

٣- جامع المقاصد ٥:١٥، مجمع الفائده ٩:٨٤.

٤- الكافي ٥:١/٩٩، ٢، الفقيه ٣:٤٧٥/١١٢، التهذيب ٦:٤١١/١٩١، الوسائل ١٨:٣٢٧ ٣٢٩ أبواب الدين و القرض ب ٥ ح ١، ٢، ٥.

٥- فقه الرضا (عليه السلام): ٢٤٨، المستدرک ١٣:٣٩٤ أبواب الدين و القرض ب ٥ ذيل حديث ١.

و قصور الأسانيد منجبر بالاعتبار و فتوى الأصحاب، و مؤيد بالصحيح: عن الرجل يكون عليه الدين لا يقدر على صاحبه و لا على ولي له و لا يدرى بأى أرض هو؟ قال: «لا جناح بعد أن يعلم الله تعالى منه أن نيتته الأداء» (١).

و فى الخبر: «من كان عليه دين ينوى قضاءه كان معه من الله عزّ و جلّ حافظان يعينانه على الأداء من أمانته، فإن قصرت نيته عن الأداء قصر عنه المعونه بقدر ما قصر من نيته» (٢).

و فى آخر: «أحبّ للرجل يكون عليه دين ينوى قضاءه» (٣).

و يجب عليه عزله عند وفاته وفاقاً للنهائية (٤)، بل ربما احتمل فى المسالك عدم الخلاف فيه (٥)، مشعراً بدعوى الإجماع عليه، كما فى شرح القواعد للمحقق الثانى (٦).

و لا دليل عليه عدا ما قيل من أنه مناسب لتميز الحق و أبعد عن تصريف الورثه فيه (٧). و هو كما ترى.

مع أنّ فى السرائر ادعى إجماع المسلمين على العدم (٨). و هو أقوى؛ للأصل، و إن كان الأوّل أحوط و أولى، و أحوط منه العزل مطلقاً، فقد حكى

ص: ١٧٣

- ١- التهذيب ١٨٨/٣٩٥، الوسائل ١٨:٣٦٢ أبواب الدين و القرض ب ٢٢ ح ١.
- ٢- الكافي ١/٩٥، الفقيه ٣:٤٧٣/١١٢، التهذيب ١٨٥/٣٨٤، الوسائل ١٨:٣٢٨ أبواب الدين و القرض ب ٥ ح ٣.
- ٣- الكافي ٤/٩٣، الوسائل ١٨:٣٢١ أبواب الدين و القرض ب ٢ ح ٤.
- ٤- النهاية: ٣٠٧.
- ٥- المسالك ١:٢٢٢.
- ٦- جامع المقاصد ١٥:٥.
- ٧- كما فى المسالك ١:٢٢٢.
- ٨- السرائر ٢:٣٧.

فى المسالك قولاً (١). و لكن لا- يلزم منه انتقال الضمان بالعزل، بل عليه الضمان مع التلف على الإطلاق؛ لعدم الدليل على الانتقال.

و على كل حال يجب أن يكون موصياً به عند الوفاء، بلا خلاف، كما فى شرح الشرائع للمفلح الصيمرى؛ لأنه مع ترك الوصيه ربما أدى إلى فوات المال و بقاء اشتغال الذمه به، فتجب من باب المقدمه.

و يدلّ عليه أيضاً بعض النصوص الآتية، بل عن ظاهر جمله من الأصحاب و جوب التوصيه بماله و عليه (٢)، و عليه تدلّ جمله من الأخبار الآتية فى كتاب الوصيه إن شاء الله سبحانه.

و لو لم يعرفه اجتهد فى طلبه ببذل الوسع فى السؤال عنه فى الأمكنه التى يمكن كونه أو خبره بها، و يستمر كذلك على وجه لو كان لظهر، بلا خلاف أجده، و به يشعر الصحيح المتقدم.

مضافاً إلى صريح الصحيح: فى رجل كان له على رجل حق ففقده و لا يدرى أين يطلبه، و لا يدرى أحيى هو أم ميت، و لا يعرف له وارثاً و لا نسباً و لا ولداً، قال: «اطلب» قال: إن ذلك قد طال فأتصدق به؟ قال:

«اطلب» (٣).

و نحوه خبران آخران (٤) مرويان هما كالأول و الأخبار الآتية فى الكتب الثلاثه فى باب ميراث مفقود الخبر، فى أحدهما: إنه كان عند أبى أجير

ص: ١٧٤

١- المسالك ٢٢٢:١.

٢- انظر الحدائق ١٤٩:٢٠.

٣- التهذيب ١٨٨/٣٩٦، الوسائل ١٨:٣٦٢ أبواب الدين و القرض ب ٢٢ ح ٢؛ بتفاوت يسير.

٤- الكافي ١/١٥٣ و ٧، التهذيب ٣٨٩/١٣٨٧ و ٩، الفقيه ١٣٨٨، الفقيه ٢٤١/٧٦٩، الوسائل ٢٩٦:٢٦ أبواب ميراث الخنثى ب ٢٦ ح ١ و ٢.

يعمل عنده بالأجر ففقدناه وبقى له من أجره شيء ولا نعرف له وارثاً، قال:

« فاطلبه » قال: قد طلبناه و لم نجده، فقال: « مساكين » و حرّك يديه، قال:

فأعاد عليه، قال: « اطلب و اجهد فإن قدرت عليه، و إلا فكسبيل مالك حتى يجيء له طالب، فإن حدث بك حدث فأوص به إن جاء له طالب أن يدفع إليه ». و مع اليأس عنه بحيث لا يحتمل الوقوف عليه عادةً قيل:

يجب أن يتصدق به عنه كما عن الطوسي و القاضي و جماعه (١)(٢)؛ لئلا يتعطل المال و يخرج عن الانتفاع، و لا احتياج من هو عليه إلى تفرغ ذمته و لا سبيل غير الصدقه. و هو كما ترى.

نعم في الفقيه بعد الصحيح المتقدم-: و قد روى في هذا خبر آخر:

« إن لم تجد وارثاً و علم الله تعالى منك الجهد فتصدق به » (٣).

قيل (٤): و نحوه الخبران، في أحدهما: قد وقعت عندي مائة درهم و أربعة دراهم.. فمات صاحبها و لم أعرف له ورثه، فأرى في إعلامي حالها و ما أصنع بها، فقد ضقت بها ذراعاً؟ فكتب: « اعمل فيها و أخرجها صدقةً قليلاً قليلاً حتى تخرج » (٥).

ص: ١٧٥

١- الطوسي في النهاية: ٣٠٧، نقله عن القاضي في المختلف: ٤١١؛ و انظر المختلف: ٤١٢، و الدروس ٣: ٣١٢.

٢- بل أكثر الأصحاب، كما عن المحقق الثاني في شرح القواعد (جامع المقاصد ٥: ١٦) بل المشهور، كما في الروضة (٤: ١٨) منه رحمه الله.

٣- الفقيه ٢٤١/٤: ٧٧٠، الوسائل ٢٦: ٢٩٨ أبواب ميراث الخثى ب ٦ ح ١١.

٤- الحدائق ١٥٣، ١٥١: ٢٠.

٥- الكافي ٧: ٣/١٥٣، التهذيب ٩: ١٣٨٩/٣٨٩، الإستبصار ١٩٧/٤: ٧٤٠، الوسائل ٢٦: ٢٩٧ أبواب ميراث الخثى ب ٦ ح ٣.



و فى الثانى: كان لأبى أجير كان يقوم فى رحاه، و له عندنا دراهم و ليس له وارث، فقال عليه السلام: «تدفع إلى المساكين» ثم قال: رأيك فيها، ثم أعاد عليه المسأله، فقال له مثل ذلك، فأعاد عليه المسأله ثالثه، فقال عليه السلام:

« تطلب وارثاً فإن وجدت له وارثاً، وإلا فهو كسبيل مالك» ثم قال:

« ما عسى أن تصنع بها» ثم قال: «توصى بها فإن جاء طالبها وإلا فكسبيل مالك» (١).

و أسانيدھا بالإرسال و الجهاله قاصره، و عن المقاومه للصحيحين المتقدمين سيما الثانى و تاليها ضعيفه، و لقاعده أصاله بقاء شغل الذمه معارضه، و لذا أنكر الحلّى هذا القول و أوجب الدفع إلى الحاكم (٢).

و هو أجود، و إن كان القول بجواز الصدقه عن المالك مع الضمان له إذا لم يرض بها لا يخلو عن قوه، وفاقاً لشيخنا الشهيد الثانى و جماعه (٣)؛ لأنه إحسان محض، فإنه إن ظهر المالك ضمن له العوض مع عدم الرضاء بها، و إلا فالصدقه أنفع من بقائها المعرض لتلفها، فتأمل.

و أما الوجوب فقد عرفت ما فيه.

و ما يستفاد من بعض الأخبار المتقدمه من أنه كسبيل ماله فساد، و سند الدالّ عليه ضعيف، نعم ورد مثله فى القريب من الصحيح فى الفقيه (٤).

و لا تصحّ المضاربه بالدين حتى يقبض مطلقاً، و لو كان من هو عليه عاملاً، إجماعاً، كما عن التذكره (٥)؛ و هو الحجه.

ص: ١٧٦

١- التهذيب ١٧٧/٧٨١، الوسائل ١٨:٣٦٢ أبواب الدين و القرض ب ٢٢ ح ٣.

٢- السرائر ٣٧:٢.

٣- المسالك ١:٢٢٢؛ و انظر جامع المقاصد: ١٦، و مجمع الفائده ٩:٨٩، و الحدائق ٢٠:١٥٤.

٤- الفقيه ٢٤١/٧٦٧، الوسائل ٢٦:٢٩٨ أبواب ميراث الخنثى ب ٦ ح ١٠.

٥- التذكره ٣:٢.

مضافاً إلى بعض المعتبره المنجبر قصور سنده بالشهره: في رجل له على رجل مال فتقاضاه و لا يكون عنده ما يقضيه، فيقول: هو عندك مضاربه، قال: «لا يصح حتى يقبضه» (١).

و لو باع الذمى ما لا يملكه المسلم كالخمر و الخنزير و قبض ثمنه جاز أن يقبضه المسلم عن حقه بلا خلاف، بل عليه الإجماع في بعض العبارات (٢)؛ و هو الحجه.

مضافاً إلى صريح الموثقه: لى على رجل ذمى دراهم فيبيع الخمر و الخنازير و أنا حاضر، فهل لى أن آخذها؟ فقال: «إنما لك عليه دراهم فقضاك دراهمك» (٣).

مضافاً إلى إطلاق المعتبره المستفيضه، منها الصحاح، في اثنين منها:

في رجل كان له على رجل دراهم فباع خمرأ أو خنزيراً و هو ينظر إليه فقضاه، فقال: «لا بأس، أما للمقتضى فحلال، و أما للبائع فحرام» (٤) و نحوهما الثالث (٥) و الرابع (٦).

و إطلاقها و إن شمل البائع المسلم، إلا أن الظاهر منه بحكم التبادر

ص: ١٧٧

١- الكافي ٤/٢٤٠، الفقيه ٣/٦٣٤/١٤٤، التهذيب ٦/٤٢٨/١٩٥، الوسائل ١٩:٢٣ أبواب أحكام المضاربه ب ٥ ح ١. و فيها: «لا يصلح» بدل «لا يصح».

٢- كما في السرائر ٢:٤٤.

٣- الكافي ١٠/٢٣٢، الوسائل ١٧:٢٣٢ أبواب ما يكتسب به ب ٦٠ ح ١.

٤- الأول: الكافي ٥/٩/٢٣١، التهذيب ٧/٦٠٦/١٣٧، الوسائل ١٧:٢٣٢ أبواب ما يكتسب به ب ٦٠ ح ٢. الثاني: التهذيب ٦/٤٢٩/١٩٥، الوسائل ١٨:٣٧٠ أبواب الدين و القرض ب ٢٨ ح ١.

٥- الكافي ٣/٥/٥٦٨، الفقيه ٢/١٠٠/٢٨، التهذيب ٤/٣٧٩/١٣٥، الوسائل ١٥:١٥٤ أبواب جهاد العدو ب ٧٠ ح ١.

٦- المقنعه: ٢٧٩، الوسائل ١٥:١٥٥ أبواب جهاد العدو ب ٧٠ ح ٢.

و الغالب هو الذمى لا المسلم؛ لعدم اعتياد بيعه لمثل الخمر و الخنزير فى بلاد الإسلام التى هى مورد الروايات.

ثم على تقدير عمومها له يجب التخصيص بغيره؛ التفاتاً إلى عموم الأدلة بعدم تملكه ثمنها و فساد بيعه لهما، فكيف يجوز اقتضاء ما لا- يملكه و يكون باقياً على ملك المشتري يجب رده عليه، أو التصديق به عنه مع الجهل، كما فى المعتبرين (١) بحملهما عليه، أحدهما الصحيح: فى رجل ترك غلاماً له فى كرم له يبيعه عنباً أو عصيراً، فانطلق الغلام فعصر خمراً ثم باعه، قال: «لا يصلح ثمنه» إلى أن قال: «إن أفضل خصال هذه التى باعها الغلام أن يتصدق بثمنها». و استناداً إلى فحوى بعض المعتبره، كمرسله ابن أبى نجران الصحيحه إليه، عن مولانا الرضا عليه السلام: عن نصرانى أسلم و عنده خمر و خنازير و عليه دين، هل يبيع خمره و خنازيره و يقضى دينه؟ قال:

«لا» (٢).

فإنّ تحريم قضاء الدين من أثمانها على الذمى بعد إسلامه يستلزم تحريم الاقتضاء على المسلم من أصله بطريق أولى، فتأمل جداً. و ظاهر العبارة و صريح جماعه (٣) اختصاص الذمى بالحكم دون الحربى.

و هو كذلك؛ لما مرّ من وجوب الاقتصار فيما خالف الأصل الدالّ

ص: ١٧٨

١- الكافى ٥: ٢/٢٣٠ و ٧، التهذيب ١/١٣٦، الوسائل ١٧: ٢٢٣ أبواب ما يكتسب به ب ٥٥ ح ١ و ٢.

٢- الكافى ٥: ١٤/٢٣٢، الوسائل ١٧: ٢٢٦ أبواب ما يكتسب به ب ٥٧ ح ١.

٣- منهم: الشهيد الثانى فى المسالك ١: ٢٢٢، و الأردبيلى فى مجمع الفائده ٩: ٩٢، و صاحب الحدائق ١٦٧: ٢٠.

على تحريم ثمن الأمور المزبوره على المسلم مطلقاً (١) على المتيقن، وليس إلما الذمى؛ لعدم إجماع على غيره لو لم نقل بالإجماع على عدمه، و اختصاص النصوص المتقدمه به صريحاً فى بعض و ظاهراً بحكم الغلبه و التبادر فى الباقي، لندره وجود الحربى فى بلاد الإسلام التى هى ظاهر مواردها.

و منه يظهر الوجه فيما قيد به الحكم فى الذمى بعض الأصحاب أيضاً: من اشتراط أن يكون فى بيعه مستتراً (٢).

و ذلك فإنه مع عدم الاستتار يصير فى حكم الحربى عند الأصحاب، مضافاً إلى جريان الوجه المتقدم فى إخراجه عن الحكم فى الذمى المتجاهر بالفسق، لعدم انصراف الإطلاق إليه بالضرورة و لو أسلم الذمى قبل بيعه ما لا يملكه حال إسلامه قيل: كما عن النهايه (٣) يتولاه غيره ممن يجوز له بيعه؛ للخبر: إن أسلم رجل و له خمر و خنازير ثم مات و هى فى ملكه و عليه دين قال: «يبيع ديانه أو وليّ له غير مسلم خنازيره و خمره فتقضى دينه، و ليس له أن يبيعه و هو حىّ و لا يمسكه» (٤).

و هو ضعيف وفاقاً للقاضى و الحلّى و الفاضلين (٥)؛ لأنّ المسلم لا يملك ذلك و لا يجوز بيعه مباشرة فلا يجوز تسيباً، و الروايه مقطوعه،

ص: ١٧٩

١- أى: و لو اقتضاء. (منه رحمه الله).

٢- الروضه ٢٣: ٤.

٣- النهايه: ٣٠٨.

٤- الكافى ١٣/٢٣٢: ٥، التهذيب ٧: ٦١٢/١٣٨، الوسائل ١٧: ٢٢٧، أبواب ما يكتسب به ب ٥٧ ح ٢.

٥- القاضى نقله عنه ابن فهد فى المهذب البارع ٢: ٤٨٣، الحلّى فى السرائر ٢: ٤٤، المحقق فى الشرائع ٢: ٦٩، العلّامه فى التذكرة ٢: ٧.

و مع ذلك في سندها جهاله، و من الجائز حملها على أن يكون له ورثه كفّار يبيعون الخمر و يقضون ديونه.

و لو كان لاثنين فصاعداً ديون مشتركه بينهما في ذمه ثالث فصاعداً فاقتهما فما حصل كان لهما، و ما توى بالمشناه من فوق بمعنى:هلك، كان منهما على الأشهر الأقوى، وفاقاً للإسكافي و الطوسي و القاضي و الحلبي و ابن حمزه و ابن زهره (1) مدّعياً الإجماع عليه كالثاني؛ و هو الحجّه.

مضافاً إلى النصوص المستفيضه المرويه في التهذيب في بابي الدين و الشركه، منها الموثق: عن رجلين بينهما مال منه دين و منه عين، فاقتهما العين و الدين، فتوى الذي كان لأحدهما من الدين أو بعضه، و خرج الذي للآخر، أيردّ على صاحبه؟ قال: «نعم ما يذهب بماله» (2).

و نحوه الباقي (3)، و الصحيح المروى في التهذيب و الفقيه في كتاب الصلح (4).

و قصور الأسانيد فيما عداه منجبر بالشهره العظيمه، و الإجماعات المحكيه، و بعض الوجوه الاعتباريه المذكوره في المختلف (5) من أنّ المال

ص: ١٨٠

- 
- ١- حكاه عن الإسكافي في المختلف: ٤٨٠، الطوسي في النهايه: ٣٠٨، القاضي في جواهر الفقه: ٤٨٦، الحلبي في الكافي: ٣٤٤، ابن حمزه في الوسيله: ٢٦٣، ابن زهره في الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٥٩٦.
  - ٢- التهذيب ٧: ٨٢١/١٨٦، الوسائل ١٩: ١٢ أبواب أحكام الشركه ب ٦ ح ٢.
  - ٣- انظر الوسائل ١٩: ١٢ أبواب الشركه ب ٦.
  - ٤- الفقيه ٣: ٦٠/٢٣، التهذيب ٦: ٤٧٧/٢٠٧، الوسائل ١٨: ٣٧٠ أبواب الدين و القرض ب ٢٩ ح ١.
  - ٥- المختلف: ٤٧٩.

مشارك، فإنَّ التقدير ذلك، فإذا دفع إلى أحدهما فإنَّما دفع عمَّا في ذمته، و الدفع إنَّما هو للمال المشارك، فلا يختصُّ به القابض.  
و لا دليل على لزوم القسمة في نحو المسألة، مع أنَّ الأصل عدمه بالضرورة.

خلافًا للحلِّي (١)، فحكم به؛ قياساً على ثبوته فيما لو أوهبه أحدهما أو أبرأ ذمَّه من عليه الحق الذي صار من نصيبه، بلا خلاف كما حكاه، فكذا فيما نحن فيه.

و هو كما ترى، و إن مال إليه في المختلف أخيراً (٢)، و تبعه بعض المتأخِّرين (٣)؛ لضعف القياس أوَّلاً، و عدم معارضته على تقدير حجَّيته لما قدَّمناه من الإجماعات المحكيه و المعتبره المستفيضه ثانياً، فالقول بمقالته ضعيف جداً.

قيل (٤): و قد يحتال للقسمة بأن يحيل كلَّ منهما صاحبه بحصَّته التي يريد إعطاءها صاحبه و يقبل الآخر، بناءً على صحة الحوالة من البريء، أو فرض سبق دين عليه.

و لو اصطلحا على ما في الذم بعضاً ببعض جاز، وفاقاً للشهيدين (٥).

و على أحد الأمور المذكوره يحمل إطلاق الصحيح المروى عن كتاب على بن جعفر و قرب الإسناد: عن رجلين اشتركا في السلم، أ يصلح لهما

ص: ١٨١

١- السرائر ٢:٤٠٢.

٢- المختلف: ٤٨٠.

٣- مجمع الفائدة ٩:٩٣.

٤- الروضة ٤:١٩.

٥- الدروس ٣:٣١٤، الروضة ٤:١٩.

أن يقتسما قبل أن يقبضا؟ قال: «لا بأس» (١).

أو على الصحة دون اللزوم، و على عدمه خاصه تحمل الأخبار السابقه.

و لا بأس به؛ جمعاً بين الأدله، و إن كان اعتبار المراضاه مره ثانيه بعد الأخذ أحوط البتّه.

و لو باع الدين بأقلّ منه عيناً أو قيمه على وجه لا يحصل فيه الربا، و لا الإخلال بشروط الصرف لو كان العوضان من الأثمان لم يلزم الغريم أن يدفع إليه أى إلى المشتري أكثر ممّا دفع إلى البائع، وفاقاً للطوسى و القاضى (٢) على تردّد فيه ينشأ من الخبرين، فى أحدهما:

رجل اشترى ديناً على رجل ثم ذهب إلى صاحب الدين فقال له: ادفع إلى ما لفلان عليك فقد اشتريته منه، قال: «يدفع إليه ما دفع إلى صاحب الدين، و برئ الذى عليه المال عن جميع ما بقى عليه» (٣) و قريب منه الثانى (٤).

و من قصور سندهما بالجهالة، و عدم جابر لهما فى المسأله، مع مخالفتهما للقواعد الثابته من الكتاب و السنّه، فإنّ ما وقع عليه العقد الذى يجب الوفاء به ليس إلّا جميع الدين دون بعضه، فلا وجه فى الاقتصار

ص: ١٨٢

- 
- ١- مسائل على بن جعفر: ٧٧/١٢٢، قرب الاسناد: ١٠٤٠/٢٦٣، الوسائل ١٨:٣٧١ أبواب الدين و القرض ب ٢٩ ح ٢.
  - ٢- الطوسى فى النهايه: ٣١١، نقله عن القاضى فى المختلف: ٤١١.
  - ٣- الكافى ٥:٣/١٠٠، التهذيب ٥:٤١٠/١٩١، الوسائل ١٨:٣٤٨ أبواب الدين و القرض ب ١٥ ح ٣.
  - ٤- الكافى ٥:٢/١٠٠، التهذيب ٥:٤٠١/١٨٩، الوسائل ١٨:٣٤٧ أبواب الدين و القرض ب ١٥ ح ٢.

عليه، و مع ذلك فلا وجه لبراءه ذمّه المديون كما صرّحت به الروايه الأولى.

و مع ذلك فالثانيه غير صريحه في المطلوب، بل و لا ظاهره، و لذا لم يذكرها حجه في المسأله جماعه، و هذا هو الأظهر الأشهر بين الطائفه.

و بما ذكرناه لا- يبقى وجه للتردد في المسأله، كما في صريح العبارة و ظاهر اللمعه (1)، فلتطرح الروايتان، للجهاله، و المخالفه للقواعد المقرّره، المعترضه بالإجماع من أصلها، و بالشهره في خصوص المسأله، أو تحملاً على ما تلتزمان معها من إرادته الضمان من البيع مجازاً، لشبهه به في المعاوضه، أو فساد البيع للربا و غيره، فيكون الدفع مأذوناً فيه من البائع في مقابله ما دفع، و يبقى الباقي لمالكه، و يكون المراد ببراءه المديون في الروايه الأولى البراءه من حق المشتري لا مطلقاً.

### خاتمه

خاتمه قد صرّح الأصحاب من غير خلاف يعرف بأنّ أجره الكيال و وزان المتاع على البائع الأمر له بهما؛ لأنهما من مصلحته فتتعلق الأجره به.

و كذا أجره بائع الأمتعه تتعلق به إذا كان بائعها دلالاً ناصباً نفسه لذلك، فإنّه يستحقّها و إن لم يتشارطا عليه؛ لأن هذا العمل مما يستحقّ عليه أجره في العاده، و نصب الدلال نفسه لذلك قرينه على عدم التبرع بالضروره، كما حقّق في بحث الإجاره.

و مما ذكرنا يظهر الوجه فيما ذكره من أن أجره الناقد و وزان الثمن على المشتري الأمر له لذلك [بذلك] و كذا أجره مشتري الأمتعه عليه إذا

ص: ١٨٣



كان دليلاً ناصباً نفسه لذلك مأموراً به من جهته.

و لو تبرّع الواسطه بكل من الأمور المزبوره من دون أمر من البائع أو المشتري له بذلك، و لا ما يقوم مقامه من الدلاله لم يستحقّ أجره على من تلزمه الأجره مع أمره أو ما فى حكمه و لو أجاز البيع و الشراء و غيرهما؛ لأنه بالفعل لم يستحقّ لمكان التبرع، و بعد الإجازة لم يعمل عملاً، و الأصل براءة الذمه من استحقاق شىء.

و إذا جمع الواسطه بين الابتياح و البيع و نصب نفسه لذلك و يعبر عنه بالسّمسار فبإع أمّته لشخص و اشترى غيرها لآخر فأجره كلّ عمل على الأمر به لعدم المنافاه.

و لا- يجمع بينهما أى بين العملين لواحد أى لشىء واحد، بأن يبيعه لأحد و يشتريه لآخر، قيل: لأنّ البيع مبنى على المكايسه و المغالبه و لا- يكون الشخص الواحد غالباً و مغلوباً و العمل بالحاله الوسطى خارج عن مطلوبهما غالباً فيتوقف على رضاهما بذلك، و حينئذ فمن كايس له استحقّ عليه الأجره خاصه (١).

و هو حسن، لكن يشكل إطلاقه بما لو كان السعر مضبوطاً عادة بحيث لا يحتاج إلى المماكسه، أو كانا قد اتّفقا على قدر معلوم و أراد توليه طرفى العقد، و حينئذ يكون عليهما أجره واحده بالسويه سواء اقترنا فى الأمر أم تلاحقنا، مع احتمال كون الأجره على السابق.

و لا- يجب أجرتان، وفاقاً للحلّى و المسالك و الروضه (٢)؛ للأصل مع عدم المخرج عنه سوى العمل، و هو لوحده لا يوجب إلّا أجره واحده

ص: ١٨٤

١- المسالك ١: ٢٢٤.

٢- الحلّى فى السرائر ٢: ٣٣٨، المسالك ١: ٢٢٤، الروضه ٣: ٥٤٤.

عادةً، و تعدّد الطرفين غير موجب لتعددتها، إن لا دليل عليه شرعاً و لا عرفاً.

و هي مع الاقتران فى الأمر عليهما موزّعه؛ لعدم المرجح جدّاً. و كذا مع التلاحق؛ لاستواء الموجب و هو العمل بالإضافه إليهما. و وجه احتمال تقديم السابق أصاله براءه ذمه المسبوق، و وجود المرجح من سبق الأمر الذى له مدخل فى الإيجاب قطعاً، و لكن الأول أولى.

و ظاهر النهايه و صريح الفاضل فى المختلف و المحقق الثانى على ما حكى تعدّد الأجره (١).

و لعلهما نظرا إلى أن أمر الأمر بالعمل إقدام منه على التزام تمام الأجر بحصول المأمور به و رضاء منه بذلك، و لا مدخل لاتحاد العمل. و لعله غير بعيد، سيما مع كون متعلّق الأمرين طرفى الإيجاب و القبول و جهل أحدهما بأمر الآخر، فتأمل. هذا إذا جوّزنا للواحد تولّى طرفى العقد، و إلّا فعدم استحقاق الواحد لهما واضح.

و يحتمل على بُعد أن يكون الضمير المجرور عائداً إلى الإيجاب و القبول المدلول عليهما بالمقام تضمناً، أو بالبيع و الابتاع، فيكون ذهاباً إلى المنع، أو يعود الضمير إلى الأجرتين بناءً على المنع من تولّى طرفى العقد، أو غيره.

و لا يضمن الدّلال و كذا السمسار ما يتلف فى يده ما لم يفرّط أو يتعدّد؛ لأنه أمين، بلا خلاف أجده.

ص: ١٨٥

و لو اختلفا فى التفريط أو التعدي و لا بينه فالقول قول الدال مع يمينه لأنه منكر و ليس عليه إلّا اليمين، بلا خلاف؛ للنبوى (١).  
و كذا لو اختلفا فى قيمه أى قيمه التالف؛ لأنّ الأصل براءة الذمه من الزيادة. و الله العالم بحقائق أحكامه سبحانه.

ص: ١٨٦

---

١- علل الشرائع: ١٩٠، الاحتجاج: ٩٢، الوسائل ٢٧: ٢٩٣ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ٢٥ ح ٣.

كتاب الرهن و أركانه أربعه:

### الأول فى تعريف الرهن

الأول: فى بيان الرهن و شرائطه.

و هو لغه: الثبات و الدوام، و منه النعمه الراهنه، أى الثابته و الدائمه. و يطلق على الحبس بأى سبب كان، و منه قوله سبحانه كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ [١] (١) أى: بما كسبته من خير أو شرٍّ محبوسه.

و شرعاً: وثيقه لدين المرتهن إذا تعدّر استيفاءه ممّن هو عليه استوفى منه أو من ثمنه.

و الوثيقه: فعيله بمعنى المفعول، أى: موثوق به لأجل الدين، و التاء فيها لنقل اللفظ من الوصفيه إلى الاسميه كتاء الحقيقه، لا للتأنيث، فلا يرد عدم المطابقه بين المبتدأ و الخبر فى التذكير و التأنيث. مع أن الضمير الواقع مبتدأ لخبر مؤنث إذا كان مرجعه مذكراً يجوز فيه الأمران، نظراً إلى الاعتبارين.

و ليس فى إضافه الدين إلى المرتهن دور من حيث أخذ الرهن فى تعريف المرتهن، إن عرّفناه فى التعريف بصاحب الدين أو من له الوثيقه من غير أن يؤخذ الرهن فى تعريفه.

و التخصيص بالدين مبنى إما على عدم جواز الرهن على غيره و إن

ص: ١٨٧

كان مضموناً كالغصب، أو على أن الرهن عليه إنما هو لاستيفاء الدين على تقدير ظهور الخلل بالاستحقاق أو تعذر العين، وفيه تكلف، مع أنه قد يبقى بحاله فلا يكون ديناً.

و كيف كان، هو ثابت بإجماع المسلمين كافة، كما في المهذب و ظاهر الغنية (١)، و به نصت الآية الشريفة و إن كُنتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَ لَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ [١] (٢) و السنه الخاصيه و العاميه به مستفيضه، بل متواتره يأتي إلى ذكرها الإشاره في تضاعيف الأبحاث الآتية.

و شرط السفر في الآية مبني على الأغلب، و ليس شرطاً في الصحة بإجماعنا المحكي في كلام جماعه (٣)، و النصوص المعتمده التي منها روايه الدرع المشهوره (٤).

و ظاهر الأصحاب من غير خلاف يعرف أنه عقد لا - بدّ فيه من الإيجاب و القبول الدالّين عليه، و ذكر جماعه (٥) منهم أن الإيجاب:

رهنتك، أو وثقتك بالتضعيف أو: أرهنتك بالهمزه أو: هذا رهن عندك أو على مالك، أو: وثيقه عندك، أو: خذه على مالك أو بمالك، أو:

أمسكه حتى أعطيك مالك بقصد الرهن و شبهه مما أدى المعنى.

قيل: و إنما لم ينحصر هذا العقد في لفظ كالعقود اللازمه و لا في الماضي لأنه جائز من طرف المرتهن الذي هو المقصود الذاتى منه، فغلب

ص: ١٨٨

١- المهذب البارع ٢: ٤٩٢، الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٥٩٢.

٢- البقره: ٢٨٣.

٣- منهم: الطوسى فى الخلاف ٣: ٢٢١، و الفاضل المقداد فى كتر العرفان ٢: ٥٩.

٤- درر اللئى ١: ٣٢٥، المستدرک ١٣: ٤١٨ أبواب أحكام الرهن ب ١ ح ٥.

٥- منهم المحقق فى الشرائع ٢: ٧٥، الشهيد الثانى فى المسالك ١: ٢٢٥، و الروضه ٤: ٥٤.

فيه جانب الجائز مطلقاً (١).

و فيه نظر، فإن اعتبار ما لم يعتبر هنا في العقود اللازمه إنما هو للاقتصار فيما خالف الأصل الدالّ على عدم اللزوم على المتيقّن، و هو جارٍ في المقام، لتضمّنه اللزوم و لو من طرف الراهن، و عدم اللزوم من جانب المرتهن غير قاذح بعد كون المنشأ للاعتبار هو نفس اللزوم المخالف للأصل من حيث هو من دون اعتباره من الطرفين، فتدبّر.

و الأجود الاستدلال عليه بعموم ما دلّ على لزوم الوفاء بالعقد، و هو صادق بإحدى العبارات المزبوره، فاشتراط زائد عليها يحتاج إلى دلالة، و هي في المقام مفقوده.

و هذا و إن جرى في العقود اللازمه إلّا أنّ الدلالة على اشتراطه فيها في الجملة حاصله لولاها لكان حملها حكم المسأله فتكون متّبعه، و قياس المقام عليها فاسد بالضروره.

و تكفى الإشارة في الأخرس و إن كان عارضاً، أو الكتابه معها بما يدلّ على قصد الرهن لا بمجرد الكتابه؛ لإمكان العبث، أو إرادته أمر آخر.

و القبول: قبلت، و شبهه من الألفاظ الدالّّه على الرضاء بالإيجاب.

و هل يشترط الإقباض فيه؟ الأظهر الأشهر نعم وفاقاً للإسكافي و المفيد و النهايه و القاضي و الحلبي و الديلمي و ابن زهره العلوي و الطبرسي (٢)، مدعيّاً هو كسابقه الإجماع عليه، و هو خيره الماتن هنا و في

ص: ١٨٩

١- الروضه ٤: ٥٤.

٢- حكاه عن الإسكافي في المختلف: ٤١٦، المفيد في المقنعه: ٦٢٢، النهايه: ٤٣١، القاضي في المهذب ٢: ٤٦، الحلبي في الكافي: ٣٣٤، الديلمي في المراسم: ١٩٢، ابن زهره في الغنيه (الجوامع الفقهيّه): ٥٩٢، الطبرسي في مجمع البيان ١: ٤٠٠.

و الأصل فى بعد الإجماعات المحكيه التى كل واحد منها حجّه مستقله الآيه الشريفه المتقدمه المقيده للرهان بالمقبوضه، و مفهوم مثله حجّه عرفاً و عادةً، كاشتراط التراضى فى التجاره، و العداله فى الشهاده.

و الموتقه: «لا رهان إلّا مقبوضه» (٢) و نحوه المروى عن تفسير العياشى (٣).

و نفى الصحه أقرب من نفى الكمال إلى نفى الحقيقه المتعدّره، مع احتمال أن يكون إرادته نفى الحقيقه ممكنه، بناءً على كون القبض جزءاً من مفهوم الرهانه، كما سيأتى إليه الإشاره من دلالة الأخبار عليه و كلام بعض أهل اللغه، و على هذا فتكون: مَقْبُوضَةٌ [١] فى الآيه صفه موضّحه لا مخصّصه.

و بهذه الأدله تخصّص عمومات الكتاب و السنه بلزوم الوفاء بالعقود بالضروره.

و بنحوه يجاب عن إطلاقات الأخبار الوارده فى الرهن المعلقه لأحكامه على مطلقه، مضافاً إلى عدم انصرافها بحكم عدم التبادر و ندره الرهان الغير المقبوضه إليها بالبديهيّه، مع أن انصراف الإطلاقات إلى العموم مشروط بعدم ورودها لبيان حكم آخر غير ما يتعلّق بنفسها، و ليست الإطلاقات هنا كذلك جدّاً، فلا عموم فيها أصلاً.

ص: ١٩٠

١- الشرائع ٢:٧٥، الشهيد فى الدروس ٣:٣٨٣، و اللمعه (الروضه البهيّه ٤): ٥٦، غايه المراد ٢:١٨٣.

٢- التهذيب ٧:٧٧٩/١٧٦، الوسائل ١٨:٣٨٣ أبواب أحكام الرهن ب ٣ ح ١.

٣- تفسير العياشى ١:٥٢٥/١٥٦، الوسائل ١٨:٣٨٣ أبواب أحكام الرهن ب ٣ ح ٢.

مضافاً إلى أنه بعد ملاحظه الأخبار المتضمنه لها يحصل الظن القوي المتأخّم بالعلم بتلازم الرهن و القبض، بحيث كادت تدلّ على أنه جزء من مفهومه، كما حكى أيضاً عن بعض أهل اللغة (١)، وبذلك ينادى سياقها، وإن اختلفت في الدلاله عليه ظهوراً و خفاءً.

و بما ذكر سقط حجج القول بالعدم كما عن الخلاف (٢)، و هو خيرُه الفاضل و ولده و المسالك و الروضه (٣)، و تبعهم على ذلك جماعه (٤).

ثم ظاهر الآيه و الروايه بناءً على أن المتبادر منهما نفى الصحه أو الماهيه مع عدم المقبوضيه اشتراط القبض في الصحه، و به نصّ الطبرسي في حكايته الإجماع (٥)، و به صرح جماعه (٦). و هو ظاهر العبارة و غيرها مما أُطلق فيه اشتراطه؛ لانصرافه إلى الاشتراط في الصحه.

خلافاً لآخرين (٧)، فجعلوه شرطاً في اللزوم، منزّلين الخلاف عليه، و هو الظاهر من عباره الغنيه في دعواه الإجماع عليه (٨).

ص: ١٩١

- ١- انظر: الفائق في غريب الحديث ٢:٩٤، و القاموس المحيط ٤:٢٣١، و النهايه ٢:٢٨٥.
- ٢- الخلاف ٣:٢٢٣.
- ٣- العلامه في القواعد ١:١٦١، و ولده في إيضاح الفوائد ٢:٢٥، المسالك ١:٢٢٥، الروضه ٤:٥٧.
- ٤- منهم: ابن إدريس في السرائر ٢:٤١٧، و ابن فهد في المقتصر: ١٩٠، و المحقق الثاني في جامع المقاصد ٥:٩٤، و صاحب الحقائق ٢٠:٢٢٦.
- ٥- مجمع البيان ١:٤٠٠.
- ٦- منهم: المفيد في المقنع: ٦٢٢، و الديلمي في المراسم: ١٩٢، و الحلبي في الكافي: ٣٣٤.
- ٧- منهم: الشيخ في النهايه: ٤٣١، و ابن زهره في الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٥٩٢، و ابن فهد في المهذب البارع ٢:٤٦، و الشهيد في الروضه ٤:٥٦؛ و انظر إيضاح الفوائد ٢:٢٦.
- ٨- الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٥٩٢.



و يَضَعُهُ ما مرَّ؛ مضافاً إلى الأصل، و عدم دليل على صحه؛ لانحصار الأدلّه عليها في نحو المسأله في الإجماع، و ليس بمتحقق بالضروره، و أدلّه لزوم الوفاء بالعقود، و هي بعد الإجماع على عدم اللزوم الذي هو مفادها غير تامّه، و ليس عليها دلالة أخرى غير ما تقدّم إليه الإشاره بالضروره.

و يتفرع على القولين فروع كثيره تعرّض لذكرها الجماعه في كتبهم الاستدلاليه.

ثم إن محلّ الخلاف في اشتراط القبض إنما هو أوّل مرّه لا- استدامه، فلو أقبضها الراهن و ارتجعها صحّ الرهن و لزوم، بلا خلاف، بل عليه الإجماع في عبارة جماعه، كالغنيه و كشف الحق و التذكره و غيرها من كتب الجماعه (١)؛ و هو الحجّه، مضافاً إلى عموم الأدلّه، و استصحاب الحاله السابقه من اللزوم و الصحه.

و من شرطه أيضاً أن يكون عيناً فلا يصحّ رهن المنافع، اتفاقاً، كما في المسالك و غيره (٢)، لكن صريح المختلف وقوع الخلاف فيه (٣).

و هو على المختار واضح؛ لعدم صحه إقباضها إلّا بإتلافها. و كذا على غيره؛ لأنها تستوفى شيئاً فشيئاً و كلّ ما حصل منها شيء عدم ما قبله، و المطلوب من الرهن أنه متى تعدّر استيفاء الدين استوفى من الرهن.

ص: ١٩٢

- 
- ١- الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٥٩٢، كشف الحق: ٤٨٩، التذكره ٢: ٢٦؛ المسالك ١: ٢٢٥.
  - ٢- المسالك ١: ٢٢٧؛ و انظر الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٥٩٢، و السرائر ٤١٧، ٤١٦: ٢.
  - ٣- المختلف: ٤٢٣.

قيل: وفيه نظر (١)؛ فإن استيفاء الدين من عين الرهن ليس بشرط، بل منه أو من بدله، ولو بيعه قبل الاستيفاء، كما لو رهن ما يتسارع إليه الفساد قبله، والمنفعة يمكن فيها جواز ذلك بأن يوجر العين و يجعل الأجره رهنًا.

و قريب منه القول في القبض؛ لإمكانه بتسليم العين ليستوفى منها المنفعة و يكون عوضها رهنًا.

و فيه: أنه خروج عن المتنازع؛ إذ لا كلام في جواز رهن الأجره، إنما الكلام في المنفعة نفسها.

و لا الدين (٢) بناءً على المختار من اشتراط القبض؛ لأنه أمر كلى لا وجود له في الخارج يمكن قبضه، و ما يقبض بتعيين المديون ليس نفسه و إن وجد في ضمنه.

و احتمال جوازه على هذا القول و الاكتفاء في القبض بما يعينه المديون بناءً على صدق قبض الدين عليه عرفاً كهبه ما في الذمه فرع عموم في الأدله يشمل مفروض المسأله، و ليس؛ فإن المتبادر منها قبض المرهون نفسه لا- ما هو فرد من أفرادها، و صدق القبض عرفاً لا يستلزم تحقق القبض المتبادر من الأدله جداً.

و ربما يضعف الاحتمال أيضاً بأن أخذ الرهن ليس إلّا من حيث عدم الوثوق باستيفاء ما في الذمه، فكيف يستوثق في استيفائه بمثله؟! و فيه نظر؛ لاختلاف الديون و من عليه الحق في سهوله القضاء و عسره، فكم من ديون متيقنه الأداء يصلح الاستيثاق بها على غيرها مما

ص: ١٩٣

١- قال به الشهيد الثاني في حاشيه الروضه ٤:٦٥.

٢- أى: لا يصح رهن الدين.

ربما يئس منه أربابها.

مضافاً إلى عدم جريانه فيما لو كان الدين المرهون على المرتهن نفسه، فيحصل منه الاستيثاق و أئ استيثاق، والقول بالجواز في مثله غير بعيد بناءً على مقبوضيه ما في الذمه، إلا أن في الاكتفاء بمثل هذا القبض سيما مع الشك في صحه البناء مع عدم انصراف الأدله الداله على اشتراطه إليه نوع نظر مع عدم القول بالفرق.

و من الوجه الأول ينقدح الوجه في ضعف التمسك للجواز على الإطلاق و لو كان الدين المرهون على غير المرتهن و اشترط القبض بالإطلاقات.

و على القول بعدم اشتراط القبض لا مانع من صحه رهنه.

و قد صرح في التذكرة ببناء الحكم على القول باشتراط القبض و عدمه، فقال: لا يصح رهن الدين إن شرطنا في الرهن القبض؛ لأنه لا يمكن قبضه (١). لكنه في القواعد (٢) جمع بين الحكم بعدم اشتراط القبض و عدم جواز رهن الدين، فتعجب عنه الشهيدان (٣)، و هو في محله.

و الاعتذار له عن ذلك: بعدم المنافاه بين عدم اشتراطه و اعتبار كونه مما يقبض مثله مع تصريحه بالبناء المذكور، غير مسموع إلا أن يقال باختلاف نظره في البناء في الكتابين، فكم مثل ذلك قد صدر عن مثله و غيره.

و التحقيق: صحه ما في الثاني من عدم صحه البناء، و إمكان الجمع

ص: ١٩٤

١- التذكرة ١٦:٢.

٢- القواعد ١٥٨:١.

٣- الشهيد الأول في الدروس ٣٨٧:٣، الشهيد الثاني في الروضه ٦٦:٤.

بين القولين؛ لعدم المنافاه، مضافاً إلى عدم البعد في المصير إليه بناءً على الوقوف على ظاهر الأصول، وعدم الاكتفاء في الخروج عنها بمجرد الإطلاقات الغير المنصرفه إلى المفروض لعدم تبادره منها.

و يذّب عن عمومات لزوم الوفاء بالعقود بصرفها إلى ما يتبادر من إطلاقات النصوص في الرهون، فإنه بملاحظتها و النظر فيما ورد في بعضها مما هو كالتعليل لشرعيه الرهن بأنه للوثوق الغير الحاصل في أغلب أفراد المفروض يحصل الظن القوي بل المتاحم للعلم بأن عقد الرهن لا- يصحّ إلّا فيما يمكن قبضه و إن لم يشترط إقباضه، فمضمون العقد الذي يجب الوفاء به هو الصحيح الشرعى الذي يكون المرهون فيه بنفسه مما يمكن قبضه لا غيره، كما سيأتى في نظائره من عدم لزوم الوفاء فيما لا يمكن قبضه و بيعه، كالحزّ و شبهه، المشار إلى حكمه بقوله: مملوكاً فلا يصحّ رهن الحزّ، إجماعاً مطلقاً، من مسلم أو كافر، عند مسلم أو كافر؛ إذ لا شبهه في عدم ملكه.

و لا الخمر و الخنزير، بلا خلاف إذا كان الراهن مسلماً، و كذا إذا كان المرتهن كذلك و لم يضعهما عند ذمى، و مع الوضع عنده فكذلك عند الأكثر.

خلافاً للشيخ (1)، فأجازه حينئذ إذا كان الراهن ذمياً؛ محتجاً بأنّ حق الوفاء إلى الذمى، فيصحّ كما لو باعهما و أوفاه ثمنهما.

و يضعّف بوضوح الفرق؛ فإن فائده الرهن تسليط المرتهن على المرهون بالبيع و نحوه مما يتضمّن الاستيفاء، و هو هنا ممتنع، و الوضع عند

ص: ١٩٥

الذمى غير مُجدد بعد ظهور أن يد الودعى يد المستودع، ولا يأتى هذا المحذور فيما فرضه، لعدم تسليط له عليهما بما يوجب الاستيفاء، بل هو المتسلط عليه و المتكفل للإيفاء بنحو من البيع جداً.

و من هنا ينقدح الوجه فى المنع عن رهن العبد المسلم و المصحف عند كافر و لو وضع عند مسلم؛ فإنّ رهنهما عنده نوع تسليط له عليهما منفى آية (١) و اتفاقاً.

و قيل: بالجواز فيهما بعد الوضع فى يد المسلم (٢)؛ لانتفاء السبيل بذلك، و إن لم يشترط بيعه للمسلم، لأنه حينئذ لا يستحق الاستيفاء من قيمته إلّا ببيع المالك أو من يأمره أو الحاكم مع تعدّره، و مثله لا يعدّ سيلاً؛ لتحققه و إن لم يكن هناك رهن.

و فيه نظر، مع غموض الفرق بينه و بين الخمر التى قد منع عن رهنها القائل المزبور، فتدبر.

و أن يكون مما يمكن قبضه و يصحّ بيعه فلا يصحّ رهن الطير فى الهواء؛ لعدم إمكان قبضه.

قيل: و لو لم نشترطه أمكن الجواز؛ لإمكان الاستيفاء منه و لو بالصلح عليه (٣).

و فيه نظر؛ فإن مجرّد الإمكان مع الندره غايتها غير محصّل للمقصود الذاتى بالرهن و هو الاستيثاق، و معه لا يحصل عموم يدلّ على لزوم الوفاء بمثله؛ لما مرّ، و لعلّه لذا اشترط الشرطين من لم يشترط القبض أيضاً.

ص: ١٩٦

١- النساء: ١٤١.

٢- المسالك ١: ٢٢٧.

٣- الروضه ٧٠: ٤.

و بما هنا و ما يأتي و ما مضى يتأيد ما أتدنا به الفاضل في القواعد فيما تقدم.

و لا السمك في الماء، إلّا إذا اعتيد عود الأوّل، و شوهد الثاني و انحصر في محلّ، بحيث لا يتعدّر قبضهما عادةً، فيصحّ رهنهما حينئذ مع الإقباض على القول باشتراطه، و مطلقاً على غيره.

و حيث اجتمع الشرائط المزبوره جاز الرهن مطلقاً منفرداً كان المرهون بملك الراهن أو مشاعاً بينه و بين غيره، إجماعاً، كما في الخلاف و الغنيه و التذكره (١). و يتوقّف الإقباض في الثاني على إذن الشريك إما مطلقاً كما قيل (٢)، أو إذا كان مما لا يكتفى في قبضه بتخليته، على الأصح؛ لحرمة التصرف في ملك الغير فيما يستلزمه و هو المشروط خاصه، دون ما يكتفى في قبضه بالتخليه، فإنها لا تستدعي تصرّفاً، بل رفع يد الراهن عنه خاصه و تمكينه منه.

و على تقدير اعتباره فلو قبضه بدون إذن الشريك و فعل المحرّم تمّ القبض على الأصح، فإن النهي الذي توهم منه القول بعدم التماميه إنما هو لحقّ الشريك خاصه؛ للإذن من قبل الراهن الذي هو المعبر شرعاً.

و لو رهن ما لا يملكه فإن كان بإذن المالك صحّ، إجماعاً، كما حكاه بعض الأصحاب (٣)، و إلّا وقف على إجازة المالك في المشهور بين الأصحاب، و هو ظاهر على القول بالفضولي، كما هو أصحّ القولين.

و لو كان يملك بعضه مضى الرهن و صحّ في ملكه خاصه،

ص: ١٩٧

١- الخلاف ٣: ٢٢٤، الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٥٩٢، التذكره ٢: ١٧.

٢- الروضه ٤: ٦٤.

٣- المسالك ١: ٢٣٤.

و توقّف الباقي على الإجازة.

و يشكل الصحة فيما يملك مع جهل المرتهن بالحال و عدم إجازة المالك، أمّا على القول باشتراط تعيّن المرهون و عدم صحه ما فيه جهاله كما هو ظاهر الدروس حاكياً له عن صريح الشيخ مع دعواه الإجماع (١) فظاهر.

و أمّا على القول بعدم الاشتراط و الاكتفاء بالتميز في الجملة كما عن الفاضل (٢) فكذلك؛ لعدم التميز في مفروض المسأله و يمكن أن يقيد ما في العبارة بصوره علم المرتهن بالحال.

و في هذا الإشكال نظر واضح، بل لعله فاسد.

و حيث جاز قيل: يضمن الراهن، و إن تلف بغير تفريط (٣)؛ لأنه عرضه للإتلاف بالرهن.

و فيه نظر، إلّا أن يكون إجماعاً، كما هو ظاهر المسالك (٤).

و للمالك إجباره على افتكاكه مع قدرته منه و الحلول؛ لأنه عاريه و العاريه غير لازمه، أما قبل الحلول فليس له ذلك إذا أذن فيه، كما قالوه.

و للمرتهن مع الحلول و إعسار الراهن أن يبيعه و يستوفى دينه منه إن كان و كيلاً في البيع، و إلّا باعه الحاكم إذا ثبت عنده الرهن، سواء رضى المالك بذلك أو لا؛ لأن الإذن في الرهن إذن في توابعه التي من جملتها بيعه عند الإعسار.

ص: ١٩٨

١- الدروس ٣:٣٨٨، و هو في الخلاف ٣:٢٥٥.

٢- قال به في التذكرة ٢:١٤، و المختلف: ٤٢٣.

٣- قال به الشهيد الثاني في الروضه ٤:٦٩.

٤- المسالك ١:٢٣٤.

و هو لازم من جهه الراهن و إنما لا تنتفت فائدته؛ مضافاً إلى عموم لزوم الوفاء بالعقود. و جائز من طرف المرتهن، بلا خلاف، بل عليه و على الأول الإجماع فى ظاهر الغنيه، و عن صريح التذكرة (١)؛ و هو الحجج، مضافاً إلى أنه لمصلحة فله إسقاطه.

و الفرق بينهما أن الأول يسقط حق غيره و الثانى يسقط حق نفسه.

و لا يشبهه شىء من العقود إلا عقد الكتابه على قول، و يمكن تمثيته فى سائرهما على القول بالفضولى مع كونه فى أحد جانبيها خاصه.

و يستعقب اللزوم عدم جواز الانتزاع إلا بإسقاط المرتهن الحق من الارتهان بفسخ عقد الرهانه، أو حصول براءه ذمه الراهن من جميع ما عليه من حق المرتهن بأحد موجباتها.

و فى إلحاق حصول البراءه من بعض الحق بها من الجميع فى جواز انتزاع مجموع الرهن قولان:

لأول كما عن القواعد (٢) وقوع الرهن فى مقابله مجموع الدين من حيث هو مجموع، و قد ارتفع بعضه فيرتفع المجموع، ضروره ارتفاعه بارتفاع بعض أجزاءه.

و للثانى كما عن الدروس و المبسوط مدعياً الإجماع عليه (٣) النظر إلى الغالب من تعلق الأغراض باستيفاء الدين عن آخره من الرهن، و يعضده الأصل و الاستصحاب.

و لا ريب فيه لو شرط كونه رهناً على كل جزء، كما لا ريب فى الأول

ص: ١٩٩

---

١- الغنيه (الجوامع الفقهيّه): ٥٩٢، حكاه عن التذكرة فى مجمع الفائده ٩: ١٤٢.

٢- القواعد ١: ١٦٥.

٣- الدروس ٣: ٤٠٣، المبسوط ٢: ٢٠١.



لو شرط كونه رهناً على المجموع، لا على كل جزء منه.

و هنا مع عدم الشرطين احتمال ثالث قوّاه في المسالك (١)، و هو مقابله أجزاء الرهن بأجزاء الدين و تقسيطه عليها، كما هو مقتضى كلّ معاوضه، فإذا برىء من بعض الدين ينفكّ من الرهن بحسابه، فمن النصف النصف و من الثلث الثلث، و هكذا.

و يستشكل فيه بما لو تلف جزء من المرهون فإنه يقتضى أن لا يبقى الباقي رهناً على مجموع الدين، بل على جزء يقتضيه الحساب.

و دفعه بما ذكر في توجيه الاحتمال الثاني من تعلق الغرض باستيفاء الدين كله من الرهن، حسن لو لم يأب هذا الاحتمال العرف الذي هو الأصل في التوجيه المزبور، و لا بُدّ من التأمل.

و لو رهنه الراهن على الدين المؤجل و شرطه أن يكون مبيعاً للمرتهن بذلك الدين، أو بقدر مخصوص إن لم يؤدّه عند حلول الأجل لم يصحّ كلّ من البيع و الرهن، بلا خلاف، كما يظهر من المسالك (٢)، و في السرائر الإجماع عليه (٣)؛ و هو الحجة.

مضافاً إلى انتفاء موجب الصحة من الصيغه، و عدم جواز التعليق في الأوّل و يستعقبه فساد الثاني؛ لفساد المشروط بفساد الشرط، مضافاً إلى أنه لا يوقّت إلّا بالوفاء.

و في تعليل فساد المشروط بفساد شرطه نظر، يظهر وجهه مما في بحث الشروط من كتاب البيع قد مر (٤). فالعمده في فساده هو الإجماع

ص: ٢٠٠

١- المسالك ١:٢٣٢.

٢- المسالك ١:٢٣٢.

٣- السرائر ٢:٤٢٧.

٤- راجع ج ٨ ص ٣٧٦.

و لو قبضه كذلك ضمنه بعد الأجل لا قبله، بناءً على القاعده المشهوره المبرهن عليها المنفى عنها الخلاف فى المسالك (١) فى خصوص المسأله: من أن كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفساده، و ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده، و حيث إن البيع يضمن بصحيحه حكم بالضمان بعد الأجل، لفساده فى المقام، و إن الرهن لا يضمن بصحيحه حكم بعدمه قبله.

و السرّ فيهما أنهما تراضيا فى لوازم العقد، فحيث كان مضموناً فقد دخل القابض على الضمان و دفع المالك عليه؛ مضافاً إلى عموم: «على اليد ما أخذت حتى تؤدى» (٢).

و حيث يكون غير مضمون يكون التسليم واقعاً على اعتقاد صحّته العقد، فلم يقصد المسلم ضماناً، بل سلم على قصد العدم، و لم يلتزم للتسليم ضماناً أيضاً، فينتفى المقتضى له.

و يعضده الأصل، و انتفاء المخرج عنه من العموم المتقدم؛ لعدم انصرافه إلى نحو الفرض مما قصد فيه المسلم نفى الضمان.

و لكن هذا إنما يتم لو كانا جاهلين بالفساد أو عالمين به، فإن الدفع و القبض حينئذ يكون بمنزله الأمانه، و كذا لو كان الدافع عالماً دون الآخر، و يشكل فى العكس، من حيث إن القابض لعلمه بالحال أخذ بغير حقّ و الدافع توهم الصحه، و إلا لما رضى بدفع ماله، فينبغى أن يكون مضموناً؛

ص: ٢٠١

١- المسالك ٢٣٣: ١.

٢- عوالى اللآلى ١٠/٣٤٥، سنن البيهقى ٦: ٩٠، مستدرك الحاكم ٢: ٤٧، مسند أحمد ٨: ٥.

للعوم السابق. إلّا أن يدفع بما مرّ من الأصل، و عدم انصراف العموم إلى محل الفرض.

و هذا هو العمده فى توجيه الحكم فى الصور السابقه؛ إذ لولاه لأمكن انسحاب هذا الإشكال فى الصورة الأولى منها، من حيث إنّ رضاء المسلم بدفع العين فيها إنما هو لتوهم صحّه العقد، بحيث لولاه لما رضى بالدفع.

و لا- يدخل حمل الدابه و لا ثمره النخل و الشجر و نحوهما من النماء الموجود حال العقد فى الرهن إلّا بالاشتراط، أو الاتصال الغير القابل للانفصال، عند الأكثر، بل فى الانتصار الإجماع (١)؛ لكن على الحمل خاصّه.

خلافًا للإسكافى، حيث قال بالدخول على الإطلاق (٢)؛ تبعاً للأصل.

و لا ريب فى ضعفه، و عدم إمكان المصير إليه، لمخالفته الإجماع، و الأصل الدالّ على عدم الدخول، مع عدم المخرج عنه بعد ظهور أنه لا يتناوله لفظ المرهون.

و قيل بدخول نحو الصوف و الوبر مما هو بحكم الجزء (٣).

و هو حسن إن حكم العرف بالدخول، و إلّا فالأظهر ما هو المشهور، و لعلّه المفروض.

نعم لو تجدد النماء بعد الارتهان دخل إن كان متصلاً لا يقبل الانفصال، كالسمن و الطول، بالإجماع المستفيض النقل فى كلام غير واحد من الأصحاب (٤).

ص: ٢٠٢

١- الانتصار: ٢٣٠.

٢- حكاة عنه فى المختلف: ٤١٨.

٣- الحدائق ٢٤٠: ٢٠.

٤- كالعلامة فى المختلف: ٤١٨، و الشهيد الثانى فى الروضه ٨٩: ٤.

و كذا إن كان منفصلاً كأمثله العبارة، أو ما يقبله كالشعر و الصوف على المشهور، كما عن الإسكافي و أحد قولي الطوسي، و المفيد و القاضي و الحلبي و الحلّي و المرتضى و ابني حمزه و زهره (١)، و تبعهم من المتأخرين جماعه، كالماتن هنا و في الشرائع و الشهيد في كتبه الثلاثة (٢).

و لا- يخلو عن قوه. لا- لتبعيه الأصل كما قيل (٣)؛ لمنعها في مطلق الحكم، بل إنما هي في الملك و لا كلام فيها. و لا لتبعيه ولد المدبره لها في التدبير؛ لخروجها بالدليل، مع حرمة القياس، و وجود الفارق و هو تغليب جانب العتق.

بل للإجماع المنقول في صريح الانتصار و السرائر و ظاهر الغنيه (٤)؛ و هو حججه، سيما مع اعتضاده بالتعدد و الشهره.

و لولاه لكان المصير إلى القول بعدم الدخول كما عن الخلاف و المبسوط (٥) و تبعه من المتأخرين جماعه (٦) لا يخلو عن قوه. لا للمعتبره الآتيه القاضييه بأن النماء المتجدد للراهن؛ لأن غايته الدلاله على التبعيه في

ص: ٢٠٣

---

١- نقله عن الإسكافي في المختلف: ٤١٨، الطوسي في النهايه: ٤٣٤، المفيد في المقنع: ٦٢٣، القاضي في المهذب ٢: ٦١، الحلبي في الكافي: ٣٣٤، الحلّي في السرائر ٢: ٤٢٤، المرتضى في الانتصار: ٢٣٠، ابن حمزه في الوسيله: ٢٦٥، ابن زهره في الغنيه (الجوامع الفقهيّه): ٥٩٢.

٢- الشرائع ٢: ٨٣، الشهيد في الدروس ٣: ٣٩٣، و اللمعه (الروضه ٤): ٨٨، و غايه المراد ٢: ١٩١.

٣- الروضه ٤: ٨٨.

٤- الانتصار: ٢٣٠، السرائر ٢: ٤٢٤، الغنيه (الجوامع الفقهيّه): ٥٩٢.

٥- الخلاف ٣: ٢٤١، المبسوط ٢: ٢١٥.

٦- منهم: العلامه في القواعد ١: ١٦٤، و فخر المحققين في إيضاح الفوائد ٢: ٣٦، و المحقق الثاني في جامع المقاصد ٥: ١٣٢.

الملك، و لا- ينافيها الدخول في المرهون كما هو فرض المسأله. بل لأصالتى عدم الدخول، و جواز تصرف المالك في ماله و نمائه كيف يشاء، خرج منهما الأصل بوقوع الرهن عليه، فبقى الباقي.

و لو اشترط المرتهن الدخول أو الراهن الخروج ارتفع الإشكال، و حكى عليه الإجماع فى الدروس (١)، و يعضده عموم ما دلّ على لزوم الوفاء بالشروط؛ مضافاً إلى ما دلّ على لزوم الوفاء بالعقود.

و لا ينافى اشتراط الدخول عدم جواز رهن المعدوم؛ لمنعه على العموم، بل يخصّ بما ليس تابعاً لموجود، و أما فيه فيجوز، كما هو المفروض.

و فائده الرهن مطلقاً للراهن عندنا، و عليه الإجماع فى كشف الحق و غيره (٢)، و الإجماعات السابقه جاريه هنا؛ و هو الحجه.

مضافاً إلى كثير من المعبره التى هى مع تعددها موثقات كالصحيحه، فإن فى سندها جمله ممن أجمعت على تصحيح ما يصحّ عنهم العصابه، فى اثنتين منها: أن غلّه الرهن تحتسب لصاحب الرهن مما عليه (٣).

و فى الثالث: إن رهن داراً لها غلّه لمن الغلّه؟ قال: «لصاحب الدار» (٤) هذا.

مضافاً إلى المعبره الآتية الدالّه على أن هلاك الرهن منه فكذا نمائوه

ص: ٢٠٤

- 
- ١- الدروس ٣:٣٩٤.
  - ٢- كشف الحق: ٤٩٠؛ انظر كشف الرموز ١:٥٤٢، و المسالك ١:٢٣٣، و مجمع الفائده و البرهان ٩:١٧٠، و مفاتيح الشرائع ٣:١٤٠.
  - ٣- الكافى ٥:١٣/٢٣٥، التهذيب ٧:٧٥٠/١٦٩ و ٧:٧٧٣/١٧٥، الوسائل ١٨:٣٩٤ أبواب أحكام الرهن ب ١٠ ح ١ و ٤.
  - ٤- الكافى ٥:١٢/٢٣٥، الوسائل ١٨:٣٩٥ أبواب أحكام الرهن ب ١٠ ح ٣.

له؛ للتلازم بينهما الثابت ببعضها و ببعض المعترضه الوارده فى [بحث] خيار الشرط، و فيه بعد الحكم بأن النماء للمشتري:» أ رأيت لو أن الدار احترقت من مال من كانت تكون الدار دار المشتري» (١).

و لم يخالف فى المقام عدا العامه فيحتج عليهم بما رووه من النبوى:

« لا يُغلق الرهن، الرهن من صاحبه الذى رهنه، له غنمه و عليه غرمه» (٢).

و يستفاد منه التلازم المتقدم، مضافاً إلى موافقته للحكمه الربانيه.

و لو رهن رهنين بدينين ثم أدى عن أحدهما و فكَّ ما بإزائه من الرهن لم يجز إمساكه ب الدين الآخر للأصل، و عدم ارتباط أحد الدينين بالآخر، فلا يجوز أخذ رهن أحدهما بالآخر.

و منه يظهر الوجه فى أنه لو كان له دينان و أخذ بأحدهما رهن دون الآخر لم يجز إمساكه بهما و لا بدين ثالث.

و لا- يدخل زرع الأرض المرهونه فى الرهن مطلقاً سابقاً كان على الرهانه أو متجدداً بعدها، بلا خلاف أجده؛ للأصل، و عدم المخرج عنه فى المقام.

## الثانى فى الحق

الثانى: فى بيان الحق المرهون به.

و يشترط ثبوته فى الذمه بمعنى استحقاقه فيها مطلقاً، و إن لم يكن مستقراً كالقرض و ثمن المبيع و لو فى زمن الخيار مالم كان كالأمثله أو منفعه كالعمل و نحوه من المنافع المستأجره، فلا- يصح الرهن على ما لم يثبت كمالٍ يستدينه بعد، أو يستأجره كذلك، و لا على ما

ص: ٢٠٥

١- التهذيب ١٧٦/٧٨٠:٧، الوسائل ١٨:٢٠ أبواب الخيار ب ٨ ح ٣.

٢- عوالى الآلى ١/٢٣٤:٣، المستدرک ١٣:٤٢٢ أبواب كتاب الرهن ب ١٠ ح ٣، و انظر سنن الدارقطنى ٣:٣٢، و الجامع الصغير ٢:٩٩٧٦/٧٥٧.

حصل سببه و لم يثبت، كالديه قبل استقرار الجنايه و إن حصل الجرح، و لا على مال الجعاله قبل الردّ و إن (شرع فى العمل) (١).

و أمّا العين فلا يصحّ الرهن عليها إن كانت أمانه، بالاتفاق، كما عن التذكرة و فى المسالك و غيره (٢)؛ و هو الحجه مضافاً إلى الأدلّه الآتیه فى المنع عن الرهن على العين المضمونه.

لا ما قيل من امتناع استيفائها بعينها من شىء آخر، كما هو مقتضى الرهن (٣).

فإنه يردّ أولاً: بإمكان التوثيق بأخذ العوض عند التلف.

و ثانياً: بعدم جريانه فى الدين المجمع على جواز الرهن عليه، فإنّ ما يستوفى من الرهن أو ثمنه ليس عين الدين الكلّى الذى اشتغل به الذمه، و لا ريب فى تغايره لجزئياته و لو فى الجملة، سيّما على القول بأن وجوده فى الخارج فى ضمن الفرد لا عينه.

و كذا إذا كانت مضمونه كالغصب، عند الأكثر. و هو الأظهر؛ للأصل، و عدم دليل على الصحه، لعدم الإجماع بعد استقرار فتوى الأكثر على الخلاف، و اختصاص الآيه (٤) و جملة من النصوص بالدين، و عدم انصراف إطلاق باقيها بحكم ما سبق غير مزه إلى محل الفرض.

نعم، بقى العمومات الدالّه على لزوم الوفاء بالعقود، إلّا أنه يمكن الذبّ عنها باختصاصها بحكم الإجماع بالعقود المتداوله فى زمان الشرع،

ص: ٢٠٦

١- بدل ما بين القوسين فى «ت» و نسخه فى «ق» و «ر»: حصل البذل.

٢- التذكرة ٢:٢٣، المسالك ١:٢٢٨، المفاتيح ٣:١٣٧.

٣- المسالك ١:٢٢٨.

٤- البقره: ٢٨٣.

و فى كون محل الفرض منها نوع شك و غموض ينشأ من الشك فى تداول مثله فيه، و إن حصل القطع بتداول جنس الرهن فيه، لكن كون المقام من أفراده محل غموض، و تسميته رهناً حقيقه فى اللغه و العرف غير معلوم، فلا بُدَّ حينئذ من الرجوع إلى حكم الأصل، و هو فساد الرهن، فتأمل جدًّا.

و بما ذكر سقط حجج القول بالجواز، كما اختاره الشهيدان و حكى عن التذكرة (١)، مع ورود مثلها فى الأمانه حيث يحتمل سبب الضمان.

و ما يذنب به عن الإيراد، من كون العين فى محل البحث مضمونه عند الرهن و لا كذلك الأمانه، غير مفهوم، فإن مضمونيه محل البحث مشروط بالتلف و ليس بالفعل على اليقين، و الضمان بالشرط جارٍ فى نحو العاريه، فإنها و إن لم تكن مضمونه عند العقد بمجرد التلف فيما بعد، إلّا أنها مضمونه به مع التفريط.

فكلّ من المقامين مضمون عند العقد فى الجملة، و إن كان الضمان فى الأوّل بمجرد التلف و فى الثانى به مع التفريط، و مجرد الافتراق بذلك غير مجدٍ للفرق بعد دعوى عموم دليل الجواز و الاشتراك فى الضمان فى الجملة الذى هو المعيار فى دعواهم صحّه الرهن به.

نعم يمكن الذنب و التفريق بالإجماع.

و أمّا استدلال بعض متأخري الأصحاب (٢) للجواز بالمعتبره المستفيضه الدالّه على جواز الرهانه على خصوص المضمون، منها: عن السلم فى الحيوان و الطعام و يؤخذ الرهن؟ فقال: «نعم، استوثق من مالك ما

ص: ٢٠٧

١- الشهيد الأوّل فى الدروس ٣: ٤٠١ و ٤٠٣، الشهيد الثانى فى المسالك ١: ٢٢٨، و الروضه ٤: ٥٣، التذكرة ٢: ٢٣.

٢- الفيض الكاشانى فى المفاتيح ٣: ١٣٨.



فإن كان من حيث دلالتها على الجواز فى المضمون كما هو ظاهر العبارة فغريب؛ إذ لم تدلّ إلّا على الجواز فى السلف و النسيئه؛ و هما من أقسام الدين الجائز فيه أخذ الرهن بالإجماع، و مجرد تسميته مضموناً مع عدم كونه من محل البحث لعدم كونه عيناً غير مجدٍ فى الاستدلال جدّاً.

و إن كان من حيث إشعار التعليل بالاستيثاق بالعموم ففيه أنه بعد عدم وروده إلّا فى بعضها، فلا وجه للاستدلال بجمعها.

مضافاً إلى المنافاه لظاهر العبارة، إذ حصول الاستيثاق بهذا الرهن أوّل الكلام، فإنه لا استيثاق إلّا بعد صحته و عدم جواز رجوع الراهن فيه، و هى أوّل البحث.

مع أن عمومها يخرج منه كثير من الرهون الفاسده التى الصحيحه منها بالإضافه إليها قليله، و مثل هذا العام خارج عن الحجيه، كما برهن عليه فى المسائل الأصوليه.

ثم إن فى اشتراط ثبوت الدين و استقراره فى الذمه قبل الرهن، أم الاكتفاء بالمقارنه، كأن يقول: بعتك هذا العبد بألف و ارتهنت هذا الثوب به، فقال المشتري: اشتريت و رهنّت، قولان، و حكى الأوّل عن الأكثر، و الثانى عن التذكرة (٢)، و اختيار الأوّل لا يخلو عن قوّه.

و لو رهن رهنّاً على مال ثم استدان آخر فجعله عليهما صحّ لعدم المانع، و وجود المقتضى من التوثيق و الارتفاق، سيّما مع زياده قيمه على الأوّل.

ص: ٢٠٨

١- التهذيب ٧: ١٧٨/٤٢، الوسائل ١٨: ٣٨٠ أبواب أحكام الرهن ب ١ ح ٤.

٢- التذكرة ٢: ٢٣.

و لا يشترط الفسخ ثم التجديد، بل يضمّ بعقد جديد.

و كذا لو رهن على المال الواحد رهناً آخر فصاعداً، و إن كانت قيمه الأول تفي بالدين؛ لجواز عروض ما يمنع من استيفائه منه، و لزياده الارتفاق و التوثيق.

### الثالث فى الرهن

الثالث: فى بيان الرهن.

و يشترط فيه كمال العقل بالبلوغ و الرشد و جواز التصرف برفع الحجر عنه فى التصرفات الماليه كما فى سائر العقود.

و للولى أن يرهن لمصلحه المولى عليه ماله، كما إذا افتقر إلى الاستدانه لنفقته أو إصلاح ماله و لم يكن بيع شىء من ماله أعود، أو لم يمكن و توقفت على الرهن، و يجب كونه على يد ثقه يجوز إيداعه منه.

و لا خلاف فى أصل الحكم، بل عليه الوفاق فى المسالك (1)، و إنما الخلاف لبعض الشافعيه كما فيه.

و كذا يجوز بل ربما قيل يجب أخذ الرهن له، كما إذا أسلف ماله مع ظهور الغبطه، أو خيف على ماله من غرق أو حرق أو نهب.

و يعتبر كون الرهن مساوياً للحق أو أزيد؛ ليمكن الاستيفاء منه، و كونه بيد الولى أو يد عدل، ليتمّ التوثيق، و الإشهاد على الحق لمن يثبت به عند الحاجه إليه عادةً، فلو أخلّ ببعض هذه ضمن مع الإمكان، كما قالوه، و لا ريب أن فيه احتياطاً لمال اليتيم المبنى جواز التصرف فيه عندهم على المصلحه و الغبطه، فضلاً عن عدم دخول نقص عليه.

و ليس للرهن التصرف فى الرهن ببيع أو وقف أو نحوهما مما يوجب إزاله الملك، و لا- بإجاره و لا- سكنى و لا غيرهما مما يوجب

ص: ٢٠٩

نقصه، بلا خلاف فيهما؛ لما في الأول من فوات الرهن، وفي الثاني من دخول الضرر على المرتهن.

و أما غيرهما مما لا يوجب الأمرين فكذلك على الأشهر الأقوى؛ لإطلاق المروى في المختلف وغيره عنه عليه السلام: «الراهن والمرتهن ممنوعان من التصرف في الرهن» (١).

و للإجماع المحكى عن الطوسي في استخدام العبد و ركوب الدابة و زراعه الأرض و سكنى الدار (٢)، و عن الحلّي مطلقاً (٣).

خلافاً للمحكى عن محتمل التذكرة (٤)، و تبعه من متأخري المتأخرين جماعه (٥)، مستنديين إلى الأصل، و عموم الخبر بإثبات التسلط لأرباب الأموال عليها مطلقاً (٦).

و خصوص الصحيحين الواردين في تجويز وطء الأمه المرهونه، في أحدهما: رجل رهن جاريه عند قوم، أ يحلّ له أن يطأها؟ قال: «إن الذين ارتهنوها يحولون بينه وبينها» قلت: أ رأيت إن قدر عليها خالياً؟ قال: «نعم، لا أرى عليه هذا حراماً» (٧) و نحوه الثاني (٨).

ص: ٢١٠

١- المختلف: ٤٢١.

٢- كما في المبسوط ٢٣٧، ٢٠٦: ٢، و الخلاف ٢٥٢: ٣.

٣- السرائر ٤١٧: ٢.

٤- التذكرة ٢٩: ٢.

٥- منهم: المحقق الأردبيلي في مجمع الفائده و البرهان ١٦٤: ٩، و السبزواري في كفايه الأحكام: ١٠٩، و صاحب الحدائق ٢٦٦: ٢٠.

٦- عوالي اللئلي ٢٢٢/٩٩: ١.

٧- الكافي ١٥/٢٣٥: ٥، التهذيب ٧: ٧٥٢/١٦٩، الوسائل ١٨: ٣٩٧ أبواب أحكام الرهن ب ١١ ح ٢.

٨- الكافي ٢٠/٢٣٧: ٥، الفقيه ٣: ٩١٠/٢٠١، التهذيب ٧: ٧٥٣/١٦٩، الوسائل ١٨: ٣٩٦ أبواب أحكام الرهن ب ١١ ح ١.

ولا يخلو عن قوه لولا الروايه المتقدمه، والإجماعات المحكيه المتقدمه بعضها والآتى باقيها، المعتضده بالشهره العظيمه التى كادت تكون إجماعاً، بل لعلها إجماع فى الحقيقه، لعدم معلوميه الخلاف حتى عن التذكره، كما اعترف به بعض هؤلاء الجماعه (١)، بل ظاهر عبارته المحكيه عدم الخلاف فى المنع بين الإماميه، حيث نسبه إلى الشافعيه خاصه، و لم ينسبه إلى أحد منّا، نعم أيد مذهبهم، لكن بعبارات ليست فى الفتوى بالجواز صريحه، بل ولا ظاهره.

و أمّا هؤلاء الجماعه فلا ينافى مخالفتهم الإجماع، سيّما و إنّ دأبهم المناقشه فى كثير من الموارد الإجماعيه، ولا يبالون بالإجماعات المحكيه، معتضدهً بالشهره بل و عدم الخلاف كانت أم غير معتضده، فيخصّص بالإجماع الدليلان الأولان.

و يذبّ عن الخبرين به و بالإجماع المحكى عن صريح المبسوط و الخلاف (٢) على أنه لا يجوز و طء الأمه المرهونه، المعتضدين ببعض الوجوه الاعتباريه، المشار إليه بقوله: لأنه تعريض للإبطال فى الرهن بالاستيلاد المانع عن البيع، بل ربما حصل معه الموت بسبب الوضع فى بعض الأحيان.

مضافاً إلى الإجماع الظاهر من قول الماتن: و فيه روايه بالجواز مهجوره و نحوه قول الشهيد فى الدروس (٣)، فاستفاض الإجماع على

ص: ٢١١

١- انظر الكفايه: ١٠٩.

٢- المبسوط ٢: ٢٠٦، الخلاف ٣: ٢٣١.

٣- الدروس ٣: ٤٠٠.

المنع عن وطئها عموماً في بعض و خصوصاً في آخر، فلا- يقاومه الخبران و إن صحَّ سندهما، بل و إن اعتضداً بأحاديث آخر غيرهما، فقد ورد عنهم عليهم السلام الأمر بطرح الخبر الشاذ الذي لم يوجد له عامل، و الأمر بالأخذ بالمشتهر بين الأصحاب (١)، معللاً بعلة اعتباريه قاطعه عامه تجرى في الفتوى و الرواية. و بها يذبّ عن المناقشه فيه بالاختصاص بالأخيره؛ لكونها مورد ما دلّت عليه الروايه الآمره، هذا.

مع احتمالها الحمل على التقيه، كما يستشعر من التذكرة و عباره الشيخ المحكيه (٢)، حيث عزيا القول بالجواز إلى الشافعيه كما في الأولى، أو مطلقاً كما في الثانيه.

و لعلّ وجه الحكمه في المنع عن التصرفات بالكلية و إن لم تكن ناقله و لا منقصه ما ذكره بعض الأصحاب (٣): من القصد إلى تحريك الراهن إلى الأداء؛ إذ لو جاز له الانتفاع و لو في الجملة لانتفت الفائده في الرهانه و الوثيقه، فقد يكتفى ببعض المنافع و يقتصر به عن الباقي.

و مثله و إن لم يصلح دليلاً، إلّا أنه قابل للتأييد القوي جداً.

و بما ذكر يظهر الجواب عن مختار المسالك و المهذب (٤) و الصيمري:

من جواز التصرف بما يعود به النفع إلى المرتهن، كمدواوه المريض، و رعى الحيوان، و تأبير النخل، و ختن العبد، و خفض الجاريه، إن لم يؤدّ إلى النقص، إلّا أن يقال بحصول الإذن بذلك بالفحوى، و لكنه حينئذ خروج

ص: ٢١٢

١- انظر الوسائل ٢٧:١٠٦ أبواب صفات القاضي ب ٩.

٢- التذكرة ٢:٢٨، الشيخ في الخلاف ٣:٢٣١.

٣- الشهيد في المسالك ١:٢٣١.

٤- المسالك ١:٢٣١، المهذب البارع ١:٤٩٦.

عن المفروض جداً، لأنه التصرف الذي لم يتحقق فيه إذن أصلاً.

و حيث ثبت المنع لو خالف و تصرف بدون الإذن، فإن كان بعقد كما لو باعه الراهن مثلاً بدونه صحّ و إن أثم، و لكن وقف على إجازة المرتهن فإن حصلت، و إلّا بطل؛ استناداً فيه إلى ما مرّ، و في الصحة إلى عموم أدلّه الفضولي، أو فحواها إن اختصت بإجازة المالك.

و إن كان بانتفاع منه أو ممن سلّطه عليه و لو بعقد لم يصحّ، و فعل محرّماً؛ لما مضى.

و في وقوف العتق على إجازة المرتهن أم بطلانه من رأس تردد للمنع كما عن المبسوط (١) كون العتق إيقاعاً فلا يتوقف؛ لاعتبار التنجيز فيه.

و للجواز عموم أدلّه العتق السليمه عن المعارض، بناءً على أن المانع هنا حق المرتهن، و قد زال بالإجازة بمقتضى الفرض.

أشبهه الجواز و الصحّ مع الإجازة، وفاقاً للنهائيه و التحرير (٢)، و به أفتى الماتن في الشرائع و الصيمرى فى الشرح، و تبعهم الشهيدان (٣)؛ لمنع منافاه التوقف المذكور للتنجيز كغيره من العقود التى يشترط ذلك فيها أيضاً، فإنّ التوقف الممنوع منه هو توقف المقتضى على شرط لا على زوال مانع، و على هذا لو لم يبطله المرتهن إلى أن افتكّ الرهن لزم.

و هو حسن مع حصول نيه التقرب، و هو مع النهى عنه و اشتراطه

ص: ٢١٣

١- المبسوط ٢:٢٠٦.

٢- النهايه: ٤٣٣، التحرير ١:٢٠٧.

٣- الشرائع ٢:٨٢، الدروس ٣:٣٩٨، الروضه ٤:٨٣.

بالقربه لا يخلو عن التأمل.

مضافاً إلى الأصل، و عدم عموم في أدلّه لزوم العتق يشمل محل النزاع، و إن كان الأحوط ذلك، بمعنى عدم تملكه مثل هذا العبد و عتقه في ثانی الحال.

إلا أنه يمكن الذبّ عن الأوّل بأن متعلّق النهی هو التصرف، و ليس بمعلوم عدّ مثل إجراء صيغته العتق بمجرد منه، و لعلّه لذا إن الشيخ مع دعواه الإجماع المتقدم (١) جوّز تزويج العبد المرهون في الخلاف و المبسوط (٢)، مشروطاً فيه عدم التسليم إلا بعد الفكّ، و مال إليه الفاضل في المختلف بعد أن ردّه (٣)، وفاقاً لموضع آخر من المبسوط (٤) قد منع فيه عن التزويج على الإطلاق، مستنداً إلى إطلاق ما مرّ من الخبر (٥).

فما ذكره الأ-كثر من الجواز، هو الوجه مع تحقق العموم، كما هو ظاهر الفريقين، حيث لم يتعرّضوا لمنعه، بل ظاهرهم الإطباق على وجوده، و إنما علّل المانع المنع بما مرّ لا بمنعه، و هو ظاهر في إجماعهم على وجوده.

## الرابع في المرتهن

الرابع: في بيان المرتهن.

و يشترط فيه ما اشترط في الراهن و المتعاقدين في سائر العقود:

من كمال العقل بما مرّ و جواز التصرف لاتّحاد الدليل.

و اعلم أن إطلاق الرهن لا يقتضى كون المرتهن وكيلاً في البيع و

ص: ٢١٤

١- راجع ص: ٢١١.

٢- الخلاف ٣: ٢٥٣، المبسوط ٢: ٢٣٨.

٣- المختلف: ٤٢١.

٤- المبسوط ٢: ٢٠٠.

٥- في ص: ٢١٠.

لكن يجوز اشتراط الوكالة في بيع الرهن عند حلول أجل الدين، له و لوارثه و غيره، في عقد الرهن و غيره من العقود اللازمة، بلا خلاف يعرف، بل عليه الإجماع في الغنيه (١)؛ و هو الحجه، مضافاً إلى الأصل، و عمومات الأدله بلزوم الوفاء بالعقود و الشروط السائغه الغير المخالفه للكتاب و السنه، و ما نحن فيه منها بالبديهي.

و لو عزل الراهن المشروط له الوكالة، مرتهاً كان أو غيره لم ينزل عنها، على الأظهر، وفاقاً للفاضلين و الشهيد الثاني و المفلح الصيمري و جماعه (٢)؛ للزوم الرهن من جهته، و هو الذي شرطها على نفسه، فيلزم من جهته.

خلافاً لنادر (٣)، فقال: ينزل؛ إما لأن الوكالة من العقود الجائزه التي من شأنها تسلط كل منهما على الفسخ؛ أو لعدم وجوب الوفاء بالشرط مطلقاً و إن كان في عقد لازم، بل شأنه تسلط المشروط له على فسخ العقد المشروط فيه؛ أو لأن لزوم الشرط إنما يكون مع ذكره في عقد لازم كالبيع، و ليس كذلك الرهن، فإن ترجيح أحد طرفيه على الآخر ترجيح من غير مرجح.

و يضعف الأول: بأن جواز الوكالة بحسب الأصل لا ينافي لزومها بسبب العارض، كالأشتراط في العقد اللازم، و هو هنا كذلك.

و الثاني: بمنع عدم وجوب الوفاء بالشرط في العقد اللازم، بل الظاهر

ص: ٢١٥

١- الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٥٩٢.

٢- المحقق في الشرائع ٢: ٧٩، العلّامه في القواعد ١: ١٦١، الشهيد الثاني في الروضه ٤: ٧٨؛ و انظر الوسيله: ٢٦٥، و اللمعه (الروضه البهيه ٤): ٧٨، و الحدائق ٢٥٧: ٢٠.

٣- الشهيد في اللمعه (الروضه ٤): ٧٨.



الوجوب، وفاقاً للأكثر، وقد تقدّم البحث في ذلك (١).

و الثالث: بأن عقد الرهن لَمّا كان لازماً من طرف الراهن كان ما يلزمه الراهن على نفسه بعقده لازماً من قبله، عملاً بمقتضى اللزوم، و الشرط وقع من الراهن على نفسه فيلزم، و لَمّا كان جائزاً من طرف المرتهن كان ما يلزمه كذلك فيجوز له فسخ الوكالة، و هو واضح، لأنه حقّه فله تركه.

و أما فسخ العقد المشروط فيه فغير متوجّه في المقام، بناءً على تعقّب الضرر على المرتهن.

نعم، لو كان مشروطاً في عقد لازم آخر توجه الفسخ حينئذٍ، إلّا أن المقصود هنا شرطها في عقد الرهن خاصة.

و أما ما ربما يستدل لهذا القول باتّفاق الأصحاب في الظاهر على أنه تبطل الوكالة المشروطه فيه أى في عقد الرهن بموت الموكل دون الرهانه بناءً على أن لزومها يستدعى عدم بطلانها، كما هو شأن العقود اللازمه، فالبطلان به منافٍ للزوم.

فمضعّف بأن تغيّر حكم الوكالة بالشرط لا يوجب تغيّر حقيقتها التي هي استنابه الوكيل بإيقاع الفعل عن الموكل، و هي بموت الموكل منتفیه، لعدم جواز إيقاع الفعل هنا عن الميت، لانتقال متعلّق الوكالة إلى الغير، و مع انتفاء الحقيقه ينتفى الحكم، لأن الجواز و اللزوم من أحكام الوكالة، و لا بقاء للحكم مع انتفاء الحقيقه.

و كما تبطل بموت الموكل تبطل بموت الوكيل، لا من حيث كون الوكالة من العقود الجائزه التي من شأنها البطلان بالموت، بل من حيث إنّ

ص: ٢١٦

الغرض من الوكاله الإذن في التصرف، فيقتصر فيها على من اذن له خاصه، فإذا مات بطلت من هذه الجهه، كالإجاره المشروط فيها العمل بنفسه، فإنها تبطل بموته.

و أما الرهانه فلا تبطل بموت أحدهما؛ للزومها من جهه الراهن و كونها حقاً للمرتهن. لكن إذا مات أحدهما كان للآخر الامتناع من تسليمه إلى وارثه، وكذا للوارث الامتناع من تسليمه إليه؛ لأن وضعه عند أحد مشروط باتفاقهما عليه. وإن تشاحا فللحاكم تسلّمه و تسليمه إلى عدل ليقبضه لهما، كذا قالوه.

و يجوز للمرتهن ابتياع الرهن لنفسه برضاء المالك مطلقاً، كان و كياً في بيعه أم لا، إجماعاً على الظاهر؛ للأصل، و العمومات، مع فقد المانع.

مضافاً إلى الصحيح: عن الرجل يكون له الدين على الرجل و معه الرهن، أ يشتري الرهن منه؟ قال: «نعم» (١).

و في جوازه بمجرّد وكالته في بيعه مع عدم معلوميه رضاء المالك به و بعده قولان، مبنيان على جواز بيع الوكيل من نفسه و عدمه، و ليس هنا محل ذكره. و لا ريب أن الترك أو الاستيدان أحوط.

و المشهور جواز ابتياعه لولده و شريكه و من يجرى مجراهما.

خلافاً للإسكافي (٢)، فممنوع عنه أيضاً. و لا شاهد له سوى القياس جداً، فإن الأخبار المانعه عن بيع الوكيل من نفسه (٣) غير ظاهره الشمول

ص: ٢١٧

١- الكافي ٥: ٢٢/٢٣٧، التهذيب ٧: ٧٥٥/١٧٠، الوسائل ١٨: ٣٩٩ أبواب أحكام الرهن ب ١٣ ح ٢.

٢- كما حكاه عنه في المختلف: ٤٢٢.

٣- الوسائل ١٨: ٣٨٤ أبواب أحكام الرهن ب ٤.

للمفروض أصلاً. وما ربما يتوهم منه الشمول له من حيث التعليل للمنع فيه بالتهمه الجاربه فيه ظاهر في كراهه المنع لا تحريمه، فلا وجه للاستناد إليه لإثباته.

و المرتهن أحق من غيره باستيفاء دينه من الرهن مطلقاً سواء كان الراهن حياً أو ميتاً بلا خلاف في الأول فتوى و روايه، بل عليه الإجماع في ظاهر كلام المقدس الأردبيلي و غيره (١)؛ و هو الحجه.

مضافاً إلى أن فائده الرهن شرعاً و عرفاً و لغه اختصاص المرتهن بالاستيفاء، و مقتضاها تقديمه على غيره من الغرماء.

و منها يظهر الوجه في انسحاب الحكم في الثاني، مع اشتهاه بين الأصحاب من غير خلاف يعرف بينهم في ذلك، و إن أشعر كثير من العبارات بوقوعه، و لكن لم يصرح أحد منهم بقائله، إلا أن بعض متأخري المتأخرين عزاه إلى الصدوق في الفقيه (٢)، بناءً على ذكره فيه الروايه المخالفه المشار إليها في عبارته بقوله: و في الميت روايه أخرى مع ذكره في أوله ما يستدل به على فتواه بها. و فيه نظر.

و المراد بالروايه هنا الجنس، لتعددتها، في بعضها: عن رجل أفلس و عليه دين لقوم و عند بعضهم رهون و ليس عند بعضهم، فمات و لا يحيط ماله بما عليه من الدين، قال: «يقسم جميع ما خلف من الرهون و غيرها على أرباب الدين بالحصص» (٣).

ص: ٢١٨

١- الأردبيلي في مجمع الفوائد ٩: ١٥٥؛ و انظر السرائر ٢: ٤٢٤.

٢- حكاة في الحدائق ٢٠: ٢٦٠، عن السيد عبد الله بن المقدس السيد نور الدين بن العلامة السيد نعمه الله الجزائري، و هو في الفقيه ٣: ١٩٨ ح ٩٠١.

٣- الفقيه ٣: ٨٩١/١٩٦، التهذيب ٧: ٧٨٣/١٧٧، الوسائل ١٨: ٤٠٥ أبواب أحكام الرهن ب ١٩ ح ١.

و نحوه آخر: «جميع الديان في ذلك سواء و يوزعونه بينهم بالحصص» (١) الخبر.

و هما قاصرا الأسانيد، بل الأولى ضعيفه، و الثانيه مع الجهاله مكاتبه، و مع ذلك شاذتان مخالفتان لما مرّ من الفائدة المتفق عليها فتوى و روايه.

مضافاً إلى سبق حق المرتهن بالرهانه، و أصاله بقائه و ثبوت سلطنته المتقدمه، و لا يخرج عن هاتين القاعدتين المعتضدتين بعمل الأصحاب في البين بنحو هذين الخبرين اللذين أمرنا بطرح أمثالهما من شواذ الأخبار.

و ربما يؤولان بتأويلات بعيده، لكن لا بأس بها، جمعاً بين الأدله، هذا.

مع أن في الدروس الروايه مهجوره (٢)، و هذه العبارة في دعوى الإجماع على خلافها ظاهره، بل عبارته السرائر (٣) في دعواه صريحه، و في المسالك أن تحقق التعارض في الحي إنما هو إذا كان مفلساً محجوراً عليه؛ إذ بدونه يتخير في الوفاء (٤). و هو كذلك.

و لو قصر الرهن عن الدين المرهون به ضرب المرتهن مع الغرماء في الفاضل من الدين؛ لعدم انحصار الحق في الرهن بعقده، فيتناوله عموم الأدله بضرب صاحب الدين مع الغرماء في مال المفلس و الميت، و كذلك لو زاد عنه صرفه إلى الغرماء أو الورثه.

و الرهن أمانه في يد المرتهن، و لا يسقط بتلفه شيء من ماله ما لم يتلف بتعد أو تفريط بلا خلاف بين الأصحاب على الظاهر، بل عليه

ص: ٢١٩

---

١- الفقيه ١٩٨/١٠١:٣، التهذيب ١٧٨/٧٨٤:٧، الوسائل ١٨:٤٠٥ أبواب أحكام الرهن ب ١٩ ح ٢.

٢- الدروس ٣:٤٠٤.

٣- السرائر ٢:٤٢٤.

٤- المسالك ١:٢٣٠.

الإجماع عن الشيخ و في التذكرة و نهج الحق للفاضل و السرائر و الغنيه (١)؛ و هو الحجه.

مضافاً إلى الأصل، و المعتبره المستفيضه، منها الصحاح، في أحدها:

رجل رهن عند رجل رهناً فضاء [و ضاع] الرهن، قال: «هو من مال الراهن، و يرتجع المرتهن عليه بماله» (٢).

و في الثاني: الرجل يرهن عند الرجل رهناً فيصبيه شيء أو يضيع، قال: «يرجع عليه بماله» (٣).

و في الثالث: الرجل يرهن الغلام أو الدار فتصيبه الآفه، على من يكون؟ قال: «على مولاه» ثم قال لى: «أ رأيت لو قتل قتيلاً على من يكون؟» قلت: هو في عنق العبد، قال: «أ لا ترى لم يذهب من مال هذا؟» ثم قال: «أ رأيت لو كان ثمنه مائه دينار فزاد و بلغ مائتى دينار لمن كان يكون؟» قلت: لمولاه، قال: «و كذا يكون عليه ما يكون له» (٤).

و منه و مما في معناه مما دلّ على التلازم بين النقصان و المنفعه يظهر وجه إمكان الاستناد في المقام إلى المعتبره المتقدمه الدالّه على أن نماء الرهن للراهن (٥)، و لكن بإزائها أخباراً ظاهره المخالفه بحسب الإطلاق في

ص: ٢٢٠

١- الشيخ في الخلاف ٣: ٢٥٦، التذكرة ٢: ٣٢، نهج الحق: ٤٨٩، السرائر ٢: ٤١٩، الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٥٩٣.

٢- الفقيه ٣: ٨٨٥/١٩٥، الوسائل ١٨: ٣٨٥، أبواب أحكام الرهن ب ٥ ح ١.

٣- الكافي ٥: ١١/٢٣٥، التهذيب ٧: ٧٥٧/١٧٠، الإستبصار ٣: ٤٢١/١١٨، الوسائل ١٨: ٣٨٧، أبواب أحكام الرهن ب ٥ ح ٥.

٤- الكافي ٥: ١٠/٢٣٤، التهذيب ٧: ٧٦٤/١٧٢، الإستبصار ٣: ٤٣٠/١٢١، الوسائل ١٨: ٣٨٧، أبواب أحكام الرهن ب ٥ ح ٦.

٥- راجع ص: ٢٠٤.

الحكم، منها الصحيح: عن قول علي عليه السلام في الرهن: «يتراذآن الفضل» قال: «كان عليه السلام يقول ذلك» قلت: كيف يتراذآن الفضل؟ فقال: «إن كان الرهن أفضل مما رهن به ثم عطب ردّ المرتهن الفضل على صاحبه، وإن كان لا يسوى ردّ الراهن ما ينقص من حقّ المرتهن» قال: «وكان ذلك قول علي عليه السلام في الحيوان وغير ذلك» (١). ونحوه الموثق كالصحيح (٢).

وحملا- على تفريط المرتهن؛ للمرسل في الرهن: «إذا ضاع من عند المرتهن من غير أن يستهلكه رجع في حقه على الراهن فأخذه، فإن استهلكه تراذّا الفضل بينهما» (٣).

و به أيضاً يشعر ظاهر الصحيح: عن الرجل يرهن الرهن بمائه درهم و هو يسوى ثلاثمائة درهم فهلك، أعلى الرجل أن يردّ على صاحبه مأتي درهم؟ قال: «نعم، لأنه أخذ رهناً فيه فضل فضيعة» قلت: فهلك نصف الرهن، قال: «على حساب ذلك» (٤).

و نحوه الخبر: «إذا رهنّت عبداً أو دابةً فماتا فلا شيء عليك، وإن هلك الدابة أو أبق الغلام فأنت ضامن» (٥).

ص: ٢٢١

- 
- ١- الكافي ٥: ٧/٢٣٤، التهذيب ٧: ٧٦١/١٧١، الإستبصار ٣: ٤٢٦/١١٩، الوسائل ١٨: ٣٩٠ أبواب أحكام الرهن ب ٧ ح ١.
  - ٢- الكافي ٥: ٦/٢٣٤، التهذيب ٧: ٧٦٠/١٧١، الإستبصار ٣: ٤٢٥/١١٩، الوسائل ١٨: ٣٩١ أبواب أحكام الرهن ب ٧ ح ٣.
  - ٣- الكافي ٥: ٨/٢٣٤، التهذيب ٧: ٧٦٢/١٧٢، الإستبصار ٣: ٤٢٧/١٢٠، الوسائل ١٨: ٣٨٧ أبواب أحكام الرهن ب ٥ ح ٧.
  - ٤- الكافي ٥: ٩/٢٣٤، الفقيه ٥: ٩٠٤/١٩٩، التهذيب ٧: ٧٦٣/١٧٢، الإستبصار ٣: ٤٢٩/١٢٠، الوسائل ١٨: ٣٩١ أبواب أحكام الرهن ب ٧ ح ٢.
  - ٥- الكافي ٥: ١٨/٢٣٦، التهذيب ٧: ٧٦٦/١٧٣، الإستبصار ٣: ٤٣١/١٢١، الوسائل ١٨: ٣٨٨ أبواب أحكام الرهن ب ٥ ح ٨.

لحمل الهلاكه فيه على الإهلاك ليرتفع المنافاه بين حكميه بالنفى و الإثبات، و هو وجه الإشعار فيه، كالتعليل بالتضييع فى الأول.

و يمكن أيضاً حملهما على التقيه؛ لكون الضمان مذهب العامه، كما يظهر من عبائر نقله الإجماع فى المسأله، و حكاه الفاضل صريحاً عن أبى حنيفه (١)، و احتج عليه كابن زهره فى الغنيه (٢) بالنبويين المشهورين بين الخاصه و العامه، فى أحدهما: «لا يعلق الرهن، الرهن من صاحبه، له غنمه و عليه غرمه» (٣). و فى الثانى: «الخراج بالضمان» (٤) و خراجه للراهن إجماعاً.

و ربما يشعر بالورود عليها نسبه الحكم فى الأول إلى على عليه السلام خاصه، من دون أن ينسبه إلى نفسه بالمره، و هو ظاهر فى الورود تقيه، سيما مع تكرار ذكر النسبه.

مضافاً إلى صريح بعض المعبره، كالموثق: قلت له: الرجل يرتهن العبد فيصيبه عوراً و ينقص من جسده شىء، على من يكون نقصان ذلك؟ قال: «على مولاه» قلت: إن الناس يقولون: إن رهن العبد فمرض أو انفقات عينه فأصابه نقصان فى جسده، ينقص من مال الرجل بقدر ما ينقص من العبد، قال: «أ رأيت لو أن العبد قتل قتيلاً على من يكون جنايته؟» قال: «جنايته فى عنقه» (٥).

ص: ٢٢٢

١- التذكره ٢:٣٢.

٢- الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٥٩٣.

٣- عوالى اللئلى ١/٢٣٤، المستدرک ١٣:٤٢٢ أبواب كتاب الرهن ب ١٠ ح ٣، و انظر سنن الدارقطنى ٣:١٢٥/٣٢ (و فيه بتفاوت يسير).

٤- عوالى اللئلى ١/٢١٩: ٨٩، سنن ابن ماجه ٢:٢٢٤٣/٧٥٤.

٥- الفقيه ٣:٨٨٧/١٩٥، الوسائل ١٨:٣٨٦ أبواب أحكام الرهن ب ٥ ح ٤.

ثم إن مفهوم العبارة هنا و في الشرائع (١) سقوط الحق بتلف الرهن مع الضمان، و هو صريح المعتبره المتقدمه.

و يشكل الاستناد إلى إطلاقها مع مخالفه ظاهر أكثرها المجمع عليه بين الطائفه، و احتمالها الحمل على التقيه، كما مرّت إليه الإشاره، و ضعف الروايه السليمه عن القدحين و عدم جابر لها في البين.

مضافاً إلى مخالفتها القاعده فيما إذا لم يكن الدين من جنس ما يضمن به التالف، فلا يسقط من الحق شيء و إن كان التالف مضموناً، لاختلاف الحقين.

و يمكن حملها على التراضي أو التقاصّ، و إلا فيشكل الاستناد إليها؛ لما مضى.

و ليس له أي المرتهن التصرف فيه أي الرهن؛ لما مضى في منع الراهن عنه الجارى هنا عموماً و فحوى.

مضافاً إلى المعتبره، منها الموثق كالصحيح: عن رجل رهن رهناً ثم انطلق فلا يقدر عليه، أبيع الرهن؟ قال: «لا، حتى يجيء» (٢).

و نحوه في آخر (٣)، مثله في القرب من الصحه، يتضمن سنده كالأول من أجمعت العصابه على تصحيح ما يصح عنه.

و لو تصرف فيه من غير إذن مطلقاً خرج عن الأمانه و ضمن العين مع التلف بالمثل إن كان مثلياً، و بالقيمه يوم التلف إن كان قيمياً.

ص: ٢٢٣

١- الشرائع ٨٠: ٢.

٢- التهذيب ٧٤٨/١٦٩: ٧، قرب الاستناد: ٨٠، الوسائل ٣٨٥: ١٨، أبواب أحكام الرهن ب ٤ ح ٣.

٣- الكافي ٥/٢٣٤: ٥، الفقيه ١٩٧/١٩٧: ٣، التهذيب ٧٤٩/١٦٩: ٧، الوسائل ٣٨٤: ١٨، أبواب أحكام الرهن ب ٤ ح ١.



و ضمن الأجره أيضاً إن تصرف فى المنفعه بدون الإذن، أو معه على وجه العوض.

و فى الصحيح: « فى الأرض البور يرتنها الرجل ليس فيها ثمره، فيزرعها و ينفق عليها من ماله، أنه يحسب له نفقته و عمله خالصاً، ثم ينظر نصيب الأرض فيحسبه من ماله الذى ارتهن به الأرض حتى يستوفى ماله، فإذا استوفى ماله فليدفع الأرض إلى صاحبها» (١).

و لو كان الرهن دابه قام المرتهن بمئونها حيث لم يقم الراهن بها وجوباً؛ لوجوب الحفظ عليه، و لا يتم إلّا بالإنفاق عليه فيكون واجباً.

و إذا أنفق تقاضياً و رجع كلّ ذى فضل بفضله مع الإنفاق بنيه الرجوع لا مطلقاً، إجماعاً، بل يرجع معها خاصّه إمّا مطلقاً، كما هنا و فى الشرائع و عن الحلّى و الفاضل (٢)، أو بشرط إذن المالك أو الحاكم، أو الإشهاد بعد تعذّرها، كما قيده الشهيدان و غيرهما (٣).

و يأتى فى التقاض على إطلاقه ما مضى، و لهذا إن الحلّى ذكر الرجوع إلى ما أنفق من دون ذكره. و هو الأوفق بالأصل حيث يمكن الرجوع إليه، إمّا أنه ربما يستفاد من النصوص الآتية بعد الحمل على ما يأتى إليه الإشاره جوازه كذلك، و ربما أيّده الروايات السابقه، و لا ريب فيه مع المراضاه، و أما مع عدمها فالمصير إلى الأول أحوط و أولى.

و كيف كان، هذه الأقوال متّفقه على عدم جواز تصرف المرتهن فى

ص: ٢٢٤

١- الكافي ١٤/٢٣٥: ٥، التهذيب ٧٥١/١٦٩: ٧، الوسائل ٣٩٥: ١٨ أبواب أحكام الرهن ب ١٠ ح ٢.

٢- الشرائع ٢: ٨٠، الحلّى فى السرائر ٢: ٤٢٥، العلامه فى المختلف: ٤١٨.

٣- الشهيد الأول فى الدروس ٣: ٣٩٤، الشهيد الثانى فى الروضه ٤: ٨١؛ مجمع الفائده و البرهان ٩: ١٦٠.

الرهن بدون إذن الراهن، و رجوع كل منهما معه إلى الآخر فيما يستحقه بعد إنفاق المرتهن، فهو إلى نفقته، و الراهن إلى منفعه ماله على الإطلاق.

خلافاً للطوسى و الحلّى فى الدابه (١)، فجوزا الركوب و الحلب بعد الإنفاق، و حكما بأن المنفعه بإزاء النفقه على الإطلاق، و لو مع عدم المراضاه و تفاوت الحقين بالزيادة و النقصان.

و استندا فى ذلك إلى ما فى روايه من أن الظهر يُركب و الدرّ يُشرب، و على الذى يركب و يشرب النفقه (٢) رواها السكونى.

و قريب منها الصحيح: عن الرجل يأخذ الدابه أو البعير، إله أن يركبه؟ قال: فقال: «إن كان يعلفه فله أن يركبه، و إن كان الذى رهنه عنده يعلفه فليس له أن يركبه» (٣).

و الأول قاصر السند، و إن روى إلى الراوى فى الموثق، إلا أنه كالثانى مخالف للأدلة المتقدمه القاطعه على عدم جواز تصرف كل من الراهن و المرتهن فى الرهن بدون إذن الآخر.

مع مخالفتها القاعده المقرّره فى الضمان، فإن مقتضاها ما تقدّم إليه الإشاره: من رجوع الراهن بحق المنفعه و المرتهن بحق النفقه، و تخصيص كل من هاتين القاعدتين المعتضدتين بالإجماع فى الأصل، و الشهره العظيمه فى خصوص المسأله جراه عظيمه، فإنه لا يقاوم شيئاً منهما الروايتان بالضروره.

ص: ٢٢٥

١- الطوسى فى النهايه: ٤٣٥، الحلّى فى السرائر ٢: ٤٢٥.

٢- الفقيه ١٩٥/٨٨٦: ٣، التهذيب ١٧٥/٧٧٥: ٧، الوسائل ٣٩٨: ١٨، أبواب أحكام الرهن ب ١٢ ح ٢.

٣- الكافى ٢٣٦/١٦: ٥، الفقيه ١٩٦/٨٨٩: ٣، التهذيب ١٧٦/٧٧٨: ٧، الوسائل ٣٩٧: ١٨، أبواب أحكام الرهن ب ١٢ ح ١.

مع احتمالهما الحمل على ما حملهما عليه الأصحاب: من حصول الإذن و مساواه الحقيين، و هو و إن كان بعيداً غايته، إلا أنه لا بأس به، جمعاً بين الأدلة.

و قد صرح الأصحاب من غير خلاف يعرف، بل في شرح الإرشاد الإجماع عليه (١) بأن للمرتهن استيفاء دينه من الرهن و إن لم يكن و كلاً في البيع، أو انفسخت الوكاله بموت الراهن إن خاف جحود الراهن أو الوارث للحق و لم يتمكن من إثباته عند الحاكم لعدم البيئه أو غيره من العوارض؛ لعدم الحرج و الضرر في الشرع.

و للخبر، و ربما عدّ من الحسن، بل الصحيح: رجل مات و له ورثه، فجاء رجل فادّعى عليه مالاً و أن عنده رهناً، فكتب عليه السلام: «إن كان له على الميت مال و لا بيئه له عليه فليأخذ ماله مما في يده، و ليردّ الباقي على ورثته، و متى أقرّ بما عنده أخذ به و طوب بالبيئه على دعواه، و أوفى حقه بعد اليمين، و متى لم تقم البيئه و الورثه ينكرون فله عليهم يمين علم، يحلفون بالله تعالى ما يعلمون على ميّتهم حقاً» (٢).

و المرجع في الخوف إلى القرائن الموجه للظن الغالب لجحوده، و ربما احتمل كفايه مطلق الاحتمال.

و يستفاد من الخبر المستند في الحكم أنه لو اعترف المرتهن بالرهن و ادّعى الدين على الراهن و لا بيئه له فالقول قول الوارث، و له إحلافه إن ادّعى عليه العلم بثبوت الحق؛ مضافاً إلى موافقته الأصل العام،

ص: ٢٢٤

١- مجمع الفائدة و البرهان ١٦١: ٩.

٢- الفقيه ١/١٩٨، ٣: ٩٠١، التهذيب ٧: ٧٨٤/١٧٨، الوسائل ١٨: ٤٠٦ أبواب أحكام الرهن ب ٢٠ ح ١.

مع عدم خلاف فيه في المقام.

و لو باع المرتهن الرهن بدون إذن الراهن وقف على الإجازة و صحّ بعدها، على الأشهر الأقوى من جواز الفضولي، و بطل الرهن، كما لو أذن ابتداءً أو باع هو بإذن المرتهن مطلقاً، لزوال متعلقه.

و لا يجب جعل الثمن رهناً إلّا مع اشتراطه.

قيل: أما إذا أتلّفه متلف إتلافاً يقتضى العوض كان العوض رهناً؛ لإمكان الاستيثاق به و عدم خروجه عن الفرض، لكنه يبطل وكالة المرتهن في الحفظ و البيع إن كانت لاختلاف الأغراض في ذلك باختلاف الأموال.

انتهى (١).

و في الفرق و تعليل قيام العوض مقام المتلف رهناً نظر يظهر وجهه لمن تدبّر.

و لو كان المرتهن و كياناً في بيع الرهن فباع بعد الحلّ صحّ البيع بلا ريب، و جاز له استيفاء دينه من الثمن إما مطلقاً، كما ربما يظهر من إطلاق مفهوم سياق العبارة، و به صرح في الشرائع و عن جماعه (٢)، أو بشرط توافق الدين مع الثمن في الجنس و الوصف، كما عن آخرين (٣).

و الوجه إن لم يكن إجماع على خلافه عدم الجواز مطلقاً؛ للأصل، و عدم دليل على الجواز سوى الإذن في البيع، و هو لا يستلزم الإذن في

ص: ٢٢٧

---

١- مفاتيح الشرائع ٣: ١٣٩.

٢- الشرائع ٢: ٨٢؛ و انظر التحرير ١: ٢٠٦، و الدروس ٣: ٣٨٩، و مفاتيح الشرائع ٣: ١٤٠.

٣- نقله عنهم في الحدائق ٢٠: ٢٧٥.

و الشرط فى القول الثانى غير مخصّص له؛ لعدم قيام دليل صالح عليه، وإن قيل مثله فيما إذا كان ما فى ذمّه المديون مثل الدين فى الوصفين، فإنّه يجوز له الأخذ مقاصّه حينئذ من دون توقّف على المرضاه.

و يمكن الاستناد للأوّل أولاً: بظواهر النصوص المتقدمه بجواز المقاصّه الجاربه فى المسأله بحكم المظنّه الحاصله من التبع لها و الاستقراء.

و ثانياً: بقيام القرينه الحاليه فى الإيذن بالبيع بعد الحلول على الرخصه فى الاستيفاء فى الأغلب، و ينزل عليه إطلاقات الجواز فى نحو عباره الشرائع.

و لو أذن الراهن فى البيع قبل الحلول جاز البيع، و لكن لم يستوف دينه من الثمن حتى يحلّ الأجل؛ لعدم الاستحقاق قبله، و الإيذن فى البيع لا يقتضى تعجيل الاستيفاء، بل و لا مطلقه إلّا مع قيام القرينه، كما مضى.

و اعلم أنه إذا حلّ الدين فإن كان المرتهن وكيلاً فى البيع و الاستيفاء جازاً له، و عليه يحمل إطلاق الموثق، بل ربما عيّد من الصحيح: عن الرجل يكون عنده الرهن، فلا يدرى لمن هو من الناس، فقال عليه السلام: «لأُحِبَّ أن يبيعه حتى يجىء صاحبه» ثم قال: «إن كان فيه نقصان فهو أهون لبيعه فيؤجر فيما نقص من ماله، و إن كان فيه فضل فهو أشدّهما عليه، يبيعه و يمسك فضله حتى يجىء صاحبه» (١).

و إنما لم يجز له توليها، و عليه يحمل إطلاق الموثقين اللذين في بحث حجر المرتهن عن التصرف قد مضيا (١)، بل طلبهما منه، أو الإذن فيهما، فإن فعل، و إلا رفع أمره إلى الحاكم ليلزمه بهما، فإن أبي كان له حيسه، لأنه ولي الممتنع.

و للخبر: « كان أمير المؤمنين عليه السلام يحبس الرجل إذا التوى على غرمائه، ثم يأمر فيقسم ماله بالحصص، فإن أبي باعه فقسمه فيهم » يعنى ماله (٢).

و لو لم يمكن الوصول إلى الحاكم لعدمه أو بعده قيل: احتمال جواز استقلاله بالبيع بنفسه و استيفاء حقه، كما لو ظفر بغير جنس حقه من مال المديون الجاحد مع عدم البيئه، وفاقاً لجماعه (٣).

و لا بأس به؛ دفعا للضرر و الحرج المنفيين آيه و روايه؛ مضافاً إلى إطلاق الموثق المتقدم. و لا يعارضه في المقام الموثقان؛ لعدم انصرافهما إليه.

## و يلحق به مسائل النزاع، و هي أربع

### اشاره

و يلحق به مسائل النزاع، و هي أربع:

### الأولى يضمن المرتهن قيمه الرهن

الأولى: يضمن المرتهن قيمه الرهن إذا أتلفه بتعداً أو تفريط و ثبت بإقراره أو البيئه يوم تلفه وفاقاً للأكثر، كما في الدروس و المسالك، و به أفتيا فيهما و في الروضتين، وفاقاً للشيخين و الفاضلين (٤)،

ص: ٢٢٩

١- راجع ص: ٢٢٣.

٢- الكافي ١/١٠٢: ٥، التهذيب ٤١٢/١٩١: ٦، الإستبصار ٣/١٥٧: ٣، الوسائل ١٨: ٤١٦ أبواب أحكام الحجر ب ٦ ح ١.

٣- التذكرة ٢: ٣٢، المسالك ١: ٢٣٢، مجمع الفائده و البرهان ٩: ١٦١.

٤- الدروس ٣: ٤٠٥، المسالك ١: ٢٣٥، اللمعه (الروضه البهيه ٤): ٩٠، المفيد في المقنعه: ٦٢٣، الطوسى في النهايه: ٤٣١، المحقق في الشرائع ٢: ٨٥، العلامه في القواعد ١: ١٦٤.

و اختاره كثير من المتأخرين (١)؛ لأنه وقت الانتقال إلى القيمه، و الحق قبله كان منحصرأ في العين و إن كانت مضمونه.

و لقائل أن يقول: لا منافاه بين انحصار الحق في العين قبل التلف و انتقال قيمتها قبله إلى الذمه بعده، و لا بد من التأمل.

و قيل: يوم قبضه، و به أفتى في الشرائع (٢)، و حكاه كالفاضل في القواعد (٣) قولاً. في المسأله، و اعترف جماعه بأنه مجهول القائل، و ربما أشعر بجهالته أيضاً العبارة، حيث لم ينظمه في سلك الأقوال المنقوله، و مع ذلك لا دليل عليه يعتد به.

و يضعف أيضاً بأنه قبل التفريط غير مضمون فكيف يعتبر قيمته فيه.

و هو كما ترى؛ لما مضى.

و قيل: أعلى القيم من حين القبض إلى حين التلف و يظهر من المذهب أنه كالثاني في جهاله القائل (٤)، و ليس كذلك، فقد حكى عن المبسوط في كثير من العبارات كشرح الشرائع للصيمري و المسالك و غيرهما (٥)، بل ذكر الأول أنه قول مشهور نقله فخر الدين و اختاره و نقله المقداد أيضاً (٦)، و هو مشهور في المصنفات.

ص: ٢٣٠

---

١- كالمحقق الثاني في جامع المقاصد ١٣١:٥، و السبزواري في الكفايه: ١٠٨، و صاحب الحدائق ٢٣٤:٢٠.

٢- الشرائع ٨٥:٢.

٣- القواعد ١٦٤:١.

٤- المذهب البارع ٥٠٢:٢.

٥- المسالك ٢٣٦:١، و انظر التنقيح الرائع ١٧٤:٢، و الحدائق ٢٨٢:٢٠.

٦- فخر الدين في إيضاح الفوائد ٣٥:٢، الفاضل المقداد في التنقيح الرائع ١٧٤:٢.

و لعلّه أحوط، بل و أجود، إما لكونه كالغاصب فيؤخذ بأشقّ الأحوال، أو لاقتضاء شغل الذمّه اليقيني البراءه كذلك و لا تحصل إلّا بذلك.

و قيل بالأعلى من يوم التلف إلى يوم حكم الحاكم عليه بالقيمه، كما عن الإسكافي (١).

و يضعف بأن المطالبه لا دخل لها في ضمان القيمي.

و قيل بالأعلى من يوم التفريط إلى يوم التلف، اختاره الفاضل في المختلف و الصيمري في شرح الشرائع و ابن فهد في المهذب (٢)؛ لأنه من حين التفريط كالغاصب.

و يتوقف على الثبوت.

و لا ريب أن ما قدّمناه أحوط، و إن كان الأوّل لا يخلو عن قرب.

ثم إن هذا كله إذا كان قيميّاً. و لو كان مثليّاً ضمنه بمثله إن وجد، و إلّا فقيمه المثل عند الأداء، وفاقاً لجماعه كالمختلف و المسالك و الروضه (٣)؛ لأن الواجب عنده إنما كان المثل و إن كان متعذراً، و انتقله إلى القيمه بالمطالبه، بخلاف القيمي؛ لاستقرارها في الذمّه من حين التلف على الإطلاق.

و لو اختلفا في القيمه فالقول قول الراهن وفاقاً للشيخين و القاضي و الديلمي و التقى و ابني حمزه و زهره (٤) في الغنيه مدّعياً فيها

ص: ٢٣١

١- حكاه عنه في المختلف: ٤١٧.

٢- المختلف: ٤١٧، المهذب البارع ٥٠٢: ٢.

٣- المختلف: ٤١٧، المسالك ٢٣٦: ١، الروضه ٩١: ٤.

٤- المفيد في المقنعه: ٦٢٣، الطوسي في النهايه: ٤٣١، القاضي في المهذب ٦٩: ٢، الديلمي في المراسم: ١٩٣، التقى في الكافي في الفقه: ٣٣٥، ابن حمزه في الوسيله: ٢٦٦، ابن زهره في الغنيه (الجوامع الفقهيّه): ٥٩٣.



الإجماع عليه، و في الدروس و المسالك (١) عزياه إلى الأكثر؛ نظراً إلى كون المرتهن خائناً بتفريطه فلا يقبل قوله.

و يضعف بأن قبول قوله من جهه إنكاره لا من حيث كونه أميناً أو خائناً.

و قيل: القول قول المرتهن مع يمينه، كما عن الحلّي و تبعه الشهيدان و كثير من المتأخرين (٢) و هو أشبه لأنه منكر، و الأصل براءة الذمه من الزائد؛ و للنبوى العام: «البيّنه على المدّعى و اليمين على من أنكر» (٣).

و لكنه يشكل بحكاية الإجماع المتقدّمه المعتضده بالشهره القديمه، فالمسأله محلّ إشكال و ريبه، و إن كان مختار المتأخرين لا يخلو عن قوّه.

### الثانيه لو اختلفا فيما عليه الرهن فالقول قول الراهن

الثانيه: لو اختلفا فيما عليه الرهن من الدين، فادّعى المرتهن زيادته و الراهن نقصه فالقول قول الراهن وفاقاً للأكثر، كالصدوق و الطوسي و القاضي و التقى و ابن حمزه و الحلّي و ابن زهره (٤) مدّعين عليه الإجماع؛ و هو الحجّه.

مضافاً إلى الأصل و النبوى المتقدمين، و المعتبره المستفيضه، منها

ص: ٢٣٢

١- الدروس ٤٠٦: ٣، المسالك ٢٣٦: ١.

٢- الحلّي في السرائر ٤٢١: ٢، الشهيد الأول في اللمعه (الروضه البهيّه ٤): ٩٢، الشهيد الثاني في المسالك ٢٣٦: ١؛ و انظر الشرائع ٢: ٨٥، و المختلف: ٤١٧، و الحدائق ٢٨٢: ٢٠.

٣- سنن الدارقطني ٥٢/٢١٨: ٤، سنن البيهقي ٢٥٢: ١٠.

٤- الصدوق في المقنع: ١٢٩، الطوسي في النهايه: ٤٣١، القاضي في المهذب ٧٣: ٢، التقى في الكافي: ٣٣٥، ابن حمزه في الوسيله: ٢٦٦، الحلّي في السرائر ٤٢١: ٢، ابن زهره في الغنيه (الجوامع الفقهيّه): ٥٩٣.

الصحيح: في رجل يرهن عند صاحبه رهناً ولا يبينه بينهما فيه، ادعى الذى عنده الرهن أنه بألف درهم، وقال صاحب الرهن: إنه بمائه، قال: «البينه على الذى عنده الرهن أنه بألف درهم، فإن لم يكن له بينه فعلى الراهن اليمين» (١) ونحوه الباقي (٢) الموثقه جميعها، بل ربما قيل بصحة بعضها (٣).

و فى روايه قاصره السند (٤)، ضعيفه التكافؤ عن المقاومه لما مرّ من الأدله من وجوه عديده أن القول قول المرتهن ما لم يَدَّعِ زياده عن قيمه الرهن و هو فى غايه الضعف و إن حكى عن الإسكافى (٥). و ربما يحتمل الحمل على التقيه؛ لفتواه بها، مع الاعتضاد بكون الروايه عن السكونى الذى هو من قضاة العامه.

### الثالثه لو قال القابض هو رهن، وقال المالك هو وديعه، فالقول قول المالك مع يمينه

الثالثه: لو اختلفا فى الرهانه ف قال القابض: المرتهن هو رهن، وقال المالك: الراهن هو وديعه، فالقول قول المالك مع يمينه مطلقاً، وفاقاً للأكثر، كما فى المسالك (٦)، بل المشهور، كما فى الدروس (٧)، و ربما أشعر عبارته الماتن هنا بالإجماع عليه؛ لأصاله عدم الرهن الذى يترتب عليه عدم جواز التصرف المخالف لها بالضروره،

ص: ٢٣٣

- ١- الكافى ٥: ٢/٢٣٧، التهذيب ٧: ٧٦٩/١٧٤، الإستبصار ٣: ٤٣٢/١٢١، الوسائل ١٨: ٤٠٢ أبواب أحكام الرهن ب ١٧ ح ١.
- ٢- انظر الوسائل ١٨: ٤٠٣ أبواب أحكام الرهن ب ١٧ الأحاديث ٢، ٣، ٤.
- ٣- انظر روضه المتقين ٧: ٣٧٣.
- ٤- الفقيه ٣: ٨٩٥/١٩٧، التهذيب ٧: ٧٧٤/١٧٥، الإستبصار ٣: ٤٣٥/١٢٢، الوسائل ١٨: ٤٠٣ أبواب أحكام الرهن ب ١٧ ح ٤.
- ٥- كما حكاه عنه فى المختلف: ٤١٧.
- ٦- المسالك ١: ٢٣٦.
- ٧- الدروس ٣: ٤٠٦.

و لكونه منكرًا فيشملة النبوى المتقدم.

و للصحيحين، فى أحدهما المروى فى التهذيب: فى رجل رهن عند صاحبه رهنًا، فقال الذى عنده الرهن: أرهنته عندى بكذا و كذا، و قال الآخر: إنما هو عندك وديعه، فقال: «البينه على الذى عنده الرهن أنه بكذا و كذا، فإن لم يكن له بينه فعلى الذى له الرهن اليمين» (١).

و فى الثانى المروى فى الكافى فى رجل قال لرجل: لى عليك ألف درهم، فقال الرجل: لا، و لكنها وديعه، فقال عليه السلام: «القول قول صاحب المال مع يمينه» (٢).

و فيه روايه أخرى بل روايات بالعكس، منها: عن متاع فى يد رجلين أحدهما يقول: استودعتك، و الآخر يقول: هو رهن، قال: فقال: «القول قول الذى يقول: إنه رهن عندى، إلا أن يأتى الذى ادعى أنه أودعه بشهود» (٣).

و منها: «يسأل صاحب الوديعة البينه، فإن لم يكن له بينه حلف صاحب الرهن» (٤).

و نحوها روايه أخرى (٥) هى كسابقتها معتبره الأسانيد بالموثقيه فى بعض، و القرب منها فى آخر، و من الصحه فى ثالث.

ص: ٢٣٤

- ١- التهذيب ٧:٧٦٩/١٧٤، الوسائل ١٨:٤٠٠ أبواب أحكام الرهن ب ١٦ ح ١.
- ٢- الكافى ٥:٣/٢٣٨، التهذيب ٧:٧٧٧/١٧٦، الوسائل ١٨:٤٠٤ أبواب أحكام الرهن ب ١٨ ح ١.
- ٣- الكافى ٥:٤/٢٣٨، الفقيه ٣:٨٨٨/١٩٥، التهذيب ٧:٧٧٦/١٧٦، الوسائل ١٨:٤٠١ أبواب أحكام الرهن ب ١٦ ح ٣.
- ٤- الكافى ٥:١/٢٣٧، الوسائل ١٨:٤٠٣ أبواب أحكام الرهن ب ١٧ ح ٢.
- ٥- الفقيه ٣:٩٠٦/١٩٩، الوسائل ١٨:٤٠١ أبواب أحكام الرهن ب ١٦ ح ٢.

إلا أنها متروكة و إن عمل بها جماعة، كالصدوق في المقنع و الطوسي في الاستبصار (١)؛ لضعفها عن المقاومه لما مرّ من الأدله المعتضده بالشهره العظيمة، سيّما بين متأخري الطائفة.

و هنا قولان آخران مفصّلان بين صورتى اعتراف المالك بالدين فالثانى، و إنكاره له فالأول، كما فى أحدهما، و نسب إلى ابن حمزه (٢).

و فى الثانى المحكى عن الإسكافى (٣) التفصيل بين صورتى اعتراف القابض للمالك بكونه فى يده على سبيل الأمانه ثم صار رهناً فالأول، و ادعاؤه إياه ابتداءً فالثانى.

و لا- حجه عليهما واضحه سوى ما يذكر لهما من الجمع بين الأخبار و الأدله، و هو فرع المقاومه التى هى فى المقام مفقوده، مع عدم وضوح شاهد عليهما، و تعارض أحدهما بالآخر بالضرورة. نعم للأول فى الصوره الأولى ظاهر الحال، و لكنه غير صالح لمعارضه الأصل و ما مرّ من النصوص فى هذا المجال.

#### الرابعه إن اختلفا فى التفريط فالقول قول المرتهن مع يمينه

الرابعه: إن اختلفا فى التفريط فالقول قول المرتهن مع يمينه بلا خلاف يظهر، بل عليه الإجماع فى الغنيه (٤)؛ و هو الحجه، مضافاً إلى الأصول المتقدمه السليمه هنا عن المعارض.

ص: ٢٣٥

١- المقنع: ١٢٩، الاستبصار ١٢٢: ٣.

٢- الوسيله: ٢٦٦.

٣- حكاه عنه فى المختلف: ٤١٧.

٤- الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٥٩٣.

كتاب الحجر هو: لغه المنع و الحظر و التضييق، و شرعاً: ما أشار إليه الماتن في تعريف المحجور من أنه هو الممنوع من التصرف في ماله شرعاً.

و هو ثابت بالكتاب و السنه و الإجماع، قال سبحانه وَ لَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَاماً [١] (١) و قال جلّ شأنه وَ ابْتُلُوا اليتامى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْداً فَاذْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ [٢] (٢). و هو قسمان: حجر على الإنسان لحقّ غيره، كالمفلس لحقّ الغرماء، و المريض لحقّ الورثه، و المكاتب لحقّ السيد، و الراهن لدين المرتهن؛ و حجر عليه لحقّ نفسه، و هو ثلاثه: الصبى و المجنون و السفيه.

و قد يورد على التعريف مناقشات سهله ليس للتعرض لذكرها و الجواب عنها مزيد فائده.

### أسباب الحجر

و أسباب الحجر بحسب ما جرت عاده الأصحاب بذكره في الباب سته و إلّا فهي أزيد، و هي: الصغر، و الجنون، و الرقّ، و المرض، و الفلس، و السفه قيل (٣): وجه الحصر أن الحجر إمّا عام للأموال و الدّمم أو خاصّ

ص: ٢٣٦

١- النساء: ٥.

٢- النساء: ٦.

٣- قال به الشهيد الثاني في المسالك ٢٤٦: ١.

بالأول، والأول: إما أن يكون ذا غايه يعلم زوال سببها أم لا، والأول ذو السبب الأول، والثاني ذو الثاني، والثاني: إما أن يكون الحجر فيه مقصوداً على مصلحه المحجور عليه أو لغيره، والأول ذو السادس، والثاني: إما أن يكون مالكاً للمحجور عليه أو لا، والأول ذو الثالث، والثاني: إما أن يكون موقوفاً على حكم الحاكم أو لا، والأول ذو الخامس، والثاني ذو الرابع.

و ثبوت الحجر بالسنة مجمع عليه، كما عن التذكرة (1)، و به صرح جماعة؛ و هو الحجة المخصّصه للأصل و عموم الأدله بإثبات السلطنه؛ مضافاً إلى الأدله الآتية فيما عدا الأولين، والآيه الثانيه، و السنه المستفيضه الآتية إلى ذكر بعضها الإشاره في الأول، و فحواهما في الثاني، مع تأيد الحكم فيه مطلقاً و في غير المميز من الأول بالاعتبار جدّاً.

## يزول حجر الصغير بوصفين

### إشاره

و لا يزول حجر الصغير إلّا بوصفين،

### الأول البلوغ

الأول: البلوغ، و هو يعلم بإنبات الشعر الخشن على العانه بلا خلاف، بل عليه الإجماع في الغنيه و نهج الحق و التذكرة و غيرها من كتب الجماعه (2)؛ و هو الحجة المخصّصه.

مضافاً إلى النصوص العاميه و الخاصيه المعتبره بالشهره، و تضمّن سندها من أجمعت على تصحيح ما يصح عنه العصابه، و سيأتى إلى ذكرها الإشاره.

و ظاهرهما بحكم التبادر و صريح العبارة و جماعه (3) اعتبار الخشونه و عدم الاكتفاء بمطلق الشعر. و لا ريب فيه؛ لعدم خلوّ المولود عنه في

ص: ٢٣٧

١- التذكرة ٢:٧٣.

٢- الغنيه (الجوامع الفقيهه): ٥٩٤، نهج الحق، ٤٩١، التذكرة ٢:٧٣؛ و انظر الخلاف ٣:٢٨١.

٣- منهم: الطوسى فى المبسوط ٢:٢٨٣، و العلامه فى القواعد ١:١٦٨، و الشهيد الثانى فى المسالك ١:٢٤٦.

جميع الأحيان حتى حين الولادة، مضافاً إلى الأصل.

و في التقييد بالعانه إخراج لغيره من الشعور النابتة في نحو الوجه من المواضع المعهوده. و هو أحد القولين في المسأله، بل ظاهر المسالك أن عليه إجماع الإماميه (1) مع أنه في الروضه حكم بأن القول الآخر لا يخلو عن قوه (2). و هو كذلك، وفاقاً للتحرير و جماعه (3)؛ لإطلاق بعض المعبره كعباره الغنيه في حكايته الإجماع المتقدمه.

مضافاً إلى وقوع التصريح بإلحاق شعر الوجه بالعانه في بعض تلك المعبره (4).

و في كونه أماره البلوغ أو سبقه قولان، ظاهر الأصول و أكثر أدلّه اعتباره الأول، و إن حكى الثاني في المسالك عن الأكثر (5).

أو خروج المنى و هو الماء الذى يتكوّن منه الولد من الموضع المعتاد بالإجماع المستفيض النقل في كتب جملته من الأصحاب، كالغنيه و التذكره و غيرهما من كتب الجماعه (6)؛ و مع ذلك تظافت به الآيات الشريفه إذا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنْكُمْ الْحُلْمَ [1] (7) وَ الَّذِينَ [2]

ص: ٢٣٨

١- المسالك ١:٢٤٦.

٢- الروضه ٢:١٤٥.

٣- التحرير ١:٢١٨؛ و انظر المبسوط ١:٢٦٦، الحدائق ٢٠:٣٤٦، ملاذ الأخيار ١٢:٢٨٧.

٤- التهذيب ٧:١٥٤٤/٣٨٢، الإستبصار ٣:٨٥٥/٢٣٧، الوسائل ٢٠:٢٧٨ أبواب عقد النكاح ب ٦ ح ٩.

٥- المسالك ١:٢٤٦. نُسب فيه إلى المشهور.

٦- الغنيه (الجوامع الفقهيّه): ٥٩٤، التذكره ٢:٧٤؛ و انظر المسالك ١:٢٤٧.

٧- النور: ٥٩.

لَمْ يَبْلُغُوا الْحُلُمَ مِنْكُمْ [١] (١) حَيْتَى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ [٢] (٢). و الاحتلام هو خروج المنى، كما عن التذكرة (٣). و ظاهره عدم الفرق بين أن يكون الخروج في نوم أو يقظه، خلافاً للمحكي عن بعض أهل اللغة، فجعله الأول خاصه (٤).

لكن الظاهر أن النوم غير معتبر في البلوغ اتفاقاً، كما في الكفايه (٥).

و نحو الآيات المعتمده المستفيضه التي علق فيها التكليف اللازمه على الحلم، و سيأتي إلى بعض منها الإشاره.

مضافاً إلى الصحيحين، في أحدهما: «لا تغطي المرأة شعرها عنه حتى يحتلم» (٦).

و في الثاني: «انقطاع يتم اليتيم بالاحتلام و هو أشده، و إن احتلم و لم يؤنس منه رشده و كان سفيهاً أو ضعيفاً فليمسك عنه وليه ماله» (٧).

و نحوه المروى عن الخصال: متى يجوز أمر اليتيم؟ قال: «حتى يبلغ أشده» قال: و ما أشده؟ قال: «احتلامه» (٨).

و الخبر: عن الغلام متى يجب عليه الصوم و الصلاة؟ قال: «إذا راهق

ص: ٢٣٩

١- النور: ٥٨.

٢- النساء: ٦.

٣- التذكرة ٧٤: ٢.

٤- كالقاموس المحيط ١٠٠: ٤، و مجمع البحرين ٥٠: ٦.

٥- الكفايه: ١١٢.

٦- الفقيه ١٣٠٨/٢٧٦، الوسائل ٣: ٤٦٠، أبواب أحكام الأولاد ب ٧٤ ح ١.

٧- الكافي ٧: ٢/٦٨، الفقيه ١٦٣/٥٦٩، التهذيب ٩: ٧٣٧/١٨٣، الوسائل ١٩: ٣٦٣، أبواب أحكام الوصايا ب ٤٤ ح ٩.

٨- الخصال: ٣/٤٩٥، الوسائل ١٨: ٤١٢، أبواب الحجر ب ٢ ح ٥.



الحلم و عرف الصلاة و الصوم» (١).

و يشترك فى هذين الدليلين الذكور و الإناث لإطلاق أدلتهم؛ مضافاً إلى الإجماع عليه قطعاً.

أو السنّ و هو فى الذكر بلوغ خمس عشره سنه على الأظهر الأشهر بين الطائفة، كما حكاه جماعه، كالمهذب و المسالك و شرح الشرائع للصيمرى و المفاتيح و الكفايه (٢)، بل فى الثانى كاد أن يكون إجماعاً، و به يشعر ظاهر الشرائع و اللمعه (٣)، حيث لم ينقل الخلاف فيه مع نقله له فى الأئنى خاصه؛ مضافاً إلى وقوع التصريح به فى الخلاف و الغنيه (٤)، و عن ظاهر الطبرسى و غيره (٥)، حيث نسباه إلى أصحابنا بصيغه الجمع المضاف المفيده للعموم لعه، و عن كثر العرفان أيضاً، و ذكر فيه أنه من شعار الشيعة و الشافعيه (٦).

و هو الحججه، مضافاً إلى الأصول الكثيره القطعيه، و المعتبره المستفيضه العاميه و الخاصيه، فمن الأوله النبويان المرويان فى الغنيه (٧) فى أحدهما: «إذا استكمل المولود خمس عشره سنه كتب ماله و ما عليه و أخذت منه الحدود» .

ص: ٢٤٠

- ١- التهذيب ١٥٨٧/٣٨٠، الإستبصار ١٥٥٩/٤٠٨، الوسائل ٤:١٩ أبواب أعداد الفرائض و نوافلها ب ٣ ح ٣.
- ٢- المهذب ١:٢٩٤، المسالك ١:٢٤٧، المفاتيح ١:١٤، الكفايه: ١١٢.
- ٣- الشرائع ٢:١٠٠، اللمعه (الروضه البهيه ٢): ١٤٤.
- ٤- الخلاف ٣:٢٨٢، الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٥٩٤.
- ٥- الطبرسى فى مجمع البيان ٢:٩؛ و انظر التذكرة ٢:٧٥.
- ٦- كثر العرفان ٢:١٠٢.
- ٧- الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٥٩٤.

و من الثانيه المعبرتان، في إحداهما: «الجاريه إذا تزوّجت و دخل بها و لها تسع سنين ذهب عنها اليتم و دفع إليها مالها و جاز أمرها في البيع و الشراء» إلى أن قال: «و الغلام لا يجوز أمره في الشراء و البيع و لا يخرج عنه اليتم حتى يبلغ خمس عشره سنه أو يحتلم أو يشعر أو ينبت قبل ذلك» (١).

و في الثانيه: «الجاريه إذا بلغت تسع سنين ذهب عنها اليتم و تزوّجت و دفع إليها مالها و أُقيمت الحدود التامه عليها و لها» فقلت: الغلام يجري في ذلك مجرى الجاريه؟ فقال: «الغلام إذا زوّجه أبوه و لم يدرك كان له الخيار إذا أدرك و بلغ خمس عشره سنه أو يشعر في وجهه أو ينبت في عانته قبل ذلك» (٢) الحديث.

و في ذيله المذكور في الاستبصار في كتاب النكاح في باب أولياء العقد كصدر الأوّل (٣)، الغير المذكورين في هذا المحل دلالة أيضاً على المطلب.

و هما مع اعتبار سنديهما بالقرب من الصحه بتضمّنها لابن محبوب الذي قد حكى على تصحيح رواياته إجماع العصابه (٤) منجبرتان كالنبويين، بل معتضدتان بالشهره العظيمه القديمه و المتأخره التي كادت تكون إجماعاً، بل إجماع في الحقيقه؛ و بالإجماعات المحكيه، و الأصول القطعيه، و المخالفه للعامه، كما يستفاد من عبارات نقله الإجماعات في

ص: ٢٤١

١- الكافي ٧/١٩٧، الوسائل ١٨:٤١٠ أبواب الحجب ٢ ح ١.

٢- التهذيب ٧/١٥٤٤/٣٨٣، الوسائل ٢٠:٢٧٨ أبواب عقد النكاح و أولياء العقد ٦ ح ٩.

٣- الاستبصار ٣:٨٥٥/٢٣٧.

٤- انظر رجال الكشي ٢:١٠٥٠/٨٣٠.

المسألة، و يؤيد بمخالفه الإسكافي، حيث حكم بالبلوغ بالأربع عشرة (١)، فلا إشكال في المسألة بحمد الله سبحانه.

و لم نقف للمخالف على حجه سوى ما يستدل له من الصحيح: في كم يؤخذ الصبي بالصيام؟ قال: « ما بينه و بين خمس عشره سنه أو أربع عشره سنه » (٢) الحديث.

و المناقشه فيه واضحه، بل ربما يستدل به على قول الأ-كثر؛ لظهوره في عدم إلزامه بالصوم قبل الخمس عشره، لمكان التخيير المنافي للوجوب العيني، و حيث لا قول بالوجوب التخييري حتى من الإسكافي تعين حمل الأخذ فيه على الأخذ الاستجابي.

مضافاً إلى شهاده صدره به حيث سئل فيه في كم يؤخذ الصبي بالصلاه؟ فقال: « فيما بين سبع و ست سنين » فقال: في كم يؤخذ بالصيام (٣). إلى آخر ما مرّ.

و الأخذ الأوّل للاستجباب بالإجماع، فكذلك الثاني، لظاهر السياق.

و تحديده إلى الحدّ المذكور ظاهر بل لعلّه صريح في ارتفاعه بالبلوغ إليه، و هو ملازم للوجوب بعده، إذ لا- قائل بالإباحه حينئذٍ، مع منافاتها الاعتبار بالضروره.

و في روايه أنه من ثلاث عشره إلى أربع عشره (٤) في سندها عبد الله بن جبله و عده من الجهلاء، و مع ذلك هي شاذة لم يوجد قائل بها،

ص: ٢٤٢

١- نقله عنه في المختلف: ٤٢٣.

٢- الكافي ٤: ٢/١٢٥، الوسائل ١٠: ٢٣٣، أبواب من يصح منه الصوم ب ٢٩ ح ١.

٣- التهذيب ٢: ١٥٩٠/٣٨١، الإستبصار ١: ١٥٦٣/٤٠٩، الوسائل ٤: ١٨، أبواب أعداد الفرائض و نوافلها ب ٣ ح ١.

٤- التهذيب ٦: ٨٥٦/٣١٠، الوسائل ١٩: ٣٦٧، أبواب أحكام الوصايا ب ٤٥ ح ٣.

و غير مكافئه لشيء من الأدله المتقدمه.

و بهذين يجاب عن المعبره الأخر الوارده فى المسأله، كالموثقين، فى أحدهما: «إذا أتت عليه ثلاث عشره سنه كتبت له الحسنات و كتبت عليه السيئات و جاز أمره إلّا أن يكون سفيهاً أو ضعيفاً» فقال: و ما السفية؟ فقال:

«الذى يشتري الدراهم بأضعافه» قال: و ما الضعيف؟ قال: «الأبله» (١).

و فى الثانى: «إذا بلغ الغلام ثلاث عشره سنه كتبت له الحسنه و كتبت عليه السيئه و عوقب، فإذا بلغت الجاربه تسع سنين فكذلك، و ذلك أنها تحيض لتسع سنين» (٢).

و الحسن بالوشاء: «إذا بلغ أشده ثلاث عشره سنه و دخل فى الأربع عشره و جب عليه ما و جب على المحتملين، احتلم أو لم يحتلم، كتبت عليه السيئات، و كتبت له الحسنات، و جاز له كل شيء إلّا أن يكون سفيهاً أو ضعيفاً» (٣).

و مع ذلك يحتمل التقيه، فالعجب كل العجب من الكفايه، حيث استوجه العمل بها مع عدم تصريح منه بقائل بها بالمره (٤).

و بنحو ذلك يجاب عما فى روايه أخرى من حصول الإدراك ب بلوغ عشره و هى كثيره وارده فى الطلاق و الوصيه (٥).

ص: ٢٤٣

١- التهذيب ١٨٢/٧٣١:٩، الوسائل ١٩:٣٦٣ أبواب أحكام الوصايا ب ٤٤ ح ٨.

٢- الكافي ٦/٦٨:٧، التهذيب ١٨٤/٧٤١:٩، الوسائل ١٩:٣٦٥ أبواب أحكام الوصايا ب ٤٤ ح ١٢.

٣- الكافي ٧/٦٩:٧، الخصال ٤/٤٩٥:٤، الوسائل ١٩:٣٦٤ أبواب أحكام الوصايا ب ٤٤ ح ١١.

٤- الكفايه: ١١٢.

٥- انظر الوسائل ١٩:٣٦٠ أبواب الوصايا ب ٤٤، و ج ٧٧:٢٢ أبواب مقدمات الطلاق ب ٣٢.

لكنها غير صريحة في تحقق البلوغ به، بل ولا ظاهره؛ لاحتمال إرادته رفع الحجر عنه في الأمور المذكورة كما ذهب إليه جماعه (١) وهو غير ملازم لحصول البلوغ به بالكليته، ومع ذلك قاصره السند يأتي عليها ما مر إليه الإشارة، ومع ذلك معارضه بأقوى منها في بحث الطلاق كما يأتي ثمه.

و يستفاد من مجموع الروايات المتقدمة أن الإدراك في الأثنى ب بلوغ تسع سنين و عليه الإجماع في الغنيه و السرائر و الخلاف و التذكرة و الروضة (٢)؛ و هو حججه أخرى.

خلافًا للمحكي عن المبسوط و ابن حمزه (٣)، فنفيا البلوغ به، و أثبتاه بالعهده.

و لا- حجه لهما واضحه من فتوى و لا- روايه عدا ما فى الكفايه و غيره (٤)، فأسندا مذهبهما إلى روايه، و لم أقف عليها، فهى مرسله، مع ظهور عبارته فى أنها بحسب السند قاصره، فمثلها غير صالحه للحجيه، مع عدم معارضتها للأدلة المتقدمه فتوى و روايه، و الأصول بما مر مخصّصه.

و فى الموثق: عن الغلام متى تجب عليه الصلاه؟ فقال: «إذا أتى عليه ثلاث عشره سنه، فإن احتلم قبل ذلك فقد وجبت عليه الصلاه و جرى عليه القلم، و الجاربه مثل ذلك، إن أتى لها ثلاث عشره سنه أو حاضت

ص: ٢٤٤

- 
- ١- منهم: ابن فهد فى المهدب البارع ٥١٤:٢ و الشهيد فى المسالك ٢٤٧:١، و انظر التنقيح الرائع ١٨٠:٢.
  - ٢- الغنيه (الجوامع الفقهيّه): ٥٩٤، السرائر ١٩٩:٢، الخلاف ٢٨٢:٣، التذكرة ٧٥:٢، الروضة ١٤٤:٢.
  - ٣- المبسوط ٢٨٣:٢، ابن حمزه فى الوسيله: ١٣٧.
  - ٤- الكفايه: ١١٢؛ المسالك ٢٤٧:١.

قبل ذلك فقد وجبت عليها الصلاه و جرى عليها القلم» (١).

و هو كما ترى شاذ؛ مضافاً إلى قصور السند، و عدم المكافأه لشيء مما مرّ.

ثم إن مقتضى الأصول المتقدمه و ظاهر النصوص و العبارات الحاكمه بالبلوغ بالتسع و الخمس عشره سنه بحكم التبادر و الصدق عرفاً و عاده إنما هو الستتان كامله، فلا يكفي الطعن فيهما بالبديهه، و به صرح جماعه كالمسالك و غيره (٢)، و ظاهره كغيره أن ذلك مذهب الأصحاب كافه، و قد وقع التصريح باشرطه في بعض النصوص المتقدمه، كالنبوي في الذكر و أولى المعبرتين التاليتين له في الجاربه (٣)، فمناقشه بعض الأجله (٤) في ذلك و احتمالاه الاكتفاء بالطعن عن الكمال واهيه.

و للإسكافي، فصار إلى عدم ارتفاع الحجر عنها بالتسع إلّا بالتزويج و الحمل (٥).

و هو شاذ، و مستنده غير واضح، بل الدليل على خلافه لائح.

## الثاني الرشده

الثاني: الرشده، و هو كما ذكره الأصحاب من غير خلاف يعرف، و ساعده العاده و العرف أن يكون مصلحاً لماله بحيث يكون له ملكه نفسانيه تقتضى إصلاحه، و تمنع إفساده و صرفه في غير الوجوه اللائقه بأفعال العقلاء، لا مطلق الإصلاح، لا اجتماعه مع السفه المقابل للرشده جدّاً،

ص: ٢٤٥

١- التهذيب ١٥٨٨/٣٨٠، الإستبصار ٤٠٨/١٥٦٠، الوسائل ١:٤٥ أبواب مقدمه العبادات ب ٤ ح ١٢.

٢- المسالك ١:٢٤٧؛ و انظر مفاتيح الشرائع ١:١٤، و الحدائق ٢٠:٣٥٠.

٣- راجع ص: ٢٤١.

٤- المحقق الأردبيلي في مجمع الفائده و البرهان ٩:١٩٠.

٥- نقله عنه في المختلف: ٤٢٣.

مع عدم صدق الرشد بمجرد عرفاً و عاده.

و فى اعتبار العدالة فى الرشد تردّد ينشأ من عموم أدلّه ثبوت السلطنة لأرباب الأموال (١)، و إطلاق الأدلّه كتاباً و سنه بدفع أموال اليتامى بإيناس الرشد (٢) من غير اعتبار أمر آخر، و المفهوم من الرشد فى العرف كما عرفت هو مجرد إصلاح المال على الوجه المتقدم و إن كان فاسقاً، و ليس لعدمه مدخله فى مفهومه عرفاً، كيف لا و هو أمر شرعى مغاير له من حيث هو قطعاً، فكيف يعتبر ما لا مدخله لهم فى فهمه فيما هو متداول بينهم و متعارف عندهم تعارفاً شائعاً.

و من النهى عن إيتاء السفهاء المال (٣)، مع ما روى أن شارب الخمر سفیه (٤)، و لا قائل بالفرق.

و عن ابن عباس أن الرشد هو الوقار و الحلم و العقل (٥).

و الأول أظهر، وفاقاً للأكثر، بل عليه عامه من تأخر؛ لما مرّ، و ضعف الدليل الآخر، فإن إطلاق السفیه على الشارب فى الروايه بعد الإغماض عن سندها أعمّ من كونه على الحقيقه التى عليها المدار فى جميع الألفاظ الوارده فى الكتاب و السنه، و المحاورات اللغويه و العرفيه، فيحتمل المجاز، بل و يتعين، لعدم التبادر، و صحه السلب عنه فى العاده بعد استجماعه شرائط الرشد ما عدا العدالة.

ص: ٢٤٦

١- عوالى اللئلى ١٩٨/٤٥٧، ١٩٩/٢٢٢، و ج ٢: ٣٨٣/١٣٨.

٢- النساء: ٦؛ و انظر الوسائل ١٨: ٤١٠ أبواب الحجر ب ٢، و ج ١٩: ٣٣٦ أبواب الوصايا ب ٤٥.

٣- النساء: ٦.

٤- تفسير العياشى ١: ٢٢/٢٢٠، الوسائل ١٩: ٣٦٨ أبواب الوصايا ب ٤٥ ح ٨.

٥- الدر المنثور ٢: ١٢١، المجموع (للنووى) ١٣: ٣٦٨.

و الروايه عن ابن عباس غير ثابتة، و على تقديرها فهى مقطوعه للحجّيه غير صالحه، إلّا أن يقال بكونه من أهل اللغه و الخبره فيعتبر كلامه من هذه الجهه.

و لكن المناقشه فيه بعد معلوميه مخالفته للعرف و اختيارنا لزوم تقديمه على اللغه عند المعارضه واضحه، فالقول باعتبارها كما عن المبسوط و الخلاف و فى الغنيه (١) ضعيف غايته، و إن ادّعى فى الأخير عليه إجماع الإماميه؛ لونه فى المسأله بمصير الأكثر إلى خلافه، مع عدم ظهور مخالف لهم سوى الطوسى فى الكتابين خاصّه، و مع ذلك فعبارته بالاعتبار المحكيه غير صريحه فيه، بل و لا- ظاهره، من حيث التعبير عنه بالاحتياط الظاهر فى الاستحباب، فلم يبق قائل به صريحاً، بل و لا- ظاهراً إلّا مدّعى الإجماع، فكيف يصلح مثله دليلاً؟ و الاستصحاب لو تمسك به مندفع بالإطلاقات.

و ربما أيد المختار جماعه (٢) بأن مع اعتبار العدالة لم يقم للمسلمين سوق بالمرّه و لم ينتظم للعالم حاله؛ لأن الناس إلّا النادر منهم إما فاسق أو محتمله، و الجهل بالشرط يقتضى الجهل بالمشروط بالضروره، و أنه ما نقل فى الروايات و أقوال العلماء المعاصرين للأئمّه عليهم السلام مع عموم البلوى بالأيتام و أموالهم المنع عن معاملتهم و مناقحتهم و غير ذلك بدون العدالة.

و قد ورد فى النصوص الأمر بالمعامله و المناكحه من غير تقييد بالعداله، و فى كثير من المعتبره دلالة على جواز معامله الفساق و أهل السرقة

ص: ٢٤٧

١- المبسوط ٢٨٤:١، الخلاف ٢٨٣:٣، الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٥٩٤.

٢- منهم: الشهيد فى المسالك ٢٤٨:١، و الأردبيلى فى مجمع الفائده و البرهان ١٩٤:٩، و صاحب الحدائق ٣٥٢:٢٠.



و أخذ جواز العمّال و الظلمه، و على جواز بيع الخشب لمن يعمل صنماً و العنب لمن يعمل خمراً.

و فيه مناقشه؛ لعدم تماميته إلّا على تقدير اشتراطها على الإطلاق، و ليست كذلك بمشروطه، فقد صرح الأصحاب بأن اعتبارها على القول به إنما هو في الابتداء لا- في الاستداه، و عليه حكى الإجماع في التذكرة (1)، و بذلك صرح القائلان في الكتب المزبوره، و إن احتاطوا باعتبارها أيضاً في الاستداه.

فعلى هذا يمكن أن يمنع ما ذكر من المؤيّدات في المسأله؛ لاحتمال ابتنائها على وجه الصّحه و هو حصول العداله ابتداءً و إن طرأ بعدها وصف الضدّ، و مرجعه إلى حمل أفعال المسلمين على الصّحه، و هو شيء متّفق عليه بين العلماء كافّه، مستفاد من النصوص المعتميره، و سيره المسلمين في جميع الأمصار و الأزمنه.

و لا- يضرّ معه الجهل بالشرط في المسأله، كما لا- يضرّ معه الجهل بكثير من الشروط المعتميره في الأموال المبتاعه في أسواق المسلمين، كالجلود المشترطه فيها التذكيه و مطلق الأموال المشترطه في المعامله بها و ابتياعها الملكيه، و عدم كونها سرقه، و غير ذلك مما لا يعدّ كثرةً، و منه مفروض المسأله بالإضافه إلى شرط أصل الرشد الذي هو إصلاح المال.

فلو صحّ التمسك بالمؤيّدات المزبوره لنفى اعتبار العداله لصحّ التمسك بها لنفى اعتبار أصل الرشد؛ لتساوى نسبتها إليهما بالضروره، فكما لا يضرّ الجهل بالشروط فيما عدا المسأله بناءً على حمل أفعال

ص: ٢٤٨

المسلمين على الصحة فكذلك فيها بالبدية، لتساوى النسبه.

و مع عدم الوصفين البلوغ و الرشد أو أحدهما استمرّ الحجر عليه و لو طعن في السنّ و بلغ خمساً و عشرين سنه، اتفاقاً منّا، كما في نهج الحق و المسالك و غيرهما (١).

خلافاً للحنفيه، فمنعوا عن حجره بعد بلوغه إلى المده المذكوره (٢)، و عموم الأدلّه عليه حجه.

و يعود الحجر بعد عود السبب إلّا الفسق فلا يعود بعوده، إجماعاً، كما مرّ عن التذكرة (٣)، و به صرح القائلان باشتراط العدالة كما تقدّم إليه الإشاره.

و يعلم رشد الصبي باختباره بما يلائمه من التصرفات و الأعمال ليظهر اتّصافه بالملكه و عدمه، فمن كان من أولاد التجار فوض إليه البيع و الشراء بمعنى مما كسسته فيهما على وجههما و يراعى إلى أن يتم مساومته ثم يتولاه الولي إن شاء، فإذا تكرّر ذلك منه و سلم من الغبن و التضييع في غير وجهه فهو رشيد.

و إن كان من أولاد من يصاب عن ذلك اختبر بما يناسب حال أهله، إمّا بأن يسلم إليه نفقه مدّه لينفقها في مصالحه أو مواضعها التي عُيّنت له، أو بأن يستوفى الحساب على معاملتهم، أو نحو ذلك، فإن وفي بالأفعال الملائمه فهو رشيد.

ص: ٢٤٩

١- نهج الحق: ٤٩٢، المسالك ١: ٢٤٨؛ و انظر الروضه ٤: ١٠٩.

٢- التفسير الكبير ٩: ١٨٩، أحكام القرآن للجصاص ١: ٤٨٩.

٣- التذكرة ٢: ٧٥.

و من تضييعه إنفاقه فى المحرّمات، إجماعاً، كما فى التذكرة (١)، أو فى الأُطعمه التى لا تليق بحاله بحسب وقته و بلده و شرفه و صنعته، و الأمتعه و اللباس كذلك.

و إن كان أنثى اختبرت بما يناسبها من الأعمال، كالغزل و الخياطة و شراء آلاتهما المعتاده لأمثالها بغير غبن، و حفظ ما يحصل فى يدها من ذلك، و المحافظه على اجره مثلها إن عملت للغير، و حفظ ما تليه من أسباب البيت و وضعه على وجهه، و صون الأُطعمه التى تحت يدها عن مثل الهره و الفأره و نحو ذلك، فإذا تكرّر ذلك منها على وجه الملكه ثبت رشدها، و إلّا فلا.

و لا يقدر فيها وقوع ما ينافيها نادراً من الغلط و الانخداع فى بعض الأحيان؛ لوقوعه من الكاملين كثيراً.

قيل: و وقت الاختبار قبل البلوغ (٢)، عملاً بظاهر الآيه (٣).

و هو كذلك إن أُريد به جوازه قبله، لا انحصار وقته فيه. بل يمكن أن يراد وجوبه؛ حذراً من منع ربّ المال من التصرف فيه بعد بلوغه.

و يثبت الرشاد بشهاده رجلين به فى الرجال بلا إشكال فيه و فى ثبوت غيره من أمارات البلوغ بهما أيضاً، و إن كان الفرض مع عداله الشهود نادراً، إجماعاً، و قد حكاه صريحاً بعض أصحابنا (٤)؛ و هو الحجّه، مضافاً إلى عموم الأدلّه بقبول شهادتهما، و الاستقراء.

ص: ٢٥٠

١- التذكرة ٢:٧٥.

٢- المبسوط ٢:٢٨٤.

٣- النساء: ٦.

٤- المحقق الأردبيلي فى مجمع الفائده و البرهان ٩:٢٠٠.

و بشهاده الرجال منفردين أو النساء كذلك، أو ملفقات منهنّ و منهم كرجل و امرأتين في النساء بلا خلاف في الظاهر، بل عليه الإجماع في كثير من العبارات (١)؛ و هو الحجه، مضافاً إلى ما مرّ في الأوّل، و النصوص المستفيضه الدالّه على الاكتفاء بشهادتين منفردات فيما لا- يطلع عليه الرجال غالباً (٢) في الثاني، بناءً على كونه منه بلا إشكال، و بفحواها يستدل على الثالث؛ مضافاً إلى لزوم الحرج بالاختصار على الأوّل.

و يعتبر في الثبوت بالشهاده ما يذكر من الشرائط في بحثها من العدالة و قيامها عند الحاكم و حكمه به.

خلافاً لبعض الأجلّه فاكتمى بالعداله عن الأخيرين (٣)؛ نظراً منه إلى الشك في اشتراطهما هنا، بل و مطلق المواضع، و سيأتى الكلام معه في بحثها بعون الله سبحانه.

و اعلم أن بتعريف الرشد المتقدم يعرف السفيه المتّصف بضدّه و هو الذي يصرف أمواله في غير الأغراض الصحيحه و يفسدها و لا يصلحها.

و مما تقدّم من الإجماع و غيره يظهر وجه منعه عن التصرفات الماليه و إن حدث سفهه بعد رشده.

مضافاً إلى النصوص المستفيضه، منها: «إذا علم الرجل أن امرأته سفيهه و ولده سفيه مفسد لا ينبغي له أن يسلّط واحداً منهم على ماله الذي

ص: ٢٥١

---

١- مجمع الفائده و البرهان ٩:٢٠٠، لم نعر على غيرها من عبارات الفقهاء ادعى فيها الإجماع، كما أشار إليه أيضاً في مفتاح الكرامه ٥:٢٥١.

٢- انظر الوسائل ٢٧:٣٥٠ أبواب الشهادات ب ٢٤.

٣- مجمع الفائده و البرهان ٩:١٩٩.

جعلله الله تعالى قياماً» (١) الحديث.

و مقتضاه كالأصل، و عموم آيه المنع عن تمكين السفیه من المال (٢)، و مفهوم فَإِنْ آتَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا [١] (٣) و منطوق: «فإن كان الذى عليه الحق سفياً» (٤) الدالین على الحجر بمجرد السفه عدم توقّفه على حكم الحاكم. و كذا زواله؛ لظاهر الآيه الأولى، و هو أحد القولین المشهورین فى المسأله و أصحهما، وفاقاً لجماعه (٥).

خلافاً لآخرین (٦)، فاعتبروا حكمه فى ثبوته و زواله؛ نظراً منهم إلى مخالفه كل منهما للأصل فيقتصر فيهما على المتيقن، و هو ما كان بحكم الحاكم، كالمفلس.

و وجه النظر فيه ظاهر لكل متدبر فيما مرّ و ناظر.

و هنا قولان آخران مفصّلان بين الثبوت فالأول، و الزوال فالثانى، كما فى أحدهما؛ و بينهما بالعكس، كما فى الثانى، و الأول مختار اللمعه (٧)، و الثانى مجهول القائل، كما صرح به جماعه (٨).

و كيف كان فلو باع و الحال هذه أى بعد ثبوت حجره بمجرد

ص: ٢٥٢

١- تفسير القمى ١:١٣١، المستدرک ١٣:٢٤١ أبواب عقد البيع و شروطه ب ١١ ح ٥.

٢- النساء: ٥.

٣- النساء: ٦.

٤- البقره: ٢٨٢.

٥- منهم: العلماءه فى التحرير ١:٢١٩، و الشهيد فى الروضه ٤:١٠٧، و المحقق الثانى فى جامع المقاصد ٥:١٩٦، و صاحب الحدائق ٢٠:٣٦٠.

٦- كالشيخ فى المبسوط ٢:٢٨٦، و المحقق فى الشرائع ٢:١٠٣، و العلماءه فى التذکره ٢:٧٧.

٧- اللمعه (الروضه البهيه ٤): ١٠٧.

٨- منهم: الشهيد فى المسالك ١:٢٤٩ و صاحب الحدائق ٢٠:٣٦٣.

ثبوت سفهه، أو بشرط حكم الحاكم به على الاختلاف لم يمض بيعه و إن ناسب أفعال العقلاء إلّا مع إجازة الولي، فيمضى على القول بالفضولي و جواز بيع السفهه بإذن الولي، كما هو مذهب الفاضل و غيره (١).

خلافاً للطوسي و ابن حمزه (٢)، فمنعنا منه؛ و حجتهما عليه غير واضحة، مع اقتضاء الأصل و العمومات السليمة عن المعارض في المقام جوازه.

و كذا لو وهب أو أقرّ بمال لم يمضياً مطلقاً، كسائر تصرفاته الماليه؛ لمكان حجره عنها.

و مقتضى الأصل، و عمومات أدلّه جواز التصرفات، مع اختصاص أدلّه حجر هذا الفرد كتاباً و سنه و إجماعاً بالمال: أنه يصحّ تصرفاته الغير الماليه من نحو طلاقه و ظهاره و إقراره بما لا- يوجب مالاً كالإقرار بالجنايه الموجهه للقصاص و إن كان نفساً، و كالنسب و إن أوجب النفقه على الأصحّ؛ لتضمّنه أمرين غير معلومى التلازم، فيقبل في أحدهما دون الآخر، كالإقرار بالسرقة على وجه يؤخذ بالمال دون القطع.

و عليه ففي الإنفاق على المقرّ له من مال المقرّ أو بيت المال قولان، و لا خلاف في أصل الحكم على الظاهر، مضافاً إلى الإجماع المحكى في بعض العبائر (٣).

و المملوك المراد به ما يشمل المملوكه، لعموم الأدلّه ممنوع

ص: ٢٥٣

١- العلامه في التذكرة ٢: ٧٨؛ و انظر الشرائع ٢: ١٠١، و المسالك ١: ٢٤٩، و جامع المقاصد ٥: ١٩٨.

٢- الطوسي في المبسوط ٢: ٢٨٦، ابن حمزه في الوسيله: ٢٣٥.

٣- انظر مجمع الفائده و البرهان ٩: ٢١٢.

من جميع التصرفات الماليه و غيرها إلما الطلاق، أو إذا كانت بإذن المولى إجماعاً في أصل المنع، كما قدّمناه في بحث عدم مالكيته عن المختلف (١)، و حكاها أيضاً غيره في غيره و في الاستثناء الأخير أيضاً (٢)؛ و هو الحجه.

مضافاً إلى الآيه الكريمه عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ [١] (٣) في الأول، و النصوص المستفيضه بل المتواتره في المقامين، مضى بعضها في البحث المتقدم و غيره، و يأتي بعض منها في النكاح و غيره.

و على الأشهر الأظهر في الاستثناء الأول إذا كانت الزوجه غير أمه المولى، كما يأتي في بحثه.

خلافاً لآخرين، فنفوا خياره فيه أيضاً؛ التفاتاً إلى صحاح كثيره يأتي الكلام عليها ثمه.

و عن التذكرة استثناء الضمان أيضاً؛ لأنه تصرف في الذمه لا بالعين (٤).

و يردّه عموم الآيه، مع عدم وضوح شاهد على التخصيص بالبديهه.

و المريض ممنوع من الوصيه بما زاد عن الثلث على الأظهر الأشهر، بل عليه عامه من تقدّم و تأخر، و ادّعى في الغنيه عدم الخلاف فيه (٥)، بل في الشرائع و غيره (٦) الإجماع عليه؛ و هو الحجه، مضافاً إلى

ص: ٢٥٤

١- راجع ص: ٥٨.

٢- مجمع الفائدة و البرهان ٩: ٢١٣.

٣- النحل: ٧٥.

٤- التذكرة ٢: ٨٧.

٥- الغنيه (الجوامع الفقيهه): ٦٠٤.

٦- الشرائع ٢: ٢٦٠؛ و انظر الحدائق ٢٠: ٣٥٣.

النصوص المستفيضة، بل المتواتره (١).

قيل: خلافاً لوالد الصدوق (٢) وبعض النصوص القاصره سنداً و دلالةً و مقاومه لما مرّ من وجوه عديده جداً (٣). و سيأتى الكلام فى المقام فى بحث الوصيه إن شاء الله تعالى مستقصى.

و كذا الكلام فى منعه عن التبرعات المنجزه الغير المعلقه على الوفاء، كالهبة و الوقف و التصدق و المحاباه فى البيع أو الإجاره أو نحو ذلك، إذا كانت زياده على الثلث، فيمنع عنها كالوصيه على الخلاف الآتى ذكره فى بحثها إن شاء الله تعالى مستقصى.

و حيث تصرّف فى محل المنع توقّف على إجاره الورثه و لا تقع من أصلها فاسده، بلا خلاف؛ للمعتبره الآتية ثمه.

و الأب و الجدّ للأب و إن علا يلىان على الصغير و المجنون بلا خلاف، كما فى المسالك (٤)، بل إجماعاً، كما عن التذكرة و فى غيرها (٥)؛ و هو الحجّه، كالنصوص المستفيضة، بل المتواتره الوارده فى التزويج (٦)، الصريحه فى ثبوت ولايتهما عليهما فيه، المستدل بها بالفحوى و الأولويه فى المسأله؛ مضافاً إلى خصوص النصوص المستفيضة الوارده فى بحثى أموال الأيتام و الوصيه و غيرهما من المباحث الكثيره.

فلا ريب و لا خلاف فى المسأله، و لا فى نفوذ تصرّفات أحدهما مع

ص: ٢٥٥

١- انظر الوسائل ١٩:٢٧٥ أبواب الوصايا ب ١١.

٢- نقله عنه فى المختلف: ٥١٠.

٣- انظر الوسائل ١٩:٢٨٠ أبواب الوصايا ب ١١ ح ١٩، ١٦.

٤- المسالك ١:٢٥٠.

٥- التذكرة ٢:٨٠، مجمع الفائدة و البرهان ٩:٢٣١.

٦- انظر الوسائل ٢٠:٢٧٥ أبواب عقد النكاح و أولياء العقد ب ٦.



فقد الآخر، أو الموافقه و عدم المعارضه، أو سبق تصرف المتصرف منهما.

و أما مع التقارن ففي تقديم الأب، أو الجد، أو البطلان، احتمالات، بل و أقوال، أو سطها الوسط، لفحوى ما دلّ على ثبوته في التزويج من الإجماعات المحكيه و النصوص المستفيضه.

فإن فُقِدَا فالوصى لأحدهما فإن فُقِد الوصى فالحاكم بلا خلاف فيهما و في الترتيب بين الأولياء، و كون المراد بالحاكم حيث يطلق من يعمّ الفقيه الجامع لشرائط الفتوى، بل على الأخير الإجماع في المسالك (١)؛ و هو الحجه فيه، كالنصوص المستفيضه الوارده في الوصيه في ثبوت ولايه الوصى، و استفاد من بعضها ثبوت الولاية للحاكم مع فقد الوصى و للمؤمنين مع فقده (٢)، و هو كثير، بل لعله مستفيض ذكر بعضها مع الخلاف في الأخير في كتاب التجاره (٣)، و باقى الأخبار تعرف من كتاب الوصيه.

ثم الولاية في مال السفيه الذى لم يسبق له رشد كذلك للأب و الجد، إلى آخر ما ذكر، وفاقاً للشهيدين و غيرهما (٤)؛ عملاً بالاستصحاب، و فحوى ما دلّ على ثبوته في النكاح من الإجماع المحكى في عبائر كثير من الأصحاب (٥).

ص: ٢٥٦

١- المسالك ٢٥٠:١.

٢- الوسائل ١٧:٣٦٢ أبواب عقد البيع و شروطه ب ١٦، و ج ١٩:٤٢١ أبواب أحكام الوصايا ب ٨٨.

٣- راجع ج ٨ ص: ٢٢٠.

٤- الروضه ٤:١٠٦، و انظر المفاتيح ٢:٢٦٥.

٥- انظر المسالك ١:٤٤٨، و المفاتيح ٢:٢٦٥.

خلافاً للأكثر، كما فى المسالك و غيره (١)، فأثبتوها هنا للحاكم على الإطلاق.

و لا دليل عليه يعتد به إلا ما قيل من ظهور توقّف الحجر عليه و رفعه على حكمه فى كون النظر إليه (٢).

و فيه نظر؛ لمنع التوقف أولاً، كما مضى (٣). ثم منع الظهور ثانياً؛ لعدم التلازم جداً، إذا لا منافاه بين توقّف الأمرين على حكمه و كون النظر و الولاية إلى الأبوين بعده أصلاً.

و إن سبق رشده و ارتفع عنه الحجر بالبلوغ معه ثم لحقه السفه فللحاكم الولاية دونهم.

قيل: لارتفاع الولاية عنه بالرشد فلا تعود إليهم إلاً بدليل، و هو منتف، و الحاكم وليّ عام لا تحتاج توليته إلى دليل و إن تخلف فى بعض الموارد (٤). و ظاهر المسالك و الروضة و غيرهما (٥) عدم الخلاف فيه.

فإن تمّ إجماعاً كان هو الحجة، و إلاً فالقول بالولاية للأبوين هنا أيضاً لا يخلو عن قوه؛ التفاتاً إلى ثبوته فى بحث الترويج على الأقوى بالأولوية.

مضافاً إلى ظهور الإجماع من التذكرة المشار إليها ثمه (٦)، المستلزمه لثبوت الحكم هنا بأولوية أخرى زياده على الأولوية الأوله، و سيأتى ثمه بيان ضعف التعليل المتقدم لإثبات ولاية الحاكم فى المسألة.

ص: ٢٥٧

١- المسالك ١:٢٥٠، قال: هو أشهر القولين.

٢- المسالك ١:٢٥٠.

٣- فى ص ٢٥٣.

٤- قال به الشهيد الثانى فى الروضة ٤:١٠٦.

٥- المسالك ١:٢٥٠، الروضة ٤:١٠٦؛ و انظر مجمع الفائدة و البرهان ٩:٢٣٢.

٦- التذكرة ٢:٥٨٦.

و هذا القول هو الظاهر من العبارة و ما ضاهاها، حيث أطلق فيها المجنون بحيث يشمل من اتّصل جنونه بصغره و من تجدد له ذلك بعد رشده، و السفية بالإضافة إلى المال بمعنى المجنون، و لعلّه لذا لم يذكر وليّ السفية اكتفاءً منه ببيان وليّ المجنون، و الله العالم.

ص: ٢٥٨

كتاب الضمان و هو يطلق على معنيين، أحدهما أخص من الآخر، والأعم عبارته عن عقد شرع للتعهد بنفس أو مال والأول الكفاله، والثاني الحواله إن كان ممن في ذمته مال، وإلا فالضمان بالمعنى الأخص ولذا صار أقسامه ثلاثه:

### الأول ضمان المال

الأول: ضمان المال.

و هو المراد منه حيث يطلق بلا قيد، بخلاف القسيمين فلا يطلق عليهما إلا بأحد القيدين.

و هو ثابت بالكتاب و السنه و الإجماع، قال سبحانه أَوْفُوا بِالْعُقُودِ [١] (١) و قال عز شأنه وَ لَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ [٢] (٢). و أمّا السنه فمن طريق الخاصه و العامه مستفيضه سيأتى إلى جملة من الأولى الإشاره.

و من الثانيه النبويه المشهوره فى قضيه ضمان على عليه السلام عن الميت، و كذا أبى قتاده (٣)، و فيها: أقبل صلى الله عليه و آله على على عليه السلام، فقال: « جزاك الله

ص: ٢٥٩

١- المائده: ١.

٢- يوسف: ٧٢.

٣- الخلاف ٣١٥، ٣١٤: ٣، الوسائل ١٨: ٤٢٤ أبواب الضمان ب ٣ ح ٣، ٢؛ و انظر سنن الدارقطنى ٢٩٣، ٢٩٢، ٧٩، ٢٩١/٧٨، ٣: سنن البيهقى ٧٤، ٧٣: ٦، سنن أبى داود ٢٤٧/٣٣٤٣: ٣.

تعالى عن الإسلام خيراً و فكَّ رهانك كما فككت رهان أخيك». و فى اخرى نبويه: «العاريه مؤذاه، و المنحه مردوده (١)، و الدين مقضى، و الزعيم غارم» (٢).

و أما الإجماع فمن المسلمين كافة، كما فى المذهب و غيره (٣).

و يشترط فى الضامن التكليف بالبلوغ و العقل، فلا- يصح من الصبى و المجنون، بلا خلاف، بل عليه الإجماع فى المسالك (٤)؛ لأدله الحجر عليهما، و حديث رفع القلم (٥). و يصح عنهما، بلا خلاف أجده إلا من الطبرسى، فلا يصح كالأول (٦).

و يدفعه الأصل، و العمومات، و فحوى ما دلّ على الصحة عن الميت، و به صرح الفاضل فى المختلف (٧).

و يشترط فيه أيضاً جواز التصرف برفع الحجر عنه، و لقد كان فيه غنى عن ذكر الشرط السابق؛ لاندرجاه تحت هذا الشرط. و كيف كان فلا يصح من السفیه و لا المملوك بدون إذن السيد، بلا خلاف أجده فى الأول، و بالمنع فيه صرح فى التذکره (٨)، و وفقاً للأكثر فى الثانى؛ لعموم

ص: ٢٦٠

١- المنحه بالكسر: فى الأصل الشاه أو الناقه يعطيها صاحبها رجلاً يشرب لبنها ثم يردّها إذا انقطع اللبن، ثم كثر استعماله حتى أطلق على كلّ عطاء. المصباح المنير: ٥٨٠.

٢- عوالى اللئلى ٣: ١/٢٤١، مستدرک الوسائل ١٣: ٣٩٣ أبواب الدين و القرض ب ٤ ح ٤؛ و انظر مسند أحمد ٥: ٢٦٧.

٣- المهدب البارع ٢: ٥٢٢؛ و انظر المبسوط ٢: ٣٢٢، و التذکره ٢: ٨٥، و المفاتيح ٣: ١٤٣.

٤- المسالك ١: ٢٥١.

٥- الخصال: ٤٠/٩٣، الوسائل ١: ٤٥ أبواب مقدمه العبادات ب ٤ ح ١١.

٦- حكاه عنه فى المختلف: ٤٣١.

٧- المختلف: ٤٣١.

٨- التذکره ٢: ٧٨.

أدله الحجر، ومنها قوله سبحانه عَزِيداً مَمْلُوكاً لا- يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ [١] (١). خلافاً للفاضل في المختلف و التذكرة (٢)، فقال بالصحة، و يتبع به بعد العتق؛ و لعله للأصل، و العموم، و اختصاص الآيه بحكم السياق بالحجر في المال.

و في الجميع نظر؛ إذ لا أصل للأصل بعد قطع النظر عن العموم، بل مقتضاه الفساد، و لا للعموم بعد فقد اللفظ الدال عليه في اللغة و العرف، و الإطلاق لا ينصرف إلّا إلى الفرد المتبادر الغالب، و ليس منه محل الفرض.

و تخصيص الشيء بالمال مخالف للعموم المستفاد من ذكر النكرة في سياق النفي، و ظهوره من السياق صريحاً بل و ظاهراً غير معلوم، سيما مع استنادهم عليهم السلام بالآيه لمنعه عن نحو الطلاق الذي ليس بمال في كثير من النصوص (٣).

و أما الاستناد بعموم: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ [٢] (٤) فغير مفيد بعد اختصاصه بحكم الوضع عندنا بالحاضرين، و انحصار وجه التعديه إلى من عداهم بالإجماع المفقود في المفروض، لمصير الأكثر إلى عدم الصحة، فتأمل.

و يصحّ مع الإذن، بلا خلاف، بل عليه الإجماع في المختلف و غيره (٥).

و في تعلق المال حينئذ بذمه العبد فيتبع به بعد العتق، كما في الشرائع

ص: ٢٤١

١- النحل: ٧٥.

٢- المختلف: ٤٣١، التذكرة ٢: ٨٧.

٣- انظر الوسائل ٢٢: ١٠١ أبواب مقدمات الطلاق ب ٤٥.

٤- المائدة: ١.

٥- المختلف: ٤٢٥؛ و انظر المسالك ١: ٢٥١.

و اللعنه (١)، بناءً على أن الإذن إنما هو في الالتزام دون الأداء الذي هو أخصّ، ولا دلالة للعام على الخاص.

أو بكسبه، بناءً على أن الإطلاق يحمل على ما يستعقب الأداء، فإنه المعهود و ليس إلّا ذاك، إذ الفرض أن الضامن هو العبد دون السيد.

أو بمال المولى مطلقاً، كما عن الإسكافي و في المسالك و الروضه (٢)، قياساً له بالاستدانه.

أقوال و إشكال، إلّا أن يكون هناك معهود فيتبع، بلا- إشكال فيه و في لزوم كلّ من الاحتمالات مع الاشتراط، مضافاً إلى عدم الخلاف فيه، كما صرّح به بعض الأصحاب (٣).

و لا بدّ في اللزوم من رضاء المضمون له وفاقاً للأكثر، بل لعلّه عليه عامّه من تأخر، و في الغنيه الإجماع عليه (٤)؛ و هو الحججه.

مضافاً إلى الأصل، و أن حقه ينتقل من ذمّه إلى أخرى، و الناس مختلفون في حسن المعامله و سهوله القضاء، فلو لم يعتبر رضاه لزم الضرر و الغرر.

و مفهوم الصحيح: الرجل يموت و عليه دين فيضمنه ضامن للغرماء، فقال: «إذا رضى به الغرماء فقد برئت ذمه الميت» (٥).

و الرضوى: «و إن كان لك على رجل مال و ضمنه رجل عند موته

ص: ٢٤٢

١- الشرائع ١٠٧:٢، اللعنه (الروضه البهيه ٤): ١١٣.

٢- حكاة عن الإسكافي في المختلف: ٤٣١، المسالك ١: ٢٥١، الروضه ٤: ١١٤.

٣- مجمع الفائده ٩: ٢٨٦.

٤- الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٥٩٥.

٥- الكافي ٥: ٢/٩٩، الفقيه ٤: ٥٨٢/١٦٧، التهذيب ٦: ٣٩٢/١٨٧، الوسائل ١٨: ٤٢٢ أبواب أحكام الضمان ب ٢ ح ١.

و قبلت ضمانه فالميت قد برئ و قد لزم الضامن ردّه عليك» (١).

مضافاً إلى التأييد بالخبر: احتضر عبد الله بن الحسن فاجتمع عليه غرماؤه فطالبوه بدين، فقال: ما عندي ما أعطيكم، و لكن ارضوا بمن شئتم من بنى عمى على بن الحسين عليهما السلام أو عبد الله بن جعفر، فقال الغرماء: أما عبد الله بن جعفر فملىّ مَطُول (٢)، و على بن الحسين عليهما السلام رجل لا مال له صدوق و هو أحبهما إلينا، فأرسل إليه فأخبره الخبر، فقال: «أنا أضمن لكم المال إلى غلّه» و لم يكن له غلّه [تجملاً (٣)] فقال القوم: قد رضينا، فضمنه فلما أتت الغلّه أتاحت الله تعالى بالمال فأداه (٤).

و قصور سنده كالثاني لو كان منجبر بعمل الأعيان، و لكن في الاستدلال به كما في المختلف (٥) كلام.

خلافاً لأحد قولي الطوسي (٦)، فلم يعتبر رضاه؛ للنبوي المتقدم المتضمن لضمان على عليه السلام و أبى قتاده عن الميت و حكمه عليه السلام عليهما بالزوم بقوله المتقدم بمجرّد ضمانهما، مع عدم سبق سؤاله عن رضاه المضمون له (٧).

ص: ٢٦٣

١- فقه الرضا (عليه السلام): ٢٦٨، المستدرک ١٣: ٤٠٤ أبواب الدين و القرض ب ١٤ ح ٢.

٢- المَطْل: التسوية بالعهده و الدين، و هو مَطُول. القاموس ٤: ٥٢.

٣- في النسخ: كمالاً. و ما أثبتناه من الكافي. و قال العلامة المجلسي في مرآة العقول ١٩: ٤٩: تجملاً. بالجيم أى: إنّما قال ذلك لإظهار الجمال و الزينه و الغنى، و يمكن أن يقرأ بالحاء أى: إنّما فعل تحملاً للدين، أو لكثرة حملة و تحمله للمشاق، و الأول أظهر.

٤- الكافي ٥: ٧/٩٧، الفقيه ٥: ١٩١/٥٥، التهذيب ٣: ١٩١/٥٥، الوسائل ٦: ٤٩٥/٢١١، أبواب أحكام الضمان ب ٥ ح ١.

٥- المختلف: ٤٢٩.

٦- الخلاف ٣: ٣١٣.

٧- راجع ص: ٤٢٥٢.



و هو مع قصور سنده، مع عدم جابر له في محل الفرض قاصر الدلالة، أوّلاً: بأنه لا عموم فيه؛ لكونه قضيه في واقعه.

و ثانياً: باحتمال وجود القرينه الدالّه على رضاه؛ لعدم وجود ما يوفى به دينه من التركة على الظاهر، مع كون الضامن مثل عليّ عليه السلام في غايه مرتبه من الوثوق عليه في الوفاء، و هو موجب لحصول العلم برضاء المضمون له و لو بالفحوى، و لعلّه كافٍ في الصحه، بل و اللزوم، و إن توقّف على القبول اللفظي بعده على الاختلاف.

و ثالثاً: باحتمال حصول رضاء المضمون له في الواقعه، و عدم النقل لا يدلّ على العدم بالضروره، و دفعه بأصالة العدم مشروط بعدم النص على الاشتراط، و قد مرّ. فما هذا شأنه لا يعترض به الأدلّه المتقدمه.

و ربما يستدل له بالموثق: في الرجل يكون عليه دين فحضره الموت، فيقول وليه: عليّ دينك، قال: «يرثه ذلك و إن لم يوفّه وليه من بعده» و قال: «أرجو أن لا يأثم، و إنما إثمه على الذي يحبسه» (١).

و فيه بعد قصور السند عن المقاومه لما مرّ قصور الدلالة؛ لإطلاقه بالإضافه إلى حصول رضاء المضمون له و عدمه فليقيد بالأوّل، جمعاً بين الأدلّه، للاتفاق على تقديم النص على الظاهر، سيّما مع اعتضاده بالأصل، و أدلّه نفى الضرر، و عمل الأكثر، فالاستدلال به في مقابله الأوّل ضعيف.

و أضعف منه الاستدلال بالموثق الآخر: عن رجل مات و له عليّ دين، و خلف ولداً رجلاً و نساءً و صبياناً، فجاء رجل منهم فقال: أنت في حلّ مما لإخوتي و أخواتي و أنا ضامن لرضاهم عنك، قال: «تكون في سعه

ص: ٢٦٤

---

١- التهذيب ٣٩٧/١٨٨، الوسائل ١٨: ٣٤٦ أبواب الدين و القرض ب ١٤ ح ٢.

من ذلك و حلّ» قلت: و إن لم يعطهم؟ قال: «كان ذلك في عنقه» قلت:

فإن رجع الورثه عليّ فقالوا: أعطنا حقنا؟ فقال: «لهم ذلك في الحكم الظاهر، فأما بينك و بين الله تعالى فأنت في حلّ منها إذا كان الرجل الذي أحلّ لك يضمن رضاهم» (١) الحديث.

لاشترائه مع سابقه في قصور السند، مع زياده قصور فيه بخروجه عن محل النزاع؛ لتضمّنه إبراء ذمه المديون عن مال الغريم مجاناً بدون نقله إلى ذمته، و هذا مع كونه في الظاهر مخالفاً للإجماع؛ لحرمة التصرف في مال الغير بدون الإذن، و لعله لهذا أطلق عليه السلام و قال: إن للورثه المطالبه في الحكم الظاهر، و هو أعم من وجود البينه على الضمان و عدمه ليس من محل النزاع؛ لأنه ما تضمّن إبراء ذمه المديون عن مال الغريم بنقله إلى ذمه الضامن لا إبراؤه مجاناً، و الضمان في الخبر ليس إلّا على تحصيل رضاء الغريم، و هو ليس من الضمان الذي هو محل الفرض.

نعم، الخبر صريح في حصول البراءه بما فيه من الضمان، لكنه مخالف للقواعد، بل و الإجماع، و على تقدير العدم فهو كما عرفت خارج عن محل النزاع، فالاستدلال على المطلب فيه عين الغفله (٢).

كالاستدلال بالصحيح: الرجل يكون عنده المال و دعيه، يأخذ منه بغير إذن صاحبه، قال: «لا يأخذ إلّا أن يكون له وفاء» قلت: أ رأيت إن وجد من يضمنه و لم يكن له وفاء و أشهد على نفسه الذي يضمنه يأخذ

ص: ٢٤٥

١- الكافي ٧/٢٥، التهذيب ٩/٦٨٢/١٦٧، الوسائل ١٨:٤٢٥ أبواب أحكام الضمان ب ٤ ح ١.

٢- انظر الحدائق ٢١:١١.

منه، قال: «نعم» (١).

لخروجه كسابقه عن محل النزاع، مع مخالفته للقواعد، بل الإجماع.

ثم على المختار هل المعتبر مجرد الرضاء كيف اتفق، أم لا بد من كونه بصيغه القبول؟ قولان، أجمعهما الثاني؛ للأصل، و الاقتصار فيما خالفه من اللزوم و الانتقال على المتيقن من الإجماع و النص، و ليس فيه تصريح بكفايه مطلق الرضاء. و إطلاقه لا عبره به؛ لعدم وروده فى بيان حكمه، بل لبيان حكم آخر؛ مضافاً إلى تضمّن بعض ما مرّ من الأخبار (٢) القبول بصيغته و شرائطه من المضى و التواصل المعهود بينه و بين الإيجاب.

و لا عبره بالمضمون عنه أى برضاه، بلا خلاف أجده حتى من القائلين بعدم الصحه مع الإنكار، فإن قولهم بذلك غير مبنى على اعتبار رضاه ابتداءً، بل على جعلهم الإنكار مانعاً، و لذا صرّحوا بالصحه مع عدم معلوميه كلّ من الرضاء و الإنكار.

و ربما يشعر بعدم الخلاف العباره و غيرها، بل فى المسالك الإجماع عليه (٣)؛ و هو الحججه بعد العمومات، و ظواهر ما مرّ من المعتبره المكتفيه فى شرائط الصحه و الحكم باللزوم بمجرد رضاه المشروط له. و النبوى المتقدم بالضمان عن الميّت بعد موته نصّ فى ذلك (٤).

و لو علم المضمون عنه بالضمان فأنكر و لم يرض به

ص: ٢٦٦

١- الفقيه ١٩٤/٨٨١:٣، التهذيب ٧٩٢/١٨٠:٧، الوسائل ١٩:٨٦ أبواب أحكام الوديعه ب ٨ ح ١.

٢- فى ص: ٢٦٣.

٣- المسالك ١:٢٥٣.

٤- راجع ص: ٢٦٠.

لم يبطل الضمان على الأصح الأشهر، بل لعله عليه عامه من تأخر، وفاقاً للحلى (١)؛ لبعض ما مر (٢)، مضافاً إلى ما ظاهرهم الاتفاق عليه من جواز أداء الدين عنه بغير رضاه، بل مع كراهته، فالترامه في الذمه أولى.

خلافاً للنهائية و المقنعه و القاضي و ابن حمزه (٣)، فنفوا الصحة بالإنكار. و حجّتهم عليه غير واضحة عدا الأصل الغير المعارض لما مرّ من الأدله، مضافاً إلى استصحاب الصحة السابقه. فما قالوه ضعيف غايته.

و فى اعتبار العلم بالمضمون عنه و المضمون له بالوصف و النسب، كما عن المبسوط (٤)؛ أو بما يتميّزان به عن الغير خاصّه، كما فى اللمعه (٥)؛ أو العدم مطلقاً، كما عن الخلاف و فى الغنيه (٦)، و هو ظاهر العبارة و صريح الشرائع و الفاضل فيما عدا المختلف و المسالك و الروضه (٧)؛ أو يعتبر معرفه الأوّل بما يتميّز خاصّه دون الثانى، كما فى المختلف (٨)، أقوال أربعه.

أجودها ثالثها؛ لعموم الأمر بالوفاء بالعقد المتأيد بإطلاقات أخبار

ص: ٢٦٧

١- السرائر ٧٠:٢.

٢- قال فى الحدائق ١٥:٢١. و علّوه بأنّ إنكار المضمون عنه لا أثر له، فإنه إذا لم يعتبر رضاه ابتداءً فلا عبره بإنكاره بعده.

٣- النهايه: ٣١٤، المقنعه: ٨١٤، القاضي حكاه عنه فى المختلف: ٤٢٩، ابن حمزه فى الوسيله: ٢٨٠.

٤- المبسوط ٣٢٣:٢.

٥- اللمعه (الروضه البهيه ٤): ١١٨.

٦- الخلاف ٣:٣١٣، الغنيه (الجوامع الفقهيّه): ٥٩٥.

٧- الشرائع ١٠٨:٢، العلّامه فى التحرير ١:٢٢١، و القواعد ١:١٧٧، المسالك ١:٢٥٢، الروضه ٤:١١٩.

٨- المختلف: ٤٢٩.

الباب، و النبوى المتقدم (١) الظاهر فى جهاله الشخصين. و مجرد حضور الجنازه مع عدم المعرفه بمحمولها مطلقاً و لو بقدر ما يحصل به التميز فى الجملة ليس معرفه بالمضمون عنه بالضروره.

و الغرر المتوهم منه اشتراط المعرفه مطلقاً أو فى الجملة سيأتى إلى جوابه الإشاره، مع أن الاستناد إليه يوجب اشتراط المعرفه بسهولة القضاء فى المضمون له و حسن معامله، و هو منفيّ بالإجماع، كما فى المختلف (٢).

و هو أى الضمان ينقل المال المضمون من ذمه المضمون عنه إلى ذمه الضامن و يُبرئ ذمه المضمون عنه بإجماعنا المستفيض الحكايه فى كلام جماعه، كالسراير و الغنيه و نهج الحق و المهذب و المسالك و التذكره، و غيرها من كتب الجماعه (٣)؛ و هو الحجه المخصّصه للأصل؛ مضافاً إلى النصوص المستفيضه الخاصيه و العاميه المتقدمه التى هى ظاهره فى ذلك، بل صريحه.

خلافاً للعامه، فجعلوا فائدته ضمّ ذمه إلى أخرى، و خيروا لذلك المضمون له بين مطالبه المضمون عنه و الضامن (٤).

و تظهر ثمره الخلاف فى مواضع، منها: جواز الدور فيه كالتسلسل، فالأول: كأن يضمن اثنان كل ما على صاحبه، أو يضمن الأصيل ضامنه بما

ص: ٢٤٨

١- فى ص: ٢٤٠.

٢- المختلف: ٤٢٩.

٣- السراير ٢:٧٠، الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٥٩٥، نهج الحق: ٤٩٤، المهذب البارع ٢:٥٢٢، المسالك ١:٢٥٣، التذكره ٢:٩٣؛ و انظر مفاتيح الشرائع ٣:١٤٥، و الحدائق ٢١:١٦.

٤- انظر المغنى و الشرح الكبير ٥:٧٣.

يضمنه عنه بعينه، أو ضامن ضامنه، وهكذا. والثاني: كأن يضمن أجنبي عن الضامن، وهكذا.

لتحقق الشرط، وهو ثبوت المال في الذمه، وعدم المانع، فيرجع كل ضامن مع الإذن بما أذاه على مضمونه لا على الأصل في الثاني، وفي الأول يسقط الضمان و يرجع الحق كما كان.

نعم، يترتب عليه أحكامه، كظهور إفسار الأصل الذي صار ضامناً الموجب لخيار المضمون له في فسخ ضمانه و الرجوع إلى المضمون عنه الذي صار ضامنه كما يأتي.

ولا خلاف بيننا في شيء من ذلك إلا من المبسوط في الأول، فمنعه؛ لاستلزامه صيروره الفرع أصلاً و الأصل فرعاً؛ ولعدم الفائده (١).

و ردّ الأول بأن ذلك لا يصلح للمانع، والثاني بأن الفائده موجوده، و هو ما مرّ إليه الإشاره من ظهور إفسار الأصل و ما بعده.

و كذلك يصحّ وحده الضامن و تعدّد المضمون عنه و بالعكس مع الاقتران، أما بدونه في مال واحد فيصح الأول خاصه. و هذا كلّ ظاهر بحمد الله سبحانه.

و يشترط فيه أي الضامن الملاءه بأن يكون مالكاً لما يوفى به الحق المضمون فاضلاً عن المستثنيات في وفاء الدين أو علم المضمون له بإفساره حين الضمان، بلا خلاف أجده، بل عليه الإجماع في ظاهر الغنيه (٢)؛ و هو الحججه.

مضافاً إلى الأصل، و عدم انصراف إطلاق النصوص إليه، بناءً على أن

ص: ٢٦٩

١- المبسوط ٣٢٣:٢.

٢- الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٥٩٥.

المتبادر المقصود من الضمان استيفاء الدين من الضامن، و به يشعر ظاهر اشتراط رضاء المضمون له في بعضها، وإنما يكون ذلك إذا أمكن الأداء بيساره؛ مضافاً إلى لزوم الضرر بعدم اعتباره.

و به يجاب عن عموم الأمر بالوفاء بالعقود لو تمسك به.

و منه يظهر الوجه في عدم الاشتراط مع العلم بالإعسار؛ للزوم الوفاء بالعقد السالم حينئذ عن الضرر المعارض، لاندفاعه بالإقدام عليه بالعلم؛ مضافاً إلى النص المتقدم في ضمان علي بن الحسين عليهما السلام مع اعتراف من ضمن لهم فيه بأنه لا مال له (١)، و لذا لم يكن شرطاً في الصحة، بل في اللزوم خاصه، كما صرح به جماعه (٢).

و علي هذا لو لم يعلم بإعساره حتى ضمن ثم بان إعساره كان المضمون له مختيراً بين الفسخ و الرجوع إلى المضمون عنه و بين إلزام العقد و مطالبه الضامن.

و في فوريه هذا الخيار أم كونه على التراخي وجهان، أجودهما الثاني، وفاقاً للشهيد الثاني (٣)، للأصل.

و إنما يعتبر الملاءه في الابتداء دون الاستدامه. فلو تجدد إعساره بعد الضمان لم يكن له الفسخ؛ لتحقق الشرط حالته و الأصل بقاء الصحة.

و كما لا يقدح تجدد إعساره فكذا تعذر الاستيفاء منه بوجه آخر.

و الضمان المؤجل للدين الحالّ جائز مطلقاً، تبرعاً كان أو

ص: ٢٧٠

١- راجع ص: ٢٦٤.

٢- منهم: الشهيد الثاني في المسالك ١: ٢٥٣، و الفيض في مفاتيح الشرائع ٣: ١٤٤، و صاحب الحقائق ٢١: ١٦.

٣- كما في المسالك ١: ٢٥٣.

غيره، إجمالاً، كما عن التذكرة و في الشرائع و المسالك (١)؛ للأصل، و العمومات السليمه عن المعارض، عدا ما ربما يتوهم من كونه ضماناً معلقاً و هو غير جائز عندنا. و ليس كما يتوهم، بل هو تأجيل للدين الحال في عقد لازم فيلزم.

و في جواز العكس، و هو الضمان المعجل للدين المؤجل قولان، أصحهما الجواز مطلقاً، وفاقاً للمبسوط و القاضي في المهذب و الحلّي و الفاضلين و الشهيدين (٢)، و المفلح الصيمري، بل لعله عليه عامّه المتأخرين؛ للأصل، و عموم دلائل مشروعيّه الضمان مع فقد المعارض، لفساد ما يأتي، و أصله عدم غيره.

خلافاً للمقنعه و النهايه و القاضي في الكامل و ابني حمزه و زهره (٣)، فمنعوا عنه كذلك؛ لبناء الضمان على الإرفاق فيشترط فيه الأجل، لمنافاه الحال للإرفاق، لأن الضمان الحال يسوّغ تعجيل المطالبه بالحق المضمون فيتسلط الضامن على مطالبه المضمون عنه فتنتفي فائده الضمان، و أن ثبوت المال في ذمه الضامن فرع ثبوته في ذمه المضمون عنه، و الفرع لا يكون أقوى من الأصل.

و وافقهم فخر الإسلام و المحقق الثاني كما حكى (٤)، لا لما ذكر، بل

ص: ٢٧١

١- التذكرة ٢:٩٣، الشرائع ٢:١٠٨، المسالك ١:٢٥٣.

٢- المبسوط ٢:٣٢٤، المهذب حكاه عنه في المختلف: ٤٢٩، الحلّي في السرائر ٢:٧٠، المحقق في الشرائع ٢:١٠٨، العلامة في التحرير ١:٢٢٣، الشهيدين في اللمعه (الروضه البهيه ٤): ١٢٢.

٣- المقنعه: ٨١٥، النهايه: ٣١٥، و حكاه عن الكامل في المختلف: ٤٢٩، ابن حمزه في الوسيله: ٢٨٠، ابن زهره في الغنيه (الجوامع الفقهيّه): ٥٩٥.

٤- فخر الإسلام في إيضاح الفوائد ٢:٨٢، المحقق الثاني في جامع المقاصد ٥:٣١٠.



لأن من شرط صحّ الضمان وجوب الحق على المضمون عنه، والأجل حق من حقوق الدين، وتعيّله غير واجب فيكون ضمانه كذلك ضمان ما لم يجب، وليس بصحيح.

و في الجميع نظر، فالأول: أولاً: بعدم جريانه في الضمان تبرّعاً.

و ثانياً: بمنع بناء الضمان على الإرفاق و انحصار فائدته فيه؛ إذ لا دليل عليه من نصّ أو إجماع، و يحتمل كون الفائدة فيه هو تفاوت الغرماء بحسن القضاء و التقاضى.

و ثالثاً: بمنع اقتضاء الإحلال تسويغ المطالبة مطلقاً، بل يشترط حلوله على المضمون عنه، أو تصرّحه بالرجوع عليه حالاً.

و بهذا يظهر وجه النظر في الثانى، مع أن الضمان كالقضاء على اعترافهم، فكما أنه يجوز للمضمون عنه دفع المال معجلاً فكذا يجوز الضمان حالاً.

و أمّا الثالث: فلأن المضمون إنّما هو المال، و أمّا الأجل فلا يتعلّق به الضمان و إن كان من توابع الحق و أوصافه، إلّا أن دخوله حيث يدخل ليس بالذات بل بالتبع، و هو حق للمديون، فإذا رضى الضامن بإسقاطه و تعجيل الإيفاء فقد ضمن ما يجب و هو المال و رضى بإسقاط الوصف.

و لا يرد أنه غير واجب الأداء بسبب الأجل؛ لأنه واجب في الجملة، غايته أنه موسّع، سيّما مع رضاء المضمون عنه.

و بما ذكرنا يظهر وجه الجواز في باقى الصور الغير المفروضة في العبارة، و هى ثمان: الضمان المؤجّل للدين المؤجّل مع تساوى الأجلين، أو الاختلاف بالزيادة و النقصان، بسؤال المضمون عنه كان أو تبرّعاً، فهذه ستة، و الضمان المعجّل للدين المعجّل بالسؤال أو التبرّع، فهذه ثمان.

و يمكن إدراجها في العبارة بحذف ما ذكرناه في صورتها من الصلة، إلّا أن الظاهر من ذكر القولين فيها في الصورة الثانية يقتضى ذكر ما ذكرناه من الصلة، لاختصاص نصّ القول بالمنع فيها بها معها خاصّه، و ذكرت الصلة في الأولى بالتبعيه، و إن كان ظاهر العبارة كالشرائع (1) في هذه الصورة و ظاهر اختصاص فتوى المانعين بالصورة الثانية عدم الخلاف فيه في الأولى بشقوقها، و لكن مقتضى تعليقات المنع انسحابه في كثير من شقوقها و بعض شقوق الصورة الثانية، و إن اختلفت في تعيينها.

و يرجع الضامن على المضمون عنه بما أداه إن ضمن بسؤاله و إن لم يؤدّ بإذنه، بلا خلاف أجده، بل عليه الإجماع في الغنيه و السرائر و المسالك و عن التذكرة (2)؛ و هو الحجة المخصّصة للأصل.

مضافاً إلى المعتبره المنجبر قصور أسانيدھا بعمل الطائفة و الإجماعات المحكيه، منها الخبر المروى في الكتب الثلاثه « ليس على الضامن غرم، الغرم على من أكل المال » (3) فتأمل.

و منها الموثق المروى في الكافي في باب الصلح، و في التهذيب في هذا الباب بسنده إلى عمر بن يزيد: عن رجل ضمن ضماناً ثم صالح عليه، قال: « ليس له إلّا الذي صالح عليه » (4).

ص: ٢٧٣

١- الشرائع ١٠٨:٢.

٢- الغنيه (الجوامع الفقيهه): ٥٩٥، السرائر ٧١:٢، المسالك ٢٥٤:١، التذكرة ٩٤:٢.

٣- الكافي ١٠٤/٥:٥، الفقيه ١٨٦/٥٤:٣، التهذيب ٢٠٩/٤٨٥:٦، الوسائل ١٨:٤٢١ أبواب أحكام الضمان ب ١ ح ١.

٤- الكافي ٧/٢٥٩:٥، التهذيب ٢١٠/٤٩٠:٦، الوسائل ١٨:٤٢٧ أبواب أحكام الضمان ب ٦ ح ١.

و نحوه الخبر المروى فى الأخير (١) بسند فيه بنان، المعدّ فى الحسن عند بعض.

و هما ظاهرا الدلالة من حيث إطلاقهما الشامل لصورتى الإذن فى الأداء و عدمه.

و يستفاد منهما أنه لا يجب على المضمون عنه أن يؤدّى إلى الضامن أكثر ممّا دفعه إلى المضمون له، مع أنه أيضاً لا خلاف فيه فى الجملة، و يعضده الأصل، و عدم دليل على الزائد، لا اختصاص الفتاوى و الإجماعات التى هى العمده فى الحجّه بما أدّاه خاصّه.

و خلاف الإسكافى فى بعض الصور (٢) شاذّ لا يلتفت إليه، و النصوص كما ترى حجّه عليه.

و من هنا يظهر الوجه فى أنه لو وهبه أى الضامن المضمون له أو أبرأه عن المضمون لم يرجع الضامن على المضمون عنه بشىء و لو كان الضمان بإذنه و كذا لم يرجع المضمون له عليه به عندنا؛ بناءً على انتقال الحق من ذمّه إلى أخرى.

خلافاً للعامه، فأثبتوا له الرجوع به عليه؛ بناءً على أصلهم الذى مضى (٣).

و إذا تبرّع الضامن بالضمان فلا رجوع له على المضمون عنه بما أدّاه مطلقاً، و إن كان الأداء بإذنه، بلا خلاف، بل عليه الإجماع فى الكتب

ص: ٢٧٤

---

١- التهذيب ٢١٠/٤٨٩، الوسائل ١٨:٤٢٧ أبواب أحكام الضمان ب ٦ ح ٢.

٢- كما حكاه عنه فى المختلف: ٤٣٢.

٣- فى ص: ٢٦٩.

المتقدمه و نهج الحق للفاضل (١)؛ و هو الحججه.

مضافاً إلى أصله براهه الذمه حتى في صورته الإذن في الأداء؛ لانتقال الحق إلى ذمته و لا دليل مع عدم الإذن في الضمان على اشتغال ذمته المضمون عنه بما آذاه بمجرد إذنه في الأداء.

كما أن الأمر في غير صورته الضمان كذلك، ليس له الرجوع بمجرد الإذن في الأداء، إلا أن يقول قبل الضمان: أدّ عني، أو دلّت عليه قرينه، فيرجع حينئذٍ بما أدى بلا شبهه، لظهوره في الالتزام بالعوض، كما لو صرح به بقوله: و على عوضه. و دليل الرجوع حينئذٍ لزوم الضرر على الدافع الناشئ من أمر الأمر، و هو منفي اتفاقاً فتوى و روايه. فمناقشه بعض الأصحاب في الرجوع في هذه الصوره لعدم الدليل بزعمه غير واضح (٢).

و إطلاق الخبرين المتقدمين (٣) بالرجوع محمول على صورته الإذن في الضمان، كما هو الغالب دون التبّع.

و لو ضمن ما عليه صحّ و إن لم يعلم كمّيته و مقداره حال الضمان على الأظهر الأشهر، بل عليه عامّه من تأخر، وفاقاً للمقنعه و النهايه و الإسكافي و الديلمي و التقى و القاضي و ابن زهره العلوي (٤) مدّعياً عليه الإجماع؛ و هو الحججه.

ص: ٢٧٥

١- نهج الحق: ٤٩٤.

٢- انظر مجمع الفوائد و البرهان ٢٩١: ٩.

٣- في ص: ٢٧٤.

٤- المقنعه: ٨١٥، النهايه: ٣١٥، و نقله عن الإسكافي في المختلف: ٤٢٩، الديلمي في المراسم: ٢٠٠، التقى في الكافي في الفقه: ٣٤٠، القاضي حكاه عنه في المختلف: ٤٢٩، ابن زهره في الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٥٩٥.

مضافاً إلى أدلّه لزوم الوفاء بالعقود من الكتاب و السنه السليمه هنا عما يصلح للمعارضه، كما يأتي إليه الإشاره.

و استدلووا زيادهً على ذلك: بقوله سبحانه وَ أَنَا بِهِ زَعِيمٌ [١] (١) مشيراً إلى الحِمل المختلف أفراده في الكميّه.

و المناقشه باحتمال المعلوميه بالتعارف حال الضمان و المعهوديه، بأصالة العدم مدفوعه.

و إطلاقِ قوله عليه السلام: «و الزعيم غارم» (٢).

و الخبر: «أن رسول الله صلى الله عليه و آله كان يقول في خطبته: من ترك ضياعاً فعلى ضياعه، و من ترك ديناً فعلى دينه، و من ترك مالاً فأكله، و كفاله رسول الله صلى الله عليه و آله ميتاً ككفاله حياً، و كفاله حياً ككفاله ميتاً» (٣).

و لو لم يكن ضمان المجهول صحيحاً لم يكن لهذا الضمان حكم و لا اعتبار؛ إذ الباطل لا اعتبار به فامتنع من الإمام عليه السلام الحكم بأن النبي صلى الله عليه و آله كافل.

و فيه نظر، كالأستدلال بأخبار آخر (٤) تضمّنت كفاله على بن الحسين عليهما السلام جميع ما على المريض، لظهور جهالته و أصالته عدم معلوميته، و بعضها قد مر (٥)، نعم يصلح الجميع للتأييد القوى.

ص: ٢٧٦

١- يوسف: ٧٢.

٢- عوالي اللئلي ١/٢٤١، المستدرک ١٣: ٣٩٣ أبواب الدين و القرض ب ٤ ح ٤؛ و انظر مسند أحمد ٥: ٢٦٧، سنن ابن ماجه ٢: ٢٤٠٥/٨٠٤، سنن أبي داود ٣: ٣٥٦٥/٢٩٦، و قد تقدم ذكره في ص: ٤٢٥٢.

٣- التهذيب ٦: ٤٩٤/٢١١، الوسائل ١٨: ٣٣٧ أبواب الدين و القرض ب ٩ ح ٥.

٤- الروضه من الكافي ٨: ٥١٤/٣٣٢، الوسائل ١٨: ٤٢٣ أبواب أحكام الضمان ب ٣ ح ١.

٥- راجع ص: ٢٦٤.

خلافاً للمبسوط و الخلاف و القاضى فى المهدب و الحلّى (١)، فقالوا بالمنع؛ استناداً إلى تضمّنه الغرر المنهى عنه، مع عدم دليل على الصحه.

و يندفع الثانى بما مرّ من الأدلّه.

و الأول بمنع الغرر؛ إذ ليس إلّا فى المعاوضات المفضيه إلى التنازع دون مثل الإقرار و المقام و شبههما؛ لتعين الحكم فيها، و هو الرجوع إلى المقرّ فى الأول و إلى البينه فى الثانى.

و ما ربما يدفع به هذا من عدم تسليم زوال الغرر بالرجوع إلى ما ثبت بالينه، لاحتمال قيامها بما يعجز عنه الضامن فيحصل الضرر المستند إلى الغرر.

مدفوع بأن هذا الضرر هو شىء أدخله على نفسه، فهو مستند إلى فعله و ضمانه للمجهول مع علمه بهذا الاحتمال و قد أقدم على ذلك، فيكون كما لو ضمن المعلوم مع عجزه عنه، و ذلك واضح.

هذا إذا أمكن العلم به بعد ذلك، كالمثال، فلو لم يمكن كضمنت لك شيئاً ممّا فى ذمّته، لم يصحّ قولاً واحداً، كما فى المسالك (٢).

و على تقدير الصحه يثبت عليه ما تقوم به البينه أنه كان لازماً للمضمون عنه وقت الضمان لا ما يتجدّد أو يوجد فى دفتر أو حساب، و لا ما يقرّ به المضمون عنه أو يحلف عليه المضمون له برّد اليمين من المضمون عنه؛ لعدم دخول الأول فى الضمان، و عدم ثبوت الثانى فى الذمه، و إنما يلزم الثابت فيها خاصه، و عدم نفوذ الإقرار فى

ص: ٢٧٧

١- المبسوط ٣:٣٢٢، الخلاف ٣:٣١٩، القاضى حكاه عنه فى المختلف: ٤٢٩، الحلّى فى السرائر ٢:٧٢.

٢- المسالك ١:٢٥٦.

الثالث على الغير، وكون الخصومه حينئذ مع الضامن و المضمون عنه، فلا يلزمه ما ثبت بمنازعه غيره، كما لا يثبت ما يقرّ به في الرابع، نعم لو كان الحلف بردّ الضامن ثبت ما حلف عليه.

و لا خلاف في شيء من ذلك إلّا من الحلبي في الثالث، فأثبتته عليه (١)، و تبعه في الغنيه مدّعياً عليه إجماع الطائفه (٢).

و فيه وهن؛ لعدم وجود قائل به إلّا هو و الحلبي، فكيف يمكن معه دعوى الإجماع؟! و لكنه أعرف.

و من المفيد و الطوسي في الرابع (٣)، فأثبتاه عليه، و إن اختلفا في الإطلاق، كما عن الأول، و التقييد بكون الحلف برضا الضامن، كما عن الثاني.

و يمكن ردّ هذا القول مع القيد إلى الأول بحمل الرضا على الردّ و إن كان أعمّ منه. و ربما يُبنى ذلك على أن يمين المدّعي هل هو كالبيّنه أو كإقرار المنكر، فيثبت على الضامن ما حلف عليه على الأول دون الثاني.

## القسم الثاني في الحواله

القسم الثاني: في الحواله.

و هي مشروعته بالنص و الإجماع لتحويل المال من ذمّه إلى ذمّه أخرى مشغوله بمثله جنساً و وصفاً، هذا هو القدر المتفق عليه منها، و إلّا فالأظهر الأشهر جوازها على البرى، بل عليه الإجماع عن السرائر (٤)؛ و هو الحجه، مضافاً إلى عموم الأمر بالوفاء بالعقود، و إطلاق

ص: ٢٧٨

١- الكافي في الفقه: ٣٤٠.

٢- الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٥٩٥.

٣- المفيد في المقنعه: ٨١٥، الطوسي في النهايه: ٣١٦.

٤- السرائر ٧٩: ٢.

بعض النصوص الآتية.

خلافًا لأحد قولي المبسوط (١)، فمنعها، وهو ظاهر العبارة؛ و حجّتها عليه غير واضحة، عدا الأصل الغير المعارض لما مرّ من الأدلّة المعتضده بالشهره العظيمه.

و لكنه حينئذ يكون أشبه بالضمان؛ لاقتضائه نقل المال من ذمّه مشغوله إلى ذمّه بريئه، فكان المحال عليه بقبوله لها ضامناً لدين المحتال على المحيل، و لكنها لا تخرج بهذا الشبه عن أصل الحواله فلتحقها أحكامها.

و في اشتراط تماثل المالمين في الأمرين قولان؛ للأول: كما عن الشيخ و جماعه (٢)، و جعله مشهوراً بين الفقهاء في التذكرة (٣) التفصّي من التسلّط على المحال عليه بما ليس في ذمّته.

و للثاني: كما عليه المفلح الصيمري و غيره (٤) أصاله الجواز الناشئه عما مرّ من العموم و الإطلاق، و فحوى ما دلّ على جوازها على البرى فعلى من عليه بالمخالف أولى.

و ضرر التسلّط مدفوع باعتبارنا رضاء المحال عليه مطلقاً أو هنا قطعاً، فإذا رضى أن يدفع من غير الجنس الذى عليه فلا مانع، كما لو تراضيا بقبض غير الجنس.

و يشترط فى الصحه كون المال معلوماً عند المحيل؛ لدفع الغرر

ص: ٢٧٩

١- المبسوط ٣١٣:٢.

٢- الشيخ فى المبسوط ٣١٣:٢، ابن حمزه فى الوسيله: ٢٨٢، حكاه عنهما و عن القاضى فى المختلف: ٤٣٣.

٣- التذكرة ١٠٨:٢.

٤- انظر الروضه ١٣٥:٤.



بالجهالة. و هو حسن إن كان الحوالة اعتياضاً. و أما لو كان استيفاءً احتمل الصحة، كما عن التذكرة (١)؛ لعين ما تقدم في الضمان.

و ثابتاً في ذمته و إن لم يستقر، بلا- خلاف، بل عليه الإجماع عن التذكرة (٢)، فلا- يجوز الحوالة من البرى، بل هي وكاله إما في اقتراض إن كانت على مثله، أو في استيفاء إن كانت على ضده.

و لا فرق فيه بين أن يكون مثلياً أو قيمياً، وفاقاً لجماعه (٣).

و خلافاً لآخرين (٤) في الأخير، فمنعوا من الحوالة به؛ لجهالته.

و يضعف بانضباطه بالوصف و انضباط قيمته تبعاً له، و هي الواجب فيه، فالمانع مفقود، و عموم الأدله يشملته.

و رضاء الثلاثة المحيل و المحتال و المحال عليه، بلا خلاف في الأولين، بل عليه الإجماع في كلام جماعه، كالغنيه و التذكرة و المسالك، و غيرها من كتب الجماعه (٥)؛ و هو الحجج، مضافاً إلى أن من عليه الحق مخير في جهات القضاء، فلا يتعين عليه بعض الجهات قهراً، و المحتال حقه ثابت في ذمه المحيل، فلا يلزمه نقله إلى ذمه أخرى إلا برضاه.

قيل: و يستثنى من اعتبار رضاء الأول ما لو تبرع المحال عليه بالوفاء، فلا- يعتبر رضاء المحيل قطعاً؛ لأنه وفاء دينه بغير إذنه، و العبارة حينئذ عنه

ص: ٢٨٠

١- التذكرة ١٠٧:٢.

٢- التذكرة ١٠٦:٢.

٣- كالشهيد الثاني في المسالك ٢٥٩:١، و الفيض الكاشاني في مفاتيح الشرائع ١٤٩:٣، و صاحب الحدائق ٥٣:٢١.

٤- كالمبسوط ٣١٢:٢، و الوسيله ٢٨٢.

٥- الغنيه (الجوامع الفقهيه): ٥٩٥، التذكرة ١٠٦:٢، المسالك ٢٥٨:١؛ و انظر المفاتيح ١٤٨:٣، و الكفايه: ١١٤، و الحدائق ٥٢:٢١.

أن يقول المحال عليه للمحتال: أحلتك بالدين الذي لك على فلان على نفسى، فيقبل، فيقومان بركن العقد (١). انتهى.

ولعله ناظر إلى جواز الوفاء عنه بدون إذنه بالاتفاق، كما قدّمناه. وهو حسن، إلا أن في صلوحه لإدراج مثل هذا في الحوالة التي هي من العقود اللائمه مناقشه؛ لاختصاص إطلاقات نصوصها بغيره، وعدم عموم في العقود التي أمرنا بالوفاء بها إلا بالنظر إلى أنواع العقود المتعارفه زمان الصدور كما قدّمناه، ومنها الحوالة، ولا بد من الاقتصار فيها على ما يسمّى بها حقيقه لا مطلقاً، وكون ما ذكر منها محلّ إشكال، فللتوقف فيه مجال.

وعلى المشهور في الثالث، بل عليه الإجماع عن الشيخ والتذكرة (٢) في مقامين منها؛ وهو الحجه.

مضافاً إلى ما قيل من أنه أحد أركان الحوالة، مع اختلاف الناس في الاقتضاء سهولهً و صعوبه (٣).

ويضعّف الأمول: بأن الموجود في كلام الشيخ المحكى في المختلف (٤) ليس إلما دعوى الإجماع على صحه الحوالة مع رضاء الثالثه و عدم دعواه مع عدمه.

وهو أعم من الإجماع المحكى هنا، ولم يحكه عنه هو ولا غيره سوى المسالك (٥)، ولعله اشتباه، ويعد غاية البعد وقوفه على كلام آخر له يدل عليه، مع أن كتابه الخلاف مما ديدنه ذكر الإجماع فيه ولم يحكه فيه

ص: ٢٨١

١- المسالك ٢٥٩:١.

٢- الشيخ في المبسوط ٣١٢:٢، التذكرة ١٠٦:٢.

٣- الروضه ١٣٦:٤.

٤- المختلف: ٤٣٢.

٥- المسالك ٢٥٨:١.

هنا، ونحوه ابن زهره فى الغنيه و الحلى فى السرائر، فمع أن ديدينهما نقل الإجماعات فى المسائل لم ينقله هنا أصلاً، بل اقتصرنا على الموجود فى المختلف من كلام الشيخ (١).

مع أن فى الغنيه حكى الإجماع على اشتراط رضاء الأولين و لم يحكه فى الثالث (٢)، و لو كان إجماعاً لنقله قطعاً، كما لا يخفى على الممارس لكتابه هذا جداً.

و أقياً التذكرة فالمحكى فيها ليس صريحاً فى الإجماع؛ إذ غايه ما ذكر فى عبارته فى المقام الأول هو أنه قال أصحابنا، إلى آخره، و فى الثانى:

يشترط رضاه عندنا (٣).

و هما ليس نصّاً فى حكاية الإجماع، بل و لا ظاهراً بعد ملاحظه ذكره نحو العبارتين فى المختلف مما يتضمن نسبه الحكم إلى الأصحاب، مع أنه فى صدر المسأله ذكر أنه مشهور بين الأصحاب (٤). و هو ظاهر فى وقوع الخلاف و عدم الإجماع، مع أن ذكره أصل الحكم فيه يدل على عدم الإجماع عليه.

مضافاً إلى نقله الخلاف فيه عن ظاهر المفيد و النهايه، و حكايته فيه عباره ابن حمزه المشعره بل الظاهره فى وقوع الخلاف بيننا فى المسأله فى زمانه، و نحوها عباره السرائر و الغنيه (٥)، بل هما صريحان فى عدم الإجماع و وقوع الخلاف، هذا.

ص: ٢٨٢

١- الغنيه (الجوامع الفقيهه): ٥٩٥، السرائر ٨٠: ٢.

٢- راجع ص: ٢٨١.

٣- التذكرة ١٠٦: ٢.

٤- المختلف: ٤٣٢.

٥- المختلف: ٤٣٢.

مضافاً إلى مصيره في المختلف إلى تقويه ما حكاه عن الشيخين، و هو بعد معلوميه تأخر المختلف عن التذكرة نصّ في عدم الاعتداد بما قاله في التذكرة مما ظاهره حكاية الإجماع، إما من حيث سلب ظهورها في دعوى الإجماع، أو ظهور تبين خلافه، وإلا لما صار إلى خلافه.

و الثاني: بأن المحيل قد أقام المحتال مقام نفسه في القبض بالحواله، فلا وجه للافتقار إلى رضاه من عليه الحق، كما لو وكله في القبض منه.

و اختلاف الناس في الاقتضاء لا يمنع من مطالبه المستحق و من نصبه، خصوصاً مع اتفاق الحقين جنساً و وصفاً.

و ما ربما يقال من أنه قياس للحواله على الوكاله مع كونها من العقود الجائزه دون الأولى، فإنها من العقود اللازمه المترتب عليها كثير من الأحكام المخالفه للأصول القطعيه.

غير مفهوم، فإن المراد من تشبيهها بالوكاله ليس إلماً لأجل دفع دليل الاشتراط من اختلاف الناس في سهوله الاقتضاء و صعوبته، بناءً على أنه لو صلح للاشتراط و إثبات المانعيه عن الحواله بدون رضاه لصلح لإثبات المانعيه عن الوكاله مع عدم رضاه بالبدعيه؛ لجريان دليل المنع على الحواله فيها حينئذ بالضروره. و مثله لا يسمّى قياساً، بل تنظيراً، و هو جائز إجماعاً حيث يحصل دليل آخر للحكم في المقيس غير نفس القياس، كما فيما نحن فيه، لأن الدليل فيه هو عموم الأمر بالوفاء بالعقود، و إطلاق كثير مما سيأتي من النصوص.

و أجود منه التنظير ببيع ما على المحال عليه من المحتال؛ لجوازه و إن

لم يرض به المحال عليه إجماعاً إلّا من الحلّي (١)، مع أن دليل المنع جارٍ فيه أيضاً.

ولعلّه لذا ربما اقتصر بعض على رضاء المحيل و المحتال و أشار به في المهذب إلى الحلّي (٢)، وليس كذلك، فإنه ممن يشترط رضاء الثلاثة (٣) كما يستفاد من عبارته المحكيه في شرح الشرائع للصيمري، و في التنقيح نسبه إلى التقى (٤)، و قد مرّ عن المختلف حكايته عن الشيخين، و مال إليه هو و شيخنا الشهيد الثاني في كتابيه (٥) كالفاضل المقداد في التنقيح (٦).

و لا يخلو عن قوه؛ لما مرّ إليه الإشاره من الأدلّه مع سلامتها عما يصلح للمعارضه.

نعم، لو كان المالان مختلفين و كان الغرض استيفاء مثل حق المحتال توجه اعتبار رضاء المحال عليه؛ لأن ذلك بمنزله المعاوضه الجديده فلا بدّ من رضاء المتعاقدين.

و لو رضى المحتال بأخذ جنس ما على المحال عليه زال المحذور.

قيل: و على تقدير اعتبار رضاه ليس هو على حد رضاهما؛ لأن الحواله عقد لانزم لا يتم إلّا بالإيجاب و القبول، فالإيجاب من المحيل و القبول من المحتال، و يعتبر فيهما ما يعتبر في غيرهما من اللفظ العربي

ص: ٢٨٤

١- السرائر ٥٥:٢.

٢- المهذب البارع ٥٢٩:٢.

٣- انظر السرائر ٧٩:٢.

٤- التنقيح الرائع ١٩٢:٢.

٥- الروضه البهيه ١٣٦:٤، و المسالك ٢٥٨:١.

٦- التنقيح الرائع ١٩٣:٢.

والمطابقه و غيرهما، و أما رضاء المحال عليه فيكفي كيف اتفق متقدماً و متأخراً و مقارناً. و لو جؤزنا الحواله على البرى اعتبر رضاه قطعاً (١).

و لا- يجب قبول الحواله و لو كان على ملئ بلا- خلاف بيننا؛ للأصل، و فقد المانع، لأن الواجب قبوله أداء الدين، و ليست أداءً، و إنما هي نقل الدين من ذمه إلى أخرى، فلا يجب قبولها.

خلافاً لبعض العامه (٢)، فأوجب القبول إذا كانت على ملئ؛ للنبوى:

« إذا أُحيل أحدكم بحق على ملئ فليحتل » (٣).

و قصور السند يمنع العمل به، فليحمل على الاستحباب.

نعم لو قبل الحواله لزم، و لا يرجع حينئذ المحتال على المحيل بالمال المحال به مطلقاً و لو افتقر المحال عليه بعد يساره حين الحواله؛ لأنها توجب البراءه منه إجماعاً، كما فى الغنيه و عن السرائر و التذكره (٤)، فلا يعود إلّا بسبب.

و للخبر: عن الرجل يحيل الرجل بمال على الصيرفى ثم يتغير حال الصيرفى، أ يرجع على صاحبه إذا احتال و رضى؟ قال:

« لا » (٥). و لا فرق فيه عند الأكثر بين أخذ المحتال شيئاً من المال و عدمه؛ لما مرّ، مضافاً إلى أصالتي لزوم العقد و عدم اشتراط الأخذ، و إطلاق النصوص التى ستذكر.

خلافاً للمحكى عن الديلمى، ففصل بين الصورتين، و وافق فى

ص: ٢٨٥

١- الروضه البهيه ٤: ١٣٦.

٢- كابن قدامه فى المغنى و الشرح الكبير ٥: ٦٠.

٣- مسند أحمد ٢: ٤٦٣.

٤- الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٥٩٥، السرائر ٢: ٨٠، التذكره ٢: ١٠٥.

٥- التهذيب ١/ ٢١٢، ٥٠١: ٥٠٦، الوسائل ١٨: ٤٣٤ أبواب أحكام الضمان ب ١١ ح ٤.

الأولى و خالف في الثانيه (١). و هو شاذ، و حجته غير واضحه.

و يشترط ملائته وقت الحواله أو علم المحتال بإعساره بلا خلاف بين أصحابنا، كما في الغنيه (٢)، و عليه الإجماع صريحاً عن التذكرة (٣)؛ و هو الحجج.

مضافاً إلى المعترين، أحدهما الصحيح (٤)، و ثانيهما الموثق (٥): عن الرجل يحيل على الرجل بدراهم، أ يرجع عليه؟ قال: «لا يرجع عليه أبداً إلا أن يكون قد أفلس قبل ذلك». و هو و إن عمّ صورتي العلم بإفلاسه و عدمه، إلا أنه محمول على الثانيه؛ لكون الحواله في هذه الصوره من الفروض الغالبه دون الصوره الأولى، فإنها من الفروض النادره، فلا يحمل عليها إطلاق الروايه. و وجه الصحه فيها عموم الأدله، و أن المحتال صاحب الحق فله إسقاطه جداً، فلأن يرضى بانتقاله إلى ذمه المعسر أولى.

و لو أُحيل و رضى لظنه ملائته ثم بان فقره عند الحواله رجع إن شاء؛ عملاً بالشرطيه، و به صرّحت الروايه السابقه.

و العبره بيساره و إعساره وقت الحواله، فلو كان ملئاً فيه ثم تجدد الإعسار فلا رجوع.

ص: ٢٨٤

١- المراسم: ٢٠١.

٢- الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٥٩٥.

٣- التذكرة ١٠٥: ٢.

٤- الفقيه ١٩٢/٥٥، التهذيب ٥٦٩/٢٣٢، الوسائل ١٨: ٤٣٣ أبواب أحكام الضمان ب ١١ ح ١.

٥- الكافي ٤/١٠٤، التهذيب ٤٩٨/٢١٢، الوسائل ١٨: ٤٣٤ أبواب أحكام الضمان ب ١١ ح ٣.

و لو انعكس فتجدد له اليسار بعد الإعسار قبل أن يرجع المحتال ففى جواز الرجوع حينئذ وجهان، من زوال الضرر، و من ثبوت الرجوع قبله فيستصحب. و هذا أظهر، وفاقاً لإطلاق العبارة و جماعه (١)؛ لأن الموجب للرجوع ليس هو الإعسار على الإطلاق ليزول بزواله، بل الإعسار وقت العقد، و هو متحقق فيثبت حكمه.

و لو استجمعت الحوالة شرائطها المتقدمة يبرأ المحيل من المال الذى أحال به مطلقاً و إن لم يبرئه المحتال على الأظهر الأشهر، كما فى المسالك و غيره (٢)؛ للإجماعات المتقدمة المحكية على انتقال الحق بمجرد الحوالة.

مضافاً إلى إطلاق النصوص المتقدمة، و عموم الأدلة بلزوم الوفاء بالعقود كتاباً و سنه، بناءً على أن معنى الحوالة الانتقال من حينها، نظراً إلى مبدأ اشتقاقها الذى هو التحويل، فإذا تحققت و جب تحقّق المبدأ.

مع أن الإبراء إما أن يكون قبل الانتقال من ذمه المحيل أو بعده، و الأول يستلزم بطلان الحوالة، إذ ليس له فى ذمه المحيل حينئذ شىء يحيله به، و الثانى يستلزم تحصيل الحاصل، لأن ذمته برئت بالحوالة فلا حاجة إلى إبراء آخر.

ص: ٢٨٧

---

١- منهم: المحقق الثانى فى جامع المقاصد ٥:٣٦٠، و الشهيد الثانى فى الروضة ٤:١٣٧، و السبزوارى فى الكفاية: ١١٥.

٢- المسالك ١:٢٥٩؛ و انظر جامع المقاصد ٥:٣٦٠.



و فى روايه بل روايتين، إحداهما صحيحه (١)، والثانيه ضعيفه (٢) أنه إن لم يبرئه أى المحيل المحتالُ فله الرجوع عليه بالمال، و قد عمل بها الشيخان و جماعه من القدماء الأعيان (٣).

و هما لقصورهما عن المقاومه لما قدّمناه من الأدلّه سنداً فى بعض و دلّله فى الجميع ينبغى طرحهما أو تأويلهما بما ذكره جماعه (٤) من حمل الإبراء فيهما على الرضاء بالحواله، و أنه أُريد بعدم الإبراء الكنايه عن عدم الرضاء بالحواله.

و ربما يتوجه حملهما على التقيه عن مذهب بعض العامه (٥) من عدم حصول البراءه بالحواله و أن مقتضاها إنما هو ضمّ ذمه إلى أُخرى، كما قالوه فى الضمان (٦).

و بالجمله الإعراض عنهما أجدر، و المصير إلى ما قابلهما بما قدّمناه من الأدلّه أليق.

ص: ٢٨٨

- 
- ١- الكافى ١٠٤/٢:٥، التهذيب ٢١١/٤٩٦:٦، الوسائل ١٨:٤٣٣ أبواب أحكام الضمان ب ١١ ح ٢.
  - ٢- الكافى ١٠٤/٥:٥، التهذيب ٢١٢/٤٩٧:٦، الوسائل ١٨:٤٣٤ أبواب أحكام الضمان ب ١١ ذيل حديث ٢.
  - ٣- المفيد فى المقنعه: ٨١٥، الطوسى فى النهايه: ٣١٦؛ و انظر الوسيله: ٢٨٢، و الكافى فى الفقه: ٣٤٠، و حكاه عن ابن الجنيّد و القاضى فى التنقيح ١٩٤:٢.
  - ٤- منهم: الشهيد فى المسالك ١:٢٥٩، و الأردبيلى فى مجمع الفائده ٩:٣١٠، و صاحب الحدائق ٥١:٢١.
  - ٥- كابن قدامه فى المغنى و الشرح الكبير ٥:٥٥.
  - ٦- راجع ص: ٢٦٩.

القسم الثالث: فى الكفالة.

و هى التعهّد بالنفس أى التزام إحضار المكفول متى طلبه المكفول له.

و هى ثابتة بالسنة و الإجماع، بل و الكتاب، قال سبحانه حكايه عن إخوه يوسف فُخِذَ أَحَدُنَا مَكَانَهُ [١] (١) فتأمل.

و لكنها مكروهه، كما يستفاد من النصوص المستفيضة، فى عدّه منها: «الكفاله خساره، غرامه، ندامه» (٢) و فى آخر: «مالك و الكفالات، أما علمت أنها أهلكت القرون الأولى» (٣).

و يعتبر فيها رضاء الكافل و هو المعبر عنه بالكفيل و المكفول له بلا خلاف، بل عن التذكرة عليه الإجماع (٤)؛ و هو الحجه.

مضافاً إلى أنّ الإنسان لا يصحّ أن يلزمه الحقّ إلّا برضاه، و كذا صاحب الحق لا يجوز إلزامه شيئاً بغير رضاه، و بهما يتمّ العقد دون من عليه الحقّ و هو المعبر عنه ب المكفول عنه فلا يعتبر رضاه على الأظهر الأشهر، بل لعلّه عليه عامّه من تأخر، و عليه الإجماع فى التذكرة (٥)؛ و هو

ص: ٢٨٩

١- يوسف: ٧٨.

٢- الفقيه ١٨٩/٥٥، التهذيب ٦: ٤٩٢/٢١٠، الوسائل ١٨: ٤٢٨، ٤٢٩ أبواب أحكام الضمان ب ٧ ح ٥، ٢.

٣- الكافي ١/١٠٣، الفقيه ٥: ١٨٥/٥٤، التهذيب ٦: ٤٨٤/٢٠٩، الوسائل ١٨: ٤٢٨ أبواب أحكام الضمان ب ٧ ح ٤، ١.

٤- التذكرة ٢: ١٠٠.

٥- التذكرة ٢: ١٠٠.

مضافاً إلى عموم الأمر بالوفاء بالعقود الشامله لمفروض المسأله؛ لكونها منها، كما مرّت إليه الإشاره.

مضافاً إلى وجوب الحضور عليه متى طلبه صاحب الحق و لو بالدعوى بنفسه أو وكيله، إجماعاً، كما فى المسالك و غيره (١)، و الكفيل بمنزله الوكيل حيث يأمره بإحضاره، و غايه الكفاله هى حضور المكفول حيث يطلب.

خلافاً للمبسوط و القاضى و ابن حمزه و قوّاه الفاضل فى التحرير [السرائر] و حكى عن الحلّى (٢)؛ التفاتاً إلى أنه إذا لم يأذن فيها أو لم يرض به لم يلزمه الحضور مع الكفيل، فلم يتمكّن من إحضاره، فلا يصحّ كفالته، لأنها كفاله بغير المقدور عليه. و هذا بخلاف الضمان؛ لإمكان وفاء دينه من مال غيره بغير إذنه، و لا يمكن أن ينوب عنه فى الحضور.

و ردّ بالمنع من عدم لزوم الحضور معه.

قيل: و على تقدير اعتبار رضاه ليس على حدّ رضاه الآخرين من وجوب المقارنه، بل يكفى كيف اتفق (٣)، كما مرّ نظيره فى الضمان (٤).

و فى اشتراط الأجل فيها، فلا يصحّ حالاً، أم لا فيصحّ قولان الثانى أظهر، و هو أشهر، بل عليه عامّه من تأخّر؛ لأصالتى الجواز و عدم الاشتراط.

خلافاً للمحكى عن المفيد و النهايه و ظاهر الديلمى و القاضى فى أحد

ص: ٢٩٠

١- المسالك ١:٢٦٣؛ و انظر مفاتيح الشرائع ٣:١٥٠.

٢- المبسوط ٢:٣٣٧، القاضى حكاه عنه فى المختلف: ٤٣٤، ابن حمزه فى الوسيله: ٢٨١، التحرير ١:٢٢٥، الحلّى فى السرائر ٢:٧٨.

٣- المسالك ١:٢٦٣.

٤- راجع ص: ٢٨٥.

قوله و ابن حمزه (١) فالأول؛ و حجّتهم عليه غير واضحة و لا مذكوره في كتب الجماعه عدا القياس بالضمنان. و ضعفه أوضح من أن يحتاج إلى بيان.

فإن اشترط أجلاً فلا بدّ من كونه معلوماً بلا خلاف بيننا، بل عليه الوفاق في المسالك و غيره (٢)؛ و هو الحجّه، مضافاً إلى استلزام الجهل به الغرر المنهى عنه في الشريعة، إذ ليس له وقت يستحق فيه المطالبه كغيره من الآجال، فتأمل.

خلافاً لبعض العامه، فاكتفى بالأجل المجهول؛ لاشتمالها على التبرع فيتسامح فيها كالعاريه (٣). و هو قياس مع الفارق.

و إذا دفع الكافل الغريم و هو المكفول إلى المكفول له و سلّمه إليه تسليمًا تامًّا بأن لا يكون هناك مانع من تسلّمه كتغلب أو حبس ظالم، و كونه في مكان لا يتمكّن من وضع يده عليه لقوّه المكفول و ضعف المكفول له، و في المكان المعين إن بيناه في العقد، و في بلد العقد إن أطلقاه، و بعد الأجل إن كانت مؤجّله، أو في الحلول متى شاء إن كانت حالّه، و نحو ذلك فقد برئ من عهده اتّفاقاً، و لو امتنع من تسلّمه، على الأظهر.

و قيل: سلّمه حينئذ إلى الحاكم و برئ أيضاً (٤).

و فيه نظر، بل الظاهر حصول البراءه حينئذ من دون احتياج إلى

ص: ٢٩١

---

١- المفيد في المقنعه: ٨٤٥، النهايه: ٣١٥، الديلمى في المراسم: ٢٠٠، القاضى حكااه عنه في المختلف: ٤٣٤، ابن حمزه في الوسيله: ٢٨١.

٢- المسالك ١: ٢٦٣؛ و انظر الحدائق ٢١: ٦٤.

٣- انظر المجموع ١٤: ٤٨.

٤- المسالك ١: ٢٦٣.

التسليم إليه، وفاقاً لبعض من تأخر (١)، وإن كان التسليم إليه أحوط.

و كذا الإشهاد عليه و على الامتناع من قبضه، و لا دليل على وجوبه مطلقاً حتى فى صورته عدم إمكان الحاكم، و لعلّ اعتباره فى كلام شيخنا الشهيد الثانى (٢) للإرشاد للإثبات، لا لتوقف البراءة عليه.

و إن امتنع الكفيل من تسليمه ألزمه الحاكم به، فإن أبى كان للمكفول له طلب حبسه منه حتى يحضر الغريم أو يؤدى ما عليه إن أمكن أدائه عنه، كالدين.

فلو لم يمكن، كالقصاص و الزوجية و الدعوى لعقوبته توجب حدّاً أو تعزيراً ألزم بإحضاره حتماً مع الإمكان، و له عقوبته عليه، كما فى كلّ ممتنع من أداء الحق مع قدرته.

فإن لم يمكنه الإحضار و كان له بدل، كالديه فى القتل و إن كان عمداً أو مهر مثل الزوجه، و جب عليه الإحضار.

و لا خلاف فى شىء من ذلك فى الظاهر، حتى فى جواز الاكتفاء عن الإحضار بأداء ما عليه إذا رضى به المكفول له.

و أما مع عدم رضاه به و مطالبته الإحضار ففى الاكتفاء بذلك عنه هنا أيضاً، أم لا، فيجوز للمكفول له إلزامه بالإحضار مطلقاً قولان؛ للأول كما هو ظاهر العبارة و جماعه (٣) تبعاً للطوسى (٤) :- حصول الغرض من الكفاله.

ص: ٢٩٢

---

١- كالعلاّمه فى التذكره ٢:١٠١، و الشهيد الثانى فى المسالك ١:٢٦٣، و صاحب الحدائق ٢١:٦٥.

٢- المسالك ١:٢٦٣.

٣- منهم: ابن إدريس فى السرائر ٢:٧٨، و العلاّمه فى الإرشاد ١:٤٠٣.

٤- النهايه: ٣١٥.

و للثاني كما عن التذكرة، و به صرح في المسالك و الروضة (١)، و اختاره من متأخري المتأخرين جماعه (٢) - عدم انحصار الأغراض في أداء الحق أو كيف اتفق، خصوصاً فيما له بدل اضطرارى.

و هو الأقوى؛ لذلك، مضافاً إلى العمومات الدالّة على لزوم الوفاء بالعقد، و ظواهر المعتمده المستفيضه التى هى الأصل فى المسأله.

منها الموثق: «أتى أمير المؤمنين برجل تكفل بنفس رجل، فحبسه و قال: أطلب صاحبك» (٣) و نحوه خبران آخران (٤).

و الرضوى: «إذا كفل الرجل الرجل حبس إلى أن يأتى بصاحبه» (٥).

و ليس فيها مع كثرتها، و اعتبار سند بعضها، و انجبار ضعف باقيها كقصور الأول بعمل العلماء تخيير للكفيل بين الإحضار و أداء المال، بل أمر بالأول خاصة.

و ربما يمكن أن يقال باحتمال ورود الأمر و الإلزام بالإحضار مورد الغالب من عدم بذل الكفيل للمال، فلا دلالة فى هذه الأخبار على لزوم الإحضار على الإطلاق.

ثم على تقدير كون الحق مالاً - و أذاه الكفيل برضاء المكفول له أو مطلقاً، فإن كان قد أدى بإذن المكفول عنه رجوع عليه كمن أدى المال بإذن

ص: ٢٩٣

١- التذكرة ١٠٢: ٢، المسالك ٢٦٣: ١، الروضة ١٥٥: ٤.

٢- منهم: الفيض الكاشانى فى المفاتيح ١٥٢: ٣، و صاحب الحدائق ٦٦: ٢١.

٣- الكافى ١٠٥/٥: ٦، الوسائل ٤٣٠: ١٨، أبواب أحكام الضمان ب ٩ ح ١.

٤- الفقيه ١٨٤/٥٤: ٣، التهذيب ٤٨٧/٢٠٩: ٦، الوسائل ٤٣١: ١٨، أبواب أحكام الضمان ب ٩ ح ٤، ٢.

٥- فقه الرضا (عليه السلام): ٢٥٦، المستدرک ٤٣٨: ١٣، أبواب أحكام الضمان ب ٧ ح ١؛ بتفاوت.

من عليه. وكذا إن أدى بغير إذنه مع كفالاته بإذنه و تعذر إحضاره و المراجعة إليه؛ لأن ذلك من لوازم الكفاله، فالإذن فيها إذن في لوازمها، ولا رجوع له في غير صورتين.

و الفرق بين الكفاله و الضمان في رجوع من أدى بالإذن هنا و إن كفّل بغير الإذن بخلاف الضمان عدم تعلق الكفاله بالمال بالذات، و أن حكم الكفيل بالنسبه إليه حكم الأجنبي، فإذا أداه بإذن المديون فله الرجوع، بخلاف الضمان، لانتقال المال به إلى ذمته فلا ينفعه الإذن في الأداء بعده، لأنه كإذن البريء للمديون في أداء دينه.

و لو تكفّل رجل برجل و قال: إن لم أحضره إلى كذا كان عليّ كذا، كان كفيلاً أبداً و لم يلزمه المال عند الأجل، بل لا بدّ من الإحضار.

و لو قال: عليّ كذا إلى كذا إن لم أحضره، كان ضامناً للمال إن لم يحضره في الأجل في المشهور بين الأصحاب، بل عليه الإجماع في صريح المهذب البارع و شرح الشرائع للصيمري و عن المحقق الشيخ علي و هو ظاهر التنقيح (1)، و لعله كذلك.

و لم يقدح فيه مخالفه الإسكافي (2)؛ لشذوذه، و معلوميه نسبه، مع موافقته لهم في الجملة.

و نحوه الجواب عن تنظر الفاضل في المختلف (3)، و جعله رأيه أنسب.

ص: ٢٩٤

---

١- المهذب البارع ٥:٥٣٢، المحقق الثاني في جامع المقاصد ٥:٣٩٣، التنقيح الرائع ٢:١٩٦.

٢- كما حكاه عنه في المختلف: ٤٣٥.

٣- المختلف: ٤٣٥.

و أما الاختلاف في الشق الثاني من حيث تقييد الحكم فيه بضمان المال بشرط عدم الإحضار، كما هنا و في كلام الشيخ و متابعيه و الفاضل في التحرير و التذكرة (١)، و عدمه، كما في الشرائع و الإرشاد و القواعد (٢) فغير قاصح فيه على اليقين؛ للموافق في الحكم في كلتا صورتين، غايه الأمر الاختلاف في الإطلاق و التقييد، و هو لا- يوجب الخروج و المخالفه في أصل الحكم، و الإجماعات المحكيه إنما هي على أصله في الجملة، لا على و صفيته من أحد الأمرين.

مع احتمال عدم المخالفه في التقييد و الاتفاق على اعتباره و إن سُمح بذكره في تلك الكتب، و لعلّه للاعتماد على الشرطيه المذكوره فيها قبل الحكم كالعبار.

و يعضده استنادهم إلى ما هو الأصل في هذا الحكم من الموثقين المذكور فيهما القيد كالعبار، في أحدهما: عن الرجل يكفل بنفس الرجل فإن لم يأت به فعليه كذا و كذا درهماً، قال: «إن جاء به إلى أجل فليس عليه مال و هو كفيل بنفسه أبداً إلا أن يبدأ بالدرهم، فإن بدأ بالدرهم فهو له ضامن إن لم يأت به إلى الأجل الذي أجّله» (٣).

و في الثاني: رجل كفّل لرجل بنفس رجل، فقال: إن جئت به و إلّا فعليّ خمسمائه درهم، قال: «عليه نفسه و لا- شيء عليه من الدرهم» فإن قال: عليّ خمسمائه درهم إن لم أدفعه، فقال: «تلزّمه الدرهم إن لم يدفعه»

ص: ٢٩٥

---

١- الشيخ في النهايه: ٣١٥، و تبعه ابن حمزه في الوسيله: ٢٨١، و ابن زهره في الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٥٩٥، التحرير ٢٢٥: ١، التذكرة ١٠٢: ٢.

٢- الشرائع ١١٥: ٢، الإرشاد ٤٠٣: ١، القواعد ١٨٣: ١.

٣- الفقيه ١٨٧/٥٤: ٣، التهذيب ٤٨٨/٢٠٩: ٦، الوسائل ٤٣٢: ١٨، أبواب أحكام الضمان ب ١٠ ح ٢.



و ليس فى سندهما عدا داود بن الحصين فى الأوّل، و هو موثّق، مع احتمال وثاقته، لتوثيق النجاشى له على الإطلاق من دون إشاره إلى وقفه (٢)، و هو ظاهر فى حسن عقيدته، و إن صرّح به الشيخ فى رجال [رجاله] (٣)، لتقديمه عليه عند التعارض.

و حسن بن محمّد بن سماعه و أبان بن عثمان فى الثانى، و كلاهما موثّقان، مع أنّ الثانى منهما ممن أجمعت العصابة على تصحيح ما يصحّ عنه.

فهما فى غاية من الاعتبار، و مع ذلك مشتهران بين الأصحاب غاية الاشتهار، و لو كانا ضعيفين لحصل لهما به الانجبار. فلا يلتفت إلى ما يرد عليهما من المخالفه للقواعد الشرعيه و العربيه من حيث تضمّنها الفرق بين المسألتين بمجرّد تقديم الجزاء على الشرط و تأخيرها عنه، مع أنّ ذلك لا مدخل له فى اختلاف الحكم، لأن الشرط و إن تأخّر فهو فى حكم المتقدم، فكم من نصوص مخالفه للقواعد يخرج بها عنها، مع قصورها عن مرتبه الموثقين الواردين هنا، فالخروج بهما عنها مع ما هما عليه من المرجّحات القويه التى عمدتها فتوى الطائفة و الإجماعات المحكيه بطريق أولى، و لا احتياج إلى التكلّفات الصادره عن جماعه فى تطبيقهما مع القاعده، مع تضمّن بعضها اطراحهما و الخروج عن ظاهرهما بالكليه.

ص: ٢٩٦

---

١- الكافى ٣/١٠٤، التهذيب ٦: ٤٩٣/٢١٠، الوسائل ١٨: ٤٣٢ أبواب أحكام الضمان ب ١٠ ح ١.

٢- رجال النجاشى: ٤٢١/١٥٩.

٣- رجال الشيخ: ٣٤٩.

و من خلى غريماً و أخلصه من يد غريمه قهراً لزمه إعادته أو أداء ما عليه إن أمكن، كما فى الدين، دون القصاص و نحوه، مطلقاً، أو بعد تعذر الإحضار على المختار فى الكفيل، و المخلص بحكمه.

لكن هنا حيث يؤخذ منه المال لا- رجوع له على الغريم إذا لم يأمره بدفعه، إذ لم يحصل من الإطلاق و التخليص ما يقتضى الرجوع.

و لو كان الغريم قاتلاً عمدًا كان أو شبهه أعاده أو دفع الديه و لا خلاف فى المقامين على الظاهر، بل عليهما الإجماع فى شرح الشرائع للصيمرى؛ و علّوه بأنه غضب لليد المستولية المستحقه من صاحبها، فكان عليه إعادتها أو أداء الحق الذى بسببه ثبت اليد عليه.

و يعضده حديث نفي الضرر (١)؛ مضافاً إلى الصحيح فى الثانى: عن رجل قتل رجلاً عمدًا، فرفع إلى الوالى فدفعه الوالى إلى أولياء المقتول ليقتلوه، فوثب عليهم قوم فخلّصوا القاتل من أيدي الأولياء، قال: «أرى أن يجبس الذى خلّص القاتل من أيدي الأولياء حتى يأتوا بالقاتل» [قيل: فإن مات القاتل (٢)] أو هم فى السجن، قال: «فإن مات فعليهم الديه يؤدونها جميعاً إلى أولياء المقتول» (٣).

قالوا: و لا يقتص منه فى العمد؛ لأنه لا يجب على غير المباشر.

ثم إن استمر القاتل هارباً ذهب المال على المخلص.

ص: ٢٩٧

١- عوالى اللآلى ١: ٩٣/٢٢٠، سنن الدارقطنى ٤: ٨٣/٢٢٧، سنن ابن ماجه ٢: ٢٣٤٠/٧٨٤، ٢٣٤١، مسند أحمد ٥: ٣٢٧؛ و انظر الوسائل

٢٥: ٤٢٧ أبواب إحياء الموات ب ١٢ الأحاديث ٣، ٤، ٥.

٢- أضفناه من المصدر.

٣- الكافى ٧: ١/٢٨٦، الوسائل ١٨: ٤٣٧ أبواب أحكام الضمان ب ١٥ ح ١.

و إن تمكّن وليّ المقتول منه في العمد وجب عليه ردّ الدية على الغارم و إن لم يقتصّ من القاتل؛ لأنّ الدية وجبت لمكان الحيلولة و قد زالت، و عدم القتل الآن مستند إلى اختيار المستحق لا إلى تقصير المخلّص.

و لو كان تخليص الغريم من يد كفيله و تعدّر استيفاء الحق من قصاص أو مال و أخذ الحق من الكفيل، كان له الرجوع على الذي خلّصه كتخليصه من يد المستحق.

و تبطل الكفالة بموت المكفول قبل إحضاره، بلا خلاف، بل في الغنية و التذكرة عليه الإجماع (١)؛ و هو الحجج، مضافاً إلى فوات متعلّقها و هو النفس، و فوات الغرض لو أُريد البدن.

قيل: إلّا في الشهادة على عينه ليحكم عليه بإتلافه أو المعاملة له إذا كان قد شهد عليه من لا يُعرف نسبه، بل شهد على صورته فيجب إحضاره ميتاً حيث يمكن الشهادة عليه بأن لا- يكون قد تغيّر بحيث لا- يُعرف، و لا- فرق حينئذ بين كونه قد دُفن و عدمه، لأن ذلك مستثنى من تحريم نبشه (٢).

و هو حسن مع اشتراطه أو قيام القرينه على إرادته، و مشكل مع عدمهما؛ لعدم انصراف إطلاق الكفالة إلّا إلى إحضار المكفول حال الحياة، و لكن الأحوط ذلك.

ص: ٢٩٨

١- الغنية (الجوامع الفقهية): ٥٩٥، التذكرة ١٠٢: ٢.

٢- الروضة البهية ١٦٩: ٤.

كتاب الصلح و هو مشروع فى الأصل لقطع المنازعه السابقه أو المتوقعه.

و هو فى الجمله مجمع عليه بين الأئمه، كما عن السرائر و التذكره (١)، و الآيات به كالسنه متظافره، قال سبحانه وَ إِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصِيَلِحَا بَيْنَهُمَا صِیْلِحًا وَ الصُّلْحُ خَيْرٌ [١] (٢). و قال عز شأنه وَ إِنِ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا [٢] (٣). و فى الصحيح: «الصلح جائز بين المسلمين» (٤).

و نحوه المرسل الخاصى المروى فى الفقيه (٥)، و العامى (٦)، بزياده فيهما من الاستثناء الآتى، هذا.

و النصوص من الصحاح المستفيضه و غيرها من المعتمده الوارده فى موارد مخصوصه به مستفيضه، سيأتى إلى جملته منها الإشاره.

و مقتضاها كإطلاق السابقه، مضافاً إلى إجماع الإماميه المحكى فى

ص: ٢٩٩

١- السرائر ٢:٦٤، التذكره ٢:١٧٧.

٢- النساء: ١٢٨.

٣- الحجرات: ٩.

٤- الكافى ٥: ٢٥٩، التهذيب ٦: ٤٧٩/٢٠٨، الوسائل ١٨: ٤٤٣ أبواب أحكام الصلح ب ٣ ح ١، و فى الجميع: «بين الناس».

٥- الفقيه ٣: ٥٢/٢٠، الوسائل ١٨: ٤٤٣ أبواب أحكام الصلح ب ٣ ح ٢.

٦- سنن الدارقطنى ٩٧، ٢٧/٩٦، مسند أحمد ٣: ٣٦٦، سنن الترمذى ٢: ١٣٦٣/٤٠٣.

كلام جماعه بعنوان الاستفاضه (١) عدم اشتراطه بسبق خصومه، كما عليه بعض العامه (٢).

نعم، ربما يشعر لفظه الصلح بتحقق منازعه، و لكن لا يتعين كونها سابقه، بل يصح إطلاقه بالإضافة إلى رفع منازعه متوقّعه محتمله و إن لم تكن سابقه، كما يفصح عنه الآية الأولى، فاشتراط السبق في مفهومه باعتبار اللفظه غفله واضحه.

نعم، لا تساعد الأخبار المتقدمه على الدلاله على مشروعيتها حيث لا منازعه سابقه و لا متوقّعه.

و لكن يمكن الذبّ عنه بعدم القائل بالفرق بين الأُمّه، فكلّ من قال بالمشروعيه لدفع منازعه متوقّعه و إن لم تكن سابقه كما دلّ عليها إطلاق الأخبار المذكوره، قال بها في الصوره المزبوره التي لم تكن المنازعه فيها بسابقه و لا متوقّعه، هذا.

مضافاً إلى عموم أدلّه لزوم الوفاء بالعقود الشامله لمفروض المسأله.

فلو وقع ابتداءً على عين بعوض معلوم صحّ و أفاد نقل كلّ من العوضين كما في البيع.

و لا يلزم من كون أصل المشروعيه لقطعها ثبوتها في كلّ فرد فرد من أفرادها خصوصاً مع وجود الأدلّه الشامله بعمومها أو إطلاقها لما لا خصومه فيه، كما في نظائره كالعده، فقد شرّعت لاستبراء الرحم مع الاتفاق نصّاً و فتوى على وجوبها في مواضع يقطع ببراته فيها.

ص: ٣٠٠

---

١- منهم: العلامة في التذكرة ٢: ١٧٧، الشهيد الثاني في المسالك ١: ٢٦٧، الفيض الكاشاني في مفاتيح الشرائع ٣: ١٢٠.

٢- كالخطيب في مغني المحتاج ٢: ١٧٨.

و يجوز مع الإقرار من المدعى عليه بالدين و الإنكار له، بلا خلاف بيننا، كما في الروضه و غيرها (١)، بل في المسالك و الغنيه و عن التذكرة (٢) عليه إجماع الإماميه؛ للعمومات.

ثم إن كان المدعى محققاً استباح ما دفع إليه المنكر صلحاً، و إلّا فهو حرام باطناً، عيناً كان أم ديناً. حتى لو صالح عن العين بمال فهي بأجمعها حرام، و لا- يستثنى له منها مقدار ما دفع إليه من العوض؛ لفساد المعاوضه في نفس الأمر، لأنه إنما صالح المحقّ المبطلّ دفعاً لدعواه الكاذبه، و قد يكون استدفع بالصلح ضرراً عن نفسه أو ماله، و مثل هذا لا يعدّ تراضياً يبيح أكل مال الغير.

و يدلّ على الأوّل المعتبره، منها الصحيح: «إذا كان للرجل على رجل دين، فمطله حتى مات، ثم صالح ورثته على شيء منه فالذي أخذته الورثه لهم، و ما بقى فهو للميت يستوفيه في الآخره، فإن هو لم يصلحهم على شيء حتى مات و لم يقض عنه فهو كلّه للميت يأخذه به» (٣).

قيل: نعم لو استندت الدعوى إلى قرينه كما لو وجد بخط مورثه أن له حقاً على أحد فأنكر، و صالحه على إسقاطها بمال فالمتّجه صحه الصلح.

و مثله ما لو توجهت الدعوى بالتهمه؛ لأن اليمين حق يصلح الصلح على إسقاطه (٤).

إلّا ما حرّم حلالاً أو حلّ حراماً و لا خلاف في صورتى

ص: ٣٠١

١- الروضه ٤: ١٧٤؛ و انظر التنقيح الرائع ٢: ٢٠١، و الكفايه: ١١٦.

٢- المسالك ١: ٢٦٧، الغنيه (الجوامع الفقيهه): ٥٩٤، التذكرة ٢: ١٧٩.

٣- الكافي ٥: ٨/٢٥٩، التهذيب ٦: ٤٨٠/٢٠٨، الوسائل ١٨: ٤٤٦ أبواب أحكام الصلح ب ٥ ح ٤.

٤- الروضه ٤: ١٧٣.

الاستثناء؛ و يدلّ عليه بعده الخبران المتقدّمان و غيرهما.

و فسّر الأوّل: بالصلح على أن لا يظأ أحدهما حليلته، أو لا ينتفع بماله و نحوه.

و الثانی: بالصلح على استرقاق حرّ، أو استباحه بضع لا سبب لإباحته غيره، أو ليشرب الخمر و نحوه.

فالصلح على مثل هذه باطل باطناً و ظاهراً، و عليه يكون الاستثناء متصلاً.

و ربما فسّر بصلح المنكر على بعض المدعى أو منفعتة أو بدله مع كون أحدهما عالماً بفساد الدعوى، لكنه هنا صحيح ظاهراً و إن فسد باطناً، كما مضى، و عليه يكون الاستثناء منقطعاً.

و هو صالح للأمرين معاً؛ لأنه محلّ للحرام بالنسبة إلى الكاذب و محرّم للحلال بالنسبة إلى المحق.

و يصحّ الصلح مع علم المصطلحين بما وقعت المنازعة فيه، و مع جهالتهما به مطلقاً ديناً كان ما تنازعا فيه أو عيناً إرثاً كان أو غيره، بلا خلاف فيه في الجملة، بل عليه في المسالك و عن التذكرة (١) إجماع الإمامية؛ و هو الحجة.

مضافاً إلى العمومات، و خصوص المعتبره في الصورة الثانية، منها الصحيحان: في رجلين كان لكلّ منهما طعام عند صاحبه و لا يدري كلّ واحد منهما كم له عند صاحبه، فقال كلّ واحد منهما لصاحبه: لك ما عندك، و لى ما عندى، فقال: «لا بأس بذلك إذا تراضيا و طابت به

ص: ٣٠٢

أنفسهما» (١) ونحوهما الموثق (٢).

و إطلاقهما كالعباره و غيرها من عبار الجماعه و منها عباره التذكره المحكى فيها إجماع الإماميه يشمل صور كون المتنازع فيه مما يتعدّر معرفتهما له مطلقاً أو لا، أمكن معرفته في الحال أم لا لعدم مكيال أو ميزان و نحوهما من أسباب المعرفه.

و لا خلاف في الأولى؛ لاتفاق الأدله عليها فتوى و نصّاً؛ مضافاً إلى أن إبراء الذمه أمر مطلوب و الحاجه إليه ماسّه، و لا طريق إليه إلّا الصلح، فلا إشكال فيها.

و كذا في الثالثه عند جماعه، كالشهيدين و الفاضل المقداد (٣)؛ لتعدّر العلم به في الحال مع اقتضاء الضروره و مساس الحاجه لوقوعه و الضرر بتأخيره و انحصار الطريق في نقله فيه، مع تناول الأدله السابقه له.

و من هذا القبيل أيضاً الصلح على نصيب من ميراث أو عين يتعدّر العلم بقدره في الحال مع إمكان الرجوع في وقت آخر إلى عالم به، مع مسيس الحاجه إلى نقله في الحال.

و يشكل في الثانيه، من عموم الأدله بالجواز المعتضده بإطلاقات عبار كثير من الأصحاب، و من حصول الجهل و الغرر فيها الموجبين للضرر بالزياده و النقيصه مع إمكان التحرّز عنهما. و لذا قيّد في المسالك و الفاضل

ص: ٣٠٣

١- الكافي ٥: ٢/٢٥٨، الفقيه ٣: ٥٣/٢١، التهذيب ٦: ٤٧٠/٢٠٦، الوسائل ١٨: ٤٤٥ أبواب أحكام الصلح ب ٥ ح ١.

٢- التهذيب ٧: ٨٢٦/١٨٧، الوسائل ١٨: ٤٤٥ أبواب أحكام الصلح ب ٥ ذيل حديث ١.

٣- الشهيد الأول في الدروس ٣: ٣٣٠، الشهيد الثاني في المسالك ١: ٢٦٧، الفاضل المقداد في التنقيح الرائع ٢: ٢٠١.



فى التنقيح (١) إطلاق العبارة بصوره تعذر تحصيل العلم بالحق و المعرفة بالكليه.

و هو حسن إما لترجيح عموم أدله النهى عن الغرر، أو لتعارضها مع عموم أدله جواز الصلح مع عدم مرجح للثانيه، فلا بد من المصير حينئذ إلى حكم الأصل، و هو الفساد و عدم الصحه.

مضافاً إلى إمكان ترجيح أدله النهى عن الغرر باعتضادها بالاعتبار و رحجانها عند الأصحاب على أدله الصحه فى كثير من المعاملات المختلفه كالبيع و الإجاره و نحوهما من المعاملات المعروفه.

و لو اختصّ الجهل بأحدهما فإن كان المستحق لم يصحّ الصلح فى نفس الأمر، كما مرّ، إلما أن يعلمه الآخر بالقدر، أو كان المصطلح به بقدر الحق مع كونه غير متعين؛ للخبر المعتبر المنجبر ضعف سنده بتضمّنه ابن أبى عمير المجمع على تصحيح رواياته، مضافاً إلى مشاركته الراوى له فى الإجماع على تصحيح رواياته، كما حكى (٢)، و فيه: رجل يهودى أو نصرانى كان له عندى أربعة آلاف درهم فمات، أ يجوز لى أن أصلح ورثته و لا أعلمهم كم كان؟ قال: «لا يجوز حتى تخبرهم» (٣) و عليه يحمل إطلاق الأدله.

و الصحيح: فى الرجل يكون عليه الشىء فيصالح عليه، فقال: «إذا

ص: ٣٠٤

١- المسالك ١:٢٦٧، التنقيح الرائع ٢:٢٠١.

٢- الراوى هو على بن أبى حمزه، و قد قال الشيخ الطوسى: أنه عملت الطائفة برواياته. انظر عده الأصول ١:٣٨١.

٣- الكافى ٥:٦/٢٥٩، الفقيه ٣:٥٤/٢١، التهذيب ٦:٤٧٢/٢٠٦، الوسائل ١٨:٤٤٥ أبواب أحكام الصلح ب ٥ ح ٢.

كان بطييه نفس من صاحبه فلا بأس» (١).

و إطلاق الخبر و إن شمل صورتى وقوع الصلح بمقدار الحق و عدمه، إلّا أنه مقيد بالصوره الثانيه و كون المصالح به أقل؛ التفاتاً إلى أنه الغالب دون المساوى و الزائد، فيرجع فيهما إلى عموم أدلّه جواز الصلح، و يقتصر فى تخصيصها بالخبر على الغالب المتيقن منه دون النادر.

و يختصّ فساد الصلح فيه بالباطن دون الظاهر؛ لصحته، كما مرّ، لعدم العلم بكون من عليه الحق مبطلاً خادعاً فى صلحه و احتمال كونه محققاً، فيكون حاله مشتبهاً، فلا يكون صلحه باطلاً فى الظاهر، و إن كان على مجهول.

نعم، لو انكشف أمره ظاهراً بعد الصلح بحيث علم مقدار الحق و زيادته على ما صالح عليه بالبينه أو اعترف من عليه الحق بذلك اتّجه بطلان الصلح ظاهراً و باطناً.

هذا إذا لم يكن من له الحق قد رضى باطناً بالصلح بالأقل.

أما لو رضى به باطناً كان الصلح صحيحاً فى نفس الأمر أيضاً، وفقاً للتذكرة و المسالك و جماعه (٢)، فلا يجوز للمستحق حينئذٍ أخذ ما زاد عن مال الصلح و إن علم الزيادة؛ لحصول الرضاء منه بذلك الأقل عوضاً عن حقه و إن كثر، فيكون العبره فى إباحه الباقي بالرضاء الباطنى لا بالصلح؛ و يمكن الاستدلال عليه بإطلاق الصحيحه المتقدمه.

و لو انعكس الفرض بأن كان المستحق عالماً بقدر الحق و الغريم

ص: ٣٠٥

١- التهذيب ٢٠٦/٤٧١:٤، الوسائل ١٨:٤٤٦ أبواب أحكام الصلح ب ٥ ح ٣.

٢- التذكرة ١٧٩:٢، المسالك ١:٢٦٧؛ و انظر مفاتيح الشرائع ٣:١٢٢، و الكفايه ١١٧:١، و الحدائق ٢١:٩١.

جاهلاً و يريد التخلّص منه، فإن كان بقدر الحق أو دونه جاز، إجماعاً.

و كذا إذا كان زائداً عليه مع رضا الغريم به باطناً؛ لما مضى من أنّ العبرة حينئذ في إباحه ذلك الزائد بالرضا الباطني به لا بالصلح، و أما مع عدمه فلا يصح في الباطن، كما في المسالك و غيره (١).

و هو عقد لازم من طرفيه مستقل بنفسه مطلقاً، على الأقوى، وفاقاً لأكثر أصحابنا، بل عليه كافه المتأخرين منّا، بل عن التذكرة و السرائر (٢) عليه إجماعنا؛ و هو الحجه، مضافاً إلى أدله لزوم الوفاء بالعقود كتاباً و سنه.

خلافاً للطوسي، فجعله تاره بيعاً مطلقاً (٣).

و يدفعه عدم اشتراطه بشرائطه التي منها معلوميه المبيع، و ليست هنا بمشروطه اتفاقاً فتوى و روايه، كما مضى.

و أخرى فرعاً له إذا أفاد نقل العين بعوض معلوم، و للإجاره إذا وقع على منفعه معلومه بعوض معلوم، و للعاريه إذا تضمّن منفعه بغير عوض، و للهبه إذا تضمّن ملك العين بغير عوض، و للإبراء إذا تضمّن إسقاط دين؛ استناداً إلى إفادته فائدتها حيث يقع على ذلك الوجه، و حينئذ فيلحقه حكم ما لحق به (٤).

و فيه: أن إفاده عقد فائده آخر لا تقتضى الاتحاد، كما لا تقتضى القسمة و الهبه بعوض معيّن اتّحادهما مع البيع.

ص: ٣٠٦

١- المسالك ١:٢٦٧؛ و انظر المفاتيح ٣:١٢٢.

٢- التذكرة ٢:١٧٧، السرائر ٢:٦٤.

٣- الخلاف ٣:٣٠٠.

٤- كما في المبسوط ٢:٢٨٨.

و حيث صحّ لا يبطل إلّا ب الفسخ و التقايل فيفسخ به، بلا خلاف، بل عليه في شرح الإرشاد الإجماع (١)؛ و هو الحجة، مضافاً إلى أدلّه استحباب الإقاله مع تضمنها أكل مال بطيبه نفس و تجاره عن تراض.

و لو اصطلاح الشريكان على أن يكون الخسران على أحدهما و الربح له و للآخر رأس ماله خاصّه صحّ بلا خلاف إذا كان ذلك بعد انقضاء الشركه و إرادته فسخها، ليكون الزيادة مع من هي معه بمنزله الهبه و الخسران على من هو عليه بمنزله الإبراء؛ لعموم الأدلّه.

و للمعتبره، و فيها الصحيح و غيره: في رجلين اشتركا في مال فربحا فيه ربحاً و كان من المال دين و عين، فقال أحدهما لصاحبه: أعطني رأس مالي و لك الربح و عليك التوى، فقال: «لا بأس إذا اشترطا» (٢).

و ليس فيها كالعباره و ما ضاهاها من عبار الجماعه عموم الحكم بالصحه لصوره اشتراط ذلك في عقد الشركه أو بعده و إن لم يرد القسمه؛ لظهور سياق الروايه فيما قيدنا به العباره من تعقّب القول بأن الربح و الخسران لأحدهما و رأس المال للآخر للشركه و حصوله بعدها و بعد إرادته القسمه، لقوله فربحا ربحاً، و أعطني رأس المال.

و ليس في قوله: «إذا اشترطا» منافاه لذلك؛ لاحتمال أن يكون المراد منه: إذا تراضيا رضا يتعقّب اللزوم بوقوعه في عقد لازم، كعقد صلح و نحوه.

ص: ٣٠٧

١- مجمع الفائده و البرهان ٩: ٣٤٠.

٢- الكافي ٥: ١/٢٥٨، الفقيه ٣: ٦٣٧/١٤٤، التهذيب ٦: ٤٧٦/٢٠٧، الوسائل ١٨: ٤٤٤ أبواب أحكام الصلح ب ٤ ح ١؛ بتفاوت.

و ليس المراد إذا اشترطا في عقد الشركه كما توهم؛ لاختصاصه حينئذ بنفى البأس في صورته وقوع الشرط فيه، بل و دلالة بمفهوم الشرط على ثبوته مع وقوعه في غيره، و لا قائل بهما، فتعين كون المراد ما ذكرنا.

و وجه اشتراطه عليه السلام ذلك خلؤ السؤال عن بيان رضاء الآخر، و إنما غاية الدلالة على صدور القول من أحدهما.

و نحوها العبارة في عدم العموم للصوره المذكوره؛ لأن اشترط ذلك فيها لا يسمّى صلحاً، بل اشترطاً. بقي الكلام في صحته حيث حصل.

قيل: نعم، كما عن الشيخ و جماعه (١)؛ زعماً منهم عموم الروايه لمثله، مضافاً إلى عموم: «المؤمنون عند شروطهم» (٢).

و يضعف الأول: بما مرّ. و الثاني: بمخالفه مثل هذا الشرط لمقتضى الشركه من تبعيه الربح لرأس المال كالخساره، فيكون مخالفاً للكتاب و السنه، فيكون فاسداً بالإجماع و المعترف.

و ليس مثل هذا الشرط كاشترط الخيار في عقد البيع و نحوه في المنافاه لمقتضى العقد، لأنه اللزوم، و اشترطه يوجب التزلزل المنافى له فينتقض به؛ لصحته إجماعاً، و ذلك لأن مقتضى عقد البيع إنما هو الانتقال خاصّه و إنما اللزوم من صفاته و كفياته الخارجه، فاشترط الخيار ليس بمناف لمقتضاه البتّه. و لا كذلك عقد الشركه، فإنه ليس له مقتضى سوى ما مرّ، و حيث اشترط خلافه لم يبق للشركه معنىً بالكليه، و يكون بمنزله

ص: ٣٠٨

١- نقله عنهم الشهيد الثاني في الروضه ١٧٧: ٤.

٢- الوسائل ١٨: ١٦ أبواب الخيار ب ٦ الأحاديث ١، ٢، ٥، و فيها: المسلمون، و كذا في صحيح البخارى ٣: ١٢٠، و سنن الترمذى ٢: ١٣٦٣/٤٠٣.

العقد للشئ بشرط عدمه، كما أن البيع المشترط فيه عدم الانتقال كذلك، لمنافاه الشرط لمقتضاه البتة.

فإذا القول بعدم الصحة في غايه القوه وفقاً للدروس و المحقق الثاني و الروضه (1)،و هو أيضاً مختار المصنف، كما سيأتى إليه الإشارة،و هو شاهد آخر على اختصاص العبارة بما قدّمناه من الصوره الخاصه دون الصورتين الأخيرتين المتّجه فيهما عدم الصحة.

و أما ما ربما يقال في توجيه الصحة من أن غايه منافاه هذا الشرط لمقتضى العقد بطلان الشركه،و هو غير ملازم لبطلان الشرط،فقد يكون ذكره في عقدها كناية عن إرادته الإقراض دونها.

فالمناقشه فيه واضحه،أما أولاً:فلعدم قصدهما إلى الإقراض بالبديهه.

و أمّا ثانياً:فلأن الإقراض يستعقب عدم جواز الرجوع إلى عين المال مطلقاً و لو قبل المزج اتفاقاً،و مقتضى عقد الشركه جواز الرجوع،حيث إنه من العقود الجائزه،كما سيأتى إليه الإشارة (2)،و كلّ من قال بصحة هذا الشرط يلتزم بهذا المقتضى،فصرف العقد عن هذا المقتضى إلى غيره مما لا يقتضيه و لم يقل به أحد،و لم يقصده المتعاقدان بهذا الشرط لا وجه له بالمره.

و حيث كان الصلح مشروعاً لقطع التنازع بين المتخاصمين بحسب أصله و إن صار بعد ذلك أصلاً مستقلاً بنفسه لا يتوقف على سبق خصومه

ص: ٣٠٩

---

١- الدروس ٣:٣٣٣،المحقق الثاني في جامع المقاصد ٥:٤١٣،الروضه ٤:١٧٧.

٢- في ص: ٣٢٨.

اعتاد المصنفون أن يذكروا أحكاماً من التنازع في الكتاب، وأشار الماتن إلى بعضها بقوله:

و لو كان بيد اثنين درهمان فقال أحدهما:هما لى، وقال الآخر:

هما بينى و بينك و لا بينه لأحدهما فلمدعى الكل درهم و نصف، و للآخر ما بقى للمعتبرين كالصحيحين، بالشهره و تضمّن سندیهما ابن أبى عمير و عبد الله بن المغيرة المدعى على تصحيح رواياتهما إجماع أصحابنا، فلا يضرّ إرسالهما، مع كونه فى أحدهما عن غير واحد الملحق بالصحيح على الأقوى: فى رجلين كان معهما درهمان، فقال أحدهما:

الدرهمان لى، و قال الآخر: هما بينى و بينك، فقال عليه السلام: «أما الذى قال:

هما بينى و بينك، فقد أقرّ بأن أحد الدرهمين ليس له فيه شىء و أنه لصاحبه، و يقسّم الدرهم الثانى بينهما نصفين» (١). و قريب منه الثانى (٢).

و إطلاقهما كالعبارة و غيرها من عبار الجماعه يشمل صورتى دعوى الثانى للدرهم معيّناً أو مشاعاً، و كذا وقوع القسمة بعد حلف كلّ منهما على استحقاقه النصف الذى يأخذه أو قبله.

خلافاً للدروس و التنقيح فى الأوّل (٣)، فخصّياً الحكم بتنصيف الدرهم الثانى خاصّه دون الأوّل بصورة دعوى الثانى له معيّناً، و استقرباً فى صوره الدعوى له إشاعه قسمة الدرهمين نصفين، و يحلف الثانى للأوّل؛ التفاتاً إلى القاعدة، نظراً إلى أن النصف فى الحقيقه بيد الأوّل و النصف بيد الثانى، فمدعى التمام خارج بالنسبه إلى الثانى، فيكون اليمين عليه و البيئه

ص: ٣١٠

١- الفقيه ٥٩/٢٢، التهذيب ٣: ٤٨١/٢٠٨، ٨٠٩/٢٩٢، الوسائل ١٨: ٤٥٠ أبواب أحكام الصلح ب ٩ ح ١ و ذيله.

٢- الفقيه ٥٩/٢٢، التهذيب ٣: ٤٨١/٢٠٨، ٨٠٩/٢٩٢، الوسائل ١٨: ٤٥٠ أبواب أحكام الصلح ب ٩ ح ١ و ذيله.

٣- الدروس ٣: ٣٣٣، التنقيح ٢: ٢٠٣.

و للتذكرة و جماعه (1) في الثاني، فذكروا أن القسمه بعد الحلف، و أن من نكل منهما قضى به للآخر، و لو نكلا معاً أو حلفاً معاً قسّم الدرهم المتنازع فيه بينهما نصفين؛ رجوعاً إلى قاعده التنازع، و جمعاً بينهما و بين الخبرين هنا.

و لعلّه كالأول غير بعيد، و إن كان في تعيينهما نظر، فالأول: بظهور الخبرين و كلمه الأصحاب في الدعوى مشاعاً لا معيناً، فيكون بالإضافة إلى القاعده خاصاً، فليقدم.

و الثاني: بعدم تماميه إحلاف كلّ منهما في صوره دعوى الثاني الدرهم مشاعاً؛ لا اختصاص الحلف حينئذ بالثاني و توجه البيئه إلى الأول، و مع ذلك يستحق بعد الحلف تمام الدرهم لا النصف، كما مرّ، فتأمل.

ثم إنّ كلّ إذا كان الدرهمان بيدهما معاً دون ما إذا كانا بيد أحدهما أو ثالث لخروجهما عن الروايه و فتوى الجماعه، فلا بدّ فيهما من الرجوع إلى القاعده و يحكم فيهما لدى اليد مع حلفه على عدم استحقاق الآخر، فإن كان مدعى الدرهمين كانا له مع حلفه للآخر على عدم استحقاقه شيئاً.

و كذا إن كان مدعى الدرهم لكن يردّ درهماً و يحلف على عدم استحقاق الآخر الدرهم الثاني، و إن كان ثالثاً فكهما إن كذّبهما فيحلف لهما و يقرّ في يده الدرهمان، و كأحدهما إن أقرّ له و صدّقه.

و كذا لو أودعه إنسان درهمين و إنسان آخر درهماً فامتزجت لا عن تفريط من الودعى و تلف واحد من الدراهم و لم يعلم من أيّهما



بيّنه ولا إقرار فلصاحب الاثنين درهم و نصف، و للآخر ما بقى على المشهور بين الأصحاب.

للخبر: فى رجل استودع رجلاً دينارين و استودعه آخر ديناراً فضاع دينار منهما، فقال: «يعطى صاحب الدينارين ديناراً و يقتسمان الدينار الباقي بينهما نصفين» (١).

و يشكل هنا مع ضعف السند بأن التالف غير محتمل كونه لهما، بل من أحدهما خاصّه؛ لامتناع الإشاعه هنا، فكيف يقسم الدرهم بينهما مع أنه مختصّ بأحدهما قطعاً؟. و الذى يقتضيه النظر و يشهد له الأصول الشرعيه القول بالقرعه فى أحد الدرهمين، و مال إليه الشهيذان (٢)، و لكنهما لم يجسرا على مخالفه الأصحاب.

و هو فى محله؛ لجبر السند و المخالفه للقواعد بعملهم، مع كون الراوى ممن حكى الطوسى إجماع العصابه على تصحيح ما يصحّ عنه (٣)، و قال بثقته جماعه (٤).

و القول فى اليمين كما مرّ من عدم تعرّض الأصحاب له، فجاز أن يكون الصلح فيهما قهرياً و جاز أن يكون اختيارياً، فإن امتنعا عنه فاليمين، و ربما امتنع هنا إذا لم يعلم الحالف عين حقّه.

ص: ٣١٢

- 
- ١- الفقيه ٣:٦٣/٢٣، التهذيب ٦:٤٨٣/٢٠٨، الوسائل ١٨:٤٥٢ أبواب أحكام الصلح ب ١٢ ح ١.
  - ٢- الدروس ٣:٣٣٤، الروضه ٤:١٨٤.
  - ٣- عدّه الأصول ١:٣٨٠.
  - ٤- منهم: المحقق فى المعتبر ١:٢٥٢، و المسائل الغريبه على ما نقله عنها فى منتهى المقال ٢:٤٢.

و احترز بالمزج لا عن تفريط عما لو كان بتفريط، فإنّ الودعي يضمن التالف فيضمّ إليهما و يقتسمانها من غير نقص، و قد يقع مع ذلك التعاسر على العين فيتجه القرعه.

و لو كان بدل الدرهم مالا يمتزج أجزاءه بحيث لا يتميز و هما متساويان كالحنطه و الشعير، و كان لأحدهما قفيزان مثلاً و للآخر قفيز و تلف قفيز بعد امتزاجهما بغير تفريط فالتالف على نسبة المالين، و كذا الباقي، فيكون لصاحب القفيزين قفيز و ثلث، و للآخر ثلثا قفيز، و الفرق أن الذاهب هنا عليهما معاً، بخلاف الدرهم؛ لأنه مختص بأحدهما قطعاً.

و لو كان لواحد ثوب اشتراه بعشرين درهماً و للآخر ثوب اشتراه بثلاثين درهماً فاشتبهها، فإن خيّر أحدهما صاحبه فقد أنصف كما في النص و إلّا تخيّر بل تعاسرا بيعاً و قُسم الثمن بينهما أخماساً و يعطى صاحب الثلاثين ثلثه و الآخر اثنين، وفاقاً للمعظم، كما في الدروس (١)، و نسبه في المسالك و شرح الإرشاد للفاضل الأردبيلي (٢) إلى المشهور؛ للخبر المروى في التهذيب و الفقيه، عن الحسين بن أبي العلاء، عن إسحاق بن عمار قال: قال أبو عبد الله عليه السلام في الرجل يبضعه الرجل ثلاثين درهماً في ثوب و آخر عشرين درهماً في ثوب، فبعث الثوبين فلم يعرف هذا ثوبه و لا هذا ثوبه، قال: «يباع الثوبان فيعطى صاحب الثلاثين ثلثه أخماس الثمن، و الآخر خمسى الثمن» قال: قلت: فإن صاحب العشرين قال لصاحب الثلاثين: اختر أيهما شئت، قال: «قد أنصفه» (٣).

ص: ٣١٣

١- الدروس ٣:٣٣٢.

٢- المسالك ١:٢٦٨، مجمع الفائدة و البرهان ٩:٣٤٥.

٣- الكافي ٧:٢/٤٢١، الفقيه ٣:٦٢/٢٣، التهذيب ٦:٤٨٢/٢٠٨، المقنع ١٢٣، الوسائل ١٨:٤٥١ أبواب أحكام الصلح ب ١١ ح ١.

خلافاً للحلّى (١)، فالقرعه؛ فإنها لكل أمر مشكل.

و استحسناها فى المسالك (٢)، و لعله لعموم أدلتها، و التأمل فى سند الروايه بالقطع فى التهذيب و الضعف فى الفقيه.

و يضعف بالانجبار بالشهره المحكيه فى الدروس و غيره و كلامه.

مع احتمال صحه طريق الصدوق إلى الراوى كما يظهر من الفهرست (٣)، و إن ضعف فى الفقيه بسعدان بن مسلم و غيره كما فى الروضه (٤)، و يحتمل الصحه أيضاً فى طريق الشيخ، كما يظهر من كتابه المشار إليه، بناءً على الاكتفاء فيها بالظنون الاجتهاديه، فتكون الروايه حسنه، فلا شبهه معها توجب القرعه.

و للتذكره، ففضّل بين ما لو بيعا مجتمعين فالأول، للشركه الإجباريه، كما لو امتزج الطعامان، و إن بيعا منفردين متساويين فلكل واحد منهما ثمن ثوب، و إن تفاوتا فالأكثر لصاحبه بناءً على الغالب (٥).

و هو اجتهاد فى مقابله النصّ المعبر، مع تطرّق الإشكال إليه بعدم دليل على اعتبار الغلبه التى غايتها إیراث المظنه خاصّه فى نحو المسأله التى هى من قبيل الموضوعات دون الأحكام الشرعيه، فلا يكتفى فيها بالمظنه إلّا إذا قامت عليه الأدله، هذا.

ص: ٣١٤

١- السرائر ٢:٦٩.

٢- المسالك ١:٢٦٨.

٣- الفهرست: ١٥.

٤- الروضه ٤:١٨٣.

٥- التذكره ٢:١٩٥.

و لقد احتمل الفاضل المقداد فى شرح الكتاب (١) حمل الخبر على امتزاج المالىن قبل الشراء و وقوع الشراء للثوبين على سبيل الشركه و أنه اشترى لهما بعنوان الإشاعه؛ و عليه يكون القول بالقرعه فى غايه القوه؛ لخروج الروايه على هذا الحمل عن موضوع المسأله.

و لكن فيه بُعد عن سياق الروايه و ما فهمه منها الجماعه، فالمصير إليها أقوى؛ لما مضى. و عليها يكون الصلح فى المقام قهرياً كسابقه.

و لا يتعدى إلى غير موردها من الثياب المتعدده و الأثمان و الأمتعه.

و يحتمل التعديه؛ لتساوى الطريق. و الأول أجود، و عليه يتعين القرعه؛ لعموم الأدله فيها، و سلامتها عما يصلح للمعارضه.

و إذا ظهر استحقاق أحد العوضين للغير، أو عدم صحه تملكه كالحزّ و نحوه بطل الصلح إذا كان معيّنًا فى العقد، بلا خلاف و لا إشكال فيه، و فى الصحه إذا كان مطلقاً، فيرجع إلى بدله كالبيع.

و لو ظهر فيه عيب فله الفسخ؛ دفعاً للضرر. و فى تحييره بينه و بين الأرش إشكال، و الأصل يقتضى العدم.

و لو ظهر غبن لا يتسامح بمثله ففى ثبوت الخيار و جهان، أجودهما ذلك، وفاقاً للشهيدىن (٢)؛ دفعاً للضرر، كما قلنا فى البيع.

ص: ٣١٥

---

١- التنقيح الرائع ٢٠٦:٢.

٢- الدروس ٣٣١:٣، الروضه ١٨٠:٤.

كتاب الشركه بكسر الشين و إسكان الراء، و فتحها فكسرها و هى تطلق على معينين.

أحدهما: اجتماع حقّ مالكين فصاعداً فى الشىء الواحد على سبيل الشيع و اجتماع الحقوق بمنزله الجنس الشامل لاجتماعها على وجه التميّز و غيره.

و المراد بالوحده الوحده الشخصيه، لا الجنسيه و لا النوعيه و لا الصنفيه؛ لعدم تحقّق الشركه فيها مع تعدّد الشخص. و بالواحد الواحد فيما هو متعلّق للشركه، فلا ينافيه التعدّد؛ لصدق الاجتماع بالمعنى المذكور فى كلّ فرد من أفراد المتعدّد.

و بقوله: على سبيل الشيع، خرج اجتماع حقوقهم فى الشىء الواحد المركّب من أجزاء متعدّده كلّ جزء يستحقّه واحد.

و ثانيهما: عقدٌ ثمرته جواز تصرف الملاك للشىء الواحد على سبيل الشيع، و هذا هو الذى به تندرج الشركه فى جمله العقود و يلحقها الحكم بالصحه و البطلان دون الأوّل.

و لا خلاف فى معينين، و إنكار بعض المتأخّرين (1) للثانى بناءً على عدم الدليل على كونها عقداً مع مخالفته لإجماع فى الظاهر مضعّف

ص: ٣١٦

بدلاله ثمرته من جواز التصرف المطلق أو المعين المشترك على ذلك؛ بناءً على مخالفتها بقسميها سيمًا الثاني الأصل؛ لحرمة التصرف في مال الغير بدون إذنه، فيقتصر فيها على القدر المتيقن، وهو ما دلّ عليها صريحاً من الجانبين، كما تبّه عليه في التذكرة (١)، و عليه يصحّ إطلاق العقد عليه.

و أما الاكتفاء فيها بمجرد القرائن الدالّة عليها، أو الألفاظ الغير الصريحه فيها فلا دليل عليه.

و على فرض وجوده كما يدعى من ظاهر النصوص، مع عدم دلالتها عليه أصلاً فلا- ريب في مغايره هذا المعنى للأوّل أيضاً؛ لحصول الأوّل بامتزاج المالين قهراً من دون رضا المتشاركين، وهو غير الامتزاج مع الرضا به و بالتصرف في المالين مطلقاً أو مقيداً على حسب ما يشترطانه، فإنكاره رأساً فاسد جداً.

و لا- ينافى التغاير دخول الثاني في الأوّل دخول الخاص في العام و أنه من أفرادها؛ لمغايرتهما في الجملة قطعاً، و هو كافٍ في أفراد الخاصّ عن العام في الإطلاق.

ثم إنها بالمعنى الأوّل قد تكون في عين، و هو ظاهر، و منفعه كدار استأجرها أو عبدٍ اوصى بخدمته لهما، و حقّ كشفه و خيار و رهن.

و سببها قد يكون إرثاً و عقداً، و هما يجريان في الثلاثه، فتحصل بإرثهما مالاً أو منفعه دار مثلاً استأجرها مورّثهم أو حق شفعه أو خيار، و بشرائهما داراً بعقد واحد، و بشراء كلّ واحد منهما جزءاً مشاعاً منها و لو على التعاقب، و باستيجارهما إياها، و بشرائهما بخيار لهما، و حيازة لبعض

ص: ٣١٧

المباحات دفعه بأن يشتركا في نصب حباله و رمى سهم مثبت، فيشتركان في ملك الصيد، و مزجاً لأحد ماليهما بالآخر بحيث لا يتميز، و لا- يجريان إلّا في العين، و يمكن الفرض الأخير في المنفعة بأن يستأجر كلّ منهما دراهم للترتين بها حيث نجوّزه متميّزه ثم امتزجت بحيث لا يتميّز.

و لا تصحّ الشركه في الأموال إلّا مع امتزاج المالين المتجانسين على وجه لا يمتاز أحدهما عن الآخر بأن يتّفقا في الوصف زياداً على الاتفاق في الجنسيه، بلا خلاف فيه عندنا، بل عليه في الغنيه و عن الخلاف و السرائر و التذكره (١) إجماعاً.

فلو لم يمتزجا، أو امتزجا بحيث يمكن التمييز و إن عسر، كالحنطه بالشعير، أو الحمراء من الحنطه بغيرها، أو الكبيره الحبّ بالصغيره، و نحو ذلك فلا اشتراك.

و لا فرق في الامتزاج بين وقوعه اختياراً أو اتفاقاً، و في المالين بين كونهما من الأثمان أو العروض، إجماعاً من الأئمّه في الأثمان، و من الأصحاب في العروض، كما في التذكره (٢).

و ظاهره الإجماع على عدم الفرق في الأعراض بين ذوات القيم و الأمثال، و حصول الشركه فيهما بالمزج بالشرط المتقدّم، مع أن الماتن في الشرائع صار إلى الفرق بينهما، فممنع تحقق الشركه بالمزج في ذوات القيم (٣)، وفاقاً للمبسوط و الإسكافي إلّا أنه أطلق (٤) و لكنه معلوم النسب

ص: ٣١٨

١- الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٥٩٥، الخلاف ٣: ٣٢٧، السرائر ٢: ٣٩٨، التذكره ٢: ٢٢١.

٢- التذكره ٢: ٢٢٢.

٣- الشرائع ٢: ١٢٩.

٤- المبسوط ٢: ٣٤٦، و حكاه عن الإسكافي في المختلف: ٤٨٠.

فلا يقدح خروجه في الإجماع.

و مع ذلك يضعف بتحقق المزج على الوجه المتقدم في كثير منها، كالثياب المتعدّده المتقاربه الأوصاف، و الخشب كذلك، و نحوهما، فيستحق الشركه؛ فإن ضابطها حصول المزج مع عدم الامتياز، و لا خصوصيه للقيمي و المثلي في ذلك، و قد حصل.

و متى تحققت الشركه فيها (١) فإن علم قيمه ما لكل واحد منهما كان الاشتراك على نسبه قيمه، و إلّا ففي الحكم بالتساوي، كما في التذكره (٢)، أتكالاً على الأصل، أو الرجوع إلى الصلح، كما في المسالك و غيره (٣) قولان، أجمدهما الثاني، إلّا مع التعاسر و عدم الرضا بالصلح، فيمكن الأوّل.

و لو قلنا بمنع الشركه في القيمي بالمزج فطريق التخلّص من المنع و الحيله لتحصيل الشركه فيه أن يبيع كلّ منهما حصّته مما في يده بحصّته مما في يد الآخر، أو يتواهاها الحصص، أو يبيع حصّته بثمر معيّن من الآخر و يشتري حصّه الآخر بذلك الثمن، و غير ذلك من الحيل.

و تجرى في المثلي أيضاً حيث لا يقبل الشركه بالمزج بتغاير الجنس أو الوصف.

و اعلم أن المستفاد من كلام الأصحاب في المقام سيّما كلام الفاضل في التذكره (٤) في دعواه الإجماع على حصول الشركه بمزج العروض

ص: ٣١٩

١- أي: في العروض القيميّه. (منه رحمه الله).

٢- التذكره ٢:٢٢٢.

٣- المسالك ١:٢٧٥؛ و انظر مجمع الفائده و البرهان ١٠:١٩٨.

٤- التذكره ٢:٢٢٢.



و الأثمان مزجاً لا- يتميز معه المالان عدم اشتراط عدم التميز في نفس الأمر، بل يكتفى بعدمه في الظاهر و إن حصل في نفس الأمر.

و هو منافٍ لما ذكره في التعريف من أنها اجتماع الحقوق على الإشاعه، فإن الظاهر منها حيث تطلق أن لا يفرض جزء إلاً و فيه حقّ لهما، و به صرح الفاضل المقداد في شرح الكتاب (1)، بل صرح فيه بعدم حصول الشركه بمزج الحنطه و الذره و الدخن و السمسم و نحوها بمثلها، بل حصرها في مزج مثل الأذقه و الأدهان بمثلها.

و لكن الظاهر عدم استقامه ما ذكره على طريقه الأصحاب؛ لاتفاهم في الظاهر و به صرح الفاضل كما مرّ على عدم اشتراط عدم تميز النفس الأمرى، مع أن اشتراطه في نحو الأثمان مخالف لطريقه المسلمين في الأعصار و الأمصار، لأنهم لا يزالون يتشاركون فيها من زمن النبي صلى الله عليه و آله إلى زماننا هذا من غير تكبير في صقع من الأصقاع أو عصر من الأعصار، فكان إجماعاً، و قد تبه عليه في التذكرة.

بقى الكلام في التوفيق بين التعريف و ما هنا، و الخطب سهل بعد الإجماع على ما هنا؛ لعدم الدليل على ما في التعريف من اعتبار الإشاعه بالمعنى المتقدم، مع احتمال إرادتهم منها هنا عدم التميز المطلق.

و كيف كان، فهذه الشركه حيث كانت على جهه الاختيار و قصد التجاره هي الشركه العنائيه، و هي مجمع عليها بين المسلمين كافة، كما في الغنيه و عن التذكرة (2)، و به صرح جماعه (3)، و النصوص بها مع ذلك

ص: ٣٢٠

١- التنقيح الرائع ٢٠٠٨: ٢.

٢- الغنيه (الجوامع الفقهيّه): ٥٩٦، التذكرة ٢٢٠: ٢.

٣- منهم: المحقق الثاني في جامع المقاصد ٨: ١٠، و الشهيد الثاني في الروضه ٤: ١٩٨، و الفاضل المقداد في التنقيح الرائع ٢٠٠٩: ٢.

مستفيضه، منها الصحيح: عن الرجل يشارك في السلعه؟ قال: «إن ربح فله، وإن وضع فعليه» (١).

والموثق: عن الرجل يشتري الدابة و ليس عنده نقدها، فأتى رجلاً من أصحابه فقال: يا فلان انقد عني ثمن هذه الدابة و الربح بيني و بينك، فنقد عنه فنفتت الدابة، قال: «ثمنها عليهما لأنه لو كان ربحاً لكان بينهما» (٢) و بمعناه غيره (٣).

إلى غير ذلك من الأخبار الكثيره، و سيأتي إلى جملة منها الإشاره.

و لا ينعقد الشركه بالأبدان و الأعمال بأن يتعاقدا على أن يعمل كلّ منهما بنفسه و يشتركا في الحاصل، سواء اتفق عملهما قدراً أو نوعاً، أم اختلف فيهما أو في أحدهما، و سواء عملاً في مال مملوك أم في تحصيل مباح؛ لأن كل واحد متميز ببدنه و عمله فيختص بفوائده، كما لو اشتركا في مالين متميزين.

و لو اشتركا كذلك فحصولاً كان لكل واحد ما حصل و هو أجره عمله إن تميز أحد المحصولين عن الآخر، و إلا فالحاصل لهما و يصطلحان.

و كذا لا- أصل لشركه الوجوه و هي أن يشترك اثنان و جيهان لا مال لهما بعقد لفظي لبيتاعا في الذمه على أن ما يبتاعه كلّ منهما يكون بينهما، فيبيعان و يؤديان الأثمان و ما فضل فهو بينهما.

أو أن يبتاع وجيه في الذمه و يفوض بيعه إلى حامل على أن يكون

ص: ٣٢١

- 
- ١- التهذيب ٧: ١١٧/١٨٥، الوسائل ٥: ١٩ أبواب أحكام الشركه ب ١ ح ١.
  - ٢- التهذيب ٧: ١٨٤/٤٣، الوسائل ٥: ١٩ أبواب أحكام الشركه ب ١ ح ٢.
  - ٣- التهذيب ٧: ٨٢٢/١٨٦، الوسائل ٦: ١٩ أبواب أحكام الشركه ب ١ ح ٣.

الربح بينهما.

أو أن يشترك وجيه لـ مال له و خامل ذو مال ليكون العمل من الوجيه و المال من الخامل، و يكون المال في يده لا يسلمه إلى الوجيه و الربح بينهما.

أو أن يبيع الوجيه مال الخامل بزيادة ربح ليكون بعضه له.

و لا المفاوضات و هي أن يشترك شخصان فصاعداً بعقد لفظي على أن يكون بينهما ما يكتسبان و يربحان، و يلتزمان من غرم و يحصل لهما من غنم، فيلتزم كل منهما للآخر مثل ما يلتزمه من أرش جنايه، و ضمان غصب، و قيمه متلف، و غرامه ضمان و كفاله، و يقاسمه فيما يحصل له من ميراث، أو يجده من لقطه و ركاز، و يكتسبه في تجاره، و نحو ذلك، و لا يستثنيان من ذلك إلا قوت يوم و ثياب بدن و جاريه يتسرى بها.

و هذه الثلاثه بمعانيها باطله بإجماعنا، كما في الغنيه و الانتصار و المختلف و التذكرة و التنقيح و المهذب البارع و المسالك و الروضه، و غيرها من كتب الجماعه (١)؛ و هو الحججه.

مضافاً إلى الأصل، و حديث نفى الغرر و الضرر (٢)، مع عدم دليل على الصحه من كتاب أو سنه سوى الأمر بالوفاء بالعقود و الشروط، و هو ليس على ظاهره في الشركه، لأنها من العقود الجائزه، كما سيأتي إليه

ص: ٣٢٢

---

١- الغنيه (الجوامع الفقيهه): ٥٩٦، الانتصار: ٢٢٩، المختلف: ٤٧٩، التذكرة: ٢: ٢٢٠، التنقيح ٢: ٢١٠، المهذب البارع ٢: ٥٤٥، المسالك ١: ٢٧٥، الروضه ٤: ١٩٩؛ و انظر جامع المقاصد ٨: ١٠، و إيضاح الفوائد ٢: ٢٩٩.

٢- الوسائل ٢٥: ٤٢٧ أبواب إحياء الموات ب ١٢ الأحاديث ٥، ٤، ٣؛ و انظر سنن الدارقطني ٤: ٨٣/٢٢٧، و سنن ابن ماجه ٢: ٣٣٧، ٢: ٢٣٤٠/٧٨٤، و مسند أحمد ٥: ٣٣٧.

و مجرد التراضى لا- يوجب مخالفه الأصل، و لزوم انتقال فائده كلّ واحد استحقتها بعمله أو ماله إلى الآخر، سيّما مع تفاوت فائدتها بالزيادة و النقيصه؛ إذ لا دليل على اللزوم بمجرد التراضى، بل غايته الإباحه، و ليست بثمره الشركه.

مع أن حصولها بمجرد مع جهل المتعاقدين بالفساد محلّ مناقشه، سيّما مع ندامتهما أو أحدهما عمّا فعله و التزمه، فإن الإباحه حينئذ بمجرّد التراضى السابق غير معلومه، لا بتناؤه على توهمهما الصحه، و لذا صرّح الأصحاب بعدم إفاده العقود الفاسده الإباحه مع حصول رضا الطرفين بها؛ نظراً منهم إلى ابتناؤه على توهم الصحه، فلعلّهما لو علما بالبطلان لم يرضيا، و مثل هذا الرضا ليس برضاً مبيح لأكل مال الغير بالبديهيه.

فمناقشه بعض متأخّرين متأخّرينا فى المسأله و احتمال الصحه (٢) تبعاً للعامه فى الثلاثه، و الإسكافى (٣) فى أولها خاصّه عجيبه.

نعم لو علما بالفساد و تشاركا جاز بلا إشكال، إلّا أنّ لهما الرجوع ما دامت العين باقيه، و مع ذلك خارج عن مفروض المسأله، فإن ذلك استحلال بالإباحه دون عقد الشركه.

و إذا تشاركا شركه العنان و تساوى المالان فى القدر فالربح بينهما سواء، و لو تفاوتتا فيه فالربح كذلك أى متفاوت بحسب تفاوت المالين، فالزائد منه لربّ الزائد منهما.

ص: ٣٢٣

١- فى ص: ٣٢٨.

٢- مجمع الفائده و البرهان ١٩٣: ١٠.

٣- كما نقله عنه فى المختلف: ٤٧٩.

و كذا الخسران يوزع على المتشاركين بالنسبه إلى المالين فمتساوياً مع التساوى و بالنسبه مع التفاوت.

بلا خلاف و لا إشكال فى شىء من ذلك فتوى و نصاً.

و إطلاق العبارة و غيرها فى تفاوت المالين يشمل صورتى مساواتهما فى العمل و عدمها، و ظاهر المسالك أن عليه اتفاقنا (١)، و حكى فى الأولى الخلاف عن بعض العامة، حيث منع من الشركه مع عدم استواء المالين فى القدر مع اتفاقهما فى العمل، و ضعفه بأن المعتبر فى الربح المال و العمل تابع فلا يضر اختلافه، كما يجوز مع تساويهما فى المال عند الكلّ و إن عمّل أحدهما أكثر.

و لو شرط أحدهما فى الربح زياده عما يستحقه بنسبه ماله فالأشبه وفاقاً للمبسوط و الخلاف و القاضى و الحلّى و ابن زهره العلوى (٢) مدّعياً فيه الإجماع، و نسبه سابقه إلى الأكثر أن الشرط لا يلزم لأنّ الزيادة الحاصله فى الربح لأحدهما ليس فى مقابلها عوض، و لا - وقع اشتراطها فى عقد معاوضه لتنضمّ إلى أحد العوضين، و لا اقتضى تملكها عقد هبه، و الأسباب المثمره للملك معدوده، و ليس هذا أحدها، فيبطل الشرط، هذا.

مضافاً إلى الأصل، و الإجماع المحكى المعتضد بالشهره المحكيه فى كلام الحلّى.

ص: ٣٢٤

١- المسالك ١: ٢٧٦.

٢- المبسوط ٢: ٣٤٩، الخلاف ٣: ٣٣٢، القاضى فى جواهر الفقه (الجوامع الفقيهيه) ٤٨٧، الحلّى فى السرائر ٢: ٤٠٠، ابن زهره فى الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٥٩٦.

خلافاً للفاضل و والده و ولده (١)، فحكموا باللزوم تبعاً للمرتضى (٢)، مدّعياً الإجماع عليه؛ و هو الحجة عندهم، مضافاً إلى عمومي الأمر بالوفاء بالعقود، و لزوم الشروط، و قوله سبحانه إلاً أن تكون تجارة عن تراض [١] (٣). و في الجميع نظر؛ لاندفاع الإجماع بالإجماع المتقدم الذي هو أقوى منه، لا اعتضاده بفتوى الأ-كثر كما مر؛ و العمومين بعدم بقائهما على ظاهرهما من الوجوب في الشركة لكونها كما مرّ و سيأتي من العقود الجائزة المستعقبه لجواز الفسخ و الرجوع بلا ريبه، و هما ينافيان للزوم بلا شبهه؛ و الآيه يمنع كون هذا الشرط تجارة، لعدم تضمّنه معاوضه، كما مرّ.

و مجرّد التراضي غير كاف في اللزوم، بل غايته الإباحه، و لا كلام في الجواز بها، و لكنه غير مفروض المسأله؛ لعدم استناده إلى عقد الشركة، و مع ذلك الإباحه في صوره جهلهما بفساد الشرط محل مناقشه تقدم إليها الإشاره (٤).

ثم ظاهر العبارة و غيرها و صريح المحكي عن القاضي (٥) بطلان الشرط خاصه. و الأجود وفاقاً لجماعه (٦) أنه يتبعه بطلان الشركة بمعنى الإذن في التصرف؛ لا بتناؤه من كلّ منهما على صحه الشرط، فلا إذن حقيقة

ص: ٣٢٥

---

١- الفاضل و والده في المختلف: ٤٧٩، و ولده في إيضاح الفوائد ٣٠١: ٢.

٢- الانتصار: ٢٢٨.

٣- النساء: ٢٩.

٤- راجع ص: ٣٢٤.

٥- جواهر الفقه (الجوامع الفقيهيه): ٤٨٧.

٦- منهم: الشيخ في المبسوط ٣٤٩: ٢، و الشهيد الثاني في الروضه ٢٠١: ٤، و المحقق الثاني في جامع المقاصد ٢٥: ٨.

بدونها، فإن عملاً كذلك فالربح تابع للمال و إن خالف الشرط، و يكون لكل منهما أجره عمله بعد وضع ما قابل عمله في ماله.

هذا إذا اشتركا في العمل و تساويا فيه.

و أما لو كان العامل أحدهما و شرطاً الزيادة له صحَّ، بلا خلاف فيه، و في الصحه أيضاً لو كان لصاحب الزيادة زيادة عمل، كما حكاه جماعة (1)، و لكن الأول بالقراض أشبهه، لاعتبار العمل من الجانبين في الشركة.

و مع الامتزاج ليس لأحد الشركاء التصرف في المال المشترك إلا مع إذن الباقيين لقبح التصرف في مال الغير بدون إذنه عقلاً و شرعاً، و هذا الحكم جارٍ في مطلق الشركة حتى بالمعنى الأول، و سواء كان سببها المزج أو غيره، باختيارهما كانت أم بدونها، فإن الإذن في التصرف أمر زائد على مفهوم الشركة بهذا المعنى.

و من هنا يظهر ما في تخصيص العبارة الحكم بصوره الامتزاج خاصه.

و يجب أن يقتصر المأذون من التصرف على ما يتناوله الإذن عموماً أو خصوصاً، فلا يجوز له التعدي، و يضمن معه إجماعاً.

و لو كان الإذن له في التصرف في التجاره مطلقاً غير مقيد بنوع خاص منه صحَّ تصرفه كذلك بأي نوع شاء من أنواع التجاره، و ما فيه مصلحة الشركة من البيع و الشراء مرابحاً، و مساويةً، و توليةً، و مواضعاً حيث تقتضيها المصلحه، و قبض الثمن، و إقباض المثلث، و الحوالة،

ص: ٣٢٤

---

١- المحقق في الشرائع ٢:١٣٠، الفاضل المقداد في التنقيح الرائع ٢:٢١١، السبزواري في الكفاية: ١١٩.

و الاحتيايل، و الردّ بالعيب، و نحو ذلك، كما فى الوكيل المطلق.

و لا- يجوز له إقراض شىء من المال إلّما مع المصلحه، و لا- المحاباه فى البيع، و لا- المضاربه عليه؛ لأن ذلك ليس من توابع التجاره، و لا يتناوله الإطلاق.

و لو شرط الآذن فى التصرف الاجتماع فيه، أى اجتماعه أو غيره أو هما معاً مع المأذون لزم اقتصاراً فيما خالف الأصل على مورد الإذن.

و هى أى الشركه بالمعنى الأول جائزه فلا يلزم، بلا خلاف، بل عليه الإجماع فى الغنيه و عن التذكره (1)؛ و هو الحجه.

مضافاً إلى الأصل، و عدم دليل على أنه يجب على الإنسان مخالطه غيره فى ماله، مع أن الناس مسلّطون على أموالهم، و من جمله أفراد التسلّط إفراده من غيره.

و كذا الشركه بالمعنى الثانى الممتاز عن الأول مع اشتراكه له فى الأصل بتضمّنه الإذن فى التصرف للتجاره جائزه أيضاً؛ للإجماع المتقدّم، المعتضد بعدم الخلاف فى أنها فى معنى الوكاله، و هى جائزه فتكون هى أيضاً جائزه.

و بهذه الأدله تخصّص أدله الأمر بالوفاء بالعقود من الكتاب و السنه، فلكلّ منهما فسخها بمعنيها، و مطالبه القسمه، و المنع عن التصرف الذى أذن به للآخر بالكلية أو فى الجملة.

و ليس لأحد الشركاء الامتناع من القسمه عند المطالبه أى مطالبه

ص: ٣٢٧



الآخر إياها، بل تجب عليه، و مع امتناعه فله حاكم إجباره عليها، بلا خلاف، كما في المسالك (١)؛ و هو الحجة.

مضافاً إلى استلزام الامتناع الضرر على الغير و أقله سلب تسلطه على ماله الثابت له شرعاً، مع استلزامه الضرر له بوجه آخر في بعض الصور و هو منفي عقلاً و شرعاً فيجب عليه الإقدام عليها.

إلّا أنّ يتضمّن القسمة ضرراً على الممتنع أو عليهما، فلا- يجبر في المقامين مطلقاً، إلّا إذا حصل للطالب ضرر من غير جهة القسمة، فيجبر حينئذٍ إذا كان ضرره أقوى، و يقرع مع التساوى.

و لا خلاف في شيء من ذلك على الظاهر، و الأصل في المقام الأول حديث نفى الضرر، و في الثاني تضمّنه السفه أو الإسراف المنهى عنهما.

و يلحق بالضرر الدافع للجبر اشتمال القسمة على الردّ؛ لأنّه معاوضه محضه تستدعى التراضى من الطرفين، و تسمى قسمة تراض، و ما فيه الجبر قسمة إجبار.

و هل يتحقّق الضرر الدافع له بنقصان القيمة مطلقاً، أو مع التفاحش، أو بعدم الانتفاع مطلقاً، أو الذى كان مع الشركه؟ أقوال أربعة، أقواها الأوّل وفاقاً لجماعه (٢).

و لا- يلزم أحد الشريكين إقامه رأس المال و إنضاضه (٣)، بل له المطالبه بالقسمة قبله مطلقاً، طلبها الآخر منه أم لا، بلا خلاف يظهر؛

ص: ٣٢٨

١- المسالك ٢٧٧:١.

٢- منهم: الشهيد الثانى فى المسالك ٢٧٧:١، و الأردبيلى فى مجمع الفائدة ٢١١:١٠.

٣- نَصَّ المال: إذا تحوّل عيناً بعد أن كان متاعاً، لأنه يقال: ما نَصَّ بيدي منه شيء. القاموس ٣٥٨:٢، الصحاح ١١٠٧:٣.

للأصل، وفقد المانع.

ولا ضمان على أحد الشركاء ما لم يكن التلف بتعدّد وهو فعل ما لا يجوز فعله في المال أو تفريط وهو التقصير في حفظه و ما يتمّ به صلاحه، لأنه أمين والقول في التلف قوله مع يمينه، بلا- خلاف في شيء من ذلك، بل عليه الإجماع في الغنيه والروضه (١)؛ وهو الحجج.

مضافاً إلى الإجماع على أن الشركه في معنى الوكاله والحكم فيها ذلك بإجماع العلماء كآفه، كما حكاه بعض الأجله (٢).

ولو ادعى شراء شيء لنفسه أو لهما حلف وقبل بيمينه؛ لأن مرجع ذلك إلى قصده، وهو أعلم به، والاشتراك لا يعين التصرف بدون القصد، وإنما لزم الحلف مع أن القصد من الأمور الباطنه التي لا تُعلم إلّا من قبله لإمكان الاطلاع عليه بإقراره.

ولا تصحّ مؤجله إجماعاً، كما في الغنيه (٣)، إلّا أنه قال بدل لا تصحّ: لا تلزم.

قيل: المراد بصحّه التأجيل المنفيه ترتب أثرها بحيث تكون الشركه إلى الأجل لازمه؛ وإنما لم تصحّ لأنها عقد جائز كما مرّ، فلا يؤثّر التأجيل فيها، بل لكلّ منهما فسخها قبل الأجل. نعم، يترتب على الشرط عدم جواز تصرفهما بعده إلّا بإذن مستأنف؛ لعدم تناول الإذن له، فلشرط الأجل أثر في الجملة (٤). انتهى.

ص: ٣٢٩

١- الغنيه (الجوامع الفقيهه): ٥٩٦، الروضه ٤: ٢٠٣.

٢- الحدائق ٢١: ١٦٦.

٣- الغنيه (الجوامع الفقيهه): ٥٩٦.

٤- المسالك ١: ٢٧٦.

و ظاهره بقاء الشركه بمعنى جواز التصرف بالإذن إلى المدّء المضروبه، لا أنها فاسده بالكليّه. و هو حسن، لكنه منافٍ لظاهر العبارة و ما ضاهاها و المحكى عن الشيخين (١).

و يحتمل حملها على ما إذا اشترط لزومها إلى المدّء، فيتوجه عليه حينئذٍ فساد الشركه؛ لفساد الشرط بمنافاته لمقتضاها فتفسد هي أيضاً، لأن الإذن منهما في التصرف مبنى على اشتراطهما اللزوم و توهمهما صحه الشرط، و حيث فسد فسد المبنى عليه.

نعم، لو ظهر أن مرادهما من الاشتراط تحديد الإذن إلى المدّء خاصّه كان ما ذكر موجّهاً، و لعلّه مراده و إن كانت العبارة مطلقه.

و تبطل الشركه بالمعنى الثانى بالموت إجماعاً، كما فى الغنيه (٢)؛ لأنها فى معنى الوكاله، و تبطل بذلك إجماعاً فتبطل هي أيضاً.

قالوا: و فى معناه الجنون، و الإغماء، و الحجر للسفه أو الفلاس؛ و لعلّ الوجه فيه انقطاع الإذن بالأمر المذكوره، فعوده بارتفاعها مخالف للأصل، فيحتاج إلى دلالة، و هي هنا و فى الوكاله مفقوده.

و منه يظهر حجّه أخرى لانفساخ الشركه بالأول؛ لانحصار الإذن من الآذن للميت خاصّه حال الحياه، و انتقاله إلى الوارث خلاف الأصل فيدفع به، و ليس التصرف بالإذن حقاً يورث.

نعم، القسمة حق له إذا لم يكن هناك دين و لا وصيه، و إلّا بنى على الانتقال إليه و عدمه.

و يكره مشاركه الذمى بل مطلق الكافر، كما قالوه، و نفى عنه

ص: ٣٣٠

---

١- حكاها عنهما فى المختلف: ٤٨٠.

٢- الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٥٩٦.

الخلاف في الغنيه (١) و إبضاعه و هو أن يدفع إليه مالاً يتَّجر فيه لصاحب المال خاصّه و إيداعه للمعتبرين، أحدهما الصحيح: «لا ينبغي للرجل المسلم أن يشارك الذمي، و لا يبضعه بضاعه، و لا يودعه وديعه، و لا يضافيه المودّه» (٢).

ص: ٣٣١

---

١- الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٥٩٦.

٢- الكافي ١/٢٨٦، الفقيه ٣: ٦٣٨/١٤٥، التهذيب ٧: ٨١٥/١٨٥، قرب الإسناد: ١٦٧/١٢٦، الوسائل ٨: ١٩ أبواب أحكام الشركه ب ٢

ح ١.

كتاب المضاربه مأخوذه من الضرب فى الأرض؛ لأنّ العامل يضرب فيها للسعى على التجاره و ابتغاء الربح بطلب صاحب المال، فكان الضرب مسبب عنهما، فتحققت المفاعله لذلك.

أو من ضرب كلّ منهما فى الربح بسهم.

أو لما فيه من الضرب بالمال و تقليبه.

و هذه لغه أهل العراق، و أهل الحجاز يعبرون عنها بالقراض من القرض و هو القطع، كأنّ صاحب المال اقتطع منه قطعه و سلّمها إلى العامل، أو اقتطع له قطعه من الربح فى مقابله عمله؛ أو من المقارضه، و هى المساواه، و منه قول أبى الدرداء: قارض الناس ما قارضوك فإن تركتهم لم يتركوك (١). و وجه التساوى هنا أن المال من جهه و العمل من اخرى و الربح فى مقابلهما، فقد تساويا فى قوام العقد، أو أصل استحقاق الربح و إن اختلفا فى كميته.

و هى على ما ظهر من وجه التسميه أن يدفع الإنسان إلى غيره مالاً مخصوصاً ليعمل فيه بحصّه معيّنه من ربحه من نصف أو ثلث أو نحو ذلك بحسب ما يشترطانه.

و لو اشترط جميعه للمالك فهو بضاعه، و لو انعكس فاشترط جميعه للعامل فقرض و مداينه، و إن لم يشترط شيئاً أو فسد العقد بفساد بعض

ص: ٣٣٢

شروطه فالربح كله للمالك و للعامل اجره المثل، كذا ذكره في المسالك تبعاً للتذكرة (١).

و لعل المراد أن اشتراط الربح لهما معاً إنما يكون في القراض، و اشتراطه للعامل خاصه إنما يكون في القرض، و للمالك خاصه إنما يكون في البضاعة، و هذا لا يدل على حصول القراض بمجرد هذا الاشتراط كما يوهمه ظاهر كلامهما، و لا على حصول القرض بذلك، فاندفع ما يرد عليهما من عدم حصول كل من القرض و القراض بمجرد الدفع و اشتراط ما يناسبهما، بل يشترط فيهما صيغ مخصوصه.

مع أنه يحتمل الاكتفاء به في الأول؛ للمعتبره المستفيضة و فيها الصحيح و الموثق و غيرهما: «من ضمن تاجراً فليس له إلا رأس ماله، و ليس له من الربح شيء» (٢).

لظهورها في أنه بمجرد تضمين المالك للمضارب يصير المال قرضاً و يخرج عن المضاربه، و إن لم يتقدم هناك عقد القرض، و هو في معنى اشتراط الربح للعامل، فإن الأمرين من لوازم القرض، فتأمل.

نعم، يتوجه عليهما في حكمهما بلزوم الأجره في الصورة الأخيره أنه لا دليل عليه، مع كون الأصل عدمه، و مرجعه إلى قيام احتمال التبرع، و لا اجره معه.

و يمكن دفعه بتخصيص ما ذكره بصوره جريان عقد القراض. و وجه

ص: ٣٣٣

١- المسالك ١: ٢٨١، التذكرة ٢: ٢٢٩.

٢- الصحيح: الكافي ٥: ٣/٢٤٠، الفقيه ٣: ٦٣٢/١٤٤، التهذيب ٧: ٨٣٩/١٩٠، الوسائل ١٩: ٢٢، أبواب المضاربه ب ٤ ح ١. الموثق: التهذيب ٧: ٨٣٠/١٨٨، الإستبصار ٣: ٤٥٣/١٢٦، الوسائل ١٩: ٢٣، أبواب المضاربه ب ٤ ح ٢؛ بتفاوت يسير.

الدفء حينئذ أن صدور عقده منهما إقدام منهما على عدم خلّو عمل العامل عن الأجر و سلب التبرّع عنه، غاية الأمر أنهما لم يشترطاً أو اشترطاً شيئاً معيناً، و هو لا يوجب كون العمل تبرّعاً، و حيث انتفى احتمال له و جب أجره المثل، بلا خلاف فى الظاهر.

و وجهه أن الحكم بعدم و جوبها يستلزم الضرر على العامل الناشئ عن إغراء المالك له بترغيبه إلى العمل تحصيلاً لما بإزائه من الأجر المطلق أو المعين، و حيث بطل تعين المثل.

و لذا حكم الأصحاب بوجوب مثل ذلك لمن عمل لآخر عملاً يحكم العرف بعدم كونه متبرّعاً، كأن يكون دلالاً أو سمساراً.

و ظاهر عبارتهما كباقى الأصحاب عدم لزومه للعامل فى البضاعة.

و هو حسن إن لم يكن هناك قرينه من عرف أو عادة بلزومه، و إلّا فالمتّجه لزومه؛ و لذا فضّل الفاضل المقداد فى شرحه على الكتاب فقال فيها (١): إن قال مع ذلك: و لا- أجره لك، فهو توكيل فى الاسترباح من غير رجوع عليه بأجره، و إن قال: لك أجره كذا، فإن كان عيّن عملاً مضبوطاً بالمدّة أو العمل فذاك إجاره، و إن لم يعين فجعله، و إن سكت و كان ذلك الفعل له أجره عرفاً فله أجره مثله (٢).

و لنعم ما فضّل، و ينبغى تنزيل كلمه الأصحاب عليه.

و يجوز لكلّ منهما الرجوع و فسخ العقد سواء كان المال ناصباً منقوداً دراهم و دنانير أو مشتغلاً بالعروض غير منصوص، بناءً على جوازها من الجانبين، بلا خلاف يظهر، و به صرح فى المسالك

ص: ٣٣٤

١- أى: فى البضاعة.

٢- التنقيح الرائع ٢١٤، ٢١٣: ٢.

و غيره (١)؛ و هو الحجه.

مضافاً إلى التأييد بالأصل، و أنها و كاله في الابتداء ثم قد تصير شركه، و كلتاهما جائزتان، فلتكن هي كذلك.

ثم إن كان الفاسخ العامل و لم يظهر ربح فلا شيء له، و إن كان المالك ضمن للعامل أجره المثل إلى ذلك الوقت، صوتاً للعمل المحترم عن الخلو من الأجر.

و يحتمل العدم؛ للأصل، و إقدام العامل عليه لمعرفته جواز العقد و احتمال الانفساخ قبل ظهور الربح. بل و بعده مع تحقق الوضيعه المستغرقة له، لكونه و قايه لرأس المال، بلا خلاف يظهر.

و لو ظهر ربح في الصورتين فهو على الشرط لا غير.

قيل: و من لوازم جوازها وقوع العقد بكلّ لفظ يدلّ عليه (٢).

و في اشتراط وقوع قبوله لفظياً أو جوازه بالفعل أيضاً قولان، قوّى ثانيهما في الروضه تبعاً للتذكرة (٣). و يظهر منها عدم الخلاف بيننا فيه و في الاكتفاء في طرفي الإيجاب و القبول بكلّ لفظ. فإن تمّ، و إلّا فالأولى خلافهما؛ اقتصاراً فيما خالف الأصل الدالّ على أن الربح تابع للمال و للعامل أجره المثل، المنطبق مع المضاربه تارةً و المتخلف عنها اخرى على المتيقّن؛ و لعلّه لهذا اعتبر فيها التواصل بين الإيجاب و القبول، و التنجيز، و عدم التعليق على شرط أو صفه.

و هو حسن على ما حَقَّقناه، و لكن على ما ذكره من الاكتفاء بالفعل

ص: ٣٣٥

١- المسالك ١: ٢٨١؛ و انظر مجمع الفائده و البرهان ١٠: ٢٤٠، و الكفايه: ١١٩.

٢- الروضه ٤: ٢١٢.

٣- الروضه ٤: ٢١٢، التذكرة ٢: ٢٢٩.



فى طرف القبول و بكل لفظ فى طرف الإيجاب بناءً على جواز العقد مشكل، و سؤال الفرق بينه و بين اعتباره إياهما متجه.

و لا- يلزم فيها اشتراط الأجل هذه العبارة تحتل معنيين، أحدهما: أنه لا يجب أن يشترط فيها الأجل و لا ضربها إليه، بل يجوز مطلقاً؛ للأصل، و العمومات.

و الثانى: أن الأجل المشترط فيها حيث كان غير لازم، بل جائز يجوز لكل منهما الرجوع فيه؛ لجواز أصله بلا- خلاف، كما مضى، فلأن يكون الشرط المثبت فيه جائزاً بطريق أولى، و لعل هذا هو المراد، و إن صحَّ إرادته الأول أيضاً.

و فى التعبير بعدم اللزوم حيث يراد من العبارة المعنى الثانى إشاره إلى ثبوت الصحة؛ و الوجه فيه أنه يثمر المنع من التصرف بعد الأجل إلا بإذن جديد، لأن التصرف تابع للإذن، و لا إذن بعده.

و كذا لو أجل بعض التصرفات كالبيع أو الشراء خاصه، أو نوعاً خاصاً من التجاره.

و لا كذلك اشتراط لزومها إلى أجل أو مطلقاً، فإنه باطل و مبطل، على الأشهر الأقوى، أمّا لمنافاته لمقتضى العقد، أو لعدم دليل على لزومه سوى الأمر بالوفاء بالعقود و لزوم الوفاء بالشروط، و ليس على ظاهره هنا من الوجوب بلا خلاف، كما مضى، فإذا فسد الشرط تبعه العقد فى الفساد، بخلاف شرط الأجل، فإن مرجعه إلى تقييد التصرف بوقت خاص، و هو غير منافٍ، و لا موجب لفساد العقد، لعدم توقّفه عليه كما فى الأول.

و يجب على العامل أن يقتصر فى التجاره على ما يعين له المالك من التصرف بحسب نوعها و مكانها و زمانها، و من يشتري منه

و يبيع عليه، و غير ذلك؛ لأن جواز التصرف تابع لإذن المالك و لا إذن مع المخالفه.

و لا خلاف فيه و فى صحه المضاربه المشتمله على التعيين بمثل ذلك، و إن ضاقت بسببه التجاره، بل صريح المسالك و ظاهر الغنيه (١) أن عليه إجماع الإماميه؛ و هو الحجه، مضافاً إلى ظواهر النصوص الآتية (٢).

و لو أطلق له الإذن تصرف فى الاستثناء و الاسترباح كيف شاء من وجوه التصرفات، و لو بغير نقد البلد و ثمن المثل بشرط المصلحه، وفاقاً لجماعه (٣).

خلافاً للطوسى فى المبسوط و الخلاف (٤)، فاشتراطهما.

و لا وجه له إذا اقتضت المصلحه غيرهما، و إن كان فرضها فى الأخير نادراً.

و يمكن حمل كلامه على ما يلائم المختار بصرفه إلى الغالب؛ نظراً إلى أنه الذى يتضمن المصلحه دون غيره.

و الصرف إلى الغالب هو الأصل فى حمل إطلاق الإذن على المصلحه؛ لعدم انصرافه إلى غيرها إلا أن يصرح بغيره، فيجوز مطلقاً قولاً واحداً، و لا إشكال فيه جداً لو لم يتضمّن الإذن بذلك سفاهه، و إلا فيشكل أصل المضاربه من جهتها، بل الظاهر حينئذ عدم صحتها.

و اعلم أنه لما كانت المضاربه معامله على المال لتحصيل الربح كان

ص: ٣٣٧

١- المسالك ١: ٢٨١، الغنيه (الجوامع الفقيهه): ٥٩٦.

٢- فى ص: ٣٤٦.

٣- التنقيح ٢: ٢١٦، الروضه ٤: ٢١٤، مفاتيح الشرائع ٣: ٩١.

٤- المبسوط ٣: ١٧٤، الخلاف ٣: ٤٦٣.

إطلاق العقد مقتضياً للترخيص فيما اعتيد تولّى المالك له بنفسه من عرض القماش على المشتري، و نشره، و طيه، و إحرازه، و بيعه، و شرائه، و قبض ثمنه، و إيداعه الصندوق، و نحو ذلك.

و هذا النوع لو استأجر عليه فلا اجره له، عملاً بالمعتاد، مضافاً إلى الأصل.

و ما جرت العادة بالاستيجار عليه كالدلالة، و الحمل، و الكيل، و الوزن، و نقل الأمتعه الثقليه التي لم تجر عادة التجار بمباشرتها بأنفسهم بحسب حال تلك التجاره من مثل ذلك التاجر جاز له الاستيجار عليه، و لو عمل بنفسه لم يستحقّ اجره بحسب ما يقتضيه إطلاق كلامهم. لكن لو قصد بالعمل الأجره كما يأخذ غيره أو أقلّ، و قلنا بجواز أن يستأجر الوكيل في الاستيجار نفسه، لم يبعد القول باستحقاقه الأجره، سيّما في الأقلّ؛ للأولويه.

و يشترط في صحّه المضاربه كون الربح مشتركاً بينهما، بلا خلاف فيه فتوى و نصّاً مستفيضاً، ففي الموثق: عن مال المضاربه، قال:

«الربح بينهما، و الوضيعه على المال» (١). و نحوه النصوص الآتية (٢).

مع أنه لو اختصّ الربح بأحدهما كان بضاعه أو قرضاً و مداينه، كما مضى إليه الإشاره (٣)، لكن ذلك إذا لم يكن الدفع بصيغه المضاربه، و إلّا فيحتملها و عدمهما، و عليه يكون الربح كلّه للمالك و للعامل اجره المثل،

ص: ٣٣٨

---

١- التهذيب ١٨٨/٨٢٩، الإستبصار ١٢٦/٤٥٢، الوسائل ٢١:١٩ أبواب أحكام المضاربه ب ٣ ح ٥.

٢- في ص: ٣٤٥.

٣- راجع ص: ٣٣٣.

كما تقدّم، وكذا على الأوّل في صورته البضاعه، لكن لا أجره للعامل إمّا مطلقاً، كما يقتضيه إطلاق عبارة الجماعه، أو على التفصيل الذي قدّمنا إليه الإشارة، وعليه في صورته الثانيه يكون الربح كلّه للعامل وللمالك رأس المال بلا خلاف.

ويثبت للعامل ما شرط له المالك من الربح من النصف أو الثلث أو نحوهما ما لم يستغرقه على الأشهر الأظهر، بل عليه عامّه من تأخّر، وفي المسالك بل غيره (١) أيضاً إجماع المسلمين عليه، إلّا شواذّ منّا لا يقدح خروجهم في الإجماع جدّاً.

والأصل فيه المعتبره المستفيضه الحاكمه في الربح بالشركه، وقد تقدّم جملة منها، وسيأتي إلى باقيها الإشارة.

وأمّا ما ربما يتخيّل في دلالتها بأن الشركه فيه أعمّ من الاستحقاق منه بحسب الشرط، فلعلّها بحسب ما يستحقه من الأجره، والإضافه يكفى فيها أدنى الملايسه.

فالمناقشه فيه واضحه؛ لأن استحقاق الأجره إنّما هو على المالك لا على الربح، فإضافتها إليه لا وجه لها بالكليه، هذا.

مع منافاه ذلك لسياقها و ما هو المتبادر منها جملة، مع وقوع التصريح في بعضها بأن الربح بينهما على حسب ما شرط، وليس إلّا ما يحصل من الربح بقدر نصيبه دون أجره المثل فهو ضعيف جدّاً، كالأستدلال للحكم بعمومي الأمر بالوفاء بالعقد والالتزام بالشرط؛ لإفادتهما الوجوب من حينهما، ولم يقل به أحد أصلاً.

ص: ٣٣٩

وقيل كما عن النهايه و المفيد و القاضى و التقى (١) للعامل اجره المثل و الربح كله للمالك؛ لأن النماء تابع للمال. و فى إطلاقه منع.

و لجهاله العوض الموجه لفساد المعامله. و هو منتقض بكثير من العقود كالمزارعه، و مرجعه إلى منع إفاده الجهاله فساد المعامله على الإطلاق، و سنده مع عموم دليل الإفاده ما قدّمناه من الأدله، و ما ذكره اجتهادات فى مقابلتها غير مسموعه.

مع أن مرجعها بل صريح بعضها إلى الحكم بفساد هذه المعامله، و النصوص بخلافه زياده على ما مرّ مستفيضه من طرق الخاصه (٢) و العامه، و قد استعملها الصحابه، فروى ذلك عن على عليه السلام و ابن مسعود و حكيم بن حزام و أبى موسى الأشعري (٣)، و لا مخالف لهم فيه.

و يجوز أن ينفق العامل فى السفر الذى يعمل فيه للتجاره من الأصل كمال النفق و جميع ما يحتاج إليه فيه من مأكول و ملبوس و مشروب و مركوب، و آلات ذلك كالتقريبه و الجواليق و نحوها، و أجره المسكن و نحو ذلك، على الأشهر الأظهر، و عليه عامه من تأخر، و عن الخلاف الإجماع عليه (٤)؛ و هو الحجه.

مضافاً إلى المعتبرين، أحدهما الصحيح: فى المضارب: «ما أنفق فى سفره فهو من جميع المال، و إذا قدم بلده فما أنفق فهو من نصيبه» (٥)

ص: ٣٤٠

١- النهايه: ٤٢٨، المفيد فى المقنعه: ٦٣٣، القاضى فى المهذب ١: ٤٦٢، التقى فى الكافى فى الفقه: ٣٤٧.

٢- الوسائل ١٩: ٢٠ أبواب المضاربه ب ٣.

٣- انظر نيل الأوطار ٥: ٦/٣٩٣.

٤- الخلاف ٣: ٤٦١.

٥- الكافى ٥: ٥/٢٤١، التهذيب ٧: ٨٤٧/١٩١، الوسائل ١٩: ٢٤ أبواب أحكام المضاربه ب ٦ ح ١.

قيل: بل الزائد عن نفقه الحضر خاصه؛ لأنه الحاصل بالسفر، و أما غيره فليس السفر عله له (٢).

و قيل: بل نفقه السفر كلها على نفسه كنفقه الحضر؛ لأن الأصل عدم جواز التصرف إلا بما دلّ عليه الإذن و لم يدلّ إلا على الحصّه المعينه.

و كلاهما اجتهاد في مقابله النصّ المعبر، إلا أن يحمل «ما» في «ما أنفق» على ما خصّ بالسفر، و هو خلاف الظاهر.

و حيث قلنا بجواز الإنفاق و جب عليه أن يراعى فيها ما يليق به عادة مقتصدًا، فإن أسرف حُسب عليه، و إن أقتر لم يحسب له، و إذا عاد من السفر فما بقي من أعيانها و لو من الزاد يجب رده إلى التجاره، أو تركه إلى أن يسافر إن كان ممن يعود إليه قبل فساد.

ثم إن كلّ ما لم يشترط، و لو شرط عدمها لزم، و لو أذن بعده فهو تبرّع محض. و لو شرطها فهو تأكيد، إلا أن يزيد المشترط على ما له إنفاقه، و يشترط حينئذ تعيينها؛ لئلا يتجهل الشرط، بخلاف ما يثبت بأصل الشرع.

و لا- يعتبر في ثبوتها حصول الربح، بل ينفق و لو من الأصل؛ لإطلاق الفتوى و النصّ، و مقتضاهما إنفاقها من الأصل و لو مع حصول الربح، و لكن ذكر جماعه (٣) إنفاقها منه دون الأصل، و عليه فليقدّم على حصّه العامل.

و مؤونه المرض في السفر، و كذا المدّه التي لم يشتغل فيها بالتجاره

ص: ٣٤١

١- الكافي ٩/٢٤١، الفقيه ٥/١٤٤، الوسائل ٣:٦٣٥، الواسط ١٩:٢٤ أبواب أحكام المضاربه ب ٦ ذيل حديث ١.

٢- المبسوط ٣:١٧٢.

٣- منهم: الشهيد الثاني في المسالك ١:٢٨٢، و صاحب الحقائق ٢١:٢١٢.

على العامل، وكذا سفر لم يؤذن فيه وإن استحقَّ الحصة.

و المراد بالسفر العرفي لا- الشرعي؛ لانصراف الإطلاق إليه دون الأخير، فإرادته منه مخالفة للإطلاق، فيقتصر فيه على مورد الدليل، وليس هنا لا من نصّ ولا فتوى، فينفق من الأصل وإن كان قصيراً أو أتمّ الصلاه، إلّا أن يخرج عن اسم المسافر، أو يزيد عما يحتاج التجاره إليه، فينفق من ماله إلى أن يصدق الوصف.

و لو كان لنفسه أو لغيره غير هذا المال فالوجه التقييد.

وقيل: إنه لا نفقه على مال المضاربه هنا (1). وهو أحوط وأولى.

و على الأوّل فهل هو على نسبة المالين أو العملين؟ فيه وجهان.

واعلم أنه لما كان المقصود من العقد أن يكون ربح المال بينهما وجب أن لا يشتري العامل إلّا بعين المال فإن ذلك لا يحصل إلّا به؛ لأن الحاصل بالشراء في الذمه ليس ربح هذا المال؛ مضافاً إلى أن في الشراء كذلك احتمال الضرر على المالك؛ إذ ربما يتلف رأس المال فتبقى عهده الثمن متعلقه بالمالك، وقد لا يقدر عليه، أو لا يكون له غرض في غير ما دفع.

و يتفرّع عليه أنه لو اشترى في الذمه وقع الشراء له و الربح له ظاهراً و باطناً إن عيّن ذمته أو أطلق و لم يعين ذمه، و للمالك إن عيّن ذمته لفظاً مع إذنه سابقاً أو لاحقاً، و بدونه يبطل. و لو عيّنه قصداً لا لفظاً حكم بالشراء له ظاهراً و وقع للمالك باطناً بشرط الإذن و لو لاحقاً، و إلّا بطل بالإضافه إليه، كما تقدم.

ص: ٣٤٢

و لا خلاف فى شىء من ذلك على الظاهر، و لا إشكال أيضاً إلاً فى صورته الشراء فى ذمه المالك أو الذمه مطلقاً، فيحتمل الحكم بالشراء للمالك ظاهراً و باطناً مطلقاً، و إن لم يأذن للعامل بالشراء كذلك صريحاً؛ لما مرّ من اقتضاء إطلاق الإذن تولى العامل ما يتولاه المالك كعرض القماش و نحوه، و منه الشراء كذلك، بناءً على غلبه تحقّقه منه و من العامل، بل و مطلق التجار، فينصرف الإطلاق إليه أيضاً، و لم أر من تتبّه لهذا الإشكال إلاً المقدس الأردبيلى رحمه الله فى شرح الإرشاد (1) و خالى العلامة دم ظلّه العالى فى حواشيه على الكفايه و رسالته الفارسيه فى التجاره.

و يمكن تنزيل إطلاق كلمه الأصحاب عليه بصرفه إلى غير صورته غلبه ذلك و يكون مقصودهم بيان ما يقتضيه الإذن الحاصل من نفس العقد، دون الحاصل به مع ضميمه أمر آخر من عاده أو غيرها، فإن ذلك أمر آخر، و لكن على هذا يتّجه سؤال الفرق بين جعلهم جواز تولى العامل ما يتولاه المالك من مقتضيات العقد معلّين باقتضاء العرف ذلك فيحمل إطلاق الإذن عليه، و حكمهم هنا بوجوب الشراء بالعين معلّين باقتضاء العقد ذلك، مع أن هذا مشارك للأول فى قضاء العرف بالشراء فى الذمه، كما مرّ إليه الإشارة.

اللهم إلاً أن يجعل وجه الفرق الاطمئنان بقضائه ثمه و عدم اختلاف العرف فيه دون المسأله؛ للشك فيه، أو لاختلاف العرف، فلا يمكن جعل الشراء فى الذمه من مقتضى العقد على الإطلاق، بل يناط الأمر فيه بالعرف حيث حصل، فلا سبيل إلى جعل ذلك قاعده كليّه، بل القاعده فى مثله كما يقتضيه النظر و الرجوع إلى حكم الأصل هو الذى أسسوه من وجوب

ص: ٣٤٣



الشراء بالعين إلما مع إذن المالك به فى الذمه، فيتبع حينئذ بما يستعقبه من تعلق عهده الثمن بدمته و وجوب أدائه عليه دون العامل، بقى مال المضاربه أم لا. و عليه يكون المبيع مالاً للمضاربه إن أدى ثمنه من مالها، وفاقاً للشيخ و غيره (١)، و تبعه الفاضل المقداد، قال: و حكى فيه هنا أقوالاً غير محصله لا فائده فى ذكرها (٢).

و بما ذكرناه من وجه الفرق تفتن الفاضل المقدس، فقال بعد الاستشكال بنحو ما ذكرنا: فتأمل، إذ قد لا يفهم معنى الإذن بالشراء فى الذمه و يتلف قبل الأداء لمانع غير اختيارى (٣).

و لو أمره المالك بالسفر إلى جهه معينه فقصدها غيرها ضمن مع التلف، بلا خلاف، بل عليه الإجماع فى السرائر و الغنيه (٤)؛ و هو الحجه.

مضافاً إلى الأصول، و النصوص المستفيضه، منها زياده على ما يأتى إليه الإشاره الصحيح: فى الرجل يعمل بالمال مضاربه، قال: «له الربح، و ليس عليه من الوضيعه شىء، إلّا أن يخالف عن شىء مما أمر به صاحب المال» (٥) و نحوه الموثق (٦) و غيره (٧).

ص: ٣٤٤

- 
- ١- الشيخ فى المبسوط ٣: ١٧٤؛ و انظر المسالك ١: ٢٨٣.
  - ٢- التنقيح الرائع ٢: ٢٢٠.
  - ٣- مجمع الفائده و البرهان ١٠: ٢٤٥.
  - ٤- السرائر ٢: ٤٠٧، الغنيه (الجوامع الفقيهه): ٥٩٦.
  - ٥- التهذيب ٧: ٨٤٣/١٩١، الوسائل ١٧: ١٩ أبواب المضاربه ب ١ ح ٧.
  - ٦- التهذيب ٧: ٨٢٨/١٨٧، الإستبصار ٣: ٤٥١/١٢٦، الوسائل ١٦: ١٩ أبواب المضاربه ب ١ ح ٤.
  - ٧- الكافى ٥: ٧/٢٤١، الوسائل ١٦: ١٩ أبواب المضاربه ب ١ ح ٣.

و يستفاد منها بناءً على الأقوى من رجوع الاستثناء المتعقب للجمل المتعاطفه إلى الأخيره خاصه أنه لو ربح كان الربح بينهما بمقتضى الشرط الذى وقع بينهما من نصف أو ثلث أو غيرهما.

مضافاً إلى خصوص المعتبره المستفيضه، منها الصحيحان، فى أحدهما: عن الرجل يعطى المال مضاربه و ينهى أن يخرج به فخرج، قال:

«يضمن المال، و الربح بينهما» (١) و نحوه الثانى (٢)، و الموثق (٣)، و الخبر القريب من الصحيح (٤)، بل عدّ منه عند جماعه من المحققين.

و كذا لو أمره بابتياح شىء معين فعُدل إلى غيره ضمن مع التلف؛ لعين ما تقدّم من الأدله حتى الإجماع المنقول فى السرائر و الغنيه (٥).

و لو ربح كان بينهما؛ للموثق، بل الصحيح كما قيل (٦): فى رجل دفع إلى رجل مالاً يشتري به ضرباً من المتاع مضاربه، فذهب فاشتري به غير الذى أمره، قال: «هو ضامن، و الربح بينهما على ما شرط» (٧).

مضافاً إلى عموم الصحيح: فى الرجل يعطى الرجل مالاً مضاربهً فيخالف ما شرط عليه، قال: «هو ضامن، و الربح بينهما» (٨).

ص: ٣٤٥

١- الكافى ٥: ٢/٢٤٠، التهذيب ٧: ٨٣٦/١٨٩، الوسائل ١٩: ١٥ أبواب أحكام المضاربه ب ١ ح ١.

٢- الكافى ٥: ١/٢٤٠، التهذيب ٧: ٨٣٥/١٨٩، الوسائل ١٩: ١٥ أبواب المضاربه ب ١ ح ٢.

٣- التهذيب ٧: ٨٢٧/١٨٧، الوسائل ١٩: ١٨ أبواب المضاربه ب ١ ح ١٠.

٤- الفقيه ٣: ٦٣١/١٤٣، التهذيب ٧: ٨٣٧/١٨٩، الوسائل ١٩: ١٧ أبواب المضاربه ب ١ ح ٦.

٥- راجع ص: ٣٤٥.

٦- انظر مجمع الفائده و البرهان ١: ٢٣٦.

٧- التهذيب ٧: ٨٥٣/١٩٣، الوسائل ١٩: ١٨ أبواب المضاربه ب ١ ح ٩.

٨- التهذيب ٧: ٨٣٨/١٩٠، الوسائل ١٩: ١٦ أبواب أحكام المضاربه ب ١ ح ٥.

و هذه النصوص مع اعتبار أسانيدها، واستفاضتها، واعتضادها بعمل الأصحاب من غير خلاف يعرف، بل ظاهر المسالك (١) الإجماع عليه خاليه عن المعارض، إلّا ما يقتضيه القاعده من فساد المضاربه و وقوع المعامله فضولياً تقف على الإجازة تصحّ معها، و الربح كلّه للمالك، و ليس للعامل شيء، و تبطل بدونها. و لكن لا مندوحة عن تخصيصها بهاء؛ لما مضى. و ربما وجهت بما تلتئم به معها.

فقيل: و كان السبب في ذلك أن الغرض الذاتى في هذه المعامله هو الربح و باقى التخصيصات عرضيه لا تؤثر في فساد المعاوضه المخالفه لحصول المقصود بالذات (٢).

و هو كما ترى، و لذا صرح الموجه في محلّ آخر باختصاص الحكم بموارد النصوص، فقال: أما لو تجاوز بالعين و المثل و النقد من وجوه التصرف حيث تعينت وقف على الإجازة، فإن لم يُجز بطل (٣).

و هو كما ترى في غايه الجوده من حيث الدلاله على فساد التوجيه المتقدم إليه الإشاره، و محلّ مناقشه من حيث تخصيصه الحكم بموارد الأخبار المذكوره؛ لقوه احتمال التعديه إلى ما ذكره من الأمثله، لدلالتها عليها بالأولويه، فإن الحكم فيها بصحه المضاربه مع المخالفه لما شرط عليه صريحاً يستلزم الحكم بصحتها مع المخالفه لما دلّ عليه عقد المضاربه التزاماً، كالأمثله المذكوره بطريق أولى.

هذا إن أراد بالأمثله ما يستفاد منها ضمن العقد التزاماً.

ص: ٣٤٦

١- المسالك ١: ٢٨٣.

٢- المسالك ١: ٢٨٣.

٣- الروضه ٤: ٢١٨.

أمّا لو أراد بها ما شرط منها في ضمنه كان التعدي به بالنص أيضاً واضحاً؛ لعموم الصحيحين فيما شرط عليه الشامل لاشتراط ما ذكره من الأمثلة، و مرجع المناقشه على هذا إلى فساد دعوى أخصّيه الموارد بل لا مورد خاصاً إلّا في بعضها، كما لا يخفى.

و موت كلّ واحد منهما يُبطل المضاربه بلا خلاف؛ لانتقال المال إلى الوارث في موت المالك، فلا أثر لإذنه السابق في ملك الغير؛ واختصاص الإذن في التصرف بالعامل، فلا- يتعدى إلى وارثه بعد موته، مع أنها في معنى الوكاله و الحكم فيها ذلك إجماعاً، و لذا يلحق بالموت الخروج عن أهليه التصرف بنحو من الجنون و الإغماء و الحجر عليه لسفه، و يظهر وجهه مما قدّمناه في بطلان الشركه بذلك (١).

ثم إن كان الميت المالك و كان المال ناصباً لا ربح فيه أخذه الوارث، و إن حصل فيه ربح اقتسماه بالشرط. و يقدم حصّه العامل على جميع الغرماء؛ لملكه لها بالظهور، فكان شريكاً للمالك، و لتعلق حقّه بعين المال دون الذمّه فليقدم.

و إن كان المال عرضاً للعامل يبيعه مع رجاء الربح، و إلّا فلا، كذا في المسالك (٢).

و تأمل فيه صاحب الكفايه (٣)، و لعلّه في محله؛ لانتقال المال إلى الوارث فليس له التصرف فيه إلّا بإذنه، و مجرد رجاء الربح غير مجوّز لذلك.

ص: ٣٤٧

١- راجع ص ٣٣١.

٢- المسالك ١: ٢٨٣.

٣- الكفايه: ١٢٠.

و قال فيه: و للوارث إلزامه بالإنضاض إن شاء مطلقاً (١).

و تأمّل فيه أيضاً فى الكفايه (٢)؛ و لعلّ وجهه الأصل، و عدم موجب لتسلّط الوارث عليه، إلّا أن يقال: إنه حقّ للمورث فينتقل إليه، فتأمّل.

و إن كان الميت العامل فإن كان المال ناضباً و لا ربح أخذه المالك.

و إن كان فيه ربح دفع إلى الورثه حصّة تهم منه. و لو كان هناك متاع و احتيج إلى البيع و التنضيز فإن أذن المالك للوارث فيه جاز، و إلّا نصب له الحاكم أميناً يبيعه، فإن ظهر فيه ربح أوصل حصّه الوارث إليه، و إلّا سلّم الثمن إلى المالك.

و حيث حكم ببطلان المضاربه بالموت و أريد تجديدها مع وارث أحدهما اشترط فى الثانيه شروط الأولى من إنضاض المال و الصيغه و غيرهما؛ و الوجه فيه واضح.

و يشترط فى مال المضاربه أن يكون عيناً لا- ديناً، إجماعاً، كما يأتى دنانير أو دراهم إجماعاً، كما فى الروضه و المسالك و عن التذكره (٣)؛ و هو الحجّه.

مضافاً إلى مخالفه المضاربه للأصل الدالّ على تبعيّة الربح للمال، و استحقاق العامل الأجره مطلقاً أو فى الجملة، حيث يحكم فيها باشتراكهما فى الربح على حسب الشرط، و لا- دليل على صحّتها و لزوم الوفاء بمقتضاها سوى عمومات الأمر بالوفاء بالعقود و الشروط. و مرّ الجواب عنه غير مرّه.

و إطلاقات أخبار المضاربه. و فى شمولها لمفروض المسأله و ما ضاهاه

ص: ٣٤٨

١- المسالك ٢٨٣: ١.

٢- الكفايه: ١٢٠.

٣- الروضه ٢١٩: ٤، المسالك ٢٨٣: ١، التذكره ٢٣٠: ٢.

مما وقع فيه الخلاف و المشاجره محل مناقشه؛ لعدم ما يدلّ فيها على العموم سوى الإطلاق، و يشترط في انصرافه إليه عدم ذكره لبيان أمر آخر غير محل الإطلاق، و هذا الشرط فيها مفقود، لوضوح ورودها لبيان أحكام خاصه فيه دون بيان جواز المضاربه على الإطلاق، و هذا واضح لمن تدبّرها، فينبغي الاقتصار في مثلها على المتيقن من النص و الفتوى، و ليس إلّا النقدين جدّاً.

و عليه ف لا تصحّ المضاربه بالعروض و لا الفلوس و غيرها حتى النقره، بلا تردّد، و إن حصل من الماتن فيها في الشرائع (1). و ليس في محلّه، سيّما مع صراحه الإجماعات المحكيه (2) في اشتراط النقديه و النقش بسكّه المعامله، و مع ذلك صرح في المسالك بمخالفه تأمله الإجماع، و عدم موافق له فيه (3).

و لو قوم عرضاً و شرط للعامل حصّته من الربح فسد المضاربه؛ لفقد الشرط. و كان الربح للمالك، و للعامل الأجره كما هو الحكم في كلّ مضاربه فاسده، و تقدّم إلى وجهه الإشاره.

و الأظهر الأشهر بل لعله عليه عامه من تأخر أنه لا يبيد أن يكون معلوم القدر ف لا تكفي مشاهده رأس مال المضاربه ما لم يكن معلوم القدر إمّا للجهاله، أو للاقتصار فيما خالف الأصل المتقدم على المجمع عليه المتيقن.

ص: ٣٤٩

١- الشرائع ١٣٩:٢.

٢- انظر جامع المقاصد ٨:٦٦، و مفاتيح الشرائع ٣:٩٠.

٣- المسالك ١:٢٨٣.

و فيه قول بالجواز للمبسوط (١) وربما يُعزى إلى المرتضى (٢)؛ لزوال معظم الغرر بها. وهو ضعيف.

و أضعف منه الاكتفاء بالجزاف و إن لم يشاهد، كما حكاه فى المختلف عن الطوسى و قواه (٣)؛ لعموم: «المؤمنون عند شروطهم» (٤).

و هو كما ترى يظهر وجه النظر فيه مما مضى مراراً.

و لو اختلفا فى قدر رأس المال فادعى العامل النقصان و المالك الزيادة و لا بينه له فالقول قول العامل مع يمينه لأنه منكر و الأصل معه.

و كذا يقبل قوله فى قدر الربح؛ لأنه أمين فيقبل قوله فيه.

و لا خلاف فيهما إلّا من المحقق الثانى و الشهيد الثانى فى الأوّل (٥)، فقيده بصوره عدم ظهور الربح، و حكما فيه بأن القول قول المالك؛ لرجوع الاختلاف حينئذ إلى الاختلاف فى مقدار حصّه العامل، و القول فيه قول المالك على الأظهر الأشهر؛ لتبعيته النماء للملك، فجميعه له إلّا ما أقرّ به للعامل.

و هو حسن، إلّا أن فى إطلاق الحكم بذلك مع ظهور الربح إشكالاً؛

ص: ٣٥٠

١- المبسوط ١٩٩:٣.

٢- نقله فى كشف الرموز ١٥:٢.

٣- المختلف: ٤٨٣.

٤- الوسائل ١٨: أبواب الخيار ب ٦ ح ١، ٢، ٥، و ج ٢١: ٢٧٦: أبواب المهور ب ٢٠ ح ٤؛ و انظر سنن الدارقطنى، ٣: ٩٨/٢٧، ٩٩، صحيح البخارى ٣: ١٢٠ (و فى الجميع: المسلمون..).

٥- المحقق الثانى فى جامع المقاصد ٨: ١٦٨، الشهيد الثانى فى المسالك ١: ٢٨٤.

لعدم التلازم بين الاختلافين، فقد يختلفان في قدر رأس المال و يتفقان مع ذلك على كون الحاصل من الربح مقداراً معيناً.

نعم، لو اختلفا في مجموع ما في يد العامل فادّعى المالك: أن ثلثه أرباعه مثلاً رأس المال و الباقي ربح، و العامل: أن نصفه مثلاً رأس المال و الباقي ربح أتجه ما ذكرناه، و لعلّ هذا هو محطّ نظرهما و إن ادّعى التلازم بين الاختلافين مطلقاً.

و يملك العامل نصيبه من الربح بظهوره و إن لم ينصّ على المشهور بين الأصحاب، بل لا يكاد يتحقق مخالف فيه منّا، كما في المسالك (١)، و يفهم من التذكرة (٢)؛ و هو الحجة.

مضافاً إلى النصوص المستفيضة المتقدّمة و غيرها الدالّة بإطلاقها على أن الربح بينهما، و هو يتحقّق بمجرد ظهوره لغه و عرفاً.

و خصوص الصحيح: رجل دفع إلى رجل ألف درهم مضاربه فاشتري أباه و هو لا يعلم، قال: «يقوم فإن زاد درهماً واحداً انعتق و استسعى في مال الرجل» (٣).

و هو كما ترى ظاهر في غايه الظهور؛ إذ لو لم يكن مالكاً لحصّته بمجرد الظهور لم ينعتق عليه أبوه، مع أنه عليه السلام حكم بالانعتاق بمجرد زياده قيمه على رأس المال، و لا وجه له سوى دخوله في ملكه بنصيبه من الزيادة، فيسرى العتق في الباقي، كما هو القاعدة في العتق.

ص: ٣٥١

١- المسالك ٢٨٦:١.

٢- التذكرة ٢٤٢:٢.

٣- الكافي ٨/٢٤١، الفقيه ٣/٦٣٣/١٤٤، التهذيب ٧/٨٤١/١٩٠، الوسائل ١٩:٢٥ أبواب أحكام المضاربه ب ٨ ح ١.



و حكى فخر الإسلام (١) عن والده أنّ في المسألة أقوالاً آخر ثلاثة:

بين حاكم بتوقف التملك على الإنضاض؛ نظراً إلى عدم وجود الربح في الخارج، بل هو مقدر موهوم، والمملوك لا يُد أن يكون محقق الوجود، فيكون الظهور موجباً لاستحقاق الملك بعد التحقق.

وقائل بتوقفه على القسمه؛ لاستتزام التملك قبلها شيوع النقصان الحادث بعد ذلك في المال كسائر الأموال المشتركة، والتالي باطل، لانحصاره في الربح، ولأنه لو ملك لاخص بربه، ولأن المضاربه معامله جائزه والعمل فيها غير مضبوط فلا يستحق العوض فيها إلا بتمامه كمال الجعالة.

و وافقه ثالث في اعتبار القسمه إلا أنه جعلها كاشفه عن الملك لا مملكه؛ لأن القسمه ليست من الأسباب المملكه، لانحصار المقتضى للملك في العمل خاصه، وهي داله على تمامه الموجب للملكيه.

و هذه الأقوال مع كونها اجتهادات صرفه في مقابله النصوص المعتره، غير معروفه القائل بين الخاصه و العامه، إلا الثاني خاصه فقد جعله في التذكره (٢) للشافعي في أحد قولييه و أحمد في إحدى الروايتين، و وافقا في الباقي على الأول (٣) مضغفه، فالأول: أولاً بمنع عدم وجود الربح قبل الإنضاض؛ لعدم انحصار المال في النقد، فإذا ارتفعت قيمه العروض فرأس المال منه ما قابل رأس المال و الزائد ربح، و هو محقق الوجود.

ص: ٣٥٢

١- إيضاح الفوائد ٣٢٢:٢.

٢- التذكره ٢٤٢:٢.

٣- مراده من الأول قول المشهور، و هو تملك الربح بمجرد ظهوره.

و ثانياً: بعدم تسليم أنّ غير متحقق الوجود غير مملوك؛ فإن الدين مملوك و هو فى الخارج غير موجود.

و الثانى: بعدم الملازمه بين الملك و ضمان الحادث على الشيعه، و يجوز أن يكون مالكاً و يكون ما يملكه وقايه لرأس المال، فيكون الملك متزلزلاً و استقراره مشروط بالسلامه.

و منه يظهر وجه عدم المنافاه بين ملك الحصه و عدم ملك ربحها بسبب تزلزل الملك.

و لأنه لو اختصّ بربح نصيبه لاستحقّ من الربح أكثر مما شرط له، و لا يثبت بالشرط ما يخالف مقتضاه.

و لأن القسمه ليست من العمل فى شىء، فلا معنى لجعلها تمام السبب فى الملك، فلا وجه لإلحاقها بالجعله.

و منه يظهر الوجه فى ضعف الثالث.

و بعض وجوه الضعف و إن كان لا يخلو عن نظر إلّا أن الخطب فيه بعد استناد الضعف حقيقه إلى ما قدّمناه سهل، و مع ذلك ما ذكر أيضاً معاضد.

و على المختار ليس الملك تاماً و لا على قرار؛ لأن الربح وقايه لرأس المال فلا بيدّ للاستقرار من إنضاض جميع المال أو قدر رأس المال، مع الفسخ أو القسمه أو لا معهما على قول، و بدونه يجبر ما يقع فى التجاره من تلف أو خسران، و هو محلّ وفاق، كما فى المسالك (1)؛ و هو الحججه.

مضافاً إلى أن معنى الربح هو الفاضل عن رأس المال زمن العقد، فإذا

ص: ٣٥٣

لم يفضل شىء فلا ربح. ولا فرق فى ذلك بين كون الربح و الخسران فى مرّه واحده أو مرّتين، و فى صفقه أم اثنتين، و فى سفره أو سفرات؛ لعموم الحجّتين.

و لا خسران على العامل و كذا لا تلف إلّا أن يكون كلّ منهما عن تعدّد أو تفريط منه فى المال، بلا خلاف، و به صرّحت النصوص المستفيضه المتقدمه (١)، القائله إنّ له الربح و لا شىء عليه من الوضيعه إلّا أن يخالف أمر صاحب المال.

و قوله مقبول فى دعوى التلف مطلقاً، بأمر ظاهر كان كالحرق أو خفى كالسرقة، أمكنه إقامه البيئه عليه أم لا؛ لأنه أمين، بلا خلاف فيه و فى قبول قوله فى دعوى عدم التفريط و الخساره و رأس المال، كما مرّ.

و لا يقبل قوله فى نصيبه من الربح على الأظهر الأشهر، كما مر و لا فى الردّ أى ردّ المال إلّا بيّنه على الأشبه الأشهر، بل لعلّه عليه عامّه من تأخّر؛ لأصالة العدم، و لأن المالك منكر فيكون القول قوله بيمينه، و العامل مدّع فعليه البيئه، كما هو القاعده المطّرده فتوى و روايه.

خلافاً للمبسوط (٢)، فيقبل قوله بلا بينه؛ لأنه أمين كالمستودع.

و كليه الكبرى ممنوعه، و قياسه على المستودع مع فساده فى الشريعه قياس مع الفارق بلا- شبهه؛ لكون قبض المستودع لنفع المالك، فهو محسن محض، فلا سبيل عليه بيّنه أو غيرها، و لا كذلك قبض العامل، فإنه لنفسه، فلا إحسان يوجب نفي السبيل عنه و العدول به عن الأصل، فالاستدلال به ضعيف.

ص: ٣٥٤

١- فى ص: ٣٤٥.

٢- المبسوط ١٧٤: ٣.

كالاستدلال باستلزام عدم تقديم قبول قوله الضرر المنفي؛ لجواز أن يكون صادقاً، فتكليفه بالردّ ثانياً تكليف بما لا يطاق.

لجريانه بعينه في عدم تقديم قول المالك؛ لاستلزامه الضرر عليه، لجواز أن يكون المدعى كاذباً في دعواه. و المالك صادقاً في إنكاره، و تكليفه برفع اليد عما دفعه فيه ما ادعى في سابقه، و مع ذلك مطرد في كل مدّعٍ، مع أن الأدلّه القاطعه فتوى و روايه قد نهضت على فساده.

و هو على تقدير تماميته و سلامته عن النقصين استبعاد محض و اجتهاد صرف، غير ملتفت إليه في مقابله تلك الأدلّه.

و لو اشترى العامل أباه فظهر فيه ربح عتق نصيب العامل من الربح، و سعى العبد المعتقد في باقى ثمنه للمالك، بلا خلاف فيه في الجملة، بل مطلقاً، كما صرح به الفاضل الأردبيلي في شرح الإرشاد (1)، و يفهم من المسالك (2) أيضاً، و عليه الإجماع في الغنيه و عن السرائر (3)؛ و هو الحججه.

مضافاً إلى الصحيحه المتقدمه (4) في بحث تملك العامل حصّته من الربح بمجرد ظهوره.

و إطلاقها كالفتاوى و الإجماع في العامل يشمل صورتى يساره و إعساره، و فى الربح صورتى ظهوره حال الشراء و بعده، بل النص عام؛ لترك الاستفصال فيه المقتضى له.

ص: ٣٥٥

١- مجمع الفائدة و البرهان ٢٥٧: ١٠.

٢- المسالك ٢٨٨: ١.

٣- الغنيه (الجوامع الفقيهه): ٥٩٦، السرائر ٤٠٩: ٢.

٤- فى ص: ٣٥٢.

و قيل (١) باختصاص الحكم بالاستسعاء و عدم السرايه بإعسار العامل، و الحكم بها عليه مع يساره؛ لاختياره السبب الموجب لها، كما يأتي في بابه، و حملت الروايه عليه جمعاً بين الأدله.

و ربما فُرق بين ظهور الربح حاله الشراء و تجددّه، فيسرى في الأوّل دون الثاني، قيل: و يمكن حمل الروايه عليه (٢).

و هما اجتهدا في مقابله النص الصحيح المعتضد بعدم ظهور الخلاف، و الإجماع المحكى.

مع ابتنائهما على القول بالسرايه في العتق القهري، و هي مع أن الأشهر على خلافها كما حكى مخالفه للأصل القطعي.

مع أن القائل بهما غير معروف، و إن حكى الأوّل في الروضه قولاً و لكنه في المسالك جعله كالثاني وجهاً (٣).

و ذكر فيهما ثالثاً و هو بطلان البيع مطلقاً؛ لأنه منافٍ لمقصود القراض، إذ الغرض منه هو السعي للتجاره التي تقبل التقليل للاسترباح، و الشراء المتعقب للعتق ينافيه؛ لأنه ربما يعجز عن السعي و العامل عن أداء قيمه، و كلّ ما كان فيه خطر على المال أو كان مما لا مصلحه فيه لا يجوز للعامل فعله.

و هو كسابقه في الضعف و المخالفه لإطلاق النص و الفتاوى و الإجماع المحكى.

نعم، له وجه في صورته علم العامل بالنسب و عدم إذن المالك له في

ص: ٣٥٤

١- الروضه ٤:٢٢٤.

٢- كما في الروضه ٤:٢٢٤.

٣- المسالك ١:٢٨٨.

شراؤه؛ لاختصاص النص بصوره الجهل. إلا أن الحجة في انسحاب الحكم فيها ليست بمنحصره فيه؛ لما عرفت من إطلاق الفتاوى والإجماع المحكى.

و لكن الخروج بمجرّده عن الدليل القطعى و جعله خاصياً بالإضافه إليه ليس على ما ينبغي؛ لاشتراط الصراحة أو ما يقرب منها فى الخاص حيث يراد تقديمه على العام، سيما القطعى، و لا ريب فى فقدهما، فالأخذ بالعام هنا لعله أقوى، وفاقاً للمحكى فى بعض الحواشى عن المحقق الشيخ على.

و متى فسخ المالك المضاربه قبل العمل أو بعده مطلقاً، كان المال ناضباً أم لا، حصل فيه ربح أم لا صحّ إجماعاً، بناءً على جواز العقد.

و ليس للعامل شىء مع عدم عمل، بلا خلاف و معه كان للعامل أجرته إلى ذلك الوقت الذى فسخ فيه إن لم يكن ظهر ربح، و إلاّ فله حصّته منه.

بلا خلاف فى شىء من ذلك، إلاّ من الشهيد الثانى (١) و تبعه المحقق الأردبيلى و غيره (٢)، فاستشكل فى الحكم بالأجره على تقدير عدم الربح بأن مقتضى العقد استحقاق الحصّيه خاصّه إن حصلت لا- غيرها، و تسلط المالك على الفسخ من مقتضياتها، فالعامل قادم على ذلك، فلا شىء له سوى ما عيّن.

و لعله فى محله إن لم ينعقد الإجماع على خلافه، و مرّ ما يزيد فى تقرّبه (٣).

ص: ٣٥٧

١- انظر الروضه ٤:٢٢٠.

٢- الأردبيلى فى مجمع الفائده و البرهان ١٠:٢٦٧؛ و انظر مفاتيح الشرائع ٣:٩٣، و الحدائق ٢١:٢٥٢.

٣- راجع ص: ٣٣٦.

و ظاهر العبارة و غيرها (١) و صريح جماعة (٢) اختصاص ثبوت الأجره بصوره فسخ المالك خاصه، فلو فسخ العامل خاصه أو مع المالك أو حصل الفسخ لعارض من موت أو جنون أو غيرهما لم يكن له اجره.

و هو كذلك؛ للأصل، و عدم جريان تعليل ثبوتها فى الصوره الأولى من تفويت المالك على العامل ما شرط له فيستحق الأجره على تقدير تمامه هنا، سيما فى صوره استناد الفسخ إلى العامل خاصه أو فى الجملة؛ لحصول التفويت من جهته.

خلافًا للتذكرة، فأثبت له الأجره كالصوره السابقه (٣) و لا وجه له بالكليه.

هذا على تقدير ثبوتها فى تلك الصوره، و إلا فعدمها هنا ثابت بطريق أولى.

و لو ضمن صاحب المال العامل أى جعله ضامنًا لمال المضاربه متى تلف انفسخت و صار الربح له للمعتبره، و فيها الصحيح و غيره:

« من ضمن تاجرًا فليس له إلا رأس ماله، و ليس له من الربح شىء » (٤).

و إطلاقها كالعبارة يشمل صورتى قصدهما القرض أم المضاربه.

و ربما يستشكل فى كلتا صورتين، فالأولى: بعدم اشتمال العقد على ما يدلّ على القرض من العبائر المعتبره فى عقده، كأفرضتك و نحوه؛ إذ

ص: ٣٥٨

١- كالشرائع ١٤٣:٢، و إيضاح الفوائد ٣٢٨:٢، و جامع المقاصد ١٥٣:٨.

٢- كالشهيد الثانى فى الروضه ٢٢٠:٤، و صاحب الحدائق ٢٥٢:٢١.

٣- التذكرة ٢٤٦:٢.

٤- الكافى ٣/٢٤٠، الفقيه ٣/١٤٤، التهذيب ٣/٦٣٢، التهذيب ٧/٨٣٠، و ص ٨٣٩/١٩٠، الإستبصار ٣/٤٥٣/١٢٦، الوسائل ١٩:٢٢ أبواب أحكام المضاربه ب ٤ ح ١، ٢.

المفروض وقوع العقد بلفظ القراض، وأنه إنما ذكر فيه تضمين التاجر خاصه.

و الثانيه: بأن العقود تابعه للقصد، و هما قد قصد المضاربه كما هو المفروض، فكيف يجعل قرضاً بمجرد التضمين مع عدم دلالتة عليه صريحاً، بل و لا ظاهراً.

و منافاته لمقتضى العقد لا تستلزم صيرورته قرضاً، فليكن قرضاً فاسداً يكون المال للمالك و للعامل اجره المثل، كما هو الضابط في كل قراض فاسد.

و لكن العدول بذلك عن المعتبره السليمه عما يصلح للمعارضه عدا القاعده إشكال.

اللهم إلهما أن تحمل على صورته وقوع القراض بغير لفظه، بل بنحو قوله: خذه و اتجر به و ضمانه عليك، فإنه يكون حينئذ قرضاً إجماعاً، كما في المهذب البارع قال معللاً: نظراً إلى المعنى، و صوتاً للعقد عن الفساد، و للفظ المسلم عن الهذر (1).

و هو حسن إن اقتصر في العبارة على ما مرّ، و إلهما فلو زاد الشركه في الربح لم يجز فيه أكثر ما ذكره من التعليلات، بل كلها؛ لتصادمها من طرفي الفرض و القراض، هذا.

و حمل المعتبره على ذلك بعيد غايته، بل الظاهر أنه لا مندوحة عن العمل بها مطلقاً، كما في العبارة و تبعه جماعه.

و لا يظأ المضارب بكسر الراء، و هو العامل جاريه اشترت

ص: ٣٥٩

١- المهذب البارع ٥٦١: ٢.



بمال القراض إجماعاً إذا لم يكن المالك قد أذن له في وطئها.

و كذا لو كان المالك أذن له فيه مطلقاً، أذن له سابقاً على الشراء أو لاحقاً مع ظهور الربح على الأشهر؛ استناداً في المنع في الصورة الأولى إلى أن الإذن فيها لا أثر له، لأن التحليل إمّا تملكك أو عقد، وكلاهما لا يصلحان قبل الشراء، فلا يتناولهما الحصر في قوله تعالى إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أو مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ [١] (١). وفي الثانيه إلى الأدله المانع عن تحليل أحد الشريكين للآخر حصته من الجاربه المشتركه (٢).

و فيه أى في وطئها بالإذن السابق روايه بالجواز رواها في التهذيب عن الحسن بن محمد بن سماعه، عن محمد بن زياد، عن عبد الله بن يحيى الكاهلي، عن أبي الحسن عليه السلام: قال: قلت: رجل سألني أن أسألك أن رجلاً أعطاه مالاً مضاربهً يشتري له ما يرى من شىء و قال: اشتر جاربهً تكون معك و الجاربه إنما هي لصاحب المال، إن كان فيها و ضيعه فعليه، و إن كان ربح فه، للمضارب أن يطأها؟ قال: «نعم» (٣).

و هي مع قصور سندها بعدم صحه طريق الشيخ إلى الحسن؛ لتضمنه واقفياً كهو و إن كانا ثقتين، و اشتراك محمد بن زياد، و عدم توثيق عبد الله و إن عُدَّ من الحسن لا دخل لها بالمقام؛ لظهورها في عدم كون الجاربه من مال المضاربه.

و مع ذلك متروكه لتضمنها جواز الوطء بمجرّد إذن المالك في

ص: ٣٦٠

١- المؤمنون: ٦.

٢- انظر الوسائل ١٤٢: ٢١ أبواب نكاح العبيد و الإمامه ب ٤١.

٣- التهذيب ١٩١/٧: ٨٤٥، الوسائل ٢٧: ١٩ أبواب أحكام المضاربه ب ١١ ح ١.

شرائها و كونها معه، و هو أعم من تحليله الوطاء، و لا دلالة للعام على الخاص بالبديهه، مع عدم فتوى أحد بها سوى الشيخ فى النهايه (١)، و لم يوافق من بعده بل و لا قبله أحد من الطائفه، فلا يُخصّص بها ما قدّمناه من الأدله على الحرمة، و إن كانت بحسب السند معتبره فى الجمله، لعدم الضعف بالحسن و من قبله، لكونهما موثقين و الموثق حجّه، و لا بالكاهلى، لحسنه، و هو كالسابقين حجّه، و اشتراك ابن زياد غير مضرّ، لظهوره فى ابن أبى عمير، لغلبه التعبير به عنه.

و ذهب جماعه (٢) إلى الجواز فى الصوره الثانيه؛ قدحاً منهم فى تلك الأدله المانع.

و لا يخلو عن قوّه، كما سيأتى فى بحث النكاح إليه الإشاره.

و هنا صوره أخرى ثالثه هى الإذن فى الوطاء بعد الشراء مع عدم ظهور ربح أصلاً.

و حكمها الجواز عند جماعه (٣) مطلقاً، و ينبغى القطع به مع القطع بعدم ظهور ربح.

و يشكل مع عدم القطع به و احتمال ظهوره إن قلنا بالمنع فى صورته؛ لاحتمال حصول الشركه الموجه للمنع فى نفس الأمر، فيجب الترك من باب المقدمه.

و يحتمل الجواز مطلقاً، كما قالوه؛ لأصالة عدم الظهور. و لا ريب أن الأحوط تركه.

ص: ٣٤١

١- النهايه: ٤٣٠.

٢- منهم: العلامه فى الإرشاد ٤٣٦: ١، و فخر المحققين فى الإيضاح ٣٢٠: ٢.

٣- التنقيح ٢٢٥: ٢، المسالك ٢٩١: ١.

و لا تصح المضاربه بالدين حتى يقبض بلا خلاف، بل عليه الإجماع عن التذكرة (١)؛ و هو الحجه.

مضافاً إلى بعض المعبره، كالتوى المرتضوى: « في رجل له على رجل مال فتقاضاه و لا يكون عنده ما يقضيه، فيقول: هو عندك مضاربه، قال: لا يصح حتى يقبضه» (٢).

و مثله ما لو أذن للعامل في قبضه من الغريم، فإنه لا يخرج بذلك عن وقوع المضاربه بالدين، إلا أن يجدد عقدها بعد القبض.

و لو كان في يده أموال مضاربه لمتعددٍ فمات و علم بقاؤها في تركته فإن كان عينها لواحد منهم أو علمت منفرده بالقرائن المفيدة للعلم فلا بحث و إلا تحاص فيه أى في المجتمع من أموال المضاربه الغرماء و أرباب الأموال على نسبه أموالهم؛ للخبر: « من يموت و عنده مال مضاربه فإن سماه بعينه قبل موته فقال: هذا لفلان، فهو له، و إن مات و لم يذكر فهو أسوه الغرماء» (٣).

هذا إذا كانت أموالهم مجتمعه في يده على حده، و أمّا إذا كانت ممتزجه مع جملة ماله مع العلم بكونه موجوداً فالغرماء بالنسبه إلى جميع التركة كالشريك، إن وسعت التركة أموالهم أخذوها، و إن قصرت تحاصوا، كذا قيل (٤).

و الوجه في حرمان الورثه مع قصور التركة عن مالهم أو مساواتها له مع فرض وجود مال للمورث غير واضح، إلما مع ثبوت موجب ضمان

ص: ٣٤٢

١- التذكرة ٢:٢٣١.

٢- الكافي ٥:٤/٢٤٠، الفقيه ٣:٦٣٤/١٤٤، التهذيب ٦:٤٢٨/١٩٥، الوسائل ١٩:٢٣ أبواب أحكام المضاربه ب ٥ ح ١.

٣- التهذيب ٧:٨٥١/١٩٢، الوسائل ١٩:٢٩ أبواب أحكام المضاربه ب ١٣ ح ١.

٤- المسالك ١:٢٩١.

التالف من أموالهم من تعدّد أو تفريط؛ لثبوت أمانته و عدم ضمانه للتالف إلّا مع أحد الأمرين، كما مرّ (١).

و الاكتفاء في الضمان باحتمال أحدهما مدفوع بالأصل. و عموم:

« على اليد ما أخذت حتى تؤدّي » (٢) مخصّص بما دلّ على أمانته.

فالوجه ضرب الورثة مع الغرماء في التحاصّ، و أخذهم جميع ما لمورّثهم مع العلم بعدم تلف شيء منه، و مع احتمالته يتحصّون معهم بنسبه مالهم.

و يمكن حمل كلام القائل عليه بتعميم الغرماء في كلامه للورثة بضرب من التغليب.

و لكن يشكل بتوقّف ذلك على معرفه مقدار مال الميت و معلوميّه نسبتته بالإضافة إلى أموالهم، و لو جهل أشكال الحكم في ضربهم معهم في التحاصّ.

ثم كلّ ذا مع العلم ببقاء أموال المضاربه.

و أمّا مع الجهل به و احتمال تلفها يحكم بكون التركة ميراثاً؛ عملاً بظاهر اليد.

و لكن مع ذلك هل يحكم بضمانه للمضاربه من حيث أصله بقائه إلى أن يعلم تلفه بغير تفريط، و لعموم: « على اليد ما أخذت حتى تؤدّي » أم لا؛ لأصله براءة الذمه و كونه أمانه غير مضمونه. و أصله بقائه لا تقتضى ثبوته في ذمته مع كونه أمانه؟ وجهان، أجودهما الأخير، يظهر وجهه مما مرّ عن قريب.

ص: ٣٤٣

١- في ص: ٣٥٥.

٢- عوالى اللئلى ١٠/٣٤٥:٢، و فى سنن البيهقى ٦:٩٠، و مستدرک الحاکم ٢:٤٧، و مسند أحمد ١٣، ٨:٥ (حتى تؤديه).

أما المزارعه فهي لغه مفاعله من الزرع، وهي تقتضى وقوعه منهما، لكنها فى الشرع صارت معامله على الأرض بحصه معينه من حاصلها سواء كان كل من البذر و العوامل للمالك أو العامل أو مشتركاً، و سواء كان كل من الأرض و العمل مختصاً بأحدهما أو مشتركاً بينهما، و نسب الفعل إليهما بفعل أحدهما مع طلب الآخر، فكأنه لذلك فاعل، كالمضاربه.

و خرج بالمعامله على الأرض المساقاه، فإنها بالذات على الأصول، و بالحصه إجاره الأرض للزراعه أو الأعم؛ إذ لا تصح إلّا بأجره معلومه لا بحصه من الحاصل.

هذا بحسب الاصطلاح، و إلّا ففي الأخبار ربما تطلق المزارعه على ما يشمل المساقاه، و ربما تطلق على ما يشملهما و إجاره الأرض أيضاً كالقباله.

و الثلاثه ثابتة بإجماعنا المستفيض النقل فى عبار جماعه من أصحابنا، كالغنيه و التذكره و المهذب البارع و المسالك (١)، و غيرها من كتب الجماعه (٢).

و نوصنا به مع ذلك مستفيضه معتضده ببعض الأخبار العاميه (٣)،

١- الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٦٠١، التذكره ٢: ٣٣٦، المهذب البارع ٢: ٥٦٦، المسالك ١: ٢٩١.

٢- كالمبسوط ٣: ٢٥٤، و السرائر ٢: ٤٤١، و الحدائق ٢١: ٢٧٨.

٣- سنن أبى داود ٣٤٠٨/٢٦٣، ٣: ٢٦٢، ٣٤١٠، الموطأ ٢: ١/٧٠٣، سنن الدارمى ٢: ٢٧٠، سنن الدارقطنى ٣: ١٤٩/٣٧، ١٥١.

ففى الصحيح: عن المزارعه، قال: «النفقه منك، و الأرض لصاحبها، فما أخرج الله عزّ و جلّ منها من شىء قسّم على الشرط، و كذلك أعطى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم خبير حين أتوه فأعطاهم إيّاها أن يعمروها و لهم النصف مما أخرجت» (١) و نحوه غيره (٢)، و هما مما يشمل المساقاه.

و: عن الرجل يعطى الرجل أرضه و فيها الرمان و النخل و الفاكهه، و يقول: اسق هذا من الماء و اعمره و لك النصف مما خرج، قال:

« لا بأس » (٣) و هو المساقاه.

و فى الصحيح: عن الرجل يتقبّل الأرض بالدنانير أو بالدراهم؟ قال:

« لا بأس » (٤) و هو إجاره الأرض.

و استدل الأكثر بالصحيح السابق و نحوه على جواز المزارعه و المساقاه بصيغه الأمر.

و فيه نظر؛ لقصور الدلاله أوّلاً: بأن غايته نفى البأس، و هو لا يدلّ على اللزوم المطلوب إثباته بالصيغه.

و ثانياً: بعدم تضمّنه القبول و لو فعلاً، و هو كاشف عن أن المراد من ذكر ذلك بيان ما يصحّ مساقاته، لا صيغتها حتى يستدل به على ذلك.

فإذاً الأحوط بل الأجود وفاقاً للشهيد الثانى (٥) اعتبار الماضويّه،

ص: ٣٤٥

١- الكافي ٥: ٢/٢٦٨، التهذيب ٧: ٨٧٦/١٩٨، الوسائل ١٩: ٤٥ أبواب أحكام المزارعه و المساقاه ب ١٠ ح ٢.

٢- الكافي ٥: ٣/٢٦٨، التهذيب ٧: ٨٧٤/١٩٧، الوسائل ١٩: ٤٦ أبواب أحكام المزارعه و المساقاه ب ١١ ح ٢.

٣- الكافي ٥: ٢/٢٦٨، الفقيه ٣: ٦٧٨/١٥٤، التهذيب ٧: ٨٧٦/١٩٨ بتفاوت، الوسائل ١٩: ٤٤ أبواب أحكام المزارعه و المساقاه ب ٩ ح ٢.

٤- الكافي ٥: ٤/٢٦٥، الوسائل ١٩: ٥٤ أبواب المزارعه و المساقاه ب ١٦ ح ٤.

٥- الروضه ٤: ٢٧٦.

و القبول اللفظي، و سائر ما يعتبر في العقود اللازمه هنا أيضاً؛ اقتصاراً فيما خالف الأصل الدالّ على عدم اللزوم على القدر المجمع عليه و المتيقّن كونه عقداً، و ليس ما يتضمّن الإيجاب بنحو من الأمر و القبول فعلاً بمتيقّن كونه عقداً عرفاً حتى يدخل في حيز ما دلّ على لزومه، فافهم.

و تلزم المتعاقدين إجماعاً، كما في المسالك و غيره (١)؛ لعموم الأمر بالوفاء بالعقود إلّا ما أخرجه الدليل، و ليس هذا منه إجماعاً، كما في الروضه (٢).

و لكن لو تقايلا- و تفاسخا العقد صحّ الفسخ، بلا- خلاف يعرف، بل قيل: كأنه إجماع (٣)؛ و هو الحجه، مضافاً إلى عموم أدلّه استحباب الإقاله (٤).

و لا تبطل بالموت و لا البيع، بلا خلاف؛ للأصل، و أن ذلك مقتضى اللزوم، فإن مات المالك أتمّ العامل العمل، و إن مات العامل قام وارثه مقامه، و إلّا استأجر الحاكم من ماله أو مما يخرج من حصّته من يقوم به، إلّا إذا شرط على العامل أن يعمل بنفسه و مات قبل ظهور الثمره، فتبطل بموته، دون ما إذا مات بعده؛ لسبق ملكه.

و ربما قيل بالبطلان بموته في هذه الصوره مطلقاً، و لو بعد ظهور الثمره (٥).

و يستشكل بأنه قد ملك بظهورها الحصّه.

ص: ٣٤٤

١- المسالك ١:٢٩٢؛ و انظر مفاتيح الشرائع ٣:٩٥.

٢- الروضه ٤:٢٧٦.

٣- مجمع الفائده و البرهان ١٠:٩٩.

٤- الوسائل ١٧:٣٨٥ أبواب آداب التجاره ب ٣.

٥- الروضه ٤:٢٧٧.

و يمكن الجواب بنحو ما مرّ في المضاربه: من تزلزل الملكيه و عدم استقرارها إلّا بتمام العمل هنا، فلو مات قبله انتفى ملكه لها، فتأمل.

## و شروطها ثلاثة

### اشاره

و شروطها ثلاثة أحدها:

### الأول أن يكون النماء مشاعاً

أن يكون النماء مشاعاً بينهما تساويًا فيه أو تفاضلاً بلا خلاف، بل عليه الإجماع في الغنيه و غيرها (١)؛ و هو الحجه. مضافاً إلى كون عقد المزارعه و المساقاه على خلاف الأصل؛ لتضمنه جهاله العوض، فيقتصر فيه على موضع الإجماع و النقل، و ليس إلّا مع إشاعه النماء، ففي المعبره المستفيضه، و فيها الصحيح و غيره: «لا بأس بالمزارعه بالثلث و الربع و الخمس» (٢).

و خصوص الصحيح: «لا تقبل الأرض بحنطه مسّماء، و لكن بالنصف و الثلث و الربع و الخمس لا بأس به» (٣).

و عليه فلو شرط لأحدهما شيء معيّن و إن كان البذر، و للآخر الباقي أو لهما بطل، سواء كان الغالب أن يخرج منها ما يزيد على المشروط و عدمه.

خلافاً للمحكي عن الشيخ و جماعه (٤)، فجوزوا استثناء البذر من جملة الحاصل. و في المختلف جواز استثناء شيء مطلقاً (٥)، و رجّحه في الكفايه (٦)؛ استناداً إلى قوله سبحانه إلّا أن تكون تجارَةً [١] (٧) الآية.

ص: ٣٦٧

١- الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٦٠١؛ و انظر الحدائق ٢٨٤: ٢١.

٢- انظر الوسائل ٤٢، ٤١: ١٩ أبواب المزارعه و المساقاه ب ٨ ح ٧، ٣.

٣- الكافي ٢٦٧/٣: ٥، التهذيب ١٩٧/٨٧١: ٧، الإستبصار ١٢٨/٣٤٥٩: ٣، الوسائل ٤١: ١٩ أبواب المزارعه و المساقاه ب ٨ ح ٣.

٤- الشيخ في النهايه: ٤٤٠؛ المهذب ١٢: ٢، السرائر ٤٤٤: ٢، التحرير ٢٥٦: ١.

٥- المختلف: ٤٧١.

٦- الكفايه: ١٢١.

٧- النساء: ٢٩.



و هو كما ترى؛ إذ ليس المستفاد منه إلّا الجواز مع المراضاه، وهو لا يستلزم اللزوم مع فقدها و لو بعدها كما هو المدّعى، مع أنه مخصّص بما مضى.

مضافاً إلى ما دلّ على النهى عن التجاره المتضمنه للغرر و الجهاله، و منها مفروض المسأله، كما مرّ إليه الإشاره، و به صرح فى الغنيه، فقال بعد الاستناد إلى الإجماع:- و لأنه قد لا يسلم إلّا ما عينه، فيبقى ربّ الأرض و النخل بلا شيء، و قد لا يعطب إلّا غلّه ما عينه، فيبقى العامل بغير شيء (١).

و لو شرط أحدهما على الآخر شيئاً يضمنه مضافاً إلى الحصّه من ذهب أو فضّه صحّ على الأظهر الأشهر، بل عليه عامّه من تأخّر، و ظاهر المسالك و المفلح الصيمرى (٢) عدم الخلاف فيه، حيث ذكر جهاله القائل بالبطلان، و أنه إنما حكاه الماتن و العلّامه (٣)؛ و هو مع التماميه يصلح للحجيه.

مضافاً إلى عموم الأدلّه بلزوم الوفاء بالعقود و الشروط، السليمه عن المعارض من نحو ما قدّمناه من الغرر و الجهاله، و لزوم كون النماء على الإشاعه، لخروجه عنه بالبديهه.

و فى المفاتيح: و فى بعض الأخبار عليه دلّاله (٤).

و لعلّه ما أشار إليه فى الكفايه (٥) من بعض المعبره: عن الرجل يزرع

ص: ٣٦٨

١- الغنيه (الجوامع الفقيهه): ٦٠١.

٢- المسالك ٢٩٢: ١.

٣- الماتن فى الشرائع ١٥٠: ٢، العلّامه فى المختلف: ٤٧١.

٤- المفاتيح ٩٦: ٣.

٥- الكفايه: ١٢١.

له الحزّات الزعفران و يضمن له أن يعطيه في كلّ جريب أرض يمسح عليه وزن كذا و كذا درهماً، فربما نقص و غرم، و ربما استفضل و زاد، قال:

« لا بأس به إذا تراضيا » (١).

و حيث صحّ يكون قراره مشروطاً بالسلامه، كاستثناء أرتال معلومه من الثمره في المبايعه، و لو تلف البعض سقط من الشرط بحسابه؛ لأنّه كالشريك و إن كانت حصّته معيّنه.

و يحتمل قوياً أن لا يسقط شيء بذلك؛ عملاً بإطلاق الشرط، إلّا أن يكون هناك عرف يوجب الصرف إلى الأوّل، فيتبع.

### الثاني أن يقدر لها مدّه معلومه

و ثانيها: أن يقدر لها مدّه معلومه يدرك فيها الزرع علماً أو ظناً، وفاقاً لشيخنا الشهيد الثاني و جماعه (٢). فلو لم يعين مدّه أو عين أقل من ذلك بطل؛ لأن مقتضى العقد اللازم ضبط أجله، و الأجل الناقص خلاف وضع القبالة و تفويت للغرض منها.

خلافاً لظاهر إطلاق العبارة هنا و في الشرائع و الإرشاد (٣) في الثاني، فجوّزوا الاقتصار على المدّه الناقصه.

قيل: لجواز التراضى بعدها (٤).

و يضعف بعدم لزومه، فلا يعلّق عليه شرط اللازم.

و لبعض متأخري الأصحاب (٥) في الأوّل إذا عين المزرع، مدّعياً

ص: ٣٤٩

- 
- ١- الكافي ٥/٢٦٦، الفقيه ٣/٦٩٦/١٥٩، التهذيب ٧/٨٦٩/١٩٦، الوسائل ١٩:٤٩ أبواب أحكام المزارعه و المساقاه ب ١٤ ح ١.
  - ٢- الشهيد الثاني في المسالك ١:٢٩٢؛ و انظر إيضاح الفوائد ٢:٢٨٥، و الكفايه: ١٢١، المفاتيح ٣:٩٦.
  - ٣- الشرائع ٢:١٥٠، الإرشاد ١:٤٢٧.
  - ٤- مفاتيح الشرائع ٣:٩٧.
  - ٥- كالشاهد الثاني في المسالك ١:٢٩٨، و الأردبيلي في مجمع الفائده و البرهان ١٠:١٢٨.

على خلافه الوفاق، وجعله فى الشرائع و غيره (١) وجهاً، و لم يذكره قولاً، و فيه نوع إشعار بالوفاق كما ادّعا؛ فإن تمّ كان هو الحجّه، و إلّا فما اختاره من عدم اعتبار ذكر المدّه فى تلك الصوره لا يخلو عن قوه؛ إقامة للعاده مقام ذكر المدّه، و إن كان ما ذكره الأصحاب أحوط البتّه، سيّما مع عدم الخلاف، و قوه احتمال انعقاد الإجماع.

و حيث عيّنت و مضت و الزرع باقٍ لم يدرك لفساد الظن كان للمالك إزالته، على الأشهر الأظهر؛ لانقضاء المدّه التى يستحق فيها التبقية، و الأصل تسلّط المالك على ملكه كيف شاء.

و فيه قول بالعدم مطلقاً (٢)، و آخر به مع عدم الأرش، و أمّا معه فالأوّل (٣).

و هو أحوط، و أحوط منه العدم المطلق.

و عليه فى استحقاق المالك الأجره، كما عن التذكرة (٤)، أو لا، كما عن القواعد (٥) و ليس كذلك لاختياره الأوّل قولان، أجمعهما الأوّل.

أمّا لو اتفقا على التبقية جاز بعوض و غيره، إلّا أنّها مع العوض يفتقر فى لزومها إلى تعيين مدّه زائده كالإجاره.

و لو ترك المزارعه حتى انقضت المدّه لزمته أجره المثل مع تمكين المالك له منها، كالإجاره؛ لتفويت منفعتها عليه. و لا فرق فى ذلك عند

ص: ٣٧٠

١- الشرائع ٢:١٥٠؛ و انظر المسالك ١:٢٩٢.

٢- انظر التذكرة ٢:٣٣٩.

٣- المسالك ١:٢٩٣.

٤- التذكرة ٢:٣٣٩.

٥- القواعد ١:٢٣٧.

الأكثر بين الترك اختياراً أو غيره، وقيل بالاختصاص بالأول (١). ولا يبعد.

### ثالثها أن تكون الأرض مما يمكن الانتفاع بها

و ثالثها: أن تكون الأرض مما يمكن الانتفاع بها في الزراعه المقصوده منها أو في نوع منها مع الإطلاق، بأن يكون لها ماء من نهر، أو بئر، أو مصنع، أو تسقيها الغيوث غالباً، أو الزيادة كالنيل.

و الضابط إمكان الانتفاع بزرعها المقصود عاده، فإن لم يمكن بطلت المزارعه و إن رضى العامل.

و الوجه في اشتراطه ظاهر؛ لمنافاه عدم الإمكان بها للعقد؛ لانصرافه إلى ما يمكن حصول المقصود من المزارعه منه؛ إذ مع غيره تكون لغواً، هذا.

مضافاً إلى مخالفه أصل العقد من حيث تضمّنه جهاله العوض للأصل، فيقتصر فيه على المتيقن من النص و الإجماع، و ليس إلّا مع إمكان الانتفاع.

مع أنه لا خلاف في اشتراطه في الجملة، و إن اختلفوا في متعلّقه هل هو الصحه مطلقاً، كما هو ظاهر العبارة، فيبطل العقد مع عدمه مطلقاً و لو مع العلم بفقده ابتداءً و عدمه بعد وجوده؟ أو في صورته الجهل بعدمه حين العقد خاصّه، كما هو ظاهر الفاضل في الإرشاد (٢)، حيث حكم بالبطلان بعدمه إلّا مع العلم به؟ أو اللزوم في صورته الجهل خاصّه، فللعامل الخيار فيها بعد العلم؟ و أمّا صورته العلم ابتداءً بعدمه حين العقد فليس بشرط أصلاً، بل

ص: ٣٧١

١- مجمع الفائده و البرهان ١٠٥: ١٠.

٢- الإرشاد ٤٢٧: ١.

يلزم فيها، كما هو صريح القواعد (١)، ووجهه كالسابق غير واضح بعد ما قرّرناه، سيّما هذا.

و حمل على محامل مع بُعدها لا ينطبق شيء منها مع ما قدّمناه من الأدلّة.

و قريب منهما في الضعف ما ذكره الفاضلان (٢) و تبعهما الشهيدان في الروضتين (٣): من أن مع انقطاع الماء في الأثناء يتخبر العامل بين الفسخ و الإمضاء.

قيل: لطرّ العيب، و لا يبطل العقد، لسبق الحكم بصحته فيستصحب، و الضرر يندفع بالخيار (٤). و فيه نظر.

قالوا: فإن فسخ فعليه من الأجره بنسبه ما سلف من المدّه؛ لانتفاعه بأرض الغير بعوض لم يسلم له و زواله باختياره الفسخ.

و يشكل بأن فسخه لعدم إمكان الإكمال، و عمله الماضي مشروط بالحصّه لا بالأجره، فإذا فاتت بالانقطاع ينبغي أن لا يلزمه شيء آخر.

نعم، لو كان قد استأجرها للزراعه توجه.

و بالجملة لزوم الأجره عليه لما سلف من أحكام الإجاره دون المزارعه؛ إذ لا شيء عليه فيها سوى الحصه، و قد فاتت.

و حيث استفيد من حقيقه المزارعه أن المعقود عليه هو الأرض ينبغي أن تكون مملوكه و لو منفعه، و صرح جماعة من المحققين (٥) بكفايه

ص: ٣٧٢

١- القواعد ٢٣٨: ١.

٢- المحقق في الشرائع ١٥١: ٢، العلّامة في القواعد ٢٣٨: ١.

٣- اللّمعه (الروضه البهيه ٤): ٢٧٩.

٤- الروضه ٢٧٩: ٤.

٥- كالمحقق في الشرائع ٣: ٢٧٦، و فخر المحققين في إيضاح الفوائد ٢: ٢٣١، و المحقق الثاني في جامع المقاصد ٧: ١٩.

الأولويه الحاصله فى الأرض الخراجيه، و بالإحياء إن لم نقل بكونه مفيداً للملك.

و فى النصوص ما يدلّ على جواز تقبيل الأرض الخراجيه للزراعته، ففى الصحيح: عن مزارعه أهل الخراج بالربع و الثلث و النصف، فقال:

« لا بأس » (١).

و فى آخر: عن الرجل يكون له الأرض من أرض الخراج فيدفعها إلى الرجل أن يعمرها و يصلحها و يؤدى خراجها، و ما كان من فضل فهو بينهما، قال: « لا بأس » (٢). إلى غير ذلك من النصوص (٣).

خلافاً للمسالك (٤)، فمنع عن مزارعتها إلّا مع الحيل التى فيه ذكرها.

و المعتبره حجه عليه كما ترى، و حملها على صورته الحيل بعيد جداً.

و له أى للعامل أن يزرع الأرض بنفسه و غيره و مع غيره و إن لم يأذن المالك، سواء كان ذلك بعنوان التوكيل و الاستتابة، أو نقل بعض الحصه بعنوان الشركه و المزارعه الثانيه، قالوا: لنقل منفعه الأرض إليه بالعقد اللازم، و الناس مسلطون على أموالهم.

و قيل: لا يجوز له تسليم الأرض إلّا بإذن المالك، كما فى الإجاره (٥).

ص: ٣٧٣

١- الفقيه ١٥٨/٦٩٣:٣، التهذيب ٢٠١/٨٨٨:٧، الوسائل ١٩:٤٢ أبواب المزارعه و المساقاه ب ٨ ح ٨.

٢- الكافي ٢٦٨/٥:٢، التهذيب ١٩٨/٨٧٦:٧، الوسائل ١٩:٤٥ أبواب المزارعه و المساقاه ب ١٠ ح ٢.

٣- انظر الوسائل ١٩:١٢٦ أبواب الإجاره ب ٢١.

٤- المسالك ١:٢٩١.

٥- المسالك ١:٢٩٦.

وقيل: إنما يجوز مزارعته غيره أو مشاركته له إذا كان البذر منه؛ ليكون تملك الحصة منوطاً به؛ ولأن الأصل أن لا يتسلط على البذر إلا المالك أو من أذن له.

وأما المساقاة فليس للعامل فيها أن يساقيه؛ لأنه لا يملك منها سوى الحصة من الثمره بعد ظهورها، والأصل فيها للمالك، وهو فيها كالبذر في المزارعه، فيعامل عليه من يملكه، وهو للعامل مقصود بالعرض كالأرض للمزارع (١).

وهو أحوط في الجملة، وإن كان القول بعدم اشتراط كون البذر منه في الجواز لا يخلو عن قوه، مع كونه الأشهر بين الطائفة، بل عليه الإجماع في ظاهر الغنية (٢). إلا أن يشترط عليه زرعها بنفسه فلا يجوز التعدى إجماعاً؛ لأن المؤمنين عند شروطهم.

وكذا له مع إطلاق المزارعه أن يزرع ما شاء على الأظهر الأشهر، بل عليه عامه من تأخر، وفي ظاهر الغنية (٣) الإجماع عليه؛ وهو الحجة.

مضافاً إلى ما قيل من دلالة المطلق على ماهية من حيث هي، وكل فرد من أفراد الزرع يصلح المطلق أن يوجد في ضمنه (٤).

وهو حسن إن تساوت أفراد ماهية في التبادر والغلبة، وإلا فما ذكر محل مناقشه، بل الظاهر تعيين الراجح بأحد الأمرين، كما قالوا بمثله في

ص: ٣٧٤

١- المسالك ٢٩٦: ١.

٢- الغنية (الجوامع الفقيهه): ٦٠١.

٣- الغنية (الجوامع الفقيهه): ٦٠١.

٤- الروضه ٢٨٠: ٤.

مواضع عديده،فلولا إجماع الغنيه المعتضد بالشهره لكان المصير إلى ما ذكرنا فى غايه القوه.

و به صرح بعض الأفاضل،فقال:و الحق أن الإطلاق إن اقتضى بالنظر إلى ذلك الأرض و ذلك الوقت تعيين نوع من الزرع  
تعيّن،و إلّا فالأولى مراعاة مصلحه المتعاملين أو المالك،كما فى إطلاق الوكاله و غيرها من العقود.انتهى.

نعم،لو عمم الإذن اتّجه ما ذكره؛ لدلالته على كلّ فرد فرد.

و كيف كان،فتعيين نوع الزرع بالخصوص غير لازم؛ لكون كلّ من العموم و الإطلاق المتساوى الأفراد فى حكم التعيين،من  
حيث دخول جميع الأفراد فيهما عموماً فى الأول،و إطلاقاً فى الثانى،فيكون المالك بهما قادماً على أضّر الأنواع.

و كذا المطلق الغير المتساوى الأفراد إذا كان الأضرّ من الأفراد الراجحه و يكون غير الأضرّ داخلاً بالأولويه.

و لو انعكس فكان الأضرّ من الأفراد المرجوحه فإن قلنا بتعيّن الراجح كان عن الإطلاق خارجاً و يكون صرفه إلى الراجح من  
قبيل تعيينه.

و إن قلنا بعدم تعينه و لزوم الصرف إلى جميع أفراده نظراً إلى ما قدّمناه من الدليل كان كذلك؛ لكون الدليل كالرجحان  
الموجب للتعيين.

فعلى أىّ تقدير تعيين النوع بالخصوص غير محتاج إليه.

فما عن التذكرة (1) من لزومه لتفاوت ضرر الأرض باختلاف جنس المزروعات فيلزم بتركه الغرر غير ملتفت إليه،فإنّ ما ذكرناه  
بجميع

ص: ٣٧٥



تقاديده في حكم التعيين، فلا غرر يلزم بتركه، فلا ريب في صحته العقد و تخير العامل في زرع ما شاء مع العموم أو الإطلاق مطلقاً أو في الجملة.

إلما أن يعين له المالك شيئاً من الزرع، فلا يجوز التعدي عما عين له، سواء كان المعين شخصياً كهذا الحب، أو صنفياً كالحنطه الفلانيه، أم نوعياً أم غيره، بلا خلاف، بل عليه الإجماع ظاهراً، و صرح به في الغنيه (١)؛ و هو الحجه.

مضافاً إلى عموم أدله لزوم الوفاء بالعقود و الشروط.

فلو خالف و زرع الأضرّ ففي بطلان المزارعه مع انقضاء المدّة و لزوم اجره المثل عما زرعه، أو تخير المالك بين الفسخ فله الأجره، و الإبقاء فله المسمّى و الأرش قولان:

من أن مقدار المنفعه المعقود عليها قد استوفى بزياده في ضمن زرع الأضرّ، فيتخير بين الفسخ لذلك فيأخذ الأجره لما زرع، لوقوعه أجمع بغير إذنه، لأنه غير المعقود عليه، و بين أخذ المسمّى في مقابله مقدار المنفعه المعينه مع أخذ الأرش في مقابله الزائد الموجب للضرر.

و من أن الحصّيه المسمّاه إنما وقعت في مقابله الزرع المعين و لم يحصل، و المزروع لم يتناوله العقد و لا الإذن، فلا وجه لاستحقاق المالك فيه الحصه.

و لعل هذا هو الأجود، وفاقاً للشهيد الثاني و غيره (٢)، خلافاً للماتن في الشرائع و غيره (٣)، فالأول.

ص: ٣٧٦

١- الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٦٠١.

٢- الشهيد الثاني في الروضه ٢٨٢: ٤؛ و انظر مجمع الفائده و البرهان ١٠٩: ١٠.

٣- الشرائع ١٥١: ٢؛ و انظر القواعد ٢٣٨: ١.

و من وجه المختار يظهر وجه الإشكال فيما ذكره جماعه من الأصحاب (١): من أن للعامل زرع ما هو أقل ضرراً فيستحق ما سمّاه من الحصّه، ولا أورش ولا خيار؛ لعدم الضرر.

و ذلك لأنه غير معقود عليه أيضاً، فكيف يستحق فيه شيئاً مع أنه نماء بذر العامل الذي لا دليل على انتقاله عن ملكه؟ و الاعتذار بأن الرضاء بزرع الأضرّ بالنسبه إلى الأرض يقتضى الرضاء بالأقلّ ضرراً.

مضعّف بأن غرض المالك ليس منحصرأ فيما يتعلّق بمصلحه الأرض، بل القصد الذاتى إنما هو الانتفاع بالزرع، و مصلحه الأرض تابعه و ليست بالذات مقصوده، و لا شك أن الأغراض تختلف فى أنواع المزروع، فربما كان غرضه فى الأشدّ ضرراً من حيث نفعه أو الحاجه إليه و إن حصل للأرض ضرر، و لا يتعلّق غرضه بالأخفّ و إن انتفعت الأرض به.

نعم، مثل هذا يجرى فى إجاره الأرض لزرع نوع معيّن، فإنّ عدول المستأجر إلى زرع الأَخفّ متّجه؛ لأن الغرض فى إجاره لمالك تحصيل الأجره خاصه، و هى على التقديرين حاصله، و يبقى معه زياده تخفيف الضرر عن أرضه.

و خراج الأرض و أجرتها على صاحبها بلا خلاف، كما يستفاد من النصوص (٢)؛ لأنّه موضوع عليها إلّا أن يشترطه على الزارع

ص: ٣٧٧

١- منهم: الشهيد الثانى فى المسالك ١: ٢٩٤، و السبزوارى فى الكفايه: ١٢٢، و صاحب الحدائق ٣١٥: ٢١.

٢- انظر الوسائل ١٩: ٤٤ أبواب المزارعه و المساقاه ب ١٠.

كلاً أو بعضاً، فيجب عليه مع تعيينه؛ عملاً بمقتضى الشرط.

و كذا لو زاد السلطان فيه زياده و طلبها من الزرع و جب على صاحب الأرض دفعها إليهم، كما في الخبر (١)، و فيه قصور من حيث السند، و مخالفه المتن للقاعده؛ فإن المظلوم من ظلم و الغرامه على الظالم، و لذا أن الراوى قال بعد الحكم: أنا لم أظلمهم و لم أزد عليهم، قال: «إنهم إنما زادوا على أرضك». و يستفاد من التعليل انسحاب الحكم فى كل موضع يشابه موردّه، كما يتفق كثيراً فى أمثال بلادنا من الظلم على سكنه الدور بمال يكتب عليها لا عليهم، فمقتضى الأصل و القاعده براءه ذمه أربابها و صرف الغرامه إلى السكنه، فإن المظلوم من ظلم، إلما أن التعليل فى الخبر كما ترى يقتضى خلافه و صرف الغرامه إلى أرباب الدور؛ لوضع الغرامه عليها دون ساكنيها، و لكن الحال فى السند كما ترى، و لا أجد له جابراً، فيشكل الحكم به هنا أيضاً.

و لو شرط عليه الخراج كماً فزاد السلطان فيه زياده فهى على صاحب الأرض، كما فى المسالك (٢)؛ لأن الشرط لم يتناولها و لم تكن معلومه، فلا يمكن اشتراطها.

و استشكله من متأخري المتأخرين جماعه (٣)؛ نظراً إلى كثير من المعبره الدالّه على اغتفار مثل هذه الجهاله، فيجوز اشتراط تلك الزياده و إن لم تكن معلومه، ففى الصحيح: الرجل تكون له الأرض، عليها خراج

ص: ٣٧٨

---

١- التهذيب ٧:٩١٥/٢٠٨، الوسائل ١٩:٥٦ أبواب المزارعه و المساقاه ب ١٦ ح ١٠.

٢- المسالك ١:٢٩٦.

٣- كالسبزواري فى الكفايه: ١٢٢، و صاحب الحدائق ٢١:٣٣٧.

معلوم ربما زاد و ربما نقص، فيدفعها إلى الرجل على أن يكفيه خراجها و يعطيه مائتي درهم في السنه، قال: «لا بأس» (١) و نحوه غيره (٢).

و في الدلاله ضعف، فإن غايته نفي البأس الغير الملازم للزوم الذى هو المطلوب؛ لأعميته منه، فقد يجمع جواز الرجوع، و يكون المطلوب من نفي البأس حينئذ بيان الجواز مع حصول التراضى، ألا- ترى إلى الصحيح: عن القوم يدفعون أرضهم إلى رجل فيقولون: كلها و أدّ خراجها، قال: «لا بأس به إذا شأؤوا أن يأخذوها أخذوها» (٣) قد حكم فيه بنفي البأس عن نحو ذلك مع تصريحه بجواز الرجوع، فظهر أن المراد من نفي البأس حيث يطلق إنما هو بيان الجواز المطلق لا اللزوم.

إلا أن يقال بأن المقصود من التمسك بنفي البأس إنما هو إثبات الجواز دفعا لما يتوهم من النهى عنه الناشئ من الجهاله، و حيث ثبت الجواز ثبت اللزوم حيث يذكر في العقد اللازم، عملاً بما دلّ على لزومه، و هذا هو السرّ في تمسك الأصحاب في القول بلزوم كثير من الشروط في العقود اللازمه بالنصوص التي غايتها نفي البأس عنها لا الحكم بلزومها.

و لكن هذا إنما يتم لو دلّت النصوص على نفي البأس عنها و إن ذكرت في العقد اللازم، و إنما فالتمسك بها لذلك محل إشكال؛ لأن المناطق في نفي البأس حيث يذكر في غير العقود اللازمه هو حصول المراضاه، و الغرر و الجهاله لعلهما مغتفران معها فيما عداها؛ لجواز الرجوع بعد ظهور

ص: ٣٧٩

١- الكافي ٥/٢٦٥، التهذيب ٧:٨٦٨/١٩٦، الوسائل ١٩:٥٧ أبواب المزارعه و المساقاه ب ١٧ ح ١.

٢- الفقيه ٣:٦٧٨/١٥٤، الوسائل ١٩:٥٧ أبواب المزارعه و المساقاه ب ١٧ ح ١.

٣- التهذيب ٧:٩١٨/٢٠٩، الوسائل ١٩:٥٨ أبواب المزارعه و المساقاه ب ١٧ ح ٣.

الغرر دونها؛ لعدم جوازها فيها للزومها، ولعله لهذا نهى عنها، ونصوص المسألة لعلها من هذا القبيل؛ إذ لم يذكر فيها وقوع اشتراط ذلك في ضمن عقد لازم، فكيف يستدل بها على الجواز ولو ذكر فيه؟ إلا أن يتمسك بإطلاق نفي البأس الشامل لصورتى وقوع الشرط في ضمن العقد اللازم وغيره، إلا أن في الخروج بمثله عن عموم ما دل على النهى عن الغرر والجهالة إشكالاً.

و نحو الخراج المئونه التي يتوقف عليها العمل و لا- يتعلق بنفس العمل و التنميه، كإصلاح النهر و الحائط، و إقامة الدولاب، و بالجمله ما لا يتكرر كل سنه؛ لأنها من متممات الأرض، دون ما فيه صلاح الزرع و بقاؤه مما يتكرر كل سنه، كالحرث و السقى و آلاتهما، و تنقيه النهر، و حفظ الزرع و حصاده، فإن ذلك كله على العامل؛ لأنه من جملة العمل.

و لو شرط من عليه المئونه إياها على الآخر كلاً أو بعضاً لزم، عملاً بمقتضى الشرط.

و يجوز لصاحب الأرض و كذا الأصول أن يخرص على الزارع بعد انعقاد الحبّ و ظهور الثمره، بأن يقدر ما يخصه من الحصيه تخميناً و يقبله به بحبّ و لو منه بما خرصه به.

و الزارع بالخيار فى القبول و لا يلزمه، بلا خلاف؛ للأصل فإن قبل لزم. و لكن كان فى المشهور، بل قيل: لا يكاد يتحقق فيه خلاف (١) استقراره مشروطاً بسلامه الزرع و الثمره من الآفه الإلهيه.

فلو تلف أجمع فلا شيء على الزارع، و لو تلف البعض سقط منه

ص: ٣٨٠

بالنسبه. و لا- نصّ فيه و لا- قاعده تقتضيه، فإن كان إجماع، و إلاّ ففيه كلام مضى كسائر ما يتعلّق بالمقام من النصوص و خلاف الحلّي (١) في أصل الحكم في باب بيع الثمار.

و أمّا لو أتلفه متلف ضامن لم يتغيّر معامله قولاً- واحداً، و طالب المتقبّل المتلف بالعوض، و لو زاد فالزائد للمتقبّل، و لو نقص بسبب الخرص لم يسقط بسببه شيء، بلا خلاف، للأصل في المقامين.

مضافاً إلى الخبرين، أحدهما الموثق: عن الرجل يمضى ما خرص عليه من النخل؟ قال: «نعم» قلت: أ رأيت إن كان أفضل مما خرص عليه الخارص، أ يجزيه ذلك؟ قال: «نعم» (٢).

و ثانيهما المرسل: إنّ لنا أكره، فنزارعهم فيقولون لنا: قد حزرنا (٣) هذا الزرع بكذا و كذا، فأعطونا و نحن نضمن لكم أن نعطيكم حصّتكم على هذا الحزر، قال: «و قد بلغ؟» قلت: نعم، قال: «لا بأس بهذا» قلت:

فإنه يجيء بعد ذلك فيقول لنا: إن الحزر لم يجيء كما حزرت قد نقص، قال: «فإذا زاد يردّ عليكم؟» قلت: لا، قال: «فلكم أن تأخذوه بتمام الحزر، كما أنه إذا زاد كان له كذلك إذا نقص» (٤).

و يستفاد منه مضافاً إلى الاتفاق كما حكى (٥) اشتراط الخرص ببلوغ الزرع، و هو مقتضى الأصل الدال على فساد هذه المعامله، كما تقدم

ص: ٣٨١

١- السرائر ٣٦٨:٢.

٢- التهذيب ٩٠٥/٢٠٥، الوسائل ١٩:٥٠ أبواب المزارعه و المساقاه ب ١٤ ح ٣.

٣- الحزر: التقدير و الخرص. الصحاح ٦٢٩:٢.

٤- الكافي ١/٢٨٧، التهذيب ٩١٦/٢٠٨، الوسائل ١٩:٥٠ أبواب المزارعه و المساقاه ب ١٤ ح ٤.

٥- انظر الحدائق ٣٤:٢١.

فى كلام الحلى، فىقتصر فىها على مورد الإجماع و النص، و لىس إلاً الخرص بعد البلوغ، فى الصحيح الوارد فى تقبيل الخبير: « فلماً بلغت الثمره أمر عبد الله بن رواحه فخرص عليهم» (١) الحديث.

و تثبت اجره المثل فى كل موضع تبطل فىه المزارعه لصاحب الأرض إن كان البذر من الزارع، و الحاصل له إن كان البذر منه و عليه اجره مثل العامل و العوامل و الآلات.

و لو كان البذر منهما فالحاصل بينهما على نسبته و لكل منهما على الآخر اجره مثل ما يخصه على نسبه ما للآخر من الحصه، فلو كان البذر بينهما بالنصف مثلاً رجع المالك بنصف أجره أرضه و العامل بنصف اجره عمله و عوامله و آلاته، و على هذا القياس باقى الأقسام.

و لو كان البذر من ثالث فالحاصل له و عليه اجره مثل الأرض و باقى الأعمال و آلاتها لصاحبها.

بلا خلاف فى شىء من ذلك أجده؛ و يظهر وجهه مما ذكرناه فى المضاربه الفاسده (٢).

و إطلاق العبارة كغيرها يقتضى عدم الفرق فى ثبوت الأجره لمن لىس له البذر على الآخر فى مقابله أرضه أو عمله بين أن يكون هناك حاصل أم لا. و تكره إجاره الأرض بالحنطه أو الشعير مطلقاً، منها كانا أو من غيرها، زرعت بجنسهما أم بغيرهما؛ استناداً فى الجواز إلى الأصل و العمومات، و فى الكراهه إلى شبهه الخلاف، و احتمال التحريم فتوى و روايه.

خلافاً للأشهر فيما إذا كانا منها، فقالوا فى بالحرمة إذا اشترط، بل

ص: ٣٨٢

---

١- الكافى ٥: ٢/٢٦٧، الوسائل ١٨: ٢٣٢، أبواب بيع الثمار ب ١٠ ح ٣.

٢- راجع ص: ٣٤٩.

نفى عنه الخلاف بعض الأجله (١)، قالوا: لأن خروج ذلك القدر منها غير معلوم، وربما لا يخرج منه شيء، أو يخرج بغير ذلك الوصف، و من ثم لم يجز السلف في حنطه من قراح معين لذلك، وللخبرين: عن إجاره الأرض بالطعام، فقال: «إن كان من طعامها فلا خير فيه» (٢).

و يضعف الأول: بمنعه على إطلاقه؛ إذ ربما كانت الأرض واسعة لا تخيس بذلك القدر عادة، فلا يتم إطلاق المنع.

و الخبران: بقصور السند و الدلاله؛ فإن نفى الخير أعم من الحرمة، بل ربما أشعر بالكراهه.

و يمكن الذب عن الأول: بتتميم الإطلاق بعدم القائل بالفرق.

و عن الثانى: بانجبار قصور السند بالشهره المحكيه فى كلام جماعه (٣)، مع أن سند أحدهما صحيح إلى صفوان، و جهاله من بعده مجبوره بكونه ممن أجمعت على تصحيح ما يصح عنه العصابه.

و الدلاله بورود النهى الظاهر فى الحرمة عن إجاره الأرض بالطعام فى كثير من المعتمره، و فيها الموثق كالصحيح و غيره: «لا تؤاجر الأرض بالحنطه و الشعير و لا بالتمر، و لا بالأربعاء، و لا بالنطاف (٤)، و لكن بالذهب

ص: ٣٨٣

١- كصاحب الحدائق ٢٩١: ٢١.

٢- الكافي ٢٦٥/٥، التهذيب ١٩٥/٧، الإستبصار ١٢٨/٣: ٤٦٠، الوسائل ٥٥: ١٩ أبواب المزارعه و المساقاه ب ١٦ ح ٥. و الخبر الآخر: التهذيب ٢٠٩/٩١٧، الإستبصار ١٢٨/٣: ٤٦١، الوسائل ٥٦: ١٩ أبواب المزارعه و المساقاه ب ١٦ ح ٩.

٣- منهم الفيض الكاشانى فى مفاتيح الشرائع ١١٠: ٣، السبزواري فى الكفايه: ١٢٦، البحرانى فى الحدائق ٢٨٧: ٢١.

٤- الاربعاء جمع الربيع و هو: جدول أو ساقيه تجرى إلى النخل أو الزرع. النطاف جمع نطفه: الماء الصافى قل أو كثر. و قيل: ما يبقى فى الدلو. مجمع البحرين ٣٣٢: ٤ و ج ١٢٥: ٥.



و الفضة، لأن الذهب و الفضة مضمون و هذا ليس بمضمون» (١).

و أظهر منها الصحيح: كان لى أخ فهلك و ترك فى حجرى بنتاً و لى أخ يلى ضيعه لنا و هو يبيع العصير ممن يصنعه خمراً و يؤجر الأرض بالطعام، فأما ما يصيبني فقد تنزهت، فكيف أصنع بنصيب اليتيم؟ فقال: «أما إجاره الأرض بالطعام فلا تأخذ منه نصيب اليتيم» (٢) الحديث.

فإن حملة على الكراهه مضافاً إلى مخالفته لظاهر النهى فى غاية البعد.

و هو كالمعتبره السابقه و إن اقتضت إطلاق المنع و لو كانت الحنطه أو الشعير اللذين استؤجرت الأرض بهما من غيرها، إلا أن اللانزم تقييدها بما إذا كانا منها؛ لعدم القائل بالحرمة كذلك، فإن القائل بحرمة إجارتهما بهما و لو من غيرها و هو القاضى (٣) يشترط اتحاد الجنس بينهما و بين ما تزرع الأرض به، فلو آجرها بحنطه مثلاً و زرع فيها شعيراً لم يحرم عنده.

و النصوص المذكوره خاليه عن هذا الشرط، و إن احتملت التقييد به، كالخبرين الأولين بأن يرد من قوله: «إن كان من طعامها» أى من جنسه و لو كان من غيرها.

و ربما أيده المروى فى العلل عن الصادقين عليهما السلام أنهما سئلا: ما العله التى من أجلها لا يجوز أن تؤجر الأرض بالطعام و تؤجر بالذهب و الفضة؟

ص: ٣٨٤

١- الكافي ١/٢٦٤، التهذيب ٧:٦٣٨/١٤٤ و ص ٨٦١/١٩٥، الإستبصار ٣:٤٥٧/١٢٧، الوسائل ١٩:٥٤ أبواب المزارعه و المساقاه ب ١٦ ح ٢، ٦.

٢- التهذيب ٧:٧٦٦/٢٩٦، الوسائل ١٩:٥٥ أبواب المزارعه و المساقاه ب ١٦ ح ٧.

٣- المهذب ٢:١٠.

قال: «العلّة في ذلك أن الذي يخرج حنطه و شعير، و لا يجوز إجاره حنطه بحنطه و لا شعير بشعير» (١).

إلّا أن تقيدها بما ذكره الأكثر من الشرط دون هذا و حمل الخبرين على ظاهرهما أولى؛ لاعتضاد هذا الجمع بالشهره، و ما تقدّم من تعليل المنع في تلك المعتبره من أنهما ليسا بمضمونين دون النقدين، فإن ذلك إنّما يتّجه فيما إذا كان مال الإجاره من حاصل تلك الأرض، فإنه يجوز أن لا- يخرج منها شيء بخلاف النقدين الثابتين في الذمّه بمجرد العقد، و الحنطه و الشعير الخارجان عن الحاصل في حكمهما في صحه المضمونيه.

و بالحسن: عن رجل اشترى من رجل أرضاً جرباناً معلومه بمائه كتر على أن يعطيه من الأرض، قال: «حرام» فقلت له: فما تقول جعلني الله فداك أن أشتري منه الأرض بكيل معلوم من حنطه من غيرها؟ قال:

« لا بأس » (٢).

بناءً على ظهور اتّحاد البيع و الإجاره فيما الظاهر أنه هو وجه المنع عن الأوّل فيه من عدم معلوميّه حصول العوض و كميّته كيلاً أو وزناً، و قد عرفت أن ما كان من الأرض غير مضمون و لا- ثابت في الذمّه و لا- هو معلوم الحصول فلا- يجوز البيع به و لا الإجاره.

و فيه زياده على الشهاده على الجمع تقويه لدلاله الأخبار المتقدمه المتضمنه للنهي و نفى الخير على الحرمة؛ لتصريحه بها كما ترى.

ص: ٣٨٥

١- علل الشرائع: ١/٥١٨، الوسائل ١٩:٥٦ أبواب المزارعه و المساقاه ب ١٦ ح ١١.

٢- الكافي ٥:٨/٢٦٥، الفقيه ٣:٦٦٦/١٥١، التهذيب ٧:٦٦١/١٤٩، الوسائل ١٨:٢٣٧ أبواب بيع الثمار ب ١٢ ح ٢.

و روايه العلل و إن شهدت بالجمع الآخر إلّا أن فيها قصوراً من حيث السند، و المقاومة لما مرّ من الوجوه لصحة الجمع الأوّل، و إن اعتضدت بالصحيح: «لا تستأجر الأرض بالحنطه ثم تزرعها حنطه» (١) لاحتماله التقييد بكون الحنطه المستأجره بها الأرض منها لا- مطلقاً، و يؤيّده ملاحظه المعبره المتقدمه الناهيه عن إجاره الأرض بالطعام على الإطلاق معلله بما يقتضى تقييده بهذا القيد، كما مرّ إليه الإشاره.

و مما حرّنا ظهر عدم الخلاف فى جواز إجاره الأرض بالطعام من غيرها مع تغايره لجنس ما تزرع به على كراهه؛ و لعلّ وجهها إطلاق المعبره بالنهى عن مؤاجرتها به مطلقاً المحتمل شموله للصوره و إن تضمّنت ما يقتضى التقييد بغيرها، كما مضى؛ للمسامحه فى الكراهه و الاكتفاء فى إثباتها بالاحتمال مطلقاً و إن ضعف، على الأشهر الأقوى.

و عدم الخلاف فى حرمتها به منها إلّا من ظاهر العبارة، حيث أطلقت الحكم بالكراهه بحيث شملت الصوره؛ و وجهه غير ظاهر بعد ما عرفت من الأدلّه على الحرمة فيها.

مضافاً إلى عدم القائل بذلك من الطائفه، كما يظهر من تتبع كتب الجماعه، و أن الأشهر الأقوى الحرمة فى هذه الصوره و الكراهه فى الصوره الأولى و لو مع اتّحاد الجنس.

خلافاً للقاضى فى الصورتين، فظاهره الجواز مع التغاير جنساً مطلقاً و الحرمة مع الاتّحاد كذلك (٢).

ص: ٣٨٦

١- الكافى ٣/٢٦٥، الفقيه ٥/٣، التهذيب ٧/٨٦٣/١٩٥، الوسائل ١٩:٥٤ أبواب المزارعه و المساقاه ب ١٦ ح ٣.

٢- المهذب ٢:١٠.

و لا ريب أن الحرمة فيما عدا محل الاتفاق على الجواز أحوط و أولى.

و يكره أيضاً أن يوجرها بأكثر مما استأجرها به، إلا أن يحدث فيها حدثاً و لو لم يقابل الزيادة، كما يدل عليه إطلاق المعتبره الآتية أو يوجرها بغير الجنس الذى استأجرها به بلا خلاف فى الجواز مع الاستثناءين فتوى فيهما، و نصاً فى الأول خاصه دون الثانى؛ لظهوره فى المنع فيه بحسب الإطلاق أيضاً، حيث حصر المجوز فى الاستثناء الأول، فإن كان إجماع على الجواز بالثانى، كما هو الظاهر و به صرح فى الانتصار (١)، و إلا فهو محل مناقشه.

و أمّا الحكم بالكراهه بدونهما دون الحرمة فهو الأشهر بين متأخري الطائفة، بل عن التذكرة أن عليه أكثر علمائنا الإماميه (٢). و هو كما ترى ظاهر فى الشهره المطلقه.

وفاقاً للحلى و أحد قولى الديلمى و القاضى (٣)، و لعله عليه عامتهم؛ استناداً فى الكراهه إلى شبهه الخلاف الآتى فتوى و روايه، و فى الجواز إلى الأصل، و العمومات كتاباً و سنه، و صريح كثير من المعتبره المستفيضه، فى ثلاث منها و أحدها الصحيح، و باقىها قريب منه؛ لاشتمال السند على الحسن بن محبوب و ابن فضال المجمع على تصحيح ما يصح عنهما، و وجود سهل فى بعضه قبل الأخير بناءً على سهوله ضعفه أو وثاقته سهل - فى الرجل يستأجر الأرض ثم يوجرها بأكثر مما استأجرها، قال: «لا بأس،

ص: ٣٨٧

١- الانتصار: ٢٣١.

٢- التذكرة ٢: ٢٩١.

٣- الحلى فى السرائر ٢: ٤٤٦، الديلمى فى المراسم: ١٩٥، القاضى فى المهذب ٢: ١١.

إن هذا ليس كالحانوت و لا- كالأجير، فإن فضل الحانوت و الأجير حرام» كذا في الأول (١)، و بدّل «الحانوت» بـ «البيت» في الباقي (٢).

و في موثقين منها (٣): «إذا تقبّلت أرضاً بذهب أو فضّه لا تقبّلها بأكثر مما تقبّلتها، و إن تقبّلتها بالنصف و الثلث فلك أن تقبّلها بأكثر مما تقبّلتها به، لأن الذهب و الفضه مضمونان» كذا في أحدهما (٤)، و قريب منه في

ص: ٣٨٨

١- الكافي ٥: ٣/ ٢٧٢، التهذيب ٧: ٨٩٥/ ٢٠٣، الإستبصار ٣: ٤٦٤/ ١٢٩، الوسائل ١٩: ١٢٥، أبواب الإجاره ب ٢٠ ح ٤.

٢- انظر الوسائل ١٢٦، ١٢٥: ١٩: ١٢٥، أبواب الإجاره ب ٢٠ الأحاديث ٥، ٣، ٢.

٣- الاستدلال بهما مبنى على فرض عموم عنوان المسأله لكل من الإجاره و المزارعه، كما يفصح عنه عموم أدله المجوّزين من الأصل و العمومات، و كذا بعض أدله المانعين من استلزام الزيادة الربا لهما، و وجه الاستدلال بهما على هذا تجويزه عليه السلام فيهما المزارعه الثانيه بأكثر مما زورع به في المزارعه الأولى، و يكون الجواب عن صدرها المانع عن الزيادة في الإجاره ما في المتن من الشذوذ لو حمل على ظاهره؛ لعدم قول أحد من المانعين بذلك؛ إذ كلّ من منع منه مطلقاً، كان ما استوجبه ثانياً النقدين أم غيرها، و كل من جوّز جوّز كذلك. نعم ظاهر الشيخ في الاستبصار القول بالفرق فيهما، لكن ذكره احتمالاً لا فتوى؛ جمعاً بين النصوص، كما ذكر غيره من الاحتمالات، و سياق كلامه ظاهر فيما قلناه من فرض عموم المسأله لكلّ من الإجاره و المزارعه، فإنه قال بعد ذكر الأخبار الثلاثه المتقدمه: و ينبغي بأن نقيدها بأحد أشياء إمّا أن نقول: له إجارته إذا كان استأجرها بدراهم أو دنائير معلومه أن يوجرها بالنصف أو الثلث أو الربع و إن علم أن ذلك أكثر. ثم ذكر الروايه الثانيه سنداً للقول بالحرمة، ثم قال: و الثاني أنه يجوز مثلاً إذا استأجرها بالثلث أو الربع أن يوجرها بالنصف؛ لأن الفضل إنما يحرم إذا كان استأجرها بدراهم فأجرها بأكثر منها، و أمّا على هذا الوجه فلا بأس. ثم ذكر هذين الموثقين، و وجه دلالته على ما قلنا إطلاقه لفظ الإجاره على الإجاره بالثلث و النصف، و ذلك لا يكون إلّا بزراعته، و ربما يقربه ذكر الماتن هذه المسأله هنا و في الشرائع في هذا الكتاب و في كتاب الإجاره. (الشرائع ١٨١، ١٥٠: ٢). منه رحمه الله.

٤- الكافي ٥: ٧/ ٢٧٣، التهذيب ٧: ٨٩٨/ ٢٠، الإستبصار ٣: ٤٦٧/ ١٣٠، الوسائل ١٩: ١٢٧، أبواب الإجاره ب ٢١ ح ٢.

ولا يقدر في الاستدلال بهما تضمّنها للنهي عن التقييل بزياده في النقدين؛ لاحتمال أن يكون المراد منه المزارعه، أي: لا تستأجرها بهما فتزاع بأكثر منهما، ويكون الوجه حينئذٍ في النهي ما مرّ من اشتراط كون المزارعه بحصّه مشاعه من الحاصل، فلا يجوز بالنقدين و ما في معناهما.

وليس الوجه فيه المنع عن خصوص الزيادة، وإنما ذكرت تبعاً للعاده من عدم وقوع المزارعه مرّه ثانيه إلّا معها.

ولو لم تحمل الروايتان على ذلك للحقتا بالشواذ؛ لعدم قائل بهما كذلك، وهو الفرق بين النقدين وغيرهما بجواز الزيادة في الثاني دون الأول، فتأمل.

خلافاً للمنع والإسكافي والشيخين والمرتضى والحلي، والقول الآخر للديلمي والقاضي (٢)، فاختاروا الحرمة، وهو خيره الغنيه (٣) مدّعياً عليها إجماع الإماميه؛ فإن تمّ كان هو الحجّه، دون الروايه: عن رجل استأجر من السلطان من أرض الخراج بدراهم مسّماه أو بطعام مسّمى، ثم آجرها و شرط لمن يزرعها أن يقاسمه النصف أو أقل أو أكثر، و له في الأرض بعد ذلك فضل، أ يصلح له ذلك؟ قال: «نعم، إذا حفر لهم نهراً أو عمل لهم شيئاً يعينهم بذلك فله ذلك» (٤).

ص: ٣٨٩

١- الفقيه ١٤٩/٦٥٤:٣، الوسائل ١٢٨:١٩ أبواب الإجاره ب ٢١ ح ٦.

٢- المقنع: ١٣١، حكاة عن الإسكافي في المختلف: ٤٦١، المفيد في المقنع: ٦٤٠، الطوسي في المبسوط ٢٢٦:٣، المرتضى في الانتصار: ٢٣١، الحلبي في الكافي: ٣٤٦، الديلمي في المراسم: ١٩٥، القاضي في المهذب ١٢:٢.

٣- الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٦٠.

٤- الكافي ٢/٢٧٢:٥، الفقيه ١٥٧/٦٨٩:٣، التهذيب ٢٠٣/٨٩٦:٧، الإستبصار ١٣٠/٤٦٨:٣، الوسائل ١٢٧:١٩ أبواب الإجاره ب ٢١ ح

لقصور السند بجهالة الراوى، والشهره القديمه تصلح جابره حيث لا تعارضها الشهره المتأخره، وقد عارضتها فى المسأله، فالترجيح فيها للثانيه؛ لكثرة أدلتها من الأصول و النصوص المستفيضه، هذا.

مع احتمالها لقصور فى الدلاله، فإن غايتها أنه لا يصلح، وهو أعم من الحرمه، بل مشعر بالكراهه عند جماعه، و منهم شيخ الطائفه القائل هنا بالحرمه، بل جعله دليلاً للكراهه و صريحاً فيها فى مواضع عديده (١).

و إجماع الغنيه مع و هنيه بمخالفه معظم الطائفه و إن كانوا بعده موهون، فلا يصلح للحجيه، سيما إذا عارضته الشهره المحكيه على الجواز فى التذكره (٢)، كما عرفته.

و أما ما فى روايه أخرى: «لا بأس أن يستأجر الرجل الدار أو الأرض أو السفينه ثم يؤجرها بأكثر مما استأجرها به إذا أصلح شيئاً» (٣).

فيجاب عنه مضافاً إلى قصور سندها كالسابقه بقصور الدلاله، فإن غايتها ثبوت البأس فى محل المنع، وهو أعم من الحرمه.

و حمله عليها لإضافته إلى الدار و هو للحرمه، كما دلت عليه بعض الأخبار السابقه (٤) إنما يتم لو لم يكن استعماله فى الأعم منها و من الكراهه.

و السياق إنما يدل على التعيين لو لم يدل دليل على الكراهه فى الأرض، و قد مرّ ما يدل عليها من المعبره، فمقتضى الجمع رفع اليد عن

ص: ٣٩٠

١- الإستبصار ١٣٠:٣، النهايه: ٤٣٩.

٢- راجع ص: ٣٨٨.

٣- التهذيب ٩٧٩/٢٢٣، الوسائل ١٢٩:١٩ أبواب الإجاره ب ٢٢ ح ٢.

٤- راجع ص: ٣٨٩.

السياق و إبقاء البأس على عمومته، وإرادته الحرمة منه بالإضافة إلى الدار، و الكراهه بالإضافة إلى الأرض.

هذا على تقدير تسليم ثبوت الحرمة بالإضافة إلى الدار، كما دلّت عليه تلك المعبره، و قال بما فيها الماتن في الشرائع (١)، و حكاه عن الشيخ في التذكرة (٢)، و إلّا كما هو ظاهر المتأخرين فلا سياق يشهد بذلك بالبديهة.

و أما الاحتجاج للمنع بقضيه لزوم الربا فأوضح حالاً في الفساد من الحجج السابقه؛ فإنه إنما يتحقّق في معاوضه أحد المثلين بالآخر مع الزيادة و الكيل أو الوزن.

مضافاً إلى الصحيح الدالّ على عدمه هنا، و فيه: «لو أن رجلاً استأجر داراً بعشره دراهم و سكن بيتاً منها و أجر بيتاً منها بعشره دراهم لم يكن به بأس، و لا يؤاجرها بأكثر مما استأجرها إلّا أن يحدث فيها شيئاً» (٣) و لو ثبت في الثاني لثبت الربا في الأوّل.

ثم إن ظاهر الفريقين حتى الشيخ كما في المختلف و غيره (٤) عدم الفرق في الحكم كراهه أو تحريماً بين الأرض و غيرها من الأعيان المستأجره.

فإن كان إجماع كان القول بالكراهه مطلقاً متعيّناً.

و عليها تحمل النصوص الدالّة على الحرمة في الثلاثة المتقدمه في

ص: ٣٩١

١- الشرائع ١٨١:٢.

٢- التذكرة ٢٩١:٢.

٣- الكافي ٢٧٢/٤:٥، التهذيب ٩١٩/٢٠٩:٧، الوسائل ١٢٩:١٩ أبواب الإجاره ب ٢٢ ح ٣.

٤- المختلف: ٤٦١؛ و انظر الروضه ٣٥٦:٤.



تلك المعتبره (١)؛ لصراحتها في الجواز في غيرها، دون لفظ الحرمة فيها، لظهوره فيها، والظاهر يُدفع بالنص حيث لا يمكن الجمع بينهما كما هو الفرض، للإجماع على عدم الفرق، والاختلاف في شدّة الكراهه و ضعفها كافٍ لوجه الفرق بين الأرض و غيرها و الثلاثة في المعتبره كما لا يخفى.

و إن لم يكن إجماع كما هو الظاهر كان الفرق في الحكم بينهما كراهه في الأوّل و حرمة في الثاني متّجهاً، كما في الشرائع (٢)؛ عملاً بظاهر المعتبره، مع عدم داعٍ فيها إلى الجمع الذي قدّمناه.

مضافاً إلى تأييدها بمعتبره آخر، منها الصحيح المتقدم في الدار، و قريب منه الآخر: في الرجل يستأجر الدار ثم يؤجرها بأكثر مما استأجرها، قال: «لا يصلح ذلك إلّا أن يحدث فيها شيئاً» (٣).

و نفى الصلاحيه و إن كان أعمّ من الحرمة إلّا أن التصريح بها في تلك المعتبره نفى عنه احتمال الكراهه.

و منها في الأجير الصحيحان: عن الرجل يتقبل العمل فلا يعمل فيه و يدفعه إلى آخر فيربح فيه؟ قال: «لا، إلّا أن يكون قد عمل فيه شيئاً» (٤).

و الخبر: «لا يصلح ذلك إلّا أن تعالج معهم فيه» قلت: فإنني أذيه لهم، قال، فقال: «ذلك عمل فلا بأس» (٥).

ص: ٣٩٢

١- راجع ص: ٣٨٩.

٢- الشرائع ١٨١، ١٥٠: ٢.

٣- الكافي ٨/٢٧٣، التهذيب ٧: ٨٩٩/٢٠٤، الوسائل ١٩: ١٣٠ أبواب الإجاره ب ٢٢ ح ٤.

٤- الكافي ١/٢٧٣، التهذيب ٧: ٩٢٣/٢١٠، الوسائل ١٩: ١٣٢، ١٣٣ أبواب الإجاره ب ٢٣ ح ١، ح ٤.

٥- الفقيه ٣: ٦٩٨/١٥٩، التهذيب ٧: ٩٢٧/٢١١، الوسائل ١٩: ١٣٤ أبواب الإجاره ب ٢٣ ح ٧.

و فى آخر: عن الرجل الخياط يتقبّل العمل فيقطعه و يعطيه من يخيطة و يستفضل؟ قال: «لا بأس، قد عمل فيه» (١) و نحوه غيره (٢).

و المستفاد منها ما قدّمناه من الاكتفاء فى مقابل الزيادة بعمل ما و لو لم يواز الزيادة، و هو خلاف ما ذكره الماتن فى الشرائع (٣) و حكاه عن الشيخ فى التذكرة (٤) مما ظاهره اشتراط كون العمل مقابلاً للزيادة.

و ربما الحق بالثلاثة الرحي؛ للخبر: «إنى لأكره أن أستأجر رحي ثم أؤجرها بأكثر مما استأجرتها به، إلّا أن يُحدّث فيها حدث أو يغرم فيها غرامه» (٥).

و السفينه: للروايه المتقدمه (٦).

و قصور سندهما كالدلاله يمنع من أخذهما دليلاً للحرمة، سيّما فى مقابله أدلّه الإباحه، مع إشعار الأولى بالكراهه.

ص: ٣٩٣

١- التهذيب ٧:٩٢٤/٢١٠، الوسائل ١٩:١٣٣ أبواب أحكام الإجاره ب ٢٣ ح ٥.

٢- الفقيه ٣:٦٩٩/١٥٩، التهذيب ٧:٩٢٦/٢١١، الوسائل ١٩:١٣٣ أبواب أحكام الإجاره ب ٢٣ ح ٦.

٣- الشرائع ٢:١٨١.

٤- التذكرة ٢:٢٩١.

٥- الكافي ٥:٩/٢٧٣، التهذيب ٧:٩٠٠/٢٠٤، الوسائل ١٩:١٣٠ أبواب أحكام الإجاره ب ٢٢ ح ٥.

٦- فى ص: ٣٩١.

و أما المساقاه فهي لغه:مفاعله من السقى،و اشتق منه دون باقى أعمالها،لأنه أنفعها و أظهرها فى أصل الشرعيه و هو نخل الحجاز الذى يسقى من الآبار مع كثره مئونه.

و شرعاً: معاملة على الأُصول الثابته،كالنخل و الرمان بحصّه من ثمرها و المراد بالثمره معناها المتعارف؛ للتردد فى صحه هذه المعامله على ما يقصد ورقه و ورده،كالحناء،لمخالفتها كالمزارعه،لما مرّ فيها من الاشتمال على الغرر و الجهاله للأُصول القطعيه،فيقتصر فيها على مورد الإجماع و المعتبره،و ليس منه مفروض المسأله.و لو لوحظ إدخاله أريد بالثمره نماء الشجره،ليدخل فيه الورق المقصود و الورد.

و الأصل فى مشروعيتها عندنا هو الإجماع عليه فى الظاهر،و صرح به فى الغنيه و التذكره (١)،و النصوص المعتبره به مستفيضه،منها الصحيحه المتقدمه فى صدر المزارعه (٢).

و تلزم المتعاقدين كالإجاره بلا خلاف بيننا،كما فى المسالك و غيره (٣)؛ لعين ما مرّ فى المزارعه فلا تنفسخ إلّا بالتقابل.

و تصح المساقاه قبل ظهور الثمره إجماعاً (٤) كما هنا و عن

ص: ٣٩٤

١- الغنيه(الجوامع الفقيهيه):٦٠١،التذكره ٢:٣٤١.

٢- راجع ص: ٣٦٦.

٣- المسالك ١:٢٩٧؛ و انظر الكفايه:١٢٢.

٤- كلمه إجماعاً ليست فى المختصر المطبوع.

التذكرة و فى المسالك و شرح الشرائع للمفلح الصيمرى و غيرها من كتب الجماعة (١)؛ و هو الحجة.

مضافاً إلى أدلته مشروعيه هذه المعامله؛ إذ لا فرد لها أظهر من مفروض المسأله.

و كذا بعدها إذا بقى للعامل عمل فيه المستزاد فى الثمره، على الأشهر الأظهر بين الطائفة، بل لعلّه عليه عامتهم، لجهاله القائل بعدم الصحه و إن اشتهر حكايته فى كتب الجماعة (٢)، فغير بعيد كونه إجماعاً كالأول، فيمكن أخذه حجه.

مضافاً إلى الأصل، و عموم النصوص الدالّه على المشروعيه، و فحوى ما دلّ على الصحه فى الصوره السابقه، فإن المعامله حينئذٍ أبعد عن الغرر؛ للوثوق بالثمره، فتكون أولى مما لو كانت معدومه.

و وجه عدم الصحه أن الثمره إذا ظهرت فقد حصل المقصود، فصار بمنزله المضاربه بعد ظهور الربح، و أن المقصود من المساقاه ظهور الثمره بعمله. و فيهما منع ظاهر.

و لو كان العمل بحيث لولاه لاختلّ حال الثمره لكن لا يحصل به زياده، كحفظها من فساد الوحش و الآفه، فمقتضى القاعده المتقدم إليها الإشاره غير مره هنا و فى المزارعه فساد المعامله.

و المراد بما فيه مستزاد الثمره نحو الحرث و السقى و رفع أغصان الكرم على الخشب و تأبير ثمره النخل، دون نحو الجدار و الحفظ و النقل و قطع الحطب الذى يعمل به الدبس من الأعمال التى لا يستزاد بها الثمره،

ص: ٣٩٥

١- التذكرة ٣٤٣:٢، المسالك ٢٩٧:١؛ و انظر التحرير ٢٥٩:١، و الكفايه ١٢٢.

٢- كالمهذب البارع ٥٧٢:٢، و الحدائق ٣٤٥:٢١.

فإن المساقاه لا تصحّ بها إجماعاً، كما عن التذكرة و في المسالك و الروضه و غيرها من كتب الجماعه (١)؛ و هو الحجبه، مضافاً إلى ما مرّ من القاعده.

و حيث لا تصحّ صحّت الإجاره على بقيه الأعمال بجزء من الثمره و الصلح و الجعاله بلا إشكال؛ لعموم أدلتها السليمه عما تصلح للمعارضه.

و لا تبطل بموتهما و لا بموت أحدهما على الأشبه الأشهر، بل لعلّه عليه عامّه من تأخّر؛ لما مر في المزارعه (٢).

خلافاً للمبسوط، فقال: يبطل عندنا (٣).

و هو شاذّ، و الإجماع المستفاد من ظاهر كلامه بمصير كافّه المتأخّرين إلى خلافه مع عدم عثور على موافق له موهون، فالمصير إليه ضعيف.

إلا أن يشترط المالك تعيين العامل فتنفسخ بموته، بلا خلاف و لا إشكال.

و أمّا الأحكام المترتبه على موت كلّ منهما فبيانها في المزارعه قد مضى.

و إنما تصحّ المساقاه على كلّ أصل ثابت له ثمره ينتفع بها مع بقائه فتصحّ على النخل و الكرم و شجر الفواكه، بلا خلاف فيها و في عدم الصحه في الشجر الغير الثابت، و نحو الودّي بالدال المهمله بعد الواو المفتوحه و الياء المشدّده أخيراً و هو صغار النخل، كما في المسالك (٤)، بل عليه الإجماع في التذكرة في نحو البطيخ و الباذنجان و قصب السكر

ص: ٣٩٤

---

١- التذكرة ٣٤٣:٢، المسالك ٢٩٧:١، الروضه ٣١١:٤؛ و انظر الكفايه: ١٢٢.

٢- راجع ص: ٣٦٧.

٣- المبسوط ٢١٦:٣.

٤- المسالك ٢٩٧:١.

و البقول (١)؛ و هما الحججه فيهما بعد القاعده المقتضيه لفساد هذه المعامله فى الثانى، و فيما لا ثمره له إذا كان له ورق ينتفع به، كالتوت الذكر الذى يقصد منه الورق دون الثمر، و الحنّاء.

و فيه وجه للصحه عند جماعه (٢)؛ بناءً على أن الورق المقصود منه كالثمره فى المعنى، فيكون مقصود المساقاه حاصلًا به، و فى المسالك:

و فى بعض الأخبار ما يقتضى دخوله (٣).

فإن كان و صحّ الاعتماد عليه باعتبار السند، و إلّا فالأجود المنع، وفاقاً لظاهر العبارة و غيرها (٤)، من حيث ظهور الثمره فيهما فى المعنى الخاص و قوفاً على ظاهر القاعده المتفق عليها بين الجماعه.

اللهم إلّا أن يكون هنا تنقيح مناط و علّه، و ليس؛ إذ ليس المنقح إلّا الإجماع، و هو مفقود لقضيه الخلاف، و العقل و غايته المظنّه، و ليست بمنقحه حتى تبلغ درجه القطع، و ليست هنا ببالغه إليها بالضروره.

قالوا: لو ساقاه على ودى مغروس إلى مدّه يحمل مثله فيها غالباً صحّ و لو لم يحمل فيها، و إن قصرت المده المشترطه عن ذلك غالباً أو كان الاحتمال على السواء لم يصحّ.

و علل الصحه فى الصوره الأولى بأن مرجع المساقاه إلى تجويز ظهور الثمره و ظنّه بحسب العاده، فإذا حصل المقتضى صحّ مطلقاً و إن تخلف، كما لو ساقاه على شجره كبيره و اتفق عدم الثمره فى المدّه.

ص: ٣٩٧

١- التذكرة ٣٤٢: ٢.

٢- منهم: الشهيد الثانى فى الروضه ٣١٣: ٤، و الأردبيلي فى مجمع الفائده ١٢٥: ١٠، و السبزوارى فى الكفايه: ١٢٣.

٣- المسالك ٢٩٧: ١.

٤- كالحقائق ٣٥٦: ٢١.

و منه يظهر وجه عدمها فى الثانى.

و فى الأولى لا اجره له على جميع العمل؛ لقدومه على ذلك، و المعتبر فى صحه المساقاه ظن ثمره و لو فى آخر المده، كما لو ساقاه عشر سنين و كانت الثمره لا- تتوقع إلما فى العاشره، و حينئذ فتكون الثمره فى مقابله جميع العمل، و لا يقدر خلؤ باقى السنين، فإنّ المعتبر حصول الثمره ظناً فى مجموع المده لا فى جميع أجزائها.

و فى الثانى له اجره المثل مع جهله بالفساد، كما قالوه فى هذه المعامله حيثما خرجت فاسده.

و يشترط فيها ذكر المده المعلومه التى يمكن حصول الثمره فيها غالباً و لو بالمظنه، كما مرّ إليه الإشاره، و عليه فى الجمله الإجماع فى المسالك (١)؛ و هو الحجه.

مضافاً إلى لزوم هذه المعامله، و لا معنى لوجوب الوفاء بها دائماً و لا إلى مده غير معلومه، و لا سنه واحده؛ لاستحاله الترجيح من غير مرجح.

و فى اشتراط تعيينها بما لا- يحتمل الزيادة و النقيصه دون غيره كقدوم الحاج و إدراك الغله و إن كانت هى الغله المعامل عليها، أم الاكتفاء بتقديرها بثمره المساقى عليها قولان. و الأول أشهر، بل لعلّه عليه عامّه من تأخر إلّا من ندر ممن تأخر (٢)؛ و قوفاً فيما خالف الأصل و احتمل الجهاله و الغرر على موضع اليقين من الإجماع و النص.

ص: ٣٩٨

١- المسالك ٢٩٨:١.

٢- انظر مجمع الفائده ١٢٨:١٠.

و على الثانى الإسكافى (١)؛ نظراً إلى أنه بالنسبه إلى ثبوته عاده كالمعلوم، و أن المقصود منها هو العمل إلى إكمالها، و أن العقد مبنى على الغرر و الجهاله، فلا يقدر حان فيه.

و للصحيح: عن الرجل يعطى الرجل أرضه فيها الرمان و النخل و الفاكهه فيقول: اسق هذا و اعمره و لك نصف ما خرج، قال: «لا بأس» (٢).

و له وجه؛ للدليل الأول دون الباقي، لضعفها، سيما الأخير، لما مرّ في المزارعه (٣)، و لكنه شاذّ فالمصير إليه ضعيف.

و يلزم العامل من العمل مع إطلاق العقد ما دلّ عليه العرف و العاده مما فيه مستراد الثمره خاصّه، كما عن الإسكافى (٤)، و تشعر به ظاهر العبارة، أو إصلاحها أيضاً، كما عليه أكثر متأخري الطائفه (٥).

و ضابطه كما ذكره الأصحاب ما يتكرر كلّ سنه، كإصلاح الأجاجين (٦)، و إزاله الحشيش المضرّ بالأصول، و قطع ما يحتاج إلى القطع من أغصان الشجر و النخل، و إصلاح الأرض بالحرث و الحفر حسب ما يحتاج إليه، و السقى، و التلقيح، و العمل بالناضح، و تعديل الثمره بإزاله ما يضرّ بها من الأغصان و الأوراق لإيصال الهواء إليها و ما تحتاج إليه من الشمس، و لقاط الثمره بمجرى العاده، و حفظها، إلى غير ذلك.

ص: ٣٩٩

١- كما حكاه عنه فى المسالك ١: ٢٩٨.

٢- الكافى ٥: ٢/٢٦٨، الفقيه ٣: ٦٧٨/١٥٤، التهذيب ٧: ٨٧٦/١٩٨، الوسائل ١٩: ٤٤ أبواب المزارعه و المساقاه ب ٩ ح ٢.

٣- راجع ص: ٣٦٦.

٤- على ما نقله عنه فى المختلف: ٤٧٢.

٥- كالمحقق فى الشرائع ٢: ١٥٦، و العلامه فى القواعد ١: ٢٤٠، و الشهيد الثانى فى الروضه ٤: ٣١٣.

٦- الأجاجين جمع الإجانه و هى موقع الماء تحت الشجره. مجمع البحرين ٦: ١٩٧.



و على المالك القيام بما يقتضى العرف و العاده قيامه به.

و ضابطه كما ذكره ما لا يتكرّر كلّ سنه، و إن عرض له فى بعض الأحوال التكرّر، ممّا يتعلّق نفعه بالأصول بالذات و إن حصل منه النفع للثمره بالعرض، فإنه على المالك دون العامل، ك بناء الجدران و عمل النواضح و حفر الأنهار و الآبار، و ما يسقى بها من داليه أو دولاب أو نحو ذلك.

و الأكثر كما فى المسالك و غيره (١) على أن الكُشّ (٢) للتلقيح على المالك. خلافاً للحلّى، فعلى العامل (٣).

و فى التذكرة أن شراء الزبل و أجره نقله على ربّ المال (٤).

و الأقوى فى ذلك كلّ الرجوع إلى المتعارف فى كلّ بلد أو قريه فإنه الأصل فى أمثال هذه المسائل.

و كذا خراج الأرض على المالك؛ لعين ما مرّ فى المزارعه (٥).

إلّا أن يشترط شىء من ذلك على العامل فيلزمه بعد أن يكون معلوماً. و لا فرق بين أن يكون المشترط عليه جميعه أو بعضه، بلا خلاف إلّا من الإسكافى (٦) فى اشتراط المالك على العامل إحداث أصل جديد من حفر بئر أو غرس يأتى به لا يكون للمساقى فى ثمرته حقّ.

ص: ٤٠٠

١- المسالك ١:٢٩٨؛ و انظر القواعد ١:٢٤٠.

٢- الكُشّ: ما يُلقح به النخل. لسان العرب ٦:٣٤٢.

٣- السرائر ٢:٤٥١.

٤- التذكرة ٢:٣٤٦.

٥- راجع ص: ٣٧٨.

٦- كما حكاه عنه فى المختلف: ٤٧٢.

و هو شاذٌ، و المصير إلى الأوّل متعيّن؛ لعموم ما دلّ على لزوم الوفاء بالشروط.

و منه يظهر الوجه في لزوم الشرط في صورته العكس، و هي اشتراط العامل ما عليه على المالك، لكن فيها يفرق بين صورتى اشتراط الجميع و البعض، فيبطل في الأولى؛ لمنافاته لمقتضى العقد.

و لا- خلاف فيه و في أصل الاشتراط مطلقاً، كان المشروط أقلّ أو أكثر، بل في ظاهر المسالك الإجماع عليه (١)، إلّا من المبسوط، كما في المختلف (٢) فيما إذا ساقاه بالنصف على أن يعمل ربّ المال معه، فأبطل به المساقاه، بناءً على أن وضعها على أن من ربّ المال المال و من العامل العمل كما في القراض.

و فيه على إطلاقه منع، مع أنه منقوض بتسويغه اشتراط العامل على المالك أن يعمل معه غلامه، و أن يكون على المالك بعض العمل، فيلكن هذا مثل ذلك؛ لأنه من قبيله، بل قيل: إنه نفسه (٣).

و منه أيضاً (٤) فيما إذا ساقاه على أن أجره الأجراء الذين يعملون معه و يستعان بهم من الثمره، فأفسد به المساقاه؛ لاستلزامه كون المال و العمل معاً من ربّ المال، و هو منافٍ لوضعها، كما مرّ.

و هو حسن إن لم يبق للعامل عمل يستزاد به الثمره، و إلّا فهو محلّ مناقشه، بل ظاهر المختلف و صريح المذهب (٥) الاكتفاء في الصحه بمجرد

ص: ٤٠١

١- المسالك ٢٩٨:١.

٢- المختلف: ٤٧٢، و هو في المبسوط ٣:٢١١.

٣- كما في المختلف: ٤٧٢.

٤- المبسوط ٣:٢١٧.

٥- المختلف: ٤٧٢، المذهب البارع ٢:٥٧٤.

العمل و إن لم يكن فيه مستزاد للثمره، كالحفظ و التشميس و الكبس في الظروف و نحو ذلك. و لا ريب في ضعفه.

و لا- بُدَّ أن تكون الفائدة مشاعه كما في المزارعه، بلا خلاف؛ لعين ما مرّ فيها من الأدلّه (١) فلو اختصّ بها أحدهما لم تصحّ المساقاه؛ لفقد شرطها.

لكن يختلف الحكم في ذلك بين ما لو كان المشروط له جميعها العامل أو المالك، فإن كان الأوّل كان الثمره كلها للمالك، و للعامل اجره المثل مع جهله بالفساد، كما هو الحكم في كلّ مساقاه باطله، و سيأتى إليه و إلى وجهه الإشاره (٢).

و إن كان الثاني فالأقوى أنه لا اجره له؛ لدخوله في العمل على وجه التبرّع فلا اجره له و لا حصّه، كما في البضاعه.

و فيه احتمال ضعيف بثبوت الأجره.

و نحو اختصاص أحدهما بالفائده في بطلان المعامله ما لو شرط لنفسه شيئاً معيّناً و ما زاد بينهما، أو قدر لنفسه أرتالاً أو ثمره نخله معيّنه.

و وجه البطلان فيهما بالخصوص مرّ في المزارعه فيما حكيناه من كلام ابن زهره (٣).

و يجوز اختلاف الحصّه في الأنواع، كالنصف من العنب و الثلث من الرطب، أو النوع الفلاني، إذا علما الأنواع؛ حذراً من وقوع أقلّ الجزئين لأكثر الجنسين مع الجهل بها فيحصل الغرر.

ص: ٤٠٢

١- راجع ص: ٣٦٨.

٢- في ص: ٤٠٥.

٣- راجع ص: ٣٦٩.

و لو ساقاه بالنصف إن سقى بالناضح و بالثلث إن سقى بالسائح بطلت، على الأشهر الأظهر؛ لأن الحصة لم تتعين، و إن هي حينئذٍ إلّا كالبيع بثمانين إلى أجلين مختلفين، و المعتمد فيه البطلان، كما مرّ في بحثه (١).

و يحتمل الصحة إن قيل بها ثمّه و كان مستندها منع الجهالة دون الرواية خاصّه.

و إن كانت هي الحجة خاصّه فيها ثمّه كانت الصحة هنا ممتنعاً؛ للجهالة، مع عدم وجود مخصّص لحكمها من إجماع أو روايه، و إلحاقها بالبيع قياس فاسد في الشريعة.

و تملك الفائده بالظهور من دون توقّف على بدوّ الصلاح، بلا خلاف بيننا كما في المسالك، و فيه عن التذكرة الإجماع عليه (٢)؛ و هو الحجة، مضافاً إلى ما مرّ في المضاربه (٣)، و لذا تجب الزكاه على كلّ من المالك و العامل إذا بلغ نصيبه الزكاه، لوجود شرط الوجوب و هو تعلق الوجوب بها على ملكه.

خلافاً للغنيه (٤)، فأسقطها من العامل؛ محتجاً بأن حصّته كالأجره.

و هو ضعيف غايته، بل انعقد الإجماع ممن بعده على فساد ما ذكره؛ لأن الأجره إذا كانت ثمره أو زرعاً قبل تعلق الوجوب وجبت الزكاه على الأجير، كما لو ملكها كذلك بأيّ وجه كان، و إن أراد كالأجره بعد ذلك فليس محل النزاع إلّا أن يذهب إلى أن الحصة لا يملكها العامل بالظهور،

ص: ٤٠٣

١- راجع ص: ٣٣٣ من ج ٨.

٢- المسالك ١: ٣٠٢، و هو في التذكرة ٢: ٣٤٩.

٣- راجع ص: ٣٥٢.

٤- الغنيه (الجوامع الفقيهه): ٦٠٢.

بل بعد بدو الصلاح و تعلق الزكاه، لكنه خلاف الإجماع، و مع ذلك لا يتم التعليل بالأجره؛ لاجتماعها مع وجوب الزكاه فيها كما عرفت، بل اللازم التعليل بتأخر ملكه عن الوجوب.

و لو كان المساقاه بعد تعلق الزكاه و جوزناها بأن بقى من العمل ما فيه مستزاد الثمره حيث جوزناها مع ذلك أتجه ما ذكره من وجوب الزكاه فى حصّه العامل على المالك؛ لتعلق الوجوب بها على ملكه.

و إذا اختل أحد شروط المساقاه المعتبره فى صحتها كانت الفائده للمالك لأنها تابعه لأصلها، و لا ناقل سوى العقد، و قد بطل بحكم الفرض.

و للعامل الأجره المثل إذا لم يكن عالماً بالفساد، و لم يكن الفساد بشرط عدم الحصّه للعامل؛ لأنه لم يتبرّع بعمله و لم يحصل له العوض المشروط له فيرجع إلى الأجره. و لا كذلك مع أحد الأمرين؛ لقدومه حينئذٍ على أن لا شىء له.

و لا خلاف و لا إشكال فى شىء من ذلك إلا فى استحقاقه الأجره حيث يستحقها لو زادت عن الحصّه، فأحتمل فى المسالك الاكتفاء بها عن الأجره؛ لقدومه على أن لا يكون له سواها فى مقابله عمله، حتى لو كانت فى مقابله عشر العمل لكان مسقطاً للزائد، فيكون متبرّعاً للزائد على هذا التقدير، كما تبرّع به على تقدير اشتراط جميع الثمره للمالك، و على تقدير عليه بالفساد (1).

و فيه أولاً: أن ذلك لو صلح دليلاً للاكتفاء بالحصّه عن الأجره الزائده

ص: ٤٠٤

لصلح دليلاً. لنفى الأجره بالمره حيث لا تحصل فائده بالكلية؛ لقدومه على أن لا شىء له لو فسدت الثمره و لم تكن هناك فائده، و ليت شعري كيف لم يستدلّ به على ذلك مع كونه أوفق بالأصل؟! و ثانياً: بأن الحصه إنما وجبت بحيث لا تجوز الزيادة و لا النقصه، من حيث اشتراطها فى العقد اللازم على تقدير الصحه، و صار الحكم فى المسأله مبنياً على قاعده أخرى من كونه عملاً. موجباً للأجره، و أن الداخلى فيه إنما دخل بذلك و لكن لا تسلم له، لظهور فساد المعامله، فلا يُبدّ لعمله من اجره، و رضا العامل بتلك الحصه على تقدير صحه المعامله لا مدخل له فى مفروض المسأله، لمغايرتهما، و رضا بالأقلّ ثمه لا يوجب الحكم به عليه هنا إلا أن يتجدد رضا آخر منه بذلك، و المفروض عدمه، و إلا فلا كلام معه.

و ثالثاً: بما ذكره فى الكتاب المشار إليه من أنه لم يقدم على التبرّع بعمله أصلاً، بل كما يحتمل أن تكون الحصه قاصره عن مقابله العمل يحتمل مساواتها له و زيادتها عليه أضعافاً مضاعفه، فهو قادم على عمل محتمل للزيادة و النقصه، فليس متبرّعاً به بالكلية، و إن احتمل قصورها فى بعض الأزمنه، بخلاف العالم و شارط جميع الحصه للمالك، فإنه فى ابتداء الأمر قادم على التبرّع المحض على أى تقدير.

و يكره أن يشترط المالك (1) على العامل شيئاً من ذهب أو فضه و لكن يجب الوفاء به لو شرط عملاً بما دلّ على لزومه من الكتاب و السنه ما لم تتلف الثمره يُخرج منها شىء، و لو تلفت أو عدت

ص: ٤٠٥

١- فى المختصر المطبوع زياده: مع الحصه.

لم يجب الوفاء به.

بلا- خلاف في شيء من ذلك حتى الكراهه، كما في المسالك (١)، وعللت مع ذلك في المهذب وغيره (٢) بجواز كون الخارج بقدر الشرط أو أقل، فيكون عمله ضائعاً موجباً للضرر المنفي عقلاً وشرعاً، مع احتمال خروج العامل بذلك عن الرشد و دخوله في السفهاء. وفيه نظر.

ووجه في المسالك وغيره (٣) سقوط المشروط مع تلف الثمره أو عدمها بأجمعها أنه لولاه لكان أكل مال بالباطل؛ فإن العامل قد عمل ولم يحصل له عوض فلا أقل من خروجه رأساً برأس.

نعم، لو كان الشرط للعامل على المالك أتجه عدم سقوطه؛ لأن العوض من قبل العامل وهو العمل قد حصل، و الشرط بالعقد قد وجب، فلا وجه لسقوطه.

و ربما قيل بمساواته الأول (٤). وهو ضعيف.

و لو كان التالف في الصورة الأولى البعض خاصه فهل يسقط من المشروط بالنسبه؛ لمقابله الأجزاء بالأجزاء حيث قوبلت الجملة بالجملة؟ أو لا؛ لأصالة العدم، و أن المعتبر حصول عوض العمل و لا اعتبار بكثرته و قلته، و من ثم لا يسقط من العمل شيء بتلف بعض الثمره أو أكثرها؟ قولان، أجودهما الثاني، وفاقاً للشهيد الثاني (٥). خلافاً للمحكي في بعض الحواشي عن المحقق الثاني.

ص: ٤٠٦

١- المسالك ١:٢٢٩.

٢- المهذب البارع ٢:٥٧٥؛ و انظر مجمع الفائده ١٣٠:١٠.

٣- المسالك ١:٢٩٩؛ و انظر جامع المقاصد ٧:٣٧٠.

٤- حكاة في جامع المقاصد ٧:٣٧٠، عن ظاهر إطلاق عبارته التذكرة و التحرير.

٥- المسالك ١:٢٩٩.

و لا- يخلو عن قوّه حيث لا- يكون الباقي من الثمره يوازي العمل لقلته؛ بناءً على انسحاب عله السقوط في صورته تلف الثمره بأجمعها هنا، إلّا أنها لما لا يخلو عن شيء من أصلها و كان الإجماع هو العمده في عله السقوط في تلك الصوره كان عدمه هنا أقوى؛ عملاً بالأصل الدالّ على لزوم الوفاء.

و هل يلحق باشتراط الذهب و الفضه في الجواز مع الكراهه اشتراط حصّه من الأصول الثابته؟ قولان؛ لعموم دليل الجواز في الملحق به، و أنّ مقتضى المساقاه جعل الحصّه من الفائده، و أنّ الحصّه من الأصول تدخل في ملكه، فلا يكون العمل المبذول في مقابله الحصه واقعاً في ملك المالك، و لا واجباً بالعقد؛ إذ لا يعقل أن يشترط العمل في ملك نفسه.

و منه يظهر الوجه في الفرق بينه و بين اشتراط النقدين، و حاصله أنه فرق بين أن يكون الشرط من غير المال الذي يعمل به و بين أن يكون منه؛ لأن جعل العوض الحاصل للعامل و هو الحصّه من النماء إنما هو في مقابله العمل بجميع المال المعقود عليه، و إذا صار له جزء من الأصل لم يحصل العمل بجميع المال المملوك للمالك، فلم يستحق مجموع الحصه المشترطه؛ لإخلاله بالشرط و هو العمل بالجميع، فيبطل العقد.

و فيه نظر؛ لاحتمال أن يكون اشتراط الحصه من الأصل كاستثناء من العمل بجميع المال المملوك، و بياناً لأن ما يستحقه من الحصّه من الثمره بعضها في مقابله العمل بما يخص المالك من الأصول الثابته و الباقي بتبعيته للملك الحاصل له بالشرط في العقد اللازم.

و مع هذا فالمنع أوجه، وفاقاً للأكثر، كالطوسي و الحلّي و فخر الدين



و المسالك و المفلح الصيمري (١)، بل لم أقف على مخالف صريحاً، بل و لا ظاهراً عدا الماتن في الشرائع (٢)، حيث تردّد، و نحوه الفاضل في القواعد (٣)، بعد جزمهما بالمنع، اقتصاراً في هذه المعاملة المخالفه للأصول على المجمع عليه المتيقن.

ص: ٤٠٨

- 
- ١- الطوسى فى المبسوط ٣:٢١١، الحلى فى السرائر ٢:٤٥٥، فخر الدين فى إيضاح الفوائد ٢:٢٩٤، المسالك ١:٢٩٩.
  - ٢- الشرائع ٢:١٥٧.
  - ٣- القواعد ١:٢٤٠.

أمّا الوديعه: فهي استنابه في الاحتفاظ خاصّه، فخرج نحو الوكاله و المضاربه و الإجاره؛ لأنّها استنابه فيه مع شىء زائد و هو التصرف، بل هو المقصود بالذات منها دون الاستنابه، بعكس الوديعه، لكونها المقصود بالذات فيها دون أمر آخر.

و الأصل فيها بعد إجماع الأمة المحكى في كلام جماعه، كالغنيه و المهذب و التذكره (١) الكتاب، و السنه المتواتره الخاصيه و العاميه، قال الله سبحانه إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا [١] (٢). و فى النبوى العامى: «أدّ الأمانه إلى من ائتمنك و لا تخن من خانك» (٣) و نحوه الخاصيه المتواتره التى سيأتى إلى جملته منها الإشاره (٤).

و تفتقر إلى الإيجاب و القبول قولاً كان كلّ منهما أو فعلاً و لا يشترط فى القول حيث إنها من العقود الجائره الصراحه بل يكتفى فيه بنحو من التلويح و الإشاره إذا كانت لمعناها مفهمه.

و وجه الاكتفاء بالقبول الفعلى أنه ربما كان أقوى من القولى باعتبار التزامه دخولها حينئذٍ فى ضمانه مع التقصير؛ لعموم: «على اليد ما أخذت

ص: ٤٠٩

١- الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٦٠٠، المهذب البارع ٣: ٧، التذكره ٢: ١٩٦.

٢- النساء: ٥٨.

٣- تفسير أبى الفتوح الرازى ٥٢٦: ٢، المستدرک ١١: ١٤، أبواب كتاب الوديعه ب ٢ ح ١٣.

٤- فى ص: ٤١٣.

حتى تؤدى» (١).

وقيل: إن كان الإيجاب بلفظ: أودعتك، وشبهه وجب القبول لفظاً، وإن قال: احفظه، ونحوه لم يفتر إلى اللفظ (٢).

ووجهه غير واضح، كما صرح به من متأخري متأخري الأصحاب جماعة (٣).

وكيف كان، فلا يجب المقارنه بين الإيجاب والقبول، بلا خلاف يظهر، وبه صرح في المفاتيح (٤). ولا ريب فيه ولا شبهه حيث يكون القبول فعلياً، ولو كان قولياً ففيه نوع مناقشه لولا حكاية عدم الخلاف التي هي حجه عامه، مؤيده بإطلاقات أخبار الوديعه.

ولو طرحه عنده من غير ما يدل على الإيداع من قرينه ولو حاله ولم يحصل القبول فعلاً- لم يلزم الحفظ مطلقاً، بلا خلاف يظهر، إلا من الكفايه حيث أثبت الوديعه لو حصل ثمه قبول لفظي، مدعياً كون مجرد الطرح دالاً على الوديعه (٥).

وفيه مناقشه حيث لم تنضم إليه قرينه من عرف أو عاده.

وحيث لم تثبت، لو ذهب المستودع وتركه فلا ضمان عليه؛ للأصل.

لكن قيل: يأتى إن كان ذهابه بعد غيبه المالك؛ لوجوب الحفظ من باب الإعانه على البرّ و معاونه المحتاج على الكفايه (٦).

ص: ٤١٠

١- مستدرک الحاكم ٢: ٤٧، عوالى اللئلى ١٠/٣٤٥، سنن البيهقى ٦: ٩٠.

٢- حكاة فى التذكرة ٢: ١٩٧ عن بعض العامة، وقال فى المسالك ١: ٣٠٣. وهو كلام موجه.

٣- منهم: الأردبلى فى مجمع الفائده ١٠: ٢٧٤، وتنظر فيه فى الكفايه: ١٣٢.

٤- مفاتيح الشرائع ٣: ١٦٢.

٥- الكفايه: ١٣٢.

٦- المسالك ١: ٣٠٣.

و فى كونه فسحاً للوديعه حيث ثبت قول، جزم به فى التذكرة (١).

و هو حسن إن قرنه ما يدل عليه، و إلما فهو محل مناقشه، سيما إذا كان القبول فعلاً؛ لأصاله بقاء حكم الوديعه، و عموم الروايه المتقدمه.

و لو حصل ذلك بعد غيبه المالك ضمن قولاً واحداً. و لا ريب فيه حيث يكون تفريطاً، و لعله مراد الجماعه.

و يشترط فيهما الاختيار بلا خلاف و لا إشكال، فلو اكره المودع فى الإيداع لم يؤثر؛ لعدم الإذن فى الاستتابه حقيقه. و كذا لو اكره المستودع على القبض لم يضمن مطلقاً، إلما مع الإتلاف، أو وضع يده عليه بعد ذلك مختاراً، فيضمن حينئذٍ جداً؛ لعموم الخبر المتقدم.

و هل تصير بذلك حينئذٍ وديعه لا يجب ردها إلما مع طلب المالك أو من يقوم مقامه، أو أمانه شرعيه يجب إيصالها إلى المستحق فوراً، و بدونه يضمن مطلقاً؟ وجهان.

و ربما يفرق بين وضع اليد عليها اختياراً بنيه الاستيداع و عدمه، فيضمن على الثانى مع الإخلال بما يجب عليه دون الأول؛ إعطاءً لكل واحد حكمه الأصلي.

و لا يخلو عن وجهه، و إن كان الثانى أوجه؛ لكونه الموافق للأصل الدال على عدم جواز التصرف فى ملك الغير، و وجوب إيصاله إليه فوراً، خرج منه الوديعه المعلومه إجماعاً، فتوى و نصاً، و بقى ما عداها و لو ما يشك كونه وديعه كما هو الفرض؛ للشك فى تأثير الإذن السابق فى ثبوتها داخلاً تحته جداً، مع أنه أحوط و أولى.

ص: ٤١١

و مما حققناه ظهر وجه الفرق بين الأمانتين، و ضابطه: أنه مع وضع اليد بإذن المالك أو من في حكمه يكون وديعه، و بدونه مع عدم الغصب أمانه شرعيه.

و وجه الضمان فيها مع الإخلال بما يجب عليه من الرد فوراً بعد الإجماع الخبر المتقدم، و هو و إن عمّ صوره عدم الإخلال بذلك أيضاً إلّا أنها مخصّصة بالإجماع المتأيد بالأصل و الاعتبار جدّاً.

و يجب على المستودع أن يحفظ كلّ وديعه قبلها لفظاً أو فعلاً، بلا خلاف و لا إشكال في الثاني؛ لعموم الخبر المتقدم. و كذا في الأول مطلقاً و لو فسخ عقدها و خرج عن الاستيداع، فيجب إلى أن يردّها إلى مالكها؛ لاستلزام تركه إضاعه المال المنهى عنها في الشريعة، مع استلزامه الضرر على المالك بتغيره له بقبولها، و هو منفي قطعاً، فتوى و روايه.

مضافاً إلى إطلاق الأدلّه من الكتاب و السنه بردّ الأمانه الشامل لمفروض المسأله، و لا- يتمّ إلماً بالحفظ، فيجب و لو من باب المقدمه.

فمنها زياده على ما مرّ إليه الإشاره المستفيضة، منها: «أدوا الأمانات إلى أهلها و إن كانوا مجوساً» (١). و في آخر: «و لو إلى قاتل أولاد الأنبياء» (٢).

و منها: «لو أنّ قاتل على عليه السلام ائتمنى على أمانه لأدّيتها إليه» (٣)

ص: ٤١٢

١- الكافي ٥/١٣٢:٥، التهذيب ٦:٩٩٣/٣٥١، الوسائل ١٩:٧٣ أبواب أحكام الوديعه ب ٢ ح ٥.

٢- الكافي ٥/١٣٣:٣، الخصال ٦١٤:٦٦، الوسائل ١٩:٧٣، ٧٦ أبواب الوديعه ب ٢ ح ١٤، ٦.

٣- الكافي ٥/١٣٣:٤، الوسائل ١٩:٧٢ أبواب أحكام الوديعه ب ٢ ح ٢، و رواه الصدوق في أماليه: ٥/٢٠٤ عن عمر بن يزيد.

و بمعناه غيره (١)؛ إلى غير ذلك من النصوص الكثيرة.

و أسانيدھا و إن كانت ما بين ضعيفه و قاصره عن الصحه إلّا أنها بالإجماع و ظاهر الكتاب المؤيد بما قدّمناه منجبره، مع قوّه احتمال كونها متواتره، فترتفع المناقشه في السند من أصلها بالمره، هذا.

مضافاً إلى ما سيأتي من المعتبره الدالّ على الضمان مع مخالفه أمر المالك في المحافظه، و بالجمله لا شبهه في المسأله.

و ينبغي أن يكون الحفظ بما جرت به العاده من مكان الوديعة و زمانها؛ لعدم التعيين من قبل الشارع فيرجع إليها، فليحرز نحو الثوب و النقد في الصندوق المقفل أو الموضوع في بيت محرز عن يخاف منه عليه عاده، لا عن الغير مطلقاً كما في المسالك و الروضه و عن التذكرة (٢)؛ لعدم اعتبار مثله في الحفظ عاده، بل يعدّ الحفظ بما ذكرناه حفظاً و لو لم يحرز عن لا يخاف منه عليه كالأهل و الشريك جدّاً، فاعتبار الحرز عن الغير مطلقاً كما في الكتب المشار إليها غير سديد قطعاً.

و الدابه في الإصطبل المضبوط بالغلاق.

و الشاه في المراح كذلك، أو المحفوظ بنظر المستودع.

و هذه الثلاثه مما جرت العاده بكونها حرزاً لما ذكره، و قد يفتقر إلى أمر آخر، ككون الصندوق المذكور كبيراً، أو موضوعاً في محل لا يعتاد سرقة منه، أو يقوم غيرها مقامها عاده، كوضع الدابه في بيت السكنى، أو الشاه في داره المضبوطه.

ص: ٤١٣

١- الكافي ٥/١٣٣، التهذيب ٦: ٩٩٤/٣٥١، الوسائل ١٩: ٧٤ أبواب أحكام الوديعة ب ٢ ح ٨.

٢- المسالك ١: ٣٠٥، الروضه ٤: ٢٣٩، التذكرة ٢: ٢٠٠.

و بالجمله الضابط ما يعدّ به في العرف حافظاً غير مقصّر في الحفظ أصلاً، و هو يختلف باختلاف الأحوال و العادات جدّاً، و إنما ذكرت الأمثله و نحوها في عبارات الأصحاب توضيحاً.

و لا- فرق في وجوب الحرز على المستودع بين من يملكه و غيره، و لا- بين من يعلم المودع أنه لا حرز له و غيره، فلو أودعه دابّة مع علمه أنه لا إصطبل له أو مالاً مع علمه بأنه لا صندوق له لم يكن عذراً، فيضمن مع عدم الحفظ.

ثم إنّ كلّ ذا إذا لم يعين المالك حرزاً و لو عيّن المالك حرزاً اقتصر عليه و جوباً، بلا خلاف فيه في الجملة، و لو نقلها إلى أدون أو أحرز ضمن إجماعاً في الأوّل، كما في الغنيه و المسالك (١).

و وفقاً للمحكي عن الحلّي و المحقق الثاني و المسالك و الروضه (٢) في الثاني؛ عملاً بمقتضى التعيين، و اختلاف الأغراض في ذلك.

و به يظهر حكم النقل إلى المساوي بفحوى الخطاب.

خلافاً للشيخ (٣) رحمه الله فيه. و هو قياس باطل، إلّا أن يكون هناك قرينه حال أو مقال دالّه على أن المراد من التعيين نفس الحفظ دون خصوصيّة المحل، و لعلّه غير محل النزاع.

و للأكثر و منهم الحلّي (٤)، كما يظهر من عبارته المحكيه لي، بل ادّعى عليه الإجماع في الأحرز، فجوّزوا النقل إليه.

ص: ٤١٤

١- الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٦٠٠، المسالك ٣٠٥: ١.

٢- لم نعثر على قول الحلّي في السرائر، المحقق الثاني في جامع المقاصد ٦: ٣٥، المسالك ١: ٣٠٥، الروضه ٤: ٢٣٧.

٣- كما في المبسوط ٤: ١٤١.

٤- السرائر ٢: ٤٤٠.

و هو أظهر؛ لدلاله العرف عليه. و اختلاف الأ-غراض مع الجهل بأن المقصود من التعيين هو الخصوصيه غير قادح، كيف لا- و مراعاته فى عدم الأخذ بالأولويه فى مفروض المسأله توجب انسداد باب إثبات الأحكام الشرعيه بها بطريق أولى بالضروره، و لم يقل به هؤلاء الجماعه.

نعم، لو علم قصد الخصوصيه بالنهى عن النقل إليه و نحوه أتجه المنع، و لا- خلاف فيه، بل فى التنقيح و المسالك (١) الإجماع عليه؛ و هو الحججه، مضافاً إلى الأدله المتقدمه.

فيضمن حينئذٍ إلما مع الخوف ببقائها فيه من التلف و نحوه علماً أو ظناً متاخماً له أو مطلقاً، لا مع الشك، و أولى منه دونه، فيجوز النقل فى الأولين و لا- ضمان، بلا- خلاف و لو قال: و لو تلفت؛ لأنه محسن و ما على المحسين من سبيل [١] (٢). بل الظاهر الوجوب كما قالوه؛ لوجوب الحفظ عليه، و لا- يتم إلّا بذلك، و لا دليل على سقوطه بنهى المالك عنه مطلقاً، فإن غايته إيجاب شىء آخر عليه و هو المحل، و سقوطه بتعدّره لمكان الخوف لا يوجب سقوط الواجب الآخر الذى أمر به الشارع.

مع احتمال الوجوب فيما لو قال: و لو تلفت، من وجه آخر، و هو ثبوت نوع سفاهه للمودع بقوله ذلك، فيجب الحفظ عليه لذلك، كمال الطفل و المجنون إذا وقع فى يده.

نعم، قالوا: لا ضمان عليه بعدم النقل حينئذٍ و إن أتم؛ لإسقاط المالك ذلك عنه، مضافاً إلى الأصل، و بهما يخصّص عموم على اليد، و لعل

ص: ٤١٥

١- التنقيح الرائع ٢٣٨:٢، المسالك ٣٠٦:١.

٢- التوبه: ٩١.



مرادهم صورته لم تستلزم سفاهه المودع.

ولا كذلك لو لم ينهه؛ لانصراف التعيين إلى غير صورته الخوف من التلف بالبقاء في المعين، فلا إسقاط من المالك للضمان، بخلاف ما لو نهى عن النقل، وسيما لو قال: لو تلفت؛ لاستلزامه سيما الثاني الإسقاط، مع احتمال العدم في الأول، لعدم الصراحة في الإسقاط، فيؤخذ حينئذٍ بعموم على اليد.

ثم إن جواز النقل إلى الغير مع الخوف في صورته النهى يستلزمه في غيرها حيث يمنع فيه بدونه بطريق أولى، ولا ضمان؛ للإذن من الشارع، مع عموم نفي السبيل.

ولا خلاف فيه إلما من الفاضل (١)، فأثبت الضمان؛ ولعله لعموم: على اليد، وهو معارض بالعموم المتقدم المتأيد بالأصل و الاعتبار.

و فيه قول بالتفصيل (٢) ضعيف كالآخر.

ولو احتاج النقل حيث جاز إلى الأجره ففي الرجوع بها على المالك مع نيته كما في المسالك (٣)، أو لا مطلقاً كما عن التذكرة (٤) وجهان، من الأصل، ونفي الضرر. ولعله أوجه و أحوط للمالك، وإن كان العدم للمستودع أحوط.

و في اشتراط كون المنقول إليه أحرز أو مساوياً مع إمكانهما بالترتيب ثم الأدون، أم لا، بل يجوز إلى الأخيرين مطلقاً، الأحوط الأول، و بتعيينه

ص: ٤١٦

١- كما في التحرير ١:٢٦٦.

٢- كما في التحرير ١:٢٦٦.

٣- المسالك ١:٣٠٦.

٤- التذكرة ٢:٢٠٤.

صرّح في المسالك (١)؛ اقتصاراً في انتفاء الضمان عنه مع لزومه عليه بعموم النص على المتيقّن.

خلافاً لظاهر إطلاق العبارة و كثير من عبائر الجماعه؛ رجوعاً إلى حكم الوديعة بعد تعذر المعين، وإن هو حينئذٍ إلّا كما لو لم يعين، والحكم فيه ذلك بلا خلاف.

و يمكن الفرق بين ما لو كان المقصود من التعيين الأحرز به فالأوّل، و إلّا فالثاني، و لعلّه مراد القائل بالأوّل و إن أطلق؛ لاحتمال الإطلاق الحمل على الشق الأوّل بناءً على أنه المقصود من التعيين غالباً، و هذا أوجه، و إن كان الأوّل على إطلاقه أحوط.

و هي جائزه من الطرفين بلا خلاف، كما في المسالك و غيره (٢)؛ و هو الحجة المخيّصة لأدله لزوم الوفاء بالعقود إن قلنا بكونها منها كما هو المشهور، و إن قلنا بكونها إذناً فقط ارتفع الإشكال من أصله و لا احتياج إلى تخصيص.

و كيف كان، فللمودع مطالبته متى شاء، و للمستودع ردّها كذلك، لكن مع وجود المالك أو وكيله لا يبرأ إلّا بردّها عليه دون الحاكم؛ إذ لا ولاية له على الحاضر الرشيد.

و مع فقدهما يجوز دفعها إلى الحاكم مع العذر، كالعجز عن حفظها، أو الخوف عليها من السرقة أو الحرق، أو نحو ذلك من الأعذار؛ لأن له ولاية على الغائب على هذا الوجه لا بدونه، لالتزامه بالحفظ بنفسه فلا يبرأ إلّا بدفعها إلى المالك أو وكيله.

ص: ٤١٧

١- المسالك ٣٠٦:١.

٢- المسالك ٣٠٤:١؛ و انظر مجمع الفوائد ٢٧٦:١٠، الكفاية: ١٣٢.

مع أن المالك لم يرض بيد غيره، ولا ضروره له إلى إخراجها من يده، فليحفظها إلى أن يجدهما أو يتجدد له عذر.  
ولا خلاف في شيء من ذلك بيننا وبين جماعه من العامه، وكذا في جواز إيداعها من ثقته، وأنه مع تعذر الحاكم. أما مع القدره عليه فلا، حكاية في المسالك وغيره (١)، بل عن التذكرة (٢) الإجماع عليه؛ وهو الحجة، مضافاً إلى ما مرّ من الأدله.  
وفي الأول عن بعض العامه جواز الدفع إلى الحاكم عند تعذر المالك مطلقاً؛ لأنه بمنزله الوكيل، ونفى عنه البعد فيه.  
وليس بوجه، سيما مع دعواه عدم الخلاف في خلافه، فيجب المصير إليه، مع أنه أحوط.  
وفي وجوب قبول الحاكم إياها حيث جاز ردّها إليه، أم العدم وجهان، أحوطهما الأول.  
و يأتيان مع الاحتياط فيما لو حمل المديون الدين إليه مع غيبه المدين، أو الغاصب المغصوب أو بدله عند تلفه، وغير ذلك من الأمانات التي يليها الحاكم.

و يجوز السفر بها بعد ذلك كله لا مطلقاً، إلّا أن يخاف عليها مع الإيداع، فيقدّم السفر عليه هنا، وفي التذكرة (٣) الإجماع عليه.  
و حيث جاز السفر أو وجب يشترط فيه عدم ظهور أماره الخوف فيه.  
و أمّا معه فلا يجوز مطلقاً وإن خيف عليها في الحضر، بلا خلاف يظهر؛

ص: ٤١٨

---

١- المسالك ١:٣١٠؛ وانظر مجمع الفوائد ١٠:٣٠٤.

٢- التذكرة ٢:١٩٩، ٢:٢٠٠.

٣- التذكرة ٢:٢٠٠.

لتعارض الخطرين فيرجح الحضر، لأن السفر بنفسه خطر، فإذا انضم إليه أماره الخوف زاد خطر على خطر.

و منه يظهر عدم جواز السفر بها من دون ضروره، و به مع الإجماع عليه صرح في التذكرة (١)، معللاً بالتزامه الحفظ، فليؤخر السفر أو يلتزم خطر الضمان.

و من التعليل يظهر انسحاب المنع عنه في صورته التمكن من دفعها إلى الحاكم أو الثقة أيضاً؛ لالتزامه الحفظ بنفسه فلا يجوز من دون ضروره، إلا أن ظاهره الجواز في هذه الصوره؛ لأن النبي صلى الله عليه و آله كانت عنده ودائع، فلما أراد الهجره سلمها إلى أم أيمن، و أمر علياً عليه السلام أن يردها (٢).

و في السند و الدلاله نظر، فإن كان إجماع، و إلا فالأول أظهر و أحوط.

و كما تبطل بالفسخ كذا تبطل بموت كل واحد منهما أو ما يوجب الخروج عن أهليه التصرف، كالمجنون و الإغماء، بلا خلاف؛ لأن ذلك من أحكام العقود الجائزه، و الوديعة منها، كما مضى.

و حيث بطلت تصير أمانه شرعيه تجب المبادرة إلى ردها على الفور إلى أهله، و لا- يقبل قول من هي في يده في ردها إلى المالك و لو مع يمينه، بخلاف الوديعة.

و من هنا يظهر بطريق أولى ما ذكره من أنه لا- يصح وديعه الطفل و المجنون؛ لعدم أهليتهما، فيضمن القابض، و لا يبرأ بردها إليهما، بل إلى وليهما أو الحاكم.

ص: ٤١٩

١- التذكرة ٢٠٠:٢.

٢- عوالي اللئلي ٣:٢/٢٥٠، المستدرک ١٤:٧ أبواب كتاب الوديعة ب ١ ح ١٢؛ و انظر الكامل في التاريخ لابن الأثير ١٠٣:٢.

و لو علم تلفها في أيديهما إن لم يقبض فقبضها بتيه الحسبه في الحفظ لم يضمن؛ لأنه محسن و ما على الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ [١]  
(١) لكن يجب مراجعته الولي في ذلك مع الإمكان.

و لو استودعا لم يضمننا بالإهمال؛ لأن المودع لهما متلف ماله، و الضمان بالإهمال إنما يثبت حيث يجب الحفظ، و الوجوب لا يتعلق بهما؛ لأنه من خطاب الشرع المختص بالمكلفين. و لا يعارضه حديث علي اليد؛ لظهور «علي» في وجوب الدفع و التكليف بالرد، فيكون مختصاً بالمكلف.

نعم، لو تعديا فيه فتلف فهل يضمنان، أم المميز خاصه، أم لا مطلقاً؟ وجوه، و كذا القول في كل ما يتلفانه من مال الغير.

و اختار الأول في المسالك (٢)، معللاً بأن الإلتلاف لمال الغير سبب في ضمانه إذا وقع بغير إذنه، و الأسباب من باب خطاب الوضع يشترك فيها الصغير و الكبير.

و هو حسن مع وجود ما يدل على السببيه على الإطلاق، و لم أقف إلا على الحديث المتقدم المختص كما عرفت و اعترف به بالمكلف، فإن وجد ما يدل عليها كذلك، و إلا فعدم الضمان مطلقاً أقوى، وفاقاً للتذكرة كما حكى عنه في كتاب الحجر (٣)؛ عملاً بأصالة براءه الذمه.

و لو كانت الوديعة دايمه أو مملوكاً أو شجراً أو نحو ذلك مما يحتاج بقاؤه إلى إنفاق و جب على المستودع علفها و سقيها و جميع ما يحتاج إليه حفظها إن لم يتكفلها المودع، بلا خلاف؛ لوجوب حفظها

ص: ٤٢٠

١- التوبه: ٩١.

٢- المسالك ٣٠٦: ١.

٣- التذكرة ٧٨: ٢.

عليه، ولا يتم إلا بذلك، فيجب عليه.

والمعتبر فيه ما يعتاد لأمثالها، فالنقصان عنه تفريط، فيضمنها حينئذٍ وإن ماتت بغيره.

ولا يعود حكم الوديعة لو عاد إلى الإنفاق إلا مع حصول الإيداع بإذن جديد، كما قالوه في كل تعدد أو تفريط.

ولا فرق في ذلك بين أن يأمره المالك بالإنفاق، أو يطلق، أو ينهاه؛ لوجوب حفظ المال عن التلف، فيضمن في الصور على قول، ولا في الأخيره على آخر، لأن حفظ المال بالذات إنما يجب على مالكة لا على غيره، ووجوب حفظ الوديعة على المستودع إنما هو بالعرض يثبت حيث لا ينهاه المالك و يرتفع مع نهيه.

نعم يجب في الحيوان مطلقاً اتفاقاً؛ لأنه ذو روح. لكن لا يضمن بتركه كغيره من الشجر ونحوه؛ لقدوم المالك بنهيه على سقوطه عنه، كذا قيل (١).

وهو حسن حيث يثبت حكم الوديعة في هذه الصورة تضمنها على المالك سفاهه، وإلا فهو محل مناقشه، فإن مقتضى القواعد كونها حينئذٍ أمانه شرعيه يجب حفظها و المبادره بردها إلى متوليها عن مالكةا، و يأتي وجه المناقشه فيما ذكره من الحكم المزبور فيما يشابه مفروض المسأله، و قد تقدم إليه بعضه الإشاره (٢)، إلا أن الظاهر إرادتهم ثبوت الحكم حيث لا يتضمن إيداع المالك سفاهه، كما يستفاد من قواعدهم الكليه.

ص: ٤٢١

١- انظر الروضه البهيه ٤:٢٤٦.

٢- راجع ص: ٤١٦.

و اعلم أن كثيراً من الأصحاب (١) ذكروا أن مستودع الحيوان إن أمره المالك بالإنفاق أنفق و رجع عليه بما غرم، و إن أطلق توصل إلى استيذانه، فإن تعذر رفع أمره إلى الحاكم ليأمره به، أو يستدين عليه، أو يبيع بعضه للنفقة، أو ينصب أميناً، فإن تعذر أنفق هو و أشهد عليه و يرجع به على المالك و لو تعذر الإشهاد اقتصر على نيه الرجوع، و كذا القول مع نهى المالك له عنه.

و لا إشكال في شيء من ذلك، حتى الرجوع بما أنفق على المالك حيث أثبتوه له؛ لاستلزام عدمه الضرر المنفي، مع أنه محسن و ليس عليه سبيل. إلا أن في اشتراط الإشهاد نظراً لعدم الدليل عليه، و يحتمل أن يكون ذكره إرشاداً لا اشتراطاً، فتأمل جداً.

و الوديعة أمانه لا يضمنها المستودع إلا مع التفريط أو العدوان إجماعاً؛ للصحاح المستفيضه و غيرها من المعتمده، ففي الصحيح:

« صاحب البضاعه و الوديعة مؤتمنان » (٢).

و في آخر: رجل استأجر أجيراً فأفcedه على متاعه فسرق، قال: « هو مؤتمن » (٣).

و في ثالث: عن الرجل يستبضع المال فيهلك أو يسرق، أعلى صاحبه ضمان؟ فقال: « ليس عليه غرم بعد أن يكون الرجل أميناً » (٤).

ص: ٤٢٢

- ١- كالعَلَّامه في التحرير ١:٢٦٨، و الشهيد الثاني في المسالك ١:٣٠٥، و صاحب الحدائق ٢١:٤١٥.
- ٢- الكافي ١/٢٣٨:٥، التهذيب ٧/١٧٩:٧٩٠، الوسائل ١٩:٧٩ أبواب أحكام الوديعة ب ٤ ح ١.
- ٣- الفقيه ٣:٨٧٨/١٩٣، الوسائل ١٩:٧٩ أبواب أحكام الوديعة ب ٤ ح ٢.
- ٤- الكافي ٥:٤/٢٣٨، التهذيب ٧:٨١٢/١٨٤، الوسائل ١٩:٨٠ أبواب أحكام الوديعة ب ٤ ح ٥.

و فى رابع: عن وديعه الذهب و الفضة؟ فقال: «كل ما كان من وديعه لم تكن مضمونه فلا يلزم» (١).

و فى الموثق: رجل استودع رجلاً ألف درهم فضاعت، فقال الرجل:

كانت عندى وديعه، وقال الآخر: إنها كانت قرضاً عليك، فقال: «المال لازم له إلا أن يقيم البيئه أنها كانت وديعه» (٢) إلى غير ذلك من النصوص.

و عمومها و إن اقتضى نفى الضمان عن المتعدى و المفرط، إلا أنه مع بُعد انصرافه إليهما مخصص بالإجماع، و الصحيح: رجل دفع إلى رجل وديعه فوضعها فى منزل جاره فضاعت، هل يجب عليه إذا خالف أمره و أخرجها عن ملكه؟ فوقع عليه السلام: «هو ضامن لها إن شاء الله» (٣).

ثم إن التفريط هو ترك ما يجب فعله، كما إذا أخر الإحراز زياده على المعتاد، أو طرحها فيما ليس بحرز و ذهب عنها، أو كان المحل غير صالح للحرز أصلاً، أو ترك نشر الثوب المحتاج إليه، أو لبسه حيث يحتاج إليه، أو ترك سقى الدابه و علفها و نحوهما مما تحتاج إليه بحسب المعتاد كما مضى، أو يودعها من غير ضروره و لا إذن، أو يسافر بها كذلك مطلقاً و لو كان الطريق أمناً، أو نحو ذلك، و ضابطه ما يعدّ تفريطاً فى الحفظ.

و التعدى عكسه، مثل أن يلبس الثوب، أو يركب الدابه، أو يجحد مع مطالبه المالك أو مطلقاً على قول، أو يخالطها بمال آخر مطلقاً و لو من

ص: ٤٢٣

- 
- ١- الكافي ٥: ٧/٢٣٩، التهذيب ٧: ٧٨٩/١٧٩، الوسائل ١٩: ٧٩ أبواب أحكام الوديعه ب ٤ ح ٤.
  - ٢- الكافي ٥: ٨/٢٣٩، الفقيه ٣: ٨٨٣/١٩٤، التهذيب ٧: ٧٨٨/١٧٩، الوسائل ١٩: ٨٥ أبواب أحكام الوديعه ب ٧ ح ١.
  - ٣- الكافي ٥: ٩/٢٣٩، الفقيه ٣: ٨٨٠/١٩٤، التهذيب ٧: ٧٩١/١٨٠، الوسائل ١٩: ٨١ أبواب أحكام الوديعه ب ٥ ح ١.



المالك بحيث لا يَتميّز، أو يفتح الختم الذى ختمه المالك أو هو بأمره لا مطلقاً، أو ينسخ من الكتاب أو نحو ذلك بدون إذنه، و ضابطه ما يعدّ به خائناً.

و لا خلاف فى الضمان بكلّ ما مرّ، إلّا أن يكون لشيء منه مدخل فى الحفظ، فلا ضمان، لوجوبه. و قد ادّعى الإجماع على الضمان بكثير من الأمور المتقدمه الفاضل فى التذكرة و غيره (١)، إلّا أن المحكى عن المقنع فى الرهن الذى هو فى حكم الوديعة من حيث الأمانه عدم الضمان بترك نشره و لو احتاج إليه (٢).

و عبارته المحكيه عن إفادته قاصره، كالنصوص المستدل له بها على ذلك، منها الصحيح: عن رجل رهن عنده ثياباً تركها مطويّه لم يتعهدها و لم ينشرها حتى هلكت؟ قال: «هذا نحو واحد يكون حقه عليه» (٣).

و نحوه عباره المقنع، و لا دلالة فيهما على نفي الضمان، بل غايتهما الدلاله على بقاء الدين، و هو لا يستلزمه إلّا على تقدير ثبوت التقاصّ قهراً، و هو خلاف الأصل، مع أنه لا دليل عليه.

و لو تصرف المستودع فيها باكتساب بأن دفعها عن عين مبتاعه للاسترباح ضمن و كان الربح للمالك بلا خلاف، بل عليه الإجماع فى الغنيه (٤)؛ و هو الحججه.

مضافاً إلى بعض المعبره المنجبر قصور بعض رواتها بوجود ابن

ص: ٤٢٤

١- التذكرة ١٩٧: ٢؛ و انظر مجمع الفائده ٣٢٠: ١٠.

٢- حكاه عنه فى المختلف: ٤١٩، و هو فى المقنع: ١٢٨.

٣- الفقيه ٩٠٣/١٩٩، التهذيب ٧٧٣/١٧٥، الإستبصار ٣: ٤٢٤/١١٩، الوسائل ١٨: ٣٨٩ أبواب أحكام الرهن ب ٦ ح ١.

٤- الغنيه (الجوامع الفقيهه): ٦٠٠.

محبوب في سنده، وقد حكى إجماع العصابه على تصحيح ما يصح عنه (١)، وفيه: إني كنت استودعت رجلاً مالا فجدنيه و حلف لي عليه، ثم إنه جاءني بعد ذلك بسنتين بالمال الذي كنت استودعته إياه، قال: هذا مالك فخذ، وهذه أربعة آلاف درهم ربحتها في مالك فهي لك مع مالك، و اجعلني في حل، فأخذت منه المال و أبيت أن آخذ الربح منه و أوقفته المال الذي كنت استودعه و أبيت حتى أستطلع رأيك فما ترى؟ قال: فقال:

« خذ نصف الربح و أعطه النصف و حله، إن هذا رجل تائب و الله يحبّ التّوابين » (٢).

و الأمر بإعطاء النصف للاستحباب، كما ينادى به التعليل.

و إطلاقه كالعبارة يقتضى عدم الفرق في استحقاق المالك الربح بين أن يأذن للودعي في التجاره بشرط الضمان أم لا، و هو ظاهر المحكى عن الشيخين و الديلمي و القاضي و الحلبي (٣).

خلافاً للإسكافي (٤) في الأول، فجعله حينئذٍ للودعي، و نفى عنه البأس في المختلف (٥) معللاً بأن التضمين يقتضى انقلاب الوديعه قرضاً و مداينه، و له شواهد من المعتمره المتقدمه في المضاربه، و يمكن تنزيل الإطلاقات عليه.

ص: ٤٢٥

١- انظر رجال الكشي ٢: ٨٣٠.

٢- الفقيه ٣: ٨٨٢/١٩٤، التهذيب ٧: ٧٩٣/١٨٠، الوسائل ١٩: ٨٩، أبواب أحكام الوديعه ب ١٠ ح ١.

٣- المفيد في المقنعه: ٦٢٦، الطوسي في النهايه: ٤٣٧، الديلمي في المراسم: ١٩٣، حكاة عن القاضي في المختلف: ٤٤٥، الحلبي في الكافي في الفقه: ٢٣٠.

٤- كما نقله عنه في المختلف: ٤٤٥.

٥- المختلف: ٤٤٥.

إلّا أنه لا- يخلو عن شائبه ريبه؛ لاختصاص المعتره بالمضاربه، و عدم وجود شىء فيها يوجب التعديده، فلا يمكن الخروج عن مقتضى القواعد الدالّه على تبعيه الربح للمال حيث يقع الاكتساب بعين الوديعه و تجعل بعينها أحد عوضى المعامله. و ليس فى العبارة و ما ضاهاها تقييد الحكم بهذا القيد، إلّا أن مقتضى قواعدهم التقييد به و بإجازة المالك أيضاً، و إلّا فالمعامله باطله، و به صرح فى التنقيح (١).

و لكن الإطلاق محتمل؛ لإطلاق النص المؤيّد بإطلاق النصوص الواردة فى التجاره بمال اليتيم بغير وجه شرعى الحاكمه بأن الربح لليتيم و الضمان على المتّجر كما فى المسأله، و تنزلهما ككلمه الأصحاب فى المقامين على القيدى سيّما الثانى فى مال اليتيم بعيد فى الغايه.

فالقول بالإطلاق لا- يخلو عن قوّه. و لعلّ الوجه فيه كون الانتقال من باب التقاص القهرى؛ لأنّ البائع أخذ المال و تصرّف فيه و ذهب، و لا يكاد يتيسّر الاسترداد منه كما هو الغالب، مع أن حبس المال عنه مده ضرر عليه منفى، و لكنّ اللازم على هذا التقدير تقييد الحكم بعدم إمكان استرداد العين كما هو الغالب، و يمكن تنزيل الإطلاقات عليه؛ لذلك.

ثم كلّ ذا إذا اشترى بالعين، أو فى ذمّه مالكها، أو فى الذمّه مطلقاً.

و لو اشترى فى ذمّته و عوضها عمّا تعلق بها ففى صحه المعامله إشكال، و لكن مقتضى القواعد الصحّحه، سيّما و أن يكون البائع ممن لا يبالى بأخذ العوض كيف كان من حلال أو حرام.

و كيف كان، فما ذكرناه من التوجيه من التقاص القهرى و الضرر

ص: ٤٢٦

١- التنقيح الرائع ٢:٢٤١.

المنفى يقتضى كون المبيع و الربح كله للمالك حيث لا- يمكن استرداد العين من البائع، و ما ذكرناه من التحقيق غير مختص بالمقام، بل جارٍ حيثما العلتان فيه تجريان.

و حيث صارت الوديعة مضمونه على المستودع بأحد أسباب الضمان من إخراجها من الحرز أو غير ذلك مما مرّ لا يبرأ الودعي عن الضمان بردها إلى الحرز حيث كان الإخراج منه سبباً، و فى حكمه ترك الخيانه، و السبب الموجب كائناً ما كان، و إنما ذكر الردّ إلى الحرز مثلاً.

و كذا لو تلف الوديعة فى يده بتعدّد أو تفريط فردّ مثلها إلى الحرز لا يبرأ، بلا خلاف، بل عليه الإجماع عن التذكرة (١)؛ و هو الحجه.

مضافاً إلى عموم على اليد، و ما قالوه من أنه صار بمنزله الغاصب بتعدّيه فيستصحب الضمان إلى أن يحصل من المالك ما يقتضى زواله.

بل لا يبرأ إلّا بالتسليم إلى المالك أو من يقوم مقامه ممن تقدّم فيبرأ حينئذٍ و لو جدّد المالك له الاستيمان بعد الردّ إجماعاً كما فى التذكرة و غيره (٢).

و فى الحصر إشعار بعدم زوال الضمان مع عدم الردّ مطلقاً و لو استأمنه المالك ثانياً، أو أسقط عنه الضمان، و هو أحد القولين فى المسأله. و الأشهر السقوط، و لا يبعد.

و لا يضمنها لو قهره عليها ظالم بلا خلاف؛ لأمانته. و ينبغى تقييده بما إذا لم يكن سبباً فى الأخذ القهرى، بأن يسعى بها إليه، أو

ص: ٤٢٧

١- التذكرة ١٩٨: ٢.

٢- التذكرة ١٩٨: ٢؛ قال فى المسالك ٣١٠: ١: هذا لا شبهه فيه. و قال فى الحدائق ٤٥٣: ٢١: لا خلاف و لا إشكال فيه عندهم.

أظهرها فوصل إليه خبرها مع مظنته، و مثله ما لو أخبر بمكانها اللص فسرقها.

و لا- فرق بين أخذ القاهر لها بيده و لو من يده، و أمره له بدفعها إليه كرهاً، على الأشهر الأقوى؛ لانتفاء التفريط فيهما، فينحصر الرجوع بالغرامه على الظالم.

خلافًا للحلبي و التذكرة (1) في الثاني، فجوزا له الرجوع على المستودع و إن استقرّ الضمان على الظالم.

و هو شاذّ، و الأصل مع نفي السبيل عن المحسن يدفعه.

لكن إن أمكنه الدفع عنها بما يوجب سلامتها و جب بلا خلاف؛ لوجوب الحفظ عليه، و لا يتم إلّا به، فيجب و لو مقدمه ما لم يؤدّ إلى تحمل الضرر الكثير، كالجرح و أخذ المال، فيجوز تسليمها حينئذٍ و إن قدر على تحمّله، بلا خلاف، لأنه ضرر منفى.

و المرجع في الكثرة و القلّة إلى حال الودعي، فقد تعدّ الكلمة اليسيره من الأذى كثيره في حقّه لكونه جليلاً لا يليق نحو ذلك بحاله، و منهم من لا يعتدّ بمثله.

و أمّا أخذ المال فإن كان من مال المستودع، قيل: لم يجب بذله مطلقاً و لو لم يستوعبها؛ إذ لا ضرر و لا ضرار (2).

و فيه نظر؛ لوجوب الحفظ، و لا يتم إلّا به، فيجب، و الضرر يندفع بالرجوع بعد نيته.

و إن كان من الوديعة فإن لم يستوعبها و جب دفعه إليه من باب

ص: ٤٢٨

١- الحلبي في الكافي في الفقه: ٢٣٠، التذكرة ٢: ٢٠٥.

٢- الروضة ٤: ٢٣٤.

المقدمه مع المكنه.فلو ترك مع القدره فأخذ الجميع ضمن ما يمكن فيه السلامه لا الجميع؛ لذهاب قدر المدفوع على التقديرين.  
و يحتمله؛ التفاتاً إلى التفريط الموجب له، مع ظهور الفرق في الذهاب بين التقديرين بكونه بأمر الشارع على الأول، و بدونه على الثاني، و هو فرق واضح، و إن هي حينئذٍ إلّا كما لو فرط فيها فتلف بغيره، و قالوا فيها بضماتها مع أنها ذاهبه على التقديرين، فتأمل.  
و إن لم يمكن الدفع عنها إلّا بأخذها أجمع فلا تقصير.

و لو أحلفه الظالم على أنها ليست عنده حلف مورّياً بما يخرج عن الكذب، بأن يحلف ما استودع من فلان و يخصّه بوقت أو جنس أو مكان أو نحوها مغايراً لما استودعه. و إنما يجب التوريه عليه مع علمه بها و تمكنه منها، و إلّا سقطت؛ لأنه كذب مستثنى للضروره اتفاقاً فتوى و روايه (1)، ترجيحاً لأخفّ القبيحين حيث تعارضوا إن قلنا بقبحه في نحو المقام أيضاً، و إلّا ارتفع الإشكال من أصله؛ لفقد التعارض.

و يجب على المستودع إعادتها إلى المالك بمعنى رفع يده عنها و التخليه بين المالك و بينها مع المطالبه بلا خلاف، بل عليه الإجماع؛ و هو الحججه.

مضافاً إلى الكتاب (2) و السنه، فمنها زياده على ما مضى بعض المعتمده: عن رجل استودع رجلاً من مواليك مالاً له قيمه، و الرجل الذي عليه المال رجل من العرب يقدر أن لا يعطيه شيئاً، و المودع رجل خارجي

ص: ٤٢٩

١- الكافي ٧:٦/٤٣٥، التهذيب ٨:١٠٣٧/٢٨٣، الوسائل ٢٣:٢٠١ أبواب الأيمان ب ٣ ح ١.

٢- النساء: ٥٨.

شيطان، فلم أَدع شيئاً؟ فقال: « قل له: يرده عليه، فإنه ائتمنه عليه بأمانه الله تعالى» (١).

و مقتضى صريحه كغيره و إطلاق العبارة كغيرها من النص و الفتوى عدم الفرق في المودع بين المسلم و الكافر.

خلافاً للحلبي (٢) في الحربي، حيث أوجب الرد في وديعته إلى سلطان الإسلام.

و هو شاذ، و ربما انعقد بعده على خلافه الإجماع.

قالوا (٣): و يجب الرد فوراً مع الإمكان؛ و لعل الوجه فيه مع عدم اقتضاء الأمر الفوريه هو وجوب الاقتصار في وضع اليد على مال الغير على القدر المتحقق معه إذنه، و مطالبه الرد تقتضى انقطاعه، فلا يجوز له التصرف زياده على ما يتحقق به الرد، فلا وجه لتأمل بعض من عاصرناه في الفور (٤).

نعم، له وجه حيث ينضم إلى المطالبه من عرف أو عاده ما يدل على التوسعه و بقاء الإذن إلى حين الرد متى اتفق، و لكن الظاهر خروجه عن مفروض الجماعه.

و في جواز التأخير للإشهاد مطلقاً، أو لا كذلك، أو التفصيل بين الإيداع بالإشهاد فالأول و إلّا فالثاني أقوال ثلاثة. أولها لا يخلو عن قوه؛

ص: ٤٣٠

١- الكافي ٥/١٣٣، التهذيب ٦:٩٩٦/٣٥١، الوسائل ١٩:٧٤ أبواب أحكام الوديعه ب ٢ ح ٩.

٢- انظر الكافي في الفقه: ٢٣١.

٣- منهم: العلامة في التذكرة ٢:٢٠٥، و الشهيد الثاني في المسالك ١:٣٠٧ و الروضه ٤:٢٤١، و السبزواري في الكفايه: ١٣٣.

٤- الحدائق ٢١:٤٢٧.

دفعاً للضرر و التهمه، لكن يجب المبادره إلى الإشهاد.

و لو كانت الوديعه غصباً منعه أو وارثه من أخذها و توصل في وصولها إلى المستحق لها إن عرف.

و لو جهله عزّفها كاللقطه حولاً، فإن وجدته، و إلّا تصدّق بها عن المالك إن شاء، و يضمن إن لم يرض على المشهور؛ للخبر المنجبر ضعفه بعمل الأكثر: عن رجل من المسلمين أودعه رجل من اللصوص مالاً أو متاعاً و اللصّ مسلم، هل يردّ عليه؟ قال: «لا يردّه، فإن أمكنه أن يردّه على صاحبه فعل، و إلّا كان في يده بمنزله اللقطه يصيبها فيعزّفها حولاً، فإن أصاب صاحبها ردّها عليه، و إلّا تصدّق بها، فإن جاء بعد ذلك خيره بين الأجر و الغرم، فإن اختار الأجر فله، و إن اختار الغرم غرم له و كان الأجر له» (١).

خلافاً للحلبى و الحلّى (٢)، فأوجبا ردّها إلى إمام المسلمين، و مع التعذّر يبقى أمانه ثم يوصى بها إلى عدل إلى حين التمكن من المستحق، قوّاه في المختلف (٣)، معللاً بأنه أحوط، و التفاتاً إلى ضعف الخبر. و فى الثانى ما مرّ، و فى الأوّل نظر.

و للمفيد و الديلمى (٤)، فأوجبا إخراج الخمس قبل التصدّق و لم يذكر التعريف.

ص: ٤٣١

- 
- ١- الكافى ٢١/٣٠٨، الفقيه ٥: ٢١/١٩٠، التهذيب ٣: ٨٥٦/١٩٠، الاستبصار ٦: ١١٩١/٣٩٦، المقنع ٣: ٤٤٠/١٢٨، الوسائل ٢٥: ٤٦٣ أبواب اللقطه ب ١٨ ح ١.
  - ٢- الكافى فى الفقه: ٢٣١، السرائر ٢: ٤٣٦.
  - ٣- المختلف: ٤٤٤.
  - ٤- المفيد فى المقنعه: ٦٢٧، الديلمى فى المراسم: ١٩٤.



و للفاضل فى الإرشاد و تبعه الشهيد الثانى (١)، فختيراً بين الصدقه بها بعد اليأس و التعريف مع الضمان، و إبقائها أمانه.

و له لولا- ما مرّ من الخبر المنجر بعمل الأكثر وجهه، كما فى كلّ مال مجهول المالك، فقد دلّت الأخبار بأن حكمها ذلك، لكنها خاليه عن الضمان، بل ظاهرها عدمه.

ثم الضمان على تقديره هل هو بمعنى أنه لو وجد صاحبه يجب ردّه عليه فقط، أو لا، بل ضمان مثل سائر الديون حتى يجب عليه الإيضاء، ثم على الورثه كذلك؟ فيه وجهان، و الأوّل بالأصل أنسب.

ثم إن ظاهر التشبيه باللقطه فى الروايه يقتضى جواز التملك بعد التعريف، و لم يذكره أحد فى المسأله.

و إنما يجب منع الغاصب مع إمكانه، و إلّا سلّمها إليه، و فى الضمان إشكال، و الأقرب العدم.

و لو كانت الوديعه المغصوبه مختلطه بمال المودع ردّها عليه إن لم يتميّز إجماعاً، كما فى الغنيه و عن الحلّى (٢)، و نسبه فخر الدين إلى الأصحاب كافّه (٣) و لولاه لكان الحكم على إطلاقه محل ريبه؛ لاستلزام الردّ تسليط الغاصب على مال غيره بغير حق، و هو غير جائز أيضاً.

و الأوفق بالقواعد هو ما ذكره فى المسالك (٤) من أن الأقوى ردّه على الحاكم مع إمكانه ليقسيّمه و يردّ على الغاصب ماله. و مع تعذّره يحتمل قويا

ص: ٤٣٢

١- الإرشاد ٤٣٨:١، الشهيد الثانى فى المسالك ٣٠٧:١.

٢- الغنيه (الجوامع الفقهيّه): ٦٠٠، الحلّى فى السرائر ٤٣٦:٢.

٣- إيضاح الفوائد ١٢٢:٢.

٤- المسالك ٣٠٧:١.

جواز تولّي الودعي القسمه ان كان مثلياً و قدر حق الغاصب معلوماً؛ جمعاً بين الحقين. و القسمه هنا إجباريه؛ للضروره، تنزيلاً للودعي منزله المالك حيث قد تعلق بضمانه، و للحسبه.

و لو امتزج على وجه لا يعلم القدر أصلاً ففيه إشكال، و حينئذٍ يتوجه ما أطلقه الأصحاب إن لم يمكن مدافعه الغاصب على وجه يمكن معه الاطلاع على الحق.

و يحتمل عدم جواز الردّ مطلقاً مع إمكانه إلى أن يعترف الغاصب بقدر معيّن أو يقاسم؛ لاستحاله ترجيح حقه على حق المغصوب منه مع تعلق الودعي بالحقين.

و إذا اختلفا فادعى الودعي التلف و أنكره المالك أو اتفقا عليه و لكن ادعى المالك التفريط فالقول قول المستودع مع يمينه بلا خلاف في الأخير إلّا من حيث لزوم اليمين، فيأتي فيه خلاف من أنكره في الأوّل؛ لعموم دليله، و لكن المشهور خلافه، لعموم: «البينه على المدعى، و اليمين على من أنكر» (1).

و على الأشهر الأظهر في الأوّل مطلقاً، أطلق التلف أو ادعاه بأمر خفيّ أو ظاهر، بل عن التذكرة (2) الإجماع عليه و على لزوم اليمين.

خلافاً للمبسوط (3) في دعوى التلف بأمر ظاهر، فلم يقبل قوله حينئذٍ إلّا بينه؛ لإمكان إقامتها.

ص: ٤٣٣

١- علل الشرائع: ١/١٩٠، الاحتجاج: ٩٠، تفسير القمي ٢: ١٥٥، الوسائل ٢٧: ٢٩٣ أبواب كيفية الحكم ب ٢٥ ح ٣.

٢- التذكرة ٢: ٢٠٦.

٣- المبسوط ٤: ١٤١.

و هو شاذٌ، و مستنده غير واضح، و عموم البيئه على المدعى و إن ساعده إلا أنه لا اختصاص له بالفرد الذى ذكره، بل يجرى فى الفردين اللذين تقدما، و الحال أنه لم يلتزمه.

و للمقنع، فقدّم قوله مطلقاً من دون يمين كذلك؛ لما رواه مرسلًا عن مولانا الصادق عليه السلام، أنه سئل عن المودع إذا كان غير ثقة هل يقبل قوله؟ قال: «نعم، و لا يمين عليه» (١) و نسبه فى الفقيه إلى مشايخه (٢). و هو مشعر بشهره ذلك فى الزمن الأول، و ربما اعتضد بالنصوص الناهيه عن اتّهام المستأمن و لا ينفك الإحلاف عنه؛ مضافاً إلى الأصل النافى للزومه.

لكن الإجماع المتقدم الذى هو فى حكم خبر صحيح معتضد بالشهره المتأخره التى كادت تكون إجماعاً أو هن المصير إليه، مع عدم وضوح سند الأحاديث الدالّه عليه، و معارضتها بمفهوم المرسله المرويه فى الغنيه قال بعد الحكم بما فى العبارة فى الصوره الثانيه-: و روى أنه لا يمين عليه إن كان ثقة غير مراتب (٣). و بمضمونها فى المسأله أفتى الإسكافى و الحلبي كما حكى (٤).

لكنها فى ضعف السند كما مرّ، فليس عليهما المعتمد و المعوّل، بل العمل على الأول، فإنه أظهر و أحوط.

و لو اختلفا فى مال هو فى يد المستودع و لو بإقراره أنه هل هو وديعه عنده أو دين عليه فالقول قول المالك بيمينه على أنه

ص: ٤٣٤

---

١- لم نعثر عليه فى المقنع المطبوع، و لكن أوردته عنه فى الوسائل ١٩:٨٠ أبواب الوديعه ب ٤ ح ٧.

٢- الفقيه ١٩٤:٣.

٣- الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٦٠٠.

٤- حكاها عنهما فى المختلف: ٤٤٤، و هو فى الكافى فى الفقه: ٢٣١.

لم يودع بلا خلاف؛ عملاً بعموم على اليد الموجب لضمان ما أخذته، خرجت عنه الأمانة حيث تكون معلومه بالإجماع فتوى و روايه، وبقى الباقي يشمله عموم الروايه.

و الموثق كالصحيح: عن رجل استودع رجلاً ألف درهم فضاعت، فقال الرجل: كانت عندي وديعه، و قال الآخر: إنما كانت عليك قرضاً؟ قال: «المال لازم إلّا أن يقيم البيئه أنها كانت وديعه» (١).

و الروايه كما ترى صريحه، إلّا أنها كالعبارة مطلقاً غير مقيده بثبوت وقوع المال فى يد المستودع، إلّا أن الإطلاق منصرف إليه بالتبادر و الغلبه، فإن الوديعه لا تكون إلّا به غالباً فى العاده، و ما عداه يرجع فيه إلى أصله براءه الذمه.

و بما ذكرناه من التقييد صرح الحلّى، و قال بعده: و المسأله غامضه (٢).

و أماره الغموض بعد التقييد بذلك غير واضح؛ لتظافر الأدله من الاعتبار و السنه بوضوح المسأله، و لعلّه لهذا ردّه الفاضل فى المختلف (٣)، و تبعه المقمداد فى التنقيح (٤)، أو لدعواه التقييد المتقدم. و بيانه الفرق بين دعوى الوديعه مع الإقرار بوقوعها فى يده فما ذكره، و بدونه كأن قال:

ما عندي وديعه، فالقول قوله، للأصل، و عدم المخرج عنه، فإن الإقرار بالوديعه أعم من الإقرار بالأخذ باليد الموجب لضمان المسقط لدعواه.

ص: ٤٣٥

- 
- ١- الكافي ٥: ٨/٢٣٩، الفقيه ٣: ٨٨٣/١٩٤، التهذيب ٧: ٧٨٨/١٧٩، الوسائل ١٩: ٨٥، أبواب أحكام الوديعه ب ٧ ح ١.
  - ٢- السرائر ٢: ٤٣٧.
  - ٣- المختلف: ٤٤٤.
  - ٤- التنقيح الرائع ٢: ٢٤٦.

ووجه الردّ حينئذٍ ما تقدّم من النص المطلق؛ مضافاً إلى ظهور لفظه «عندى» فى الإقرار بتسليط اليد، بناءً على الغالب كما مرّ، فيحكم به بالإقرار باليد على الظاهر. ولا بأس به، وفقاً لظاهر إطلاق الأكثر، كالإسكافى و الطوسى (١).

و يفهم من قوله: إذا تعذّر الردّ أو تلف العين أن مع عدم التّعذّر القول قول الودعى. ولا ريب فيه؛ لأصالة عدم القرض، فله ردّ نفس العين، والخبر المتقدم صريح فى التلف، فلا يعمّ غيره.

و لو اختلفا فى قيمه بعد الاتفاق على التلف بالتفريط فالقول قول المالك مع يمينه كما عن الشيخين و فى الغنيه (٢)؛ لخروجه بالتفريط عن الأمانه.

و يضعف بأنه ليس مأخذ القبول حتى يقال: إنه خرج عن الأمانه، بل لأنه منكر للزيادة فيشملة عموم الروايه: «البينه على المدعى و اليمين على من أنكر» (٣).

و لذا قيل: كما عن الحلبي و الحلّى و ابن حمزه (٤) إن القول قول المستودع و هو أشبهه و أشهر، بل لعله عليه عامه من تأخر، و الروايه (٥) المدّعاء على الأوّل مرسله خارجه بذلك، مع عدم جابر لها

ص: ٤٣٦

---

١- حكاه عن الإسكافى فى المختلف: ٤٤٤، الطوسى فى النهايه: ٤٣٦.

٢- المفيد فى المقنعه: ٦٢٦، الطوسى فى النهايه: ٤٣٦، الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٦٠٠.

٣- المتقدمه فى ص: ٤٣٤.

٤- الحلبي فى الكافى: ٢٣١، الحلّى فى السرائر ٤٣٦: ٢، ابن حمزه فى الوسيله: ٢٧٥.

٥- المتقدمه فى ص: ٤٣٥.

بالمَرَّة عن الحجية.

و لو اختلفا في الردِّ فأنكره المالك فالقول قول المستودع و إن كان مدَّعيًا بكل وجه، على المشهور، بل في المختلف في كتاب الوكالة حكى عن الحلبي الإجماع عليه (١)، و نسبة المفلح الصيمري إلى الجميع، مؤذناً بدعوى الإجماع عليه و على اعتبار اليمين هنا، قال بعد الحكم: و عليه فتوى الجميع و إن استشكله بعضهم بعد الفتوى لاحتمال أن يكون القول قول المالك؛ لأنه منكر و قد قال رسول الله صلى الله عليه و آله: «البينة على المدعى و اليمين على من أنكر» و لم أجد قائلاً بهذا الاحتمال، بل الفتاوى متطابقه على أن القول قول الودعي؛ لأنه أمين قبض المال لمصلحه المالك، فيكون قوله مقبولاً بالردِّ، و هو المعتمد. انتهى.

و يعضد الإجماع الذي ادَّعاه ما مرَّ في المضاربه من جواب المشهور عن يدعى قبول قول العامل بالردِّ قياساً على المقام بأنه مع الفارق، لكونه فيه قبض المال لنفع المالك و الإحسان إليه فلا سبيل له عليه دون العامل، لعدم قبضه إِيَّاه كذلك، بل لنفع نفسه، فلا إحسان بإضافه إليه (٢). فلولا الإجماع لأشير و لو في كلام بعضهم بمنع المقيس عليه، و لم يُشَرَّ إليه في كلام أصلاً، بل ظاهر الاستدلال يقتضى الوفاق على الحكم هنا، مع أن بالإجماع على قبول دعوى الرد ممن قبل الأمانة لمجرد الإحسان بالمالك صرَّح في المهذب في كتاب الوكالة، و سننقل كلامه المصرَّح به ثمَّه (٣).

و من بيان الفارق ثمَّه يظهر حجه أُخرى في المسألة؛ مضافاً إلى

ص: ٤٣٧

١- المختلف: ٤٣٨، و هو في السرائر ٨٧: ٢.

٢- راجع ص: ٣٥٥.

٣- المهذب البارع ٣٩: ٣.

حكاية الإجماع المتقدمه، مع أن ظاهرهم الاتفاق على تقديم قوله في التلف و لو في الجملة، استناداً إلى مجرد الأمانه، و هي جاريه في المقام بلا شبهه، فكما يخصّص بها الأصل و عموم الروايه المتقدمه بالإضافة إلى تلك المسأله، فليخصّصا بها هنا لا محاله، هذا.

مضافاً إلى التأييد بالنصوص المتقدم إليها الإشاره الناهيه عن رمى الأمين بالتهمه، و تكليفه بالبينه على الردّ يلزمه، لكن فيه مناقشه. و كيف كان فلا مذهب عن هذا القول و لا مندوحه.

هذا إذا ادعى ردها على من ائتمنه. أما لو ادعاه على غيره كالوارث فكغيره من الأمناء يكلف بالبينه؛ لأصالة عدمه و هو لم يأت منه، فلا يكلف تصديقه، بلا خلاف فيه، و في أن دعوى ردها على الوكيل كدعوى ردها على الموكل، لأن يده كيده. و لو مات المودع سلّمها المستودع إلى وارثه إن اتّحد، أو إلى من يقوم مقامه من وكيل أو ولي.

و إذا كان الوارث جماعه دفعها إليهم إن اتفقوا في الأهليه، و إلّا فإلى الأهل و ولي الناقص أو إلى من يرتضونه. و لو دفعها إلى البعض بغير إذن ضمن حصص الباقين لتعدّيه فيها بدفعها إلى غير المالك.

و تجب المبادره إلى ردها إليهم علم الوارث بها أم لا- بلا- خلاف بيننا إلّا من التذكرة (1)، ففرّق بين صورتى الجهل بها فكذلك، و العلم فلا، بل يجوز التأخير إلى المطالبه حينئذ.

ص: ٤٣٨

و استوجهه فى المسالك (١)، لكنه قال: إلاً أنه لم يتحقق به قائل منّا.

و هو ظاهر فى الإجماع، و أظهر منه قوله قبل ذلك: عندنا، بعد الحكم بعدم الفرق، إلاً أنه قال بعد ما يعرب عن خلاف هذا الظاهر.

و الأصل فى وجوب المبادره صيرورتها بالموت أمانه شرعيه؛ لاختصاص الإذن فى التصرف بالمالك و قد انتقل المال منه إلى المالك الثانى و هو الوارث، و هو غير آذن، فالتصرف فى ملكه بغير إذنه غير جائز تجب المبادره إلى ردّه.

### أما العاريّه

و أما العاريّه بتشديد الياء، كما عن الصحاح (٢) و غيره (٣)، و قد تخفّف، كما عن بعض أهل اللغه (٤)، نسبه إلى العار، لأن طلبها عار، أو إلى العاره مصدر ثانٍ لأعرته إعاره كالجابيه للإجابيه، أو من عار إذا جاء و ذهب، لتحوّلها من يدٍ إلى أخرى، أو من التعاور و هو التداول.

فهى شرعاً الإذن فى الانتفاع بالعين تبرّعاً و الأصل فيها بعد الإجماع من الأُمة كما عن التذكرة و فى المهذب (٥) و غيرهما من كتب الجماعه (٦) الكتاب و السنه، قال الله سبحانه وَ تَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَ التَّقْوَى [١] (٧).

ص: ٤٣٩

١- المسالك ٣١٣:١.

٢- الصحاح ٧٦١:٢.

٣- النهايه ٣٢٠:٣.

٤- كالفيروز آبادى فى القاموس المحيط ١٠١:٢.

٥- التذكرة ٢٠٩:٢، المهذب البارع ١١:٣.

٦- كالمبسوط ٤٩:٤.

٧- المائده: ٢.



وقال وَ يَمْنَعُونَ الْمَاعُونَ [ ١ ] (١) وهو بكما عن مجمع البحرين اسم جامع لمنافع البيت، كالقدر، والدلو، والملح، والماء، والسراج، والخمر، ونحو ذلك مما جرت العاده بعاريته (٢).

و في الخبرين: « هو القرض يقرضه، والمعروف يصنعه، ومتاع البيت يعيره » (٣).

و في المرسل: « نهى رسول الله صلى الله عليه و آله أن يمنع أحد الماعون جاره، و قال: من منع الماعون جاره منعه الله سبحانه خيره يوم القيامة و وكله إلى نفسه، و من وُكِّل إلى نفسه فما أسوأ حاله » (٤).

و يستفاد منه و من الآيتين وجوبها، لكن ضعفه سنداً و قصورهما عن إفاده الوجوب صريحاً، مع الإجماع على عدمه ظاهراً، و اختصاص الجميع بالماعون المفسر فيما مرّ بالأخص يوجب الحمل على تأكد الاستحباب.

و أما السنه فزياده على ما مرّ مستفيضه من طرق الخاصه و العامه كادت تكون متواتره، بل متواتره، و سيأتى إلى جملة منها الإشاره (٥).

و ليست لازمه لأحد المتعاقدين فلكل منهما فسخها متى شاء، إجماعاً كما فى المسالك و غيره (٦)، سواء أُطلق أو جعل لها مده، إلا إذا أعاره للرهن فرهن كما تقدّم، أو لدفن المسلم و من بحكمه فدفن فيه،

ص: ٤٤٠

١- الماعون: ٧.

٢- مجمع البحرين ٣١٦: ٦.

٣- الكافي ٣: ٨/ ٤٩٨، الوسائل ٩: ٤٦ أبواب ما تجب فيه الزكاه ب ٧ ح ٢.

٤- الفقيه ٤: ٨/ ٤، ضمن ح ١، الوسائل ٩: ٥١ أبواب ما تجب فيه الزكاه ب ٧ ح ١٢.

٥- فى ص: ٤٤٧.

٦- المسالك ٣١٤: ١؛ و انظر التذكرة ٢: ٢١١، و التحرير ١: ٢٧٠.

بلا خلاف فيه، بل عليه الإجماع عن التذكرة (١)؛ لاستلزامه النيش المحرّم و هتك الحرمه، إلّا إذا صار ميماً.

و لو رجع قبل الدفن جاز و إن كان الميت قد وضع، على الأقوى؛ للأصل، و اختصاص دليل المنع من الاعتبار و الإجماع بغير الفرض.

و مثونه الحفر لازمه لولى الميت؛ لقدومه على ذلك، إلّا ان يتعدّر عليه غيره مما لا يزيد عنه عوضه، فيقوى كونه من مال الميت؛ لعدم التقصير، وفاقاً للمسالك و الروضه (٢).

خلافاً للمحكي عن التذكرة، فأطلق الغرامه على الحفر (٣).

و لا يلزم وليه طمه؛ للإذن فيه من المعير.

أو حصل بالرجوع ضرر على المستعير لا يستدرك، كما لو أعار لوحاً ليرقع به السفينه فرقع ثم لجج في البحر و لم يمكن الخروج بها إلى الشاطئ و لا الإصلاح مع النزاع من غير ضرر.

خلافاً للشهيد الثاني (٤)، فجوّزه و قال بثبوت المثل أو القيمه مع تعدّره؛ لما في ذلك من الجمع بين المصلحتين.

و هو قوى إن لم يكن إجبار ربّ السفينه على بذل البدل يوجب الضرر عليه، و إلّا فعدم الرجوع لعله حينئذٍ أقرب، إلّا أن يقال بجوازه و عدم وجوب تعجيل التسليم حينئذٍ إلى أن يزول الضرر، و لا بأس به.

و تظهر الفائده في وجوب المبادره بالرّد بعد زوال الضرر من غير

ص: ٤٤١

١- التذكرة ٢:٢١١.

٢- المسالك ١:٣١٤، الروضه ٤:٢٥٨.

٣- التذكرة ٢:٢١١.

٤- كما في المسالك ١:٣١٤.

مطالبه جديده و لا كذلك لو لم يرجع، فإنه لا تجب المبادره به إلّا بعد المطالبه.

أو أعار حائطاً ليضع أطراف خشبه عليه و كان طرفه الآخر في ملكه، عند الطوسى (1)؛ لأدائه إلى قلع جذوعه جبراً من ملكه.

أو أرضاً للزرع و لم يدرك بعد، عنده و عند الحلّي (2)؛ لإقدامه أولاً على إبقائه المدّه.

أو للبناء و الغرس مدّه معلومه، عند الإسكافى (3) و أكثر المتأخرين، بل لعلّه عليه عامتهم، على جواز مطالبه المعير بالإزالة في هذه الثلاثه مع الأرش و هو تفاوت ما بين كونه منزوعاً و ثابتاً.

و هو قوى؛ لبناء العاريه على الجواز إلّا ما خرج بدليل و هو في الفرض مفقود.

و حديث نفى الضرر بين المعير و المستعير مشترك فيسقط اعتباره؛ للتعارض، و يرجع إلى الأصل الدال على ثبوت السلطنه لكل مالك على ملكه، مع إمكان الجمع بين الحقين بدفع المعير الأرش الموجب لدفع الضررين.

و ليس له الإزاله حيث جازت له بنفسه؛ لاستلزامه التصرف في ملك الغير بغير إذنه. و لا قبل دفع الأرش؛ لاحتمال الضرر بتعدّر الرجوع عليه بإفلاس و نحوه فيضيع حق المستعير.

و يشترط فيها ما يدل على الإيجاب و القبول و إن لم يكن لفظاً،

ص: ٤٤٢

١- المبسوط ٥٦:٣.

٢- الطوسى في المبسوط ٥٦:٣، الحلّي في السرائر ٤٣٣:٢.

٣- كما نقله عنه في المختلف: ٤٤٨.

كما لو فرش لضيغه فراشاً فجلس عليه، و كأكل الطعام من القصعه المبعوث فيها، وفاقاً لجماعه (١)؛ لجريان العاده بمثله.

و منهم من اشترط لفظاً كما فى نظائره.

و هو أوفق بالأصل الدالّ على حرمة التصرف فى مال الغير بغير القطع بإذنه حيث لا يحصل من جهة الفعل، إلّا أن العاده فى نحو الأمثله المذكوره ربما أفادت القطع به. و لا شبهه مع الإفاده، و لا دليل على اعتبار اللفظ فى هذه الصوره بعد أن العاربه من العقود الجائزه. و مع عدمها فيحلّ إشكال و إن أفادت المظنّه؛ حيث لا دليل على اعتبارها و تخصيص الأصل بها فى نحو المسأله.

و من هنا ينقدح وجه القدح فيما حكى عن التذكره (٢) من الاكتفاء بحسن الظن بالصديق فى جواز الانتفاع بمتاعه إن لم يقيد بكون منفعتة مما يتناوله الإذن الوارد فى الآيه (٣) بجواز الأكل من بيته بمفهوم الموافقه.

و لا كذلك لو قيد به؛ لاستناد الرخصه فى المقيد حقيقه إلى الآيه لا إلى نفس حسن المظنّه.

و منه يظهر جواز تعديه الجواز إلى الأرحام الذين تناولتهم الآيه فى الصوره المذكوره.

و فى المعير المالكه و لو للمنفعه خاصّه، فلا يجوز للغاصب الإعاره، و فى معناه المستأجر الذى اشترط عليه استيفاء المنفعه بنفسه،

ص: ٤٤٣

---

١- منهم: العلامه فى التذكره ٢:٢١١، و الشهيد الثانى فى الروضه ٤:٢٥٥، و الفيض الكاشانى فى المفاتيح ٣:١٦٦.

٢- التذكره ٢:٢١١.

٣- النور: ٣١.

فلا تجوز له كأول إلا مع إذن المالك، فيجوز حينئذ بلا شبهه.

و كمال العقل بالبلوغ و عدم الجنون جواز التصرف فى المال برفع الحجر عنه فيه، فلا تجوز إعاره فاقدى الشرائط كالصبي و المجنون و السفیه و نحوهم إلا بإذن الولی بالإعاره لمالهم أو ماله؛ لأن المعتبر إذن الولی، و هو المعير فى الحقيقه حيث حصل منه الرخصه، و لا- كذلك الحكم فى إذنه للمجنون و الصبى فى إيقاع نحو البيع مما يشترط فيه الألفاظ المعتبره و لا يكتفى فيه بإذن الولی خاصه؛ لعدم الاعتبار بعبارتهما و إن كانت بإذن الولی مقرونه.

و بالجمله الضابط فى تحقق البيع و نحوه من العقود اللازمه هو العبارات المعتبره دون الإذن خاصه، و لا كذلك العاريه؛ فإن الضابط فى تحققها مجرد الإذن بها و لو خلا- عن العبارة بالكليه كما مرّ إليه الإشاره، فحيث حصل ممن له الأهليه بنحو من المالكه أو الولايه تحققت بلا شبهه، فمناقشه البعض فى الفرق واهيه.

هذا إذا علم المستعير بإذن الولی، و إلا لم يقبل قول الصبى فى حقه إلا أن تنضمّ إليه قرينه هى للظن المتأخم للعلم به مفیده، كما إذا طالبها من الولی فجاء بها الصبى مثلاً و أخبر أنه أرسله بها، و نحو ذلك، كما يقبل قوله فى الهديه و الإذن فى دخول الدار بالقرينه.

و لا يبيد مع إذن الولی لهما فى إعاره مالهما من وجود المصلحه، بأن تكون يد المستعير أحفظ من يد الولی فى ذلك الوقت، أو لانتفاع الصبى بالمستعير بما يزيد عن منفعه ماله، أو تكون العين ينفعها الاستعمال و يضرّها الإهمال، و نحو ذلك و للمستعير الانتفاع بالعين المعاره حيث يطلق له بما جرت به العاده نوعاً و قدرأً و مكاناً و زماناً، و لا يجوز التعدى عن شىء من ذلك

بعد ثبوته فيها؛ للأصل، وانصراف الإذن الذى هو الأصل فى حل الانتفاع إلى ما تعارف فيها كالفرش فى البساط، والتغطى فى اللحاف، ونحو ذلك، وهذا مع وحده الوجه فى الانتفاع المتعارف فى العين المعاره واضح، وكذا مع التعدد و تعيين المعير وجهاً منها مع النهى عن غيره، فلا- يجوز التعدى إليه مطلقاً، بلا- خلاف، وكذا مع عدم النهى إذا كان المتعدى إليه أضر، وأما إلى المساوى و الأقل ضرراً فقولان، وسيأتى تمام الكلام (١).

و لا يضمن التلف المستعير و لا النقصان لو اتفق كلّ منهما بالانتفاع المأذون فيه؛ لاستناده إلى السبب المأذون فيه.

و قيل بضمان المتلف، كما عن التقي (٢)؛ لعدم تناول الإذن للاستعمال المتلف عرفاً.

و لا- ريب فيه مع عدم تحقق التناول، و أما مع التحقق فالأول أجود، و لعله محل الفرض كما يظهر من التعليل المتقدم، و لكنه لم يثبت إلّا بلفظ صريح، و فى ثبوته بالإطلاق إشكال، لعدم الانصراف إلّا إلى غير المتلف إلّا مع القرينه المصرّحه من عرف أو عاده فلا يضمن، كما لو أذن له باستعماله باللفظ الصريح.

بل لا يضمن مطلقاً، و لو تلف بدون الاستعمال إلّا مع تفریط، أو عدوان، أو اشتراط للضمان مع التلف و لو بدونهما، بلا خلاف فى شىء من ذلك إلّا من الإسكافى فى الحيوان، فحكم على الإطلاق بالضمان (٣).

ص: ٤٤٥

١- فى ص: ٤٥٤.

٢- انظر الكافى فى الفقه: ٣٢٩.

٣- كما حكاه عنه فى المختلف: ٤٤٦.

و الأصل فى عدم الضمان حيث لم يكن فيه شىء من المستثنيات بعد الإجماع الدالّ على أمانته، كما فى المذهب و المسالك و غيرهما (١) الصحاح المستفيضه و غيرها من المعتمره، منها زياده على ما يأتى إليه الإشاره الصحاح، فى أحدها: «ليس على مستعير عاريه ضمان، و صاحب العاريه و الوديعه مؤتمن» (٢).

و فى الثانى: «لا غرم على مستعير عاريه إذا هلكت إذا كان مأموناً» (٣).

و فى الثالث: عن العاريه يستعيرها الإنسان فتهلك أو تسرق، قال:

فقال: «إذا كان أميناً فلا غرم» (٤).

و الخبر الوارد بخلافها فى الحيوان (٥) مع قصور سنده شاذّ و إن قال به الإسكافى، و التقييد بأحد المستثنيات محتمل، و بخصوص الصحيح المرتضى: «قضى على عليه السلام فى رجل أعمار جاريه فهلكت من عنده و لم ييغها غائله أن لا- يغرّمها المعار» (٦) الخبر معارض.

ص: ٤٤٦

- ١- المذهب البارع ١١:٣، المسالك ٣١٧:١؛ و انظر المفاتيح ١٦٨:٣.
- ٢- التهذيب ٧٩٨/١٨٢، الإستبصار ١٢٤/٣:٤٤١، الوسائل ١٩:٩٣ أبواب أحكام العاريه ب ١ ح ٦.
- ٣- الكافي ٥/٢٣٩، التهذيب ٨٠١/١٨٢، الإستبصار ١٢٤/٣:٤٤٣، الوسائل ١٩:٩٢ أبواب أحكام العاريه ب ١ ح ٣.
- ٤- التهذيب ٧٩٩/١٨٢، الإستبصار ١٢٤/٣:٤٤٢، الوسائل ١٩:٩٣ أبواب أحكام العاريه ب ١ ح ٧.
- ٥- الكافي ٥/٣٠٢، التهذيب ٨١٤/١٨٥، الإستبصار ١٢٥/٣:٤٤٥، الوسائل ١٩:٩٤ أبواب أحكام العاريه ب ١ ح ١١.
- ٦- التهذيب ٨٠٠/١٨٢، الإستبصار ١٢٥/٣:٤٤٧، الوسائل ١٩:٩٣ أبواب أحكام العاريه ب ١ ح ٩.

و فى الضمان مع أحد الأولين الإجماع فى الغنيه و التنقيح (١)، و حديث على اليد (٢)، و مفهوم النصوص المتقدمه المشترطه فى انتفاء الغرامه عنه الأمانه، و هى مع أحدهما منتفيه؛ لكونه خيانه بلا شبهه فيه.

و فيه مع الثالث الإجماع فى الغنيه و المسالك و غيرهما (٣)، و المعتبره المستفيضه منها الصحاح، فى أحدها: «إذا هلكت العاربه عند المستعير لم يضمنها إلّا أن يكون قد اشترط عليه (٤)» و نحوه الثانى (٥).

و فى الثالث: «جميع ما استعرت فاشترط عليك يلزمك، و الذهب و الفضة لازم لك و إن لم يشترط عليك» (٦).

و قوله: إلّا أن تكون العين المعاره استثناء من قوله: لا- يضمن، أى لو كانت ذهباً أو فضه فالضمان يلزم على أى حال و إن لم يشترط الضمان بل أطلق و لم يتعدّ فيهما و لم يفرّط، بلا خلاف فيهما فى الجملة، بل عليه الإجماع فى المسالك و الغنيه (٧)؛ و هو الحججه.

مضافاً إلى المعتبره المستفيضه، منها زياده على ما مرّ الصحيح

ص: ٤٤٧

١- الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٥٩٨، التنقيح الرائع ٢: ٢٤٩.

٢- عوالى اللئلى ١: ٢٢/٣٨٩، مسند أحمد ٨: ٥، مستدرک الحاكم ٢: ٤٧، سنن ابن ماجه ٢: ٢٤٠٠/٨٠٢.

٣- الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٥٩٨، المسالك ١: ٣١٧؛ و انظر المفاتيح ٣: ١٦٨ و الحدائق ٥٠٦: ٢١.

٤- الكافى ١/٢٣٨، التهذيب ٧: ٨٠٥/١٨٣، الإستبصار ٣: ٤٤٩/١٢٦، الوسائل ١٩: ٩١ أبواب أحكام العاربه ب ١ ح ١.

٥- المقنع: ١٣٠، المستدرک ١٤: ٢٥ أبواب أحكام العاربه ب ٣ ح ١.

٦- الكافى ٣/٢٣٨، التهذيب ٧: ٨٠٦/١٨٣، الإستبصار ٣: ٤٥٠/١٢٦، الوسائل ١٩: ٩٦ أبواب أحكام العاربه ب ٣ ح ٢.

٧- المسالك ١: ٣١٧، الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٥٩٨.



« لا تضمن العاربه إلا أن يكون اشترط فيها ضماناً، إلا الدنانير فإنها مضمونه و إن لم يشترط فيها ضماناً» (١).

و الحسن كالصحيح: « ليس على صاحب العاربه ضمان إلا أن يشترط صاحبها، إلا الدراهم فإنها مضمونه اشترط صاحبها أو لم يشترط» (٢).

و الخبر: « العاربه ليس على مستعيرها ضمان، إلا ما كان من ذهب أو فضه فإنهما مضمونان اشترطاً أو لم يشترطاً» (٣).

و إطلاقه كالعباره و نحوها يقتضى انسحاب الضمان في مطلقهما و لو كانا مصوغين لا نقدين، و به أفتى جماعه (٤).

خلافاً لآخرين (٥) فخصّوه بالنقدين. و لعله أظهر؛ للأصل، و ظهور الحصر فيهما من الخبرين الأولين المعتضدين بإطلاق الأخبار المتقدمه النافيه للضمان عن مطلق العاربه. و لا يعارضهما الخبر الأخير و نحوه الصحيح المتقدم المتضمن لمطلق الذهب و الفضه؛ لضعفهما عن المقاومه لهما بحسب السند، و الاعتضاد بما مرّ؛ مضافاً إلى الأصل، و النصوص الدالّه على انتفاء الضمان عن اليد حيث كانت مؤتمنه بعنوان الكليه، فالإعراض عنهما أجدر.

ص: ٤٤٨

- 
- ١- الكافي ٥:٢/٢٣٨، التهذيب ٧:٨٠٤/١٨٣ و فيه عن ابن مسكان، الإستبصار ٣:٤٤٨/١٢٦، الوسائل ١٩:٩٦ أبواب أحكام العاربه ب ٣ ح ١.
  - ٢- التهذيب ٧:٨٠٨/١٨٤، الوسائل ١٩:٩٦ أبواب أحكام العاربه ب ٣ ح ٣.
  - ٣- الفقيه ٣:٨٧٤/١٩٢، التهذيب ٧:٨٠٧/١٨٣، الوسائل ١٩:٩٧ أبواب أحكام العاربه ب ٣ ح ٤.
  - ٤- منهم: المحقق الثاني في جامع المقاصد ٦:٨٠، و الشهيد الثاني في الروضه ٤:٢٦٤، و الأردبيلي في مجمع الفائده ١٠:٣٧٣.
  - ٥- منهم: فخر المحققين في الإيضاح ٢:١٣٠، و السبزواري في الكفایه: ١٣٥.

مع إمكان الجمع بينهما و بين الأولين بتقييدهما بهما،و إن أمكن العكس؛ لكون التعارض بينهما تعارض العموم من وجه، كما ذكره بعض الأصحاب فقال: وقع التعارض بين المستثنى منه في خبر الدنانير و الدراهم،و حاصله لا ضمان في غير الدراهم و الدنانير،و بين المستثنى في خبر الذهب و الفضة و النسبه بين الموضوعين عموم من وجه (١) يمكن تخصيص كل منهما بالآخر،فإن خصص الأول بالثاني كان الحاصل:

لا ضمان في غير الدراهم و الدنانير إلّا أن يكون ذهباً أو فضه،و إن خصّص الثاني بالأول كان الحاصل:كلّ من الذهب و الفضة مضمونان إلّا أن يكون غير الدراهم و الدنانير (٢).انتهى.

و حينئذٍ فالأمر المشترك بين الحكمين ثابت و هو حصول الضمان في الدنانير و الدراهم،فلا بُدّ من استثناء هذا الحكم من عموم النصوص الداله على عدم الضمان في مطلق العاريه و تبقى في غير التقدين عن المعارض سليمه،فإذاً المتجه عدم الضمان فيما عداهما من مطلق الذهب و الفضة.

ص: ٤٤٩

١- فمادّه التصادق هو من الذهب و الفضة غير التقدين،فيدلّ الأول على عدم الضمان فيه و الثاني على الضمان،و ماده تفارق الأول عن الثاني هو نحو الثوب،و ماده تفارق الثاني عن الأول النقدان،و لا- إشكال في ماده التفارق؛ لإمكان الجمع بين المتعارضين فيهما،فيعمل في ماده الأولى بما دل على نفي الضمان فيها،و في الثانيه بما دل على ثبوت الضمان فيها،و إنما الإشكال في ماده التصادق و هو الذهب و الفضة غير التقدين،فيمكن فيها العمل بما دل على نفي الضمان فيه،و يمكن العكس،و لكن الأول أظهر؛ لما ظهر في المتن من أوفقيته بالأصل و الأخبار الداله على عدم الضمان في مطلق العاريه و في مطلق الأمين، [و] لا يمكن ترجيح الثاني بعموم اليد؛ لأنه مخصص بإطلاقات تلك الأخبار،فلا يمكن العمل عليه بعمومه (منه رحمه الله).

٢- الكفايه: ١٣٥.

ثم إن ضمانهما يسقط باشتراط سقوطه، بلا خلاف؛ للصحيح:

« جميع ما استعرتَه فتوى فلا يلزمك تواه، إلا الذهب و الفضة فإنهما يلزمان، إلا أن يشترط أنه متى توى لم يلزمك تواه» (١) الخبر.

و لو استعار من الغاصب مع العلم بالغصب ضمن كلا من المنفعة و العين مع التلف مطلقاً، و لو لم تكن عاريتها عاريه مضمونه.

و كذا لو كان جاهلاً، لكن استقرار الضمان هنا على الغاصب، إلا إذا كانت مضمونه فيضمن العين خاصة.

و للمالك في المقامين إلزام أيهما شاء بالعين التالفه و ما استوفاه من المنفعة، فإن ألزم المستعير كان له أن يرجع هو على المعير بما يغرم مع جهله؛ لأنه أذن في استيفائها بغير عوض عنها و عن العين لو تلفت. و لا كذلك مع علمه؛ لاستقرار الضمان عليه بسببه فليس له الرجوع بما غرمه. و إن ألزم الغاصب لم يرجع على المستعير، إلا مع علمه أو كون العين مضمونه فيرجع عليه فيهما؛ لاستقرار الضمان عليه في الأول، و إقدامه في الثاني على الضمان مع صحة العاربه فكذا عليه الضمان مع الفساد؛ للقاعده الكليه أن كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفساده، لكن هذا لا يوجب إلا ضمان العين دون المنفعة، فإنها ليست بمضمونه بالكليه و لو في الذهب و الفضة، بل المضمون فيهما هو العين خاصة.

و لا- خلاف في شيء من ذلك فيما أجده إلا من الماتن في الشرائع و الفاضل في القواعد (٢)، فلم يجوز الرجوع المالك إلى المستعير مع جهله؛

ص: ٤٥٠

١- الكافي ٥:٣/٢٣٨، التهذيب ٧:٨٠٦/١٨٣، الإستبصار ٣:٤٥٠/١٢٦، الوسائل ١٩:٩٦ أبواب العاربه ب ٣ ح ٢.

٢- الشرائع ٢:١٧٢، القواعد ١:١٩٣.

لضعف مباشرته بغروره و السبب الغارّ أقوى.

و المشهور الأول؛ لما تقزّر في كلامهم من أن كل من ترتبت يده على المغصوب فإن يده يد ضمان، عالماً كان أو جاهلاً، و لعله لعموم على اليد، و هو أقوى.

و في الموثق و المرسل: «إذا استعيرت عاريه بغير إذن صاحبها فهلكت فالمستعير ضامن» (١).

و هما على إطلاقهما شاذان إن نزلّا- على مفروض المسأله، و إن حملا- على ظاهرهما من كون المستعير هو الغاصب فلا كلام فيهما.

و من نادر و إطلاق العبارة هنا و في الشرائع في عدم رجوع المستعير على المعير بما غرم مع الجهل إذا كانت العاريه مضمونه، فجوّزه هنا أيضاً؛ بناءً على أن استحقاق العين أوجب فساد العاريه فلا تكون عليه مضمونه.

و يضعف بأن غروره في الغصب لا مدخل له هنا في الضمان؛ لأنه ليس من حيث الغصب، بل من حيث كونها عاريه مضمونه و دخوله على ذلك، فإذا تبين فسادهما لحقها حكم الفاسد بالصحيح، كما سلف من القاعده.

و اعلم أن ضابط العين المعاره هو كلّ ما يصحّ الانتفاع به مع بقاءه كالعقارات، و الدواب، و الثياب، و الأقمشه، و الأمتعه، و الصفر، و الحلّي، و نحو ذلك، فإنه الذي تصحّ إعارته دون غيره مما لا يتمّ الانتفاع به إلّا بإتلاف عينه، كالأطعمه و الأشربه، فإنه لا تجوز إعارتها؛ لأن المنفعه المطلوبه لا تحصل إلّا بإتلافها، و الإباحه لم تقع على الإتلاف.

ص: ٤٥١

---

١- الفقيه ١٩٢/٨٧٤:٣، التهذيب ١٨٣/٨٠٧:٧، الإستبصار ١٢٥/٤٤٦:٣، الوسائل ٩٧:١٩ أبواب أحكام العاريه ب ٤ ح ١.

و كذا ما لا يجوز الانتفاع به شرعاً فإنه لا تصح إعارته، كأواني الذهب و الفضة للأكل و الشرب فيها، و كذا كلب الصيد إن أستعير للهو و الطرب، و الجوارى للاستمتاع؛ لاستلزام الأوّل الإعانة على الإثم المحرّمه بالكتاب و السنه، و الثاني مورد نصّ و إجماع كما يأتي في النكاح.

و لا خلاف في شيء من ذلك و لا إشكال إلّا في المقصود بقولهم:

لا- تجوز إعاره ما لا- يمكن الانتفاع به إلّا بإتلافه، فإنه غير واضح إن ظهر من المعير الرضا بإتلاف العين بقوله: أعرتكه، مع القرينه، فإن المعيار في جوازه هو رضاه به و قد حصل في محل الفرض، و إن هو حينئذٍ إلّا كالهبه و الإباحه و إن عتبر عنهما بلفظ العاربه، و لا مدخل للفظ الفاسد معناه في اللغه و العرف.

نعم، حيث لا- يعلم الرضا بالإتلاف إلّا به أتجه ما ذكره؛ لاشتراط استفادته منه بدلالته عليه و لو بالالتزام، و دلاله لفظ العاربه بمجرّده على الإتلاف فاسده؛ لعدم استنادهما إلى عرف أو لغه؛ لأن وضع العاربه فيهما بحكم الوضع و التبادر إنما هو لما يتم الانتفاع به مع بقاء عينه، و لعل هذا مراد الأصحاب.

و يستثنى من مورد المنع حيث يثبت المنحه بالكسر، و هي الشاه المعاره للانتفاع بلبنها، و قد أجمعوا عليه كما في المسالك و التذكره و غيرهما من كتب الجماعه (١)؛ و هو الحجّه دون الروايه (٢)، لضعفها. ثم

ص: ٤٥٢

١- المسالك ٣١٥:١، التذكره ٢١٠:٢، و انظر مجمع الفائده ٣٦٨:١٠، و مفاتيح الشرائع ١٦٧:٣.

٢- عوالى اللئلى ٣٢٤١:٣، مستدرک الوسائل ٣٩٣:١٣ أبواب الدين و القرض ب ٤ ح ٤.

منهم من حمل على المجمع عليه، و منهم من عدى الحكم إلى غير الشاه من الأنعام، و إلى غير اللبن من الصوف و الشعر. و الأول أظهر، و لعله مختار الأكثر؛ اقتصاراً فيما خالف الأصل على المتيقن.

و يجب أن يقتصر المستعير في الانتفاع على ما يؤذن له منه، فلو عتّن له جهه لم يتجاوزها و لو إلى المساوى و الأدون عند جماعه (١)؛ عملاً بمقتضى التعيين، و اقتصاراً على المأذون.

خلافاً لآخرين (٢)، فجوّزوا التخطى إليهما، و ظاهر التذكرة (٣) القائل به عدم الخلاف فيه كما حكى، فإن تمّ إجماعاً، و إلا فلا ريب في ضعفه في المساوى؛ لضعف دليله، إذ ليس إلا القياس، و هو باطل.

نعم، لا يبعد المصير إليه في الثانى؛ لما مرّ في الوديعه (٤)، و ما يقال عليه من منع الأولويه لاختلاف الغرض في ذلك مرّ جوابه ثمه.

نعم، لو علم إرادته الخصوصية من التعيين توجه المنع، كما لو نهاه عن غير المعين مطلقاً، بلا خلاف.

و حيث يتعين المعين فتعدى إلى غيره ضمن العين و لزمه الأجره لمجموع ما فعل، من غير أن يسقط عنه ما قابل المأذون، على الأصح؛ لكونه تصرفاً بغير إذن المالك فيوجب الأجره، و القدر المأذون فيه لم يفعله

ص: ٤٥٣

١- منهم: المحقق في الشرائع ٢: ١٧٢، و الشهيد الثانى فى الروضه ٤: ٢٦٠، و المسالك ١: ٣١٥، و السبزوارى فى الكفايه: ١٣٥، و صاحب الحدائق ٢١: ٤٩٣.

٢- منهم ابن زهره فى الغنيه (الجوامع الفقهيّه): ٥٩٨، و العلامه فى التحرير ١: ٢٦٩، و الأردبيلى فى مجمع الفائده ١٠: ٣٦٤.

٣- التذكرة ٢: ٢١٠.

٤- راجع ص: ٤١٥.

فلا معنى لإسقاط قدره.

نعم، لو كان المأذون فيه داخلاً- في ضمن المنهى عنه كما لو أذن له في تحميل الدابه قدرًا معينًا فتجاوزه، أو في ركوبه بنفسه فأردف غيره تعين إسقاط قدر المأذون؛ لأنه بعض ما استوفى من المنفعة و إن ضمن الدابه أجمع لتعدّيه.

و لو اختلفا في التلف أو التفريط فالقول فيهما قول المستعير مع يمينه بلا خلاف في أصل القبول في الأول؛ لأنه أمين فيقبل قوله فيه كغيره، سواء ادّعاها بأمر ظاهر أو خفى. و كذا في الثاني، وفاقاً للطوسى و التقى و ابن حمزه و القاضى و الحلّى (١) و عامه المتأخرين، بل في ظاهر الغنيه (٢) الإجماع عليه؛ و هو الحجة، مضافاً إلى الأصل، فإنه منكر فعلية اليمين مع عدم اليينه.

خلافاً للمفيد و الديلمى (٣)، فقول المالک. و لا وجه له.

و لو اختلفا في الرد فادّعاها المستعير فالقول قول المعير بلا خلاف فيما أعلم؛ لأصالة العدم، و قد قبضه لمصلحه نفسه فلا يقبل قوله فيه، بخلاف الودعى؛ لأن قبضه لمصلحه المالک و الإحسان إليه خاصّه، كما مرّ في الوديعه (٤). و معنى عدم قبول قوله فيه الحكم بضمانه

ص: ٤٥٤

---

١- الطوسى فى النهايه: ٤٣٨، التقى فى الكافى فى الفقه: ٣٢٩، ابن حمزه فى الوسيله: ٢٧٦، حكاه عن القاضى فى المختلف: ٤٤٦، الحلّى فى السرائر ٢: ٤٣٠.

٢- الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٥٩٨.

٣- المفيد فى المقنعه: ٦٣٠، الديلمى فى المراسم: ١٩٤.

٤- راجع ص: ٤٣٨.

المثل أو القيمه حيث يتعذر العين، لا الحكم بالعين مطلقاً؛ للزومه إيداعه الحبس مخلاً.

و لو اختلفا فى القيمه بعد اتفاقهما على التلف بالتفريط فقولان يستندان إلى ما مرّ فى الوديعه (١) أشبههما ما مضى ثمه من أن القول قول المستعير الغارم مع يمينه وفقاً للحلى و أكثر المتأخرين (٢).

خلافاً لآخرين، كالشيخين و التقى و القاضى و ابنى حمزه و زهره فى الغنيه (٣)، مدّعياً فيها هنا إجماع الإماميه، فإن تم، و إلا كما هو الظاهر، بل كاد أن يكون على خلافه الإجماع الآن كان المصير إلى الأوّل متعيناً.

و اعلم أن اعتبار اليمين هاهنا بأقسامه هو المشهور، بل لا خلاف فيه فيما أعلم، و يأتى احتمال الخلاف فيه مما فى الوديعه قد تقدم (٤).

و لو استعار للانتفاع و رهن المستعار من غير إذن المالك بالرهن انتزع المالك العين لتسلطه على ماله، مع عدم صدور شىء منه يوجب رفع سلطنته سوى الإعارة للانتفاع، و هى غير الإذن بالرهانه و رجع المرتهن بماله على الراهن حيث أخذت منه العين، بل مطلقاً لعدم الاستيثاق بما لمالكة الرجوع فيه متى شاء.

ص: ٤٥٥

١- راجع ص: ٤٣٧.

٢- الحلى فى السرائر ٢: ٤٣١؛ و انظر الشرائع ٢: ١٧٥، و جامع المقاصد ٦: ٩٣، و المسالك ١: ٣٢٠.

٣- المفيد فى المقنعه: ٦٣٠، الطوسى فى النهايه: ٤٣٨، التقى فى الكافى: ٣٢٩، حكاة عن القاضى فى المختلف: ٤٤٦، ابن حمزه فى الوسيه: ٢٧٦، ابن زهره فى الغنيه (الجوامع الفقهيّه): ٥٩٨.

٤- راجع ص: ٤٣٧.



هذا مضافاً إلى الخبرين (١)، أحدهما الموثق كالصحيح بل الصحيح كما قيل: في رجل استعار ثوباً ثم عمد عليه فرهنه، فجاء أهل المتاع إلى متاعهم، فقال: «يأخذون متاعهم».

ص: ٤٥٦

---

١- الكافي ٥/٢٣٩، الفقيه ٣/١٩٣، التهذيب ٧: ٨٠٩/١٨٤، ٨١٠، الوسائل ١٩: ٩٨ أبواب أحكام العاربه ب ٥ ح ١.

## تعريف مركز

بسم الله الرحمن الرحيم  
هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ  
الزمر: ٩

عنوان المكتب المركزى

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آواده اى، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلى، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : [www.ghbook.ir](http://www.ghbook.ir)

البريد الالكترونى : [Info@ghbook.ir](mailto:Info@ghbook.ir)

هاتف المكتب المركزى ٠٣١٣٤٤٩٠١٢٥

هاتف المكتب فى طهران ٠٢١ - ٨٨٣١٨٧٢٢

قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩ شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.

مركز  
للبحوث والتحريرات الكمبيوترية  
اصبهان  
الغمامية



للحصول على المكتبات الخاصة الاخرى  
ارجعوا الى عنوان المركز من فضلكم  
**www.Ghaemiyeh.com**

[www.Ghaemiyeh.net](http://www.Ghaemiyeh.net)

[www.Ghaemiyeh.org](http://www.Ghaemiyeh.org)

[www.Ghaemiyeh.ir](http://www.Ghaemiyeh.ir)

و للايحاء من فضلكم

٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٥٩

